

MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ
Ö Z E L S A Y I

6102 SAYILI YENİ TÜRK TİCARET
KANUNU'NU BEKLERKEN
10-11-12 MAYIS 2012
SEMPOZYUM

Cilt: 18 / Sayı: 2
Volume: 18 / Issue: 2
Yıl / Year: 2012



Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
Ö z e l S a y ı

6102 SAYILI YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NU BEKLERKEN
10-11-12 MAYIS 2012
SEMPOZYUM

Cilt: 18 / Sayı: 2
Volume: 18 / Issue: 2
Yıl / Year: 2012

Yayın Sahibi: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı adına
Prof. Dr. M. Emin Artuk

Yazışma Adresi:

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Tıbbiye Cad. Haydarpaşa/İstanbul
Tel.: 0216-338 7703
Faks: 0216-338 7710
E-posta: hukukdekan@marmara.edu.tr

Copyright © 2013

Tüm hakları saklıdır.

Bu yayının tamamının veya bir bölümünün, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılması, dağıtılması, kayda alınması yasaktır. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler, yazarlara aittir; bu hususta Fakülte, sorumluluk kabul etmez.

ISSN: 2146-0590

Yıl: 2012

Matbaanın Adı: Net Kırtasiye Tanıtım ve Matbaa San. Tic. Ltd. Şti (Net Copy Center)

(Sertifika No: 13723) Tel. 0 212 249 40 60

Basıldığı Yer: İnönü Cad. Beytülmalcı Sk. No: 23/A
Gümüşsuyu/Beyoğlu-İstanbul

Basıldığı Tarih: 2013

Yayın Türü: Yerel, Süreli Hukuk Dergisi

BASIM, DAĞITIM VE SATIŞ



LEGAL YAYINCILIK A.Ş.

(Sertifika No: 27563')

Bahariye Cad. Çam Apt. No: 63 D. 6 Kadıköy – İstanbul

Tel: (216) 449 04 85 – 449 04 86 Faks: (216) 449 04 87

www.legal.com.tr, legal@legal.com.tr

Hakem Heyeti

Prof. Dr. Ahmet Battal

Prof. Dr. Ayşe Sümer

Prof. Dr. Didem Algantürk Light

Prof. Dr. Hasan Pulaşlı

Prof. Dr. İnci Kaner

Prof. Dr. İsmail Kayar

Prof. Dr. Mustafa Çeker

Prof. Dr. Sami Karahan

Prof. Dr. Seyithan Deliduman

Prof. Dr. Şükrü Yıldız

SEMPOZYUM DÜZENLEME KOMİTESİ

Komite Başkanı

Prof. Dr. Sami Karahan

Komite Üyeleri

Doç. Dr. Pınar Akan

Doç. Dr. Murat Alışkan

Yrd. Doç. Dr. Murat Yusuf Akın

Yrd. Doç. Dr. Tamer Pekdiğer

Yrd. Doç. Dr. Birgül Sopacı Öztuna

Yrd. Doç. Dr. Özlem Karaman Coşgun

Yrd. Doç. Dr. İrem Aral Eldeleklioğlu

Yrd. Doç. Dr. Hanife Doğrusöz Koşut

Yrd. Doç. Dr. R. Eda Giray

Ar. Gör. Dr. Ayşegül Sezgin Huysal

Ar. Gör. Gül Büyükkılıç

Ar. Gör. Sami Kocabıyık

Ar. Gör. Buket Çatakoğlu

Ar. Gör. Hüseyin Tamer

Ar. Gör. Salih Canözü

Ar. Gör. Sinan Sarıkaya

Yayın Komisyonu

Başkan:

Prof. Dr. M. Kamil Yıldırım

Başkan Yardımcısı:

Yrd. Doç. Dr. Mustafa Erkan

Komisyon Üyeleri

Üye: Yrd. Doç. Dr. Hanife Doğrusöz Koşut

Üye: Yrd. Doç. Dr. Sabah Altay

Üye: Ar. Gör. Dr. Gediz Kocabaş

Üye: Ar. Gör. Dr. Gülşen Gedik

Üye: Ar. Gör. Can Yalçın Armutçuoğlu

Üye: Ar. Gör. Eren Paydaş

Üye: Ar. Gör. Zafer İçer

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Metin Fevzioğlu, Ankara Üniversitesi, (Ankara)

Prof. Dr. Zeki Hafızoğulları, Başkent Üniversitesi, (Ankara)

Prof. Dr. Veli Özer Özbek, Dokuz Eylül Üniversitesi, (İzmir)

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz, Akdeniz Üniversitesi, (Antalya)

Prof. Dr. Feridun Yenisey, Bahçeşehir Üniversitesi, (İstanbul)

Prof. Dr. Ali Güzel, Kadir Has Üniversitesi, (İstanbul)

Prof. Dr. Tankut Centel, Koç Üniversitesi, (İstanbul)

Prof. Dr. Nur Centel, Koç Üniversitesi, (İstanbul)

Prof. Dr. Bahri Öztürk, Kültür Üniversitesi, (İstanbul)

Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Yeditepe Üniversitesi, (İstanbul)

ÖNSÖZ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kabulü ve yürürlüğe girmesi ile birlikte Türk özel hukuku köklü değişiklikler geçirme sürecine girmiştir. Sadece değişen kanunlar değil, dolaylı olarak etkilenecek diğer mevzuat ve takiben çıkarılacak ikincil mevzuat ile birlikte, bu süreç genişleyerek devam edecektir. Tabiatıyla, bu derece köklü değişikliklerin olması, eski mevzuat döneminde verilen ilmi ve kazai içtihatlarda da önemli değişiklikler olmasına sebebiyet verecektir.

Yeni dönem, tüm özel hukukçuların, bu değişiklikleri öğrenebilmek, yeni döneme ayak uydurabilmek ve eski bilgilerini güncelleyebilmek için yoğun bir gayret göstermesini zorunlu kılıyor. Hukukçular, yoğun bir şekilde çeşitli üniversite, kurum ve kuruluşlarca düzenlenen seminer, konferans, sempozyum ve panel gibi etkinliklere katılarak bu ihtiyaçlarını karşılamaya çalışıyorlar. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı tarafından 10-11-12 Mayıs tarihleri arasında düzenlenen **“Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken”** adlı sempozyum da bu ihtiyacı karşılamak amacıyla düzenlenmiş etkinliklerden birisidir.

“Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken” sempozyumu, adından da anlaşılacağı üzere kanunun yürürlüğe girmesine çok az bir zaman varken gerçekleştirilmiştir. Bu açıdan herkesi bilgilendirmek gibi temel bir işlevi elbette vardır. Ancak, bu sempozyumu asıl anlamlı kılan husus, ilgili dönemdeki kanunun yürürlüğe girmeden değiştirilmesine yönelik ciddi tartışmaların varlığı nedeniyle, tüm tarafların sempozyum ortamında biraraya gelerek ilgili konuları enine boyuna tartışmasına imkan sağlamış ve önemli sonuçların doğmasına sebebiyet vermiş olmasıdır.

Sempozyumu özel ve değerli kılan bir diğer husus, birçok ilkleri bünyesinde barındırmasıdır. Bu anlamda, Türkiye'nin değişik üniversitelerine mensup 70 değerli akademisyenin tebliğleri ile bu sempozyuma katılması, ticari davalara bakan Yargıtay 11, 19 ve 23. Hukuk Dairesi başkan ve üyeleri ile Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü Başkan ve hakimlerinin sempozyum oturumlarını bizzat yönetmesi, tebliğleri dinlemesi ve tartışmalara katılması, üç gün boyunca iki ayrı salonda gerçekleşen onlarca oturumu takip etmek için binlerce hukukçunun Fakültemizi ziyaret etmesi ve tüm bunların görülmemiş canlı bir bilimsel ortam oluşturması bunlar arasında zikredilebilir.

Sempozyumda sunulan tebliğlerin, tartışmaların ve soruların yayınlanması şüphesiz önemlidir ve gelecek yıllarda bunları inceleyecek olan hukukçuların bilgilenebilmesine imkan sağlayacaktır. Bu bağlamda, tüm katılımcılardan sundukları tebliğleri soru ve tartışmaları da dikkate alarak güncellemeleri ve organizasyon komitesine sunmaları istenmiştir. Üzülerek ifade edilmelidir ki, birçok katılımcı buna imkan bulamamış ve tebliğlerini yazılı metin olarak bize gönderememiştir. Bu nedenle bu kitap tebliğlerin sadece bir bölümünü içermektedir.

Bu vesile ile, sempozyuma tebliğ sunarak, yöneterek, dinleyerek katılan tüm hakimlere, akademisyenlere, avukatlara ve öğrencilere, sempozyuma sponsorluk yapan Asya Katılım Bankası AŞ., Albaraka Türk Katılım Bankası AŞ., Dentur Avrasya Grup, Filli Boya, Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü, Legal ve Türk Telekomünikasyon A.Ş.'ye çok teşekkür ediyorum. Nihayet, en kalbi teşekkürlerimi, aralarına sonradan katılmış olmama rağmen, etrafımda sınıksız kenetlenerek, samimi dostluklarını ve yardımlarını benden hiçbir şekilde esirgemeyen ve sempozyumun mükemmel bir şekilde yapılmasını sağlayan Ticaret Hukuku Anabilim Dalı öğretim elemanlarına sunmayı vicdani bir borç biliyorum.

Haydarpaşa, 26.11.2012

Prof. Dr. Sami Karahan

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ*

“6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU’NU BEKLERKEN”

10, 11, 12 Mayıs 2012
Sempozyum

Perşembe		Birinci Salon	Prof.Dr.Reşat Kaynar Salonu	
09.00-09:30		Açılış Konuşmaları		
09:30-11:30	1.Oturum:	Ticari İşletme	Başkan: Prof.Dr.Hasan Selçuk Marmara Üniversitesi Rektör Yardımcısı	
1	Prof.Dr.	Sami Karahan	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Ticari İşletme ve Tacire İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi
2	Yrd.Doç.Dr.	Mustafa Arıkan	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve Bu Bağlamda TTK. 18/III Hükümünün Değerlendirilmesi
3	Yrd.Doç.Dr.	Ali Dural	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Ticari İşletmeler Arasındaki Mal ve Hizmet Tedariki Sözleşmesinde Para Borçlusunun Temerrüdü
4	Dr.	Murat Topuz	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu
5	Yrd.Doç.Dr.	Ozan Can	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Acentelikle İlgili Hükümlerin Değerlendirilmesi
	Soru-Cevap			
11:30-11.45	Kahve Arası			
11.45-13:30	2. Oturum	Ticari Davalar	Başkan Mahmut Bilgen Yargıtay 23. Hukuk Dairesi Başkanı	
1	Prof.Dr	Seyithan Deliduman	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Ticari Davalar ve Delilleri

* Sempozyumda sunulan tüm tebliğler tarafımıza ulaşmamış olup, bu sayıda sadece Sempozyum Düzenleme Komitesine gönderilen çalışmalara yer verilmiştir.

2	Doç.Dr.	İbrahim Ercan	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi	İşbölümü İtirazı
3	Yrd.Doç.Dr.	Müjgan Tunç Yücel	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Yeni TTK Kapsamında Belirsiz Alacak Davaları
4	Yrd.Doç.Dr.	Serdar Kale	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Şirketlerin Taraf Ehliyeti
	Soru-Cevap			
13:30-14:30	Yemek Arası			
14:30-16:15	3. Oturum	Haksız Rekabet	Başkan: Levent Yavuz Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Üyesi	
1	Prof.Dr	Gökhan Antalya	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Genel İşlem Şartlarına İlişkin Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi
2	Yrd. Doç.Dr	Hamdi Pınar	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri
3	Dr.	Cahit Suluk	Suluk/Kenaroğlu Hukuk Bürosu	Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri İle Korunması
4	Dr.	Şirin Güven	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Dürüst ve Bozulmamış Rekabet Kavramı: Amaç ve Korunan Menfaatler
	Soru-Cevap			
16:15-16:30	Kahve Arası			
16:30-18:15	4. Oturum	Ticari Defterler Vergi/Muhasese	Başkan: Seyit Çavdar Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Başkanı	
1	Prof.Dr	Doğan Argun	Marmara Üniversitesi İİBF	Yeni TTK'nın Şirketlerin Mali Tabloları Üzerindeki Etkisi
2	Yrd.Doç.Dr	Leyla Ateş	Namık Kemal Üniversitesi İİBF	Yeni TTK'nın Vergi Düzenine Etkisi
3	Dr.	Ayşegül S. Huysal	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Yeni TTK ve HMK Çerçevesinde Ticari Defterler
4		Ali Kaya Emre Horasan	Marmara Üniversitesi İİBF	Ticari Defterlere İlişkin Ticaret Kanunu Hükümlerinin Muhasebe İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi
	Soru-Cevap			

Cuma				
9:00-10:45	5. Oturum	Ticaret Şirketleri Genel Hükümler	Başkan: Şükrü Saraç Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Üyesi	
1	Doç.Dr.	Murat Alışkan	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Ticaret Şirketlerinin Hak ve Fiil Ehliyeti: UltraVires'e Veda mı?
2	Av.	Cahit Ağaoğlu	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Şirket Birleşme ve Devralmalarında Teminat ve Denkleştirme
3	Yrd.Doç.Dr.	Hülya Coştan	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi	Bölünmeye Katılan Şirketlerin Mütessesil Sorumluluğunun Sınırlandırılması
4	Yrd.Doç.Dr.	Mustafa Erdem Can	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Ticaret Şirketlerinde Sermaye Koyma Borcu
	Soru-Cevap			
10:45-11:00	Kahve Arası			
11:00-13:00	6. Oturum	Şirketler Topluluğu	Başkan: Abdullah Ergin Yargıtay 23. Hukuk Dairesi Üyesi	
1	Prof. Dr.	Ahmet Battal	Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Güven Sorumluluğu
2	Doç.Dr.	Gül Okutan Nilsson	Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Şirketler Topluluğunda Karşılıklı İştirak
3	Yrd.Doç.Dr	Kaan Susuz	Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından "Hâkim Teşebbüs" Kavramı
4	Yrd.Doç.Dr.	Aslı E. Gürbüz Usluel	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Şirketler Topluluğunda Denkleştirme
	Soru-Cevap			
13:00-14:00	Yemek Arası			
14:00-15:45	7.Oturum	Anonim Şirket Kuruluş	Başkan: Murat Kıyak Yargıtay 23. Hukuk Dairesi Üyesi	
1	Doç.Dr.	Rauf Karasu	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi
2	Yrd.Doç.Dr	Özlem K. Coşgun	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Anonim Şirketlerde Getirilebilecek Olan Sermaye Değerleri ve Değer Bıçme Prosedürü

3	Yrd.Doç.Dr.	Emrullah Kervankıran	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Ön Şirket (Vorgesellschaft) ve Hukuki Niteliği
4	Dr.	Seniha Dal	Marmara Üniversitesi İİBF	Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirkete Aynı Sermaye Olarak Konulması
	Soru-Cevap			
15:45-16:00	Kahve Arası			
16:00-18:00	8. Oturum	Anonim Şirket Kuruluş	Başkan: M. Umur Tarhan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Üyesi	
1	Doç.Dr.	İbrahim Arslan	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Sermaye Şirketi Uygulamasında Yeni Bir Anlayış-Tek Kişilik Anonim Şirket
2	Doç.Dr.	Çağlar Manavgat	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Halka Arz Kavramına yeni TTK'nın Yaklaşımı
3	Yrd.Doç.Dr.	Ömer Korkut	Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksikliklerin Hukuki Sonuçları ve Tescilin Sağlığa Kavuşturucu Etkisi
4	Yrd.Doç.Dr.	Eda Giray	Marmara Üniversitesi AMYO	Kuruluşun Kaynaklanan Sorumluluk
	Soru-Cevap			
09:30- 11.00	9.Oturum	Deniz Ticareti Hukuku	Başkan: Cemalettin Şevli Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı, Deniz ve İç Sular Düzenleme Genel Müdürü	
1	Prof.Dr.	Zehra Şeker Öğuz	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Gemi, Mülkiyet ve İpotek hakları Kavramlarının Değerlendirilmesi
2	Av.	Ahmet Çalık	Çalık Hukuk Bürosu/ İzmir	Çarter Sözleşmeleri ve Uygulamada Yaratacağı Sorunlar
3	Av.	Tevfik Adnan Gür	Gür Hukuk Bürosu	Donatının Sorumluluğunun Sınırlandırılmasına Dair 1976 Konvansiyonu ve 1996 Protokolü
	Soru-Cevap			
11.00-11.15	Kahve Arası			
11.15-12.45	10. Oturum	Deniz Ticareti Hukuku	Başkan: Prof.Dr.Mesut Önen Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
1	Prof.Dr.	Fehmi Ülgener	Piri Reis Üniversitesi Mütevelli Heyet Üyesi	Taşıyanın TTK'ya göre Sorumluluğu

2	Doç.Dr	Pınar Akan	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Deniz Kazalarına İlişkin Düzenlemeler Göz Önüne Alınarak Alternatif Yargı Yollarının Uygulanması
3	Av.	Hasan Hürman	Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Baş Hukuk Müşaviri	TTK'da Kılavuzluk ve Kurtarma İlişkisi
	Soru-Cevap			
12:45-14:00	Yemek Arası			
14.00-15.45	11.Oturum	Deniz Ticareti Hukuku	Başkan: Mustafa Azman İstanbul Liman Başkanı	
1	Prof.Dr.	İnci Kaner	Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Gemi Alacaklısı Hakları
2	Av.	Ergun Ersoy	Ersoy/Bilgehan Hukuk Bürosu	Çatma Hükümlerinin Değerlendirilmesi
3	Yrd.Doç.Dr.	Mehtap Cevir Engin	Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Müşterek Avarya
	Soru- Cevap			
15:45-16:00	Kahve Arası			
16:00-18:00	12. Oturum	Deniz Ticareti Hukuku	Başkan: A. Albayrak Doğan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Üyesi	
1	Prof.Dr.	Didem Algantürk Light	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Navlun Sözleşmelerinde Muayene ve İhbar kulfeti
2	Yrd.Doç.Dr.	İlknur Uluğ Cicim	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Getirilen Yenilikler
3	Yrd.Doç.Dr	Deniz Güner Özbek	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Konişmento ve İspat Kuvveti
4	Doç. Dr.	Fevzi Topsoy	Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Garanti Mektubu Karşılığında Düzenlenen Temiz Konişmentolardan Dolayı Taşıyanın Sorumluluğu
	Soru Cevap			

Cumartesi				
09:30-11:00	13.Oturum	Anonim Şirket Yönetim Kurulu	Başkan:Gültekin Dinç Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Üyesi	
1	Prof.Dr.	Hasan Pulaşlı	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı
2	Yrd.Doç.Dr.	İlyas Çelikleş	Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Nitelikleri Konusunda Karşılaşılabilecek Sorunlar
3	Doç.Dr	Beşir Fatih Doğan	Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Devredilemez ve Devralınamaz Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri
	Soru-cevap			
11:00-11:15	Kahve Arası			
11:15-13:00	14. Oturum	Anonim Şirket Yönetim Kurulu	Başkan: Ahmet Tuncay Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Üyesi	
1	Prof. Dr.	İsmail Kayar	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Anonim ve Limited Şirketlerde Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları
2	Prof. Dr.	Mustafa Çeker	Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Şirkete Borçlanma Yasağı	
3	Yrd.Doç.Dr	Tamer Pekdiğer	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Yönetim Kurulu Kararlarının Geçerliliği
4	Yrd. Doç.Dr	Hanife D. Koşut	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Anonim Şirket Yöneticilerinin ve Denetçilerinin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu
	Soru-Cevap			
13:00-14:00	Yemek Arası			
09.00-11:00	15. Oturum	Sigorta	Başkan: H.Gülğün Vuraloğlu Yargıtay 11.Hukuk Dairesi Üyesi	
1	Prof.Dr.	Samim Ünan	Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Sigortaya İlişkin Hükümlerin Genel Değerlendirmesi ve Eleştirisi

2	Yrd.Doç.Dr.	Birgöl Sopacı Öztuna	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Sigortacının Kanuni Halefiyet Hakkına İlişkin Güncel Sorunlar
3	Yrd.Doç.Dr.	İrem Aral	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Sigorta Ettirenin Sözleşmenin Yapılmasında Beyan Yükümlülüğü
4	Yrd.Doç.Dr.	Serdar Acar	Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Sorumluluk Sigortacısına Zarar Gören 3.Kişi Tarafından Açılan Doğrudan Davalarda Sigortacının İleri Sürebileceği Savunmalar
	Soru - Cevap			
11:00-11:15	Kahve Arası			
11:15-13:00	16. Oturum	Kıymetli Evrak ve Taşıma	Başkan: Uğur Sayın Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Üyesi	
1	Prof.Dr.	Lerzan Yılmaz	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Yeni TTK ve 5941 sayılı Çek Kanunu
2	Yrd. Doç.Dr.	Mustafa Erkan	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Kambiyo Senetlerinin Şekil Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk: Tamamlayıcı Kuralda Vatandaşlık Faktörü
3	Yrd.Doç.Dr.	Burak Adıgüzel	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Eşya Taşıma Hukuku Alanında yeni TTK ile Getirilen Yenilikler
4	Yrd.Doç.Dr.	Barış Günay	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Hava Taşımacılığında Montreal Sözleşmesinin Yürürlüğe Girmesinin İç Hukuka Etkisi
14:00:15:45	17. Oturum	Anonim Şirket Pay ve Pay Sahipliği Hakları	Başkan: Adnan Deynekli Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Üyesi	
1	Prof.Dr.	Şükrü Yıldız	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Yeni Pay Alma Hakkı
2	Doç.Dr.	Hayri Bozgeyik	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Anonim Şirket Pay Sahibinin Haklarına İlişkin Yeniliklerin Değerlendirilmesi
3	Yrd.Doç.Dr.	Mücahit Ünal	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Kaydi Sisteme İlişkin TTK Hükümlerinin Değerlendirilmesi

4	Yrd.Doç.Dr	Murat Yusuf Akın	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Nama Yazılı Paylara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi
	Soru-Cevap			
15:45-16:00	Yemek Arası			
16:00-18:00	18.Oturum	Anonim Şirket Azlık Hakları, Sona Erme, Çıkma-Çıkarma, Uygulama Konusu	Başkan: Kadir Doğan Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Üyesi	
1	Prof.Dr.	Savaş Bozbel	Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Anonim Şirkette Azınlığın Bilanço Görüşmelerini Erteletmesi
2	Prof. Dr.	Ayşe Sümer	Marmara Üniversitesi İşletme Fakültesi	Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi
3	Yrd.Doç.Dr.	İrfan Akın	Türk- Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Anonim Şirkette Ortağın Şirketten Çıkarılması
4	Dr.	Ayşe Şahin	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkması ve Çıkarılması
5	Doç. Dr.	Adnan Deynekli	Yargıtay 19. HD. Üyesi	Uygulama Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi

İÇİNDEKİLER

1. GÜN: 10 MAYIS 2012

1. OTURUM

Ticari İşletme ve Tacir Kavramları ile İlgili 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi <i>Prof. Dr. Sami KARAHAN</i>	3
Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve Bu Bağlamda 6102 Sayılı TTK. m. 18/III Hükümünün Değerlendirilmesi <i>Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN</i>	11
Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu <i>Dr. Murat TOPUZ</i>	19
6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Acentelikle İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi <i>Yrd. Doç. Dr. Ozan CAN</i>	81

2. OTURUM

Ticari Davalar <i>Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN</i> <i>Ar. Gör. Yakup ORUÇ</i>	99
Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Asliye Ticaret Mahkemesi ile Asliye Hukuk Mahkemesi Arasındaki İşbölümü İtirazının Değerlendirilmesi <i>Doç. Dr. İbrahim ERCAN</i>	111
Şirketlerin Taraf Ehliyeti <i>Yrd. Doç. Dr. Serdar KALE</i>	119

3. OTURUM

Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Hâlleri <i>Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR</i>	129
Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınaî Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması <i>Av. Dr. Cahit SULUK</i>	157
6102 Sayılı TTK'nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaatler Çerçevesinde Dürüst ve Bozulmamış Rekabet Kavramı <i>Yrd. Doç. Dr. Şirin GÜVEN</i>	175

4. OTURUM

Yeni TTK ve HMK Çerçevesinde Ticari Defterler <i>Dr. Ayşegül SEZGİN HUYSAL</i>	191
---	-----

2. GÜN: 11 MAYIS 2012

5. OTURUM

İşletme Konusu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili <i>Doç. Dr. Murat ALIŞKAN</i>	207
Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Şirket Birleşme ve Devralmalarında Teminat ve Denkleştirmeler <i>Av. Cahit AĞAOĞLU</i>	221
Bölünmeye Katılan Şirketlerin Müteselsil Sorumluluklarının Sınırlandırılması <i>Yrd. Doç. Dr. Hülya ÇOŞTAN</i>	231

6. OTURUM

Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk <i>Prof. Dr. Ahmet BATTAL</i>	245
Şirketler Topluluğunda Karşılıklı İştirak <i>Doç. Dr. Gül OKUTAN NILSSON</i>	255
Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Hâkim Teşebbüs Kavramı <i>Yrd. Doç. Dr. Kağan SUSUZ</i>	269
Şirketler Topluluğunda Denkleştirme <i>Yrd. Doç. Dr. Aslı E. GÜRBÜZ USLUEL</i>	281

7. OTURUM

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi <i>Doç. Dr. Rauf KARASU</i>	311
Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Ayni Sermaye Değerinin Belirlenmesi <i>Yrd. Doç. Dr. Özlem KARAMAN COŞGUN</i>	333
Ön Şirket ve Hukuki Niteliği <i>Yrd. Doç. Dr. Emrullah KERVANKIRAN</i>	349
6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 342'ye Göre Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirkete Ayni Sermaye Olarak Konulması <i>Dr. Seniha DAL</i>	371

8. OTURUM

Türk Ticaret Kanunu'nun Halka Arz Kavramına Yaklaşımı <i>Doç. Dr. Çağlar MANAVGAT</i>	401
Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksikliklerin Hukuki Sonuçları ve Tescilin Sağlığa Kavuşturucu Etkisi <i>Yrd. Doç. Dr. Ömer KORKUT</i>	411
Anonim Şirketlerde Kuruluştan Doğan Hukuki Sorumluluk <i>Yrd. Doç. Dr. R. Eda GİRAY</i>	431

9. OTURUM

Çarter Sözleşmeleri ve Yeni Yasal Düzenlemelerin Uygulamada Yaratacağı Yeni Sorunlar <i>Av. Ahmet ÇALIK</i>	443
Deniz Alacaklarına Karşı Donatanın Sorumluluğunun Sınırlandırılmasına Dair 1976 Konvansiyonu ve 1996 Protokolü <i>Av. Tefik Adnan GÜR</i>	451

10 OTURUM

Deniz Hukuku'nda Alternatif Çözüm Yolları <i>Doç. Dr. Pınar AKAN</i>	465
6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken Türk Ticaret Kanunun'da Kılavuzluk Kurtarma İlişkisi <i>Av. Hasan HÜRMAN</i>	477

11. OTURUM

Gemi Alacaklısı Hakkı ve Gemi Alacağı <i>Prof. Dr. İnci KANER</i>	487
6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Çatma Hükümlerinin Değerlendirilmesi <i>Av. Ergun ERSOY</i>	491
6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Müşterek Avarya <i>Yrd. Doç. Dr. Mehtap CİVİR ENGİN</i>	507

12. OTURUM

Yeni TTK Uyarınca Navlun Sözleşmelerinde Yüğü İnceleme ve Bildirim <i>Prof. Dr. Didem ALGANTÜRK LIGHT</i>	517
---	-----

Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Deniz Yolu ile Yolcu
Taşıma Sözleşmesi

Yrd. Doç. Dr. İlknur ULUĞ CİCİM..... 525

Garanti Mektubu Karşılığında Düzenlenen Temiz
Konişmentolardan Dolayı Taşıyanın Sorumluluğu

Yrd. Doç. Dr. Fevzi TOPSOY..... 545

3. GÜN: 12 MAYIS 2012

13. OTURUM

Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Yönetim Kurulu
Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı

Prof. Dr. Hasan PULAŞLI..... 587

Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin
Nitelikleri Konusunda Karşılaşılabilecek Sorunlar

Yrd. Doç. Dr. İlyas ÇELİKTAŞ..... 601

Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri ve Yönetim
Yetkisinin Devri

Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN..... 609

14. OTURUM

Yeni TTK'ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve
Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları

Prof. Dr. İsmail KAYAR..... 643

Şirkete Borçlanma Yasağı

Prof. Dr. Mustafa ÇEKER..... 659

Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının
Geçerliliği (Özellikle Batıl Yönetim Kurulu Kararları)
(TTK m. 391)

Yrd. Doç. Dr. Tamer PEKDİNÇER..... 671

Anonim Ortalık Yöneticilerinin ve Denetçilerinin
Hukuki ve Cezai Sorumluluğu (TTK m. 549 - 563)

Yrd. Doç. Dr. Hanife DOĞRUSÖZ KOŞUT..... 683

15. OTURUM

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1484. Maddesine
Göre Zorunlu Sorumluluk Sigortasında Sigortacının Zarar
Görene Karşı İfa Yükümlülüğü

Yrd. Doç. Dr. Birgül SOPACI ÖZTUNA..... 699

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Sözleşme Yapılmasında Beyan Yükümlülüğü <i>Yrd. Doç. Dr. İrem ARAL ELDELEKLİOĞLU</i>	725
Sorumluluk Sigortacısının Doğrudan Davada Dayanabileceği Savunmalar <i>Yrd. Doç. Dr. Serdar ACAR</i>	733

16. OTURUM

Kambiyo Senetlerinin Şekil Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk: Tamamlayıcı Kuralda Vatandaşlık Faktörü <i>Yrd. Doç. Dr. Mustafa ERKAN</i>	751
Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Eşya Taşıma Hukuku Alanında Getirilen Yenilikler <i>Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL</i>	769
Hava Taşımacılığında Montreal Sözleşmesinin Yürürlüğe Girmesinin İç Hukuka Etkisi <i>Yrd. Doç. Dr. M. Barış GÜNAY</i> <i>Yrd. Doç. Dr. Muharrem GENÇTÜRK</i>	793

17. OTURUM

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Rüçhan Hakkı Konusunda Getirilen Değişiklikler <i>Prof. Dr. Şükrü YILDIZ</i>	809
Kaydi Sisteme İlişkin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi <i>Yrd. Doç. Dr. Mücahit ÜNAL</i>	819

18. OTURUM

Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi <i>Prof. Dr. Ayşe SÜMER</i>	839
Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkması ve Çıkarılması <i>Yrd. Doç. Dr. Ayşe ŞAHİN</i>	851
6103 Sayılı TTK Uygulama Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi <i>Doç. Dr. Adnan DEYNEKLİ</i>	859

1. GÜN: 10 MAYIS 2012

1. OTURUM

TEBLİĞLER

*** TİCARİ İŞLETME VE TACİR KAVRAMLARI İLE İLGİLİ 6102 SAYILI TİCARET KANUNU HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Prof. Dr. Sami Karahan

*** TİCARİ SATIM SÖZLEŞMELERİNDE SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU VE BU BAĞLAMDA 6102 SAYILI TTK. m. 18/III HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN

*** TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE TASARRUF İŞLEMLERİNE İLİŞKİN ŞEKİL SORUNU (İsviçre Birleşme Kanunu (Fusionsgesetz: FusG) ve Alman Hukuku Perspektifinde)**

Dr. Murat TOPUZ

*** 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NUN ACENTELİKLE İLGİLİ HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Yrd. Doç. Dr. Ozan CAN

TİCARİ İŞLETME VE TACİR KAVRAMLARI İLE İLGİLİ 6102 SAYILI TİCARET KANUNU HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Sami KARAHAN*

ÖZET

Ticari işletme kavramı, ticaret hukukunun merkez kavramıdır. Ticari hüküm, ticari yargı, ticaret unvanı, ticari vekil, ticaret sicili gibi pek çok kavram ticari işletmeden hareketle tanımlanmıştır. Yeni Türk Ticaret Kanunu da ticari işletmeyi tanımlayarak 6762 sayılı Ticaret Kanunu dönemindeki sorunları gidermek istemiştir. Ancak, yapılan tanımlama başarılı değildir. Belirsizlik, esas itibarıyla TK.15 hükmünün aynen korunmasından ve TK.11 ile TK.15 arasında bir uyum sağlanmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce bu durum, ya esnafı tanımlayan TK.15 hükmünün tamamen kaldırılmasıyla ya da TK.11 hükmü esas alınarak, TK.11 hükmüyle çelişen ifadelerin değiştirilmesiyle ve “ticari olmayan işletme, esnaf işletmesidir” mantığıyla giderilebilir.

Anahtar Kelimeler: Ticari işletme, tacir

ABSTRACT

“Commercial enterprise” is the central notion of commercial law. Many concepts such as commercial regulation, commercial jurisdiction, business name, commercial agent, commercial registration are defined considering this notion. The new Turkish Commercial Code intended to settle disputes in the period of former Code No.6762 giving a definition of “commercial enterprise”; however, this definition is not appropriate. The equivocality arises from the preservation of article 15 and disharmony between article 11 and article 15 of the new Law. In my opinion, this problem can be solved by eliminating article 15 or aligning it with article 11 in the light of the conception of “uncommercial enterprise is artisan enterprise”.

Keywords: Commercial enterprise, tradesmen

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Ticaret Kanunu'nun, ticari işletme ağırlıklı karma sistemi benimsemiş olması¹; ticari iş, ticari hüküm, ticari yargı, ticaret unvanı, ticari vekil, kollektif şirket, ticaret siciline tescil edilebilirlik, acente ve daha birçok ticaret hukuku kavramının ticari işletme kavramından hareketle saptanması ve tanımlanması, bu kavrama büyük önem kazandırmaktadır. Ticari işletme, Ticaret Kanunu'nun merkez kavramıdır, ticaret hukuku kubbesini ayakta tutan *kilit taşı*².

Ticari işletme kavramı, hukukumuzda 6762 sayılı Ticaret Kanunu ile girmiştir. O günün şartlarında bu kavram tüm Avrupa için de yeni bir kavramdı. 1942 tarihli İtalyan Medeni Kanunu'nun, 6762 sayılı Kanunun tasarisını hazırlayan *Hirsch'e* verdiği ilham, aradan geçen elli yılda Avrupa ticaret hukuku öğretisini de derinden etkilemiştir. Ticaret hukuku yerine, ticari işletme hukuku başlığının ikame edilmesi önerileri bugün de günceldir.

Öte yandan, 6762 sayılı eski Ticaret Kanunu'nda ve Ticaret Sicil Nizamnamesi'nde, ticari işletme kavramının genel hatları ile ortaya konulması ile yetinilerek tanımlamadan kaçınılmış olması eleştirilmiş ve Ticaret Kanunu'nun merkezi olan bu kavramın tereddüde yer bırakmayacak şekilde tanımlanmasının kanun yapma tekniğinin bir gereği olduğu ifade edilmiştir. Nitekim, mevzuatın bu karmaşık yapısı, uyumsuzlukların çıkmasına ve bunların çeşitli yargı kararlarına konu olmasına sebep olmuştur.

Bugün ise, ticari işletme kavramı öğretilde genel kabul görmek yanında, çeşitli kanunlarda artan oranda kullanılmaya başlanmış, sözkonusu düzenlemeler işletme bağlamında yapılmıştır. Bu sebeple, 6102 sayılı yeni Kanunda da ticari işletme kavramının tanımlanarak ve somutlaştırılarak devam ettirilmesi tercih edilmiştir³.

TANIM VE UNSURLAR

Ticaret Kanunu'nun 11 inci maddesine göre: "*Ticari işletme*, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir".

Hükümde, öncelikle ticari işletmenin bir işletme türü olduğuna, yani, insan gereksinimlerini karşılamak ve kâr elde etmek amacıyla ekonomik faaliyette bulunan bir örgüt olduğuna vurgu yapılmıştır.

Bu işletme, işletme iktisadı biliminin işletmesinden farklıdır. İşletme iktisadı biliminde işletme, mal ve/veya hizmet üretimi için üretim faktörlerinin bir araya getirildiği ekonomik birimdir. Ticari işletme ise, bilişim ve iletişim sektörlerini de içine alan daha geniş bir alanı kapsamaktadır.

Ticari işletme, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen teşebbüs kavramından da farklıdır⁴. Teşebbüs, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimlerdir (RK.3). Teşebbüs kavramı, geniş bir kavram olup, hukuki durumuna (kamu ya da özel) ya da ne şekilde finanse edildiğine bakılmaksızın ekonomik faaliyetlerde bulunan her türlü işletmeyi kapsamaktadır. Ayrıca, teşebbüsler sadece kâr elde etmek için kurulan ekonomik ve teknik birimler de değildir. Örneğin; devlet hastaneleri, devlet üretim çiftlikleri, Mevlana Üniversitesi kâr amacı gütmeyen teşeb-

¹ Genel Gerekeçe N.104.

² *Kilit taşı*, eski Roma yapılarından beri kullanılan köprü, kubbe, kemer gibi yapıların ortasındaki ağırlığı ve dengeyi sağlayan taşa verilen isimdir.

³ Gerekeçe m.11.

⁴ Gerekeçe m.11.

büslere örnek olarak verilebilir. Buna karşılık, oteller, satış mağazaları, kuaförler ve markeler, ticari işletme ve teşebbüsün tüm özelliklerine sahiptir. Netice itibarıyla, her ticari işletmenin bir teşebbüs olduğu; fakat her teşebbüsün bir ticari işletme olmadığı ifade edilebilir.

Hükme göre, genel anlamda işletmenin bir türü olan ticari işletmenin varlığı için dört unsurun varlığı gereklidir. Bunlar;

- İktisadi faaliyet,
- Devamlılık,
- Bağımsızlık ve
- Esnaf faaliyeti için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamanın hedef edilmiş olmasıdır⁵.

Bu unsurların *bir araya* gelmesiyle ticari işletme statüsü *kendiliğinden* kazanılır. Herhangi birinin kaybedilmesiyle de ticari işletme statüsü yine *kendiliğinden* kaybedilir. Kazanma ve kaybetme için ayrıca şekli bir işlemde bulunulmasına; örneğin ticaret siciline tescil/terkin, ticaret odasına veya vergi dairesine kaydolma/sildirme gibi işlemlere ihtiyaç yoktur. Bu unsurlar incelenecek olunursa;

İktisadi Faaliyet

Faaliyetin iktisadi olması, işletme faaliyetine girilirken gelir sağlamanın hedef edinilmesini ifade eder⁶. Gelir sağlamayı hedeflemeyen hayri, sportif, kültürel, ilmi ve bedii maksatlarla icra edilen faaliyetler iktisadi değildir. Örneğin, kendi kamyonuyla inşa halindeki hayır kuruluşlarına karşılıksız olarak kum çeken kişinin faaliyeti bu niteliktedir.

Gelir sağlama hedefi bulunmakla birlikte, faaliyetin sonunda çeşitli nedenlerle gelir (hiç veya yeteri kadar) elde edilememiş veya zarar edilmiş olması faaliyetin iktisadi olma niteliğini etkilemez⁷.

Gelirin sarf yeri önemli değildir⁸. Örneğin devlete, belediyeye veya vilayete ait işletmelerin faaliyetlerinden elde edilen gelirin kamu hizmetleri için, bir derneğe ait işletmenin gelirinin derneğin iktisadi olmayan amaçları için kullanılıyor olması faaliyetin niteliğini etkilemez.

Hedef gelir sağlamak olmamasına rağmen, yapılan faaliyet sonucunda gelir elde edilmiş olması faaliyete iktisadi nitelik kazandırmaz. Örneğin, hayri veya kültürel maksatlarla işletilen bir öğrenci yurt işletmeciliği faaliyetinden, sonuçta gelir elde edilmiş olması bu çerçevede değerlendirilebilir.

İktisadi faaliyet, bir ticari usul ve organizasyon dahilinde gerçekleştirilmelidir⁹. Bunun dışında, faaliyetin tek kişi veya bir grup tarafından gerçekleştiriliyor olması; faaliyetin sermayeye veya bedeni çalışmaya dayanıyor olması; devamlı veya kesintili olması önemli değildir.

⁵ **Karayalçın** (s.160) bunlara bir de aleniyet unsurunu eklemektedir. Yazara göre, devamlı iktisadi faaliyet teşkilat demektir, bunun ise dış münasebeti olması asıdır. İşletmeler mevcudiyetlerini mağaza, büro açmak, ilân yapmak suretiyle topluma bildirirler. Fakat mesela borsada gizli olarak spekülasyon yapan şahıs iktisadi bir işletme kurmuş olmaz.

⁶ Gelir sağlamayı hedefleme unsurunun önemini kaybettiği bazı yazarlarca ifade edilmektedir. Modern işletme nazariyesi olarak isimlendirilen bu görüşe göre, önemli olan iktisadi bir organizasyonun varlığıdır. Bk. **Karayalçın** 158; **Özdemir** 14.

⁷ **Karayalçın** 158; **İmregün** 11; **Mimaroglu** 182; **İzmirli** 468.

⁸ **Karayalçın** 158.

⁹ **Hirş** 103; **Domaniç** 118; **Arsıslanlı** 21.

Devamlılık

Ticari işletmenin ikinci unsuru devamlılıktır. Devamlılık, faaliyetin teşkilatlanmış bir sanat haline getirilmesini, profesyonelce icrasını da ifade eder. Organizasyon devamlılığın sonucudur¹⁰.

Devamlılık, mutlak değil nispi anlam taşır. Devamlılık, faaliyetin uzun veya belirsiz bir süre icra edileceği anlamına gelmez. Kısa bile olsa belirli bir zaman dilimi için sürekliliği hesap edilerek planlanmış faaliyet de devamlıdır. Örneğin, iki yıl sürecek bir köprü inşaatını gerçekleştirmek üzere yürütülen bir faaliyet devamlıdır. İşin mahiyetinden kaynaklanan kesintiler devamlılık unsurunun varlığını ihlal etmez. Önemli olan faaliyetin arızı nitelik taşımamasıdır. Örneğin; sadece yaz aylarında çalışan turizm işletmeleri, dondurmacılar, hasat sezonuna bağlı faaliyet gösteren un değirmenleri, çırçır işletmeleri kastettiğimiz anlamda devamlıdır. Buna karşılık, bir veya birkaç defaya mahsus olmak üzere gerçekleştirilen taşıma faaliyeti, ara sıra düzenlenen araba piyangoları gibi arızı nitelik taşıyan faaliyetler devamlı değildir.

Devamlılık niyeti ile başlatılan faaliyetin, sonradan herhangi bir nedenle kesintiye uğraması o faaliyetin -yürütüldüğü dönem için- devamlılık niteliğini ihlal etmez.

Devamlılık niyeti olmaksızın başlatılan bir işletme faaliyetinin, ne zaman sona ereceği belli olmayan bir şekilde her an sona erme ihtimali ile sürdürülmesi -bu hal süreklilik arz etse bile- o faaliyeti devamlı hale getirmez. Örneğin, bir fuar alanında bir ay süreyle faaliyet icra etmek üzere açılan işletmelerin daha sonra yerel idarenin fuar süresini belirli olmayan bir zaman için ve fakat iradesi gerçekleştiği zaman sona ermek üzere uzatması halinde böyle bir durum söz konusudur.

Bağımsızlık

Bağımsızlık, işletmenin hem iç hem de dış ilişkide, başka bir işletmenin irade ve işlemine bağlı olmaksızın işlemler yapabilmesidir. Bağımsız nitelikte olmayan işletmeler ticari işletme sayılmazlar. Örneğin, şubeler, mal depolanan yerler, otomobil servisleri içinde bulunan tamir atölyeleri, ticari mümessil ve ticari vekiller bağımsız değildir.

Kapasite

Ticari işletmenin varlığı için aranan dördüncü unsur "*kapasite*" unsurudur. "*Kapasite*" unsuru ibaresi, tacirin esnafa nazaran daha yüksek olan ticari hacmine ve ticari işletmenin varlığı için *esnaf faaliyeti sınırlarının aşılmış olması* gerçeğine vurgu yapmak için kullanılmıştır.

Kapasite unsuru, birbirini tamamlayan iki farklı kanun hükmünde ele alınmıştır. Bunların ilki; konuyu doğrudan ele alarak ticari işletmeyi tanımlayan TK.11/II hükmüdür. Bu hükme göre, ticari işletmenin varlığı için esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamak *hedeflenmiş* olmalıdır. Kanuna göre, ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınır, Bakanlar Kurulu'nca çıkarılacak kararnamede gösterilecektir.

İkinci kanuni düzenleme, konuyu dolaylı olarak ele alan TK.15 hükmüdür¹¹. Hüküm aslında doğrudan esnafı tanımlarken, dolaylı olarak taciri ve ticari işletmeyi de tanımlamaktadır. Bu hükme göre: *esnaf*, ister gezici olsun ister bir dükkanda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, *ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla be-*

¹⁰ Karayalçın 159; Mimaroglu 190.

¹¹ Aynı yönde: Ayhan/Özdamar/Çağlar 43; Çeker 26.

deni çalışmasına dayanan ve geliri TK.11/II uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişidir¹².

Kanun hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, kapasite unsurunun varlığı için iki şartın birlikte gerçekleşmesinin gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Bunlardan sadece birinin gerçekleşmesi halinde kapasite unsurunun varlığından söz edilemez. Belirtilen şartlar şunlardır:

Bakanlar Kurulu'nca çıkarılacak Kararnamede öngörülen sınırın aşılması hedeflenmiş olmalıdır. 6103 sayılı UK.10'a göre, Türk Ticaret Kanunu'nun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen Bakanlar Kurulu kararı çıkarılıncaya kadar yürürlükte bulunan düzenlemeler uygulanmaya devam edecektir. eTK döneminde bununla ilgili olarak çıkarılan 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararında kazancın miktarı; "213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 177 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, (2) numaralı bendinde yazılı nakdi limitin tamamının aşılması" şeklinde somutlaştırılmıştı.

Sınırı aşan düzeyde gelirin elde edilmiş olması şart değildir. Belirtilen geliri sağlamanın hedeflenmiş olması şartın gerçekleşmesi için yeterlidir. Öte yandan, tacir sıfatının tesbitinde Kararnamede gösterilecek gelirin elde edilmesini hedeflemeyi yeterli gören Ticaret Kanunu'nun, karşıt kavram olan esnafı belirlerken bu defa Kararnamede gösterilen *gelirin aşılmasını* fiilen araması anlamsız ve yanıltıcıdır. Bu düzenleme, fiili gelir miktarının tespitinin yapılacağı ana kadar işletme sahibinin statüsünü belirsiz hale getirecek niteliktedir.

İktisadi faaliyet, *bedeni çalışmadan çok sermayeye* dayanmalıdır. TK.15 hükmünde, aynı zamanda tacir (dolaylı olarak esnaf) sıfatının belirlenmesine yönelik olarak TK.11/I hükmünden farklı kriter (*ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan*) aranması belirsizliği artırmaktadır. Şöyle ki; eTK'nın 17. maddesinde "*iktisadi faaliyetin nakdi sermayeden ziyade bedeni çalışmaya dayanması*" aranırken; 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun 3/a maddesi ile 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararında "*ekonomik faaliyetin sermaye ile birlikte bedeni çalışmaya dayanması*" aranılmıştı. Kanun koyucu, TK.15 ile tekrar sermaye/bedeni çalışma karşılaştırmasının arandığı kriterle dönüş yapmıştır. Nitekim, 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanunla değişik 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 82/I b.2'de, esnafa ait mesleki eşyanın haczedilemeyeceği ile ilgili kural konulurken, "*ekonomik faaliyeti, sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan borçlunun* mesleğini sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya haczedilemez" denilerek, esnaf sayılmak için, bedeni çalışmanın sermayeye nazaran hakim olması, aranmıştır. Bu durumda, kanaatimizce esnaf kavramı belirlenirken, bedeni çalışma/sermaye dengesinin hesabında, 5362 sayılı Kanuna değil artık yeni hükümlere itibar edilmelidir.

Sermaye, sadece parayı değil, paraya dönüştürülebilene her türlü değeri ifade eder. Örneğin alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar, fikri mülkiyet hakları, taşınurlar ve her çeşit taşınmazlar, taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları, ticari işletmeler, haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler, maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar ile devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer sermaye kapsamında değerlendirilir (TK.127).

Bedeni çalışma ise, işletme sahibinin bizzat kendisine ait olan beden ve beyin gücünü (mesleki bilgi ve tecrübe) ifade eder. Bu nedenle, kişinin kendi beden ve beyin gücüyle icra edilen öğretmenlik, mali müşavirlik, yatırım danışmanlığı, muayenehane doktorluğu, yazarlık, ressamlık, heykeltıraşlık, bestekarlık, noterlik ve mimarlık gibi

¹² TK.15'e göre tacirlere özgü 20 ve 53 üncü maddeler ile Türk Medeni Kanunu'nun 950 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü bunlara da uygulanacaktır.

faaliyetler ticari işletme faaliyeti sayılmazlar. İşletmede ücret karşılığı çalışan kişilere ait beden ve beyin gücü ise, bedeni çalışmaya değil sermayeye dahil edilir. Örneğin, doktor muayenehanesinde bedeni çalışma hakim unsur iken, on-onbeş uzmanın çalıştığı bir tıp polikliğinde hakim unsur sermayedir.

Öte yandan, bazı faaliyetler ister münferiden ve isterse geniş bir organizasyon şeklinde icra edilsinler, kanun gereği ticari işletme faaliyeti sayılmazlar. Örneğin, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 44 üncü maddesi uyarınca bir avukat belli ücret karşılığında başka avukatları istihdam etse bile ticari faaliyette bulunuyor sayılmaz.

Sermaye ve bedeni çalışma unsurlarından hangisinin hakim unsur olduğunu tespit etmek bazen zor olabilir. Örneğin, bir eczane işletmesinde hakim olan unsur hangisidir?¹³ Eczacının mesleki bilgisi mi, yoksa sermayesi mi? Kanaatimizce böyle durumlarda somut olayın şartları göz önünde tutularak *vazgeçilmesi en zor olan unsurun* hakim unsur olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, iktisadi faaliyet sadece hazır ilaç alım ve satımına ilişkin ise, sermayenin bedeni çalışmaya hakim olduğu söylenebilir.¹⁴ Zira, eczacılık fakültesi mezunu olmayan bir eczacı kalfasının dahi aynı alım satımı gerçekleştirebildiği herkesin malumdur. Buna karşılık, işletmenin faaliyeti eczacılık bilgisi kullanılarak ilaç üretimine münhasır ise beden ve beyin gücü, işletmeye hakim olan unsur olacaktır.

SONUÇ

Görüldüğü üzere, yeni Ticaret Kanunu ticari işletme kavramını yine net bir şekilde düzenleyememiştir. Bu karışıklık, esas itibarıyla TK.15 hükmünün aynen korunmasından ve TK.11 ile TK.15 arasında bir uyum sağlanmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Mevcut hükümler dikkate alındığında, ortaya hukuki kimliği belirsiz işletme ve kişiler çıkmaktadır. Örneğin, Kararnamede belirtilen gelir miktarını sağlamayı hedeflememiş olmakla birlikte, belirtilen geliri fiilen sağlamış olan ve ekonomik faaliyeti bedeni çalışmadan çok sermayeye dayanan kişinin durumu yahut Kararnamede belirtilen gelir miktarını sağlamayı hedeflememiş ve belirtilen geliri fiilen sağlamamış olan ekonomik faaliyeti bedeni çalışmadan çok sermayeye dayanan kişinin durumu gibi. Kanaatimizce, bu çelişkili durum, esnafı tanımlayan TK.15 hükmünün tamamen kaldırılmasıyla veya TK.11 hükmünü esas alarak, TK.11 hükmüyle çelişen ifadelerinin değiştirilmesiyle ve "*ticari olmayan işletme, esnaf işletmesidir*" mantığı çerçevesinde giderilmelidir¹⁵.

¹³ Aynı soru dışçılık ve dış protezciliği için de sorulabilir. Yargıtay dışçılığın ticari işletme faaliyeti olmadığı görüşündedir (İBK.12.11.1947, E.15/K.22, RG.16.1.1948, S.6807). Danıştay da dış protezciliğinin ticari işletme faaliyeti olmayıp serbest meslek faaliyeti sayılacağı görüşündedir. Danıştay söz konusu görüşüne gerekçe olarak "her ne kadar dış protezciliğinde sermaye unsuru önemli bir yer tutmakta ise de,.....şahsi mesai, ilmi veya mesleki bilgi ve ihtisas gibi unsurlar da aynı oranda önemli bir yer tutmaktadır ve sermaye unsuru faaliyetin niteliğini değiştirmemektedir." (Da.İBK.29.02.1996, E.1995/1, K.1996/1, Danıştay Dergisi, Yıl 27, S.93, s.59 vd.).

¹⁴ "... eczacıda iktisadi faaliyeti nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanmadığı ve kazancı da ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az bulunamayacağı cihetle... eczaneler TTK'nun 12/I ve 11. maddeleri gereğince ticari işletme sayılırlar."11.HD.1.11.1976, E.4293/K.4545 (Eriş 207).

¹⁵ Bilgili/Demirkapı da, mevcut düzenlemelerin karışıklığına ve çelişkilerine değinmekte ve tacirin sadece Bakanlar Kurulunca belirlenecek gelir miktarına bağlı olarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. bk. s.21.vd.

KAYNAKÇA

- Arslanlı, H.** : Kara Ticaret Hukuku, Umumi Prensipler, 3. Bası, İstanbul 1960.
- Ayhan, R./Özdamar, M./Çağlar, H.** : Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar, Yenilenmiş 4. Bası, Ankara 2011 (Turhan Kitabevi).
- Bilgili, F./Demirkapı, E.** : Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Bursa 2012.
- Çeker, M.** : Ticaret Hukuku, Yenilenmiş 2. Baskı, Adana 2011 (Karahan Kitabevi).
- Doğanay, İ.** :Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, 3. Baskı, Ankara 1990 (Doğanay).
- Domaniç, H.** : Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Genişletilmiş. 4. Bası, İstanbul 1988.
- Hırş, E.** : Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, 1948.
- İmregün, O.** : Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 1989.
- İzmirli, Y.** : Tacir-Esnaf Sınıfının Tayininde Ticari İşletme Unsuru Akipek'e Armağan, Konya 1991, s.465 vd.
- Karayalçın, Y.** : Ticaret Hukuku, I Giriş – Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968 (Karayalçın).
- Mimaroğlu, S.K.** : Ticaret Hukuku, C. I, İşletme Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 1978.

TİCARİ SATIM SÖZLEŞMELERİNDE SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU VE BU BAĞLAMDA 6102 SAYILI TTK. m. 18/III HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN*

ÖZET

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda satıcının ayıptan sorumluluğu m.219 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu hükümlerde satıcının ayıptan sorumlu tutulabilmesi için alıcının bazı yükümlülükleri yerine getirmek zorunda olduğu kabul edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu madde 223 de “alıcının gözden geçirme” ve satıcıya “ayıbı bildirme” yükümlülükleri kaleme alınmıştır. Alıcının satım konusu maldaki ayıbı satıcıya bildirme yükümlülüğü hakkında ise herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak ticari satım sözleşmelerinde de tacir sıfatına sahip olan alıcının da herhangi bir şekil şartıyla bağlı olmaksızın ayıp ihbarında bulunup bulunamayacağı hususu tartışmalıdır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 18/III de, “Tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır” şeklinde bir hüküm mevcuttur. TTK. m. 18/III hükmü nedeniyle ticari satımlarda ayıp ihbarının şekle bağlı olduğu da iddia edilmektedir. Bu çalışmada doktrindeki tartışmalara farklı bir bakış açısıyla yaklaşılarak yeni bir boyut kazandırılmak istenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Satım Sözleşmesi, Ayıp, Ticari Satım Sözleşmesi, İhbar, Şekil.

ABSTRACT

The liability of seller for fault is regulated in 6098 numbered Turkish Law Obligations Article 219 etc. In those decrees it is accepted that to be able to keep seller responsible from fault the buyer is obliged to realise some duties. In Article 223 of Turkish Law of Obligations it is written that the buyer should check the good and notify the seller about the fault. The law does not determine any kind of specific form for notifying the seller. However, the issue of whether the commercial buyer as well is not required to notify in any kind of form is a disputed issue. There is decree in Article 18/3 of Turkish Commercial Law which says that ‘Between the traders the notifications for ‘dissolving a contract’, ‘to make the other party default’ or ‘to go back from the contract’ should be made via notary, registered letter, telegraph or secured electronic mail’. As a result off this Article it is claimed that the notification between traders would have a specific kind of form. In this study it is aimed to bring a new aspect to these discussions.

Keywords: Sale Contract, Fault, Commercial Sale Contract, Notification, Form

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I. GİRİŞ

6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nun tacir olmanın hükümlerini genel olarak düzenleyen 20. maddesinin III. fıkrasına göre, tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmek veya mukaveleyi fesih yahut ondan rücu maksadiyle yapılacak ihbar veya ihtarların muteber olması için noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü mektupla yahut telgrafla yapılması şarttır.

Bu hüküm, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 18. maddesinin 3. fıkrasında, "Tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır" şeklinde kaleme alınmıştır. Ticari satım sözleşmelerinde satım konusunun ayıplı olması durumunda alıcının muayene ve ihbar yükümlülüğünün de TTK. m. 18/III de belirtilen şekle uygun yapılması gerekir mi sorusunun cevaplandırılması ticari hayatın pratiğinde önemli bir açığı kapatacaktır. Bu bağlamda satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda alıcının bu madde de geçen şekli kurallara uyma zorunluluğu tartışılacaktır. Bu çalışmada söz konusu tartışmaya özellikle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile bağlantılı farklı bir perspektif kazandırılmaya gayret edilmiştir.

II. TİCARİ SATIM SÖZLEŞMESİNDE SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNDA ADİ SATIMA GÖRE ÖZELLİK ARZEDEN HUSUSLAR

Ticari satım sözleşmelerinde genel olarak TBK.'nin ilgili hükümleri uygulanırken satım konusunun ayıplı olması durumunda yeni TTK. m. 23/c hükmü uygulanacaktır. Bu hükme göre, "malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde durumu satıcıya ihbar etmelidir. Açıkça belli değilse alıcı malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemek veya incelettirmekle ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını koruma için durumu bu süre içinde satıcıya ihbarla yükümlüdür. Diğer durumlarda Türk Borçlar Kanunu'nun. 223 üncü maddesinin ikinci fıkrası uygulanır". Adı satım sözleşmesinde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu TBK. m. 219-233 hükümleri arasında kusurdan bağımsız yasal bir sebep sorumluluğu olarak düzenlenmiştir¹. Satım sözleşmesinde ayıpla ilgili temel hüküm olan TBK. m. 219'a göre, "Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumludur.

Satıcı bu ayıpların varlığını bilmese bile onlardan sorumludur². Bu hükümler adi satım sözleşmelerinde satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna dair getirilen bu kuraldan yola çıkılarak ticari satım sözleşmelerinde de satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun mevcut olduğu ifade edilebilir.

Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğması halinde alıcıya tanınan yasal hakların kullanılabilmesi için alıcıya bazı külfetler yüklenmiştir. TBK. m. 223 de

¹ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, İstanbul 2008, s. 114.

² Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun gerekçesinde de belirttiği gibi TBK. m. 219 hükmü 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri göz önünde tutularak kaleme alınmıştır. Bkz. DİNÇ, Mutlu, Türk Borçlar Kanunu, Birinci Baskı, Ankara 2011, s. 206.

alıcının “gözden geçirme ve satıcıya bildirme” yükümlülüğü kaleme alınmıştır. TBK. m.223/I’e göre, alıcı, satım konusunu, işlerin olağan akışına göre, imkân bulur bulmaz gözden geçirmek ve sorumluluğu gerektiren bir ayıp tespit ederse bunu uygun bir sürede satıcıya bildirmek zorundadır. Görüldüğü gibi TBK. m. 223 hükmü ile alıcının eski ifadeyle muayene ve ihbar yükümlülüğü düzenlenirken ayıp ihbarının yapılması bakımından herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir.

6102 sayılı TTK. m. 23/c bendine göre, ticari satımlar söz konusu olduğunda ayıptan doğan hakların kullanılması için malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde durumu satıcıya ihbar etmelidir. Satım konusu malın ayıplı olduğu açıkça belli değilse alıcı, malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemek veya incelettirmekle ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa haklarının korumak için durumu bu süre içinde satıcıya ihbarla yükümlüdür.

TTK. m.23/c bendi (ETTK. m.25/b.3) Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemelerden bazı hususlarda ayrılmaktadır. Birincisi kısa ve süresi kanunda belirlenmiş muayene ve ayıp ihbar süresi getirilmiştir. Bu hükümle ilgili olarak öncelikle şunu ifade etmek gerekir: TTK. m. 25 de muayene şeklinde ifade kullanılırken yeni TTK. da inceleme ifadesi kullanılmıştır. 6098 sayılı TBK. da ise muayene ifadesi gözden geçirme olarak yer almıştır. Yeni TTK. m. 1, TBK. m.646 birlikte değerlendirildiğinde MK, BK ve TTK birbirinin tamamlayıcısı veya ayrılmaz parçası olduğu söylenebilir. Ancak aynı kavram söz konusu kanunlarda farklı ifadelerle kullanılmıştır.

Yeni TTK. m. 23/c hükmünde muayene süresi sekiz gün olarak belirtilmekte ise de muayeneden sonra ayıp ihbarının da bu sürede yapılıp yapılmayacağı açıklıkla belli olmamaktadır. Bazı yazarlar³ sekiz günlük süreyle alakalı olarak bu sürenin hem muayene hem de ihbar süresi olduğunu kabul ederken, bazı yazarlar⁴ sekiz günlük sürenin muayene süresinin dışında ilaveten ihbar süresi olduğunu savunmaktadır. Kanaatimizce sekiz günlük süre hem muayene hem de ihbar süresidir. Muayene süresine ilaveten ikinci bir sekiz günlük süreden bahsetmek mümkün değildir⁵.

III. 6102 SAYILI TTK M. 18/III HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. AYIP İHBARININ ŞEKLİ

Ayıp ihbarının yapılmasının belli bir şekle tabi olup olmadığı önemli bir sorundur. Türk Borçlar Kanunu açısından ayıp ihbarının yapılması herhangi bir şekil şartına tabii kılınmamıştır. Ancak yeni TTK. m. 18/III hükmünde aranan şekil şartının tacirler arasındaki satım sözleşmelerinde uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmaktadır. Dolayı-

³ **TANDOĞAN**, Haluk, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Ankara 1988, s. 181; **ÜLGEN**, Hüseyin, **TEOMAN**, Ömer/**KENDİGELEN**, Abuzer/**KAYA**, Arslan/**NOMER-ERTAN**, N. Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul 2006, N. 746; **ARKAN**, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara 2004, s. 151; **KARAKAŞ**, Cemal Fazıl, *Ticari Satımda Ayıp İhbarının Süresi ve Şekli*, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, XXII, 15 Aralık 2006, Ankara 2007, s. 171; **ARAL**, Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2007, s. 125.

⁴ **KARAYALÇIN**, Yaşar, *Ticaret Hukuku I- Giriş*, Ankara 1968, s. 547.

⁵ Hükümde açık ayıplar için iki günlük sürede ayıp ihbarı arandığından, bu nedenle muayene ile ortaya çıkan ayıplar bakımından tekrar sekiz günlük süre verilmesi kanun koyucunun amacı olamayacağı için sekiz günlük sürenin hem muayene hem de ayıp ihbar süresi olduğu kabul edilmelidir. Bkz. **ÖZDEMİR**, Saibe Oktay, *Yargıtay Kararları Işığında Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı ve Ayıba Bağlı Hakları Kullanmak İçin Uyulması Gereken Külfetler*, Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN’E Armağan, İstanbul 2007, s.54.

şıyla TBK. açısından şekle tabii olmayan ayıp ihbarı TTK. açısından bir şekle tabii kılınmıştır denilebilir mi?

Doktrinde her ne kadar aksi yönde fikirler⁶ bulunsa da hakim olan görüş⁷, tacirler arasında dahi ayıp ihbarının şekle tabii olmadığı yönündedir. Bununla birlikte yine hakim görüşe göre, alıcı fesih hakkını kullanmak isterse ayıp ihbarı bakımından değil de fesih beyanı bakımından TTK. m. 18/III deki şekle uyulması gerekir.

TTK. m. 18/III hükmüne karşılık gelen eski TTK. m. 20/III hükmünün geçerlilik şekli⁸ mi yoksa ispat şekli⁹ mi öngördüğü de tartışılmakta¹⁰ idi. Ancak yeni TTK. m. 18/III hükmü açısından artık bu durum tartışma konusu olmaktan çıkmıştır zira madde gerekçesinde¹¹ söz konusu şekil kurallarının ispat şekli niteliğinde olduğu vurgulanmıştır. Ancak hükmün gerekçesinde bu bir ispat şartıdır vurgusu yapılarak tartışmaların önü alınamamıştır. Zira madem ispat şartı ise neden bu kadar ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır sorusunun tatminkâr bir cevabı verilememektedir.

TTK. m. 18/III'de sayılmış olan şekil şartının ayıp ihbarı konusunda geçerli olup olmadığı ile ilgili Yargıtay'ın farklı kararları mevcuttur. Yargıtay 19. HD. kararlarında ayıp ihbarının TTK. m. 18/III (Eski TTK. m. 20/3) aranan şekil şartına tabii olduğu savunulmaktadır¹². Buna karşılık Yargıtay 11. HD.'nin kararlarında ise ayıp ihbarının tacirler arasında dahi şekle tabii olmadığı savunulmaktadır¹³. Yargıtay 15. HD.

⁶ **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, s. 137.

⁷ **TANDOĞAN**, s. 180; **ÜLGEN H., TEOMAN/KENDİGELEN/KAYA/NOMER-ERTAN**, N. 753; **ARKAN**, s. 151; **ŞAHİNİZ**, C. Salih, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara 2008, s. 79.

⁸ **ERİŞ**, Gönen, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, 2. Bası, Ankara 1992, s. 216; **DİRİKKAN**, Hanife, Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, Sayı 1, Yıl 2002, s. 44 ve dpn. 18 deki yazarlar.

⁹ **DİRİKKAN**, s. 45 ve dpn. 20 deki yazarlar.

¹⁰ Hükümde yer alan şeklin geçerlilik şekli olduğu sonucuna varıldığı takdirde bu şekle uyulmadan yapılan bir ihbar ve ihtar sonrası karşı taraf temerrüde düşürülemeyeceği gibi, sözleşmenin feshedildiği veya sözleşmeden rücu edildiğinden söz edilemeyecektir. Buna karşılık hükmün ispat şartı olduğu kabul edilirse HMUK'un ilgili hükümleri çerçevesinde ispat kuralları uygulanacaktır. Tartışmanın önemi bu noktadadır.

¹¹ Tasarı ile bu maddenin üçüncü fıkrasında üç köklü değişiklik yapılmıştır. (1) Hükümdeki şekil, geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmış, ispat şartına dönüştürülmüştür. Bu amaçla eski metinde yer alan "muteber olması için" ibaresine metinde yer verilmemiştir. Bu değişikliğin sebebi, geçerlilik şartının artık haklı bir gerekçesinin bulunmaması ve teknikteki hızlı gelişmedir. Ayrıca hiçbir modern kanunda bu kadar ağır bir geçerlilik şartı yer almamaktadır. Şartın tacir gibi basiretli bir işadamı için öngörülmüş olması da anlamsız bulunmuştur. Bkz. **DİNÇ**, s. 128.

¹² Bkz. Yargıtay 19. HD., T. 20.03.2003, E. 2002/287, K. 2003/2427, "Alıcı eğer maldaki ayıp belli ise teslimden itibaren iki gün, eğer açıkça belli değilse 8 gün içinde durumu satıcıya bildirmeye mecburdur. Tacirler arasındaki ihtarlar noter kanalı ile veya iadeli taahhütlü olarak yapılmak zorundadır. Ayıp ihbarının tanık beyanlarına göre süresinde yapıldığı kabul edilerek, yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir" (Kazancı İçtihat Bilgi bankası) ; Benzer yönde kararlar için bkz. **KARAKAŞ**, s. 190, 191.

¹³ Yargıtay 11. HD., T. 15.12.1997, E. 1997/8253, K. 1997/9220 bkz. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

ise bir kararında¹⁴ ticari satımlarda ayıp ihbarının her türlü delille ispat edilebileceğini kabul etmiştir.

Tacirler arasındaki satım sözleşmelerinde ayıp ihbarının şekle tabi olduğunu kabul eden Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin kararlarında iki farklı değerlendirme yapılmıştır. Yargıtay 19. HD. bazı kararlarında¹⁵ tacirler arasında ayıp ihbarının eski TTK. m. 20/3 (yeni TTK. m. 18/3) de aranan noter ihtarı veya iadeli taahhütlü mektupla yapılması gerektiğine karar vermiştir. Yine Yargıtay 19. HD. bazı kararlarında¹⁶ ise ticari satımlarda ayıp ihbarının yapılmasının herhangi bir şekle tabii olmadığını ancak uyumsuzluk halinde ihbarın yapılmış olduğunun eski TTK. m. 20/3 de öngörülen şekle uygun bir şekilde kanıtlanması gerektiğine karar vermiştir. Ancak kanaatimizce ticari satımlarda ayıp ihbarının yapılmasının herhangi bir şekle bağlı olmadığını söyledikten sonra ihbarın yapılmış olduğunu ispat edebilmek için eski TTK. m. 20/3 (yeni TTK. m. 18/3) de bahsedilen şekil şartlarının varlığını aramak pek de isabetli değildir zira bu durumda dolaylı olarak zaten ayıp ihbarının yapılmasının şekle tabii olduğu ifade edilmiş olur¹⁷.

6102 sayılı TTK. m. 18/3 de sözü edilen şekil şartı, sadece sözleşmenin diğer tarafını temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe ve sözleşmeden dönmeye ilişkin olup bunun dışında kalan hususlar hükmün uygulama alanı dışında kalacaktır. İhbar veya ihtarın konusu sınırlı olarak sayıldığından hükmün kapsamını başka ihbar veya ihtarları da kapsayacak şekilde yorumlamak mümkün değildir¹⁸. Bu durumda ticari satımlarda ayıp ihbarının noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması zorunlu değildir diyebiliriz. Buna karşılık ticari satım sözleşmelerinde satım konusunun nitelik, nicelik ve ücret yönünden adi satımlardan farklı olmasını dikkate alarak her ne kadar kanun metninde ayıp ihbarının bu şekilde yapılması açık bir şekilde ifade edilmese de işin öneme binaen TTK. m. 18/3 hükmünün uygulama alanının ayıp ihbarını da kapsadığı savunulabilir. Fakat 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu m. 20/3 hükmüyle ilgili tartışmalar devam ederken 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu m. 18/3 yürürlüğe girmiştir. Tartışmaların engellenmesi adına 6102 sayılı TTK. m. 18/3 hükmünün içeriğine ayıp ihbarı ifadesi de eklenmiş olsaydı artık bu tarz bir tartışmanın anlamı kalmayacaktı. Ancak kanun koyucu bu noktada herhangi bir değişiklik yapma yoluna gitmemiştir.

¹⁴ Yargıtay 15. HD., T. 29.03.1991, E. 1991/8, K. 1991/1588, "...09.07.1987'de mahkemenin de kabul ettiği gibi durum telefonla imalatçıya bildirilmiştir. Ayıp ihbarının telefonla yapılmasında bir şekil noksanı yoktur. İhbarın yapıldığı şahitle dahi ispatlanabilir..." (ERİŞ, s.281).

¹⁵ Yargıtay 19. HD., T. 16.03.2006, E. 2005/6939, K. 2006/2620 (ÖZDEMİR, s. 56) ; Yargıtay 19. HD., T. 22.01.2004, E. 2003/2208, K. 2004/366 (ÖZDEMİR, s. 56)

¹⁶ Yargıtay 19. HD., T. 25.10.2004, E. 2004/878, K. 2004/10598 (KARAKAŞ, s. 192) ; Yargıtay 19. HD., T. 13.05.2002, E. 2002/2445, K. 2002/3993 (ÖZDEMİR, s.56).

¹⁷ Aynı yönde bir görüşe göre, Yargıtay 19. HD.'nin ayıp ihbarının yapılmasının şekle tabi olmadığı halde uyumsuzluk halinde yapıldığının ispatının TTK. m. 20/3'deki usulle olacağını belirtmesi anlaşılmaktan uzaktır. İspat koşulu şeklin varlığı ancak kanunda açık hüküm var ise veya taraflarca kararlaştırılmış ise kabul edilir. Bkz. ÖZDEMİR, s. 57.

¹⁸ DİRİKKAN, s. 69; Yargıtay 11. HD. T. 22.12.1983, E. 1983/5783, K. 1983/5838 "TTK. m. 20/f. 3' de yazılı hallerin, ayıp ihbarına teşmili mümkün olmadığından, ayıp ihbarının yapıldığı iddiasının (şahit dahil) her türlü delille ispatı mümkündür..." (DOĞANAY, s. 237).

B. 6100 SAYILI HMK HÜKÜMLERİ BAĞLAMINDA TARTIŞMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda da yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununda da senetle ispat kuralı kabul edilmiştir. Bu kural¹⁹, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 200 de, “ Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibin beşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz” şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla ticari satımlarda ayıp ihbarının yeni TTK. m. 18/3 de bahsedilen şekle uygun yapılması gerekmez denilse de HMK anlamında işlemin ispat edilebilmesi noktasında HMK. m. 200 hükmü ile karşılaşılacaktır. Bir başka ifadeyle TTK.m. 18/3 hükmünün uygulanmaması durumunda ayıp ihbarında bulunduğunu iddia eden alıcının HMK hükümlerine göre iddiasını senetle ispat etmesi gerekecektir. Ancak HMK. m. 200 hükmünün uygulanabilmesi için ortada bir hukuki işlemin olması gerekmektedir. Halbuki satım sözleşmelerinde alıcının ayıp ihbarında bulunması bir hukuki işlem değildir, bir tür bilgi (tasavvur) açıklamasıdır²⁰. Dolayısıyla ayıp ihbarının yapılması bir hukuki işlem olmadığından HMK. m. 200 deki senetle ispat kuralının uygulanması söz konusu olmayacaktır. Ayıp ihbarı, hukuki işlem olmayıp bir tür bilgi açıklaması olduğu için bir olaya ilişkindir²¹ ve bu nedenle de türlü delille ispatlanabilmelidir.

HMK. m. 202/1’de “senetle ispat zorunluluğu bulunan hallerde delil başlangıcı²² bulunursa tanık dinlenebilir” şeklinde bir düzenleme kaleme alınmıştır. HMK. m. 202/2 de ise delil başlangıcı, “iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olma-

¹⁹ Bu konuyla ilgili daha geniş bilgi için bkz. **YILDIRIM**, M. Kamil, Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılamaya Hukukundaki Önemi, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, (Derleyen, M. Kamil Yıldırım, İstanbul 2002, s.118-142.

²⁰ **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi/**AKMAN**, Servet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 37; **ANTALYA**, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 61; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 163; **AYAN**, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2012, s. 84; **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2012, s.

²¹ **EREN**, s. 163; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 37.

²² 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun’unun getirdiği en önemli yeniliklerden bir tanesi delil başlangıcı düzenlemesi ve yine bununla ilgili olarak kanunda yapılmış olan belge tanımıdır. HMK. 202/1 hükmü, eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun yazılı delil başlangıcını (tahriri mukaddime-i beyine) düzenleyen 292. Maddesinin birinci fıkrasına benzer şekilde formüle edilmiş ancak eski düzenlemedeki “yazılı” ifadesi yeni kanuna konulmamıştır. Bunun sebebi, gerekçede de ifade edildiği üzere, delil başlangıcı olabilmenin şartının “yazılı olma” değil “belge olma” olarak değiştirilmiş olmasıdır. HMK. m. 202/1 hükmü yine eski düzenlemede olduğu gibi tanık dinlenebilir şeklinde bitmektedir. Bununla ilgili olarak tanık dinletilmesi zorunlu mudur, tanık yanında başka takdiri delillere de başvurulabilir mi, tanık dinlenilmesine gerek olmadan başka takdiri delillere başvurulabilir mi gibi sorularla ilgili yapılan tartışmalar yeni kanun uygulamasında da devam edecektir. Bkz. **GÖKSU**, Mustafa, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (1) 2011, s. 57, 58.

makla birlikte söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir” şeklinde tanımlanmıştır. Belge nedir sorusunun cevabı ise HMK. m. 199 da verilmiştir. Buna göre belge, “uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir” şeklinde tanımlanmıştır. Bu bağlamda ticari satım sözleşmelerinde ayıp ihbarının TTK. m. 18/3 deki şekil kurallarına göre yapılması gerektiği kabul edilse bile delil başlangıcının varlığı halinde tanık dinletilebilir mi? Bu soruya olumsuz cevap vermek mümkün değildir zira HMK. m.202 ve onunla bağlantılı olarak m. 199 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde ayıp ihbarının tanıkla dahi ispatı mümkündür. Ticari satımlarda alıcının ayıp ihbarında bulunmasının şekle tabii olduğu farazi olarak kabul edilse bile HMK. m. 199 anlamında bir belge varsa ve HMK. m. 202 deki delil başlangıcının bütün unsurları gerçekleşmişse bu belge olarak nitelendirilecek hususla ayıp ihbarında bulunduğu ispat edilebilmelidir.

Netice itibarıyla yeni TTK. m. 18/3 hükmünün artık bir ispat şartı olduğu ve HMK. m. 202 ve 199 hükümlerinin birlikte değerlendirildiği son tahlilde ticari satım sözleşmelerinde alıcının ayıp ihbarında bulunmasının herhangi bir şekil şartına tabii olmadığı ve tanıkla dahi ayıp ihbarın yapıldığının ispat edilebilmesinin mümkün olduğu ifade edilebilir.

IV. SONUÇ

Ticari satım sözleşmelerinde alıcının ayıp ihbarının yeni TTK. m. 18/3 de bahsedilen şekil kurallarına göre yapılması gerekli midir değil midir sorusunun cevabı gerçekten de ticari hayat açısından oldukça önemlidir. Ticari satım sözleşmelerinde satım konusunun adi satım sözleşmelerindeki satım konusuna oranla daha yüksek meblağlı, nitelikli olması gibi gerekçelerle alıcının mutlaka TTK. m. 18/3 deki kurala uygun bir ayıp ihbarında bulunması gerektiği savunulmaktadır. Yargıtay 19. HD. de buna paralel görüşte kararlar vermektedir. Bu görüş elbette kendi içinde değerlendirildiğinde mantıklı ve hukuki güvenliğin temini açısından önemlidir. Ancak TTK. m. 18/3 de ayıp ihbarının hüküm içerisinde açık bir şekilde ifade edilmemesinden ve bu hükmün bir ispat şartı olarak getirildiği kabulünden hareketle ticari satım sözleşmelerinde alıcının hiçbir şekle tabii olmadan ayıp ihbarında bulunabileceği savunulmaktadır. Kanaatimizce TTK. m. 18/3 hükmünün ispat şartı olması ve ayıp ihbarının hüküm içinde sayılmaması yanında 6100 sayılı HMK. m. 202 ve 199 hükmü birlikte değerlendirildiğinde ticari satım sözleşmelerinde alıcının herhangi bir şekil şartına uymaksızın ayıp ihbarında bulunması ve bunu tanıkla dahi ispat edebilmesi mümkündür denilebilir.

KAYNAKÇA

- ANTALYA, O. Gökhan** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.
- ARAL, Fahrettin** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.
- ARKAN, Sabih** : Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2004.
- AYAN, Mehmet** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2012.
- DİNÇ, Mutlu** : Türk Borçlar Kanunu, Birinci Baskı, Ankara 2011.
- DİRİKKAN, Hanife** : Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, Sayı 1, Yıl 2002.
- EREN, Fikret,** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012.
- GÖKSU, Mustafa** : 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, İstanbul 2008.
- KARAKAŞ,**
Cemal Fazıl : Ticari Satımda Ayıp İhbarının Süresi ve Şekli, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXII, 15 Aralık 2006, Ankara 2007.
- KARAYALÇIN, Yaşar** : Ticaret Hukuku I- Giriş, Ankara 1968.
- KILIÇOĞLU, Ahmet** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2012.
- ÖZDEMİR, Saibe Oktay** : Yargıtay Kararları Işığında Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı ve Ayıba Bağlı Hakları Kullanmak İçin Uyulması Gereken Külfetler, Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN'E Armağan, İstanbul 2007.
- ŞAHİNİZ, C. Salih** : Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadanı (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara 2008.
- TANDOĞAN, Haluk** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1988.
- TEKİNAY, Selahattin**
Sulhi/AKMAN, Servet/**BURCUOĞLU,**
Haluk/**ALTOP, Atilla** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- TUNÇOMAĞ, Kenan,** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977.
- ÜLGEN, Hüseyin/TEOMAN, Ömer/**
KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/
NOMER-ERTAN,
N. Füsün : Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006.
- YILDIRIM, M. Kamil** : Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, (Derleyen, M. Kamil Yıldırım, İstanbul 2002.

“ TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE
TASARRUF İŞLEMLERİNE İLİŞKİN ŞEKİL SORUNU
(İsviçre Birleşme Kanunu (Fusionsgesetz: FusG) ve Alman Hukuku
Perspektifinde)

Dr. Murat TOPUZ*

*“İlim, tesadüfi olanı kendisine konu yaptığı için kendisi de tesadüfi
olmaktadır; kanun koyucunun üç yeni düzeltici kelimesi koca kütüphanelerin
okkalık kâğıt haline gelmesine yeter”.*

Julius Hermann v. Krichmann

ÖZET

Eski Ticaret Kanunu’nda ticari işletmenin devri hususunda bir düzenleme yoktu. Ticari işletmelerin devri Borçlar Kanunu’na göre yapılmaktaydı. Borçlar Kanunu’na göre devir sözleşmesi şekle tabi değildi. Fakat ticari işletmenin malvarlığı unsurları tek tek özel biçimde yapılması gerekiyordu. Yeni Borçlar Kanunu da aynı sistemi öngörmüştür. Ancak Ticaret Kanunu’nun 11. maddesi yeni bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, ticari işletme yazılı bir sözleşmeyle bir bütün halinde devredilebilecektir. Bu sözleşme ticaret siciline tescil edilince hükümlerini doğuracaktır. Ticari işletmenin malvarlığı değerleri için tek tek devir işlemi yapılmayacaktır.

Anahtar kelimeler: Ticari işletme, Ticari işletmenin devri, tescilsiz iktisap halleri, tasarruf işlemleri

ABSTRACT

There was not an arrangement regarding the transfer of commercial enterprises in the former Turkish Commercial Code. The transfer of commercial enterprises was done according to the former Turkish Code of Obligation. A transfer contract for the transfer of enterprise was not subject to any form. However, the individual elements of the business assets of the entity had to be transferred in a certain form one by one. The new Turkish Code of Obligation accepts the same system. However, Article 11 of the new Turkish Commercial Code brought to a new arrangement. Accordingly, a commercial enterprise shall be transferred as a whole by a written contract. The provisions of this agreement shall have effect and bear consequence when registered to the trade register. The values of asset of commercial enterprises shall not be transferred one by one.

Keywords: Commercial Enterprise, Transfer of Commercial Enterprise, Nonregistered Acquisition, Dispositive Transactions

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I. GİRİŞ

Malvarlığı veya işletmenin devri, ticaret hayatında önemli bir gerekliliktir. Kurulu bir işletmeyi devralan, devredenın oluşturduğu hazır bir müşteri çevresini de devralmaktadır. Devreden de çeşitli yararlar sağlamakta, örneğın yeni ve daha büyük bir iş kurmanın getireceğı nakit ihtiyacını karşılamak için işletmesini devrederek bu ihtiyacını karşılamaktadır.

6762 Sayılı Eski Ticaret Kanunu (ETK), ticari işletmenin devrine ilişkin sözleşmenin gerek şekli gerekse kapsamı hakkında özel bir hüküm içermemekteydi. Bu nedenle hem borçlandırıcı işleminin şekli hem de tasarruf işlemi açısından genel hükümler uygulanmaktaydı. Ancak Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 01 Temmuz 2012'de yürürlüğe girmesi ile gerek şekil gerekse tasarruf işlemi ve kapsamı hakkında önemli düzenlemeler getirilmiştir. Bundan böyle, ticari işletmenin devrine ilişkin olarak TBK m. 202'nin yanında TTK 11/3'teki şu hüküm de uygulama alanı bulacaktır: *"Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülünen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir."*¹

¹ TTK m. 11/3'ün gerekçesine baktığımızda ise hükümet gerekçesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

"Üçüncü fıkra, 6762 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında olduğu gibi, ticari işletmenin, kendisine sürekli olarak tahsis edilmiş bulunan unsurları ile bir bütün oluşturan malvarlığı cephesini düzenlemektedir. Bu bütün, yerli ve yabancı öğretilere Fransızca bir terimden esinlenerek ticaret fonu (Fond de commerce) diye adlandırılır. Fon ile kastedilen, işletmeye sürekli olarak özgülünen bulunan malvarlığı unsurlarından oluşan bütündür. Bu bütün devir, rehin, intifa, kira gibi işlemlere konu olabilir.

Nitekim, Borçlar Kanununun 179 uncu maddesi ticarî işletmenin devrini sadece borçlardan sorumlu olma yönünden düzenlemiş, bütünü yaratan unsurlarla uğraşmamıştır. Buna karşılık, 1447 sayılı Kanun bütünüün rehnedilmesini ayrıntılı kurallara bağlamıştır. Tasarının 11 inci maddesinin üçüncü fıkrası, bir taraftan "bütün"ü vurgulamakta ve devir sözleşmesini yazılı şekle tâbi kılmakta, diğer taraftan da bütüne doğal olarak hangi malvarlığı unsurlarının dahil olduğunu göstermektedir. Böylece, 6762 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "sözleşme"nin ticarî işletmenin devrine ilişkin sözleşme olduğu Tasarının 11 inci maddesinin üçüncü fıkrasında açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır.

6762 sayılı Kanun gibi, Tasarının da devir sözleşmesine dahil saydığı malvarlığı unsurları, bir ticarî işletmeyi "bütün" bakımından, yani malvarlıksal yünden tanımlar. Bunların başında duran malvarlığı gelir. 6762 sayılı Kanun, duran malvarlığını, tanımalara ve tereddütlere yol açan "tesisat" sözcüğü ile ifade etmişti. İkinci önemli unsur, işletmeye bağlı müşteri çevresini de kapsayan ve işletmenin, teker teker malvarlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan değeri şeklinde anlaşılan işletme değeridir. Buna hukukumuzda peştemaliye ve bazen de good-will denilmektedir. Tasarı işletme değerinin yanında, parantez içinde ticaret ve ticaret hukuku tarihimizden gelen ve kavramı çok iyi ifade eden peştemaliye sözcüğünü de kullanmıştır. Bütünün bir diğer vazgeçilmez önemde unsuru ticaret unvanıdır. Ticaret unvanı işlevi sebebiyle, fikrî mülkiyet haklarından ayrı olarak Tasarıda zikredilmiştir. Nihayet, "kiracılık hakkı" da işletme için malvarlıksal bir değer olarak önem taşıdığından bütün içinde yerini almıştır. Ancak "kiracılık hakkı"nın günümüzde önemini yitirdiğini, bir işletmenin bulunduğu adres ile tanınmasının dünyamızda sadece tarihsel bir anlam taşıdığına da unutmamak gerekir. Kiracılık hakkı bir işletmenin, meselâ, dondurmamacının, ayakkabıcının, perükçunun, şapkacının, şekerci-

Bu düzenlemeye göre ticari işletmenin her bir unsuru (taşınırlar, taşınmazlar, haklar) ayrı ayrı tasarruf işlemlerinin yapılmasına gerek olmaksızın, tek bir devir sözleşmesiyle devredilebileceklerdir. Yani ticari işletmeye dâhil taşınırlarda zilyetliğin nakli, taşınmazlar da ise tapu siciline tescil olmaksızın ve diğer tüm unsurlarda da tek bir işlemle devir kolaylığı sağlanmıştır. Düzenlemeye göre, ticari işletmenin devri sözleşmesinin yazılı olarak yapılması ve ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekecektir. TTK'daki bu düzenleme medeni hukukun özellikle de eşya hukukunun ve borçlar hukukunun temel ilkelerine çok geniş ve bu ilkeler ile kimi zaman çelişen önemli istisnalar getirmiştir. Bu hüküm gelişen ticaret hayatı ve ticaret hayatının sürati nazara alınarak düzenlenmiştir. Ticari işletmelerin devredilmesinde kolaylık ve hız sağlamak bu düzenlemenin ana hedefi olmuştur. Ticari işletmenin devrinde kolaylık ve hız sağlanırken bu işlemlerin bütünlüğünü de hayati öneme sahip olduğundan, ticari işletmenin bütünlüğünün korunması da ihmal edilmemiştir. Bu bakımdan TTK m. 11'in madde başlığı da "Bütünlük İlkesi" olarak ortaya konmuştur. Böylece bu ilke açıkça TTK'da kendine yer bulmuştur.

TTK m. 11/3 hükmü Türk Ticaret Kanunu'nu Hazırlayan Bilim Komisyonu'nca Meclis'e sunulan Taslak'ta olmamasına rağmen, Adalet Komisyonu'nda eklenmiş bir düzenlemedir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, bu düzenleme Adalet Komisyonu'nun bilinçli bir tercihi olarak ortaya çıkmış gözükmektedir. TTK. 11/3 hükmüne ilişkin Adalet Komisyonu Raporunda, "...Ayrıca, maddenin üçüncü fıkrasında aşağıdaki gerekçelerle Komisyonumuzca değişiklik yapılmıştır. "Üçüncü fıkranın birinci cümlesi bir ticari işletmenin bir bütün halinde devredilebileceğini hükme bağlamaktadır. Cümledeki "bir bütün halinde" ibaresiyle, ticari işletmeyi meydana getiren taşınmazlar, menkuller, fikri mülkiyet hakları gibi malvarlığı unsurlarının tescil, teslim vs. gibi özel tasarruf işlemlerinin teker teker yapılmasına gerek olmaksızın devir sözleşmesi ile intikali amaçlanmıştır. Ancak "bir bütün halinde" ibaresinin bu şekilde yorumlanabileceği endişesiyle ve görüş ayrılıklarına yer bırakmamak için birinci cümle, "Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının kanuni tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir ve..." şeklinde değiştirilmiş, ayrıca son cümle, "Bu devir sözleşmesi ile ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan olunur" haline getirilmiştir"² denilmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, bu düzenlemenin bazı faydaları mevcut olmakla beraber uygulamada birçok sorun ve belirsizliği de beraberinde getirecektir.

nin, ticaretini yaptığı mahal (adres) ile tanınması, ancak o mahalde de kiracı olması halinde, ticarî işletmenin devrinde kiracılık hakkının (kira sözleşmesinin) de devrini ve mal sahibinin buna bazı şartlarla onay vermesi zorunluğunu ifade eder.

Bütünü tanımlayan bu malvarlığı unsurları, bütünü doğal parçalarıdır. Devir ile devralana geçerler. Devir sözleşmesinde bunlardan bazıları ismen veya hiçbiri zikredilmemiş bile olsa bu bütünü tanımlayan unsurlar devir sözleşmesine dahil kabul olunur. Ancak, taraflar bu unsurlardan bazılarını devrin dışında tutabilirler. Aynı ilke 1447 sayılı Kanuna da hakim olduğu için ticarî işletmenin bir hukukî işleme bütün halinde konu olduğu hallerde de kıyas yoluyla uygulanır.

Üçüncü fıkrada yer alan "aksi öngörülmedikçe" ibaresi Tasarımın 49 uncu maddesi ile çelişmemektedir. Anılan madde ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak başkasına devredilemeyeceğini öngörmektedir. Ancak bu hüküm işletmesini devreden kişiyi ticaret unvanını devre zorlayacak şekilde yorumlanamaz. İşletme sahibi arzu ederse unvanını devir dışında tutabilir, hatta devir sözleşmesi olanak tanıyorsa veya rekabet yasağı hükmü yoksa kuracağı yeni bir işletmede de kullanabilir". (www.basbakanlik.gov.tr, 01.08.2012 tarihi itibarıyla günceldir).

² **KENDİGELEN, A.**, Gereğçeli-Karşılaştırmalı Yeni Ticaret Kanunu, İstanbul 2011, s. 127-131.

Ticari işletmenin devrine ilişkin en önemli düzenleme Eski Borçlar Kanunu (EBK) m. 179'daki bir işletme ve malvarlığının devrine ilişkin düzenlemeydi. EBK'daki bu düzenleme soruna özellikle borçlar ve sorumluluk açısından yaklaşmaktaydı. Bu düzenlemenin aktiflerinin devri bakımından bir düzenleme içermediği, ticari işletmenin devri bakımından uygulamadaki sorunlara cevap vermekte yetersiz kaldığı ileri sürülmekteydi. Tüm bu eksiklikler ve ihtiyaçlara cevap vermeme yaklaşımı ticari işletmenin devri konusunda yeni bir düzenleme yapılmasının asıl nedenini oluşturmuştur.

TTK'daki bu düzenleme 1 Temmuz 2004'te yürürlüğe giren 3 Ekim 2003 tarihli İsviçre Federal Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığının Devri Kanunu³ (Fusionsgesetz: FusG (Birleşme Kanunu)'ndan ilham alınarak yapılmıştır. İsviçre Birleşme Kanunu, ticari işletmenin tescile dayalı devrini “*malvarlığının devri*” başlığı altında m. 69 vd. hükümlerinde ayrıntısıyla düzenlemiştir. Hatta bu düzenlemede sadece işletmenin değil işletme bölümlerinin, şubelerin ve bu düzeye ulaşmamış ekonomik bütünlük arz eden malvarlığı değerlerinin, hatta bazı aktif ve pasiflerin devrine olanak sağlanmıştır. Türk Hukuku'na ışık tutması bakımından İsviçre'deki düzenlemeleri de aşağıda ayrıntısıyla değerlendireceğiz.

Bu çalışmamızın amacı, TTK m. 11/3'ün faydalarını, eksikliklerini ve aksaklıklarını -İsviçre Birleşme Kanunu hükümlerini nazara alarak- ortaya koyarak eleştiriler getirmek ve çözüm önerileri sunmaktır. Bu nedenle öncelikle İsviçre ve Alman Hukuku'ndaki düzenlemeleri ortaya koymaya çalışacağız. Daha sonra Türk hukukundaki eski düzenleme ile yeni düzenlemeleri ortaya koyup, İsviçre ve Alman hukukları ile mukayese yapmaya çalışacağız.

³ İsviçre Birleşme Kanunu işletmelerin yeniden yapılandırılmasını baz alan özel bir kanun hüviyetindedir, **SCHUMACHER, R. T.**, Die Vermögenübertragung nach dem Fusionsgesetz, Zürich-Basel-Genf 2005, s. 22 vd.; **TSCHANL, R./RÖTHELL, A.**, “Yeni İsviçre Birleşme Kanunu, (çev. ÖZENSOY, N.), ABD, 2005/1, Ankara, s. 91 vd.; **WATTER, R./KÄGI, U.**, “Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögenübertragungen” SZW/RSDA 3/2004, s. 231 vd.; **VOGEL, A./GÜNTER, M.**, “Der Vertragübergang ei Vermögensübertragungen nach Fusionsgesetz, http://www.mll-legal.com/uploads/tx_x4publication/, s. 592 (25.07.2012 tarihi itibarıyla güncel) ; **VISCHER, F.**, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich-Basel-Genf 2004, N. 1; Birleşme Kanunu'nun temel amacı, işletmelerin hukuki yapılarının yeniden yapılandırılmasında esneklik ve kolaylık sağlamaktır. Böylece işletmelerin değişen ekonomik koşullara uyum sağlamaları kolaylaşacaktır. Birleşme Kanunu'nda düzenlenen malvarlığının devrine ilişkin hükümler önemli yenilikler içermektedir, **MORSCHER L., (ROLF WATTER/NEDİM PETER VOGT/RUDOLF TSCHÄNI/DANIEL DAENIKER (Hrsg.))**, Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel/Genf/München 2005, Art. 1, N. 36, 46; **TSCHANL/RÖTHELL**, s. 91 vd.; Bu düzenlemeler ile malvarlığının tamamının veya bir kısmının, envantere dayalı biçimde tek bir işlemle (*uno actu*) başkasına devredilmesi imkânı getirilmektedir. Böylece cüz'i halefiyet ilkesi uyarınca devre konu olan her bir unsur için kanunen mevcut olan devir kurallarına uyulması zorunluluğu da bulunmamaktadır, **VISCHER**, N. 16; **VOGEL/GÜNTER**, s. 593; Birleşmede (FusG Art. 3 vd.) külli halefiyet söz konusu iken, bölünme (FusG Art. 29 vd.) ve malvarlığı devrinde (FusG Art. 69 vd.) ise kısmi külli halefiyet ilkesi geçerlidir, **ÜLGEN, H./ARICI, F.**, “İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri”, Prof. Dr. Rona SEROZAN'a Armağan, C. II, İstanbul 2010, s. 1768-1769.

II. İSVİÇRE HUKUKU'NDA MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETME- NİN DEVRİ

A. Genel Olarak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 181. Hükümü Uyarınca

Türk Hukuku'nda malvarlığı veya işletmenin devrini düzenleyen EBK m. 179 hükmünün İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki (İBK) karşılığı İBK m. 181'dir. FusG öncesinde İBK m. 181 hükmü, üç fıkradan oluşmaktaydı. FusG yürürlüğe girdikten sonra İBK m. 181'e dördüncü fıkra eklenmiş ve ticaret siciline kayıtlı, özel hukuka göre hak sahibi olabilecek olanların malvarlıklarını ya da ticari işletmelerini devretmeleri durumunda, hak sahiplerinin hukuki statülerine bakılmaksızın, zorunlu olarak FusG hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alındı⁴. İBK m. 181'de her ne kadar malvarlığı veya işletmenin aktifleri ve pasifleri ile devrinden söz edilse de, gerçekte sadece borçların kanunen devrini hedef almıştır. Aktiflerin devrinde ise İsviçre'de cüz'i halefiyet ilkesi geçerli olmuştur⁵. İBK 181/IV'ün atfı uyarınca, siciline tescilli hukuk sùjeleri yani ticaret siciline tescilli gerçek kişiler, vakıflar, dernekler, kooperatifler, ticaret şirketleri açısından, artık İBK m. 181'e göre borçların kanunen devri uygulama alanı bulmayacaktır⁶. Bu konuda uygulanacak kanun FusG'dir. Bu durumda uygulanacak hükümler ise bu kanundaki malvarlığının devrine ilişkin hükümlerdir⁷. Böylelikle İBK m. 181'e eklenen dördüncü fıkra ile FusG hükümlerinin bertaraf edilmesi engellenmiştir⁸.

İsviçre Borçlar Kanunu'na göre malvarlığının devri, malvarlığı veya işletmeyi devreden ile devralan arasında yapılan bir sözleşme ile gerçekleşir⁹. Malvarlığı devri

⁴ SCHUMACHER, s. 5 vd.; VOGEL/GÜNTER, s. 592-593; von DER CRONE, H. C./GERSBACH, A./KESSLER, F. J./DIETRICH, M./BERLINGER, K., Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, N. 301-302; MORSCHER, FusG Art. 1, N. 45; DURMAN, O., İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 2009, s. 59, 83; ÜLGEN/ARICI, s. 1767-1768; FusG yürürlüğe girmeden önce ortaklıkların malvarlığını devretmeleri sadece belirli durumlarda birleşme hükümleri gereği veya yapılacak devir anlaşması çerçevesinde her bir malvarlığı değerinin aktif ve pasifiyle teker teker devredilmesi ile mümkündü. Malvarlığının devri sözleşmesinin ifası, malvarlığına dahil olan her bir malvarlığı değeri açısından kendine özgü temlik kurallarının geçerli olması nedeniyle zorluk ve karmaşıklık arz etmekteydi. Devredenin ortaklarının bu anlaşmaları basından duymaları veya bilançonun ya da kar zarar hesabının incelenmesiyle anlaşılması da bu malvarlığı devrinin ve buna yönelik sözleşmelerin olumsuz yönleriydi, DURMAN, s. 73-74; VOGEL/GÜNTER, s. 592 vd.

⁵ ÜLGEN/ARICI, s. 1767; SCHUMACHER, s. 10 vd; İBK m. 181 gereği üç yıl boyunca devreden ve devralan alacaklılara karşı müteselsilen sorumlu kalmaya devam ederler. İBK m. 181'e göre malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devralınmasına ilişkin malvarlığını veya işletmeyi devralanla devreden arasında bir devir sözleşmesinin akdedilmesi ve buna ilişkin olarak alacaklıların bilgilendirilmesi diğer bir ifadeyle ilan veya ihbar gereklidir, von TUHR, A., Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II, (Çeviren: EDEGE, C.), Ankara 1983, s. 900-901.

⁶ BERETTA, P., Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 69-77, Zürich 2004, N. 34, 72; SCHUMACHER, s. 10 vd.

⁷ Ancak İsviçre Birleşme Kanunu'nun malvarlığı devrine ilişkin hükümleri, pasiflerin genel hükümler çerçevesinde cüz'i halefiyet ilkesine göre devredilmesine engel değildir, ÜLGEN/ARICI, s. 1770; İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu, aynen Alman Medeni Kanunu'nda olduğu gibi, malvarlığı veya işletmenin devrinde kanuni bir borç naklini öngörmektedir, ACEMOĞLU, K., Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971, s. 2-3; DURMAN, s. 59.

⁸ von SALIS, U., Fusionsgesetz, Zürich 08/2004, www.fusionsgesetz.ch. (08.07.2012 tarihi itibarıyla güncel), s. 392; SCHUMACHER, s. 16-17; WATTER/KÄGI, s. 244.

⁹ von TUHR, s. 900.

borcunu doğuran sözleşme şekle tabi değildir¹⁰. Bu sözleşme ile devralan kişi ilgili malvarlığını devralma yükümlülüğü altına girmiş olur. Malvarlığını devreden de malvarlığı değerlerini devretme borcu altına gelmiş olur. Her ne kadar devir sözleşmesi şekle tabi değilse de, sözleşmenin resmi şekilde yapılması, malvarlığı değerleri içerisinde taşınmaz bulunması durumunda zorunludur¹¹. İBK m. 181 gereği malvarlığı veya ticari işletmenin devrinde aktiflerin devri cüzi halefiyet ilkesi uyarınca intikal eder. Aktiflerin devri içinse her bir malvarlığı unsuru için o malvarlığı unsurunun niteliğine uygun tasarruf işlemi gerçekleştirilmesi gerekir¹². Ayrıca devredilmek istenen malvarlığı veya işletme kendi içinde bütünlük teşkil etmesi gerekir. Malvarlığı değerlerinden bazılarının tek başına devredilmek istendiği durumlarda İBK m. 181 uygulama alanı bulmaz. Buna karşın malvarlığı veya ticari işletmenin aktifini oluşturan unsurlardan bazı değerler devredende bırakılsa dahi, İBK m. 181'in uygulanma alanı mevcuttur. Ancak bunun için malvarlığının tamamına yakını veya ticari işletmenin temel unsurlarının devredilmiş olması gerekir¹³. Devralan, alacaklılara karşı sadece malvarlığı veya işletme devri geçerli olarak gerçekleştirilirse sorumludur¹⁴.

B. İsviçre Birleşme Kanunu Uyarınca

1. Genel Olarak

Bu kanunun amacı, uygulamada şirketlerin yapısal değişimlerini kolayca sağlamak ve süratle değişen ticari hayata uyum sağlayabilmelerini mümkün kılmaktır¹⁵. FusG'e göre, geçerli bir malvarlığı devrinden söz edebilmek için iki kurucu unsurun bulunması yeterlidir: Devir sözleşmesi ve ticaret siciline tescil. Devir sözleşmesi adi yazılı şekle tâbidir (FusG Art. 70/II). Fakat taşınmazların devir sözleşmesine konu olması halinde, taşınmaza ilişkin devrin resmi şekilde yapılması gerekir (FusG Art. 70/II)¹⁶. Malvarlığının devrinin en önemli sonucu, ticaret siciline bu devrin tescili ile birlikte bir kısmı külli halefiyet halinin ortaya çıkmasıdır. Kısmi külli halefiyetin ortaya çıkmasının nedeni, devredenin genellikle malvarlığının belli bir kısmını devretme olanağına sahip olmasıdır¹⁷.

İşletmenin devre konu olacak aktiflerinin ve pasiflerinin belirlenmesi, irade serbestisi çerçevesinde taraflarca gerçekleştirilir. Ancak devredilen malvarlığının, aktiflerden ve pasiflerden oluşan bir bütün olması zorunluluğu yoktur. İBK m. 181'den

¹⁰ **BÜHLER, A.**, Die Vermögen-, Geschäfts- und Unternehmensübernahme nach schweizerischem Recht, Luzern 1947, s. 23.

¹¹ **SCHUMACHER**, s. 10 vd.; **DURMAN**, s. 64;

¹² **BÜHLER**, s. 55-56; **SCHUMACHER**, s. 10 vd.

¹³ **von TUHR**, s. 900-901.

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **von TUHR**, s. 900 vd.; **BÜHLER**, s. 28-30; **DURMAN**, s. 66-68.

¹⁵ Vergi hukukunda bir çok engeller kaldırılmış ve uluslararası gelişimlere ayak uydurulabilmesini temin etmekte. Şirketlerin yapısal değişimleri sırasındaki şeffaflık sağlanarak, korunması gereken ortaklar, alacaklılar ve işçiler için çeşitli etkin koruma mekanizmaları getirilmiş, böylece alacaklılar, çalışanlar ve azınlık hissedarları korunmaya çalışılmıştır. Kanun her çeşit ticaret ortaklıkları, kooperatifler, dernekler ve vakıflar dahil olmak üzere tüm birleşmeler, bölünmeler, tür değiştirmeler ve malvarlığı devirleri hakkında düzenlemeler getirmiştir. Alacaklıların korunması konusunda da Kanun ileri düzenlemeler içermektedir, Kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **DURMAN**, s. 70 vd.; **TSCHANL/RÖTHELL**, s. 91, 96; **WATTER/KÂGI**, s. 231 vd.

¹⁶ **AKER, H.**, Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012, s. 112-113, dn. 346; **TSCHANL/RÖTHELL**, s. 96.

¹⁷ **von SALIS**, s. 389; **TSCHANL/RÖTHELL**, s. 96.

farklı olarak, aktiflerin ve pasiflerin işletme veya işletmenin bir ölçüde bağımsız ve kendi içinde ekonomik bütün olan bir kısmını teşkil etmesi zorunlu değildir. Hatta tek bir hakkın devri için dahi malvarlığının devri kurumu devreye sokulabilir¹⁸. Aralarında bağlantı bulunsa bile, pasiflerin mutlaka aktifler ile birlikte devredilmesi şart değildir¹⁹. Bir işletmenin sadece aktiflerinin malvarlığı devrine konu olması mümkündür. Ancak devrin hakkın kötüye kullanılması oluşturmaması ve mal kaçırmaya ilişkin özel hükümleri ihlâl etmemesi şarttır. Sermayenin korunması ve tasfiyeye ilişkin özel düzenlemeler de saklıdır (FusG Art. 69/II)²⁰. Malvarlığı devri sonucunda aktiflerden başka ayrıca pasifler de devredilmişse, devreden devralanla birlikte bu borçlardan üç sene süreyle müteselsilen sorumludur (FusG Art. 75/I). Üç yıllık süre, devrin İsviçre Ticaret Sicili Gazetesinde ilânından itibaren başlar (FusG Art. 75/II). Ancak nakledilen borç müeccel ise sürenin başlangıcı borcun muacceliyet tarihidir (FusG Art. 75/II)²¹. FusG m. 75/III hükmüne göre üç yıllık müteselsil sorumluluk dönemi sona ermeden devrin taraflarının müteselsil sorumluluklarının sona ermesi durumu ortaya çıkarsa (örneğin devreden şirketin iflası veya iradi feshi nedeniyle tasfiye) veya alacaklılar müteselsil sorumluluğun yeterli koruma sağlamadığını ilk bakışta anlaşılan delillerle ortaya koyarlarsa alacaklıların taleplerine karşı teminat gösterilmesi mecburidir²².

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÜLGEN/ARICI**, s. 1772-1773 ve dn. 32-33'te zikredilen yazarlar.

¹⁹ **VON SALIS**, s. 414; **BERETTA**, FusG Art. 69-77, N. 23.

²⁰ **ÜLGEN/ARICI**, s. 1774.

²¹ **ÜLGEN/ARICI**, s. 1793; FusG ile birlikte İBK m. 181'deki iki yıllık süre de üç yıla çıkartılmıştır. Devreden şirketin ya da devralanın, bu devir işlemi dışındaki yani devredilen malvarlığına bağlı olmayan borçlarından dolayı, alacaklıları koruyucu hüküm bulunmamaktadır. Malvarlığının devrine konu olmayan borçlar bakımından böyle bir sorumluluk yoktur. Buradaki müteselsil sorumluluk, devir öncesinde muaccel olan veya olmayan bütün borçları kapsamaktadır. FusG m. 75/II hükmüne göre, iş hukukundan doğan, işçilerin alacak hakları bakımından da devredeninin müteselsil sorumluluğu söz konusudur. Burada devirden sonraki bir tarihte muaccel olan işçi alacakları dahi, belirli bir kapsamda müteselsil sorumluluğa konu olmaktadır, **DURMAN**, s. 80; **TSCHANL/RÖTHELL**, s. 96; Üç yıllık sürenin dolması ile alacaklıya karşı sadece devralan sorumlu olmaya devam eder. FusG'deki üç yıllık süre değiştirilemez. Üç yıllık süre, hak düşürücü süre olmayıp, zamanaşımı süresidir. İBK m. 181/II'deki iki yıllık süre hak düşürücü süre idi. Yeni düzenleme uyarınca sürenin bir zamanaşımı süresi olmasından dolayı, İBK m. 135 hükmü uyarınca kesilmesi olanaklıdır, Ayrıntılı bilgi için bkz. **VON SALIS**, s. 445-446; **DURMAN**, s. 80 ve dn. 87'de zikredilen yazarlar.

²² Burada sadece hakları malvarlığının devri ile etkilenen -alacaklı devredilen- alacaklılar ek teminat talep edebilirler. Bu alacaklıların hukuki koruma ihtiyacını temellendirerek açıklaması yeterlidir. Örneğin karşı ediminin düşük olması önemli bir gerekçe oluşturabilir. Teminat talebinin şartları gerçekleşmiş ise, alacaklı müteselsil sorumluluk yanında teminat da talep edebilecektir. Teminat gösteren devreden ya da devralan, alacaklıya karşı dış ilişkide diğerini bu yükümlülüğünden kurtarmış olacaktır. Bazı durumlara teminat talebi karşısında, devrin taraflarından biri, talepte bulunan alacaklıya ifade bulunabilir (FusG m.75/IV). Ayrıntılı bilgi için bkz. **VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER**, N. 923-934; **DURMAN**, s. 81-82; Alacaklıların korunması için FusG Art. 75/III'te düzenlenen teminat verme yükümlülüğü, özel durumlarda gündeme gelen istisnai ve ikincil bir tedbirdir, **ÜLGEN/ARICI**, s. 1794; Malvarlığı devri yoluyla devredilen borçların teminat altına alınması, iki halde söz konusudur: Birincisi; müteselsil sorumluluğun üç yıllık süre (FusG Art. 75/II) dolmadan ortadan kalkmasıdır (FusG Art. 75/III). Müteselsil borçlulardan birinin iflası ve tasfiyesinin sonuçlanmasında veya iradi bir nedenle sona ermesinde (örneğin birleşmede) durum böyledir. İkincisi; malvarlığı devri yoluyla devredilen borcun alacaklısının, müteselsil sorumluluğun yeterli koruma sağlamadığı kanaatini hâsıl edecek delil ve emareleri ortaya

2. Devir Sözleşmesinin Şekli ve Tarafları

Malvarlığı devri, yazılı şekle tâbi devir sözleşmesinde belirlenen malvarlığının veya malvarlığı bölümlerinin (işletmenin, işletme bölümlerinin veya belirli aktiflerin yahut aktiflerin ve pasiflerin) ticaret siciline tescilli bir hukuk süjesi tarafından²³, ticaret siciline tescile dayalı olarak devralana intikal ettirilmesidir (FusG Art. 69 vd.)²⁴. Malvarlığı devri için özel bir denetleme, denetleme raporu hazırlanması, devir öncesinde ve esnasında herhangi bir bilgi alma hakkı veya genel kurul kararı öngörülmemiştir²⁵. Devir sözleşmesi adi yazılı şekle²⁶ tâbidir (FusG Art. 70/II). Fakat taşınmazla-

koymasıdır (FusG Art. 75/III). Örneğin uygun bir ivaz olmaksızın icra edilen malvarlığı devrinin, devredenin ödeme gücünü zayıflatması ve buna karşılık devralanın baştan beri borca batık olması halinde, müteselsil sorumluluğun yeterli koruma sağlamayacağı sonucuna varılabilir. Bu hususta kesin ispat ölçütü de gerekmez, **von SALIS**, 446-447; Teminatın verilebilmesi için talep edilmesi gerekir ve bu talep için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Alacaklılar müteselsil sorumluluk için geçerli olan üç yıllık süre içinde teminat talebinde bulunabilir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, teminat talebi karşısında müteselsil borçluların teminat vermek yerine, borcu ifa edebilir. Ancak müteselsil borçluların bu yolu tercih edebilmesi için bazı şartlar gerekir: Öncelikle vadeden önce ifanın şartlarının gerçekleşmiş olması, ifanın diğer alacaklıları zarara uğratmaması gerekir (FusG Art. 75/IV). Vadeden önce ifanın diğer alacaklıları zarara uğratması halinde, zarar gören alacaklılar, tasarrufun iptali davası açabilirler. Teminat yükümlülüğünün konusu olan borçlar, malvarlığı devri ile nakledilen ve henüz vadesi gelmemiş olan borçlardır (FusG Art. 75/III). Vadesi gelmiş borçlar için teminat talep edilmez doğrudan ifa talep edilir. Gösterilecek teminat hem asıl edimi hem de yan edimleri teminat altına alacak değerde olmalıdır. Gösterilecek teminat aynı teminat olabileceği gibi şahsi teminata olabilir. Teminat verme zorunluluğu en erken malvarlığı devri hüküm ifade ettikten sonra ortaya çıkar, ayrıntılı bilgi için bkz. **ÜLGEN/ARICI**, s. 1795-1796 ve dn. 130-133'te zikredilen yazarlar.

²³ FusG m. 86'ya göre vakıflar, FusG m. 96'ya uyarınca emeklilik fonları ticaret siciline kayıtlı olmaları halinde malvarlıklarını bu kanun gereğince kısmen veya tamamen devredebilirler. Ticaret siciline kayıtlı olmadıkça bu kanun hükümlerine tabi bir malvarlığı devri gerçekleştirilemezler. FusG m.97'ye göre, kamu hukuku kuruluşları ticaret siciline kayıtlı olmaları halinde malvarlıklarını kısmen veya tamamen devredebilirler. Ticaret siciline kayıtlı olmadıkça bu kanun hükümlerine tabi şekilde malvarlığı devri yapamazlar. Kamu hukuku kuruluşları, tüzel kişiliği olup olmamalarına bakılmaksızın federasyonun, kantonların veya belediyelerin kamu hukuku kurallarına göre bağımsız şekilde kurulmuş bulunan kuruluşlarıdır ve ticaret siciline tescil edilmişlerdir, **DURMAN**, s. 82-83; Ticaret şirketleri, kooperatifler, işletmesi ticaret siciline tescilli dernekler ve gerçek kişi tacirler bu kapsamdadır. Adi şirket işletmesi veya malvarlığı da malvarlığı devri kurumuna başvurularak devredilemez. Çünkü İsviçre Hukuku bakımından adi şirketin ticaret siciline tescili mümkün değildir. Her türlü özel hukuk süjesi malvarlığını devralan tarafı teşkil edebilir (FusG Art. 69/1). Devralanın ticaret siciline tescilli olması ise gerekmez, **ÜLGEN/ARICI**, s. 1779-1780 ve dn. 71'de zikredilen yazarlar; Ayrıca bkz. **AKER**, s. 112-113, dn. 346.

²⁴ **von SALIS**, s. 10; **VOGEL/GÜNTER**, s. 593-594; **TSCHANL/RÖTHELL**, s. 96; Devir için aktiflerin, pasiflerden mutlaka fazla olması gibi bir şart yoktur, **DURMAN**, s. 73-74.

²⁵ **BERETTA**, FusG Art. 69-77, N. 7; Ayrıca bkz. **AKER**, s. 112-113, dn. 346; Malvarlığının devri, devreden şirketin amaçlarının kapsamını daraltmadıkça veya tasfiyesine sebep olmadıkça genel kurul kararı alınmasını gerektirmemektedir. Devralan şirket açısından da devir, devralan şirketin amaç ve konusunu değiştirmedikçe veya yeni yönetim organlarının atanmasını gerektirmedikçe genel kurul kararı gerekmez, **DURMAN**, s. 74-75; Eğer kararın alınmasının gerektiği bir durum söz konusu ise, devir sözleşmesi, tarafların en yüksek idare veya yönetim organı (örneğin bir anonim şirkette yönetim kurulu) tarafından karara bağlanır (FusG Art. 70/I). Bu kuralın uygulanması, devredilen malvarlığının kapsamına ve ekonomik değerine

rın devir sözleşmesine konu olması halinde, taşınmaza ilişkin devrin resmi şekilde yapılması gerekir (FusG Art. 70/II). Bu istisna dışında, malvarlığı değerleri cüz'i halefiyete göre devir çerçevesinde daha ağır şekle tabi olsalar bile, söz konusu malvarlığı değerlerini içeren devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması yeterlidir²⁷. Eğer devri söz konusu olan taşınmazlar farklı kantonlarda ise, devredenin merkezinin bulunduğu yer tapusunda resmi senedin düzenlenmesi gereklidir²⁸.

3. Devir Sözleşmesinin İçeriği ve Malvarlığı Devrine İlişkin Bir Envanter Hazırlanması

Devir sözleşmesi kanunda belirtilen asgari muhtevayı içermelidir (FusG Art. 71/I). Devrin taraflarının kim olduğu (örneğin, ticaret unvanı veya adı, yerleşim yeri, tüzel kişiliğin/ortaklığın türü), devrin konusu ve varsa karşı edim sözleşmede ortaya konulmalıdır. Kimin, kime, neyi devredeceğinin belirlenmesi ve varsa bunun karşı edimin ortaya konması sözleşmenin esaslı unsurlarıdır. Ancak şunu hemen belirtelim ki, devir sözleşmesinde devir borcunun karşılığında karşı edim kararlaştırılması tarafların takdirine bırakılmıştır. Diğer bir ifadeyle devrin ivazlı olması zorunlu değildir²⁹.

Devir sözleşmesi bir envanter içermelidir (FusG Art. 71/I, b). Bu envanter devredilecek aktifleri ve pasifleri kapsar. Hukuk ve işlem güvenliği bakımından devir envanterinde aktifler ve pasifler açıkça belirtilmelidir (FusG Art. 71/I, b)³⁰. FusG m. 71'e göre, devre konu olacak malvarlığı unsurlarının bir envanterinin hazırlanması, malvarlığı devrinin en temel unsurudur. Devre konu malvarlığı değerleri açıkça ayırt edilebilecek şekilde bu envanter de gösterilmelidir. Çünkü hazırlanacak envanter devir işlemine temel oluşturacak ve devrin kapsamını ortaya koyacaktır. Ayrıca malvarlığı devrinin gerçekleşebilmesi için devralan açısından envanterde mutlaka aktif bir değer yer alması gerekir. Aktif değerlerin yer almadığı bir devir geçerli olamayacaktır. Bununla devralanın alacaklılarının devir işlemine karşı korunması amaçlanmaktadır³¹. FusG m. 72'ye göre, envanter dışı kalan tüm malvarlığı değerleri devredende kalacak-

bağlı değildir ve karar için de özel bir nisap aranmaz. Ama kanunda, ortaklık sözleşmesinde veya kuruluş tüzüğünde öngörülen çoğunlukla karar alınmasına da bir engel yoktur. Gerçek kişi işletmesinin bir organı olmadığından, devir sözleşmesi işletme sahibi tarafından imzalanması gerekir, **ÜLGEN/ARICI**, s. 1780; Devir sözleşmesinin hüküm ifade edebilmesi için karar organı tarafından izin veya onay verilmesi zorunlu değildir. Ancak şirketler hukukunun genel hükümleri uyarınca bir başka organa ve özellikle karar organına yetki tanınan haller bu kurala istisna oluşturur. Bu düzenleme şirketler hukukuna ilişkin genel hükümleri bertaraf eden bir özel hüküm niteliği taşımaz. Zira ortaklar kurulu ve genel kurul kararı zorunluluğu, bazı durumlarda şirketler hukuku kurallarından kaynaklanabilir. Devir, şirket amacının değişmesi anlamına geliyorsa veya devralan şirkette nakit dışı sermaye konularak sermaye artırımına gidiliyorsa ya da devreden şirkette malvarlığı devri nedeniyle bir sermaye azaltılmasına başvuruluyorsa, ilgili şirket türüne özgü kurallara uyularak bir ortaklar kurulu/genel kurul kararı gerekir. Aksi halde devir sözleşmesi hüküm doğurmaz. Ayrıntılı bilgi ve farklı görüşler için bkz. **BERETTA**, FusG Art. 70, N.7-11.

²⁶ Malvarlığının devri usulü, kolay ve basit bir biçimde düzenlenmiştir malvarlığının devri usulünün basit olması nedeniyle kötüye kullanmaya açıktır, **VON SALIS**, s. 399-402.

²⁷ **VOGEL/GÜNTER**, s. 595; **BERETTA**, FusG Art. 70, N. 16; **TSCHANL/RÖTHELL**, s. 96.

²⁸ **DURMAN**, s. 70 vd.

²⁹ **ÜLGEN/ARICI**, s. 1772-1773; **VOGEL/GÜNTER**, s. 595.

³⁰ **VOGEL/GÜNTER**, s. 595; **BERETTA**, FusG Art. 71, N. 6; **AKER**, s. 112-113, dn. 346.

³¹ **VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER**, N. 934; **VOGEL/GÜNTER**, s. 595; **AKER**, s. 112-113, dn. 346.

tır³². Devre temel teşkil eden envantere taşınmazlar, kıymetli evrak ve gayri maddi değerler (fikri haklar, know-how, goodwill) teker teker belirtilmelidir (FusG Art. 71/1, b). Devredilen iş ilişkileri de listelenmelidir (FusG Art. 71/1, e)³³.

Envantere belirtilen unsurların belirlenebilir olması yeterlidir³⁴. Özellikle işletme veya işletme bölümlerinin devrinde, devre konu olan değerlerin genel olarak belirtilmesi ihtiyacı olabilir. Yer veya işletme ölçüt alınarak genel olarak belirtme yoluna gidilebilir. Örneğin belirli bir işyerindeki tüm aktifler veya aktifler ve pasifler şeklinde³⁵. Aktiflerin ve pasiflerin açık tanımlaması (FusG Art. 71/1, b) suretiyle envantere açıklanması zorunluluğunda katı davranılmamalıdır. Tek tek açıklanması kanunen zorunlu unsurlar dışında genel olarak belirtilme yeterli sayılmalıdır³⁶.

Hangi aktiflerin ve pasiflerin envantere yer aldığı, devir sözleşmesinin ve envantere yorumunu gerektirebilir. Devredilen malvarlığının envantere belirtilmeyen aktifleri kural olarak devredende kalır (FusG Art. 72). Devredilen malvarlığına ait olan ancak envantere yer almayan pasiflerin ne olacağı konusunda kanunda ve gerekçesinde açık bir hüküm yoktur. Öğretide aktifler için geçerli olan söz konusu hükmün (FusG Art. 72), kıyasen burada da uygulanacağı belirtilmektedir³⁷. Çünkü devrin envantere dayanması (FusG Art. 73/II) ve tarafların bu envantere girecek unsurları belirleme serbestisi (FusG Art. 71), malvarlığı devrinin ana ilkesidir³⁸. Tereddüt halinde, devredilen malvarlığı ile objektif olarak bağlantılı tüm aktiflerin ve pasiflerin devralana geçeceğine yönelik sözleşme şartları geçerli kabul edilmelidir³⁹.

Aktiflerin ve pasiflerin toplam değerinin saptanması ve devir sözleşmesine yani envantere konulması gerekir (FusG Art. 71/I, c)⁴⁰. Bu konuda *pozitif saldo* ilkesi

³² Ayrıntılı bilgi için bkz. **VOGEL/GÜNTER**, s. 595; **von DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER**, N. 832; **WATTER/KÄGI**, s. 234-235; **DURMAN**, s. 77-78; **AKER**, s. 112-113, dn. 346.

³³ **von SALIS**, s. 412; **VOGEL/GÜNTER**, s. 595; Özellikle somut devir işleminde, değeri önem taşıyan değerlerin veya bir başka (özel) sicile tescili gerekli olan fikri mülkiyet haklarının (marka, patent vb.) tek tek listelenmesi gerektiği yönünde bkz. **von SALIS**, s. 413.

³⁴ **MALACRIDA R. (WATTER ROLF/VOGT NEDİM PETER/TSCHÄNI RUDOLF/DAENIKER DANIEL (Hrsg.))**, Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2005, Art. 71, N. 6; **VOGEL/GÜNTER**, s. 595.

³⁵ **VOGEL/GÜNTER**, s. 595; **von SALIS**, s. 412.

³⁶ **von SALIS**, s. 411; **VOGEL/GÜNTER**, s. 595; **AKER**, s. 112-113, dn. 346.

³⁷ **MALACRIDA**, Art. 72, N. 3; **von SALIS**, s. 417.

³⁸ **WATTER/KÄGI**, s. 234 vd.; **ÜLGEN/ARICI**, s. 1775; **AKER**, s. 112-113, dn. 346.

³⁹ **ÜLGEN/ARICI**, s. 1776; **WATTER/KÄGI**, s. 234 vd; Envanter dışında ayrıca bir devir bilançosu düzenlenmesi şart değildir. Ancak bazı hallerde envantere dayalı bir devir bilançosu yükümü gündeme gelebilir. Özellikle devredilen çok sayıda aktif ve pasifin var olması ve değerlemenin karmaşık bir nitelik taşıması halinde, devreden hukuk süjesinin idare veya yönetim organı üyeleri, özen borcunun gereği olarak, devir bilançosu tanzim etmeleri gerekir. FusG m. 74 gereği devredilen malvarlığı değerleri, devreden son yıl mali tablolarına göre toplam malvarlığı değerlerinin %5'ini aşarsa, bu halde yine devreden ortaklarına mali tabloda açıklamada bulunulması gereklidir. Bu bildirim temelinde şirketin işlerinin idaresinden doğan hesap verme yükümlülüğünün bir sonucudur, **von SALIS**, s. 410, 416.

⁴⁰ **MALACRIDA**, Art. 71, N. 7; **AKER**, s. 112-113, dn. 346; Bilanço hukukuna göre tanzim edilen klasik envantere farklı olarak, her bir aktifin ve pasifin değerinin tek tek saptanarak belirtilmesi zorunluluğu yoktur. Fakat aktiflerin toplam tutarı ile pasiflerin toplam tutarı ayrı olarak gösterilmesi gerekir, **BERETTA**, FusG Art.71, N. 22; Toplam değer, devir konusu unsurların bireysel değerlerinin toplamının üzerinde de olabilir. Toplam değer saptanmasında

geçerlidir. FusG Art. 71/II'de yer alan bu ilkeye göre, devredilen aktiflerin değeri pasiflerin değerinden fazla olmalıdır. Malvarlığı devri ile sadece borçların nakli veya borca batık işletmelerin tüm aktifleri ve pasifleri ile devri gerçekleştirilemez⁴¹.

Devir sözleşmesi ivazlı olabilir. Bu karşı edim para, mal ya da hizmet olabilir. İsviçre Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 111. maddesine göre, ticaret sicili memuru devir işlemi tamamlandıktan sonra ticaret siciline kayıt yapıldığı takdirde karşılıklı edimler arasındaki dengeyi kontrol edebilir⁴². Malvarlığı devrinde devralanın karşı edim üstlenmesi zorunlu bir unsur olmayıp, tarafların iradesine bırakılmıştır (FusG Art. 71/I, d). Eğer taraflar bir karşı edim kararlaştırmışlar ise, bu karşı edim devir sözleşmesinin zorunlu içeriğine dâhil olur. Ancak herhangi bir karşı edim kararlaştırılmadığı durumlarda da bu durumun devir sözleşmesine açıkça yazılması gerekir. Kararlaştırılan karşı edimin devredilen malvarlığının değerine eşit olması zorunluluğu yoktur. İvazın devredilen malvarlığının değeri ile dengeli olup olmadığının tespiti için de herhangi bir denetleme raporu düzenlemek gerekmez. Hemen belirtelim ki, malvarlığı devrinin dayandığı temel ilişki aynı sermaye konulması işlemi ise ilgili hükümler gereği denetleme raporunun düzenlenmesi gerekir⁴³.

4. Ticaret Siciline Tescil ve Tescilin Etkisi

Ticaret siciline tescil devredene ait tek taraflı irade beyanı ile kullanılabilir bir yetki ve yükümlülüktür (FusG Art. 73/I)⁴⁴. Tescil ile beraber devir için hazırlanan envantere yer alan aktif ve pasifler başkaca hiçbir işleme gerek olmaksızın devralana geçecektir. Ancak kanunen zorunlu olarak devralana geçeceği belirtilen hukuki ilişkilerin dışında devreden taraf olduğu ilişkilerin de devralana geçip geçmeyeceği FusG'da hüküm altına alınmamıştır⁴⁵. Tescil işleminde taraflara, devir sözleşmesinin tarihine, devredilen aktiflerin ve pasiflerin toplam değerine ve varsa ivaza ilişkin bilgilerin yer alması gerekir (İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü 108a). Fakat devredilen malvarlığı unsurlarının tek tek belirtilmesi gerek yoktur⁴⁶. İsviçre doktrininde karşı edimin ticaret siciline tescili işletme satışlarının icrasında malvarlığı devrine başvurulmasını azaltacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Çünkü üçüncü kişiler bir işletme veya işletme bölümünün hangi fiyata satıldığını ticaret sicilinden öğrenme imkânı elde edecektir⁴⁷.

Devralanın ticaret siciline tescil talebinde bulunması ise hukuki bir sonuç doğurmayacaktır. Tescil işlemi devir sözleşmesinin imzalanmasından itibaren kural olarak derhal yerine getirilir⁴⁸. Ancak tarafların tescilin zamanını devir sözleşmesinde

varsa goodwill de nazara alınabilir. Devralanın goodwill envantere aktifleştirilebilir bir iktisadi değer olarak değerlendirilir, **ÜLGEN/ARICI**, s. 1777 ve dn. 53-54'te zikredilen yazarlar; Devredilen malvarlığı unsurlarının değerinin nasıl saptanacağı FusG'de yer almamaktadır. Ancak yıllık hesap ve bilançoya ilişkin değerlendirme ilkelerinin uygulanması yerinde olabilir, **MALACRIDA**, Art. 71, N. 8; Aktiflerin ve pasiflerin toplam değeri, devir sözleşmesinin *pozitif saldo* ilkesine (FusG Art. 71/II) uygunluğunun sağlanmasında ve devreden ortaklarına veya üyelerine bilgi verme konusunda önemli bir rolü vardır, **ÜLGEN/ARICI**, s. 1778.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi ve *pozitif saldo* ilkesinin eleştirisi için bkz. **VON SALIS**, s. 416; **ÜLGEN/ARICI**, s. 1776-1777 ve dn. 49'da zikredilen yazarlar; **AKER**, s. 112-113, dn. 346.

⁴² **DURMAN**, s. 74-75.

⁴³ **ÜLGEN/ARICI**, s. 1778-1779.

⁴⁴ **TSCHAN/RÖTHELL**, s. 96; **MALACRIDA**, Art.73, N. 5; **AKER**, s. 112-113, dn. 346.

⁴⁵ **TSCHAN/RÖTHELL**, s. 96; **DURMAN**, s. 78.

⁴⁶ **ÜLGEN/ARICI**, s. 1782; **SCHUMACHER**, s. 114 vd.; **AKER**, s. 112-113, dn. 346.

⁴⁷ Bu konuda özellikle bkz. **VON SALIS**, s. 427; **SCHUMACHER**, s. 114 vd.; **ÜLGEN/ARICI**, s. 1782.

⁴⁸ **MALACRIDA**, Art.73, N. 3-4.

öngörmesi de pekala mümkündür. Bu durum özellikle işletme devri için özellikle rekabet hukuku çerçevesinde ilgili makamlara bildirimde bulunulması veya izin alınması gereken hallerde söz konusu olabilir. Devir sözleşmesi ve envanter ile işleme katılan tarafların en yüksek idare veya yönetim organlarının onay kararlarının suretleri tescil başvurusuna eklenmesi gerekir (İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü m. 108). Eğer devir sözleşmesi idare veya yönetim organının tüm üyeleri tarafından imzalanmış ise ayrıca onay kararına gerek yoktur (İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü m. 108). Böylece tescil talebi ile birlikte sunulan belgeler, üçüncü kişilerin incelemesine açık hale gelecektir⁴⁹.

Malvarlığı devri ticaret siciline tescil ile hüküm ifade eder (FusG Art. 73/II; İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü m. 11). Bu nedenle ticaret siciline tescil kurucu etkiye sahiptir. Tescil, devir envanterinde belirtilen aktiflerin ve pasiflerin devralana intikalini sağlar (FusG Art. 71-73). Malvarlığı devrinin ticaret siciline tescil ile hüküm ifade etmesi, iç ilişkide tescilden önceki bir tarihte hüküm ve sonuç doğurmasının öngörülmesine engel teşkil etmez⁵⁰. Malvarlığı devri tescil edildikten sonra İsviçre Ticaret Sicili Gazetesinde ilân edilmesi gerekir. İlân ile birlikte tescilin hükümleri üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir (İBK m. 932/II, 933/I). İlân dış ilişkide ilân tarihini takip eden iş günü hüküm ifade eder (İBK m. 932/II)⁵¹. Aktiflerin ve pasiflerin devralana geçişi, ticaret siciline tescil ile birlikte kendiliğinden gerçekleşir (FusG Art. 73/II). Her bir aktif için ayrı ayrı tasarruf işlemi gerekmez. Örneğin; taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda tapuya tescil, alacaklar için devir beyanı, emre yazılı senetler için ciro vs. yapılması gerekmez. Kural olarak devri özel şekle tâbi olan haklarda tescille intikal eder. Bununla birlikte taşınmazların devri için malvarlığı devri sözleşmesinin ilgili kısmının resmi şekilde yapılması şarttır (FusG Art. 70/II). Ancak taşınmazın devri de ticaret siciline tescil ile sonuçlanır. Tapuya tescil açıklayıcıdır (FusG Art. 104). Malvarlığı devrinde, borçların geçişi için alacaklıların muvafakati aranmaz (FusG Art. 71/I, b; Art. 73/II). Bu düzenlemenin borcun geçişi için alacaklıların muvafakatini arayan İBK Art. 176/I'den farklıdır⁵². İsviçre Hukukunda malvarlığı devri, İsviçre özel hukuk sistemindeki mevcut devir şekillerine alternatif bir tasarruf işlemi ve devir biçimidir⁵³.

Doktrinde malvarlığı devrinde devir sözleşmesinin ve ticaret siciline tescilin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu konuda üç görüş ileri sürülmüştür⁵⁴:

Ağırlıklı görüşe göre, devir sözleşmesi borçlandırıcı hukuki işlemidir. Devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ise tasarruf işlemidir. Devir sözleşmesi kural olarak malvarlığı devrinin dayandığı temel ilişkinin bir unsuru olarak ortaya çıkar. Temel ilişki çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir: Örneğin satım, bağışlama, ortaklık sözleşmesi/nakit dışı sermaye taahhüdü. Devir sözleşmesi bir tasarruf işlemi niteliği taşımaz. Zira devir sözleşmesi doğrudan ve kesin olarak devreden malvarlığı üzerinde, devralan lehine herhangi bir değişiklik meydana getirmez⁵⁵.

İkinci görüşe göre, devir sözleşmesi bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Çünkü malvarlığı devrinin temel amacı, bir edimin taahhüt edilmesi değil, bir hakkın devrinin sağlamaktır. Her ne kadar devir sözleşmesi bu sonucu tek başına meydana getirmese de tasarruf işleminin ayrılmaz bir kısmını oluşturmaktadır. Bir tasarruf işlemi olarak mal-

⁴⁹ ÜLGEN/ARICI, s. 1782; AKER, s. 112-113, dn. 346; SCHUMACHER, s. 114 vd.

⁵⁰ SCHUMACHER, s. 102 vd.; ÜLGEN/ARICI, s. 1782 ve dn. 85-86'da belirtilen yazarlar.

⁵¹ ÜLGEN/ARICI, s. 1782; SCHUMACHER, s. 114 vd.

⁵² VOGEL/GÜNTER, s. 592-595; ÜLGEN/ARICI, s. 1788.

⁵³ MALACRIDA, Art. 69, N. 9 vd.; VOGEL/GÜNTER, s. 592.

⁵⁴ Tartışmalar için bkz. SCHUMACHER, s. 114 vd.

⁵⁵ Tartışmalar için bkz. von SALIS, s. 423; von DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, N. 866 vd.; ÜLGEN/ARICI, s. 1783.

varlığı devri iki unsurdan meydana gelmektedir: Devir sözleşmesi ve ticaret siciline tescil. Malvarlığı devrinin dayanağını teşkil eden borçlandırıcı işlem ise devir sözleşmesinden ayrı olarak değerlendirilmesi gereken herhangi bir temel ilişki olabilir. Devir borcu doğuran hukuki ilişki, şirketler hukukundan kaynaklanabilir. Örneğin ortaklık sözleşmesi, nakit dışı sermaye anlaşması gibi. Devir borcu doğuran hukuki ilişki borçlar hukukundan da kaynaklanabilir. Örneğin satım, trampa, bağışlama gibi. Devir borcu doğuran hukuki ilişki eşya hukukundan veya aile hukukundan yahut miras hukukundan kaynaklanan bir borç ilişkisi olabilir⁵⁶.

Üçüncü görüşe göre, devir sözleşmesi tasarruf işleminin unsurlarını da içeren borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Devir sözleşmesi ile devreden, ticaret siciline tescil yükümlülüğü altına girer. Devralan da bu sözleşmenin tarafı olarak malvarlığı unsurlarını kabul etmek ve kararlaştırılmışsa karşı edimi ifa borcu altına girer. Bu açıdan bakıldığında devir sözleşmesi bir borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Tasarruf işlemi unsurları ise aynı devir sözleşmesinin -alacağın temlikinde olduğu gibi- envanterde belirtilen haklarda değişiklik meydana getirmesinde karşımıza çıkar. Tasarruf işleminin tamamlanması ise ticaret siciline tescille sağlanır⁵⁷. Tescil yükümlü, devir sözleşmesinin kurulması ile kanun gereği doğar (FusG Art. 73/1). Fakat bu görüş, tescil yükümlülüğünün doğrudan devir sözleşmesinin dayandığı temel borç ilişkisinden kaynaklandığı ve bu yükümlülüğün devir sözleşmesinin bir unsuru olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁵⁸.

Ticaret siciline yapılan tescilin olumlu etkisi üzerinde durulması gereken bir diğer önemli husustur⁵⁹. Devreden ticaret siciline tescil ve ilândan sonra, tasarruf yetkisi olmaksızın, örneğin bir taşınırı üçüncü kişiye devretme girişiminde bulunabilir. Acaba bu halde tescilin olumlu etkisinin, iyiniyetle iktisaba engel teşkil ettiği ileri sürülebilir mi? Ticaret siciline tescil ve ilân edilen, bir malvarlığı devrinin gerçekleştiği kabul edilir. Aktiflerin ve pasiflerin toplam değeri ticaret siciline tescil ve ilân edilse bile, bunun dışında bir aktif ve pasif listesi tescil ve ilân olunmaz. Envanter ticaret siciline tescil kaydının içeriğine dâhil değildir. Tescilin olumlu etkisi devir envanterini kapsamadığına göre, tescilden sonra da pekala üçüncü kişilerin devredilen malvarlığı unsurlarını genel hükümler uyarınca iyiniyetle iktisabı mümkün olacaktır⁶⁰.

Tescil başvurusuna eklenen belgeler arasında envanterin yer alması (İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü m. 108a) ve bunun herkesin incelemesine açık olması (İBK m. 930,

⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÜLGEN/ARICI**, s. 1783 ve dn. 88'de belirtilen yazarlar.

⁵⁷ Tartışmalar için bkz. **MALACRIDA**, Art. 69, N. 9 vd., Art. 71, N. 2; Aynı görüş için bkz. **ÜLGEN/ARICI**, s. 1783 ve dn. 88'de zikredilen yazarlar.

⁵⁸ Eleştiriler için bkz. **ÜLGEN/ARICI**, s. 1783, dn. 88.

⁵⁹ Ticaret siciline tescilin olumsuz etkisinin (İBK m. 933/II) ise malvarlığı- devrini ilgilendiren bir yönü yoktur. Çünkü malvarlığı devrinde ticaret siciline tescil kurucu etkiye sahiptir, **BERETTA**, FusG Art. 73, N. 9; Tescilin devir sözleşmesi üzerindeki hüküm ve sonuçlan hakkında Birleşme Kanunu'nda açık bir düzenleme mevcut değildir. Malvarlığı devrinin ticaret siciline tescilinin, devir sözleşmesine ilişkin kanuna aykırılıkları düzeltici etkisi bulunup bulunmadığı ise tartışmalıdır: Bir görüşe göre, tescil işlemi devir sözleşmesine ilişkin kanuni sakatlıkları bertaraf eder. Böylece tescil geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur. Zira işlem güvenliği açısından ve anonim şirketin kuruluşunda tescilin düzeltici etkisini düzenleyen İBK m. 643/II'ye kıyasen bu sonuca varılması gerekir. Diğer bir görüşe göre ise, tescil işleminin devir sözleşmesinin geçerlilik koşullarındaki sakatlıkları düzeltici etkisi mevcut değildir. Özellikle irade bozukluğu ve ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler, ticaret siciline tescil işleminden sonra da uygulama alanı bulacaktır, **von SALIS**, s. 424; **ÜLGEN/ARICI**, s. 1786.

⁶⁰ **von SALIS**, s. 429; **MALACRIDA**, Art.73, N. 10; **ÜLGEN/ARICI**, s. 1784-1785.

İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü m. 9), varılan sonucu değiştirmeyecektir. Üçüncü kişilerin tescil ve ilân edilen kayıtların dayanaklarını inceleme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Devrin ticaret siciline tescil edilmesi envantere belirtilen malvarlığı unsurlarının intikaline yöneliktir. Zira tescil, örneğin malvarlığı devri kapsamındaki bir taşınırın mülkiyetinin naklini sağlar. Fakat hemen belirtelim ki, tescilin zilyetliğin sağladığı aleniye benzer bir işlevi bulunmamaktadır. Böylece tescil ile eş zamanlı olarak taşınırın doğrudan zilyetliği nakledilmediği sürece, malik sıfatıyla zilyet ile doğrudan zilyet farklı kişiler olacaktır. Tescilin sınırlı aleniyet etkisi nedeniyle, malvarlığı devrinde önem arz eden unsurların genel hükümlere göre tâbi oldukları devir şekillerine uyulması birçok problemi ortadan kaldıracığı için doktrinde önerilmektedir⁶¹.

5. Kısmi Külli Halefiyet⁶² ve Sözleşmenin Devrine Bağlı Sorunlar

Malvarlığının devri ile birlikte sadece aktif ve pasifler değil, tüm hukuki ilişkiler özellikle de üçüncü kişiler ile olan sözleşmelerinin devri mümkün hale gelmektedir. Külli halefiyet gereği tek işlem ile yani devir sözleşmesi ile tüm malvarlığı değerlerinin devredilebilmesi mümkün hale gelmiştir. Ancak şunu hemen belirtelim ki, bazı aktif ve pasiflerin, cüz'i halefiyet yolu ile devredilmesini FusG engellemektedir. Bazı aktiflerin cüz'i halefiyet yolu ile devri ve pasiflerin külli halefiyet ile devredilmesi aynı anda mümkün olabilmektedir. Bazı aktiflerin ticari gizlilik sebeplerinden dolayı malvarlığının devri işleminde konu edilemedikleri durumlarda, cüz'i halefiyet ile devir mümkündür⁶³. FusG Art. 73/II uyarınca malvarlığı devri sonucunda aktiflerin ve pasiflerin devralana geçmesi, kısmi külli halefiyet olarak nitelendirilmektedir⁶⁴. Külli halefiyet, kanunun malvarlığı devrine bağladığı temel sonuçtur. Külli halefiyetin kısmi olarak nitelendirilmesi, hangi malvarlığı unsurlarının devredileceğinin önceden belirli veya belirlenebilir olmasından kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle sadece envantere belirtilen aktifler ve pasifler devre konu olur. Kısmi külli halefiyetin, bilinen külli halefiyet prensibinin özel bir türü olduğu kabul edilmektedir⁶⁵.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer önemli husus da malvarlığı devrinin sözleşmenin devri bakımından ortaya çıkaracağı sorunlardır.

⁶¹ WEBER, P., Die Vermögensübertragung, Fusionsgesetz, Auswirkungen auf die Praxis, Zürich 2004, s. 131 (ÜLGEN/ARICI, s. 178'den naklen) ; Devredilen malvarlığı kapsamındaki alacağın borçlusunun, devredene iyiniyetle ifada bulunması, İBK m.167'nin kıyaslan uygulanmasıyla geçerli kabul edilecektir. Ticaret siciline tescil ve ilân, borçlunun eski alacaklıya yani devredene iyiniyetli ifa olanağını ortadan kaldırmaz. Doktrinde bu kurala bir işletmenin tüm aktiflerinin ve pasiflerinin devri halinde istisna getirilmektedir, MALACRIDA, Art.73, N. 11.. Zira bir işletmenin aktifleri ve pasifleri ile devrinde, tescil ve ilândan açıklıkla anlaşılabilir bu olgu, işletme borçlularının iyiniyetini ortadan kaldıracaktır. Borçlular artık işletmenin pasiflerinin devralana intikal ettiğini bilmediklerini ileri süremeyeceklerdir, ÜLGEN/ARICI, s. 1785..

⁶² İsviçre Birleşme Kanunu gerekçesine baktığımızda kısmi külli halefiyet yerine envantere dayalı devir ifadesi kullanılmaktadır, von SALIS, s. 428.

⁶³ von DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, N. 809-813.

⁶⁴ von SALIS, s. 201-201; MORSCHER, FusG Art. 1, N. 46.

⁶⁵ von SALIS, s. 201-202; ÜLGEN/ARICI, s. 1787 ve dn. 100'de zikredilen yazarlar; Kısmi külli halefiyetin genel külli halefiyetten farkı sadece içerik/envantere öngörülen unsurlar açısından. Birleşmedeki külli halefiyetle kıyaslandığında iki temel farktan birincisi budur. Zira birleşmede intikal eden daima tüm malvarlığıdır (FusG Art. 22/I). İkinci fark olarak birleşmede devrolunan şirketin hukuki varlığı sona ererken (FusG Art. 3/II), malvarlığı devrinde devreden hukuki varlığı devam eder, ÜLGEN/ARICI, s. 1787; Kısmi külli halefiyet prensibi, malvarlığı devrinin yegâne düzenleniş sebebidir. Bu prensip işletmelerin yeniden yapılandırılmasının basitleştirilmesini sağlar, von SALIS, s. 202.

Külli halefiyeti düzenleyen İsviçre Birleşme Kanunu'nda (FusG Art. 73/II) aktiflerin ve pasiflerin devredilebilir olması, bir koşul olarak aranmamaktadır. Devredilebilirlik konusunda açıklık taşımayan kanunun lafzından özellikle sözleşmelerin -karşı tarafın rızası olmaksızın- nakledilip nakledilemeyeceği anlaşılmamaktadır⁶⁶. Sözleşmelerin devredilebilirliği sorunu, malvarlığı devri uygulamasında büyük bir hukuki belirsizlik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum malvarlığı devrine ilgiyi azaltmaktadır. Kısmi külli halefiyet uyarınca sözleşmelerin kendiliğinden intikal edeceği görüşünde olan bazı yazarlar bile, tedbirli olmak açısından önemli sözleşmelerin cüz'i halefiyet ilkesine göre ve karşı tarafın onayı alınmak suretiyle devredilmesini önermektedirler⁶⁷. Neticede sözleşmelerin devri ile külli halefiyet ilkesini benimseyen Kanun'un yapısı bağdaşmamaktadır. Bu hususta bir boşluk olduğu söylenebilir⁶⁸.

İsviçre Birleşme Kanunu'nun gerekçesine bakıldığında, devredilebilir nitelikte olan her bir aktifin veya pasifin malvarlığı devrine konu olabileceğinden söz edilmektedir. Bu durum malvarlığı unsurlarının devredilebilir olma özelliğine dikkat çekmektedir. Yine Birleşme Kanunu'nun bölünmeye ilişkin hükümler kapsamında sözleşmelerin devredilemeyeceği ve bu konuda karşı tarafın rızasının aranacağı ifade edilmektedir. Ayrıca belirtmekte fayda vardır ki, İsviçre Birleşme Kanunu'nun kanunlaşması sürecindeki meclis görüşmelerinde, malvarlığı devrinde karşı tarafın rızası olmaksızın sözleşmelerin devri konusunda açıklık taşıyan bir değişiklik teklifi reddedilmiştir. Böylece bilinçli olarak bu konuda bir düzenleme yapılmamıştır. Buna ek olarak derhal belirtelim ki, İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü'nde de açıkça devredilebilir nitelikte olmayan unsurları içeren malvarlığı devrinin tescili talebinin, ticaret sicili memuru tarafından reddedileceği öngörülmüştür (m. 111/II)⁶⁹.

Malvarlığı devrinde, sözleşmelerin devri sorunu ile ilgili üç görüş ileri sürülmüştür⁷⁰:

Bir görüşe göre, sözleşmelerin devredilebilmesi, sözleşmenin karşı tarafının rızasının alınmasına bağlıdır. Bunun aksinin kabulü borçlar hukukunun genel ilkeleri ile bağdaşmaz. Birleşme Kanunu'nda bu konuda özel ve istisnai bir hüküm mevcut değildir. Birleşme Kanunu'nun esas amacı ile bağdaşmayan bu sınırlayıcı yaklaşım, öğretilerde fazla taraftar bulamamıştır. Birleşme Kanunu'nun işletmelerin kolayca yeniden yapılandırılmasını amaç edindiği belirtilmiş, bu bakımdan sözleşmelerin devrinde karşı tarafın onayının aranması bu amacın gerçekleştirilmesine engel olduğu öğretilerde dile getirilmiştir. Ancak tüm bu eleştirilere rağmen Birleşme Kanunu'nun gerekçesinde ve kanunlaştırma sürecindeki meclis görüşmelerinde, bu fikir benimsenmiş gözükmemektedir.

İkinci görüşe göre, külli halefiyet ilkesi gereğince karşı tarafın rızası olmaksızın tüm hak ve borçları ile birlikte sözleşmelerin de başkaca bir işleme gerek olmadan devredilmesi mümkündür. Ancak malvarlığı devri yoluyla sözleşmelerin devri, hakkın kötüye kullanılması teşkil etmemelidir. Sözleşmenin devrinde geçerli olan şekil kurallarını veya devir engellerini dolanmak için malvarlığı devri yoluna gidilmemelidir. Dolayısıyla malvarlığı devri sözleşmelerin devrini sağlamak için bir araç olarak kullanılmamalıdır. Devredilen malvarlığı ile bağlantısız sözleşmelerin devri, hakkın kötüye kullanılmasına delil teşkil edeceği gibi, örneğin bir sözleşmenin tek başına nakli de aynı gerekçe ile mümkün değildir. Ayrıca sözleşmelerin intikalinin gerçekleşmesi ha-

⁶⁶ DURMAN, s. 70 vd.; ÜLGEN/ARICI, s. 1788.

⁶⁷ BERETTA, FusG Art. 69-77, N. 38.

⁶⁸ ÜLGEN/ARICI, s. 1789.

⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜLGEN/ARICI, s. 1789 dn. 108 ve orada zikredilen yazarlar.

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. SCHUMACHER, s. 51 vd; VOGEL/GÜNTER, s. 598 vd.; DURMAN, s. 70 vd.; ÜLGEN/ARICI, s. 1790-1791.

linde karşı taraf, belirli hallerde ve şartlarda bir fesih/dönme hakkını elde eder. Örneğin tarafların kişiliği ile sözleşmenin yerine getirilmesi arasında sıkı ilişki olan sözleşmeler, devir yasağı içeren sözleşmeler ve yine karşı tarafın sözleşmeye devam etmesinin beklenemez olduğu sözleşmeler, haklı sebeple fesih/dönme hakkının doğabileceği haller arasındadır.

Her iki görüşü uzlaştırmaya çalışan üçüncü bir görüşe göre, devredilen bir işletme veya işletme bölümü ile bağlantılı sözleşmeler külli halefiyet ilkesi çerçevesinde karşı tarafın onayı olmaksızın intikal eder. Fakat malvarlığı devri işlemi temelinde, külli halefiyet ilkesinden bahisle bir sözleşmenin tek başına devri mümkün değildir. Bu görüş çerçevesinde de sözleşmelerin intikal etmesi durumunda karşı taraf, belirli hallerde ve şartlarda bir fesih/dönme hakkı kazanır⁷¹.

Birleşme Kanunu Revizyon Projesinde, sorunun ancak bir kanun değişikliği ile çözülebileceği sonucuna varılmıştır. Birleşme Kanunu Revizyon Projesinde, FusG Art. 73'e bir üçüncü (son) fıkra eklenerek, "*Malvarlığı devri ile işletme veya işletme bölümleri devredilirse, malvarlığı devrinin ticaret siciline tescili ile birlikte ayrıca envanterde belirtilen tüm sözleşme ilişkileri devredilen işletme veya işletme bölümü ile bağlantılı olmak şartıyla karşı tarafın onayı olmaksızın devralana intikal eder.*" şeklinde bir düzenleme yapılması önerilmektedir⁷².

III- ALMAN HUKUKUNDA MALVARLIĞI VEYA TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

1999 yılında yürüdükten kaldırılan Alman Medeni Kanunu (BGB) m. 419 hükmüne göre, bir kimse başkasının malvarlığını sözleşme yolu ile devralırsa, devreden kişinin sorumluluğu devam etmek kaydıyla haklarını devralana karşı da ileri sürebileceklerdir. Devralan kişinin sorumluluğunun kapsamı ise, devre konu olan malvarlığına dahil mallar ile bunlar lehine mevcut bulunan sözleşmeden doğacak alacak hakları ile sınırlandırılmıştır. Eğer malvarlığını devralan kişi bu sınırlandırmalara ilişkin hükümlere dayanmak istiyorsa, mirasçılardan sorumluluğuna ilişkin hükümler (BGB § 1990, 1991) kıyasen uygulanacaktır. Devralan kişinin sorumluluğu, devralan kişi ve devreden arasında yapılacak bir anlaşma ile ortadan kaldırılamaz ve sınırlandırılmayacaktır. Diğer bir ifadeyle yürürlükten kaldırılan BGB § 419 hükmüne göre, bir malvarlığını devralan üçüncü kişi, devreden borçlarından dolayı sorumlu olmaya devam ediyordu; ancak bu sorumluluk devralanan malvarlığı değerinin miktarı ile sınırlı olarak ve fakat herhangi bir süre ile sınırlı olmaksızın, alacak talep edilebildiği sürece devam ediyordu. Devralanla eski borçlu, aralarında yapacakları bir anlaşma ile devralanın sorumluluğunu kısıtlayamaz veya ortadan kaldıramazlardı. BGB § 419 hükmü, yerine aynı yönde herhangi bir düzenleme getirilmeksizin, yani yeni bir hüküm konmaksızın kaldırılmıştır. Ancak değişiklik yapan Kanunun 223a hükmü çerçevesinde, 1.1.1999 tarihinden önceki olaylar bakımından ilgili hüküm hala geçerliliğini korumaktadır⁷³.

⁷¹ ÜLGEN/ARICI, s. 1791.

⁷² ÜLGEN/ARICI, s. 1791.

⁷³ DURMAN, s. 85; Ayrıntılı bilgi için bkz. PALANDT, O./GRÜNEBERG, C., Kommentar zum BGB, § 419 BGB, 66. Bası, Münih 2007; BGB m. 419'un kapsamı sınırlıydı, sadece ticari işletmeye dahil olan unsurlardan ödenmesi gereken parasal değeri olan alacaklar koruma kapsamındaydı. Devreden tarafından şahsen yerine getirilmesi gereken yapma veya yapmama borçları koruma kapsamının dışındaydı. Devreden alacaklısı sadece sözleşmenin tamamlandığı tarihte doğmuş talebini devralana karşı ileri sürebilirdi. Kanun yalnızca sözleşmenin kurulduğu tarihte mevcut talepleri nazara almaktaydı. BGB § 419'daki hükme göre devreden alacaklılarının olduklarından daha iyi bir konuma getirilmemeliydi. Devralanın sorumluluğu

Ticari işletmenin devri açısından Alman Hukuku'nda asıl düzenleme HGB § 25 ile getirilmiştir. Bu hükmeye göre, ticari işletme, sağlar arası bir hukuki işlem ile devralındığında, devralan aynı ticaret unvanı ile veya bu unvana devri gösteren herhangi bir ek ifade ile faaliyetlerine devam ettiği durumlarda, devreden ticari işletmenin devirden önceki faaliyetlerinden doğan tüm borçlarından sorumludur. Eğer devreden veya mirasçısı ticaret unvanının devam etmesine razı gösterirlerse, ticari işletmenin faaliyetlerinden kaynaklanan tüm alacaklar borçlulara karşı, devralana intikal etmiş şekilde hüküm ifade edecektir. Aksine bir anlaşma, şayet Ticaret Siciline kayıt edilmiş ve ilan edilmiş ya da devralan veya devreden tarafından üçüncü kişiye bildirilmiş ise bir üçüncü kişiye karşı hüküm ifade eder. Ticaret unvanı devam ettirilmiyor ise, bir ticari işletmeyi devralan, ticari işletmenin geçmişteki borçlarından ancak özel bir borç sebebi ile özellikle de devralanan borçların devralan tarafından üstlenildiğinin ticari örf ve adete uygun olarak ilan edildiği durumda sorumlu olur⁷⁴.

Bu hüküm, ticaret şirketlerinin devredilmesi ve aynı ticaret unvanının devam ettirilmesi durumunda devralanın sorumluluğunu düzenlemektedir. HGB § 25 hükmü, Alman Hukuku'nda sadece tacirler açısından uygulanabilmektedir. Esnaflar ya da tacir olmayanlar bakımından uygulama alanı bulamamaktadır. HGB § 25 hükmü şahsi sorumluluğu öngörürken, BGB § 419 hükmü devredilen malvarlığı ile sınırlı sorumluluğu öngörmekteydi. Yine Alman Sorumluluk Hukuku'na oldukça aykırı düşen HGB § 25 hükmü ile sorumluluk tarafların varacağı anlaşma sonucunda ortadan kaldırılabilmektedir. HGB § 25'te temelde malvarlığının, daha doğrusu devredilmesi gereken değerlerin, faaliyet halinde olan bir işletmeye bağlı olup olmadıkları bir rol oynamamaktadır. Ancak diğer yönden temelli kapatılmış işletmelerin, daha doğrusu faal olmayan işletmelerin ticaret unvanlarının da HGB § 25'e göre devirlerinin gerçekleşmesi olanaklı değildir. İşletmenin, ticarethanenin veya müessesenin tamamen yani bir bütün olarak dev-

sadece devredenden iktisap ettiği mallarla ve malların halihazır durumuyla sınırlıydı. BGB § 419'un amacı, alacaklıya borçlunun malvarlığını cebri icranın konusu olarak tahsis etmeyi sağlamaktı. Bu sebeple BGB § 419'dan doğan sorumluluğun konusunu yalnızca haczedilebilir mallar oluştururdu. Devralan sadece haczedilemez malvarlığı değerlerini devralmışsa kendisi açısından bir sorumluluk doğmazken; devreden borçlardan sorumluluğu devam ederdi. BGB § 419 devralanın müteselsil sorumluluğu açısından haksız sonuçlar doğurmaktaydı. BGB § 419 yeni bir işletmeye devir suretiyle işletmenin mahkeme dışı ve serbestçe yeniden yapılandırılmasına olanak tanıyamamaktaydı. BGB § 419 açısından hükmün hareket noktası alacaklılardı. Zira alacaklılar bakımından malvarlığı devredilmiş de olsa, alacakların tahsili açısından her zaman bu malvarlığına başvurma şansının var olması gerekmektedir. Hüküm günlük hayatın gerçeklerinden de oldukça uzaktı. Devralan tarafından mali açıdan tekrar yapılandırılacak durumda bulunmasının ve bu amaca aykırı düşecek düzenlemelerin kanunlardan çıkarılarak devralan tarafından işletmenin yeniden yapılandırılmasının olanaklı bulunması gerekir. Halbuki BGB § 419, işletmenin tekrar kazanılması esasına düzenlenmemiştir. Alman hukukunda tasarrufi işlemler sebebe bağlı olmadığı için, borçlandırın işlemin olmadığı durumlarda dahi bir malvarlığı veya ticari işletmenin bütün aktifleri devralana geçer ve BGB § 419 hükmü bu durumlarda da devralanı devredenle birlikte sorumlu kılmaya devam ederdi. BGB § 419 hükmü, ayrıca bir işletmenin devredilmesi yolu ile durumunun düzeltilmesi, yeniden yapılandırılması olanağını çok zorlaştırıyordu. Zira sorumluluk, devredilen malvarlığının tamamını kapsıyordu. Kanun koyucu, sıkça öne sürülen eleştirilerin doğrultusunda hareket ederek bu hükmün kaldırılmasına karar vermiştir. Böylece mahkeme dışı mali durumun düzeltilmesi (yeniden yapılandırma) ve mali güçlük içinde bulunanların taşınmazlarının serbestçe devri olanakları işler duruma getirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **DURMAN**, s. 86 vd.

⁷⁴ **ARICI, F.**, "Alman Hukukunda Ticari İşletmeyi Devralanın Ticaret Ünvanı ile Faaliyeti Devam Ettirmesinden Dolayı Eski Borçlardan Sorumluluğu", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, I. Cilt, İstanbul 2009 (Eski Borçlardan Sorumluluk), s. 301 vd.; **DURMAN**, s. 94-95;

redilmesi mecburi olmasa da, HGB § 25 açısından işletmenin esaslı unsurlarının devredilmesi ve bu şekilde ticaret unvanının sürdürülmesi zorunludur. Bu açıdan ticaret unvanının devri sonrası işletmenin temelli bir kapatma veya tam anlamıyla bir parçalanmaya maruz kalması olanaklı değildir⁷⁵.

HGB § 25 işletmeyi işleten kişinin değişmesini şart koşmaktadır. Malvarlığının devredilmesi gerekli değildir, tek başına işletme veya ticarethaneye hizmet eden maddi araçların devredilmesi devrin unsurlarının gerçekleşmesini sağlamaktadır. Devir sayesinde, ticaret unvanını devralanın, işletmeyi tam anlamıyla devam ettirme olanağını da elde etmesi gerekmektedir; yalnızca işletmeyi devam ettirebilme ihtimali yeterli değildir. İşletmenin ayniyetinin korunması kaydıyla devamı gereklidir. HGB § 25'te kanun metninde devralanan ticari işlerin ticaret unvanı ile devamı zorunluluğu belirtilmiştir. İşletmeyi devralanın sorumluluğu sınırsızdır ve devralman ticari işletmedeki tüm ticari borçları kapsamaktadır. Bu sebeple hüküm vergi konusunda, ayrıca işçiler açısından ve özellikle de işten ayrılan eski çalışanlar ve emekliler açısından anlam kazanmaktadır⁷⁶.

IV. TÜRK HUKUKUNDA TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

A. Eski Borçlar ve Ticaret Kanunu Uyarınca

1. Genel Olarak

Malvarlığı⁷⁷ veya işletmenin devri, ticaret hayatı için oldukça önemli bir olgudur⁷⁸. Kurulu bir işletmeyi devralan, devredenini oluşturduğu hazır bir müşteri çevresini

⁷⁵ DURMAN, s. 97-98; ARICI, Eski Borçlardan Sorumluluk, s. 301 vd..

⁷⁶ DURMAN, s. 99-100; ARICI, Eski Borçlardan Sorumluluk, s. 301 vd.

⁷⁷ Bir kişinin hukuki bir bütünlük oluşturmak üzere sahip olabileceği, para ile ölçülebilen mal ve hak ile sorumlu olabileceği borçların tamamına malvarlığı denir, Türk Hukuk Lügati, Ankara, 1991, s. 218; Malvarlığı, bir görüşe göre ise, hukuki bir kavramdır ve bir kimsenin maddi değer taşıyan mallar üzerindeki haklarından meydana gelir, AYİTER, N, Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara 1968, s. 9; Malvarlığı bir hukuki bütündür, ACEMOĞLU, s. 10; Aksi görüş için bkz. AYİTER, s. 27; ARICI, s. 164-165; Bütünlükle kastedilen, malvarlığının kendisini oluşturan unsurlardan soyut bir tüm olmasıdır. Bu unsurların eksilmesi, yok olması veya artması malvarlığının bütünlüğüne etki etmez, AYİTER, s. 22; Malvarlığı, ona sahip olan kişinin aktif ile pasiflerinin toplamından oluşur. Malvarlığına mülkiyet hakkı, sınırlı ayni haklar, alacak hakları, yenilik doğuran haklar, borç ilişkileri de dahildir. Fiili durumlar ve ilişkiler malvarlığına konu oluşturmaz. Bu açıdan zilyetlik, malvarlığına dahil değildir, ACEMOĞLU, s. 14; DURMAN, s. 8; Aksi görüş için bkz. AYİTER, s. 22; Bir şahsın malvarlığı içinde ayrı bir hukuki düzene tabi, malvarlığı içinde daha dar ve özel bir şekilde sınırlandırılmış, hukuk kuralı tarafından gösterilen durumlarda gösterilen özel amacı gerçekleştirmek için bağımsızlık tanınan bir haklar bütünü varsa, buna özel malvarlığı denir, AYİTER, s. 29; Özel malvarlığından bahsedebilmek için iki önemli şart gerekir: Malvarlığının ayrılışı bir kısmı olmalı ve bu kısım, geri kalan malvarlığı kısmına göre daha özel bir statüye tabi tutulmalıdır. Bu özel statüye tabi olma durumu, bizzat kanun tarafından düzenlenmiş olmalıdır ACEMOĞLU, s. 11; DURMAN, s. 9; Malvarlığının bir kısmının ayrı hukuki statüye tabi tutulması her zaman özel malvarlığı anlamına gelmez. Özel malvarlığı üzerinde tek bir tasarruf işlemi ile ayni hak tesisi olanaklı değildir, özel malvarlığına dahil unsurlar tek tek ve kendilerine özgü tasarruf işlemleri ile devredilir AYİTER, s. 30; Özel malvarlığına örnek olarak iflas masasını, inanca temlikte inanılan kişide kalan malları, yatırım fonu ve yatırım ortaklığının malvarlığını, edinilmiş mallara katılma rejiminde kişisel mallar gösterilebilir, ACEMOĞLU, s. 11; DURMAN, s. 9; AYİTER, s. 33; Ticari işletme de bir özel malvarlıktır, DURMAN, s. 10.

⁷⁸ Avrupa Birliği Komisyonu'nun 11.03.2006 tarihli İşletmelerin Devri Hakkındaki Komisyon Raporuna göre, Örneğin Almanya'da gelecek beş yılda toplam 354.000 işletmenin devrinin

de devralmaktadır. Devreden de çeşitli yararlar sağlamakta, örneğin yeni ve daha büyük bir iş kurmanın getireceği nakit ihtiyacını karşılamak için işletmesini devrederek bu ihtiyacını karşılamaktadır⁷⁹. Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde ağır borç yükü altında bulunan işletmeciler, bu yükü hafifletmek için yasal ve bazen de yasal olmayan yollara başvurumaktadırlar. Bu yollardan biri de, malvarlığı veya işletmenin alacaklılara zarar vermek kastıyla devredilmesi ve böylece alacaklılara karşı borçtan tamamen kurtulmaya veya zaman kazanılmaya çalışılmasıdır. Bu yollarla borçtan kurtulmaya çalışılan hallerde, icra müdürü haciz işlemi için borçlu işletmene gittiğinde, karşısında borçlu yerine yeni bir işletme sahibi bulmaktadır⁸⁰.

Ticari işletmenin devri ve başka bir işletme ile birleşmesine ilişkin hükümler, EBK. 179-180'de yer almaktaydı. Bu iki düzenlemeden m. 179'da, bir malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devredilmesi; m. 180'de ise, bir işletmenin diğeri ile birleşmesi ve şekil değiştirmesi düzenlenmiştir. EBK. 179-180'de geçen işletme ile kastedilenin yalnızca ticari işletme olup olmadığı öğretilmiş tartışmalı olmakla birlikte, baskın görüş, hem alacaklıların korunması, hem işletmelerde devamlılığın sağlanabilmesi gerekçeleriyle, her türlü işletmenin bu kapsama girdiğini kabul etmektedir⁸¹. Ancak hemen belirtelim ki, TBK. 202-203'te, yapılacak ilan dolayısıyla ticari işletmeler ile diğer işletmeler ayrı ayrı belirtildiğine göre, artık bu tartışmalara gerek bulunmamaktadır⁸².

Ticari işletme maddi veya maddi olmayan unsurların bir araya gelmesiyle oluşan bir bütündür ve her tür hukuki işleme konu olabilir⁸³. Ticari işletme bir kişiye

gerçekleşeceği öngörülmektedir. Fransa'da gelecek on yılda bu rakam 600.000 olarak öngörülmekte, İtalya'da gelecek on yılda halihazır işletmelerin %40'ının, Avusturya'da ise %23'ünün devrinin söz konusu olacağı düşünülmektedir, http://ec.europa.eu/comm/enterprise/entrepreneurship/supportmeasures/transfer_business (10.07.2012 tarihi itibarıyla günceldir).

⁷⁹ DURMAN, s. 2.

⁸⁰ DURMAN, s. 2.

⁸¹ Geniş bilgi için bkz. **ARICI, M. F.**, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008, s.31 vd.; **KENDİGELEN, A.**, (ÜLGEN, H./TEOMAN, Ö./HELVACI, M./KAYA, A./NOMER-ERTAN, F.) Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006, N. 512; Aksi görüş için bkz. **ACEMOĞLU**, s. 16 vd.

⁸² **BAHTİYAR, M.**, "Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari işletmenin Devri Konusunda Getirdikleri", Legal Hukuk Dergisi Ekim 2011, Sayı 106, İstanbul, s. 3891.

⁸³ TST'nin, İsviçre Ticaret Sicili Nizamnamesinin 52/III maddesi hükmünden yararlanılarak hazırlanan 14/II maddesine göre, "*bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetlerle Türk Ticaret Kanununun 17 nci maddesinde tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticari işletme sayılamaz*". Bu düzenleme de nazara alındığında bir ticari işletmenin şu unsurlara sahip olması gerekir: Bağımsızlık, gelir sağlamayı hedef tutma, devamlılık ve esnaf faaliyetini aşmak. Bu unsurlara doktrinde açıklık (aleniyet) da bir unsur olarak eklenmektedir ve bu unsur da inceleme konumuz bakımından ayrı bir öneme sahiptir, ayrıntılı bilgi için bkz. **POROY, R./YASAMAN, H.**, Ticari İşletme Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2004, s. 34; **ACEMOĞLU**, s.18; **KARAYALÇIN**, Ticaret Hukuku I. Giriş-Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara, s. 156-158; **KENDİGELEN**, Ülgen Ticari İşletme Hukuku, N. 408 vd.; **ARKAN, S.**, Ticari İşletme Hukuku, 8. Bası, Ankara 2005, s. 19; **DOMANIÇ, H./ULUSOY, E.**, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul 2007, s.148 vd.; **ARSLANLI, H.**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri-Umumi Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1959, s. 113-114; **KARAHAN, S.**, "Ticari İşletme Kavramı, BATİDER, C. 17, S. 4, Yıl: 1994, s. 49 vd.; **AKER**, s. 36 vd.; Biz bu çalışmamızda özellikle konumuz açısından ayrı öneme sahip olan devamlılık ve aleniyet unsurları üzerinde duracağız. TST m. 14/II'ye göre, devamlı olmayan faaliyetler ticari işletme sayılamaz. TST m. 14/II, maddesinde sözü edilen

devredilebilir, kiralanabilir, bir diğer şirkete sermaye olarak konulabilir veya rehnedilebilir. Ticari işletmenin devri aktif ve pasifiyle yapıldığı takdirde, bütün tarafların yararına hizmet eder. Bu durum sadece malikin ya da ticari işletmenin ortaklarının değil, müesseselerin devamını sağlamak suretiyle o işletmenin çalışanlarının, hatta müşterilerinin de yararınadır. Çünkü ticari işletmenin devri, bünyesindeki aktif ve pasiflerin devri yoluyla ticari işletme faaliyetinin el değiştirmesidir. Ayrıca malvarlığı veya ticari işletmeyi devralana zaman kazandırır ve yeni bir ticari işletmenin kuruluşunun doğuracağı ağır risklerden ve zaman alan işlemlerden devralanı korur, aynı zamanda borçlular tarafından bir konkordato veya iflasın getireceği ödeme sınırlamalarını ve yasaklarını önler, alacaklılara da muhtemel bir tasfiye sonrasında edinilebilecek maddi değerlerden çok daha fazlasını elde edebilme olanağı tanır⁸⁴. Bir ticari işletme, tacirin, çeşitli üretim unsurlarını biraraya getiren, onları işletilmeye olanak tanıyan bir malvarlığı haline getirmesi ve onu işletmesiyle oluşmaktadır. Ticari işletmenin de çeşitli mallan, hakları, yani malvarlığı cephesi vardır⁸⁵. Ancak "ticari işletme" ve "ticari işletmenin malvarlığı" aynı değildir⁸⁶. Her biri birbirinden bağımsız ve birbirinden farklı hükümlere tabi olan maddi ve maddi olmayan unsurlar ve kişi unsuru, ticari işletme altında bir bütün oluşturmakta, bu bütün de bazı hukuki işlemlere konu olduğu için, her ticari işletmenin özel malvarlığı bulunduğu ve bu malvarlığı değerlerinin hukuki bir bütün oluşturduğu kabul edilir⁸⁷.

devamlılık unsuru, ticari işletme içinde yürütülen faaliyetle ilgilidir. Bu anlamda devamlılık, sadece tek sefere özgü, geçici nitelikteki faaliyetlerin, bir ticari işletmeden bahsetmek için yeterli olmayacağını göstermektedir, **POROY/YASAMAN**, s. 34; **ACEMOĞLU**, s. 18; **KARAYALÇIN**, Ticaret Hukuku, s.159; **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 21; **KARAHAN**, s. 51; **AKER**, s. 49 vd.; Örneğin tek sefere mahsus olmak üzere buğday alım satımına aracılık yapılması, aracının faaliyetlerini yürüttüğü işyerinde kurulu bir işletmenin varlığını göstermez, **DURMAN**, s. 36; Devamlılık unsurunun belirlenmesinde en önemli ölçüt, devam niyeti ve amacıdır, **ARSLANLI**, s. 20; **DOMANİÇ/ULUSOY**, s.146; **KARAYALÇIN**, Ticaret Hukuku, s. 159; **ARKAN**, Ticari İşletme, s.21; Yürütülen faaliyetin belli zamanlarda kesintiye uğraması, devamlılık unsurunun bulunmadığı anlamına gelmez. Devamlılık açısından işletmenin yıl boyunca her zaman açık olması şart değildir; önemli olan yılın herhangi bir döneminde açık olsa dahi bu faaliyetin gelecek zamanlarda tekrarlanması niyeti ve amacıdır. Devamlılık unsuru, aynı zamanda faaliyetin örgüt haline getirilmesini de gerektirir; yani örgüt, faaliyetin devamlı olmasının bir sonucudur. Kazanç sağlama amacı olmasa dahi işletmenin konusunun ve faaliyetinin, her türlü mal ve hizmet satışı ya da bunlara benzer şekillerde olması ve devamlı olması durumlarında dernek veya vakıflara ait iktisadi işletme olduğu kabul edilecektir, Ayrıntılı bilgi için bkz. **KARAHAN**, s. 51 vd.; **AKER**, s. 51-52; **DURMAN**, s. 36 vd.

⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **TEKİNAY, S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s. 280; **ACEMOĞLU**, s. 16; **DURMAN**, s. 100-101.

⁸⁵ **KENDİGELEN**, Ülgen Ticari İşletme Hukuku, N. 447.

⁸⁶ **DURMAN**, s. 47.

⁸⁷ **BİRSEL, M. T.**, Ticari İşletme Hukuku, C. 1, İzmir 1970, s. 106; TTK m. 11/II'ye göre, "*tesisat, kiraçılık hakkı, ticaret unvanı ve diğer adlar; ihtira beratları ve markalar, bir sanata müteallik veya bir şahsa ait model ve resimler gibi bir müessesenin işletilmesi için daimi bir tarzda tahsis olunan unsurlar*" mukavelede aksine hüküm olmadıkça ticari işletmeye dahil sayılır". Bu anlamda ticari işletme, bütünlük arzeden bir kavramdır, **POROY/YASAMAN**, s. 38; **ACEMOĞLU**, s. 21; **KARAYALÇIN**, Ticari İşletme, s. 173; Ticari işletmenin malvarlığını oluşturan unsurlar doktrinde maddi ve maddi olmayan unsurlar olarak ayırımı tabi tutulmaktadır. Bina, mağaza, depo gibi taşınmazlar ve bunların bütünüleyici parçasını veya eklentisini oluşturan makineler, tesisler v.s. (taşınmaz işletme tesisatı), ham-mamul maddeler, nakit

2. Devir İçin Aranılan Koşullar

a. Devir Sözleşmesi

Bir malvarlığı veya ticari işletme devrinden bahsedebilmek için devreden ile devralan arasında akdedilmiş geçerli bir devir sözleşmesinin bulunması gerektirir⁸⁸. Devir sözleşmesinin konusu malvarlığının veya işletmenin devri taahhüdüdür⁸⁹. Ticari işletmenin bir bütün olarak (aktif ve pasifiyle birlikte) devir edilmesi gerekir. En azından devredilen unsurlar ile işletmenin faaliyetlerine devam edebilmesi mümkün olmalıdır⁹⁰. İşletmenin sadece aktiflerinin devredilip, borçların devir kapsamı dışında bırakılmasını öngören bir sözleşme, ağırlıklı görüşe göre geçersiz sayılırdı. Çünkü aktifler, alacaklılar açısından pasiflerin güvencesini teşkil etmekteydi⁹¹.

Devrin şekli açısından, Medeni Hukuk ilkeleri (genel hükümler) çerçevesinde taahhüt ve tasarruf işlemi aşamalarını ayrı ayrı ele almak gerekir:

İşletmenin devri kapsamında sadece borçların bir bütün olarak geçisini düzenlediği (EBK m. 179-180) ; TTK'da da, aktife dahil unsurlarının devralana geçişi açısından özel bir düzenleme bulunmadığı için, eski mevzuatımız bakımından durum şöyledir⁹²: Devir sözleşmesi (borçlandırıcı işlem) bakımından, işlemin geçerliliği için özel şekil öngörülmediğinden, şekil serbestisi kuralı (EBK m. 11) geçerliydi. Dolayısıyla taraflar, sözlü olarak dahi devir sözleşmesi yapabilir, iradi olarak bir geçerlilik veya

para (taşınır işletme tesisatı) maddi unsurlar arasında iken; para alacakları, ipotek, rehin hakkı; kıymetli evrak üzerindeki haklar; marka, ihtira üzerindeki haklar eser üzerindeki fikri haklar, işletmenin iştirakleri varsa iştirakler dolayısıyla sahip olunan haklar, know-how, maddi olmayan unsurlar arasında sayılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ACEMOĞLU**, s. 21-22; **KARAYALÇIN**, Ticari İşletme, s. 173; **KENDİGELEN**, Ülgen Ticari İşletme Hukuku, N. 458 vd.; **POROY/YASAMAN**, s. 38; **ARICI**, s. 15 vd.; **DURMAN**, s. 51-52; Ticari işletmenin malvarlığı yukarıda sayılan unsurların tamamından veya bir kısmından meydana gelen bir bütün olsa da, her bir unsur hukuken bağımsızdır. İşletmenin malvarlığı içinde yer alan her mal ve hak, kendi statüsüne tabidir. İşletmenin devri durumunda, her mal ve hak, kendi tabi olduğu statüye uygun şekilde devredilir. Ancak istisnaen ticaret unvanı işletmeye bağlıdır ve aksi devir sözleşmesinde öngörülmedikçe, işletmeden ayrı olarak devredilemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. **KARAYALÇIN**, Ticari İşletme, s. 174; **ACEMOĞLU**, s. 22; **KENDİGELEN**, Ülgen Ticari İşletme Hukuku, N.457; Ticari işletmeler müşterileriyle yaşar. Müşteriler temel kavramdır ve diğer unsurlar, müşterileri bir arada tutmak konusundaki fonksiyonları oranında önem kazanırlar. Ticari işletme devredilirken doğal olarak müşteri çevresi de devredilir; müşterilerin tek başına veya müşterilerden arınmış olarak ticari işletmenin devri eşyanın doğasına aykırıdır, **ACEMOĞLU**, s. 24; **BİRSEL**, s. 88.

⁸⁸ **ARICI**, s. 178-179.

⁸⁹ **ARICI**, s. 67.

⁹⁰ **BAHTİYAR**, s. 3892.

⁹¹ **ACEMOĞLU**, s. 34 vd., 41; **YASAMAN**, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1987, s. 18; **ARICI**, s. 77, 140 ve orada anılan diğer yazarlar; Ancak geçersizlik görüşü taraftarları arasında da fikir birliği yoktur, Ayrıntılı bilgi ve görüşler için bkz. **ARICI**, s. 77 vd.; Zira, EBK.179'un emredici olduğunu kabul eden bazı yazarlar bu hükme aykırılık oluşturan, yani sadece aktiflerin devrini öngören bir sözleşmenin tamamen geçersiz olduğunu kabul ederken, diğer bazı yazarlar haklı olarak bu ihtimalde sadece aktiflerin devrini öngören sözleşmenin geçersiz sayılmasına değil, pasiflerin kapsam dışı tutulmasının geçersiz sayılmasına, yani pasiflerin de aktifleri devralan tarafa kanunen geçtiğini kabul etmeye taraftardır, **KENDİGELEN**, Ülgen Ticari İşletme Hukuku, N. 520.

⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. **BAHTİYAR**, s. 3892-3893.

ispat şekli kararlaştırabilirlerdi (EBK m. 16)⁹³. EBK açısından, işletmenin devri için tek bir sözleşme yapılması yeterliydi. Bu sözleşme, kural olarak herhangi bir şekle bağlanmamıştı⁹⁴.

EBK m. 179 hükmü, işletmenin devir şekline ilişkin bir kural içermemektedir. EBK m. 179 anlamında bir ticari işletmenin devri işlemleri bakımından genel hükümler uygulama alanı bulurdu. Borçlandırıcı işlem-tasarruf işlem ayırımı burada da geçerliydi ve borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi yapılması gerekirdi. Borçlandırıcı işlem şekle tabi değildi⁹⁵. Tasarruf işlemi bakımından, EBK m. 179, işletmenin aktifindeki unsurların devralana geçişinde külli halefiyeti öngörmediği için, sadece devir sözleşmesi ile ya da tek bir tasarruf işlemi ile aktifler devralana geçememekte; aktive dahil unsurlar için cüzi intikal söz konusu olmaktadır. Bu nedenle, aktive dahil unsurlardan her birinin niteliğine göre, mülkiyetin devralana geçebilmesi için genel hükümlerin öngördüğü geçerlilik şekillerine uyulması gerekmektedir. Örneğin, taşınmazların tapuda (TMK m. 705/1, 1013), markaların marka sicilinde (556 Sayılı KHK m. 16/VII) devralan adına tescili, taşınırın zilyetliğinin devri (TMK m. 763), alacaklar için yazılı temlik sözleşmesi (EBK m. 163/1) yapılması gibi. Tekelleşmenin önlenmesini amaçlayan Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK m. 7/H, 10 vd., 27) ve ilgili mevzuat (Rekabet Kurumu'nun 2010/4 Sayılı Tebliği) hükümleri uyarınca, bir işletmenin devri veya başka bir işletme ile birleşmesi için izin alınması gereken hallerde, Rekabet Kurulu'na başvurularda izin alınması da zorunludur⁹⁶. Aslında ticari işletme gibi önemli bir

⁹³ Ancak şunu belirtelim ki, şekil serbestisinin de istisnaları mevcuttur: Ticari işletme kapsamında, devri için kanunen özel bir şekil öngörülen unsurlar var ise, bu unsurları devir borcunun geçerli olabilmesi için o özel şekle uyulması şarttır. Bu istisnalara, motorlu nakil araçları (KTK m. 20/d), taşınmazlar (TMK m. 706) ve telif hakları (FSEK m. 52) örnek verilebilir. Ayrıca, ticari işletmenin devrini amaçlayan sözleşmenin, kanunda şekle bağlanan bir tip olması halinde de ilgili özel şekle uyulması gerekeceği kuşkusuzdur. Örneğin, devir borcunun bir bağışlama sözleşmesinde yer alması halinde EBK. 238'e, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde dayanması halinde EBK m. 512 ve miras sözleşmesine konu olması halinde ise TMK m. 545'in atfı uyarınca TMK m. 532'ye uyulması gerekmektedir, **BAHTİYAR**, s. 3893-3894.

⁹⁴ **OĞUZMAN, M. K./ÖZ, M. T.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası'dan Yedinci Tıpkı Bası, İstanbul 2009, s. 973; **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 40; **ARICI**, s. 108.

⁹⁵ **KENDİGELEN**, "Ticari İşletmenin Devri", Hukuki Mütealaalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C.IV, İstanbul, 2006, s. 4-13.

⁹⁶ **BAHTİYAR**, s. 3893-3894; Devir sözleşmesi ile devralan, malvarlığını kararlaştırılan koşullar altında devralma, devreden de o malvarlığını devretme borcunu yüklenir. Sözleşmenin tarafları sadece devreden ile devralandır. Alacaklı sözleşmeye taraf olmadığı için sözleşmenin kurulmasında alacaklının iradesi aranmaz ve hatta alacaklının aksi yöndeki iradesine rağmen devir sözleşmesinin yapılması olanaklıdır, **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 281; Devir sözleşmesinin EBK m. 179'a tabi olması açısından, sözleşmede ivaz kararlaştırılmış olup olmamasının da bir önemi bulunmamaktadır. EBK m. 179 anlamında devrin gerçekleşmesi için, ticari işletmenin ve malvarlığının aktif ve pasiflerinin bir bütün olarak devri gereklidir. Bu açıdan işletme, faaliyet olarak devredilmektedir; faaliyetine geçici olarak ara vermiş, tasfiye aşamasına başlamış veya faaliyetine başlamamış, ancak faaliyete başlamaya yönelik hazırlıklarını tamamlamış işletmeler dahi devre konu olabilir, **ACEMOĞLU**, s. 42-44; Devralan açısından da işletmeyi devraldıktan sonra devraldığı durumda faaliyetleri sürdürmesi zorunlu değildir; çünkü bu EBK m. 179 anlamında bir şart olarak düzenlenmiş değildir, **ARICI**, s. 34; Devir sözleşmesinin malvarlığının bütününe konu edinmiş olması gerektiği yolundaki temel ilke, malvarlığına dahil hakların hepsinin devir sözleşmesi ile devredilmesini gerekli kılmaz, **ACEMOĞLU**, s. 31; **KENDİGELEN**, Ticari İşletmenin Devri, s. 10;

ekonomik değer devrinin şekle bağlı olmaması ender rastlanacak bir haldir. Devir sözleşmesinin en azından ispat kolaylığı ve koşula bakımdan yazılı şekle tabi olması düşünülebilirdi. Ancak bu da söz konusu değildi⁹⁷.

b. İhbar veya İlan

Malvarlığı veya işletmenin devrinde devralan ile devreden arasındaki iç ilişkiyi devir sözleşmesi belirlerken, dış ilişkiyi ise ilan veya ihbar belirler. EBK'nun 179. maddesi, malvarlığı veya ticari işletmenin devrinde borçların devralana geçmesi açısından, devir sözleşmesinin akdedilmesinin yanı sıra, devrin alacaklılara ihbarını şart koşmuştur⁹⁸. Devralanın devir sözleşmesini ihbar borcu, kanuni bir borçtur⁹⁹. İhbar şartı gerçekleşmedikçe, tek başına devir sözleşmesi, malvarlığı veya ticari işletmeyi devreden borçlarını intikal ettirmez ve devralanın sorumluluğu doğmaz¹⁰⁰. İhbar her bir alacaklıya ayrı ayrı yapılması gereken bildirimdir ve şekle bağlı değildir¹⁰¹.

c. Devrin Hüküm ve Sonuçları

İsviçre-Türk Hukuku'nda devir sözleşmesinin geçersizliği durumunda, aktifler devredilmiş olsa bile, kanuni borç nakli gerçekleşmiş olmaz ve devralan borç altına girmez¹⁰². Bu durumda sebebe bağlı olan tasarruf işlemleri (taşınmazların devri) açısından mülkiyetin hala devredende kalacağı, sebebe bağlı olmayan tasarruflarda ise, alacaklıların İİK'nda düzenlenen iptal davası açma hakkına sahip olduğu kabul edilmekte-

POROY/YASAMAN, s. 40; Bu açıdan EBK'nun 179. maddesi, devreden ile devralan arasında akdedilen sözleşme gereğince, bir malvarlığı veya ticari işletmenin "aktif ve pasifi ile birlikte" devrini düzenlemektedir. Malvarlığı veya ticari işletmenin aktiflerinin bir kısmının devredende kalması halinde de, EBK'nun. 179. maddesi anlamında geçerli bir devirden bahsedilebilir, **DURMAN**, s. 108; Ticari işletmenin devri kapsamındaki aktif ve pasifler ticari işletmenin faaliyetine özgülenmiş olan aktif ve pasiflerdir ve devirden veya devrin ilanından veya ihbarından önce işletme kapsamında bulunmalıdırlar, **ACEMOĞLU**, s. 129; **ARICI**, s. 38; Tarafların aralarında akdettikleri malvarlığı veya ticari işletmenin devri sözleşmesinde, nakledecek borçları ayrı ayrı göstermelerine gerek yoktur. Sadece, malvarlığı veya ticari işletmenin devri konusunda devreden ile devralanın anlaşması, malvarlığındaki veya işletmedeki bütün borçların nakli hususunda yeterlidir, **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 281.

⁹⁷ **ARICI**, s. 108.

⁹⁸ **ACEMOĞLU**, s. 84; İsviçre-Türk Hukukunda durum bu iken, yürürlükten kalkan BGB § 419 hükmü uyarınca Alman Hukuku'nda dış ilişki doğrudan doğruya Kanun tarafından belirlenmiş ve sadece devir sözleşmesine bağlanmıştır. Bu nedenle Alman Hukuku'nda tarafların dış ilişkiyi belirlemek ve sorumluluklarını sınırlamak olanakları yoktur, **DURMAN**, s. 110, dn. 189.

⁹⁹ **ACEMOĞLU**, s.101.

¹⁰⁰ **AYİTER**, s. 52; **DURMAN**, s. 111; İhbar şartı, bir malvarlığının veya ticari işletmenin devri karşısında, alacaklıların yararlarının korunması amacıyla tesis edilmiştir. İhbar ile alacaklı, haklarının teminatı olan aktiflerin kime devredildiğini öğrenecek, bundan sonra alacakları için kendi yararı doğrultusunda devreden veya devralana başvuracaktır. Devralan, kanundan doğan devir sözleşmesini ihbar borcunu yerine getirmese, devralana karşı EBK m. 96 vd. hükümleri gereğince borca aykırılık hükümleri uygulanabilir. Bu konuda mahkeme hükmü devralanın iradesi yerine geçer ve hükmün ilanı halinde kanuni borç nakli gerçekleşir, **ACEMOĞLU**, s.101, 122-123.

¹⁰¹ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 282.

¹⁰² **ACEMOĞLU**, s. 136; **von TUHR**, s. 900; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 283.

dir. Bu bağlamda borçların nakli EBK m. 179 anlamında sebebe bağlıdır¹⁰³. EBK, devredenle devralan arasındaki iç ilişkiyi düzenleyen kurallar koymamıştır. Bu yüzden taraflar arasındaki iç ilişkiyi, devir sözleşmesinde kararlaştırılan esaslara göre hükme bağlamak gerekir¹⁰⁴. Devir sözleşmesinde aksi kararlaştırılmış olmadıkça, devralan iç ilişki bakımından da malvarlığı veya ticari işletmenin borçlarını üstlenmiş sayılır¹⁰⁵. Bir malvarlığının veya ticari işletmenin devrinde aktiflerin devri açısından külli halefiyet değil, cüzi halefiyet söz konusudur¹⁰⁶. Çünkü EBK'nun 179. maddesi anlamında devirde devralan, devredenin bütün hukuki ilişkilerinde onun yerine geçmez; devralan sadece devir sözleşmesinde kararlaştırılmış olduğu ölçüde ve kapsamda onun haklarına sahip ve borçlarını üstlenmiş olur¹⁰⁷. Aktiflerin devri kapsamında, devredilecek değerlerin hepsi için kendilerine özgü tasarruf işlemlerinin yapılması gereklidir. Devir kapsamında ne kadar ayrı hak objesi varsa, o kadar tasarruf işlemi vardır ve her biri kendi yasal rejimine tabidir¹⁰⁸.

¹⁰³ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 282; **ACEMOĞLU**, s. 64; **ARICI**, Ticari İşletmenin Devri, s.179 dn.279.

¹⁰⁴ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 282; **ACEMOĞLU**, s. 101-102.

¹⁰⁵ **ACEMOĞLU**, s. 102; Taraflar aralarında düzenleyecekleri bir dökümle, malvarlığı veya ticari işletmenin devrinde sadece dökümde gösterilen borçlarla sınırlı bir borç nakli konusunda anlaşabilirler; ancak bu sınırlı nakil, üçüncü kişilere (alacaklılara) yapılan ilanda açıklanmış değilse, sadece İç İlişkide etkilidir. Aksi takdirde borcun nakli, bütün borçlara, hatta devralanın varlığından haberdar olmadığı borçlara da etkilidir, **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 975.

¹⁰⁶ **ACEMOĞLU**, s. 68-69; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 283; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 973; **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 41; **ARSLANLI**, s. 112; **POROY/YASAMAN**, s. 41; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 973.

¹⁰⁷ **ACEMOĞLU**, s. 41; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 283; **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 41.

¹⁰⁸ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 973; **DURMAN**, s. 120-121; Bir malvarlığının ve özellikle de bir ticari işletmenin devrinde, sadece aktiflerin devredilmesi EBK'nun 179. maddesi uyarınca olanaklı değildir. Çünkü kanun hükmü açıkça aktif ve pasifin birlikte devrini düzenlemiştir. Devrin aktif kalemlerin yanı sıra pasifleri de kapsamı, alacaklıların korunması amacıyla kabul edilmiş emredici bir ilkedir, **ACEMOĞLU**, s.41; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 281; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 975; Pasifleri tamamen devrin dışında bırakarak sadece aktiflerin devrini öngören bir sözleşme, EBK'nun 179. maddesi hükmü karşısında geçersizdir ve bu durum EBK m. 179'un alacaklıya tanımak istediği olanakları dolanmak anlamını taşır, bu durumda EBK m. 179'a dayalı olarak borçların nakli de gerçekleşmez, **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 281 dn. 2; **POROY/YASAMAN**, s. 42; **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 42 dn.3; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 975 dn.229; EBK m. 179'un düzenleniş amacının saptanmasında ağırlıklı olarak aktiflerin pasiflerin teminatı olduğu dayanağından yola çıkan yaklaşıma teminat teorisi denilmektedir, **ARICI**, s. 140; Türk Borçlar Hukuku'ndaki genel prensip itibarıyla, bir sözleşme ilişkisinin devri, diğer bir ifade ile taraf değişikliği, kanun dolayısıyla veya taraf iradeleriyle meydana gelebilir. Sözleşmenin kanun gereği yüklenilmesin- de, kural olarak, sözleşmeyi devreden taraf ile onu devralan tarafın iradeleri söz konusudur. EBK'nun 179. maddesi, bir malvarlığı veya ticari işletmenin aktiflerinin devralana teker teker yapılacak tasarruf işlemi ile geçişini düzenlemekte iken, pasiflerin bir kül halinde devrini düzenlemiştir. Bu bakımdan, bir malvarlığı veya ticari işletmenin devrinde her borç ilişkisinin devralana geçişinde ilişkinin karşı tarafının devre ilişkin onayını aramak gerekmecektir, **AYRANCI, H.**, Sözleşmelerin Yüklenilmesi, Ankara 2003, s. 39.

B. Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca

1. Yeni Türk Borçlar Kanunu Uyarınca

EBK nazara alındığında TBK m. 202 ticari işletmenin devri bakımından bazı noktalarda farklı düzenlemeler getirirse de esaslı değişiklikler getirmemiştir¹⁰⁹.

TBK m. 202'ye göre: *“Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur.*

Bununla birlikte, iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır. Bu süre, muaccel borçlar için, bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar.

Borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçları, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeştir.

Bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, ikinci fıkrada öngörülen iki yıllık süre işlemeye başlamaz”.

TBK m. 202'nin madde gerekçesine¹¹⁰ baktığımızda, 818 sayılı Borçlar Kanununun iki fıkradan oluşan 179 uncu maddesinin, TBK m. 202'de dört fıkraya bölünerek düzenlendiğini görmekteyiz. 818 sayılı Borçlar Kanununun 179 uncu maddesinin birinci fıkrasında kullanılan *“bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilân ettiği tarihten itibaren”* şeklindeki ibare, TBK'da *“bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilânla duyurduğu tarihten başlayarak”* şeklinde değiştirilmiştir. Böylece, devralanın bu devri tirajı düşük veya yerel bir basım organında ilân etmek suretiyle, alacaklıların zarara uğramasının önlenmesi amaçlanmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanununun 179 uncu maddesinin son fıkrasında kullanılan *“tek bir borcun nakli akdinden”* şeklindeki ibare, Kanunun 201 inci maddesinin üçüncü fıkrasında *“dış üstlenme sözleşmesinden”* şekline dönüştürülmüştür. TBK m. 202'ye son fıkra olarak eklenen yeni bir hükümle, devralanın, bildirme veya ilânla duyurma yükümlülüğünü yerine getirmediği, maddenin ikinci fıkrasında öngörülen iki yıllık sürenin işlemeye başlamayacağı kabul edilmiştir¹¹¹.

TBK m. 202 uyarınca, bir malvarlığını veya işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan kişi, devraldığını alacaklılara duyurduğu andan itibaren işletmenin borçlarından sorumludur. Duyurunun şekli konusunda TBK. 202/1, *“alacaklılara bildirim veya ticari işletmeler için Ticaret Sicil Gazetesinde, diğer işletmeler için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilan”* öngörmüştür. Devreden ise, devralanla birlikte iki yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu süre müeccel borçlarda muacceliyet anından, muaccel borçlarda ise devrin ilanı veya alacaklılara bildirim tarihinden itibaren işlemeye başlar (TBK m. 202/IV). Bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmediği, iki yıllık süre işlemeye başlamaz (TBK m. 202/IV). Devrin alacaklılara bildirim veya ilanı, devir sözleşmesi-

¹⁰⁹ OĞUZMAN, M. K./ÖZ, M. T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul 2012 (Cilt 2), s. 593 vd.; KILIÇOĞLU, M. A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara 2011, s. 797.

¹¹⁰ ANTALYA, O. G., 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu - 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul 2011, s. 523 (Hükümet Gerekçesi).

¹¹¹ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt 2, s. 593 vd.; KILIÇOĞLU, s. 797-799; REİSOĞLU, S., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yirmiikinci Baskı, İstanbul 2011, s. 475-476.

nin geçerliliği için değil, borçların devrinin dış ilişkide hüküm doğurması için şarttır (TBK m. 202/IV)¹¹².

TBK, ilan veya ihbar şartını bir kanuni zorunluluk olarak korumuştur. Bir ticari işletme devredilecekse bunun ilanı Ticaret Sicili Gazetesinde yapılmalıdır. Ticaret Sicili Gazetesinin yanı sıra, diğer gazetelerde de ilan olanaklıdır; yeter ki öncelikle ve zorunlu olarak Ticaret Sicili Gazetesinde ilan yükümlülüğü yerine getirilmiş olsun¹¹³. Buna göre, "ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla" hükmünde "diğerleri" kavramı ile kastedilen, ticari işletmeler dışındaki tüm işletmelerdir. Ayrıca düzenlemede esnaf işletmelerini kapsam dışında tutan herhangi bir ifade tarzı da bulunmamaktadır. Yine bu hükümle ilanın birden fazla gazetede yapılması zorunluluğunun bulunup bulunmadığı tartışmaları da böylece sonlandırılmaktadır¹¹⁴.

2. Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca

a. Genel Olarak

Yeni TTK m. 11/3 eski Ticaret Kanunu'na oranla ticari işletmenin devrine yönelik oldukça radikal değişiklikler içermektedir. TTK Tasarısı'nın TBMM'ne sunulan halinde bulunmayan bu hüküm daha sonra Adalet Komisyonu tarafından eklenmiştir. Yapılan bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere ticari işletmenin devrine yönelik radikal değişiklikler Adalet Komisyonu'nun bir ürünüdür. Zira TTK m. 11/3 hükmü Meclis'e sunulan Taslak'tan oldukça farklı bir hal almıştır. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nı hazırlayan Bilim Komisyonu'nun TBMM'ne sunduğu Taslakta m. 11/3 hükmü şu şekildeydi: "*Ticari işletme bir bütün halinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Devir sözleşmesinin, aksi öngörülmemişse duran malvarlığını, işletme değerini (peştemaliyeyi), kiracılık hakkını, ticaret ünvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu sözleşme yazılı olarak yapılır*"¹¹⁵.

Yeni TTK'nda da ticari işletmenin bütünlük yönü madde gerekçesinde, madde başlığında ve metnin içeriğinde vurgulanmaktadır. Bu bütünlük içinde, bir ticari işletmede bina, mağaza, depo gibi taşınmazlar ve bunların eklentisini veya bütünüyleyi parçalarını oluşturan makine parkı, tesisler, ham maddeler ve nakit paralar yanında, para alacakları, rehin hakları, ticari senetler üzerindeki haklar, işletmenin iştirakleri varsa bu iştirakler dolayısıyla sahip olunan haklar ve fikri haklar gibi maddi olmayan unsurlar da işletmenin bütünlüğüne dahildir. Madde metninde belirtilen unsurların ticari işletmeye dahil sayılmaları için, ticari işletmenin faaliyetine devamlı şekilde özgülenmiş olmaları gerekmektedir¹¹⁶.

b. Hükme Yöneltilen Eleştiriler

TTK m. 11/3 ile getirilen düzenleme doktrinde yoğun olarak eleştirilmektedir. Bu eleştirileri başlıklar halinde belirlemekte fayda vardır. Zira eleştiriler sorunun daha iyi anlaşılmasında önemli bir rol oynayabilir: Başlıca eleştiriler şunlardır¹¹⁷:

¹¹² OĞUZMAN/ÖZ, Cilt 2, s. 593 vd.; KARAHAN, S., Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Güncellenmiş 20. Baskı, Konya 2011, s. 28-31; KILIÇOĞLU, s. 797-799; REİSOĞLU, s. 475-476.

¹¹³ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt 2, s. 593 vd.; KILIÇOĞLU, s. 797-799; REİSOĞLU, s. 475-476; DURMAN, s. 113.

¹¹⁴ DURMAN, s. 113, dn. 204; KILIÇOĞLU, s. 797-799; REİSOĞLU, s. 475-476;

¹¹⁵ (www.tbmm.gov.tr, 01.01.2012 tarihi itibarıyla güncel)

¹¹⁶ KENDİGELEN, Ülgen Ticari İşletme Hukuku, N. 450.

¹¹⁷ Eleştiriler için özellikle bkz. BAHTİYAR, s. 3894 vd.; DURMAN, s. 134 vd.; ARICI, s. 211-213.

- Ticari işletme devrinin kolaylaştırılması ve bütünlüğünün korunması ticari hayatın büyük bir ekonomik gereksinimi karşılamakta ise de, bu amaçla düzenleme yapılırken, özel hukukun temel ilkelerine, amacı aşan, hukuk güvenliğini zedeleyici ve ilave birçok sorun doğuracak istisnalar getirilmesi isabetli olmamıştır.

- Bu hüküm üzerinde çok fazla düşünülmeyen tartışılmadan Adalet Komisyonu'nda eklenmiş bir düzenlemedir.

- Bu düzenleme TMK, TBK ve diğer birçok kanunun öngördüğü prensiplere birçok istisna getirmiştir.

- Taşınmazlar bakımından yeni bir tescilsiz iktisap hali öngörmektedir. Bu hüküm eşya hukukuna hakim olan "belirlilik ilkesi" ile tamamen çelişkilidir.

- Düzenleme külli halefiyet ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

- Düzenleme sözleşme serbestisi ilkesini ihlal etmektedir.

- Ticari işletmenin ekonomik anlamda bir bütün olması, onu hukukun tüm alanları bakımından bütün olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurmaz. Örneğin, ticari işletme eşya hukuku bakımından bir bütün değildir.

- Bu düzenleme ile TBK'nın sözleşmenin devrine ilişkin hükümleri ile çelişkilidir. Çünkü sözleşmede kalan tarafa istemediği bir taraf ile sözleşmeyi devam ettirmeye mecbur bırakılmaktadır.

- Devir için adi yazılı şeklin yeterli sayılması sakıncalı ve diğer bazı şekil hükümleri ile çelişkilidir. Bu durum kanuna karşı hile ve şekil kurallarının dolanılması sorununa sebep olacaktır.

- Devir sözleşmesinin ne zaman hüküm ifade edeceği açık değildir.

- Bu düzenleme çözümü oldukça güç bir kanunlar çatışmasına neden olacaktır.

- Bu düzenleme TTK'nın kendi içindeki şekle ilişkin kurallarla çelişki içindedir.

- Tescile kural olarak açıklayıcı bir işlev yükleyen ticaret hukuku sistemi-mizde, bu düzenlemede, tescilin kurucu olduğuna dair hiçbir ifadeye yer verilmemiş olması, esash bir eksikliklerdir.

- Bu düzenleme, yazılı şekilde yapılacak devir sözleşmesine tasarruf işlemi kimliği kazandırmaktadır.

- Devir sözleşmesi, intikalinde özel siciline kaydı şart koşan birçok fikri mülkiyet hakkının da tescilsiz edinimini mümkün kılmaktadır.

- Her malvarlığı değerinin kendine özgü tasarruf işlemi ile devredilmesine yönelik ilkenin sağladığı güvenlik ve faydalar ticari işletmenin kolay devredilmesine feda edilmiştir.

- TTK m. 1'e göre, "*Türk Ticaret Kanunu, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır*". TMK m. 5'e göre, "*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır*". Buna göre, TTK, gerek TMK ve gerekse TBK ile uyum içinde olması gerekirken, bu kanunların temel ilkeleri ile bağdaşmayan düzenlemeler getirmiştir.

- Sadece borçlandırıcı işlem ile mülkiyetin devralana geçmesi mümkün olamamaktadır. Bu düzenleme bu temel kuralı gözardı etmiştir.

- Bu düzenleme özellikle tapu uygulamasında tereddütlere ve hak kayıplarına yol açacaktır. Örneğin devir sözleşmesi yapıldıktan sonra, devir kapsamındaki bir taşınmazın tapuda devreden adına kayıtlı bulunmasına güvenen iyiniyetli üçüncü kişinin kazanımı TMK m. 1023 uyarınca korunacaktır. Aynı sorun markalar bakımından da söz konusu olabilecektir.

- Taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanılma yollarına ve hükümlerin amaçlarına bakıldığında, bu hükmü haklı kılan, tescili ve resmi şekli bertaraf eden özel ve üstün bir amaç mevcut değildir.

- Ticari işletme niteliğinde olmayan işletmelerin devri, genel hükümlere tabi olacaktır. Pasiflerin geçişi açısından aynı hükümlere (TBK m. 202-203) tabi olan işletmeler arasında, bu defa, aktiflerin geçişi açısından oldukça büyük farklar yaratılmış olacaktır.

- Söz konusu zaman farkı, hem, TTK m. 11'in kenar başlığını da oluşturan "Bütünlük İlkesi" ne aykırı hem de aktif unsurların, belirli bir süreyle de olsa borçları güvencesiz bırakmasına yol açmaktadır.

- TTK'nın birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümleri İsviçre Birleşme Kanunu'ndan esinlenilerek yapılmıştır. Bu kanunun malvarlığının devrine ilişkin hükümleri de mevcut iken, bu hükümler TTK'ya alınmamıştır. Bu hükümler de TTK'ya alınsaydı eleştirilerin birçoğu bertaraf edilebilirdi. Ancak bu da yapılmamıştır.

- Düzenlemeden kaynaklanan sorunların birçoğu Ticaret Sicil Tüzük Taslağı ile giderilmeye çalışılmış, ancak tüzükte düzenlenmemesi gereken hususların da burada yer alması karmaşık bir durum yaratmıştır. Örneğin ticaret siciline tescilin açıklayıcı olduğu sistemimizde, tüzükteki düzenleme ile tescile kurucu fonksiyon yüklenmiştir.

c. Yeni TTK Uyarınca Ticari İşletmenin Devri Sözleşmesinin Şekli ve Gerek Ticari İşletme Rehni Kanunu İle Gerekse TTK'nın Şekle İlişkin Düzenlemeleyle Çelişki Sorunu

TTK m. 11/3 oldukça dar kapsamlı bir düzenleme olduğu için uygulamada ortaya çıkacak sorunların bertaraf edilebilmesi için Ticaret Sicil Yönetmeliği yürürlüğe sokulmuştur.

Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 133'e göre, ticari işletme, TTK'nın 11. maddesi uyarınca bir bütün halinde ve devamlılığı sağlanmak suretiyle devredilebilir (f. 1)¹¹⁸. Bir ticari işletmenin devri sözleşmesi, yazılı olarak yapılır ve bu sözleşme; tarafların adı ve soyadı veya unvanı ile, tebligat adresi, sözleşme dışında bırakılan unsurları, ticari işletmenin bir bütün olarak ve devamlılığını sağlayacak şekilde devredildiğine ilişkin şartsız beyanı, fiyatı, ödeme şartlarını içerir (f.2). Bu düzenleme nazara alındığında İsviçre Birleşme Kanunu'nun envantere dayalı malvarlığı devri ile paralel düzenlemeler olduğu anlaşılacaktır.

TTK. 11/3'ün son cümlesinde, devir sözleşmesi için yazılı şekil öngörülmüştür. Hükümden belirtilen bu yazılı şeklin niteliği konusunda ise açıklık mevcut değildir. Belirtilen bu yazılı şeklin, geçerlilik şekli olduğu kabul edilmelidir¹¹⁹.

Kayıhan/Yasan'a göre, sözleşmenin akdedilmesinden sonra devrin üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edebilmesi için ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir. Geçerli bir devir sözleşmesinin varlığı ve üçüncü kişilere karşı hüküm ifade ede-

¹¹⁸ Daha öncede belirttiğimiz gibi ticari işletmenin en önemli unsurlarından biri de devamlılık unsurudur. Düzenlemede belirtildiği gibi ticari işletmenin devri işletmenin devamlılığını zedelememelidir. Ticari işletme devamlılığı sayesinde, birçok maddi veya maddi olmayan unsurlar işletmeye tahsis edilir ve tüm bunlara bağlı olarak bir müşteri çevresi oluşur ve zamanla bu çevre genişler. Ticari işletmenin devamlılığının bir sonucu olarak belirli bir organizasyon dahilinde örgütlenilmesi söz konusu olacaktır. Netice olarak ticari işletmenin devrinde hem işletmenin bütünlüğü hem de devamlılığı zedelenmemelidir.

¹¹⁹ **TEKİNALP, Ü.**, Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek, **BATİDER**, 2008, C. XXIV, S. 3, s. 13; **KARAHAN**, s. 30; **BAHTİYAR**, s. 3894; **KAYIHAN, Ş./YASAN, M.**, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012, s. 56.

bilmesi için devir sözleşmesinin yazılı biçimde yapılması ve ayrıca tescil ve ilan yapılması gerekir¹²⁰.

Arıcı'ya göre, hangi şekil tercih edilirse edilsin, devir sözleşmesinin, devir kapsamına giren unsurları ve ayırdedici özelliklerini gösteren bir liste içermesi, hem tarafların, hem üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması ve hem de muhtemel belirsizlikler ile suistimallerin önlenmesi için gereklidir¹²¹.

Aker'e göre, devir sözleşmesinin adi yazılı şekilde olması hukuki güvenlik bakımından tasarruf işlemlerinin gerektirdiği aleniyet açısından birçok soruna sebep olacaktır. Diğer taraftan hükümde geçen "işletme değeri" ifadesi ile "sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurları" ifadesi hangi tasarruf işlemi türlerine istisna getirildiği konusunda belirsizlik taşımaktadır¹²².

Durman'a göre, ancak özellikle taşınmazlar açısından dikkatli olmak gerekir. Zira ticari işletmenin tamamını devralmaksızın, ticari işletmenin taşınmazını devralan, devri ticaret siciline işletmeksizin tapu kütüğünde gerekli kaydı yaptırırsa veya marka devrini marka siciline tescil ettirip ticaret siciline tescil ettirmese, sırf ticaret siciline işletmemesi nedeniyle devri geçersiz kılmak işlem güvenliğini zedeleyeceği için, ticaret siciline tescilli bir düzen hükmü sayıp ticaret siciline tescilin yapılmasını, mesela parasal yapıtıma tabi kılmak uygun olacaktır¹²³.

TBK'nun sözleşmelerin şekli başlığını taşıyan 12. maddesine göre, sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz. TBK'nın getirdiği bu düzenlemeden hareketle TTK m. 11/3'de belirtilen yazılı şekle riayet edilmemesi durumunda ticari işletmenin devrine yönelik yapılan sözleşme kesin hükümsüz olacaktır. Ayrıca yine bu sözleşmede yapılacak herhangi bir değişiklik de aynı şekle tabidir.

Kanaatimizce ticari işletmenin devri sözleşmesi tıpkı İsviçre Birleşme Kanunu'nda olduğu gibi adi yazılı şekle tâbidir ve bu şekil geçerlilik şeklidir.

TBK m. 13'e göre, kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması şarttır. Fakat sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışında sayılır. Ticari işletmenin devrine ilişkin sözleşmenin devreden ve devralan tarafından imzalanması gerekir. Hemen belirtelim ki, TBK m. 14'e göre, kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer.

Kanaatimizce bünyesi uyduğu ölçüde TBK m. 14'de belirtilen ve yazılı şekil yerine geçen bu hallerde de ticari işletmenin devri mümkündür.

TTK m. 11/3'e göre, aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Buna göre, aksi ilgili sözleşmede¹²⁴ kararlaştırılmadıkça, madde metninde sayılan işletme unsurlarının da işletmeye dahil sayılacağı belirtilmektedir¹²⁵. Bu hüküm aynı

¹²⁰ KAYIHAN/YASAN, s. 56.

¹²¹ ARICI, s. 215.

¹²² AKER, s. 114.

¹²³ DURMAN, s. 50.

¹²⁴ Sözleşme ile kastedilen işletmenin bizzat kendisinin konu olduğu sözleşmedir, ASLAN/ŞENYÜZ/ERGÜN, İşletme Hukuku, s.11.

¹²⁵ POROY/YASAMAN, s. 38.

zamanda işletmenin malvarlığına dahil tüm unsurların işletme ile beraber hukuki işleme konu edilmesini de zorunlu kılmaz¹²⁶. Yeni TTK m. 11'de açıkça ticari işletmenin bir bütün halinde devredilebileceği ve diğer hukuki işlemlere konu olabileceği söylenmektedir. Ticari işletmenin malvarlığı değerlerinin her biri açısından kendine özgü tasarruf işlemleri çerçevesinde devrini öngören EBK ve ETK sistemi bu düzenlemeyle ortadan kalkacaktır. Bundan böyle ticaret siciline tescil ile ticari işletmeye dahil malvarlığı değerlerinin her biri için ayrı ayrı tasarruf işlemlerine gerek kalmaksızın devralana geçecektir.

TTK'nın getirdiği düzenleme sadece ticari işletmenin devri bakımından değil aynı zamanda ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer işlemler bakımından da söz konusudur. Örneğin kira sözleşmesi açısından TBK'nun m. 299 vd. hükümlerinde geçerlilik için bir şekil şartı öngörülmemiş iken, ticari işletmenin bir bütün olarak kira sözleşmesine konu olması durumunda artık bu tür kiralar yazılı olarak yapılması zorunludur. Aksi takdirde yapılan kira sözleşmesi kesin hükümsüz sayılır¹²⁷. TTK'nın ilgili düzenlemesi kira hukuku uygulaması bakımından önemli bir istisna getirmiş gözükmektedir.

TTK m. 11/3 hükmü ile getirilen düzenleme Ticari İşletme Rehni Kanunu ile de çelişkilidir. TİRK m. 4'e göre, ticari işletme rehni sözleşmesi, ticari işletmenin kayıtlı bulunduğu sicil çevresindeki bir noter tarafından tanzim edilir. Sözleşmede, rehne dair unsurların tam listesi de ayırt edilmelerini mümkün kılacak özellikleri ile birlikte yer alır. Yine aynı kanunun 5. maddesine göre, rehin hakkı ticari işletme sahibinin veya kredi müessesesinin veya alacaklının yazılı talebi üzerine ticari işletmenin kayıtlı bulunduğu Ticaret veya Esnaf ve Sanatkar Siciline tescil ile doğar. Sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren 10 gün zarfında tescil talep edilir ve ilgili sicil memurluğunca bu işlem yerine getirilir.

Bu düzenlemelerden hareketle ticari işletme rehni sözleşmesi açısından ticari işletmenin kayıtlı bulunduğu sicil çevresindeki noterde yapılması bir kurucu bir unsurdur ve ayrı bir sicile yani Ticari İşletme Rehni Siciline kayıt da kurucu unsurdur. Oysa ticari işletmenin bir bütün olarak rehin sözleşmesine konu edilmesinde TTK m.11 hükmü ile Ticari İşletme Rehni Kanunu arasındaki bahsi geçen bu çelişkilerin nasıl giderileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme TTK'da yer almamaktadır¹²⁸.

Aker'in haklı olarak belirttiği gibi¹²⁹, TİRK'ndaki düzenlemeler ile TTK m. 11/3'deki düzenlemeler arasında bir uyum olduğu söylenemez¹³⁰. Diğer bir ifadeyle TİRK düzenlemeleri ile borçlar hukukunun özellikle de eşya hukukunun prensiplerine önemli bir istisna getirildiği belirtilmiştir. TTK m. 11/3 ile de buna benzer istisnaların getirilmek istenmiştir. Bu nedenle TİRK ile TTK m. 11/3 arasında düşünce bakımından paralellik olduğu iddia edilmektedir. Yazara göre bu düşünce yerinde değildir¹³¹. Ticari işletme rehni, ticari işletmenin belli unsurları üzerinde belli kişiler lehine sicilli taşınır rehni kurulmasını sağlamak ve teslim şartlı rehinin şartlarından kurtulmak amacıyla

¹²⁶ KENDİGELEN, Ülgen Ticari İşletme Hukuku, N. 451.

¹²⁷ DURMAN, s. 50.

¹²⁸ ARICI, s. 214 dn. 456; DURMAN, s. 51.

¹²⁹ AKER, s. 121-122.

¹³⁰ Aksi görüş için bkz. TEKİNALP, s. 12.

¹³¹ Aynı doğrultuda görüş için bkz. ARKAN, S., Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Hazırlanmış On Beşinci Baskı, Ankara 2011, s. 45 vd; KARAHAN, s. 28; KENDİGELEN, A., Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 48.

oluşturulmuş bir taşınır rehni kurumudur¹³². İddia edilenin aksine ticari işletme rehniinde eşya hukukunun belirlilik prensibi tamamen ortadan kaldırılmamıştır. Şöyle ki, ticari işletmenin bir bütün olarak üzerinde mülkiyet ya da sınırlı aynı hak tesis edilemeyeceği için işletmenin sadece bazı unsurları¹³³ üzerinde rehni kurulmasına izin verilmiştir. Ayrıca rehne dahil olan unsurların ayırt edilmesini sağlayacak özellikleri de belirtilerek tam listenin yapılması ve bunun sözleşme ile beraber tescil edilmesi emredilmiştir¹³⁴. Gemi rehni açıkça, taşınmazların rehni ise zımnı olarak kanun kapsamı dışında tutulmuştur¹³⁵. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere ticari işletme rehni ticari işletme üzerinde topyekün bir rehni değildir. Belli unsurların ayırt edici unsurları ortaya konarak teslimsiz ancak sicilli rehni vardır. Dolayısıyla taşınır rehnine hakim olan belirlilik ilkesi ihlal edilmemiştir. Bu nedenle TİRK'nun TTK'ya örnek teşkil ettiği yani belirlilik ilkesinin bertaraf edilip onun yerine bütünlük ilkesinin getirildiği yönünde örnek olduğu savunulamayacaktır.

Kanaatimizce TTK m. 11/3 TİRK'nun uygulama alanının genişletecek ve ticari işletmenin bütününi konu alan rehni tesisinin de gelecekte önünü açabilecek tehlikeler içermektedir. Zira daha sonrada üzerinde duracağımız gibi TTK m. 11'in gerekçesinde istikrarlı olarak ticari işletme rehnine gönderme yapılması bu ihtimali güçlendirmektedir.

*Bahtiyar'*a göre, ticari işletme rehni resmi şekle tabi olup, kanun, sözleşmenin noterce düzenlenmesini emretmektedir. Gerek 6102 Sayılı TTK'nda gerekse 6103 Sayılı Uygulama Kanunu'nda, TTK'nu yürürlüğe girdikten sonra Ticari İşletme Rehni Kanunu'nu yürürlükten kaldıran veya bazı hükümlerini değiştiren bir düzenleme mevcut değildir. Yazara göre, uygulama şu şekilde gerçekleşecektir: Ticari işletme rehniinde resmi şekil uygulaması devam edecek, oysa, sınırlı bir aynı hak olan rehinden daha kapsamlı ve en geniş yetkiler içeren bir aynı hak niteliğindeki mülkiyet hakkının, üstelik işletmenin, taşınır, taşınmaz, hak gibi tüm unsurlarıyla birlikte devri için adi yazılı şekil yeterli sayılmış olacaktır. Bu durum TTK m. 11/3 'ün metninde ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan sözleşmelerden bahsedilmesi ve rehni de bu kapsamda yer alması, ayrıca fıkra gerekçesinde, ticari işletme "...devir, rehni, intifa, kira gibi işlemlere konu olabilir" şeklinde bir ifadenin yer alması önemli bir çelişkidir. Bu durum hem özel kanun-genel kanun, hem önceki kanun-sonraki kanun uygulamasında açıklanamayacak çelişkileri beraberinde getirecektir. Yazar, şekil açısından iki çözüm seçeneği ileri sürmektedir: Birincisi, TTK. 11/3'teki adi yazılı şekil yerine, tüm aktif ve pasif unsurların devrini öngören sözleşmeler, resmi şekle (noterce düzenlenecek senede) bağlanabilir. Bu şekil, TTK m. 11/3 anlamında ticari işletmeyi bir bütün halinde konu edinen tüm sözleşmelere uygulanacağına göre, bu durumda, Ticari İşletme Rehni Kanunu'nda, rehni sözleşmesi için aynı şekli öngören hükme de ihtiyaç kalmayacaktır. İkincisi ise, devir ve rehni dahil, ticari işletmeyi bir bütün olarak konu alan tüm söz-

¹³² HAZNEDAR, İ. M., Ticari İşletme Rehni ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul 2008, s. 17 vd.; ERTEN, A., Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001, s. 1 vd.

¹³³ TİRK m. 3: Ticari işletme rehni aşağıdaki unsurları kapsar:

- a - Ticaret unvanı ve işletme adı,
- b - Rehniin tescilli anında mevcut ve işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan makina, araç, alet ve motorlu nakil araçları,
- c - İhtira beratları, markalar, modeller, resimler ve lisanslar gibi sınai haklar.

Taraflar ticaret unvanı, işletme adı ve menkul işletme tesisatı dışında kalan unsurlardan bir veya birkaçını rehni dışında bırakabilirler.

Gemi ipoteki hakkındaki hükümler saklıdır.

¹³⁴ HAZNEDAR, s. 26-27; ERTEN, s. 30 vd.

¹³⁵ ERTEN, s. 27.

leşmeler için, noter onayına bağlı yazılı şekil yeterli görülebilir. Yazara göre, bu seçenekte, aktif unsurlar içerisinde bulunan taşınmazlar için resmi şekil (noterce düzenlenen senet) şartı, istisna olarak muhafaza edilmelidir¹³⁶.

Kendigelen'e göre, hükmün genel ifadesi karşısında ticari işletme üzerinde rehin hakkı kurulmasının da bu maddenin kapsamına girebileceğini belirtmekte ancak, ticari işletme rehinine ilişkin özel düzenleme niteliğindeki TİRK hükümleri yürürlükten kaldırılmadığından, bu defa genel kanun ile özel kanun arasında çözümü oldukça güç bir kanunlar çatışması gündeme gelecektir¹³⁷.

Arkan ve *Arıcı* da aynı çelişkiye dikkat çekerek ticari işletme üzerinde rehin kurulmasının da, işletmeyi bir bütün halinde konu alan bir sözleşme olduğunu, bu nedenle ticari işletme üzerinde rehmin de, ticaret siciline tescil ve ilan edilerek yazılı bir sözleşme ile kurulmasının mümkün olduğunu belirtmekte, dolayısıyla taşınmazlar için tapu siciline tescile, taşınırılar için teslimine gerek kalmadan rehin kurulabileceğini, bu durum karşısında, ticari işletme üzerinde rehin kurulmasını özel olarak düzenleyen TİRK'nun neden yürürlükten kaldırılmadığının anlaşılması güç bir durum olduğunu, bu konuda en azından, TTK. 11/3 ile TİRK'ndaki düzenleme arasındaki ilişkiyi açıklayan bir hükme yer verilmesinin uygun olacağını belirtmektedir¹³⁸.

Kanaatimizce bu çelişki karşısında burada ortaya konacak en makul çözüm şudur: Ya İsviçre Birleşme Kanunu'nda olduğu gibi, şekil konusunda sadece taşınmazların mülkiyetinin devri hususunda resmi şekil kuralı kabul edilip, işletmeyi bir bütün halinde konu alan tüm diğer hallerin adı yazılı şekilde yapılacağı kuralını benimsemek ya da TTK m. 11/3'ün gerekçesine uygun olarak TİRK'nda değişikliğe gidilerek onun da adı yazılı şekilde yapılması sağlamaktır. Hükmün uygulamasında ortaya çıkabilecek çelişkiler tüm olumsuz sonuçlarına rağmen bu şekilde giderilebilir. Diğer taraftan şu husus da dile getirilebilir: Madde gerekçesinde rehne ilişkin ifadeler şunlardır: "**...Bu bütün devir, rehin, intifa, kira gibi işlemlere konu olabilir...Nitekim, Borçlar Kanununun 179 uncu maddesi ticarî işletmenin devrini sadece borçlardan sorumlu olma yönünden düzenlemiş, bütünü yaratan unsurlarla uğraşmamıştır. Buna karşılık, 1447 sayılı Kanun bütünü rehnedilmesini ayrıntılı kurallara bağlamıştır. Tasarının 11 inci maddesinin üçüncü fıkrası, bir taraftan "bütün"ü vurgulamakta ve devir sözleşmesini yazılı şekle tâbi kılmakta, diğer taraftan da bütüne doğal olarak hangi malvarlığı unsurlarının dahil olduğunu göstermektedir.... Bütünü tanımlayan bu**

¹³⁶ BAHTİYAR, s. 3895, 3907-3908.

¹³⁷ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 48, dn. 6.

¹³⁸ ARKAN, s. 43; ARICI, s. 214, dn. 456; *Bahtiyar*'a göre, devir kapsamındaki taşınmazlar için tapu sicilinin işlevleri ve aleniyet gereği, resmi şeklin gerekliliğine dair özel bir hükme yer verilmelidir. Ticaret siciline yaptırılacak tescilin de, taşınmazlar dışındaki aktif unsurların mülkiyetinin devralana geçişi için kurucu nitelik taşıyacağı açıkça öngörülmelidir. Taşınmaz mülkiyetinin devralana geçişi için yine tapu sicilinde tescil şartı muhafaza edilmeli, fakat tapuda devralan adına işlemin yapılması kolaylaştırılmalıdır. Bu konuda, taşınmazların ticaret şirketlerine sermaye konulmasında tapu siciline tescili kolaylaştıran hükümlere (TTK. 128/5 ve 6) benzer bir düzenleme yapılarak, ticari işletme devri kapsamındaki taşınmazların devralana geçişi sağlanabilir. Böylece, tapu siciline güven ilkesi nedeniyle iyiniyetli üçüncü kişilerin hak edinmesi ihtimali de bertaraf edilerek, devralan ve işletme alacaklıları korunabilir. Aktife dahil unsurlar arasında bulunan ve özel sicili bulunan diğer unsurlar (motorlu taşıt aracı, marka ve patent gibi) bakımından ise, devrin ticaret siciline tescilinden sonra, ilgili sicillerde açıklayıcı nitelikte tescil/tadil yapılabilmesi için, devrin tescil edildiği ticaret sicil müdürlüğünün derhal yapacağı bildirim üzerine, ilgili özel sicillerde derhal işlem yapılmasını öngören bir düzenleme yapılmalıdır. Bu konuda da Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun 7'nci maddesi ile TTK. 128/6'daki "diğer sicillere bildirim"e dair hükümlerden yararlanılabilir, s. 3908.

malvarlığı unsurları, bütünü doğa parçalarıdır. Devir ile devralana geçerler. Devir sözleşmesinde bunlardan bazıları ismen veya hiçbiri zikredilmemiş bile olsa bu bütünü tanımlayan unsurlar devir sözleşmesine dahil kabul olunur. Ancak, taraflar bu unsurlardan bazıları devrin dışında tutabilirler. Aynı ilke 1447 sayılı Kanuna da hakim olduğu için ticarî işletmenin bir hukukî işleme bütün halinde konu olduğu hallerde de kıyas yoluyla uygulanır...". Görüldüğü üzere madde gerekçesinde istikrarlı biçimde ticari işletmenin bütünlüğünden bahsedilmiş ve ticari işletmenin rehni ile de irtibat kurulmuştur. Yazılılık unsuru bakımından özellikle ticari işletmenin devrini incelemiş gözükmemektedir. Burada iki şekilde düşünülebilir: Birincisi, kanun koyucu ayrıca bir düzenlemeye gerek duymaksızın TTK m. 11/3 ile TİRK'nun resmi şekle ilişkin hükmünü zımnen ilga etmiştir. Dolayısıyla bundan böyle ticari işletme rehni de yazılı şekilde yapılabilir. İkincisi ve daha savunulabilir olanı, kanun koyucu devamlı surette ticari işletmenin bütünlüğünden bahsetmiş bunu destekler mahiyette bütünlük ilkesini nazara alan TİRK'dan da bahsetmiştir. Eğer kanun koyucu TİRK'ndaki düzenlemeyi kaldırmak isteseydi açıkça dile getirirdi. Ancak kanun koyucu bunu yapmamıştır. Kanun koyucunun bu durumu düzenlemeyi unuttuğu veya ihmal gösterdiği düşüncesi bu koşullarda pek mantıklı değildir. O halde burada kanun koyucunun bile rek sustuğu sonucuna varılacaktır. Kanun koyucu bir konu hakkında bilerek bu durumda daima bir kanun boşluğu olduğu sonucu çıkarılamayacaktır. Kanun koyucunun bir konuda susması o konuyu menfi olarak çözmek istemesinden kaynaklanır. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu bir konuyu düzenlemesi gerektiğini bildiği halde bir hüküm getirmeyerek o konuyu çözmek istemediğini ortaya koymuş olur. Bu kanun koyucunun menfi çözüm benimsediğini gösterir¹³⁹. Kanun koyucu bir kurumun şartlarını ve sonuçlarını tamamen düzenlemişse bunun dışında kalan hallerde menfi çözüm biçimini benimsemiş sayılır. Bu nedenle kanaatimizce kanun koyucu TİRK gibi özel bir kanunda rehne ilişkin etrafıca düzenlemeler mevcutken, bu kanunun yapısına bir müdahalede bulunmamıştır. Dolayısıyla ticari işletmenin bütününe ilgilendiren rehin sözleşmeleri resmi şekilde yapılacaktır. Rehin konusunda ayrı bir düzenleme getirilene kadar uygulamada kargaşaya neden olmamak için TTK m. 11/3'ün bu şekilde yorumlanması gerekir.

Burada tartışılması gereken bir diğer konu da TTK m. 11/3'ün diğer TTK hükümleriyle çelişip çelişmediğidir:

TTK 11/3 ile getirilen düzenlemeler, TTK'nın şekil kurallarına ilişkin diğer hükümleriyle çelişki içindedir¹⁴⁰. Şöyle ki, TTK. 11/3 uyarınca, işletme faaliyetlerine özgülenmiş taşınmazda dahil, ticari işletmenin bir bütün olarak bir ticaret şirketine devri için adi yazılı şekil yeterli olacaktır. Ancak sadece taşınmazın aynı şirkete aynı sermaye olarak taahhüt edilmesinde, TTK. 128/3'e göre, taahhüdün şirket sözleşmesinde bulunması yeterli görülecek, genel hükümler uyarınca resmi şekil aranmayacaktır. Bununla birlikte, ETK'da olduğu gibi, TTK'da da, ticaret şirketlerinin sözleşmeleri zaten yazılı şekil yanında imzaların noter onayına bağlanmış bulunmaktadır (TTK m. 212/1, 305/1, 339/1, 566/1, 575/1). Şu halde, tek bir taşınmazın sermaye olarak konulması taahhüdüne oranla daha kapsamlı olan ve o taşınmaz da dahil işletmenin tüm aktiflerinin devrini öngören bir sözleşmede, daha hafif ve noter onayına kıyasla üçüncü kişiler yönünden daha güvensiz bir şekil yeterli sayılmış olacaktır. Ayrıca taahhütlerinin ifa şekli (tasarruf işlemleri) bakımından da çelişkiler mevcuttur¹⁴¹.

¹³⁹ Kanun koyucunun menfi çözüm tarzı hakkında bkz. **DURAL, M./SARI, S.**, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, Türk Özel Hukuku Cilt I, İstanbul 2011, s. 133.

¹⁴⁰ **BAHTİYAR**, s. 3895-3896.

¹⁴¹ TTK. 11/3 düzenlemesi, anonim şirket dışındaki ticaret şirketlerinde pay devrinin şeklinde dair TTK. düzenlemeleri ile de çelişmektedir. Örneğin, limited şirkette pay devri ve devir va-

d. Yeni TTK Uyarınca Ticari İşletmenin Devri Sözleşmesinin Tescil ve İlan

TTK m. 11/3 devir sözleşmesinin "tescil ve ilan" edilmesi de öngörülmüş, fakat tescilin kurucu mu, yoksa açıklayıcı mı olduğu belirtilmemiştir¹⁴².

Tekinalp'e göre, söz konusu tescil kurucu niteliktedir¹⁴³. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki, hükümdeki "...edilir" kelimesi, düzenlemenin emredici nitelik taşıdığını gösterse de, bu durum, tescilin kurucu sayılmasına yol açmaz. Zira öngördüğü tescilin açıklayıcı olduğu kabul edilen birçok hükümde de benzer ifadeler bulunmaktadır. Örneğin, TTK m.18/1'de "tescil ettirmek -ile- yükümlüdür"; m. 40/1, "...tescil ve ilan ettirir" ve TTK m. 107/2'de "tescil ve ilan ettirilmesi zorunludur" ibareleri bulunmasına rağmen, bu hükümlerde öngörülen tescilin kurucu olmadığı konusunda kuşku yoktur¹⁴⁴.

Karahan'a göre, ticaret siciline tescil kurucu değil açıklayıcıdır. İşletmenin aktif ve pasifinin devrini düzenleme altına alan TBK m. 202 nazara alındığında devrin hukuki sonuç doğurabilmesi için Ticaret Sicil Gazetesi'nde duyuru yapılması dışında devrin alacaklılara herhangi bir yolla bildirilmiş olması yeterli görülmüştür. Devir hakkında alacaklılar bilgilendirilmeli ve ilanla duyurulmalıdır. Alacaklılara bildirim şekle bağlı değildir ancak ilan ile duyuru ticari işletmeler için Ticaret Sicil Gazetesi'nde diğerleri bakımından ise Türkiye'de dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yapılmalıdır. Bildirim ve duyuru devralan tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu yükümlülük yerine getirilmedikçe aktif ve pasifler devralana geçmeyecektir¹⁴⁵.

Bahtiyar'a göre, TTK m. 11/3'te, devrin geçerlilik kazanması için ticaret siciline tescilin zorunlu yani kurucu olduğunun belirtilmemesi önemli bir eksikliktir. Yazar, devir sözleşmesinin borçlandırıcı bir işlem olduğunu aktif ve pasif unsurların devralana geçmesi için tek başına bu sözleşmenin yeterli sayılmasının kabul edilemeyeceğini, aktiflerin ve pasiflerin devralana geçişi için, aynen işletme rehninde olduğu gibi, ticaret siciline tescilin, aktif unsurlarının devralana geçmiş sayılması için kurucu işleve sahip

adi için özel bir şekil öngörülmüş olup, yazılı şekil ve imzaların noterce onaylanması gerekmektedir. Bu durumda, limited şirkette bir ortağın sermaye payını devretmesi için bu şekil şart; fakat, ekonomik yönden çok daha önem taşıyabilecek bir işlem olarak, aynı şirketin sahip olduğu bir ticari işletmeyi tüm aktif ve pasifleriyle devredebilmesi için ise adi yazılı şekil yeterli olacaktır. İşletme devri sözleşmesinin borçlanma mı, yoksa tasarruf işlemi niteliğinde mi sayılacağı sorunu ile şirket türüne göre, pay devrinde diğer ortakların devri onaylamasını öngören hükümlerin yol açtığı tartışmalar tamamen bir yana, Örneğin, kollektif, adi komandit, paylı komandit şirket sözleşmeleri şekle tabi olup, şekle tabi sözleşmelerde yapılacak değişiklikler de aynı şekle bağlı tutulmuştur. Bu durumda, imzaların noterce onayının bir belgelendirme değil, geçerlilik şartı oluşturduğu görüşü de kabul edildiğinde, bu şirketlerdeki pay devri ile, aynı şirketlere ait bir işletmenin bütün olarak devri arasında, limited şirketteki gibi bir farklılığın doğması kaçınılmaz olacaktır, **BAHTİYAR**, s. 3896-3897.

¹⁴² Ticaret siciline tescilin etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KARAYALÇIN, Y.**, Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri, **BATİDER**. 1975, C. VIII, S. 2, s. 1 vd.

¹⁴³ **TEKİNALP**, s. 13; Aynı yönde görüş için bkz. **ARICI**, s. 215; *Aker*'e göre ise, ticaret sicilinin ihdas edilme nedenleri, teşkilatı ve işleyişi nazara alındığında ve diğer sicillerle ticaret sicilinin hukuki etkileri ile yarışması karşısında hükmün açık olması en iyi çözümdür, s. 212 dn. 349. Yazara göre, hükmün emredici olup olmadığı da belirsizdir. Hükümde öne çıkarılan bütünlük ilkesi ekonomik ihtiyaçları nazara alsa da tarafların ekonomik menfaat ve ihtiyaçları somut olaylar bakımından farklı çözüm yollarını gerektirebilir. Kanun koyucunun her türlü devir durumunda külli intikali zorunlu kılması yerinde değildir, s. 114.

¹⁴⁴ **KARAYALÇIN, Y.**, Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri, **BATİDER**. 1975, C. VIII, S. 2, s. 7 vd.; **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 250; **BİLGE**, s. 157-159.

¹⁴⁵ **KARAHAN**, s. 31-32.

bulunduğunun hükümde açıkça vurgulanması gerektiğinin, taşınmazların ise bundan istisna tutulması gerektiğini, devir kapsamındaki taşınmazlar için tapu sicilinin işlevleri ve aleniyet gereği, resmi şeklin gerekliliğine dair özel bir hükme yer verilmesi gerektiği, taşınmaz mülkiyetin devralana geçişi için yine tapu sicilinde tescil şartı muhafaza edilmesi gerektiği ve fakat tapuda devralan adına işlemin yapılması kolaylaştırılmasının zorunlu olduğunu, taşınmazların ticaret şirketlerine sermaye konulmasında tapu siciline tescili kolaylaştıran hükümlere (TTK m. 128/5 ve 6) benzer bir düzenleme yapılarak, ticari işletme devri kapsamındaki taşınmazların devralana geçişinin sağlanabileceği, tapu siciline güven ilkesi nedeniyle iyiniyetli üçüncü kişilerin hak edinmesi ihtimali de bertaraf edilerek, devralan ve işletme alacaklıları korunabileceği, aktifte dahil unsurlar arasında bulunan ve özel sicili bulunan diğer unsurlar (örneğin, motorlu taşıt aracı, marka ve patent gibi) bakımından ise, devrin ticaret siciline tescilinden sonra, ilgili sicillerde açıklayıcı nitelikte tescil yapılabilmesi için, devrin tescil edildiği ticaret sicil müdürlüğünün derhal yapacağı bildirim üzerine, ilgili özel sicillerde derhal işlem yapılmasını öngören bir düzenlemenin yapılması gerektiğini, bu konuda da Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun 7'nci maddesi ile TTK m. 128/6'daki "*diğer sicillere bildirim*"e dair hükümlerden yararlanılabileceğini belirtmektedir.¹⁴⁶

Ticari işletmenin devri için adi yazılı şekil uygun olmadığı gibi, ülkemizin uygulaması bakımından da birçok sorunu beraberinde getirecek niteliktedir. Kaldı ki, ticaret siciline tescil kural olarak açıklayıcı niteliktedir. Ticaret siciline tescilin kurucu olması, açıkça düzenlenmesine bağlıdır.¹⁴⁷ Örneğin, TTK m. 153/1, 179/4, 189/2, 198/3, 232, 355, 356, 455, 456/5, TİRK m. 5/1, KoopK. m. 7 gibi. Şu halde, tescile kural olarak açıklayıcı bir işlev yükleyen ticaret hukuku sistemimizde, TTK.11/3 hükmünde, tescilin kurucu olduğuna dair hiçbir ifadeye yer verilmemiş olması, esaslı bir eksikliklerdir.¹⁴⁸

Arıcı ve Aker'e göre, her türlü devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil edileceğinden bahsedilmesine rağmen bunun hukuki niteliği hakkında ve üçüncü kişilere etkileri bakımından hükümde bir açıklık yoktur. Ayrıca sözleşmenin ne şekilde tescil ve ilan edileceği açık değildir. Hükümde sözleşmenin yazılı olacağı belirtilmekte ve ayrıca bu sözleşmenin tescil ve ilanından bahsedilmektedir. Burada tescil ve ilanın hukuki niteliği belirsiz olduğundan tasarruf işleminin hangi hukuki fiiller ile gerçekleşeceği sorununu da ortaya çıkarmaktadır.¹⁴⁹ *Arıcı'ya* göre, ilgili düzenleme ile devre konu olan aktiflerin her birinin tabi olduğu genel kurallar bertaraf edilmektedir. Ancak bunun yerine neyin konulduğu açıkça ortaya konması gerekirdi. Bu nedenle özellikle ticari işletmenin devrinde tasarruf işleminin gerçekleştirilmesinde aleniyet sağlanmalıdır. Bu konuda ticaret sicili önemli bir görev üstlenebilir. Ticaret siciline tescile, aktiflerin geçişi bakımından kurucu işlev yüklenmelidir. Ancak bu kabul edilirse ayrı ayrı tasarruf işlemine gerek kalmayabilir.¹⁵⁰

TTK m. 11/3 düzenlemesinin oldukça belirsiz olan ilgili düzenlemeler, Ticaret Sicil Yönetmeliği ile giderilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda TSY m. 133'e göre, Ticari işletmenin devri, devir sözleşmesinin tümünün tescili ile hüküm ifade eder (f. 3).¹⁵¹

¹⁴⁶ **BAHTİYAR**, s. 3907-3908.

¹⁴⁷ **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 251; **KENDİGELEN**, Ülgen Ticari İşletme Hukuku, N. 863; **ARICI**, s. 215; **BİLGE**, s. 157-159.

¹⁴⁸ **BAHTİYAR**, s. 3897-3898; **ARICI**, s. 215.

¹⁴⁹ **ARICI**, s. 215; **AKER**, s. 112-113.

¹⁵⁰ **ARICI**, s. 215.

¹⁵¹ Ticari işletmenin devrine ilişkin yapılacak tescil işlemlerinde: a) Bir işletmenin bir gerçek kişi tarafından diğer bir gerçek kişiye unvanı ile beraber devri halinde, o işletme ve unvana ait kayıtlardan yalnız devir sebebiyle değiştirilmesi gerekli olanlar değiştirilir. b) Bir işletmenin bir

Ticari işletmenin devri vaadi, belli bir süre sonra hüküm ifade edecek devirler ve şartlı devirler tescil edilemez (f. 4). Ticari işletmenin devrinde, devredilen işletmenin malvarlığına dahil olan; tapu, gemi ve fikri mülkiyet sicilleri ile benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hakların devralan adına tescilin gecikmeksizin yapılması amacıyla, müdürlük tarafından ticari işletmenin devrinin tescili ile eş zamanlı olarak ilgili sicillere derhal bildirilir (m. 135/f.5).

Kanaatimizce bu düzenlemeleri nazara aldığımızda tıpkı İsviçre Birleşme Kanunu'nda olduğu gibi ticaret siciline tescilin kurucu olduğu açıkça anlaşılacaktır. Zira ticari işletmenin devri sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi, yani sözleşmede yer alan malvarlığı değerlerinin devralana geçmesi için tescilin yapılması bir zorunluluktur. Her ne kadar TTK m. 11'in lafzından tescilin kurucu mu yoksa açıklayıcı mı olduğu tam anlaşılmıyor ise de kanun koyucunun amacının tescile kurucu fonksiyon yüklemek istediği açıktır. Burada belki tescilin kurucu olması ile açıklayıcı olması arasındaki farka vurgu yapmak gerekir. Eğer hukuki işleme konu olan hak ilgili sicile tescil ile kuruluyor, kapsamı değişikliğe uğruyor veya ortadan kalkıyor ise burada yapılan tescil kurucudur¹⁵². Eğer yapılan tescil zaten sahip olunan hakka aleniyet kazandırıyor ise burada da açıklayıcı tescil söz konusudur. Kanaatimizce ticaret siciline tescil ticari işletmenin devri bakımından kurucu etkiye sahiptir. Ancak burada şöyle bir sorun ile karşı karşıyayız. TTK'nın genel sistemine baktığımızda ticaret siciline tescil açıklayıcı bir role sahiptir. Bu hüküm TTK'nın bu temel ilkesi ile tezat oluşturmaktadır. Ancak şunu ifade edelim ki, genel sistem böyle olsa da kanun koyucunun iradesi bu tescile kurucu fonksiyon yüklemeye şeklindedir. Bu durum da TTK'nın tescilin etkisine ilişkin önemli bir istisna olarak kabul edilmelidir. Ancak burada asıl sorun şudur: Tescile kurucu fonksiyon yüklenebilmesi için ilgili düzenlemenin en azından Kanun ile getirilmiş olması gerekir. Burada şu soru sorulmalıdır: Yönetmelik ile ticaret siciline kurucu fonksiyon yüklenebilir mi? İsviçre Borçlar Kanunu'nda ticaret siciline tescil kurucu etkiye sahiptir ama bu etki bir kanun ile ortaya konmuştur. Bu kanun İsviçre Birleşme Kanunu'dur. Türk Hukuku'nda ise tescile kurucu fonksiyon yüklemeye bir Yönetmelik ile getirilmek istenmektedir. Bunun hukuk güvenliği bakımından ne kadar sağlıklı olduğu oldukça tartışmalıdır. Kanaatimizce Ticaret Siciline tescil TTK sistematigi içinde kural olarak zaten açıklayıcı bir role sahipken, buna önemli bir istisna getirip kurucu rol verilmesi bir yere kadar anlaşılabilir de bunun TTK'nda açıkça belirtilmesi gerekir. TTK'da belirtmeyip bu eksikliği Yönetmelik ile gidermeye çalışmak birçok sorunu da beraberinde getirecek niteliktedir.

Burada tartışılması gereken bir diğer olgu da TTK m. 11/3 hükmünde geçen *“Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir.”* ifadesidir. Kanunun ifadesinden

gerçek kişi tarafından diğer bir gerçek kişiye unvan hariç olmak üzere devri halinde ise eski unvan ve işletmeye ait bütün kayıtlar silinir. Yeni unvan altındaki işletme için yeniden tescil işlemi yapılır. İşletme tescil edilirken eskisinin devamı olduğu, işletmenin eski MERNİS numarası ve unvanı kayıtlarda gösterilir. c) Bir işletmenin bir gerçek kişi tarafından bir ticaret şirketine devri halinde ise o işletmenin ve unvanının bütün kayıtları silinir ve ticaret şirketinin tabi olduğu hükümler uyarınca bu devir dolayısıyla şirketin sicil kayıtlarında değişiklik yapılması gerektiği takdirde sadece o değişiklikler yapılır. ç) İşletmenin sicile kayıtlı bir işletmesi bulunmayan bir dernek veya kamu tüzel kişisi tarafından devir alınması halinde de bu fıkranın (b) bendi uygulanır. (m. 135)

¹⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. KARAYALÇIN, Tescilin Etkisi, s. 7-11; ÜNAL, M./BAŞPINAR, V., Şekli Eşya Hukuku, Giriş-Zilyetlik-Tapu Sicili, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2008, s. 320; HATEMİ/AYBAY, s. 92-93; AYAN, M., Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Güncellenmiş 5. Baskı, Konya 2010, s. 281.

tescilin tek başına sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması için yeterli olup olmadığı anlaşılmamaktadır. Zira “*tescil ve ilan edilir*” ifadesi her iki unsurun birlikte arandığı izlenimi uyandırmaktadır. Kanaatimizce bu ifadeye anlam verirken TBK m. 202 perspektifinde bir değerlendirme yapılabilir. TBK m. 202’ye göre, “*Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, ... ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur*”. Ticaret sicilinin aleniyeti, TTK’nun 35. maddesinin getirdiği düzenleme ile tescil edilen hususların ilan edilmesi zorunluluğunun getirilmesiyle sağlanmıştır¹⁵³. ETTK’da Ticaret Siciline tescil edilen hususların ilan edilmesi gerektiğine yönelik genel bir düzenleme mevcut değildi. Diğer taraftan TTK’nun 36. maddesine göre, “*Ticaret sicili kayıtları nerede bulunurlarsa bulunsunlar, üçüncü kişiler hakkında, tescilin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edildiği; ilanın tamamı aynı nüshada yayımlanmamış ise, son kısmının yayımlandığı günü izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğurur*”. Hükümlerden de açıkça anlaşıldığı gibi devralanın bildirim veya ilanı yapması borçlardan sorumluluk bakımından önemli bir etkiye sahip olup, diğer bir anlamıyla üçüncü kişiler bakımından hukuki sonuçların doğması açısından belirleyici olup, devir sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurması bakımından kurucu bir etkiye sahip değildir. TTK m. 11/3’ün ifadesi oldukça yanıltıcıdır. Diğer taraftan ticari işletmenin devrine yönelik sözleşme kurulduktan sonra tescil talebini devreden gerçekleştirecektir. Halbuki bildirim ve ilan devralan tarafından gerçekleştirilecektir. İsviçre Hukuku’nda ise, ilân ile birlikte tescilin hükümleri üçüncü kişilere karşı sürülebilir (İBK m. 932/II, 933/I). İlân dış ilişkide ilân tarihini takip eden iş günü hüküm ifade eder (İBK m. 932/II). Aktiflerin ve pasiflerin devralana geçişi, ticaret siciline tescil ile birlikte kendiliğinden gerçekleşir (FusG Art. 73/II).

e. Ticari İşletmenin Bütün Halinde Devredilmesi Durumunda Tasarruf İşlemlerinin Ayrı Ayrı Yapılmasına Gerek Olmaması

Tasarruf işlemleri hak sahibi ile hak arasındaki bağlantının kesilmesi veya değişmesiyle ilgilidir¹⁵⁴. Tasarruf işlemleri bir hakka doğrudan etki eden o hakkın devrini sağlayan, sınırlayan, değiştiren veya ortadan kaldıran hukuki işlemlerdir¹⁵⁵. Tasarruf işlemleri genelde tasarrufta bulunanın malvarlığında doğrudan doğruya bir azalma meydana getirir. Bir malvarlığı hakkı üzerinde onu devreden, sınırlayan veya değiştiren işlemler aynı zamanda bir kazandırıcı muamele hüviyetindedir. Tasarruf işlemleri malvarlığının aktif kısmına etki etmektedir. Bu nedenle malvarlığının pasif kısmına etkide bulunan borçlandırıcı işlemlerden ayrılır. Hak sahiplerinin iradeleri ile değiştirilebilen bütün haklar ve hukuki ilişkiler tasarruf işlemlerinin konusu olabilirler. Tasarruf işlemlerinin konusunu haklar oluşturur. Ancak şunu ifade edelim ki, tasarruf işlemlerinin konusu her ne kadar haklar olsa da bu genelde malvarlığı haklarıdır. Ayrıca önemle şunu da vurgulayalım ki, malvarlığının tamamını bir tasarruf işlemine konu etmek söz konusu değildir¹⁵⁶. Borçlar tasarruf işleminin konusu olamazlar yani borçlar tasarruf edilemez¹⁵⁷.

¹⁵³ Açıklık başlığını taşıyan TTK m. 35/3’e göre, “*Tescil edilen hususlar, kanun veya Kanununun 26 ncı maddesine göre çıkarılacak yönetmelikte aksine bir hüküm bulunmadıkça ilan olunur*”.

¹⁵⁴ AYİTER, K., Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953, s. 11.

¹⁵⁵ SCHWARZ, A. B., Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, (çev. DAVRAN, B.), İstanbul 1948, s. 163-164.

¹⁵⁶ AYİTER, K., s. 13 vd.

¹⁵⁷ von SOHM, R., Der Gegenstand: Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1905, s. 24 vd. (AYİTER, K., s. 18’den naklen) ; Borcun üstlenilmesi ise bir tasarruf işlemi

Sohm'a göre, her tasarruf bir mal üzerinde gerçekleşir, borçlandırıcı işlem ise birçok malı kapsayacak şekilde yapılabilir. Her mal için ayrı tasarruf işlemine ihtiyaç vardır. Ayrıca her tasarruf işlemi de bir mal ile ilgilidir. Şunu belirtelim ki, birçok mal üzerinde aynı anda tasarruf işlemi yapılabilir. Ancak bunun anlamı, birden çok malı kapsayan tek bir tasarruf işlemi değil her mal ile ilgili ayrı tasarruf işlemlerinin yapılmasının mümkün olduğudur. Çünkü mal tasarruf işleminin objesi niteliğindedir.¹⁵⁸

TTK m. 11/3'e göre, ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir. Bu düzenleme gerek borçlar hukukunun gerekse eşya hukukunun bazı temel ilkeleri ile çelişki doğurmaktadır. Bu nedenle hükmün uygulaması hakkında doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Ancak bu görüşlere geçmeden önce üzerinde önemli bir çelişkiye dikkat çekmek gerekir. Borçlandırıcı ve tasarruf işlemi ayrımı Roma hukukundan günümüze kadar kabul edilmiş önemli bir ayırımdır ve Türk hukukunda da vazgeçilmez bir ayırımdır. Kanun koyucu gerek taşınır gerek taşınmaz mülkiyeti gerekse diğer hak ve borçların sahipliğinin, tescil, teslim, temlik ya da nakil gibi yollar haricinde bir yolla değişmesine izin vermek istediğinde işlemin konusuna bakmadan topyekün bir izinden ziyade istisna getirmek suretiyle düzenleme yapmaktaydı. Halbuki TTK m. 11/3 hükmü bu prensibin tamamen dışına çıkmış ve topyekün bir düzenleme yapmıştır. Kanun koyucunun daha önceki düzenlemelerinde ise istisna ortaya konduktan sonra gerekli yöntemlerde ayrıntılı biçimde ortaya konulurdu. Tasarruf işlemleri için gerekli olan hukuki güvenlik ancak bu şekilde sağlanabilir.¹⁵⁹

Tekinalp'e göre¹⁶⁰, ticari işletmenin bir bütün olarak hukuki işlemlere konu olmasının kabul edilmesi, ticari işletme rehninden sonra bir defa daha, Türk Eşya Hukuku'na hakim olan eşya hukukunun belirlilik ilkesine, etki alanı oldukça geniş bir istisna getirmiştir. Bu düzenleme ile beraber ticari işletmeyi oluşturan malvarlığı unsurlarının ayrı ayrı tasarruf işlemiyle devredilmesini gerekli kılan düzenlemelere son verilmiş olmaktadır. TTK m. 11/3, ticari işletmenin, onu meydana getiren malvarlığı unsurlarının teker teker ve gerekli borçlanma ve tasarruf işlemleri yapılmaksızın, yazılı bir sözleşme ile, bir bütün halinde devredilebilmesinin önünü açmıştır. Yazara göre, yazılı şeklin geçerlilik şartı olduğu bu sözleşmenin kendisi bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Ticari işletmenin devri sözleşmesi özellikle taşınmazların devrinde resmi şeklin yerini almaktadır. Diğer taraftan bu durum taşınmazlar bakımından tescilsiz iktisap hallerine bir tane daha eklemektedir. Doğal olarak ticari işletmenin devri sözleşmesi sadece taşınmazlarda değil, intikalinde özel siciline kaydı zorunlu olan birçok fikri mülkiyet hakkının¹⁶¹ da tescilsiz iktisabını sağlamaktadır. Yazara göre, TTK m. 11/3 ile

olarak değil, alacaklının alacağı üzerindeki bir tasarrufu olarak nitelendirilmelidir, **AYİTER, K.**, s. 19.

¹⁵⁸ **VON SOHM**, s. 7 vd.

¹⁵⁹ **AKER**, s. 115; Bkz. TMK m. 54, 105/1, 599, 705; TBK m. 279; TTK m. 153/1, 179/4, 194/1-3, 1001/3, 1007. Özellikle taşınmazların tescilsiz iktisabı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **OĞUZMAN, M. K./SELİÇİ, Ö./OKTAY-ÖZDEMİR, S.**, Eşya Hukuku, 14. Bası (13. Basıdan tıpkı bası), İstanbul 2011, s. 331 vd.; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 497-498; **AYAN, M.**, Eşya Hukuku II, Mülkiyet, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Konya 2012, s. 182-183.

¹⁶⁰ **TEKİNALP**, s. 12-13; Benzer düşünceler için bkz. **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 42.

¹⁶¹ 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 16/H'ye göre, bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devri, aksi kararlaştırılmamışsa, işletmeye ait markaların da devrini kapsar. Bu hüküm işletmenin devrine, sözleşmeden doğan sorumluluk halinde uygulanır, **DURMAN**, s. 138; Markanın devri, devreden tarafından sahip bulunan marka üzerinde tekel halinde tasarruf etme hakkının devralana geçirilmesidir, **YASAMAN, H.**,

getirilen düzenleme hem ticari işletme rehini ile hukukumuzda meydana gelen önemli bir değişikliği ve gelişimi tamamlamakta, hem de ticari işletmeyi işlevlerine uygun bir ticaret kurumu haline getirmekte, onu Türk ticaret hayatı için uygun bir konuma yerleştirmektedir. Ticari işletmenin TTK'da ağırlıklı bir konum kazandığı için Türkiye'de ticaretin tabanı şeffaflaşacak, güçlenebilecek ve kobiler bağlamında standartlar tarafından yönetilecektir. Bunlara ek olarak TTK'ya göre, ticari işletmenin devri gibi kiralanması, ürün kirasına verilmesi, bir yönetim sözleşmesinin konusu olabilmesi, bir ticaret şirketiyle birleşmesi, bir ticaret şirketine dönüşmesi, üzerinde intifa hakkı tanınması da hukuken kolayca gerçekleştirilecektir.

Tekinalp'e göre, TTK'nın getirdiği bu düzenlemeyle Medeni Hukuk ile TTK arasındaki sınır "keskin çizgilerle çizilerek Türk ticaret hukukunun bağımsızlığını sağlamıştır". Yazar özel hukukun bütünlüğünü vurgulamak amacıyla TTK m. 1'de TTK'nın TMK'nın ayrılmaz bir parçası olduğunun da hüküm altına alındığını belirtmiştir¹⁶².

Kanaatimizce TTK'nın, özel hukukun temelini oluşturan ve Roma Hukuku'ndan günümüze kadar gelen ilkelerden oluşan hukuk kültür mirası ile çelişkili hükümleri, Ticaret hukukunu bağımsızlaştırmaktan ziyade özel hukukun bütünlüğü ile olan bağlarını zayıflatmaktadır. Diğer taraftan eğer TTK, TMK'nın ayrılmaz bir parçası ise, ana düzenleme olan gerek TMK ile gerekse TBK ile çelişki içinde değil uyum içinde ol-

Marka Hukuku-556 sayılı KHK Şerhi, C.2, İstanbul, 2004, s. 679-680; **KAYA, A.**, Marka Hukuku, İstanbul, 2006, s. 214; **ARKAN, S.**, Marka Hukuku, C.II, Ankara, 1998, s. 184; Hukukumuzda 556 sayılı KHK m. 16/11 gereği markanın ticari işletmeyle birlikte veya anılan KHK m. 15/1 gereği ticari işletmeden bağımsız devri söz konusudur, **DURMAN**, s. 138; KHK m. 16/1 gereği, marka temsil ettiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebileceği için, marka sahibi, markanın temsil ettiği mal ve hizmetlerin bazıları üzerindeki haklarını koruyarak, markanın temsil ettiği diğer mal ve hizmetler üzerindeki haklarını devredebilir. Bu anlamda devreden ve devralan aynı markayı farklı mal ve hizmetler için kullanmaya devam edebilir. Kural olarak devir sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça markanın devri, temsil ettiği mal ve hizmetlerin tamamı için geçerlidir, **YASAMAN**, Marka, s. 681; Ayrıca tasarrufi bir işlem olan markanın devrinin yanı sıra, sadece borçlandırıcı işlem olan markanın devri taahhüdünde bulunulması da, yazılı olması kaydıyla, olanaklıdır, **KAYA**, s. 210; Markanın devri, yazılı şekil şartına tabidir ve sicile kaydedilip yayınlanır. (KHK m. 16/01, VI) Marka devri sözleşmesinde devredilen marka ayırt edici şekilde mutlaka belirtilmelidir, **YASAMAN**, Marka, s. 681; Devrin tescili kurucu unsur olmamasına rağmen (istisnaen KHK m. 69 gereği, garanti markası ve ortak markanın devrinin geçerliliği, sicile tescile bağlıdır), hukuk güvenliği açısından devralanın haklarını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmesi açısından tek ispat aracıdır. Bilindiği üzere, ticari işletmenin malvarlığına dahil her aktif değer, ticari işletmenin devredilmesinde kendi devir hükümlerine uygun şekilde devredilmek zorundadır. Ancak KHK m. 16/III hükmü gereğince, markanın devrinin ticari işletmenin devri kapsamında olduğu durumlarda, markanın devri yazılı şekilde yapılmak zorunda değildir. KHK m. 16/111 hükmü olmasaydı, herhangi bir şekil kuralına tabi olmayan devir sözleşmesinin akdedilmesine bağlı olarak, marka hakkının devredene geçmesi için markanın devrinin yazılı olması geçerlilik şartı olacaktı, **DURMAN**, s. 139; Yine bilindiği üzere, ticari işletmenin pasifleri devredilmeksizin sadece aktiflerinin devredilmesi durumunda, ticari işletmenin devri ve dolayısıyla devredilen devralanın müteselsil sorumluluğu söz konusu olmayacağı için, ticari işletmenin pasifleri devredilmeyerek sadece ticari işletmenin malvarlığına dahil markalar da dahil olmak üzere tüm aktiflerinin devri, EBK m. 179 karşısında geçersizdir. Ancak bu durum pasifler devredilmeksizin, aktiflerin tamamının devredilmemesi kaydıyla markanın ticari işletmeden bağımsız devredilebilmesi olanağını ortadan kaldırmaz, **YASAMAN**, Marka, s. 688.

¹⁶² **TEKİNALP**, s. 15-16.

ması gerekirdi. TTK ile TMK arasında keskin çizgiler çizmek özel hukukun Roma Hukuku'ndan beri kabul edilen bütünlüğüne fayda sağlamaktan ziyade zarar verecektir.

*Kendigelen'e göre*¹⁶³, ekonomik bir bütün olarak ticari işletmenin devri söz konusu olduğuna göre, işletme aktiflerinin devralana geçiş anı ile TBK'da düzenlenen pasiflerin geçiş anı arasında da önemli zaman farkı ortaya çıkmaktadır. Aktiflerin mülkiyeti, her bir unsur için tasarruf işlemleri yapılmasına gerek kalmaksızın sözleşme ile geçebildiğine ve ticaret siciline tescilin kurucu olduğu da TTK 11/3'te vurgulanmadığına göre, aktif ve pasif unsurların devralana geçişi aynı anda olamayacaktır. Söz konusu zaman farkı, hem, TTK'nın kenar başlığını da oluşturan "Bütünlük İlkesi" ile bağdaşmamakta, hem aktif unsurların, belirli bir süreyle de olsa borçlan güvencesiz bırakılmasına yol açmaktadır. Böyle olunca, TTK. 11/3'ün birinci cümlesinin, İİK'daki iptal davalarına dair hükümlerle de uyumsuz olduğu söylenebilir.

*Kayıhan/Yasan'a*¹⁶⁴ göre, ticari işletmenin malvarlığında devredilmesi özelikle bağlanmış bulunan unsurlar mevcutsa devir için bu unsurların tabi oldukları şartlarına riayet edilmesi zorunludur. Örneğin taşınmazlar söz konusu ise bunun için mevzuatta öngörülen şekil kurallarına riayet edilmelidir. Yani tapu sicili memuru huzurunda resmi şekilde yapılması gerekir. Ayrıca işletmeye ait marka ve patent gibi maddi olmayan unsurların da devri için öngörülen şekil kurallarına riayet edilmelidir. Eğer ticari işletmenin devri Rekabetin Korunması Hakkında Kanun anlamında birleşme ve devir olarak nitelendirilebiliyorsa devredilen ya da alınan işletmelerin ilgili sektördeki toplam pay oranı %25'i aşması veya toplam yıllık ciroları 25 milyon TL'ye varması durumunda bu devrin geçerli olarak yapılabilmesi için Rekabet Kurulu'nun ayrıca izni gerekmektedir.

Aker'e göre, İsviçre ve Alman Hukuku'nda henüz pozitif hukuk düzenlemele-riyle somutlaşmamış olmasına rağmen TTK ile ticari işletmenin tek bir işlemle devri hususunda farklı bir çözüm benimsenmiştir. Bu düzenleme eşya hukuku kurallarıyla da uyum göstermemesine rağmen kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile ticari işletme sağlararası hukuki işlemle mülkiyetin nakli, kullandırma, teminat amaçlı taahhüt ve tasarruf işlemlerine bir hukuki küll olarak konu olabilecektir. Artık TBK m. 202 uyarınca nasıl devre dahil borçlar için kanun gereği külli intikal söz konusu ise devre dahil aktifler için de aksi öngörülmemişse kanun gereği külli intikal söz konusu olacaktır. Ancak ticari işletmeye dahil maddi veya maddi olmayan değerlerin sağlararası hukuki işlemle bir hukuki bütünlük olarak tek bir tasarruf işlemiyle devredilip devredilemeyeceği konusuna tereddütle yaklaşılmalıdır. Yazara göre bu düzenleme TTK ile TMK ve TBK arasındaki uyumu bozmakta ve karmaşık hukuki sorunlara sebep olmakta ve bu düzenlemeden beklenen faydanın aksine sonuçlar meydana getirecek mahiyettedir. Yazara göre, kanunun sonuç bağladığı devirden bahsedebilmek için ticari işletmeye dahil hangi malvarlığı değerlerinin devredilmesi gerektiği açık değildir. Ayrıca hükümde geçen "devir" kavramından hangi tür devirlerin anlaşılması gerektiği belli değildir. Yani mülkiyetin naklini hedefleyen devirler mi yoksa kullandırma amacı taşıyan devirler mi olduğu belli değildir¹⁶⁵. Yazara göre, hükümün lafzı hükmün kapsamı tayinde yetersiz kalmaktadır. Bir fıkrada birbirinden farklı birçok olgunun düzenlenmeye çalışılması önemli karışıklıklara sebep olacaktır¹⁶⁶. Ayrıca hüküm ticari işletmeyi genelde malvarlığının devri bakımından ele almış fakat işletmenin organizasyon cephesi

¹⁶³ **KENDİGELEN**, İlk Tespitler, s. 48-49.

¹⁶⁴ **KAYIHAN/YASAN**, s. 56.

¹⁶⁵ *Tekinalp'e göre* ise, kanunda geçen, "devir" ve "diğer hukuki işlemler"den kasıt, devir, kiralama, hasılat kirası, yönetim sözleşmesi, ticaret şirketiyle birleşme, ticaret şirketine dönüşme intifa hakkı kurma gibi işlemlerdir.

¹⁶⁶ **AKER**, s. 111-112.

ihmal edilmiştir. İster cüz’i ister külli intikal ile devredilsin organizasyon devredilmedikçe ticari işletme tam olarak devredilmiş olmaz. Hüküm hatalı biçimde sadece malvarlığı yönüyle dikkate alınmış ve bu kabul üzerine inşa edilmiştir¹⁶⁷. Yazara göre, kanun koyucu TTK m. 11/3 ile tek bir tasarruf işlemi ile devir sözleşmesine konu olan değerlerin intikalini düzenlemeden önce ticari işletmenin üzerinde tek bir mülkiyet kurulabilecek bir obje haline getirmesi gerekirdi. İsviçre Hukuku bu sorunu Birleşme Kanunu ile aşmıştır. Zira öncelikle şunu belirtelim ki, Birleşme Kanunu’nda bir ticari işletmenin devrinden değil bir malvarlığı devrinden hareket edilmektedir. Birleşme Kanunu 69/1 c. 1, ticaret siciline kayıtlı şirketler ile ticaret siciline kayıtlı şahıs işletmeleri malvarlıklarını veya bunun bir kısmını aktif ve pasifiyle birlikte başka özel hukuk tüzel kişilerine devredebilir düzenlemesiyle buna dikkat çekmektedir. Bu düzenlemeye göre, ticari işletme söz konusu olduğu durumlarda tacirin işletmeye tahsis etmiş olduğu malvarlığı değerleri devir bakımından malvarlığı olarak değerlendirilmektedir. İsviçre’de Birleşme Kanunu ile sıkı şekil şartları ile düzenleme altına alınan ve malvarlığı devri ve külli halefiyet sistemi, TTK m. 11/3’ün ticari işletmeyi hukuki bir bütün olarak ele alan yapısı tamamen farklılık arz etmektedir¹⁶⁸.

Ayhan/Özdamar/Çağlar’a göre¹⁶⁹, devrin kapsamına giren malvarlığı unsurları arasında devri özel şekle tabi olanlar var ise (örneğin, taşınmazlar, trafik siciline kayıtlı bir araç) bunlar için de özel şekil kuralları aranmamıştır. Borçlandırıcı nitelikte olan devir sözleşmesinin devredene, ticari işletmenin aktiflerini devir borcu yüklemektedir, ticari işletmenin aktiflerine dahil unsurların devralana geçebilmesi için taraflar arasında bir devir sözleşmesinin yapılması yeterli olacaktır. Bununla birlikte her aktif unsur için işin niteliğine göre tasarruf işleminin gerçekleştirilmesi gerekmeyecektir. Ancak ilgili sicillerde gerekli değişikliklerin yapılması da sonraki işlemlerin yapılabilmesi için zorunludur.

Bahtiyar’a göre¹⁷⁰, bu hüküm, özellikle taşınmazları ve motorlu taşıt araçlarını da kapsayan bu haliyle, hem TTK’nın kendi içindeki bazı hükümlerle, hem Medeni Hukukun temel ilkeleri ve çeşitli özel kanunlar ile çelişmekte, hem de bazı uygulamaya sorunlarını beraberinde getirecek niteliktedir. TTK. 11/3’e göre, işletme faaliyetlerine özgülenmiş taşınmaz da dahil, ticari işletmenin bir bütün olarak bir ticaret şirketine devri için adi yazılı şekil yeterli olacaktır. Devir kapsamındaki unsurların devralana geçişi için ayrı ayrı tasarruf işlemleri yapılmasına da gerek kalmayacak, sözleşme ile birlikte, mülkiyet devralana geçmiş olacaktır¹⁷¹. Şu halde, devri kolaylaştırmak adına, aktiflerin de bir bütün halinde ve sözleşme ile toptan devredilmiş ve bu arada devir kapsamındaki taşınmazların, motorlu taşıt araçlarının ve fikri mülkiyet haklarının da

¹⁶⁷ AKER, s. 115.

¹⁶⁸ AKER, s. 117 ve dn. 361; Yazar ayrıca hükmün gerek TBK m. 202 gerekse bir ticari işletmenin bir ticaret şirketi ile birleşmesi veya bir ticaret şirketine dönüşmesini düzenleyen TTK m. 194 ile de uyumsuz olduğunu dile getirmektedir, s. 120; Özellikle TTK m. 194 ile uyumsuzluk hakkında bkz. MOROĞLU, E., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 5. Baskı, İstanbul 2007, s. 102-103;

¹⁶⁹ AYHAN, R./ÖZDAMAR, M./ÇAĞLAR, H., 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar, Ankara 2011, s. 56 ve 58.

¹⁷⁰ BAHTİYAR, s. 3900-3903.

¹⁷¹ Borçlanma işlemi-tasarruf işlemi ayrımı, özel hukukun en temel kurallarından birisini oluşturmakta ve sadece borçlanma işlemi ile mülkiyetin devralana geçmesi mümkün olamamaktadır. Borçlanma işlemleri ile tasarruf işlemlerinin bir arada yapıldığı ve aralarındaki zaman farkının kalktığı -peşin para karşılığı teslim alınan mal veya elden bağışlama örneklerindeki gibi- sıklıkla görülebilmekte ise de, aslında, bu hallerde bile her iki işlemin peşpeşe gerçekleştiği kabul edilmektedir, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 45 vd.

ilgili özel sicillerinde bir işlem yapılmasına ve taşınırların zilyetliğinin nakledilmesine dahi gerek kalmaksızın devralana geçmiş sayılması mümkün kılınmıştır. Yazara göre, aktiflerin geçişi bakımından oldukça radikal böyle bir değişikliğin, uygulamada sakıncalar yaratabileceğini, Eşya ve Borçlar Hukuku'nun temel ilkeleri ile çelişeceğini ve özellikle tapu uygulamasında tereddütlere yol açacağını belirtmektedir. Örneğin devir sözleşmesi yapıldıktan sonra, devir kapsamındaki bir taşınmazın tapuda devreden adına kayıtlı bulunmasına güvenen iyiniyetli üçüncü kişinin kazanımı TMK m. 1023 uyarınca¹⁷² korunacaktır. Bu durumda, işletmeyi devralanın menfaatleri ile, devir kapsamındaki bir unsur üzerinde iyiniyetle hak kazanan üçüncü kişinin menfaatleri açıkça çatışacaktır. Yazara göre, özellikle taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanılma yollarına ve bunlara olanak tanıyan hükümlerin konuluş amaçlarına bakıldığında, TTK m. 11/3'ün ilk cümlesine kanunda yer verilmesini haklı kılan, özel ve üstün bir amaç yoktur. Sadece işletme devrini kolaylaştırmak için, özel hukukun en temel ilkelerinden sapılmasını veya yeni istisnalar öngörülmüş olmasını yerinde bulmamaktadır¹⁷³. Yazara göre, TTK m. 11/3'ün, İsviçre Hukukuna paralel şekilde, tapu sicilinin işlevleri ve aleniyet gereği, taşınmazlar için resmi şeklin gerekliliğine dair özel bir hüküm içermesi ve ticaret siciline yaptırılacak tescilin de, taşınmazlar dışındaki aktif unsurların mülkiyetinin devralana geçişi için kurucu nitelik taşıyacağı açıkça öngörmesi gerekirdi. Taşınmaz mülkiyetin devralana geçişi için genel hükümlere uygun olarak tapu sicilinde tescil şartı muhafaza edilmeli, fakat tapuda devralan adına işlemin yapılması kolaylaştırılmalıdır. Nitekim, taşınmazların ticaret şirketlerine sermaye konulmasında da tapu siciline tescilin gerekliliği vurgulanmış, fakat tapuda işlem yapılması kolaylaştırılmıştır (TTK m. 128/5 ve 6). Buna benzer bir kolaylık, ticari işletme devri kapsamındaki taşınmazların devralana geçişi bakımından da sağlanmalıdır¹⁷⁴.

¹⁷² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 200 vd; TTK. 11/3 kapsamında devredilen unsurlar arasında markanın yer alması halinde, devralan adına marka tescilinin yapılmamış bulunduğu dönemden dolayı, 556 Sayılı KHK'nın 16/son fıkrası uyarınca, yine, işletmeyi devralanın ile iyiniyetli üçüncü kişiler arasında menfaat çatışmaları gündeme gelebilecektir.

¹⁷³ Sadece bir taşınmazın dahi bir ticaret şirketine aynı sermaye, olarak taahhüt edilmesinden (TTK. 128/3) sonra, taahhüdün ifası yani taşınmaz mülkiyetinin şirkete geçebilmesi için, genel hükümlere uygun olarak tapu sicilinde şirket adına tescil yaptırılması gerekecektir (TTK. 128/5). TTK. 128/5 düzenlemesine paralel olarak, tescilin kolayca yaptırılabilmesini sağlamak için de, TTK. 128/6'da özel bir hüküm öngörülmüştür: Bu durumda, tek bir taşınmazın sermaye olarak şirkete devrinde dahi tapu siciline tescil zorunlu ve zaten kolaylaştırılmış bulunmasına rağmen, taşınmazlar dahil, aktife dahil tüm unsurları ile birlikte bir işletmenin devrinde örneğin (bir ticaret şirketine satılarak devredilmesinde), tapuda tescil dahi gerekmeksizin mülkiyet sözleşme ile geçmiş olacaktır. Böyle bir sonucun, TTK'nın kendi içerisinde bir çelişki mevcuttur. Benzer bir çelişki, motorlu taşıt araçları ve fikri mülkiyet haklarının sermaye olarak taahhüt edilmesinden sonra, bunların ifasına ilişkin TTK. 128/6 ile, aynı unsurların bir işletme devri kapsamında devralana geçebilmesi için sadece adi yazılı şekilde sözleşmeyi yeterli sayan ve tasarruf işlemlerine gerek görmeyen TTK. 11/3 arasında da ortaya çıkmaktadır. Hatta, eski TTK. 285/II'ye paralel bir düzenleme getiren ve bu düzenlemeyi, tüm ticaret şirketlerine teşmil eden TTK. 128/4'te "...bir taşınırın sermaye olarak konulmasının borçlanılması halinde şirket, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebilir" hükmüne verilecek anlama göre, aynı çelişki, taşınırlar açısından da gündeme gelecektir. Zira TTK. 128/4 hükmü, taşınır sermaye taahhütlerinde mülkiyetin şirkete geçişi için zilyetliğin naklini gerektirir biçimde yorumlandığı takdirde bu hüküm ile, TTK 11/3 'ün, sadece devir sözleşmesi ile, zilyetliğin nakline gerek de kalmaksızın mülkiyetin geçmesini öngören hükmü arasında izahı güç bir farklılık yaratılmış olacaktır, BAHTİYAR, s. 3903.

¹⁷⁴ BAHTİYAR, s. 3905.

Taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanılmasına yönelik TMK m. 705'e göre: "*Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur.*"

Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hallerde malikın tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır." Bu düzenlemeye göre, taşınmazın mülkiyeti tescilden önce de kazanılabilir. Böyle bir durumda tapu siciline tescil kurucu değil açıklayıcı bir etkiye sahip olacaktır¹⁷⁵. Ancak hemen belirtelim ki, bir kimse tescilden önce taşınmaz mülkiyetini kazansa dahi, o taşınmaz üzerinde tasarruf işlemleri yapabilmesi için mutlaka tapu siciline tescil gereklidir. Bunun için bu tür durumlarda nispi tescil ilkesi söz konusudur, diğer bir ifadeyle tescilin nispi etkisinden bahsedilir¹⁷⁶. Mülkiyetin tescilden önce kazanılması her ne kadar TMK m. 705'te düzenleniyor olsa da bunlarla sınırlı değildir. Daha sonra da üzerinde duracağımız tescilin bildirici etkisi mülkiyet hakkını kurucu bir etki değildir. Daha önce kurulmuş yani mevcut olan mülkiyet hakkını bildirici yani açıklayıcı niteliktedir. Açıklayıcı tescilde mülkiyet hakkı tapu sicilinden bağımsız olarak kazanılmıştır ama mülkiyet hakkının muhtevasında bulunan yetkilerden olan tasarruf yetkisi malik tarafından kullanılamamaktadır. Çünkü tapuda malik olarak gözükmemektedir. Tapu sicili aynı zamanda aleniyeti sağladığı için mülkiyet hakkını kazanan kişi bu hakkını tapuya tescil ettirmez ise mülkiyet hakkını muhafaza etmekle beraber tapuda şeklen malik olarak gözüken kişiden iyiniyetle mülkiyeti kazanan kişinin bu kazanımı TMK m. 1023 gereğince korunacaktır¹⁷⁷.

Kanaatimizce kanun koyucu TTK m. 11/3 ile yeni bir tescilsiz iktisap hali öngörmek istemiştir. Bu durum özellikle taşınmazlar bakımından büyük riskler taşımaktadır. Kanun koyucu gerçekten yeni bir tescilsiz iktisap hali öngörmek istiyorsa diğer tescilsiz iktisap halleri gibi açıkça ve ayrıntısıyla düzenlemesi gerekirdi. Özellikle tescilsiz iktisap durumunda iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ticari işletmeyi devralan kişiyi koruma altına alması gerekirdi. TTK m. 11/3 bu konuda tamamen muğlak bir yapı arz etmektedir. Bu nedenle ticari işletmenin devrindeki sürati artırırken ve bu konuda kolaylık sağlarken, devralan bakımından hukuki güvenliğin sağlanması gerekirdi. Bize göre, hukuki güvenlik ticaret hayatının gerekleri, ticari işletmenin devrindeki kolaylık ve süratten daha önemsiz değildir. Tamamen sürat ve kolaylığı hedef alan TTK m. 11/3 hükmü kontrolsüz ve hukuki güvenlikten yoksun bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Ticari hayatın süratli yürümesi ne kadar önemli ise kontrollü yürümesi de o derece önemlidir. Kontrolsüz sürat ve kolaycılık, güvensiz bir ticari ortam yaratabilir.

Kanaatimizce ilgili düzenleme ayrı ayrı tasarruf işlemlerine gerek olmaksızın diğer bir ifadeyle gereksiz şekli formalitelerle uğraşmadan kolaylıkla ticari işletmelerin

¹⁷⁵ GÜRİSOY, K. T./EREN, F./CANSEL, E., Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1984, s. 497; AYAN, Mülkiyet, s. 182-183.

¹⁷⁶ GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 239-240; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 286; AYAN, s. 170, dn. 59; Tapuya kayıtlı olan taşınmazlar üzerinde devren aynı hak kazanımları, ancak ve ancak tapu kütüğüne yapılacak tescille gerçekleşir. Buna tescilin mutlaklığı ilkesi veya tescilin mutlak etkisi de denmektedir. Bu anlamda tescil, aynı hakları kurucu fonksiyona sahiptir. Tescilden önce iktisap hallerinde kazanılan aynı hak üzerinde tasarruf edebilmek (devretmek, sınırlandırmak, sona erdirmek ya da sınırlı aynı hak kurabilmek) için, yine tescil gerekmektedir. Bu durumda, sicil dışı kazanımlar bakımından nispi tescil ilkesi yani tescilin nisbi etkisi devreye girmektedir. Bu olasılıkta tescil açıklayıcı işlev görmektedir, ESENER/GÜVEN, s. 108; Ancak şunu belirtmek gerekir ki, tescil ister mutlak etki gösterebilir isterse nispi etki gösterebilir, bunların geçerli olabilmesi için mutlaka haklı bir sebebe dayanması gerekmektedir, CANSEL, E., Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964, s. 4 vd.

¹⁷⁷ EREN, F., Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011, s. 239; Ayrıca bkz. AYAN, Mülkiyet, s. 182.

devrini sağlamayı hedeflemektedir. Gerçekten de yapılan hukuki işlemlerde gerekli şekil kurallarına uymak bazen zaman kaybına ve masraflara sebep oluyor, ticari hayat-taki sürati ortadan kaldırıyor. Ancak şekil kurallarına uymanın vazgeçilmez yararları da vardır. Örneğin şekil kurallarına uymak özellikle ağır yükümlülükler getiren sözleşmelerde tarafları tekrar düşünmeye sevk etmek, taraf iradelerine aleniyet sağlamak ve ispat kolaylığı sağlamak bakımından oldukça önemlidir. TTK'ın ilgili düzenlemesi çok ağır yükümlülükler getiren devir sözleşmesini adi yazılı biçimde bir çırpıda halletme amacı taşımaktadır. Ancak çıkacak sorunlar hakkında hiçbir emniyet sistemi öngörmemektedir. Eğer ticaret siciline tescil ile sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğuracaksa bundan dolayı ortaya çıkacak bazı sorunlar kanaatimizce söyle aşılabılır: Gerek ticaret sicili teşkilatı gerekse tapu sicili (diğer sicillerde buna eklenebilir) teşkilatı eş zamanlı olarak koordineli biçimde hareket etmelidirler. Ticari işletmenin devrine ilişkin tescil ticaret siciline yapıldığı anda eş zamanlı olarak (ticaret siciline tescilden sonra değil) tapu siciline de tescil gerçekleştirilmelidir. Bu görev ticaret ve tapu sicili müdürlüklerinin görev alanı içine emredici kural olarak alınmalıdır. Dolayısıyla ticaret siciline tescilin kurucu etkisi ile tapuya yapılacak açıklayıcı tescilin eş zamanlı yapılması gerekir. Eğer gerekli önlemler alınmaz ise uygulamada büyük mağduriyetler oluşacaktır. Örneğin tarafların menfaat dengeleri korunamayacak, iyiniyetli üçüncü kişilerin hak kazanımları korunacak ve ticari işletmeyi devralan kişi bir anda ticari işletmeyi işletemeyecek hale gelebilecek, bu durum aynı zamanda ticari işletmenin devamlılığı ilkesi ile de bağdaşmayacaktır. Ayrıca uygulamada tapu memurları ticari işletmenin adi yazılı sözleşme ile devrini dayanak kabul edip tapuya açıklayıcı tescil yapmaktan kaçınacaklar, devredenle devralanı yine huzuruna davet edip bağımsız bir devir yapmak isteyeceklerdir. Bu durum özellikle devralan bakımından hem zaman kaybına hem de ekstra maliyete sebep olacaktır.

İsviçre Birleşme Kanunu, ticari işletmenin organizasyon cephesini ihmal etmiş olmasına ve ticari işletmenin malvarlığı cephesini öncelemiş bulunmasına rağmen devir sözleşmesinin şekli ve içeriği bakımından getirdiği ayrıntılı düzenlemeler ile emredici kurallar hukuki güvenlik korunmuştur. Ayrıca devir sözleşmesi ile beraber yapılması gereken envanter ile de belirlilik ilkesine riayet edilmiştir. Özellikle taşınmazlar bakımından muhafaza ettiği tescil ile de aleniyet ilkesini korumuştur. Alacaklıların ve çalışanların korunması açısından da önemli düzenlemeler içermektedir. Bu yönlerde Birleşme Kanunu bir fıkra halinde düzenlenen ve tüm sorunlarla başa çıkılabileceği düşünülen TTK m. 11/3'den oldukça ileri düzeydedir¹⁷⁸.

¹⁷⁸ AKER, s. 112-113, dn. 346; TTK birleşme, bölünme ve devralmaya ilişkin hükümler, İsviçre Birleşme Kanunu-FusG'den yararlanılarak kaleme alınmıştır. Ancak, TTK, FusG'den birçok noktada ayrılmaktadır. En önemlisi FusG m. 69-77 arasında düzenlenmiş olan malvarlığının devrine ilişkin hükümlerin TTK'da yer almamasıdır. Bunun gerekçesi Kanun'un Genel Gerekçesinde açıklanmamış, sadece FusG'ye parlamentodaki müzakereler sırasında eklenen malvarlığı devrine ve milletlerarası özel hukuka ilişkin hükümlerin Kanun'a alınmadığı belirtilmiştir. Yeniden yapılandırma kurumlarını detaylı şekilde düzenleyen FusG hükümlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümlerinin detaylı şekilde, hatta neredeyse aynen TTK'ya alınmasına karşın, malvarlığının devrine ilişkin hükümlerin alınmamasının nedeni belirsizdir. Kanun koyucunun bu yöntemi, şirketlerin yeniden yapılandırılmasına ilişkin yöntemler arasında almaması, başlıca iki nedene dayandırılabilir. *Durman*'a göre, kanun koyucu malvarlığının devrine ilişkin hükümlerin TTK nda yer almaması gerektiğini düşünüyor olabilir. Oysa bu durumda TBK hükümlerinde yer alması gerekliydi, ancak TBK'nda da söz konusu düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu gerekçe yerinde değildir. Diğer bir neden Almanya'da malvarlığının devri hükümlerini düzenleyen BGB m. 419 hükmünün 1999 yılında yürürlükten kaldırılması ve 1994'te yürürlüğe giren Birleşme, Bölünme ve Tür Değiş-

f. Ticari İşletmenin Devri Sözleşmesi Bir Tasarruf Sözleşmesi midir?

Tasarruf sözleşmesi tasarruf edenin malvarlığındaki değerleri veya sözleşmeye konu olan şeyin doğrudan doğruya devralana geçişini sağlar. Bu nedenle de tasarruf sözleşmesini akdeden kişinin sözleşmeye konu olan hak veya malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Bu durum sözleşmenin geçerliliği için zorunlu bir unsurdur¹⁷⁹. Zira Roma hukukundan beri kabul edilen ilkeye göre hiç kimse tasarruf yetkisinin bulunmadığı bir hak üzerinde geçerli bir tasarrufta bulunamayacaktır.

Tekinalp'e göre, ticari işletmenin devri sözleşmesi tasarruf sözleşme niteliğindedir. Zira ticari işletmedeki devre konu olan değerlerin devrinin gerçekleşmesi için yazılı sözleşme yeterlidir. Böylece sözleşme kurulunca devre konu olan her şey tamamen devralana geçmiş olacaktır. Aynı ayrı tasarruf işlemlerine de gerek yoktur¹⁸⁰.

Kanaatimizce ticari işletmenin devrine yönelik sözleşme tasarruf sözleşmesi hüviyetinde değildir. Bu sözleşme borçlandırıcı işlemdir. Zira devir sözleşmesi doğrudan ve kesin olarak devreden malvarlığı üzerinde, devralan lehine herhangi bir değişiklik meydana getirmez. Devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ise tasarruf işlemi niteliğindedir. Devir sözleşmesi devre konu olan unsurların nakli hususunda devredene sadece borç yükler. Devralanın talebi bu taahhüdün yerine getirilmesinden ibarettir. Devir sözleşmesi kural olarak malvarlığı devrinin dayandığı temel ilişkinin bir unsuru olarak ortaya çıkar. Temel ilişki çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir: Örneğin satım, bağışlama, ortaklık sözleşmesi/nakit dışı sermaye taahhüdü gibi. Devir sözleşmesini tasarruf sözleşmesi olarak kabul edilmesi durumunda bu sözleşmenin yapılma amacının, bir edimin taahhüt edilmesi değil, bir hakkın devrini sağlamaya yönelik olduğunu kabul etmemiz gerekir. Bu nedenle ticari işletmenin devri sözleşmesini topyekün tasarruf sözleşmesi olarak niteleyen görüşe katılmamaktayız. Aynı zamanda hemen belirtelim ki, devir sözleşmesinin tasarruf işlemi değil borçlandırıcı işlem olması görüşü İsviçre Hukuku'nda da ağırlıklı görüştür. Bizde bu görüşü paylaşmaktayız. Tasarruf sözleşmesi görüşünü savunan yazarlar devir sözleşmesini tasarruf işleminin ayrılmaz bir kısmı olarak değerlendirmektedirler. Bu görüşe göre, tasarruf işlemi iki unsurdan meydana gelmektedir: Devir sözleşmesi ve ticaret siciline tescil¹⁸¹.

Kanaatimizce tasarruf işlemlerini belli aşamalara ayrılabilceği düşüncesinden hareket edilecekse ticari işletmenin devrinin iki aşamada değil üç aşamada gerçekleşeceği kabul edilmelidir: **Birinci aşama** taraflar arasında yazılı biçimde yapılan devir sözleşmesi, **ikinci aşama** devreden ticaret sicilinden tescil talebi, **üçüncü aşama** ise

tırme Kanunu hükümlerinde malvarlığının devrine ilişkin düzenlemelerin bulunmaması olabilir. Alman hukukunda malvarlığının devrine ilişkin hükümlerin artık mevzuatta yer almamasının örnek alınması da FusG nin malvarlığının devrine ilişkin hükümlerine TTK 'nda yer verilmemesinin gerekçesi olabilir. Her ne kadar TTK'nın Genel Gereğesininin 134-194. maddede hükümlerine ilişkin bölümünde şirketlerin birleşmeleri, bölünmeleri ve tür değiştirmelerine ilişkin hükümlerin ayrıntılı bir şekilde ve AT yönergelerine de uygun olarak düzenlendiği belirtilmişse de, AT yönergeleri de birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin düzenlemeler içerirken malvarlığının devrini de bu üç yeniden yapılandırma yönteminin yanında dördüncü bir yöntem olarak düzenlemiştir. Malvarlığının devrine ilişkin kuralların TTK hükümlerinde yer alması gereklidir. Böylece yeniden yapılandırma düzenlemeleri açısından kaynak Kanun ile en azından yöntemler açısından yeknesaklık sağlanacaktır, **DURMAN**, s. 134-135

¹⁷⁹ Alacağın temliki bakımından yapılan açıklamalar için bkz. **ARAL**, s. 94.

¹⁸⁰ **TEKİNALP**, s. 13-14; Aynı doğrultuda görüş için bkz. **ARKAN**, s. 42.

¹⁸¹ Devir sözleşmesinin tasarruf işlemi olduğu yönündeki görüşün İsviçre'de azınlıkta kalan görüş olduğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ÜLGEN/ARICI**, s. 1783 ve dn. 88'de belirtilen yazarlar.

ticaret sicil memurluğunun tescili yapması. Buna göre devir sözleşmesi tasarruf işleminin ilk aşamasını oluşturan bir niteliğe sahip olacaktır. Tasarruf işleminin tamamlanması, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması ise ancak devreden talep ve ticaret siciline tescille mümkün olacaktır. Sadece devir sözleşmesi yapılmış olması, devralanın tescil talebinde bulunması için devredenden, ticaret siciline tescil için talepte bulunması sonucunu doğuracaktır. Devreden, tescil talebinde bulunup tescil işlemi gerçekleştirilmedikçe sözleşmeye konu olan unsurların devri gerçekleşmeyecektir.

Burada tartışılması gereken bir başka husus şudur: Ticari işletmenin devri ivazlı yapılırsa, karşı edim doğal olarak tasarruf işlemleri bakımından kendi hukuki prosedürüne tabi olacaktır. Ticari işletmenin devri karşılığında bir taşınmazın mülkiyetinin devredileceği durumlarda, ivaz olarak kararlaştırılan taşınmaz (lar) resmi şekilde ve tapuya tescil edilerek devredilecektir. Ancak bu şekilde ticari işletmesini devreden kişi ivazı elde edecektir. Halbuki ticari işletmesini devralan sırf TTK m. 11/3 gereğince, taşınmazları tapuya tescil olmaksızın tescilden önce iktisap edecektir. Yani devir sözleşmesiyle ticari işletmesini toptan devreden kişi ivazı almak için tapu memurunun önüne gidecektir. Uygulamada ticari işletmelerin büyük çoğunlukla ivazlı olarak devredildiği gerçeğini de nazara aldığımızda, devir sözleşmesinin tarafları arasında karşılıklı edimlerin devri hususunda farklı rejimlere tabi tutulmuş olacaktır. Bu da sözleşmelerde karşılıklı menfaatler dengesini zedeleyecektir. Ticari işletmesini elden çıkaran kişi ivazı elde edememe riski ile karşı karşıya kalacaktır. Bu nedenle kanaatimizce hukuk güvenliği ve sözleşmelerde menfaatin dengesinin sağlanması için en azından taşınmazlar bakımından İsviçre Hukuku'ndaki gibi resmi şekil muhafaza edilebilir.

g. Ticari İşletmenin Eşya Hukukunda Geçerli Olan Belirlilik İlkesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Ticari işletme, kendisini oluşturan malvarlığı unsurları ile bu unsurları bir arada tutan işletme organizasyonundan müteşekkil ekonomik bir bütünlüktür. Ticari işletme hukuk düzeninde karşılığı bulunan malvarlığı unsurlarından meydana gelmektedir. Bu nedenle ticari işletmeye ilişkin yapılacak nitelermeler ve değerlendirmelerde işletmenin maddi ve maddi olmayan unsurları baz alınmalıdır¹⁸². Ticari işletme bütün olarak nazara alındığında kendisi eşya hukuku bakımından mal veya eşya değildir. Ancak ticari işletmenin bir de malvarlığı cephesi yani işletmeye dahil maddi veya maddi olmayan unsurlar mevcuttur¹⁸³. Hemen şunu belirtelim ki, ticari işletmenin ekonomik bir bütünlük olarak eşya hukukunda bir karşılığının bulunmaması onun borçlandırıcı işlemlere konu olmayacağı anlamına gelmez¹⁸⁴. Bunun yanında ticari işletmenin bir bütün olarak borçlandırıcı işlemlere konu olabilmesi onun hukuki bir bütün olmasından kaynaklandığı söylenebilir. Ancak hemen hatırlatalım ki, ticari işletmeyi bütün olarak konu alan işlemler sadece borçlandırıcı işlemlerdir. Dolayısı ile ticari işletmeler bir bütün olarak tasarruf işlemine (harcama işlemi) konu olmazlar. Tasarruf işlemlerinde geçerli olan belirlilik ve tahsis ilkesi ticari işletmeyi meydana getiren her bir unsurun ayrı olarak ve kendi türüne özgü devir şekillerine riayet edilerek tasarruf işlemine konu olması gerekir¹⁸⁵.

¹⁸² AKER, s. 93.

¹⁸³ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 172; KENDİGELEN, Ülgen Ticari İşletme Hukuku, N. 447; POROY/YASAMAN, s. 38.

¹⁸⁴ AKER, s. 94.

¹⁸⁵ ÖZEN, B., Sebepsiz Zenginleşme Talebinin Konusu Olarak Ticari İşletme, Ünal TEKİNALP'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 707-708; Aker'e göre, ticari işletmenin maddi veya maddi olmayan unsurları ticari işletmenin gerek borçlandırıcı gerekse tasarruf işlemlerine konu olabilecek tek yönüdür, s. 294-295, dn. 281; Ticari işletme eşya hukuku bakımından üye-

Ticari işletmenin eşya hukuku ile ilişkisi ve onun karşısındaki durumu ancak belirlilik ilkesini ortaya koyarak sağlıklı bir zemine oturtulabilir. Belirlilik ilkesi tasarruf işleminin ve aynı hakkın konusunun belirlenmesiyle ilgilidir. Bu ilke aynı zamanda borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ilişkisinin belirlenmesi açısından da önemlidir. Belirlilik ilkesine göre, üzerinde hakimiyet kurulacak şeyin belirli olması ve tasarruf işleminin konusunun kesin biçimde belirlenebilmesi gerekir. Üzerinde aynı hak kurulacak eşya önceden açıkça belirlenmiş olmalıdır¹⁸⁶. Çünkü aynı haklar ferden muayyen bir eşya veya hak üzerinde kurulur. Yani aynı hakların konusunu münferit, ferdileştirilmiş belirli bir eşya veya hak oluşturabilir¹⁸⁷. Aynı hakların gerek sayı gerek içerik gerekse tip olarak belirli olması bu haklara açıklık ve öngörülebilirlik kazandırmaktadır. Bu durum aynı hakları ileri sürülmesini ve bunlara riayet edilmesini sağlar. Aynı hakların mutlak olması üçüncü kişilerin hak sahibi ile eşya arasındaki ilişkiye müdahale etmeme yükümlülüğü yükler. Aynı haklar ne kadar az ise ve tipi ve içeriği ne kadar belirli ise üçüncü kişilerin onlara riayet etmesi o ölçüde kolay olur¹⁸⁸. Bir aynı hakkın kurulmasını ve devrini sağlayan işlemlerde ve özellikle tasarruf işlemi kapsamında nesne üzerindeki aynı hakta tasarruf yetkisinin bulunması gerektiği için tasarruf işleminin konusunun hangi hak olduğunun belirli olması gerekir. Ayrıca devredilen her aynı hak için de niteliğine uygun ayrı bireysel işlemin de yapılması gerekir¹⁸⁹.

Eşya veya hak toplulukları bir bütün olarak aynı haklara konu olmazlar, sadece borçlandırıcı işlemlere konu olabilirler¹⁹⁰. Buna bağlı olarak mal ve hak toplulukları söz konusu olduğu durumlarda her bir işlemin konusu ve tabi olduğu hukuki rejimler bakımından önemli farklar ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle eşya hukukundaki mal kavramı ile borçlar hukukundaki mal yani eşya kavramları aynı şeyi ifade etmez. Borçlar hukukundaki mal kavramının eşya hukukundakinden daha geniş bir içeriğe sahiptir¹⁹¹. Borçlar hukuku ile eşya hukuku arasında ortaya çıkan bu kapsam farkı konusu ticari işletme olan hukuki işlemlerde de ortaya çıkmaktadır. Bu farklılaşma borçlandırıcı işlemin konusu ile tasarruf işleminin konusunu birbirinden farklılaşmasına neden olmaktadır. Buna bağlı olarak ticari işletmeyi bütün halinde konu alan borçlandırıcı işlemler¹⁹² taraflarca sözleşme özgürlüğü çerçevesinde oluşturulabilmektedir. Eşya hukukunun emredici karakteri ve belirlilik ilkesinin bir sonucu olarak taraflar ticari işletmenin bütününe konu alan tek bir tasarruf işlemi yapma imkânına sahip değildir¹⁹³. Ortaya çıkan bu uyumsuzluk nedeniyle bazı yazarlar özellikle de işletmenin devri ba-

rinde tek bir aynı hak tesis edilebilecek bir eşya değildir, **HIRSCH, E. E.**, Ticaret Hukuku Dersleri, C. I, İstanbul 1939, s. 209-210; **KARAYALÇIN**, Ticaret Hukuku, s. 174; **ACEMOĞLU**, s. 19-20.

¹⁸⁶ Bu ilke Roma Hukukundan beri kabul edilen ve yoğun eleştirilere maruz kalmasına rağmen aşlamamış bir ilkedir, **AKİPEK**, s. 34.

¹⁸⁷ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Eşya Hukuku, s. 12.

¹⁸⁸ **ÜNAL/BAŞPINAR**, s. 110; Ayrıca bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 22.

¹⁸⁹ **HATEMİ, H./AYBAY, A.**, Eşya Hukuku, İstanbul 2010, s. 26.

¹⁹⁰ **ARAL, F.**, "Topyekün Temlik", AÜHFD, C. 42, S.1-4, Yıl 1991-1992, s. 112.

¹⁹¹ **AKİPEK, J.**, Türk Eşya Hukuku, Aynı haklar, Birinci Kitap (Zilyetlik ve Tapu Sicili), 2. Bası, Ankara 1972, s. 36; Bu farklılaşmanın nedeninin hukuki işlem güvenliği olduğu yönünde bkz. **AKER**, s. 99, dn. 296.

¹⁹² Eşya hukukunun, işletme hukukunun ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kaldığı ve Roma Hukuku'ndan kaynaklanan dogmatik engellerin aşılarak işletmenin tek bir tasarruf işlemiyle bir bütün olarak devrinin ve rehlinin sağlanabilmesi için tapu siciline benzer bir işletme sicilinin oluşturulması gerektiği konusunda bkz. **AKER**, s. 99, dn. 298 ve orada zikredilen yazarlar.

¹⁹³ **KARAYALÇIN**, Ticaret Hukuku, s. 174; **POROY/YASAMAN**, s. 39; **ARICI**, s. 12.

kımından işletmenin hem “bütünlük” hem de “çokluk” olarak işlem görmesini ileri sürmüşlerdir¹⁹⁴.

İşletme maddi veya maddi olmayan unsurlar bakımından bir bütün olmakla birlikte işletmeye dahil olan her bir unsur aslında birbirinden bağımsızdır. İşletmenin üçüncü kişilere karşı korunmasında, örneğin satışın veya kirasında her hak kendi rejimine tabidir. İşletme ekonomik bir bütün olarak başkasına satıldığında, kiralandığında, bir ortaklığa sermaye olarak konulduğunda, üzerinde intifa hakkı tesis edildiğinde işletmeye dahil olan her unsur bu konuyu düzenleyen hükümlerle idare edilir. Pek tabidir ki, ticari işletmenin hukuki işlemlere konu olduğu durumlarda borçlar hukukunun ilkeleleriyle eşya hukukunun ilkeleri arasındaki ayırım önem kazanır¹⁹⁵.

Türk Hukuk Sistemi ticari işletme üzerinde bir mülkiyet hakkı ya da benzer bir hak tesis edebilecek nitelikte bir eşya ya da maddi olmayan bir hak olarak nitelendirilmesine izin vermemektedir. Alman Hukukunda da ticari işletme üzerinde mülkiyet hakkının tesis edilemeyeceği kabul edilmektedir. İşletme hakkın nedeniyle işletme üzerinde ortaya çıkan planlama ve karar verme yetkisi anlamındaki hâkimiyet yetkisi geniş anlamda mülkiyet veya ekonomik anlamda bir mülkiyet olarak nitelenebileceği belirtilmiştir. Buna bağlı olarak Alman doktrininde ticari işletme çerçevesinde mülkiyetin iki farklı görünümü olabileceği savunulmuştur. Birincisi işletenin işletmeye dahil olan unsurlar üzerindeki mülkiyet hakkıdır. Bu konuda eşya hukukunun prensipleri rahatlıkla uygulama alanı bulur. İkincisi ise tek tek işletmeye dahil malvarlığının da üzerinde bunları da kapsayan kendine özgü bir hâkimiyet hakkıdır. Değişik malvarlığı unsurlarının ekonomik bir amaca tahsis edilmesi işletmenin eşya hukuku bakımından hukuki bir bütün oluşturmadığı Roma hukukundan beri kabul edilen bir ilkedir¹⁹⁶.

Malvarlığı bir kimsenin parasal değere sahip haklarının ve borçlarının bütünüdür. Bu nedenle malvarlığı hukuki bir bütündür. Malvarlığını meydana getiren hakların ve borçların içeriği daima değişebilir. Ancak malvarlığı daima bir bütün olarak kalır. Önemle belirtelim ki, malvarlığı bütünüyle bir hakkın konusu olamaz. Malvarlığının aktifinde çeşitli haklar yer almaktadır. Ancak bu hakların her birinin konusu başkadır. Bu nedenle bir kimse malvarlığı üzerinde tek bir hakka sahipmiş gibi değerlendirilemez. Bir kimse malvarlığına dahil unsurları bir başkasına devredebilir. Ancak devralan kişi devreden malvarlığı üzerinde tek bir hakka sahip olmaz. Devralan devre konu olan unsurların her birinin ayrı ayrı sahibi olur¹⁹⁷.

Ticari işletmenin malvarlığı unsurları ayrı tutulduğunda geriye ekonomik ve teknik bir organizasyon kalmaktadır. Ticari işletmenin bu organizasyon olgusundan hareket edilerek yapılacak tasarrufların hukuki niteliğini tespit etmek olanaksızdır. Bu nedenle ticari işletmeyi konu edinen borçlandırıcı ve tasarruf işlemleri arasında gerekli ayırımı yapabilmek ve hukuki nitelemelerde bulunmak için işletmenin malvarlığı değerlerinden hareket etmek zorunludur¹⁹⁸.

¹⁹⁴ SCHÖNE, T., “Das rechtsgrundlos erlangte Unternehmen, Herausgabe oder Wertersatz?” ZGR, 2000, S. 1, s. 91-92 (AKER, s. 100’den naklen).

¹⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZSUNAY, E., Ticari İşletmede Kiracılık Hakkının Korunması, TTK m.11/2 Üzerinde Bir Araştırma, Ankara 1962, s. 5.

¹⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKER, s. 100, dn. 304 ve orada zikredilen yazarlar.

¹⁹⁷ TEKİNAY, S. S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A., Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyetlik -Tapu Sicili-Mülkiyet, Yeniden İncelenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 1989, s. 3-4; AYİTER, s. 9 vd.

¹⁹⁸ AKER, s. 101.

Eşya hukuku bağlamında eşya, insanların ihtiyaçlarının gidermeye yarayan ictisabı mümkün, üzerlerinde fiili ve hukuki hakimiyet kurulmaya elverişli olan maddi mallardır¹⁹⁹. Ticari işletmenin kendisi maddi varlığa sahip olmadığı için bir eşya olarak nitelendirilemez²⁰⁰. TİRK ile ticari işletme üzerinde rehin kurulabilme imkanının mümkün olması, onun eşya olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmaz. Dolayısıyla eşya hukuku bakımından *uno actu* tasarruflara konu olması sonucunu da doğurmayacaktır²⁰¹. Ticari işletme eşya hukuku bakımından bir bileşik eşya olmadığı gibi tam olarak bir eşya birliği²⁰² de değildir. *Hirsch*'e göre ticari işletme bir "*hukuki kül*"dür. Yazar bunun birçok haktan oluşan bir mal topluluğu olduğunu belirtmektedir. Hukukta buna mamelek dendiğini ve mamelekte önemli olan şeyin bir takım eşyaların bir araya getirilmesi değil muhtelif konular üzerindeki hakların bir araya getirilmiş olmasıdır. Yazara göre, "*temlike ait taahhüt ve borçların kül halinde ifası kabil değildir*"²⁰³. Sonuç olarak ticari işletmelerin "*eşya ve hak topluluğu*"²⁰⁴ olduğu sonucuna varılabilir. Ticari işletme mülkiyeti devir amacı taşıyan taahhüt işlemleri bakımından borçlar ve eşya hukuku prensiplerine uygun olarak ekonomik bir bütünlük muamelesi görünürken, aynı amaca yönelik tasarruf işlemleri açısından ise ne ekonomik ne de hukuken bir kül kabul edilmektedir²⁰⁵. Ancak şunu belirtelim ki, bu kurala kanunlarımızda bazı istisnalar getirilmiştir (TBK m. 202, TTK 153/1, 179/4, 194/1-3). TTK m. 11/3 ile de bu kurala esaslı bir istisna getirilmiştir²⁰⁶.

Alman Federal Mahkemesi bir kararında²⁰⁷ ticari işletmelerin mal ve hak topluluğu olduğu işletmenin hukuki ve ekonomik mevcudiyetinin mülkiyet hakkı çerçevesinde korunması gerektiğini ortaya koymuştur. Mahkeme bu kararında, ticari işletmenin haklar, mallar ve diğer değerlerin ictisadi birliği olduğunu, ticari işletmenin sebep-siz zenginleşme çerçevesinde iade talebine konu olması durumunda işletmenin kendisinin değil, işletmeye dahil mallar ile hakların iadesinin talep edilebileceği yönünde kanaate ulaşmıştır.

h. Ticari İşletmenin Devri ile Sözleşmelerin Devri Arasındaki İlişki

aa. Genel Olarak Sözleşmenin Devri

TBK m. 205'e göre, "*Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.*

¹⁹⁹ AKİPEK, s. 32; Eşya kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 4 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Eşya Hukuku, s. 19-20; ESENER/GÜVEN, s. 37-38; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 62 vd.; AYAN, s. 14 vd.; HATEMİ/AYBAY, s. 12-13.

²⁰⁰ AKER, s. 101.

²⁰¹ ARICI, s. 13.

²⁰² Eşya birliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 9-10.

²⁰³ HIRSCH, s. 210-211, 215.

²⁰⁴ Ancak hemen belirtelim ki, eşya topluluğu hukuki bakımdan tek bir maddi varlığa sahip olmadığı için başlı başına ve tek bir mülkiyet hakkına konu olmazlar. Aynı şekilde hak toplulukları da bireysel olarak mülkiyet hakkına konu olmazlar, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Eşya Hukuku, s. 475.

²⁰⁵ ACEMOĞLU, s. 20; AKER, s. 106 ve dn. 324'te zikredilen yazarlar.

²⁰⁶ AKER, s. 108; Yazar ilgili hükmün sadece taahhüt işlemlerini kapsayacak biçimde yeniden düzenlenmesini önermektedir, s. 122.

²⁰⁷ BGHZ 7, 208, 211, Karar için bkz. AKER, s. 106.

Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafta önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir.

Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır. Kanundan doğan halefiyet hâlleri ile diğer özel hükümler saklıdır”.

İşletmeyi devralan, aslında işletmede yürütülen faaliyeti devraldığı ve çoğu zaman bu faaliyeti sürdürmek istediği için, işletmede yürütülen faaliyet çerçevesinde devir öncesi akdedilmiş bulunan sözleşmelerin devri de bu anlamda devralan açısından önem taşımaktadır²⁰⁸. Bu durum çoğu kere sözleşmenin devreden haricindeki tarafın olan üçüncü kişinin de lehine olabilir; zira sözleşmenin tarafı olan devredenin yokluğu nedeniyle sözleşmenin devamı olanağı son bulmuş olabilir²⁰⁹.

EBK’nda sözleşmenin devrine ilişkin bir düzenleme yoktu. Aynı doğrultuda EBK m. 179’da da bu konuda hüküm bulunmamaktaydı. Ancak sözleşmenin devri, Borçlar Hukuku’nun genel ilkelerinden biri olan sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca olanaklıydı²¹⁰. Sözleşmenin devri bir tasarrufi işlemdir ve sözleşmenin içeriği değişmeksizin, bir bütün olarak tüm hak ve borçlarıyla sözleşme ilişkisi devredilir. Bu anlamda sözleşmenin devrinde tek değişiklik tarafın değişmesidir. Bu devir üç taraflı, devreden devralan ve sözleşmenin halihazır karşı tarafı arasında kendine özgü bir sözleşme ile gerçekleşir²¹¹. Sözleşmenin devri TBK m. 205’de, “*Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.*” şeklinde düzenlenmiştir²¹². Sözleşmenin devri, geniş anlamda borç ilişkisinin bir tarafını oluşturan kişinin bu sıfatını sözleşme ile bir başkasına devretmesidir. Sözleşmenin devrinde, sözleşme taraflarından biri sözleşme ilişki-

²⁰⁸ ARICI, s. 125 vd.

²⁰⁹ ARICI, s. 126.

²¹⁰ ARICI, s. 126; Ancak hemen belirtelim ki, sözleşmenin devrine ilişkin Devlet İhale Kanunu m. 66 ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nu m. 16’da hüküm mevcuttu.

²¹¹ AYRANCI, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003, s. 53, 97; ARICI, s. 128-129.

²¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. **BUCHER**, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 1988, s. 592; **SCHWENZER**, I, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Vierte, überarbeitete Auflage, Bern 2006, s. 569-570; **GAUCH, P./SCHLUEP, W. R./SCHMID, J./REY, H./EMMENEGGER, S.**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2008, s. 269-270; **HUGUENIN, C.**, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3., überarbeitete Auflage, Zürich-Basel-Genf 2008, s. 226; **FURRER, A./MÜLLER-CHEN, M.**, Obligationenrecht-Allgemeiner Teil, Zürich-Basel-Genf 2008, s. 645; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt 2, s. 598; **KILIÇOĞLU**, s. 801; **AYRANCI**, s. 33-35; **NOMER, H. N.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Onbirinci Bası, İstanbul 2012, s. 339; Sözleşmenin devri iradi veya yasal devir şeklinde gerçekleşebilir. İradi devirde taraflar anlaşarak geniş anlamda borç ilişkisinin üçüncü bir kişiye devrederler. Yasal devirde ise sözleşmenin devri kanun gereği kendiliğinden gerçekleşmektedir. Örneğin kira sözleşmesinde kiralananın devri sözleşmenin devri sonucunu doğurmaktadır (TBK m. 310). Bunun yanında şerh edilmiş bazı kişisel haklarda sözleşme konusu taşınmazın devri sözleşmenin devri sonucunu doğurmaktadır. Örneğin, sözleşmeden doğan önalım hakkı tapuya şerh verildiğinde, sözleşmeye konu taşınmazın devri sözleşmenin devri sonucunu doğurmakta ve önalım hakkı sahibi, bu hakkını yeni malike karşı kullanmaktadır.

sinden çıkmakta, onun yerine üçüncü bir kişi sözleşme ilişkisine bütün hak ve borçları ile taraf olmaktadır²¹³.

Sözleşmenin devri üç taraflı kendine özgü bir sözleşmedir²¹⁴. Devir sözleşmesinin hüküm ifade etmesi, sözleşmeyi devreden, devralan ve sözleşmede kalan tarafın anlaşmasına bağlıdır. Devir sözleşmesinin yapılmasıyla sözleşmeyi devreden taraf olma sıfatı sona ermekte olduğundan, bu işlem devreden açısından tasarruf işlemi niteliğindedir²¹⁵. Devralan bakımından ise edindiği haklar bakımından kazandırıcı işlem, üstlendiği borçlar bakımından ise borçlandırıcı işlemdir²¹⁶. Sözleşmede kalan bakımından ise devir sözleşmesi tasarruf işlemi niteliğindedir²¹⁷.

bb. Sözleşmenin Devrinin Koşulları

Devir sözleşmesinin geçerli olabilmesi için öncelikle geçerli bir borç ilişkisinin bulunması zorunludur²¹⁸. Sözleşmenin devrinin geçerli olabilmesi için devredilebilir nitelikte bir borç ilişkisinin bulunması gerekir. Kural olarak bütün sözleşmeler devredilebilir. Ancak bazı hallerde bir sözleşme ilişkisindeki edimler ancak belli kişiler tarafından ifa edilebilecek nitelikte olup, bu tür sözleşmelerin bu nitelikleri taşımayan bir kişiye devri mümkün değildir. Örneğin, bir avukatlık hizmetine konu olan vekâlet sözleşmesi avukat olmayan bir kimseye devredilemez. Bu gibi hallerde devir sözleşmesi yapılsa bile geçerli olmaz ve devreden taraf sıfatı sona ermez²¹⁹. Devir sözleşmesinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır. Buna göre, asıl sözleşmenin geçerliliği kanunen şekle bağlı ise, devir sözleşmesinin de geçerliliği aynı şekle bağlı olarak yapılması gerekir. Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin üçüncü bir kişiye devri halinde, devir sözleşmesinin de asıl sözleşme gibi noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekir. Ancak asıl sözleşmenin geçerliliği şekle bağlı olmamakla birlikte taraflar sözleşmeyi iradî şekle bağlı kılmışlarsa, bu halde devir sözleşmesinin geçerliliği şekle bağlı değildir²²⁰. Sözleşmenin devri üç taraflı bir sözleşme olmakla birlikte, devir sözleşmesinin her üç tarafın aynı anda katılımıyla yapılması zorunlu değildir. Sözleşmede kalan taraf, sözleşmenin devrine önceden izin verebileceği gibi devreden devralan arasında yapılmış sözleşmeye sonradan onay da verebilir. Bu halde devir sözleşmesinin geçerli olabilmesi için her üç tarafında rızasının birebir uyuşmasına bağlıdır²²¹.

cc. Sözleşmenin Devrinin Hüküm ve Sonuçları

Devir sözleşmesinin geçerli bir şekilde yapılmasıyla, devreden taraf sıfatı sona erer ve devralan sözleşmeye taraf olur²²². Sözleşmenin devrinde sözleşme hükümlerinde değişiklik olmaz, sadece geniş anlamda borç ilişkisinin tarafı değişir. Devralan, sözleşmeye bütün hak ve borçlarıyla birlikte sahip olur²²³. Sözleşmenin devrinde önce borca aykırılık söz konusuysa, sözleşmeyi devralan borca aykırılıktan doğan tazminat-

²¹³ BUCHER, s. 592; OĞUZMAN/ÖZ, s. 598; AYRANCI, s. 33-34.

²¹⁴ HUGUENIN, s. 227; AYRANCI, s. 53; OĞUZMAN/ÖZ, s. 599;

²¹⁵ AYRANCI, s. 67; KILIÇOĞLU, s. 802.

²¹⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 599.

²¹⁷ AYRANCI, s. 67.

²¹⁸ AYRANCI, s. 92; KILIÇOĞLU, s. 802.

²¹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 601; KILIÇOĞLU, s. 802.

²²⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 599.

²²¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 599; KILIÇOĞLU, s. 802; AYRANCI, s. 97.

²²² KILIÇOĞLU, s. 802; AYRANCI, s. 116 vd.

²²³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 602; AYRANCI, s. 116 vd.; KILIÇOĞLU, s. 802.

lardan da sorumlu olur. Aynı şekilde sözleşmeyi devreden tazminat alacaklısı ile devralan borç ilişkisine taraf olmakla tazminatların da alacaklısı haline gelir²²⁴. Devir sözleşmesinin hüküm ifade etmesi devredilen borç ilişkisinin geçerli olmasına bağlı olduğundan, geçerli olmayan veya sona ermiş bir sözleşmenin devri, konunun imkânsız olmasından dolayı kesin hükümsüzdür²²⁵.

dd. TTK 11/3 Bakımından Sözleşmenin Devrinin Değerlendirilmesi

TTK m. 11/3, ticari işletmenin devrine bağlı olarak sözleşmelerin de devredilmiş olup olmayacağına ilişkin açık bir hüküm içermemektedir. Sadece “*Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülünen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur*” şeklindeki düzenlemede kiracılık hakkından bahsederek dolaylı olarak sözleşmelerin devrine değinmiştir. Ancak hemen şunu belirtelim ki, sözleşmenin devrine yönelik TBK’da önemli düzenlemeler getirilmiştir.

Bu hükmü ticari işletmeye uyarladığımızda, ticari işletmenin devrine bağlı olarak o ticari işletmenin taraf olduğu sözleşmeler ancak devreden, devralan ve sözleşmede kalan tarafından yapılan bir sözleşme devri ile gerçekleşebilir. Böylelikle ticari işletmeyi devreden kişi taraf sıfatını devralana terk etmiş olur. Böylelikle o sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar sözleşmenin devri anlaşmasıyla ticari işletmeyi devralana geçer. Sözleşmenin devrine yönelen anlaşmaya, sözleşmede kalan taraf önceden izin verebileceği gibi sonradan onay da verebilir. Eğer sözleşmenin devrinin geçerli olması bekleniyorsa, sözleşmenin devrinin de devredilen sözleşmenin şeklinde yapılması gerekir. Bu açıklamalar ışığında ticari işletmenin taraf olduğu bir sözleşme, o işletmenin devredilmesiyle birlikte kendiliğinden geçmemekte ya devir için önceden izin alınması ya da en azından sonradan onay alınması gerekir.

TTK m. 11/3’ün düzenlemesi ile normalde işletmenin devri ile beraber sözleşmelerinde ayrıca bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden geçmesi gerekir. Ancak bu düzenleme sadece TBK m. 205 ile değil aynı zamanda TBK m. 322, 323, 429 ile de açıkça çelişmektedir. TBK m. 322 düzenlemesine göre, kiracı, konut ve çatılı işyeri kiralalarında, kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça, kiralananı başkasına kiralayamayacağı gibi, kullanım hakkını da devredemez. Ayrıca TBK m. 323’e göre de, kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Diğer taraftan TBK m. 429’a göre de, hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir. Bu açık hükümler karşısında TTK m. 11/3 uygulanabilir bir hüküm değildir.

Aynı anda yürürlüğe giren TBK ve TTK hükümleri arasındaki bu açık çelişkinin nasıl giderileceği de oldukça karmaşık bir durum arz etmektedir. İsviçre birleşme Kanununda sözleşmenin devrine ilişkin açık düzenleme yoktu. Aslında İBK’da bizdeki TBK m. 205 şeklinde bir düzenleme de yoktur. Bu nedenle İsviçre doktrininde sözleşmelerin kendiliğinden devredilebileceği bazı yazarlarca savunulabilmektedir. Gerçi İsviçre doktrininde de ağırlıklı görüş sözleşmelerin kendiliğinden devrinin mümkün olmadığı yönündedir. TBK’da açık hükümlerin bulunması karşısında bizim hukukumuzda açıkça sözleşmelerin kendiliğinde devrinin mümkün olmadığı sonucuna varılabilir.

TTK m. 11/3’ün düzenlemesinden eğer sözleşme kurulurken devredilemeyeceğine ilişkin açık bir hüküm sözleşmeye konmaz ise o sözleşme kendiliğinden devredilmiş olacaktır. Ancak bu durum borçlar hukukunun en temel prensibi olan sözleşme

²²⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 603.

²²⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 603.

serbestisi ilkesine aykırıdır. Hiç kimse tarafını seçmediği ve ticari işletmenin devri ile akdi bir ilişkiye girmek durumunda kaldığı kişi ile o sözleşmeyi yürütmeye zorlanamaz. Bu nedenle kanaatimizce ticari işletmenin taraf olduğu sözleşmelerde ticari işletmenin devri ile birlikte sözleşme kendiliğinden devredilmiş olmayacak, devreden taraf sıfatını muhafaza edecektir. Diğer taraftan ticari işletmenin devri, devreden o sözleşme ilişkisinden kurtulma amacını taşıdığı şeklinde yorumlanarak, sözleşmede kalan tarafça gerekli hukuki imkanlara başvuru imkanını doğuracaktır. Nihai olarak sözleşmede kalan taraf devredilen kişi ile bu sözleşmeyi devam ettirmek istemiyorsa haklı olarak o sözleşmeyi sonlandırma hakkına sahip olacaktır. Bu durumda da yine sözleşmeyi devredene karşı hukuki yollara başvuracaktır.

V. SONUÇ ve ÖNERİLER

1- TTK'nın, özel hukukun temelini oluşturan ve Roma Hukuku'ndan günümüze kadar gelen ilkelere dayanarak oluşan hukuk kültür mirası ile çelişkili hükümleri, Ticaret hukukunu bağımsızlaştırmaktan ziyade özel hukukun bütünlüğü ile olan bağlarını zayıflatmaktadır. Diğer taraftan eğer TTK, TMK'nın ayrılmaz bir parçası ise, ana düzenleme olan gerek TMK ile gerekse TBK ile çelişki içinde değil uyum içinde olması gerekirdi. TTK ile TMK arasında keskin çizgiler çizmek özel hukukun Roma Hukuku'ndan beri kabul edilen bütünlüğüne fayda sağlamaktan ziyade zarar verecektir.

2- Kanun koyucu TTK m. 11/3 ile yeni bir tescilsiz iktisap hali öngörmek istemiştir. Bu durum özellikle taşınmazlar bakımından büyük riskler taşımaktadır. Kanun koyucu gerçekten yeni bir tescilsiz iktisap hali öngörmek istiyorsa diğer tescilsiz iktisap halleri gibi açıkça ve ayrıntısıyla düzenlemesi gerekirdi. Özellikle tescilsiz iktisap durumunda iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ticari işletmeyi devralan kişiyi koruma altına alması gerekirdi. TTK m. 11/3 bu konuda tamamen belirsiz bir yapı arz etmektedir. Bu nedenle ticari işletmenin devrindeki süratini artırırken ve bu konuda kolaylık sağlarken, devralan bakımından hukuki güvenliğin sağlanması gerekirdi. Zira hukuki güvenlik ticaret hayatının gerekleri, ticari işletmenin devrindeki kolaylık ve süratten daha önemsiz değildir. Tamamen sürat ve kolaylığı hedef alan TTK m. 11/3 hükmü kontrolsüz ve hukuki güvenlikten yoksun bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Ticari hayatın süratli yürütmesi ne kadar önemli ise kontrollü yürütmesi de o derece önemlidir. Kontrolsüz sürat ve kolaylık, güvensiz bir ticari ortam yaratabilir.

3- Ticari işletmenin devri sözleşmesi tıpkı İsviçre Birleşme Kanunu'nda olduğu gibi adi yazılı şekle tâbi olduğu ve bu şekil geçerlilik şekli olduğu kabul edilmelidir. TBK m. 14'e göre, kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer. Bünyesi uyduğu ölçüde TBK m. 14'de belirtilen ve yazılı şekil yerine geçen bu hallerde de ticari işletmenin devri mümkün kabul edilmelidir.

4- TTK m.11/3, TİRK ile özellikle şekil konusunda çelişkilidir. Kanun koyucu bir kurumun şartlarını ve sonuçlarını tamamen düzenlemişse bunun dışında kalan hallerde menfi çözüm biçimini benimsemiş sayılır. Bu nedenle kanun koyucu TİRK gibi özel bir kanunda rehne ilişkin etraflıca düzenlemeler mevcutken, bu kanunun yapısına bir müdahalede bulunmamıştır. Dolayısıyla ticari işletmenin bütününe ilgilendiren rehin sözleşmeleri resmi şekilde yapılmaya devam edecektir. Rehin konusunda ayrı bir düzenleme getirilene kadar uygulamada kargaşaya neden olmamak için TTK m. 11/3'ün bu şekilde yorumlanması gerekir. Bu konudaki çelişkiler daha sonraki kanuni düzenlemeler ile iki şekilde giderilebilir: Birincisi, İsviçre Birleşme Kanunu'nda olduğu gibi, şekil konusunda sadece taşınmazların mülkiyetinin devri hususunda resmi şekil kuralı kabul edilip, işletmeyi bir bütün halinde konu alan tüm diğer hallerin adi yazılı şekilde yapılacağı kuralını benimsemek; ikincisi TTK m. 11/3'ün gerekçesine uygun olarak TİRK'nda değişikliğe gidilerek onun da adi yazılı şekilde yapılması sağlamaktır.

5- TTK m. 11/3, TİRK'nun uygulama alanının genişletecek ve ticari işletmenin bütününe konu alan rehin tesisinin de gelecekte önünü açabilecek tehlikeler içermektedir. Zira TTK m. 11'in gerekçesinde istikrarlı olarak ticari işletme rehnine gönderme yapılması bu ihtimali güçlendirmektedir.

6- TTK 11/3 ile getirilen düzenlemeler, TTK'nın şekil kurallarına ilişkin diğer hükümleriyle çelişki içindedir. Şöyle ki, TTK. 11/3 uyarınca, işletme faaliyetlerine özgülenmiş taşınmazda dahil, ticari işletmenin bir bütün olarak bir ticaret şirketine devri için adi yazılı şekil yeterli olacaktır. Ancak sadece taşınmazın aynı şirkete aynı sermaye olarak taahhüt edilmesinde, TTK. 128/3'e göre, taahhüdün şirket sözleşmesinde bulunması yeterli görülecek, genel hükümler uyarınca resmi şekil aranmayacaktır. Bununla birlikte, ETK'da olduğu gibi, TTK'da da, ticaret şirketlerinin sözleşmeleri zaten yazılı şekil yanında imzaların noter onayına bağlanmış bulunmaktadır (TTK m. 212/1, 305/1, 339/1, 566/1, 575/1). Şu halde, tek bir taşınmazın sermaye olarak konulması taahhüdüne oranla daha kapsamlı olan ve o taşınmaz da dahil işletmenin tüm aktiflerinin devrini öngören bir sözleşmede, daha hafif ve noter onayına kıyasla üçüncü kişiler yönünden daha güvensiz bir şekil yeterli sayılmıyacaktır. Ayrıca taahhütlerinin ifa şekli (tasarruf işlemleri) bakımından da çelişkiler mevcuttur.

7- TTK m. 11/3'e göre ticaret siciline tescil tıpkı İsviçre Birleşme Kanunu'nda olduğu kurucu etkiye sahiptir. Zira ticari işletmenin devri sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi, yani sözleşmede yer alan malvarlığı değerlerinin devralana geçmesi için tescilin yapılması gerekir. Her ne kadar TTK m. 11'in lafzından tescilin kurucu mu yoksa açıklayıcı mı olduğu tam anlaşılmıyor ise de kanun koyucunun amacının tescile kurucu fonksiyon yüklemek istediği açıktır. Ancak burada asıl sorun tescile kurucu fonksiyon yüklenebilmesi için ilgili düzenlemenin en azından Kanun ile getirilmiş olması gerekir. Burada şu soru sorulmalıdır: Yönetmelik ile ticaret siciline kurucu fonksiyon yüklenebilir mi? İsviçre Borçlar Kanunu'nda ticaret siciline tescil kurucu etkiye sahiptir ama bu etki bir kanun ile ortaya konmuştur. Bu kanun İsviçre Birleşme Kanunu'dur. Türk Hukuku'nda ise tescile kurucu fonksiyon yüklemek bir Yönetmelik ile getirilmek istenmektedir. Ticaret Siciline tescil TTK sistematığı içinde kural olarak zaten açıklayıcı bir role sahipken, buna önemli bir istisna getirip kurucu rol verilmesi bir yere kadar anlaşılabilir de bunun TTK'nda açıkça belirtilmesi gerekirdi. TTK'da belirtmeyip bu eksikliği Yönetmelik ile gidermeye çalışmak birçok sorunu da beraberinde getirecek niteliktedir.

8- TBK m. 202, TTK m. 35 ve 36 nazara alındığında açıkça anlaşıldığı gibi devralanın bildirim veya ilan yapması borçlardan sorumluluk bakımından önemli bir etkiye sahiptir. Yani bildirim veya ilan üçüncü kişiler bakımından hukuki sonuçların doğması açısından belirleyici olup, devir sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurması bakımından kurucu bir etkiye sahip değildir. TTK m. 11/3'ün ifadesi oldukça yanıltıcıdır. Diğer taraftan ticari işletmenin devrine yönelik sözleşme kurulduktan sonra tescil talebinin devreden gerçekleştirilecektir. Halbuki bildirim ve ilan davralan tarafından gerçekleştirilecektir. İsviçre Hukuku'nda ise, ilân ile birlikte tescilin hükümleri üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir (İBK m. 932/II, 933/I). İlân dış ilişkide ilân tarihini takip eden iş günü hüküm ifade eder (İBK m. 932/II). Aktiflerin ve pasiflerin devralana geçişi, ticaret siciline tescil ile birlikte kendiliğinden gerçekleşir (FusG Art. 73/II).

9- TTK m. 11/3 Eşya hukukunun belirlilik ilkesiyle çelişmektedir. Belirlilik ilkesi tasarruf işleminin ve aynı hakkın konusunun belirlenmesiyle ilgilidir. Bu ilke aynı zamanda borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ilişkisinin belirlenmesi açısından da önemlidir. Belirlilik ilkesine göre, üzerinde hakimiyet kurulacak şeyin belirli olması ve tasarruf işleminin konusunun kesin biçimde belirlenebilmesi gerekir. Üzerinde aynı hak kurulacak eşya önceden açıkça belirlenmiş olmalıdır. Çünkü aynı haklar ferden muayyen bir eşya veya hak üzerinde kurulur. Yani aynı hakların konusunu münferit, ferdileştirilmiş belirli bir eşya veya hak oluşturabilir. Bir aynı hakkın kurulmasını ve devrini

sağlayan işlemlerde ve özellikle tasarruf işlemi aşamasında nesne üzerindeki aynı hakta tasarruf yetkisinin bulunması gerektiği için tasarruf işleminin konusunun hangi hak olduğunun belirli olması gerekir. Ayrıca devredilen her aynı hak için de niteliğine uygun ayrı bireysel işlemin de yapılması gerekir. Eşya veya hak toplulukları bir bütün olarak aynı haklara konu olmazlar, sadece borçlandırıcı işlemlere konu olabilirler. Eşya hukukunun emredici karakteri ve belirlilik ilkesinin bir sonucu olarak taraflar ticari işletmenin bütününe konu alan tek bir tasarruf işlemi yapma imkânına sahip değildir. Malvarlığının aktifinde çeşitli haklar yer almaktadır. Ancak bu hakların her birinin konusu başkadır. Bu nedenle bir kimse malvarlığı üzerinde tek bir hakta sahipmiş gibi değerlendirilemez. Bir kimse malvarlığına dahil unsurları bir başkasına devredebilir. Ancak devralan kişi devreden malvarlığı üzerinde tek bir hakta sahip olmaz. Devralan devre konu olan unsurların her birinin ayrı ayrı sahibi olur. Ticari işletmenin kendisi maddi varlığa sahip olmadığı için bir eşya olarak nitelendirilemez. TİRK ile ticari işletme üzerinde rehin kurulabilme imkanının mümkün olması, onun eşya olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmaz. Ticari işletme eşya hukuku bakımından bir bileşik eşya olmadığı gibi tam olarak bir eşya birliği de değildir. Ticari işletme bir eşya ve hak topluluğudur. Ticari işletme mülkiyeti devir amacı taşıyan taahhüt işlemleri bakımından borçlar ve eşya hukuku prensiplerine uygun olarak ekonomik bir bütünlük muamelesi görünürken, aynı amaca yönelen tasarruf işlemleri açısından ise ne ekonomik ne de hukuki bir küll kabul edilmektedir.

10- TTK m. 11/3 ayrı ayrı tasarruf işlemlerine gerek olmaksızın diğer bir ifadeyle gereksiz şekli formalitelerle uğraşmadan kolaylıkla ticari işletmelerin devrini sağlamayı hedeflemektedir. TTK'nın ilgili düzenlemesi çok ağır yükümlülükler getiren devir sözleşmesini adi yazılı biçimde bir çırpıda halletme amacı taşımaktadır. Ancak çıkacak sorunlar hakkında hiçbir emniyet sistemi öngörmemektedir. Ortaya çıkacak sorunların minimuma düşürülmesi için gerek ticaret sicili teşkilatı gerekse tapu sicili (diğer sicillerde buna eklenebilir) teşkilatı eş zamanlı olarak koordineli biçimde hareket etmelidirler. Ticari işletmenin devrine ilişkin tescil ticaret siciline yapıldığı anda eş zamanlı olarak (ticaret siciline tescilden sonra değil) tapu siciline de tescil gerçekleştirilmelidir. Bu görev ticaret ve tapu sicili müdürlüklerinin görev alanı içine emredici kural olarak alınmalıdır. Dolayısıyla ticaret siciline tescilin kurucu etkisi ile tapuya yapılacak açıklayıcı tescilin eş zamanlı yapılması mümkün hale gelecektir. Aksi halde iyiniyetli üçüncü kişiler hak kazanımları korunacak ve ticari işletmeyi devralan kişi bir anda ticari işletmeyi işletemeyecek hale gelebilecek, bu durum aynı zamanda ticari işletmenin devamlılığı ilkesi ile de bağdaşmayacaktır. Ayrıca uygulamada tapu memurları ticari işletmenin adi yazılı sözleşme ile devrini dayanak kabul edip tapuya açıklayıcı tescil yapmaktan kaçınacaklar, devredenle devralan yine huzuruna davet edip bağımsız bir devir yapmak isteyeceklerdir. Bu durum özellikle devralan bakımından hem zaman kaybına hem de ekstra maliyete sebep olacaktır.

11- Ticari işletmenin devrine yönelik sözleşme tasarruf sözleşmesi niteliğinde değildir. Bu sözleşme borçlandırıcı işlemidir. Zira devir sözleşmesi doğrudan ve kesin olarak devreden malvarlığı üzerinde, devralan lehine herhangi bir değişiklik meydana getirmez. Devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ise tasarruf işlemi niteliğindedir. Devir sözleşmesi devre konu olan unsurların nakli hususunda devredene sadece borç yükler. Devralanın talebi bu taahhüdün yerine getirilmesinden ibarettir. Devir sözleşmesi kural olarak malvarlığı devrinin dayandığı temel ilişkinin bir unsuru olarak ortaya çıkar.

12- Tasarruf işlemlerini belli aşamalara ayrılabilmesi düşüncesinden hareket edilecekse ticari işletmenin devrinin iki aşamada değil üç aşamada gerçekleşeceği kabul edilmelidir: **Birinci aşama** taraflar arasında yazılı biçimde yapılan devir sözleşmesi, **ikinci aşama** devreden ticaret sicilinden tescil talebi, **üçüncü aşama** ise ticaret sicil memurluğunun tescili yapması. Buna göre devir sözleşmesi tasarruf işleminin ilk aşamasını oluşturan bir niteliğe sahip olacaktır. Tasarruf işleminin tamamlanması,

sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması ise ancak devredenin talebi ve ticaret siciline tescille mümkün olacaktır. Sadece devir sözleşmesi yapılmış olması, devralanın tescil talebinde bulunması için devredenden, ticaret siciline tescil için talepte bulunması sonucunu doğuracaktır. Devreden, tescil talebinde bulunup tescil işlemi gerçekleştirilmedikçe sözleşmeye konu olan unsurların devri gerçekleşmeyecektir.

13- TTK m. 11/3'ün düzenlemesi ile normalde işletmenin devri ile beraber sözleşmelerinde ayrıca bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden geçmesi gerekir. Ancak bu düzenleme sadece TBK m. 205 ile değil aynı zamanda TBK m. 322, 323, 429 ile de açıkça çelişmektedir. TBK m. 322 düzenlemesine göre, kiracı, konut ve çatılı işyeri kiralarında, kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça, kiralanana başkasına kiralayamayacağı gibi, kullanım hakkını da devredemez. Ayrıca TBK m. 323'e göre de, kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Diğer taraftan TBK m. 429'a göre de, hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir. Bu açık hükümler karşısında TTK m. 11/3 uygulanabilir bir hüküm değildir. TTK m. 11/3'ün düzenlemesinden eğer sözleşme kurulurken devredilemeyeceğine ilişkin açık bir hüküm sözleşmeye konmaz ise o sözleşme kendiliğinden devredilmiş olacaktır. Ancak bu durum borçlar hukukunun en temel prensibi olan sözleşme serbestisi ilkesine aykırıdır. Hiç kimse tarafını seçmediği ve ticari işletmenin devri ile akdi bir ilişkiye girmek durumunda kaldığı kişi ile o sözleşmeyi yürütmeye zorlanamaz. Bu nedenle ticari işletmenin taraf olduğu sözleşmelerde ticari işletmenin devri ile birlikte sözleşme kendiliğinden devredilmiş olmayacak, devreden taraf sıfatını muhafaza edecektir. Diğer taraftan ticari işletmenin devri, devreden o sözleşme ilişkisinden kurtulma amacını taşıdığı şeklinde yorumlanarak, sözleşmede kalan tarafça gerekli hukuki imkanlara başvuru imkanını doğuracaktır. Nihai olarak sözleşmede kalan taraf devredilen kişi ile bu sözleşmeyi devam ettirmek istemiyorsa haklı olarak o sözleşmeyi sonlandırma hakkına sahip olacaktır. Bu durumda da yine sözleşmeyi devredene karşı hukuki yollara başvuracaktır.

14- İsviçre Birleşme Kanunu, ticari işletmenin organizasyon cephesini ihmal etmiş olmasına ve ticari işletmenin malvarlığı cephesini öncelemiş bulunmasına rağmen devir sözleşmesinin şekli ve içeriği bakımından getirdiği ayrıntılı düzenlemeler ile emredici kurallar hukuki güvenlik korunmuştur. Ayrıca devir sözleşmesi ile beraber yapılması gereken envanter ile de belirlilik ilkesine riayet edilmiştir. Özellikle taşınmazlar bakımından muhafaza ettiği tescil ile de aleniyet ilkesini korumuştur. Alacaklıların ve çalışanların korunması açısından da önemli düzenlemeler içermektedir. Bu yönlerde Birleşme Kanunu bir fıkra halinde düzenlenen ve tüm sorunlarla başa çıkılabileceği düşünülen TTK m. 11/3'den oldukça ileri düzeydedir.

KAYNAKÇA

- ACEMOĞLU, K.** : Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971.
- AKER, H.** : Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012.
- AKİPEK, J.** : Türk Eşya Hukuku, Ayni Haklar, Birinci Kitap (Zilyetlik ve Tapu Sicili), 2. Bası, Ankara 1972.
- ARAL, F.** : “Topyekün Temlik”, AÜHFD, C. 42, S.1-4, Yıl 1991-1992, s. 93 vd.
- ARICI, F.** : “Alman Hukukunda Ticari İşletmeyi Devralmanın Ticaret Ünvanı ile Faaliyeti Devam Ettirmesinden Dolayı Eski Borçlardan Sorumluluğu”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, I. Cilt, İstanbul 2009 (Eski Borçlardan Sorumluluk), s. 301 vd.
- ARICI, M. F.** : Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008.
- ARKAN, S.** : Marka Hukuku, C.II, Ankara 1998 (Marka).
- ARKAN, S.** : Ticari İşletme Hukuku, 8. Bası, Ankara 2005 (Ticari İşletme).
- ARKAN, S.** : Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Hazırlanmış On Beşinci Baskı, Ankara 2011.
- ARSLANLI, H.** : Kara Ticareti Hukuku Dersleri-Umumi Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1959.
- AYAN, M.** : Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Güncellenmiş 5. Baskı, Konya 2010.
- AYAN, M.** : Eşya Hukuku II, Mülkiyet, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Konya 2012.
- AYHAN, R./ÖZDAMAR, M./**
- ÇAĞLAR, H.** : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar, Ankara 2011.
- AYİTER, N.** : Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara 1968.
- AYRANCI, H.** : Sözleşmelerin Yüklenilmesi, Ankara 2003.
- BAHTİYAR, M.** : “Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri”, Legal Hukuk Dergisi Ekim 2011, Sayı 106, İstanbul, s. 3889 vd.
- BERETTA, P.** : Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 69-77, Zürich 2004.
- BİLGE, M. E.** : Ticaret Sicili, İstanbul 1999.
- BİRSEL, M. T.** : Ticari İşletme Hukuku, C. 1, İzmir 1970.
- BUCHER, Eugen** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 1988.
- BÜHLER, A.** : Die Vermögen-, Geschäfts- und Unternehmensübernahme nach schweizerischem Recht, Luzern 1947.
- CANSEL, E.** : Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964.

- DOMANIÇ, H./**
ULUSOY, E. : Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 5. Baskı, İstanbul 2007.
- DURAL, M./SARI, S.** : Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükmüleri, Türk Özel Hukuku Cilt I, İstanbul 2011.
- DURMAN, O.** : İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 2009.
- EREN, F.** : Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011.
- ERTEN, A.** : Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001.
- ESENER, T./**
GÜVEN, K. : Eşya Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2008.
- FURRER, A./**
MÜLLER-CHEN, M. : Obligationenrecht-Allgemeiner Teil, Zürich-Basel-Genf 2008
- GAUCH, P./SCHLUEP,**
W. R./SCHMID, J./REY, H./
EMMENEGGER, S. : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2008.
- GÜRSOY, K. T./EREN, F./**
CANSEL, E. : Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984.
- HATEMİ, H./**
AYBAY, A. : Eşya Hukuku, İstanbul 2010.
- HAZNEGAR, İ. M.** : Ticari İşletme Rehni ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul 2008.
- HIRSCH, E. E.** : Ticaret Hukuku Dersleri, C. I, İstanbul 1939.
- HUGUENIN, C.** : Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3., überarbeitete Auflage, Zürich-Basel-Genf 2008.
- KARAHAN, S.** : “Ticari İşletme Kavramı”, BATİDER, C. 17, S. 4, Yıl: 1994, s. 39 vd.
- KARAHAN, S.** : Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Güncellenmiş 20. Baskı, Konya 2011.
- KARAYALÇIN** : Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968 (Ticaret Hukuku).
- KARAYALÇIN, Y.** : Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri, BATİDER. 1975, C. VIII, S. 2, (Tescilin Etkileri), s. 1 vd.
- KAYA, A.** : Marka Hukuku, İstanbul 2006.
- KAYIHAN, Ş./**
YASAN, M. : Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012,

- KENDİGELEN, A.** : "Ticari İşletmenin Devri", Hukuki Mütalaalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C.IV, İstanbul 2006, s. 4 vd. (Ticari İşletmenin Devri).
- KENDİGELEN, A.** : Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011 (İlk Tespitler).
- KENDİGELEN, A.** : Gerekçeli-Karşılaştırmalı Yeni Ticaret Kanunu, İstanbul 2011.
- KENDİGELEN, A., (ÜLGEN, H./
TEOMAN, Ö./HELVACI, M./KAYA, A./
NOMER-ERTAN, F.)** :Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006, (Ülgen Ticari İşletme Hukuku).
- KILIÇOĞLU, M. A.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara 2011.
- MALACRIDA R. (WATTER ROLF/
VOGT NEDİM PETER/
TSCHÄNI RUDOLF/DAENIKER
DANIEL (Hrsg.)** : Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2005.
- MOROĞLU, E.** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 5. Baskı, İstanbul 2007.
- MORSCHER L., (ROLF WATTER/
NEDİM PETER VOGT/
RUDOLF TSCHÄNI/DANIEL
DAENIKER (Hrsg.)** : Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Art. 1, Basel/Genf/München 2005.
- OĞUZMAN, M. K./
ÖZ, M. T.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul 2012 (Cilt 2).
- OĞUZMAN, M. K./
ÖZ, M. T.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası'dan Yedinci Tıpkı Bası, İstanbul 2009.
- OĞUZMAN, M. K./
SELİÇİ, Ö./
OKTAY-ÖZDEMİR, S.** : Eşya Hukuku, 14. Bası (13. Basıdan tıpkı bası), İstanbul 2011.
- ÖZEN, B.** : Sebepsiz Zenginleşme Talebinin Konusu Olarak Ticari İşletme, Ünal TEKİNALP'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 707 vd.
- ÖZSUNAY, E.** : Ticari İşletmede Kiracılık Hakkının Korunması, TTK m.11/2 Üzerinde Bir Araştırma, Ankara 1962.
- PALANDT, O./
GRÜNEBERG, C.
POROY, R./** : Kommentar zum BGB, § 419 BGB, 66. Bası, Münih 2007.

- YASAMAN, H.** : Ticari İşletme Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2004.
- REİSOĞLU, S.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yirmiikinci Baskı, İstanbul 2011.
- SCHÖNE, T.** : “Das rechtsgrundlos erlangte Unternehmen, Herausgabe oder Wertersatz?” ZGR, 2000, S. 1, s. 86 vd.
- SCHUMACHER, R. T.** : Die Vermögenübertragung nach dem Fusionsgesetz, Zürich-Basel-Genf 2005.
- SCHWENZER, I.** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Vierte, überarbeitete Auflage, Bern 2006.
- TEKİNALP, Ü.** : Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek, BATİDER, 2008, C. XXIV, S. 3, s. 11 vd.
- TEKİNAY, S.S./**
AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./
ALTOP, A. : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993.
- TEKİNAY, S. S./**
AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./
ALTOP, A. : Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyetlik -Tapu Sicili-Mülkiyet, Yeniden İncelenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 1989 (Eşya Hukuku).
- TSCHANL, R./**
RÖTHELL, A. : “ Yeni İsviçre Birleşme Kanunu, (Çev. ÖZENSOY, N.), ABD, 2005/1, Ankara, s. 91 vd.
- ÜLGEN, H./ARICI, F.** : “İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri”, Prof. Dr. Rona SEROZAN’a Armağan, C. II, İstanbul 2010, s. 1767 vd.
- ÜNAL, M./**
BAŞPINAR, V. : Şekli Eşya Hukuku, Giriş-Zilyetlik-Tapu Sicili, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2008.
- VISCHER, F.** : Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich-Basel-Genf 2004.
- VOGEL, A./**
GÜNTER, M. : “Der Vertragsübergang bei vermögensübertragungen nach Fusionsgesetz, http://www.mll-legal.com/uploads/tx_x4publication/der_vertragsuebergang_bei_vermoegensuebertragungen_nach_fusionsgesetz.pdf, 592 vd. (25.07.2012 tarihi itibariyle güncel).
- von DER CRONE, H. C./GERSBACH, A./**
KESSLER, F. J./DIETRICH, M./
BERLINGER, K. : Das Fusionsgesetz, Zürich 2004.
- von SALIS, U.** : Fusionsgesetz, Zürich 08/2004, www.fusionsgesetz.ch. (08.07.2012 tarihi itibariyle güncel).

- von SOHM, R.** : Der Gegenstand: Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1905.
- von TUHR, A.** : Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II, (Çeviren: EDEGE, C.), Ankara 1983.
- WATTER, R./**
KÄGI, U. : “Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen” SZW/RSDA 3/2004, s. 231 vd.
- WEBER, P.** : Die Vermögensübertragung, Fusionsgesetz, Auswirkungen auf die Praxis, Zürich 2004.
- YASAMAN** : Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1987.
- YASAMAN, H.** : Marka Hukuku-556 sayılı KHK Şerhi, C.2, İstanbul 2004 (Marka).

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NUN ACENTELİKLE İLGİLİ HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yrd. Doç. Dr. Ozan CAN*

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Kanun, birçok alanda yenilikler getirmiştir. Acentelik de bu alanlardan biridir. Türk Ticaret Kanunu'nun çıkartılmasında etkili olan nedenlerin acentelikteki değişikliklere de yansıdığı görülmektedir. Yeni Kanunun değişiklik gerekçesi olarak sayılan, hâlen yürürlükte olan 6762 sayılı Kanunu doğrudan etkileyen gelişmeler ve yeni kanunlar, AB tam üyeliğine aday olma, müzakerelere başlanması kararı ve müzakere eden ülke konumu, teknolojik gelişmeler ve internet, uluslararası piyasaların bir parçası olmak, acente hukuku alanındaki değişiklikler için de geçerlidir.

Kanunun acentelik başlığını taşıyan 7. kısmında bazı hükümlerin dili sadeleştirilmiş, bazıları yürürlükten kaldırılmış ve bazı hükümler ise ilk defa sevk edilmiştir. Acentelik ile ilgili hükümlerdeki değişikliklere baktığımızda bu değişikliklerin Avrupa Birliği'nin 18.12.1986 tarihli ve 86/653 sayılı Yönergesi doğrultusunda yapıldığı gözlenmektedir. Yapılan değişiklikler, sözleşmenin zayıf tarafı olan acentenin haklarının korunması açısından olumlu gelişmelerdir. Özellikle denkleştirme istemi ve rekabet yasağı anlaşmasına ilişkin hükümlerin getirilmesiyle birlikte Türk acente hukukunun, Avrupa Birliği üyesi ülkelerin ulusal acente hukuklarıyla eşit bir seviyeye ulaşacağı söylenebilir.

Anahtar sözcükler: Acente, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, denkleştirme istemi, rekabet yasağı anlaşması.

ABSTRACT

Turkish Code of Trade No 6102 will become effective as of July 1, 2012. The Code brings novelties in numerous areas. The concept of commercial agent is one of them. It is seen that the causes leading to enactment of new Turkish Code of Trade are also reflected in the agency matters. Developments considered as the reason for amendments in the Code and having direct impacts on current Law No 6762, enactment of new regulations, candidacy for full membership to the European Union, decision for starting negotiations for full access and being in a position of negotiated country technological developments and internet, being a player in international markets also apply for the changes in commercial agent law.

Section 7 of the Code titled "Commercial Agent" simplifies the wording of some provisions, removes some provisions and as well as introducing some new provisions. Analysing the nature of the changes in provisions concerning the agency, it is observed respective changes are done for compliance with the Council Directive 86/653/EEC of 18.12.1986. The amendments performed are promising for protection of the rights of the agencies which are the weaker part of the contracts. It can be claimed that Turkish

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

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

commercial agent law will be on equal level with the national commercial agency law of EU member States especially after introduction of adjustment request and noncompetition agreement.

Keywords: Commercial agent, Turkish Code of Trade No 6762, Turkish Code of Trade No 6102, adjustment request, noncompetition agreement

GİRİŞ

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Ticaret Kanunu (bundan sonra TTK olarak anılacaktır) birçok alanda yenilik getirmiştir. Acentelik ile ilgili hükümlerin düzenlendiği 7. kısım bu alanlardan biridir.

Kanunun acentelik başlığını taşıyan 7. kısımdaki değişikliklere baktığımızda, bazı hükümlerin sadece dilinin sadeleştirildiği, bazı hükümlerin yürürlükten kaldırıldığı, bazı hükümlerin ise ilk defa sevk edildiği görülmektedir. Esasında acentelik ile ilgili hükümlerin düzenlenişinde Avrupa Birliği'nin 18.12.1986 tarihli ve 86/653 sayılı Yönergesi referans alınmıştır. Böylece, TTK'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte, Türk acente hukukunun, Avrupa Birliği üyesi ülkelerin ulusal acente hukuklarıyla eşit bir seviyeye ulaşacağı söylenebilir.

Bu çalışmamızda öncelikle, acenteye ilişkin hükümlerde yapılan değişikliklere kısaca değinilecek, daha sonra TTK'de ilk defa hükme bağlanmış olan denkleştirme istemi ve rekabet yasağı anlaşmasına ilişkin hükümler incelenecek, son olarak ise, acente olmamakla birlikte, acentelik hükümlerine tâbi tutulan kimselerin denkleştirme istemi ve rekabet yasağı anlaşmasına ilişkin 122 ve 123. maddeden yararlanıp yararlanmayacağı hususu ayrıntılı olarak irdelenecektir.

A. 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NUN ACENTELİKLE İLGİLİ HÜKÜMLERİNE GENEL BİR BAKIŞ

I. Genel olarak

Acentelik ile ilgili hükümlerdeki değişiklikleri ortaya koymak için Türk Ticaret Kanunu'nun hazırlanmasındaki düşüncelere göz atmamız gerekmektedir. Çünkü temel kanunların köklü değişikliğine etkili olan hususlar o kanunda yer alan münferit bir kurum ve kavramdaki değişikliğe de yansımaktadır.

Türk Ticaret Kanunu'nun çıkartılmasında etkili olan sebepler olarak gerekçede, hâlen yürürlükte olan 6762 sayılı Kanunu doğrudan etkileyen gelişmeler ve yeni kanunlar, AB tam üyeliğine aday olma, müzakerelere başlanması kararı ve müzakere eden ülke konumu, teknolojik gelişmeler ve internet, uluslararası piyasaların bir parçası olmak sayılmıştır.

Esasında, TTK'nin geneli için belirtilen bu gerekçeler, acente hukuku alanındaki yenilikler için de geçerlidir. Uluslar arası ticarete acenteler çok önemli rol oynarlar ve acentelik konusunda birçok uluslar arası düzenlemeler yapılmaktadır. Bu bağlamda, Uluslararası Özel Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü (UNIDROIT) tarafından, Uluslararası Alanda Menkul Malların Alım ve Satımında Milletlerarası Nitelikle Acenteliğe İlişkin Konvansiyon Tasarısı hazırlanmış, Avrupa Birliği içinde de, birliğe üye ülkelerin hukuklarında yer alan acenteliğe ilişkin hükümlerin yeknesaklaştırılması amacıyla 1986 yılında **86/653 sayılı Yönerge** kabul edilmiştir. Özellikle Kara Avrupası hukuk sistemi için çok önemli bir yere sahip olan Yönerge doğrultusunda birçok ülke, acente ile ilgili hükümlerde değişikliğe gitmiştir¹. Avrupa birliği sürecinde acenteye ilişkin

¹ Bu kapsamda Almanya, 1989 tarihinde acentelik ile ilgili hükümlerde önemli değişiklikler yapmıştır.

hükümlerde bu yönerge doğrultusunda düzenlemeler yapılması ülkemiz için bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmıştır. Ayrıca uluslararası piyasaların bir parçası olmak için bu hükümlerin getirilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan, deyim yerinde ise, ülkemizin acenteler cenneti, çoğu acentenin de yabancı şirketlerin birer temsilcisi olduğu göz önüne alındığında, yerli (millî) acentelerimizin korunmaları açısından acentelik hükümlerine ilişkin değişiklikler önem taşımakta idi. İşte, bu gerekçeler temelinde, acente hukukuna ilişkin olarak Türk Ticaret Kanunu'nda Alman Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümlerinden yararlanılarak düzenlemeler yapılmıştır². Peşinen belirtelim ki, yer geldikçe belirtileceği üzere, acentelik ile ilgili değişikliklere baktığımızda oldukça önemli ve yerinde hususlarda düzenlemeler yapıldığı görülmektedir.

II. Acentelik Hükümlerinin Dil ve İfade Yönünden Değerlendirilmesi³

Acentelik ile ilgili 7. kısım hükümlerine baktığımızda ilk göze çarpan husus, dilde sadeleştirmelerdir. Bu çerçevede, TTK'nin tamamına hâkim olan sadeleştirme eğilimi acentelik hükümlerinde de kendini göstermektedir. Örneğin, müstahdem yerine satış memuru, tatbik sahası yerine uygulama alanı; acentenin salahiyetleri yerine acentenin yetkileri; salahiyetsizlik yerine yetkisizlik; fevkalade masrafların tazmini yerine olağanüstü masrafların karşılanması gibi birçok eski sözcük yerine arı ve yeni Türkçe sözcüklere yer verilmiştir.

Acentelik ile ilgili hükümlerin dil ve ifade yönünden ele alınmasında Türk Medeni Kanunu'nda geçen sözcük ve terimlerin esas alındığı belirtilmektedir⁴. Ayrıca TTK'nin kanunlaşmasından kısa bir süre önce 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu TBMM tarafından kabul edildiğinden, bu kanunda geçen terimlere de yer verilmesi amacıyla birçok önerge verilmiştir. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu ile de dil, ifade ve sistematik uyumun sağlanmasına çalışılmış, bu kanunda kullanılan terim ve müesseseler de TTK'ye yansıtılmıştır. Örneğin, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 520 ve devamı maddelerinde tellâllık yerine aynı terimi karşılamak üzere simsarlık kullanılmış, buna paralel olarak acentenin tanımlandığı 102. maddenin 2. fıkrasında aynı terime yer verilmiştir⁵. Yine, Borçlar Kanunu'nda muhik sebep yerine haklı fesih ibaresi⁶, acentelik sözleşmesinin sona erme sebeplerini düzenleyen 121. maddede kullanılmaktadır.

² Arkan, S.: Ticarî İşletme Hukuku, 15. B., Ankara 2011, s. 16.

³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bahtiyar, M.: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kasım/Aralık 2005, S. 61, s. 47 vd.; Bahtiyar, M.: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili ve İfadeleri Yönünden Değerlendirilmesi", *Legal Hukuk Dergisi*, 2005, S. 31, s. 2457 vd.

⁴ Nitekim, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın genel gerekçesinde, hukuk terimlerinin arılaştırılmasında ...sayılı Türk Medeni Kanunu'nun esas alındığı belirtilmektedir (Bkz., TC Adalet Bakanlığı, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara 2005, s. 334 vd).

⁵ Ancak, TTK'nin 102 vd. maddelerinde "acente" terimi yer alırken, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 147/f.1, b-5'te "acenta" sözcüğü geçmektedir. Dolayısıyla "acente" açısından her iki kanunda terim birliği sağlanmadığı görülmektedir. Bu noktada "acente" teriminin kullanılmasının daha doğru ve yerinde olduğunu belirtelim (bkz. Can, O.: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelikte Rekabet Yasası Anlaşması, Ankara 2011, s. 41, dn. 136). Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun 547. maddesinde, ticari mümessil yerine ticari temsilci terimine yer verilmiş olmasına rağmen, TTK m. 102 (1) 'de ticari mümessil terimi kullanılmıştır. Öğretide bu durumun dikkatten kaçtığı ileri sürülmektedir (bkz. Kendigelen, A.: Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 84).

⁶ Bkz. m. 435, 437, 438, 439, 453, 629, 639.

Sonuç olarak, 6102 sayılı TTK dil ve ifade yönünden incelendiğinde, kanunun genelinde olduğu gibi, acentelik hükümlerinde de hedeflenen sadeleştirilmenin çok büyük oranda gerçekleştiği, bunun da Türk hukuk sistemi açısından yerinde olduğu belirtilmelidir.

III. Acentelik İle İlgili Hükümlerin Sistematik Yönünden Değerlendirilmesi

Acentelik ile ilgili hükümler, TTK'nin birinci kitabının 7. kısmında 102 ila 123. maddeleri arasında 23 maddede düzenlenmiştir⁷. 120, 122 ve 123. maddelere ilk defa yer verilmiş, ancak 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun sistematiği neredeyse aynen takip edilmiştir. Beş maddede içeriğe yönelik değişiklik, dört maddede küçük değişiklikler, on maddede ise metnin dili güncelleştirilmiştir⁸.

7. kısım hükümleri sistematik açıdan incelendiğinde, acentenin tanımı, hükümlerin uygulanma alanı, inhisar, acentenin yetkileri, borçları, acentenin hakları, sözleşmenin sona ermesi ve sona ermeden sonra gündeme gelebilecek olan denkleştirme istemi ve rekabet yasağı anlaşması şeklinde düzenleme yapıldığı, bu haliyle 7. kısımda yer alan hükümlerin kendi içinde sistematik bir bütünlükte kaleme alındığı görülmektedir.

B. ACENTE LİK İLE İLGİLİ HÜKÜMLERDEKİ DEĞİŞİKLİKLER⁹

I. 102. Madde ve Değişiklikler

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun acenteyi tanımlandığı 116. maddesinde, acentenin işletme adına sözleşme yapacağı yazılı idi. Yeni TTK'de, yerinde bir değişiklik yapılarak, acentenin, sözleşmeyi işletme adına değil, tacir adına yapacağı ifade edilmiştir.

Acentenin tanımının yapıldığı 102. maddeye yeni bir fıkra eklenmiştir. Günümüzde acentelik sözleşmesi en fazla taşıma, deniz ticareti, sigorta ve turizm gibi alanlarda yapılmaktadır ve söz konusu alanlarda özel düzenlemeler mevcuttur¹⁰. Bu fıkranın neden eklendiğine ilişkin gerekçede bir açıklama bulunmamakla birlikte, bu alanlardaki kanunî düzenlemeler ile Türk Ticaret Kanunu hükümleri arasındaki ilişkinin ortaya konması amacıyla hükmün sevk edildiğini düşünmekteyiz. Hükümde geçen “gibi” sözcüğü, bu alanları sınırlamadığından, örneğin PTT acentelikleri¹¹ ile ilgili özel düzenlemeler de TTK karşısında saklı olacaktır.

II. 103. Madde ve Değişiklikler

Sigorta şirketleriyle ve sigorta ettirenle sürekli bir ilişki içinde bulunmayan araçlara, sürekli ilişkinin varlığının bir tanım unsuru olduğu acente hakkındaki hükümlerle

⁷ Hâlen yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ise acenteliğin düzenlendiği 8. Kısımda, 19 madde bulunmaktadır. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 7. kısmında ticaret işleri tellallığı bulunurken, yeni Kanunda buna yer verilmediğinden 7. kısımda acentelik hükümleri düzenlenmiştir.

⁸ Acentelik ile ilgili hükümlerdeki değişiklik ve yenilikler hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kendigelen:** s. 83 vd.

⁹ Bu başlık altındaki incelemelerimizde, her bir maddede yapılan değişikliklere yer verilmeyecek, sadece önem arz eden hususlara değinilecektir.

¹⁰ Turizm alanında 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu; sigortacılık alanında 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu ve deniz ticaretinde Gemi Acenteleri Yönetmeliği bulunmaktadır.

¹¹ PTT Acentelikleri Yönetmeliği için bkz.16.6. 2007 tarih ve 26554 sayılı Resmi Gazete.

rin uygulanmasının uygun olmayacağı gerekçesiyle, sigorta sözleşmesinin kurulması hususunda aracılık edenlere ilişkin 2. fıkra hükmü, yeni kanuna alınmamıştır.

Ancak bu kısım ile ilgili olarak asıl değinilmesi gereken husus, 103. maddede sayılanlara kanunda ilk defa hükme bağlanmış olan denkleştirme istemi ve rekabet yasağı anlaşılmasına ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Buna ilişkin olarak aşağıda¹², ayrıntılı olarak açıklama yapılacaktır.

III. 105. Madde ve Değişiklikler

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 119. maddesinde, sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı acentenin, müvekkili adına dava açabileceği, benzer şekilde, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılacağı, bu hükme aykırı şartların geçersiz olduğu belirtilmiştir. Aynı ilke yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 105. maddesinde benimsenmekle birlikte sadece yabancı tacirler adına faaliyette bulunan acentelere ilişkin sözleşmelerde aksine bir düzenleme yapılamayacağı öngörülmüştür (TTK m. 105.2). O halde, yerli tacirler adına acentelik yapılması halinde, acentenin, müvekkili adına dava açabilmesinin veya kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilmesinin sözleşme ile engellenebileceği sonucu çıkmaktadır. Fakat müvekkil ve acentenin aralarında kararlaştırdığı ve 3. kişilerin müvekkile izafeten acenteye karşı dava açamayacağına ilişkin bir sözleşme hükmü, 3. kişiler için bağlayıcı olmamalıdır. Dolayısıyla yerli acentelerle yapılacak aksi düzenlemenin, sadece acentenin, müvekkili adına dava açması hususunu ortadan kaldıracığı ifade edilmelidir¹³.

Ayrıca, acentelerin ad ve hesabına hareket ettikleri kimselere karşı Türkiye'de açılacak olan davalar sonucunda alınan kararların acentelere uygulanmayacağına ilişkin Yargıtay uygulamasında istikrar kazanmış olan ilke, yerinde olarak, 105. maddesinin 3. fıkrasında hükme bağlanmıştır.

IV. 108. Madde ve Değişiklikler

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre yetkisiz veya yetkisini aşan acentenin sözleşme yaptığını öğrenen müvekkil, sözleşmeye icazet vermediğini derhal bildirmez ise yapılan sözleşme ile bağlı kabul edilirken, yeni düzenlemeyle, müvekkilin sözleşmeyi haber alır almaz icazet verebileceği, açıkça icazet vermediğini bildirmesi veya hiçbir bildirimde bulunmaması (susması) halinde kendisinin sözleşme ile bağlı olmayacağı kabul edilmiştir. Müvekkilin bağlı olmadığı bir sözleşmeden dolayı ise, bizzat acente sorumlu tutulmuştur. Bu düzenleme tarzı ile müvekkilin sessiz kalmasının hukuki sonucu farklı şekilde düzenlenmiştir. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 46. maddesinin 1. fıkrasına göre, bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar. Yine anılan Kanunun 47. maddesinin 1. fıkrasına göre, temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir. Dolayısıyla Borçlar Kanunu'daki temsile ilişkin hükümler paralelinden yapılan düzenleme Borçlar Kanunu hükümleri ile de uygun hâlde getirilmiştir.

V. Acentenin Ücret Hakkına İlişkin Değişiklikler

Acentenin ücret hakkına ilişkin değişiklikte acenteyi koruma amacı ön planda tutulmuştur. Öncelikle, ücrete hak kazandıran işlemler açısından mevcut kanundan daha geniş bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, acentenin, doğrudan kendi yaptığı

¹² Bkz. C. II ve C. III başlıkları altında yazılanlara.

¹³ Bkz. **Kendigelen**: s. 86-87 ve sayfa 86'daki dn. 60.

işlemlerin yanında kendi çabasıyla müvekkiline kazandırdığı müşterilerle yapılan işlemlerden dolayı ücrete hak kazandığı belirtilmiş, bundan başka, bazı şartlarda acentelik ilişkisinin sona ermesinden sonra kurulan işlemler için de ücrete hak kazanılacağı ilk kez hükme bağlanmıştır (TTK m. 113.3).

Ayrıca, TTK'nin 113. maddesinin son fıkrasında, acentenin müvekkilinin talimatına uygun olarak tahsil ettiği paralar için de tahsil komisyonu isteyebileceği düzenlenmiştir. Bu haliyle hüküm, acente lehine olup, Türk hukuku için yenilik taşımaktadır.

Ücret hakkına ilişkin olarak acente, kurulan işlem yerine getirildiği anda ve ölçüde ücrete hak kazanır. Taraflar bu kuralı acentelik sözleşmesiyle değiştirebilir; ancak müvekkil işlemi yerine getirince, acente, izleyen ayın son günü istenebilecek uygun bir avansa hak kazanır. Her hâlde acente, üçüncü kişi kurulan işlemi yerine getirdiği anda ve ölçüde ücrete hak kazanır.

Acentenin ücretinin ödenme zamamı ile ilgili de önemli değişiklikler yapılmıştır. Buna göre, acentenin hak kazandığı ücretin, doğumu tarihinden itibaren en geç üç ay içinde ve her hâlde sözleşmenin sona erdiği tarihte ödenmesi gerekir. Ücret istemi, muacceliyeti ve hesaplanması bakımından önemli olan bütün konular hakkında acente bilgi istediği takdirde müvekkil bu bilgileri vermek zorundadır. Ayrıca acente, ücrete bağlı işlemlere ilişkin defter kayıtlarının suretlerinin de kendisine gönderilmesini müvekkilinden isteyebilir. Müvekkil, defter suretini vermektan kaçınırsa ya da defterlerin doğruluğu ve tamlığı konusunda kuşku duymayı gerektiren haklı nedenler varsa, acente, ticarî defter ve belgelerin ilgili kısımlarını ya kendisi inceler ya da bir uzmana inceletebilir. Müvekkil buna izin vermezse mahkeme, sorunu duruma en uygun şekilde karara bağlar. Ayrıca ücretin ödenmesine ilişkin bu hükümlerin aksinin kararlaştırılması acentenin aleyhine olduğu ölçüde geçersizdir.

VI. 120. Madde ve Değişiklikler

Acentenin haklarını korumak amacıyla getirilen bir diğer hüküm 120. maddedir. Bu hükme göre, müvekkil, acenteye mallarla ilgili belgeleri vermek; acentelik sözleşmesinin yerine getirilmesi için gerekli olan hususları ve özellikle iş hacminin acentenin normalde bekleyebileceğinden önemli surette düşük olabileceğini bildirmek; acentenin yaptığı işleri kabul edip etmediğini ya da yerine getirilmediğini uygun bir süre içinde bildirmek; acentenin istemeye hak kazandığı ücreti ödemek; ücret, avans ve olağanüstü giderler hakkında 20 nci madde hükümlerine göre faiz ödemek zorundadır.

Ayrıca bu maddeye aykırı şartların acente aleyhine olduğu ölçüde geçersiz olduğu belirtilmek suretiyle, hükmün emredici niteliği ortaya konmuştur.

VII. 121. Madde ve Değişiklikler

121. maddede acentelik sözleşmesinin sona erme sebepleri düzenlenmiştir. 6762 sayılı TTK ile paralel şekilde düzenleme içeren 121. maddede, yürürlükteki kanundan farklı olarak, belirli süre için yapılan bir acentelik sözleşmesinin, süre dolduktan sonra uygulanmaya devam edilmesi hâlinde, sözleşme belirsiz süreli hâlde geleceği düzenlenmiştir (TTK m. 121.2).

VIII. Denkleştirme İstemine İlişkin Değişiklikler

Denkleştirme istemi esasında hukukumuzda yabancı değildir. Daha önce Yargıtay uygulaması ile kabul edilmiş olan denkleştirme talebi, ilk defa 5684 sayılı Sigorta-

çılık Kanunu'nda¹⁴ hükme bağlanmış daha sonra ise, genel hüküm niteliğinde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükmü olarak 122. maddede yer bulmuştur.

Denkleştirme istemi¹⁵ (Ausgleichsanspruch), acentenin oluşturduğu müşteri çevresinden, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra artık yararlanamayacak olması nedeniyle uğradığı kayıp ile müvekkilin aynı müşteri çevresinden sözleşmenin sona ermesinden sonra da yararlanmaya devam etmesi nedeniyle elde ettiği kazancın denkleştirilmesi için yapılan bir talep¹⁶, kısaca, yaratılan müşteri çevresinin bir bedeli¹⁷ (*Vergütung*) olarak görülmektedir.

TTK m. 122 uyarınca, denkleştirme isteminde bulunabilmek için, müvekkil, acentenin elde ettiği yeni müşterilerden acentelik sözleşmesinden sonra da önemli bir yarar sağlamalı, acente, sözleşmenin sona ermesi nedeniyle bir ücret kaybına neden olmalı ve somut olayın özellik ve şartları değerlendirildiğinde, acenteye bir denkleştirme talebinin ödenmesi hakkaniyete uygun olmalıdır. Ayrıca bu istem, acentelik sözleşmesi sonrasında olmak üzere, bir yıl içinde ileri sürülmelidir (TTK m. 122.5). TTK'nin 122. maddesinin son fıkrasında, hükmün hakkaniyete aykırı düşmedikçe tek satıcılık ile benzeri diğer tek haklı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi halinde de uygulanacağı belirtilmiştir.

IX. Rekabet Yasası Anlaşmasına İlişkin Değişiklikler

Türk hukukunda ilk kez hükme bağlanmış olan 123. madde hükmü, acenteyi korumak amacıyla Alman Ticaret Kanunu'nun 90a maddesinden alınmıştır. Hüküm, esasında Avrupa Birliği'nin 18.12.1986 tarih ve 86/653 sayılı Yönergesi'ne uyumludur.

TTK m. 123 uyarınca, acentenin sözleşme sonrası zaman için ticarî faaliyetlerini sınırlandıran anlaşmanın yazılı olması ve anlaşma koşullarını içeren imzalı bir belgenin müvekkil tarafından acenteye verilmesi gerekir¹⁸. Anlaşma, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren en fazla iki yıl süreli olabilir. Bu anlaşma ile yalnızca acenteye özgülenmiş bölge veya müşteri çevresi ve acentenin müvekkili için aracılık veya sözleşme yapmakla görevli olduğu işlemlere ilişkin konularda sınırlama getirebilir. Müvekkilin, rekabet sınırlandırması süresi için acenteye uygun bir tazminat ödemesi öngörülmüştür. Müvekkil, vazeçme beyanından itibaren alt ay geçtikten sonra tazminat ödeme borcundan kurtulmak şartıyla, sözleşme ilişkisi sona erinceye kadar rekabet sınırlandırmasından yazılı olarak vazeçebilir. Taraflardan biri, diğer tarafın kusurlu davranışı nedeniyle haklı sebeple sözleşme ilişkisini feshederse, fesihten itibaren bir ay

¹⁴ Sigortacılık Kanunu'nun 23/16. maddesinde yer alan hüküm şu şekildedir: “Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra sigorta şirketi sigorta acentesinin portföyü sayesinde önemli menfaatler elde ediyor ve hakkaniyet gerektiriyorsa, sigorta acentesi, sigorta şirketinden tazminat talep edebilir.”

¹⁵ Denkleştirme isteme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinalp, Ü.**: “Türk Hukukunda Acentanın Portföy Akçası Talebi”, Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, s. 1 vd.; **Erdem, H. E.**: “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, 2003, C. 1, s. 91 vd.; **Karasu, R.**: “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Acentanın Denkleştirme Talebi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C. 57, S. 4, s. 283 vd.; **Dural, H. A.**: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Uyarınca Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkının Maddi Şartları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C. 1, s. 303 vd.; **Ayan, Ö.**: Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, Ankara 2008.

¹⁶ **Tekinalp**: s. 12; **Erdem**: s. 91; **Karasu**: s. 288; **Ayan**: s. 103.

¹⁷ **Hopt, J. K.**: Handelsvertreterrecht, §§ 84 - 92c, 54, 55 HGB mit Materialien, 3. Auflage, München 2003, § 89b Nr. 2- 3; BGHZ 29, s. 83; **Arkan**: s. 215; **Erdem**: s. 91.

¹⁸ Rekabet yasağı anlaşması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Can**: s. 59 vd.

içinde yazılı bir beyanda bulunmak suretiyle, rekabet yasağı anlaşmasından kurtulabilir. Hükümün son fıkrasında ise, maddeye aykırı şartların, acentenin aleyhine olduğu ölçüde geçersizliği vurgulanmıştır.

TTK'nin 123. maddesine göre, rekabet yasağı anlaşmasının tarafları, acente ve müvekkildir¹⁹. Acente ile müvekkil arasında imzalanan anlaşmanın, acentelik ilişkisi sırasında ancak acentelik sözleşmesi sonrası için acentenin rekabette bulunmasını yasaklaması gerekir²⁰. Ayrıca, acentenin sözleşme sonrası için kanunî bir rekabet yasağı bulunmadığından, rekabet yasağı anlaşması, acente ile müvekkilin bunu kararlaştırdığı halde söz konusu olabilir²¹.

C. ACENTENİN DENKLEŞTİRME İSTEMİNE VE REKABET YASAĞI ANLAŞMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NUN 103.1. MADDESİNDE SAYILANLAR HAKKINDA UYGULANIRLIĞI SORUNU

I. Genel Olarak

TTK'nin "Uygulama Alanı" kenar başlığını taşıyan 103.1. maddesinde, özel kanunlardaki hükümler saklı olmak üzere, acentelik ile ilgili Yedinci Kısım hükümlerinin, sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili bulunanlar ile Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanlar hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir²². Bu madde, TTK madde 102.1.'de sayılan unsurların²³ tamamına sahip olmadığı için acente sayılmayan bazı kimselerle yapılan iş görme sözleşmelerine de acentelik hakkındaki hükümlerin uygulanmasını sağlamaktadır²⁴. Böy-

¹⁹ **Can:** s. 64.

²⁰ **Can:** s. 64.

²¹ **Canaris, C. W.:** Handelsrecht, 24. Auflage, München, 2006. s. 277; **Schöder, G.:** Recht der Handelsvertreter, Gesetz zur Änderung des Handelsgesetzbuches vom 6. August 1953, Berlin-Frankfurt, 1953, § 90a Nr. 8; BGH NJW 1993, 1786, 1787.

²² Bu hüküm, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (eTTK), 117. maddesinde de yer almaktaydı. Ancak sigorta sözleşmelerinin kurulması hususunda aracılık edenlere ilişkin 117. maddenin 2. bendi, anılan kişilerin ne sigorta şirketleriyle ne de sigorta ettirenle sürekli bir ilişki içinde bulunmadığı, sürekli ilişkinin varlığının bir tanım unsuru olduğu acente hakkındaki hükümlerin bu kimselere uygulanmasının uygun görülmeceği gerekçesiyle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na alınmamıştır (bkz. **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve TBMM Adalet Komisyonu Raporu**, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2007, s. 101).

²³ TTK'nin 102. maddesinin 1. fıkrasında acente; *ticarî mümessil, ticarî vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı hukukî konumu haiz olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticarî işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimse* olarak tanımlanmıştır. Bu maddeye göre, acentenin unsurlarını tacirin bağımsız yardımcıları olmak, bir ticarî işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmek veya bunları tacir adına yapmak, süreklilik, aracılık veya sözleşme yapma işini meslek şeklinde icra etmek şeklinde sıralayabiliriz (Acente ve unsurları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Arkan:** s. 198 vd.; **Ayhan, R./Özdamar, M./Çağlar, H.:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2011, s. 314 vd.; **Karahan, S.:** Ticari İşletme Hukuku, 22. Baskı, Konya 2011, s. 321 vd.; **Bozer, A./Göle, C.:** Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2011, s. 103 vd.; **Bilgili, F./Demirkapı, E.:** Ticaret Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Bursa 2012, s. 122 vd.

²⁴ **Karayalçın, Y.:** Ticaret Hukuku Dersleri, C. I, Giriş, Ticarî İşletme, 3. Baskı, Ankara, 1968, s. 517; **Arkan:** 2011, s. 225.

lece, sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili olanlarla, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanların acentelik hükümlerinden yararlandırılması amaçlanmaktadır.

Gerçekte, bir sözleşmeyi kendi adına fakat başkası hesabına yapan kimseler, dolaylı temsil yetkisine sahiptir ve Türk Borçlar Kanunu'nun 532. maddesi gereği, komisyoncu durumundadır²⁵. Ancak, müvekkilleri hesabına, kendi adlarına devamlı surette faaliyet bulunan kimseler, öğreti tarafından komisyoncu-acente (kommissionsagent) olarak adlandırılmaktadır²⁶. Komisyoncu acenteler, sürekli²⁷ nitelikte faaliyette bulunduğundan, hukuki yönden haklarının korunmalarını sağlamak amacıyla acentelik hükümlerine tâbi tutulmuştur. Çünkü kanun koyucu tarafından, gerek yerli gerek yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına sözleşme yapma yetkisi bulunanların, yani komisyoncu acentelerin, komisyon hükümleri yerine acentelik hükümlerinden yararlanmasının daha yerinde olacağı düşünülmüştür²⁸. Diğer taraftan, bu tür komisyoncu acentelerin, acentelik hükümlerine tâbi tutulması sayesinde, komisyoncu acente ile işlem yapan Türk vatandaşlarının da etkin şekilde korunması amaçlanmıştır. Eğer, sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yap-

²⁵ **Kınacıoğlu, N.:** Acente ve Acentelik Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara 1963, s. 22; **Arkan:** s. 225; **Kayhan, Ş.:** Acentelik Sözleşmesi, 3. Baskı, Ankara 2008, s. 69; **Hopt:** § 84 Nr. 18; **Brox, v. H.:** Handelsrecht und Wertpapierrecht, 17. Auflage, München 2004, s. 105; **Lowisch, G.:** HGB, Handelsgesetzbuch Bd. 1, §§ 1- 342a Kommentar, (hrsg. von Boujong, K/Ebenroth, C. H./Jost, D.), München 2001, § 84, Nr. 70; BGH Urt. v. 26.9.1980- I ZR 119/78, BGHZ 79, 89, 97= NJW 1981, 918; RGZ 69, 363, 365.

²⁶ **Tekinalp, G.:** Acenta Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilafı Kuralı, 1. Baskı, İstanbul 1972, s. 17; **Karayalçın:** s. 717; **Kayhan:** s. 69; **Lowisch:** § 84, Nr. 70; **Hopt:** § 84 Nr. 19; **Brox:** s. 105.

²⁷ Bu noktada, gerek acentenin tanımında gerek 103. maddede geçen "süreklilik" ifadesi ile ne kastedildiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. TTK'nin 102. maddesinin 1. fıkrasında yer alan ve acentenin bir unsuru olan "süreklilik" ile hem, acente ile müvekkili arasındaki sözleşmenin sürekli bir sözleşme ilişkisi, hem acentenin, faaliyetini arzı (geçici, tesadüfî, rastlantı gereği) olarak yerine getirmemesi, önceden belirlenmemiş sayıdaki hukuki ilişkilere aracılık etmesi ya da müvekkili adına belirsiz sayıda sözleşme akdetmesi anlaşılmalıdır (**Brox:** s. 104; **Kayhan:** s. 36). Fakat, sürekliliğin var olabilmesi için, önceden belirlenmemiş sayıdaki hukuki ilişkilere aracılık etme ya da müvekkili adına belirsiz sayıda sözleşme akdetme, yalnızca sürekli bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde icra edilmelidir. Eğer, sürekli bir sözleşme ilişkisi yoksa, üçüncü kişilerle ne kadar çok sayıda işlem yapılırsa yapılsın, her bir işlem bağımsız işlem olacak, başka bir ifadeyle, işlemler, geçici (arızı, tesadüfî) nitelik taşıyacaktır. O halde, "süreklilik" ibaresini, sürekli bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde çok sayıda işlem yapmak şeklinde anlamak daha yerinde olacaktır. Diğer yönden, geçicilik (arızilik) ise, sürekliliğin karşısı, yani müvekkille sürekli bir sözleşme ilişkisi bulunmaksızın üçüncü kişilerle bir veya birden fazla işlem yapmaktır. Süreklilik ve geçicilik, belirttiğimiz şekilde anlaşılırsa, örneğin bir yıl boyunca, üçüncü kişilerle tek bir işlem yapılırsa dahi, ortada acentelik ilişkisi bulunabilecektir. Başka bir ifade ile belirtecek olursak, acente ile müvekkil arasında sürekli bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı bir durumda, üçüncü kişilerle sayısız işlem de yapılırsa, ortada süreklilik değil, geçicilik (arızilik) söz konusu olacaktır.

²⁸ **Arkan:** s. 225-226; **Kayhan:** s. 69. "...yerli veya yabancı bir işletme hesabına ve fakat kendi adına mukaveleler yapmaya daimi olarak selâhiyetli kılınmış bulunan kimselerin bilhassa müvekkillerine karşı olan hukuki durumlarını vekâlet akdinin unumi hükümlerine bırakmak iktisadi ihtiyaçlara kâfi gelmediğinden bunların da acentelik hakkındaki hükümlere tâbi tutulmaları uygun görülmüştür." TBMM AE Mazbatası, Gerekeç, s. 369.

maya sürekli olarak yetkili bulunan kimseler acentelik hükümlerine tâbi tutulmasaydı, Türk vatandaşı üçüncü kişilerce, TTK madde 105.2'ye²⁹ dayanarak müvekkillere izafeten, bu kimseler aleyhine dava açılması mümkün olamazdı³⁰. Madde 103.1. sayesinde, sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili bulunanlarla işlem yapan Türk vatandaşları, müvekkillere izafeten anılan kimseler aleyhine dava açabileceklerdir³¹.

Aynı şekilde Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanların da acentelik hükümlerinden yararlandırılmasının nedeni, bu kimselerin ve Türk vatandaşlarının korunmasını sağlamaktır³². Esasında, tacir ad ve hesabına sürekli nitelikte işlem yapan kimseler acente konumunda olacaktır. Buna karşın, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde geçici³³ (arızı, rastlantı gereği, tesadüfî) nitelikte işlemlerde bulunanlar, acente konumunda değildir. Esas olarak, geçici nitelikteki işlemlerde acentelik hükümleri değil, vekillik hükümleri geçerlidir. Ancak hüküm, işlemlerin veya faaliyetlerin sürekliliği veya geçiciliği açısından bir ayırım yapmadan, geçici nitelikteki işlemlerde de acentelik hükümlerinin uygulanmasını öngörmüştür³⁴. Bu noktada, sigorta mukavelelerinin akdi hususunda aracılıkta bulunanlara, sürekli ilişkinin varlığının bir tanım unsuru olduğu acente hakkındaki hükümlerin uygulanmasının uygun görülmemesi gerekçesiyle TTK'nin 103.1. maddesinde yer verilmemesine rağmen, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde geçici (arızı, rastlantı gereği, tesadüfî) nitelikte işlemlerde bulunanların, 103.1. maddesinin (b) bendi dışında tutulmaması, kanun koyucu tarafından, bu kimselere acentelik hükümlerinin uygulanmasının istendiği şeklinde yorumlanabilir. Böylece, Türkiye

²⁹ TTK madde 105 (2) hükmü şöyledir:

“Bu sözleşmelerden doğacak uyumsuzlıklardan dolayı acente, müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme aykırı şartlar geçersizdir”.

³⁰ Çünkü komisyoncunun yaptığı işlemler sürekli nitelikte olsa da, müvekkil adına işlem yapılmadığından, müvekkile karşı dava açılması mümkün değildir. Bu yüzden, 103 (1). madde, esasında komisyoncu niteliğinde olan bu kimselerin acentelik hükümlerine tâbi tutulmasını sağlamak suretiyle, müvekkillere izafeten, anılan kimseler aleyhine dava açılmasını sağlamıştır.

³¹ Bu hususta verilmiş kararlar için bkz. YHGK, 22.9. 1978 T., E. 77/II-1012, K. 78/760; Y. 11 HD, 16-3-1972 T., E. 1972/1233, K. 1972/1287 (Doğanay, İ.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.1, 3. Baskı, Ankara 1990. s. 500, dn. 711) ; 11. HD., 20.1.1983 T., E. 1982/5392 K. 1983/103 (YKD, 1983, C.9, S.4, s. 553). Ayrıca 103 (1). madde, müvekkillere izafeten bu kimselere karşı açılacak davaların Türk mahkemelerinde görülmesini de sağlamakta ve bu yolla Türk vatandaşlarının korunmasını sağlamaktadır (Arkan: s. 215).

³² **Kayihan:** s. 75.

³³ Yukarıda da ifade edildiği üzere, geçicilik ile kastedilen, taraflar arasında sürekli bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hallerde, müvekkil adına ve hesabına yapılan bir veya birden fazla işlemdir. Dolayısıyla, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde geçici nitelikte işlemlerde bulunanları, müvekkille sürekli bir sözleşme ilişkisi ile bağlı olmayan, müvekkilin münferit işlemlerini yürütenler şeklinde anlamak gerekir.

³⁴ Sürekli bir ilişkinin varlığı dikkate alınarak kabul edilen acentelik hükümlerinin geçici nitelikteki ilişkilerde de uygulanmasına yönelik eleştiriler için bkz. **Kalpsüz, T.:** “Müvekkillere İzafeten Acentalara Karşı Dava Açılması ve Takip Yapılması”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Dergisi, 1983, C. 12, S. 1, s. 7-8; **Arkan:** s. 226; **Karayağçın:** s. 521.

Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde geçici (arızı, rastlantı gereği, tesadüfî) nitelikte işlemlerde bulunan geçici vekillere de acentelik hükümlerinin uygulanması sonucunda, bu kimselerin de acentenin koruyucu hükümlerinden yararlanması mümkün olacaktır. Diğer taraftan TTK'nin 103.1.maddesinin (b) bendi sayesinde, bu kimselere karşı aracılık veya imzalandıkları sözleşmelerden dolayı müvekkillerine izafeten dava da açılabilir. Dolayısıyla hüküm hem Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanların acenteliğin koruyucu hükümlerinden yararlanmasının yolunu açmakta hem dava hakkının kullanılması açısından Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirlerle işlem yapan Türk vatandaşlarını korumaktadır. Ancak sadece TTK madde 105.2. değil, acenteliğe ilişkin diğer hükümler de 103.1. maddede sayılanlar hakkında uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla bu tür geçici vekil ile merkezi yabancı memlekette bulunan ticari işletme arasındaki iç ilişkide de acenteliğe ilişkin diğer hükümler uygulanacaktır³⁵.

II. Denkleştirme İstemini Düzenleyen 122. Maddenin TTK'nin 103. Maddesinde Sayılanlar Hakkında Uygulanabilirliği Sorunu

103. maddenin sırf lafzına bağlı kalındığında, acentelik ile ilgili Yedinci Kısım hükümleri içinde yer alan ve denkleştirme istemini düzenleyen 122. maddenin sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili bulunanlar ile Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanlar hakkında da uygulanacağı sonucuna varılabilir³⁶. Ancak, 122. maddenin son fıkrası göz önüne alındığında, bir an için bu kabul tereddütü karşılanabilir. Anılan hükme göre, denkleştirme istemi, hakkaniyete aykırı düşmedikçe, tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi halinde de uygulanacaktır. O halde, bu noktada yanıtlanması gereken soru, salt 103.1. madde gereği, sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili bulunanlar ile Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanlar, 122. maddenin 1 ilâ 4. fıkralarındaki koşulları taşıdıkları anda mı denkleştirme isteminden yararlanacaktır, yoksa 122. maddenin son fıkrasının da göz önüne alınması gerekli midir? Başka bir ifadeyle, TTK madde 103.1.'de belirtilenlerin denkleştirme isteminden yararlanabilmeleri için tekel hakkı veren sürekli bir sözleşme ilişkisi ile bağlı olmaları aranacak mıdır?

Öncelikle belirtilmelidir ki, denkleştirme isteminde bulunabilmek için 122. maddenin 1 ilâ 4. fıkralarındaki koşulların sağlanması gerekmektedir. Dolayısıyla, 1 ilâ 4. fıkralar denkleştirme isteminin koşullarını belirlemektedir. Son fıkra ise, koşulları sayılmış olan denkleştirme isteminin acentelik dışındaki diğer sözleşme ilişkilerinde de uygulanacağını belirten bir hükümdür. 5. fıkra, acentelik dışındaki sözleşmelerde de denkleştirme isteminin yolunu açan hüküm niteliğinde olduğundan, 103.1. maddede belirtilenlerin de denkleştirme isteminden yararlanabilmeleri için tekel niteliğinde sürekli bir sözleşme ilişkisinin varlığının gerektiği ileri sürülebilir. Bu görüşü destekle-

³⁵ Doğanay: s. 501.

³⁶ Alman hukukunda, HGB'nin 89b paragrafında hükme bağlanmış olan denkleştirme isteminden komisyoncu acentelerin de yararlanacağı kabul edilmektedir (bkz. **Hoyningen-Heune, v. G.**, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, Erstes Buch, Handelsstand §§ 1–104, 2. Auflage, München, 2005, § 89b, Nr. 25; **Heymann, E./Sonnenschein, J./Weitemeer, B.**: Heymann Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), 2. Auflage, Berlin, 1995, § 84, Nr. 11; **Lowisch:** § 84 Nr. 71, § 89b Nr. 21).

mek için, aslında 122. maddenin son fıkrasının denkleştirme isteminin sadece acentelik gibi tekel hakkı veren sürekli sözleşmelerde uygulanabileceğini üstü kapalı olarak belirttiği, dolayısıyla tekel hakkı veren sürekli bir ilişkinin bulunmadığı hâllerde denkleştirme isteminin söz konusu olmayacağı dahi savunulabilir³⁷. Ayrıca tazminat acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalamasını aşamayacağını, sözleşme ilişkisi daha kısa süre devam etmişse, faaliyetin devamı sırasındaki ortalamanın esas alınacağını düzenleyen 122. maddenin 2. fıkrasının ve son fıkranın gerekçesinde yer alan “*Tek satıcının işletmeye bağlılığının acente düzeyinde olmadığı, tek satıcının daha bağımsız bir konumda bulunduğu itirazı, tek satıcının işletme ile arzi sınırını aşan iş yapılması olgusunun varlığı karşısında gücünü yitirir*” cümlesinin de sürekli bir faaliyeti esas aldığı ileri sürülebilir. Bu görüş kabul edildiğinde ise, madde 103.1’in uygulanmasında bir ayrıma gidilmesi, madde 103.1’in (a) bendi kapsamında, sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili bulunanlarla müvekkilleri arasında yapılan sözleşme tekel hakkı içeriyorsa, bu kişilerin denkleştirme isteminden yararlanabilmesi, tekel hakkı yoksa yararlanamaması sonucuna ulaşılması söz konusu olur. 103.1.maddenin (b) bendi açısından değerlendirme yapıldığında ise, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanların sürekli veya geçici nitelikte işlem yapabileceği, dolayısıyla geçici nitelikte işlem yapanların hiçbir şekilde, sürekli sözleşme ilişkisi kapsamında işlem yapanların ise sözleşmelerinin tekel hakkı içermesi koşuluyla denkleştirme istemi talep edebilecekleri sonucuna varılacaktır.

103.1. maddede sayılanların denkleştirme isteminde bulunabilmeleri bakımından 122. maddenin 1 ilâ 4. fıkralarındaki koşulları sağlamalarının yeterli olduğu, bu yüzden, 122. maddenin son fıkrasına göre bir değerlendirme yapılamayacağı kanaatindeyiz. Çünkü, her ne kadar TTK madde 103.1.’in (a) bendinde sürekli bir sözleşme ilişkisi açıkça belirtilse ve acentelikle ilgili Yedinci Kısım hükümlerinin sürekli olarak yetkili bulunanlar hakkında uygulanacağı kabul edilse dahi, TTK madde 103.1.’in (b) bendinde sürekli veya geçicilik (arızılık) yönünden ayırım yapılmadan acenteliğe ilişkin Yedinci Kısım hükümlerinin bunlar hakkında da uygulanması öngörülmektedir. Eğer, kanun koyucu, (b) bendi açısından sürekli bir ilişkinin varlığını gerekli görseydi, zaten 1. fıkrada olduğu gibi, süreklilik ibaresi hükümde açıkça yer alırdı. Ancak, kanun koyucu, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemde bulunanlar hakkında, bu işlemleri sürekli yapıp yapmamasını göz önüne almadan, acenteliğe ilişkin hükümlerin uygulanmasını emretmiştir. Dolayısıyla, 103.1. maddenin (b) bendi açısından böyle bir şart öngörülmemişken, denkleştirme istemi açısından da 122. maddenin son fıkrasındaki süreklilik unsurunu aramak mümkün olmamalıdır. Eğer, 103.1. maddede sayılanlar açısından denkleştirme istemi için 122. maddenin son fıkrasındaki koşulları ararsak, bu defa sürekli sözleşme ilişkisinden başka, tekel hakkı³⁸ veren bir sürekli sözleşme ilişkisini

³⁷ *KAYIHAN*, geçici (arzi veya tesadüfî) nitelikte işlem yapan kimselerin, sürekli olarak bu işi meslek edinmiş olan acentelere tanınmış olan bazı haklardan, örneğin, tekel ya da tazminat hakkından, faydalanmasının uygun olmayacağını ileri sürmüştür (**Kayihan**: s. 77). Ancak, 103 (1). maddede sayılanların acentelik hükümlerine tâbi tutulması öngörüldükçe, geçici veya sürekli ilişki ölçütü olarak alınmamıştır. Dolayısıyla, geçici nitelikte işlem yapanlar hakkında, acentelik hükümlerinden hangisinin uygulanacağına karar verilirken, sürekli ilişkinin varlığı bir koşul olarak aranmaz. Buna karşın, somut olayın özelliği gereği, geçici nitelikte işlem yapan kimselere acentelik hükümlerinden bazısının uygulanması mümkün olmayabilir.

³⁸ Tasarı’nın 122. maddesinin son fıkrasında “tekel hakkı” şeklinde bir ibare bulunmuyordu. Bu ibare, Meclis görüşmeleri sırasında önerge verilmek suretiyle eklenmiştir (bkz. **Şit, B./Gürel**,

de göz önüne almamız gerekecektir. Gerçi TTK madde 104³⁹ gereği, 103.1. maddede sayılanların da tekel hakkına sahip olduğu ileri sürülebilir. Ancak, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde geçici şekilde işlemde bulunanların tekel hakkının şüpheli görülmesi karşısında⁴⁰, 122. maddenin son fıkrası, 103.1. maddede sayılan kimselerin denkleştirme isteminden hiçbir şekilde yararlanamamasına yol açacaktır ki, 103.1. maddenin getiriliş amacı karşısında, bu görüşün savunulabilir yönü zayıf görünmektedir. Aksi takdirde, 103.1. maddede sayılanların denkleştirme isteminden yararlanma hakkı neredeyse imkânsız hâle gelecektir. Eğer madde 103.1.'deki düzenleme getirilmeseydi, bu maddede sayılanların denkleştirme istemi hakkının olup olmayacağı değerlendirilirken, 122. maddenin son fıkrasının göz önüne alınması gerekirdi. Fakat, 103.1. maddenin açık hükmü karşısında, 122. maddenin son fıkrasına göre değerlendirme yapılamaz. Acentelik dışındaki diğer sözleşmelerde aranacak olan tekel hakkı veren sürekli bir sözleşmenin varlığı koşulu, 103.1. maddede sayılanlar için söz konusu olmamalıdır. Çünkü, 103.1. madde, bu hükümde düzenlenen kişilere doğrudan doğruya acentelik hükümlerinin uygulanmasına yönelik bir düzenleme yapmıştır ve atf yapılan düzenleme 122. maddenin 1 ilâ 4. fıkralarıdır. Denkleştirme istemini düzenleyen 122. maddenin, tek satıcılık ile tekel hakkı veren sürekli sözleşmelere de uygulanacağını belirleyen son fıkraya hükmü ise, 103.1. maddede sayılanlar dışındaki kişiler bakımından geçerli kabul edilmelidir⁴¹. 103.1 maddenin (b) bendi süreklilik açısından bir ayrıma gitmediğinden, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde geçici (arızı) nitelikte faaliyet yürütenler de 122. maddenin son fıkrası göz önüne alınmadan, denkleştirme isteminde bulunabilir⁴². Son olarak, 103. maddedeki kişilere, müvekkile (tacire) ilişkin davaya muhatap olma gibi külfetleri yükleyip de acenteye tanınan denkleştirme istemi gibi nimetleri tanıtmamak, özellikle TTK'nin acenteyi koruyucu hükümlerinden yararlandırmamak için haklı bir gerekçe bulunduğunu düşünmüyoruz. Fakat, 103.1. maddede sayılanlar ve özellikle

M. (Derleyenler) "Yeni Türk Ticaret Kanunu İle Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a İlişkin TBMM Genel Kurul Görüşmelerinde Verilen Önergeler ve Gerekçeleri", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Dergisi, 2010, C. 26, S. 4, s. 253). 122. maddenin uygulama alanını, amaca uygun şekilde sınırlandırdığı gerekçesiyle "tekel hakkı" ifadesinin yerinde olduğu yönünde bkz. **Kendigelen:** s. 94, dn. 71.

³⁹ TTK madde 104.1. hükmü şu şekildedir:

"Yazılı olarak aksi kararlaştırılmadıkça, müvekkil, aynı zamanda ve aynı yer veya bölge içinde aynı ticaret dalı ile ilgili olarak birden fazla acente atayamayacağı gibi, acente de aynı yer veya bölgede, birbiriyle rekabette bulunan birden çok ticarî işletme hesabına acentelik yapamaz".

⁴⁰ Bkz. **Kayhan:** s. 77.

⁴¹ Nitekim, 122. maddenin son fıkrasında yer alan "de" sözcüğü bir taraftan, acenteler hakkında denkleştirme istemi için 122. maddenin 1 ilâ 4. fıkralarında düzenlenen hususların varlığının şart koşulduğunu teyit etmekte, diğer taraftan, tek satıcı ve benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinde denkleştirme isteminin yolunu açmaktadır. Bu bağlamda, 103.1. madde, acentelik hakkındaki hükümlerin uygulanmasını sağladığına göre, 103.1. maddede sayılanlar hakkında, acenteler hakkında denkleştirme isteminin koşullarını belirleyen 122. maddenin, 1 ilâ 4. fıkraları uygulama bulacaktır.

⁴² Sürekli bir sözleşme ilişkisi olan acentelik sözleşmesi süresince acente, üçüncü kişilerle piyasa koşulları gereği sadece bir işlem yapmış olabilir. Buna karşın, TTK madde 103.1.'in (b) bendinde belirtilen ve geçici nitelikte faaliyette bulunan kimseler, sürekli bir sözleşme ilişkisi olan acentelik sözleşmesi sırasında yapılandan daha fazla işlem de yapabilir. Dolayısıyla, 103.1. maddede sayılanlar hususunda, denkleştirme isteminin sadece sürekli bir sözleşme ilişkisi gereği olarak uygulanabileceğini söylemek mümkün gözükmemektedir.

de Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde geçici (arızı) şekilde işlem yapanların denkleştirme istemi değerlendirilirken, tekel hakkı veren sürekli bir sözleşme ilişkisi unsurları göz önüne alınmamalı, somut olayın özelliklerine göre, 122. maddenin 1 ilâ 4. fıkralarındaki koşullar varsa denkleştirme isteminden bu kimselerin yararlanması sağlanmalıdır.

III. Rekabet Yasağı Anlaşmasını Düzenleyen 123. Maddenin, TTK'nin 103. Maddesinde Sayılanlar Hakkında Uygulanabilirliği Sorunu

Sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili bulunanlar ile Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanlarla konusu rekabet yasağı olan bir anlaşma yapıldığında bu anlaşmanın, TTK madde 123'e tâbi olup olmayacağıın irdelenmesi gerekir.

TTK madde 103.1.'de, özel kanunlardaki hükümler saklı olmak üzere, acentelik ile ilgili Yedinci Kısım hükümlerinin, sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili bulunanlar ile Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanlar hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir. Rekabet yasağı anlaşmasına ilişkin 123. madde de, Yedinci Kısımda düzenlendiğinden, sırf 103.1. maddenin lafzına bağlı kalınarak, yukarıda belirtilenler hakkında da anılan maddenin uygulama bulacağı sonucuna varılabilir. Buna karşın, TTK'nin 123. maddesinde ifade bulan "acente" terimi ile, dar anlamda acentenin, yani, acentelik sözleşmesinin tarafı olan ve müvekkil karşısındaki kimsenin kastedildiği, kanun koyucunun, süreklilik unsurunu göz önünde tutarak, bu tür komisyoncu acentelere, acentelik hükümlerinin uygulanmasını uygun bulduğuna yukarıda değinilmiştir⁴³. Dolayısıyla, sürekli sözleşme ilişkisi niteliğindeki acentelik sözleşmesinden sonra da taraflarca kararlaştırıldığında uygulama alanı bulabilecek olan 123. maddenin, sürekli nitelikteki komisyoncu acentelere de uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz⁴⁴. Başka bir ifadeyle, sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili bulunanlarla müvekkilleri arasında yapılan ve konusu rekabet yasağı olan anlaşmalar 123. maddeye tâbi olacaktır. Buna karşın, sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir

⁴³ Bkz. Yukarıda C. I başlığı altında yazılanlara.

⁴⁴ İsviçre hukuk öğretisinde, acenteye ilişkin OR 418d Abs. 2'nin atfı dolayısıyla hizmet sözleşmesine ilişkin OR 340a hükmünün; Alman hukukunda ise, acenteye ilişkin HGB'nin 90a maddesinin kıyasen franchising ve tek satıcılık sözleşmelerindeki sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşmasına uygulanacağı kabul görmektedir (Meyer, C. A.: Der Alleinvertrieb, 2. Auflage, Zürich, 1992, s. 293; Gürzumar, O. B.: Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistemler" in Hukuken Korunması, 1. Baskı, İstanbul 1995, s. 176; Kırca, Ç.: Franchise Sözleşmesi, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 1997, s. 191; İşgüzar, H.: Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989, s. 167; Erdem: s. 100). Açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, rekabet yasağı anlaşmasına ilişkin hükmün sürekli borç niteliğinde olan tek satıcılık ve franchising sözleşmelerinde de kıyasen uygulanması kabul edilirken, 103.1. maddenin açık hükmü karşısında, rekabet yasağı anlaşmasına ilişkin 123. maddenin kıyasen değil, doğrudan uygulanması evlehiyetle kabul görmelidir.

hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili bulunmayanlarla yapılan rekabet yasağı anlaşması, 123. maddeye tâbi olmayacaktır.

103.1. maddenin (b) bendinde, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanlar da Yedinci Kısım hükümlerine tâbi olduğu belirtilmiştir. Ancak bu kimselerin faaliyetlerinin sürekli ve geçici (arızı, tesadüfi) olabileceği göz önüne alındığında, ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır.

Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanların faaliyetleri sürekli ise, bu kimselerin de acentelik hükümlerine tâbi olduğu kabul edilmiştir. Esasında, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanlar her ne kadar tacir ad ve hesabına işlem yapsa da bu işi meslek halinde yürütmediklerinde acente olarak nitelendirilemezler. Ancak, kanun koyucu, meslekî faaliyet unsurunu aramadan, yabancı ticarî işletmeler ad ve hesabına faaliyette bulunan yabancı veya Türk ticarî mümessil veya vekillerin yaptıkları hukukî işlemler nedeniyle, asıla izafeten ve onu temsilen kendisine acentelik hükümleri uygulanacak olan bu tür temsilcilere dava açılabilmesini amaçlamaktadır. Bunun yanında, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanlar, acenteliğe ilişkin koruyucu hükümlerden yararlanmayı da talep edebilecektir. Başka bir ifadeyle, bu hüküm, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanları da koruyucu niteliktedir. Dolayısıyla, sürekli şekilde bu işlemleri yapan kimselerle tacirler arasındaki konusu rekabet yasağı olan anlaşmaların da, müvekkil karşısında acenteyi korumak amacıyla getirilen 123. maddeye tâbi olması gerektiğini düşünmekteyiz.

Buna karşın, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanların faaliyetleri sürekli nitelikte değilse, bu kimselerle müvekkilleri arasında yapılan ve konusu sözleşme sonrası rekabet yasağı olan anlaşmalara 123. maddenin uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Her ne kadar, 103.1. maddenin sözü (lafzı), bu kimselere, Yedinci Kısımda düzenlenen 123. maddenin uygulanmasını öngörse de, rekabet yasağı anlaşmasını düzenleyen 123. madde, sürekli bir sözleşme ilişkisi içinde bulunan acentenin, ekonomik yönden daha güçlü olan müvekkiline bağımlılığından kaynaklanacak ve sözleşme özgürlüğünün aşırı derecede sınırlanmasına neden olacak olumsuz sonuçları önlemek amacıyla getirilmiştir⁴⁵. Dolayısıyla, 123. madde, sadece, sürekli bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu hâllerde ve sözleşmenin zayıf tarafını korumak amacıyla öngörülmüş bir düzenlemedir⁴⁶. Geçici nitelikteki ilişkilerde bulunanlar müvekkile nazaran zayıf sözleşme tarafı olsa dahi⁴⁷, ekonomik yönden sürekli sözleşme ilişkileri çerçevesinde bir bağımlılıkları söz konusu olmadığından, bu kimselerle müvekkilleri arasında yapılan ve konusu sözleşme sonrası rekabet yasağı olan anlaşmalara 123. maddenin uygulanması, hükmün getiriliş amacı çerçevesinde mümkün gözükmemektedir⁴⁸.

⁴⁵ **Can:** s. 37.

⁴⁶ **Can:** s. 40.

⁴⁷ Örneğin, bir simsar da tacire nazaran ekonomik yönden zayıf olabilir.

⁴⁸ İsviçre hukukunda acenteye ilişkin OR 418d Abs 2'nin atfı dolayısıyla hizmet sözleşmesine ilişkin OR 340a hükmünün; Alman hukukunda ise TTK madde 123'ün karşılığı olan HGB 90a maddesinin, sürekli sözleşme ilişkisi olan franchising ve tek satıcılık sözleşmelerindeki sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşmalarına da kıyasen uygulanacağı kabul görmektedir (**Meyer:** s. 293; **Gürzumar:** s. 176; **Kirca:** s. 191). O halde, 123. maddenin, sadece, sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi halinde getirilen rekabet yasağı anlaşmalarının bünyesine

SONUÇ

Kanunun acentelik başlığını taşıyan 7. kısımdaki değişikliklere baktığımızda, bazı hükümlerin sadece dilinin sadeleştirildiği, bazı hükümlerin yürürlükten kaldırıldığı, bazı hükümlerin ise ilk defa sevk edildiği görülmektedir. Esasında acentelik ile ilgili hükümlerin düzenlenişinde Avrupa Birliği'nin 18.12.1986 tarihli ve 86/653 sayılı Yönergesi referans alınmıştır. Böylece, TTK'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte, Türk acente hukukunun, Avrupa Birliği üyesi ülkelerin ulusal acente hukuklarıyla eşit bir seviyeye ulaşacağı söylenebilir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanun ile acentenin haklarını koruyucu hükümlerin getirildiği görülmektedir. Ayrıca yargı kararları ile istikrar kazanmış olan acentelik ile ilgili bazı ilkeler hüküm altına alınmış, denkleştirme istemi ve rekabet yasağı anlaşması ilk defa Türk Ticaret Kanunu'nda hükme bağlanmıştır.

uyduğu ve bunlara uygulanabileceği söylenebilir. Örneğin, rekabet yasağı anlaşmasından vazgeçmeye ilişkin 123.2; acentelik sözleşmesinin haklı nedenle feshine dayalı olarak anlaşmayla bağlı olmamayı düzenleyen 123.3 hükmü sadece sürekli bir sözleşme ilişkisinde uygulanabilir.

2. OTURUM

TEBLİĞLER

*** TİCARİ DAVALAR**

Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN
Ar. Gör. Yakup ORUÇ

*** YENİ TÜRK TİCARET KANUNU ÇERÇEVESİNDE ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ İLE ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ ARASINDAKİ İŞBÖLÜMÜ İTİRAZININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

Doç. Dr. İbrahim ERCAN

*** ŞİRKETLERİN TARAF EHLİYETİ**

Yrd. Doç. Dr. Serdar KALE

TİCARİ DAVALAR

Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN *
Ar. Gör. Yakup ORUÇ **

ÖZET

Yeni Türk Ticaret Kanunu 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ticari davalar ve ticaret mahkemelerine ilişkin hükümler bu kanunla düzenlenmiş olmakla beraber, aslında usul hukukuna ilişkin hükümlerdir. Nitekim usule ilişkin hükümler kural olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almakla beraber diğer kanunlarda da usule ilişkin hükümler bulunması mümkündür. Çalışmanın konusunu söz konusu yeni TTK'da yer alan ticari davalar ve ticari mahkemelere ilişkin düzenlemeler oluşturmaktadır. Bu çerçevede öncelikle ticari dava ele alınmış, hangi davaların ticari davalar olduğu konusunda eski ve yeni TTK arasında bir düzenleme farkı bulunup bulunmadığı irdelenmiş ve ticari dava çeşitleri ortaya konmuştur. Sonrasında ise ticari davaların görüleceği mahkemeler ele alınmış ve yeni TTK'ya göre asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemesi arasındaki ilişkinin niteliği incelenmiştir.

ABSTRACT

The current turkish Code of Commercial came into force in 01.07.2012. Although, the provisions, which are about commercial litigation and commercial courts, are issued in TCC (TTK in turkish), they are, in fact, procedural provisions. As a rule, procedural provisions are issued in Code of Civil Procedure (HMK in Turkish). However, it is possible that procedural provisions can be issued in other codes. This article is about provisions of commercial litigations and commercial courts that are issued in the current TCC. In this context, primarily, it is focused on commercial litigation, examined that if there exists any difference between prior and current Code of Commercial about which litigations are commercial or not and varieties of commercial litigation are put forward. Afterwards, courts, which can handle commercial litigations, are dealt and the nature of the relationship between the court of first instance and the commercial court of first instance according to the new TCC are analyzed.

Keywords : *commercial litigations, commercial courts, procedural provisions*

* Marmara Üniversitesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Marmara Üniversitesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

A. GENEL BİLGİLER

Ticari davaların neler olduğunu ortaya koymadan önce davanın ne olduğunu kısaca açıklamak gerekir.

Dava, bir başkası (davalı) tarafından sübjektif hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan veya kendisinden haksız bir talepte bulunulan (buna, - takipten önce açılan-menfi tespit davalarını da kapsamı açısından, bulunulması tehlikesine maruz bulunan, da eklenebilir) kimsenin (davacının), mahkemeden hukuki koruma talep etmesidir¹.

Anayasa'nın 36/1. maddesinde „herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir., seklinde ifadesini bulan ve teminat altına alınan dava hakkı ise, bir sübjektif hakkın yukarıda belirtilen durumlara maruz kalması halinde, bunun bertaraf edilmesi talebinin mahkemeler önünde ileri sürülmesi yetkisidir.

Buna göre ticari dava, bir başkası tarafından ihlal edilen veya tehlikeye sokulan hakkın ticari bir hak olması ya da haksız talebe (veya talep tehlikesine) maruz konunun ticari olması durumunda ticari davadan söz edilir. Uyuşmazlığın çözüleceği yargı kolu ve söz konusu uyuşmazlığın çözümünde tatbik edilecek usul kurallarının tespit edilmesi bakımından, uyuşmazlığın niteliğinin belirlenmesi, önem arz edecektir². Bu nedenle sürat, güvenlik ve esneklik gerektiren ticari hayatın, ilgili uyuşmazlıkların çözümü bakımından ayrı bir uzmanlık gerektirmesi, bir uyuşmazlığın ticari olarak nitelendirilmesi ve davanın daha sağlıklı yürütülmesi açısından elzemdir³.

Ticari davalar ve ticaret mahkemeleri Yeni Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olmasına rağmen usule, daha doğrusu usul hukukuna ilişkin hükümlerdir. Zira, usule ilişkin hükümler kural olarak usul kanununda (HMK) yer almakla birlikte diğer kanunlarda da usuli hükümler bulunabilir.

Yeni Ticaret Kanunu'nda (veya maddi hukuka ilişkin diğer bir kanunda) düzenlenmiş olan bir hükmün usul hukukuna ilişkin olup olmadığını belirlerken, söz konusu hükmün düzenleme alanı dikkate alınmalıdır.

Söz konusu hükmün bir hak tanıma veya mükellefiyet tesis etmeye değil de, usul hukukunun konuları içinde yer alan, yani mahkemeler teşkilatı veya bu teşkilatta görev yapan hakimler ve mahkemede çalışan memurlar ile yahut sistem içinde görev yapan şahıslar ile hukuki ihtilafın ve davanın tarafı olacak olan kişilerin tabi olacağı yargılamaya ilişkin olması halinde⁴, bu hükmün usule ilişkin bir hüküm olduğunu söylemek mümkündür.

Buna göre, YTTK m. 4 ve m. 5'te düzenlenen hususların Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olmasına rağmen usuli hükümler olduğu açıktır.

B. TİCARİ DAVALAR

I- Genel olarak

Ticari dava TTK' m.4'te şu şekilde tanımlanmıştır;

21 inci maddenin birinci fıkrası gereğince her iki taraf için ticari sayılan hususlardan doğan hukuk davaları ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın:

1. Bu kanunda;

¹ **Kuru, B/Arslan, R/Yılmaz, E.**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2009, s. 236.

² **Bilgili, F.**, Demirkapi, E., Ticaret Hukuku Dersleri, Bursa 2011, s. 51.

³ **Arıkan, S.**, Ticari İşletme Hukuku, 13. Basi, Ankara 2009, s. 95.

⁴ **Karışlı, A.**, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011, s.42.

2. Medeni Kanunun, rehin mukabilinde ikraz ile meşgul olanlar hakkındaki 876 ila 883 üncü maddelerinde;

3. Borçlar Kanununun, bir işletmenin satılması veya diğeriyle birleştirilmesi hakkındaki 179 ve 180, rekabet memnuiyetine dair 348 ve 352, neşir mukavelesi hakkındaki 372 ila 385, itibar mektubu ve itibar emri hakkındaki 399 ila 403, komisyona dair 416 ila 429, ticari mümessiller ve diğeri ticari vekiller hakkındaki 449 ila 456, havale hakkındaki 457 ila 462, vedia hakkındaki 463 ila 482'nci maddelerinde;

4. Alamenti farika, ihtira berati ve telif hakkına müteallik mevzuatta;

5. Bu kanunun 135 inci maddesinde yazılı ticarete mahsus yerler hakkındaki hususi hükümlerde;

6. Bankalar ve ödünç para verme işleri kanunlarında; tanzim olunan hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılır. Şu kadar ki; her hangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve telif hakkından doğan davalar bundan müstesnadır.

(Ek fıkra: 20/04/2004-5136 S.K. 1.mad) İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü ile Adalet Bakanlığınca, bu Kanunun Dördüncü Kitabında yer alan deniz ticaretine ilişkin ihtilaflara bakmak ve asliye derecesinde olmak üzere Denizcilik İhtisas Mahkemeleri kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenir.

6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari Davalar, çekişmesiz yargı işleri ve delilleri başlıklı 4. maddesi ise şu şekildedir:

Madde 4- (1) Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın;

a) Bu Kanunda,

b) Türk Medenî Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde,

c) 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğeri tacir yardımcılarını için öngörülmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde,

d) Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta,

e) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğeri yerlere ilişkin özel hükümlerde,

f) Bankalara, diğeri kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde,

öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır.

Bir davanın ticari dava sayılmasına bağlanan en önemli sonuç, o davanın ticaret mahkemesinde görülmesi ve buna bağlı olarak özel birtakım usul kurallarına tabi olmasıdır.

Buna göre hangi davaların ticari davalar olduğu konusunda TTK ile YTTK arasında bir düzenleme farkı bulunup bulunmadığının irdelenmesi gerekir.

İlk bakışta hemen görülebileceği üzere YTTK ile TTK arasında ticari davaların kapsamı ve ticaret mahkemelerinin görevine giren işler bakımından önemli farklılıklar olduğu görülmektedir. Şöyle ki;

Ticari davaların kapsamı, TTK m. 4'te ticari davaların m. 21'deki ticari iş karinesine göre belirleneceğinin düzenlenmesi suretiyle, geniş tutulmuştur.

YTTK gereğince ticari davaların kapsamı ise daraltılmıştır. Buna göre TTK m.4/1'de, ticari iş karinesini düzenleyen m. 21'e atf olduğundan, hangi davaların ticari davalar olduğu buna göre belirlenmekteydi. Bu durumda mutlak ticari davaların yanında, taraflardan sadece birinin ticari işletmesiyle ilgili olduğu halde, sözleşmeden kaynaklandığı için diğer taraf için de ticari sayılan işlerin de ticari dava sayılıp sayılmayacağı karışıklığa yol açmaktaydı⁵.

Oysa YTTK'da bu hususa yer verilmemiştir. Buna göre, tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın mutlak olarak ticari sayılanlar dışında, bir hukuk davasının ticari olarak nitelendirilmesi için her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili olması gerektiği açıkça vurgulanmıştır.

Getirilen yeni düzenleme ile birlikte, taraflardan sadece birinin ticari işletmesiyle ilgili olduğu halde, sözleşmeden kaynaklandığı için diğer taraf için de ticari sayılan işler, tarafların sıfatına bakılmaksızın ticari sayılan davalardan da değilse, artık ticari dava olarak nitelendirilmeyecektir⁶.

YTTK gereğince ticari davaların kapsamı daraltılırken buna bağlı olarak ticaret mahkemelerinin iş yükünün de azalması düşünülebilir. Oysa durum tam tersinedir. YTTK ile ticaret mahkemelerinin iş yükü önemli ölçüde arttırılmıştır. Çünkü artık ticari davalar bakımından, önceki düzenlemeden farklı olarak, sulh hukuk mahkemelerinin de (asliye hukuk mahkemelerinin yanında) dava olunan şeyin değerine göre ticari davalara bakmakla görevli olduğu hükmü yerini, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesinin tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevli olacağı yönündeki hükmüne bırakmıştır.

Hangi davaların ticari sayılacağını YTTK açıkça belirlemiştir (md.4). ETTK'da da yine hangi işlerden doğan davaların ticari sayılacağı 4. maddesinde ifadesini bulmuştur. Bu halde ETTK'nın hükümet gerekçesinde "...maddi hukukun tatbiki bakımından ticari işler kavramına giren bütün meseleler değil, yalnız mahiyet ve bünyesi itibariyle yargıcın özel bir ihtisasına ihtiyaç gösteren meseleler ticari dava olarak vassıflandırılmış..." olmaktadır.⁷

Ticari sayılan ve bu vesile ile ticaret mahkemelerinde görülecek olan davalar, esas olarak hukuk davalarıdır⁸. İlgili husus YTTK'nın 4. maddesinde "*her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın....öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılır*" şeklinde belirlilik kazanmıştır. Ancak bu ilkeye istisna teşkil eden bazı hükümler söz konusu olabilmektedir. Bu hususta YTTK'nın 33. (ETTK md. 35) maddesinin irdelenmesi gerekir. Söz konusu madde şöyledir:

Madde 33, (2) ;

Sicil müdürüne verilen sure içinde tescil isteminde bulunmayan ve kaçınma sebeplerini de bildirmeyen kişi, sicil müdürü tarafından iki yüz Türk Lirasından dört bin Türk Lirasına kadar idari para cezası ile cezalandırılır.

⁵ **Kendigelen, A.**, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s.36; Ayrıca bkz. **Ülgen, H/Teoman, Ö/Helvacı, M/Kendigelen, A/Kaya, A/Nomer Ertan, N. F.**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2009, s.114; **Yasaman, H/Poroy, R.**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2010, s.119.

⁶ **Kendigelen**, s.36.

⁷ Hükümet gerekçesi, III, 11.

⁸ **Kayar, i.**, Ticari İşletme Hukuku, Tıpkı 5. basım, Ankara 2006, s.97.

Madde 33, (3)

Süresi içinde kaçınma sebepleri bildirildiği takdirde, sicil bulduğu yerde ticari davalara bakmakla görevli Asliye Ticaret Mahkemesi, dosya üzerinden inceleme yaparak, tescilli gerekli olan bir hususun bulunduğu sonucuna varırsa, bunun tescilini sicil müdürüne emreder, aksi takdirde tescil istemini reddeder.

Söz konusu dava, Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olmasına rağmen, hukuk davası olmadığı için ticari addedilemeyecek ancak yine de ticari davalara bakan ticaret mahkemesinde görülecektir⁹.

Daha önce belirttiğimiz madde metninde de görüleceği üzere, ticari davaların neler olduğu belirtilmiş, ticari iş niteliğinde olan tüm davaların ticari dava sayılmasının önüne geçilmiştir.

Ticari davalar sadece YTTK'da belirtilmemiş, başka kanunlarda da bazı davalar ticari dava sayılmıştır.

Ticaret mahkemelerinde görüleceği belirtilen davalar, YTTK. dışındaki başka bir kanunda yer alsın bile ticari dava sayılır. YTTK. md. 4, başka kanunlarda yer alan bazı düzenlemeleri de sayarak, o konularda çıkacak uyuşmazlıkları ticari dava saymıştır.

II-Ticari Dava Çeşitleri

Ticari davalar kendi arasında mutlak ve nispi ticari davalar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bunlar, tarafların sıfatına bakmadan işin mahiyeti gereği bir davanın ticari sayılması (**mutlak ticari dava**) ve tarafların sıfatına (tacir olmak) ve işin mahiyetine bakmak suretiyle davanın ticari dava sayılması (**nispi ticari dava**) şeklinde belirtilebilir. Bu ayırım, ticari davalar belirlenirken iki ayrı kıstastan hareket edilmesinden kaynaklanmaktadır¹⁰.

1- Mutlak Ticari Davalar

Türk Ticaret Kanunu'nda veya özel kanunlarda ticari dava oldukları açıkça düzenlenen veya ticaret mahkemelerinde görülecekleri açıkça belirtilen davalar mutlak ticari davalardır¹¹.

Mutlak ticari davalarda, tarafların sıfatına ve işin ticari işletmeyle ilgili olup olmadığına bakılmaz¹². Bu davalarda önemli olan kanun tarafından ticari dava addedilmektir.

a-) Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Gereğince Mutlak Ticari Davalar

aa) Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Hususlardan Kaynaklanan Davalar

Türk Ticaret Kanunu m.4'te mutlak ticari davalar belirtilmiştir. Buna göre, YTTK'da düzenlenen hususlar mutlak ticari dava sayılmaktadır.

Bir hususun YTTK'da düzenlenmesi, o husustan doğan davanın mutlak ticari dava olması için yeterlidir. Ayrıca tarafların tacir olup olmadıklarına, uyuşmazlığın bir ticari işletmeyle ilgili olup olmadığına bakılmaz¹³.

⁹ Poroy, R., Yasaman, H., Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve güncelleştirilmiş 9. baskı, Ekim 2011 İstanbul, s.92.

¹⁰ Ayhan, Rıza, Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 81.

¹¹ Pekcanitez, H/Atalay, O./Özekes, M., age, s.125.

¹² Ayhan, s. 81; Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, Ticaret Hukuku Dersleri, Bursa 2011, s.52; Karahan, S., Ticari İşletme Hukuku, Konya 2011, s. 69; Ülgen, H/Teoman, Ö/Helvacı, M/Kendigelen, A/Kaya, A/Nomer Ertan, N. F., s.107.

¹³ Ülgen, H/Teoman, Ö/Helvacı, M/Kendigelen, A/Kaya, A/Nomer Ertan, N. F., s.107.

Örneğin, kıymetli evraka veya çatmaya ilişkin davalar, düzenleyenlerin tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın YTTK'da düzenlendiği için mutlak ticari dava sayılır.

bb) MK'dan Doğan Davalar

MK'nın rehin mukabilinde ödünç verme işi ile meşgul olanlar hakkındaki 962 ve 969. maddeleri arasındaki hükümlerden doğan davalaradır. Bu kapsamda bankalar ödünç verip, bunu geri tahsis ederken yaptıkları ticari işler ticari dava sayılır ve ticaret mahkemesinde görülür. Bu tür uyuşmazlıkların mutlak ticari dava olarak kabul edilmesinin sebebi ise rehin karşılığında ödünç para vermenin, esas itibarıyla esnaf faaliyetinin üzerinde, bir ticari işletme çerçevesinde yürütülmesi ve rehin karşılığı ödünç ilişkisine ilişkin sorunların çözümünün uzmanlık gerektirmesidir.¹⁴

cc) BK'dan Doğan Davalar

Aşağıdaki maddelerde öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları da ticari dava sayılır ve ticaret mahkemesinin iş sahasına girerler. Bunlar;

aaa) 11/01/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203. maddeleri.

bbb) Rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447. maddeleri.

BK 444 vd. hizmet sözleşmesinden dolayı doğan rekabet yasağını düzenlemektedir. Bu tür davalar ticaret hayatındaki öneminden dolayı ticari dava olarak belirtilmişlerdir. Ancak bu hüküm bir yanıyla eleştirilmiştir. Çünkü her hizmet sözleşmesinin mutlaka bir ticari işletmeyi ilgilendireceğinin benimsenemeyeceği örneğin esnaf düzeyindeki bir berber ile çırağı arasında yapılan hizmet sözleşmesinde yer alan rekabet yasağının ihlal edilmesinden kaynaklanan davanın da, aslında "öz ticaret hayatına ilişkin olmaması ve çözümünün de ayrı bir uzmanlığı gerektirmemesine rağmen, bu hüküm gereği mutlak ticari dava sayılması gerektiğinin anlamsız olduğu ifade edilmiştir.¹⁵

ccc) Yayın sözleşmesine dair 487 ile 501. maddeleri

Yayın sözleşmesi ile ilgili BK'nın 487-501. maddelerinde düzenlenen hususlardan doğan davalar ticaridir. BK'nın 487. maddesi gereğince "yayım sözleşmesi, bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşmedir." Burada yayımcının, genellikle bir ticari işletme olacağı düşüncesi, bu sözleşmelerden doğan davaların ticari sayılmasını gerektirmiştir.¹⁶

ddd) Kredi mektubu ve Kredi emrini düzenleyen 515 ile 519. maddeleri

BK'nın kredi mektubu ve kredi emri hakkındaki ilgili maddelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar da, mutlak ticari davayı oluşturur. Kredi mektubu ilişkisinde üç kişi vardır. 515. maddede ifade edildiği üzere; „Kredi mektubu, mektup gönderenin gönderilene bir üst sınır belirleyerek veya belirlemeksizin, kredi mektubundan yararlanacak belirli kişiye istemde bulunacağı miktarda para ve benzeri şeyleri verme konusundaki vekâletini içeren belgedir. Kredi mektubu, vekâlet sözleşmesi ve havale hükümlerine tabidir. Kişiler (mektup gönderen ve mektup gönderilen) arasındaki vekalet ilişkisinde dolaydır ki; bu ilişki mektup gönderilenin mektubu gönderenin icabını kabul etmesiyle kurulur ancak bununla birlikte muhatap (mektup gönderilen) ile hamil (mektuptan yararlanacak kişi) arasında hemen bir ilişki doğmayıp, bu ilişkinin muhatabın itibar

¹⁴ Arıkan, S., s.98.

¹⁵ Arıkan, S., s.99.

¹⁶ Arıkan, S., s.99.

mektubunu kabul ederek mektuptan yararlanacak kimseye belirli bir miktar parayı ödemeyi taahhüt ettiği andan itibaren kurulmuş sayılır¹⁷.

Kredi emrinde ise BK'nın 516. maddesinde „Bir kimse kendi adına ve hesabına kredi emri verenin sorumluluğu altında bir üçüncü kişiye kredi açmak veya krediyi yenilemek için emir almış ve kabul etmişse, kredi emri verilen vekâletini aşmadıkça emri veren, kredi borcundan kefil gibi sorumlu olur. Ancak, kredi emri yazılı olmadıkça emri veren sorumlu olmaz.“ ibaresi yer almaktadır. Kefalet sözleşmesinde, bu sözleşmenin yazılı yapılması ve ayrıca sözleşmede kefilin sorumlu olacağı miktarın gösterilmesi gerekirken, kredi emrinde ise, kredi emri verenin kefil olarak sorumluluğunun ortaya çıkması için, ayrıca sorumluluk miktarının gösterilmiş olmasının gerekmediği ifade edilmiştir¹⁸.

eee) Komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ile 545. maddeleri

BK'nın 532 ile 545. maddeleri arasında alım ve satım komisyonculuğu düzenlenmiştir. Bu hükümlerden doğan uyuşmazlıklar da ticaret mahkemesinin iş sahasına girer. Ancak, BK 546' da (EBK 430) yer alan „diğer komisyon işleri“nden kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili davaların, TTK'nin 4. maddesinde bahsedilmemesi münasebetiyle, ticari sayılamayacağı ifade edilmiştir¹⁹. Taşıma işleri komisyonculuğu ise, YTTK'nın 917 vd. maddelerinde düzenlenmiş olup; YTTK madde 4 kapsamında ticari dava oluşturduğu aşikardır.

fff) Ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcılar için öngörölmüş bulunan 547 ile 554. maddeleri

Bu tür davalar da mutlak ticari davadır. Söz konusu kişilerce icra edilen işlerin yoğunluğu, bu işlerin uzman mahkemelerce çözölməsi gerektiği ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.

ggg) Havale hakkındaki 555 ile 560. maddeleri.

hhh) Saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ile 580. maddeleri.

dd) Fikri Mülkiyet Hukukuna Dair Mevzuattan Doğan Davalar

Markalar Kanunu ile ilgili davalar; lisans yahut ihtira (bulus) beratı, patent ve telif haklarından doğan davalar ticari davalardır ve ticaret mahkemeleğinde görülür.

ee) Ticarete Mahsus Yerlere İlişkin Özel Hükümlerden Doğan Davalar

Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde belirtilen davalar da ticari dava olup ticaret mahkemelerinin iş sahasına girerler.

ff) Bankalar ve Ödünç Para Verme İşlerinden Doğan Davalar

Bunlardan doğan hukuk davaları da ticari davadır ve ticaret mahkemesinde görülür.

b-) Özel Kanun Hükümleri Gereğince Mutlak Ticari Davalar

TTK'da sayılan yukarıdaki hususlar dışında diğer bazı kanunlarda da da mutlak ticari davalar yer edinmiştir. Diğer kanunlarda yer edinen mutlak ticari davalar şunlardır:

aa- İflas Davaları

İflas davaları İcra ve iflas Kanunu'ndaki özel hüküm sebebiyle (İİK md. 154/3) ticaret mahkemesinde görölen mutlak ticari davalardır.

¹⁷ Arıkan, S., s.100.

¹⁸ Arıkan, S., s.100.

¹⁹ Arıkan, S., s.100.

bb- Kooperatifler Kanunundan Doğan Davalar

Kooperatifler Kanunu m.99'dan doğan davalar mutlak ticari davalardır.

cc- Finansal Kiralama Kanunu

Finansal Kiralama Kanunu m.31 hükümleri de özel olarak mutlak ticari davaları düzenlemektedir.

dd. Ticari İşletme Rehnine İlişkin Davalar (T.I.R.K. md.22)

ee. Konkordato davaları.

ff. Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu'nda Sayılan Davalar (md.30, 34)

2- Nispi Ticari Davalar

Mutlak ticari davaların aksine, bir davanın nispi ticari dava olabilmesi için bazı şartların birlikte mevcut olması gerekir. Kanunun ifadesi ile; *iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları nispi ticari dava sayılır*. Bunun için evvela, söz konusu davanın hukuk davası olması gereklidir.

Diğer şartlar sağlansa bile dava ceza davası ise bu çerçevede değerlendirilmeyecektir.

Davanın her iki tarafının da tacir olması gerekir. Bunu kanundaki ibareden çıkartmaktayız. Zira her iki tarafın ticari işletmesinden bahsedilmektedir. Ticari işletme sahiplerine tacir denildiğinden, bir davanın ticari olabilmesi için her iki tarafın da tacir olması gerekir.

Hemen belirtelim ki, YTTK. md. 19/II' deki yayma kriteriyle ticarilik vasfının karşı tarafa da aksettirilmiş olması halinde, ortada her iki taraf için de ticari iş söz konusu olmasına rağmen, söz konusu ticari iş ticari dava değildir²⁰.

Kanuna göre, taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır. Burada ifade edilen işin ticari iş olması onu ticari dava yapmaz.

Ticari dava olabilmesi için, ayrıca bu işin taraflarının her ikisinin de tacir olması ve işin ticari işletmeleriyle ilgili olması gerekir. Yani her ticari iş, şartlarını taşııyorsa ticari dava sayılmaz.

Taraflarının her ikisinin tacir olması ve (aralarındaki davanın) hukuk davası niteliğinde olması, bir hususu ticari dava konusu etmek için yeterli değildir²¹. Ayrıca o hususun, tarafların her ikisinin de ticari işletmesiyle ilgili olması gerekir.

Her iki taraf tacir olan bir husus taraflardan yalnız birisinin ticari işletmesiyle ilgili olursa yine ticari davaya vücut vermez. Zira kanun, her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili bir hususun varlığını aramaktadır. Bu şartları taşıyan bir husus var ise, bu husustan doğan davalar nispi ticari dava sayılırlar.

Bu genel kural yanında YTTK. md. 4/I (son cümle) 'de, "*herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır*" denilerek, sadece bir ticari işletmeyle ilgili olan bu davalar da ticari dava sayılmıştır.

Bu durumlarda, davanın ticari niteliğinin kabul edilmesi için, davanın sadece bir ticari işletmeyle ilgili olması yeterli olup, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması aranmaz²².

Ticari dava sayılma konusunda, bir davanın nispi ticari dava olması için gereken şartların varlığı hususu, sadece sözleşme ilişkisinden doğan davalara özgü değildir. Haksız fiilden kaynaklanan uyumsuzluklarda da iki taraf tacir ve her iki tarafın ticari

²⁰ Karahan, S., Ticari İşletme Hukuku, s. 71.

²¹ Bilgili, F/Demirkapı, E., Ticaret Hukuku Dersleri, s.53.

²² Karahan, Sami, age, s. 72.

işletmesiyle ilgili olması kaydıyla bu ihtilaflar da ticari dava sayılır ve ticaret mahkemelerinde görülür²³. Örneğin ticari taşımacılıkta kullanılan kamyonun, bir fabrika binasına çarpması sonucunda, ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi için açılan dava, ticari dava iken, DDY işletmesine ait trenin, tren yolu geçidinden geçen bir şahsa çarparak zarar vermesi, ilgili davaya ticari dava vasfını kazandırmaz.²⁴ Ancak TTK'da yer edinen haksız fiillerden (örneğin çatma, YTTK Md. 1287) kaynaklanan davalar, tarafların sıfatına itibar edilmeksizin, YTTK'da düzenlendiği için mutlak ticari dava sayılırlar (YTTK Md. 4/I-a).

C. TİCARİ DAVALARIN GÖRÜLECEĞİ MAHKEMELER

I- Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği üzere, bir davanın ticari dava sayılmasına bağlanan en önemli sonuç, o davanın ticaret mahkemesinde görülmesi ve buna bağlı olarak özel birtakım usul kurallarına tabi olmasıdır.

Ticari davalara hangi mahkemelerde bakılacağı YTTK m. 5'te ticari davalar ve çekişmesiz yargı işlerinin görüleceği mahkemeler başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir:

Madde 5- (1) Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir.

(2) Bir yerde asliye ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde bulunan ve 4 üncü madde hükmünce ticari sayılan davalarla özel hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere asliye ticaret mahkemesinde bakılır. Bir yerde ticaret davalarına bakan birden çok asliye ticaret mahkemesi varsa, iş durumunun gerekli kaldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, asliye ticaret mahkemelerinden biri veya birkaçı münhasıran bu Kanundan ve diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirilebilir.

(3) **(Değişik: 26/6/2012-6335/2 md.)** Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve ilişkin usul hükümleri uygulanır.

(4) **(Değişik: 26/6/2012-6335/2 md.)** Asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki bir ticari davada görev kuralına dayanılmamış olması, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez; asliye hukuk mahkemesi davaya bakmaya devam eder.

²³ Ülgen, Hüseyin/Teoman, Ömer/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Füsün, Ticari İşletme Hukuku, s.115; "...Taraflar tacirdir. Alacak haksiz eylemden kaynaklansa dahi her iki tarafın ticari işletmeleriyle ilgilidir. Davalı taraf süresi içinde işbölümü itirazında bulunmuş ise de, itiraz yerinde olmayıp davanın niteliği ve tarafların davadaki sıfatı göz önüne alındığında davaya bakmak Asliye Ticaret Mahkemesi'nin görevine girmektedir..." , Yrg. 7. Hk.D., K.T: 24.04.2006, E:2006/1027, K: 2006/1293 (İstanbul Barosu dergisi, cilt 80, S.5, 2006) ; ...Ticari nakliyecilikte kullanılan her iki tarafa ait araçların çarpışmasından doğan zarar ziyanın tazminine ilişkin bulunan ve haksiz eylemden doğan dava (TTK. 12/10, TTK. 21 yoluyla TTK. 4/1) taşıt sahipleri tacir konumunda buldukları için "ticari dava" niteliğindedir.", Y. Bsk. Kur. 19.11.1974, E. 1964/113, K. 1974/3, (Cevik, O.N., Gerekçeli-İçtihatlı, Notlu, Türk Ticaret Kanunu, Cilt I, 1-815, s. 45).

²⁴ Örnekler için bkz., Arkan, S., s.105.

Konu TTK m. 5'te ise şöyle düzenlenmişti:

Madde 5: 2. Ticaret Mahkemelerinin İş Sahası

Aksine hüküm olmadıkça, dava olunan şeyin değerine göre asliye hukuk veya sulh hukuk mahkemesi ticari davalara dahi bakmakla vazifelidir.

Şu kadar ki; bir yerde ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin vazifesi içinde bulunan ve bu kanunun 4 üncü maddesi hükmünce ticari sayılan davalarla hususi hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere ticaret mahkemesinde bakılır.

İkinci fıkrada yazılı hallerde, münhasıran iki tarafın arzularına tabi olmayan işler hariç olmak üzere, bir davanın ticari veya hukuki mahiyeti itibarıyla mahkemenin iş sahasına girip girmediği yalnız iptidai itiraz şeklinde taraflarca dermeyeran olunabilir. İtiraz varit görüldüğü takdirde dosya ilgili mahkemeye gönderilir; bu mahkeme davaya bakmaya mecburdur; ancak, davanın mahiyetine göre tatbiki gerekli usul ve kanun hükümlerini tatbik eder. Ticari bir davanın hukuk mahkemesi, ticari olmayan bir davanın ticaret mahkemesi tarafından görülmesi hükmün bozulması için yalnız başına kâfi bir sebep teşkil etmez.

Vazifesizlik sebebiyle dava dilekçesinin reddi halinde yapılacak muamelelere ve bunların tabi oldukları müddetlere dair usul hükümleri, iş sahasına ait iptidai itirazın kabulü halinde de tatbik olunur.

Kanuni düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir. YTTK ile artık sulh hukuk mahkemeleri ticari davalar bakımından görevli değildir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki YTTK'da 26/6/2012 tarih ve 6335 sayılı Kanun²⁵ ile yapılan değişiklikten önceki düzenlemede tereddüt doğurabilecek bazı durumlar söz konusuydu. Örneğin, HMK m. 382'de çekişmesiz yargı işleri (ki bunlara ticaret hukukundaki çekişmesiz yargı işleri de dahildir) sayılmış olup söz konusu işlerde görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olacağı hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda belirtilen kanuni düzenlemeden önceki hali HMK m. 382, e/6'da düzenlenmiş olan kıymetli evrakın iptali bakımından görevli mahkemenin HMK m. 383 gereğince sulh hukuk mahkemesi mi olacağı yoksa kıymetli evrakın ticaret kanununda düzenlendiği için mutlak ticari davalardan olması hasebiyle ticaret mahkemesinde mi görüleceği hususunda bir belirsizlik söz konusuydu²⁶.

26/6/2012 tarih ve 6335 sayılı Kanun²⁷ ile yapılan değişiklik sonucu tereddüt doğuran bu husus da açıklığa kavuşmuştur. Çünkü YTTK md. 4'te “ her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili hususlardan doğan (hukuk davaları ve) çekişmesiz yargı işlerinin ve ayrıca tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın YTTK'da öngörülen hususlardan doğan (hukuk davaları ve) çekişmesiz yargı işlerinin de ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayıldığı ifade edilmiş olup, 5. madde gereğince (tüm ticari davalar ile) ilgili ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevli mahkemenin de, aksine hüküm bulunmadıkça, asliye ticaret mahkemesi olduğu belirtilmiştir.

²⁵ 26/6/2012 tarih ve 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmi Gazete Tarih ve Sayısı: 30/06/2012, 28339.

²⁶ „... Bu nedenle TTK'nin 669 ve devamı maddelerinde düzenlenen kambyo senetlerinin zayı nedeniyle iptaline ilişkin davalarda HMK'nin 383. maddesinde öngörülen aksine düzenleme bulunduğundan sulh hukuk mahkemeleri değil ticaret mahkemeleri görevlidir.”, Yrg. 11. Hk. Dr. K.T: 02/12/2011, E: 2011/13181, K: 2011/16340 (hukuktürk).

²⁷ Bkz., Dipnot, 25.

II- Asliye Ticaret ile Asliye Hukuk Mahkemeleri arasındaki İlişki

1- İlişkinin niteliği

Son olarak üzerinde önemle durulması gereken husus şudur. 26/6/2012 tarih ve 6335 sayılı Kanun'dan önceki düzenlemeler itibari ile asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki işbölümü ilişkisiydi. Dolayısıyla bir davanın asliye ticaret veya asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiğine dair vaki itirazın HMK gereğince esasa cevap süresi (dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki hafta- HMK m. 127/1) içinde ileri sürülmesi gerekirdi.

YTTK md. 5/3'te, yapılan değişiklik neticesinde, artık asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve ilişkin usul hükümleri uygulanacaktır. Görev kuralları niteliği itibariyle kamu düzenine ilişkindir. Kamu düzenine ilişkin olmasının doğal bir neticesi olarak taraflar bu konuda serbestçe tasarrufta bulunamayacaklar, bir diğer ifade ile taraflar aralarında anlaşarak göreve ilişkin kuralları (görev sözleşmesi yolu ile) değiştiremeyeceklerdir. Görev kuralları, kamu düzenine ilişkin olmasının yanısıra HMK'nın 114. maddesi gereği açıkça dava şartı olarak nitelendirilmişlerdir. Bu halde bir davanın asliye ticaret veya asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiğine dair vaki itiraz da (belirtildiği üzere HMK'nın 114. maddesi gereğince dava şartı olması nedeni ile) yine HMK'nın 115. maddesi gereğince mahkemece davanın her aşamasında kendiliğinden araştırılabileceği gibi, taraflarca da her zaman ileri sürülebilecektir.

Ancak asliye ticaret mahkemesinin bulunmadığı yargı çevresindeki bir ticari davada ise, YTTK md. 5/4'teki hüküm gereğince, görev kuralına dayanılmamış olmasının, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmeyeceği ve asliye hukuk mahkemesinin davaya devam edeceği belirtilmiştir.

2- İtiraz halinde yapılacak işlemler

Yukarıda da belirtildiği üzere, bir davanın asliye ticaret veya asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiğine dair vaki itiraz HMK'nın 115. maddesi gereğince mahkemece davanın her aşamasında kendiliğinden araştırılabileceği gibi, taraflarca da her zaman ileri sürülebilecektir.

Değişiklikten önceki hali ile asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki iş bölümü ilişkisi olarak düzenlenmekte ve dolayısıyla, ticari davaların asliye hukuk mahkemeleri, hukuk davalarının da asliye ticaret mahkemeleri önüne getirilmesi ancak ilk itiraz şeklinde ileri sürülebilmekteydi. Bu itirazın haklı görülmesi halinde dosya, talep üzerine ilgili mahkemeye gönderilir, davanın kararın sözlü bildirim veya tebliğinden itibaren on gün içinde yenilenmesi gerekip, kendisine dava gönderilen mahkemenin bu davaya bakması zorunluluğu vardı.

Oysa değişiklikten sonraki hali ile mahkemeler arasındaki ilişkinin görev ilişkisi olması sebebi ile vaki bir itiraz üzerine görevsizlik kararı verilmesi halinde artık HMK'nın 20. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Buna göre görevsizlik kararı verilmesi hâlinde, taraflardan birinin, bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir. Aksi takdirde, bu mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (HMK md. 20/1). Bu halde dosya kendisine gönderilen mahkeme, kendiliğinden taraflara davetiye gönderecektir (HMK md. 20/2).

YENİ TÜRK TİCARET KANUNU ÇERÇEVESİNDE ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ İLE ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ ARASINDAKİ İŞBÖLÜMÜ İTİRAZININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. İbrahim ERCAN*

ÖZET

Türk Hukukunda asliye ticaret mahkemeleri, özel mahkeme olarak değil, asliye mahkemelerinin bir dairesi şeklinde düzenlenmişlerdir. Bununla birlikte, asliye ticaret mahkemeleri ile asliye mahkemelerinin diğer dairesi olan asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki, asliye mahkemeleri dışında kalan mahkemelerin birden fazla dairesi arasındaki ilişkiden farklı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Buna göre, asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki, ne bir görev ilişkisi, ne de aynı mahkemenin birden çok dairesi arasındaki ilişki gibi adi bir işbölümü ilişkisidir. Bu konuda eski ve yeni Ticaret Kanunlarımız kendine özgü bir işbölümü kabul etmişlerdir. 6762 sayılı TTK m. 5/3'te asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki ilişkinin, iş alanına ilişkin bir ilk itiraz olduğu ifade edildikten sonra, iş bölümü itirazının kabulü halinde verilecek gönderme kararından sonra, nasıl hareket edileceği konusunda HUMK'nun görevsizlik kararı üzerine yapılacak işlemlere ilişkin hükümlerine yollama yapılmıştır. Bu konuya ilişkin HUMK m. 193'te kararın kesinleşme tarihinden itibaren 10 gün içinde yeniden dilekçe verilmesi veya çağrı kâğıdı tebliğ edilmesi gerekir. Sürenin başlangıcı konusundaki tereddüt ise, 11.10.1976 tarih ve E. 1976/5, K. 1976/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile çözülmüştür. Dolayısıyla gönderme kararının tefhim veya tebliğinden itibaren 10 gün içinde harekete geçilmesi gerekmektedir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 5/3'te ise, 6762 sayılı Kanundan farklı olarak, bir taraftan sürenin başlangıcını İçtihadı Birleştirme Kararı çerçevesinde açıkça düzenlerken, diğer taraftan sürenin 10 gün olduğunu hükme bağlamıştır. Diğer taraftan maddenin son fıkrasında ise, tıpkı 6762 sayılı Kanunda olduğu gibi, görevsizlik sebebiyle dava dilekçesinin reddi halinde yapılacak işlemlere ve bunların tabi oldukları sürelerle ilişkin usul hükümlerinin iş alanına ilişkin ilk itiraz halinde de uygulanacağını hükme bağlamıştır. Görevsizlik veya yetkisizlik kararı üzerine yapılacak işlemleri düzenleyen HMK m. 20'de bu işlemlere ilişkin olarak süreyi iki hafta olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla 6102 sayılı Kanununun 5 inci maddesinde iki farklı süre öngörülmüş bulunmaktadır. Bu sürelerden hangisinin geçerli olması gerektiği irdelenmesi gereken bir husustur. İşte bu çalışmada başta yukarıda ifade edilen mesele olmak üzere, asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki işbölümüne ilişkin bazı konular tartışılmaya çalışılacaktır.

Anahtar kelimeler: İş Bölümü İtirazı, Asliye Ticaret Mahkemeleri, Asliye Hukuk Mahkemeleri, Yeni Türk Ticaret Kanunu

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ABSTRACT

In Turkish Law, commercial court of first instance is established as a chamber of civil court of first instance but not as a special court. However, the relationship between commercial court of first instance and civil court of first instance is regulated differently from the relationship between more than one chambers of courts outside of the civil court of first instance. According to this, the relationship between civil court of first instance and commercial court of first instance either is not duty relationship or regular relationship between chambers of same court. The old and new Commercial Laws have been accepted a particular division of labour.

In Turkish Commercial Law numbered 6762 it is said that the relation ship between commercial court of first instance and civil court of first instance is a first appeal against labour field and with the decision of sending when the the appeal is accepted, the procedure to be fallowed would be determined according to the Articles in Civil Procedure Law. In Civil Procedure Law Article 193 from the final decision in 10 days a fresh memorial should be given and the call paper should be notified. The dispute about the initiation of the time is solved by the landmark decision of the 11.10.1976 numbered E.1976/5, K. 1976/5. Accordingly, there is need to act in 10 days from the notification or realisation of decision to send.

Article 5/3 of 6102 numbered Turkish Commercial Law differently from 6762 numbered Law is regulating on one hand the initiation of the time according to the Landmark decision, on the other hand is regulating that the time is 10 days. On the other hand, in the last paragraph same with 6762 numbered Law, it is regulated that the decrees that should be applied to procedures in the situation of rejection the case memorial because of lack of subject-matter jurisdiction would be applied in the appeal to labour division as well. Article 20 of Civil Procedure Law which regulates procedures to be fallowed after lack of subject matter and lack of teeritorial jurisdiction determines 20 days for those procedures. Therefore, there are two different prescribed times according to Article 5 of 6102 numbered Law. The problem of which one of these times would be applied is a matter to be analysed.

In this study therefore, firstly the issue that touched upon above and the labour division between commercial court of first instance and civil court of first instance would be analysed.

Keywords: *appeal of labour division, commercial court of first instance, civil court of first instance, New Turkish Commercial Code.*

I. GİRİŞ¹

Türk Hukukunda asliye ticaret mahkemeleri özel mahkeme olarak değil, asliye mahkemelerinin bir dairesi şeklinde düzenlenmişlerdir. Bununla birlikte, asliye ticaret mahkemeleri ile asliye mahkemelerinin diğer dairesi olan asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki, asliye mahkemeleri dışında kalan mahkemelerin birden fazla dairesi

¹ Bu tebliğ sunulduktan sonra 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5 nci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları 6335 sayılı Kanunu'nun 2 nci maddesiyle değiştirilmiştir. Söz konusu değişikliğe göre 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 5 nci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarının son hali şu şekildedir:

(3) Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve ilişkin usul hükümleri uygulanır.

(4) Asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki bir ticari davada görev kuralına dayanılmamış olması, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez; asliye hukuk mahkemesi, davaya devam eder.

Görüldüğü üzere, yapılan değişiklik ile hem asliye ticaret mahkemelerinin yapısı, hem de Türk Hukukunda uzun süreden beri uygulanmakta olan asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuku mahkemeleri arasındaki işbölümü ilişkisi değiştirilmiştir. Buna göre, artık asliye ticaret mahkemelerinin asliye mahkemelerinin bir alt türü olduğunu söylemek mümkün değildir. Ayrıca üçüncü fıkrada açıkça, asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişkinin bir görev ilişkisi olduğu ortaya konulmuştur. Bu nedenle, bizim bu tebliğde tartıştığımız birçok husus bu şekilde güncelliğini yitirmiş olmaktadır.

Esasen 1926 tarihli Ticaret Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde ticaret mahkemesinin bulunduğu yerlerde ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki ilişki, bir görev ilişkisi olarak kabul edilmekteydi (Bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 11.10.1976, E. 5 (YKD., 1977, C. 3. S. 1. s 7; **Arkan, Sabih**, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Hazırlanmış 15. Baskı, Ankara 2011, s. 108 dp. 1). Daha sonra 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun hazırlanması aşamasında asliye hukuk mahkemesi ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki özellikle Hırş'ın gayretleriyle (özel) bir işbölümü olarak düzenlenmiştir (Bu konuda bkz. **Hırş, E.**, Yeni Ticaret Mahkemesi Teşkil Edilmeyecekse Temyiz Mes'elesini Halletmelidir, İktisadi Yürüyüş, S. 1 Y. 1 1940, s. 22 vd.).

Şimdi 6335 sayılı Kanun ile tekrar eskiye dönmüş oldu. Ancak bu dönüş yapılırken, Hırş'ın ortaya koyduğu tereddütlerin ortadan kalktığına ilişkin kesin bir şey söylemek zordur. Zira işbölümü ile görev arasında hüküm ve sonuçları bakımından önemli farklar bulunmaktadır. Gerçekten, işbölümü itirazı bir ilk itiraz olduğu için ancak mahkeme tarafından ilk itiraz için belirlenen sürede itiraz yapılması halinde dikkate alınırken, görev bir dava şartı olduğu için, her zaman ileri sürülebilir ve mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekir. Daha önemlisi, işbölümüne uyulmadan karar verilmesi, tek başına bir bozma sebebi değilken, hüküm mahkemesinin görevsiz olması mutlak bir bozma sebebidir. Gerçi 6335 sayılı Kanun ile TTK m. 5/4'de yapılan değişiklik ile asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki bir ticari davada görev kuralına dayanılmamış olmasının, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu nedenle, böyle bir durumda hükmün de bozulmaması gerekir. Ancak asliye ticaret mahkemesinin bulunduğu yerlerde, bunun mutlak bir bozma sebebi olacağından şüphe etmemek gerekir. Dolayısıyla, asliye hukuk mahkemesi tarafından hükme bağlanan bir ticari dava, esas yönünden isabetli olsa bile, sırf hüküm asliye ticaret mahkemesi tarafından verilmediği için, aynı şekilde asliye ticaret mahkemesi tarafından hükme bağlanan ticari olmayan bir dava sadece hüküm asliye hukuk mahkemesi tarafından verilmediği için bozulabilecektir. Böyle bir durumda esas, usule feda edilmiş olmayacak mıdır?

Öte yandan değişikliğin gerekçesinde, "Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki göreve ilişkin usul hükümlerinin uygulanması bakımından ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilmesine yönelik olarak maddede değişiklik yapılmıştır" denilmektedir. Ancak elimizde, uygulamada ne gibi tereddütlerin bulunduğu, en önemlisi yapılan değişiklikle tereddütlerin giderileceği, yani daha iyi olacağına ilişkin somut veriler de bulunmamaktadır.

arasındaki ilişkiden farklı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur². Buna göre, asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki, ne bir görev ilişkisi, ne de aynı mahkemenin birden çok dairesi arasındaki ilişki gibi adı bir işbölümü ilişkisidir. Bu konuda eski ve yeni Ticaret Kanunlarımız kendine özgü bir işbölümü kabul etmişlerdir.

6762 sayılı TTK m. 5/3'de asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki ilişkinin, iş alanına ilişkin bir ilk itiraz olduğu ifade edildikten sonra, iş bölümü itirazının kabulü halinde verilecek gönderme kararından sonra, nasıl hareket edileceği konusunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun görevsizlik kararı üzerine yapılacak işlemlere ilişkin hükümlerine yollama yapılmıştır. Bu konuya ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 193'e göre kararın kesinleşme tarihinden itibaren 10 gün içinde yeniden dilekçe verilmesi veya çağrı kâğıdı tebliğ edilmesi gerekir. Sürenin başlangıcı konusundaki tereddüt ise, 11.10.1976 tarih ve E. 1976/5, K. 1976/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile çözülmüştür. Dolayısıyla gönderme kararının tefhim veya tebliğinden itibaren 10 gün içinde harekete geçilmesi gerekmektedir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 5/3 ise, 6762 sayılı Kanundan farklı olarak, bir taraftan sürenin başlangıcını İçtihadı Birleştirme Kararı çerçevesinde açıkça düzenlerken, diğer taraftan sürenin 10 gün olduğunu hükme bağlamıştır. Ancak aynı zamanda maddenin son fıkrasında da, tıpkı 6762 sayılı Kanunda olduğu gibi, görevsizlik sebebiyle dava dilekçesinin reddi halinde yapılacak işlemlere ve bunların tabi oldukları sürelerle ilişkin usul hükümlerinin iş alanına ilişkin ilk itiraz halinde de uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Görevsizlik veya yetkisizlik kararı üzerine yapılacak işlemleri düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanununun 20 nci maddesi bu işlemlere ilişkin olarak süreyi iki hafta olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla 6102 sayılı Kanununun 5 inci maddesinde iki farklı süre öngörülmüş bulunmaktadır. Bu sürelerden hangisinin geçerli olması gerektiği irdelenmesi gereken bir husustur.

İşte bu çalışmada başta yukarıda ifade edilen mesele olmak üzere, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki işbölümüne ilişkin bazı konular tartışılmaya çalışılacaktır.

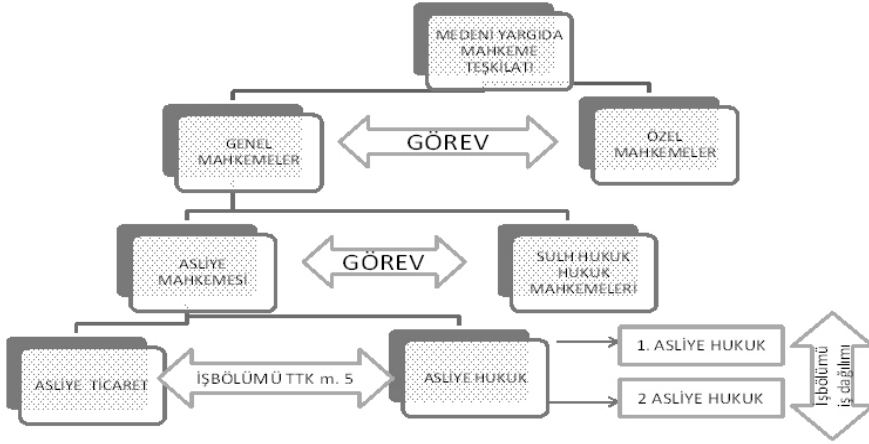
II. GENEL BİLGİLER

1. İşbölümü İtirazı Kavramı

Bilindiği üzere medeni yargıda mahkemeler genel ve özel mahkemeler olmak üzere ikiye ayrılırlar. Genel mahkemeler de asliye hukuk ve sulh hukuk mahkemeleri şeklinde sınıflandırılmıştır. Nihayet asliye mahkemeleri de asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemeleri şeklinde bir ayırıma tabi tutulmuştur. Özel mahkemeler ile genel mahkemeler ve asliye mahkemeleri ile sulh hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki bir görev ilişkisi iken, asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki bir işbölümü ilişkisidir. Ancak bu işbölümü ilişkisi, bir yerdeki birden fazla asliye hukuk mahkemeleri arasındaki işbölümü ilişkisinden iki yönden farklıdır. Buna göre;

² Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7. Baskı, İstanbul, 2000, s. 181; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, Medeni Usul hukuku Ders Kitabı, 22. Baskı, Ankara, 2011, s. 85; Pekcamtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerin Göre Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara, 2011, s. 89; Karşlı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, İstanbul, 2011, s. 115 – 117. Uygulamada Yargıtay da asliye ticaret mahkemelerinin, asliye mahkemelerinin bir dairesi şeklinde çalışan bir mahkemeden ibaret olduğunu belirtmektedir. (15. HD. 8.4.1983 T., 1983/773 E., 1983/861 K., (YKD. 1983/8, s. 1216 - 1271).

1. Ticaret Mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki işbölümü kanuna dayanmaktadır (TTK m. 5)
2. Asliye ticaret ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki işbölümü ilişkisinde taraflar işbölümü itirazında bulunabilirler. Diğerinde ise bulunamazlar.



Türk Kanun koyucusu bir taraftan ticari davalardaki işbölümünü diğer davalardaki işbölümünden farklı hükümlere bağlarken, diğer taraftan görev ilişkisinden de farklı hükümlere tabi kılmıştır. Gerçekten işbölümü itirazı bir ilk itiraz iken, görev itirazı bir dava şartıdır. Ticari bir davanın hukuk mahkemesi, ticari olmayan bir davanın ticaret mahkemesi tarafından görülmesi hükmün bozulması için yalnız başına yeterli bir sebep değilken (TTK m. 5/3 son cümle), görev mutlak bir bozma sebebidir (HMK m. 371/1 b).

Öte yandan Hukuk Muhakemeleri Kanunu asliye mahkemesi ile sulh hukuk mahkemeleri arasında malvarlığına ilişkin davalar açısından dava konusunun değerine bağlı olarak görevli mahkemenin belirlenmesi ilkesini terk ederek, malvarlığına ilişkin davalarda davanın değerine bakılmaksızın asliye hukuk mahkemesini görevli mahkeme olarak belirlemiştir. Bu hükmeye paralel olarak, Türk Ticaret Kanunu m.5/1 hükmü, Kanunun TBMM’nde görüşülmesi sırasında verilen bir önerge ile değiştirilerek, 6762 sayılı Kanunun 5/1 hükmündeki dava olunan şeyin değerine göre asliye ve sulh hukuk mahkemelerinin ticari davalara bakmakla görevli olduğu ilkesini terk etmiştir. Buna göre, dava konusu şeyin değerine bakılmaksızın bütün ticari davalar için asliye mahkemesi görevli olacaktır. Ancak, 6102 sayılı Kanunda bu konuda değişiklik yapılırken “asliye hukuk mahkemesi” yerine, doğrudan “asliye ticaret mahkemesi” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade, hem hükmün ikinci fıkrasının ilk cümlesiyle uyumsuzluğu, hem de görev ilişkisini çağrıştırdığı için, asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki işbölümü ilişkisi sistemiyle uyumlu değildir.³

³ **Kendigelen,** Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2011, s. 38.

2. Terim Meselesi

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda 6267 sayılı Kanundaki "iş sahası" terimi yerine "iş alanı" terimi kullanılmıştır. Oysa HMK m. 116/1-c hükmünde, uygulamada da kullanılan işbölümü terimi tercih edilmiştir. Bu nedenle Türk Ticaret Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu arasında bu konuda bir kavram birliği bulunmamaktadır. Türk Ticaret Kanununda kullanılan "iş alanı" terimi yerine uygulama ve Hukuk Muhakemeleri Kanununda kullanılan işbölümü teriminin kullanılması daha isabetli olacaktır⁴.

Öte yandan söz konusu hükümde kullanılan "**yenilenecek dava**" terimi, Adalet Komisyonunda "açılacak dava" (yeni bir dava açılacağı intibamı verdiği gerekçesiyle) kavramının yerine kullanılmıştır.

Ancak, "yenilenecek dava" terimi de usul hukuku bakımından uygun bir ifade değildir. Zira usul hukukunda bu kavram, daha çok dosyanın işlem den kaldırılmasından sonra davanın yenilenmesi için kullanılmaktadır (HMK m. 150).

3. Asliye Ticaret Mahkemesi, Denizcilik İhtisas Mahkemesi ve Asliye Hukuk Mahkemesi İlişkisi

a) 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre

5136 sayılı Kanununun 1 inci maddesi ile 29/06/1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4 üncü maddesine ek fıkra eklenmiştir. Bu düzenlemeye göre, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü ile Adalet Bakanlığınca, bu Kanunun dördüncü kitabında yer alan deniz ticaretine ilişkin ihtilaflara bakmak ve asliye derecesinde olmak üzere Denizcilik İhtisas Mahkemeleri kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenir. Dolayısıyla söz konusu düzenlemede, Denizcilik İhtisas Mahkemeleri ile Asliye Ticaret Mahkemesi arasındaki ilişki bir görev ilişkisi olarak kabul edilmektedir.

b) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 5/2 c. 2' ye göre ise, bir yerde ticaret davalarına bakan birden çok asliye ticaret mahkemesi varsa, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, **asliye ticaret mahkemelerinden biri veya birkaçı münhasıran** bu Kanundan ve diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirilebilir. Bu durumda bu iki asliye ticaret mahkemesi arasındaki ilişki ile deniz ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin ne olduğunun belirlenmesi gerekir. Geçekten burada görev mi; işbölümü mü yoksa iş dağılımı ilişkisi mi vardır?

Burada her ne kadar görev kavramı ve "münhasıran" ifadesi kullanılmış ise de, kanaatimizce Deniz Ticaret Mahkemeleri asliye ticaret mahkemesi olarak kurulduğundan⁵; asliye hukuk mahkemeleri ile deniz ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki TTK m. 5 bağlamında işbölümü ilişkisi; buna karşılık asliye ticaret ile deniz ticaret mahkemesi arasındaki ilişki ise, bu konuda ayrı bir düzenleme bulunmadığı için iş dağılımı (adi işbölümü) olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle, Deniz Ticaret Mahkemeleri özel değil genel mahkeme olarak kabul edilmelidir. TTK m. 5/3'ün ilk cümlesinin ifadesi de bu hususu teyit etmektedir. Söz konusu hükümde, ikinci fıkrada yazılı durumlarda, bir davanın hukuki veya ticari olup olmadığının bir ilk itiraz olduğu (deniz ticareti ile kara ticareti arasında ayırım yapılmadan) belirtilmektedir.

⁴ Aynı görüşte **Kendigelen** s. 39 dp. 8.

⁵ **Kendigelen** s. 39.

III. İŞ BÖLÜMÜ İTİRAZI VE GÖNDERME KARARI

1. İşbölümü İtirazı

6762 sayılı Kanunda olduğu gibi, 6102 sayılı Kanunda da işbölümü itirazının tabi olacağı usul açısından, iki tarafın isteklerine tabi olan ve olmayan işler ayırımı yapılmıştır. Esasen her iki düzenlemede de işbölümü itirazının tabi olacağı usul, iki tarafın isteklerine tabi olmayan işlerin dışında kalan işler hakkında geçerlidir.

Buna göre, iki tarafın isteklerine tabi olmayan işler hariç olmak üzere, bir davanın ticari veya hukuki niteliği nedeniyle mahkemenin iş alanına girip girmediği, taraflarca sadece ilk itiraz şeklinde ileri sürülebilir. İlk itiraz haklı görüldüğü takdirde dosya talep üzerine ilgili mahkemeye gönderilir. Kararın sözlü bildirim veya tebliği tarihinden itibaren on gün içinde yenilenecek davaya bu mahkeme bakmak zorundadır. Ancak bu mahkeme, gönderen mahkemenin niteliğinden dolayı bağlı olmaksızın, davanın niteliğine göre uygulanması gereken usul ve kanun hükümlerini kendisi belirleyebilir.

Buna karşılık, iki tarafın isteklerine tabi olmayan işlere ilişkin davalar ise mutlak olarak Kanunda gösterilen mahkemelerde bakılır. Örneğin iflâs davasının mutlaka asliye ticaret mahkemesinde açılması gerekir. Bu davalara ilişkin itiraz bir ilk itiraz değildir. Taraflar yargılama bitinceye kadar itirazda bulunabilirler. Mahkeme de yargılamanın her aşamasında kendiliğinden davanın işbölümüne girmediğine ve dava dosyasının işbölümüne sahip mahkemeye gönderilmesine karar verebilir⁶. Keza bu davalara ilişkin gönderme kararı, görevsizlik kararı gibi yalnız başına temiz edilebilmelidir. Dolayısıyla bu işlere ilişkin davalarda verilen gönderme kararları üzerine yapılacak işlemler, tamamen görevsizlik kararı üzerine yapılacak işlemler gibidir⁷.

2. Gönderme Kararı Üzerine Yapılacak İşler

6762 sayılı Kanunda, gönderme karardan sonra yapılacak işlemler ve süreler konusunda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun görevsizlik kararı üzerine yapılacak işlemlere ilişkin hükümlerine yollama yapılmıştır. Öte yandan HUMK m. 193'deki sürenin ne zaman başlayacağı konusunda yaşanan tereddüt, 11.10.1976 tarih ve 5/5 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararı⁸ ile çözülmüştür. Buna göre, gönderilen (veya gönderen) mahkemeye başvuru süresi, gönderme kararı yüze karşı verilmiş ise kararın tefhim edildiği tarihten itibaren, gönderme kararı davacının yokluğunda verilmişse, gönderme kararının davacıya tebliğ edildiği tarihten itibaren işleme başlamaktaydı.

Bu gerekçeyle, 6102 sayılı Kanunun 5/3 maddesinde, açıkça “**kararın sözlü bildirim veya tebliği tarihinden itibaren on gün içinde**” harekete geçilmesi öngörülmüştür. Ancak Kanun koyucu sadece bu düzenleme ile yetinmemiş, hemen arkasından gelen fıkrafta, tıpkı 6567 sayılı Kanunda olduğu gibi, görevsizlik sebebiyle dava dilekçesinin reddi halinde yapılacak işlemlere ve bunların tabi oldukları sürelerle ilişkin usul hükümlerinin iş alanına ait ilk itirazın kabulü halinde de uygulanacağını hükme bağlamıştır. Görevsizlik sebebiyle dava dilekçesinin reddi halinde yapılacak işlemler ve bunların tabi oldukları sürelerle ilişkin usul hükümleri Hukuk Muhakemeleri Kanununun 20 nci maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, “Görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi hâlinde, taraflardan birinin, bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren **iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak**, dava dosyasının görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir.”

⁶ Karahan, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 22. Tıpkı Baskı, Konya 2011, s. 67; Karşlı, s. 118.

⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 183; Atalı, Murat, Genel Mahkemelerle Ticaret Mahkemeleri Arasındaki İşbölümü, Yüksek Lisans Tezi, Konya 1993, s. 105. Karahan, s. 67.

⁸ RG 07.12.1976/16782

Görüldüğü üzere gönderme kararı üzerine yapılacak işlemler ve uygulanacak süre konusunda, TTK m. 5/3'de açıkça düzenleme bulunmasına rağmen, son fıkrada yine **“tabi olacak işlemler”** ve **“uygulanacak süre”** konusunda HMK m. 20'ye atıfta bulunmaktadır. **Dolayısıyla burada 10 günlük sürenin mi yoksa iki haftalık sürenin mi geçerli olacağı konusunda ciddi bir hukuki mesele bulunmaktadır.**

Bu konudaki düşüncemize gelince; öncelikle, sorunun yapılacak bir kanuni düzenleme ile çözümlenmesinin en doğru seçim olacağı kanaatindeyiz. Buna göre, TTK m. 5'de gönderme kararı üzerine yapılacak usul işlemleri ile bunların tabi oldukları süre konusunda bir düzenleme yapmaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu konuda son fıkrada yapıldığı gibi Hukuk Muhakemeleri Kanununa atıf yapılması hem yeterli hem de daha uygun olacaktır.

Şayet bir kanuni düzenleme olmadan Kanun yürürlüğe girecek olursa, aşağıdaki gerekçelerle bu durumda uygulanacak usul hükümleri ve geçerli olacak süre açısından Hukuk Muhakemeleri Kanununun hükümlerinin geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz.

1. Hükümün konuluş amacının Hukuk Muhakemeleri Kanununun görevsizlik kararı üzerine yapılacak usul işlemlerinin ve sürenin burada da geçerli olacağını kabul etmek olduğu açıktır. Nitekim TTK m. 5'de öngörülen 10 günlük süre, HUMK m. 193/III'den kaynaklanmaktadır.

2. Kanun koyucu iki farklı süre öngördüğüne göre, hukuki dinlenilme hakkının gerçekleştirilmesi açısından da daha uzun olan sürenin uygulanması yerinde olacaktır.

3. HUMK m. 193/III'deki 10 günlük süre kanun koyucunun iradesi ile (HMK m. 20 ile) iki haftalık süreye dönüştürülmüştür. Bu nedenle 10 günlük sürenin kanun koyucunun mülga olan Kanundaki iradesi, dolayısıyla artık mevcut olmayan iradesi olduğunu da söylemek mümkündür.

Öte yandan 6102 sayılı TTK m. 5/3 ikinci cümlede; “İlk itiraz haklı görüldüğü takdirde dosya talep üzerine ilgili mahkemeye gönderilir.” şeklinde ifade edilmiştir. Buradaki “Talep üzerine” ibaresi Adalet Komisyonunda eklenmiştir. Esasen işbölümü itirazı bir ilk itiraz olduğuna göre (HMK 116/1-c) böyle bir ifadeye gerek bulunmamaktadır. Ancak uygulamada bazı mahkemeler talep olmadan da gönderme kararı verdikleri için, kanun koyucu bu şekilde açık bir düzenlemeye ihtiyaç duymuştur.

Buna karşın söz konusu talebin nereye yapılacağı açıkça ifade edilmemiştir. Kanaatimizce HMK m. 20 çerçevesinde göndermeye ilişkin talebin karar veren mahkemeye yapılması gerekir.

IV. SONUÇ VE ÖNERİ

İşbölümü itirazı üzerine verilen gönderme kararına karşı başvuru konusunda geçerli olan süre ile ilgili olarak Türk Ticaret Kanununun 5 inci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları arasında mevcut çelişkinin öncelikle yasal bir düzenleme ile çözülmesi gerekir. Bu konuda yasal bir düzenleme yapılmaması halinde, yukarıda açıkladığımız gerekçelerle, gönderme kararı üzerine uygulanacak usul işlemleri ve geçerli olacak süre meselesinin şu şekilde çözülmesi gerekir: *Gönderme kararı üzerine kararın tefhim veya tebliğinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurularak dosyanın (gönderilmesine karar verilen) mahkemeye gönderilmesinin talep edilmesi gerekir.*

ŞİRKETLERİN TARAF EHLİYETİ

Yrd. Doç. Dr. Serdar KALE**

ÖZET

Taraf ehliyeti yargılamanın süjesi olma ehliyetidir ve hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde olduğu gibi hukukumuzda da taraf ehliyeti, maddi hukuka atf yapılarak belirlenmiştir. HMK m. 50 gereğince medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir. Bilindiği gibi gerçek ve tüzel kişilerin medeni haklardan yararlanma ehliyeti bulunmaktadır. Makale konusu kapsamında tüzel kişiliği bulunan şirketlerin taraf ehliyeti 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde incelenmiştir. Bu konuyla ilgili olarak 6102 sayılı Kanunla getirilen en önemli değişiklik, mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak, "ultra vires" adı verilen şirketlerin hak ehliyetinin işletme konusu ile sınırlı olduğuna ilişkin ilkenin kaldırılmış olmasıdır. Her ne kadar söz konusu ilke, 6102 sayılı Kanunla kaldırılmış ise de ilgili ilkenin etkileri mevcut Kanunun şirketlerin temsiline ilişkin maddelerinde hala etkisini göstermektedir.

Anahtar Sözcükler: Ultra vires, taraf ehliyeti, hak ehliyeti, şirketler, temsil yetkisi.

ABSTRACT

Jurisdictional party capacity is the capacity of being subject of the jurisdiction and under Turkish law, it is stipulated by a referral to material law like almost in every other legal system. The Code of Civil Procedure (CCP) art. 50 sets forth that having the capacity to acquire rights, one shall also the jurisdictional capacity. As is known, the legal and the real persons have the capacity to acquire rights. In this article, the jurisdictional party capacity of the companies is analyzed in compliance with the Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102. In this respect, when compared to the TCC NO. 6762, the most important change brought by the TCC No. 6102 is the abolition "ultra vires" principle which restricts the capacity of the companies with the field of activity of the companies. Despite the abolition of ultra vires principle, the reflections of the principle can still be observed in the articles stipulation the representation of the companies.

Keywords: Ultra vires, jurisdictional party capacity, capacity, companies, representation authority.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. TARAF EHLİYETİ KAVRAMI

HMK m. 50 gereğince, “*medenî haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir*”. Görüldüğü gibi HMK, taraf ehliyetini maddi hukuka atf yaparak belirlemiştir. Başka bir ifade ile taraf ehliyetinin hak ehliyeti ile doğrudan bir bağlantısı bulunmakta, hak ehliyetine sahip olanların taraf ehliyetine de sahip olabilecekleri HMK m. 50 gereğince açıkça ortaya konulmaktadır. Bununla birlikte, hak ehliyeti bulunmayan fakat taraf ehliyetine sahip olan birliklikler de bulunmaktadır¹.

Hak ehliyeti, gerçek kişilerin tam ve sağ doğumla, tüzel kişilerin ise kanuna uygun olarak kurulmalarıyla kazandıkları bir durumdur.

Taraf ehliyeti, usul ilişkisinin süjesi olma ehliyetidir². Yargılamanın aktif ve pasif tarafı olabilecek niteliklere sahip kimselerin taraf ehliyeti bulunmaktadır.

Hukuk düzeninin hak ehliyeti tanıdığı, teşkilatlanmış bir topluluk olan tüzel kişiliği, alelade mal ve kişi topluluklarından ayıran temel özellik, tüzel kişilik kazanmış topluluğun belli bir amaca hizmet edecek olmasıdır. Tüzel kişilerin bu temel özelliği yanında teşkilatlanması, kendisini oluşturan unsurlardan bağımsız bir yapıya kavuşması gerekir³. Önemle belirtmek gerekir ki, tüzel kişilik türleri kanunda sınırlı sayıda gösterilmiştir. Kanunda sayılan türler dışında bir şahıs veya mal birlikliğine tüzel kişilik tanıyabilmek mümkün olmayacaktır.

6102 sayılı TTK m. 232 de kolektif ve komandit şirketlerin, 335. ve 575. maddelerde ise sermaye şirketlerinin kuruluşu ve dolayısıyla taraf ehliyeti kazanmaları için tescilin, gerekli ve yeterli olduğu hükme bağlanmıştır. Yine aynı Kanunun 333. maddesinde de, Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca yayınlanacak tebliğe faaliyet alanları belirlenen anonim şirketler dışında kalan anonim şirketlerin kuruluşunun ve esas sözleşme değişikliklerinin herhangi bir makamın iznine bağlı olmadığı belirtilmiştir. Tüzel kişilik kazanılması başlıklı 355. maddede de şirketin ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanacağı açıklanmıştır.

6762 sayılı TTK uygulamasında, sermaye şirketlerin kuruluşunda izin sisteminin mi yoksa tescil sisteminin mi geçerli olduğu konusunda ortaya çıkan tartışmalar, 1995 yılında 559 sayılı KHK ile ve 2003 yılında 4884 sayılı Kanun ile 6762 sayılı TTK’da yapılan değişiklikler ile ortadan kalmış ve sermaye şirketleri açısından da tescil sisteminin geçerli olduğu açıklığa kavuşturulmuştur.

6102 sayılı TTK gereğince şirketlerin kurulabilmesi ve esas sözleşmelerinin değiştirilmesi için yazılı sözleşme hazırlanması, sözleşmedeki imzaların noterce onaylanması, ticaret siciline tescil ve ilan aşamalarının geçmesi gerekmektedir (TTK m. 212, 215, 305, 333, 339, 354, 575 ve 586). 6102 sayılı TTK m. 32 gereğince şirket esas sözleşmesinin, emredici hükümlere aykırılık içerip içermediği ve bulunması kanunca zorunlu kılınan hususların varlığı Sicil Müdürü tarafından incelenecektir. Bu kapsam dışında kalan hususların Sicil Müdürü tarafından incelenmesi mümkün değildir ve kanunda aranan şartlar tamam olmuşa, şirket sicile tescil edilecektir.

Görüldüğü gibi gerek kuruluş aşamasında gerekse de sonradan esas sözleşmesinin değiştirilmesinde, herhangi bir makamın izni gerekli değildir. Şirketin faaliyet alanı kuruluş sözleşmesinde serbestçe belirlenebileceği gibi, sonradan da esas sözleşmede yapılacak değişiklik ile şirketin faaliyet alanı serbestçe değiştirilebilecektir.

II. ULTRA-VİRES KAVRAMI

Tüzel kişiliğin kazanılması ile birlikte hukuk düzeni tarafından farazi kişilik verilen şirketlerin hak ehliyetlerinin kapsamının ne olacağı sorununa çözüm aramak gerekir. Başka bir ifade ile şirketlerin hak ehliyetlerinin sınırı bulunup bulunmadığı sorunu bu noktada önem taşımaktadır. Şirketlerin hak ehliyetlerinin sınırları konusunda ilk

¹ Hak ehliyeti bulunmayan birlikliklerin taraf ehliyeti hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Kale, s. 195 vd.

² Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 125; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 252.

³ Akınal, s. 10-12; Özsunay, s. 3-4.

akla gelen İngiliz hukuku kökenli ultra vires teorisi. Tüzel kişilerin sözleşmelerinde veya tüzüklerinde belirlenen konular dışında hak ehliyetinin bulunmayacağı kuralına ultra vires adı verilmektedir.

Teorinin ortaya çıkış yeri olan İngiliz hukukunda ultra vires kavramı ilk kez özerk kuruluşların ve demiryolu şirketlerinin yetki aşmaları sebebiyle yargı organlarının önüne gelmiştir⁴. Bu konudaki 1875 yılında verilen ilk kararlar, şirketlerin ehliyeti hakkında ultra vires kavramına atıf yapılmış ve bu karardan sonra ultra vires teorisinin uygulama alanı genişlemiş, giderek şirketler hukukunun dar kalıplarını aşarak devlet gücünün ve mahalli otoritelerin yetki aşmalarını ifade etmek için kullanılmıştır⁵.

Ultra vires teorisi uyarınca şirket esas sözleşmesinde belirtilen konular dışındaki işlemler, şirketin hak ehliyetinin dışında kalarak yok hükmünde sayılmaktadır⁶. Söz konusu işlemlere icazet verilmesi mümkün olmadığı gibi, sonradan esas sözleşmenin bu işlemleri içerecek şekilde genişletilmesi durumunda dahi, anılan işlemler geçerlilik kazanmamaktadır⁷.

Tüzel kişilerin tamamı bir amacı gerçekleştirmek için kurullar ve bu amaç tüzel kişiliğin esaslı bir unsurudur. Tüzel kişilerin sahip oldukları amaç, bazı hukuk sistemleri açısından onların hak ehliyetlerinin sınırını da çizmektedir.

Ultra vires teorisinin ortaya çıkış sebebi şirket malvarlığının yalnızca esas sözleşmede belirtilen konu ve amaca tahsis edilme düşüncesidir. Bu teorinin olumlu ve olumsuz yanları şu şekilde ortaya konulabilir⁸: Şirket malvarlığının sözleşmede belirtilen konu ve amaca tahsis edilmesiyle pay sahipleri korunmuş olacaktır. Bununla birlikte şirkette pay sahibi olacak kişiler de, şirketin sözleşmede gösterilen konularda faaliyette bulunacağı güvencesinden hareket etmektedirler. Ayrıca, ticaret hayatının önemli aktörlerinden olan şirketlerin faaliyetlerinin sözleşmede gösterilen konularla sınırlandırılması, şirketin denetimini kolaylaştırarak ekonomik hayatın güvence altına alınmasını sağlayacaktır. Bu teoriye getirilen en önemli eleştiri, şirketle hukuki ilişkiye giren alacaklıların haklarının ihlal edilme tehlikesinin bulunmasıdır. Şirketin sözleşmede gösterilen alan dışında faaliyette bulunarak borç altına girmesi ve daha sonra ultra vires teorisine dayanarak bu borcun ehliyetsizlik sebebine dayanarak ifa edilemeyeceğinin bildirilmesi, şirketle hukuki ilişkiye giren alacaklıların haklarını olumsuz yönde etkileyecektir. Ultra vires teorisinin kalkması, şirketler ile işlem yapan üçüncü kişilerin, şirketin işletme konusunu araştırma yükümlülüğünü kaldırıp, şirketle gerçekleştireceği işlemin bu kapsamda olup olmadığını değerlendirme zorunluluğuna son verecektir. Bu şekilde üçüncü kişiler, daha güvenli bir şekilde şirketle hukuk ilişki içine girebilecektir. Bu teori bir açıdan paydaşların aleyhine olabilecek sonuçları da ortaya çıkartabilir. Şirketin, sözleşme dışındaki alanlarda faaliyette bulunmaması karını azaltıcı bir durumdur.

Ultra vires teorisi İsviçre hukukunda etkili olmadığı için şirketlerle ilişkiye girecek olan üçüncü kişiler, hukuki ilişki kapsamında şirketin yetkisinin bulunup bulunmadığı konusunda esas sözleşmeyi incelemek zorunda kalmayacaktır⁹. İsviçre hukukunda tüzel kişilerin ehliyeti konusunda nispi bir anlayış tarzı benimsenmiş, bu anlayış çerçevesinde tüzel kişiler gerçek kişilerin sahip olabilecekleri haklara, bünyeleri elverdiği ölçüde sahip olabileceklerdir (İMK m.53).

⁴ Mumcu, s. 57.

⁵ Mumcu, s.57.

⁶ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s. 83, Pulaşlı, s. 53; Yıldız, s. 186.

⁷ Yıldız, s. 186.

⁸ Aygül, s.217-218.

⁹ Hall, s.3; Hafliçer, s.95.

Alman hukukunda ultra vires teorisi genel olarak reddedilmiş, sadece kamu tüzel kişileri açısından ultra vires teorisinin geçerli olacağı kabul edilmiştir¹⁰.

Ultra vires ilkesine kaynaklık teşkil eden İngiliz hukukunda ise, 1989 tarihinde yapılan bir değişiklik ile şirketlerin esas sözleşmede belirtilmeyen alanlarda yaptıkları işlemlerin üçüncü kişilere karşı geçersiz olacağı ilkesi kaldırılmıştır. İngiliz hukukunda ultra vires kaldırılmasına rağmen, şirket yöneticilerinin, şirket sözleşmesi dışında yaptıkları işlemlerden dolayı şirkete verdikleri zararlardan ötürü sorumlulukları devam etmiştir¹¹.

Hukukumuzda ise 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nun 137. maddesinden ve 5235 sayılı Dernekler Kanunu'nun 30. maddesinin a bendinden ultra viresin geçerli bir teori olduğu sonucu çıkarılabilir. TTK m. 137 gereğince, ticari şirketler, şirket sözleşmesinde yazılı, işletme konusunun çerçevesi içinde kalmak kaydıyla hak sahibi olabilecek, borç altına girebilecektir. Dernekler Kanunu'nun 30. maddesinin a bendi gereğince de, dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaç ve bu amacı gerçekleştirmek sürdürüleceği belirtilen çalışma konuları ve biçimleri dışında, herhangi bir faaliyette bulunamazlar.

Türk Medeni Kanunu'un 48. maddesi gereğince de tüzel kişiler, insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışında kalan haklara ve borçlara sahip olabileceklerdir.

III. 6102 Sayılı Kanun Çerçevesinde Şirketlerin Taraf Ehliyeti ve Temsili

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 125. maddesi, 6762 sayılı Kanunun 137. maddesine karşılık gelmektedir. 125. madde, "Ticaret Şirketleri" başlıklı ikinci kitabının "Genel Hükümler" bölümünde yer almakta ve tüm ticaret şirketi için geçerlilik arz etmektedir. TTK m. 125/II hükmünde, "*Ticaret şirketleri, Türk Medeni Kanununun 48inci maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler. Bu husustaki kanunî istisnalar saklıdır.*" ifadelerine yer verilmiştir.

Genel nitelik taşıyan m. 125/II hükmünden, şirketler hukuku açısından ultra vires ilkesinin kaldırıldığı ve şahıs ve sermaye şirketlerinin gerçek kişilere özgü haklar haricinde bütün hakları edinebilecekleri ve borçları yüklenebilecekleri ilk planda söylenebilir. Madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere şirketlerin hak ehliyetine getirilen tek sınırlama gerçek kişilere hasredilen hak ve borçlardır. Nitekim bu durum madde gerekçesinde şu şekilde kaleme alınmıştır: "*...üçüncü kişilerin korunması, işlem ve pazar güvenliğinin sağlanması amacıyla ultra vires kaldırılmış olmaktadır.*" Şirketlerin işletme konusu hernekadar hak ehliyetleri ve taraf ehliyetleri bakımından artık önem taşımayacak gibi görünse de şirketlerin temsili ve ticaret unvanları açısından işletme konusu yine de bir anlam ifade edecektir.

125. maddede, şirketlerin TMK m. 48 kapsamında bütün haklardan yararlanabilecekleri ve borç altına girebilecekleri belirtildikten sonra son cümlede bu konudaki kanuni istisnaların saklı olduğu hükme bağlanmıştır. Buradaki istisna tasfiye halindeki şirketler içindir. Bilindiği gibi tasfiye halindeki şirketler tasfiye amacıyla sınırlı olarak faaliyetlerini yürütürler.

6102 sayılı Kanunun 125. maddesi ile Avrupa Birliğinin 1968 tarih ve 68/151 sayılı Birinci Yönergenin 9. maddesi ve Birinci Yönergenin yerine çıkarılan 2009/101 sayılı Yönergenin 10. maddesi uyumlu hale getirilmiştir. İlgili yönergelerde, işletme konusu dışında kalan işlemlerden de şirketin sorumlu olacağı belirtilmiş ve üye ülkelerin tercihleri doğrultusunda işlemin işletme konusu dışında kaldığını üçüncü kişinin

¹⁰ K. Schmidt, s.214; Lehmann, AcP 207 (2007), s. 237.

¹¹ Aygül, s.218-219; Yıldız, s. 196-202.

bildiği veya halin icabından bilebilecek durumda olduğunu ispatlaması kaydıyla şirketin bu işlemle bağlı olmayacağı, ancak sırf şirket sözleşmesinin ilanının da bu ispat için yeterli bulunmayacağı hükmüne bağlanmıştır.

Bu noktada 6102 sayılı TTK'nın şirketlerin temsiline ilişkin hükümleri incelemek, Yönergenin yukarıda bahsedilen hükümlerinin ne oranda TTK'ya etki ettiğini tespit etmek gerekir. Anonim şirketlerde temsil yetkisinin kapsamı ve sınırları, 6102 sayılı TTK m. 371'de düzenlenmiştir. 371. maddenin 2. fıkrasına göre, "*Temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar; meğerki, üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilsin. Şirket esas sözleşmesinin ilân edilmiş olması, bu hususun ispatı açısından, tek başına yeterli delil değildir.*" Bu hüküm, 6102 sayılı TTK m. 629'un atfıyla limited şirketler için de uygulanacaktır.

Görüldüğü gibi üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden bilebilecek durumda bulunduğu ispat edildiği takdirde işlem şirketi bağlamayacaktır.

6102 sayılı Kanunun 371. maddesinin 2. fıkrasındaki "*...durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu...*" ibaresi TMK m. 3'e benzer biçimde kaleme alınmıştır¹². Oysa Yönerge'nin ilgili bölümünde "*... halin icabından bilinmemesinin mümkün olmayacağını...*" ispat edilmesi ifadesi bulunmaktadır. Doktrinde, Yönerge'deki bu ibarelerin TMK m. 3'deki "bilmesi gerekme" yi içermediği, müspet vukufa daha yakın olduğu belirtilmektedir¹³. Sonuç olarak 371. maddenin 2. fıkrası, müspet vukuf-tan daha geniş bir perspektif öngördüğü için üçüncü kişilerin korunması amacı taşıyan Yönerge'nin ilgili düzenlemesine uygun olmadığı doktrinde belirtilmektedir¹⁴.

TTK m.43 f.1 gereğince, şirketi ferdileştiren ve şirketi diğer ticari sujelerden ayıran ticaret unvanında, işletme konusunun gösterilmesi zorunludur. Esas sözleşmenin ticaret sicilinde tescil ve ilan edilecek olması ve kanunda açıkça sayılan hallerde ilan edilen hususların sicilin müspet etkisini (TTK m. 36) ortaya çıkarmasına rağmen, işletme konusu bu müspet etki kapsamındaki hususlar arasında sayılmamıştır. Bununla birlikte tescil ve ilan edilen ticaret unvanları sicilin müspet etkisi kapsamındadır (TTK m. 354 f.1). Anonim şirket, limited şirket ve kooperatif unvanlarında işletme konusunun gösterilmesi zorunluluğu karşısında (TTK m. 43 f.1) şirketle hukuki işlem gerçekleştiren üçüncü kişilerin hukuki işlemin işletme konusu dışında kaldığını bilmedikleri söylenemeyecektir. Başka bir ifade ile üçüncü kişinin iyiniyeti ortadan kalkabilecek ve bu şekilde de işlemin işletme konusu dışında olup şirketi bağlamadığı üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilecektir¹⁵. Fakat yukarıda da açıklandığı üzere, şirketin taraf ve hak ehliyetini şirketin işletme konusu ile sınırlandıran düzenlemelerin 6102 sayılı Kanunla kaldırılmasından sonra, ticaret unvanlarında şirket konusunun gösterilmesinin bir anlamı kalmayacaktır¹⁶.

Yukarıda anlatılanlar çerçevesinde ortaya çıkan sonuç 6102 sayılı Kanunda, anonim şirketle hukuki işlem gerçekleştiren üçüncü kişilerin, anonim şirkete nazaran daha fazla korunduğudur. Başka bir ifade ile şirket temsilcisi tarafından işletme konusu dışında yapılan işlemler şirketi bağlayacaktır. İşletme konusu dışındaki işlemi gerçekleştirerek şirketi sorumluluk altına sokan temsilcinin de bu kez şirkete karşı sorumluluğu bulunup bulunamayacağının tartışılması gerekecektir. İşletme konusu dışındaki

¹² **Kendigelien**, s. 224-225; **Kırca**, s. 77; **Yıldız**, s. 125.

¹³ **Kendigelien**, s. 225.

¹⁴ **Kendigelien**, s. 225.

¹⁵ **Yongalık**, s. 86-87; **Yıldız**, s. 126-127.

¹⁶ **Yongalık**, s. 87.

işlemlerin işlem güvenliği sebebiyle anonim ve limited şirketleri kural olarak bağlamakla birlikte (TTK m. 371 f.2), şartlarının gerçekleşmesi halinde şirket bu yüzden uğradığı zarar nedeniyle temsilciye rücu imkanına sahip olabilecektir. Buradaki rücu ilişkisi şirketin temsilcisiyle olan iç ilişkisi olup şirketle hukuki ilişki içerisinde bulunan üçüncü kişileri ilgilendirmemektedir¹⁷.

Limited şirketlere ilişkin 587. maddenin 1. fıkrasında şirket esas sözleşmesinin tamamının ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan olunacağı hükmüne bağlanmıştır. Yine aynı maddede, tescil ve ilan olunan esas sözleşmeye 36. maddenin 1. fıkrasının uygulanacağı hususlar belirtilmiş ve bunlar arasında c bendinde işletme konusuna da yer verilmiştir. Bu hüküm gereğince işletme konusu tescil edilip Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edilmekle, ticaret sicili müspet etkisini gösterecektir. Hernekadar 587. maddede limited şirketlerde işletme konusunun ilanının müspet etki bakımından anonim şirketlerden farklı olduğu sonucu ortaya çıkmakta ise de yine limited şirketlere ilişkin 629. maddede, limited şirket müdürlerinin temsil yetkilerinin kapsamına, yetkinin sınırlandırılmasına vb konulara anonim şirketlere ilişkin benzeri hükümlerin kıyasen uygulanacağı kaleme alınmıştır. Doktrinde, 587. maddenin 1. fıkrasının c bendine sehven yer verildiği ve bu hükmüne rağmen, 629. maddenin 1. fıkrasının yaptığı atıf nedeniyle, 371. maddenin 2. fıkrasının limited şirketlere de uygulanmasını gerektirdiği belirtilmektedir¹⁸.

6102 sayılı TTK' da kolektif şirketlerde temsili düzenleyen 233. maddesinde şirketi temsile yetkili olan kimsenin şirketin işletme konusuna giren her türlü işi ve hukuki işlemleri şirket adına yaparak ve şirketin unvanını kullanma yetkisine sahip olduğunu hükme bağlamıştır. Bu hüküm, m. 318 f. 1 gereğince komandit şirketler, m. 565 f.1 gereğince de sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler için de geçerli olacaktır¹⁹. 213. madde uyarınca da şirket kurulurken, şirket sözleşmesine “*esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusunun*” yazılması ve bunun ilanı zorunludur.

Kollektif şirketlerde temsili düzenleyen 223. maddenin 1. fıkrasında ise “*şirketi temsile yetkili olan kimse, şirketin işletme konusuna giren her türlü işi ve hukuki işlemleri şirket adına yapmak ve şirketin unvanını kullanmak yetkisine sahip*” olduğu belirtilmiştir. Maddede açıkça belirtildiği üzere temsil yetkisi, işletme konusu ile sınırlandırılmıştır. Kollektif şirket sözleşmesinin tescil ve ilanı ile işletme konusunun şirketle işlem yapacak üçüncü kişiler için de hüküm ifade etmesinden ötürü kolektif şirketle hukuki ilişkiye girecek üçüncü kişilerin şirket konusunu incelemesi gerekecektir. Kollektif şirket temsilcisinin şirketin işletme konusu dışında işlem yapması halinde yapılan işlemin 6762 sayılı Kanun zamanında olduğu gibi yoklukla malul olması söz konusu olamayacaktır. Bu halde kolektif şirket, Borçlar Kanunundaki yetkisiz temsil hükümleri uyarınca bu işleme icazet verebilecektir²⁰.

¹⁷ Kırca, s. 73.

¹⁸ Arkan, s.49; Kırca, s.72.

¹⁹ Kırca, s. 77-78; Yıldız, s.131-132.

²⁰ Yıldız, s. 122. bu görüşün aksini savunan yazarlar için Bkz. Pulaşlı, s. 354-355.

KAYNAKÇA

- AKÜNAL, Teoman** : Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul 1995.
- ARKAN, Sabih** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferansı, Bildiriler-Tartışmalar, 13-14 Mayıs 2005, Ankara, s. 41 vd.
- AYGÜL, Musa** : Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Ankara 2007.
- ALANGOYA, Yavuz** : Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2007.
- YILDIRIM, M, Kamil/
DEREN-YILDIRIM,
Nevhis HALL, G.Sauser** : Recht-und Handlungsfähigkeit der Juristischen Person, SJK Karte 578, Stand 1942.
- HÄFLIGER, Ruth** : Die Parteifähigkeit im Zivilprozess, Zürich 1987.
- KALE, Serdar** : Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul 2010.
- KENDİGELEN,
Abuzer** : Gereççeli – Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu, İstanbul 2011.
- KIRCA, İsmail** : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyet ve Birleşmesi, Bankacılar Dergisi, S.79, Aralık 2011, s. 71 vd.
- LEHMANN, Matthias** : Der Begriff der Rechtsfähigkeit, AcP 207 (2007), s.225-255.
- MUMCU, Uğur** : İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1970, Cilt 27, Sayı 1-4, s. 37 vd.
- ÖZSUNAY, Ergun** : Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1979.
- POROY Reha/
TEKİNALP, Ünal/
ÇAMOĞLU, Ersin** : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. B., İstanbul 2010.
- PULAŞLI, Hasan** : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, Ankara 2011.
- ROSENBERG/SCHWAB/
GOTTWALD** : Zivilprozessrecht, 16. Auflage, München 2004.
- SCHMIDT, Karsten** : Gesellschaftsrecht, 4.Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 2002.
- YILDIZ, Burçak** : Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukukî Niteliği, Batider, Eylül 2011, C.XXVII, S.3, s. 111 vd.

YILDIZ, Şükrü:

Avrupa Topluluğunun Kamuyu Aydınlatmaya İlişkin 9 Mart 1968 Tarih ve 68/151/EEC Sayılı Bir Nolu Şirketler Hukuku Konsey Yönergesi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.1, Yıl:1999, Erzincan 1999, s. 276 vd. (68/151/EEC Sayılı Yönerge)

YONGALIK Aynur

: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na (m. 124-133) Türk Ticaret Kanunu (m. 136-145) İle Karşılaştırmalı Bakış ve Değerlendirme, Batider, Mart 2010, C.XXVI, S.1, s. 79 vd.

3. OTURUM

TEBLİĞLER

*** REKLAM VE SATIŞ YÖNTEMLERİNE İLİŞKİN
HAKSIZ REKABET HÂLLERİ**

Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR

*** KARŞILAŞTIRMALI HUKUK IŞIĞINDA
TÜRK HUKUKUNDA TESCİLSİZ SINAÎ ÜRÜNLERİN
HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ İLE KORUNMASI**

Av. Dr. Cahit SULUK

*** 6102 SAYILI TTK'NUN HAKSIZ REKABETE DAİR
DÜZENLEMELERİNİN AMACI VE KORUDUĞU MENFAATLER
ÇERÇEVESİNDE DÜRÜST VE BOZULMAMIŞ REKABET KAVRAMI**

Yrd. Doç. Dr. Şirin GÜVEN

REKLAM VE SATIŞ YÖNTEMLERİNE İLİŞKİN HAKSIZ REKABET HÂLLERİ*

Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR**

ÖZET

1 Temmuz 2012 tarihinden itibaren Türk ticaret hukukunda yeni bir dönem başlamıştır. Bu çalışmamızda yeni TTK'daki haksız rekabete ilişkin hükümlerin bir kısmı olan reklam ve satış yöntemleri incelenmiştir. Uygulamada sık karşılaşılabilecek olan bu konulariyeniden ve mehz olan İsviçre hukuku ile AB hukuku dikkate alınarak konunun ana esasları ortaya konulmuştur. Haksız rekabet hukukunun yeni hükümleri incelenirken, önceki tarihli olan önemli ve isabetli bazı kararlar da tespit edilerek yeni hükümlerin uygulamasına yol göstermesi amaçlanmıştır.

Anahtar kelimeler: Türk Ticaret Kanunu, haksız rekabet, reklam, satış yöntemleri, İsviçre hukuku, AB hukuku

ABSTRACT

A new era has begun in Turkish Commercial Law on July 1, 2012. In this work, advertising and sale methods, which form a part of the articles regarding unfair competition in the new Turkish Commercial Code have been examined. The above-mentioned issues, which are encountered quite often in practice, have been laid down substantially, through the consideration of the source of the Code, Swiss Law, and the EU Law. In the process of analysis, significant and felicitous former court decisions have been identified, with the aim of them having a guiding effect to the application of the new articles.

Keywords: *Turkish Commercial Code, unfair competition, advertising, sale methods, Swiss Law, EU Law*

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 10-11-12 Mayıs 2012 tarihlerinde düzenlenen "6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken" Sempozyumunda sunulan tebliğinin genişletilmiş hâlidir.

** Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (hpinar@bilkent.edu.tr).

I. Giriş

1957 yılından beri yürürlükte olan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK), 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı yeni TTK ile tamamen yenilenmiştir. Haksız rekabete ilişkin hükümler ayrı bir kanun olarak değil, önceki Kanunda olduğu gibi yeni TTK içinde 54-63 arasında düzenlenmiştir. Bu değişikliklerle eski TTK'nın me hazı olan İsviçre'nin 1943 yılında yürürlüğe giren "Haksız Rekabete Dair Federal Kanun"dan vazgeçilmiştir. Zira İsviçre'de 1943 tarihli Kanunu ilga eden yeni "Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun" (UWG) 1988'de yürürlüğe girmiştir¹. Yeni TTK'daki haksız rekabete ilişkin hükümlerin me hazı da İsviçre'nin bu yeni kanuni düzenlemesidir².

Türk hukukunda hem amaç hem ilke [genel (tanımlayıcı) hüküm] -me haz olan İsviçre UWG'deki iki maddelik bir düzenlemenin aksine- tek bir madde altında ama iki fıkra olarak, TTK 54'de düzenlenmiştir. Genel ilkeyi getiren hüküm TTK 54/2'de, özel haller ise örnekseme yolu ile TTK 55'de düzenlenmiştir. UWG'de yer alan 3, 4, 4a, 5, 6, 7 ve 8. maddeler ise, hukukumuzda sadece bir madde olarak TTK 55'de düzenlenmiştir. Bu madde, tek bir fıkradan; bu fıkra altı alt bendden ve bu bendler de çok sayıda alt bendlerden oluşmaktadır. Bunun sonucu olarak da, kanun yapma tekniği açısından uygun olmayan, oldukça uzun bir madde ortaya çıkmıştır.

Haksız rekabet hukukunda sıkça uygulama alanı olan reklam ve satış yöntemlerini bu çalışmanın konusudur. Reklama ilişkin hükümler, önceki TTK ile esasen benzerlik göstermektedir. Buna rağmen yeni TTK'da aldatıcılık konusunda ayrıntılı bir şekilde yeni alt konular ile karşılaştırmalı reklam açıkça düzenlenmiştir. Önceki hükümlerle paralellik gösterse de bu hükümleri, me haz hukuku dikkate alarak AB hukuku ile de uyumu sağlayacak yeni bir bakış açısıyla yorumlamak gerekmektedir. Satış yöntemleri haksız rekabet hukuku açısından yeni olmasına rağmen Türk tüketici hukukunda çok daha önce düzenlenmiş ve hatta AB sürecinde ayrıntılı bir şekilde yenilen-

¹ 1988'den beri yürürlükte olan İsviçre Haksız Rekabet Kanunu (UWG) birçok kere değişikliğe uğramıştır. en son değişiklikler 2011'de yapılan yapılmıştır. Özellikle 2007 ve 2011'deki kanun değişiklikleri maalesef Türk Ticaret Kanununa yansıtılmamıştır. Kanunun son metni için bkz. (<http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/241.de.pdf>; erişim: 20.7.2012).

² Ayrıntılı bilgi için bkz. TTK Dördüncü Kısım Haksız Rekabet Gerekeçesi: "İsviçre'nin 1986 tarihli Kanunu, Tasarının 54 ve 55 inci maddelerine doğrudan kaynaklık etmiştir. Ancak TTK'nın haksız rekabete ilişkin diğer maddelerine etkisi birkaç hükümle sınırlı kaldığı ifade edilmiştir. Gerekeçede bunun birçok sebebi olduğu vurgulanmıştır. Birinci sebep, 6762 sayılı Kanunun haksız rekabete ilişkin 56 ve devamı maddeleri, kanunun en çok uygulanan hükümleri arasında yer aldığı için Türkiye'de mahkeme kararları ve özgün doktrinle İsviçre'den oldukça farklı bir haksız rekabet hukuku oluşmuştur. Bu birikimin terk edilerek tüm maddeleri ile İsviçre'nin 1986 Kanununun iktibasını doğru bulunmamıştır. İkincisi, İsviçre haksız rekabet hukuku 1985 tarihli Karteller ve Diğer Rekabet Sınırlamaları Kanununa koştur bir gelişme izlemiştir. Nitekim 1986 Kanununun 1 inci maddesi bu bağlantıyı kurmuştur. Türkiye ise 1994 yılına kadar rekabeti koruyan kuralları içeren bir kanuna sahip olmamış, 07/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ise, İsviçre'den değil, kökeni Roma Anlaşması olan Avrupa Topluluğu Anlaşmasınının 85 ve 86 ncı maddeleriyle [yeni ABİDA 101-102] 17/62 sayılı Tüzük'ten [yeni 1/2003 s. Tüzük] alınmıştır. Üçüncüsü ise, İsviçre'nin haksız rekabete ilişkin hükümlerinin aynı zamanda, İsviçre'ye özgü olan "Fiyatların Gözetimi Kanunu" ile de sıkı bağlantı içinde bulunmasıdır. Dördüncüsü, İsviçre Kanunu usul hükümlerini de içermektedir. 6762 sayılı Kanun, 1943 Kanununun aynı nitelikteki hükümlerini (m. 9-12) almadığı gibi, yeni TTK da 1986 Kanununun usul hukukuna ilişkin hükümlerine (m. 12-15) yer vermemiştir. Nihayet, İsviçre kanunu idarî nitelikte bazı hükümler öngörmüştür. Bunlar fiyatların tüketicilere bildirilmesi hakkındaki düzenlemelerdir. Söz konusu hükümlerin hukukumuza yansıtılması mümkün değildir. Çünkü, hem Ticaret Kanunu bu tür idarî düzenlemeler için uygun bir kanun değildir, hem de söz konusu düzenlemeler İsviçre'ye özgüdür."

mek için taslak çalışması tamamlanmıştır. Burada reklam ve satış yöntemleri, akademik çalışmalara bir nebze ışık tutabilmek açısından sistematik olarak kısaca değerlendirilmiş ve uygulamaya da yol göstermesi için temel esaslar ortaya konulmuştur.

II. Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Hâlleri

Dürüstlük kurallarına aykırı hâller, TTK 55’de örneksene şeklinde, mehaz İsviçre’deki düzenlemeye paralel olarak, altı kategori halinde düzenlenmiştir³. Bu sayılan altı kategori, dürüstlük kurallarına aykırı davranışların ve ticari uygulamaların, yüksek yargı kararlarına göre en çok rastlanılan haksız rekabet hâllerinin görünüş şekilleridir. Böylece önceki kanuni düzenlemeye nazaran TTK 55 sadece özel hâller yönünden değil, bu hâller arasında katılan yeni konular ve korunan kişi ve menfaatler yönünden de genişlemiş ve geliştirilmiştir. Dürüstlük kurallarına aykırılık, sadece bu sayılanlarla sınırlandırılmamış olup bunlar dürüstlük kuralına aykırı olan hâller olarak altı kategoride toplanan örneklerdir.

Söz konusu altı kategori şöyle sıralanabilir:

- (1) *Dürüstlük kurallarına aykırı reklam ve satış yöntemleri ve diğer hukuka aykırı davranışlar,*
- (2) *Sözleşmeyi ihlâl ve sona erdirmeye yöneltmeler,*
- (3) *Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma,*
- (4) *Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etme,*
- (5) *İş şartlarına uymama ve*
- (6) *Dürüstlük kurallarına aykırı işlem şartları kullanma.*

Bu çalışmanın kapsamında, ilk kategori incelenecektir. Bu alt bend, 12 alt benden oluşmaktadır.

Dürüstlük kurallarına aykırı olan ve dolayısıyla haksız rekabet teşkil eden reklam ve satış yöntemlerini -ilişkilendirilmenin ağırlığı dikkate alındığında- müşteri ve rakip odaklı hâller olarak iki gruba ayırmak mümkündür. Ancak “müşteri odaklı haksız rekabet hâlleri” başlığı altında incelenen konuların rakipler açısından önemsiz ve haksız rekabet teşkil etmeyeceği gibi bir yanlış anlama da ortaya çıkmamalıdır. Zira bu tasnifin amacı haksız rekabet hâllerinin hedeflerinden yola çıkarak konunun daha açık ve anlaşılır kılınmasıdır. Her türlü haksız rekabet hâllerinde menfaati ihlâl edilen veya böyle bir tehlikeye maruz kalan kimse haksız rekabet davası açabilecektir.

A. Müşteri Odaklı Haksız Rekabet Hâlleri

Haksız rekabete ilişkin özel hâller, TTK 55’de örneksene şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddenin başlığı şöyledir:

“II - Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar

MADDE 55- (1) Aşağıda sayılan hâller haksız rekabet hâllerinin başlıcalarıdır:

a) Dürüstlük kuralına aykırı...”

Bu maddenin başlığı ve metni dikkate alındığında, alt alta “Dürüstlük kuralı”, “haksız rekabet hâlleri” ve tekrar “dürüstlük kuralı” kavramları kullanıldığı görülmektedir. Oysa mehaz İsviçre UWG’deki ifadelerde yeknesaklık vardır. Mehaz metinde, haksız rekabet (unlauterer Wettbewerb) kavramında geçen sıfat, yani “Unlauter...” (=haksız) kavramı kullanılmaktadır. Böylece kavram kargaşası engellenmiştir. Türk hukukundaki kavramların isabetsiz kullanılmasının esas sebebi, haksız rekabet hâllerini tek bir maddede düzenlemenin getirdiği zorluktur. Kavram tekrardan kaçmak için isabetsiz bir tercih yapılmıştır. Her dürüstlük kuralına aykırılığın aynı zamanda haksız rekabet teşkil edebilmesi için TTK 55/2’ye göre rakipler arasında veya tedarik eden-

³ Ancak İsviçre Haksız Rekabet Kanununda (UWG) kitle reklamlarına ilişkin 2007’deki ve özellikle elektronik ticarete ilişkin 2011’deki değişiklikler maalesef TTK’ya yansıtılmamıştır. Kanunun son metni için bkz. (<http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/241.de.pdf>; erişim: 20.7.2012).

lerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyecek nitelikte olmalıdır. TTK 55’de ise sadece örneksene yolu ile düzenlenmiş dürüstlük kuralına aykırı hareketlerdir. Ancak öğretilerde ve uygulamada haksız rekabet hâlleri kavramı tercih edilmektedir. Alman Haksız Rekabet Kanunu da özellikle “unlauter” (=haksız) kavramını temel kavram olarak tercih etmektedir. Dolayısıyla bu çalışma kapsamında da -TTK 54’deki şartlar da dikkate alınmak kaydıyla- TTK 55’deki düzenleme başlıca haksız rekabet hâlleri olarak aşağıda incelenecektir.

1. Aldatıcılık

TTK 55/a’da sayılan bazı hâlleri aldatıcılık kavramı altına toplamak mümkündür. Bu hâllerin ortak özelliği, herhangi bir şekilde, yani kavramsal (yazılı veya sözlü) ya da görsel ifade (malın biçimi, paketleme tarzı, açılması gibi) biçimi ile tüketiciler aldatılmaktır.

Aldatıcılık kavramı, haksız rekabet hukukunda ve reklama ilişkin düzenlemelerde üst kavramdır. Aldatıcılık; yanlış, yanıltıcı, hatta objektif doğru, çok anlamlı veya eksik bilgi vermek yolu ile mümkündür⁴. Aldatıcı reklam denilince de aynı şekilde bu ihtimalden birini ihtiva eden reklam kastedilmektedir. Oysa aldatıcılık ve yanıltıcılık kavramları birbirini tekrar eden kavramlar olarak isabetsiz bir şekilde mevzuatta kullanıldığı görülmektedir⁵.

a) Kendisi ve Ürünü Hakkında Aldatıcılık

Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek dürüstlük kuralını ihlâl eder (TTK 55/a/b.2).

Bu hükümde geçen “açıklamalar” kavramı, önceki metinde geçen “malumat” (Angaben) karşılığı kullanılmıştır. Eğer bir açıklama aldatıcı nitelikteyse, TTK 55/a/b.2’yi ihlâl eder ve böylece dürüstlük kuralına aykırılığa dolayısıyla haksız rekabete yol açar. Bent 2’ye göre her şeyden önce yanlış veya yanıltıcı açıklamalar yapmak yasak kapsamına girer. Bunun için öncelikle doğruluğu veya yanlışlığı objektif olarak araştırılabilir bir bilginin (açıklamanın) kullanılması gerekir. Öğretilerde ve yargı kararlarında açıkça ifade edildiği gibi, eğer objektif ölçülerle bir açıklamanın yanlış veya yalan olduğu ispatlanabilirse o durumda aldatıcılık söz konusu olur⁶. Böyle bir açıklama görsel veya işitsel bir ifade ile kişisel özel alanı aşarak ister diğer bir kişiye ister topluma yönelmiş olsun, hükmün uygulanması açısından bir fark doğurmaz. Zira reklam kavramı, diğer şartların varlığı halinde, kişisel alandan çıkan her türlü görsel veya işitsel ifadeleri kapsamaktadır.

Aldatıcılığın olup olmadığının tespitinde öncelikle hedef tüketici çevresinin belirlenmesi ve bu hedef alınan tüketici çevresinden esas alınacak tüketici tipinin ortaya çıkarılması gerekmektedir⁷. Yapılması gereken bu çevre içinden öğretilerde ve yargı

⁴ Türk, Alman ve İsviçre hukuku ile karşılaştırmalı kavram analizi için bkz. **Pınar**, Werbung, s. 114 vd. ve 141 vd.

⁵ Misâl olarak bkz. 6102 s. TTK 54/2’nin gerekçesi; 55’in gerekçesi; 55/10-12’nin gerekçesi; 4077 s. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 16/2; 6112 s. Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Hizmetleri Hakkındaki Kanun 9/6/c; RTÜK tarafından çıkarılan Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmelik 9/6/c maddeleri gibi. Tüketici hukukundaki bu çelişki, yeni hazırlanan kanun değişikliği taslağında düzeltilmiştir. Yeni metinde aldatıcı kavramından sonra kullanılan yanıltıcı kavramı terk edilmiştir.

⁶ **Göle**, s. 143, **Arkan**, s. 316, ilgili Yargıtay kararları için bkz. **Pınar**, Werbung, s. 142, dn. 748.

⁷ **Pınar**, Werbung, s. 133 vd.

içtihatlarında tartışmasız olarak kabul gören ortalama bir tüketicinin davranışını tayin ederek reklamın aldatıcı olup olmadığını tespit etmek gerekir.

Aldatıcılığın söz konusu olup olmadığının tespitinde üç aşamalı bir analiz yapılmalıdır. Böylece bir açıklamanın/reklamın aldatıcı olup olmadığının unsurları sırasıyla incelenmiş olacaktır⁸:

1. Aşama: Açıklamada bir bilginin bulunması gereklidir. Burada bilgi⁹ ile değer yargısını (en güzel film, en güzel renk, en güzel boya gibi) ayırmak gerekmektedir. Değer yargısı aldatıcı olarak değerlendirilmez¹⁰. Aynı şekilde her türlü abartma da kural olarak aldatıcı olarak kabul edilmemektedir¹¹.

2. Aşama: Hedef kitle ve ortalama tüketici/alıcı ölçüsünün tespit edilmesidir. Açıklamaların hedef aldığı tüketiciler kitlesi belirlenmelidir. Bundan sonra da o kitleden tüketici kıstası tespit edilmelidir. O halde burada iki tespit yapılması gerekmektedir¹²:

a. Hedef kitlenin belirlenmesi: Kadınlar, çocuklar, meslek grupları (doktorlar, eğitimciler, işadamları) gibi

b. Hedef kitleden seçilen ortalama bir tüketici/alıcı kıstası belirlenmelidir.

3. Aşama: Değerlendirme usulü. Aldatıcı bilgi olup olmadığına, ortalama bir tüketicinin/alıcının bakış açısıyla değerlendirme yapılmalıdır. Bu esnada aşağıdaki unsurlar da dikkate alınmalıdır:

c. Yanlış bilgiler uygulamada aldatıcı olarak kabul edilmektedir. Misâl olarak tatil yörelerinde sık rastlanılan otellerin sahip olduklarından fazla yıldız sahibi olarak kendilerini tanıtmaları¹³.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pınar**, Werbug, 128 vd.

⁹ “Türkiye’nin en çok satan gazetesi” ibaresi bir bilgi içerir. Bunun ispat edilemediği durumda haksız rekabet ortaya çıkar. Nitekim Yargıtay Sabah Gazetesi aleyhine açılan davada haksız rekabete hükmetmiştir. 11 HD, E. 1997/9233, K. 1998/1026, T. 20.02.1998 (Kazancı veri tabanı). Aynı şekilde davacı şirketten sonra açıldığı davacı şirketle aynı şekilde hizmet verdiği halde “Zonguldak İli’nde sigorta sözleşmeli Tek Özel Diyaliz Merkezi” şeklindeki reklamlardaki bilginin yanlış olduğu ve dolayısıyla haksız rekabet olduğuna karar verilmiştir. 11.HD, E. 2009/8143, K. 2009/11342, T. 03.11.2009 (yayımlanmamıştır).

¹⁰ Yargıtay isabetli bir şekilde “En güzel boya” ibaresini haksız rekabet teşkil edecek ölçüde karşılaştırmalı reklam olmadığına, ancak dolaylı bir karşılaştırmadan söz edilebileceği, söz konusu reklamın aldatıcı veya yanıltıcı bir niteliğinin bulunamadığına ve bu niteliği itibari ile tüketicileri haksız rekabet oluşturacak ölçüde etkileyebilecek bir özelliğinin bulunmadığına karar vermiştir. 11. HD, E. 2008/1262, K. 2009/11173, T. 30.10.2009 (yayımlanmamıştır).

¹¹ Yargıtay bir davada Aqua Fantasy markalı bir işletmenin markasıyla birlikte kullandığı “Türkiye’nin 1 numaralı su parkı” ibaresini küçük puntolarla yer aldığı ve böylece sunulan hizmetin nitelikli ve kaliteli olduğu yönünde dikkat çekmek amacıyla, abartılı fakat hoş görülebilir reklam mahiyetinde olduğu ve tüketicilerin bu ibare nedeniyle yanılgıya düşmelerinin mümkün olmadığına karar vermiştir. 11.HD, E. 2009/14485, K. 2011/6865, T. 06.06.2011 (yayımlanmamıştır). Aynı şekilde başka bir davada da slogan olarak kullanılan “Efe Rakı The Original Turkish Rakı” ibaresini abartılı ama hoş görülebilir reklam niteliğinde olduğu, başkasının emtiasını kötülemediği ya da kendi emtiasının en iyi olduğunu göstermediğine hükmetmiştir. 11.HD, E. 2011/10057, K. 2011/14215, T. 20.10.2011 (yayımlanmamıştır).

¹² AB Yönergeleri ve ABAD kararları dikkate alındığında ortaya çıkan “ortalama kendini bilgilendirmiş, dikkatli ve anlayışlı tüketici” ölçütünün örneklerle açıklaması için bkz. **Pınar**, Akıntürk Armağanı, s. 535 vd.

¹³ Gümrük ve Ticaret Bakanlığı bünyesindeki Reklam Kurulu kararlarında düzenli ceza kesilen konuların başında, maalesef otellerin yaygın bir şekilde fazla yıldız koymaları sonucu ortaya

d. Yanıltıcı bilgi ise değişik şekilde olabilir. Bunlar:

- i. Objektif doğru bilgi (2 yıl garanti) de sunum şekline göre aldatıcı olabilir.
- ii. Birden çok manaya gelen bilgi de tüketici kıstasına göre öne çıkan anlamı yanıltıcı nitelikte olabilir. [örneğin Media Markt 70 000 kere daha ucuz, (burada aslında 70 000 ürün kasedilmektedir)]
- iii. Eksik bilgi (örneğin test özelliklerini gizleyerek arabaların yakıt tüketimi) de yine tüketici kıstası dikkate alındığında önem arz ediyorsa yanıltıcı olabilir.

Aldatıcılık yolu ile üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek de dürüstlük kuralını ihlâl eder. Burada özellikle medya aracılığı ile veya test sonuçlarının kullanım şekli ile mümkün olan bir davranış söz konusudur. Zira medya aracılığı ile üçüncü kişiye avantaj sağlanması mümkündür. Bir uzmanlık dergisinde yanlış test yöntemi uygulanarak başka bir markaya üstünlük sağlanması misâl olarak gösterilebilir. Ancak burada uzmanların veya o konuda belli bir niteliğe sahip kişilerin, tüketiciyi aydınlatmak amacıyla yaptıkları bilimsel yöntem ve değerlendirmeler bu hükmün kapsamı dışındadır¹⁴.

b) Unvan veya Mesleki Adlandırma

Aldatıcılığın diğer bir özel şekli de kişinin hakkı olmadığı halde bir unvan ve veya meslekî adlandırma kullanması halidir. Böyle bir durum haksız rekabete yol açtığı için TTK 55/a/b.3'e göre yasaktır. Bu hükme göre, paye, diploma veya ödül almadığı hâlde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe sahip bulunduğu zamanı uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembollerini kullanmak dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Örneğin, gerçekte usulüne uygun olarak elde edilmiş olmadığı halde “Dr.”, “Yüksek mühendis”, Türkiye’de henüz uzman avukatlık verilmediğinden “Uzman Avukat”, uzman olmayan bir hekimin kendini “Uzman Dr.”, diş hekimi olmayan bir teknisyenin “Dentist veya Dt.” veya halk arasında yaygın olarak kullanılan “Dişçi”, “Paris’ten diplomalı terzi”, “Ödüllü Çevirmen” kullanma gibi¹⁵.

Aslına bu hükmün düzenlediği tüm ihtimaller, rahatlıkla bend 2 altında ele alınması mümkündür. Dolayısıyla böyle bir açık düzenlemeye ihtiyaç yoktur. Mehaza bağlı kalarak metinleri birebir tercüme etmenin, ki bu hüküm İsviçre öğretisinde de gereksiz olduğu yönde eleştirilmektedir¹⁶, çok da isabetli olmadığını göstermektedir.

c) Göstermelik Sunma (Tedarik Fiyatının Altında Satış)

Bir başka haksız rekabet hâli de, TTK 55/a/b.6’ya göre seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, kendisinin veya rakibinin yeteneği hakkında yanıltmaktır.

Bu hükümden kesinlikle bir fiyat kontrol sistemi çıkarılmamalıdır. Zira hem rekabet hukuku hem haksız rekabet hukuku açısından fiyatların serbestçe belirlenmesi desteklenmektedir¹⁷. Aksi durum anayasal güvenceye alınmış olan ticaret/rekabet

çıkan aldatıcı reklam hâlleridir. Bu konuda neredeyse sayılamayacak kadar karar bulunmaktadır. Reklam Kurulu sayfasından bu kararların karar özetlerine ulaşmak mümkündür. (http://www.tuketici.gov.tr/index.snet?wapp=reklamkurulukararlari_tr&open=2, erişim: 24.7.2012).

¹⁴ TTK 55/a/b.2 Gereğesi.

¹⁵ TTK 55/a/b.4 Gereğesi.

¹⁶ **Baudenbacher/Glöckner** (Baudenbacher, UWG), Art. 3/c, No: 7.

¹⁷ **Spitz** (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/f, No: 7.

özgürlüğü (m. 167), mülkiyet özgürlüğü (m. 35) ve sözleşme özgürlüğü (m. 48) ilkele-
rine aykırılık teşkil edecektir. Fiyatların tespitine yönelik olarak getirilen sınırlamalar
istisnaî hâllerde söz konusu olur. Misâl olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hak-
kındaki Kanun kapsamında yasaklanmış olan yatay veya dikey fiyat anlaşmaları ya da
hâkim durumda bulunan bir şirketin yıkıcı fiyat uygulamaları ile bu durumu kötüye
kullanması bu kapsamdadır. Ancak fiyat belirlemede belli dönemler için zararına satış¹⁸
veya reklam gelirleri ile karşılanan ücretsiz satışlar, hukuka aykırı değildir¹⁹.

Rekabet hukukuna göre, hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından çapraz süb-
vansiyon yolu ile rakiplerin pazar dışına çıkarılması hâli hâkim durumun kötüye kul-
lanması olarak görülür ve bu durum yasaklanmıştır²⁰. Rekabet hukuku açısından hâkim
durumda olmayan bir teşebbüsün çapraz sübvansiyon yapması veya seçici fiyat uygu-
laması sorun olmazken; maliyetin altında satışlar yapan teşebbüsün bu davranışı, hâkim
durumda olup olmadığına bakılmaksızın, diğer şartların varlığı hâlinde haksız rekabet
olarak değerlendirilebilecektir²¹. Dolayısıyla Rekabet Kanunu, haksız rekabet
hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmez. Zira her iki alan birbirini tamamlamakta-
dır.

¹⁸ Özellikle pazara yeni giren bir teşebbüsün pazarda tutunma çabası olduğu durumda rekabet
hukuku açısından bir sorun teşkil etmemektedir. Bkz. ilgili karar için Rekabet Kurul Kararı,
Dosya sa.: D2/B.E-99/2, Tarih: 08.12.1999 (www.rekabet.gov.tr, erişim: 13.06.2012). Ayrıca
bkz. **Ekdî**, Rekabet Dergisi 2002, s. 3 vd.

¹⁹ **Spitz** (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/f, No: 7.

²⁰ Rekabet Kurulu bir kararında (Dosya sa.: 2009-2-141; Tarih: 04.11.2009, No: 127 vd.) çapraz
sübvansiyonu şu şekilde açıklamaktadır:

“Çapraz sübvansiyon en genel anlamda, birden çok alanda faaliyet gösteren bir teşebbüsün
farklı alanlar arasında yaptığı kaynak transferi olarak tanımlanmaktadır. Çapraz sübvansiyon
uygulanması firma bir pazardan elde ettiği gelir ile diğer pazardaki faaliyetlerini finanse
etmektedir.

Çapraz sübvansiyon tanımı gereği, tek taraflı eylemlerdendir. Bu sebeple çapraz sübvansiyon,
Avrupa uygulamasında olduğu gibi hukukumuzda da tek başına bir teşebbüs davranışı olarak,
hakim durumun kötüye kullanılması başlığı altında değerlendirilmektedir. Bu nedenle, rekabet
hukuku anlamında bir çapraz sübvansiyon, tanımı gereği eylemi gerçekleştiren teşebbüsün aktif
olduğu pazarlardan en azından birinde hâkim konumunda bulunmasını gerektirmektedir.

Çapraz sübvansiyonun ihlal olarak kabul edilebilmesi için, çapraz sübvansiyon yoluyla hâkim
durumun kötüye kullanıldığıın gösterilmesi gerekmekte, uygulama ancak rekabet hukukunca
yasaklanmış davranışları gerçekleştirebilmek amacıyla kullanılan bir araç haline geldiğinde
ihlal niteliği kazanmaktadır. Dolayısıyla, (dosya konusu işlemde) çapraz sübvansiyonun ihlal
olarak kabul edilebilmesi, uygulamanın yıkıcı fiyatlamasının finansmanında kullanıldığıının
gösterilmesi ile mümkündür. Bu anlamda çapraz sübvansiyon, yıkıcı fiyatlamadan ayrı/ondan
farklı bir kötüye kullanma hali olmaksızın, hakim durumun kötüye kullanılması hallerinden
biri olan yıkıcı fiyatlamasının uygulama döneminde ortaya çıkan zararların finanse edilme yo-
lunu oluşturmaktadır.”

²¹ Aynı kararda (RK, Dosya sa.: 2009-2-141; Tarih: 04.11.2009) çapraz sübvansiyon yanında
seçici fiyat uygulamaları hakkında da şu şekilde bir açıklama yapılmaktadır (dn. 6) :

“Kimi kaynaklarda çapraz sübvansiyonun yıkıcı fiyatlamasının, dışında “seçici fiyat indirimi”
yoluyla da ihlal oluşturabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Whish R. Competition Law Fifth
Edition s.711, Martineau Johnson, Cross-Subsidisation, Utilities Brief, Competition Focus,
Mayıs 2004. Hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olan seçici fiyat indiriminde
(selective price cutting), hakim durumdaki firma aynı edimler için yalnızca rakibinin müşterileri-
lerine yönelik olarak bir fiyat indirimine gitmekte, bu yolla rakibinin faaliyetini zorlaştırmak-
tadır. Bu durumda fiyatların yıkıcı fiyatlamadaki gibi maliyet altı olması gerekmemektedir.”

TTK 55/a/b.6 hükmü, İsviçre öğretisinin “Lockvogelangebote” olarak adlandırıldığı²² hükme karşılık gelmektedir. Göstermelik sunma, mehz hukukta olduğu gibi, Türk hukukunda da özel bir haksız rekabet hâli olarak düzenlenmiştir. Burada kastedilen, bazı malların seçilmesi, onların fiyatının tedarik fiyatının altında göstermelik olarak satışa sunulması ve böylece avlanan tüketicinin aldatılmasıdır. Göstermelik sunma, bir arz (sunma) şekli olup, hükümdeki “seçilmiş bazı malların” ibaresi göstermelik sunulan malları ifade etmektedir. Dürüstlüğe aykırı olan, sunulan malın göstermelik rolü oynaması, yani kalitesi ve tedarik fiyatı ile seçilmiş mallara hatta miktara özgülenmiş bulunmasıdır. Gerçekte sunanın malı, göstermeliğin kalitesi düzeyinde değildir veya göstermeliği sunanın elinde göstermeliğin kalitesinde yeteri kadar mal yoktur veya satıcı o kalitede malı –varsa- daha yüksek fiyatla satmakta, satmayı amaçlamaktadır. Göstermelik mal satıcı veya takdim edici tarafından çeşitli amaçlarla kullanılabilir: Yüksek kalite, düşük fiyatla avlanan müşteriye başka mal, başka fiyat uygulamak vs. Müşteri toplam arz konusunda yanıltılabilir. Müşteri satış yerine gittiğinde veya mal kendisine gönderildiğinde, kalitesi, sınıfı ve özellikleri itibarıyla hatta bazen fiyatıyla başka bir malla karşılaştırılabilir ya da o malın bittiği belirtilip başka fiyatta mal verilebilir. Avlanan müşterinin nasıl kötüye kullanıldığı önemli değildir; bu hükümde belli bir şekle ve kalıba da bağlanmamıştır. Göstermelik avlama yöntemi, bir anlamda ahlâk kuralları ile bağdaşmayabilir. Ancak bu husus hükmün uygulanmasında önem taşımaz²³.

Göstermelik bir sunum olabilmesi için gereken şartları kısaca şöyle sıralayabiliriz²⁴:

- (1) Sunum yapılan seçilmiş bir ürün (mal veya hizmet) bulunmalıdır.
- (2) Maliyet fiyatının altında satışa sunulmalıdır.
- (3) Sunum birden çok kere, yani tekrarlanmış olmalıdır²⁵.
- (4) Reklamlar yolu ile özellikle vurgulanmalıdır.
- (5) Müşterileri yanıltacak bir etki göstermelidir.

²² **Spitz** (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/f, No: 1 vd.; TTK 55/a/b.6 Gerekçesinde ise İtalyanca kökenli “mostra” kavramını özellikle vurgu yapmaktadır. “Mostralık mal”, “mostra kullanmak” gibi ifadeleri kullanılmaktadır. Yabancı bir kelimenin, bu şekilde hem de Kanun Gerekçesinde kullanılmasının isabetsiz olduğu kanaatindeyiz. Zira hukuki metinlerdeki bu şekildeki bir tarz, istenilmeden olsa bile, yabancı bir kelimenin Türkçeye yerleşmesine sebep olabilecektir.

²³ TTK 55/a/b.6 Gerekçesi.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Baudenbacher/Glöckner** (Baudenbacher, UWG), Art. 3/f, No: 69 vd.; **Spitz** (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/f, No: 38 vd. Oysa Yargıtay bu şartlar olmaksızın “...davalının eğer tedarik fiyatlarının altında fiyat teklifi verdiği saptanırsa bu hal dahi TTK'nın 56. [yeni 54/2] maddesindeki genel hüküm uyarınca haksız rekabet oluşturabileceği” yönünde bir karar vermiştir. 11. HD, E. 2007/13685, K. 2009/8375, T. 7.7.2009 (Kazancı veri tabanı).

²⁵ Tek defaya mahsus yapılan sunumlar bu kapsama girmemektedir. Aynı şekilde periyodik yayımlanan bir yayın organında aynı reklamın birbirini takip eden günlerde çıkması gibi kısa bir süre içinde aynı sunumun gösterilmesi de tekrarlanmış sunum olarak kabul edilmemektedir. Göstermelik sunumların olması ve bunların da belli bir zaman aralığından sürmesi -birçok hafta veya ay sürmesi gibi- gereklidir. Burada göstermelik sunumun devamlı farklı ürünler için veya aynı ürün için yapılması da önemli değildir. Ölçü olarak hem farklı göstermelik sunumların sayısı hem de bir sunumun süresi dikkate alınmalıdır. Haksız rekabet açısından aynı kişi veya tüzel tarafından göstermelik sunumun yapılmış olması da önemlidir. Ayrıntı bilgi için bkz. **Baudenbacher/Glöckner** (Baudenbacher, UWG), Art. 3/f, No: 84; **Spitz** (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/f, No: 41 vd.

Bu hükmün ikinci kısmında davacı lehine ispat kolaylığı sağlaması için ayrıca bir karine öngörülmüştür²⁶. TTK 55/a/b.6'ya göre, satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması hâlinde yanıtmanın varlığı karine olarak kabul olunur. Yani bu karinenin varlığı için, reklama konu olan fiyatın aynı çeşit ürünlerin (mal veya hizmet) benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması gerekir. Karinenin aksini ispat her zaman mümkündür. Bu durumda ispat külfeti yer değiştirir. Yani artık iddia sahibi değil, karşı taraf olan davalının aksini ispat etmesi gerekmektedir. Bu hükmün sonunda da bu durum açık bir şekilde ifade edilmiştir. Buna göre davalı, gerçek tedarik fiyatını, yani maliyet fiyatını, ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur. Bu karine, bu hükmün ilk kısmı açısından söz konusu olup bu fiyatın göstermelik bir sunma olup olmadığı ayrıca tartışılmalıdır.

d) Ek edimler

Kim müşterisini ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltırsa, haksız rekabete yol açmış olur (TTK 55/a/7). Bu bendin konusu, müşteriye armağanlar, primler, indirimler, küçük değerdeki reklama yönelik numuneler gibi avantajlar vaad ederek veya tanıyarak müşterilerin malın kalitesi, tazeliği, defolu olup olmadığı konusunda fazla düşündürmeden, satın almaya yöneltilmesidir. Burada esas olan müşterinin sunumun gerçek değeri hakkında yanıltılmasıdır. Burada kullanılan "sunum" sözcüğü, icap anlamını da içermektedir²⁷.

Bu hüküm kapsamında ek edimlerle yapılan bir sunumun söz konusu olması için iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar;

- (1) Ürünün gerçek değeri ek edimlerle, örneğin, armağanlar, bedelsiz verilen örnek numunelerle saklanmakta ve
- (2) Bu yanıltma ile müşterinin karar verme özgürlüğü etkilenmiş olması gerekmektedir.

e) Gizleme

Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak haksız rekabet teşkil eder (TTK 55/a/b.9).

Kanunun gerekçesinde gizleme de yanıltmanın, gerçeğe aykırı hareket etmenin özel bir hâli olduğu ve ancak aldatıcı reklamları düzenleyen (2) numaralı alt bentten şu yönleri ile de farklılık arz ettiği belirtilmiştir²⁸:

- Burada "gizleme" kavramı altında daha geniş olarak ve (2) numaralı alt bendin aksine yanıltma sadece açıklamalarla değil malın biçimi, paketlenme tarzı, etiketteki takdim gibi görsel algılamalar dâhil her türlü araçla yapılabileceği ifade edilmiştir. Meselâ, büyük bir paketten ancak yarısını dolduracak kadar çerez çıkması, tırnak kadar parfümün büyük bir şişeyi alacak kutuya konulması, kolonya şişesinin doluymuş gibi görünmesine rağmen şişenin iç hacminin çok küçük olması gibi.

- (2) numaralı alt bent müşteriler de dâhil piyasanın rakipler, ara kullanıcılar gibi diğer aktörlerine de yönelirken, (9) numaralı alt bent sadece tüketiciyi dikkate almaktadır.

- Etiketeki bilgiler de (2) numaralı alt bentte kullanılan "açıklamaları" akla getirebilir, ancak bir etikette, olası tehlikeleri, yan etkileri ve sağlığa dokunan diğer

²⁶ **Baudenbacher/Glückner** (Baudenbacher, UWG), Art. 3/f, No: 70.

²⁷ TTK 55/a/b.7 Gerekçesi.

²⁸ TTK 55/a/b.9 Gerekçesi.

hususları gizlemek veya mevcut olmayan nitelik ve özelliklere yer vermek (2) numaralı alt bentteki açıklamadan farklıdır.

• (2) numaralı alt bentteki açıklamalar "aktif" (9) numaralı alt benttekiler ise pasif niteliktedir.

Bize göre, gerekçedeki bu açıklamaların tamamı aldatıcılık kavramı altında pekâlâ ifade edilebilir ve gizleme de aldatıcılığın bir başka özel hâli şeklinde düzenlenebilirdi. Bu açıklamalar aldatıcı kavramının tam olarak anlaşılmadığını da göstermektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, aldatıcılık kavramı sadece kavramsal değil, görsel ifadeleri de kapsamaktadır. Sadece aktif açıklamaları değil, açıklamaya dâhil edilerek eksik bırakılmış hususlar da aldatıcılığa yol açarlar. Aslında bu hükmün gerekçesi olarak; uygulamada özellikle gizlenme yolu ile aldatılmaya dikkat çekmek amacıyla bu hükmün açıkça düzenlendiği ifade edilmeliydi. Bunun dışındaki açıklamaların isabetli olmadığını düşüncesindeyiz²⁹.

Diğer bir husus da tüketici hukukunda tüketiciye bilgi verme ve müzakere etme yükümlüğünün bulunmasıdır. 4077 sayılı Tüketici Kanunu'nda da olan (m. 6) ve yeni Taslakta da daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenen bu yükümlülüklerin ihlâli hâlinde tüketicinin menfaatine aykırı sözleşme şartları haksız şart olarak kabul edilecek ve yazılmamış sayılacaktır (m. 4-5). Böyle bir düzenleme kanunlaştığı takdirde tüketiciler açısından haksız rekabet hukukundaki bu hükmün bir önemi de kalmayacaktır. Ancak TTK'da geçen müşteri kavramının hem tüketicileri hem de diğer alıcıları kapsayan geniş bir kavram olduğu da unutulmamalıdır. Dolayısıyla tüketiciler dışındaki diğer alıcılar açısından haksız rekabetin bu hükmü uygulama şansı bulabileceklerdir³⁰.

f) Taksitle Satım ve Tüketici Kredi Sözleşmelerindeki veya Bunlara İlişkin İlanlardaki Eksiklikler

Taksitli satım ve kredi sözleşmeleri ile bunlara ilişkin ilânlarda bazı eksiklikler veya yanlış bilgi verme haksız rekabet teşkil eden bir davranış olarak değerlendirilmektedir. Zira bu tür sözleşmelerde önemli bazı hususlar, örneğin, gerçek maliyet, vade farkları ve faiz, genellikle gözden kaçırılmak suretiyle tüketicinin yanıltılması mümkündür. Bu hükümlerin içeriğine bakıldığında, aslında 4077 sayılı Tüketici Kanunu'nda daha önce düzenlenmiş olan taksitli satış³¹ ve tüketici kredisine³² ilişkin hükümler TTK

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pınar**, Werbung, s. 148.

³⁰ **Memiş**, s. 55.

³¹ 4077 sayılı Tüketici Kanunu 6/A'ya göre:

“Taksitle satış, satım bedelinin en az iki taksitle ödendiği ve malın veya hizmetin sözleşmenin düzenlendiği anda teslim veya ifa edildiği satım türüdür.

Taksitle satış sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Sözleşmede bulunması gereken asgari koşullar aşağıda gösterilmiştir:

- a) Tüketicinin ve satıcı veya sağlayıcının isim, unvan, açık adresleri ve varsa erişim bilgileri,
- b) Malın veya hizmetin Türk Lirası olarak vergiler dahil peşin satış fiyatı,
- c) Vadeye göre faiz ile birlikte ödenecek Türk Lirası olarak toplam satış fiyatı,
- d) Faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirlenen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı,
- e) Peşinat tutarı,
- f) Ödeme planı,
- g) Borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları.

Satıcı veya sağlayıcı, bu bilgilerin sözleşmede yer almasını sağlamak ve taraflar arasında akdedilen sözleşmenin bir nüshasını tüketiciye vermekle yükümlüdür. Sözleşmeden ayrı olarak kıymetli evrak niteliğinde senet düzenlenecekse, bu senet, her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı

55/a'da benzer bir şekilde (10), (11) ve (12) nolu bentlerde düzenlendiği görülmektedir³³:

(1) Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilânlarda unvanını açıkça belirtmemek, nakit veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek ödemeyi Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek (TTK 55/a/10),

(2) Tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilânlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak (TTK 55/a/11),

(3) İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyatı, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin çayma veya fesih hakkına veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak (TTK 55/a/12) haksız rekabet olarak görülmektedir.

Bu hükümlerin mehaızı olan İsviçre UWG, bu hükümleri tüketicileri bilgilendirmek ve korumak amacıyla düzenlemiştir³⁴. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere

olacak şekilde ve sadece nama yazılı olarak düzenlenir. Aksi takdirde, kambiyo senedi geçersizdir.

Taksitle satışlarda; tüketici, borçlandığı toplam miktarı önceden ödeme hakkına sahiptir. Tüketici aynı zamanda, bir taksit miktarından az olmamak şartıyla bir veya birden fazla taksit ödemesinde bulunabilir. Her iki durumda da satıcı, ödenen miktara göre gerekli faiz indirimini yapmakla yükümlüdür.

Satıcı veya sağlayıcı, taksitlerden birinin veya birkaçının ödenmemesi halinde kalan borcun tümünün ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak; ancak satıcının veya sağlayıcının bütün edimlerini ifa etmiş olması durumunda ve tüketicinin birbirini izleyen en az iki taksidi ödemede temerrüde düşmesi ve ödenmeyen taksit toplamının satış bedelinin en az onda biri olması halinde kullanılabilir. Ancak satıcının veya sağlayıcının bu hakkını kullanabilmesi için en az bir hafta süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması gerekir.

Sözleşme şartları tüketici aleyhine hiçbir şekilde değiştirilemez.”

³² 4077 sayılı Tüketici Kanunu 10'a göre:

“Tüketici kredisi, tüketicilerin bir mal veya hizmet edinmek amacıyla kredi verenden nakit olarak aldıkları kredidir. Tüketici kredisi sözleşmesinin yazılı olarak yapılması ve bu sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunludur. Taraflar arasında akdedilen sözleşmede öngörülen kredi şartları, sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değiştirilemez.

Sözleşmede;

- a) Tüketici kredisi tutarı,
 - b) Faiz ve diğer unsurlarla birlikte toplam borç tutarı,
 - c) Faizin hesaplandığı yıllık oran,
 - d) Ödeme tarihleri, anapara, faiz, fon ve diğer masrafların ayrı ayrı belirtildiği ödeme planı,
 - e) İstenecek teminatlar,
 - f) Akdi faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı,
 - g) Borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları,
 - h) Kredinin vadesinden önce kapatılmasına ilişkin şartlar,
 - ı) Kredinin yabancı para birimi cinsinden kullanılması durumunda, geri ödemeye ilişkin taksitlerin ve toplam kredi tutarının hesaplanmasında, hangi tarihteki kurun dikkate alınacağına ilişkin şartlar,
- yer alır...”

³³ Memiş, s. 55.

Türkiye’de AB tam üyelik sürecinde mevzuat uyumlaştırılması kapsamında tüketici haklarını korumak için ayrı bir kanun çıkarılmıştır. Günümüzde 4077 sayılı Tüketici Kanunu üzerinde ayrıntılı bir reform çalışması tamamlanmış ve yeni bir Tasarı hazırlanmıştır. Bu Tasarıya göre, taksitli satışlarda (m. 18) ve tüketici kredilerine ilişkin (m. 19) hükümler daha ayrıntılı ve oldukça kapsamlı bir şekilde değiştirilmektedir. Tüketici kavramı da AB Yönergelerine göre yeniden tanımlanmış ve isabetli bir şekilde sadece gerçek kişilerin tüketici olabileceği kabul edilmiştir. Gerçek kişiler de her gerçek kişi değil; ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, mal veya hizmet edinen kullanan veya bunlardan yararlanan gerçek kişiler olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla haksız rekabet hukukunda düzenlenen bu üç bendin tüketicileri koruma açısından uygulanabilir olmadığı düşüncesindeyiz. Zira 4077 sayılı Tüketici Kanunu hukuki yollar ve müeyyideler açısından haksız rekabete nazaran daha etkilidir. Ayrıca tüketicilerin korunması açısından bu Kanun hükümleri, haksız rekabete nazaran özel niteliktedir.

Müşteri kapsamından tüketiciler çıkarıldığında ancak diğer alıcılar açısından, örneğin kredi alan bir tüzel kişi, mesleğin icrası için veya ticari kredi alan gerçek kişiler gibi, bu hükümlerin bir önemi olabilecektir³⁵. Dolayısıyla TTK 55/a/b.10, 11 ve 12 hükümleri tüketiciler dışında olan diğer alıcılar açısından uygulama şansı bulabilecektir.

Bu hükümler kapsamındaki aldatıcı her türlü açıklamayı, TTK 55/a/b.2’de düzenlenen aldatıcılık kapsamında da değerlendirmek mümkündür. Ancak TTK 55/a/b.2’ye göre eksik bırakılan hususlar *per se* (bizatihi) ihlâl teşkil etmez. Zira bu hükme göre, hedef alınan kitlenin aldatılıp aldatılmayacağına göre karar vermek gerekir. Oysa TTK 55/a/b.10-12 düzenlemelerdeki hususlarda kanunen aranan asgarî şartların eksikliği halini *per se* (bizatihi) ihlâl olarak değerlendirdiğimiz takdirde bu hükümler, TTK 55/a/b.2’ye gerek kalmaksızın doğrudan uygulama alanı bulabilecektir.

2. Saldırgan Satış Yöntemleri

Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak haksız rekabet olarak kabul edilmiştir (TTK 55/a/b.8).

Metinde geçen “özellikle saldırgan” ibaresindeki “özellikle” kelimesi hükmün uygulama alanının belirlenebilmesi için gereklidir. Çünkü burada her saldırgan satış yöntemi haksız rekabet olarak kabul edilmemiştir. Aksi halde, tüm işportacıların, kamyon veya minibüsten satış yapanların, otomobile el sallayıp sizi lokantasına davet edenlerin bu hükmün kapsamına girmesi gerekir. Oysa düzenlemenin amacı bu değildir. Burada önemli olan saldırganlığın *özellik* taşıması ve muhatabını adeta köşeye sıkıştırmasıdır. Bu yönden kapıdan satış önem kazanır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise 4077 sayılı Tüketici Kanunu’ndaki kapıdan satış yöntemlerine ilişkin düzenlemedir (m. 8). Zira burada kapıdan satış yöntemleri hukuken mümkün olup tüketicilerin sözleşmeden cayma hakkı düzenlenmiştir. O halde her kapıdan satış, haksız rekabet teşkil edecek saldırgan satış yönetimi olarak kabul edilmez. Haksız rekabetin gerçekleşmesi için dürüstlük kuralını ihlâl edecek nitelikte, yani müşterinin karar verme özgürlüğünü sınırlandırabilecek özellikli bir davranışın olması gerekir. Bu davranış, fiziksel veya psikolojik zorlama şeklinde ortaya çıkabilir. Ayrıca bu hükmün kapsamına her türlü saldırgan satış yöntemi girmekle birlikte saldırgan reklamları içermediği ifade edilmiştir. Gerekçeye göre bu ayırımın başlıca sebepleri şunlardır³⁶:

³⁴ İsviçre hukukunda bu alandaki değişiklikler için bkz. **Maranta/Spitz** (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/k-n, No: 3 vd.

³⁵ **Memiş**, s. 55-56.

³⁶ TTK 55/a/b.8 Gerekçesi.

(1) En önemli sebep, bu bendin merkez unsurun satış yöntemi olmasıdır.

▪ Buna karşılık reklam ise diğer doğrudan işlevlerin yanında satışa yardımcı bir araçtır.

▪ Ayrıca hükmün temelindeki düşünce, müşterinin makbul sayılamayacak güç psikolojik duruma sokularak satın alma zorunluluğu altında bırakılmasıdır. Bu düşünce özellikle “saldırgan” ibaresinde ifadesini bulur. Saldırgan kavramı ile kastedilen ise şaşırtan, beklenmedik evin kapısına gelerek yapılan (kapıdan)³⁷, bir kamyonun veya yoldan zorla çevirerek yapılan satışlar olduğu yönünde örnekler verilmiştir.

▪ Reklamda ise bu unsur bulunmamaktadır.

(2) Şartları

▪ Özellikle (özel, çok) saldırgan bir satış yöntemi olmalıdır.

• Sadece satış sözleşmeleri değil, bilakis kullandırma ödünçü, tüketici kredi sözleşmeleri gibi borçlar ve tüketici hukukunda düzenlenen diğer her türlü sözleşmeyi kurmaya yönelik yöntemler bu kapsamdadır³⁸.

• Reklamlar konusunda İsviçre hukukunda ikili bir ayırım yapılmaktadır. Muhtemel müşterilere doğrudan ve kişiye özel olarak yapılan, bir diğer ifade ile yüz yüze görüşmeleri saldırgan satış yöntemleri kapsamında görmektedir. Buna karşılık genel yapılan saldırgan reklamlar, haksız rekabetin genel hükmü (TTK 54/2) altında değerlendirilmektedir³⁹.

• Özellikle (özel, çok) saldırganlık: Misâl olarak bir ürünün satın alınmadığında sağlık tehlikesine vurgu yapılması, kartopu sistemi, sipariş edilmeden –belli durumlarda- gönderilen mallar, şans oyunlarında kazanmaya ilişkin güvence verilmesi özellikle saldırgan yöntemlerdendir. Spam mailler, kendisine gönderen kişi tarafından üzerinde herhangi bir korku, suçluluk duygusu gibi bir baskı hissedilmeden rahatlıkla silebilme ve cevapsız bırakabilme imkânı olduğundan, bu hüküm kapsamına girmektedir⁴⁰.

▪ Müşterinin karar verme özgürlüğü sınırlandırılmamalıdır.

Ancak burada saldırgan reklamlara yer verilmemiş olmasının, bu tür reklamların dürüstlük kurallarına uygun görüldüğü anlamına gelmediği yine gerekçede ifade edilmiştir. Saldırgan reklamlar, genel hükmün kapsamında değerlendirilip somut olayın haksız rekabet olup olmadığına uygulama karar verecektir.

Yukarıda taksitle satım ve tüketici kredilerine ilişkin TTK 55/a/b.10-12 hükümleri gibi saldırgan satış yöntemlerine ilişkin TTK 55/a/b.8 hükmünün de yenilenen Tüketici Kanunu karşısında uygulama alanı bulma ihtimali çok zayıftır. Zira Tüketici Kanununda yapılan değişikliklerle ve çıkarılacak ikincil düzenlemelerle, 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin AB Yönergesi hükümleri de dâhil olmak üzere Türk hukukunun, AB hukuku ile uyumlu hâle getirilmesi amaçlanmaktadır. Bu değişikliklerden sonra TTK'daki saldırgan satış yöntemine ilişkin hükmün işlevsiz kalacağı kanaatindeyiz.

³⁷ Bu örneğin isabetli olmadığı düşüncesindeyiz. Zira 4077 sayılı Tüketici Kanunu ile bağlantı kurulmadığı görülmektedir. Tüketici Kanunu madde 9'da (Tasarı, m.22) kapıdan satış kavramı yerine “işyeri dışında yapılan sözleşmeler” olarak değiştirilmiştir. Böylece bu tür sözleşme kapsamı hem daha geniş hem de daha ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Tasarıda, tüketicinin gerekçesiz cayma hakkı yedi günden on dört güne çıkarılmaktadır.

³⁸ **Oetiker** (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/h, No: 7.

³⁹ **Oetiker** (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/h, No: 5.

⁴⁰ **Oetiker** (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/h, No: 15.

B. Rakip Odaklı Hâller

Piyasadaki davranış ve ticari uygulamalarda özellikle rakiplerin, onların ürün veya faaliyetlerinin hedef alındığı hâllere örnek olarak kötüleme, iltibas ve karşılaştırılmalı reklam sayılabilir.

1. Kötüleme

Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek dürüstlük kuralına aykırı sayılan davranışlardan olduğundan böyle bir davranış haksız rekabet teşkil eder (TTK 55/a/b.1).

a) Objektif şartlar

aa) Açıklama (Beyan, İfade)

Kötülemenin ilk şartı, öncelikle herhangi bir şekilde bir açıklama (beyan) bulunmalıdır. Bu açıklama sözlü, yazılı veya resimli şekilde olabilir. Ancak, sadece susma durumunda ortada bir açıklama olmadığından bu hüküm kapsamına girmemektedir. Bilgilendirme yükümlüğünün olduğu yerde susmanın, kötüleme olarak nitelendirilebilmesi ve haksız rekabet kabul edilmesi, ancak TTK 54/2'deki genel ilke kapsamında mümkündür⁴¹.

Açıklamanın, rekabeti etkileyecek şekilde olabilmesi için piyasa katılımcılarının fark edilebilir/algılanabilir olmalıdır. Dolayısıyla sadece muhatabın duyabileceği veya algılayabileceği bir şekilde kötüleyici beyan, ancak küfür/hakaret olarak görülebilir ve bu durum da TTK 55/a/b.1 hükmü uygulama alanına girmez. Böyle bir durumda yine TTK 54/2 hükmü açısından bir değerlendirme yapılması gereklidir⁴². İsviçre hukukunda avukatlar aracılığı ile rakibe gönderilen ve bu kişiler arasında kalan haksız olan ihtarları/ihbarları (Abmahnung) benzer şekilde değerlendirilmektedir⁴³. Ancak rakibinin ticari itibarını bozmak ve onun müşterileri üzerinde olumsuz etkide bulunmak amacıyla sözde suçlamalarda bulunarak dava açılması, TTK 54/2 açısından değerlendirilmemelidir⁴⁴. Bize göre bu şekildeki kötüleme, artık taraflar arasında kalmayıp müşterileri de olumsuz etkileyeceğinden TTK 55/a/b.1 kapsamında kötüleyici nitelikte bir açıklama ve bu sebeple haksız rekabet olarak değerlendirilmelidir. Nitekim İsviçre Mahkemelerinin yerleşik kararlarında da haksız ve delilsiz ithamlarla rakibin haksız rekabet yaptığının iddia edilmesinin, kötüleme yolu ile haksız rekabet olduğu kabul edilmektedir⁴⁵.

⁴¹ Spitz (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/a, No: 26.

⁴² Spitz (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/a, No: 28.

⁴³ Baudenbacher/Glöckner (Baudenbacher, UWG), Art. 3/a, No: 12; Spitz (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/a, No: 28. Yargıtay ise bir davada, salt ihtarname nedeniyle üretimin durdurulmasının zorunlu olduğunun kabulünün mümkün bulunmamasına, davalının yasal hakkını kullandığı gibi, buna karşı davacının da üretimi durdurmamak için yasal yollara başvurması gerektiği hâlde bu yola gitmeden faaliyetini durdurmuş olmasının tazminat talebini haklı kılmadığına karar vermiştir. 11. HD, E. 2004/10525, K. 2005/10369, T. 27.10.2005 (Kazancı veri tabanı).

⁴⁴ Bu konudaki Yargıtay kararı için bkz. TD, 12.03.1971, E. 1970/4488, K. 1971/1896 (Doğanay, TTK Şerhi, s. 393, dn. 17). Bir başka kararında ise Yargıtay, davacının kişilik hakkı ile davalının hak arama özgürlüğünün çatıştığı durumlarda şikâyet hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespitinde somut olaydaki davalının, daha önceki açtığı davayı açarken elinde şikâyet veya başvuruyu destekleyen bir takım emarelerin varlığının yeterli olduğunu belirtmiştir. 11. HD, E. 2006/8980, K. 2006/9577, T. 2.10.2006 (Kazancı veri tabanı).

⁴⁵ Baudenbacher/Glöckner (Baudenbacher, UWG), Art. 3/a, No: 51.

Açıklamanın konusu; rakibin veya bir başkasının kişiliği, onların malları, iş ürünleri, faaliyetleri, bunların fiyatları veya ticari işleri olabilir. Burada “mal” kavramı ile gerçek anlamda ticarete konu, bir gereksinime cevap veren bir şey kastedilirken; iş ürünü ise çok daha geniş bir kavram olduğu belirtilmiştir. Örneğin bir patent, tasarım, makale, film, bir icra iş ürünüdür. Bu hüküm, sadece rakiplerin değil, bir “başkasının” yani doğrudan bir kişinin veya kişiliği olmayan bir başka piyasa katılımcısının kötülenmesi halinde de uygulama alanı bulur⁴⁶. Ancak hedef alınan diğer piyasa katılımcılarının belli ya da belirlenebilir olması gereklidir. Bu kişilerin, gerçek veya tüzel kişiler arasından ya da özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişileri arasından olmasının önemi yoktur. Burada aranılan şart; bu açıklamaların, hedef alınan kişiler açısından rekabeti etkileyebilecek nitelikte olmasıdır. Bunun dışında, açıklamalarla sadece piyasa katılımcıları değil, bunların çalışanlarının hedef alınması halinde de duruma göre bu hüküm uygulama alanı bulabilir. Kötüleyici nitelikteki açıklamalar, diğer piyasa katılımcılarının sadece ticari işlerine değil, özel hayatlarına ilişkin olursa da bu hüküm kapsamındadır⁴⁷.

bb) Kötüleme

6762 sayılı eski TTK 57’de de düzenlenmiş olan ve genel olarak “kötülemek” diye adlandırılan bu hüküm yeni TTK’da da muhafaza edilirken sadece bir sözcük, yani “fiyatlandırma” eklenmiştir. Kanunun bu bende ilişkin gerekçesi bu hükmü ve kullanılan kavramları yeterli bir şekilde izah edememektedir. Gerekçeye göre, kötüleme soyut olaya göre karalamayı, perdelemeyi, değerini küçümsemeyi ve düşürmeyi kapsar. Yeni eklenen sözcükle hükmün yeni boyutu kötülemenin, perdelemenin, küçümsemenin fiyatlara da yönelik olması hâlini kapsamaktadır⁴⁸.

Kötülemenin olup olmadığının tespitinde her bir açıklama önemlidir. Çünkü İsviçre Federal Mahkemesi, açıklamadan ortaya çıkan genel kanaate göre değil, açıklamaların her birine bakarak bir kötüleme olup olmadığının tespitini yapmaktadır. Metnin tamamında ortaya çıkan genel kanaat, sadece her bir ifadenin yorumlanmasında dikkate alınmaktadır⁴⁹.

Kötülemenin olması *per se* (bizatihi) haksız rekabet olarak kabul edilmez. Bunun için bu kötüleme eyleminin yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici olması gereklidir. Ancak bu örnekler de tahdidi değildir⁵⁰.

cc) Haksız Kötüleme Eyleminin Şekilleri

(1) Yanlış

Gerekçede kötülemenin iki eylemle ifade edildiği belirtilmiştir. İlki yanıltıcı, ikincisi gereksiz yere incitici açıklamalar. Oysa kötüleme iki değil, hükümde açık bir şekilde “yanlış”, “yanıltıcı” veya “gereksiz yere incitici” şeklinde üç eylem olarak sayılmıştır. Gerekçede geçen, “bu iki eylemin de nesnel bir değerlendirme ile gerçek olmaması gerekir; yani kötülemede bulunanın açıklamaları gerçekse haksız rekabet oluşturmayacağı” şeklinde bir ifadenin de isabetli olmadığı düşüncesindeyiz⁵¹. “Yanlış” sözcüğü hükmün amacını açıkça belirttiği yöndeki gerekçede yer alan bu ifade, bize göre bu hükmün uygulama alanını oldukça daraltabilecek nitelikte bir yorumdur. Zira haksız rekabet kapsamında bir kötüleyici nitelikte bir açıklama olup olmadığına

⁴⁶ TTK 55/a/b.1 Gerekçesi.

⁴⁷ Spitz (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/a, No: 44.

⁴⁸ TTK 55/a/b.1 Gerekçesi.

⁴⁹ Spitz (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/a, No: 33.

⁵⁰ Pedrazzini/Pedrazzini, s. 66.

⁵¹ TTK 55/a/b.1 Gerekçesi.

bakılırken, ilk önce bu açıklamanın gerçeğe uygun olup olmadığı incelenmelidir. Gerçeğe uygun olmayan, bir diğer ifade ile yanlış, açıklamalar objektif olarak doğruluğu ve yanlışlığı tespit edilebilen açıklamalardır. Olaylar/olgular hakkındaki her türlü kötuleyici nitelikteki yanlış açıklamalar haksız rekabet olarak değerlendirilecektir. Ancak her yanlış açıklama haksız rekabet olarak nitelendirilemez. Özellikle önemsiz olarak görülen veya mizahî ya da fantastik nitelikteki abartmalar da hedef kitle tarafından kolayca yanlış olduğu anlaşılacağından bu kapsama girmez⁵².

Nitekim Yargıtay bir kararında olaydaki iddiaların gerçek olup olmadığına bakmıştır. Karara konu olayda bir ihaleyi kaybeden şirketin, ihaleyi başka bir şirketin kazanması üzerine ilgili kurum ve Bakanlığa yazılar göndererek, ihaleyi kazanan şirket imalatının geri teknolojiye dayandığını ve bu nedenle de ülke ekonomisine büyük zararlar vereceğini ileri sürdüğü iddia edilmiştir. İhaleyi kaybeden davalı şirket de sadece vatandaşlık hakkı olarak şikâyetinde bulduklarını kabul ederek bunu doğrulamıştır. Davayı reddeden ilk derece mahkemesinin bu kararı Yargıtay tarafından, "...davacının mallarını satın alan idarelere şikâyetinde bulunmakla da (haksız rekabet) fiili oluştuğunu, ancak, davalının şikâyetlerinin (haklı) ve (doğru) olması halinde, haksız rekabetin söz konusu olmayacağı kabul edildiği..."⁵³ gerekçesiyle bozulmuştur⁵⁴.

(2) Yanıltıcı

Gerekçede, öğretilerde ve bazı mahkeme kararlarında "yanıltıcı" kavramı; iş ürününe, faaliyete, mallara veya fiyata ilişkin açıklamanın veya nitelendirmenin, takdim ediliş tarzının, seçilen sözcüklerin, resimlerin veya yapılan karşılaştırmanın hedef kitlede veya kişilerde bıraktığı genel izlenimle, bunların açıklama konusunu olduğundan değişik ve olumsuz algılaması şeklinde açıklanmıştır. "Yanıltıcı" ibaresi hedef kitle veya farklı bir deyişle muhatapla birlikte değerlendirilmesi gerektiği ayrıca vurgulanmıştır⁵⁵.

Yanıltıcı kavramının kapsamı belirlenirken TTK 55/a/b.2 ile bağlantı kurulmalıdır. Zira her iki hükümde de yanıltıcı kavramı aynı şekilde yorumlanmalıdır. Aradaki fark ise, TTK 55/a/b.1'deki yanıltıcı açıklamalar aynı zamanda kötuleyici nitelikte olmalıdır. Yanıltıcı kavram objektif doğru veya birden çok manaya gelen bilgi ihtiva eden kötuleyici nitelikteki açıklamalar olabileceği gibi, eksik bilgi yolu ile kötuleme de bu kapsama girecektir.

(3) Gereksiz Yere İncitici

Gerekçede "gereksiz yere incitici beyanların" amacını aşan değer yargıları olduğu ifade edilmiştir. Amacın aşılmasıyla yargılar (eleştirici de denilebilir), gerçek dışı

⁵² Spitz (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/a, No: 25 vd.

⁵³ Kararın devamında Yargıtay, böylesi bir olayda mahkemece yapılacak işin; konunun ehil bir bilirkişi kuruluna tevdi suretiyle, ihale konusu iş, teklif ve kabul edilen değişiklik, davalının muhtelif mercilere gönderdiği şikâyet dilekçeleri muhtevası ve ihaleyi yapan mercilerden başka muhtelif yerlere şikâyetinde bulunma hususu da göz önünde bulundurularak, şikâyet konusunun yerinde olup olmadığı ve bunun neticesi olarak, olayda haksız bir rekabetin bulunup bulunmadığının araştırılarak karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. 11. HD, 27.10.1983, E. 1983/3987, K. 4611 (Doğanay, TTK Şerhi, s. 394, dn.19).

⁵⁴ Yargıtay bir başka kararında da, benzer bir şekilde, davalının ihale komisyonuna gönderdiği yazının iktisaden kendisini ilgilendiren ihale sonucuna karşı yasal hak arama kapsamında itirazlar içerdiği, yazının davalı lehine sonuçlanan ihaleyi etkilemediği davacının sigorta sektörü sıralamasında ilk ona girmediğinin belirtilmesinin haksız rekabet oluşturmayacağına hükmetmiştir. 11. HD, E. 2005/6668, K. 2006/9813, T. 5.10.2006 (Kazancı veri tabanı).

⁵⁵ TTK 55/a/b.1 Gerekçesi.

veya gerçeğe uymayan, gerçekle bağdaşmayan veya gerçeğe ters hâle gelmiştir. Gerçek bile olsa ölçüsüzlük ve üslup yine aynı şekilde değerlendirilmektedir. Zira burada gerçek olmasına rağmen eleştiri kavramını aşan bir durum ortaya çıktığından bu eleştiri (beyan) inciticidir. Hatta ölçüsüzlük gerçeğe uygunluk eleştiri sınırını zorluyorsa, gene gereksiz yere inciticilikten söz edilebilecektir⁵⁶.

Gereğede belirtildiği üzere doğru olsa bile bir beyan gereksiz yere incitici olabilir mi sorusunu tartışmak gerekir. Mehz İsviçre hukukunda da doğru bilgi, gereksiz yere incitici olmadıği takdirde bir ihlâl teşkil etmediği kabul edilmektedir. Eğer rekabetin gerçekleşmesine hizmet etmiyorsa, doğru bilgi verilmesi rakip için gereksiz yere incitici beyandır. Buna örnek olarak ticari işler dışında gerçekleşmiş olsa bile rakibin özellikle kişi olarak sahip olunan sempatiyi ortadan kaldırmaya yönelik gerçek bilgilerin verilmesi “gereksiz yere incitici” olarak kabul edilmektedir⁵⁷.

Bir kararında Yargıtay, bir firmanın “taklit” ve “korsan” mal ürettiğini anlatan ifadeleri tüketiciyi uyarmanın ötesinde, somut olayda teamülün kabul ettiği toleransı aşarak incitici ve kötüleyici bir nitelik ve amaç taşıdığına tespiti halinde dürüstlük kuralına aykırılığın gerçekleştiğine karar vermiştir⁵⁸. Burada Yargıtay, gerçek bile olsa “teamülün kabul ettiği toleransı aşma” sınırı getirmiştir. Bu sınır aşıldığında gereksiz yere kötüleme ortaya çıkacaktır. Böylece Yargıtay, her olayın özelliklerine göre genel olarak toplumda ve özellikle hedef alınan tüketicilerdeki algılamının dikkate alınması gerektiğini ortaya koymuştur.

Gereksiz yere incitici beyanlarda bir diğer husus ise, esas olarak insan onuru ve ahlâki boyutunun ihlâl edilmesidir. Bundan dolayı aşağılayıcı veya gerçekten gülünç duruma düşürücü açıklamalar yasaklanmıştır⁵⁹. Burada ilgili çevrenin ortalama kişisi dikkate alınmalı ve bu kişinin söz konusu açıklamayı nasıl algıladığı yönünde bir değerlendirme yapılmalıdır. Ancak bir mahkeme kararına dayanılarak bir rakibin suçlu olarak gösterilmesi haksız rekabet değildir. Biri hakkında “dolandırıcı”, “yalancı” gibi sıfatlar kullanılması suretiyle kötüleyici beyanlar, bir mahkeme kararına dayandığı takdirde haksız rekabet olarak görülmemektedir⁶⁰. Hatta doğru olmak kaydıyla Yargıtay “sahtekâr ve ahlâksız” sıfatlarının kullanılmasını da haksız rekabet olarak görmüştür^{61, 62}. Buna karşılık rakip bir teşebbüsün yöneticisi hakkında, bir davanın

⁵⁶ TTK 55/a/b.1 Gereğesi.

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Baudenbacher/Glückner** (Baudenbacher, UWG), Art.3/a, No: 32 vd.; **Pedrazzini/Pedrazzini**, s. 69.

⁵⁸ YHGK, E. 1993/11-965, K. 1994/252, T. 20.4.1994, YKD 1996, 964 vd. Bu ve benzeri kararlar hakkında değerlendirmeler için bkz. **Pınar**, Werbung, s. 180 vd.; önceki kararları ile aynı ölçünün kullanıldığı başka bir Yargıtay kararı için bkz. 11.HD., E. 2004/8690, K. 2005/5073, T. 16.5.2005 (yayımlanmamış karar).

⁵⁹ **Baudenbacher/Glückner** (Baudenbacher, UWG), Art.3/a, No: 49.

⁶⁰ **Spitz** (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/a, No: 40; **Baudenbacher/Glückner** (Baudenbacher, UWG), Art.3/a, No: 50;

⁶¹ Yargıtay söz konusu kararında, davalı şirketin müşterilere gönderdiği bir faks mesajında yer verilen, 22.08.2001 tarihli fiyat listesinin davacı şirket yetkilisi tarafından sahtecilik yapılmak suretiyle üretildiği iddiasının doğru olduğu yönünde bir kanaate ulaşılması halinde davalının faks mesajındaki davacıya yönelik “sahtekâr ve ahlâksız” isnatları, TTK 57/b.1 anlamında yanlış veya yanıltıcı bir beyanı olamayacağından hareketle 10.06.2002 tarihli faks mesajının gönderilmesi eyleminin haksız rekabet niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşmıştır. 11. HD, E. 2007/13685, K. 2009/8375, T. 7.7.2009 (Kazancı veri tabanı).

⁶² Yargıtay, daha eski bir kararında doğru bile olsa bir açıklamayı kötüleme yolu ile haksız rekabet olarak değerlendirmiştir. Söz konusu olayda; iki rakip otobüs şirketinden Kamil Koç Turizm tarafından yerel bir gazeteye verilen ilanlarda “Yıllarca Pamukkale Turizmde çalışan 11

açılmasından sonra ama bu sürecin henüz tamamlanmadığı ve bir mahkûmiyet çıkmadığı halde, o kişi hakkında muhtemelen mahkûm olacağına ilişkin itham edici bir açıklamanın yapılması gereksiz yere incitici beyan olarak görülmektedir⁶³.

Gereksiz yere incitcilikte dikkate alınması gereken bir diğer yön ise, özellikle markalı ürünlerin sahip olduğu imaj konusudur. Zira tüketiciler bir ürünü tercih ederken, o markanın sahip olduğu imajı da dikkate almaktadırlar. Bu imaj sayesinde bu marka, rakip ürüne nazaran tercih edebilmektedir. Bir diğer ifade ile tüketiciler imajı da satın almaktadır. Ancak rakipler arasında tercih yapılırken rakiplerden birinin, çalışanlarına karşı hukuku ihlâl ettiği, çevreyi koruyucu hükümleri ihlâl ederek çevreye zarar verdiği, rüşvetle iş yaptırdığı gibi hususlar da tüketiciler açısından belirleyici olmaktadır. Her kim bunları gerçekten yapıyor ve rakip hakkındaki bu hususlar da müşteri çevresinde açıklanır, bu açıklama haksız rekabet olarak görülemez. Zira bu durum kişisel küfür/ayıplama olarak görülmeyip bilakis piyasadaki rekabete ilişkindir. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise, bu açıklamaların başka bir şekilde daha yumuşak bir yolla/araçla olup olamayacağını tespitidir. Rekabetin gerçekleşmesine hizmet etmek amacıyla hedef kitlenin bilgilendirilmesini sağlayan, ama rakibi kötüleyici nitelikte bile olsa doğru olan bu açıklamalar, daha yumuşak başka bir şekilde olmadığında hukuka aykırı da değildir⁶⁴.

b) Sübjektif Şart

Haksız rekabet hâllerinde, sübjektif şartın varlığı aranmamaktadır. Ancak kötülemeye istisnai olarak özel bir sübjektif şartın da zımî olarak varlığı gerektiği savunulmaktadır⁶⁵. Bundan dolayı da kötüleyici açıklamayı yapan kişinin bunu bilinçli olarak, daha doğrusu isteyerek piyasanın diğer katılımcısına karşı böyle bir açıklamadan bulunması şartı aranmaktadır.

ekip arkadaşı Kamil Koç Turizm'e geçmiştir" şeklinde bir ifade kullanmıştır. Yargıtay yaptığı değerlendirmede, bu ilanı kötüleme olarak kabul etmiştir. Hiçbir bilgi ve belgeye dayanmadan sadece bu ilanı tersinden yorumlayan Yargıtay, "...davalı firma gazeteyle verdiği ilan ile davacı firmada çalışan 11 şoförün kendi firmasına geçmekle davalı firmada iyi şoför kalmadığını..." vurguladığını belirtmiştir. Ayrıca Yargıtay, davalı şirketin, bu ilandan kısa bir süre sonra tekrar gazetede "Açıklama ve Özür" vererek davalı şirket hakkında üzücü imada bulduklarından dolayı üzgün olduklarını belirtmelerini de kötülemenin gereksiz olarak görmüştür. 11. HD, E. 1998/9296, K. 1999/856, T. 15.2.1999 (Kazancı veri tabanı).

Bu ilanı incelediğimizde, yapılması gereken öncelikle bu ilanda yer alan bilgilerin doğru olup olmadığının tespitidir. Bu amaçla ilk önce, iddia edildiği gibi rakip bir şirketten 11 kişi Kamil Koç Turizm'e geçmiş midir? Eğer geçmiş iseler, bu kişiler rakip şirkette gerçekten yıllarca çalışmışlar mıdır? Eğer çalışmışlarsa artık doğru bilgiye dayalı bir açıklama vardır. Böyle bir durumda incelenmesi gereken bu şekilde doğru bilgi olsa bile, bu ilanın gereksiz yere kötüleyici olup olmadığıdır. Doğru olduğu takdirde ancak yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde gereksiz yere incitici olabilir. Oysa bu olayda, Türkiye'de yoğun bir rekabetin yaşadığı yolcu taşımacılığı faaliyetinde rakip şirketlerden birinden diğerine ekip geçişlerinin olması ve bunun da müşteri çevresine duyurulması söz konusudur. Somut olaydaki bir açıklama müşteri çevresi için de önem arz edebileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Serbest piyasada rekabet bunun için yasaklanmamıştır. Bu tür bir ilanla aynı müşteri çevresine hitap, rakipler arasında piyasadaki rekabeti etkileyecek niteliktedir. Ancak böyle bir etkileme hukuken korunmakta olan serbest rekabetin bir sonucudur. Dolayısıyla böyle bir ilan, gereksiz yere incitici açıklama olarak kabul edilmesinin hiçbir şartını ihtiva etmediğinden Yargıtay'ın bu kararının isabetsiz olduğu kanaatindeyiz.

⁶³ Baudenbacher/Glöckner (Baudenbacher, UWG), Art.3/a, No: 50.

⁶⁴ Baudenbacher/Glöckner (Baudenbacher, UWG), Art.3/a, No: 32.

⁶⁵ Spitz (Jung/Spitz: UWG), Art. 3/a, No: 62.

2. Karşılaştırmalı Reklam

a) Genel Olarak

1995’de çıkarılan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’da, 2003 yılında yapılan değişiklikle karşılaştırmalı reklamlar açıkça düzenlenmiştir. Gerçi haksız rekabet hukukunda öğreti ve yargı kararlarında kabul edildiği üzere karşılaştırmalı reklamlar, dürüstlük kuralını ihlâl eden bir davranış olarak değerlendirilmeyordu⁶⁶. Nitekim Yargıtay’ın verdiği kararlarda da bu durum açıkça ifade edilmiştir.

Yargıtay, “İlanda Karacan 1.” kararında⁶⁷ davacıya ait olan Elele’yi 3. sırada, Gösteri dergisini 2. sırada açıkça göstermelerine rağmen yapılan ilanın gerçeği yansıttığı konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunmadığı, ilanda neyin ölçü alınacağı tamamen ürün sahibinin inisiyatifinde bulunduğu, reklamda kullanılan yazı ve rakamların aynı boyda olması şartı da aranmayacağı gerekçesiyle bu reklam aleyhine açılan haksız rekabet davasını reddeden yerel mahkeme kararını usul ve kanuna uygun bulmuştur. Burada yapılan karşılaştırmalı reklamlarda kullanılan bilgilerin doğru olması Yargıtay’ca yeterli sayılmıştır. Yargıtay’ın bu kararına göre;

(1) Reklamların karşılaştırmalı olarak yapılması bizzatıhi dürüstlük kuralının ihlâli değildir,

(2) Karşılaştırmalı reklamlarda karşılaştırma gerçeği yansıtmalıdır,

(3) Karşılaştırma da neyin ölçü alınacağı tamamen reklam sahibine bırakılmıştır,

(4) Karşılaştırma da rakipler veya bir sıralamanın devamında gelenler açıkça belirtilebilir ve

(5) Reklamlarda kullanılan malzemelerin nasıl ve ne şekilde olması konusunda prensip olarak reklam sahibi bir sınırlamaya tabi tutulamayacaktır.

Yargıtay’ın “DYO Boyada Birinci” kararında ise⁶⁸, “ne bakımından olduğu anlaşılmayan genel bir birincilik iddiasının yanıltıcı özellik taşıdığı” nedeniyle karşılaştırmalı reklamda TTK 56 ve 57/3 [yeni 54/2 ve 55/a/b.2] gereği haksız rekabetin söz konusu olduğuna karar vermiştir. Bu karara göre:

(1) Karşılaştırmalı reklamlar, esasen, gerçeği yansıttıkları sürece haksız rekabete yol açmazlar,

(2) Neyin ölçü alınacağı reklam sahibinin inisiyatifinde olup, bu ölçünün ne olduğu reklamda belirtilmelidir,

(3) Reklamda kullanılan beyanlar (bilgiler/mesajlar) yanlış ve yanıltıcı olmamalıdır,

(4) Karşılaştırmalı reklamların, aldatıcı olup olmadıklarında reklam içinde kullanılan ifade TTK 55/a/b.2’ye göre değerlendirilir ve

(5) TTK 55/a/b.2 anlamında bir aldatıcılık söz konusu ise, karşılaştırmalı reklam haksız rekabet olarak nitelendirilir.

Yargıtay’ın bu her iki kararı, esasen ABAD’ın karşılaştırmalı reklamlara ilişkin kararları⁶⁹ ile de uyumludur⁷⁰. Ne var ki, Yargıtay bu kararlarını sistematik bir şekilde

⁶⁶ Bkz. **Karayalçın**, s. 458; **Doğanay**, Batider 1970, s. 537; **Mimaroglu**, s. 397, **Göle**, s. 79 vd.; ayrıntılı bilgi için bkz. **Pınar**, Werbung, 163 vd.

⁶⁷ 11 HD, E. 1988/7434, K. 1989/5174, T. 09.10.1989 (karar için bkz. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XI, Ankara 1994, s. 16). Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Moroğlu**, s. 5 vd.; **Pınar**, Werbung, s. 183 vd.

⁶⁸ 11. HD, E. 1991/4992, K. 1992/11613, T. 22.12.1992 (karar için bkz. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XI, Ankara 1994, s. 18). Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Moroğlu**, s. 12 vd.; **Pınar**, Werbung, s. 183 vd.

⁶⁹ Karşılaştırmalı reklama ilişkin ABAD kararları ahlında tek tek alınıp incelenmesi gerekir. Ancak bu çalışmanın amacını aşacağı için biz burada ilgili kararları sadece saymakla yetineceğiz: Toshiba, C-112/99, T. 25.10.2001; Pippig Augenoptik, C-44/01, T. 8.4.2003; Siemens, C-59/05, T. 23.2.2006; Lidl, C-356/04, T. 19.9.2006; De Langtsheer, C-381/05, T. 19.4.2007; O2

geliştirerek devam ettirememiştir. Zamanına göre çok ileri düzeydeki bu kararlara nazaran yeni bazı kararlarında doğrudan veya dolaylı karşılaştırmalı reklamı dahi ortadan kaldıracı bir görüş benimsemiştir. Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda karşılaştırmalı reklam, doğrudan ve açık bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınırlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek haksız rekabettir (TTK 55/a/b.5). Bu hükümden sonra, Yargıtay'ın yukarıdaki kararlarında olduğu gibi rakip veya onun ürünleri ile doğrudan veya dolaylı olarak karşılaştırmalı reklam yapılmasına imkân veren içtihadını istikrarlı bir şekilde devam ettirmesi beklenebilir. Böyle bir tutum aynı zamanda AB Yönerge hükümlerine de uyumlu olacaktır. Yargıtay'ın yeni bir içtihadı da gelişmelerin bu yönde olacağını göstermektedir. Bu kararında Yargıtay öncelikle gazetelerin tirajlarının, açık bir şekilde liste haline getirilmesi ve bu karşılaştırmalı listenin reklam verenler ile reklam ajanslarına internet üzerinden gönderilmesini *per se* (bizatihi) haksız rekabet olarak değerlendirmemiştir. Ancak bu listede yer alan bir gazetenin tirajının yanlış olarak düşük gösterilmesinin, karşılaştırmalı reklam kapsamında isabetli bir şekilde bir aldatıcılık olduğuna hükmetmiştir⁷¹.

b) Karşılaştırma

Karşılaştırmalı reklamın bizatihi kendisi hukuka aykırı değildir. Bilakis nesnel yönden gerçek dışı ve ölçüyü aşan abartılı karşılaştırmalı reklamlar hukuka aykırıdır. Karşılaştırma, reklamı yapanın kendisi veya rekabette avantajlı duruma getirmek istediği kişi ile rakip veya rakipler arasında olmalıdır. Bu hüküm karşılaştırmalı reklamın dürüstlük kurallarına aykırı olduğu hâlleri de göstermektedir. 2006/114 sayılı AB Yönergesi⁷² 2/c'deki tanım gereğince de karşılaştırmalı reklamlar doğrudan veya dolaylı şekilde olabilir. Doğrudan karşılaştırmalı reklamda, bir işletme kendi ürünü ile başkasının ürününü açıkça belirgin bir şekilde vurgu yaparak karşılaştırır. "Başkası"nın daha doğrusu rakibin, adıyla belirtilmesi veya tanımlanması şart değildir. Rakipleri işaret eden bir ifade de "başkası" olabileceği gibi onların ürünlerinin markası da olabilir⁷³. Dolaylı karşılaştırmalı reklamda ise hedef alınan rakibin veya onun ürünü açıkça zikredilmezden, reklamın hedef kitlesi tarafından bu rakibin veya bu ürünün bilinebilir olması yeterlidir.

"En'li", "Zirve...", "Zirve grubu" gibi en yüksek mevki gösteren reklamların da tüm rakiplere nazaran kendine üstünlük sağladığından ve böylece bir karşılaştırma

Holdings, C-533/06, T. 12.6.2008; L'Oreal, C-487/07, T. 18.6.2009; Lidl 2, C-159/09, T. 18.11.2010 (<http://curia.europa.eu>).

⁷⁰ Yargıtay'ın "DYO Boyada Birinci" kararında belirttiği "ne bakımından olduğu anlaşılmayan genel bir birincilik iddiasının yanıltıcı özellik taşıdığı" yöndeki ifade gibi ABAD da Lidl (C-356/04) kararında karşılaştırmalı reklamı, benzeri bir şekilde aldatıcı bulmuştur. Söz konusu kararda bir market, günlük ihtiyaçlardan oluşan çok sayıda ürünleri doldurduğu market arabasının toplam fiyatı ile aynı ürünlerin rakip marketlerden oluşturulması halinde söz konusu market arabalarının fiyatlarının ne kadar olacağını karşılaştırmıştı. ABAD kararında, market arabasını dolduran çok sayıda ürünler için yeterli açıklamalar yapılmadan bu şekilde karşılaştırılmasını, aldatıcı karşılaştırmalı reklam olarak değerlendirmiştir.

⁷¹ 11 HD., E. 2010/14255, K. 2011/3709, T. 01.04.2011 (yayımlanmamıştır).

⁷² 12 Aralık 2006 tarih ve 2006/214 sayılı Yönerge (AB Resmi Gazetesi L 376/21, T. 27.12.2006).

⁷³ TTK 55/a/b.5 Gereğesi. Ayrıca gerekçede karşılaştırmalı reklama şu örnekler verilmiştir: "Süper market (x) 'den daha ucuza daha kaliteli", "Deterjanımız tanıdığınız (X) değildir. Şüphesiz (X) 'den daha ucuz, daha etkili, üstelik (X) 'den daha çevreci", "Herkesinkinden daha ucuz ve sağlıklı".

yapıldığından bu tür reklamların, aldatıcı reklam olarak değil, bilakis karşılaştırmalı reklama ilişkin bend hükmü dikkate alınarak hukuka uygun olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapılması gerektiği İsviçre öğretisinde ifade edilmektedir⁷⁴.

c) Karşılaştırma Konuları

Karşılaştırma konuları; kişiler (kişilikler), mallar, iş ürünleri, faaliyetler ve fiyatlardır. Karşılaştırmada beyanların, açıklamaların, ele alınan karşılaştırma unsurlarının doğru olmaması, yani yanlış veya yanıltıcı olması ya da rakibin ününü veya ürünlerinin sömürülmesi, yanlış takdim edilmesi, tanıtılması, üstün yanlarının saklanması yasaklanmıştır. Fiyatlar da karşılaştırmalı reklamın konusunu oluşturabilir. Bu son şekildedeki bir fiyat karşılaştırılmasında hukuka aykırı olan şartların, karşılaştırılan ürünlerin farklı olmasıdır. Nihayet karşılaştırmalı reklam ürün testlerin sonuçları ile de yapılabilir. Bu tür karşılaştırmalarda ölçü bilimselliklidir. Bu açıklamaların ışığında karşılaştırmalı reklamı iki başlık altında toplamak mümkündür⁷⁵: İlk olarak karşılaştırmacının, TTK 55/a/b.1 anlamında bir ihlâl olabilmesi için karşılaştırılan ürünlerin önemsiz niteliklerinin karşılaştırılıp karşılaştırılmadıkları değerlendirilmelidir. Daha sonra da bu karşılaştırmada aslında objektif nitelikte olmayan, tamamen subjektif değerlere dayanılarak rakip ürünü aşağılayıcı bir ifade kullanılıp kullanılmadığına bakılmalıdır.

d) Yasak Olan Karşılaştırmalı Reklamlar

aa) Aldatıcı Karşılaştırmalı Reklam

Karşılaştırmalı reklamın aldatıcılığı da iki şekilde ortaya çıkmaktadır⁷⁶:

(1) *Yanlış karşılaştırmalı reklam*: Dayandığı olgular yanlış olan, gerçeğe uymayan, gerçeği saptıran, gerçek ortaya konduğunda (ispatlandığında) doğru olmadığı ortaya çıkan reklam yanlış karşılaştırmalı reklamdır.

(2) *Yanıltıcı karşılaştırmalı reklam*: Reklam konusu ürünün, malın, faaliyetin vesairesinin hedefi (muhatabı) olan ortalama tüketicide yanlış anlamalara, zanlara, algılamalara, düşüncelere yol açan (sebeplere) açıklamalar, değerlendirmeler, yargılar vs. içeren reklamlar yanıltıcıdır. Yanıltma istatistikî bilgiler, temelleri farklı fiyatlar, önemli ve etkili olanın atılması, karşılaştırmacının ilgisiz ve önemsizler arasında yapılmasıyla gerçekleştirilir (yapılır).

bb) Gereksiz Yere Kötüleme

Karşılaştırmalı reklam, özellikle eleştirisel karşılaştırmalı reklamlar, çoğunlukla karşılaştırılan ürünün kötülenmesini de ihtiva etmektedir. Bundan dolayı TTK 55/a/b.1'deki kötüleme uygulama alanı bulacağından hükümde karşılaştırmalı reklamda gereksiz yere kötülemenin de düzenlenmesi ile 1.bend hükmüne nazaran 5. bend, daha özel bir düzenleme olarak görülmelidir. Ancak kötüleme kavramının yorumlanmasında TTK 55/a/b.1'deki açıklamalar burada da geçerlidir⁷⁷.

Her karşılaştırmalı reklam beraberinde rakibi veya onun ürününü, reklamı yapanı nazaran bir kötülemeyi içermektedir. Bundan dolayı her kötüleyici (veya eleştirisel nitelikteki) karşılaştırmalı reklam değil; karşılaştırmalı reklamlarda gereksiz yere kötüleyici olma özelliği kanunen yasaklanmıştır. "Gereksiz" kavramı açıklanırken, TTK 55/a/b.1'deki açıklamalar esas olmakla birlikte ayrıca burada İsviçre hukukunda ölçülülük ilkesinin de dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır. Eğer bir karşılaştırma, ürünle ilişkisiz veya ölçüsüz ise gereksizlik kavramı gerçekleşmiş olur⁷⁸.

⁷⁴ **Oetiker** (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/e, No: 46.

⁷⁵ TTK 55/a/b.5 Gereğesi.

⁷⁶ TTK 55/a/b.5 Gereğesi.

⁷⁷ **Oetiker** (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/e, No: 8, 29 vd.

⁷⁸ **Oetiker** (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/e, No: 31-32.

cc) Rakibin Ününü Sömürme

Rakibin kendisinden, mallarından, iş ürünlerinden, faaliyetlerinden, tanınmışlığından gereksiz yere yararlanan, bunları gereksiz yere reklama alan karşılaştırmalı reklamlar da dürüstlüğü aykırıdır. Mehaz İsviçre UWG'de geçen "unnötig anlehnender Weise" şeklinde ifade edilen⁷⁹ ve Türkçede "gereksiz yere tanınmışlığından yararlanma" karşılığının tercih edildiği bu tür reklamda rakibin tanınmışlığının sömürüsü vardır⁸⁰. Örneğin, ABAD bir kararında imitasyon olan parfümler ile orijinallerin bulunduğu markalı parfümlerin aynı listede karşılaştırılmasını, rakibin ününden haksız yararlanma olarak göreyerek bu tür karşılaştırmalı reklamı yasaklamıştır⁸¹.

3. Karıştırılma (İltibas)

a) Genel Olarak

Türkiye'de haksız rekabete yol açan ve uygulamada yargı kararlarına sıkça konu olan hâllerden biri de iltibastır. Özellikle Türkiye'de 1995 yılındaki fikri mülkiyet alanında yapılan mevzuat değişikliğine kadar haksız rekabete ilişkin hükümler, fikri mülkiyetin her alanında uygulanmıştır. Fikri mülkiyet kapsamına giren ama henüz tescil edilmemiş hakların korunması hâlâ sadece haksız rekabet hükümlerine göre mümkün olmaktadır. Fikri mülkiyet haklarına ilişkin özel düzenlemelere rağmen uygulamada haksız rekabete ilişkin hükümlere sıkça başvurulduğu ve daha doğrusu bu hükümlerin kümülatif uygulandığı görülmektedir. Dolayısıyla uygulamada iltibas kavramı hâlâ önemini korumaktadır. Ancak yeni düzenleme ile bu konunun yeniden ele alınması ve iki alan arasındaki ilişkiye ilişkin esasların ortaya konulmasının gerektiğine inanıyoruz.

Karıştırılmaya (iltibas) ilişkin önceki kanundaki hüküm, sadece lafızda sadeleştirme yapılarak TTK 55/a/b.4'de aynen tekrar edilmiştir. Çünkü karıştırılma kavramı, pozitif hukuküstü anlamı ve işlevi ile varlığını sürdürdüğü kabul edilmiştir. Yeni TTK'da, 556 sayılı MarkaKHK, "iltibas" yerine "karıştırılma" kavramını kullandığı⁸² ve bu terim öğreti ve içtihatlarda yerleşmeye başladığı için, haksız rekabete ilişkin hükümlerde de aynı terimin tercih edildiği gerekçede ifade edilmiştir⁸³. Bu sebeple kavramın kapsamı geniş tutulmaya çalışılmıştır. "Karıştırılma" kavramı yanıltmayı, kandırmayı, yanlış algılatırmayı da kapsar. Hüküm, karıştırılmayı dış görünüş (tanıtım, takdim-görsellik) ve duyuruş (ses yönünden benzerlik) bağlamında düzenlerken; iç benzerlikten doğan karıştırılma (meselâ elektrik devrenin veya yarı iletken topografyasının benzerliği) hükmün kapsamı dışında bırakmıştır. Zira iç benzerlik "karıştırılma" kavramı ile tanımlanmaz. Dış görünüm koruması ile kastedilen takdim, şekil, tasarım ve donanım korumasıdır. Karıştırılma hakkında hüküm verilirken objektif bir değerlendirme yapılmalıdır⁸⁴.

Yeni düzenlemeye göre, başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak, haksız rekabete yol açan davranışlardandır (TTK 55/a/b.4). Bu yeni düzenleme ile gereksiz olan ve uygulamada kavram kargaşa-

⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Oetiker** (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/e, No: 36 vd.; **Baudenbacher/Glückner** (Baudenbacher, UWG), Art.3/e, No: 76 vd.

⁸⁰ Bkz. **Pınar**, Werbung, s. 179 vd.

⁸¹ Bkz. ABAD'ın L'Oreal kararı, C-487/07, T. 18.6.2009 (<http://curia.europa.eu>).

⁸² Oysa 2009 yılındaki değişiklikle 556 s. MarkaKHK'da "iltibas" kavramı tekrar kanun metnine girmiştir (Bkz. MarkaKHK 61/A). TTK'da 2011'de kanunlaşma sürecinde ve 2012'de ise yürürlüğe girmeden kısa bir süre önce değişiklikler yapılırken kanunlardaki kullanılan hukuki kavramların yeknesaklığının göz ardı edilmesi kanun yapma konusundaki dikkatsizliği göstermektedir.

⁸³ TTK 55/a/b.4 Gerekeşi.

⁸⁴ TTK 55/a/b.4 Gerekeşi.

sına sebep olan tekrardan kaçınılmıştır. Zira fikri mülkiyet kapsamında özellikle marka, tasarım ve coğrafi işaretlere ilişkin özel düzenlemelerde ayrıntılı hükümler bulunmaktadır.

b) Karıştırılma Kavramının Fikri Mülkiyet Hakları İle İlişkisi

Fikri mülkiyet hukuku, hak sahibine tekeli bir yetki verir ve mutlak haklardan olan bir hak tesis eder. Haksız rekabet hukuku ise bu şekilde yeni bir hak bahsetmez⁸⁵. Haksız rekabet hukuku, bir piyasa katılımcısı lehine mutlak bir hak tesis etmeksizin sadece haksız bir davranış şeklini yasaklar⁸⁶. Haksız rekabet hukuku açısından tartışma konusu taklitçiliğin (Nachahmung) olup olmadığı değil, taklitçiliğin nasıl olduğudur⁸⁷. Bir diğer ifade ile haksız rekabet hukukunda, taklitçiliğin tarz ve şekli yasaklanmıştır⁸⁸. Zira her tür taklitçilik, *per se* (bizatihi) haksız rekabete aykırılık teşkil etmez⁸⁹. Eğer söz konusu olan taklitçilik, karıştırılma tehlikesine (İltibas tehlikesine - Verwechslungsgefahr) yol açıyorsa, bu durumda haksız rekabetten söz etmek mümkündür⁹⁰.

Haksız rekabet hukukunda söz konusu olan iki işaret arasındaki karıştırılabilirlik değil, bilakis bir davranışın alıcılar nezdinde ürünün menşei konusunda karıştırılmaya yol açmasıdır⁹¹. Haksız rekabet hukukunda karıştırılma çerçevesinde sağlanan koruma, hiçbir şekilde ilgili özel kanuni düzenlemeleri aşacak şekilde hukuki sonuçlar doğurmaz⁹².

Haksız rekabet ile sağlanan koruma ile hiçbir zaman fikri mülkiyet hukukundaki maddi ve şekli şartları ile süreye ilişkin sınırları ortadan kaldırılabilecek şekilde genişletilemez⁹³.

Fikri mülkiyet haklarını elde edilmesine ilişkin talepler akim kaldığı durumlarda haksız rekabet hukukundaki karıştırılma, hiçbir zaman bir cankurtaran filikası gibi kullanılamaz⁹⁴.

⁸⁵ **Köhler** (Köhler/Bornkamm, UWG) § 4, No: 9.4.; **Ohly** (Ohly/Sosnitza, UWG), § 4, No: 9.3.; **Birkhäuser/Spitz** (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/d, No: 1.

⁸⁶ **Ohly** (Ohly/Sosnitza, UWG), § 4, No: 9.3.

⁸⁷ **Köhler** (Köhler/Bornkamm, UWG), § 4, No: 9.4.

⁸⁸ **Ohly** (Ohly/Sosnitza, UWG), §4, No: 9.12; **Birkhäuser/Spitz** (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/d, No: 1.

⁸⁹ İzin verilen taklitçilik hâlleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pedrazzini/Pedrazzini**, s. 90 vd.

⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pedrazzini/Pedrazzini**, s. 84 vd.

⁹¹ Bundan dolayı da İsviçre hukukunda karıştırılmayı (İltibası) düzenleyen İsviçre UWG Art. 3/d hükmünün, “küçük genel hüküm olarak” adlandırılan ve bizdeki TTK 55/a/b.2’ye karşılık gelen İsviçre UWG Art. 3/b’deki aldatıcılığı düzenleyen hükme nazarın daha özel nitelikte bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Birkhäuser/Spitz** (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/d, No: 1 ve 9.

⁹² **Birkhäuser/Spitz** (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/d, No: 10. Alman hukukunda haksız rekabet ile fikri mülkiyet hükümleri arasındaki ilişkiyi genel hüküm ile özel hüküm olarak nitelendiren ve uygulamanın da benimsediği hâkim bir görüş vardır. Ancak buna karşı çıkan görüşler de bulunmaktadır. Her iki alan arasındaki ilişkinin henüz tam olarak açıklığa kavuşmadığı ve tartışmalı olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Ohly** (Ohly/Sosnitza, UWG), § 4, No: 9.3. Buna karşılık her iki alan ilişkisini daha farklı bakış açılarından bakarak genel-özel bir ilişkinin değil, bilakis taklitçiliğe karşı korumada aynı seviyede ama koruma amaçları, şartları ve hukuki sonuçları tamamen farklı iki alan olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde de görüşler bulunmaktadır. Ancak burada da bazı alt ayrımlar yapılmaktadır. Örneğin patent konusunda patent kanununun öncelikle uygulanacağı konusunda tartışma söz konusu değilken; marka hukukunda taklitçiliği koruyan haksız rekabet hükümleri ile marka kanunu arasında ilişkinin kesin olarak çözüme kavuşturulmadığı da kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Köhler** (Köhler/Bornkamm, UWG), § 4, No: 9.6, 9.6a, 9.7 vd. Bu konudaki tartışmalar için ayrıca bkz. **Ohly** (Ohly/Sosnitza, UWG), § 4, No: 9.14; **Suluk/Orhan**, Tasarımlar 797 vd.

⁹³ **Ohly** (Ohly/Sosnitza, UWG), § 4, No: 9.13.

Kısa süreli olan moda ürünleri, hukuki düzenleme dikkate alındığında⁹⁵, haksız rekabet hukukunda taklit (Nachahmung) açısından korunması da artık söz konusu değildir⁹⁶. Tasarımlarda sürelerin bitmesi ile artık tasarım koruması da ortadan kalkar. Artık bu tasarımlar kamununun malı sayılır. Sadece çok istisnai durumlarda zamanla kullanım sonucu ayırt edicilik niteliği kazanması halinde, bu ürünün menşei konusunda dikkatli, kendini ölçülü olarak iyi bilgilendirmiş bir alıcının yanıltılmasının (iltibasın) ortaya çıkabileceği durumlarda haksız rekabet koruması söz konusu olabilir. Ancak bu şekilde bir korumada, tasarımın koruması süresince alıcılar tarafından alışkanlık etkisinin ortaya çıkmış olması menşei yanıltılmasının tespitinde hiç dikkate alınmayacaktır⁹⁷. Fikrin bizatihi kendisi koruma kapsamında olmadığından ve bu fikrin somutlaştığı görünüş de, eğer özel kanunlar gereği (patent, tasarım veya telif hukuku) koruma kapsamında değilse, taklit edilebilir⁹⁸. Marka ve karşılaştırmalı reklam ilişkisine de burada kısaca değinilmelidir. Tanınmış bir markanın ününü istismar eden karşılaştırmalı reklamlar yasaktır. Özellikle imitasyon veya taklit olduğu ve tanınmış markaların ismen gösterildiği veya bilinebildiği durumlara ilişkin karşılaştırmalı reklamlar, bu markaların ününü istismar etmeye yönelik olduğundan hukuken bir ihlâl teşkil eder⁹⁹. Ancak karşılaştırmalı reklam açısından hukuka uygun olan karşılaştırmalarda, marka ihlâli veya karıştırılma (iltibas) iddiası ayrıca dinlenmez. ABAD'ın karşılaştırmalı reklama ilişkin kararları da bu yöndedir¹⁰⁰. Zira karşılaştırmalı reklam, ayrı olarak düzenlenmiş ve marka hukukuna nazaran da daha ağır şartlar altında mümkün olmaktadır¹⁰¹.

Reklam sloganlarının korunmasında da tam bir açıklık olmamakla birlikte iki temel esas öncelikle dikkate alınmalıdır. İlk olarak bu slogan, tanımlayıcı değil, bilakis marka olarak tescil edilebilirlik nitelikleri ihtiva eden bir slogan olmalıdır. İkinci olarak yapılan reklamlarla bu slogan, piyasada kendini kabul ettirmiş olmalıdır. Bir diğer ifade ile bu slogan, markanın menşei gösterme işlevini yerine getirecek nitelikte olmalıdır. Bu şekilde bir kabul ettirme konusunda bir süre de vermek zor olmakla birlikte, piyasada belli bir tanınmışlık derecesine ulaşmış olması gereklidir. Bu şartların gerçekleştiği bir durumda ancak henüz tescil edilmemiş bu slogan, haksız rekabet hukuku hükümleri ile korunur¹⁰².

⁹⁴ **Ohly** (Ohly/Sosnitza, UWG), § 4, No: 9.15, 9.76.

⁹⁵ AB hukukunda Topluluk Tasarımlarının korunması konusunda bir tüzük çıkarılmış ve bu tüzükle (m. 11/1) tescil edilmemiş tasarımların yeni ve orijinal olmaları şartıyla 3 yıl süresince korunacağı kabul edilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgileri AB Uyumlaştırma Ofisinin sayfasından ulaşabilirsiniz (<http://oami.europa.eu/ows/rw/pages/RCD/index.en.do>, erişim: 22.7.2012). Ancak her türlü imitasyon veya ilaçlarda ise jenerik ilaçların asılları ile hiçbir zaman karşılaştırmalı reklamı yapılamayacağı anlamı çıkarılmamalıdır. Zira karşılaştırmalı reklamın şartlarına uygun bir şekilde yapıldığı takdirde, bu tür reklamların haksız rekabet açısından karıştırılma (taklitçilik/Nachahmung) teşkil etmeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ohly** (Ohly/Sosnitza, UWG), § 4, No: 9.23 ve § 6, No: 70.

⁹⁶ **Ohly** (Ohly/Sosnitza, UWG), § 4, No: 9.15.

⁹⁷ **Ohly** (Ohly/Sosnitza, UWG), § 4, No: 9.18.

⁹⁸ **Birkhäuser/Spitz** (Jung/Spitz, UWG), Art. 3/d, No: 61.

⁹⁹ Bkz. ABAD'ın L'Oreal kararı, C-487/07, T. 18.6.2009 (<http://curia.europa.eu>).

¹⁰⁰ Bkz. Toshiba, C-112/99, T. 25.10.2001; O2 Holdings, C-533/06, T. 12.6.2008; L'Oreal, C-487/07, T. 18.6.2009 (<http://curia.europa.eu>).

¹⁰¹ **Ohly** (Ohly/Sosnitza, UWG), § 4, No: 9.23.

¹⁰² **Pedrazzini/Pedrazzini**, s. 100; **Baudenbacher/Casper** (Baudenbacher, UWG), Art.3/d, No: 38 vd.; **Ingerl/Rohneke**, § 8, No: 144. Bu konuda verilebilecek en uç örnek uzun yılların çabası sonucunda Audi tarafından "Vorsprung durch Technik" sloganının ABAD (C-398/08, T. 21.1.2010) tarafından kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmış olduğunun kabul edilmesidir. Bu karar, bu konuda verilebilecek en uç örnek olarak gösterilmektedir. Yargıtay, Ariel ile Omo arasındaki bir davada Ariel tarafından daha önce yapılan "40 Derecede 40 Leke" reklam slo-

III. Değerlendirme ve Sonuç

1 Temmuz 2012 tarihinden itibaren Türk ticaret hukukunda yeni bir dönem başlamıştır. Bu yeni dönemin başlangıcında uygulamaya yardımcı olabilmek için bu çalışmamızda yeni TTK'daki haksız rekabete ilişkin hükümlerin bir kısmını inceleyebildik. Uygulamada sık karşılaşılabilecek olan bu konuları yeniden ve mehzaz hukuk ile AB hukukunu da dikkate alarak ana esaslarını ortaya koymaya çalıştık.

Bu çalışmada reklam ve satış yöntemlerine ilişkin haksız rekabet hâlleri iki ana başlık altında tasnif edilerek incelenmiştir. Müşteri odaklı haksız rekabet hâllerinde eski TTK'da olan aldatıcılığa ilişkin hüküm yanında yeni TTK'da aldatıcığın altında özel hâllerin bazıları da doğrudan kanunla düzenlenmiştir. Bu hâller yukarıda tek tek ele alınarak incelenmiştir. Haksız rekabete ilişkin bu hükümler hazırlanırken diğer kanunlarla olan uyuma yeterli özenin gösterilmediği görülmektedir. Bunların başında da özellikle tüketici mevzuatı gelmektedir. TTK'ya nazaran daha özel nitelik arz eden tüketici haklarını korumaya yönelik düzenlemelerin taraflardan biri tüketici olduğu takdirde öncelikle uygulanacağı tartışmasızdır. Bu kapsamda TTK 55/a/b.10, 11 ve 12'de düzenlenen taksitle satım ve tüketici kredilerine ilişkin hükümler, tüketiciler dışında diğer alıcılar söz konusu olduğunda uygulanabilme şansı bulabilecektir.

Rakip odaklı haksız rekabet hâlleri, üç başlık altında ele alınmıştır. Yeni TTK'da da muhafaza edilen kötüleme konusunun yeniden sistematik bir şekilde incelenmesi uygulama açısından önem arz etmekteydi. Zira Türk hukukunda bu konu ayrı olarak ve sistematik bir şekilde ele alınmamıştır. Burada kötüleme konusunda Yargıtay kararları ile İsviçre ve Alman hukukunda emsal teşkil edecek kararları da dikkate alınarak, hangi hâllerin haksız rekabet teşkil edebileceği açık bir şekilde ortaya konulmaya çalışılmıştır. Karşılaştırmalı reklam da yeni bir konu olmamasına rağmen, haksız rekabet kapsamında ilk kez yeni TTK'da açıkça düzenlenerek izin verilmiştir. Böylece uygulamada istikrarsızlık sona erecek ve artık kanuni şartlar çerçevesinde karşılaştırmalı reklam yapılabilir olacaktır. Bu kısımda son olarak karıştırılma (iltibas) konusunun ana çerçevesi ortaya konulmuştur. Uygulama açısından haksız rekabet ile fikri mülkiyet ilişkisinde hangi temel esasların geçerli olduğu tespit edilmiştir.

Bu çalışmada önceki mevzuat çerçevesinde verilmiş Türk hukukundaki yargı kararlarına kısaca değinilmiştir. Böylece geçmişten geleceğe bir köprü kurulması amaçlanmıştır. Haksız rekabet hukukunun yeni hükümleri incelenirken, önceki tarihli önemli ve isabetli bazı kararlar tespit edilerek yeni hükümlerin uygulamasına da yol göstermesi amaçlanmıştır. Böylece içtihatların devamlılığının sağlanmış ve yeni içtihatların da ortaya çıkması için önceki içtihatlar mihenk taşı niteliğinde olacaktır. Bu

ganını şu şekilde bir ifade ile korunmasına karar vermiştir: "...mahkemece davacı tarafından emek ve masraf harcanarak piyasaya sunulan temizlik deterjanı ürününün tanıtımı için yayımlanan ve belirli bir izleme oranına ulaşan reklam filmlerinde kullandığı sloganların dikkat çekici ve zihinde kalan unsurunu oluşturan "Kırk" sözcüğünün, davalıya ait aynı cins ürünün tanıtımı için daha sonraki bir tarihte hazırlanan reklam filmlerindeki sloganlarda da dikkat çekici unsur olarak kullanılması, reklamların hedef aldığı tüketici kitlesinin seçimlerini iltibas yoluyla etkileme ihtimali bulunmasına...". Bu kararda dikkat çeken hususun başında Yargıtay'ın bir reklam sloganı yerine sadece bu sloganın içindeki tek bir sözcüğü dikkate almasıdır. Ayrıca "Kırk" kavramının deterjanlar için marka olabilme ihtimalinin neredeyse imkânsız olduğu düşüncesindeyiz. Zira günümüzdeki çamaşır makineleri programlarına bakıldığında yünlü yıkamalarda alt sınır genellikle kırk derecedir. Her deterjan markası bu kırk derece kavramını kullanarak reklam yapmaktadır. Kırk derecede temizliğe ulaşmak ve bunu slogan halinde kullanmak bir deterjan için ayırt edicilik niteliği kazandıracak bir husus değildir. Zira toplumda kırk sözcüğünün de hiçbir şekilde bir marka ile özdeşleşmiş karşılığı bulunmamaktadır. Kaldı ki, ilgili marka da kırk sözcüğünü ne yeni reklamlarında ne de ürünleri üzerinde slogan olarak devam ettirmemektedir. Bkz. 11. HD, E. 2005/11256, K. 2007/2983, T. 6.2.2007 (Kazancı veri tabanı).

konuda yabancı hukuktan verilen emsallerin seçiminde de öğretiyeye önemli bir sorumluluk düşmektedir. İsviçre ve Alman hukukunda verilen örnek kararların emsal teşkil eder nitelikte olup olmadığı, o ülke öğretisinde savunulan bir görüşün gerçekten bu ülkedeki öğretiyeye ve yargı kararları açısından kabul edilebilirliğinin iyi bir şekilde araştırılması ve doğru bir şekilde Türk hukukuna da aktarılmalıdır.

Bu vesile ile haksız rekabet hukukunda olması gereken açısından bazı hususların vurgulanmasının gerektiği kanaatindeyiz. Öncelikle Türk hukukunda piyasadaki haksız rekabeti önlemeye yönelik tüm hükümlerin artık bağımsız bir kanun altında toplanması zamanı gelmiştir. Zira 1950'lerin Türkiye'si açısından isabetli bir tercihle *Hirsch* tarafından eski TTK'ya monte edilmiş haksız rekabet hükümleri, piyasadaki dürüst rekabetin tesisi konusunda yeterince etkin olamamıştır. Yeni TTK ile getirilen hükümler, bu alana ilişkin çok sayıdaki Yönergeler dolayısıyla AB hukuku ile de uyumu sağlamamaktadır. İsviçre'de 1986'da hazırlanan ve 1988'de yürürlüğe giren hükümler artık dünyanın sayılı büyük ekonomileri arasında olan Türkiye açısından yeterli olmadığı aşikârdır. İsviçre kendi kanununda 2007 ve 2011 yıllarında değişiklik yapıldığı hâlde, İsviçre'deki bu değişiklikleri bile 2012'de yürürlüğe girmesine rağmen TTK'ya yansıtılamamıştır. Bir diğer önemli sorun ise, Türkiye'de ortak konuları düzenleyen ama farklı alanlarda çıkarılan kanuni düzenlemelerin bulunmasıdır. TTK'daki haksız rekabete ilişkin hükümler yanında günümüzde hazırlıkları tamamlanmak üzere olan Tüketicici Kanunu Taslağı'nın, elektronik ticaretin düzenlenmesine ilişkin hazırlanan başka bir taslak gibi düzenlemelerin birbiri ile uyumunun sağlanması için yeniden ele alınması gereklidir. Bu esnada bu alanların Borçlar Kanunundaki ilişkisi dikkate alınarak sözleşmelere ilişkin hükümlerin de bu Kanunda yer alması gereklidir. Dolayısıyla piyasada dürüst ticaretin gerçekleşmesi ile tüketicilerin korunmasının birlikte ele alınacağı bağımsız bir kanun çıkarmak daha isabetli bir çözüm olacaktır. Özellikle reklam hukuku alanında Reklam Kurulu uygulamaları ile yargı kararlarının uygulamalarındaki tezatların da ortadan kaldırılması şarttır. Türkiye'de yargının yükü ve genel olarak piyasa katılımcılarının tercih ettiği idari denetim birlikte değerlendirildiğinde yeni bir denetim sistemine geçme zamanının geldiği kanaatindeyiz. Artık Türkiye, gelişmiş ticaret hacmine uygun olarak ve AB ile de uyumu sağlayacak bir anlayışla tüm bu konuları düzenleyecek birliğimize de sahiptir. Bu kanunu, "Dürüst Ticaret Kanunu", "Piyasada Dürüstlüğü'nün Korunması Kanunu" veya "Piyasada Dürüst Ticaretin Korunması Kanunu" gibi adlandırmak mümkündür. Çıkarılacak böyle bir kanunla bu alandaki denetim yetkisi tek bir çatı altında toplanabilir. Bu alandaki denetim yetkisine sahip olacak Kurulu "Dürüst Ticaret Kurulu" veya "Piyasada Dürüst Ticaret Denetimi Kurulu" olarak kanuna uygun adlandırmak mümkündür. Bu Kurulun kararlarına karşı yargı yolu olarak adli yargı seçilmelidir. Adli yargı içinde görevli mahkemelerin de ticaret mahkemelerinin olması isabetli olacaktır. Model olarak fikri mülkiyet alanındaki sistem alınabilir. İdari bir yapılanma sisteminde bir Kurum olmasına rağmen TPE'nin kararlarına karşı yargı yolu adli yargı sistemidir. Fikri mülkiyet hukukunda olduğu gibi haksız rekabet hukuku alanında da benzer bir şekilde adli yargı sistemi içinde ticaret mahkemelerinin görevlendirilmesinin isabetli bir çözüm olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Arkan, Sabih** : Ticari İşletme Hukuku, 15. B., Ankara 2011.
- Baudenbacher, Carl** : Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2001 [Atıf şekli: Bölüm yazar (lar) ı (Baudenbacher, UWG), ...].
- Doğanay, İsmail** : Türk Ticaret Kanununun Haksız Rekabet Dair Hükümleri Yargıtay'ca Nasıl Uygulanıyor?, Batider 1970, sa. 3, s. 531 vd.
- Doğanay, İsmail** : Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İstanbul 2004 (kısaca: TTK Şerhi).
- Ekdi, Barış** : Rekabet Hukuku Açısından Yıkıcı Fiyat Uygulaması, Rekabet Dergisi 2002, sa. 10, s. 3 vd.
- Göle, Celal** : Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983.
- Ingerl, Reinhard/
Rohnke, Christian
Jung, Peter/
Spitz, Philippe** : Markengesetz, 3.Aufl., München 2010
- Karayalçın, Yaşar
Köhler, Helmut/
Bornkamm, Joachim** : Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010 [Atıf şekli: Bölüm yazar (lar) ı (Jung/Spitz, UWG), ...].
- Karayağcı, Yaşar
Köhler, Helmut/
Bornkamm, Joachim** : Ticaret Hukuku, 3. B., Ankara 1968.
- Bornkamm, Joachim** : Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb UWG, 30. Aufl., München 2012 [Atıf şekli: Bölüm yazarı (Köhler/Bornkamm, UWG), ...].
- Memiş, Tekin** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'ndaki Haksız Rekabet Hükümlerinin Değerlendirilmesi, ASO Medya, Ekim 2007, s. 47 vd.
- Mimaroğlu, Sait Kemal** : Ticaret Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978.
- Moroğlu, Erdoğan** : Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XI, Ankara 1994, s. 3 vd.
- Pedrazzini Mario M./
Pedrazzini, Federico A.** : Unlauterer Wettbewerb, UWG, Bern 2002.
- Ohly, Ansgar/
Sosnitza, Olaf** : Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Aufl., München 2010 [Atıf şekli: Bölüm yazar (lar) ı (Ohly/Sosnitza, UWG), ...].
- Pınar, Hamdi** : Das Recht der Werbung in der Türkei im Vergleich zum deutschen und europäischen Recht, Frankfurt am Main 2003 (kısaca: Werbung).

- Pınar, Hamdi** : Marka, Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku Açısından Lpg-Tüp Piyasasındaki Bazı Uygulamalar, FMR (Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi) 2006, c. 6, sa. 3, s. 117 vd.
- Pınar, Hamdi** : Reklam Hukukunun Esasları, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008 (kısaca: Akıntürk Armağanı).
- Suluk, Cahit/
Orhan, Ali** : Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C. III: Tasarımlar, Seçkin, Ankara 2008.

ƒ KARŞILAŞTIRMALI HUKUK IŞIĞINDA TÜRK HUKUKUNDA TESCİLSİZ SINAÎ ÜRÜNLERİN HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ İLE KORUNMASI*

Av. Dr. Cahit SULUK**

ÖZET

Türk fikri mülkiyet sistemi 1995 yılında modernize edilmiştir. Bu sistemin bir parçası olarak patent, faydalı model ve tasarım gibi fikri ürünlere özgü hukuki düzenlemeler yapılmıştır.

Yasa koyucular buluş ve tasarım sahibine münhasır yetkiler vererek bir süre fikri ürününü rekabete karşı korur. Fikri ürünü korumakla yasa koyucular, ilgili ürün grubunda pazardaki rekabetin süreli olarak sınırlandırıldığının, hatta somut olaya bağlı olarak yok edilebileceğinin farkındadır. Yasa koyucular, buluşların ve özgün tasarımların promosyonu ile serbest rekabet arasında denge kurarlar. Bu dengenin sağlanabilmesi bakımından fikri mülkiyet korumasının süreli olması işin doğası gereğidir.

İşte tam burada tescilsiz fikri ürünlerin hangi şartlarda korunacağı sorusu aklı gelmektedir. Bu konu Türk hukukunda özel olarak düzenlenmemiş olup, sorunun çözümü doktrin ve içtihat hukukuna kalmıştır. Sorun, başka hukuklarda da önemli tartışmalara yol açmıştır. Elinizdeki çalışmada karşılaştırmalı hukuk ışığında bir inceleme yapılmıştır. Bu yapılırken özellikle Türk içtihat hukukunda benimsenen yaklaşımın kritiği yapılarak öneriler getirilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Türk Fikri Mülkiyet Hukuku, Sinaî Ürün, Karşılaştırmalı Hukuk, Patent, Faydalı Model, Tasarım, Haksız Rekabet, Emek İlkesi, İltibas, Taklit.

ABSTRACT

Turkish intellectual property system was modernised in 1995. As a part of this system, legal regulations specific to intellectual products such as patents, utility models and designs have been made.

Legislators protect the intellectual product for a while by granting exclusive rights to the owner of the invention and design. By protecting the intellectual product legislators are aware that the competition in the related product market is restricted for a certain period even eliminated depending on the concrete case. Legislators try to establish a balance between the promotion of inventions and original designs and free competition. In order to establish this balance the fact that the intellectual property protection is provided for a limited time period is a matter of course.

At this point the question of under which conditions the unregistered intellectual products will be protected comes to mind. This issue has not been specifically regulated in Turkish legislation; the problem is solved by doctrine or case law. The

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Yayın öncesi bu makaleyi okuyarak görüşlerini benimle paylaşan Yrd. Doç. Dr. Hamdi Pınar, Doç. Dr. Tahir Saraç ve Doç. Dr. Ayşe Odman Boztosun'a ayrı ayrı teşekkür ederim.

** İstanbul Barosu, suluk@suluk.av.tr

problem has also raised many discussions in other law systems. In this work a study within a perspective of comparative law has been made. And in order to achieve this, especially the approach adopted by Turkish case law has been criticized and suggestions have been made.

Keywords: *Turkish Intellectual Property Law, Industrial Product, Comparative Law, Patent, Utility Model, Design, Unfair Competition, Labour Theory, Imitation, Counterfeiting.*

I. GİRİŞ

Literatürde patent koruması, buluş sahibi ile devlet arasındaki bir sözleşme teorisine dayandırılır¹. Buna göre buluş sahibi, buluşunu toplumun bilgisine ve kullanımına sunar². Devlet de bunun karşılığında süreli olarak o kişiye tekel hakkı (patent koruması) sağlar. Koruma süresi sona erince buluş toplumun malı olur. Kişi, buluşunu toplumla paylaşmadığı sürece patent korumasından faydalanamaz. Eğer teknik olarak mümkünse patent korumasına bir alternatif olarak, kişi buluşunu gizli tutar ve ticari sır korumasından *süresiz olarak* yararlanabilir.

Yasa koyucular buluş sahibine münhasır yetkiler vererek bir süre buluşu rekabete karşı korur. Buluşları korumakla yasa koyucular, buluş konusu ürün grubunda pazardaki rekabetin *süreli olarak* sınırlandırıldığının, hatta somut olaya bağlı olarak yok edilebileceğinin farkındadır. Bunun göze alınmasının altında özetle şu nedenler yatar: Yenilik ve buluşları destekleyerek buluş sahiplerini ödüllendirmek veya teşvik etmek, teknik bilginin yaygınlaşmasını sağlamak, böylece ülke ekonomisini uzun vadede dünya ekonomileri ile rekabete açabilmek. Demek ki, yasa koyucular, buluşların promosyonu ile serbest rekabet arasında denge kurarlar. Bu dengenin sağlanabilmesi bakımından *patent korumasının süreli olması* için doğası gereğidir.

Diğer yandan patent hukukunda *ülkesellik* ve *tescil ilkeleri* geçerlidir. Buna göre, bir buluş hangi ülke (ler) de tescil edilmişse, sadece o ülke (ler) de korunur. Tescili yapılmayan ülkelerde buluş, topluma bağışlanmış demektir. Bu nedenle tescilin yapılmadığı ülkelerde dileyen herkes buluşu kural olarak serbestçe kullanabilir.

Buluşlarla ilgili bu açıklamalar kural olarak tasarım³, yeni bitki çeşitleri ve entegre devre topografyaları gibi diğer sınai ürünler bakımından da geçerlidir⁴.

Bu temel açıklamadan sonra genelde fikri mülkiyet, özelde de patent sisteminin ekonomik ve hukuki açıdan sorgulanması elinizdeki çalışmanın sınırlarını aştığı burada

¹ Antony D'AMATO ve Doris Etselle LONG: International Intellectual Property Law, Kluwer, London 1997, s. 358.

² Patentin 3 yıl süre ile kullanılmaması veya kullanıma ara verilmesi bir zorunlu lisans nedenidir (PatKHK m. 99).

³ Tescilsiz tasarımlara ilişkin özel düzenlemeler saklıdır. Mevzuat hukuk olan AB hukukundan farklı olarak Türk hukukunda tescilsiz tasarımlar özel hükümlerle korunmamaktadır.

⁴ Çalışmamızın konusu tescilsiz sınai ürünler olmakla birlikte Yargıtay'ın kararları tescilsiz buluş ve tasarımlarla ilgilidir. Tescili yapılmamış entegre devre topografyaları ve yeni bitki çeşitlerine ilişkin tarafımızdan herhangi bir karara rastlanmamıştır. Buna karşılık önüne geldiğinde Yargıtay'ın bu konular bakımından da tescilsiz buluş ve tasarımlardan farklı yönde karar veremeyeceği söylenebilir.

not edilmelidir⁵. Fikri mülkiyet haklarının kümülasyonu ve bu bağlamda fikri mülkiyet hakları bakımından öne sürülen *hepsine birden (one size fits all)* veya *tek hak sistemi (one-right system)* gibi konular da çalışmamızın sınırlarını aşmaktadır⁶. Bu çalışmada, fikri mülkiyet-haksız rekabet arasındaki ilişki ve bunlar arasındaki koruma çizgisi belirlenştirilmeye çalışılacaktır. Fikri mülkiyet sisteminin ekonomisi çalışmamızın sınırlarını aşsa da, yeri geldikçe fikri mülkiyet ve haksız rekabet korumasının sınırlarını belirlerken fikri mülkiyet korumasının felsefesinden yararlanılacaktır.

Çalışmamızda, karşılaştırmalı hukuk ışığında haksız rekabet hükümleri ile tescilsiz sınâî ürünlerin korunmasına ilişkin Türk hukuk uygulamasına odaklanılacaktır. Bu bağlamda öncelikle Türk sınâî mülkiyet mevzuatı ile haksız rekabet hükümlerine kısaca yer verilecektir. Daha sonra karşılaştırmalı hukuktaki duruma değinilecek ve bu bilgiler ışığında Türk Yargıtay'ının, konuya ilişkin kararlarında hangi şartları aradığı incelenecek ve bu kararların kritiği yapılacaktır. Son olarak, fikri mülkiyet-haksız rekabet kesişimine ilişkin kişisel görüş ve değerlendirmelere yer verilecektir.

Gerek fikri mülkiyet haklarının kümülasyonu gerekse *tek hak sisteminin* konumuzun dışında olduğuna az önce işaret edildi. Bununla birlikte Türkiye'deki koruma modelinden hareketle elinizdeki çalışma, fikri mülkiyet haklarının yeniden yapılandırılmasına ilişkin tartışmalara ufak da olsa katkı sağlayabileceğini ümit etmekteyim. Zira Türkiye'deki koruma modeli, mevcut dağınıklığın ve karmaşanın hangi boyutlara ulaştığına iyi bir örnek teşkil etmektedir.

II. SINAÎ MÜLKİYET VE HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELERE GENEL BAKIŞ

Türk hukuku, Kara Avrupası hukuk ailesine mensuptur. 1926 tarihli Medeni Kanun ile yine aynı tarihli Borçlar Kanunu İsviçre'den, 1956 tarihli Ticaret Kanunu büyük ölçüde Almanya'dan alınmıştır⁷. Fikri mülkiyet mevzuatının şekillendirilmesinde ise, esas itibarıyla AB mevzuatı ile konuya ilişkin uluslararası anlaşmalardan faydalanılmıştır⁸.

Ticari olmayan haksız rekabet halleri Borçlar Kanununun 48. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin mehazı İsviçre Medeni Kanunudur. Ticari haksız rekabet halleri ise, Ticaret Kanununun 56 ve devamındaki maddelerinde düzenlenmiştir. Ticaret Kanunundaki bu düzenlemelerin mehazı, 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet

⁵ Bu konuda çok sayıda çalışma vardır. Örnek olarak bkz. Fritz **MACHLUP** and Edith, **PENROSE**: "The Patent Controversy in the Nineteenth Century", Journal of Economic History 10/1950, p. 1 vd.; Fritz **MACHLUP**: "An Economic Review of the Patent System" Washington, US Government Printing Office 1958 available online in <http://mises.org/etexts/patentsystem.pdf> (son ziyaret 18.2.2012) ; Edmund **KITCH**: "The Nature and Function of the Patent System", Journal of Law and Economics 2/1977, p. 266 vd.; William **LANDES** and Richard **POSNER**: The Economic Structure of Intellectual Property Law, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2003; Alexander **PEUKERT**: "Intellectual Property as an End in Itself", 2/2011, EIPR, p. 67 vd..

⁶ ATRIP'in 2008 ve 2009 yıllarındaki iki kongresinin ürünü olan bir çalışma bu konuya ayrılmıştır. Bu çalışmada patent sisteminin ekonomik ve hukuki boyutları da sorgulanmıştır. Bkz. Anette **KUR** and Vytaitas **MÍZARAS** (Eds.): The Structure of Intellectual Property Law – Can One Size Fit All?, Edward Elgar, UK 2011.

⁷ Adnan **GÜRİZ**: "Source of Turkish Law", s. 1 vd., özellikle 8-9 in Tuğrul ANSAY/Don VALLACE: Introduction to Turkish Law, Kluwer, 5. Ed., Lahey 2005.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hamdi **PINAR**: Verfahrensrechtliche Regelungen im Türkischen Patent- und Markenrecht, GRUR Int. 1999, s. 120 vd.; Sami **KARAHAN**, Cahit **SULUK**, Tahir **SARAC** ve Temel **NAL**: Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 3. Bastı, Seçkin, Ankara 2011 s. 24.

Yasasıdır. Sınâî ürünlerin kullanımı, genellikle ticari olduğu için uygulamada haksız rekabete ilişkin Ticaret Kanununun ilgili hükümlerine dayanılmaktadır⁹.

Ticaret Kanununun 56. maddesinde haksız rekabet, iyi niyetle bağdaşmayan herhangi bir hareket ile ticari rekabetin her türlü suiistimali olarak tanımlanmıştır. Bu tanım, sınâî haklarla ilgili Paris Konvansiyonunun mükerrer 10. maddesindeki tanımla uyum içindedir¹⁰. Bu genel tanımın yanında, 57. maddede hangi eylemlerin haksız rekabet teşkil edebileceği örnek kabilinden sayılmıştır. Anılan maddenin beşinci bendine göre; “*Başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak, hususiyetle başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut iltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmeyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak*” haksız rekabettir.

Türk hukukunda imalat ve ticaret sırları, özel bir yasa ile düzenlenmemiştir. Know-how ilişkin de özel bir yasa yoktur¹¹. Konu, Ticaret Kanununun 57. maddesinin yedinci ve sekizinci bentlerinde ele alınmıştır. Yedinci bende göre; “*başkalarının çalışkanlarını, vekillerini ya da diğer yardımcılarını ayartarak, işverenlerinin ya da müvekkillerinin üretim veya ticari sırlarını ele geçirmek ya da ifşa ettirmek*” haksız rekabettir. Sekizinci bende göre ise, “*iyi niyet kurallarına aykırı şekillerde elde ettiği ya da öğrendiği üretim ve ticaret sırlarından faydalanmak ya da onları yaymak*” haksız rekabettir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, 13.1.2011 tarih ve 6102 sayılı yeni Ticaret Kanununu kabul etmiştir¹². 1956 tarihli Ticaret Kanununun yerine geçen bu Yasa, birkaç maddesi hariç olmak üzere 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yeni Yasada haksız rekabete ilişkin hükümler daha da geliştirilerek geniş bir alan düzenlenmiştir¹³. Yeni Yasanın 54-63. maddeleri haksız rekabete ayrılmış olup, bu düzenlemelerin mehazi 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunudur.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hamdi **PINAR**: Das Recht der Werbung in der Türkei im Vergleich zum Deutschen und Europaeischen Recht, Frankfurt am Main 2002, 5 vd.

¹⁰ Alman hukukunda 2004 tarihli UWG ile honest practice (*gute sitten*) ibaresi, yerini AB mevzuatıyla da uyumlu olan unfairness (*unlauterkeit*) ifadesine bırakmıştır. Buna gerekçe olarak Paris Konvansiyonunun mükerrer 10. maddesindeki honest practice ifadesinin boş bir formül olduğu, honest kelimesinin bir tanımının bulunmadığıdır. Bkz. Frauke **HENNING – BODEWIG**: “A New Act Against Unfair Competition in Germany”, IIC, No: 4/2005, s. 425, dpn. 18. 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunundaki düzenleme de bu yöndedir. Bkz. m. 54.

¹¹ Rekabet Kurumunun yayımladığı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliğinin 4. maddesinde know-how şöyle tanımlanmıştır: “*Know-how: Tecrübe ve denemeler sonucu elde edilen uygulamaya yönelik, gizli, esaslı ve belirlenmiş bilgi paketi anlamına gelir*”. Bkz. Tebliğ No: 2008/2, RG, 23.1.2008, S. 26765. Yine rekabet yasasının uygulanmasına ilişkin olarak Dosyaya Giriş Hakkının Korunmasına ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin ayrı bir Tebliğ yayımlanmıştır. Bkz. Tebliğ No: 2010/3, RG, 18.4.2010, S. 27556.

¹² RG, 14.2.2011, S. 27846..

¹³ Nitekim 6102 sayılı yeni Yasanın genel gerekçesinde emek ilkesinin güçlendirildiği ve etki alanının genişletildiği belirtilmiştir. Yasanın m. 55/(1), a/4’te “*başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak*” haksız rekabet halleri arasında sayılmıştır. Bu hükmün gerekçesinde mer’i TK’nın 57/5 hükmüne denk geldiği ayrıca belirtilmiştir.

Diğer yandan Türk fikri mülkiyet koruması, Osmanlı dönemine kadar eskiye gider. Fransız hukukunun etkisiyle 1850 yılında telif hakları ve 1872 yılında markalarla ilgili ilk düzenlemeler yapılmıştır. Patentlere ilişkin ilk düzenleme ise 1879 yılında gerçekleştirilmiştir. Konuya ilişkin kodifikasyon faaliyetleri, Türkiye Cumhuriyeti'nin ilan edildiği 1923 yılından sonra da sürmüştür.

Küreselleşmenin de etkisiyle son yıllarda Türkiye, fikri mülkiyet mevzuatında önemli reformlar yapmıştır. 1995 yılı bu bakımdan bir *milattır*. Şöyle ki, gerek DTÖ/TRIPS'in, gerekse 1/95 sayılı AB-Türkiye OKK'nin¹⁴ getirdiği yükümlülükler çerçevesinde Türk fikri mülkiyet mevzuatı, AB hukuku ve uluslararası anlaşmalarla hızla uyumlaştırılmıştır. Bu çalışmalar sonucunda hem telif, hem de sınâî haklarla ilgili bir dizi mevzuat yürürlüğe konulmuştur. Bu bağlamda 1995 ve izleyen yıllarda telif, patent ve marka gibi kökleri Osmanlı dönemine kadar giden eski mevzuat tümüyle değiştirildi. Yine 1995'de tasarım, faydalı model ve coğrafi işaret gibi alanlarda *ilk kez* hukuki düzenlemeler yapıldı. İzleyen yıllarda entegre devre topografyaları ve ıslahçı haklarına ilişkin *ilk düzenlemeler* yürürlüğe konuldu.

Türkiye 1925 yılında Paris, 1952 yılında Bern gibi fikri mülkiyete ilişkin bazı uluslararası anlaşmalara taraf olmuştur. 1995 ve izleyen yıllarda ise DTÖ/TRIPS, EPC, PCT, Madrid Protokolü, Lahey, Roma, WCT ve WPPT gibi fikri mülkiyete ilişkin tüm temel anlaşmalar kabul edilmiştir.

Türkiye'de buluşlar, 1844 tarihli Fransız Patent Kanunundan iktibas edilen 1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu ile korunmaktaydı. Osmanlı döneminden kalma bu kanunun yerini 1995 yılında 551 sayılı PatKHK almıştır¹⁵. Bu KHK'daki pek çok hüküm, Alman patent mevzuatından mülhem olup, TRIPS ve EPC¹⁶ gibi uluslararası anlaşmalarla uyumludur. Anılan KHK ile faydalı modeller de *ilk kez* koruma altına alınmıştır.

Türkiye'nin 1925 yılında Paris Konvansiyonuna taraf olmasıyla birlikte *ilk kez* tasarımlarla ilgili bir hukuki metin benimsenmiştir. Konunun iç hukuka aktarılması ise, 70 yıl gecikmeyle ancak 1995 tarih ve 554 sayılı EndTasKHK ile olabilmıştır. Bu KHK'nın mehazı 1993 tarihli Topluluk Tasarım Yönergesi ve Tüzük Taslaklarıdır¹⁷. Anılan KHK, sadece tescilli tasarımları koruma altına almış, tescilsiz tasarımların genel hükümlerle korunacağı benimsenmiştir (m. 1). Genel hükümlerden maksat esas itibarıyla haksız rekabet mevzuatıdır.

Özetle Türk fikri mülkiyet ve haksız rekabet hukuku, Avrupa ülkelerinin hukuklarına yabancı değildir. Bunun da ötesinde, hukukun diğer alanlarında olduğu gibi bu hukuk dalları da batılı hukuklardan mülhem olup, yabancılık bir tarafa aralarında sıkı bir akrabalık ilişkisinin olduğu dahi söylenebilir.

¹⁴ OJ, 96/142/EC, 13.2.1996, L 35/1, p. 43.

¹⁵ RG, 27.6.1995, S. 22326.

¹⁶ Diğer üye ülkelerde olduğu gibi EPC'nin 2000 versiyonu Türkiye bakımından da yürürlüğe girmiştir. Bkz. RG, 17.3.2007, S. 26465. EPC 2000 ile uyumu da içeren Patent Kanunu Tasarı Taslağı üzerindeki çalışmalar halen yürütülmektedir. Bu Taslağın kısa vadede yürürlüğe girmesi beklenmemektedir.

¹⁷ Proposal for a European Parliament and Council Directive on the Legal Protection of Designs (93/C 345/09) COM (93) 344 final-COD 464, 3 December 1993 - OJ, C-345/14, 23.12.1993, s. 14 vd.; Proposal for a Regulation on Community Design, COM (1993) 342 Final, 3. December 1993 - OJ, C-29/20, 31.1.1994, s. 20 vd.

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUM

Tescilsiz ürünlere ilişkin ülke düzenlemeleri ve uygulamaları, hukuk geleneğine bağlı olarak farklılık gösterebilmektedir. Paris ve TRIPS gibi uluslararası anlaşmalarda konu düzenlenmemiştir¹⁸. Yine konuya ilişkin henüz AB düzeyinde uyumlaştırma yapılmamıştır¹⁹. Bu yüzden hiç koruması olmayan ya da koruma süresi sona eren bir ürünün haksız rekabet hükümleriyle korunup korunmayacağı hususu ülke hukukları çerçevesinde ele alınmaktadır²⁰.

Anglosakson hukuk ailesine mensup Amerikan hukuku²¹ ile İngiliz hukukunda²² tescili yapılmayan veya koruma süresi sona eren ürünlerin gerek işlevsel gerekse görsel bakımdan birebir taklit edilebileceği kabul edilmektedir. Anglosakson hukukundaki anlayışa göre, fikri mülkiyet koruması olmayan bir ürünün taklidi, rekabetçi bir ekonomiye hayat verir²³. Ürün taklidi, pazarda rekabeti artırır ve fiyatları aşağı çeker²⁴. Bu yüzden fikri mülkiyet koruması olmayan ürünlerin taklidi tüketici bakımından faydalı sonuçlara yol açar. Fikri mülkiyet koruması olmadığı sürece pazara yeni girenlere, benim de ürünüme (*me too product*) var demesine daima izin verilmelidir.

Anglosakson sisteminin tam aksine, Fransız içtihat hukukunda emek ilkesi çok geniş bir şekilde yorumlanmaktadır²⁵. Bu bağlamda anılan hukukta, *parasitik rekabet ilkesi* (*parasitic competition*) geliştirilmiş olup, bu tür rekabete karşı sert bir haksız rekabet koruma anlayışı hâkimdir. İlke gereği körü körüne taklit (*slavish imitation*)

¹⁸ Paris Anlaşmasının 10 mük. maddesinden ima yoluyla gizli bilginin korunabileceği çıkarılabılır. Ancak anılan hüküm çok genel ifadeler içerdiği için körü körüne taklidi düzenlediği söylenemez. TRIPS m. 39/I'de gizli bilgilerin korunacağı düzenlenmiş ve fakat körü körüne taklit ele alınmamıştır. Bkz. Estelle **DERCLAYE** and Matthias **LEISTNER**: Intellectual Property Overlaps – A European Perspective, Hart Publishing, Oxford 2011, s. 21-23.

¹⁹ Haksız rekabete ilişkin iki yönerge kabul edilmiş ve fakat tescilsiz ürünler konusu ele alınmamıştır. Bkz. Directive 2005/29/CE of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business to consumer commercial practices in the internal market (2005) OJ L149/22. Bu yönergenin açıklayıcı memorandumunda (explanatory memorandum) körü körüne taklidin, yönergenin kapsamı dışında olduğuna vurgu yapılmıştır. Bkz. COM (2003) 356 final, 10, para. 40. Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising (2006) OJ L376/21.

²⁰ **DERCLAYE/LEISTNER**, s. 2 ve 114.

²¹ Bu yöndeki Amerikan Yüksek Mahkeme kararlarına örnek olarak bkz. *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Company*, No: 108, 376 U.S. 225 (1964), S. LEXIS 2365; *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141 (1989) ; *National Basketball Ass'n v. Motorola, Inc.*, 105 F.3d 841, 41 U.S.P.Q.2d (BNA) 1585 (2d Cir. 1997). Bu çalışmada markalar incelenmemiştir. Bu yüzden ABD'de tanınmış markalar bakımından kabul edilen *dilution ilkesi* çalışmamızın sınırlarını aşmaktadır.

²² Örnek olarak bkz. *UK High Court - Chancery Division, Hodgkinson & Corby v. Ward s Mobility Services* [1995] FSR 169.

²³ Bkz. Dipnotu 21'deki *Bonito Boats* kararı.

²⁴ English Court of Appeal, *L'Oreal v Bellerue* (2007) EWCA, Civ 968.

²⁵ Cour d'appel de Paris 14 June 2006 Propr. Industr. 2006, comm. 81 (Ansgar **OHLY**: "Free Access, Including Freedom to Imitate, as a Legal Principle – A Forgotten Concept ?" in Anette **Kur** and Vytautas **Mizaras** (Eds.) : *The Structure of Intellectual Property Law – Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, UK 2011, s. 99 dpn.5'ten naklen). Ohly'nin aynı çalışması şurada da yayımlanmıştır: IIC 2010 506-524.

haksız rekabet sayılmaktadır²⁶. Bununla birlikte doktrininde Fransız mahkeme kararlarının bu konuda istikrarsız olduğuna dikkat çekilmektedir²⁷.

Bazı Kara Avrupası ülkeleri ise, bu iki uç noktanın ortasında bir yerde durmaktadır²⁸. Sözgelimi, İspanya Haksız Rekabet Yasasının 11. maddesine göre, fikri mülkiyet koruması olmayan bir ürünün taklidi kural olarak serbesttir. Ancak bu taklit, başkasının ürünü ile karışıklığa veya başkasının ününden yararlanmaya yol açarsa haksız rekabet gerçekleşir. Alman hukukunda da kural olarak taklit serbestisi (*freedom of imitation-Nachahmungsfreiheit*) benimsenmiştir. Bununla birlikte Almanya'da bazı şartlar altında tescilsiz ürünler haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunmaktadır. 1909 tarihli eski Alman Haksız Rekabet Yasasının yerini alan 2004 tarihli yeni Yasanın 4/(9) maddesinde şu haller haksız rekabet kabul edilmiştir: *a*) İlgili ürün rekabet edebilme açısından ayırt edici olmalı; Bu durumun haksız rekabet oluşturması için şu üç şart birlikte aranır: *i*) Ortada bir ürün olmalı, *ii*) Ürünün ticari hayatta belirli bir tanınmışlığı olmalı, *iii*) Karıştırılma ihtimali olmalı, *b*) Ürünün iyi bir imajı olmalı ve ticari itibarından faydalanmaya çalışılmalı, *c*) Sözleşme görüşmeleri esnasında ürün taklitçi kişiye gösterilmiş olmalı. Bu üç durumdan birinin bulunması halinde Alman hukukunda tescilsiz bir ürün haksız rekabet hükümleri ile korunur.

Bir genelleme yapmak gerekirse Anglosakson ve Kara Avrupası hukuklarına mensup ülkeler, konuya farklı pencerelerden yaklaşmaktadır. İlki, fikri mülkiyet koruması yoksa, artık herkes bu alanda serbestçe rekabet yapabilir. İkincisi ise, fikri mülkiyet koruması bulunmayan ürünlerin de taklidine, haksız rekabet hükümlerine başvurarak birtakım sınırlar koymaktadır. Anglosakson yaklaşımı gayet net ve açık iken, Kara Avrupası ülkelerinde durumun bu kadar açık ve sınırların belirgin olduğu söylenemez. Bu yüzden ilgili ülke mahkemeleri somut olaya bağlı olarak kararlar vermektedir. Aşağıda ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere bu hukuk ailesine mensup Türkiye'de ise kafalar iyice karışık vaziyettedir.

IV. TESCİLSİZ SINAÎ ÜRÜNLERE TÜRK İÇTİHAT HUKUKU İLE SAĞLANAN HAKSIZ REKABET KORUMASI

A. GENEL OLARAK

Yukarıda açıklandığı üzere Türk sınâî mülkiyet mevzuatı, modern patent sistemleri ile uyum içinde olmasına rağmen, içtihat hukukunda tescilsiz buluşların ve tasarımların haksız rekabet hükümleri ile ayrıca korunacağı kabul edilmektedir. Bu görüşün dayanağı, yukarıda metni verilen Ticaret Kanununun 57. maddesinin beşinci bendidir. Yine aynı yasanın 56. maddesindeki haksız rekabetin tanımından yola çıkılarak *emek ilkesine* dayanılmaktadır. Yargıtay kararlarında haksız rekabet koruması bakımından süre sınırı olmadığına da dikkat çekilmektedir.

Yargıtay'ın *emek ilkesine* dayalı olarak verdiği konuya ilişkin 1995 öncesi kararlarında bugün herhangi bir değişiklik olmamıştır. Başka bir deyişle Türkiye'nin 1995 yılından sonra benimsediği modern fikri mülkiyet mevzuatı, Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşlerini etkilememiştir.

Yargıtay eski tarihli (1995 öncesi) kararlarında tescilsiz buluşların ve tasarımların haksız rekabet hükümleri ile korunacağını kabul etmekteydi. Bu kararlardan birinde

²⁶ DERCLAYE/LEISTNER, s. 160.

²⁷ DERCLAYE/LEISTNER, s. 163-164 ve 178-179.

²⁸ Bu konuda ayrıca bkz. OHLY s. 100 ve 108. Ohly, Avrupa mahkemelerinin üç halde taklide izin vermediğine işaret etmektedir: *i*) Tüketicinin yanıltılması, *ii*) Başkasının imajını kullanma veya bu imaja zarar verme, *iii*) Slavish imitation. Bkz. s. 104.

şu ifadeler kullanılmıştır²⁹: “... Buharlı ütü makinesinin İhtira Beratı Kanununa göre, patentinin alınmamış olmasının, bunu imal eden davacının makine üzerindeki haklarını Türk Ticaret Kanununun haksız rekabet hükümlerinden yararlanarak korunmasına bir engel teşkil etmemesine,...”. Başka bir olayda dava konusu tescilsiz ürünün buluş ve tasarım özellikleri bakımından Yargıtay şu ifadeleri kullanmıştır³⁰: “... Davalı tarafından üretilen Climaks markasını taşıyan sobanın davacı tarafından üretilen ‘Delonghi’ markasını taşıyan sobanın dış görünüm, dizayn ve teknik sistem yönünden aynıyet derecesinde benzemesi sebebiyle davalı eyleminin haksız rekabet teşkil ettiğinin tespitine ...”.

1995 tarihli PatKHK ile EndTasKHK’nın yürürlüğe girmesinden önceki Yargıtay’ın yukarıdaki kararlarının modern patent sistemi ile uyumlu olmadığı açıktır. Ne var ki Yargıtay, 1995 sonrası kararlarında da bu görüşünü sürdürmektedir. Bir olayda ABD’de tescilli ve fakat Türkiye’de tescilli bulunmayan patente ilişkin ihtisas mahkemesi çok isabetli bir şekilde şu değerlendirmeyi yapmıştır³¹: “... Davacı ürününün ABD’de tescilli beş adet patente konu olduğunun belirtildiği, etiketleme makineleri için davacının TPE nezdinde tescilli tasarım veya patent belgesinin bulunmadığı, o halde yalnızca ABD’de geçerli patent belgesinden doğan hakların Türkiye’de ihlalinden bahsetmenin söz konusu olamayacağı, ayrıca bu buluşun veya ürünün Türkiye’de haksız rekabet yolu ile korunmasının da talep edilemeyeceği, aksi düşüncenin Türk Patent Enstitüsüne hiçbir bedel ödmeden ve ülkemizde geçerliliği bulunmayan bir buluşa veya ürüne koruma verilmesi anlamına geleceği, bu hususun patent belgesinin süreli olması ve 20 yıllık sürenin sonunda buluşun tüm insanlığın hizmetine sunulması ve herkesin bundan istifade etmesini sağlayan amacına ve 551 sayılı KHK’nın 133/2. maddesine aykırılık teşkil edeceği, ayrıca özel yasa düzenlemelerinin bulunduğu hallerde genel hukuk (haksız rekabet) kurallarına başvurulmasının da mümkün olmadığı ...”. İhtisas mahkemesinin kararında dayandığı 551 Sayılı Patent KHK’nın 133. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir: “**Hakkı sona eren patentin** konusu, sona erme sebebinin gerçekleşmiş olduğu andan itibaren, **toplumun malı** sayılır”.

2008 tarihinde Yargıtay, ihtisas mahkemesinin yukarıda anılan kararını, kanaatimizce çok hatalı bir şekilde şu gerekçeyle bozmuştur³²: “... **Patent ve faydalı model hakkında düzenleme getiren 551 sayılı KHK.nde Türkiye’de tescil edilmemiş olan buluşların korunmayacağı yönünde bir hüküm bulunmamaktadır.** TTK.’nun haksız rekabete ilişkin 56 vd. maddelerinin varlığı karşısında mahkemenin ilk gerekçesi, hukuka uygun bir gerekçe olarak kabul edilemez”.

2007 tarihli başka bir Yargıtay kararına³³ konu olayda Rolex firmasının, Arpaş firmasına karşı açtığı davada davacı, iltibas gerekçesiyle haksız rekabet iddiasında bulunmuştur. Davalı firma ise, davacıya ait ürünlerin iltibas iddiasına konu özelliklerinin yeni ve özgün olmadığı, bu özelliklerin pek çok ünlü saat üreticileri tarafından üretilen saatlerde aynen kullanıldığı, davacı ürünlerinin 9 ila 20 kat daha pahalı olduğu için tüketicilerin farklı markalı (Rolex ve Arpaş) taraf ürünlerini karıştırmalarının düşünlenebileceği savunmasında bulunmuştur. Yerel mahkeme; “... **uyuşmazlık konusu**

²⁹ 11. HD, 28.12.1990, E. 8343, K. 8476 – Gönen **ERİŞ**: Türk Ticaret Kanunu – Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, 3. Bası, Seçkin, Ankara 2004, s. 1084-1085.

³⁰ 11. HD, 26.2.1996, E. 1996/769, K. 1996/1151 – Yayınlanmamıştır. Aynı yönde 11. HD, 26.2.1996, E. 1996/770, K. 1996/1167 – Cahit **SULUK**, Ali **ORHAN**: Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C. III: Tasarımlar, Seçkin, Ankara 2008, s. 919.

³¹ İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 18.4.2006, E. 2004/893, K. 2006/120 – Yayınlanmamıştır.

³² 11. HD, 4.3.2008, E. 2006/11131, K. 2008/2607 – Yayınlanmamıştır.

³³ 11. HD, 20.09.2007, E. 2006/2930, K. 2007/11564 – Yayınlanmamıştır.

saatlerin bilekliklerinin aynı tip olup metalik baklanın **kilitlenme sistemlerinin benzer mekanizmaya** sahip buldukları, benzer kancalı tırtıklı çerçevelerle süslandıkları, davalıya ait iki model saatin dizayn, bilezik tipi, kadranlardaki hanelerinin biçimi, kadran camının boyut ve fon çerçevelendirilmesinin davacı ürünleriyle benzerlik taşıdığı, ...” gerekçesiyle haksız rekabet iddiasını kabul etmiş, Yargıtay da bu kararı aynen onamıştır.

2006 tarihli bir kararında ise Yargıtay, tescili bulunmayan ürünün haksız rekabet hükümleriyle korunacağını kesin bir dille kabul etmiştir³⁴: “... Davacı iddiasının TTK.’nun 56. vd. maddelerinde düzenlenen haksız rekabetin önlenmesine yönelik olması nedeniyle; uyuşmazlıkta 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkındaki KHK ve 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkındaki KHK hükümlerinin uygulamaya yeri bulunmamasına, dava konusu alternatör ve ilgili parçaların ABD uyruklu C.E. Neihoff firması tarafından geliştirilip, üretildiği ve aralarındaki 15.06.1995 tarihli satış, dağıtım ve montaj anlaşması ve yine 01.06.1996 tarihli lisans sözleşmesi uyarınca söz konusu ürünlerin tek yetkili kılınan davacı Tepas Ltd. Şti. tarafından 1995 tarihinden itibaren Türkiye’de üretildiğinin ve 23.10.2002 tarihli bilirkişi raporu ile de davalının ürettiği alternatörlerin davacı ürünleri ile haksız rekabet oluşturacak şekilde taklit edildiklerinin belirlenmesine ve davalının kendi ürünlerini daha önceden geliştirip ürettiğinin ve korunması gerekli bir hak sahibi olduğunun da kanıtlanamamasına, ayrıca ihale kapsamında üretilen ve teslim edilen ürünlerin Maksam Makine San. ve Tic. A.Ş. tarafından hazırlanan teknik şartnameye uygun olması koşulunun; teknik zorunluluk gerektirmeyen ve herkesin kullanımına açık olmayan özellikler bakımından davalının haksız rekabetten kaçınma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağına ...”.

Yargıtay’a göre, bir ürün bazı özellikleri bakımından benzer olup, bazı özellikleri farklı ise, haksız rekabetin varlığı, sadece benzer özellikler yönünden kabul edilmelidir³⁵: “... Taraflara ait sobaların bir bütün halinde benzerliğinden söz edilemez ise de, fan ve rezistans bölümlerinin birbirlerine benzediği aşikârdır. Bu bölümlerin sobaların üst bölümlerinde olması teknik bir zorunluluk kabul edilebilir. Ancak, bu bölümlerin ayniyet derecesinde davalılar tarafından imal edilmesi TTK.nun 57/5 uyarınca haksız rekabet teşkil eder. Diğer bölümler için benzerlik, fonksiyonları gereği olduğundan ve esasen sistem benzerliği bulunmadığından, fan ve rezistans dışındaki bölümler için haksız rekabet bulunmadığının kabulü gerekir”.

Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay’a göre, tescilsiz sınaî ürünler emek ilkesi gereği haksız rekabet hükümleriyle korunacaktır.

B. KORUMAYA İLİŞKİN İLKELERİN BELİRLENMESİ

Yukarıda örnek olarak zikredilen kararlardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay’a göre, Türkiye’de tescili yapılmamış buluşların ve tasarımların üçüncü kişilerce kullanımını haksız rekabet teşkil eder. Ancak gerek doktrinde gerekse Yargıtay içtihatlarında korumanın şartları bakımından çok değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin derlenmesinden birtakım ilkelere varmak hiç de kolay değildir. Yine de bu görüşler ışığında aşağıda birtakım ilkeler belirlenmeye çalışılacaktır. Yargıtay içtihatlarında

³⁴ 11. HD, 31.01.2006, E. 2004/14198, K. 2006/917 – **SULUK/ORHAN**, s. 877-879.

³⁵ 11. HD, 1.3.1995, E. 1994/7381, K. 1995/1771 - **SULUK/ORHAN**, s. 912-913. Aynı yönde 11. HD, 28.2.1995, E. 1994/7383, K. 1995/1754 - **SULUK/ORHAN**, s. 913-914.

tescilsiz buluş ve tescilsiz tasarım ayırımına gidilmediği için ilkeler belirlenirken her iki konuya ilişkin kararlardan da yararlanılacaktır.

1. Ürün Sahibinin Belirlenmesi

Tescilsiz sınaî bir ürünün taklidi nedeniyle haksız rekabet hükümlerine dayanabilmesi için ürünün, davacı tarafından geliştirilmiş olması gerekir. Eğer bir ürün, haksız rekabet davasının davacısı tarafından geliştirilmemişse dava reddedilecektir. Nitekim bir olayda Yargıtay, sahibi belirlenemeyen bir tasarıma dayalı açılan haksız rekabet davasını tam da bu gerekçeyle reddetmiştir³⁶.

Tescilsiz sınaî ürünler üzerinde sınaî bir hak yoktur. Zira Türk hukukunda sözelimi, AB hukukundan farklı olarak tescilsiz tasarım koruması kabul edilmemiştir. Buna rağmen Yargıtay, tescilsiz ürünler bakımından üstün haktan ve hak sahipliğinden söz etmektedir³⁷: “...*Taraf ürünleri arasında benzerlik bulunup – bulunmadığı, benzerlik var ise teknik bir zorunluluktan kaynaklanıp kaynaklanmadığı ve benzerlik var ise üstün hakkın hangi tarafta olduğunun araştırılıp, uzman bilirkişilerce inceleme yaptırılmasından hâsıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerektiği nedeniyle hükmün davacı yararına bozulmasına karar verilmiştir./Bozmaya uyan yerel mahkemece; bozma doğrultusunda yapılan araştırma sonucunda, davacı şirketin ürettiği fırınlar ile davalı şirket fırınlarının dış görünüş, parçalar, fonksiyon ve prensip olarak ayniyete yakın benzerlikler taşıdığı gibi benzerliğin teknik bir zorunluluktan kaynaklanmadığı, üstün hakkın, önceden imalata başlayıp yurtdışından teknoloji ile transfer eden davacıda olduğu gerekçesiyle davalıların haksız rekabetlerinin tespitiyle menine ...”.*

Bu karardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay, tescilsiz sınaî ürün sahibine *üstün hak* bahsettiği için dava konusu ürünle ilgili yapılan lisans sözleşmesinden doğan hakların da üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceği sonucuna ulaşmıştır. Böylece tescilsiz sınaî ürün sahibi ve lisans sahibi, adeta tescilli bir hakkı varmış gibi yetkilerle donatılmıştır.

2. Yenilik/Özgünlük/Orijinallik

Fikri mülkiyet hukukunda yenilik, özgünlük ve orijinallik kavramları birbirinden önemli farklılıklar gösterir. Buna karşılık Yargıtay, tescilsiz bir ürünün korunması bakımından bazı kararlarında *yenilik*, bazılarında *özgünlük*, bazılarında *orijinallik* kavramına yer vermiştir. Bazı kararlarında ise bu kavramları yan yana ve birbiri yerine kullanmaktadır³⁸. Yargıtay, bu kavramların tanımını da yapmamaktadır. Kullanım şekillerine bakıldığında Yargıtay’ın bu kavramlara iki anlam yüklediği anlaşılmaktadır. *İlk olarak*, ilgili ürün, *ilk kez* bir kişi tarafından geliştirilmiştir. *İkinci olarak*, ilgili ürün taklit mahsulü değildir.

³⁶ HD, 14.11.2002, E. 2002/8869, K. 2002/10383 – SULUK/ORHAN, s. 809.

³⁷ 11. HD, 9.5.1996, E. 1996/2680, K. 1996/3230 - SULUK/ORHAN, s. 911-912.

³⁸ Bu belirsizlik öğretide de yaşanmaktadır. Nitekim öğretide konu tasarımlar bakımından incelenirken yeni ve orijinal (özgün) terimleri kullanılmıştır. Bkz. Hamdi YASAMAN: “*Sınai Resim ve Modeller*”, BATİDER, C. XII, S. 2-3/1984, s. 96-97; Ömer TEOMAN: Yaşayan Ticaret Hukuku, K. 2, s. 183. Başka bir yazar ise tanıtıcı unsurların haksız rekabet mevzuatıyla korunmasını şu şartlara bağlamaktadır: *i*) Mal veya hizmetin ayırt edilmesini sağlayan bir orijinallik, *ii*) Tanıtıcı unsurların kamuya sunulmasından itibaren var kabul edilen bir tanınmışlık, *iii*) Mal ve hizmet ile tanıtıcı unsurların estetik ve teknik olarak işlevsel ilişki içinde bulunmaması. Bkz. Saibe OKTAY (ÖZDEMİR) : Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuk Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, Beta, İstanbul 2002, s. 147.

Yargıtay bazı kararlarında tescilsiz tasarımlar bakımından mutlak (dünyada) yenilik aramıştır³⁹. Diğer bazı kararlarında ise nispi yeniliği yeterli bulmuştur⁴⁰.

Yargıtay başka bir olayda yeni ve özgün olmayan haksız rekabet iddialarının da dinlenmeyeceği sonucuna ulaşmıştır⁴¹. Diğer bir olayda ise Yargıtay koruma kriteri olarak yeniliğe vurgu yapmıştır⁴².

Yargıtay'ın, tescili yapılmamış ürünlerin haksız rekabet hükümleriyle korunacağı yönündeki kararları, HGK tarafından da aynen benimsenmiştir. Ancak HGK, yukarıdaki kararların aksine, tescili yapılmamış ürünler bakımından yeniliğin aranmayacağı görüşündedir⁴³: "... Davacı, (tescilli bir) endüstriyel tasarım hakkına tecavüz iddiasında bulunmadığına göre, böyle bir davada yenilik niteliği aranması gerekir"⁴⁴.

Önemle belirtelim ki, Yargıtay'ın anılan kavramlara ilişkin kullanım şekillerinin istikrarlı olduğu da söylenemez. Nitekim Yargıtay bir kararında anonim tasarımı dahi korumuştur⁴⁵: "TTK'nun 56'ncı maddesinde haksız rekabet, aldatıcı hareket veya iyi

³⁹ 11. HD, 12.11.2002, E. 2002/7938, K. 2002/10327 - **SULUK/ORHAN**, s. 839-840; Bkz. 11. HD, 16.4.1996, E. 1996/1905, K. 1996/2864 - **SULUK/ORHAN**, s. 806; 11. HD, 13.4.1999, E. 1998/8008, K. 1999/2775 - **SULUK/ORHAN**, s. 908-909.

⁴⁰ 11. HD, 01.06.2004, E. 2004/5538, K. 2004/6175 - **SULUK/ORHAN**, s. 836-837. Yargıtay'ın başka bir kararı da aynı ifadeleri taşımaktadır. Bkz. 11. HD, 30.05.2002, E. 2002/2440, K. 2002/5406 - **SULUK/ORHAN**, s. 837-838.

⁴¹ 11. HD, 3.10.2000, E. 2000/4318, K. 2000/7424 - **SULUK/ORHAN**, s. 840. Yargıtay'ın başka bir kararı da bu yöndedir: 11. HD, 14.1.2002, E. 2001/10647, K. 2002/13 - **SULUK/ORHAN**, s. 842-843.

⁴² 11. HD, 20.11.1987, E. 7269, K. 6440 - ERİŞ, s. 1026.

⁴³ HGK, 27.4.2005, E. 2005/11-231, K. 2005/273 - **SULUK/ORHAN**, s. 855-857. Yukarıda anılan kararların aksine, HGK kararında yeniliğin aranmayacağına dikkat çekilmektedir. Bu kararlar birbiriyle çelişmekle birlikte, bir yönüyle de örtüşmektedir. Şöyle ki, çelişmektedir; çünkü yukarıdaki kararlarda açıkça mutlak ve nispi yenilik aranmaktadır. Örtüşmektedir; çünkü gerek yukarıda anılan kararlarda gerekse HGK kararında ilgili ürünün, dünyada veya Türkiye'de ilk kez davacı tarafından geliştirilmesi aranmaktadır.

⁴⁴ Bu karar oybirliği ile çıkmamıştır. HGK üyelerinden bazıları karara muhalefet ederek haklı olarak şu şerhi düşmüşlerdir: "*Davaya konu tescilsiz tasarıma konu kumaşların, aynı özelliği haiz benzerleri için 'Türkiye'de en az elli yıldan beri kullanılagelen ve ekose olarak bilinen şekil-renk kompozisyonlarının değişik varyasyonları niteliğinde olduğu, hitap ettiği alıcı kitlesi üzerinde orijinal hiçbir etkisinin söz konusu olamayacağı' İstanbul Asliye 2. Ticaret Mahkemesinin 1998/2459 esasında görülen davada alınan 18.11.2000 günlü bilirkişi raporundan da anlaşıldığı gibi söz konusu kumaş tasarımlarının yenilik ve ayırt edici unsurları olmadığı gibi, tescilsiz dava konusu tasarımların, TTK'nun 57/5. maddesindeki uygulamadan doğan boşlukları gideren 554 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameden farklı ve avantajlı koruma hükümlerine tabi tutulmasının doğru olmayacağı bu nedenle tescilsiz kumaş tasarımlarının davalılarca üretilmesi haksız rekabet oluşturmayacaktır*".

⁴⁵ 11. HD, 20.02.2006, E. 2005/1847, K. 2006/1636 - **SULUK/ORHAN**, s. 831-832. Türk hukuk öğretisinde isabetli bir şekilde kamuya mal olmuş, yaygın olarak kullanılan bir ürünün herkesçe kullanılabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Ünal **TEKİNALP**: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 4. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2005, s. 653; Cahit **SULUK**: "*Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümüllâtif Olarak Korunması (Çoklu Koruma)*", FMR, C. I, S. 3/2001, s. 65; Ahmet **KEŞLİ**: "*Türk Hukukunda Bir Sorun: Tescil Edilmemiş ve Koruma Süresi Dolmuş Endüstriyel Ürünler ve Konuya İlişkin Bir Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi Kararının Takdimi*", FMR, C. II, S. 2/2002, s. 18; Tahir **SARAÇ**: *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve*

niyet kaidelerine aykırı sair suretlerle ekonomik rekabetin her türlü suiistimali olarak tanımlanmış olup aynı yasanın 57'nci maddesinde başlıca haksız rekabet halleri sayılmıştır. Ancak, haksız rekabet teşkil edebilecek durumlara ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir. O halde, **davalı-birleşen davanın davacısının kullandığı anonim nitelikteki perde desenli modelin karşı tarafça birebir taklit edilip edilmediği, özellikle kullanım şekline dayanarak faydalanıp faydalanılmadığı üzerinde durulması, bu yöndeki taraf kanıtlarının toplanması, bilirkişi kurulundan ek rapor alınması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken ...**".

Özetle, Yargıtay'ın yenilik/özgünlük ve orijinallikle ilgili kararları kendi içinde tutarlı olmadığı gibi, bazen bu kriterleri de aramamaktadır. İçtihat hukukundaki bu belirsizlik hukuku öngörülebilir olmaktan çıkarmaktadır.

3. Benzerliğin Teknik Zorunluluktan Kaynaklanıp Kaynaklanmadığı

Yargıtay'a göre tescilsiz sınaî ürünler haksız rekabet hükümleriyle korunmalıdır. Ancak taraf ürünlerindeki benzerliğin teknik zorunluluktan kaynaklanması halinde haksız rekabet korumasından söz edilemez⁴⁶. Başka bir deyişle, Yargıtay'a göre teknik zorunluluk olmadığı halde görünüş ve sistem benzerliği haksız rekabettir⁴⁷. Bu yöndeki başka bir karar şöyledir⁴⁸: "...*Dava konusu sobalar arasında teknik zorunluluktan kaynaklanmayan dış görünüş, renk, boyut, dizayn, kullanılan sistem ve teknik esas unsurlar bakımından ayniyete varan benzerlik olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne...*".

Yargıtay'a göre⁴⁹; "...*teknik zorunluluk olmadığı halde davalılar tarafından üretilen Malaksöz ve Dekantör makinelerinin dizayn ve çalışma sistemi açısından davacı ürünlerinden aynen taklit edilmiş olup bu durum haksız rekabet ...*" teşkil eder. Örnek olarak sunulan bu kararları çoğaltmak mümkündür.

4. İltibasın Aranıp Aranmayacağı

Yargıtay'ın iltibasa ilişkin kararları çok büyük farklılıklar göstermektedir. Bunların bazıları taban tabana zıt istikamettedir. İltibas aramaksızın tescilsiz sınaî bir ürünün taklidini tek başına haksız rekabet kabul eden kararlar olduğu gibi aksi yönde de kararlar bulunmaktadır.

Yargıtay'a göre, benzerliğe rağmen müşterilerin marka, kalite ve fiyat gibi diğer unsurları nazara alıp almadıklarına bakılarak karar verilecektir. Başka bir deyişle Yargıtay'ın bu kararına göre taraf ürünlerinin benzerliği tek başına (*per se*) haksız rekabet teşkil etmez; ayrıca iltibas da aranır⁵⁰: "... *Bu dava ihtira beratının geçerliliğinin tespitine ilişkin olmayıp TTK nun 56 ve devamı maddeleri anlamında haksız bir rekabetin bulunup bulunmadığına ilişkindir. Bu durumda bilirkişilerden her iki fırın arasında gözle görünür bir benzerlik bulunup bulunmadığı, aşikâr bir benzerlik varsa bu benzerliğin teknik bir zarurettten ileri gelip gelmediği, benzerlik teknik bir zaruretin sonucu değilse davalının imal ettiği İdeal fırınının ne sebeple davacının Matador tipi fırınına*

Hakkın Korunması, Seçkin, Ankara 2003, s. 39 dpn. 46; Ayşe **ODMAN BOZTOSUN**: "*Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi*", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. XXI, 9-10 Aralık 2005, BTHAE Yayınları, s. 216.

⁴⁶ 11. HD, 24.10.2005, E. 2004/12686, K. 2005/10213 - FMHD, C. I, S. 2/2006, s. 213-214.

⁴⁷ 11. HD, 16.10.2000, E. 2000/5107, K. 2000/7961 - **SULUK/ORHAN**, s. 906-907.

⁴⁸ 11. HD, 1.6.1995, E. 1995/3472, K. 1995/4507 - **SULUK/ORHAN**, s. 908.

⁴⁹ 11. HD, 3.12.1996, E. 1996/7985, K. 1996/8508 - **SULUK/ORHAN**, s. 918-919.

⁵⁰ 11. HD, 14.03.1989, E. 1988/5517 K. 1989/1602 - **SULUK/ORHAN**, s. 808.

benzetilmek istendiği; bu fırınların müşterileri ekme fırını işleticileri gibi belirli vasıfları haiz kimseler olmasına göre bunların sırf şekil benzerliği yüzünden **birinin yerine diğerini alıp alamayacakları, yani aldanıp aldanmayacakları; yoksa bu benzerliğe rağmen müşterilerin marka, kalite ve fiyat gibi diğer unsurları mı nazara alıp tercihte bulunacakları hakkında mütalaaları alınıp hâsıl olacak sonuç dairesinde bir hüküm kurulmalıdır. Dairemizin 22.2.1985 tarih 616-897 sayılı kararında ifadesini bulan yerleşik içtihadı da bu doğrultudadır”.**

Yargıtay başka bir kararında da isabetle şu tespiti yapmıştır⁵¹: “... Dava konusu mamullerin cins ve vasıf itibariyle alıcıları tarafından markaya önem verilerek satın alındıkları, sözü edilen mamullerde taraflara ait değişik yazı ve markalar bulunduğu, böylelikle alıcıların satın alırken olağan bir şekilde bu ayrımı yaptıklarının kabul edilmesi gerektiği hususları göz önünde tutulduğunda **ortada bir iltibastan da bahsedilemez....**”.

Bir olayda Yargıtay, dava konusu ürünün buluş ve tasarım özelliklerini iltibasa dayanarak haksız rekabetle koruyan mahalli mahkeme kararını onamıştır⁵²: “... Mahkemece, iddia ve savunmaya, toplanan delillere, bilirkişiler kurulu raporuna nazaran, davalılar tarafından üretilen ispanyoletlerin davacının lisansör firmadan sağladığı Know-How kapsamında ürettiği ispanyoletleri ile görünüm, tasarım ve mekanizma bakımından benzerlik gösterdiği ve **iltibasa sebebiyet verdiği, bu hususun haksız rekabet olup, ...**”.

Yargıtay başka bir kararında da isabetle iltibasa dikkat çekmiştir⁵³: “**Dairemiz yerleşmiş içtihatlarına göre iltibasın objektif olarak mevcudiyeti gerekli olup, iltibasın varlığından bahsedebilmek için normal ve orta seviyede bir alıcının, taklit edilmiş marka veya şekil benzerliği nedeniyle yanılma ve aldanmaya düşüp düşmeyeceği başlıca ölçü olarak kabul edilmektedir**”.

Özetle, Yargıtay anılan kararlarında isabetli bir şekilde haksız rekabetin varlığı için taklidin yeterli olmadığına, ayrıca iltibasın da aranması gerektiğine dikkat çekmiştir⁵⁴. Öğretideki ağırlıklı görüş de haksız rekabetin oluşması bakımından iltibas şartı aranmalıdır⁵⁵.

Yukarıda zikredilen kararlarında Yargıtay, açıkça iltibasa vurgu yaparak, kararlarının bu yönde istikrar kazandığına dikkat çekse de başkaca kararlarında bizce hatalı bir şekilde iltibas aramadığı görülmektedir. Yargıtay bu yöndeki kararlarında; hiçbir teknik zorunluluk olmadığı halde başkasının ürününe benzerliğin bulunmasını başlı başına haksız rekabet kabul etmektedir. Sözgelimi, iltibastan hiç söz edilmeyen bir

⁵¹ 11. HD, 20.10.1992, E. 992/4360, K. 992/10104 - **SULUK/ORHAN**, s. 715-716

⁵² 11. HD, 1.5.1995, E. 1995/3045, K. 1995/3926 - **SULUK/ORHAN**, s. 932-933.

⁵³ 11. HD, 22.2.1985, E. 1985/616, 1985/987 - **ODMAN BOZTOSUN**, s. 218

⁵⁴ Örnek olarak bkz. 11. HD, 19.1.1995, E. 1994/6093, K. 1995/186 - **SULUK/ORHAN**, s. 889; 11. HD, 09.11.2006, E. 2005/8094, K. 2006/11480 - **SULUK/ORHAN**, s. 890-891; 11. HD, 5.2.2001, E. 2000/9855, K. 2001/859 - **SULUK/ORHAN**, s. 892; 11. HD, 16.12.1999, E. 1999/8502, K. 1999/10454 - **SULUK/ORHAN**, s. 907-908; 11. HD, 4.10.2004, E. 2004/281, K. 2004/9256 - **SULUK/ORHAN**, s. 928-929; 11. HD, 25.06.2002, E. 2002/2718, K. 2002/6598 - **SULUK/ORHAN**, s. 886-887.

⁵⁵ Ömer **TEOMAN**: Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I: Hukuki Mütalaalar, Kitap: 1995-1996, Beta, İstanbul 1997, s. 10; İ. Yılmaz **ASLAN**: “Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlişkileri: Bir Mahkeme Kararı Üzerine Düşünceler”, FMR, C. I, S. 1/2001, s. 24; **SULUK/ORHAN**, s. 826; **KEŞLİ**, s. 17-18. Aksi yönde Feyzan Hayal **ŞEHİRALİ**, “Türk Hukukunda Tasarımlara Yönelik Uygulamalar”, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/> s. 13 (Son ziyaret: 11.12.2007).

kararında markalar farklı olsa bile taraflara ait ürünlerin tasarım ve fonksiyonel olarak benzeşmesi haksız rekabet sayılmıştır⁵⁶.

Yargıtay'ın bir kararında⁵⁷ da değinildiği üzere iltibas esas itibariyle tanıtmaya vasıtaları ile olur. Bunlar ya **ayırt edici ad ve işaretler** ya da **tasarımlar** şeklinde karşımıza çıkar. Açıklanan nedenlerle kural olarak buluş ve entegre devre topografyaları gibi sınai ürünler, iltibasa yol açmaz. Buluşlar bakımından, özellikle nihai kullanıcının görmesinin mümkün olmadığı özellikler yönünden iltibastan söz edilemez. Nitekim bu hususa, 6102 sayılı yeni Ticaret Kanununun 55. maddesinin gerekçesinde de işaret edilmiştir. Gerekçeye göre; i) Karıştırılma, dış görünüş (tanıtım, takdim-görünüş) ve duyuruş (ses yönünden benzerlik) anlamına gelir. ii) İç benzerlikten doğan karıştırma; elektrik devresi veya yarı iletken devre iltibasa girmez. Yine anılan gerekçeye göre; "... haksız rekabete ilişkin hükümlerin fikri mülkiyete ilişkin düzenlemelerde kümülatif uygulanması yönünden de gerekli görülmez". Yargıtay bazı kararlarında, teknik zorunluluk bulunmayan hallerde bu tür özelliklerin de haksız rekabet hükümleriyle korunacağı görüşündedir. Yargıtay, bu kararlarında haksız rekabetin oluşması için benzerliği tek başına yeterli gördüğü için haksız rekabet iddialarını kabul etmektedir.

Yargıtay'ın yeni sayılabilecek bir kararındaki konuya ilişkin değerlendirmesi şöyledir⁵⁸: "*Dava konusu modüler depo sistemleri uzun yıllar önce yurt dışında piyasaya sunulmuş ve Türkiye'de herhangi bir kişi adına tescilli tasarım niteliğinde olmadıklarına göre, ilke olarak söz konusu tescilsiz tasarımlar herkesin serbestçe kullanımına açık olup, bu tasarımların uygulandığı ürünler nedeniyle ortaya çıkan uyumsuzluklar da genel hükümlere göre çözümlenecektir. O halde, somut uyumsuzlukta da yukarıda açıklanan ilke ve TTK'nun 56. ve 57/5. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi gereklidir./Dairemizin 30.05.2002 tarih ve 2240/5406 sayılı kararında da belirtildiği üzere, ilk defa yurt dışında kamuya sunulmuş bir tasarımın belli bir süre sonra Türkiye'de kullanılması durumunda şayet, Türkiye'de bu tasarımı ilk defa kullanan kişi büyük emek ve para harcayarak bu tasarımın kullanıldığı ürünü tanıtmış ve bir başkası da sırf bu tanınmışlıktan istifadeye yönelik olarak bu tasarımı aynen kullanmaya kalkışır ise, bu davranışın haksız rekabet olduğunun kabulü gerekmektedir./Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere, haksız rekabetin varlığı için; ilk defa yurtdışında piyasaya sunulan ve Türkiye'de de herhangi bir tescilli sınai hak ile korunmayan tasarımın uygulandığı ürünün, Türkiye'de ilk kez piyasaya sunulup, büyük emek ve para harcanarak tanınmış olması yeterli olmayıp, bir başkasının bu emek ve tanınmışlıktan haksız surette yararlanmaması ve iltibasını önleyecek tedbirleri alması gereklidir./Yukarıda da açıklandığı üzere, haksız rekabetin önlenmesindeki amaç, serbest piyasa düzeninde herkesin dürüstlük kuralları içerisinde hareket etmek suretiyle rekabet kurallarına uygun olarak piyasada faaliyet göstermesi ve sonuçta; mal ve hizmetlerin nihai tüketicilerinin aldatılmasına izin verilmeksizin kaliteli mal ve hizmetlerin piyasa kurallarına göre oluşan en uygun fiyatla satışa sunulmasıdır. Bu durumda, sonradan aynı sektörde faaliyet gösteren kişiler ticari hayatta dürüstlük ilkesine uygun bir şekilde ve iltibastan kaçınmak suretiyle piyasaya mal veya hizmet ürettikleri takdirde, piyasada ilk kez üretim yapan ürünün tanınmasını sağlayan kişinin üstün hakkı bulunduğundan bahisle, sonradan faaliyete başlayan kişilerin eylemleri haksız rekabet olarak nitelendirilemez. Böyle bir üstün hakkın varlığının kabulü aynı zamanda, rekabet hukuku ilkelerine aykırı olarak piyasada o mal veya hizmetle ilgili tekel yaratılması ve serbest rekabetin*

⁵⁶ 11. HD, 25.11.1997, E. 1997/6736, K. 1997/8571 - **SULUK/ORHAN**, s. 914-915. Yargıtay'ın şu kararı da bu yöndedir: 11. HD, 3.12.1996, E. 1996/7985, K. 1996/8508 - **SULUK/ORHAN**, s. 918-919.

⁵⁷ 11. HD, 22.2.1985, E. 1985/616, K. 1985/987 - **ODMAN BOZTOSUN**, s. 218.

⁵⁸ 11. HD, 21.3.2008, E. 2008/1816, K. 2008/3687 - Yayınlanmamıştır.

ortadan kaldırılması suretiyle ekonominin sağlıklı bir biçimde gelişmesini engelleyeceğinden kabul edilemez”.

Yargıtay bu son kararına göre, tescilsiz ürünlerin haksız rekabet hükümleriyle korunacaktır. Ancak rakipler, **başkasının emek ve tanınırlığından yararlanmamak ve iltibasa karşı gerekli önlemleri almak şartıyla** tescilsiz ürünün ticaretini yapabilecektir.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Rekabet, bir tarafın sömürülmesi ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmadıkça toplum için yararlı sonuçlar doğurur. Rekabet bir haktır. Ancak bu hak, diğer haklar gibi kötüye kullanılmamalıdır. Dürüst ticari faaliyete aykırı eylemler haksız rekabet teşkil eder; haksız rekabet bir nevi iş hilesidir. Haksız rekabet, hukuk düzenince kişiye tanınan rekabet hakkının kötüye kullanılması, kanuna ve dürüstlük kurallarına aykırı hareket edilmesidir. Haksız rekabete ilişkin hükümler, kaynağını hakkaniyet düşüncesinden alan dürüstlük kuralı dikkate alınarak uygulanmalıdır.

Gerçekte haksız rekabet mevzuatı doğrudan fikri mülkiyet haklarını korumaz. Haksız rekabet mevzuatı, rekabet hakkının kötüye kullanımına ve iltibasa karşı dolaylı bir koruma sağlar.

Bilindiği üzere fikri mülkiyet hakları bakımından genel olarak kümülatif koruma ilkesi kabul edilmektedir⁵⁹. Ancak bazen gri alanlar oluşabilir ve somut olayda hiçbir fikri mülkiyet hakkı bulunmayabilir. İşte bu tür gri alanların haksız rekabet hükümleriyle korunup korunmayacağı konusunda farklı yaklaşımlar vardır. Bir yaklaşıma göre bu tür boşluklar haksız rekabet hükümleriyle doldurulmalıdır. Aksi halde paraziter rekabet (*parasitic competition*) devreye girer ve bu durum, haksız kazanç sağlamaya yol açar. Diğer bir yaklaşıma göre ise, ticari sır ve iltibas gibi ayırık durumlar bir tarafa bırakılırsa fikri mülkiyet koruması olmayan alanlar serbest rekabet alanlarıdır. Aşağıda açıklayacağımız gerekçelerle biz ikinci yaklaşımın daha isabetli olduğunu kanaatindeyiz.

Fikri mülkiyet mevzuatı ile haksız rekabet mevzuatı arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi vardır⁶⁰. Bu ilişkide özel kanun önce uygulanır. Eğer özel kanun, konusunu eksiksiz olarak düzenlemişse ve genel kanuna göre daha kapsamlı ve üstün koruma sağlıyorsa, genel kanunu bertaraf eder. Ayrıca özel kanunla getirilen sınırlamalar, genel kanuna dayanılarak bertaraf edilemez. Yani, özel kanun bir konuda sınırlama öngörerek korumayı esirgemişse, artık genel kanuna dayanılarak o korumadan yararlanılamaz. Özel kanunda yer alan boşluklar, ancak özel kanunun amacına uygun olması şartıyla genel kanuna dayanılarak doldurulabilir⁶¹.

Diğer yandan hak sahibi, kural olarak şartları varsa fikri mülkiyet mevzuatının yanında haksız rekabet hükümlerine de dayanabilir. Yani haksız rekabet hükümleri, fikri mülkiyete ilişkin *sui generis* düzenlemelerin yanında, ikinci derecede değil; gereğinde ve şartları varsa doğrudan ve birinci derecede uygulanır. Zira korumanın dayandığı ilkeler birbirinden farklıdır⁶². Gerçekten bu iki koruma modelinin kümülasyonu koruma tiplerinin nitelik farkından dolayı doğaldır.

Bununla birlikte kümülatif koruma ilkesi uygulanırken genel hüküm-özel hüküm ilişkisi dikkate alınmalıdır. Sözgelimi, somut olayda bir fikri mülkiyet koruması

⁵⁹ Geniş bilgi için bkz. **DERCLAYE/LEISTNER**, s. 1 vd.

⁶⁰ Dilek **CENGİZ**: Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, Beta, İstanbul 1995, s. 51-52; Sabih **ARKAN**: Marka Hukuku, C. II, AÜHF Yay., Ankara 1998, s. 225; **SARAÇ**, s. 218.

⁶¹ **CENGİZ**, s. 52; **SARAÇ**, s. 218.

⁶² **TEKİNALP**, s. 36; **SARAÇ**, s. 219; **DERCLAYE/LEISTNER**, s. 305.

olmamasına rağmen iltibas varsa haksız rekabet gerçekleşmiştir. Haksız rekabet uygulamasında önemli olan, başkasının ürününe *benzetme eyleminin kendisi değil, eylemin nasıl gerçekleştirildiğidir*⁶³. Emek ilkesinden hareketle taklit eylemi, tek başına (*per se*) haksız rekabet olarak nitelendirilemez⁶⁴. Aksi halde haksız rekabet koruması, fikri mülkiyet korumasına bir alternatif olarak ortaya çıkar ve bu korumayı işlevsiz ve anlamsız hale getirir⁶⁵. Bu bağlamda özgün vasıf üzerindeki fikri mülkiyet koruması sona ermesine veya tescil yapılmadığı için koruma hiç başlamamasına rağmen, bu özgün vasfın korunması için haksız rekabet kurallarına dayanılabilmesi, hakkın süreye bağlı olma ilkesiyle açıkça çelişir⁶⁶. İltibasın varlığı bu duruma istisna teşkil eder⁶⁷. Bu bağlamda Türk Yargıtay'ı, modern patent sistemini ve hukuk kuralları arasındaki yukarıda sözü edilen ilişkiyi dikkate almaksızın kararlar vermektedir. Tescilsiz ürünlerin haksız rekabet hükümleriyle korunacağını benimseyen Yargıtay, hukukun genel prensiplerine uygun bir içtihat geliştirememiştir⁶⁸. Yargıtay'ın uygulaması bireysel menfaatleri toplum menfaatine tercih etmek anlamına gelir. Bu uygulama toplumun sömürülmesine neden olur. Oysa TRIPS'in 7. maddesinde de dikkat çekildiği üzere; "*Fikri mülkiyet haklarının korunması ve uyulamaya konulması, teknolojik yeniliklerin ilerlemesine ve teknolojinin transferi ve yayılmasına, teknolojik bilgilerin üreticilerin ve kullanıcıların karşılıklı çıkarlarına katkıda bulunmalı, sosyal ve ekonomik refaha, keza hak ve yükümlülüklerin dengelenmesine yardımcı olmalıdır*". PatKHK ve EndTasKHK'nın 1. maddeleri de bu görüş doğrultusunda kaleme alınmıştır. Fakat Yargıtay uygulaması bu amaca ulaşmayı önleyici mahiyettedir.

1995 tarihli PatKHK'dan ve EndTasKHK'dan önceki Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihadı modern patent ve tasarım koruması ile uyumlu değildi. Emek ilkesine dayanılarak tescilsiz buluşların ve tasarımların korunacağı yönündeki Yargıtay'ın bu içtihadında, 1995 sonrasında değişiklik beklenirdi. Zira buluş yaparak emek harcayan kişilerin bu emekleri, **sınai mülkiyet mevzuatında öngörülen şartlarla ve sürelerle sınırlı bir şekilde** zaten korunmaktadır. Başka bir deyişle uygulama, özel hüküm – genel hüküm ilişkisi gereği özel düzenlemelere öncelik tanınarak şekillendirilmeliydi. Ancak Yargıtay, yeni düzenlemelerden sonra da eski içtihadında hiçbir değişiklik yapmamıştır. Bugün ülkemizde tescilsiz buluşlar ve tasarımlar, haksız rekabet hükümleri çerçevesinde süresiz olarak korunmaktadır. Bu nedenle de **uygulamada haksız rekabet koruması, özel hükümlerle düzenlenen sınai mülkiyet haklarına bir alternatif ko-**

⁶³ Bu yönde MULLER-LAUPE, Hans Martin: Wettbewerbsrechtlicher Schutz gegen Nachahmung und Nabildung gewerblicher Erzeugnisse, ZHR 156, (1992), 481 (ŞEHİRALİ, 13'den naklen).

⁶⁴ Bu yönde ODMAN BOZTOSUN, s. 224. Karş. ŞEHİRALİ, s. 13.

⁶⁵ Bu yönde ODMAN BOZTOSUN, s. 228.

⁶⁶ TEKİNALP, s. 36.

⁶⁷ Nitekim bu ihtimal EndTasKHK'nın 22. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Belirtilen hükme göre, tescilli olan *must match* nitelikteki bir tasarım üç yıla sınırlı olarak korunur. Sürenin dolmasından sonra, ürünün kaynağı konusunda toplumu yanıltmamak, yani iltibasa yol açmak kaydıyla dileyen herkes bu özellikteki bir tasarımı kullanabilir.

⁶⁸ O kadar ki, yukarıda (dnp. 66) da belirtildiği üzere *must match* özellikteki tasarımlar üç yıl süreyle korunur. Yargıtay konuya ilişkin kararlarını emek ilkesine dayandırarak süresi dolan *must match* parça tasarımlarının kullanılmasını tek başına haksız rekabet olarak nitelendirmektedir. Örnek olarak bkz. 11. HD, 07.06.2007, E. 2006/1112, K. 2007/8653 – SULUK/ORHAN, s. 857-860; 11. HD, 01.06.2006, E. 2005/4002, K. 2006/6561 – SULUK/ORHAN, s. 859-860. Yargıtay'ın eski tarihli kararları da bu yöndedir. Bkz. 11. HD, 2.7.1996, E. 1996/4596, K. 1996/4958 – SULUK/ORHAN, s. 924-925; 11. HD, 23.6.1997, E. 1997/2514, K. 1997/4904 – SULUK/ORHAN, s. 922-923.

ruma biçimi olmuştur. Bugün itibarıyla tescilsiz sınâî ürünlerin haksız rekabet hükümleri ile tescilli ürünlere göre çok daha geniş bir korumaya sahip olduğu dahi söylenebilir. Zira tescilsiz sınâî ürünlerin haksız rekabet hükümleriyle korunması için aranan koruma kriterleri oldukça esnek olduğu gibi bir süre sınırı da yoktur.

Ticari sınırların korunması gibi ayrık durumlar ve ekstra şartlar bir tarafa bırakılırsa, çalışmamızın ilgili yerlerinde de vurguladığımız üzere tescilsiz sınâî ürünlerin haksız rekabet hükümleriyle korunması, iltibasın varlığına bağlı ve bununla sınırlı olmalıdır. Bu önerimizin birden çok nedeni vardır:

İlk olarak, emek ilkesinden hareketle fikri mülkiyet korumasına alternatif bir haksız rekabet koruması, fikri mülkiyet korumasını işlevsiz ve anlamsız hale getirecektir. Böyle bir yaklaşım, sınâî haklardaki tescil sistemini de zaafa uğratacaktır. Fikri mülkiyet hakları ve koruma kapsamına ilişkin ilkeler mevzuatta belirlenmiştir. Buna karşılık haksız rekabet mevzuatı, torba hükümler olarak uygulanmakta ve mahkemeler, taraf ürünlerinde bir benzerlik gördüklerinde derhal haksız rekabet hükümlerini devreye sokmaktadırlar. Başka bir deyişle, ucu açık ve sınırları belirsiz haksız rekabet koruması, fikri mülkiyet sisteminin altını oymakta ve bu korumayı zayıflatmaktadır. En azından Türk hukuk pratiği açısından bu tespitimizi doğrulayan uygulamalar yaşanmaktadır⁶⁹.

İkinci olarak, koruma açısından gri alan bırakmayalım düşüncesiyle fikri mülkiyet koruması yanında bir de taklide karşı haksız rekabet korumasına yer verilmesi, uygulamada üçüncü kişilerin serbest rekabet alanlarını sınırlayacaktır. Bu durum, üçüncü kişilerin *hukuk güvenliği*ni de tehdit edecektir. Somut olaydan hareket eden ve ilkeleri bir tarafa bırakan mahkemelerin, her bir somut olayda hangi yönde karar verebileceğini kestirmek genellikle mümkün olmamaktadır. Bu tespitimiz, özellikle hukuk işçiliğinin zayıf olduğu ülkeler bakımından geçerlidir. Nitekim yukarıda metni verilen Yargıtay kararlarından da anlaşılacağı üzere bugün Türkiye’de tescilsiz sınâî ürünler bakımından *hukuk öngörülebilir olmaktan çıkmıştır*. 6100 Sayılı yeni Ticaret Kanunu hazırlayanlar bu durumun farkında olmalı ki, 55. maddenin gerekçesinde, iltibası bir tarafa bırakarak; “... *haksız rekabete ilişkin hükümlerin fikri mülkiyete ilişkin düzenlemelerde kümülatif uygulanması yönünden de gerekli görülmez*” ifadesine yer vermişlerdir. Bu gerekçeyi de dikkate alarak Yargıtay’ın içtihat değişikliğine gideceğini ümit etmekteyiz. Aksi halde Türkiye’de modern bir sınâî mülkiyet sisteminin işlevsel hale getirilmesi mümkün olmayacaktır.

Üçüncü olarak, her bir fikri mülkiyet hakkı, çıkarları dengeleyici bir şekilde koruma sağlar. Haksız rekabet koruması ise, bir yandan rekabetin kötüye kullanılmasına önlerken diğer yandan serbest rekabeti garanti altına alır. İşte hem fikri mülkiyet hem de haksız rekabet kurallarının bu hedefleri dikkate alınarak, haksız rekabet korumasının sınırları belirlenmelidir. Başta Türk hukuk uygulaması olmak üzere bazı Kara Avrupası

⁶⁹ Bu durumun farkında olan avukatlar, dayanabilecekleri bir patent olmasına rağmen patent hakkına dayanmamakta; bunun yerine *emek ilkesinden* hareketle haksız rekabet davası açmaktadır. Nitekim İstanbul 13. Ticaret Mahkemesinin 2009/34 Esasında kayıtlı dosyada kendi makinesinin taklit edildiğini iddia eden ve Türkiye’de de tescilli bir Avrupa Patentinin sahibi olan davacı, haksız rekabet hükümlerine dayanmak suretiyle tedbir kararı almıştır. Davacı taraf, bilinçli bir şekilde patentine dayanmamıştır. Dosyaya ibraz edilen bilirkişi raporunda şu ifade yer almaktadır: “*tescilsiz patent üzerindeki haklar, aynen tescilsiz marka ve endüstriyel tasarımlar üzerindeki haklarda olduğu üzere, hukukun genel hükümleri (haksız rekabet) çerçevesinde koruma sağlamaktadır*” (vurgular aslında yoktur). Diğer yandan fikri mülkiyet alanında uzman avukatlar müvekkillerine tasarımların tescil edilmemesini tavsiye etmeye başlamışlardır. Bunun nedeni; nasıl olsa haksız rekabet hükümleri ile tasarımlara en geniş anlamıyla koruma sağlanıyor olmasıdır.

hukuklarında pergelin ucunun yerinde durmadığı, buna bağlı olarak da çizilen açının şaştığı kanaatindeyim.

Son olarak, yasa koyucunun özel olarak düzenleyerek fikri mülkiyet hakkı oluşturmadığı bir konuda sübjektif koruma da yoktur. Bu alan serbest bir alan olup, ticari espionaj ve iltibas gibi ekstra olgularla rekabet suiistimal edilmediği sürece herkes bu alanda gemisini yüzdürebilmelidir. Karışıklığa yol açılmadığı sürece körü körüne taklit (*slavish imitation*) de dâhil olmak üzere artık üçüncü kişilerin rekabeti, haksız rekabet hükümleri ile sınırlanmamalıdır⁷⁰. Bu bağlamda gri alandaki boşluğu doldurmak ile serbest rekabet arasında tercih yaparken fayda - maliyet analizinde biz serbest rekabetin daha avantajlı olduğunu düşünüyoruz. En azından Türkiye'deki korumaya modeli bizi bu sonuca götürmektedir.

⁷⁰ *Körü körüne taklit* olmasına rağmen, uygun bir markalama (*appropriate labelling*) ile karışıklık önlenilecektir. Örnek olarak bkz. BGH GRUR 2005, 349, 352. Lego Kararında da BGH, karışıklığın önlendiğini gerekçe göstererek haksız rekabet iddiasını reddetmiştir. Bkz. **GRUR** 2007, 795. İtalyan Corte di Cassazione'un da Lego Kararı aynı yöndedir. Bkz. Corte di Cassazione, 28 February 2008, No. 5437 (Ohly, s. 108'den naklen).

**№ 6102 SAYILI TTK’NUN HAKSIZ REKABETE DAİR
DÜZENLEMELERİNİN AMACI VE KORUDUĞU MENFAATLER
ÇERÇEVESİNDE DÜRÜST VE BOZULMAMIŞ REKABET KAVRAMI**

Yrd. Doç. Dr. Şirin GÜVEN*

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) haksız rekabete dair hükümleri (TTK m. 54vd.), 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu’ndan esinlenilerek kaleme alınmıştır. Buna göre, haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı, bütün katılanların lehine dürüst ve bozulmamış rekabetin temin edilmesidir. "Bütün katılanlar"dan, rekabet oyununa doğrudan ya da dolaylı olarak katılan herkesin haksız rekabet hükümlerinin sağladığı korumanın süjesi olarak kabul edilmesi ve böylece haksız rekabet hükümlerinin rakipler arası ilişkilere özgülenmemesi gerektiği anlaşılmalıdır. Korunan menfaatler ise, piyasaya katılan herkesin ve toplumun, işleyen bir rekabetin ayakta tutulmasından dolayı sağlayacağı menfaatlerdir. "Dürüst ve bozulmamış rekabet" kavramları ise, korumanın konusu olup; genel ilkeyi ortaya koymakta, rekabetin niteliğini belirtmekte ve hukuken tanımlanabilir bir rekabeti vurgulamaktadır. Somutlaştırmak gerekirse, dürüstlük ilkesine aykırı ve rekabete karşı olarak ya da rekabetten beklenen olumlu sonuçların elde edilmesini, özellikle de rekabetin işlerliğini engellemek için yapılan her davranış, haksız rekabet olarak nitelendirilecektir.

Anahtar kelimeler: Haksız rekabet, 6102 sayılı TTK, dürüst rekabet, bozulmamış rekabet, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu.

ABSTRACT

The provisions with regard to unfair competition of Turkish Commercial Code numbered 6102 are written out with the inspiration from Swiss Federal Code Against Unfair Competition from 1986. The aim of these provisions is, in the favour of all participants, to ensure a fair and undistorted competition. By "all participants" is meant, anyone who directly or indirectly participates in competition shall be considered as a subject of protection by these provisions and so they shall not be dedicated to the relations between rivals. The benefits of anyone who is involved in the market and the community, that will derive from the maintenance of a functional competition are protected. By "fair and undistorted competition", which is the object of protection, the general principle is laid out and it expresses the quality of competition and emphasizes a descriptive competition. To concretize, every act made against fairness principle and against competition or in order to prevent the positive results of competition, in particular the functioning of it shall be deemed as unfair competition.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, siringuven1975@gmail.com, sguven@cankaya.edu.tr

Keywords: *unfair competition, Turkish Commercial Code numbered 6102, fair competition, undistorted competition, Swiss Federal Code Against Unfair Competition.*

I. GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 6762 sayılı ETK'ndan farklı olarak haksız rekabete dair hükümlerin amacını "*bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin temini*" şeklinde ortaya koyan ve bu amaç doğrultusunda haksız rekabet eylemlerinin tespitinde "*iktisadi rekabetin kötüye kullanılması*"ndan daha geniş bir ölçüt olarak "*pazara katılanlar arasındaki rekabet ilişkilerinin etkilenmesi*"ni esas alan yeni bir hüküm getirilmiştir (m. 54, fıkra I ve II). Haksız rekabet düzenlemelerinin sadece rakiplerin değil, tüketicinin ve kamunun da menfaatlerini koruduğuna dair yaklaşımı yansıtan bu yeni hükümler ile haksız rekabet oluşturan örnekler listesi de genişletilmiştir (m. 55). Çalışmamızda, haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin amacını ve kapsamını ortaya koyan m. 54 çerçevesinde "*dürüst ve bozulmamış rekabet*" kavramını somutlaştırmaya ve ETK ile 6102 sayılı TTK'nın haksız rekabeti düzenleyen hükümleri arasındaki farklılıkları tespit etmeye çalışacağız. Bu amaçla, kaynak İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'na ve her ne kadar düzenlemelerimize esas alınmasıyla birlikte, müktesebatına uyum ile yükümlü bulunduğumuz AB'nin üyelerinden birisi olan Almanya Haksız Rekabet Kanunu'nun da konuyla sınırlı olan hükümlerine değinilmiştir.

II. Kanunun Amacı: Dürüst ve Bozulmamış Rekabetin Korunması

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 54'üncü maddesinin birinci fıkrasında, "Haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı, bütün katılanların lehine dürüst ve bozulmamış rekabetin temin edilmesidir" ifadesi yer almaktadır¹. Metinden de anlaşılacağı üzere hüküm, haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacını ve koruduğu sùjeleri düzenlemektedir. Korumanın amacını ve sùjelerini Kanun'da açıkça ifade etmek suretiyle kanun koyucu, haksız rekabete ilişkin hükümlerin işlevsel niteliğini (işlevini) vurgulamak istemiştir².

Söyle ki; amaç maddesi ile, haksız rekabetle ilgili tüm kurallar iki sütun üzerine oturtulmuştur. Birincisi, "*bütün katılanlar*"; ikincisi, "*dürüst ve bozulmamış rekabet*" kurumudur. Maddenin gerekçesinde, "*bütün katılanlar*" ibaresi ile rekabet hukukunun ünlü üçlüsünün yani, genel kapsamda ülke ekonomisinin, tüketicilerin ve toplumun kastedildiği ifade edilmiştir³. Hükümün karşılığı olan 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 1. maddesinin gerekçesinde de, kavramın özellikle geniş yorumlanması, rekabet oyununa doğrudan ya da dolaylı olarak katılan herkesin haksız rekabet hükümlerinin sağladığı korumanın sùjesi olarak kabul edilmesi ve böylece haksız rekabet hükümlerinin rakipler arası ilişkilere özgülenmemesi gerektiği belirtilmiştir⁴. Ayrıca, katılanlar arasında rekabet hukukunun ünlü üçlüsü olan ekonomi, tüke-

¹ Karşılığı olan kaynak 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 1. maddesi ise şöyledir: "Kanun'un amacı, tüm ilgili tarafların lehine dürüst ve bozulmamış rekabetin temin edilmesidir ". "Katılanlar" yerine "ilgili taraflar" ibaresi kullanılmıştır. Maddenin gerekçesi için bkz. Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83.038, s. 1069.

² Bkz. TTK m. 54/I gerekçesi.

³ TTK m. 54/I gerekçesi.

⁴ Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83.038, s. 1091 vd.; aynı yönde görüş için bkz. MARTIN-ACHARD, E.: La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale, Lausanne 1988, s. 35; MARTIN-ACHARD, E.: 'Les

tici ve topluma yer verilmiş olmasının ve her üçünün de eş değerde korunmasının, *Kanun'un üç boyutlu (trimensialité) özelliğini* ortaya koyduğu vurgulanmıştır (TTK m. 54, f.1'in gerekçesi)⁵. Böylelikle, haksız rekabet kurallarının, sadece rakipleri değil, aynı zamanda rekabet oyununa dahil olan diğer ilgilileri ve bu arada tüketicileri de koruyucu nitelikte olduğunu kabul eden yaklaşım (*haksız rekabetin sosyal yönü*) Kanun'a da yansıtılmıştır. Nitekim, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 55'inci maddesinde yer alan karşılaştırmalı reklamlar, tuzak fiyat uygulamaları, promosyonlu satışlar, yarışmalar, çekilişler, saldırgan satış yöntemleri ve reklamlar, örtülü reklamlar, bu yaklaşımla değerlendirilen haksız rekabet örnekleridir.

Korunan menfaatler, piyasaya katılan herkesin ve toplumun, işleyen bir rekabetin ayakta tutulmasından dolayı sağlayacağı menfaatlerdir⁶. Bunlar, alıcıların ve satıcıların, en iyi şekilde iş görmelerini, alıcıların (özellikle tüketicilerin) ürünlerin sağlıklı bir şekilde karşılaştırmasını yapabilmelerini, piyasada mevcut olan ürünlerden ihtiyaçlarına en uygun olanını kolayca ve bilinçli bir şekilde seçebilmelerini sağlayacak şeffaf bir pazarın var olmasından⁷, piyasaya katılan herkesin, aralarında bir rekabet ilişkisi bulunmaksızın, rekabete yapılan haksız müdahalelerden korunmasından elde edecekleri menfaatlerdir⁸.

2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda da, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'na benzer şekilde amaç maddesine yer verilmiştir (1'inci paragraf). Buna göre, 'Kanunun amacı; haksız rekabet eylemlerine karşı, hem rakipleri, tüketicileri ve piyasaya katılan diğer ilgilileri korumak, hem kamunun rekabetin bozulmamasındaki menfaatini gözetmektir'. Dolayısıyla, tıpkı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda olduğu gibi, 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda da korumanın amacı, sükeleri ve korunan menfaatler açıkça kaleme alınmış ve bu üç grubun menfaatlerinin aynı düzey ve kapsamda korunacağı ifade edilmiş⁹ olmakla birlikte, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak, 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu, korumanın sükelerini, yoruma yer bırakmaksızın, tek tek saymıştır. Böylelikle, kanun koyucu, artık tüketicilerin 1909 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda ele alındığı gibi yansıma yoluyla değil, diğer sükelerle birlikte aynı düzeyde ve kapsamda korunacağı konusuna açıklık getirmiştir¹⁰.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun amaç maddesinin ikinci ayağı olan "*dürüst ve bozulmamış rekabet*" kavramları ise, korumanın konusu olup; genel ilkeyi ortaya koymakta, rekabetin niteliğini belirtmekte ve hukuken tanımlanabilir bir rekabeti vurgulamaktadır¹¹. Bu kavramların ne anlama geldiği hususunda İsviçre öğretisinde *Troller* öncelikle rekabetin saf, berrak olması, bozulmaması ve kanun koyucunun belirlediği amaca göre ve genel hüküm ve onu tamamlayan özel hükümlere uygun biçimde

Principes Généraux de la Nouvelle Loi', La nouvelle loi contre la concurrence déloyale, Travaux de la journée d'étude organisée par le Centre du droit de l'entreprise le 10 Mars 1988 à l'Université de Lausanne, Lausanne 1988, s. 11.

⁵ 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 1. maddesinin gerekçesi için bkz. Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83.038, s. 1091vd.

⁶ BERGER, M.: Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, Thèse, Zurich 1998, s. 143.

⁷ Nitekim, Kanun'da yer alan birçok haksız rekabet hali (karşılaştırmalı reklamlar, tuzak fiyatla satış, ikramiyeli satışlar, vs.) bu yaklaşımla düzenlenmiştir.

⁸ BERGER, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 144.

⁹ ARKAN, S.: "Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar", Batider 2004, C. XXII, S. 4, s. 6.

¹⁰ ARKAN, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 6.

¹¹ Bkz. TTK m. 54 gerekçesi.

işlemesi gerektiğini ifade etmiştir. *Dürüst rekabet (lauteren Wettbewerb)* kavramı ile ilgili olarak yazar, «*lauter*» sıfatının, saf, berrak anlamına da geldiğini, bu durumda edimin üçüncü kişiler tarafından kolaylıkla anlaşıldığı durumlarda dürüst rekabetten söz edileceğini, ancak kelimenin bu anlamının, Almanca kaleme alınan Kanun'u Fransızcaya tercüme edenler tarafından ihmâl edildiğini ve doğrudan dürüstlük kurallarının ihlâli ile eş anlamlı olan "*déloyal*" sıfatının kullanıldığını ifade etmiştir¹². Dolayısıyla, "*dürüst rekabet*" ile kastedilen, saf, geniş anlamda kurallara (hukuka, dürüstlük kurallarına, centilmenliğe) uygun rekabettir¹³. Yazar, *bozulmamış rekabet (unverfälscht Wettbewerb, la concurrence non fausée, authentique)* kavramını da, *dürüst rekabet (lauteren Wettbewerb)* kavramına benzer şekilde, edimin, sağlayıcının ifade ettiği ve gösterdiği kadarıyla, tüketicinin beklentilerine hitap ettiği rekabet¹⁴ şeklinde tanımlamıştır. Dolayısıyla "*bozulmamış rekabet*", güven duyulan, hilesiz rekabet anlamına gelmektedir¹⁵.

Nitekim, İsviçre öğretisinde, kanun koyucunun, "dürüst" ve "bozulmamış" ifadelerini eş anlamlı olarak¹⁶, aslında Kanun'a işlevsel bir nitelik kazandırmak amacıyla kullandığı, 1986 tarihli Haksız Rekabete Karşı Kanun'un 1'inci maddesinde yer alan dürüst rekabet kavramının alanının, klasik ticarî ahlâk kurallarına dayanırken; bozulmamış rekabet teriminin, rekabetin işleyişini ve mevcudiyetini korumayı amaçladığının söylenemeyeceği¹⁷ de ileri sürülmüştür. Böylelikle, eskisi gibi, sadece iktisadî rekabetin dürüstlük kurallarının ihlâli ile kötüye kullanılmasının engellenmesi değil; genel olarak dürüst ve gerçek rekabetin temini amaçlanmıştır.

Bu çerçevede, dürüstlük kurallarına uygun hareket edilip edilmediğinin tespiti, ticarî ahlâkın ve iktisadî rekabetin tam işlev görebilmesini sağlayan kuralların ihlâl edilip edilmediğinin araştırılması gerekir¹⁸. Kendisinden beklenen işlev ve görevleri yerine getiren bir ekonomik düzenden söz edebilmek için, iktisadî rekabete katılan her şahsın (rakip, tüketici), dürüst, serbest rekabet kurumunun işlemekte olduğuna dair haklı güveninin boşa çıkmaması gerekir. Başka bir anlatımla, iktisadî rekabete katılan her şahıs, iktisadî ilişkiler yumağıyla örülü bu topluluğa bağlı kalındığına ve dürüst ve hileli olmayan rekabetin işleyişini sekteye uğratabacak davranışlardan kaçınıldığına dair güveni boşa çıkartmayacak şekilde davranmalıdır. Dürüstlük ilkesine aykırı ve rekabete karşı olarak ya da rekabetten beklenen olumlu sonuçların elde edilmesini, özellikle de rekabetin işlerliğini engellemek için yapılan her davranış, haksız rekabet olarak nitelendirilecektir¹⁹. *Troller*, rakibin, edimini sunmasında ve ifasında engellenmediği, diğer yandan tüketicinin, kötülemede olduğu gibi, hukuka aykırı fiillerle bu sunumu kabul etmekte cesaretinin kırılmadığı ya da engellenmediği takdirde *işleyen rekabet (funktionierend Wettbewerb, la concurrence fonctionnelle)*'ten söz edileceğini ileri

¹² **TROLLER**, A.: Immaterialgüterrecht, s. 907 vd. (**MARTIN-ACHARD**, La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale, s. 34'den naklen).

¹³ Aynı yönde bkz. TTK m. 54/I gerekçesi.

¹⁴ **TROLLER**, Immaterialgüterrecht, s. 907 vd. (**MARTIN-ACHARD**, La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale, s. 35'den naklen).

¹⁵ TTK m. 54/I gerekçesi.

¹⁶ **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 143.

¹⁷ **BAUDENBACHER**, C.: 'Schwerpunkte der schweizerischen UWG-Reform', Das UWG auf Neuer Grundlage, Bern 1999, s. 17.

¹⁸ **ŞENOCAK**, K.: "Haksız Rekabet Açısından Boykot", Batider 2009, C. 25, S. 1, s. 86.

¹⁹ Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83.038, s. 1068.

sürmüştür²⁰. Dolayısıyla yazar, rekabetin işlediğinden söz edebilmek için, rakiplerin ekonomik faaliyette bulunma serbestileri ile tüketicilerin karar alma serbestilerinin mevcut olmasına ve bu serbestilerinin korunmasına dikkat çekmiştir.

David²¹ ise, rekabetin işlerliğini sağlamak için pazara katılanların uyması gereken dört davranış kuralı bulunduğunu; bunların, emeğe dayalı rekabet ilkesi (*Leistungswettbewerb*), piyasada doğruluğun ve açıklığın sağlanması ilkesi (*Wahrheit und Klarheit im Auftreten am Markt*), alıcının (müşterinin) kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesi (*Achtung vor der Persönlichkeit des Abnehmers*) ve toplumun rekabetin sağlıklı işlemindeki yararının gözetilmesi ilkesi (*Wahrung der Interessen der Allgemeinheit*) olduğunu ifade ederek, dürüstlük kuralları kavramının amaç maddesi ile birlikte rekabetin işleyişine yönelik olarak nasıl somutlaştırılması gerektiğine açıklık getirmiştir.

Bunlardan emeğe dayalı rekabet ilkesi ile, rekabetin, kişinin rakiplerinin rekabet etme, ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğünü ihlâl etmeden, kendi çaba ve emeğine dayanması gerektiği; başkasını kötülemek, karalamak, başkasının çaba ve emeğinden yararlanmaya çalışmak suretiyle rekabet yapılmasının haksız rekabet sayılacağı ifade edilmektedir. Bu ilkenin, tüm haksız rekabet eylemlerini açıklamak konusunda yetersiz kalması nedeniyle uygulama alanı oldukça daralmıştır²². Özellikle, toplumun da rekabet düzeninin sağlıklı bir şekilde işleminde yararı bulunduğu düşüncesinden hareketle, rekabet hakkının bu yararı gözetecek bir tarzda kullanılması²³ ve 1960'lı yıllardan itibaren tüketicinin korunması kavramının gelişmesi ile birlikte piyasada

²⁰ **TROLLER**, Immaterialgüterrecht, s. 907 vd. (**MARTIN-ACHARD**, La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale, s. 36'dan naklen).

²¹ **DAVID**, L.: Wettbewerbsrecht, 1997, § 59 (**ARN**, R.: La publicité choquante, Vers une nouvelle dimension du droit de la concurrence déloyale?, Etude des droits allemand, finlandais, norvégien, français et suisse, Lausanne 2001, s. 265'den naklen).

²² Emek ilkesi, haksız rekabet hukukuna ahlâki bir prensip getirmiş olmakla birlikte, bütün haksız rekabet hallerini bu prensip ile açıklamak mümkün olmayabilir. Örneğin, fiyatların düşürülmesi, bir hakkın ihlaline dayanmadıkça ve bir rakibi doğrudan dışarda bırakmayı hedeflemediği sürece hukuka uygundur. Martin-Achard, bu ilkenin açık olmadığını ve rekabetin haklı ya da haksız olduğuna karar vermek bakımından bu ilkeye başvurmanın pek mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Yazar, bu ilkenin, rakiplerin emeklerini karşılaştırmak konusunda, her zaman karşılaştıracak iki emeğin olmaması ya da mutlak bir karşılaştırma ölçütü olmaması nedeniyle, her zaman elverişli olmayacağını ifade etmektedir. Yazar, müşterilerin seçiminin, subjektif olduğu kadar objektif nedenlere de dayandığı ve bir rakibin başarısının çoğu zaman yaptığı reklamdan, kişisel koşullardan, fırsatlardan, tarzdan olduğu kadar malın ya da hizmetin kalitesinden de ileri geldiğini belirtmektedir. Dolayısıyla, emek ilkesi, her haksız rekabet fiili için geçerli olabilecek bir ölçüt değildir ve olmamalıdır. Bununla birlikte, hakime, haklı rekabeti haksız rekabetten ayırması açısından birçok durumda (özellikle parazit rekabetin sözkonusu olduğu haller) faydalı olabilir, **MARTIN-ACHARD**, E.: "La notion de la concurrence déloyale", JdT 1977, s. 44-45; aynı görüşte bkz. **WAGEN**, G.: La théorie des droits de la personnalité et la notion de concurrence déloyale, Étude de droit suisse, Thèse, Lausanne 1952, s. 98-99; **KARAYALÇIN**, Y.: Ticaret Hukuku I. Giriş-Ticarî İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968, s. 455; emek ilkesine yönelik diğer eleştiriler için bkz. **PERRIN**, A.: La concurrence économique, selon les dispositions civiles de la loi fédérale sur la concurrence déloyale, du 30 septembre 1943, Thèse, Lausanne 1960, s. 111-114; öte yandan emek ilkesi, Alman hukukunda engellemeye dayalı rekabet (*Behinderungswettbewerb*) eylemlerinin haksızlığının tayininde de kullanılarak geçerliliğini sürdürmüştür, bkz. **GÜVEN**, Ş.: Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2011, 3. Bölüm/VII. S. 114 vd.

²³ **ARKAN**, S.: Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2004, s. 297; **KUBİLAY**, H.: "Ticarî İşlemlerde Rüşvet ve Yolsuzluk, Haksız Rekabet", Prof.Dr.Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 550.

doğruluk ve açıklık (şeffaflık) ilkelerinin (özellikle iltibas, karşılaştırmalı reklam uygulamalarında), eylemin dürüstlük kurallarına uygun olup olmadığının belirlenmesinde öne çıkması neticesinde, emeğe dayalı rekabet ilkesi geçerliliğini yitirmiştir. Nihayet, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun Gerekeşi'nde kanun koyucu, bundan böyle, haklı-haksız rekabet ayrımının iş ahlâki kıstaslarından bağımsız olarak, rekabetin iyi işlediği bir sistemden beklenen sonuçlara göre tayin edilecek olmasından hareketle, artık emek ilkesine itibar edilemeyeceğini ifade etmiştir²⁴.

Piyasada doğruluğun sağlanması ilkesinden anlaşılması gereken, üretilen mal ve hizmetin, reklamlar yoluyla yaratılan beklentilere cevap verecek düzeyde olmasıdır²⁵. Piyasada açıklığın sağlanması ise, pazardaki farklı tekliflerin şeffaf olması; tüketicinin, satın aldığı malların değerini ve niteliklerini dikkate alabilmesi, farklı rakipler tarafından yapılan teklifleri objektif olarak karşılaştırabilmesi; bu teklifler üzerinde seçimini özgürce ve bilinçli olarak yapmasına imkân verecek genel bir fikre sahip olabilmesi anlamına gelmektedir²⁶. Dolayısıyla, bu ilkeyi ihlâl eden uygulamalar, haksız rekabet sayılmaktadır. Aldatıcı reklam, karşılaştırmalı reklam, örtülü (gizli) reklam, bu ilkedен hareketle yasaklanmıştır²⁷.

Bir diğer ilke, alıcının (özellikle tüketicinin) kişiliğine saygı gösterilmesidir. Daha somut bir ifadeyle, satıcı, ticaret yaparken alıcıyı sarsıcı ya da taciz eden davranış ya da yöntemlerden kaçınmalıdır. Bu anlamda, saldırgan satış yöntemleri ve reklamlar, kasten alıcı aleyhine genel işlem şartları kullanılması, korku salan reklamlarla panik havası yaratılarak tüketicileri düşünmeden mal veya hizmet ürünü satın almaya şevk edilmesi, alıcının kumar eğiliminden faydalanılması, haksız rekabet teşkil edecektir²⁸.

Nihayet, toplumun rekabetin sağlıklı işlemindeki yararının korunması düşüncesiyle bağdaşmayan davranışlar da, rekabet hakkının kötüye kullanımı oluşturabilir. Toplumun çıkarları, değişik üreticiler tarafından piyasaya değişik tür malların sürülmesinden, mallara ulaşabilmek için yeterli satış noktalarının bulunmasından yanadır. Dolayısıyla, kısa veya uzun vadede, piyasaya mal arz eden işletmelerin sayısında ya da bunlar tarafından üretilen mal türlerinde azalmaya neden olacak her türlü ticarî uygulama, yöntem ya da davranışın (rakip işletmeleri piyasadan silmek ya da zayıf duruma düşürmek amacıyla maliyet fiyatının altında fiyatla sistematik olarak satış yapılması, benzer mal/hizmet için farklı satış koşullarının uygulanması, ayrımcılık yapılması, bazı boykot uygulamaları) da, haksız rekabet teşkil edeceği kabul edilmektedir²⁹. Ayrıca, pazarın şeffaf olması ilkesine aykırı eylemler de, tuzak fiyat hariç³⁰, İsviçre hukukundan farklı olarak, Alman hukukunda toplumun rekabetin sağlıklı işlemindeki yararının korunması başlığı altında değerlendirilmektedir. İsviçre hukukunda ise, bu uygulamalar aldatma kapsamında ele alınmaktadır³¹.

Öte yandan, İsviçre öğretisinde, haklı rekabet-haksız rekabet ayrımının, rekabetin iyi işlediği bir sistemden beklenen sonuçlara göre yapılmasının, 1986 tarihli İsviçre

²⁴ Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83.038, s. 1069-1070.

²⁵ DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, § 59 (ARN, s. 265'den naklen).

²⁶ TROLLER, K.: Manuel du droit suisse des biens immatériels, Tome 2, Basel 1996, s. 912; TROLLER, K.: Précis du droit suisse des biens immatériels, Basel 2001, s. 331.

²⁷ ARN, s. 266.

²⁸ ARN, s. 267.

²⁹ ARKAN, Ticarî İşletme Hukuku, s. 297.

³⁰ Tuzak fiyat, hem rakiplerin ekonomik menfaatlerine zarar vermekte ve sayılarının önemli ölçüde azalmasına yol açma tehlikesi yaratmakta hem de tüketicileri aldatma unsuru içermekte, farazi fiyatlarla onları satış yerine çekmeyi ve onlara normal fiyatlı diğer ürünleri satmayı hedeflemektedir, ARN, s. 281, dp. 989.

³¹ ARN, s. 281.

Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun amacının piyasanın düzenlenmesi olduğu anlamına gelmemesi gerektiği de ifade edilmiştir³². Troller'e göre, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu, sadece ekonomik aktörler tarafından doğru davranışın devamını hedeflemektedir. Buna karşılık, yazar, sadece Kanun'un Genel Gereğesi'ne bakıldığı vakit 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun amacının, daha ziyade, piyasanın düzenlenmesi, ekonomik etkinliğin artırılması, tüketicinin mutlak surette korunması, rekabetin iyi işlemesi suretiyle malların daha adil bir şekilde dağılımı, rakiplerin kendilerini geliştirme serbestilerinin korunması olduğu sonucuna varılacağını ileri sürmüştür. Oysa, piyasanın düzenlenmesinin ve işleyişinin sağlanmasının, insanlar arası ilişkilere ve davranışlara özgü bir kavram olan dürüstlüğün öz anlamı ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, yazar, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun amacının pazara katılanlar, ekonomik şüpheler arasında dürüst ve bozulmamış rekabeti temin etmek şeklinde ifade edilmesinin daha uygun olacağını belirtmiştir³³. Kanaatimizce, yazarın da belirttiği üzere, Kanun'un Genel Gereğesi'nde ifade edildiği şekli ile 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun amacı, rekabetin korunmasına dair kanunların (GWB, KG, RKHK) amacını ve hedeflerini çağrıştırmaktadır. Şöyle ki; piyasaların düzenlenmesi, yani piyasada rekabetin tesis edilmesi ve korunması (rekabetin niceliği), rekabetin korunmasına dair kanunların amacıdır ve ekonomik etkinliğin artırılması ve tüketicinin bundan adil bir pay alması, kaynakların etkin bir şekilde dağılımı ise, serbest rekabete dayalı piyasa düzeninden beklenen ekonomik ve sosyal faydalardır. Bu açıdan bakıldığında, bahsi geçen ekonomik ve sosyal sonuçların, dürüstlük kuralları ve dolayısıyla 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu ile bir ilgisinin olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, yazarın da ifade ettiği gibi, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun amacının pazara katılanlar bakımından dürüst ve bozulmamış rekabetin temini olarak yorumlanması gerektiğini ve dürüst ve bozulmamış rekabet kavramının rekabetin niteliğini ifade ettiğini düşünüyorum.

Nitekim, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacını kaleme alan 54'üncü maddesinin gereğesinde de, haksız rekabeti, kötüye kullanma ile tanımlayan ve dürüstlük kurallarına aykırılığı aldatıcı hareket vb. yollarda olduğu gibi sadece kanunî rekabeti ihlâl eden birer araç olarak kabul eden anlayış terk edilerek, bunların amaç olması gereği, dolayısıyla, dürüst davranma kuralının haksız rekabetin teşhisinde belirleyici hale geldiği vurgulanmıştır. Ayrıca, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesinde, "*kötüye kullanma*"ya verilen ağırlığın, böylece, "*dürüstlük kuralları*"na kaydırıldığı, artık dürüst davranma kuralının, haksız rekabetin tayininde belirleyici olacağı vurgulanmıştır.

Madde gereğesinde, ayrıca, iktisadî rekabet kavramının, hukukî olmadığı gibi, anlam ve içeriği bakımından da belirsiz olduğu ve aynı zamanda, rakipler arası rekabeti akla getirdiği ifade edilmiştir. Öğretide Yılmaz tarafından da, bu madde ile, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 56'ncı maddesinin temel aldığı 'iktisadî rekabet' kavramından daha geniş olan 'dürüst ve bozulmamış rekabet' kavramını getirildiği, böylelikle gelişen yeni ekonomik, sosyal ve ticarî anlayışa uygun bir yaklaşım izlendiği ifade edilmiştir³⁴.

³² TROLLER, Manuel du droit suisse des biens immatériels, s. 907.

³³ TROLLER, Manuel du droit suisse des biens immatériels, s. 907-908.

³⁴ YILMAZ, M.: "Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırılması ile Kötüleme ve Reklâmlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Halleri", İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 4, Yıl: 2006, s. 1496-1497.

III. Kapsam: Pazara (Rekabet Oyununa) Katılanlar Arasındaki İlişkileri Etkileyen Davranış ve Ticarî Uygulamalar

Haksız rekabeti tanımlayan genel hüküm ile, "dürüst ve bozulmamış rekabetin temini" amacı, kapsam olarak somut bir hale getirilmiştir. Buna göre, "Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya diğer şekillerdeki dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar veya ticarî uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır" (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 54'üncü maddesinin ikinci fıkrası). Bu çerçevede, dürüstlük kurallarına aykırı davranışların, sadece pazara katılanların, müşteri ve pazar payı için yaptıkları mücadele³⁵ şeklinde değil (rakipler arasında, *dar anlamda rekabet ilişkisi*)³⁶; rakipler ya da tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen davranışlar olarak da (rekabet oyununa dahil olanlar arasında, *geniş anlamda rekabet ilişkisi*) ortaya çıkabileceği kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, rakipler ya da tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkiyi etkileyen rekabet eyleminin, diğer bir rakipten ya da üçüncü bir kişiden kaynaklanıp kaynaklanmaması önem arz etmemektedir³⁷. Önemli olan, eylemin rekabet oyununa katılanlar arasındaki ilişkileri etkileyebilecek, böylelikle, rekabetin işleyişini bozabilecek nitelikte olmasıdır³⁸.

Bundan hareketle, üçüncü kişilerin³⁹ pazara ekonomik faaliyette bulunmak suretiyle katılmamakla birlikte, yaptıkları açıklamaların (*eleştiri, bilimsel görüş, karşılaştırmalı testler*, vs.), açıklamayı yapan ile açıklamanın yöneldiği hedef kitle (*alıcılar; sağlayıcılar, tüketiciler*) arasında bir rekabet ilişkisi olmamasına rağmen, hedef kitlenin davranışını etkileyebilecek nitelikte olduğu durumlar da, rekabetin işleyişini bozan eylem olarak değerlendirilmiş ve üçüncü kişilerin de haksız rekabet kurallarının muhatabı olacakları kabul edilmiştir⁴⁰. Burada hedef kitlenin, ki bu çoğu zaman tüketicilerdir, sadece rekabet eyleminin muhatabı (*pasif rol*) olarak değil, aynı zamanda, davranışını yani yaptığı seçim ya da verdiği karar ile rekabeti, diğer katılanlarla (rakipler, tedarik edenler, vs.) ortaklaşa şekillendirmesi, rekabete doğrudan katılması, rekabet oyununun bütünüyle parçası olmaları (*aktif rol*) dikkate alınmıştır. Hatta, tüketicilerin bu aktif rolleri nedeniyle, rekabetin işleyişinden sorumlu oldukları dahi ileri sürülmüş, söz gelimi, bir tüketicinin, taklit bir ürünü almak suretiyle, söz konusu haksız fiilin rekabet

³⁵ Nitekim, bir tacirin, bir malın tüketiciciye tanıtımı, satışı ya da tedariki ile doğrudan bağlantılı olan her türlü eylemi, ihmali, davranış biçimi ya da temsili, reklam ve pazarlama dahil ticari iletişimi şeklinde tanımlanabilecek '*ticarî uygulamaları*' bu tür faaliyetler arasında zikredilir. Örneğin reklamlar, hediyeyle satışlar, indirimli satışlar, en sık görülen ticari uygulamalardır, EC Regulation on Unfair Commercial Practices, art. 2 (e), **HENNING-BODEWIG**, F.: Unfair Competition Law, European Union and Member States, The Hague 2006, s. 59; ticari uygulamalardan kasıt, piyasada ortaya çıkan sonuçları (fiyat, ürün imajı, vb.) doğrudan etkileyen uygulamalardır, **HERTIG**, G.: 'Les Nouvelles LCD et LCart: Convergences et Divergences', (in) Das UWG auf neuer Grundlage, 1989, s. 41, dipnot 18.

³⁶ **BÜRGI, J./LANG, C.**: "Momentaufnahme des Lauterkeitsrechts", recht 1998, s. 239.

³⁷ **BÜRGI/LANG**, s. 239; **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 220-221.

³⁸ **ARN**, s. 264.

³⁹ Bunların arasında, rakiplerin ortakları, reklamcılar, vekiller, temsilciler, gazeteciler, televizyon ve diğer basın, tüketicici organizasyonları, dernekler, kamu kurum ve kuruluşları, karşılaştırmalı test yapan enstitüler, belli malları boykot etmek üzere çağrıda bulunanlar sayılabilir, **MARTIN-ACHARD**, La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale, s. 41; **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 220-221.

⁴⁰ **TROLLER**, Immaterialgüterrecht, s. 918 (**MARTIN-ACHARD**, La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale, s. 41'den naklen) ; *Bernina*, ATF 117 IV 193; *Mikrowellen*, ATF 120 II 76; taraflar arasında rekabet ilişkisinin aranmayacağı yönündeki benzer kararlar, ATF 120 IV 32 Rechtsanwalt, NZZ Nr. 71, 25.03.1994, s. 23.

üzerindeki (olumsuz) etkisini arttıracığı, rekabetin işlerliğini bozacağı, bu nedenle haksız rekabet eden rakiplerin suç ortağı olacağı ifade edilmiştir⁴¹.

Rekabet eylemini ifade etmek üzere kullanılan terimlerin seçimi de, kaynak İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun uygulama alanının daha genel bir üslupla kaleme alınması çabalarını açıkça ortaya koymuştur. Şöyle ki; 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda yer alan ve oldukça dar yorumlanan "yöntem, *procédé*" terimi, "davranış ya da ticarî uygulama, *comportement ou pratique commerciale* " kavramları ile değiştirilmiştir. Böylece, rekabete haksız surette müdahalede bulunan ve onu bozan her tür davranış, özel yöntemlere başvurulsun ya da başvurulmasın, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun kapsamına girecektir⁴². 6102 sayılı TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümlerinin kaleme alınmasında da aynı terminoloji kullanılmıştır.

2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 3üncü paragrafında yer alan genel hükümde ise, rekabet yasağının, 'Rekabeti, rakiplerin, tüketicinin veya piyasaya katılan diğer ilgililerin aleyhine olmak üzere önemsiz olmayan ölçüde etkileyen haksız rekabet fiillerinin yapılması yasaktır' şeklinde kaleme alındığı görülmektedir. Madde'nin Gerekçesi'nde, "*rekabetin bozulması*"ndan, piyasa ekonomisi kurumu olarak *rekabet*'in bozulmasının anlaşılmanması gerektiği; burada ölçütün, daha ziyade, rekabete aykırı davranışların piyasa olayları üzerindeki etkileri olduğu ifade edilmiştir⁴³. Bu bağlamda, rekabetin önemsiz olmayan ölçüde etkilenip etkilenmediği saptanırken somut olayın tüm koşulları dikkate alınmalı ve ihlâlin türü ve ağırlığı yanı sıra, rekabet üzerindeki muhtemel etkileri ve rekabet hukukunun koruma amacı göz önünde bulundurulmalıdır. Söz gelimi, pazara katılanlar (*Marktteilnehmer*) üzerinde münferit etkisi az olmakla birlikte, çok sayıda katılanın davranışının etkilenmesinin ya da önemli bir taklit edilme tehlikesinin (*Nachahmungsgefahr*) söz konusu olduğu durumlarda, bozulmanın önemsiz olmayan boyutta olduğu söylenebilecektir⁴⁴.

Bu doğrultuda, öğretilde de, yeni genel hüküm ile haksızlığın, artık 'ahlâk ve hukuk' kavramlarından ziyade⁴⁵, pazara katılanların hareket ve karar alma serbestilerinin korunması anlamında "*rekabetçi işlev*" kavramıyla belirleneceği ifade edilerek⁴⁶, rekabetin önemsiz olmayan ölçüde etkilenmesi kavramı somutlaştırılmıştır. Nitekim 4üncü paragrafın 10uncu bendinde düzenlenmiş olan "*hedef alınan rakiplerin engellenmesi*"ne yönelik uygulamalar, rakiplerin hareket serbestilerinin korunmasını gözetken anlayışın somut örneği olarak düzenlenmiştir. Keza, saldırgan satış yöntemleri ve reklamlar, belli bir malın satın alınması koşuluna bağlı olarak düzenlenen promosyon

⁴¹ Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83.038, s. 1038; **MARTIN-ACHARD**, La Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale, s. 30, 41; **TROLLER** K.: 'Les interrelations entre l'ancienne et la nouvelle loi contre la concurrence déloyale selon l'interprétation du Tribunal fédéral', SJZ, 85. Jahrgang, 1989, s.; ATF 117 IV 192; ATF 123 IV 211; **TROLLER**, Précis du droit suisse des biens immatériels, s. 330, 333-334; ATF 117 IV 192; ATF 124 III 72; **BÜRGI/LANG**, s. 238; **BERGER**, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, s. 221.

⁴² Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 83.038, s.

⁴³ 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu Gerekçesi, BT-Drucksache 15/1487, s. 17.

⁴⁴ 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu Gerekçesi, BT-Drucksache 15/1487, s. 17.

⁴⁵ Gerek amaç maddesinin gerek genel hükmün metninden "*ahlâk ve adap kurallarına aykırı*" ifadesinin kaldırılmış olmasından hareketle bu görüş ileri sürülmüştür.

⁴⁶ **HENNING-BODEWIG**, F.: "A New Act Against Unfair Competition in Germany", IIC Vol. 36, 4/2005, s. 426; **HEIDENREICH**, J. P.: "The New German Act Against Unfair Competition in Germany", <http://www.iuscomp.org/gla/literature/heidenreich.htm>, s. 4.

amaçlı kampanya, oyun, yarışma, piyango ya da çekilişler, pazara katılan tüketicilerin karar alma serbestilerinin korunması amacıyla yasaklanmıştır.

Ayrıca "*rekabetin önemsiz olmayan ölçüde etkilenmesi*" de, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 54. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilmemiş bir ibare olup, rekabetin korunması hukukundaki "*de minimis ilkesi*"ni çağrıştırmaktadır⁴⁷. Kanun Gerekeçesi'nde, *önemsiz olmayan* ölçütüyle, ehemmiyetsiz olayların takibinin önüne geçilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir⁴⁸.

Kanaatimizce, her iki Kanun'un genel hükümlerinin kaleme alınışlarında farklılıklar olmakla birlikte, haksızlığın tayininde, her iki maddenin gerekçelerinden hareketle, rekabet eyleminin pazardaki olaylar, diğer bir deyişle, pazara katılanların davranışları üzerindeki etkilerinin dikkate alınacağı söylenebilir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete dair yeni düzenlemeleri yanı sıra, öğretimizde, kaynağı 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu olan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 56 ncı ve devamı maddelerinin, aralarında rekabet ilişkisi olmayan kişilerin de ekonomik menfaatlerinin korunabildiği bir sistem öngördüğü, dolayısıyla, uygulamada, 56 ncı maddede yer alan genel hüküm ile üçüncü kişilerin rekabetin işleyişi üzerinde etkili olabilecek davranışlarına müdahale edilmesinin mümkün olabileceği ifade edilmiştir⁴⁹. Nitekim, Yargıtay'ın son dönemde verdiği bazı kararlarında⁵⁰, haksız rekabet hükümlerinin, sadece rakipleri değil; rekabete dayalı ekonomik düzenin de korunmasını amaçladığını belirtmesi, kanaatimizce, yürürlükteki haksız rekabet hükümlerine işlevsel bir nitelik kazandırma gayreti içerisinde olup olmadığı sorusunu akla getirmiştir. Bununla birlikte, 6102 sayılı Ticaret Kanunu'ndaki genel hüküm, haksız rekabete ilgili hükümlerin işlevsel niteliğini daha açık bir şekilde ortaya koyacaktır. Öğretide *Yılmaz* da, 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun 54 üncü maddesinin birinci fıkrasının, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 56ncı maddesinden farkının, temelde rekabet ilişkisi içinde olan veya olmayan kişiler yönünden değil; iktisadî rekabet anlayışının aşılması ve iktisadî rekabet de dahil olmak üzere rekabet sülheleri arasındaki dürüst ve bozulmamış rekabetin teminine yönelik olmasında aranması gerektiğini⁵¹ ifade etmek suretiyle, bir kez daha, haksız rekabet hukukunun rekabet ilişkisinden ziyade, rekabet oyununa dahil olanlar arasındaki ilişkiler açısından ele alınması gerektiğinin altını çizmiştir.

1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu esas alınarak hazırlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'muzun 54'üncü maddesi ile, müşterilere ekonomik menfaatlerinin zarar görme tehlikesi içerisinde olması halinde de dava açma hakkı tanınmakta, birliklerin dava hakları ise üyelerinin dava haklarına bağlı olmaktan kurtarılmaktadır.

⁴⁷ HEIM, S.: "Protection of competitors, consumers and the general public—The New German Act Against Unfair Competition", Journal of Intellectual Property Law and Practice, Vol. 1, No: 8, July 2006, s. 528; böyle bir ibare, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 2. maddesinde de yer almamaktadır.

⁴⁸ 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu Gerekeçesi, BT-Drucksache 15/1487, s. 17.

⁴⁹ GÖLE, C.: Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklâmlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983, s. 162.

⁵⁰ Bu hususta bkz. Yargıtay 11. H.D.'nin, 01.05.2001 tarih, E. 2001/01828, K. 2001/03862 sayılı kararı, 26.02.1999 tarih, E. 1999/1155, K. 1999/1574 sayılı kararı, 18.04.2002 tarih ve E. 2002/762, K. 2002/3613 sayılı kararı.

⁵¹ YILMAZ, s. 1534-1535.

IV. Davacılar

Kaynak İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'ndan önemli ölçüde iktibas edilen 6102 sayılı TTK'nın haksız rekabete dair hükümleri, 6762 sayılı TTK'ya kıyasla daha geniş bir çevreye haksız rekabet sebebiyle dava açma hakkı tanımıştır. İlgililerin[özellikle rakiplerin, tedarik edenlerin, alıcıların (tüketiciler dahil)] dürüst ve bozulmamış rekabetin temin edilmesine ilişkin menfaatlerinin korunmasını sağlamak amacıyla, rakiplerin yanı sıra müşterilere de zarar görme tehlikesinin varlığı halinde dava açma hakkı tanınmıştır (6102 sayılı TTK m. 56/2⁵²). Ayrıca, gerek meslekî-iktisadî birliklerin (ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar, tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birlikler) gerek tüketici kuruluşlarının dava açma hakları konusunda da, 6102 sayılı TTK'nun haksız rekabete dair hükümleri ile önemli değişiklikler yapılarak, bu örgütlerin dava açma hakları genişletilmiştir⁵³. Bu çerçevede, üyelerinin dava haklarına (ekonomik menfaatlerinin zarar görmesi ya da zarar görme tehdidi altında bulunması koşulu) bağlı olarak birliklere tanınan dava hakkı, bu bağlılıktan kurtarılmış ve bu örgütlere kendi haklarına dayanarak doğrudan dava açma imkânı verilmiştir (6102 sayılı TTK m. 56/3⁵⁴). Böylelikle birliklerin, sadece üyelerinin kişisel menfaatlerini değil, üyesi olmamakla beraber aynı alanda faaliyette bulunan kişilerin menfaatlerinin de-ortak menfaat- gözetilmesine hizmet edeceği ifade edilmiştir⁵⁵. Tüketicilerin korunması ise tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarının açacağı davalar ile sağlanacaktır⁵⁶. Diğer bir ifade ile, tüketicilere münferit olarak dava açma hakkı tanıyan açık bir düzenleme öngörülmemiştir. Öte yandan, ağırlıklı olarak küçük meblağlı alışveriş yapan tüketici yönünden uğranılan zararların dava yoluyla talebi pek tercih edilmediğinden, bu durumda tüketici örgütleri ile meslekî ve iktisadî birliklerin öngörülen yollara başvurma (haksız rekabet davalarını açma) konusunda çok daha duyarlı davranmaları gerekecektir⁵⁷.

Öte yandan, 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda sadece rakiplere tazminat davası açma hakkı tanınırken, men ve eski halin iadesi davalarını, rakiplerin yanı sıra meslek birlikleri, tüketici kuruluşları, ticaret ve sanayi odaları ve esnaf odaları da açabilecektir (paragraf 8.3.2-4). Tüketicilere ise, koruma süjesi olarak söz edilmele-

⁵² Karşılığ, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 9'uncu maddesinin birinci fıkrası.

⁵³ **ARKAN**, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 12-13. Öte yandan, *Yılmaz*, "tüm katılanlar lehine dürüst ve bozulmamış rekabetin korunması" ifadesiyle rakiplerin, müşterilerin, meslekî ve ekonomik birlikler ile ekonominin korunmasının amaçlandığının vurgulanmasına karşın, Tasarı'nın korunan kişiler yönünden mevcut TTK'nın öngördüğü koruma kapsamından daha geniş bir koruma getirdiğinin söylenemeyeceğini; çünkü dava açma hakkına ilişkin maddenin (TTK Tasarı m. 56/1), TTK m. 58/1'in tekrarı olduğunu, sadece meslekî ve ekonomik birliklerin dava hakkının yumuşatıldığını, sonuç olarak, Tasarı'da korunacak kimselerin kapsamı açısından, TTK'daki düzenlemelerden farklı bir hüküm getirilmediğini ileri sürmüştür, **YILMAZ**, s. 1494-1495. Kaynak İsviçre hukuku için bkz. **GUYET**, J.: "Les actions en justice", La nouvelle loi contre la concurrence déloyale, Travaux de la Journée d'étude organisée par le centre du droit de l'entreprise le 10 Mars 1988 à l'Université de Lausanne, s. 90 vd.

⁵⁴ Karşılığ, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 10'uncu maddesinin ikinci fıkrası.

⁵⁵ **ARKAN**, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 12, dp. 39.

⁵⁶ 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'na göre tüketicilerin menfaatlerini korumak için kurulan kuruluşların davacı olabilmeleri, dava açma hakkının kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla kuruluşun, bölgesel olarak ya da tüm İsviçre'de faaliyet göstermesi şartına bağlanmıştır (m. 10/II-b), **GUYET**, s. 93; **ARKAN**, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 13.

⁵⁷ Bkz. **YILMAZ**, s. 1534.

rine rağmen münferiden dava açma hakkı verilmemiş, sadece kolektif ve dolaylı bir koruma öngörülmüştür (paragraf 8.3.3). Öğretide kanun koyucunun böyle bir tercihte bulunmasının sebebinin, haksız rekabete ilişkin Kanun'un, doğrudan tüketiciyi koruma kanunu haline gelmesini önlemek olduğu ifade edilmiştir⁵⁸. Nitekim Kanun'un hazırlık çalışmalarında tüketici dernekleri, tüketicinin, haksız rekabet halinde bir sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı gibi, sözleşme hukukunun genel hükümlerine dayanarak müdahale edebilmesini sağlayacak çeşitli çözüm önerilerinde bulunmuşlar⁵⁹; bu öneriler, tüketiciler tarafından açılacak çok sayıda davanın, sonuçta ekonomiyi üzerinde olumsuz sonuçlar doğuracağı gerekçesiyle reddedilmiştir⁶⁰. Bu gerekçenin geçerliliği tartışılabilir olmakla birlikte⁶¹, gerek sözleşme gerek haksız fiil hukuku ile, tüketicilere yeterli münferit korumanın sağlandığı, bu nedenle, haksız rekabet hukuku bünyesinde münferit dava açma hakkı tanınması yoluna gidilmemesinin isabetli olduğu söylenmiştir⁶². Öğretide ileri sürülen bir diğer görüş, Haksız Rekabet Kanunu'nun, tüketicilerin haklarını toplu olarak koruduğu, tüketicinin münferit olarak haklarının Medeni Kanunda düzenlenmesi gerektiği yönündedir⁶³.

Bu görüşlerden farklı olarak, 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 1 inci paragrafı ile, tüketicilerin, rakipler ve diğer ilgililer ile aynı düzeyde koruma altına alınmış olduğunu belirterek, doğrudan haksız rekabetin mağduru olan tüketicilerin de Kanun'a göre tazminat davası açabileceği ve tazminat talebinin, haksız rekabet yardımıyla kurulan sözleşmenin iptali talebini de içereceği fikri ileri sürmüştür⁶⁴.

Tüketicinin haksız rekabet eylemi nedeniyle zarar gören ya da görme ihtimaline maruz kalan menfaatleri, rekabetin düzgün işleyişiyle ilgili menfaatlerdir. Bu noktadan hareketle, tüketiciye haksız rekabet eylemi karşısında menfaatlerini koruması amacıyla dava hakkı tanınması, sadece sözleşme ya da haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi tüketicinin zararının ortadan kaldırılmasına değil, aynı zamanda dürüst ve bozulmamış rekabetin yeniden tesisine hizmet edecektir. Ayrıca, tüketicinin rekabet oyununda, sadece rekabet eylemlerinin muhatabı olması nedeniyle pasif değil, aynı zamanda verdiği kararlarla rekabetin ortak şekillendiricisi olarak aktif bir role de sahip olduğu ve hatta, taklit olduğunu bildiği bir malı satın alması halinde hukuki anlamda sorumlu da olduğu dikkate alındığı takdirde, tüketicilere tanınacak ferdî dava açma hakkı, haksız rekabet kurallarının amacına ulaşmasına daha fazla katkıda bulunacaktır. Bu sebeple, tüketicilere münferit olarak dava açma hakkı tanınması ve bu imkânı kullanmaları konusunda bilgilendirilmeleri ve teşvik edilmelerinde fayda bulunduğunu düşünüyoruz.

2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun tüketici menfaatlerini korumak üzere getirdiği diğer bir imkân, meslekî-ekonomik birliklere, tüketici kuruluşlarına ve sanayi-ticaret odalarına, haksız rekabet yasağına aykırı davranılması sonucunda elde edilen kazancın Federal bütçeye iadesini isteme hakkı vermesidir (paragraf 10). Bu

⁵⁸ **ARKAN**, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 7.

⁵⁹ **HENNING-BODEWIG**, A New Act Against Unfair Competition in Germany, s. 432.

⁶⁰ **ARKAN**, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 7.

⁶¹ Nitekim, İsviçre'de müşteriler dava hakkı tanıırken parlamentodaki müzakereler sırasında dile getirilen çok sayıda dava ile karşılaşılması riski gerçekleşmemiş ve uygulamada tüketiciler, münferiden uğradıkları zararın düşük olması nedeniyle dava açma yoluna gitmeyi tercih etmemişlerdir, **ARKAN**, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 7, dipnot 13.

⁶² **ARKAN**, Haksız Rekabet-Gelişmeler, s. 7; **FINGER**, M./**SCHMIEDER**, S.: 'The New Law Against Unfair Competition: An Assessment', German Law Journal Vol. 6, No. 1, 1 January 2005, s. 3, 8-9; **HEIDENREICH**, s. 10.

⁶³ **HENNING-BODEWIG**, A New Act Against Unfair Competition in Germany, s. 432.

⁶⁴ Alman öğretisinde *Sack* tarafından ileri sürülmüştür, **ARKAN**, Haksız Rekabet-Gelişmeler, s. 7, dipnot 14' den naklen.

düzenleme, Kanun'un getirdiği en önemli yenilik olarak nitelendirilmiş ve amacın, haksız rekabet fiili nedeniyle çok sayıda tüketicinin düşük miktarlarda zarara uğraması halinde (*diffuse damage*) tüketicilerin gerek bilgisizlik gerek masrafların yüksekliği dolayısıyla dava açma yoluna başvurmamaları ve sonuç itibarıyla haksız rekabetten sağlanan kazancın failde kalmasının önüne geçmek olduğu ifade edilmiştir⁶⁵. Böylelikle, eski Kanun zamanındaki bir boşluğun doldurulduğu ve haksız rekabetin, yapının yanına kâr kalmaktan çıkarıldığı ileri sürülmüştür⁶⁶. Bununla birlikte, failin haksız rekabetten sağladığı kazancın elinden alınmasına karşılık zarar gören tüketicilere dağıtılmaması, bu yöntemin tüketicici menfaatlerini ancak dolaylı bir şekilde koruyabileceği anlamına gelmektedir. Keza, birliklerin tüm dava masraflarına katlanma riskini taşımaları ve sonuçta davayı kazansalar bile kazanca el koyamamaları karşısında, bu yola başvurmayacakları, dolayısıyla bu imkânın beklenen faydayı sağlamayabileceği ifade edilmiştir⁶⁷. Diğer yandan kanaatimizce, yöntem, dürüst ve bozulmamış rekabetin temini konusunda meslekî ve ekonomik birliklerin, tüketicici kuruluşlarının ne kadar etkin bir role sahip olabileceklerini, özellikle tüketicilerin ve genel olarak toplumun haksız rekabete karşı bilgilendirilmesine ve bilinçlendirilmesine katkıda bulunabileceklerini de ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda böyle bir talep hakkına yer verilmemiş olması, kanaatimizce, yukarıda ifade ettiğimiz sebepler dikkate alınacak olursa, yerinde bir tasarruf olmamıştır.

SONUÇ

6102 sayılı TTK m. 54 vd. hükümleri ile ortaya konulan dürüst ve bozulmamış rekabetin temini amacından, rekabet oyununa, gerek iktisadî bir faaliyette bulunmak gerek iktisadî faaliyette bulunmamakla birlikte rekabete yön vermek, onu şekillendirmek suretiyle (pasif) katılanların, dürüstlük kurallarına ve rekabete aykırı olmayacak, rekabetin düzgün işlemlerini engellemeyecek şekilde davrandıkları bir düzenin temini anlaşılmaktadır. Bu itibarla, gerek rakiplerin, gerek tüketicilerin ve kamunun dürüst ve bozulmamış rekabet düzeninin temin edilmesinden umdukları menfaatler aynı düzey ve kapsamda korunacaktır. Bu koruma ise, dava açma hakkına sahip olan ilgili çevresinin genişletilmesi ve dava açma haklarının bağımsız hale getirilmesi ile daha etkin kılınmıştır.

⁶⁵ ARKAN, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 14.

⁶⁶ ARKAN, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 14, dipnot 48; FINGER./SCHMIEDER, s. 7; HEIDENREICH, s. 10. Bu yeniliğin faydalı olup olmayacağı hakkında eleştiriler için bkz. FINGER./SCHMIEDER, s. 9; 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu Gerekçesi, BT-Drucksache 15/1487, s. 35. Karş. s. 43 (ARKAN, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 16'dan naklen) ; HENNING-BODEWIG, A New Act Against Unfair Competition in Germany, s. 431-432.

⁶⁷ ARKAN, Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar, s. 16; bu yöndeki görüşler için bkz. FINGER./SCHMIEDER, s. 9; HENNING-BODEWIG, A New Act Against Unfair Competition in Germany, s. 431-432; HEIDENREICH, s. 10.

4. OTURUM

TEBLİĞ

*** YENİ TTK VE HMK ÇERÇEVESİNDE TİCARİ DEFTERLER**
Dr. Ayşegül SEZGİN HUYSAL

YENİ TTK VE HMK ÇERÇEVESİNDE TİCARİ DEFTERLER

Dr. Ayşegül SEZGİN HUYSAL*

ÖZET

6102 sayılı TTK ile ticari defterlere ilişkin hükümlerde önemli değişiklikler yapılmıştır. Yapılan değişiklikler ile Kanun'un genelini etkileyen şeffaflık ilkesinin etkisi görülmektedir. Bu kapsamda ticari defterlerin vergi kanunlarında yer alan hükümler doğrultusunda tutulması engellenecek uluslararası finansal raporlama standartlarına dönüşüm tamamlanacaktı. Ayrıca Türk usul hukukunda önemli bir vasıta olan ticari defterlerle ispat usulüne son verilecekti. Ancak 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı TTK ve 6335 sayılı Kanunla önemli şekilde değiştirilmiştir. Getirilen bu değişikliklerden ticari defterler kısmı da büyük ölçüde etkilenmiştir. Tebliğimizde 6102 sayılı TTK ve 6100 sayılı HMK'nın getirdiği değişiklikler çerçevesinde ele alınmış olan "Ticari Defterler" konusu aşağıda 6335 sayılı Kanunun getirdiği değişiklikler de dikkate alınarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Ticari defterler, UFRS, defterlerin saklanması ve ibrazı, ziya ve iptal, ispat

ABSTRACT

Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102 has brought important modifications to the provisions stipulating the commercial books. The reflections of the principle of transparency are observed in these modifications as in the rest of the code. In this respect, it was planned to complete the transformation to International Financial Reporting Standards and also to prevent the tax oriented book keeping. Furthermore the proof power of commercial books, which is an important vehicle of Turkish Procedural Law, would be abolished. However, the TCC No. 6102 that entered into force as of July 1st, 2012 was amended extensively by the Law No. 6335. The mentioned re-amendments affected most of the provisions regarding commercial books. Our subject, commercial books, -which was examined with regards to the amendments of the TCC No. 6102 and Turkish Code of Procedure No. 6100 in our presentation- is now and therefore be reviewed taking the amendments of the Law No. 633 5 into consideration.

Keywords: Commercial books, IFRS, keeping and presentation of commercial books, loss and annulations of commercial books, proof.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

GİRİŞ

6102 sayılı TTK'nın hazırlık çalışmaları sırasında ticari defterlere ilişkin hükümlerde büyük değişiklikler amaçlanmaktaydı. Bu kısımda yapılacak değişikliklerle yeni bir sistem oluşturularak vergi hukukunun baskısı giderilecek; yalnızca uluslararası finansal raporlama standartlarına dönüşüm tamamlanmakla kalmayacak, ülkemiz için çok büyük bir sıkıntı olan çift defter tutulmasının önüne geçilecek ve şeffaflık sağlanacaktı. Bu kapsamda inceleme konumuz olan "Ticari Defterler" büyük değişiklikler içermektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı TTK ve özellikle ticari defterlere ilişkin hükümler kamuoyunda ve akademik toplantılarda yoğun olarak tartışılmış ve kanun yürürlüğe girmeden önce 30.6.2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 6335 sayılı Kanunla önemli şekilde değiştirilmiştir. Tebliğimizde 6102 sayılı TTK ve 6100 sayılı HMK'nın getirdiği değişiklikler çerçevesinde ele alınmış olan "Ticari Defterler" konusu aşağıda 6335 sayılı Kanunun getirdiği değişiklikler de dikkate alınarak incelenecektir.

I. TİCARİ DEFTERLERE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN DÜZENLENİŞ BİÇİMİ VE DÜZENLENME YERİ

A. Defter Tutma Yükümü

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, ticari defter tutma, tacir olmanın hükümlerinden biri olarak m. 18 (1) 'de ticari defter tutma yükümü düzenlenmiştir. TTK 18 (1) uyarınca tacirler "bu Kanun hükümleri uyarınca" ticari defterleri tutmakla yükümlüdür¹. Tacirin defter tutma yükümünün "bu Kanun hükümleri uyarınca" yerine getirilmesini öngören ifade TBMM genel kurulunda yapılan önerge ile eklenmiştir. Bu değişiklikteki amaç ticari defterlerin TTK düzenlemelerine ve m. 64'de yapılan atf sebebiyle dolayısıyla Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunun düzenlemelerine göre tutulacağı göre tutulmasının sağlanmasıydı². Yine yapılan bu ekleme ile Vergi Usul Kanunu ile diğer vergi mevzuatının defterlerin tutuluşuna ilişkin bir etkisinin bulunmayacağı ortaya konulmak istenmişti. Bu sayede ticari defterler TTK ve TMS'ye uygun tutulacak; Vergi Usul Kanununun ticari defterlere ilişkin hükümleri ise sadece vergi ile ilgili olarak uygulanacaktı³. Ancak aşağıda da görüleceği üzere 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde tacirlerin defterlerini TMS'ye uygun tutmasına ilişkin yükümlülük kaldırılmıştır. TMS'ye uyma yükümlülüğünün kaldırılmasının ötesinde ve m. 64 (5) ile TTK uyarınca defter tutmakla yükümlü olan kişilerin aynı zamanda VUK'a uymalarının zorunlu olduğu da ayrıca ve açıkça belirtilmiştir. Bu değişikliklerin neticesinde madde gerekçesinde yer alan⁴;

¹ TTK m. 87 uyarınca sorumluluğun başlangıç tarihi ticaret siciline tescil yükümlülüğünün olduğu an olarak kabul edilmiştir; **KAYAR** İsmail, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Ticaret Sicili, Ticari Defterler ve Cari Hesap Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı II, S. 1, s. 353-369, s. 376, Yazar defter tutma yükümlülüğünün hangi anda başladığına ilişkin bir netlik bulunmadığını belirtmektedir. Zira tacirin ticari işletmesinin tescilini talep etmesi için 15 günlük süre bulunmaktadır. Yazar defter tutma yükümlülüğünün birinci gün mü yoksa onbeşinci gün mü başlayacağı konusunda netlik olmadığını ifade etmektedir. Kanatımızca yükümlülük tescili talep için tanınan 15 günlük sürenin başında başlamaktadır.

² Her ne kadar Adalet Önerge gerekçesinde Türkiye Muhasebe Standartlarına uyumdan bahsedilmiş olsa da, 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler neticesinde Ticari Defterlerin Türkiye Muhasebe Standartlarına göre tutulması yükümü kaldırılmıştır.

³ **Adalet Komisyon Raporu**, m.18.

⁴ Gerekçe m.64.

“Muhasebe Vergi Usul Kanununa ve vergi mevzuatına göre tutulamaz. Muhasebe vergi için tutulmaz. Vergi verilerini ve sonuçlarını bu suretle tutulan muhasebeye dayandırır.”

ifadelerinin aksi bir yöne gidilerek vergi muhasebesinin uygulandığı 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (ETTK) dönemine geri dönüş yapılmıştır⁵. Uygulamada hali hazırda defterler VUK’a uygun tutulmaya devam edilmektedir. Bu durumda vergi hukukunun ticari bilanço üzerindeki baskısını ortadan kaldırılması amacına⁶ yönelik düzenlemelerden vazgeçilmiş olduğu sonucuna varılmaktadır.

B. Ticari Defterlere İlişkin Hükümler

Ticari defter tutmaya ilişkin detaylı hükümler ise “Ticari İşletme” başlıklı birinci kitabının “Ticari Defterler” başlıklı 5. Kısımında 66 ila 86. maddeleri arasında toplam 25 maddede düzenlenmiştir. Ticari defterler ETTK 66. İla 86 maddeleri arasında 21 maddede düzenlenmekteydi. Ancak ETTK’da yer alan 10 madde 6102 sayılı TTK’ya alınmamış, 17 yeni madde eklenmiş ve netice itibariyle bu kısım neredeyse tamamen yenilenmiştir⁷. Bu şekilde, ticari defterler TTK’da en çok yenilik getirilen kurum olmuştur. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ticari defterler 6335 sayılı Kanun ile de birçok değişikliğe uğramıştır. Bu tebliğde TTK ile getirilen temel değişiklikler sekiz başlık altında temel hatlarıyla ele alınacaktır.

II. TTK İLE GETİRİLEN TEMEL DEĞİŞİKLİKLER

A. TACİRLERİN DEFTERLERİNİ TÜRKİYE MUHASEBE STANDARTLARINA GÖRE TUTMA ZORUNLULUĞU

6335 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerin öncesinde, TTK m. 64 (1) ’de yer alan;

“Her tacir, ticari defterleri tutmak ve defterlerinde, ticari işlemleriyle malvarlığı durumunu, Türkiye Muhasebe Standartlarına ve 88 inci madde hükümleri başta olmak üzere bu Kanuna göre açıkça görülebilir bir şekilde ortaya koymak zorundadır”

hükmünde tacirlerin TMS’ye uygun defter tutma yükümü yer almaktaydı. TTK m. 88’in eski metninde ve gerekçenin çeşitli maddelerinde ise sürekli olarak Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarını (UFRS) yansıtır şekilde hazırlanan Türkiye Muhasebe Standartlarına (TMS) atıf yapılmakta ve bu şekilde tacirlerin uluslararası standartlara uygunluğunun temini amaçlanmaktaydı⁸. Nitekim, UFRS ile uyumlu olduğu ifade edilen TMS, UFRS’nin tercümesidir.

⁵ POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2012, §243.

⁶ TEKİNALP Ünal, Türk Ticaret Hukukunda Küresel Bir Açılım: IFRS/TMS-TFRS, BATİDER, Yıl 2007, C. XXXIV S.2, s. 33-67, s.57; KENDİGELEN Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (2. Bası), İstanbul 2012, s. 88.

⁷ KENDİGELEN, (2. Bası) s. 87.

⁸ 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden önce m. 88 hükmü şu şekildeydi; “ (1) 64 ilâ 88 inci madde hükümlerine tâbi gerçek ve tüzel kişiler gerek ticarî defterlerini tutarken, gerek münferit ve konsolide finansal tablolarını düzenlerken, Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından yayımlanan, Türkiye Muhasebe Standartlarına, kavramsal çerçevede yer alan muhasebe ilkelerine ve bunların ayrılmaz parçası olan yorumlara aynen uymak ve bunları uygulamak zorundadırlar. 514 ilâ 528 inci maddeler ile Kanunun ilgili diğer hükümleri saklıdır.

(2) Bu düzenlemeler, uygulamada birliği sağlamak ve finansal tablolara milletlerarası pazarlarda geçerlilik kazandırmak amacıyla, Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarına tam uyumlu olacak şekilde, yalnız Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından belirlenir ve yayımlanır.

6335 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerin öncesinde defterlerin TMS ve dolayısıyla UFRS'ye uyumlu olarak tutulması amaçlanırken, 6335 sayılı Kanun ile TTK m. 64'te yer alan bu düzenleme kaldırılmıştır. Hükümün yeni hali uyarınca, "Her tacir, ticari defterleri tutmak ve defterlerinde, ticari işlemleriyle ticari işletmesinin iktisadi ve mali durumunu, borç ve alacak ilişkilerini ve her hesap dönemi içinde elde edilen neticeleri, bu Kanuna göre açıkça görülebilir bir şekilde ortaya koymak zorundadır". Görüldüğü üzere yeni metinde TMS'ye yapılan atıf çıkarılmıştır⁹.

Bu şekilde tacirlerin defterlerini TMS'ye uygun tutmasına ilişkin yükümlülük kaldırılmış; ancak aynı yükümlülük geçici madde 1 ile şirketler için düzenlenmiştir. Geçici madde 1'de yapılan ayrımlar dikkate alınırca üç farklı şirket grubunun üç farklı kurallar grubunu uygulamakla yükümlü olduğu anlaşılmaktadır:

Öncelikle 1534/b, c, d, e'de sayılan şirketler TMS/TFRS'den oluşan TMS'yi **zorunlu olarak** uygulamakla yükümlüdür¹⁰. Bu şirketler şunlardır:

i. Sermaye Piyasası Kanununa göre, ihraç ettikleri sermaye piyasası araçları bor-sada veya teşkilatlanmış diğer bir piyasada işlem gören şirketler, aracı kurumlar, portföy yönetim şirketleri ve konsolidasyon kapsamına alınan diğer işletmeler,

ii. Bankacılık Kanununun 3 üncü maddesinde tanımlanan bankalar ile bağlı ortaklıkları,

iii. 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda tanımlanan sigorta ve reasürans şirketleri,

iv. 28/3/2001 tarihli ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'nda tanımlanan emeklilik şirketleri,

Bu sayılan şirketlerin dışında şirketler iradi olarak TMS'yi uygulamayı tercih edebilir.

İkinci olarak,

i. Zorunlu olarak TMS'yi uygulaması gerekmeyen ve işletme yönetiminde yer almayan işletme sahipleri, işletmeye borç verenler ve kredi derecelendirme kuruluşları gibi dış kullanıcılar için genel amaçlı finansal tablo düzenleyen işletmeler ile,

ii. TMS/TFRS'yi uygulamayı tercih eden KOBİ tanımındaki işletmelerden tekrar KOBİ/TFRS¹¹ uygulamasına dönmek isteyen işletmeler.

(3) Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunca, değişik ölçütteki işletmeler ve sektörler için, Uluslararası Finansal Raporlama Standartları tarafından farklı düzenlemelere izin verildiği hâllerde özel ve istisnâî standartlar konulabilir; bunları uygulayanlar, söz konusu durumu finansal tablo dipnotlarında açıklarlar.

(4) Kanunlarla, belirli alanları düzenlemek ve denetlemek üzere kurulmuş bulunan kurum ve kurullar, Türkiye Muhasebe Standartlarına uygun olmak ve Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunun onayını almak şartıyla, kendi alanları için geçerli olacak standartlar ile ilgili olarak ayrıntıya ilişkin, sınırlı düzenlemeleri yapabilirler.

(5) Türkiye Muhasebe Standartlarında hüküm bulunmayan hâllerde, ilgili oldukları alan dikkate alınarak, dördüncü fıkrada belirtilen ayrıntıya ilişkin düzenleme, ilgili düzenlemede de hüküm bulunmadığı takdirde milletlerarası uygulamada genel kabul gören muhasebe ilkeleri uygulanır."

⁹ KAYAR, s. 372; Yazar, tasarı bakımından TMS'nin önemini vurgularken bu standartların kanun hükümlerinden daha öne konulduğunun anlaşıldığını ve TMS'nin üstünde ise UFRS'nin bulunduğunu ifade etmektedir.

¹⁰ Münferit ve Konsolide Finansal Tablolarının Hazırlanmasında Türkiye Muhasebe Standartlarının Uygulanmasına İlişkin Kamu Gözetimi Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu Kararı (RG, 17 Kasım 2012 – 28470), Kanunun 1534 üncü maddesinin ikinci fıkrasında sayılan şirketlerin münferit ve konsolide finansal tablolarının hazırlanmasında Türkiye Muhasebe Standartlarını uygulamasına karar verilmiştir.

Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından değişik işletme büyüklükleri, sektörler ve kâr amacı gütmeyen kuruluşlar için belirlenen standartlar ve diğer düzenlemeleri uygulamakla yükümlüdür.

Son olarak Geçici madde 1 (4) uyarınca Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu, değişik işletme büyüklükleri, sektörler ve kâr amacı gütmeyen kuruluşlar itibarıyla Türkiye Muhasebe Standartlarından muaf olacakları tespit etmeye veya bunlar için ayrı düzenlemeler yapmaya yetkilidir. Bir başka deyişle, Kurum tarafından belirlenecek nitelikteki şirketler, bu niteliklerine uygun kurallara uymakla yükümlü yahut bu kurallardan tamamen muaf olabilirler.

Bu sınıflandırma ve düzenlenmenin haricinde halka açık/kapalı anonim şirketler bakımından bir ayırım yapılmamıştır. UFRS'nin temel amaçlarından biri¹² yatırımcıyı bilgilendirerek korumak olduğundan ve yatırımcı ise hisseleri işlem gören şirketlerde bulunduğundan TTK'da da bu ayırım yapılmaması eleştirilmiştir. Bu eleştiriye karşın UFRS'nin tek gayesinin ve kullanım sebebinin yatırımcıyı korumak olmaması sebebi ile alacaklılar ve özellikle Türkiye'de şirketlere ortak olarak girmeyi planlayan yatırımcılar dikkate alınarak kapalı şirketler istisna tutulmamıştır.

Yukarıda görüldüğü üzere çeşitli şirket gruplarının uyması gereken *Uluslararası Finansal Raporlama Standartları (UFRS)*, Uluslararası Muhasebe Standartları Kurulunca geliştirilen ve halka açık şirketlerin finansal açıklamaları için evrensel hale gelmiş olan muhasebe standartlarıdır. Yaklaşık 120 ülke borsaya kote şirketler için UFRS zorunluluğu getirmişken; 90 ülke ise Kurul tarafından düzenlendiği şekilde tamamen UFRS'yi ve denetim raporlarının bu standartlara uygunluğunun gerekliliğini kabul etmiştir¹³. Tüm büyük ekonomiler yakın zamanda UFRS'nin benimsemesi veya UFRS'ye uyum için zaman çizelgeleri kabul etmişlerdir. UFRS dönüşümü sadece Türkiye'de yahut AB'de gerçekleştirilen bir dönüşüm değildir. Şu anda dünyada 100 den fazla ülke UFRS dönüşümünü tamamlanmış ya da tamamlamak üzeredir.

Türkiye'de de bu dönüşüm yeni TTK ile tamamlanmak istenmektedir. Her ne kadar tacirlerin defterlerini TMS'ye uygun olarak tutmalarını ilişkin yükümlülük kaldırılmış olsa da, gerçek ve tüzel kişi tacirler münferit ve konsolide finansal tablolarını düzenlerken TMS'ye uymak zorundadırlar. Bu zorunluluk sebebiyle, yükümlülüğün tam olarak kaldırıldığı söylenemez¹⁴.

TMS, UFRS'de yer alan kavramsal çerçeve, standartlar, yorumlardan oluşan üçlü yapıyı aynen benimsemiştir. Bu üçlü yapı m. 88'de de yansıtılmıştır. Yorumlar, hem standartların hem de kavramsal çerçevenin ayrılmaz parçalarıdır¹⁵. Hüküm uyarınca, münferit ve konsolide finansal tablolarını düzenlerken, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından yayımlanan TMS, kavramsal çerçevede yer alan muhasebe ilkelerine ve bunların ayrılmaz parçası olan yorumlara uymak ve bunları uygulamak zorundadır. UFRS'den farklı olarak kavramsal çerçeve dahil her unsur m. 88'de anılmış ve uygulanmalarına ilişkin yasal dayanak oluşturulmuştur¹⁶.

¹¹ Geçici madde 1 (1) (b) de yer alan ve KOBİ/TFRS'yi TMS'nin bir parçası olarak tanımlayan hükmün kaldırılmasına rağmen yeni madde metninde KOBİ/TFRS'si ifadesinin yer alması hatalı olmuştur. Burada KOBİ/TFRS'si yerine "Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından değişik işletme büyüklükleri, sektörler ve kâr amacı gütmeyen kuruluşlar için belirlenen standartlar ve diğer düzenlemeler" ifadesi yer almalıdır.

¹² **TEKİNALP**, s. 38 vd.

¹³ http://www.ifrs.com/ifrs_faqs.html#ftnt1, (Erişim 01.11.2012).

¹⁴ **KENDİGELEN**, (2. Bası) s. 88.

¹⁵ **TEKİNALP**, s. 39

¹⁶ **TEKİNALP**, s. 38.

UFRS'nin tercümesi olan TMS 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde TTK m. 88 (1) uyarınca, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu (Kurum) tarafından yayımlanacaktır¹⁷.

B. TİCARİ DEFTER TUTMA YÜKÜMLÜSÜ

ETTK m. 66'da yer alan gerçek kişi tacir (b.1) ile tüzel kişi tacirlerin (b.2) tutmak zorunda oldukları defterler arasında fark yaratan anlayış terk edilmiştir.

Yüküm tacir sıfatını kazanma, tacir sayılma ve tacir gibi sorumlu olma tarihten veya anından itibaren başlar (TTK m. 87) ve tacir sıfatın, taçir gibi sayılma ve tacir gibi sorumlu olma konusunun son bulmasına kadar devam eder¹⁸.

Tacir tüzel kişi ise, defter tutma sorumlusu yöneticiler/yönetim kuruluna ait olacaktır¹⁹. Bu sorumluluk yöneticilerin/yönetim kurulunun bu görevi bizzat yapmasını gerektirmez ancak üçüncü kişilere tevdi halinde dahi sorumluluklarının devam edeceğini gösterir. Defter tutulması, kişiye bağlı bir görev yahut yetki deęildir²⁰.

C. TİCARİ DEFTER TUTMA SİSTEMİ

Tacirler ETTK m. 66'da sayılan defterler yanında işletmesinin mahiyet ve öneminin gerektirdiği defterleri de tutmakla yükümlüydü. Bu hüküm sebebiyle ETTK'da karma sistemin kabul edildiği ifade edilmekteydi²¹. Yani hem yasal olarak ismen gösterilen mecburi defterler hem de işletmenin öneminin gerektirdiği defterler tutulmak zorundaydı.

6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler öncesi TTK m. 64 (5) 'te yer alan;

“Yevmiye, defteri kebir ve envanter defteri dışında tutulacak defterler Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından bir tebliğ ile belirlenir”

hükümü ile karma sistem terk edilmiş ve mecburi defterleri tutma sistemi benimsenmişti. Zira Kanun tutulması gereken defterleri saymakta ve buna ek defterlerin TMSK tarafından çıkartılacak tebliğde sayılacağını belirtmekteydi. Mevcut durumda ise tacirin tutmakla yükümlü olduğu defterler sayılmamış ve böyle bir görev Kurum'a da verilmemiştir. Bu durumda tacirlerin tutmakla zorunda oldukları defterler TTK m. 64 (5)'in atfıyla VUK çerçevesinde belirlenecektir. Tacirlerin muhasebe ile ilgili defterlerden m. 64 (3)'de sayılanlar dışında tutacağı defterler VUK'ca belirlenecektir²².

¹⁷ Kamu Gözetimi, Muhasebe Ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (S.660) m. 9 (a) uyarınca Kurum'un görevleri arasında, “Tabi oldukları kanunlar gereği defter tutmakla yükümlü olanlara ait finansal tabloların; ihtiyaca uygunluğunu, şeffaflığını, güvenilirliğini, anlaşılabilirliğini, karşılaştırılabilirliğini ve tutarlılığını sağlamak amacıyla, uluslararası standartlarla uyumlu Türkiye Muhasebe Standartlarını oluşturmak ve yayımlamak” yer almaktadır.

¹⁸ Saklama yükümlülüğü ise ve ticari defterlere son kaydın yapıldığı, envanterin çıkarıldığı, ara bilançonun düzenlendiği, yılsonu finansal tablolarının hazırlandığı ve konsolide finansal tabloların hazırlandığı, ticari yazışmaların yapıldığı veya muhasebe belgelerinin oluştuğu takvim yılının bitişiyle başlar ve on yıl sürer (TTK m. 82 (5)).

¹⁹ Gerekçe m. 66.

²⁰ KARAHAN Sami, Ticari İşletme Hukuku, Konya 2012, s. 293.

²¹ ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku Ankara 2011, s.336.

²² KENDİGELEN, (2. Bası) s. 89.

D. TİCARİ DEFTER OLARAK KABUL EDİLEN DEFTERLERİN KAPSAMI GENİŞLETİLMİŞTİR.

TTK m. 64 (4)'de pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defteri gibi işletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan defterler de ticari defter olarak tanımlanmış ve bu şekilde ticari defter olarak kabul edilen defterlerin kapsamı genişletilmiştir. Görüldüğü üzere TTK bu hükümler ticari defterler arasında işletmenin muhasebesiyle ilgili olan ve olmayan defterler arasında bir ayırım yapmıştır. Yevmiye defteri, envanter ve defteri kebir işletmenin muhasebesine ilişkin defterlerken; m. 64 (4) sayılan defterler muhasebeye ilişkin olmayan defterlerdir²³.

Muhasebeye ilişkin olmayan defterlerin de ticari defter olarak sayılmasındaki amaç aşağıda görüleceği üzere bu defterlerin de kapanış onayına tabi olmalarını sağlamaktır²⁴.

E. AÇILIŞ KAPANIŞ ONAYLARI

ETTK'da açılış onayı yevmiye defteri, defteri kebir, envanter defteri, karar defterleri ve işletme defteri için zorunlu kılındığı halde, kapanış onayı sadece yevmiye defteri ile envanter defteri için öngörülmüştü.

6335 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden önce TTK m. 64 (3) hükmü şu şekildeydi;

“Ticari defterler, açılış ve kapanışlarında noter tarafından onaylanır. Kapanış onayları, izleyen faaliyet döneminin altıncı ayının sonuna kadar yapılır. Şirketlerin kuruluşunda defterlerin açılışı ticaret sicili müdürlükleri tarafından da onaylanabilir. Açılış onayının noter tarafından yapıldığı hâllerde noter, ticaret sicili tasdiknamesini aramak zorundadır. Türkiye Muhasebe Standartlarına göre elektronik ortamda veya dosyalama suretiyle tutulan defterlerin açılış ve kapanış onaylarının şekli ve esasları ile bu defterlerin nasıl tutulacağı Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca bir tebliğle belirlenir”

Bu hüküm ile tüm ticari defterlerin açılış ve kapanış onayına tabi oldukları düzenlenmektedir. Onay yetkisi genel olarak noterlere verilmekle birlikte, şirketlerin kuruluşunda defterlerin açılış yetkisi noterlerle birlikte kuruluştaki kolaylık sağlamak amacıyla ticaret sicili müdürlüklerine de tanınmıştır²⁵.

Bu hükmü ticari defterlerin kapsamı ile birlikte değerlendirdiğimizde pay defteri, müzakere defteri gibi defterlerin de açılış kapanış onayına tabi tutulduğunu görmekteydi. Gerekçede bu düzenlemenin amacı ise Türkiye’de oldukça yaygın olan çift defter uygulamasının önüne geçilmek olarak ifade edilmiştir. Gerekçede bu uygulamanın sadece anılan muhasebe defterlerinde değil yönetim kurulu karar defterlerinde de sıklıkla yaşandığı ifade edilmektedir²⁶.

6335 sayılı yapılan değişiklikten sonra ise, fiziki ortamda tutulan yevmiye defteri, defteri kebir ve envanter defteri ile pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defterinin açılış onaylarının, kuruluş sırasında ve kullanılmaya başlanmadan önce noter tarafından yapılacağı öngörülmüştür. Diğer bir deyişle açılış onayı “tüm ticari defterler” bakımından değil ancak sayılanlar için öngörülmüştür.

Kapanış onayı ise sadece yevmiye defteri ile yönetim kurulu karar defteri için düzenlenmiş olup, bu onay izleyen faaliyet döneminin üçüncü ayının sonuna kadar notere yaptırılır.

²³ POROY/YASAMAN, s. 224.

²⁴ Gerekçe m. 64.

²⁵ Gerekçe m. 64.

²⁶ Gerekçe m. 64.

Görüldüğü üzere kanun koyucu çift defter uygulamasını engellemek amacıyla öngördüğü kapanış onayını yevmiye defteri ve yönetim kurulu karar defteri dışındaki defterler için zorunlu tutmamıştır.

Kapanış onayı için 6335 sayılı Kanun öncesinde kanunda yer alan altı aylık süre ise üç ay olarak değiştirilmiştir. Bu sürenin uzun tutulmasının amacı sıkışıklığa yol açmamak olarak belirtilmiş olsa da, özellikle şirket genel kurullarının ilk üç ayda yapılması zorunluluğu karşısında verilen süre eleştirilmekteydi²⁷. Gerekçe de belirtilmemiş olsa da bu eleştirilerin dikkate alınarak sürenin üç ay olarak değiştirildiği söylenebilir. Halbuki ülkemizde şirket genel kurullarının ilk üç ay içinde yapıldığına sıkça rastlanılmamaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken kanuni yükümlülüklerle uyarak ilk üç ay içinde genel kurul yapacak şirketlerin defter tasdiklerinin aranmasının gerekmesidir. Her halükarda, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sayesinde, anılan kanuni süreler içinde uyum sağlanmıştır.

F. TİCARİ DEFTERLERİN ELEKTRONİK ORTAMDA TUTULMASI

TTK m. 65 (4) uyarınca defterlerin ve gerekli diğer kayıtların, elektronik ortamda tutulması mümkün kılınmıştır. Defterlerin ve gerekli diğer kayıtların elektronik ortamda tutulması durumunda, bilgilerin saklanma süresince bunlara ulaşılmasının ve bu süre içinde bunların her zaman kolaylıkla okunmasının temin edilmiş olması şarttır.

6335 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden önce elektronik ortamda veya dosyalama suretiyle tutulan defterlerin açılış ve kapanış onaylarının şekli ve esasları ile bu defterlerin nasıl tutulacağına 6102 sayılı TTK'da değinilmemiş, bu hususların tebliğle belirlenmesi öngörülmüştü.

6335 sayılı Kanun ile m. 64 (3)'e yapılan ekleme ile, ticari defterlerin elektronik ortamda tutulması hâlinde bu defterlerin açılışlarında ve yevmiye defteri ile yönetim kurulu karar defterinin kapanışında noter onayı aranmayacağı belirtilmiştir. Defterlerin tutulma şekli ve esasları ise yine Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile Maliye Bakanlığınca²⁸ müştereken çıkarılan tebliğle belirlenir.

G. TİCARİ DEFTERLERİN SAKLANMASI VE İBRAZİ

Ticari defterlerin saklanması ve ibrazı konusu TTK'da ETTK'ya benzer ancak daha detaylı bir biçimde düzenlenmiştir. Düzenleme TTK m. 82-88 arasında yer almaktadır. Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun yetkisini düzenleyen 88. madde dışında 6335 sayılı Kanun ile bu konuya ilişkin bir değişiklik yapılmamıştır.

1. Ticari Defterlerin Saklanması

Her tacir, ölümü halinde mirasçuları ve ticareti terk etmesi halinde kendisi defter ve kağıtları saklamakla yükümlüdür. ETTK m. 68 uyarınca ticari defterlerin saklanması yükümü ticari defter tutma yükümlüsü olarak gösterilmekteyken TTK m. 82 saklama yükümlüsünü "her tacir" ifadesiyle belirtmiştir. Şüphesiz tacirlerle birlikte defter tutma yükümlüsü olan, tacir gibi sorumlu olanlar ile tacir sayılanlar da ticari defterleri saklamakla yükümlü olacaklardır.

²⁷ KENDİGELEN Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (1. Bası), İstanbul 2011, (2011), s. 90.

²⁸ Vergi hukukunun ve denetiminin ticari defterler üzerindeki etkisi bu düzenlemede de Maliye Bakanlığının eklemesiyle hissedilmektedir.

TTK m. 82’de tacir tarafından saklanılacak belgeler tek tek sayılmıştır:

“*Tacir*

a) *Ticari defterlerini, envanterleri, açılış bilançolarını, ara bilançolarını, finansal tablolarını, yıllık faaliyet raporlarını, topluluk finansal tablolarını ve yıllık faaliyet raporlarını ve bu belgelerin anlaşılabilirliğini kolaylaştıracak çalışma talimatları ile diğer organizasyon belgelerini,*

b) *Alınan ticari mektupları,*

c) *Gönderilen ticari mektupların suretlerini,*

d) *64 üncü maddenin birinci fıkrasına göre yapılan kayıtların dayandığı belgeleri, sınıflandırılmış bir şekilde saklamakla yükümlüdür.”*

Sayılan tüm bu belgelerin de ticari defterlerle beraber saklanacağına öngörülmüş olması tacirler bakımından saklama yükümünün kapsamı hem netleştirilmiş hem de oldukça genişletmiştir²⁹.

Saklanacak defterler bu şekilde sıralandıktan sonra kanun ticari mektupları “bir ticari işe ilişkin tüm yazışmalar” olarak tanımlayarak bu konudaki tereddütleri gidermiştir.

Detaylı olarak sayılan bu defter ve belgelerin saklanması elektronik ortamda saklanması imkanının tanınması ve belgelerin elektronik ortamda hangi koşullarda saklanabileceğinin düzenlenmesi ile mümkün kılınmıştır (m. 82 (3) a/b).

Saklama süresi ise Tasarıda beş yıl iken, Adalet Komisyonu bu süreyi ETTK’da olduğu üzere yine 10 yıla çıkartmıştır³⁰. Bu değişikliğin sebebi “*uygulamada diğer kanunlarda bulunan zamanaşımı sürelerinden dolayı defter ve belgelere dayalı usulsüzlüklerin (zimmət, emniyeti suiistimal vb.) tespit edilebilmesi*” olarak gösterilmiştir³¹. aklama süresi, ticari defterlere son kaydın yapıldığı, envanterin çıkarıldığı, ara bilançonun düzenlendiği, yılsonu finansal tablolarının hazırlandığı ve konsolide finansal tabloların hazırlandığı, ticari yazışmaların yapıldığı veya muhasebe belgelerinin oluştuğu takvim yılının bitişiyle başlar.

Defter ve belgeler, mirasın resmi tasfiyesi ve tüzel kişiliğin sona ermesi halinde sulh mahkemesince saklanır. ETTK uyarınca komandit ve kolektif şirketlerin sona ermesi halinde ticari defterlerin için mahkeme tarafından ortaklardan birine yahut notere, diğer şirketler içinse yine notere tevdi olunacağı düzenlenmiştir.

²⁹ **YASAN** Mustafa, Zayi Belgesinin Temini İçin Gerekli Olan Koşulların 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri İle Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, BATİDER 2011, C. XXVII, S.2, s. 51-120, s. 68.

³⁰ İsviçre Borçlar Kanunu m. 962’de de 10 yıllık saklama süresi kabul edilmiş olup, bu süre son kaydın yapıldığı, muhasebe belgesinin oluşturulduğu veya yazışmaların alındığı yahut gönderildiği faaliyet yılının sona ermesi ile başlar; **ŞENER** Oruç Hami, Ticari Defterlerin Ve Belgelerin Saklanması, Zıyay, Zayi Belgesi, Böyle Bir Belgenin Alınması ve Alınmamasının Hüküm ve Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 6, Sayı: 1, 2004, s.233-294, s.240, Alman hukukunda ticari defterler, envanter, açılış bilançoları, yıllık gelir tabloları, faaliyet raporları, konsolide gelir tabloları, konsolide faaliyet raporları ve bu belgelerin anlaşılması için gerekli olan çalışma talimatları ve diğer işletme ile ilgili belgeler 10 yıl (HGB § 257/IV ve I, b. 1) ; ticari mektupların suretleri ise altı yıl süreyle saklanmak zorundadır (HGB § 257/IV ve I, b. 2-3 ve 4).

³¹ Adalet Komisyon Raporu, m. 82.

2. Ticari Defterlerin Ziyai ve İptali

Ziya ve iptale ilişkin olarak TTK m. 88 (6), ziya hallerine gösterilen örneklerle hırsızlığı eklemiştir. Yapılan bu ekleme ile doktrinde yapılan tartışmalara bir son verilmiştir. TTK'nın bu hükmü Yargıtay kararları ile uyumludur³². Ancak afet hallerinin dışında sadece hırsızlığın tahdidi olarak belirtilmiş olması ve burumun dolandırıcılığı dışarıda bırakacağı eleştirilmektedir³³.

HMK m. 382'de "*Ticari defterlerin ziyai hâlinde belge verilmesi*" bir çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilirken, TTK m. 88 (6) 'da terminolojik açıdan isabetsiz olarak ziya davasının hasımsız açılabilceği belirtilmiştir³⁴.

ETTK m.68/IV'de yer alan ve mahkemeden ziya belgesi alınmaması halinde tacirin defterlerini ibrazdan kaçınmış sayılacağına ilişkin hüküm TTK'da bulunmamaktadır. Her ne kadar TTK'da ispata ilişkin hükümlerin çıkarılmış olsa da HMK'da ispata ilişkin hükümler bulunmaktadır. Hatta TTK m. 562 m. 86 uyarınca³⁵ ibrazdan kaçınmaya ilişkin cezai yaptırım öngörmektedir. Ayrıca HMK 222/V ispat bakımından ibrazdan kaçınmaya ilişkin sonuçları düzenlemektedir. Bu hükümlerin varlığı ziya belgesi almamanın sonucu olarak "ibrazdan kaçınmanın" tanımlanmasını gerektirmektedir.

3. Defterlerin İbrazi ve Teslimine İlişkin Hükümler

TTK m. 83 (1)'de mahkemenin yabancı gerçek ve tüzel kişilerin defter teslimine karar verme yetkisini düzenlemektedir. Bu yetki mehaz HGB'de bulunmamaktadır. Bu konuda "Hukuki veya Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında Sözleşme", "Adli Yardım Taleplerinin İletilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi", "Hukuk Usulüne Dair Sözleşme Gibi Sözleşmeler" bulunmaktadır. Bu sözleşmeler dışında herhangi uygulanabilecek bir yaptırım ile desteklenmemiş bir şekilde anılan hükmün TTK'da yer alması ile amaçlanan fayda anlaşılamamıştır.

Yeni düzenleme ile hukuki uyumsuzlukta ticari defter ibraz edilmişse defterin ilgili kısımları tarafların katılımıyla inceleneceği de vurgulanmıştır.

Ticari defterlerin teslimi eskiden sadece miras, şirket ve iflas işlerinde mümkünken; TTK m. 85 uyarınca "malvarlığı hukukuna ilişkin davalarda" teslimin mümkün olduğu belirtilmiş ve bu tip davalara sınırlı olmayacak şekilde miras mal ortaklığı ve şirket tasfiyesi örnek verilmiştir. Tacirin malvarlığı hukuku ile ilgili olmayan davasının yok denecek kadar az olduğundan³⁶, ETTK'da kabul edilmiş olan sınırlı halde teslim ilkesinden vazgeçilmiştir.

TTK defter ve belgelerin görüntü ve veri taşıyıcılarında saklanması mümkün kıldığından bu vasıtalar ile ibrazın nasıl gerçekleşeceğini de m. 86'da düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca görüntü ve veri taşıyıcılarını ibraz eden okunması için gereken vasıtaların masraflarına katlanır ve bunların okunabilmesini sağlar.

³² Hırsızlığın ETTK döneminde zayı sayılma hali olarak kabulüne ilişkin yargı kararları ve eleştirisi için bkz. **KARAHAN**, s. 308 vd.; **ŞENER**, 252 vd.; **YASAN**, s.99 vd.; Kanaatimizce, TTK döneminde dahi her hırsızlık vakası ziya hali teşkil etmemeli, zayı olmaya ilişkin tüm koşulların (haricilik, kaçınılmazlık ve öngörülmezlik ve uygun illiyet bağının) bulunması gereklidir.

³³ **YASAN**, s. 109.

³⁴ **KENDİGELEN**, (2. Bası) s. 94.

³⁵ TTK m. 562 uyarınca, m.86'ya göre belgeleri ibraz etmeyenler, dörtbin Türk Lirası idari para cezasıyla cezalandırılır. TTK m. 86, görüntü ve veri taşıyıcılara aktarılmış belgelerin ibrazına ilişkindir. Halbuki kanaatimizce burada amaçlanan hukuki uyumsuzluklarda ibraz (TTK m.83) yükümlülüğüne uymamanın cezai yaptırımının düzenlenmesidir. Ancak mevcut durumda sadece m. 86'ya aykırılık cezai yaptırıma tabi olacaktır.

³⁶ **KAYAR**, s.376.

4. Cezai Sorumluluk

Öncelikle belirtmek gerekir ki, cezai sorumluluk başlıklı 12. Bölüm Anonim Şirketler kısmında yer almakta; ancak sadece anonim şirketler ilişkin suç ve cezaları düzenlemektedir.

TTK m. 562 uyarınca;

a) Ticari defter tutmaya yilişkin m.64 c. 1, 2, 3'deki yükümlülükleri yerine getirmeyenler;

b) m. 64 uyarınca belgelerin kopyasını sağlamayanlar,

c) m. 64 uyarınca gerekli açılış ve kapanış onaylarını yaptırmayanlar,

d) m.65'e uygun olarak defterlerini tutmayanlar,

e) m. 66'ya aykırı olarak envanter çıkaranlar,

f) m.86'ya göre belgeleri ibraz etmeyenler³⁷,

dörtbin Türk Lirası idari para cezasıyla cezalandırılır.

Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun yetkisini düzenleyen m. 88'e aykırı hareket edenler dörtbin Türk Lirası idari para cezasıyla cezalandırılır.

6335 sayılı Kanun ile maddeye konu suç ve cezalar orantılılık ilkesi çerçevesinde yeniden düzenlenmiştir³⁸.

H.HMK 222 ve TİCARİ DEFTERLE İSPAT

Ticari defterlerle ispat konusu ETTK m.82-86 ve 1465'de yer almaktaydı. TTK'da ise ticari defterlerle ispata ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu tercihin sebebi, genel gerekçede³⁹ şu şekilde ortaya konmuştur;

“Artık pek çok ülkenin kanununda yer almayan ve ispat hukukunun ilkeleriyle de pek bağdaşmayan ticari defterlerle ispat usulüne son verilmiştir. Ticari defterler doğal olarak mahkemenin takdirine bağlı delil olma niteliklerini korumaktadır.”

Görüldüğü üzere ticari defterlerle ispata ilişkin hükümlerin TTK'da yer almasının sebebi, bu hükümlerin TTK'da bulunmasındansa usul kanununda yer almasının daha doğru olacağını düşünülmesi değildir. Gerekçeden de açıkça anlaşılacağı üzere amaçlanan bu hükümlerin tamamen kaldırılmasıdır.

Ancak TTK hazırlık çalışmaları ile eşzamanlı olarak devam eden HMK çalışmalarında aksi görüş benimsenmiş ve kanun koyucunun da iradesiyle TTK'dan çıkarılan ticari defterlerle ispata ilişkin hükümler HMK'da yer bulmuşlardır. HMK Adalet Komisyon Raporu'nda bu durum şu şekilde açıklanmaktadır;

“Tasarıya, 225. maddesinden sonra gelmek üzere ticari defterlerin ibrazı ve delil olması ile ilgili olarak aşağıdaki gerekçelerle verilen önerge komisyonumuzca kabul edilmiş ve söz konusu madde, tasarıya yeni 228. madde olarak eklenmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun ticari defterlerle ispat konusunu düzenleyen 80. ile 86. maddeleri modern kanunlarda benzer hükümler yer almadığı gerekçesiyle Türk Ticaret Kanunu Tasarısına alınmamıştır.

Bu durum uygulamada önemli bir sakınca yaratacaktır... ticari defterlerle ispata ilişkin hükümlerin yürürlükten kaldırılması önemli bir boşluğa yol açacaktır. Bu nedenle, Türk Ticaret Kanunundaki yerleşmiş ve yaygın uygulaması olan ticari defter-

³⁷ bkz. dn. 35'de yapılan açıklamalar.

³⁸ 6335 sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin Gerekçesi m. 562.

³⁹ Genel Gerekçe, §110.

lerle ispat hükümlerinin yeni usul kanunumuza alınması ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında muhafaza edilmesi gerekmiştir”.

HMK’ya ticari defterlerle ispata ilişkin hükümlerin alınmasındaki amaç senetle ispat mecburiyetini yumuşatmaktır.

Budak’a göre şahitle ispat yasağı ve senetle ispat mecburiyetinin ülkemizde uygulanabiliyor olmasının sebebi ticari davalarda kullanılan özel ispat kurallarıdır⁴⁰. Senetle ispat mecburiyetinin uygulandığı Türk hukukunda ticari defterlerle ispata ilişkin kurallar senetle ispat mecburiyetinin katılığını yumuşatmakta ve geniş bir uygulama alanı bulmaktadır⁴¹.

Ticari defterlerle ispata ilişkin hükümlerin HMK’ya alınmasının bir diğer gerekçesi ise, ticari defterlerle ispata ilişkin hükümlerin yürürlükten kaldırılması önemli bir boşluğa yol açacak olmasıdır⁴².

Ayrıca ticari defterle ispatın maddi hukuktan ziyade değil de usuli nitelik taşıması sebebiyle bu hükümlerin HMK da yer alması uygun bulunmuştur.

HMK m. 222 uyarınca

“ (1) Mahkeme, ticarî davalarda tarafların ticarî defterlerinin ibrazına kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verebilir.

(2) Ticarî defterlerin, ticarî davalarda delil olarak kabul edilebilmesi için, kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yapılmış ve defter kayıtlarının birbirini doğrulamış olması şarttır.

(3) İkinci fıkrada belirtilen şartlara uygun olarak tutulan ticarî defter kayıtlarının sahibi ve halefleri lehine delil olarak kabul edilebilmesi için, diğer tarafın aynı şartlara uygun olarak tutulmuş ticarî defterlerindeki kayıtların bunlara aykırı olmaması veya ilgili hususta hiç bir kayıt içermemesi yahut defter kayıtlarının aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanmamış olması gerekir. Bu şartlara uygun olarak tutulan defterlerdeki sahibi lehine ve aleyhine olan kayıtlar birbirinden ayrılamaz.

(4) Açılış veya kapanış onayları bulunmayan ve içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticarî defter kayıtları, sahibi aleyhine delil olur.

(5) Taraflardan biri tacir olmasa dahi, tacir olan diğer tarafın ticarî defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtir, ancak, karşı taraf defterlerini ibrazdan kaçınırsa, ibrazı talep eden taraf iddiasını ispat etmiş sayılır.”

HMK m.222 (1), ETTK m. 80 ve TTK m.83’de de yer alan ibraz mükellefiyetini düzenlemektedir. ETTK m. 82’de yer alan “ ticari işlerden dolayı tacir sıfatını haiz olan kimseler arasında çıkan ihtilaflarda ticari defterler delil olur” ifadesi HMK m.222’de yer almamaktadır. Bunun yerine ticari davalarda mahkemelerin ticari defterlerin ibrazına kendiliğinden veya talep üzerine karar verebileceği düzenlenmiştir.

Ticari defterlerin sahibi lehine delil oluşturabilmesi için her iki tarafın da tacir olma şartı hükümdede açıkça ifade edilmemektedir⁴³. Ancak HMK m. 222 (5)’in yorumundan bu taraflardan ikisinin de tacir olmasının gerektiği çıkarılabilir.

⁴⁰ **BUDAK** Ali Cem, Ticari Defterlerle İspat Usulü Kaldırılmamalıdır, YÜHFD 2005, C.2, S.1, s.511-521, s. 512 vd.

⁴¹ **PEKCANİTEZ** Hakan/**ATALAY** Oğuz/**ÖZEKES** Muhammet, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2011, s. 493.

⁴² **KARSLI** Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011, s.487.

⁴³ **ARKAN**, s. 349; Yazar, ticari defterlerin sahibi lehine delil teşkil edebilmesi için her iki tarafın da tacir olmasının gerektiğinin HMK m. 222 (3) ’ten anlaşıldığını savunmaktadır. Ancak HMK m. 222 (3) ’ün, ticari defterle ispatlanmak istenen hususun karşı tarafın senet yahut diğer kesin delillerle çürütmesi ihtimalini de öngörmesi sebebiyle madde bu konuda netlik taşıma-

Yine ticari defterlerin sahibi lehine delil olabilmesi için, uyuşmazlığın her ikitarafın da defterlerine geçirmesi gereken bir ticari işten kaynaklanması şartı da HMK m. 222'de yer almamaktadır. Halbuki bu durum medeni usul hukukundaki tarafların eşitliği ilkesinin de bir gereğidir⁴⁴.

HMK 222 (2) uyarınca ticari defterlerin delil olabilmesi için: Kanuna göre tutulmuş, onayların yapılmış, birbirlerini doğrular nitelikte olması aranmaktadır. Burada bahsedilen defterlerin lehe delil teşkil etmesidir. 4. fıkradan da anlaşıldığı üzere bu özellikleri taşımayan defterler dahi aleyhe delil teşkil edecektir.

İspata ilişkin olarak HMK m. 222 ve ETTK m. 85 arasındaki en önemli fark, HMK m. 222 (3) uyarınca, bir defterin lehe delil teşkil edebilmesi için karşı taraf defterlerinde kayıt olmasının yeterli olmasıdır. Şöyle ki, ETTK m. 85 uyarınca,

“Kanuna uygun bir surette tutulan ve birbirini teyit eden ticari defterlerin münderecatı sahibi lehine delil ittihaz olunur; şu kadar ki hasım tarafın keza kanuna uygun surette tutulmuş olan ve birbirlerini teyideden defterleri buna aykırı olur veya bu hususta hiçbir kaydı havi bulunmazsa yahut iddianın dayandığı kaydın aksi, vesika veya diğer muteber delillerle ispat edilirse sözü geçen kaydın ispat kuvveti kalmaz.”

Görüldüğü üzere ETTK'ya göre, taraflardan biri ticari defterinin lehine delil oluşturmasını istiyorsa, karşı taraf defterlerinin onu çürütmemesi gereklidir. Aynı şekilde karşı taraf defterlerinde ispat edilmek istenen konuda hiçbir kayıt yok ise dayanan defterdeki kayıt ile ispat yapılamaz. Mesela A, ticari defterdeki kayda dayanarak B'ye karşı on bin TL alacağını ispat etmek istemektedir. B'nin ticari defterinde bu konuda hiçbir kayıt yoktur. Zira taraflar arasında böyle bir hukuki ilişki bulunmamaktadır. Sonuç olarak A ticari defterindeki kayda dayanarak iddia ettiği alacağı ispatlayamamıştır.

HMK m. 222 (3)'e göre ise A aynı koşullarda iddiasını ispatlamış sayılır. Zira B'nin defterlerinde hiçbir kaydın bulunmaması karşı tarafın iddiasını ispatlamış sayılması için yeterlidir. Bu hüküm hiçbir ispat ilkesi ile bağdaşmamaktadır ve bu şekilde uygulanması adaletsizliklere yol açacaktır⁴⁵. Büyük bir ihtimalle ETTK'daki hükmün hatalı bir şekilde aktarılmasından doğan bu durum bir an önce hüküm değiştirilerek düzeltilmelidir⁴⁶.

İspata ilişkin olarak değinilmesi gereken bir diğer konu ise, ticari defterlerle ispatın delil niteliğinin ne olduğudur. ETTK m. 82 “Kati Delil” kenar başlığını taşımaktaydı ve defterlerdeki kayıtların aksini ispat edebilmek için muteber delillerin

maktadır; Aynı yönde, **ALTAY S.**Anlam, Ticari Defterlerin İspat Gücüne Özgü Sorunlar, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, İstanbul 2012, s.100-109, s. 105-106.

⁴⁴ “Bir tacire tacir olmayan bir şahsa karşı iddiasını ticari defterlerle ispat imkanı tanıdığı halde diğer tarafın aynı imkandan yoksun bırakılması iddia ve savunma ilkesine aykırı olacağından ticari defterlerin tacirler arasında lehe delil olacağı kabul edilmiştir. Taraflardan birinin tacir olmaması halinde defterler lehe delil olmaz.” Y. 3. HD, E. 2002/3622, K. 2002/3911, T. 15.4.2002E. 2002/3622, (Kazancı1.11.2012)

⁴⁵ **KURU Baki/BUDAK Ali Cem**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İstanbul Barosu E-Dergisi, 2011/5, s.18, “Bu nedenle, HMK m. 222 (3) metnindeki “veya ilgili hususta hiç bir kayıtaçermemesi” ifadesi en yakın zamanda yapılacak bir kanun değişikliğiyle” düzeltilinceye kadar, bu ifadenin (işin mahiyetine ve Türk Ticaret Kanunu'nun” yürürlükteki hükümlerine de paralel olarak) “veya diğer tarafın ikinci fıkroda belirtilen şekilde tutulmuş defterlerini hiç ibraz etmemesi” şeklinde anlaşılması gerektiği kanısındayım.”

⁴⁶ **KARAHAN**, s.316; Ayrıca bkz. **KARAHAN Sami**, Yeni Kanuni Düzenlemelerde Ticari Defterlerin Delil Olması, Yaklaşım Dergisi, Ekim 2012, s. 16-19.

gösterilmesi gerekiyordu. Ancak, ticari defterlerin delil niteliği doktrinde tartışılmaktaydı⁴⁷. HMK' da ise ticari defterler için "kesin deliller" tanımlaması yapılmış ve bu tartışma sonlandırılmıştır⁴⁸.

SONUÇ

Bu incelemede TTK ve HMK kapsamında ticari defterlere ilişkin hükümler çerçevesinde dikkat çeken başlıklar temel hatlarıyla ele alınmıştır. İncelenen konular değişikliklerin tamamını içermemekte, dikkat çekici konulara işaret edilmektedir.

Bu açıdan görülmektedir ki, 6102 sayılı TTK'nın gerekçesinden uzaklaşmıştır. Tasarının gerekçesi birçok bakımdan kanun ile zıt olup, kanunun yorumunda kullanılacak bir nitelik taşımamaktadır. Bu çelişkinin sebebi 6335 sayılı Kanun ile getirilmiş olan değişikliklerdir. Ne yazık ki, 6335 sayılı Kanunun gerekçesi de yürürlüğe girmesi beklenen bir kanunun hemen öncesinde bu şekilde değiştirilmesine ilişkin doyurucu açıklamalar içermemektedir.

Kanun koyucunun iradesine ilişkin bir başka sıkıntı da yukarıda görüldüğü üzere TTK'da ticari defterlerin ispat vasıtası olarak kaldırılmasına rağmen bu düzenlemelerin çeşitli eksikliklerle ve yanlışlıklarla HMK'ya alınmasıdır. Yine her iki Kanunun Tasarı Gerekçeleri incelendiğinde kanun koyucunun bilinçli tercihler yapmadığı anlaşılmaktadır. Aksi takdirde tamamen zıt gerekçelerle biçimlendirilmiş iki farklı kanunun kabul edilmesi mümkün olmamalıdır.

⁴⁷ ÜLGEN Hüseyin, Ticari Defterlerle İspat, BATİDER, C. IV, S.1, Yıl 1967, s. 86-103, s. 101 vd.;BUDAK, s. 516-517.

⁴⁸ KARSLI, s. 487.

2. GÜN: 11 MAYIS 2012

5. OTURUM

TEBLİĞLER

*** İŞLETME KONUSU VE 6102 SAYILI TÜRK
TİCARET KANUNUNA GÖRE TİCARET ŞİRKETLERİNİN
EHLİYETİ VE TEMSİLİ**

Doç. Dr. Murat ALIŞKAN

*** YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NDA
ŞİRKET BİRLEŞME VE DEVRALMALARINDA
TEMİNAT VE DENKLEŞTİRMELER**

Av. Cahit AĞAOĞLU

*** BÖLÜNMEYE KATILAN ŞİRKETLERİN MÜTESELSİL
SORUMLULUKLARININ SINIRLANDIRILMASI**

Yrd. Doç. Dr. Hülya ÇOŞTAN

İŞLETME KONUSU VE 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNUNA GÖRE TİCARET ŞİRKETLERİNİN EHLİYETİ VE TEMSİLİ

Doç. Dr. Murat ALIŞKAN*

ÖZET

6102 sayılı (yeni) TTK'da; 9 Mart 1968 tarih ve 68/151/AET sayılı Şirketler Hukukuna İlişkin Birinci Konsey Yönergesi'ne uyararak ve öte yandan, hep gündemde olan eleştiriler dikkate alınarak, ticaret şirketlerinin hak ehliyetinin işletme konusuyla sınırlı olması kuralı (6762 sayılı TTK m. 137), tüm ticaret şirketleri bakımından kaldırılmıştır (6102 sayılı TTK m. 125/no.2).

Fakat, işletme konusunun temsil yetkisi üzerindeki etkisi, üçüncü kişilere karşı olmak üzere, devam etmektedir (m. 233, m. 271). Artık üçüncü kişilere karşı, temsilci tarafından şirketin işletme konusu dışında işlem yapıldığı, dolayısıyla "temsil yetkisinin aşılması sebebiyle işlemin şirketi bağlamadığı" iddiaları bağlamında olmak üzere, sorunlar devam edecektir. Kanaatimizce; işlem ve pazar güvenliğinin sağlanması için, işletme konusunun, üçüncü kişilerle olan ilişkiler bakımından, temsil yetkisi üzerinde etkisinin kabul edilmemesi daha isabetli olacaktır.

Anahtar Sözcükler: Ultra vires, ehliyet, işletme konusu, işlem güvenliği, temsil yetkisi.

ABSTRACT

(New)Turish Commercial Code (TCC) numbered 6102 has abandoned the rule of ultra vires (which limites the capacity of the companies with their field of activity, considering the current critcs and in compliance with the 1st Company Law Directive numbered 68/151/EEC dated March 9, 1968 (TCC numberd 6102 art. 125/no.2)

However, the effect of the field of activity over the representation power via third parties continues(art. 233, art. 271). Accordingly the discussions will go on with regards to the claims as "the company shall not be bound by the transactions due to lack of authority". In our point of view, it would be more appropriate to accept the effect on representation power via third parties in ortder to maintain transaction and market security.

Keywords: *Ultra vires, capacity, objects of company, protection of third parties, ultra vires of directors, directors' authority.*

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I- KAVRAM

Ultra vires, şirketin ehliyetinin, şirket sözleşmede yazılı olan işletme konusu ile sınırlı olması demektir. Buna göre, şirket sözleşmesinde yazılı olan işletme konusu dahilindeki işlemler intra vires, bu konu dışındaki işlemler ise ultra vires kabul edilir. Ultra vires işlemler “yok” hükmündedir¹.

Hemen belirtmek gerekir ki ultra vires; tarihsel süreç içinde, doğrudan doğruya şirketin ehliyetiyle ilgili anlamı (ultra vires of corporation) yanında, bir de organın yetkisini aşması (ultra vires of directors) biçiminde olmak üzere, iki biçimde anlaşılıp uygulanmıştır².

Ultra vires teorisinin kaynağı İngiliz hukukudur ve şirketin belirli bir konu için kral tarafından verilen imtiyaz ile kurulduğu zamanlara dayanır. Şirketin söz konusu imtiyazın dışına çıkmasını önlemek bakımından fonksiyon icra eden söz konusu teori, daha sonraları da mahkemeler tarafından, yöneticilerin hisse senedi sahiplerinin menfaatlerini tehlikeye atacak faaliyetlere girişmelerini önlemek bakımından uygulanagelmıştır³. Alman hukuk sistemi bu teoriye yabancıdır⁴. Ultra vires teorisinden ABD hukukunda vazgeçilmiş⁵ ve nihayet İngiltere de (aşağıda yer vereceğimiz) 9 Mart 1968 tarih ve 68/151/AET sayılı Şirketler Hukukuna İlişkin Birinci Konsey Yönergesi’ne uyarak söz konusu teoriyi kaldırmıştır⁶.

Öte yandan, ultra vires kuralının kişi şirketleri alanında da uygulanmasına öteden beri karşı çıkmıştır⁷.

II-Ultra vires teorisinin ifadesini bulduğu 6762 sayılı TTK. m. 137 hükmü şöyledir: “Ticaret şirketleri hükmü şahsiyeti haiz olup, şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar saklıdır.”⁸

Söz konusu Kanun m. 321/f.1’de de “Temsile salâhiyetli olanlar şirketin maksat ve mevzuuna dahil olan her nev’i işleri ve hukukî muameleleri şirket adına yapmak ve şirket unvanını kullanmak hakkını haizdirler.” hükmü yer alır. Madde 542’deki atfı uyarınca bu kural limited şirketler bakımından da geçerlidir.

¹ Örneğin bkz. **POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU)**, s. 83; **ÜLGEN**, s. 1288; **TEKİNALP** (Ultra Vires, s. 45; Yeni Anonim ve Limited Ortaklık İle Tek Kişi Ortaklığı, s. 145) ; **PULAŞLI**, Şirketler Hukuku, s. 53; **KENDİGELEN**, Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kuruluşun Doğan Sorumluluk, s. 517; **TEKİL** (Şirketler Hukuku, s. 151; Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, s. 113) ; **BAHTİYAR**, s. 40; **FRANKO**, s. 45; **CAN**, s. 21; karşı. **KUNTALP**, s. 14 vd.; **KENDİGELEN**, Yeni TTK.-Tespitler, s. 100.

Örneğin, Y. 11. HD., T. 18.03.2010, E. 2008/126, K. 2010/2987 (**YARALI**, s. 325-327).

² **ARSLANLI**, s. 501 vd.; **PULAŞLI**, Şirketler Hukuku, s. 53 dn.14 ve ilgili metin; **FRANKO**, s. 44-45; **KENDİGELEN**, Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kuruluşun Doğan Sorumluluk, s. 514.; **TEKİL** (Şirketler Hukuku, s. 152; Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, s. 114).

³ Bkz. **POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU)**, s. 83; **TEKİL** (Şirketler Hukuku, s. 151-152; Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, s. 113-114) ; **TEKİNALP**, s. 45-46.

⁴ Örneğin, **POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU)**, s. 84; **TÜRK H. S.**, 10.

⁵ **POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU)**, s. 83; **CAN**, s. 21, 62, 66.

⁶ Bkz. **POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU)**, s. 83-84; **PULAŞLI**, Şirketler Hukuku, s. 54; **FRENCH/MAYSON/Ryan**, s. 619, 631.

⁷ Bkz. **TEKİL** (Şirketler Hukuku, s. 152; Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, s. 114).

⁸ Bkz. **PULAŞLI**, Şirketler Hukuku, s. 52 vd.

III-9 MART 1968 TARİH ve 68/151/AET SAYILI ŞİRKETLER HUKUKUNA İLİŞKİN BİRİNCİ KONSEY YÖNERGESİ⁹

9 Mart 1968 tarih ve 68/151/AET sayılı Şirketler Hukukuna İlişkin Birinci Konsey Yönergesi; esas itibariyle, anonim, paylı komandit ve limited şirketlere ilişkin önemli hususların kamuya açıklanması (tescil ve ilân) sistemini getirmesi sebebiyle “Kamuyu Aydınlatma Yönergesi” olarak da adlandırılmaktadır.¹⁰

Yönerge'nin, “Bölüm II/Bir Şirket Tarafından Üstlenilen Borçların Geçerliliği” kısmında yer alan hükümlerden (m. 7 – m. 9) m. 9¹¹ uyarınca;

1. Şirket, organları tarafından yapılan işlemlerden dolayı, faaliyet konusuna girmese bile, bu işlemler kanunen organlara tanınan veya tanınmasına izin verdiği yetkileri aşmadığı sürece bağlıdır.

Bununla birlikte, Üye Devletler, işlemin faaliyet konusu dışında olduğunun üçüncü kişi tarafından bilindiğini veya halin icabından bilinmemesinin mümkün olmayacağını ispatlayan şirketin, faaliyet konusuna girmeyen işlemde dolayı bağlı olmayacağını öngörebilirler; şu kadar ki, ana sözleşmenin ilân edilmiş olması, bu durumu ispat için tek başına yeterli delil olmaz.

2. ve 3. Ana sözleşme veya yetkili organların kararıyla şirket organlarına getirilen yetki sınırlamaları, kamuya açıklanmış olsa dahi, şirketin temsili yetkisinin müşteriye kullanılması veya tek bir temsilciye bırakılması istisnası haricinde, üçüncü kişilere karşı hiçbir şekilde ileri sürülemez.

Yönerge'de öngörülen bu düzenleme; organların yetkili olması kaydıyla konu dışı işlemlerin geçerli sayılması ilkesinden hareket edilmekle (m. 9/no.1, f.1) birlikte; belirli şartlar dahilinde ultra vires teorisinin kabul edilebilmesine imkan tanındığı¹² (m. 9/no.1, f.2), dolayısıyla (o tarihlerdeki) İngiliz hukukuyla ultra vires teorisinin bulunmadığı üye devlet hukukları arasında bir tür orta yol bulunmuş olduğu şeklinde değerlendirilmiştir.¹³

Öğretideki bir diğer görüş ise, Yönerge'nin söz konusu hükümlerini şöyle değerlendirmiştir: Yönerge'de, üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması yolunda, klasik anlamı (ultra vires of corporation) itibariyle ultra vires'in kaldırıldığı, yani şirketin hak ehliyetinin (capacity) konusuyla sınırlandırılması anlayışına son verildiği görülmektedir. Bununla birlikte, bu defa ortakların menfaatlerinin korunmasına yönelinerek, üye devletlere, işlemin faaliyet konusu dışında olduğunun üçüncü kişi tarafından bilindiği veya halin icabından bilinmemesinin mümkün olmayacağı ispatlanmak şartıyla, faaliyet konusuna girmeyen işlemde dolayı şirketin bağlı olmayacağının kararlaştırılabilmesi imkanı tanınmıştır. Böylece, Yönerge'de, üye devletlere, ultra vires ilkesine tarihsel süreç içinde verilen ikinci anlam (ultra vires of directors) bağlamında, diğer bir anlatımla, organların temsil yetkisinin faaliyet konusuyla sınırlandırılması bakımından düzenleme yapabilme imkanı tanınmış olup, bu anlamda (ultra vires of directors) ultra

⁹ Bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31968L0151:EN:NOT>

¹⁰ Bkz. **KAYA**, s. 485; **KENDİGELEN**, Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kuruluşun Doğan Sorumluluk, s. 507; 6102 sayılı TTK./Genel Gerekeç/C/III/2, -Parg. 34, H/II/1/a-Parg. 112 (**KENDİGELEN**, Yeni TTK., s. 21, 51) ve Madde Gerekeçleri/Madde 39 Gerekeçesi (**T.C. Adalet Bakanlığı**, s. 416; **KENDİGELEN**, Yeni TTK., s. 159) ; **YILDIZ Ş.**, 68/151/EEC Sayılı Yönerge, s. 276).

¹¹ Bkz. **KARAYALÇIN**, s. 15 dn.; **TÜRK H. S.**, s. 10; **KENDİGELEN**, Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kuruluşun Doğan Sorumluluk, s. 510-511.

¹² Bu açıdan, **KENDİGELEN**, Tartışmalar, s. 44'e; **YILDIZ B.**, Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından, s. 128 dn.47'ye de bkz.

¹³ **TÜRK H. S.**, s. 10-11.

vires anlayışının devam edebilmesi söz konusudur¹⁴. İşte bu sebeple Yönerge'de ultra vires teorisinin tam anlamıyla kaldırılmadığı söylenebilir¹⁵.

Bu arada, 68/151/AET sayılı Yönerge m. 9'daki bu düzenleme, söz konusu Yönerge'nin yerine geçen 2009/101/AT sayılı Yönerge¹⁶ m. 10'da yer almaktadır¹⁷.

IV- 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNUNDAKİ TİCARET ŞİRKETLERİNİN EHLİYET VE TEMSİLİNE İLİŞKİN DÜZENLEME VE DEĞERLENDİRME

1. EHLİYET

Madde 125/f.2: “Ticaret şirketleri, Türk Medenî Kanununun 48 inci maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilir. Bu husustaki kanuni istisnalar saklıdır.”

Bu hüküm ile (yukarıda söz ettiğimiz) 9 Mart 1968 tarih ve 68/151/AET sayılı Şirketler Hukukuna İlişkin Birinci Konsey Yönergesi dikkate alınarak tüm ticaret şirketleri (kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketler) bakımından, üçüncü kişilerin korunması, işlem ve pazar güvenliğinin sağlanması amacıyla kaldırılmış olmaktadır¹⁸.

TMK m. 48 hükmüne göre ise, “Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler.”

Bu arada, tasfiye haline giren kollektif ve komandit şirketin ehliyeti, 293. madde hükmü saklı kalmak kaydıyla, tasfiye amacıyla sınırlanır (m. 269, m. 328).

2. TEMSİL

A. Kollektif ve Komandit Şirketlerde

6102 sayılı TTK'nda Kollektif şirketlerde temsilin kapsamını düzenleyen m. 233/no.1 hükmüne göre, şirketin temsile yetkili olan kimse, şirketin **işletme konusuna giren** her türlü iş ve hukuki işlemleri şirket adına yapmak ve şirketin unvanını kullanmak yetkisine sahiptir. Bu hüküm, m. 317, m. 318/no.1 uyarınca (adi) komandit şirketler ve m. 565/no.1'deki atf uyarınca sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler bakımından¹⁹ da geçerlidir.

6102 sayılı TTK m. 125 ile 6762 sayılı TTK m. 137 hükmündeki ultra vires ilkesi kaldırılmış olmakla birlikte, bu defa, temsil yetkisinin işletme konusuyla sınırlanılmaktadır. Elbette, temsilcinin şirketin işletme konusu dışında işlem yapması durumunda, ultra vires ilkesinin geçerli olduğu zamandaki gibi “yokluk” söz konusu değildir ve Borçlar Kanunundaki yetkisiz temsil hükümleri uyarınca şirket bu işleme icazet verebilecektir²⁰. Fakat, temsil yetkisini işletme konusuyla sınırlayan bu hükmün (m.

¹⁴ **KENDİGELEN**, Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kuruluştan Doğan Sorumluluk, s. 514.

¹⁵ **KENDİGELEN** (Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kuruluştan Doğan Sorumluluk, s. 514; Tartışmalar, s. 44).

¹⁶ Bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:044:0062:0078:EN:PDF>

¹⁷ Bkz. **KIRCA**, s. 79; **YILDIZ B.**, Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından, s. 113-114 dn.3.

¹⁸ Bkz. m. 125 gerekçesi (**KENDİGELEN**, Yeni TTK., s. 248), Genel Gerekçe Parg. 112 (**KENDİGELEN**, Yeni TTK., s. 51).

¹⁹ Bkz. **KIRCA**, s. 77-78 (dn.14), s. 78 (dn.15, dn.16) ; **BAHTİYAR**, s. 41; **YILDIZ B.** (Ultra Vires Sınırlamasının Yerindeligi, s. 339 dn. 69; Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından, s. 131-132).

²⁰ Ayrıca, **YILDIZ B.**, Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından, s. 122; **BAHTİYAR**, s. 41.

233/no.1), üçüncü kişilerin korunması anlayışı bakımından isabetli olmadığı ve uygulamada sorunlara yol açacağı açıktır²¹. Konu dışı işlemler karşısında üçüncü kişilerin korunması amacıyla anonim şirketlere ilişkin olan ve limited şirketler bakımından da geçeli 6102 sayılı yeni TTK m. 371 (m. 629/1) hükmüne paralel bir düzenleme, şahıs şirketleri bakımından öngörülmesi değildir.

Gereğesinde m. 233'ün, 6762 sayılı TTK m. 176'nın tekrarı olduğu açıklaması yer almaktadır²². Şu kadarını belirtelim ki; 6762 sayılı TTK m. 176 hükmünde temsilcinin "**şirketin gayesine dahil**" her türlü iş ve hukuki işlemleri şirket adına yapabileceği öngörülmekte ve 6762 sayılı TTK m. 137 hükmüne rağmen şirket temsilcilerinin yetki sınırını "**şirket gayesi**"yle sınırlayan bu hükümden (6762 sayılı TTK m. 175) hareketle kolektif şirketlerin hak ehliyetinin işletme konusuyla sınırlı olmadığı savunulmakta²³ iken, bu kez 6102 sayılı TTK m. 233/no.1 temsil yetkisi "**şirketin işletme konusu**"yla sınırlanmakla daha da geri gidilmiştir²⁴.

Bize göre de 6102 sayılı TTK'nun getirdiği yeni sistem içinde, en azından, aşağıda üzerinde duracağımız, m. 371/no.2'de düzenlemenin, kolektif ve komandit şirketler dahil, tüm ticaret şirketlerini kapsayacak şekilde, m. 125 içinde yer alması daha uygun olurdu²⁵.

B. Anonim ve Limited Şirketler

Anonim şirketlerde temsil yetkisinin kapsamı ve sınırları, 6102 sayılı yeni TTK m. 371 hükmünde düzenlenmektedir. Bu hüküm, m. 629'daki atıf yoluyla limited şirketler hakkında da uygulanır.

Söz konusu 6102 sayılı yeni TTK m. 371 hükmündeki düzenleme şöyledir:

"(1) Temsile yetkili olanlar şirketin amacına ve işletme konusuna giren her türlü işleri ve hukuki işlemleri, şirket adına yapabilir ve bunun için şirket unvanını kullanabilirler. Kanuna ve esas sözleşmeye aykırı işlemler dolayısıyla şirketin rücu hakkı saklıdır.

(2) Temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar; meğerki, üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilsin. Şirket esas sözleşmesinin ilan edilmiş olması, bu hususun ispatı açısından, tek başına yeterli delil değildir."

1. Görüldüğü üzere, temsile yetkili olanların, şirketin amacına ve işletme konusuna giren her türlü işleri ve hukuki işlemleri, şirket adına yapabilir ve bunun için şirket unvanını kullanabilirler. Kanuna ve esas sözleşmeye aykırı işlemler dolayısıyla şirketin rücu hakkı saklıdır.

Söz konusu maddenin (371) gereğesinde, "...Esas sözleşmenin konu hükmüne aykırı işlemlerle bu sınırın aşılması hâlinde şirketin rücu hakkı vardır. Başka bir deyişle, şirketin amacı ve işletme konusu dışında yapılan işlemler da, ikinci fıkrada açıkça belirtildiği üzere, şirketi bağlar, üçüncü kişiye karşı şirket sorumludur; ancak,

Karş. PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi C.I, s. 354-355; KIRCA, s. 72-73, 77-78 (dn.14) ; TÜRK A., s. 2165.

²¹ KENDİGELEN, Yeni TTK.-Tespitler, s. 169.

²² Bkz. KENDİGELEN, Yeni TTK., s. 354.

²³ İMREGÜN (Kolektif ve Komandit Ortaklıklar, s. 23 vd.; Kara Ticareti Hukuku, s. 171-172) ; ERİŞ, s. 1654-1655.

²⁴ KENDİGELEN, Yeni TTK.-Tespitler, s. 168, 169.

²⁵ ARKAN, s. 49. Karş. TÜRK A., s. 2165.

sınırı aşan temsil yetkisini haiz kişiye karşı şirket rücu talebinde bulunabilir” açıklaması yer almaktadır²⁶. Esasen yönetim kurulu üyeleri kanun ve esas sözleşmeye aykırılık hallerinde zaten şirkete karşı sorumlu olmakla birlikte (m. 549 vd.), burada, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun özel olarak düzenlendiği görülmektedir²⁷.

2. 371. maddenin f.2 hükmüne göre, temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de prensip olarak şirketi bağlar. Fakat, üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden bilebilecek durumda bulunduğu ispat edildiği takdirde işlem şirketi bağlamayacaktır. Üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilmek şartıyla ona karşı işlemin şirketi bağlamadığının ileri sürülebilmesi öngörülmek suretiyle, yukarıda yer verdiğimiz 68/151/AET sayılı Şirketler Hukukuna İlişkin Birinci Yönerge m. 9/no.1, f.2 hükmünde tanınan imkanın kullanılması yoluna gidildiği anlaşılmaktadır.

Ancak, (6102 sayılı TTK) m. 371/f.2, c.1’de, “meğerki, üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu **bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu** ispat edilsin” denilerek, hüküm TMK m. 3’e uygun bir şekilde yapılandırıldı²⁸ halde, uyum sağlamaya çalışılan 68/151/AET sayılı Yönerge m. 9/no.1, f.2’de (ve 2009/101/AT sayılı Yönerge m. 10/no.1, f.2’de), işlemin faaliyet konusu dışında olduğunun üçüncü kişi tarafından **bilindiğini veya halin icabından (=durumun gereğinden) bilinmemesinin mümkün olmayacağını** ispat edilmesi ifadesi yer almaktadır. Yönerge’nin bu ifadesi, TMK m. 3’deki “bilmesi gerekme”yi içermemekte olup; “müspet vukuf’a (6762 sayılı TTK m. 39/f.2) yakındır²⁹. O halde, Yönerge’de üçüncü kişilerin korunması amacıyla işlemin şirketi bağlamadığının ileri sürülebilmesi bakımından TMK m. 3’e nazaran daha dar bir alan söz konusu³⁰ iken, TMK m. 3’e göre yapılandırılmakla m. 371/1 hükmünün, Yönerge (m. 9/no.1, f.2) ve üçüncü kişilerin korunması amacına tam uygun olmadığı söylenebilir³¹.

Nitekim, isabetli olarak³² m. 539/no.2 hükmünde; “Tasfiye memurlarının üçüncü kişilerle tasfiye amacı dışında yaptığı işlemler şirketi bağlar; meğerki, üçüncü kişinin işlemin tasfiye amacı dışında olduğunu **bildiği veya hâlin gereğinden bilmesinin mümkün olmayacağı ispat edilsin**. Tasfiyenin sadece tescil ve ilan edilmesi, bu hususun ispatı için yeterli değildir.” denilmektedir.

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki; tasfiye halindeki anonim şirket de TMK. m. 48 çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilir. Diğer bir anlatımla, m. 125/no.2 hükmü, tasfiye döneminde de şirketin hak ehliyeti bakımından geçerli olmaya devam eder. Şirket organlarının yetkileri ise, tasfiye amacıyla sınırlanır

²⁶ Bkz. **KENDİGELEN**, Yeni TTK., s. 453, **T.C. Adalet Bakanlığı**, s. 505.

²⁷ Ayrıca, **KENDİGELEN** (Yeni TTK.-Tespitler, s. 169; Tartışmalar, s. 44) ve **TÜRK A.**, s. 2168-2169’a da bkz.

²⁸ **TEKİNALP**, Yeni Anonim ve Limited Ortaklık İle Tek Kişi Ortaklığı; **KENDİGELEN**, Yeni TTK.-Tespitler, s. 224-225; **KIRCA**, s. 77 dn.11; **BAHTİYAR**, s. 41; **GÜNEY/YILMAZ**, s. 8, 9. Ayrıca bkz ve karşı. **PULAŞLI**, Şirketler Hukuku Şerhi C.I, s. 1017; **TEKİNALP**, Yeni TTK ve Ticari Mevzuat, s. 172; **YILDIZ B.**, Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından, s. 125 vd.

²⁹ **KENDİGELEN** (Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kuruluştan Doğan Sorumluluk, s. 514; Yeni TTK.-Tespitler, s. 225).

³⁰ **KENDİGELEN**, Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kuruluştan Doğan Sorumluluk, s. 514.

³¹ **KENDİGELEN**, Yeni TTK.-Tespitler, s. 225.

³² Bkz. **KENDİGELEN**, Yeni TTK.-Tespitler, s. 225 dn.55, s. 384; karşı. **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 548.

(m. 533/no.2, c. son, m. 535)³³. Şirketle ilişkiye giren üçüncü kişilerin korunması amacıyla öngörülen ve yönetim kurulunun temsil yetkisine dair m. 371/no.2'deki düzenlemenin paraleli hüküm de yukarıda yer verdiğimiz m. 539/no.2'de yer almaktadır³⁴. Bu hükümler, limited şirket bakımından da geçerlidir (m. 643)³⁵.

3. Gereçtede m. 371/no.2 c.son'un m. 354 ile uyumlu olduğu ifade edilmektedir³⁶. Gerçekten de m. 354/no.1'de, m. 339 (no.2, b) uyarınca "Esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusu"nu içermesi zorunlu olan esas sözleşmenin tamamının ticaret siciline tescil ve TSG'nde ilan edileceği belirtildikten sonra, tescil ve ilan olunan esas sözleşmeye, m. 36/no.1'deki sicil olumlu (müspet) etkisinin uygulanacağı hususlar sayılmış; fakat bunlar arasında işletme konusuna yer verilmemiştir. Böylece işletme konusu bakımından m. 36/no.1'deki sicil olumlu etkisi söz konusu olmayacaktır. Yani ilan edildi diye üçüncü kişi şirketin konusunu bilmek durumunda değildir. Bu bakımdan, m. 371/no.2 c.son hükmünün m. 354/no.1 hükmüyle uyumlu olduğu açıktır³⁷.

Limited şirket sözleşmesinde de "Esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde, şirketin işletme konusu"nun yer alması zorunludur (m. 576/b) ve yine şirket sözleşmesinin tamamı tescil ve TTSG'de ilan edilir (m. 587). Fakat bu defa, m. 36/no.1'deki sicil olumlu etkisinin uygulanacağı hususlar arasında, anonim şirketten farklı olarak ve dikkatsizlik sonucunda, "Esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusu" da sayılmıştır (m. 587/c). Söz konusu m. 587'ye rağmen, "Müdürlerin temsil yetkilerinin kapsamına, yetkinin sınırlandırılmasına, imzaya yetkili olanların belirlenmesine, imza şekli ile bunların tescil ve ilanına bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin ilgili hükümleri kıyas yolu ile uygulanır." (m. 629/no.1) hükmü uyarınca, m. 371/no.2, c.son'daki, "Şirket esas sözleşmesinin ilan edilmiş olması, bu hususun ispatı açısından, tek başına yeterli delil değildir." hükmünün limited şirketler bakımından da uygulanması gerekir. Kanaatimizce de gerek m. 629/no.1'deki atıf uyarınca m. 371/no.2, c.son'daki düzenleme ve gerekse kanun koyucunun 68/151/AET sayılı Yönerge m. 9/no.1, f.2 bağlamında AT müktesabatına uyum sağlama amacı bunu gerektirir³⁸. Öte yandan, Kanunun sistemiyle bağdaşmayan ve ihmal ürünü olan, m. 587/c'deki, "Esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusu" kısmının metinden çıkarılarak durumun düzeltilmesi gerektiği de açıktır³⁹.

4. Gerek anonim gerek limited şirket bakımından, tescil ve ilan olunan esas sözleşmeye/şirket sözleşmesine m. 36/no.1'deki sicil olumlu etkisinin uygulanacağı hususlar arasında şirketin ticaret unvanı da sayılmıştır (m. 354/no.1, b, m. 587/b). Diğer

³³ Bkz. Madde Gereççeleri/Madde 539 Gereççesi (**KENDİGELEN**, Yeni TTK., s. 647; **T.C. Adalet Bakanlığı**, s. 590) ; **KENDİGELEN**, Yeni TTK.-Tespitler, s. 379-380. **BAHTİYAR**, s. 41-42; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 546'ya da bkz.

³⁴ Bkz. Madde Gereççeleri/Madde 533 Gereççesi (**KENDİGELEN**, Yeni TTK., s. 642; **T.C. Adalet Bakanlığı**, s. 588) ; **KENDİGELEN**, Yeni TTK.-Tespitler, s. 383-384, 385; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 547-548.

MOROĞLU, s. 286-287'ye de bkz.

³⁵ **YILDIZ Ş.**, Limited Şirketler Hukuku, s. 292'ye de bkz.

³⁶ Bkz. **KENDİGELEN**, Yeni TTK., s. 453; **T.C. Adalet Bakanlığı**, s. 505.

³⁷ **PULASLI**, Şirketler Hukuku Şerhi C.I, s. 1017; **KIRCA**, s. 71-72, 77 dn.5; **YILDIZ B.**, Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından, s. 125, 131 dn.55.

³⁸ **KIRCA**, s. 72; **YILDIZ B.**, Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından, s. 130-131.

³⁹ Aynı yönde, **YILDIZ B.**, Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından, s. 131 dn.55, dn.56 ve ilgili metin.

taraftan, şirket işlemlerinin ticaret unvanı altında yapılması zorunludur (m. 39/no.1). Anonim, limited ve kooperatif şirketlerin unvanlarında işletme konusunun gösterilmesi zorunludur (m. 43/no.1, aynı şekilde 6762 sayılı TTK m. 45/f.1). Bütün bunlara göre; konu ticaret unvanının üçüncü kişinin iyi niyetini kaldıracağı, buna dayanarak işlemin işletme konusu dışında olup şirketi bağlamadığının üçüncü kişiye karşı ileri sürülebileceği söylenebilecektir⁴⁰. Bu sorunları doğurabilecek olmasında başka, ticaret şirketlerinin hak ehliyetinin işletme konusuyla sınırlandırılması esasından (ultra vires) vazgeçildiğine (m. 125/no.2) göre, artık söz konusu şirketlerin ticaret unvanlarında işletme konusunun gösterilmesi zorunluluğunun dayanağı da kalmamıştır; kaldırılması gerekir⁴¹.

5. Y. 11. HD., T. 23.03.1982, 851/1225: “Bir ticarî işletmenin kendi ana sözleşmesinde belirtilen işletme mevzuuna doğrudan doğruya girmemekle beraber, o işletmenin ticarî faaliyetlerini kolaylaştıran ticarî iş ve ticarî sözleşmelerin de o işletmenin mevzuu içinde bulunduğu kabulü zorunludur. Ticarî amaç güden işletmelerin kredi temini konusunda bankalara karşı müştereken sorumluluk yüklenmek suretiyle birbirlerine destek olmaları ve ticarî faaliyetlerini bu suretle sürdürebilmeleri hâlini ticarî hayatın normal ve mutad işlemleri arasında kabul etmek gerektiğinden, bu davada söz konusu olan “kefalet akdinin” de davacı şirket yönünden kendi işletme çerçevesi içinde kalan “bir muamele”den ibaret olduğunun göz önünde tutulması zorunlu bulunmaktadır. Aksi düşüncenin kabulü ticarî hayatın normal seyrine ve sür’atli akışına engel teşkil edebilecektir. Açıklanan bu hususlarda dairemizin kökleşen içtihadı bulunmaktadır (11. HD’nin 07.02.1978 tarih ve 7/354 ve 04.03.1979 tarih ve 392/981 sayılı ilâmları). O hâlde, yukarıdaki açıklamaların ışığı altında dava konusu kefalet akdinin de davalı anonim şirket mevzuu içinde kalan (mutad bir muamele) olduğu ve bu nedenle de TK’nın 137 ve 321. maddeleri gereğince geçerli bir işlem olduğu kabul edilerek... hükmün bozulması gerekmiştir...”⁴²

Aynı sebeplerle, kefalet işlemlerinin, işletme konusu dışında olduğunun ve bu defa, m. 371/no.2 anlamında şirketi bağlamadığının ileri sürülemeyeceği kanaatindeyiz. Keza, öğrencilere burs verme gibi bağışlarda da durum böyledir⁴³.

⁴⁰ Bkz. **YONGALIK**, s. 86-87; karş. **KIRCA**, s. 72; **YILDIZ B.**, Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından, s. 126-127 dn.44; **GÜNEY/YILMAZ**, s. 8-9.

⁴¹ Aynı yönde, **ODMAN BOZTOSUN/ÜNAL**, s. 392; **YONGALIK**, s. 87.

⁴² YKD., 1982, C.8, S.6, s. 820; **MOROĞLU/KENDİGELEN**, s. 171; **ERİŞ**, s. 1660; **FRANKO**, s. 47, 51; **POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU)**, s. 83. Aynı yönde, Y. 11. HD., T. 21.01.1994, 6997/258 (**MOROĞLU/KENDİGELEN**, s. 171-172).

⁴³ Buna karşılık, şirket tipine tamamen yabancı olacak şekilde, örneğin, şirketin bir siyasi partiye yapacağı yüksek miktardaki bağışların, hükümsüz olacağı kanaatindeyiz. Çünkü, “tüzel kişilik alanında geçerli olan sınırlı sayı ilkesi gereğince her tüzel kişi MK m. 48 hükmü çerçevesinde kendi türüne ilişkin olarak hak ehliyetine sahiptir.” (**DURAL/ÖĞÜZ**, s. 234).

Bu konuda, **YILDIZ B.**, Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından, s. 117 dn.18’e de bkz. Yine, 6102 sayılı TTK m. 223 [6762 sayılı TTK. m. 165 (**DOMANIÇ**, s. 584-585)]’e de bkz.

V- SONUÇ

1. İsv.BK m. 718a/1'de, şirketi temsile yetkili olan kişilerin, şirketin amacına giren bütün işlemleri yapabileceği hükmü yer almaktadır. Federal Mahkeme bu hükmü, aşırı hallerle sınırlı bir şekilde uygulamaktadır⁴⁴.

Fransa da 68/171/AET Yönergesi'ne (m. 9) uyum bağlamında, bizim 6102 TTK m. 371'e benzer bir düzenleme yapmıştır (1966 tarihli Ticaret Şirketleri Kanunu m. 98, 2000 tarihli Ticaret Kanunu L225-64)⁴⁵.

Alman hukukunda ise; işletme konusunun temsil yetkisi üzerinde bir etkisi ve işletme konusu dışı işlemin şirketi bağlamadığının üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği durumlar söz konusu değildir (AktG § 82, GmbHG § 37)⁴⁶.

2. 9 Mart 1968 tarih ve 68/151/AET sayılı Şirketler Hukukuna İlişkin Birinci Konsey Yönergesi'ne uyarak ve öte yandan, hep gündemde olan eleştiriler dikkate alınarak⁴⁷, ticaret şirketlerinin hak ehliyetinin işletme konusuyla sınırlı olması kuralı (6762 sayılı TTK m. 137/), tüm ticaret şirketleri bakımından kaldırılmıştır (6102 sayılı TTK m. 125/no.2). Bu son derecede önemli bir yeniliktir ve ancak gecikmiş olmasından yakınılabılır.

Fakat, işletme konusunun temsil yetkisi üzerindeki etkisi, üçüncü kişilere karşı olmak üzere, devam etmektedir (m. 233, m. 271)⁴⁸. Bu defa, "yokluk" değil; üçüncü kişilere karşı, temsilci tarafından şirketin işletme konusu dışında işlem yapıldığı, dolayısıyla "temsil yetkisinin aşılması sebebiyle işlemin şirketi bağlamadığı" iddiaları bağlamında sorunlar devam edecektir⁴⁹. Kanaatimizce; ortakların menfaati, konu dışı işlemlerden doğan sorumluluk yoluyla korunmakla, işlem ve pazar güvenliğinin sağlanması amacı tercih edilip, 68/151/AET sayılı Şirketler Hukukuna İlişkin Birinci Konsey Yönergesi m. 9/no.1, f.1'deki (2009/101/AT sayılı Yönerge m. 10/no.1, f.1) prensibe tamamen uyularak, söz konusu Yönerge m. 9/no.1, f.2'deki imkanın hiç bir bağlamda kullanılması yoluna gidilmemek suretiyle işletme konusunun, üçüncü kişilerle olan ilişkiler bakımından, temsil yetkisi üzerinde etkisinin kabul edilmemesi daha isabetli olacaktır⁵⁰.

3. Nihayet, 6102 sayılı TTK m. 210/no.3'de; "Kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerle veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğu belirlenen ticaret şirketleri hakkında, özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca, bu tür işlem ve faaliyetlerin öğrenilmesinden itibaren bir yılı içinde fesih davası açılabilir." hükmü yer almaktadır. İşletme konusu çerçevesinde sınırlı hak ehliyet kuralı (6762 sayılı TTK m. 137) terk edildiğine (6102 sayılı TTK m. 125/no.2) göre, işletme konusuna aykırı olarak yapılan işlemler sebebiyle şirketin feshinin istenebilmesinin öngörülmesi, isabetli olmuştur⁵¹. Kanaatimizce, bu fesih davası, sadece kamu düzenine aykırılık halleriyle sınırlı olarak tanınmalıdır⁵².

⁴⁴ Federal Mahkeme'nin bu hükmü çok sıkı uygulamadığı, ancak çok aşırı ve uç hallerde amaca aykırılık ve temsil yetkisinin aşıldığını kabule ederek, işlemin geçersizliği içtihadında bulunduğu konusunda, **PULAŞLI**, Şirketler Hukuku Şerhi C.I, s. 1014-1015'e b kz.

⁴⁵ B kz. **KARAYALÇIN**, s. 15 dn.; **YILDIZ B.**, Ultra Vires Sınırlamasının Yerindeliği, s. 346 dn.88 ve ilgili metin. Keza, diğer AT üyelerinden Hollanda ve Danimarka'daki durum için de **YILDIZ B.**, Ultra Vires Sınırlamasının Yerindeliği, s. 346 dn.88 ve ilgili metine b kz.

⁴⁶ Örneğin, **KARAYALÇIN**, s. 15 dn.; **WIRTH/ARNOLD/GREENE**, s. 32-33, 220, 305'e de b kz.

⁴⁷ B kz. 6102 sayılı TTK'nın Genel Gereğesi Parg. 112 (**KENDİGELEN**, Yeni TTK., s. 51).

⁴⁸ **ALIŞKAN**, s. 205'e de b kz.

⁴⁹ **KENDİGELEN**, Yeni TTK.-Tespitler, s. 100.

⁵⁰ **MOROĞLU**, s. 158'e de b kz.

⁵¹ **KENDİGELEN**, Yeni TTK.-Tespitler, s. 108-109; **ALIŞKAN**, s. 202 vd., 265-266

⁵² **İMREGÜN**, Kara Ticareti Hukuku, s. 256; **ALIŞKAN**, s. 200, 266.

KAYNAKÇA

- ALIŞKAN Murat** : Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, İstanbul 2007.
- ARKAN Sabih** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferansı, Bildiriler-Tartışmalar, 13-14 Mayıs 2005, Ankara, s. 41 vd.
- ARSLANLI Halil** : İngiliz Şirketlerinde "Ultra-Vires" Nazariyesi, Adliye Ceridesi, 1942, s. 483 vd.
- BAHTİYAR Mehmet** : Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya Göre Yazılmış 7. B., İstanbul 2012.
- BİLGİLİ Fatih/**
DEMİRKAPI Ertan : Ticaret Hukuku Dersleri, 2. B., Bursa 2012.
- DOMANIÇ Hayri** : Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I, Adi Şirketler, Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1988.
- CAN Mustafa** : ABD Ortaklıklar Hukukunun Tasarı Türk Ticaret Kanunundaki Ortaklıklar Hukukuna Etkileri, Ankara 2009.
- DURAL Mustafa/**
ÖĞÜZ Tufan : Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 11. B., İstanbul 2011.
- ERİŞ Gönen** : Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C.2, 57. – 371. Maddeler, Ankara 2010.
- FRENCH Derek/**
MAYSON Stephen W./
RYAN Christopher L. : Mayson, French & Ryan on Company Law, 28. (2011-2012) B., New York 2011.
- FRANKO Nisim** : Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 11-12 Ocak 1985, Ankara 1985, s. 33 vd.
- GÜNEY Necla/**
YILMAZ Elif Göksel : 6102 Sayılı TTK Kapsamında Yönetim Kurulu Üyelerinin Temsil Yetkisinin Sınırları ve Ultra Vires Teorisi (<http://www.gultekinhukuk.com/tr/Sayfalar/Publications/Docs/5544c080539deb3.pdf>)
- İMREGÜN Oğuz** : Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler – Ortaklıklar – Kıymetli Evrak), 13. B., İstanbul 2005. (Kara Ticareti Hukuku)
- İMREGÜN Oğuz** : Kollektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar, İstanbul 1989. (Kollektif ve Komandit Ortaklıklar)
- KARAYALÇIN Yaşar** : Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri, Batider, Aralık 1975, C.VIII, S.2, s. 1 vd.
- KAYA Arslan** : Ticaret Sicili ve Sermaye Şirketlerinde Kamuyu Aydınlatma, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyum –Acquis Communautaire'in Alınması- Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, Proje Yöneticisi: Prof. Dr. Ünal Tekinalp, İstanbul 2001, s. 485 vd.

- KENDİGELEN Abuzer** : Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011. (Yeni TTK.-Tespitler)
- KENDİGELEN Abuzer** : Gerekçeli – Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu, İstanbul 2011. (Yeni TTK.)
- KENDİGELEN Abuzer** : Sermaye Şirketlerinde Ehliyet, Temsil, Butlan ve Kuruluştan Doğan Sorumluluk, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu –Acquis Communautaire’in Alınması-Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, Proje Yöneticisi: Prof. Dr. Ünal Tekinalp, İstanbul 2001, s. 507 vd. (Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kuruluştan Doğan Sorumluluk)
- KENDİGELEN Abuzer** : 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu Semineri Tartışmaları, 5-6 Aralık 1998, İstanbul 1998, s. 44. (Tartışmalar)
- KIRCA İsmail** : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyet ve Birleşmesi, Bankacılar Dergisi, S.79, Aralık 2011, s. 71 vd.
- KUNTALP Erden** : Ticaret Ortaklıklarının Ehliyeti, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 11-12 Ocak 1985, Ankara 1985, s. 1 vd.
- MOROĞLU Erdoğan** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 5. B., İstanbul 2007.
- MOROĞLU Erdoğan/**
KENDİGELEN Abuzer : İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Tümden Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 9. B., İstanbul 2010.
- ODMAN BOZTOSUN N. Ayşe/**
ÜNAL Akın : Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Ticaret Unvanına, İşletme Adına ve Haksız Rekabete İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S.1, Yıl: 2005, s. 383 vd.
- POROY Reha/TEKİNALP Ünal/**
ÇAMOĞLU Ersin : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 2. B., C.2, İstanbul 1976.Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. B., İstanbul 2010.
- PULAŞLI Hasan** : Şirketler Hukuku, Güncelleştirilmiş 4. B., Adana 2003. (Şirketler Hukuku)
- PULAŞLI Hasan** : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, Ankara 2011. (Şirketler Hukuku Şerhi, C.I)
- TEKİNALP Ünal** : Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. B., İstanbul 2011. (Yeni Anonim ve Limited Ortaklık İle Tek Kişi Ortaklığı)
- TEKİNALP Ünal** : Ultra Vires, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ile Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyeleri ve Araştırma Görevlilerinin Değerlendirmeleri, İstanbul 1997, s. 45-46. (Ultra Vires)
- TEKİL Fahiman** : Şirketler Hukuku, İstanbul 1981. (Şirketler Hukuku)
- TEKİL Fahiman** : Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku, İstanbul 1991. (Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku)

- TÜRK Ahmet** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Genel, Ticaret Şirketlerine İlişkin Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığa İlişkin Hükümlerinden Bazıları Hakkında Düşünceler, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan C.II, Ankara 2010, s. 2163 vd.
- TÜRK Hikmet Sami** : Avrupa Toplulukları'na Üyeliğin Anayasa ve Ortaklıklar Hukuku Üzerindeki Etkileri, Batider, Haziran 1989, C.XV, S.1, s. 1 vd.
- T.C. ADALET BAKANLIĞI ÜLGEN Hüseyin** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara 2005.
: Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1283 vd.
- WIRTH Gerhard/ ARNOLD Michael/ GREENE Mark YARALI Levent** : Corporate Law in Germany, München 2004.
: Şirketler Hukukuna İlişkin Yargıtay Kararları -I-, Yeni Türk Ticaret Kanunu Madde Atıflı 2010-2011 Kararları, Ankara 2012.
- YILDIZ Burçak** : Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukukî Niteliği, Batider, Eylül 2011, C.XXVII, S.3, s. 111 vd. (Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından)
- YILDIZ Burçak** : TTK Tasarısı'nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükmündeki "Ultra Vires" Sınırlamasının Yerindeliliğinin Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Yıl 2006, C.55, S.1, s. 321 vd. (Ultra Vires Sınırlamasının Yerindeliliği)
- YILDIZ Şükrü** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 2007. (Limited Şirketler Hukuku)
- YILDIZ Şükrü** : Avrupa Topluluğunun Kamuyu Aydınlatmaya İlişkin 9 Mart 1968 Tarih ve 68/151/EEC Sayılı Bir Nolu Şirketler Hukuku Konsey Yönergesi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.1, Yıl:1999, Erzincan 1999, s. 276 vd. (68/151/EEC Sayılı Yönerge)
- YONGALIK Aynur** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na (m. 124-133) Türk Ticaret Kanunu (m. 136-145) İle Karşılaştırmalı Bakış ve Değerlendirme, Batider, Mart 2010, C.XXVI, S.1, s. 79 vd.

KISALTMALAR

AktG	: Aktiengesetz
AET.	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AT.	: Avrupa Topluluğu
Bkz./bkz.	: Bakınız
B.	: Bası
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
C.	: Cilt
c.:	cümle
dn.	: dip not
E.:	Esas
f.	: fıkra
GmbHG	: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
HD.	: Hukuk Dairesi
İsv.BK	: İsviçre Borçlar Kanunu
K.	: Karar
Karş./karş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
no.	: numara
Parg.	: Paragraf
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TMK	: Türk Medenî Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NDA ŞİRKET BİRLEŞME VE DEVRALMALARINDA TEMİNAT VE DENKLEŞTİRMELER

Av. Cahit AĞAOĞLU

ÖZET

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda birleşme her ne kadar düzenleme altına alınmış olsa da, aynı konu hakkında farklı kanunlarda yer alan düzenlemelerin paralellik göstermemesi ve işbu hükümlerin çelişen ve birleşme devralma sürecini uzatan ve zorlaştıran hükümler olması uygulamada ciddi sıkıntılar ortaya çıkarmıştır. Bunun üzerine kaynağını İsviçre Birleşme ve Devralmalar Kanunu ile Avrupa Birliği'nin 78/855/ECC sayılı Şirketler Hukuku Üçüncü Konsey Yönergesi'nin birleşmeye dair hükümlerinden alan yeni Ticaret Kanunu ile ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. İşbu ayrıntılı düzenlemeler ile Türk Hukuku'nda ilk defa düzenlenen ayrılma akçesi, denkleştirme ödemesi gibi kavramlara da yer verilmiştir. Kısaca, yeni düzenlemeler ile birleşmeyi zorlaştıran hususların kaldırıldığını; birleşmeyi teşvik eden ancak bunu yaparken alacaklıları ve ortakların haklarını koruyan düzenlemelerin getirildiğini söyleyebiliriz.

Anahtar Kelimeler: Birleşme, Bölünme, Ayrılma akçesi, Denkleştirme ödemesi, Değişme oranı, Birleşme oranı, Denkleştirme davası, İptal davası, Sorumluluk Davası

ABSTRACT

Even merger has been regulated in the Turkish Commercial Code No. 6762, lack of parallelism between different Codes and contradiction between different regulations restricted M&A process and caused many problems in practice. Therefore, many detailed articles have been adopted into the New Turkish Commercial Code from Swiss Mergers and Acquisitions Code and European Union Company Law Third Council Directive 78/855/ECC. In the meantime, the right of squeeze-out and the equalization price have been adopted for the first time in Turkish Law. Briefly, it is possible to mention that with the New Turkish Commercial Code the complicated arrangements of merger are eliminated and incentive regulations have been adopted with protective regulations for the rights of creditors and shareholders.

Keywords: Merger, Demerger, Squeeze-out, Equalization (Exchange) Price, Exchange Unit, Merger Unit, Action for Equalization, Action for Nullity, Action for Responsibility

Şirket birleşme ve devralmaları rekabetin geliştiği günümüzde son derece önemli bir konuma sahiptir. Dünyada gerek ulusal gerekse uluslararası birleşme ve devralmalar 2000 yılına kadar toplamda yaklaşık 2.8 trilyon euro değerinde bir pazar oluşturmuştur. Bunun 1.2 trilyon dolarlık kısmı Avrupa pazarına ait olup¹, bu pazarın da en büyüğü Almanya olmuştur². Tarihteki en büyük devralma ise 2000 yılının Haziran ayında meydana gelen Mannesman şirketinin Vodafone Airtouch PLC firması tarafından satın alınması yoluyla gerçekleşmiştir. İşbu satın alma 213 milyar dolarlık toplam değer ile gerçekleşmiştir³.

Günümüze gelecek olursak örneğin İngiltere'deki Resmi İstatistik Kurumu'nun 7 Haziran 2011 tarihinde yayınlanan verilerine göre İngiliz şirketlerinin İngiltere dışında gerçekleştirdikleri satın almalar 2010 yılının ilk çeyreğinde 3.8 trilyon İngiliz sterlin iken bu rakam 2011 yılının ilk çeyreğinde 18.3 milyar sterline yükselmiştir. Bu artış 2007 yılının dördüncü çeyreğinden itibaren meydana gelmiş en yüksek artıştır⁴. Global anlamda ise 2010 yılının Kasım ayı sonu itibarıyla 2010 yılında toplamda 21.000 birleşme ve devralma işlemi bildirilmiş olup, bu işlemler ile 1.9 trilyon dolardan fazla bir hacme ulaşılmıştır. Bu rakamlar 2009 verilerine göre %12'lik bir artışı göstermektedir⁵.

Asya Pasifik ülkelerine baktığımızda şirket birleşme ve devralmalarında geçmiş yıllara nazaran ciddi bir artış olduğunu ve alıcı, satıcı ve hedef şirket olarak Asya şirketlerinin yer aldığı 8700 birleşme ve devralma işleminin bildirildiğini görüyoruz. Burada Çin'in toplam 110 milyar dolar hacimli ve 2500 birleşme ve devralma işlemi ile başı çektiğini belirtmek isteriz. Bu rakam 2009 verileri ile karşılaştırıldığında, hacim olarak %15, birleşme ve devralma işlem sayısına göre %29 oranında bir artışın meydana geldiği anlamına gelmektedir⁶.

Amerika'da 2010 yılı içerisinde toplam 1.1 trilyon dolarlık birleşme ve devralma işlemi gerçekleşmiştir. Bu rakam 2009 yılının verilerine göre toplam %12'lik bir artışı göstermektedir⁷.

Avrupa, Orta Asya ve Afrika'daki birleşme ve devralma verilerine baktığımızda 2010 yılında 787 milyar dolarlık bir hacme ulaşıldığını görmekteyiz. Bu durum 2009 yılında bildirilen 662 milyar dolarlık işlem hacminin %18'lik bir artış gösterdiğini kanıtlamaktadır⁸.

Türkiye'ye baktığımızda 2009-2010 döneminde işlem sayısının bazı istatistiklere göre 65'den 100'e, işlem değerinin ise 2.2 milyar eurodan 16.7 milyar euroya yükseldiğini görüyoruz⁹. 2009 yılındaki tüm işlemler 500 milyon €'nin altında tamamlanmakla birlikte, 2010'da toplam 7 işlem daha yüksek bir bedelle sonuçlanmıştır. Elbette, Türkiye'de bu rakamların tırmanmasında özelleştirmeler önemli rol oynamıştır, ancak

¹ Securities Data Corporation verileri, Frankfurter Allgemeine, 12 Kasım 1999, s. 25.

² Almanya 1999 yılında 500 milyar euroluk birleşme ve devralma işlem hacimine ulaşmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Böhmert**, Börsenzeitung, 12 Şubat 2000, s. 9.

³ Patrick **Gaughan**, Mergers and Acquisitions and Corporate Restructurings, 4. Baskı, 2007, John Wiley & Sons Inc., s. 3.

⁴ Bu veriler için bkz. <http://www.statistics.gov.uk/pdfdir/ma0611.pdf>

⁵ Bloomberg Global Pool firmasının 1000 finansal market aktörleri ile yaptığı anketin sonuçlarıdır. İşbu sonuçlar <http://about.bloomberg.com/pdf/manda.pdf>, s. 4 (bundan sonra "**Bloomberg Global**") olarak adlandırılacaktır

⁶ Bkz. Bloomberg Global, s. 4.

⁷ Bloomberg Global, s. 16.

⁸ Bloomberg Global, s. 24.

⁹ İşbu veriler için bkz. <http://www.kpmg.com/TR/tr/Issues-And-Insights/ArticlesPublications/Documents/Turkiye-Sirket-Birlesme-ve-Satin-Alma-Raporu-2011.pdf>, s. 6.

Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın büyük hacimli varlık satışları dışında, bir dizi büyük ölçekli işlem de gerçekleşmiştir. Örneğin, İspanyol bankası Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), Türkiye Garanti Bankası hisselerinin yüzde 24, 9'luk bölümünü Doğu Grubu ve GE Araştırma ve Müşavirlik A.Ş.'den (General Electric Company'nin Türkiye'deki iştiraki) satın almıştır. Fortis Bank ise 1, 2 milyar euro bedelle Türk Ekonomi Bankası'na (TEB) devredilmiştir¹⁰. Rekabet Kurulu verilerine göre 2010 yılında 210 adet kayıtlı birleşme ve devralma işlemi belirtilmişken, 2011 yılında bu rakam 239'a kadar yükselmiştir¹¹.

Dünyadaki ve Türkiye'deki tüm bu veriler bizlere işlem hacmi ve sayısı her geçen sene çok ciddi artış gösteren birleşme ve devralmaların neden hukuk düzenince ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu açıdan bakıldığında yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ihtiyaçlara cevap vermediği ve uygulamadaki sorunlara çözüm üretmeyen bir düzenleme olduğu zamanla ortaya çıkmıştır. Zira mevcut Ticaret Kanunumuzda birleşme ve devralma kavramları ticari şirketlere ilişkin genel hükümler bölümünde 146 ile 151. maddeler arasında düzenlenmiş olup, anonim şirketler için öngörülen özel bazı düzenlemeler de 451 ile 454. maddeleri arasında ele alınmıştır. 01.07.2012 tarihinde genel olarak yürürlüğe girecek olan Yeni Ticaret Kanunu'nda ise birleşme ve devralmalar 134. madde ile 177. madde arasında son derece ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve birleşme ve devralma kavramı yürürlükte bulunan TTK'daki mevcut durumun aksine, anonim şirketler için farklı hükümlere ayrı bir başlık altında yer verilmeden tüm ticaret şirketleri için tek bir başlık altında düzenlenmiştir.

Bununla birlikte şu an yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer almayan ancak vergi mevzuatında yer alan düzenlemeler ve Maliye Bakanlığı ve Sanayi Ticaret Bakanlığı'nın ortaklaşa yayınlanmış olduğu Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ ile Kurumlar Vergisi Kanunundaki hükümlere dayanarak kısmen düzenlenmiş bulunan "bölünme" müessesesi de maddi hukuk yönünden ilk kez bu kanunla düzenlenmiştir. Hatta bu konu oldukça ayrıntılı bir şekilde 159 ile 179. maddeleri arasında incelenmiştir.

Öncelikle halî zamanda yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda birleşme her ne kadar düzenleme altına alınmış olsa da, aynı konu hakkında farklı kanunlarda yer alan düzenlemelerin paralellik göstermemesi ve işbu hükümlerin çelişen ve birleşme devralma sürecini uzatan ve zorlaştıran hükümler olduğu için uygulamada ciddi sıkıntılar ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine kaynağını İsviçre Birleşme ve Devralmalar Kanunu ile Avrupa Birliği'nin 78/855/ECC sayılı şirketler hukuku Üçüncü Konsey Yönergesi'nin birleşmeye dair hükümlerinden alan yeni düzenlemeler getirilmiştir¹². Ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla yeniden yapılandırılmalarını düzenleyen md. 134 ile 193 hükümleri İsviçre Birleşme Kanunundan alınmış, ticari işletmelerin birleşme ve tür değiştirmelerine ilişkin 194. madde hükmü ise Adalet Komisyonu aşamasında kanun metnine eklenmiştir¹³.

¹⁰ <http://www.kpmg.com/TR/tr/Issues-And-Insights/ArticlesPublications/Documents/Turkiye-Sirket-Birlesme-ve-Satin-Alma-Raporu-2011.pdf>, s. 7.

¹¹ Bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerik&icId=42&Lang=TR>

¹² Üçüncü Konsey Yönergesinin Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen Birleşme Kavramına Etkileri için bkz. **Bahtiyar**, Mehmet, Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği'nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi, Şirket Birleşmeleri, Editörler: **Haluk Sumer**, Helmut Pernsteiner, Alfa Yayınları, 2004, s. 1-22.

¹³ **Kendigelen**, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu-Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s.110.

İşbu yeni düzenlemelerin de yer aldığı yeni Ticaret Kanunu 13.01.2011 tarihinde TBMM’de kabul edilip Cumhurbaşkanlığı tarafından onaylanarak 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmıştır. Yeni Türk Ticaret Kanunu genel olarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Ancak kanunun öngördüğü bazı özel düzenlemeler ise örneğin anonim şirketlerin esas sözleşmeleri ile limited şirket sözleşmelerinin 14 Ağustos 2012 tarihine kadar yeni düzenlemeler ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir¹⁴.

Bağımsız olarak birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye tahsis olunan hükümlerin dışında bu bölümün başında iki (md. 134-135), sonunda ise üç maddeden oluşan (md. 191-193) ortak hükümlere yer verilmiştir. Bu yönüyle anılan düzenlemenin bir anlamda kanun içinde kanun görünümü arz ettiği görüşünü savunanlar olmuştur¹⁵.

Yeni düzenlemedeki TK 134/2 hükmü oldukça ilgi çekicidir. Zira bu fıkrada “diğer bütün kanunların TK’nın 135 ile 194. maddelerine aykırı olmayan hükümleri” saklı tutulmuş ve böylece ticaret kanununda yapılan birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin düzenlemelere aykırı olan diğer bütün kanunlardaki hükümler örtülü bir şekilde yürürlükten kaldırılmıştır. Şüphesiz diğer kanunlardaki hükümlerden hangilerinin ticaret kanunumuzun bu düzenlemesine aykırı olduğunun tespiti de ayrı bir tartışma konusu yaratacaktır¹⁶. Kanaatimizce 134. maddenin 2. fıkrası ile ifade edilmek istenen işbu fıkraya aykırı hükümlerin yürürlükten kaldırılması değil, önceliğin ticaret kanunundaki hükümlere verilmesi olarak yorumlanması hükmün amacına daha uygun olacaktır.

Öncelikle şu hususu belirtmek isteriz ki, yeni Ticaret Kanunu şirket birleşmelerinin tanımı ve metodları konusunda herhangi bir değişiklik getirmemiş sadece mevcut kanunda yer alan birleşme tanımını biraz daha türkçeleştirerek anlaşılmasını kolaylaştırmıştır. Birleşmenin temel ilkelerinin düzenlendiği 136. maddede 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 146. maddesinde olduğu gibi birleşmelerin ya “devralma” yoluyla ya da “yeni kuruluş” şeklinde olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Diğer taraftan 136. maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında şirket paylarının ve malvarlığının devamlılığı ilkelerine vurgu yapılmış ve birleşme sonucunda devrolunan şirketin sona ereceği ve ticaret sicilinden silineceği de ayrıca hükme bağlanarak 6762 sayılı Kanunun 451. maddesinde öngörülen malvarlıklarının ayrı yönetilmesi rejimine son verilmiştir.

Tüm bu düzenlemelerin bir uzantısı olarak da ortaklık payları ve hakları konusunda da ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Yeni Ticaret Kanunumuzun 140. Maddesinde düzenlenen ortaklık haklarının 2. fıkrasında denkleştirme ödemesine yer verilmiştir. Bu madde şirket ortaklarının ve intifa senedi sahiplerinin korunması amacıyla konulmuş bir maddedir. Birleşmeye hakim temel ilkelerden ortaklığın devamlılığı ilkesi uyarınca devrolunan şirketin ortaklarına, mevcut ortaklık paylarını karşılayacak devralan şirket paylarının verilmesi zorunludur. Gereğince de belirtildiği gibi bunun hesaplanmasında, birleşen şirketlerin malvarlığı değerleri, oy haklarının dağılımı ve birleşmenin sağlığa kavuşturucu (iyileştirici) olup olmadığı, payların itibarî değerleri, primli pay çıkarılıp çıkarılmadığı gibi önem taşıyan her husus dikkate alınacaktır. Alman ve İsviçre öğretisinde, birleşmede bir veya birden çok şirketin münfesihi

¹⁴ Her sermaye şirketine bir internet sitesi açma veya internet sitesi zaten mevcutsa, internet sitesinde yayınlanması zorunlu hükümleri düzenleyen 1524. maddesi 01.07.2013 tarihinde yürürlüğe girecektir. Gerçek ve tüzel kişi tacirlerin Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarının (IFRS) özdeşi olan Türkiye Muhasebe Standartlarına tabi olmasını öngören finansal raporlamaya ilişkin düzenlemeler 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecektir.

¹⁵ Kendigelen, a.g.e., s. 110.

¹⁶ Kendigelen, a.g.e., s. 111.

olacağına bakılmaksızın bütün şirketlerin yaşayan şirket değeri ile hesaba katılması gerektiği görüşü hakimdir. Aksi halde devralan ile devrolunan şirketlerin değeri arasında bir eşitsizlik doğacaktır. Bu eşitsizlik oransal eşitliğe aykırıdır. Oransal eşitlik, değerlendirmenin birleşmeye katılan şirketlerde aynı gün itibarıyla yapılmasını da gerektirir. Söz konusu "gün" maddenin beşinci fıkrasında birleşme sözleşmesinin imzalandığı gün olarak belirtildiğine göre anılan "gün"ü birleşme günü olarak kabul edebiliriz.

Ancak 139. maddede belirtilen birleşmede borca batık şirketteki payın tamamen değersiz olması halinde de şirketin devamlılığı ilkesi bağlamında, payın değersiz olduğu varsayımıyla ortaya çıkabilecek sorunlar hakkında kanunda ve gerekçesinde herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Hatta gerekçede bunun öğretiyeye ve mahkeme kararlarına bırakıldığı ifade edilmiştir.

Birleşmede devreden ortaklığın devralan ortaklığa intikal edecek malvarlığı karşılığında, bunların pay sahiplerine devralan ya da yeni kurulan ortaklığın hisse senetleri "değiştirme birimi" olarak adlandırılan ve ortaklıklarının malvarlıklarının değerine göre saptanan bir ölçüye göre verilir. Bunun gibi yeni kuruluşta birleşmeye katılan ortaklıklar malvarlıklarının değerine ve tespit edilen ortak değerlendirme kıstasına göre yeni kurulacak ortaklıkta sermayeye katılırlar.

Hüküm ayrıca değişim oranı tespit edilirken dikkate alınması gereken hususları ve devrolunan şirkette oydan yoksun veya imtiyazlı payların bulunmasını da düzenlemiştir. Ancak burada sorun birleşme ve değiştirme oranının nasıl tespit edileceği ile ilgilidir. Değiştirme birimi genel anlamı ile birleşen kurum hisse senetlerinin cari değeri ile birleşilen kurum hisse senetleri cari değerinin birbirlerine oranıdır. Değiştirme birimi tespit edilirken birleşme bilançosunun düzenlenmesi sırasında malvarlığının gerçek değeri bulunmaya çalışılmalı gizli yedekler, şirketin good-will'i firma değeri dikkate alınmalıdır.

Birleşme ve değiştirme oranının belirlenmesiyle ilgili olarak sermaye piyasası kurulunun birleşme işlemlerine ilişkin esaslar tebliğinin 17. ve 18. maddelerinde bazı formüller belirtilmiştir. Buna göre şayet devralma yoluyla birleşme söz konusu ise

Devralan kurumun özkaynağı

Birleşme oranı = -----

Devralan kurumun özkaynağı +Devrolan kurumun özkaynağı

Formülüne göre bulunmaktadır.

Sermaye artırım tutarı

Değişme Oranı =-----

Devrolan ortaklığın ödenmiş/çıkarılmış sermayesi

Formülüne göre belirlenmektedir.

Diğer taraftan yeniden kuruluş yoluyla yapılan birleşme var ise bu durumda birleşme oranı iştirakler dikkate alınmış özsermayesi dikkate alınarak

Birleşen kurum özkaynağı

Birleşme oranı = -----

Birleşen kurumlar özkaynaklar toplamı

Formülüne göre bulunmaktadır.

Yeni ortaklıktaki sermaye payı

Değişme Oranı =-----

İştirakler dikkate alınmış sermayeler

Bu formüller aracılığıyla yeni ortaklıkta eski ortaklığın bir pay senedi karşılığında yeni ortaklıkta elde edilecek pay oranı bulunmuş olur.

Türk hukukunda ilk defa devrolunan şirketin ortaklarına tahsis olunan payların gerçek değerinin onda birini aşmamak kaydıyla bir denkleştirme ödemesi yapılmasına da bu aşamada imkan tanınmıştır, böylece birleşme ve değişme oranında küsuratların varlığı halinde de birleşme uygulaması kolaylaştırılmak istenmiştir. Çünkü birleşme işlemi bir değişim oranına göre olacağı için bu değişimde paylar bazı küsurlu rakamlarla ifade edilir. Bu küsurlu rakamların devralan şirkette bu değerde veya bu değer katları şeklinde pay bulmak ise çok zordur. Oysa küsuratlar yani uygulamada kuruş olarak belirtilen rakamlar nakit olarak ortaklara ödenirse birleşmenin uygulanması kolaylaşır. İşte nakit olarak ödenen bu küsuratlar toplamı denkleştirme akçesini ifade eder. Ancak yeni Ticaret kanunu denkleştirme akçesinin verilen payın gerçek değerinin onda birini aşamayacağını hüküm altına alarak bir sınırlama getirmiştir.

AYRILMA AKÇESİ

Yeni Ticaret kanunumuzun 141. maddesinde ise türk hukukunda ilk defa birleşmeye katılmak istemeyen ortaklara alternatif olarak şirket paylarının gerçek değerine denk gelen bir ayrılma akçesi önerilebileceği hükme bağlanmıştır. Tabii burada da inkanın devrolunan şirket ortaklarının yanı sıra devralan şirket ortaklarına da tanınıp tanınmayacağı sorusu da akla gelmektedir. Ancak kanaatimizce bunun hem devralan hem de devrolunan şirket ortakları açısından değerlendirmek kanunun amacına uygun olacaktır. Her ne kadar madde metninde bir açıklık yoksa da, gerekçede vurgulandığı üzere bu son hükmün yeni kanunun 151. maddesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla 141/2 kapsamında şirkete çıkarma yetkisi veren bu madde sadece yüzde doksan oranında bir çoğunluk kararıyla ve geriye kalan %10 oranındaki payı temsil eden ortaklar bakımından kullanılabilir¹⁷.

Ayrılma akçesinin nakit olması şart değildir. Karşılık olarak başka bir şirketin payı/pay senedi veya bir diğer menkul değeri, meselâ değiştirilebilir tahvil verilebilir. Böylece, üç köşeli birleşmelere de kanunen olanak tanınmış olmaktadır. Ayrılma akçesinin nakden ödendiği hallerde, bunun serbestçe tasarruf edilebilecek yedeklerden alınması, yoksa sermayenin iadesi şeklinde olmaması gerekir. Bütün ortakların ya da çok sayıda ortağın ayrılma akçesini almak istemesi, birleşmenin gerçekleşmemesi olasılığını ortaya çıkarabilir. Ancak gerekçede bu durumun bir sakınca olarak değil, pay sahipleri demokrasisinin gereği olarak değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Yönetim, ortakların çoğunluğunun veya somut olayın özelliklerine göre karşı konulamayacak ağırlıkta azınlığın muhalefetine rağmen birleşmeyi yürütmeye girişmemelidir. Özellikle, pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde bu soruna önem verilmeli, görüşler ve hassasiyetler özenle değerlendirilmeli, azınlığın menfaatlerini feda eden birleşmeler engellenmelidir.

Hükümde, kaynakta bilinerek açık bırakılmış ve şirkete geniş hareket alanı bırakılmış bulunan ayrılma akçesinin kapsamı (miktarı) konusunda kesin tavır alınmış, ayrılma akçesinin gerçek değere denk gelmesi net bir şekilde öngörülmüştür. Çünkü kaynak İsviçre kanunundaki belirsiz "bir karşılık" ibaresi, hukuk güvenliği yönünden tehlikeli bulunmuştur. "Gerçek değer" ise, tanımlanmayıp uygulamaya bırakılmıştır. Ancak gerçek değer hesaplanmasında "yaşayan bir şirket"in esas alınması ratio legis gereğidir.

¹⁷ Kendigelen, a.g.e., s. 115.

ORTAK HÜKÜMLER DENKLEŞTİRME DAVASI (md. 191)

Yeni Kanun ortak hükümler başlığı altında 191. maddede ise ortaklık hakkının gereği gibi korunmadığını veya ayrılma akçesinin uygun belirlenmediğini düşünen her ortak için kararın TTSG'de ilanından itibaren iki ay içinde mahkemeden uygun bir denkleştirme akçesi belirlenmesi ve ödenmesini talep edebilir hükmünü içermektedir. Gerekçeye göre bir zararın karşılığı olmayan, doğrudan mahkeme tarafından belirleneceği belirtilen bu denkleştirme akçesinin hesaplanmasında 140. maddenin 2. fıkrası uygulanmayacaktır¹⁸.

Denkleştirme davası olarak da adlandırılabilir bu dava hakkının kullanımı kolaylaştırılmış ve ilke olarak davanın giderlerinin devralan şirket tarafından ödeneceği hükmüne bağlanmış, bununla birlikte mahkemece özel durumlara dikkate alınarak, giderlerin kısmen veya tamamen davacıya yükletilebileceği de kabul edilmiştir. Ayrıca bu dava birleşme veya bölünme işlemlerine katılan şirketlerin herhangi birinin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde açılabilir. Denkleştirme talebine yönelik bu davanın açılması birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının geçerliliğini etkilemeyecektir.

Usul hukuku bakımından ilginç olan düzenleme ise dava sonunda elde edilecek kararın, davacı ile aynı hukuki durumda bulunmaları halinde birleşmeye veya bölünmeye katılan şirketler ile tür değiştiren şirketin diğer ortakları hakkında da hüküm doğuracak olmasıdır. Böylece gerekçede de belirtildiği gibi Türk hukukunda ilk defa bir mahkeme kararının olumlu etkisini aynı konumdaki kişilere de yansıtan bir dava türü ihdas edilmiştir. Gerekçede bu dava grup davası olarak nitelendirilmiştir ancak teknik olarak burada kesin hükmün nispi etkisine ilişkin HMK 303. maddesine bir istisna getirilmiştir¹⁹.

Ayrıca bu dava hakkının sadece ortaklara tanındığı hükmün lafzından intifa senedi sahiplerinin bu tür davayı açmaları mümkün gözükmemektedir.

İPTAL DAVASI (md. 192)

Birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin TK'nın 134 ila 190. Maddelerinin ihlali halinde, ilgili karara olumsuz oy vermiş ve bunu tutanağa geçirtmiş bulunan ortaklara, kararın ticaret sicil gazetesinde ilanından itibaren 2 ay içinde iptal davası açma hakkı tanınmıştır. 192. maddenin birinci fıkrasının son cümlesinde 2 aylık hak düşürücü sürenin ilanın gerekmediği hallerde tescil tarihinden itibaren başlayacağı hükmüne bağlanmışsa da ilana ilişkin 35/3 genel hükmü gerekse de 154, 189/2'deki özel hükümlerde de ilan zorunluluğu öngörüldüğü için bu maddenin hangi durumlarda uygulanacağı sorusu akla takılmaktadır²⁰.

192. maddenin 2. fıkrasına göre birleşme veya bölünme kararının bir yönetim organı tarafından verildiği hallerde ise doğrudan bu karara karşı iptal davası açılacaktır. Ancak yeni Ticaret Kanunu genel kurul veya ortaklar kurulu kararlarına karşı iptal davaları için 3 aylık süre öngörmüştür. Ancak birleşme, bölünme olunca bu süre 2 aya düşürülmüştür. Mehzaz İsviçre hukukunda genel kurul kararlarına karşı iptal davası açma hakkı da 2 ay olduğu için orada birleşme ve bölünmeye karşı da 2 aylık süre öngörülmesi tutarlık bizde ayrı bir düzenleme olarak göze çarpmaktadır.

SORUMLULUK DAVASI (md. 193)

Sadece ortakları değil aynı zamanda alacaklıları da koruma amaçlı öngörülen dava hakkı ise işlemlere herhangi bir şekilde katılmış bulunan kişilere karşı açılabilir sorumluluk davasıdır. Maddenin kaynağı; İBirk'nın 105. maddesi ile 78/855 sayılı Yönergenin 22 (1) inci maddesidir.

¹⁸ Kendigelen, a.g.e, s. 141.

¹⁹ Kendigelen, a.g.e., s.142.

²⁰ Bu yönde bkz. Kendigelen, a.g.e, s. 142.

Ortak ve alacaklıların yanı sıra sorumluluk davasının yapılan işlemde zarar gören ilgili şirket tarafından da açılması mümkündür. İlgililerin ancak kusurları ile verdikleri zarardan sorumlu tutulacakları açıkça öngörülmüştür. Burada 193. maddede ortak ve alacaklılara tanınan bu talep hakkının sadece doğrudan uğranılan zararlara ilişkin mi olduğu, yoksa dolayısıyla uğranılan zararlar nedeniyle de özellikle şirket alacaklılarının dava açıp açamayacakları ve yapılan bu özel düzenlemenin sermaye şirketlerinde hukuki sorumluluğa ilişkin 549. vd. hükümleriyle ne kadar uyumlu olduğu sorunları da göze çarpmaktadır. 549. maddede işleme katılanlar ifadesi yer aldığı için kanaatimizce 193. maddenin 549. madde ile birlikte yorumlanması dolaylı uğranılan zararlara ilişkin de sorumluluk davasının açılabilmesi düşünülmektedir. Zira kanun o işleme katılması şartını aramaktadır.

ALACAKLARIN TEMİNAT ALTINA ALINMASI

Alacakların korunması yeniden yapılandırma modellerinin tamamında görülen bir düzenlemedir. Birleşmede 157. madde, bölünmede 174 ve 175. maddelerde, tür değiştirmede de 190. madde çerçevesinde düzenlemeler mevcuttur.

Birleşmede alacaklıların korunması konusu mevcut kanunumuzun 150. maddesinde alacaklıların birleşmeye itiraz hakları başlığı ile düzenlenmiştir. Maddeye göre birleşen şirketlerin alacaklılarından herbiri ilan tarihinden itibaren 3 ay içinde yetkili mahkemeye başvurarak birleşmeye itiraz edebilir. Birleşmenin hüküm doğurabilmesi için de işbu itirazın kaldırılması şarttır. Anonim şirketler bakımından da md. 451'e göre devralan şirketin yönetim kurulu üyeleri, alacaklılara karşı, infisah eden şirket malvarlığının ayrı yönetileceği hususunda şahsen ve müteselsilen sorumludurlar. Yeni ticaret kanununda ise birleşmeye katılan ortaklıkların alacaklıları birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından itibaren 3 ay içinde talepte bulunurlarsa devralan ortaklığın bunların alacaklarını güvence altına alacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak güvencenin niteliğine ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Dolayısıyla yeni düzenleme ile alacaklılara sadece teminat talep etme hakkı verilmekte mevcut düzenlemede olduğu gibi birleşmeye itiraz hakkı verilmemiştir. Birleşmeye katılan şirketler, bu konuda yapılacak ilanlarla alacaklılarını bilgilendirmekle yükümlüdür. Bir işlem denetçisi raporuyla şirket malvarlıklarından karşılanamayacağı bilinen bir alacağın bulunmadığı veya böyle bir alacak istemi beklenmediği tespit edilirse ilan yükümlülüğü ortadan kalkacağı gibialacağın birleşme dolayısıyla tehlikeye düşmediği ispat edilirse bu durumda da teminat verme yükümlülüğü sona erecektir. Yükümlü şirket diğer alacaklıların zarara uğramayacaklarının anlaşılması halinde teminat göstermek yerine borcu ödemeyi tercih edebilir²¹.

Birleşmeye paralel olarak bölünmede de alacaklılara sadece teminat talep etme hakkı tanınmıştır. Alacaklılar mevcut kanunun 397. maddesine göre bölünmeden haberdar edilecek ve alacaklarını bildirmeye ve güvence verilmesi için talepte bulunmaya çağırılacaklardır. Yeni Kanunumuzda ise bölünmeye katılan ortaklıkların alacaklıları, Türkiye ticaret sicili gazetesine ile ortaklık sözleşmesinde öngörülen gazetelerde üç kez yapılacak ve web sitesine de konulacak ilanla, alacaklarını bildirerek güvence verilmesi için talepte bulunmaya çağırılırlar. Buna karşılık alacaklılara tanınan bu teminat talep etme hakkı, birleşmeden farklı olarak bölünmede, bölünme işlemlerinin tamamlanmasından sonra değil, henüz bu işlemler tamamlanmadan, özellikle bölünmeye ilişkin olarak genel kurul karar vermeden önce kullanılacaktır. Zira bölünme sözleşmesi veya planı genel kurulun onayına ancak 175. maddede belirtilen bir teminatın sağlanmasından sonra sunulabilir.

²¹ Kendigelen, a.g.e., s. 120-121.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yeni Ticaret Kanunumuz ile birleşmenin ana yapısında ve kurgusunda herhangi bir değişiklik olmamakla birlikte birleşme ve devralma konuları çok daha detaylı ve uygulamadaki problemleri dikkate alarak dikkatlice hazırlanmış düzenlemeler içermektedir. Ancak gerek bütünlük gerekse de diğer kanunlar ile paralellik arzemesi açısından ileride uygulamada bazı problemlerin de çıkma ihtimaline ilişkin endişeler de mevcuttur. Ancak genel hatlarıyla yeni düzenlemeler ile birleşmeyi zorlaştıran hususların kaldırıldığını; birleşmeyi teşvik eden ancak bunu yaparken alacaklıları ve ortakların haklarını koruyan, işbu unsurların birleşmenin gerçekleşmesini zorlaştıran veya imkansızlaştıran birer unsur olmalarını engelleyen bir denge sağlamaya çalıştığını söyleyebiliriz.

ORTAK HÜKÜMLER (md. 191 - md.193)

Her ne kadar konumuz sadece birleşme, devralma ve bölünme ile sınırlı olsa da söz konusu ortak hükümler hem birleşme hem bölünme hem de tür değiştirmeyi de içine alan tüm yeniden yapılandırma modellerinde uygulama alanı bulacak düzenlemelerdir. Hem ortaklara hem de alacaklılara bazı talep ve dava hakları verilerek korumaya çalışılmıştır.

Yeni düzenlemeye göre birleşme, bölünme ve tür değiştirmede ortaklık payının ve ortaklık hakkının gereğince korunmaması veya ayrılma karşılığının (ayrılma akçesi) uygun belirlenmemiş olması durumunda her ortak birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararının Ticaret Sicil Gazetesinde ilanından itibaren 2 ay içinde söz konusu işlemlere katılan şirketlerden birinin merkezine bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden uygun bir denkleştirme akçesi belirlenmesini talep edebilir. Böyle bir durumda değişim oranında ortaklık paylarının gerçek değerinin 1/10'unu aşamayacağını belirten 140. maddenin 2. fıkrası uygulanmaz (md. 191/1). Davanın giderleri devralan şirkete aittir (md. 191/2). Ortaklık paylarının veya ortaklık haklarının korunmasını inceleme davası birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararının geçerliliğini etkilemez (md. 191/4).

Burada 191. maddenin 2. fıkrası ilginçtir. Düzenlemeye göre davacı ile aynı durumda bulunmaları halinde mahkeme kararı, birleşmeye, bölünmeye veya tür değiştirmeye katılan şirketlerin tüm ortakları hakkında da hüküm doğurmaktadır. Dolayısıyla Türk hukukunda ilk defa lehe sonuçlanan bir mahkeme kararının aynı konumda olan diğer kişilere de yansıtan bir dava türü ortaya çıkmaktadır. Bu dava türü gerekçede "grup davası" olarak nitelendirilmiştir. Bu isimlendirme burada teknik anlamda bir grup davası olmadığı zira burada kesin hükmün nispi etkisine ilişkin kurala (HMK 303) bir istisna getirildiği gerekçesiyle eleştirilmektedir²².

Birleşme ve Bölünmenin İptali ve Eksikliklerinin Sonuçları (md. 192)

Yeni Ticaret Kanunu'nun 192. maddesinde birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin 134 ila 190. maddelerinin ihlali halinde, ilgili karara olumsuz oy vermiş ve bunu tutanağa geçirtmiş bulunan ortaklara, kararın Ticaret Sicil Gazetesinde ilanından itibaren 2 ay içinde iptal davası açma hakkı tanınmıştır. İlanın gerekmediği hallerde ise süre tescil tarihinden başlayacaktır (md. 192/1).

Her ne kadar iptal davası açmak için öngörülen iki aylık hak düşürücü srenin ilanın gerekmediği hallerde tescil tarihinden itibaren başlayacağı hükme bağlanmışsa da gerek birleşme bakımından 154. maddede gerek tescil edilen tüm hususların ilanı

²² Eleştiri için bkz. **Kendigelen**, a.g.e., s. 142. Yazara göre bu madde ile dava hakkı sadece ortaklara tanındığından, örneğin intifa senedi sahiplerinin hükmün lafzı karşısında bu tür bir davayı açmaları mümkün görünmemektedir. Benzer eleştiri için bkz. **Al Kılıç**, a.g.e., s. 204.

emreden 35. maddenin üçüncü fıkrasında ilan zorunluluğu öngörüldüğü için bu hükmün uygulanma kabiliyeti yoktur²³.

Kararın bir yönetim organı tarafından verilmesi halinde de bu dava açılabilir (md. 192/2). Ancak birleşme bölünme işlemlerinde herhangi bir eksiklik varsa mahkeme taraflara bunun giderilmesi için süre verecek ve söz konusu sakatlık verilen sürede giderilemiyorsa mahkeme kararı iptal edecek ve gerekli önlemleri alacaktır (md. 192/3).

Sorumluluk (md. 193)

Sadece ortakları değil, alacaklıları da koruma altına almak amacıyla düzenlenen 193. madde hükmüne göre birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemlerine herhangi bir şekilde katılmış bulunan bütün kişiler şirketlere, ortaklara ve alacaklılara karşı kusurları ile verdikleri zararlardan sorumludurlar. Dolayısıyla yapılan işlemde zarar gören şirket tarafından açılması da mümkündür (md. 193/1). Maddenin ikinci fıkrasında da denetleyicilerin de vermiş oldukları zararlardan dolayı sorumluluğu düzenlenmektedir.

İşbu madde de düzenlenen zararın doğrudan uğranılan zararlara ilişkin mi olduğu, yoksa dolaylı bir şekilde zarar gören şirket alacaklılarının da böyle bir talep hakkı olup olmadığı ve bu özel düzenlemenin md. 549 vd. hükümleriyle ne kadar uyumlu olduğu sorunları da tartışmaya açık gözükmektedir²⁴.

Ticari İşletme ile İlgili Birleşme (md. 194)

Her ne kadar işbu madde aynı zamanda tür değiştirmeyi de düzenlemiş olmasına rağmen bizler konumuzun sınırı gereği sadece birinci fıkrasında düzenlenen birleşme ile ilgili hükmüne değineceğiz.

Tasarıyı kalem alan komisyon tarafından gerek görülmediğinden, ticari işletme ile ilgili birleşme ve tür değiştirme konusunda mehz İsviçre hukukundan tasarıya herhangi bir hüküm aktarılmamasına rağmen Adalet Komisyonu bu alanda doğacak muhtemel boşluğu önlemek amacıyla konuya ilişkin yeni bir madde kabul etme ihtiyacını duymuş ve son tasarrufların 189 ile 190. maddelerinin bir arada toplanmasından kaynaklanan boşluğa md. 194 hükmünü yerleştirmiştir²⁵.

İşbu hükmün birinci fıkrasına göre bir ticari işletme, bir ticaret şirketi tarafından devralınması suretiyle ticaret şirketi ile birleşebilir. Bu durumda devralan şirketin türüne göre birleşmeye ilişkin bazı hükümler kıyasen uygulanacaktır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yeni Ticaret Kanunu ile birleşmenin ana yapısında ve kurgusunda herhangi bir değişiklik olmamakla birlikte birleşme ve devralma konuları çok daha detaylı ve uygulamadaki problemleri dikkate alarak dikkatlice hazırlanmış düzenlemeler içermektedir. Günün ihtiyaçlarına uygun olarak bölünme kavramı da ayrıntılı bir şekilde ilk defa maddi hukuk bakımından incelenmiştir. Dolayısıyla yeni düzenlemeler ile birleşmeyi zorlaştıran hususların kaldırılmasıyla birleşmeyi teşvik eden ancak bunu yaparken alacaklıları ve ortakların haklarını koruyan, işbu unsurların birleşmenin gerçekleşmesini zorlaştıran veya imkansızlaştıran birer unsur olmalarını engelleyen ve birleşme ve bölünmeye taraf olanların herbirinin menfaatlerini sağlamaya yönelik bir denge sağlanmaya çalışıldığı söylenebilir.

²³ Kendigelen, a.g.e., s. 143.

²⁴ Kendigelen, a.g.e., s. 144.

²⁵ Kendigelen, a.g.e., s. 145.

BÖLÜNMEYE KATILAN ŞİRKETLERİN MÜTESELSİL SORUMLULUKLARININ SINIRLANDIRILMASI

Yrd. Doç. Dr. Hülya ÇOŞTAN*

ÖZET

Türk Ticaret Kanunu m. 176'da bölünmeye katılan şirketlerin ikinci dereceden müteselsil sorumlulukları düzenlenmiştir. Ancak bu sorumluluğun sınırlandırılması konusunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu çalışmanın amacı, söz konusu müteselsil sorumluluğun şartlarının ve bu sorumluluğun sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığının incelenmesidir.

Anahtar Kelimeler: Kelimeler: Ticaret şirketleri, anonim şirket, bölünme, alacaklı, müteselsil sorumluluk

ABSTRACT

In so far as a creditor of the company to which the obligation has been transferred in accordance with the draft terms of division has not obtained satisfaction, the recipient companies shall be jointly and severally liable for that obligation (Art. 176 of TCC No. 6102). But this liability is not limited. The subject of this study is explaining the said article and determining whether it is possible to limit the liability.

Keywords: *Company, joint stock company, demerger, division, creditor, joint and several liability*

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) birleşme, bölünme ve tür değiştirme ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bilindiği üzere birleşmeden farklı olarak bölünme, bölünen şirketin malvarlığının bölümlere ayrılarak bölünmeye katılan şirket veya şirketlere intikal etmesi yoluyla gerçekleşmektedir. Malvarlığının bölümlere ayrılarak intikalinin alacaklılar açısından olumsuz sonuçlara yol açabilecek olması bölünmede alacaklıların, diğer yeniden yapılanma modellerine nazaran daha etkili bir şekilde korunmasını gerekli kılmaktadır. Nitekim TTK m. 176'da bölünmeye katılan şirketlerin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğu ve TTK m. 168/f. 3'de de tam bölünmede, bölünme planı/sözleşmesinde herhangi bir şirkete tahsis edilmeyen borçlardan dolayı bölünmeyen katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğu düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerde sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin bir hükme yer veril-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

memiştir. Bu nedenle ilk bakışta alacaklılar açısından elverişli görünen bu hükümler, müteselsil sorumluluğa başvurulmasının gerekli olması halinde müteselsilen sorumlu şirketler, bu şirketlerin pay sahipleri ve alacaklıları açısından olumsuz sonuçlara yol açabilecek niteliktedir. Bu bağlamda özellikle sorumluluğun zaman veya miktar itibarıyla sınırlandırılmamış olması, 82/891/EEC sayılı Yönergeyi¹ uyarlayan ülkelerde tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Buradan hareketle aşağıda alacaklıların, pay sahiplerinin ve şirketlerin menfaatleri arasındaki denge dikkate alınarak bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluklarının sınırlandırılması konusu değerlendirilecektir.

I. BÖLÜNMEYE KATILAN ŞİRKETLERİN İKİNCİ DERECEDEDEN MÜTESELSİL SORUMLULUĞU

A- Yasal Düzenleme

Kaynak Birleşme Kanunu² m. 47'den³ alınan TTK m. 176'da;

“ (1) Bölünme sözleşmesi veya bölünme planıyla kendisine borç tahsis edilen şirket, bu suretle birinci dereceden sorumlu bulunan şirket, alacaklıların alacaklarını ifa etmezse, bölünmeye katılan diğer şirketler, ikinci dereceden sorumlu şirketler, müteselsilen sorumlu olurlar.

(2) İkinci derecede sorumlu olan şirketlerin takip edilebilmeleri için alacağın teminat altına alınmamış ve birinci dereceden sorumlu şirketin,

a) İflas etmiş,

b) Konkordato süresi almış,

c) Aleyhine yapılan icra takibinde kesin aciz vesikası alınmasının şartları doğmuş,

d) Merkezi yurt dışına taşınmış ve artık Türkiye'de takip edilemez duruma gelmiş veya

e) Yurt dışındaki merkezinin yeri değiştirilmiş ve bu sebeple hukuken takibi önemli derecede güçleşmiş olması gerekir” hükümlerine yer verilmiştir⁴.

Bu maddede bölünmeye özgü ifa tehlikelerinin telafi edilmesi amacıyla, devralan şirket tarafından ifa edilmeyen borçlardan dolayı bölünmeye katılan şirketlerin

¹ 82/891/EEC sayılı Yönerge (Official Journal L 378, 31.12.1982, s. 0047-0057) aşağıda *Bölünme Yönergesi* olarak anılacaktır.

² Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (*Fusionsgesetz, FusG*), SR 221. 301. Bu Kanun Birleşme Kanunu olarak anılacaktır.

³ Birleşme Kanunu'nun 47. maddesine, bu Kanuna ilişkin Öntasan'ın (Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern, November 1997, *V-FusG*) 59. maddesinde yer verilmiştir. Öntasan'daki bu düzenleme gereksiz olduğu, yapısal olarak uygun düşmediği ve sınırsız bir şekilde öngörülmüş olan sorumluluğun sınırlandırılması gerektiği ileri sürülerek eleştirilmiştir (*Meier-Schatz, C.: Fusionsgesetz, Zürich 2000, s. 26*). Bununla birlikte bu hüküm Birleşme Kanunu m. 47'de aynen korunmuş ve Birleşme Kanunu'nun Gereğesinde söz konusu eleştirilere herhangi bir yanıt verilmemiştir.

⁴ Bölünme Yönergesi'nde, bölünmede alacaklıların korunmasına ilişkin olarak önerilen koruma modelleri için bkz. *Çoştan, H.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklıların Korunması, Ankara 2009, s. 242 vd.* Kaynak Birleşme Kanunu m. 47'nin (TTK m. 177), Bölünme Yönergesi'ne uygunluğu hakkında bkz. *Çoştan, H.: Subsidiäre solidarische Haftung der an einer Spaltung beteiligten Gesellschaften- eine vergleichende Untersuchung der einschlägigen Regelungen im schweizerischen Recht und im EU-Recht, RIW, Heft 4/2010, s. 192 vd.* Alman hukukundaki düzenleme için bkz. *Çoştan, Alacaklıların Korunması, s. 241.*

ikinci dereceden müteselsil sorumluluğu ve ikinci dereceden sorumlu şirketlere başvurunun şartları hükme bağlanmıştır⁵.

B- Müteselsil Sorumluluk Vasıtasıyla Korunan Alacaklılar

TTK m. 176'nın lafzına ve Gerekçedeki açıklamaya⁶ göre müteselsil sorumluluğun uygulama alanı, *bölünme yoluyla devredilip ifa edilmeyen yükümlülükler* ile sınırlandırılmıştır. Bir başka ifadeyle ikinci derecede sorumluluk, kısmen bölünen şirketin bölünme planı/sözleşmesi ile devredilmeyen yükümlülükleri ile devralan şirketin bölünme öncesinde doğmuş eski yükümlülükleri için geçerli değildir.

Kısmen bölünen şirketin bölünme planı veya sözleşmesi ile devredilmeyen yükümlülüklerinin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğun kapsamı dışında bırakılmış olması isabetli değildir. Zira kısmi bölünmede malvarlığı bölümlerinin devredilmiş olması, kısmen bölünen şirkette kalan borçların ifası için başvurulabilecek malvarlığını azaltmaktadır⁷. "Bölünme planı veya sözleşmesi ile tahsis edilmiş yükümlülükler" ifadesinin lafzi yorumu, kısmi bölünmede devreden şirkette kalan yükümlülükleri kapsamamakla birlikte, amaçsal yorum yöntemi ile bu yükümlülükler de hükmün uygulama alanı içinde değerlendirilmelidir⁸. Bölünme nedeniyle kısmen bölünen şirketin malvarlığında meydana gelen azalma, devredilmeyen borçların alacaklılarını olumsuz etkilediği için farklı bir çözümün kabul edilmesi mümkün değildir⁹. Dolayısıyla bölünmeye katılan şirketler, kısmen bölünen şirketin bölünme planı/sözleşmesi ile devredilmemiş yükümlülükleri için de ikinci dereceden müteselsilen sorumlu olmalıdır¹⁰.

TTK m. 176'da (FusG m. 47) *devralan şirketin bölünmeden önce doğan eski borçları da* ikinci dereceden müteselsil sorumluluğun kapsamı dışında bırakılmıştır. Öğretide bu hususta yeni alacaklıların eklenmesi ve devralanan malvarlığı bölümünün pasif değerlerinin aktiflerden fazla olmasının devralan şirketin malvarlığını olumsuz etkileyebileceği¹¹, dolayısıyla devralan şirketin eski alacaklıları için risk teşkil edeceği

⁵ Kaynak FusG m. 47'nin gerekçesi için bkz. Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertargung vom 13. Juni 2000, BBl 2000 (BotschftFusG), 4442 ve 4443; Begleitbericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern, November 1997 (BgltrchtV-FusG), s. 52; Ehrat, F./Colombini, M.: Kommentar zu Art. 47, [içinde: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Fusionsgesetz, Hrsg.: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker, Basel 2005], m. 47 N. 1.

⁶ Gerekçede de "...Bölünme sözleşmesi veya planına göre, bölünen ortaklığın bazı borçları, bölünmeye katılan ortaklıklardan birine devredilmiş ise yani o borç devralan ortaklık tarafından ödenecekse, fakat ödenmemişse bölünmeye katılan ortaklıklar bu ödenmeyen borçlardan müteselsilen sorumlu olurlar..." açıklamasına yer verilmiştir (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na İlişkin Genel Gereke ve Madde Gerekeçleri, TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı:2, Sıra Sayı: 96 (Gereke), s. 130).

⁷ Ehrat/Colombini, m. 47 N. 10.

⁸ Ehrat/Colombini, m. 47 N. 6; von der Crone, H./Gersbach, A./Kessler, F./Dietrich, M./Berlinger, K.: Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, N. 658; Glanzmann, L.: Umstrukturierungen eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetz, Bern 2006, N. 589.

⁹ von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N. 658.

¹⁰ Ehrat/Colombini, m. 47 N. 6; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N. 658; Beretta, P.: Strukturanpassungen/Fusion-Spaltung-Umwandlung-Vermögensübertragung, Schweizerisches Privatrecht VIII/8 (Hrsg.: von Büren), Basel/Genf/München 2006, s. 288. Bu yorum Bölünme Yönergesi'ne de uygundur (Çoştan, Alacaklıların Korunması, s. 245-246).

¹¹ Malacrida, R.: Spaltung von Gesellschaften, ZSR 2004 Bd. 123, s. 53; BotschftFusG, 4441.

dile getirilmektedir¹². Ancak bu riskin devralan şirkette yapılması gereken aynı sermaye denetimi vasıtasıyla ve devralan şirketin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğunun sınırlandırılması vasıtasıyla önlenmesi mümkündür¹³. Dolayısıyla devralan şirketin eski alacaklılarının bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğu vasıtasıyla korunmasına gerek olmamalıdır. Devralan şirketin bölünmenin ilânından önce doğan yükümlülüklerinin müteselsil sorumluluk vasıtasıyla korunması, alacaklıların korunmasında aşırılığa kaçılmasına yol açabilecektir. Diğer taraftan bölünmeye katılan şirketlerin bölünen şirket dışındaki şirketlerin eski borçlarından da ikinci dereceden müteselsil sorumlu tutulması, bölünmenin tercih edilen bir yeniden yapılanma modeli olarak uygulamada işlerliğine engel teşkil edebilecektir. Bölünen şirketin alacaklılarının kural olarak daha fazla korunmaya muhtaç olduğu kabul edilmelidir¹⁴.

C- Birinci ve İkinci Dereceden Sorumlu Şirketler

TTK m. 176'ya göre bölünme planı/sözleşmesi ile yükümlülüğün devredildiği şirket *birinci dereceden* sorumlu şirkettir.

Birinci dereceden sorumlu şirket dışında bölünmeye katılan diğer şirketler *ikinci dereceden* sorumludur. Daha açık bir ifadeyle tam bölünmede, yükümlülüğün devredildiği şirket dışındaki devralan/yeni kurulan şirketler ikinci dereceden sorumludur. Kısmi bölünmede ise ikinci dereceden sorumlu şirketler, kısmen bölünen şirket ile yükümlülüğün devredildiği şirket dışındaki devralan/yeni kurulan şirketlerdir.

TTK m. 176'da borcu devralan şirket dışındaki şirketlerin müteselsil sorumluluğu öngörülmüştür. Dolayısıyla borcu devralan şirket ile diğer şirketler arasında müteselsil borçluluk ilişkisi bulunmamakta, ikinci dereceden müteselsilen sorumlu tutulan şirketlerin bu sorumluluğu feri borç niteliği taşımaktadır¹⁵.

D- İkinci Dereceden Müteselsil Sorumlu Şirketlere Başvuru

a- Kapsam

İkinci dereceden müteselsil sorumluluğa konu yükümlülükler bölünmenin ilânından önce doğmuş olmalıdır¹⁶. Alacaklıların talebinin sözleşmeden veya kanundan

¹² *Ehrat/Colombini*, m. 47 N. 7.

¹³ *Çoştan*, Alacaklıların Korunması, s. 236.

¹⁴ *Stratz*, R.: Kommentar zu Art. 22, [içinde: Umwandlungsgesetz/Umwandlungssteuergesetz, Hrsg.: *Schmidt/Hörtnagl/Stratz*, München 2006], m. 22 N. 24; *Hommelhof*, P./*Schwab*, M.: Kommentar zu Art. 133, [içinde: Umwandlungsgesetz – Kommentar, Hrsg.: *Lutter/Winter*, C.I, Köln 2004], m. 133 N. 144. Karşı görüş ise alacaklıların korunmasında yaratılan bu tür bir farklılığın devralan şirketin eski alacaklılarının teminat vasıtasıyla korunuyor olması ve bölünmenin kendileri için nispeten daha az tehlike arz etmesi ile açıklanamayacağı yönündedir (*Meier-Schatz*, C.: *Europäisches Gesellschaftsrecht und der Schweizer Vorentwurf für ein Fusionsgesetz, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz - FS für Prof. Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999*, s. 555). Birleşme Kanunu m. 47/f. 1'in (TTK m. 176) asıl amacının ikinci dereceden sorumluluğun devredilen alacaklar ile sınırlandırılması olmadığı, birinci ve ikinci dereceden sorumlu şirketlerin belirlenmesi olduğu görüşü için bkz. *Ehrat/Colombini*, m. 47 N. 6.

¹⁵ Hem birinci dereceden sorumlu şirketi hem de diğer ikinci dereceden sorumlu şirketleri kapsaması bakımından müteselsil sorumluluk iki yönlüdür (*Ehrat/Colombini*, m. 47 N. 14).

TTK m. 176'da müteselsil borç ve müşterek borcun birbirine karıştırıldığı görüşü için bkz. *Moroğlu*, E.: *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı*, 5. Baskı, İstanbul 2007, s. 96.

¹⁶ *von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger*, N. 660.

doğmuş olması ya da aynı nitelik taşıması fark yaratmamaktadır¹⁷. Bu alacakların TTK m. 175 (FusG 46) uyarınca bildirilmiş olması da gerekli değildir¹⁸. Bir başka ifadeyle alacaklıların bildirimde bulunmamış olması, asli borçlunun değişmesine onay verdikleri anlamını taşımamaktadır¹⁹.

TTK m. 176/f. 2'deki (FusG m. 47/f. 2) şartların gerçekleşmesi ile birlikte alacaklı borcun tümünü veya bir kısmını (BK²⁰ m. 162/f. 1), ikinci dereceden sorumlu şirketlerin herhangi birisinden talep edebilecektir²¹.

b- Başvuru Şartları

İkinci dereceden sorumlu şirketlere başvurulabilmesi için, birinci dereceden sorumlu şirket tarafından ifa edilmeyen yükümlülük, TTK m. 175 uyarınca teminat altına alınmamış olmalı ve birinci dereceden sorumlu şirket fiilen takip edilememeli veya takip önemli derecede güçlük arz etmelidir. Teminat altına alınmamış olan alaktan²² dolayı ikinci dereceden sorumlu şirketlerin takip edilebilmeleri için birinci dereceden sorumlu şirketin,

- a) İflas etmiş,
- b) Konkordato süresi almış,
- c) Aleyhine yapılan icra takibinde kesin aciz vesikası alınmasının şartları doğmuş,
- d) Merkezi yurt dışına taşınmış ve artık Türkiye'de takip edilemez duruma gelmiş veya
- e) Yurt dışındaki merkezinin yeri değiştirilmiş ve bu sebeple takibi önemli derecede güçleşmiş

olması gerekmektedir (TTK m. 176/f. 2; FusG m. 47/f. 2)²³.

Teselsül birinci dereceden sorumlu şirket muaccel hale gelmiş alacağı ödemediği için temerrüde düşürüldüğü anda doğacağı için, zamanaşımını kesen fiiller de bu andan itibaren BK m. 155/f. 1 (OR m. 136/f. 1) uyarınca diğer müteselsil sorumlu şirketler bakımından etkisini gösterecektir²⁴.

¹⁷ *Jugeli, G.*: Der Gläubigerschutz bei der Umwandlung juristischer Personen – Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und georgischen Recht -, Frankfurt am Main 2006, s. 112 vd..

Hemen belirtelim ki rekabet yasağı gibi yapmama yükümleri bakımından müteselsil sorumluluğun kapsamının sınırlandırılması gerekmektedir. Bu hususta yapmama yükümlünün konusu olan kaynakların bölünmeye katılan şirketlerden hangisine tahsis edildiği sorusu belirleyici olmalı ve yapmama yükümlünü ihlâl edebilecek konumda olmayan şirketlerden ifa talep edilmemelidir (*Jugeli, s. 116*). Bir taraftan alacaklının ifa menfaatinin korunması, diğer taraftan alacaklının korunmasında aşırılığın önlenmesi amaçları bu tür bir istisnayı zorunlu kılmaktadır (*Jugeli, s. 117*).

¹⁸ *Beretta, s. 288*.

¹⁹ *Beretta, s. 289*.

²⁰ 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu (RG. 04.02.2011, S.27836) hükümlerine atf yapılmıştır.

²¹ *Ehrat/Colombini, m. 47 N. 14; Affentranger, M.*: Kommentar zu Art. 47, [içinde: Stämpfli Handkommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg.: Baker&McKenzie, Bern 2003], m. 47 N. 1.

²² Kısmi teminatın varlığı halinde, teminata bağlanmamış kısım için bu hükmeye başvurulabilecektir (*von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N. 658–dn. 348*).

²³ Birleşme Kanunu'nun sınır aşan bölünmelere ilişkin hükmünün TTK'ya aktarılmasının isabetli olmadığı yönünde bkz. *Kendigelen, A.*: Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 40.

²⁴ *Beretta, s. 289*.

c- Rücu

TTK m. 176'da müteselsilen sorumlu şirketler arasındaki rücu ilişkisi, düzenlenmemiştir²⁵.

Borcu ifa eden ikinci dereceden sorumlu şirket, yerine getirdiği edimin tümünü birinci dereceden sorumlu şirkete rücu edebilecek, birinci dereceden sorumlu şirkete karşı takip yapılamaması veya yapılan takibin sonuçsuz kalması halinde ise rücu talebi ikinci dereceden sorumlu şirketlere yöneltebilecektir²⁶.

Borcu ödeyen ikinci dereceden sorumlu şirketin diğer ikinci dereceden sorumlu şirketlere ne şekilde rücu edeceği bölünme planı/sözleşmesinde düzenlenmemiş ise, rücu TTK m. 168/f. 1'e (FusG m. 38/f. 1) kıyasen bölünme çerçevesinde tahsis gerçekleşen net malvarlığına göre gerçekleştirilmelidir. Bu durumda BK m. 167/f. 1'in (OR m. 148/f.1) müteselsil borçlulardan her birinin alacaklıya ödenen miktardan birbiri eşit paylardan birini üzerine almak zorunda olduğu yolundaki hükmün bölünmede uygulanmayacağı açıktır²⁷.

E- Sorumluluğun Sınırlandırılması

TTK m. 176 uyarınca ikinci dereceden müteselsil sorumluluk zaman ve miktar itibarıyla sınırlandırılmamıştır. Sınırlandırmanın gerekli olup olmadığı ve hangi yöntemler ile sınırlama yapılabileceği değerlendirilmelidir.

a- Sınırlandırmanın Gerekliliği

Bölünen şirketin alacaklıları açısından bakıldığında sorumluluğun sınırlandırılmasının isabetli olmayacağı açıktır. Ancak sorumluluğun sınırlandırılması meselesinde bölünen şirketin alacaklılarının menfaatleri ile bölünmeye katılan şirketlerin menfaatleri arasında denge sağlanması zorunludur.

TTK m. 176'da öngörülen sorumluluğun sınırlandırılmaması, bölünmeye katılan şirketlerin mali durumunu ve bölünmeye katılan şirketlere yatırım yapmayı düşünen yatırımcıların kararlarını olumsuz etkileyebilecektir. Şöyle ki bölünmeye katılmış olan şirketlerden birisine yatırımda bulunan yatırımcı, bu yatırımı ile bölünmeye katılan diğer şirketlerin bir kısım pasiflerini ve bunlara bağlı riskleri de üstlenecektir²⁸. Bir başka ifadeyle hangi riskleri göze aldığı bilmesi gereken yatırımcının göstermesi gereken özen yükümü bölünmeye katılan diğer tüm şirketleri de kapsayacak²⁹, aksine bir tutum yatırımcının özensiz hareket etmiş olmasına yol açabilecektir³⁰. Çevre sorumluluğu ve ürün sorumluluğu gibi bilâncoda yansıtılmayan risklerden doğan sorumlulukların da gerçekleşmesinin olasılık dahilinde olduğu dikkate alındığında, yatırımcının neredeyse hiç bir şekilde ilgilenmediği şirketler hakkında göstermesi gereken özen yükümünün zaman ve masraf kaybına yol açacağı da ortadadır³¹. Sonuç olarak

²⁵ Bölünme Yönergesi m. 12/f. 3 ve f. 7'de, ikinci dereceden sorumlu şirketlerin bu sorumluluklarının kendilerine intikal eden net malvarlıkları ile sınırlandırılmasına izin verilmiştir.

²⁶ Ehrat/Colombini, m. 47 N. 15.

²⁷ Ehrat/Colombini, m. 47 N. 15.

²⁸ Binder, A.: Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung – Ein Beitrag zu einer sachgerechten Auslegung des Fusionsgesetzes (Sonderdruck aus der Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Aargauischen Anwaltsverbandes), Zürich-Basel-Genf 2005, s. 11.

²⁹ Binder, s. 11.

³⁰ Binder, s. 11.

³¹ Binder, s. 11.

bölünmenin yatırımcılar üzerindeki etkileri, şirketlerin bölünme yerine başka yapılanma modellerini tercih etmesine yol açabilecektir³².

Diğer taraftan sorumluluğun sınırlandırılmamış olması bölünmeye katılan şirketlerin alacaklıları ve pay sahipleri açısından da olumsuz sonuçlara yol açabilecektir.

b- Sınırlama Yöntemleri

ba- Zaman İtibariyle Sınırlama

TTK m. 176'da (FusG m. 47) müteselsil sorumluluk zamanaşımına tabi kılınmamıştır. Bu nedenle ikinci dereceden müteselsil sorumluluğun zaman itibariyle sınırlandırılmasının kural olarak Borçlar Kanunu'nun zamanaşımını düzenleyen hükümlerine göre belirlenmesi gerekmektedir³³. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere bu durum birçok olumsuz sonuca yol açabilecektir.

i- Amaçsal İndirgeme Yolu ile Sorumluluğun Sınırlandırılması Görüşü

Öğretide TTK m. 176'nın kaynağı olan FusG m. 47'nin lafzının, kanunun genel amacı dikkate alınarak amaçsal indirgemeye tabi tutulup tutulamayacağı değerlendirilmektedir³⁴. İkinci dereceden müteselsil sorumluluğun amaçsal indirgeme yoluyla zamanaşımına tabi kılınmasını savunan *Binder*, konuyla ilgili görüşlerini Alman hukukunda bölünmede müteselsil sorumluluğun zamanaşımına tabi tutulmuş olmasını, Bölünme Yönergesi'ne uygun sayan görüşlere³⁵ dayandırmaktadır³⁶. Yazar karşılaştırmalı hukukun da amaçsal indirgemenin gerekliliğine işaret ettiğini ifade etmektedir³⁷.

³² *Binder*, s. 12.

³³ *Binder*, s. 10.

³⁴ *Binder*, s. 33.

³⁵ Alman hukukunda Bölünme Yönergesi'nin müteselsil sorumluluğun miktar itibariyle sınırlandırılmasına izin verdiği, bu nedenle zaman itibariyle sınırlamanın da Yönergeye uygun olacağı görüşü savunulmaktadır (*Hommelhof/Schwab*, m. 133 N. 8; *Hörtnagl*, R.: Kommentar zu Art. 133, [içinde: Umwandlungsgesetz/Umwandlungssteuergesetz, Hrsg.: *Schmidt/ Hörtnagl/ Stratz*, München 2006], m. 133 N. 1). Sorumluluğun devredilen net aktif miktarı ile sınırlandırılmasına izin veren Bölünme Yönergesi m. 12/f. 3, açıklayıcı hüküm olarak nitelendirilmekte ve bölünmeyi düzenleyen hükümlerin geneli itibariyle uygun bir alacaklı korunmasının sağlandığı hallerde, miktar dışındaki sınırlamaların da Yönergeye aykırı düşmeyeceği ileri sürülmektedir (*Hommelhof/Schwab*, m. 133 N. 8). Dolayısıyla uzun vadeli yükümlülüklerle karşılık teminat istenebileceği için müteselsil sorumluluğun zaman itibariyle sınırlandırılmasının Yönergeye aykırı olmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır (*Hommelhof/Schwab*, m. 133 N. 8).

Müteselsil sorumluluğun zaman itibariyle sınırlandırılmasının Yönergeye uygun olmadığı yönünde bkz. *Maier-Reimer*, G.: Kommentar zu Art. 133, [içinde: Umwandlungsgesetz, Hrsg.: *Semler/Stengel*, München 2003], m. 133 N. 8.

³⁶ Bölünmeye katılan şirketlerin sorumluluğunun sınırlandırılmasında, Alman hukukunun örnek gösterilmesi bize göre isabetli değildir. Zira Türk ve İsviçre hukuklarında bölünmeye katılan şirketlerin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğu, Alman hukukunda ise bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğu düzenlenmiştir. Alman hukukundaki düzenleme için bkz. *Helvacı*, M.: Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2004, s.128; *Çoştan*, Alacaklıların Korunması, s. 241 vd.

³⁷ *Binder*, s. 36.

Binder ayrıca amaçsal indirgemede gerek içerik gerekse sistematik bakımdan FusG m. 75³⁸ ve OR m. 181'in (karş. BK m. 202)³⁹ kıyasa elverişli hükümler olduğunu, kıyasa uygun hükümler arasında yer alan OR m. 591'in (karş. TTK m. 264) ise içerik itibariyle tam bir uygunluk arz etmediğini, belirtmektedir⁴⁰. İsviçre hukukunda şirket borçlarından dolayı ortakların kişisel sorumluluğunu ayrılma ve fesih hallerinde 5 yıl (OR m. 591) ve yeniden yapılanmada ise 3 yıl (FusG m. 26/f. 2) ile sınırlandıran kanun koyucunun iradesinin yeniden yapılanmada müteselsil sorumluluğun 3 yıl ile sınırlı olması yönünde olduğu da dile getirilmektedir⁴¹. Öğretide diğer yazarlar da FusG m. 47'nin (TTK m. 176) amaçsal yorumunun, müteselsil sorumluluğun FusG m. 48'de (TTK m. 158, 177) olduğu gibi 3 yıl süreyle sınırlandırılmasına imkan verdiği görüşündedir⁴².

ii- Değerlendirme

Bölünme Yönergesi'nde müteselsil sorumluluğun zamanaşımı ile sınırlandırılması düzenlenmemiştir. Bu nedenle sorumluluğun zaman itibariyle sınırlandırılmasının isabetli olmadığı düşünülebilir. Ancak TTK m. 158 ile 177'de⁴³ ve BK m. 202'de sorumluluk zamanaşımı ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle sorumluluğun zamanaşımı ile sınırlandırılması, Türk hukuk sistemine uygun düşmektedir. Bölünmeye katılan şirketlerin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğu, mehz İsviçre hukukunda da savunulduğu üzere, amaçsal indirgeme yolu ile sınırlandırılmalıdır.

Amaçsal indirgeme yoluyla ikinci dereceden müteselsil sorumluluğun sınırlandırılması için kıyasa elverişli hükümler belirlenmelidir. Ticari işletme veya malvarlığının devrinde devreden ve devralanın müteselsil sorumluluğunun tabi olduğu zamanaşımını hükme bağlayan BK m. 202 kanımızca kıyasa elverişli değildir. Zira TTK m. 176'da düzenlenen devreden ve devralanın müteselsil sorumluluğu değil, bölünmeye katılan şirketlerin ferî sorumluluğudur. TTK m. 177 ve 158'de de bölünmeden önce şahsen sorumlu olanların sorumluluklarının ferî borç şeklinde düzenlendiği dikkate alındığında, kıyasa elverişli hükmün TTK m. 177'nin atfıyla m. 158 olduğu kabul edilmelidir.

³⁸ Bu maddede malvarlığı devrinde devredilen borçlardan dolayı devreden ve devralanın 3 yıl süreyle müteselsilen sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır.

³⁹ İsviçre Borçlar Kanunu'nun malvarlığının veya ticari işletmenin devri başlığını taşıyan 181. maddesi (BK m. 202), FusG m. 109 ile değiştirilmiştir. Buna göre malvarlığı veya ticari işletmeyi devreden, ilâdan itibaren devralan ile birlikte müteselsil sorumluluğunda süre *üç yıla* çıkarılmıştır. OR m. 181/f. 4'de de ticaret şirketlerinin, kooperatiflerin, derneklerin, vakıfların ve Ticaret Siciline kayıtlı ticarî işletmelerin malvarlıklarının devir alınmasının FusG'ye tabi olduğu ifade edilmiştir.

⁴⁰ *Binder*, s. 34, 36.

Devreden ve devralanın 3 yıl süreyle müteselsil sorumluluğunun öngörüldüğü malvarlığı devrinden farklı olarak bölünmede, zamanaşımına yer verilmemiş olması müteselsil sorumluluğun ikinci dereceden olması ile açıklayan görüş için bkz. *Malacrida*, s. 55; *von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger*, N. 661. Bize göre bu görüşün kabulü mümkün olmamalıdır. Zira kişisel sorumluluğun devamında (TTK m. 158, m. 177) da esasen tali bir sorumluluk söz konusu olmakla birlikte zamanaşımı öngörülmüştür.

⁴¹ *Binder*, s. 37.

⁴² Kaynak FusG m. 46 ve 47 açısından savunulan bu görüş için bkz. *Ehrat/Colombini*, m. 47 N. 8; *von Salis*, U.: Fusionsgesetz Teil I-II-III-V, 08/2008, N. 15.21-T. III. Bu çözümün haklı olduğu ancak kanunda dayanağı olmadığı yönünde bkz. *Beretta*, s. 290.

⁴³ TTK m. 264'de de sorumluluk 3 yıl ile sınırlandırılmıştır.

bb- Miktar İtibariyle Sınırlama

TTK m. 176'da müteselsil sorumluluk miktar bakımından da sınırlandırılmamıştır.

İkinci dereceden müteselsil sorumluluğun sadece zaman itibariyle sınırlandırılması yeterli değildir. Bölünme Yönergesi'nde⁷⁴ de önerildiği üzere müteselsil sorumluluk, bölünmeye katılan şirketin devraldığı net aktif miktarı dikkate alınarak da sınırlanmalıdır. Böylece bölünmeye katılan şirketin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğunun azami miktarının şirketin bilançosundan anlaşılması sağlanabilecektir.

II. BÖLÜNMENİN DIŞINDA KALAN YÜKÜMLÜLÜKLERDEN DO-LAYI TAM BÖLÜNMEYE KATILAN ŞİRKETLERİN MÜTESELSİL SO-RUMLULUĞU

A- Yasal Düzenleme

TTK m. 168'e (FusG m. 38) göre:

“ (1) Bölünme sözleşmesinde veya planında tahsisi yapılmayan malvarlığı ko-nuları üzerinde;

a) Tam bölünmede, devralan tüm şirketlerin, bölünme sözleşmesi veya planına göre kendilerine geçen net aktif malvarlığının⁴⁵ oranına göre, devralan tüm şirketlere paylı mülkiyet hakkı düşer.

b) Kısmî bölünmede söz konusu malvarlığı devreden şirkette kalır.

(2) Birinci fıkra hükmü kıyas yoluyla alacaklara ve maddi olmayan malvarlığı haklarına da uygulanır.

(3) Tam bölünmeye katılan şirketler, bölünme sözleşmesi veya planına göre herhangi bir şirkete tahsis edilmeyen borçlardan müteselsilen sorumludurlar”.

Alacaklıların müteselsil sorumluluk vasıtasıyla korunması bakımından TTK m. 168/f. 3 önem arz etmektedir. Kısmi bölünmede bölünen şirketin varlığını sürdürmesi nedeniyle bölünme planı/sözleşmesinde tahsisi yapılmayan yükümlülükler bölünen şirkette kalmaktadır. Tam bölünmede ise bölünen şirket sona erdiği için bölünme planı/sözleşmesinde tahsisi yapılmayan yükümlülüklerin tahsisinin ne şekilde gerçekleştireceği kanunen düzenlenmiştir⁴⁶.

TTK m. 168/f. 3'ün amacı, kısmi külli halefiyetin yol açabileceği belirsizliklere karşı⁴⁷ alacaklının korunmasıdır⁴⁸. Hükmün uygulanabilmesi için ilk koşul ilgili yükümlülüğün bölünme planı/sözleşmesinin yorumu ile de tahsisinin mümkün olmasıdır. Müteselsil sorumluluk bakımından ilgili yükümlülüğün bölünme planı/

⁴⁴ Bölünme Yönergesi'nin 12. maddesinde ise, alacaklının teminat vasıtasıyla korunmasının öngörüldüğü hallerde bölünmeye katılan şirketlerin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğunun (f. 3), devralınan net aktif malvarlığı ile sınırlandırılmasına imkân tanınmıştır.

⁴⁵ Birleşme Kanunu Tasarısı'ndaki (BBI 2000 4531) net aktif malvarlığı (Nettoaktivvermögen) ifadesi, Birleşme Kanunu'nda özvarlık (Reinvermögen) olarak değiştirilmiştir.

⁴⁶ *Zenhäusern*, U: Kommentar zu Art. 38, [içinde: Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg.: Baker&McKenzie, Bern 2003], m. 38 N. 9. Kısmi bölünmede ise bölünmeye katılan şirketlerden herhangi birisine tahsis edilmemiş olan yükümlülükler için devreden şirket sorumlu olmaya devam eder (*BotschaftFusG*, 4439).

⁴⁷ *Meier*, A.: Kommentar zu Art. 38, [içinde: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg.: Vischer, Zürich 2004], m. 38 N. 8.

⁴⁸ *Watter*, R./*Rampini*, C.: Kommentar zu Art. 38, [içinde: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Fusionsgesetz, Hrsg.: *Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker*, Basel 2005], m. 38 N. 20.

sözleşmesi dışında kalmasının unutmadan veya kasıttan kaynaklanması da önemli değildir⁴⁹.

TTK m. 168/f. 3 (FusG m. 38/f. 3), BK m. 162/f. 2 (OR m. 143/f. 2) uyarınca kanundan doğan müteselsil sorumluluğa örnek teşkil etmektedir⁵⁰. Dolayısıyla alacaklı müteselsil borçluların herhangi birisinden alacağını tamamen veya kısmen ifasını talep edebilecektir (BK m. 163/f. 1; OR m. 144/f. 1)⁵¹.

Bölünme planı/sözleşmesinde yer almayan konuların tahsisine ilişkin söz konusu maddenin tamamlayıcı hüküm niteliği taşımasından hareketle⁵² öğretide, bölünme planı veya sözleşmesinde tahsisi yapılmamış yükümlülüklerin, ilgili malvarlığının devredildiği şirkete intikal etmesi veya kısmi bölünmede devralan şirketlerin sorumluluğunu öngören sözleşmesel düzenlemelerin geçerli olması gerektiği ileri sürülmektedir⁵³.

Alacaklıya ödemede bulunan şirketin diğer şirketlere ne şekilde rücu edeceği ise TTK'da düzenlenmemiştir. Bu bağlamda rücu konusunda TTK m. 168/f. 1'in (FusG m. 38/f. 1) kıyasen uygulanması mümkün gözükmektedir⁵⁴.

B- Sorumluluğun Sınırlandırılması

TTK m. 168/f. 3'de sorumluluk zamaşaşımı veya miktar itibariyle sınırlandırılmamıştır. Zamaşaşımı ile sınırlandırılma öngörülmemiş olması isabetlidir. Zira bu durumda müteselsil borçlular, söz konusu yükümlülüğün dolaylı asli borçlu sıfatıyla sorumlu olacaklardır. Bu nedenle menfaatler dengesine uygun olan çözüm sorumluluğun ilgili yükümlülüğün tabi olduğu zamaşaşımı süresince devam etmesidir.

Ancak TTK m. 168/f. 3 uyarınca tam bölünmede tahsis edilmeyen borçlardan dolayı bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğunun miktar itibariyle sınırlandırılması isabetli gözükmektedir. Şöyle ki söz konusu maddenin 1. fıkrasında tam bölünmede tahsisi yapılmayan malvarlığı konularının devralan şirketlere intikalinin bölünme planı/sözleşmesine göre kendilerine geçen net malvarlığının oranına göre gerçekleşmesi öngörülmüştür. Aynı esasın tahsisi yapılmayan borçlar için de uygulanması mümkündür.

Nitekim Bölünme Yönergesi m. 3/f. 3'de de bölünme sözleşmesinde tahsisi yapılmamış olan yükümlülüklerin bu sözleşmenin yorumu ile de tahsisi mümkün değilse, bölünmeye katılan şirketlerin bu borçtan dolayı müştereken ve müteselsilen sorumlu olması öngörülmüştür. Üye devletlerin bu sorumluluğu, bölünmeye katılan şirketlere tahsis edilen net malvarlığı ile sınırlandırmasına izin verilmiştir⁵⁵.

⁴⁹ *Zenhäusern*, m. 38 N. 8; *Meier*, m. 38 N. 8.

⁵⁰ *Watter/Rampini*, m. 38 N. 20.

⁵¹ *Watter/Rampini*, m. 38 N. 20.

⁵² *Watter/Rampini*, m. 38 N. 4.

⁵³ *Watter/Rampini*, m. 38 N. 22.

⁵⁴ Dolayısıyla rücu konusunda BK m. 167/f. 1 (OR m. 148/f. 1) uygulanmalıdır (*Watter/Rampini*, m. 38 N. 23).

⁵⁵ Alman hukukunda Umwandlungsgesetz (UmwG) m. 131/f. 3'de; tam bölünmede bir konu sözleşmede devralan şirketlerden hiçbirisine tahsis edilmemiş ise ve sözleşmenin yorumu ile de tahsis mümkün değilse, bu konunun devralan şirketlere devraldıkları aktiflerin devraldıkları pasifleri aşan farkı ile orantılı olarak intikal edeceği ifade edilmiştir. Konunun birden çok şirkete tahsisinin mümkün olmaması halinde ise, tahsisin konunun değerine göre gerçekleşeceği hükme bağlanmıştır.

KAYNAKÇA*

- Affentranger, M.** : Kommentar zu Art. 47, [içinde: Stämpfli Handkommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg.: Baker&McKenzie, Bern 2003].
- Beretta, P.** : Strukturanpassungen/Fusion - Spaltung - Umwandlung-Vermögensübertragung, Schweizerisches Privatrecht VIII/8 (Hrsg.: von Büren), Basel/Genf/München 2006.
- Binder, A.** : Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung – Ein Beitrag zu einer sachgerechten Auslegung des Fusionsgesetzes- (Sonderdruck aus der Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Aargauischen Anwaltsverbandes), Zürich-Basel-Genf 2005.
- Çoştan, H.** : Subsidiäre solidarische Haftung der an einer Spaltung beteiligten Gesellschaften- eine vergleichende Untersuchung der einschlägigen Regelungen im schweizerischen Recht und im EU-Recht, RIW, Heft 4/2010.
- Çoştan, H.** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Ankara 2009 (Alacaklının Korunması).
- Ehrat, F./**
- Colombini, M.** : Kommentar zu Art. 47, [içinde: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht - Fusionsgesetz, Hrsg.: Watter/Vogt/Tschäni/ Daeniker, Basel 2005].
- Glanzmann, L.** : Umstrukturierungen eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetz, Bern 2006.
- Helvacı, M.** : Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2004.
- Hommelhof, P./**
- Schwab, M.** : Kommentar zu Art. 133, [içinde: Umwandlungsgesetz – Kommentar, Hrsg.: Lutter/Winter, C.I, Köln 2004].
- Hörtnagl, R.** : Kommentar zu Art. 133, [içinde: Umwandlungsgesetz/ Umwandlungssteuergesetz, Hrsg.: Schmidt/Hörtnagl/Stratz, München 2006].
- Jugeli, G.** : Der Gläubigerschutz bei der Umwandlung juristischer Personen – Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und georgischen Recht -, Frankfurt am Main 2006.
- Kendigelen, A.** : Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011.
- Maier-Reimer, G.:** Kommentar zu Art. 133, [içinde: Umwandlungsgesetz, Hrsg.: Semler/Stengel, München 2003].
- Malacrida, R.** : Spaltung von Gesellschaften, ZSR 2004 Bd. 123.
- Meier, A.** : Kommentar zu Art. 38, [içinde: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg.: Vischer, Zürich 2004].

* Birden çok eserine atf yapılan yazarların eser adlarına ilişkin kısaltmalar parantez içinde verilmiştir.

- Meier-Schatz, C.** : Europäisches Gesellschaftsrecht und der Schweizer Vorentwurf für ein Fusionsgesetz, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz - FS für Prof. Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999 (FS-Zäch).
- Meier-Schatz, C.** : Fusionsgesetz, Zürich 2000.
- Moroğlu, E.** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, 5. Baskı, İstanbul 2007.
- Stratz, R.** : Kommentar zu Art. 22, [içinde: Umwandlungsgesetz/ Umwandlungssteuergesetz, Hrsg.: Schmidt/Hörtnagl/Stratz, München 2006].
- von der Crone, H./Gersbach, A./**
- Kessler, F./Dietrich, M./**
- Berlinger, K.** : Das Fusionsgesetz, Zürich 2004.
- Watter, R./**
- Rampini, C.** : Kommentar zu - 38, [içinde: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht - Fusionsgesetz, Hrsg.: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker, Basel 2005].
- Zenhäusern, U** : Kommentar zu Art. 38, [içinde: Stämpfli Handkommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg.: Baker&McKenzie, Bern 2003].

6. OTURUM

TEBLİĞLER

*** ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA GÜVENDEN DOĞAN
SORUMLULUK**

Prof. Dr. Ahmet BATTAL

*** ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA KARŞILIKLI İŞTİRAK**

Doç. Dr. Gül OKUTAN NILSSON

*** ŞİRKETLER TOPLULUĞUNA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN
UYGULAMA ALANI BAKIMINDAN HÂKİM TEŞEBBÜS KAVRAMI**

Yrd. Doç. Dr. Kağan SUSUZ

*** ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA DENKLEŞTİRME**

Yrd. Doç. Dr. Aşlı E. GÜRBÜZ USLUEL

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA GÜVENDEN DOĞAN SORUMLULUK

Prof. Dr. Ahmet BATTAL*

ÖZET

6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununun 203. maddesi yeni bir sorumluluk davası kaynağı içermektedir. Buna göre, şirketler topluluğunda, bağlı şirketin, kendi iktisadi faaliyetlerinde hakim şirkete duyulan güvenden faydalanması halinde, bu faaliyetin sonuçlarından hakim şirket de sorumlu tutulabilecektir. Güven sorumluluğu denilen bu sorumluluk, hukukun genel prensiplerinden biri olarak MK 2’de yer alan iyiniyet prensibi ya da dürüstlük kuralının şirketler hukuku alanına somut bir yansımasıdır.

Makalede bu sorumluluğun şartları ve sınırları ele alınmıştır. Özetle,

Hükümün kaynağı MK. 2’deki güven sorumluluğudur. Bu iki sorumluluk da doğrudan kanundan doğan bir sorumluluk türüdür.

TTK. 203’teki özel hükmün uygulanamayacağı hallerde MK. 2’deki güven kuralı bir sorumluluk kaynağı olarak devam eder. Diğer ifadeyle TTK. 203 hükmü sorumluluk davasında davanın “hukuki sebebi”ni “çoğaltan” bir etki yapar.

Hükümün uygulanabilmesi için TTK. 195. maddede düzenlenen mânâda bir şirketler topluluğu bulunmalıdır. Ancak şirketler topluluğunun hakiminin mutlaka bir şirket olması gerekmez. Gerçek kişilere ait iktisadi teşebbüsler de bir topluluğa hakim olabilir ve bu kapsamda sorumlu tutulabilir.

Hakimiyet dışındaki işbirliği hallerinde güven sorumluluğu söz konusu olmaz.

Bu maddedeki sorumluluk davasının muhatabı hakim şirket ya da işletmecidir. Asıl sorumlu durumundaki bağlı şirket ile birlikte sorumlu tutulacaktır. Diğer deyişle bu özel hüküm davalı sayısını artırmaktadır. Bu sebeple bu sorumluluk davası ile ilgili kurallar asıl davanın kuralları ile aynıdır.

Hakim sorumluluk davasının kararında hakim şirket ile bağlı şirket arasındaki rücu ilişkilerini de çözüme kavuşturmak zorundadır.

Hakim şirketin itibarı, aslında, hakim şirketin işletme adı, ticaret unvanı ve markasının itibarı ile ilişkilidir. Dolayısıyla, bilhassa itibarın tesbitinde, marka hukukunun bazı ilkelerinden faydalanılabilir.

Hakim şirketin sorumluluğunun başlaması için topluluğun itibarının bağlı şirketin iktisadi faaliyeti sırasında topluma güven verecek seviyeye yükselmiş olması gerekir. Seviyenin tesbitinde “tanınmış marka” ve “iyi bilinen marka” ölçeklerinden faydalanılabilir.

Güvenin ölçüsü sübjektif olacaktır. Her bir somut olayda hakim şirkete güvenen ve güveni korunmaya değer olan kişi için dava hakkı vardır.

Güven sorumluluğu kuralından, topluluğun itibarına duyduğu haklı güven hukuken korunmaya değer seviyeye çıkmış bulunan herkes faydalanabilir. Ancak, banka

* Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
abattal@turgutozal.edu.tr, drbattal@yahoo.com

ve benzeri imtiyazlı kuruluşlar için, görünüşe güvenmiş olmak gibi durumlar bir hak kaynağı olamaz.

Anahtar Kelimeler: Şirketler topluluğu, güven sorumluluğu, güvenden doğan sorumluluk, hakim şirket, bağlı şirket, şirketler hukukunda hakimiyet ilişkisi, şirketler hukukunda bağlılık ilişkisi, Medeni Kanunun 2. maddesi, ticari itibarın aktarılması.

ABSTRACT

Section 203 of the New Turkish Commercial Code 6102 (the new TCC) contains a new source for liability case. According to the section, if an affiliated company while carrying out its own activities takes advantages of the trust of the dominant company, the dominant company may be regarded responsible for the results of the affiliated company's activities. The liability which is called trust responsibility is basically an application of the general principles of the law as laid down in s. 2 of the Turkish Civil Code (the CC) to the company law.

This article deals with the conditions and limits of the responsibility. The source of s. 203 of the new TCC is trust responsibility of s. 2 of the CC. The two liabilities are directly inserted in the Acts.

Where special provision of s. 203 of the new TCC cannot be applied, the trust rule of s. 2 of the CC shall be applied as a source of liability. In other words, in a liability case, s. 203 of the new TCC shall have a multiplier effect with regard to "legal reasoning".

In order to apply s. 203 of the new TCC, there has to be a group of companies as defined in s. 195 of the TCC. But, there is no need for the dominant company to be a commercial company. Business enterprises of sole traders may be the dominant firm. Therefore, such a firm may be liable.

In other cooperation where there is not a dominant company, there cannot be trust liability. The defendant of this type of liability cases is the dominant enterprise, either a company or an unincorporated firm. The company will be liable as the affiliated main liable company. In other words, this special provision increases the number of defendants. Therefore, rules that governing the main liability cases are the same.

The judge has to solve the recourse disputes between the dominant company and its affiliated company. The reputation of the dominant company, in fact, depends upon the reputation of the business title, the business name and the trademarks of the dominant company. Therefore, in order to determine the value of the reputation, some principles of trademark law should be taken into account. In order to make the dominant company liable, the reputation of each member of the group of companies as a whole should be reached a point where the society feels that the members of the groups as a whole is a sound and trustworthy. The rules in determining "well-known trade mark" and "famous trade mark" may be applied in determining reputation of the group of companies.

Trustworthiness of the group of companies shall be subjective. Every person who trust in the dominant company and his trust worth for protection has right to sue the dominant company. But, for the banks and other privileged firms, rules for "apparently confident" shall not apply. In other words, in such a situation, such firms may have no right to sue.

Keywords: *Group of companies, trust responsibility, responsibility arising out of trust, dominant enterprise, affiliated company, dominant relationship in company law, commitment to relationship in company law, section 2 of the Turkish Civil Code, transfer of good commercial reputation.*

A. GİRİŞ

Yeni Türk Ticaret Kanunu şirketler topluluğunu ayrıntılı olarak düzenlemiş, topluluk içi ilişkileri netleştirmiş ve bu bağlamda “güvenden doğan sorumluluk” başlıklı 209. maddede topluluk içi ilişkilerin dışı yansımalarının bir sonucuna yer vermiştir.

Bir şirketler topluluğu bünyesindeki bir şirkete duyulan haklı ve meşru güven hakim şirkete veya genel olarak topluluğa duyulan güvenin bir parçası ya da bir yansıması durumunda ise, bu bu güvenilirlik hali, güvenilen için güvenene karşı bir sorumluluk sebebi olacaktır.

Bir sorumluluk kaynağı durumundaki bu düzenleme kanun koyucular için yenidir. Ancak somut olayda özel hükmün adaleti tesis etmeye yeterli olmadığı hallerde devreye girmek üzere tasarlanmış yedek hüküm durumunda olan MK. 2 hükmü de “çelişkili davranış yasağı” koymak suretiyle bir tür güven sorumluluğu öngördüğüne göre, TTK. 209’daki özel hüküm MK. 2’nin bir özel uygulaması sayılmalıdır.

Madde gerekçesi hükmün niteliği ve amacı hakkında bazı ipuçları vermektedir. Ancak sınırları doktrin çalışması ve içtihatlarla çizilecek ve hükmün isabetli olup olmadığı da ileride bu çalışmalar ve gelişmeler ışığında değerlendirilecektir¹.

Aşağıda bu hükümle ilgili muhtemel sorular sorulacak ve muhtemel cevaplar ele alınacaktır. Belirtelim ki konu doğrudan Marka Hukuku ile ilgili olmamakla birlikte hakim şirketin ve topluluğun itibarı ticari itibar niteliğindedir ve dolayısıyla bulunacak çözümler, bilhassa hakim şirketin marka ve benzeri ticari isimlerinin değeri, tanınırlığı ve itibarı ile ilgilidir. Bu sebeple aşağıda yeri geldikçe Marka Hukuku kavramlarına atf yapılacaktır.

B. HÜKMÜN NİTELİĞİ VE GEREKÇESİ

Yeni Türk Ticaret Kanununun “Güvenden doğan sorumluluk” başlıklı 209. maddesi şu şekildedir:

“Hâkim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketiciciye güven veren bir düzeye ulaştığı hâllerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur.”

Madde gerekçesi ise şu şekildedir:

“Türkiye bu hükmü ile, Avrupa öğretisinde çoğunluk tarafından savunulan güven kavramının önemli bir uygulamasını oluşturan ve İsviçre Federal Mahkemesinin Wibrul/Swissair kararı (BGÉ 120 II 331) ile kabul edilen şirketler topluluğunun (konzern’in) toplumda veya tüketicide yarattığı güvenden doğan sorumluluğu kanunen düzenleyen ilk ülkedir. Sorunun özel ve dar bir şekilde görünüşü ‘patronaj açıklaması’dır. Hükmün amacı bir şirketler topluluğu bağlamında hâkim şirketin toplumda veya daha dar bir çevre olan tüketicide yarattığı güveni kullandığı takdirde bu kullanmanın sonuçlarını yüklenmesini sağlamaktır.

“Bağlı şirketler çoğu kez üyesi oldukları şirketler topluluğunun adını şirket kırtasiyesinde, ilân ve özellikle reklamlarda zikretmekte bu yolla kendilerine müşteri

¹ Konu hakkında ülkemizde yapılmış ilk monografik çalışma Y. Doç. Dr. Asuman Yılmaz’ın TTK. henüz tasarı halinde iken 2010 yılında yayınlanmış olan “Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk” adlı ayrıntılı ve mukayeseli eseridir.

Yazar eserine isim olarak “Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk”u seçmiştir. Bu cümle “Şirketler Topluluğuna Güvenmekten Doğan Sorumluluk” yani “şirketler topluluğunun güvenden doğan sorumluluğu” olarak anlaşılmaya uygundur. Oysa kanundaki düzenleme “Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk” yani “şirketler topluluğu uygulamasında, bağlı şirketle kurulan hukuki ilişkide hakim şirkete duyulan güvenden dolayı hakim şirketin sorumluluğu” şeklinde anlaşılmaya daha uygundur.

bağlamakta, ticarî menfaat sağlamaktadır. Adı anılan şirketler topluluğunun toplumda yüksek itibarı haiz olduğu durumlarda bu kazanç yüksek olmaktadır.

“Kullanılan topluluk adına güvenerek halkın veya daha dar anlamda tüketicinin bağlı şirkete yönelmesinin ve bağlı şirketin pazar payının yükseltilmesinin temelinde, o topluluğun üyesi olan şirketin, düriüst hareket edeceği, verdiği bilgilerin ve kamuya açıklanan tablo ve belgelerinin gerçeği yansıttığı, teknolojinin üstün, kalitenin iyi ve herşeyin gereği gibi olduğu inanç ve güveni vardır. İtibarın kullanılması ise, somut olaya göre belirlenir. Kullanılma için adın zikredilmesi, topluluk logosunun kullanılması şart değildir. Tablo, bilgi, kalite vs. güvene uymuyor ise adının kullanılmasına sesini çıkarmayan hâkim şirket sonuçtan sorumlu olmalıdır. Bu sebeple sorumluluğun merkez şartı, ‘itibarın kullanılması’dır. Kullanma yoksa, sadece topluluğa ‘mensubiyet’, sorumluluğu doğurmaz.

“Her şirketler topluluğu hükmün kapsamında değildir. Bir topluluğun kapsama girebilmesi için itibarının topluma veya tüketicieye güven veren bir düzeye ulaşmış olması gerekir. Bu da, somut olaya göre belirlenir.”

Görüldüğü üzere, gerekçe, bu madde hükmü hakkında akla gelebilecek birçok sorunun cevabını kısa da olsa vermektedir.

C. HÜKMÜN YORUMLANMASINA YARDIMCI SORULAR VE CEVAPLAR

1. TTK. 209’da tarif edilen biçimiyle güvenden doğan sorumluluğun ön şartı nedir?

Ön şart, TTK. 195. maddede düzenlenen mânâda bir şirketler topluluğunun bulunmasıdır. 195/5’te de belirtildiği üzere şirketler topluluğunun hakiminin bir şirket değil de bir “teşebbüs” olduğu hallerde de yine bu madde kapsamında bir topluluk hali vardır. Dolayısıyla bağlı şirketin kullandığı güven hakim teşebbüsün itibarı ise 203. madde hükümleri bu halde de geçerli olacaktır. Öte yandan, topluluk ilişkisinin herhangi bir sebeple ve herhangi bir şekilde bitmesinden sonra da, güvenin intikali devam ediyorsa sorumluluk gündeme gelebilmelidir.

Bilhassa ilişkinin sona erdiğinin ticaret siciline tescil ve ilan edilmiş olması veya hakim ya da bağlı şirketin web sayfasında yayınlanmış olması gibi durumlar, tek başına, güven sorumluluğunu sona erdiren haller olarak kabul edilmemelidir. Zira güven sorumluluğu kendisi zaten şekli hukukun yetersizliğine karşı getirilmiş bir çözümdür ve diğer bir şekli hukuk kuralı yardımıyla bertaraf edilmesi amaca uygun olmasa gerektir.

O halde özet olarak, kanunda şirketler topluluğu olarak tarif edilip netleştirilmiş olan haller dışındaki birleşmelerde ve işbirliği hallerinde bu maddeden doğan bir sorumluluk söz konusu edilemez.

Bu konuyu netleştirebilmek üzere, 203. madde kapsamına girmeyecek bazı işbirliği örneklerini saymakta fayda vardır:

1.1. İşbirliği anlaşmaları, yatay birleşmeler ve benzeri hallerde bu madde hükümleri uygulanamaz.

1.2. Uygulamada “... şirketinin çözüm ortağı” gibi isimler altında kendisini tanıtan ve bir başka işletmenin acentesi, komisyoncusu, bayii ya da reklam ve pazarlama departmanı gibi faaliyet gösteren işletmeler ile ana işletme arasında 195. madde mânâsında bir hakimiyet ve yine kanunun tarif ettiği bir “topluluk ilişkisi” yoksa 203’ün uygulanması da söz konusu değildir.

1.3. Yan faaliyet konularında ya da yardımcı faaliyet alanlarında dışarıdan hizmet tedarik ederek (outsourcing usulü ile) faaliyet gösteren banka ve benzeri şirketler ile tedarikçisi arasındaki ilişki de -tedarikçinin müşteri çevresi yönünden bir itimada sebep olsa dahi- şirketler hukuku mânâsında bir “topluluk ilişkisi” değilse bu madde anlamında bir güven sorumluluğu doğurmaz.

1.4. Bir markanın fiilen birden çok işletme tarafından kullanılması ya da akdî olarak ortak marka oluşturulmak suretiyle kullanılması gibi hallerde marka hakkı sahibinin ya da diğer ortakların markaya duyulan güven sebebiyle sorumlu olması gerektiğinden söz edilemez.

Ancak bilhassa ortak marka örneğinde de olduğu üzere, MK 2'den yola çıkılarak güven sorumluluğuna ulaşılmış söz konusu olabileceği bazı somut hallerde, kanun koyucunun TTK. 209 ile ortaya koyduğu irade ve çözüm tarzı uygulamada bir emsal hüküm olarak işe yarayabilir.

2. Güvenden doğan sorumluluğun tek yolu TTK. 209 kuralı mıdır?

TTK. 209 hükmü MK. 2'nin şirketler hukukunda ve şirketler topluluğu alanında uygulanmasından ibarettir.

O halde genel hükümlerden yola çıkılarak da güvenden doğan bir sorumluluğa ulaşılabilecek haller bulunabilir. Diğer deyişle bu hüküm bir tür genel hüküm olmakla birlikte bir yünden de şirketler topluluğunun ilişkilerine uygulanacak özel hüküm niteliğinde olduğundan hukukun genel ilkelerinden yola çıkılarak elde edilen “güven sorumluluğu kuralları”nı bertaraf etmemektedir.

Nitekim bu kanundan önce de, yargı kararlarında, MK. 2'den yola çıkılarak, bir güven sorumluluğu söz konusu edilebilmekte idi². Kanaatimizce bundan sonra da şirketler topluluğunda cari olan güven dışındaki korunmaya değer güven hallerinde yine güven sorumluluğu söz konusu olmaya devam edecektir. Sadece, bu madde mânâsında güvenden doğan sorumluluk için bu maddenin öngördüğü kurallar geçerli olacaktır.

3. Şirketler topluluğunda hakim şirketin bağlı şirketin müşterisine karşı sorumluluğu için mutlaka bu maddede yazılı kuralı mı geçerli olacaktır?

Diğer deyişle bu madde kapsamına giremeyen bazı hallerde de, yine genel hükümlerden yani MK. 2'den yola çıkılarak, hakim şirketin sorumluluğuna hükmedilebilmeli midir?

Kanaatimizce evet. Zira kanun koyucu şirketler topluluğunda güven sorumluluğu açısından MK. 2'yi bertaraf etmek isteseydi TTK. 209 hükmünü daha farklı bir biçimde yazmalı idi. Böyle olmadığına göre MK 2'nin hükmü ve etkisi şirketler topluluğu için de sürmektedir.

Ancak kabul edilmelidir ki şirketler topluluğunda güven sorumluluğu açısından MK. 2'nin uygulama alanı TTK. 209'la netleştirilmiş olmakla aslında önemli ölçüde daraltılmış da olmaktadır.

Özetle TTK. 209 hükmü sorumluluk davasında davanın “hukuki sebebi”ni “çoğaltan” bir etki yapacaktır.

4. Güvenden doğan sorumlulukta “sorumlu” kimdir?

Sorumluluğun muhatabı, madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere, şirketler topluluğunun sahip olduğu itibarı kendi bünyesinde merkezileştiren hakim şirkettir.

TTK. 195/5'te ifade edildiği üzere hakim şirketin bir şirket değil de tüzel kişiliği bulunmayan bir teşebbüs olması halinde teşebbüs (yani onu işleten gerçek kişi ya da kişiler) tacir sayılacak ve davaya da bu teşebbüs (yani teşebbüsü işleten gerçek kişi ya da kişiler) muhatap olacaktır.

İç içe hakimiyet hallerinde (ana şirket, yavru şirket ve torun şirket hallerinde) itibarından faydalanılmış olan şirket hangisi ise sorumluluk da o şirket üzerindedir.

² Örnek için bkz. Battal, Ahmet, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Doğentlik Tezi, Ankara-2001, vweb erişimi: http://www.turgutozal.edu.tr/abattal/contents/abattal/files/Bankalar_Hukuk_Sorumluluğu.pdf

İlgili kişiler bu madde kapsamındaki hak talebini hakim şirkete yönelteceklerdir. Ancak bu talep ilgili kişilerin asıl sorumlu bağlı şirketi dava etmelerine elbette engel olmayacaktır.

Diğer deyişle 209 hükmü şu şekilde de okunabilir:

“Topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hâllerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden hâkim şirket de sorumludur.”

O halde TTK. 209 hükmü, güvenden doğan sorumluluk hallerinde sorumlu kişiyi değiştiren bir hüküm değil, sorumlu sayısını artıran bir düzenleme durumundadır.

Bununla birlikte bilhassa hakim şirketin tek ortak durumunda olduğu bağlı şirketlerde bağlı şirketin tüzel kişiliği hakim şirket tarafından sadece kendisinin kararı ve irade beyanı ile bertaraf edilebildiğinden bu hallerde önemli olan hakim şirketin sorumluluğu olup hakim şirketle birlikte bağlı şirketin de sorumlu olması oldukça sınırlı bir anlam ifade etmektedir.

5. Güven sorumluluğu her şirketler topluluğunda ve her hakim şirket için kendiliğinden geçerli midir?

Gereğinin son paragrafında da bildirildiği üzere bu hüküm her şirketler topluluğu için kendiliğinden geçerli sayılamaz. Önemli olan, şirketler topluluğunun itibarının topluluğa dahil şirketin müşteri çevresini oluşturan topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaşmış olup olmadığıdır.

Bu aşamada güven ve itibar kavramları hakkında bazı bilgiler vermek gerekir:

Madde hükmünde yer alan güven kelimesi, günlük dilde, eski dildeki itibar ve itimat kelimelerinin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Kanun koyucu ise itibar ve güven kelimelerini ayrı ayrı mânâlarda kullanmak suretiyle itibarı güvenden ayırmıştır. Böylece itimat yerine güvenin kullanılmış olduğu anlaşılmaktadır.

Bir güven ilişkisinde güvenilen tarafın sıfatı olan “itibar sahibi (muteber) olmak” güvenilir olmak demektir ve güvenin sebebidir. Güvenen tarafın davranışının adı ise itimat etmek yani güvenmektir.

Bu durumda hükmün uygulanabilmesi için hakim şirketin ve dolayısıyla topluluğun itibarının olağan (alelade) itibar seviyesini aşır “topluma veya tüketiciye güven veren” özel bir itibara dönüşmüş olması gerekir.

6. İtibarın tüketiciye güven veren bir seviyeye çıkmasının ölçüsü nedir?

Gereğede bu sorunun cevabına yardımcı olabilecek cümle şöyledir:

“Kullanılan topluluk adına güvenerek halkın veya daha dar anlamda tüketicinin bağlı şirkete yönelmesinin ve bağlı şirketin pazar payının yükseltilmesinin temelinde, o topluluğun üyesi olan şirketin, dürüst hareket edeceği, verdiği bilgilerin ve kamuya açıklanan tablo ve belgelerinin gerçeği yansıttığı, teknolojinin üstün, kalitenin iyi ve herşeyin gereği gibi olduğu inanç ve güveni vardır.”

Bu cümleden yola çıkarak itibarın varlığının tesbit edilebilmesi için şu unsurlar teklif edilebilir:

-Hakim şirketin kolay hatırda kalan bir adı ya da markası veya logosu olmalı ve bu işaret çağrışım yoluyla şirketler topluluğunu hatırlatıyor olmalıdır.

-Halk veya daha dar anlamda tüketici, bağlı şirkete, topluluğun adına da güvenerek yöneliyor olmalıdır.

-Bu yöneliş bağlı şirketin rekabet gücünü ve dolayısıyla pazar payını artırıyor olmalıdır. (Kârlılığın artıp artmadığı işletmecilik başarısı ve piyasa şartları ile ilgilidir ve ayrı bir husustur).

-Bu tercihte ve bağlı şirketin pazar payının böylece yükselmesinin temelinde şu unsurlar yatıyor olmalıdır: “Topluluğun üyesi olan şirketin dürüst hareket edeceği,

verdiği bilgilerin ve kamuya açıklanan tablo ve belgelerinin gerçeği yansıttığı, teknolojinin üstün, kalitenin iyi ve her şeyin gereği gibi olduğu inanç ve güveni”.

Belirtelim ki aynen tanınmış markada olduğu gibi topluluk itibarında da zaman itibarıyla değişkenlik kaçınılmazdır. Dolayısıyla tanınmış marka kriterlerinde olduğu gibi topluluk itibarında da önceye veya sonraya yani başka bir zamandaki duruma değil, sorumluluk davasına dayanak yapılan güveni içeren içeren somut olayın gerçekleştiği tarih itibarıyla böyle bir itibarın var olup olmadığına bakılacaktır.

7. Bir topluluğun itibarının tüketicie güven veren bir seviyeye çıktığı nasıl anlaşılabilir?

Gerekçenin ilgili kısmı şu şekildedir:

“İtibarın kullanılması ise, somut olaya göre belirlenir. Kullanılma için adın zikredilmesi, topluluk logosunun kullanılması şart değildir. Tablo, bilgi, kalite vs. güvene uymuyor ise adının kullanılmasına sesini çıkarmayan hâkim şirket sonuçtan sorumlu olmalıdır. Bu sebeple sorumluluğun merkez şartı, ‘itibarın kullanılması’dır. Kullanma yoksa, sadece topluluğa ‘mensubiyet’, sorumluluğu doğurmaz.”

Bağlı şirket, faaliyetlerinde topluluğun adını, markasını, logosunu ve imajını kullanıyorsa bundan bir fayda elde etmeyi istiyor ve umuyor demektir. Bu ise ancak bazı hallerde topluluğun imajının ve itibarının kullanılmaya değer ölçüde yüksek olduğunu gösterir.

Ayrıca topluluğun, Marka Hukukunda bilinen adıyla tanınmış marka türlerinden biri olan “iyi bilinen marka”ya sahip olması da bu itibarın varlığına işaret eder. Bu markanın alt markalarla desteklenen jenerik marka niteliğinde olması durumu ve sonucu değiştirmez. Yine bu markanın bir logo olarak kullanılması da mümkündür. Marka ya da logonun reklamlarda ve iş malzemelerinde kullanılması yeterlidir. Yeter ki bu kullanımlar itibarın kullanılması ya da itibardan faydalanılması amacıyla yapıyor olsun.

Bir şirketler topluluğunun bağlı şirketler ve işletmeler eliyle yürüttüğü faaliyetlerin bir ortak marka ya da jenerik marka altında yürütülüyor olması halinde işletmenin çevresindeki kişiler bağımsız bir işletme karşısında olduğunu değil bir çatı altında faaliyet gösteren birden çok işletmeden biriyle karşı karşıya olduğunu düşünür.

Bu zihni bütünleştirme faaliyeti, genellikle, bir ortak marka kullanılmasının bir sonucudur. (Bu ortak markanın 556 sayılı KHK.nin tarif ettiği biçimde ve teknik mânâsıyla yönergeye bağlanmış bir ortak marka olması gerekmez).

8. Güvenden doğan sorumluluk hükmü kimler lehinedir?

TTK. 209 hükmünden, topluluğun itibarına duyduğu haklı güven hukuken korunmaya değer seviyeye çıkmış bulunan herkes faydalanabilir.

Bu sebeple kanun koyucu “topluma veya tüketicie güven veren” itibardan söz etmektedir. Diğer deyişle maddedeki “toplum” ve “tüketicie”, sadece, itibarı algılayan iki grup anlamında olmak üzere değil, maddedeki haktan yararlanacak olanları tarif etmek üzere metne yerleştirilmiştir.

O halde toplumun tüm fertleri (gerçek ve tüzel kişiler) bu haktan faydalanabilir. Dolayısıyla gerekçede yer alan “halk veya daha dar anlamda tüketici” ifadesindeki “halk” sadece gerçek kişileri değil, yine gerekçede yer alan biçimiyle bütün müşterileri ihtiva eder. Yeter ki bu kişi hakim şirketin ve dolayısıyla topluluğun itibarına güvenmiş olsun ve bu güven haklı ve kabul edilebilir bir güven olsun.

Bu durumda tüketicilerin ayrıca sayılmasının sebebi nedir?

Kanaatimizce gerekçede yer alan “daha dar bir çevre olan tüketici” ifadesi bu sorunun cevabı için bir ipucu oluşturabilir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

kapsamında tarif edilen hukuki bir terim olan tüketici; sınırları ve nitelikleri belli bir mal ya da hizmet alıcısı grubunu ifade eder.

O halde tüketici niteliğine sahip kişiler ile bu niteliğe sahip olmayan gerçek ya da tüzel kişiler arasında, güvenin korunmaya değer haklı güven olması yönünden bir fark var sayılmalıdır. Tüketicilerin korunması ihtiyacı da zaten genellikle bu özel güven duygusunun suistimal edilmesinden kaynaklanmaktadır.

Buna göre bu madde hükmünden en geniş mânâda faydalanacak olanlar sıradan tüketicilerdir. İkinci ve daha ağır şartlarla istifade edecek grup ise TTK. 18/2 gereğince basiretli davranış yükümlülüğüne tabi olan ve basiretsizliğinden bir mazeret olarak istifade edemeyecek olan tacirlerdir.

Buna karşılık, bankalar gibi özel itibar ve ihtisas müesseseleri için bu madde hükmünden faydalanmak, kanaatimizce, söz konusu edilemez. Zira bunlar, ticari ilişki içine girdikleri müşterilerinin grup içi ya da aile içi ilişkilerine kanunen dikkat etmesi ve kişileri birbirinden ayırt edebilmesi gereken müesseselerdir.

9. Güvenden doğan sorumluluğun kaynağı nedir?

Bu madde kapsamındaki güven sorumluluğu doğrudan kanundan kaynaklanan bir sorumluluktur. Zira güvenen ve hak talep eden taraf ile kendisine güvenilen hakim şirket arasında akdî bir ilişki bulunmamaktadır.

Kurulmuş ya da kurulma hazırlıklarına başlanmış ve zarara sebep olmuş olan akdî ilişki, topluluk itibarına güvenen üçüncü kişi ile hukuken ilk ve aslî muhatabı durumundaki bağlı şirket arasındadır. Bu ilişkinin, taraflar arasında sözleşme içi veya sözleşme öncesi sorumluluk kuralları yardımıyla çözüme kavuşturulması, geniş anlamda sorumluluğun akitten doğması demektir.

TTK. 209 kapsamındaki davada ise akdî ilişkinin taraflarının dışında üçüncü bir kişi durumunda olan hakim şirketin “de” sorumluluğu gündeme gelmektedir. Bu sorumluluk, sorumluluk hukukuna ait çeşitli teoriler (mesela aslî edim yükümlülüğünden bağımsız kanuni borç ilişkisi teorisi) yardımıyla açıklanabilir. Ancak bu durum çözüm için TTK. 209’dan ve gerekirse MK. 2’den faydalanılması gerektiği yolundaki neticeyi değiştirmez.

10. Hakim şirket ve bağlı şirket arasındaki iç ilişki nasıl çözülecektir?

Hakim şirketin bağlı şirketin tüm paylarına sahip olmadığı durumlarda bu iki şirket hem hukuken hem de arka planındaki menfaat çevresi itibariyle farklı iki tüzel kişi demektir. Bu halde ise bu iki şirket arasındaki menfaat çatışmasının nasıl çözüleceği önem taşır.

Kanaatimizce TTK. 209 kapsamında hakim şirkete karşı açılmış bir sorumluluk davası ile bağlı şirkete karşı akitten doğan sorumluluk davasının birlikte açıldığı halde, mahkeme, bilhassa talep halinde ve bazı hallerde de re’sen, bu iki davalı arasındaki rücu ilişkisi hakkında da hüküm vermelidir.

Bu tür bir davada Borçlar Kanununun klasik müteselsil sorumluluk kuralları (Yeni TBK 61, 62) işlemeyeceği gibi farklı hukuki sebebe dayalı sorumlular arasındaki rücu kuralları da ancak bu hükmün amacına uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Zira, MK. 2’den ve onun yansıması durumundaki bir özel hükümden doğmakla zaten davanın kendisi istisnaidir ve davalılar arasındaki dava arkadaşlığı ilişkisi de şirketler topluluğuna özgü bir tür “mecburi dava arkadaşlığı”dır. (Davanın bu yönünün Usul Hukuku uzmanlarınca ayrıca incelenmesi gerekir).

D. SONUÇ

Yeni TTK'nın 209. maddesi, MK. 2/2'de tarif edilmiş olan “çelişkili davranış yasağı”ndan yola çıkılarak da ulaşılabilecek olan güven sorumluluğunu somut ve özel bir kurala bağlamıştır.

Düzenlemenin gerekli ve isabetli olup olmadığını zaman gösterecektir.

Bilhassa sermaye şirketleri alanında son otuz yılda yaşanmış olan derbederlik ve dağınıklık nazara alındığında, yeni TTK ile getirilen diğer birçok düzenleme gibi bu düzenlemenin de doğru kullanılması halinde uygulama için faydalı olacağını düşünüyoruz.

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA KARŞILIKLI İŞTİRAK

Doç. Dr. Gül OKUTAN NILSSON*

ÖZET

Karşılıklı iştirak, yeni Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlemeye tabi tutulan bir kavramdır. Köpük sermaye yaratmak, şirket yönetiminde zafiyete yol açmak gibi sakıncaları olduğu düşünüldüğünden, karşılıklı iştirak bazı koşullarla yaptırıma bağlanmıştır. Birbirlerinin sermayesine iştirak etmiş olan şirketlerin arasında hakimiyet ilişkisinin olup olmamasına göre, uygulanacak hukuki düzenleme değişiklik göstermektedir.

Anahtar kelimeler: Karşılıklı iştirak, şirketin kendi hisselerini iktisabı, hakimiyet, şirketler topluluğu

ABSTRACT

Cross shareholding is a concept regulated by the new Turkish Commercial Code. Since cross shareholding is believed to lead to undesired consequences such creating fictitious capital or causing a deficiency in company's management, it is sanctioned under certain conditions. The applicable legal rules vary according to whether or not there is a "dominance" relationship between the companies which have shares in each other's capital.

Keywords: *Cross shareholding, treasury shares, treasury stock, corporate groups, group of companies*

I. Kavram

Karşılıklı iştirak, genel olarak, iki şirketin, birbirinin sermayesine iştirak etmesi durumunu ifade etmektedir. Öncelikle, kolektif şirket haricindeki ticaret şirketlerinin ortakları tüzel kişi de olabileceğinden, bir şirket, başka bir şirketin sermayesine iştirak ederek onun ortağı olabilir. Ancak, kendisine iştirak edilen şirket, dönüp kendi ortağı konumunda olan şirkete iştirak ederse, o zaman her iki şirket birbirinin sermayesine iştirak etmiş olur ve genel anlamda karşılıklı iştirak durumu ortaya çıkar.

6762 sayılı Ticaret Kanunu (ETK), karşılıklı iştirak konusunda bir hüküm içermemekteydi. 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu (TTK) ise, sermaye şirketlerinde karşılıklı iştirak durumunu ilgilendiren önemli bazı hükümler içermektedir. Bunlardan ilki, teknik bir terim olarak "karşılıklı iştirak"ı tanımlayan 197. madde, ikincisi ise anılan maddede tanımlanan "karşılıklı iştirak" durumuna sonuç bağlayan 201. maddedir. Bunların dışında, karşılıklı iştirakin yavru şirket - ana şirket arasındaki özel halini düzenleyen hükümler de bulunmaktadır. Bunlar, anonim şirketlerde 379 f.5 ve 389 ile, limited şirketlerde 612 f. 6 ve f.4 hükümleridir.

Anılan düzenlemeler, özünde karşılıklı iştiraki caydırıcı bir yaklaşım içermekte ve karşılıklı iştirak durumunda, pahasıplığına bağlı bazı hakların donması gibi yaptı-

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

rımlar öngörmektedir. Bu yaklaşımın sebebi, karşılıklı iştirak durumunun, çeşitli yönlerden sakıncalı görülmesidir.

Bu çalışmada, önce karşılıklı iştirakin sakıncalarından bahsedilmiş, ardından da yeni TTK'nın karşılıklı iştirak konusundaki düzenlemeleri, ana hatlarıyla incelenmiştir¹.

II. Karşılıklı İştirakin Sakıncaları

Karşılıklı iştirak, biri sermayenin korunması, diğeri ortaklığın yönetimi ile ilgili iki temel noktadan sakıncalı görülmektedir.

A. Sermayenin Korunması İlkesi Açısından

Sermaye şirketlerinde geçerli olan sermayenin korunması ilkesinin temel kurallarından biri, sermayenin iadesi yasağıdır. Şirkete konulan sermayenin geri alınamayaacağı, anonim şirketler bakımından TTK m. 480 f.3, limited şirketler bakımından ise TTK m. 601'de ifade edilmiştir. Oysa karşılıklı iştirak durumunda, kendisine iştirak edilen şirket dönüp kendi ortağına sermaye koymayı taahhüt ederse, ortağının kendisine koyduğu sermayeyi ortağına geri vermiş olacağından, bu durum sermayenin iadesi yasağına aykırı görülmektedir.

Örneğin, A şirketi, B şirketinde 100 TL'lik sermaye sahibi olsa, B şirketi de bir sermaye artırımında dönüp ortağı konumundaki A'ya 100 TL'lik sermaye koysa, B, A'nın kendisine verdiği sermayeyi A'ya iade etmiş olacaktır.

Öte yandan, karşılıklı iştirak durumundaki şirketler, iştirak ettikleri şirket kanalıyla kendi sermayelerine de iştirak etmiş olmaktadır. Örnekte, A'nın sermaye artırımında B'nin taahhüt ettiği 100 TL, aslında A'nın B'ye verdiği 100 TL olarak görüldüğünde, A kendi kendisine 100 TL iştirak etmiş sayılacaktır. Kağıt üzerinde A'nın sermayesi 100 TL artmış gözükse de, aslında şirketin malvarlığında gerçek bir büyüme olmamıştır. Bu durum, karşılıklı iştirakin varlığını bilmeyen üçüncü kişilere karşı, birinci şirketin sermayesinde artış olduğu, dışarıdan yeni sermaye geldiği şeklinde aldatıcı bir görüntü oluşmasına sebep olmakta ve şirketle işlem yapan üçüncü kişilerin durumunu kötüleştirmektedir. Bu da gerçekte var olmayan, fiktif, köpük bir sermaye yaratmaktadır². Bu sebeplerle karşılıklı iştirak, sermayenin korunması ilkesine aykırı kabul edilmektedir³. TTK'nın, karşılıklı iştirak ile ilgili 197. maddesinin mehzazını oluşturan Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun (Aktiengesetz – AktG) 19. maddesinin gerekçesinde de, karşılıklı iştirakin, sermayenin şirkete getirilmesini, şirket bünyesinde korunmasını ve doğru şekilde kamuya açıklanmasını tehlikeye soktuğu belirtilmiştir⁴.

Öte yandan, karşılıklı iştirak durumundaki şirketlerin ekonomik kriz zamanlarında birbirlerine destek olamayacakları, tam tersine, şirketlerden birinin zarara uğramasının, diğersinin değerini azaltacağı ve bunun da karşılıklı iştirak sebebiyle yine ilk

¹ Karşılıklı iştirak konusunun daha ayrıntılı incelemesi için bkz. **Okutan Nilsson, G.**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009, s. 161 vd.

² Bkz. TTK m. 197 Gerekçesi. Ayrıca, **Pulaşlı, H.** Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2011, s. 1244.

³ **Emmerich/Habersack**, Konzernrecht, 9. Auf. München 2008 s. 76; **Schmidt, K.** Gesellschaftsrecht, 4. Auf. 2002 ("Schmidt, GesR") §31 II d, s. 946; **Windbichler, C.**, Aktiengesetz Grosskommentar, Bd. 1, §§15-22, 4. Auf. (Her. Hopt/Wiedemann), Berlin 1999, §19 N. 2; **Kropff, E.**, Aktiengesetz (Textausgabe mit Begründung des Regierungsentwurfs), Düsseldorf 1965 („AktG gerekçesi, Kropff“ olarak anılmıştır) AktG §19'un gerekçesi, Kropff, s. 34-35; **Koppensteiner**, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz B. 6, 3. Auf. (Her: Zöllner/Noack) Carl Heymanns Köln 2004, §19 N. 3.

⁴ AktG §19'un gerekçesi, **Kropff**, s. 34.

şirkete ilave değer kaybı olarak geri döneceği, böylece iki şirketin birbirlerinde sahip oldukları sermayenin değerinin aşınması ile daha hızlı bir çöküşe sebep olacakları da bir sakınca olarak gösterilmektedir⁵. Aynı sakınca, şirketin kendi paylarını satın almasında da doğmaktadır⁶.

B. Şirket Yönetimi Açısından

Karşılıklı iştirakin ikinci sakıncası, yönetim kurullarının pay sahiplerine karşı bağımsızlaşmasında görülmektedir⁷. Zira şirketlerin birbirinde sahip olduğu paylar, bağımsız bir pay sahibi tarafından değil, her iki şirketin yönetim organı tarafından idare ve temsil edilecektir. Böylece yönetim organındaki kişiler, pay sahibi koltuğuna oturacaktır. Karşılıklı iştirak oranı arttıkça, yönetim organının da pay sahipleri karşısında gücü artar⁸. Bu durum, daha ziyade payları tabana yayılmış şirketler bakımından sakınca doğurur.

C. TTK'nın Gerekeşi'nde Belirtilen Sakıncalar

Kanun'un gerekçesinde, karşılıklı iştirak konusundaki 197. ve 201. maddelerin, "sermayenin sulandırılması (köpük sermaye), bilançonun gerçekliğinin tereddüt yaratması gibi sorunları önlemeyi" ve "temelde kökenleri aynı olan payların yönetime etkilerinin sınırlanması"ni amaçladığı açıklanmıştır⁹. Dolayısıyla, TTK'nın da, ilgili maddeleri düzenlerken, yukarıda açıklanan sakıncaları değerlendirdiği ve bunları gidermeyi hedeflediği anlaşılmaktadır.

III. Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Karşılıklı İştirak Halleri

A. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nda karşılıklı iştirak, ilgili şirketlerin arasında hakimiyet ilişkisinin bulunup bulunmamasına göre iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Eğer ilgili şirketler arasında hakimiyet ilişkisi yoksa, 197. madde ile 201. maddenin birinci fıkrası uygulama alanı bulmaktadır. 197. madde kanuni düzenlemeye konu olan "karşılıklı iştirak" halini tanımlamakta, 201. maddenin birinci fıkrası ise buna sonuç bağlamaktadır.

Buna karşılık, eğer ilgili şirketler arasında hakimiyet ilişkisi varsa, diğer bir deyişle, karşılıklı iştirak konumunda bulunan şirketlerden biri diğerine hakim ise, bu kez 197. madde ile 201. maddenin birinci fıkrası yerine, yavru şirketin ana şirket hisselerini iktisap etmesine ilişkin hükümler devreye girmektedir. Bu hükümler, 201. maddenin ikinci fıkrası ile, anonim şirketlerde 379 f.5 ve 389 ve limited şirketlerde 612 f. 6 ve f.4 hükümleridir.

⁵ AktG §19'un gerekçesi, **Kropff**, s. 35.

⁶ Bu konuda bkz. **Tekinalp, Ü.** Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukukuk ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, İstanbul 2011, N. 9-20, 21.

⁷ **Emmerich/Habersack**, s. 76; **Windbichler**, GrossKomm AktG, §19, N. 2; AktG §19'un gerekçesi, **Kropff**, s. 35.

⁸ Başta da belirtildiği gibi, kolektif şirket sadece gerçek kişi ortaklara sahip olabileceğinden, kolektif şirket bakımından karşılıklı iştirak söz konusu olamaz. Komandit ortaklıklar bakımından ise komanditer ortak tüzel kişi olabileceğinden (TTK m. 304 f. 3), komanditer ortak kanalıyla bir karşılıklı pay iktisabı durumunun meydana gelmesi düşünülebilir. Ancak komanditer ortak şirketi yönetmek hakkını haiz olmayıp, sadece olağanüstü iş ve işlemlerde oy hakkını haizdir. Öte yandan komandit şirketlerde oy hakkı da sermayeye bağlı olmayıp her ortağın bir oyu olduğundan, karşılıklı iştirakin yönetimde sağlayabileceği etki olsa olsa bir oyla sınırlı olabilecektir (TTK m. 309). Dolayısıyla karşılıklı iştirakin yönetsel sakıncaları, sermaye şirketleri açısından daha önemlidir.

⁹ Gerekeçe, m. 197 ve m 201.

İlgili şirketler arasında hakimiyet ilişkisi bulunmaması durumu “basit karşılıklı iştirak”, hakimiyet ilişkisi bulunması durumu ise “nitelikli karşılıklı iştirak” olarak adlandırılabilir¹⁰. Aşağıda, anılan iki hal ayrı ayrı incelenmiştir.

B. Basit Karşılıklı İştirak

Basit karşılıklı iştirak olarak adlandırdığımız hal, *birbirleri arasında TTK 195. madde anlamında hakimiyet ilişkisi bulunmayan* iki şirket arasındaki karşılıklı iştirak halidir. Bu tip karşılıklı iştirak durumlarında, kanun, iki şirketin birbirinin sermayesine iştirak etmesini, sadece karşılıklı sermayeye iştirak oranının en az %25 olması durumunda dikkate değer bulmakta, karşılıklı iştirak oranının %25’in altında kalması haline ise herhangi bir sonuç bağlamamaktadır¹¹. Zira TTK 197. maddeye göre “*Birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip bulunan sermaye şirketleri karşılıklı iştirak durumundadır*”. Bu tanımdan anlaşıldığı üzere, TTK, 197. maddede genel olarak iki şirketin birbirlerinin sermayesine iştirak etmesi durumu düzenlenmemekte, yalnızca karşılıklı iştirak oranı her iki yöne doğru en az yüzde yirmibeş olduğunda, konu Kanun’un kapsamına girmektedir.

Karşılıklı iştirak durumuna girmek için, *her iki şirketin de* diğerinde en az %25 oranında sermayeye sahip olması gerekir. Örneğin A şirketi B şirketinin %40 oranında payına sahip iken B şirketi de A şirketinin %10 oranında payını iktisap ederse TTK m. 197 anlamında bir karşılıklı iştirak durumu yaratılmış olmaz. Her iki şirketin de birbirinde karşılıklı olarak en az %25 oranında pay iktisap etmiş olması aranır. Dolayısıyla, aralarında hakimiyet ilişkisi bulunmamak kaydıyla, iki şirketten her birinin sermayesinde %25’in altında olmak üzere pay iktisap etmeleri tamamen serbesttir.

Bir hakimiyet ilişkisinin doğması ise, karşılıklı iştirak ilişkisini nitelikli hale getirir ve burada farklı hükümler uygulama alanı bulur. Bu durum aşağıda açıklanmıştır.

Karşılıklı iştirak hali, iki şirketin birbirinde sahip olduğu *sermaye oranına* bakılarak tespit edilir. Sahip olunan iştirakin yüzdesi TTK 196. maddede gösterilen usule göre belirlenir.

¹⁰ Alman hukukundan mülhem bu nitelermeler için bkz. **Okutan Nilsson**, s. 170-171.

¹¹ TTK Tasarısının ilk şeklinde, herhangi bir orana bağlı olmaksızın, “bağlı şirketin hakim şirketin paylarına sahip olması” durumu için, yani *hakim ve bağlı şirketler arasında olması kaydıyla*, %25’in gerek altında gerek üzerinde olabilecek her türlü katılım için ayrı bir düzenleme kabul edilmişti (m.201). Ancak Tasarı’nın Adalet Komisyonunda kabul edilen son metninde, 201. maddede öngörülen oy hakkının ve diğer hakların donması, *hakimiyete değil, karşılıklı katılmaya* bağlanan bir sonuç olarak düzenlenmiştir. Zira aksi durumda, örneğin birbirine %45 oranında iştirak etmiş bulunan ve oy haklarının çoğunluğunu elinde tutmamak sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple birbirinin hakimi durumunda bulunmayan iki şirket, 201. madde uygulamasına girmeyecekti. 201. maddenin amacı, karşılıklı katılım durumlarını caydırmak olduğundan, maddenin uygulamasının hakimiyet kriterine bağlanması bu amacın yerine getirilmesi için uygun bir yol olmamaktadır. Dolayısıyla hüküm değiştirilerek, oy haklarının ve diğer hakların kısıtlanması, karşılıklı katılım şartına bağlanmış, ancak karşılıklı katılımın en az %25 olması aranmıştır. Dikkat edilmesi gereken husus, karşılıklı iştirak konumundaki şirketler arasında hakimiyet bulunması durumunda, anılan %25’lik alt sınırın uygulanmadığıdır. Eğer karşılıklı iştirak durumundaki şirketlerden biri diğerine hakim ise, karşılıklı iştirak oranı isterse %25’in altında olsun, Kanun, 389 ve 612. maddelerde bu duruma sonuç bağlamaktadır.

C. Nitelikli Karşılıklı İştirak

Karşılıklı iştirak halindeki şirketler arasında bir hakimiyet ilişkisi varsa, “nitelikli karşılıklı iştirak” durumundan bahsedilir. “Hakimiyet” ilişkisinin var olup olmadığı, Kanun’un 195. maddesinde sayılan hakimiyet kriterleri ışığında incelenmelidir¹². Buna göre hakimiyet, bir şirketin diğerinin oylarının çoğunluğuna sahip olması, şirket sözleşmesine dayalı olarak yönetim organında çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkının elde edilmesi, şirketler arasında hakimiyet sözleşmesinin akdedilmesi veya 195. maddede sayılan diğer yöntemlerle ortaya çıkabilir¹³.

195. maddenin 2. fıkrasına göre, payların çoğunluğuna sahip bulunmak, hakimiyetin varlığına karine oluşturur. Dolayısıyla şirketlerden birinin, diğerindeki payı %50’yi aştığında, sermaye çoğunluğuna bağlı karine nedeniyle - ve aksini ortaya koyan bir durum yoksa¹⁴ - hakimiyet durumu başlayacaktır. Bu karine dikkate alındığında, basit karşılıklı iştirak durumu, iki şirketin birbirlerinin sermayesinde karşılıklı olarak %25 ilâ %50 arasında kalan bir oranda paya sahip olmaları ve hakimiyet oluşturuca başka bir unsurun mevcut bulunmadığı durum mevcut olacaktır.

Şirketlerin karşılıklı katılımı %25 ilâ %50 arasında kalmakla birlikte 195. maddeye göre hakimiyetin varlığına neden olan diğer bir hal mevcut ise, yine basit karşılıklı iştirak durumundan çıkılır ve nitelikli karşılıklı iştirak durumuna girilir.

Karşılıklı iştirak halindeki şirketlerden yalnızca biri diğerine hakimse “tek taraflı nitelikli karşılıklı iştirak”, her ikisi de birbirine hakimse “çift taraflı nitelikli karşılıklı iştirak” durumu mevcut olur¹⁵. Kanuna göre, anılan hallerden ilkinde, hakimiyeti kurmuş olan şirket hakim, diğer bağlı şirket konumundadır (TTK 197 c.2). Çift taraflı nitelikli karşılıklı katılma halinde ise, şirketlerin her ikisi de hem hakim, hem bağlı şirket konumunda bulunur (m. 197 c.3).

Nitelikli karşılıklı iştirakin özelliği şudur: Nitelikli karşılıklı iştirak durumunda, birbirlerinin sermayesine katılmış olan şirketlerden biri hakim, diğeri bağlı şirket konumunda olduğundan, yavru şirketin, ana şirket paylarını satın alması durumu söz konusu olmaktadır. TTK m. 379 f. 5 ve 612 f. 6 hükümleri gereği, yavru şirketin ana şirket paylarını satın alması, şirketin kendi paylarını satın almasına ilişkin hükümlere tabidir. Bu nedenle, karşılıklı katılım durumundaki şirketler ana şirket – yavru şirket konumunda ise, TTK m. 201 f.1’de düzenlenmiş olan yaptırım uygulanmaz¹⁶ ve bunun yerine, şirketin kendi hisselerini devralmasına ilişkin kurallar ile, özellikle yavru şirketin ana şirket paylarını devralmasına ilişkin olarak öngörülmiş özel yaptırımlar uygu-

¹² Alman hukukunda da durum aynıdır. bkz. **Koppensteiner**, KölnerKomm, §19 N. 9; **Windbichler**, GrossKomm, §19 N. 22.

¹³ Alman hukukunda da, nitelikli karşılıklı katılmanın varlığı için sermaye çoğunluğuna sahip olmak şart olmayıp, diğer yollardan hakimiyeti elde bulundurmamak yeterlidir. (AktG §19 II, III).

¹⁴ Karinenin tersinin ispatlanması ve payların çoğunluğuna sahip bulunulmasına rağmen başka sebeplerden ötürü hakimiyetin elde tutulmadığının ortaya koyulması da mümkündür. Örneğin oy imtiyazı veya yönetim kuruluna aday gösterme imtiyazı nedeniyle, hakimiyet, sermaye çoğunluğunu elinde bulundurmayan ortakların eline geçmiş olabilir.

¹⁵ **Emmerich/Habersack**, s. 77-78; **Bayer**, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Bd. 1, §§15-22, 3. Auf. (Her. Goette/Habersack) Beck München 2008, §19 N. 29, 33, 35; **Windbichler**, GrossKomm AktG, §19, N. 29.

¹⁶ Bu yaptırımın uygulanmayacağı TTK 201 f.2’de açıkça belirtilmiştir. Ancak bu yaptırımın uygulanmaması, nitelikli iştirakin yaptırımsız kaldığı anlamına gelmemekte, bu halde, 201. maddenin 1. fıkrasında saklı tutulan TTK 389 ve 612. maddeler devreye girmektedir. Alman hukukunda da durum aynıdır (AktG §19 IV).

lama alanı bulur¹⁷. Ayrıca, karşılıklı iştirak durumundaki şirketler arasında ister tek taraflı ister çift taraflı hakimiyet ilişkisinin mevcut olması halinde, hakim konumdaki şirketler, hakimiyete bağlanan sorumluluklara da tabi olurlar. Bu husus da, Kanun'un gerekçesinde açıkça belirtilmiştir¹⁸. Alman hukukunda da durum budur¹⁹.

Bu bakımdan, hakimiyetin mevcut olması durumunda, yavru şirketin ana şirkette sahip olduğu pay oranının %25'in altında kalmasının da bir önemi yoktur. Önemli olan, bir tarafın hakim olmasıdır. Yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket payının oranı ne olursa olsun, ilgili yaptırımlar uygulanacaktır. Örneğin, A şirketi B şirketindeki payların %80'ine sahip ve dolayısıyla onun hakimi iken, B şirketi A şirketindeki payların %5'ini alursa, TTK m. 197 anlamında bir karşılıklı iştirak mevcut olmamasına rağmen, TTK 379 f. 5 ve 612 f. 6 anlamında, yavru şirketin ana şirket paylarını iktisap etmesi söz konusu olduğu için, bu durumu düzenleyen hükümler uygulama alanı bulacaktır.

IV. Karşılıklı İştirake Bağlanan Sonuçlar

A. Genel Olarak

Kanun'un "Hakların donması" kenar başlıklı 201. maddesine göre,

"(1) Bir sermaye şirketinin paylarını iktisap edip karşılıklı iştirak konumuna bile-rek giren diğer bir sermaye şirketi, iştirak konusu olan paylardan doğan toplam oylarıyla diğer pay sahipliği haklarının sadece dörtte birini kullanabilir; bedelsiz payları edinme hakkı hariç, diğer tüm pay sahipliği hakları donar. Söz konusu paylar toplantı ve karar nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaz. 389 ile 612. madde saklıdır.

(2) Birinci fıkrada öngörülen sınırlama, bağlı şirketin hakim şirketin paylarını iktisap etmesi veya her iki şirketin birbirlerine hakim olması halinde uygulanmaz."

201. maddenin birinci fıkrası, basit karşılıklı iştirak durumunda doğan sonuçları düzenlemektedir. Bu sonuçlar, pay sahipliği haklarının dörtte bire indirilmesi, hakların dörtte üçünün donması ve donan payların toplantı ve karar nisabında dikkate alınmamasıdır.

İkinci fıkra ise, nitelikli karşılıklı iştirak durumunda, yani şirketler arasında gerek tek taraflı gerek çift taraflı hakimiyet ilişkisinin mevcut olması durumunda, birinci fıkrada düzenlenen sonuçların uygulanmayacağını bildirmektedir. Diğer bir deyişle, yukarıda anılan, pay sahipliği haklarının dörtte bire indirilmesi, hakların dörtte üçünün donması ve donan payların toplantı ve karar nisabında dikkate alınmaması şeklindeki sınırlama uygulanmayacaktır. Buna karşılık, hakimiyet durumunda, birinci fıkrada saklı tutulmuş bulunan 389 ve 612. maddeler devreye girecektir. Bu hükümler, nitelikli karşılıklı iştirak durumunda, karşılıklı katılım oranı ne olursa olsun, bağlı şirketin hakim şirketin paylarını iktisap etmesi durumunda uygulanacak hükümlerdir.

Öyleyse, 201. madde sadece basit karşılıklı iştirak durumuna hukuki sonuç bağlamış olmakta, hakimiyeti içeren nitelikli karşılıklı iştirak durumları ise, 389 ve 612. maddeler çerçevesinde yaptırıma tâbi tutulmaktadır.

¹⁷ Özellikle bkz. anonim şirketler için TTK m. 379 f.5 ile m. 389 ve limited şirketler için m. 612 f. 6 ve f.4. Bu hükümler aşağıda "Karşılıklı iştirake bağlanan sonuçlar" başlığında açıklanmıştır.

¹⁸ Gereğe, m. 197.

¹⁹ AktG § 19'un gerekçesi, **Kropff**, s. 34.

B. Basit Karşılıklı İştirak Halinde

Yukarıda da açıklandığı üzere, basit karşılıklı iştirak, iki şirketin birbirlerinin en az %25 oranında payını iktisap etmiş olması ve aynı iki şirket arasında m. 195 anlamında hâkimiyeti tesis edici herhangi bir hal bulunmaması durumunda söz konusu olur. 201. maddenin birinci fıkrasına göre, anılan durumda pahasahipliği haklarında bir kısıtlama olmaktadır. Kısıtlamaya tabi olmanın koşulu, “bir sermaye şirketinin paylarını iktisap edip karşılıklı iştirak konumuna bilerek girmek”tir.

1. Kısıtlamaya tabi olan şirket

Kısıtlamanın içeriğine geçmeden önce dikkat çekilmesi gereken husus, kural olarak şirketlerin her ikisinin birden değil, yalnızca birinin anılan kısıtlamaya tabi olacağıdır. Kısıtlamaya tabi olacak olan şirket, bir karşılıklı iştirak durumunun doğacağını bilmesine rağmen, halî hazırda kendisine iştirak etmiş bulunan bir şirketin paylarını iktisap eden şirkettir. Örneğin, A şirketi, B şirketinin %25 oranında payına sahip olup, B şirketi de bu durumu biliyor iken A şirketinin en az %25 oranında payını iktisap ederse, o takdirde B şirketi, bilerek karşılıklı iştirak durumu yaratmış olur. İşte bu örnekte kanun, her iki şirketi birden değil, yalnızca karşılıklı iştirak konumuna bilerek giren B şirketini yaptırıma tabi tutmaktadır. Yalnızca B'nin yaptırıma tabi tutulması, bir yandan duruma B'nin yol açmış olması sebebine dayanır. Diğer yandan A şirketi karşılıklı iştirak durumunun doğmasını engellemek imkânına sahip dahi olmayabilir. Zira kural olarak B'ye payı devreden, A'nın kendisi değil, pahasahipleri olacaktır²⁰. Bu nedenle, hukuk güvenliği ve adalet gereği, her iki şirketin birden değil, karşılıklı iştirak durumunun doğacağını bilmesine rağmen buna yol açan şirketin yaptırıma bağlanması uygun olur. Nitekim Alman hukukunda da hukuk güvenliği sebebiyle, karşılıklı iştirak durumundaki her iki şirket de kendiliğinden yaptırıma tabi tutulmuş, ya karşılıklı iştirak durumunun doğacağını bile bile diğer şirketin hisselerini iktisap eden şirket, ya da gereken bildirimleri yapıyarak diğer şirketin bilmeden karşılıklı iştirak durumu yaratmasına sebep olan şirket, pahasahipliği haklarının sınırlandırılması yaptırıma tabi tutulmuştur²¹. Amaç, bir yandan karşılıklı iştirak durumunun sakıncalarını gidermek, diğer yandan da karşılıklı iştirak durumu yaratılmasını caydırmaktır. Bilerek bu durumu yaratan şirketin pahasahipliği haklarının kısıtlanması, iki amaca birden hizmet etmektedir.

Acaba bir şirket, bir başka şirketin kendisine iştirak etmiş olduğunu nasıl bilebilir? Burada özellikle Kanun'un 198. maddesinde öngörülen bildirim yükümlülüğü önem kazanmaktadır. TTK m. 198'e göre, bir teşebbüs, bir sermaye şirketinin doğru-
dan ya da dolaylı olarak, belli yüzdelerdeki paylarına sahip olduğu veya payları bu yüzdelerin altına düştüğü takdirde, durumu ilgili şirkete bildirmek ve hatta ticaret siciline tescil ve ilan etmek durumundadır. Bildirilmesi gereken yüzdeler arasında, karşılıklı iştirak oranları açısından kritik oran olan %25 ile, hakimiyet açısından kritik oran olan %50 de bulunmaktadır. İşte 201. maddenin uygulanması bakımından anılan bildirim yükümlülüğü son derece önemlidir. Anılan bildirim yükümlülüğünü zamanında yerine getiren şirket, 201. maddenin yaptırımlarından kurtulmuş olur²². Diğer şirket sonradan onun paylarını iktisap etse bile, artık zamanında bildirimde bulunmuş olan şirket 201. maddenin yaptırımına tabi olmaz²³. Bildirim yükümlülüğü yerine getirildiğinde, kendisine bildirimde bulunulan şirket de kiritik %25 eşliğini aşan ortaklarının kimler olduğunu bileceğinden, bile bile bu şirketlerden en az %25 pay alması durumunda, “karşılıklı iştirak konumuna bilerek giren” taraf durumuna düşer.

²⁰ Ancak payı devreden bizzat A'nın kendisi ise, o takdirde A da karşılıklı iştirak durumu yaratılması fiiline katılmış olur ve A'nın elindeki B payları da 201. maddedeki kısıtlamaya tabi olmalıdır. Alman hukukunda da, iki şirketin anlaşarak veya her ikisinin de durumu bilerek karşılıklı iştirak durumu yaratması halinde, her iki şirketin birden yaptırıma tabi tutulması gerektiği kabul edilmektedir. **Emmerich/Habersack**, s. 82.

²¹ AktG §328'in gerekçesi, **Kropff**, s. 433-434.

²² Aynı durum Alman hukukunda da mevcuttur. AktG §328 II; **Emmerich/Habersack**, s. 80-81.

²³ **Emmerich/Habersack**, s. 80-81.

Bildirim yükümü yerine getirilmediği takdirde ise, öncelikle, 198. maddenin ikinci fıkrasındaki kural gereği, bildirim tabi paylardan doğan haklar donar. Diğer bir deyişle, bir sermaye şirketinin payını iktisap edip, 198. maddedeki oranları aştığı için bildirimde bulunması gerek şirket bu bildirim yapmazsa, elindeki bildirim konusu paylardan doğan haklar bildirim yapılana kadar bütünüyle donar. Öte yandan, kendisine iştirak edilmiş bulunan sermaye şirketi, eğer başka bir yoldan bu pay iktisabını öğrenmediyse, iyiniyetli durumda olur. Bu şirket, iyiniyetli şekilde ilk şirketin paylarını iktisap ederse, o takdirde bu şirket bilmeden karşılıklı iştirak yaratmış olacağından, 201. maddenin birinci fıkrasındaki koşul kendisi açısından yerine gelmemiş olacak ve anılan şirket herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacaktır. Diğer bir deyişle, iyiniyetle karşılıklı iştirak durumunu yaratmış olan şirket, kendi elindeki karşılıklı iştirak konusu paylarından doğan tüm haklarını kullanabilecektir²⁴. Burada iyiniyet, iktisabı bilebilecek durumda olmak değil, *bilmek* olarak anlaşılmalıdır, zira 201. madde açıkça “bilecek” iktisabı düzenlemektedir²⁵. Son olarak, hatırlanması gereken bir husus, anılan iyiniyetli şirketin de, Kanun’un 198. maddesinde bildirim yükümlülüğünü yerine getirmesi gerektiğidir. Zira aksi takdirde bu kez 198. madde sebebiyle bildirim tabi paylardan doğan oy hakları donacaktır.

Dolayısıyla, her şirket, bir diğer sermaye şirketinin %25 oranında payını iktisap ettiği takdirde bunu ilgili sermaye şirketine bildirmelidir. Aksi takdirde 198. maddedeki bildirim yapılması sebebiyle, 198. maddenin ikinci fıkrası uyarınca, bildirim konusu paylara ait oy hakkı dahil diğer haklar donacaktır. 198. maddedeki bildirim yapılmasıyla, oy hakları ve diğer haklar kullanılabilir durumda olur. Bu bildirim yapıldıktan sonra, kendisine bildirimde bulunulan şirket, dönüp kendisine iştirak etmiş olan (bildirimde bulunan) şirketin %25 ilâ %50 arasında kalan bir oranda paylarını iktisap ederse, o takdirde ikinci şirket bilerek karşılıklı katılım yaratmış olur ve 201. maddenin birinci fıkrasındaki kısıtlamaya tabi olur.

Öte yandan, bildirim yapılmamış olması halinde dahi, ikinci şirket herhangi başka bir yoldan, ilk şirketin kendisine iktisap ettiğini öğrenmiş ise, artık iyiniyetli olmadığından, ilk şirketin payını iktisap etmesi durumunda yaptırıma tabi olacaktır. Bu durumda, bildirim yapılmamış olduğu için ilk şirket 198. madde sebebiyle paysahipliği haklarından mahrum olurken, ikinci şirket de kötüniyetle karşılıklı iştirak yarattığı için 201. maddenin ilk fıkrası sebebiyle paysahipliği haklarının ancak dörtte birini kullanabilecektir.

2. Kısıtlamanın kapsamı ve sonuçları

Kısıtlamaya tabi olan şirketin elindeki karşılıklı iştirak konusu paylardan doğan haklar, dörtte birine indirgenmektedir. Diğer bir deyişle, ilgili şirket, elindeki karşılıklı iştirak konusu payların sadece %25’inden doğan haklarını kullanabilecek; sahip olduğu karşılıklı iştirak konusu payların dörtte üçüne adeta sahip değilmiş gibi bir durum söz konusu olacaktır. Örneğin, A şirketi B şirketine %25 oranında iştirak etmiş ve bunu B’ye bildirmiş iken, B de dönüp A şirketinin %40 oranında payını iktisap ederse, o takdirde bilerek karşılıklı iştirak konumuna giren B, sahip olduğu %40 oranında payın ancak dörtte birinden, yani ancak %10’undan doğan hakları kullanabilir. %30 oranında paydan doğan tüm paysahipliği hakları donar.

²⁴ Emmerich/Habersack, s. 71.

²⁵ Alman hukukunda da durum aynıdır, Emmerich/Habersack, s. 81.

Donan paysahipliği hakları arasında oy hakkının yanı sıra, kar payı hakkı, tasfiye payı gibi hakları da bulunur²⁶. Kanun'da, Alman hukukunda olduğu gibi, yalnızca bedelsiz payları edinme hakkının işlemeye devam edeceği düzenlenmiştir.

Paysahipliği haklarının donması, hükmün kapsamına giren karşılıklı iştirakin oluştuğu, diğer bir deyişle bilerek karşılıklı iştirak durumunu yaratan hisselerin geçerli olarak iktisap edildiği andan itibaren başlar. Bu andan itibaren, hükmün kapsamına giren karşılıklı iştirak hali sona erene kadar, sahip olunan iştirakin ancak dörtte birinden doğan haklar kullanılabilir.

Oy hakkının kısıtlandığı süre içerisinde yapılmış olan genel kurulda oy kullanılması mümkün değildir²⁷. Eğer kullanılmış ise, bu oylara dayanılarak alınmış olan kararlar, diğer bir deyişle donan oylar kullanılmaya idamamayacak olan kararlar iptal edilebilir²⁸. 201. maddenin birinci fıkrasına göre, paysahipliği haklarının donduğu paylar, toplantı ve karar nisabının hesaplanmasında da dikkate alınmaz.

C. Nitelikli Karşılıklı İştirak Halinde

Nitelikli karşılıklı iştirak durumunda, karşılıklı iştirak halindeki şirketlerden biri diğeri üzerinde veya her ikisi birbiri üzerinde hakimiyeti haizdir. Bu durumda, Kanun'un 201. maddesinin ikinci fıkrasına göre, birinci fıkradaki sınırlama uygulanmayacaktır. Uygulanmayacak olan sınırlama, karşılıklı iştirak konusu payların sadece dörtte birinden doğan hakların kullanılması, kalan paylardan doğan hakların donması hakkındaki sınırlamadır.

Ancak, bu sınırlamanın uygulanmaması, nitelikli karşılıklı iştirak halinin herhangi bir yaptırımı tâbi olması anlamına gelmemektedir. Tersine, bu durumda hakimiyete bağlanan sonuçlar uygulanacaktır. Hakimiyetinde bulunan şirket veya şirketler hakim şirketlerin tabi olduğu kurallara, bağlı durumda bulunan şirket veya şirketler ise, bağlı şirketlerin tabi olduğu kurallara tabi olacaktır.

Hakimiyete bağlanan sonuçlardan 389 ve 612. maddelerde düzenlenenler, 201. maddenin birinci fıkrasında özellikle saklı tutulmuştur²⁹. Nitelikli iştirak halinde evleviyetle uygulanacak hükümler bunlardır. Ayrıca, şirketin kendi paylarını taahhüt ve iktisabı ile ilgili hükümler de nitelikli karşılıklı iştirak halinde uygulanacaktır. Ayrıca, hakimiyetinden doğan sorumluluğu düzenleyen 202 ve devamı maddeler ile bilgi almaya, raporlamaya ve denetime ilişkin hükümler de uygulama alanı bulacaktır.

²⁶ Mali hakların donmasının nasıl yorumlanabileceği konusunda ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Okutan Nilsson**, s. 203 vd.

²⁷ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Bası İstanbul 2010, N. 988; **Teoman, Ö.**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Ankara 1983, s. 165, 166; **Çeker, M.** Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000, s. 198, 209.

²⁸ Aynı durum, 198. maddede öngörülen bildirim yapılmaması halinde de geçerlidir. Donan oyların genel kurul karar nisabını etkilemesi durumunda, karar iptal edilebilir duruma düşer. Bkz. Gerekçe, m. 198 f.2. Alman hukukunda da aynı çözüm benimsenmektedir. Bkz. **Koppensteiner**, KölnerKomm, §328 N. 13.

²⁹ İkinci maddede yer alan, "birinci fıkradaki sınırlamalar uygulanmaz" ifadesi, saklı tutulan 389 ve 612. maddeleri kapsamamaktadır. Aksi durumda, hakimiyet halinde karşılıklı iştirak yaptırımı kalmış ve 389 ve 612. maddeler fiilen yürürlükten kalkmış olurdu.

1. Şirketin kendi payımı taahhüt yasağının uygulanması

Şirketin kendi paylarını taahhüt ve iktisabı açısından bakıldığında, anonim şirketin kendi paylarını taahhüt etmesi, veya daha geniş bir kavramla, şirketin kendi paylarını “asli iktisap”³⁰ yoluyla edinmesi, yasaktır (TTK m. 388). Örneğin sermaye artırımında şirketin kendi sermayesi için iştirak taahhüdünde bulunması mümkün değildir. Şirketin zaten kendisine ait olan malvarlığını yine kendi malvarlığına sermaye olarak koyması aynı sermayenin iki kere kullanılması anlamına gelir ve sermayenin korunması hükümlerine aykırı düşer. Eğer sermayeyi aşan net varlıktan sermaye konuluyorsa, bu da şirketin iç kaynaklarından sermaye artırımı yapılması anlamına gelir ve bu yolla doğan payların sahibi, şirket değil paysahipleri olmalıdır. Dolayısıyla şirketin kendi sermayesi için iştirak taahhüdünde bulunması yasaklanmıştır.

Bu yasağın, bağlı şirketin hakim şirketin paylarını iktisabı konusu ile ilgisi, bağlı şirketlerin de yasak kapsamına alınmış olmasıdır. Şöyle ki, bir bağlı (yavru) şirketin, hakim (ana) şirketin paylarını taahhüt etmesi, 388. maddenin 4. fıkrası ile yasaklanmıştır³¹. Anılan hükmün gerekçesine göre, hükme aykırılığın sonucu, kanuna aykırılık sebebiyle şirket yönünden geçersizliktir³².

2. Şirketin kendi paylarını iktisabı ile ilgili hükümlerin uygulanması

Kanun’un 379. maddesine göre, bir anonim şirket kendi paylarını, en çok esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birine kadar ve aynı maddede sıralanan koşulların varlığında iktisap edebilir. Aynı maddenin beşinci fıkrasına göre, anılan sınırlama ve koşullar, “*ana şirketin paylarının yavru şirket tarafından iktisabı halinde de uygulanır*”³³. Bu hüküm, ana şirketin paylarının yavru şirket tarafından iktisabını, şirketin kendi paylarını iktisabı ile bir tutmaktadır. Zira başta, karşılıklı iştirakin sakıncaları bahsinde de belirtildiği gibi, şirket, yavru şirketi kanalıyla kendi hisselerini iktisap edince, o oranda kendi sermayesine iştirak etmiş olmaktadır.

Şirketin kendi paylarını ivazlı olarak iktisabı, ancak 379. maddede sayılan koşulların yerine gelmesi halinde hukuka uygun kabul edilir. Bu koşullara aykırı olarak pay iktisap edilmesi halinde ise, payların altı ay içerisinde elden çıkarılması, elden çıkarılmıyorsa itfa edilmesi şarttır (TTK m. 385 ve 386).

379. maddede yazılı koşullar, ana şirket paylarının yavru şirket tarafından iktisabına da uygulanacağından, öncelikle %10’luk iktisap sınırının aşılmaması sağlanırken, bağlı şirketin elindeki hakim şirket payları da, hakim şirketin kendi elindeki payları ile birlikte hesaba katılacaktır. Ayrıca, 379. maddedeki koşullara aykırı olarak bağlı şirket tarafından iktisap edilen hakim şirket paylarının da elden çıkarılması gerekecektir.

Öte yandan 382. maddede sayılan bazı istisnai durumlarda³⁴, anılan koşulların yerine getirilmesi aranmaksızın şirketin kendi paylarını iktisabına izin verilmiştir. Ay-

³⁰ Kanun’un 388. maddesinin birinci fıkrasının gerekçesine göre, şirketin kendi paylarını taahhüt etmesi, asli iktisap yollarından sadece biridir. Kurulda veya esas sermaye artırımında taahhüt gibi geleneksel asli iktisap yollarının yanı sıra, “şartlı esas sermaye artırımında değiştirme ve alm hakkının kullanılması” gibi yeni asli iktisap yollarının da madde hükmüne girdiği belirtilmiştir.

³¹ 388. maddedeki ana ve yavru şirket terimlerinin seçilmesi bilinçlidir. Bu husus, “Yavru şirket 195. maddeye göre tanımlanır” denilerek 388. maddenin gerekçesinde de açıkça vurgulanmıştır.

³² Gerekçe, m. 388 f.1, f.3.

³³ TTK m. 379 f.5’te “ana şirket” ve “yavru şirket” terimleri kullanılmıştır. Ancak 195. maddenin 4. fıkrası gereği, “ana şirket” ile “hakim şirket”, “bağlı şirket” ile de “yavru şirket” aynı anlama gelmektedir.

³⁴ Bunlar, payların sermayenin azaltılması sebebiyle veya külli halefiyet gereği veya kanuni bir satın alma yükümü dolayısıyla veya payların bedellerinin ödenmiş olması kaydıyla cebri icradan bir şirket alacağının tahsili amacıyla veya şirketin işgal konusu gereği iktisap edilmesi halleridir (m. 382).

rıca, iktisabın ivazsız olması halinde de, şirketin kendi paylarını herhangi bir sınıra tabi olmaksızın iktisap etmesi serbest bırakılmıştır (TTK m. 383). Aynı serbesti, yavru şirketin ivazsız iktisap edeceği ana şirket payları için de geçerlidir (TTK m. 383 f.2). Bununla birlikte, gerek 382. gerek 383. maddeye göre gerçekleşen iktisaplarda da, iktisap edilen payların hakim şirketin sermayesinin %10'unu aşmaması kuraldır. %10'u aşan kısmın en geç üç yıl içerisinde elden çıkarılması, elden çıkarılmıyorsa itfa edilmesi şarttır (TTK m. 384 ve 386)³⁵. Anılan kural, yine bağlı şirketin elindeki hakim şirket payları da hesaba katılacak şekilde uygulanır.

3. İktisap edilen paylardan doğan oy hakları ile buna bağlı hakların donması

TTK m. 389 son cümleye göre ise, "Yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket paylarına ait oy hakları ile buna bağlı haklar donar." Yavru şirket tarafından iktisap edilen hakim şirket payları, şirketin iktisap ettiği kendi payları gibi mütalaa edildiğinden, yavru şirket elindeki ana şirket paylarına da benzer bir yaptırım uygulanmıştır³⁶. Eğer oy hakları donmasa idi, yavru şirketin elindeki hakim şirket payları, hakim şirketin genel kurulunda, yavru şirketin yönetim kurulu tarafından temsil edilecekti. Diğer bir deyişle, hakim şirket tarafından seçilen bağlı şirket yönetim kurulu üyeleri, bizzat hakim şirketin genel kuruluna girip paysahibi gibi oy kullanır duruma geçeceklerdi. İşte bu durumun engellenmesi için, yavru şirketin elindeki hakim şirket paylarından doğan oy haklarının donması kuralı getirilmiştir. Yavru şirketin elindeki ana şirket payları, ana şirketin genel kurulunun toplantı nisabının hesaplanmasında da dikkate alınmaz (TTK m. 389 c.1).

Limited şirketler açısından da durum aynıdır. Kanun'un, limited şirketin kendi hisselerini iktisabını düzenleyen 612. maddesi hükmü, şirketin kendi iktisap ettiği paylardan doğan oy haklarının, paylar şirketin elinde bulunduğu süre donacağını, ve bu kural dahil, şirketin kendi paylarını iktisap etmesine dair sınırlamaların şirketin çoğunluğuna sahip bulunduğu yavru şirketlerce³⁷ iktisap edilen ana şirket paylarına da uygulanacağını öngörmektedir. Maddenin gerekçesinde, limited şirketin kendi hisselerini iktisabının anonim şirkete paralel olarak düzenlendiği belirtilmiştir. Diğer bir deyişle, her iki şirket bakımından da sistem aynı temel ilkeler üzerine oturmaktadır.

201. maddenin ikinci fıkrasına göre, birinci maddedeki sınırlamalar uygulanmayacağından, 201. maddenin birinci fıkrası hakimiyet ilişkisinin mevcut bulunduğu nitelikli karşılıklı iştirak hallerinde dikkate alınmayacaktır. Bunun yerine, yukarıda açıklandığı şekilde ana şirket paylarının yavru şirket tarafından iktisabına uygulanan kurallar uygulanacak, özellikle şirketin kendi hisselerini devralma sınırı olan %10'luk sınıra, yavru şirketin elindeki hakim şirket payları da dahil edilecek ve ayrıca, yavru şirket elindeki bulunan hakim şirket paylarından doğan oy hakları ile buna bağlı haklar donacaktır.

³⁵ Sermayenin azaltılması hali hariçtir (TTK m. 384).

³⁶ Ancak, şirketin kendi paylarını iktisabı halinde, bedelsiz payların iktisabı hariç, paya bağlı tüm haklar donmasına rağmen, yavru şirketin kendi paylarını iktisabı halinde, sadece oy hakkı ve buna bağlı hakların donacağı düzenlenmiştir (TTK m. 389).

³⁷ "Yavru şirket" zaten 195. maddede limited şirketler bakımından da geçerli olacak şekilde tanımlandığına göre, maddede ayrıca "şirketin çoğunluğuna sahip bulunduğu yavru şirketlerce" şeklinde bir ilaveye gerek yoktu. Anılan ibare, sadece bazı tip yavru şirketlerin hükmün kapsamına girmesi sonucunu doğuracaktır. Ancak böyle bir sonucun özellikle amaçlanmış olup olmadığı Gerekçe'de ifade edilmemiştir. Tersine, Gerekçe'de hükmün anonim şirketlere paralel bir düzenleme içerdiği ifade edildiğine göre, anonim şirketler bakımından getirilen düzenlemeye kıyasla geniş yorum yapılarak, yalnızca sermaye çoğunluğu yoluyla değil, 195. maddede düzenlenen hakimiyet araçlarının varlığı sebebiyle "yavru şirket" konumunda bulunan şirketlerin madde kapsamına gireceği söylenebilir.

D. Basit Karşılıklı İştirak İle Nitelikli Karşılıklı İştirak Halinin Karşılaştırılması

Basit karşılıklı iştirak ile nitelikli karşılıklı iştirak düzenlemeleri karşılaştırıldığında, şu hususlar göze çarpmaktadır:

Öncelikle basit karşılıklı iştirak, ilgili şirketler arasında TTK m. 195 anlamında hakimiyet ilişkisinin mevcut olmadığı hallerde söz konusu olmaktadır. Ayrıca TTK m. 197 anlamında karşılıklı iştirakin varlığı için, iki şirketin birbirine en az %25 oranında iştirak etmesi şarttır. Taraflardan herhangi birinin veya ikisinin iştirak oranı %25'in altına düşerse TTK 197'de aranan koşullar yerine gelmeyeceğinden, teknik anlamda "karşılıklı iştirak" var olmayacak ve 201. madde uygulanamayacaktır. Buna karşılık taraflardan birinin diğerine iştiraki %50'yi aşarsa, bu durumda m. 195 f.2'deki karine gereği hakimiyet var olacağından, nitelikli karşılıklı iştirak hali doğacaktır. Bu nedenle, basit karşılıklı iştirak – hakimiyeti doğuran başkaca bir halin var olmaması koşuluyla – %25 ilâ %50 aralığında kalan karşılıklı iştirakler bakımından söz konusu olacaktır.

Karşılıklı katılım halindeki şirketler arasında hakimiyet ilişkisi olması durumunda, yani birinin ana şirket, diğerinin yavru şirket olması durumunda ise, yavru şirketin elindeki ana şirket pay oranı ne olursa olsun, ilgili hükümler uygulanmaktadır. Diğer bir deyişle, bu durumda, yavru şirketin elindeki ana şirket payının oranının %25'in altında olması³⁸, ilgili yaptırımların uygulanmasını engellemektedir.

Basit karşılıklı iştirak durumunda "bilerek" karşılıklı iştiraki yaratan şirket, nitelikli karşılıklı iştirak durumunda ise "yavru şirket" konumunda olan şirket yaptırıma uğramaktadır.

Basit karşılıklı iştirak durumunda, yaptırıma uğrayan tarafın elindeki paylardan doğan tüm haklar (bedelsiz payları iktisap hakkı hariç) $\frac{3}{4}$ oranında donmakta, hakların sadece $\frac{1}{4}$ 'ü kullanılır durumda olmaktadır. Nitelikli karşılıklı iştirak durumunda ise, yavru şirketin elindeki paylardan doğan tüm haklar değil, sadece *oy hakları* donmakta, buna karşılık donma, oy haklarının $\frac{3}{4}$ 'ü bakımından değil, tümü bakımından gerçekleşmektedir.

V. Sonuç

İki şirketin birbirinin sermayesine karşılıklı olarak iştirak etmesi hali, 6102 sayılı TTK'da iki farklı şekilde düzenlenmiştir: İlgili şirketler arasında hakimiyetin bulunmadığı "basit" karşılıklı iştirak hali ile, ilgili şirketlerden birinin diğerine veya ikisinin birbirine hakim olduğu "nitelikli" karşılıklı iştirak hali.

TTK 197. maddeye göre, karşılıklı iştirak, iki şirketin birbirinin sermayesine en az %25 oranında iştirak etmesi halidir. Eğer bu hal varsa ve ilgili şirketler arasında hakimiyet ilişkisi de yoksa, TTK m. 201 f.1'deki yaptırım uygulanacaktır. Buna göre, karşılıklı iştirak durumunu *bilerek* yaratan tarafın elindeki karşılıklı iştirak konusu paylardan doğan tüm hakların (bedelsiz payları edinme hakkı hariç) sadece dörtte biri kullanılabilir, kalan haklar donacaktır. Donan kısım, toplantı ve karar nisabının hesabında da dikkate alınmayacaktır.

Basit karşılıklı iştirak durumu, daha ziyade iki şirketin birbirine %25 ilâ %50 oranında iştirak etmiş olması durumunda ortaya çıkacaktır. Zira şirketlerden birinin diğerine %50'yi aşan oranda iştirak etmiş olması halinde, TTK m. 195 f.2'de yer alan karine gereği, hakimiyet var kabul edilecektir.

³⁸ Ana şirket eğer sermaye çoğunluğu yoluyla hakimiyeti ele geçirmişse, onun pay oranı zaten %50'nin üzerinde olacaktır. Bununla birlikte, hakimiyet başka yollardan tesis edilmişse, pay oranının düşük olması, yine ilgili maddelerin, özellikle TTK m. 389 ve 612 f.4'ün uygulanmasını engellemeyecektir. Ayrıca bakınız yuk. dpn. 37.

Karşılıklı iştirak ilişkisi içinde bulunan şirketler arasında TTK m. 195 anlamında hakimiyet ilişkisinin bulunması durumunda, karşılıklı iştirak “nitelikli” hale gelmektedir. Bu durumda, TTK m. 201 f.2’de yer alan açık hüküm gereği artık TTK m. 201 f.1’deki yaptırımlar uygulanmayacaktır. Ancak bu durum, karşılıklı iştirakin yaptırımsız kalacağı anlamına gelmemekte, sadece aşağıda belirtilen farklı bir yaptırım devreye girmektedir.

Karşılıklı iştirak “nitelikli” ise, diğer bir deyişle, şirketlerden biri ana, diğeri yavru şirket konumunda ise, yavru şirketin, ana şirket paylarını iktisap etmesi, şirketin kendi paylarını iktisabı ile bir tutulmakta ve şirketin kendi paylarını iktisabına ilişkin hükümler, yavru şirketin ana şirket payını iktisabına da uygulanmaktadır (TTK m. 379 f.5 ve 612. f. 6).

Bu uygulamada, yavru şirketin elindeki hakim şirket payının oranına da bakılmamakta, diğer bir deyişle asgari %25 oranında iştirak aranmamaktadır. Bu noktada, yavru şirketin ana şirket payını iktisabı, TTK 197’deki karşılıklı iştirak tanımından ayrılmaktadır.

Nitelikli karşılıklı iştirak halinde doğan bazı önemli sonuçlar şöyle özetlenebilir: Öncelikle, yavru şirketin elindeki ana şirket payları, ana şirketin kendi paylarını iktisabına uygulanan %10’luk kanuni iktisap sınırı hesaplanırken dikkate alınmaktadır. İkinci olarak, yavru şirketin elindeki ana şirket paylarından doğan oy hakları donmakta ve bu paylar toplantı ve karar nisaplarında dikkate alınmamaktadır. Buradaki donma, TTK 201’dekinden farklı olarak, “bilerek karşılıklı iştirak yaratan şirketin” elindeki payları değil, “yavru şirketin” elindeki payları etkilemektedir. Ayrıca, yine TTK m. 201’den farklı olarak, yavru şirketin elindeki paylardan doğan oy haklarının $\frac{3}{4}$ ’ü değil, tamamı donmaktadır. Ayrıca TTK m. 201’deki $\frac{3}{4}$ oranında donma yaptırımı, hem oy haklarına, hem de bedelsiz payları edinme hakkı hariç diğer tüm mali haklara uygulanırken, TTK 389 ve 612. madde uyarınca, yavru şirketin elindeki paylara uygulanan donma yaptırımı sadece oy haklarını kapsamaktadır. Son olarak, birbirlerinin sermayesine katılmış şirketlerden biri diğerine veya ikisi birbirine hakim ise, hakim konumunda olan şirket veya şirketler, hakimiyete bağlanan sonuçlara, özellikle sorumluluk düzenlemelerine de tabi olmaktadır.

Kanun, yukarıda açıklanan yollarla, sakıncalı gördüğü karşılıklı iştirak durumuna bazı yaptırımlar bağlamıştır. Karşılıklı iştirak durumunda pay iktisabı geçerli olmakla birlikte, hakların donması düşüncesine dayalı yaptırımlarla bu tip iktisaplar caydırılmaya çalışılmaktadır.

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULAMA ALANI BAKIMINDAN HÂKİM TEŞEBBÜS KAVRAMI

Yrd. Doç. Dr. Kağan SUSUZ*

I. Giriş

Hukuken birbirinden bağımsız ayrı birer tüzel kişi olan ticaret şirketlerinin aynı ekonomik amaçlar etrafında bir araya gelmesi ile şirketler topluluğu olarak bilinen yeni bir hukuki kavram ortaya çıkmıştır¹. Şirketler hukukunda mülkiyet-kontrol ayırımının en belirgin bir biçimde hissedildiği sermaye şirketleri, özellikle anonim şirketler bu gelişmenin yaşandığı başlıca alanlar olmuştur. Türk Ticaret Kanunu'nun 09.11.2005 tarihli Bakanlar Kurulu Tasarısı'nda bu gerçek dikkate alınarak şirketler topluluğunun kapsamı sermaye şirketleri ile sınırlandırılmış fakat daha sonra TBMM Adalet Alt Komisyonu tarafından yapılan değişiklikle kapsam şahıs şirketlerini ve kooperatifleri de içine alacak şekilde genişletilmiştir².

Söz konusu değişiklik “topluluğun bir salkım veya piramit olduğu durumlarda ara hâkim şirketlerin şahıs şirketleri konularak sistemde boşluk doğmasına meydan vermemek” amacıyla yapılmıştır³. Fakat hükmün yeniden kaleme alınmasında bu amacın dışına çıkılarak şahıs şirketlerinin bağlı şirket de olabileceği bir hukuki düzenleme yapılmıştır. Uygulamada sermaye şirketleri alanında yaşanan gelişmenin bu şekilde şahıs şirketleri ve kooperatifler alanına taşınmış olması isabetli değildir. Şirketler topluluğunun salkım veya piramit şeklinde olduğu durumlarda şahıs şirketleri ile ilgili olarak ortaya çıkan sorun sistemde bu denli köklü bir değişiklik yapılmadan da çözülebilirdi. Örneğin şirketler topluluğunda şahıs şirketlerinin de hâkim şirket olabileceğine ilişkin bir istisnaya yer verilerek değişikliğin gerekçesinde ifadesini bulan tereddüt

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin kaynağı olan Alman hukukunda söz konusu kavramı ifade etmek için “konzern” terimi kullanılmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki konzern kavramı şirketler topluluğundan daha geniş bir anlama sahiptir.

Şirketler topluluğunun bir parçası olan bağlı şirket hukuken ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmasına rağmen ekonomik anlamda bağımsız değildir. Şirketler topluluğuna ilişkin hukuki düzenlemenin de sebebi uygulama ile ortaya çıkan bu gerçektir. Gerekçede “ekonomik hayat gerçeği” olarak ifadesini bulan (Kendigelen, Abuzer: Gereçeli – Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul 2011, s. 316) bu husus, İsviçre hukukunda da “konzern gerçeği” (konzernwirklichkeit) şeklinde ifade edilmektedir (Meier-Hayoz, Arthur/Forsmoser, Peter: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2007, s. 708).

² Şirketler topluluğu için en ideal tür anonim şirketler olduğundan çalışmada kullanılan terimler bu alandan seçilmiştir. Bu nedenle şirketten kasıt genellikle anonim şirkettir. Ancak şirketler topluluğunda diğer şirket türleri de olabileceğinden yapılan açıklamalar anonim şirketlerle sınırlı değildir. Bu bakımdan çalışmanın genelinde pay sahibi teriminden şahıs şirketleri söz konusu olduğunda şirket ortağı anlaşılmalıdır.

³ Kendigelen, Gereçeli – Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 321.

ortadan kalkmış olurdu⁴. Bu şekilde sınırlı bir istisna getirmek yerine sistemi kökten değiştirmekle belki şahıs şirketleri etrafında ortaya çıkan tereddüt giderilmiştir ancak daha büyük problemlere de kapı aralanmıştır. Çünkü şahıs şirketlerinde şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri uygulamak pek çok sorunu da beraberinde getirecektir.

Esasen sorunun çözümü şirketler topluluğunun temel problemlerinden biri olan ve TTK m. 195, f. 5'te düzenlenen hâkim teşebbüs kavramına yüklenecek anlama bağlıdır. Eğer ticaret şirketi dahi olmayan bir teşebbüs şirketler topluluğunda hâkim konumda olabiliyorsa şahıs şirketlerini teşebbüs kavramının dışında düşünmek mümkün olmayacağından değişikliğin gerekçesi olan sorundan söz edilemez. Fakat bu husus tartışmalıdır. Çünkü hâkim teşebbüsten ne anlaşılması gerektiği, daha doğrusu hâkim teşebbüsün şirketler topluluğunun bir parçası olup olmadığı kanunun lafzından anlaşılacaktır.

II. Şirketler Topluluğunun Hâkimi Kavramı (TTK m. 195, f. 5)

TTK m. 195, f. 5'te Adalet Alt Komisyonu tarafından yapılan değişiklikten önce “*şirketler topluluğunun hâkiminin*” yerine “*şirketler topluluğunun tepesinde*” ifadesi kullanılmaktaydı. Şüphesiz her iki ifadenin de aynı anlama geldiği savunulabilir. Fakat eski ifadeden hâkim teşebbüsün şirketler topluluğunun bir parçası olmadığı, söz konusu ifadenin mevcut bir şirketler topluluğuna hâkim olan teşebbüs şeklinde anlaşılmaya daha müsait olduğunu belirtmek gerekir. Söz konusu değişiklik *anlama daha uygundur* gerekçesiyle yapılmıştır⁵. Bu yeteri kadar açık ve anlaşılır bir gerekçe değildir. Eğer yapılan değişikliğin amacı anlamı korumak fakat bunu kanunda kullanılan terimler ile ifade etmek ise söz konusu hükmün eski ve yeni haline bakarak bir yorum yapmak yanlış olur. Değişikliğin gerekçesi eski anlamı muhafaza etmek değil de şirketler topluluğunda gelişmenin önünü açmaksa o zaman da çelişkili bir durum ortaya çıkar. Çünkü şirketler topluluğunda hâkim şirketin yerinde bir teşebbüsün de olabileceğinin kabulü düşüncesinden hareket edilmiş ise şahıs şirketlerinin ara hâkim konumda olmaları nedeniyle sistemde oluşabilecek boşluklardan endişe etmeye gerek yoktur.

Soruna konzern hukukuna ilişkin ilkeler⁶ etrafında bir çözüm aramak gerekirse; burada amaç şirketin hâkimi olan gücün şirketi yabancı bir iktisadi amaç doğrultusunda yönlendirmesi ile ortaya çıkan tehlikeleri önlemektir⁷. Söz konusu tehlike şirketin dışından gelebileceği gibi şirketin içinden ortaklar arasından da gelebilir. Bu bakımdan sadece şirketin dışında değil şirketin içinde de menfaatler dengesini tesis etmek gerekir. Öyleyse şirketin çoğunluk paylarını elinde bulunduran kişi ile şirket arasında da bu menfaat ihtilafı çıkabilir. Böyle bir durumda şirketler topluluğu hükümlerini uygulamak icap eder. Söz konusu hüküm bu şekilde değil de şirketler topluluğunda en az iki tane ticaret şirketi olmalıdır ve hâkimiyet mevcut şirketler topluluğu üzerinde kurulmalıdır şeklinde anlaşılırsa şirketin menfaatlerine aykırı farklı bir iktisadi amaç güden çoğunluk pay sahiplerinin şirketi zarara uğratmalarının önüne geçmek mümkün olma-

⁴ Şirketler topluluğu sistemine teşebbüsleri dâhil eden TTK m. 195, f. 5 hükmü geniş yorumlandığında böyle bir düzenlemeye dahi gerek yoktur.

⁵ **Kendigelen, Gerekçeli – Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu**, s. 321.

⁶ Konzern hukukunun temel unsurları şirketler topluluğu için de geçerlidir (**Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi**, C. 1, Ankara 2011, § 10, 25)..

⁷ **Yanlı, Veliye:** Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000, s. 127; **Okutan Nilsson**, s. 26; **Boyacıoğlu, Cumhur:** Konzern Kavramı, Ankara 2006, s. 127; **Hüffer, Uwe:** Aktiengesetz, 7. Auflage, München 2006, § 15, N. I, 3; **Krieger, Gerd:** Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4. Aktiengesellschaft, München 1998, § 68, N. 6.

yabilir⁸. Uygulamanın anonim şirketler alanında olmasının da en önemli sebebi zaten budur⁹.

Şirketler topluluğunun sadece anonim şirketleri değil şahıs şirketlerini ve kooperative de kapsar şekilde düzenlendiği dikkate alındığında ilkeler etrafında yapılan yorumun uygulamada sıkıntılara sebep olacağı bir gerçektir. Çünkü söz konusu hükmün bu şekilde yorumlanması halinde ortada bir tane şahıs şirketi olsa bile bu şirketin ortağını diğer şartları da taşıyorsa hâkim teşebbüs olarak nitelendirmek ve şirketler topluluğu hükümlerini uygulamak mümkündür. Öyleyse şirketler topluluğunda hâkim teşebbüs kavramının farklı bir anlama gelecek şekilde yorumlanması da mümkündür. Bu bakımdan hâkim teşebbüsü şirketler topluluğunun nihai hâkimi yahut hâkim şirketin gerisinde ona da hâkim olan bir kavram olarak anlamak da mümkündür¹⁰.

Hâkim teşebbüs kavramına yüklenen anlam ister geniş ister dar olsun ortada mutlaka bir ticaret şirketi ve söz konusu şirketin hâkimiyetini (kontrolünü) elinde bulduran bir teşebbüsün varlığını zorunlu kılmaktadır. Öyleyse burada üzerinde durulması gereken diğer bir önemli husus teşebbüs kavramıdır¹¹.

⁸ Anonim şirketlerde pay sahibinin rekabet yasağı yoktur fakat sadakat yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Sadakat yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilse dahi pay sahibinin haklarını kullanırken dürüstlük kuralına uygun hareket etmesi gerekir. Bununla birlikte şirketin kontrolünü elinde bulduran pay sahibinin şirketin menfaatlerine aykırı hareket etmesi tehlikesi imkân dâhilindedir ve bunu hukuki zeminde kalarak da yapabilir (**Paslı, Ali**: “Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu”; <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukumecmua/article/view/10512/9749>, s. 353, (01.08.2012)). Çünkü anonim şirketlerde pay sahibinin sadakat yükümlülüğünün olduğu kabul edilse bile bu yükümlülüğün kapsamı şahıs şirketlerindeki ortağın sadakat yükümlülüğünden farklı olacaktır (**Aker, Halit**: “Hakim İşletme ile Bağımlı Şirket Arasındaki Hukuki İlişki ve Hakim İşletmenin Sadakat Borcu”, *Batider* 2003, C. XXII, S. 2, s. 178).

⁹ 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Bakanlar Kurulu Tasarısı'nda bu gerçek dikkate alınarak uygulama sermaye şirketleriyle sınırlı tutulmuş ve sistemin ruhuna uygun olarak geniş bir istisnaya yer verilmişken (TTK m. 195, f. 5) Adalet Alt Komisyonu tarafından yapılan değişiklikle bu denge bozulmuştur. Bu alanda ilk ve en kapsamlı düzenlemelerin yapıldığı ve şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin de kaynağı olan Alman hukukunda ticaret şirketlerini de içine alacak şekilde geniş bir anlama sahip olan teşebbüs kavramının esas alınması bu değişikliğin gerekçesi olamaz. Çünkü Alman hukukunda konzern hukukuna ilişkin genel hükümlerde (AktG §§ 15 – 22) her ne kadar teşebbüs kavramı esas alınsa da esas düzenleme anonim şirketler hukuku alanındadır (AktG §§ 291 – 328) ve uygulama çok eskilere dayanır. Anonim şirketler alanındaki hükümler ise bağlı teşebbüslerden en az birinin anonim şirket olması halinde uygulanmaktadır (**Yanlı**, s. 126). Bu bakımdan Türk hukuku bakımından henüz yeni olan ve şirketler hukukunun yeniden gözden geçirilmesini zorunlu kılan bir konuda kapsamın şimdilik dar tutulması kanaatimizce daha doğru olur.

¹⁰ Bu yönde bkz. **Okutan Nilsson, Gül**: *Şirketler Topluluğu Hukuku*, İstanbul, 2009, s. 72-73.

¹¹ Çalışmada hâkim teşebbüs kavramına yüklenen anlama göre bir ayırım yapılmamıştır. Zira hâkim teşebbüs kavramı ister geniş ister dar yorumlansın hâkimiyet şirket üzerinde olacaktır. Bu bakımdan yapılan açıklamalar her iki yoruma da açıktır. Hâkim teşebbüs kavramının dar yorumlanması halinde çalışmada kullanılan şirket üzerindeki hâkimiyetten şirketler topluluğu veya hâkim şirket üzerindeki hâkimiyet anlaşılmalıdır.

III. Teşebbüs Kavramı

Şirketler topluluğunda bir ekonomi terimi olan teşebbüs sözcüğünün kullanılması konunun henüz gelişmekte olması bakımından isabetli bir tercihtir. Gerekçede teşebbüs yerine kullanılan işletme sözcüğü ile ilgili olarak bu şekilde geniş kavramlara özellikle yer verildiği, amacın şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasından kaçınmanın yollarını kapatmak olduğu vurgulanmıştır. Devamında söz konusu hükmün (TTK m. 195, f. 5) sıfatı, türü, amacı, görevi, yetkileri ve ehliyet durumu ne olursa olsun gerçek ve tüzel kişiyi ya da işletmeyi niteleyip uygulamadan kaçınmaya yol açabilecek yorumlara müsait olmadığı açık bir biçimde ifade edilmiştir¹². Adalet Alt Komisyonu tarafından yapılan değişiklikle işletme yerine anlam bakımından daha geniş bir kavram olan teşebbüs sözcüğünün tercih edilmesi bu düşüncenin muhafaza edildiğini göstermektedir¹³. O halde şirketler topluluğunun hâkimi, sıfatı ne olursa olsun bir gerçek kişi olabilir, ister özel hukuk isterse kamu hukukuna göre kurulmuş olsun bir tüzel kişi olabilir hatta tüzel kişiliğe sahip olmayan adi şirket dahi bir teşebbüs olabilir¹⁴. Bununla birlikte kanunda teşebbüs kavramının kapsamı açık ve net bir biçimde anlaşılacak değildir. Örneğin bir anonim şirketin çoğunluk paylarını elinde bulunduran pay sahibi genellikle şirketin hâkimi olur ve şirketin menfaatlerine aykırı olsa bile kendi menfaatleri doğrultusunda kararlar alınmasını bir şekilde temin eder. Çoğunluk pay sahibinin işletme faaliyeti olarak başka yatırımlarının da olması halinde bu tehlike daha da belirgin bir biçimde kendini gösterir¹⁵. Çünkü şirket menfaatleri ile birlikte kendisi de zarar görecektir. Fakat şirketin kendisi ve dolayısıyla diğer menfaat sahipleri bundan zarar görecektir. Öyleyse çoğunluk pay sahibinin şirketin dışındaki hukuki durumu diğer bir ifadeyle teşebbüs niteliğinde olup olmadığı incelenmelidir.

IV. Teşebbüs Kavramını Açıklamaya Çalışan Görüşler

Şirketler topluluğunda geçerli olan hâkimiyet ilişkisi nedeniyle bağlı şirketin yönetim kurulu hâkim şirketin talimatlarına uymak zorundadır. Bu durum bağlı şirketin zarar etmesine neden olabilir. Şirketler topluluğunun bir parçası olan bağlı şirketin zarar etmesi elbette arzu edilen bir şey değildir. Ancak şirketler topluluğunun menfaati ön planda olduğundan bağlı şirketin zarar etmesi “ortak amaç” uğruna göz ardı edilebilir. Böyle bir durumda hâkim ve bağlı şirketler arasında bir menfaat ihtilafı ortaya çıkar. İşte şirketler topluluğuna ilişkin hukuki düzenlemenin amacı da bu menfaat ihtilafını çözmektir. Alman hukukunda “konzernkonflikt” olarak bilinen bu menfaat ihtilafı şirketler topluluğunun da merkezinde yer alır¹⁶.

Şirketler topluluğunda hâkim ve bağlı şirketler arasında ortaya çıkan menfaat ihtilafı hâkimiyet ilişkisi nedeniyle hâkim teşebbüs bakımından da söz konusu olabilir. Örneğin bir anonim şirketin çoğunluk paylarını elinde bulunduran pay sahibinin kontrol gücünü şirketin menfaatlerine aykırı bir biçimde kullanması halinde böyle bir tehlike vardır. Bu durumda şirketin diğer pay sahipleri ve alacaklıları başta olmak üzere menfaat sahiplerinin haklarını korumak adına bir önlem almak gerekir. Özellikle şirketin kontrolünü elinde bulunduran gücün şirketin dışında başka bir iktisadi menfaate

¹² Gerekçe, m. 195 (Kendigelen, Gerekçeli – Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 320).

¹³ Kavram itibarıyla teşebbüsün işletmeden daha geniş olduğu yönünde bkz. **Kendigelen, Abuzer**: Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 148; **Boyacıoğlu**, s. 125, dn. 54.

¹⁴ **Okutan Nilsson**, s. 76.

¹⁵ **Yanlı**, s. 127; **Boyacıoğlu**, s. 126-127.

¹⁶ Söz konusu menfaat ihtilafı konzern hukukunun çözüm aradığı sorunların başında gelir (**Emmerich, Volker** in Emmerich, Volker/Habersack, Mathias: Akiten und GmbH Konzernrecht, München 2010, § 15, N. 6; **Hüffer**, § 15, N. 3; **Krieger**, § 68, N. 6).

sahip olması halinde bu tehlike daha belirgin bir biçimde kendini gösterir¹⁷. Menfaatler dengesini bozan bu durum karşısında şirketin menfaatlerini korumak artık bir zorunluluktur. Ancak bunun için şirketin kontrolünü elinde bulunduran gücün bir “teşebbüs” olması gerekir.

Şirketler topluluğuna ilişkin kuralların uygulanması bakımından “teşebbüs” kavramını açıklamaya çalışan çeşitli görüşler olmuştur. Bunlardan işlevsel yaklaşımı esas alan görüşe göre şirketler topluluğunda bir menfaat ihtilafı çıkması hâkim teşebbüsün belli özelliklere sahip olmasıyla değil izlenmiş olduğu yöntemle ilgilidir. Bu bakımdan şirketin çoğunluk paylarını elinde bulunduran hâkim ortağın kar payı ile yetinmesi halinde bir teşebbüsten söz edilemez. Ancak şirketin piyasa stratejisi ile ilgili kararlarında kendi planlarını hayata geçirmek için bir çaba içerisinde olan hâkim ortak bir teşebbüs olarak değerlendirilebilir. Böyle olunca şirketin çoğunluk paylarını elinde bulunduran fakat şirketin dışında bir işletmesi olmayan özel pay sahipleri şirketin karar alma sürecinde sırf kendi menfaatleri doğrultusunda hareket ettikleri için hâkim teşebbüs olarak değerlendirilebilecektir¹⁸. Bu görüş, çoğunluk pay sahibinin kendi şirketine yönelik tutumunun teşebbüs niteliği bakımından bir ölçü olamayacağı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir¹⁹. Belirtmek gerekir ki anonim şirketlerde pay sahibi kendi kişisel menfaatlerini şirketin menfaatlerinin önüne koyabilir ve şirketi bu doğrultuda yönlendirebilir²⁰. Böyle bir durumda söz konusu pay sahibini anonim şirketler sisteminin dışında şirketler topluluğu bakımından da sorumlu kılmak ağır bir yaptırım olacaktır ve neredeyse bütün özel pay sahiplerini (privataktionär) bu kapsama dâhil etmek mümkün olabilir. Hâlbuki burada amaç özel pay sahibi ile işletmeciy pay sahibini ayırt etmek olmalıdır. Ayrıca şirketler topluluğunda menfaat sahiplerinin haklarını korumak için ortada bir karar bulunmak zorunda da değildir. Önemli olan menfaat sahiplerinin haklarının ihlal edilmesi tehlikesidir. Tehlike gerçekleşmeden bir önlem almak gerekir. Şirketin karar alma sürecinde etkin olan çoğunluk pay sahibinin bu gücünü henüz kullanmamış olması halinde ise bu görüşe göre ortada bir teşebbüs olmayacağından söz konusu tehlikeyi önlemek de mümkün olmayacaktır²¹.

Soruna kurumsal açıdan yaklaşan diğer bir görüşe göre ise şirketler topluluğu anlamında bir teşebbüsten söz edebilmek için müstakil konusu olan bir yapılanmaya gidilmiş olması gerekir. Ortada birden fazla ticaret şirketi varsa bunların müstakil konuları olacağından ve ayrı bir kurumsal kimliğe sahip olduklarından bu şirketlerden birinde çoğunluk paylarını elinde bulunduran ortağın diğer bir şirketin de hâkimi olması halinde bunu bir teşebbüs olarak değerlendirmek mümkündür. Hatta şirketin kuruluş işlemleri henüz tamamlanmamış olsa bile bunu bir müstakil yapılanma olarak değerlendirmek mümkündür²². Şirketler hukukunda özellikle anonim şirketlerle ilgili olarak sorunu çözmeye yardımcı olan bu yaklaşımın tüzel kişiliği bulunmayan ticari işletmeler bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Çünkü önemli olan şirketin dışında müstakil konusu olan bir yapının içerisinde olmaktır. Söz konusu yapı mutlaka bir tüzel kişilik olmak zorunda değildir. Ticari işletme de bu anlamda müstakil bir yapı olabilir. Şirketin çoğunluk paylarını elinde bulunduran pay sahibi aynı zamanda bir

¹⁷ Yanlı, s. 126-127; Boyacıoğlu, s. 126-127.

¹⁸ İşlevsel yaklaşımı esas alan görüşle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Boyacıoğlu, s. 130-132; ayrıca bkz. Yanlı, s. 189, dn. 843; Kort, Michael: “Der “private” Großaktionär als Unternehmen?”, DB 1986, Heft 37, s. 1909.

¹⁹ Boyacıoğlu, s. 131; Zöllner, Wolfgang: “Zum Unternehmensbegriff der §§ 15 ff AktG”, ZGR 1/1976, s. 8.

²⁰ Bu konuda bkz. dn. 7.

²¹ Alman hukuku bakımından hâkim etki yürütebilme olanağının işlevsel yaklaşımı savunanlar bakımından göz ardı edildiği yönünde bkz. Boyacıoğlu, s. 131, dn. 88.

²² Kurumsal yaklaşımı esas alan görüşle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Boyacıoğlu, s. 132-134; Yanlı, s. 189, dn. 844; Kort, 1909-1910.

ticari işletmenin sahibi de olabilir. Ticari işletmenin ticaret hukukunda bir bütün olarak ele alınması (TTK m. 11) ve bağımsız olması nedeniyle bu konuda böyle bir yorum yapılabilir. Fakat özel hukuk tüzel kişileri bakımından farklı bir bakış açısı geliştirmek gerekir. Çünkü dernekler ve vakıflar her ne kadar ayrı birer tüzel kişi olsalar da anonim şirketlerde pay sahibi olmak bakımından bu kişilerin gerçek kişilerden bir farkı yoktur. Dolayısıyla çoğunluk paylarına sahip oldukları şirketin dışında ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmaları özel hukuk tüzel kişilerini bir teşebbüs olarak değerlendirmek için yeterli olmaz.

Şirketler topluluğunda teşebbüs kavramını açıklamaya çalışan işlevsel ve kurumsal yaklaşım görüşleri yeterli görülmediğinden çözüme yönelik arayışlar devam etmiştir. Bu arayışlar neticesinde amaca uygun yorum yönteminin daha doğru bir yaklaşım olacağı sonucuna varılmıştır. Buna göre teşebbüs kavramının anlamı şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin amacı dikkate alınarak tespit edilmektedir²³. Böylece her somut olaya göre farklı bir değerlendirme yapmak gerekecektir²⁴. Buna göre şirketin dışında başka bir iktisadi amacı olan ve bu menfaat nedeniyle şirket üzerindeki hâkimiyetini şirketin aleyhine kullanabileceğinden ciddi şekilde endişe duyulan pay sahibi teşebbüs olarak değerlendirilebilir. Bunun için hâkimiyetin fiilen kullanılıyor olması da şart değildir. Menfaat ihtilafına sebep olacak böyle bir imkânın/ihtimalin bulunması yeterlidir²⁵. Örneğin bir şirketin çoğunluk paylarını elinde bulunduran pay sahibi aynı zamanda bir ticari işletme de işletmekteyse böyle bir tehlike vardır. Benzer şekilde iki farklı şirketin çoğunluk paylarını elinde bulunduran pay sahibi için de aynı tehlike söz konusudur. Ancak şirketin üzerinde hâkimiyet anlamında herhangi bir etkiye sahip olmayan özel pay sahibi (privataktionär) açısından böyle bir tehlikeden söz etmek mümkün değildir²⁶.

Amaca uygun yorum yönteminde hareket noktası şirketin dışında bir iktisadi menfaate sahip olmak olduğundan burada üzerinde durulması gereken diğer bir sorun, şirketin hâkimiyetini elinde bulunduran pay sahibinin diğer bir şirkette hâkimiyet sağlamayan oranda bir paya sahip olması durumunda nasıl bir yorum yapılacağıdır. Çünkü şirketlerden birinde hâkim konumunda bulunan pay sahibi her ne kadar diğer şirkette aynı konumda değilse de iktisadi anlamda hâkimi olduğu şirkete yabancı bir menfaati olabilir. Söz konusu kişinin şirketin dışındaki iktisadi menfaatinin daha büyük olması halinde bu kişinin şirket üzerindeki hâkimiyetini şirketin aleyhine kullanabileceğini yine kabul etmek gerekir. Fakat şirketin dışındaki iktisadi menfaatin önemli olmadığı durumlarda aynı yorumu yapmak mümkün olmaz²⁷. Çünkü bir menfaat ihtilafı çıkması ihtimali yok denecek kadar azdır.

²³ **Emmerich**, in Emmerich/Habersack, § 15, N. 8-9; **Hüffer**, § 15, N. II, 2; **Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger**: Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Auflage, München 2006, § 51, N. 2; **Kort**, 1914; **Okutan Nilsson**, s. 29; **Boyacıoğlu**, s. 134.

²⁴ **Emmerich**, in Emmerich/Habersack, § 15, N. 9.

²⁵ **Okutan Nilsson**, s. 29-30.

²⁶ **Okutan Nilsson**, s. 30; **Yanlı**, s. 127.

Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerde “teşebbüs” kavramının kullanılmasının amaçlarından biri de özel pay sahibi (Privataktionär) ile işletmecisi pay sahibini (Unternehmensaktionär) ayırmak, şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri sadece teşebbüs niteliğinde olan pay sahibine uygulamaktır. Söz konusu hükümlerin mehzası olan Alman hukukunda da bu ayrıma özellikle dikkat edilmiş özel pay sahibi kapsam dışı bırakılmıştır (**Yanlı**, s. 127, 188).

²⁷ Örneğin büyük bir şirketin paylarına sahip olan kişi için söz konusu payların ifade ettiği iktisadi değer, hâkimi olduğu şirketin kendisi için ifade ettiği iktisadi değerden büyük olabilir. Böyle bir durumda hâkim pay sahibinin şirketin menfaatlerini kendi kişisel menfaatlerine feda etmesi tehlikesi kuvvetle muhtemeldir. Buna karşın başta ifade ettiğimiz şirketteki payların

Şirketler topluluğunda bağlı şirket kendisine yabancı olan bir iktisadi amaç doğrultusunda kararlar alır ve şirketin aleyhine olsa bile bu kararlar uygulanır. Menfaat ihtilafları da zaten buradan kaynaklanır. O halde sorunun kaynağı bağlı şirketin bizatihi kendisidir. Diğer bir ifadeyle temel sorun şirketin kendi iktisadi amaçları dışında başka bir iktisadi amaca yönlendirilmesidir. Öyleyse ilk olarak bağlı şirketin izlemiş olduğu iktisadi amacın kendisine yabancı olup olmadığı tespit edilmelidir. Bunu da ancak bağlı şirketin bakış açısından tespit etmek mümkündür²⁸. Söz konusu iktisadi amaç bağlı şirkete yabancı değilse hâkim etkimde bulunan ve şirketi yönlendiren iradeyi teşebbüs olarak nitelendirme imkânı yoktur.

V. Ticaret Şirketlerinde Hâkim Teşebbüs Kavramı

A. Şahıs Şirketleri

TTK m. 124'te şahıs şirketleri olarak sayılan kollektif ve komandit şirketler ortaklık yapısı itibariyle şirketler topluluğuna pek de elverişli değildir. Ancak TTK m. 195'te şirketler topluluğu ticaret şirketlerinin hepsini içine alacak şekilde düzenlendiğinden şahıs şirketleri üzerinde de bir hâkimiyet tesis edilebileceğini kabul etmek gerekir. Örneğin bir kollektif şirketin kontrolünü elinde bulunduran kişi aynı zamanda söz konusu şirketin ortağı olabilir²⁹. Ancak başta da ifade ettiğimiz gibi şahıs şirketlerinin yapısı nedeniyle sermaye şirketleri etrafında gelişen bir hukuki düzenlemeyi bu şirketler bakımından uygulamak kolay olmayacaktır³⁰.

B. Sermaye Şirketleri

Sermaye şirketlerinde özellikle anonim şirketlerde pay sahibi olmak ve yönetime katılmak şahıs şirketlerine göre daha kolaydır. Uygulamanın özellikle anonim şirketler alanında olmasının da en önemli sebebi budur. Bir anonim veya limited şirketin hâkimi olan ortağın aynı zamanda şirketin dışında bir iktisadi menfaatinin olması ve şirketin aleyhine olacak şekilde kendi iktisadi menfaatleri doğrultusunda şirketi yönlendirmesi halinde söz konusu ortağın bir teşebbüs olarak değerlendirilmesi mümkündür. Şirketin hâkimi olan ortağın aynı zamanda başka bir şirketin de hâkimi olması halinde böyle bir menfaat ihtilaflarının ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir. Fakat uy-

iktisadi değeri önemli değilse pay sahibinin hâkimi olduğu şirketin menfaatlerini kendi kişisel menfaatlerine feda etmesi beklenmez. Bu örnekten de anlaşılacağı üzere söz konusu değerlendirme oldukça görecelidir. Öyle ki bir şirkete karşı teşebbüs olarak nitelendirilen bir pay sahibi başka bir şirkete karşı aynı şekilde nitelendirilmeyebilir (**Yanlı**, s. 191).

Bu hususla ilgili olarak tartışılması gereken diğer bir sorun da hâkim pay sahibinin teşebbüs olarak nitelendirilmesinde esas alınan şirketteki katılımının ne olacağıdır. Acaba diğer şirkette de hâkimiyet tesis edecek oranda bir paya sahip olması gerekir mi, yoksa hâkimi olduğu şirketin menfaatlerini feda edebileceği bir menfaatinin olup olmadığına mı bakmak gerekir? Diğer şirketteki katılımın hakimiyet tesis edecek oranda olması gerektiği ve yine söz konusu katılımın yönetim üzerinde fiilen etkili olacak orana ulaşması gerektiği görüşleri (**Boyacıoğlu**, s. 139) şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin amacı dikkate alındığında eleştiriye açıktır. Çünkü yönetim üzerinde etkili olmasa da iktisadi menfaatin büyüklüğü kişiyi şirket üzerindeki etkisini (hâkimiyetini) şirketin aleyhine kullanmaya sevk edebilir. Bunun için her iki şirketin de yönetiminde etkin olması gerekmez. Fakat iktisadi menfaatin büyüklüğü her somut olaya göre farklı olacağından yine kesin bir ölçü olamaz. Bu hususla ilgili olarak ayrıca bkz. **Yanlı**, s. 192, dn. 855.

²⁸ **Yanlı**, s. 125.

²⁹ **Boyacıoğlu**, s. 145.

³⁰ Şahıs şirketlerinin şirketler topluluğunda bağımlı şirket olmak bakımından neden elverişli bir tür olmadığı hususu ile ilgili olarak bkz. **Boyacıoğlu**, s. 145-146.

gulama bununla sınırlı değildir. Pay sahibinin şirketin dışında bir ticari işletme işletmesi halinde de yine bir teşebbüs olarak nitelendirilmesi mümkündür. Burada önemli olan şirketin hâkimi olan ortağın şirketin menfaatlerine aykırı bir tutum içinde olup olmayacağıdır. Şirketin dışında bir işletme faaliyeti olan pay sahibi açısından bu tehlike daha belirgin bir biçimde kendisini gösterirken faaliyetleri şirket işleri ile sınırlı bir pay sahibi için söz konusu tehlike yok denecek kadar azdır. Bu nedenle sadece işletmeci pay sahibi açısından özel önlemler almak gerekir. Şirketin hâkimi olan özel pay sahibi açısından da benzer bir tehlikeden söz etmek mümkünse de şirket organizasyonları içinde mevcut olan tedbirler (azınlık hakları vs.) nedeniyle şirketler topluluğu anlamında özel bir önlem almaya gerek yoktur.

Sermaye şirketinin hâkimi bir ticaret şirketi ise hâkim teşebbüs kavramına gitmeye zaten gerek yoktur. Ancak hâkimiyet bir ticaret şirketinde değil de diğer bir özel hukuk tüzel kişisi olan dernekte veya vakıfta ise yine ortada bir teşebbüs olup olmadığını incelemek gerekir. Gelir sağlama amacıyla kurulmadıkları için bir iktisadi işletme olarak değerlendirilemeyecek olan dernekler ve vakıfların bir sermaye şirketinin paylarına sahip olması hatta hâkim konumda bulunmalarına bir engel yoktur. Fakat bir şirketin hâkimi olan bir dernek veya vakfın aynı zamanda şirketin dışında bir iktisadi menfaatinin olması ve gerçek kişilerde olduğu gibi bu menfaati nedeniyle şirketin aleyhine olacak şekilde şirketi yönlendirmesi halinde yine bir önlem almak gerekecektir. Bu açıdan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri arasında bir ayırım yapmaya gerek yoktur. Ancak söz konusu özel hukuk tüzel kişilerinin özel amaçları nedeniyle şirketin aleyhine olacak şekilde şirketi yönlendirmeleri de ihtimal dâhilinde olduğundan gerçek kişiler ile yapılan mukayesede bu tehlike de dikkate alınmalıdır. Kamu hukuku tüzel kişilerinin bir sermaye şirketinde hâkim konumda bulunmaları halinde ise izlenen siyasi vs. amaç nedeniyle teşebbüs niteliği kendiliğinden mevcut sayılır³¹.

C. Tek Kişilik Şirket

Tek kişilik şirkette paylar bir kişinin elinde toplanmıştır dolayısıyla bu kişi söz konusu şirketin hâkimi konumundadır. Fakat ortada tek bir ticaret şirketi vardır. Bu durumda şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tamamen TTK m. 195, f. 5 hükmünün yorumuna bağlıdır. Söz konusu hükmün ortada en az iki tane ticaret şirketi olmalıdır şeklinde yorumlanması halinde tek kişilik şirketin paylarını elinde bulunduran pay sahibini hâkim teşebbüs olarak değerlendirme imkânı yoktur. Fakat konzern hukukuna ilişkin ilkeler etrafında yapılan diğer yorum kabul edildiğinde ortada bir tane şirket ve bu şirkette tek bir pay sahibi olsa da şirketler topluluğu hükümleri yine uygulama alanı bulur. Çünkü tüm paylara sahip olan kişinin şirketin dışında bir iktisadi menfaatinin olması durumunda şirketin aleyhine kararlar alması ve uygulaması ihtimali vardır. Şirketin alacaklıları bundan zarar görür. O halde tek bir ortağa karşı da şirket menfaatlerinin korunması gerekir. İşte bu açıdan ortada bir tek kişilik şirket olsa dahi şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanması mümkündür. Bundan başka tek kişilik şirketin diğer bir ticaret şirketinin hâkimi olması durumunda zaten şirketler topluluğu hükümleri uygulanabilecektir³².

³¹ Boyacıoğlu, s. 142-143.

³² Tekinalp, Ünal: Tek Kişilik Ortaklık, İstanbul 2011, s. 3.

VI. Hâkim Teşebbüsün Tacir Sayılması

TTK m. 195, f. 5'te hâkim teşebbüsün tacir sayılması nedeniyle konunun tacir ve tacir olmaya bağlanan sonuçlar bakımından ayrıca değerlendirilmesi zorunlu olmuştur. Şirketler topluluğunda hâkim teşebbüs bir gerçek kişi olabileceği gibi bir tüzel kişi de olabilir. Gerçek kişiler bakımından konuyu ele alacak olursak bir şirkette birden fazla kişi birlikte hâkimiyet tesis ettiklerinde hâkim teşebbüs kavramı bakımından bu kişilerin birlikte mi yoksa ayrı ayrı mı bir değerlendirmeye tabi tutulacağı tartışmalıdır³³. Şayet her bir kişi için ayrı bir değerlendirme yapılırsa birlikte hâkimiyet tesis edenler ayrı ayrı tacir sayılır. Birlikte değerlendirme yapılırsa o zaman tüzel kişiliği olmayan bu birlikteliği (adi şirket) tacir saymak gerekebilir.

Hâkim teşebbüsün bir tüzel kişi olması halinde de yine benzer problemlerle karşılaşmak mümkündür. Fakat bu konuda karşılaşılan ilk sorun tacir kavramı dışında tutulan bazı tüzel kişilerin (kamu hukuku tüzel kişileri, kamuya yararlı dernekler, gelirin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar) tacir sayılıp sayılmayacaklarıdır. Çünkü şirketler topluluğuna ilişkin hükümler bakımından hâkim teşebbüs olabilen ve tacir sayılan bu kişilerin TTK m. 16, f. 2'de ticari işletme işletmeler dahi tacir sayılmayacakları açık bir biçimde düzenlenmiştir. Dolayısıyla ortada birbiriyle çatışan iki hüküm bulunmaktadır. Hangisinin uygulanacağı noktasında çeşitli yorumlar yapılabilir. Örneğin özel hüküm – genel hüküm ilişkisi kurularak söz konusu hükümlerden birine öncelik/üstünlük tanınabilir. Bu husus kanun daha yürürlüğe girmeden tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre TTK m. 16, f. 2 nedeniyle tacir sayılmayan kişiler de TTK m. 195, f. 5'te hiçbir özel şarta yer verilmediğinden ve özel hüküm olduğundan tacir sayılacaklar ve tacir olmaya bağlanan tüm sonuçlara tabi olacaklardır³⁴. Diğer bir görüşe göre ise TTK m. 16, f. 2 özel hüküm niteliğindedir. Bu nedenle söz konusu kişiler hâkim teşebbüs olsalar bile tacir sayılamazlar³⁵.

Hâkim teşebbüsün tacir sayılması için bir ticari işletme işletmek şart değildir³⁶. Şirketin kontrolünü elinde bulundurmak ve teşebbüs sayılmak tacir sayılmak için yeterlidir. O halde hâkim teşebbüsün tacir sayılması ile ticari işletme sistemine (modern sistem) önemli bir istisna getirilmiş olmaktadır. Kanunun sistemi ticari işletme üzerine kurulu olduğundan tacir ve tacir olmanın hüküm ve sonuçları da esas itibarıyla ticari işletme işleten bir gerçek veya tüzel kişi tacir yahut ticaret şirketleri dikkate alınarak düzenlenmiştir. Bu nedenle ortada ancak bir ticari işletme olduğunda uygulanabilecek olan hükümlerin hâkim teşebbüs bakımından nasıl uygulanacağı belli değildir. Doktrinde hâkim teşebbüsün tacir sayılmasını isabetli bulan fakat sistem ile uyum içinde olmadığı tespitini yapan bir görüşe göre tacir olmaya bağlanan sonuçlar tacir sayılan hâkim teşebbüsün niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir³⁷.

³³ Bu hususla ilgili görüşler için bkz. **Okutan Nilsson**, s. 150 vd.

³⁴ **Arkan, Sabih**: Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Hazırlanmış On Beşinci Baskı, Ankara 2011.

³⁵ **Okutan Nilsson**, s. 77. Özel hüküm – genel hüküm tartışmasına girmemekle birlikte aynı yönde diğer bir görüş için bkz. **Aker, Halit**: “Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: “Hakim Teşebbüs””, Batider 2009, C. XXV, S. 2, s. 287, dn. 191.

³⁶ Hâkim teşebbüs gelir getiren bir faaliyet içerisinde olsa dahi ortada bir işletme yoksa bunu ticari işletme olarak nitelendirme imkânı yoktur (**Tekinalp, Ünal**: “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”, Batider 2008, C. XXIV, S. 3, s. 9). Bu bakımdan bağlı şirketin dışında gelir getiren bir faaliyet içerisinde olan bir kişiyi sırf bu nedenle tacir saymak mümkün değildir. Ancak hâkim teşebbüsün tacir sayılması ticari işletme işlettiği için değil özel hüküm nedeniyle. Bu bakımdan esnaf faaliyeti sınırlarını aşacak düzeyde gelir sağlamayı hedef tutmak gibi ticari işletme için gerekli olan unsurlar burada aranmaz (**Aker**, Batider 2009, C. XXV, S. 2, s. 288).

³⁷ **Aker**, Batider 2009, C. XXV, S. 2, s. 288.

VII. Sonuç

Şirketler topluluğunun kapsamının ticaret şirketlerinin tümünü içine alacak şekilde genişletilmiş olması sermaye şirketleri alanında yaşanan bir gelişmenin şahıs şirketleri ve kooperatifler alanına taşınmış olması nedeniyle isabetli değildir. Söz konusu değişiklik yapılmadan önce şahıs şirketleri hâkim teşebbüs olarak şirketler topluluğunun tepesinde bulunabilmekteydi. Fakat bağlı şirket olmaları kabul edilmemişti. Şahıs şirketlerinin ortaklık yapısı ve uygulama dikkate alındığında (önceki) bu düzenleme daha isabetlidir. Adalet Alt Komisyonu tarafından yapılan değişiklikten sonra şahıs şirketleri bağlı şirket de olabilecektir. Bir şahıs şirketinin bağlı şirket olması halinde bu şirketin kontrolünü elinde bulunduran ortağın hâkim teşebbüs olarak değerlendirilip şirketler topluluğu bakımından sorumlu kılınmasının mümkün olup olmadığı düşünüldüğünde yapılan değişikliğin isabetli olmadığı anlaşılacaktır. Tam bu noktada yine Adalet Alt Komisyonu tarafından hâkim teşebbüs kavramını düzenleyen TTK m. 195, f. 5'te yapılan değişiklik de tartışmalıdır. Çünkü söz konusu hüküm iki farklı şekilde yorumlanabilir. Bir yoruma göre hâkim teşebbüs mevcut şirketler topluluğunun arka planında yer alır. Diğer bir yoruma göre ise ortada bir tane ticaret şirketi olsa dahi bu şirketin hâkimi olan teşebbüs nedeniyle şirketler topluluğu hükümlerini uygulamak mümkündür. Kanun koyucunun tercihinin hangisi olduğunu özellikle söz konusu hükümde yapılan değişiklikten sonra anlamak mümkün değildir. Hükümün ve değişikliğin gerekçesinde de tatmin edici bir açıklama yoktur. İşte bu aşamada şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanı hâkim teşebbüs kavramına yüklenen anlam ile belli olacaktır. Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin kaynağı olan Alman hukukuna baktığımızda ortada bir tane ticaret şirketi olsa dahi şirketler topluluğu hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği yorumu yapılabilir. Fakat hükümün bu şekilde geniş yorumlanmasının Türk hukuku bakımından ne kadar isabetli olacağının ayrıca tartışılması gerekir. Hâkim teşebbüsün tacir sayılması hususuyla ilgili olarak da çelişkili bir durum söz konusudur. Bu nedenle uygulamada farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

KAYNAKÇA

- Aker, Halit** : “Hakim İşletme ile Bağımlı Şirket Arasındaki Hukuki İlişki ve Hakim İşletmenin Sadakat Borcu”, *Batider* 2003, C. XXII, S. 2, s. 153-
- Aker, Halit** : “Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: “Hakim Teşebbüs””, *Batider* 2009, C. XXV, S. 2, s.229-295.
- Arkan, Sabih** : *Ticari İşletme Hukuku*, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Hazırlanmış On Beşinci Baskı, Ankara 2011.
- Boyacıoğlu, Cumhuri** : *Konzern Kavramı*, Ankara 2006.
- Emmerich, Volker** : in *Emmerich, Volker/Habersack, Mathias: Akiten und GmbH Konzernrecht*, München 2010.
- Hüffer, Uwe** : *Aktiengesetz*, 7. Auflage, München 2006.
- Kendigelen, Abuzer** : *Gereçeli – Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*, İstanbul 2011. (Gereçeli – Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu)
- Kendigelen, Abuzer** : *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler*, İstanbul 2011.
- Kort, Michael** : “Der “private” Großaktionär als Unternehmen?”, *DB* 1986, Heft 37, s. 1909-1914.
- Krieger, Gerd** : *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 4. Aktiengesellschaft, München 1998.
- Meier-Hayoz, Arthur/ Forsmoser, Peter** : *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, Bern 2007.
- Okutan Nilsson, Gül Pashı, Ali** : “Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu”, <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmecmua/article/view/10512/9749> (01.08.2012).
- Pulaşlı, Hasan** : *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. 1, Ankara 2011.
- Raiser, Thomas/ Veil, Rüdiger** : *Recht der Kapitalgesellschaften*, 4. Auflage, München 2006.
- Tekinalp, Ünal** : *Tek Kişilik Ortaklık*, İstanbul 2011.
- Tekinalp, Ünal** : “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”, *Batider* 2008, C. XXIV, S. 3, s. 5-16.
- Yanlı, Veliye** : *Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması*, İstanbul 2000.
- Zöllner, Wolfgang** : *Zum Unternehmensbegriff der §§ 15 ff AktG*, *ZGR* 1/1976, s.1-32.

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA DENKLEŞTİRME

Yrd. Doç. Dr. Aslı E. GÜRBÜZ USLUEL*

ÖZET

Türk Ticaret Kanunu'nun yeni düzenlemelerinden biri olan şirketler topluluğuna ilişkin hükümler arasında, hakim şirket tarafından bağlı şirkete verilen kaybın denkleştirilmesiyle ilgili m. 202/I önem taşımaktadır. Böylece bir yandan, hakim şirketin sorumluluğunun doğması engellenmekte, diğer yandan bağlı şirketin, dolayısıyla bağlı şirket pay sahiplerinin hakları korunmaktadır. Bu çalışma kapsamında hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı şekilde kullanması sonucu ortaya çıkan kaybı denkleştirme yükümlülüğü incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Şirketler topluluğu, hakim şirket, bağlı şirket, denkleştirme, kayıp, fayda, merkezi nakit yönetimi

ABSTRACT

Corporate Groups is one of the new concepts introduced in the Turkish Commercial Code. Among the articles related to Corporate Groups in the TCC, the article (Art. 202/I) regarding the balancing of the disadvantages that the subsidiary faces by the actions of the (controlling) parent company has a vital importance. With the article 202/I, not only the liability of the parent company is prevented, but also the rights of the subsidiary shareholders are protected. In this study, the obligation of the parent company to balance the disadvantages of the subsidiary which arises because of unlawful exercise of control against the subsidiary is analyzed.

Keywords: Corporate groups, parent company, subsidiary, disadvantage, advantage, balancing the disadvantages, cash pooling

GİRİŞ

Sermaye şirketlerinde tüm haklar ve yükümlülükler paya bağlanmıştır. Pay sahibi, sermaye şirketlerinde fon sağlayarak sermayeyi oluşturması nedeniyle, şirketin işleyişinden kaynaklanan olumlu ve olumsuz etkilerin doğrudan muhatabı olmaktadır. Özellikle anonim şirketlerde (AŞ) pay sahibinin çoğu zaman, ortaklığın günlük işleyişinden uzak olması, menfaatlerinin korunması açısından yönetimle iletişim içinde bulunmasını gerekli kılmaktadır. Pay sahibinin yönetimle iletişim içinde bulunmasına ilişkin bu gereklilik ise ancak, pay sahibine verilen hakların çerçevesinin belirlenmesi, genişletilmesi ve söz konusu hakların kullanımının kolaylaştırılması ile mümkün olur.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (aslielif@bilkent.edu.tr)

Pay sahibinin haklarının genişletilmesi ve bu hakların kullanılmasının kolaylaştırılması pay sahipleri demokrasisinin¹ de sağlanması açısından büyük önem taşır. Böylelikle pay sahipleri, ortaklıkta daha aktif olabilme, ortaklık iradesinin oluşumuna katılabilme ve yönetimde dolaylı da olsa etkin olabilme imkanı bulurlar.

Yeni Türk Ticaret Kanunu (TTK) da, Avrupa Birliği (AB) müktesebatıyla uyumun sağlanması² ve Türk işletmelerinin uluslararası piyasanın bir parçası olması³ amacıyla, pay sahibinin korunması bakımından, şeffaflık, kamuyu aydınlatma gibi klasik yöntemlerin⁴ yanında, reform niteliğinde pek çok hüküm getirmektedir. TTK ile pay sahibine, birleşmede şirketten çıkma (TTK m. 141), özel denetim isteme (TTK m. 438), şarta bağlı sermaye artırımında önerilme (TTK m. 466), eşit işlemi isteme (TTK m. 357) gibi yeni haklar tanındığı ve pay sahibinin dava haklarının genişletildiği⁵ görülmektedir. Öte yandan, kurumsal temsilci istemi (TTK m. 428, 429), temsilcinin genel kuruldan talimat alma zorunluluğu (TTK m. 428, 429), bilgi alma (TTK m. 200, 437) ve inceleme hakkı (TTK m. 437) gibi bazı hakların kullanılması daha etkili ve kolay hale getirilmiştir⁶. Bunun yanında, TTK m. 397 hükmüne göre denetime tabi olan şirketler açısından internet sitesi açma zorunluluğu (TTK m. 1524) ile pay sahipleri açısından şeffaflığı sağlayıcı araçlar artırılmış, oyda imtiyaz sınırlandırılmış (TTK m. 479), bağlam sistemi keyfilikten kurtarılmış (TTK m. 493, 495), yönetim kuruluna önemli bazı konularda beyanda bulunma ve rapor verme yükümlülüğü getirilmiştir.

TTK'nın getirdiği yeni düzenlemelerden bir diğeri de şirketler topluluğudur. Şirketler topluluğuna ilişkin düzenlenmenin amacı, ana ve yavru şirketler arasındaki ilişkilerin şeffaflık, hesap verilebilirlik ve menfaat dengesinde kurala bağlanmasıdır⁷. Şirketler topluluğuna dahil şirketlerin, ayrı bir tüzel kişiliği vardır. Ancak, topluluğun yönetiminde sadece o şirketin değil tüm topluluğun menfaatleri göz önüne alınır. Bu nedenle, topluluk içinde yer alan bir şirketin tümüyle bağımsız olduğunu ileri sürmek, yöneticilerin, özellikle azlık ve küçük pay sahiplerinin haksızlığa uğramasına zemin hazırlayacaktır⁸. Zira bir şirket, başka bir şirketin hakimiyeti altındaysa ve hakim şirketin talimatları kendi menfaatlerine aykırı olsa, hatta kendisine kayıp verse bile bu talimatları fiilen yerine getirmek zorundadır. Bu nedenle TTK'daki düzenlenmenin amacı, bağlı şirket menfaatinin topluluk menfaatine karşı korunmasını sağlayarak, bağlı şirket menfaatinin feda edilmesi ihtimalinin olumsuz sonuçlarını gidermek ve hafifletmektir⁹.

Söz konusu kapsamda, şirketler topluluğunda bağlı şirket pay sahibini koruyucu hükümler düzenlenmiştir. Bunlar arasında pay sahiplerine topluluk işlemlerini incele-

¹ Genel Gerekeçe N. 135; *Tekinalp, Ü.: Zorunlu Hedefler Bağlamında TTK Tasarısı'nda Anonim Şirkete İlişkin Kuramsal Düzen, Hukuki Perspektifler Dergisi* 2005, S. 4, s. 14.

² Genel Gerekeçe, N. 3.

³ Genel Gerekeçe, N. 6.

⁴ Genel Gerekeçe, N. 67.

⁵ Bu davalar arasında yeniden yapılanmada ortaklık payının ve haklarının veya ayrılma karşılığının uygun olmaması halinde denkleştirme talebi davası (TTK m. 192), yeniden yapılanmanın iptali (TTK m. 193) ve yeniden yapılanmada sorumluluk davası (TTK m. 194), denetçi atanması davası (TTK m. 399), genel kurul kararlarının butlanının tespiti davası, kanuni şartlara uygun tasfiye memuru seçimi talebini içeren dava (TTK m. 537), haklı sebeplerle şirketin feshi davası sayılabilir. Bkz. Genel Gerekeçe, N. 132.

⁶ Genel Gerekeçe, N. 132.

⁷ Genel Gerekeçe, N. 115.

⁸ Gerekeçe, 195 ilâ 209. Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar.

⁹ *Okutan Nilsson, G.: Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul* 2009, s. 14.

yebilmesi için getirilen özel denetim hakkı, pay sahibinin itiraz ettiği ve bağlı şirket bakımından haklı bir nedeni bulunmayan kararlar karşısında, pay sahibinin paylarını hakim şirkete satarak şirketten çıkma hakkı imkanı ile ilgili düzenlemeler yer alır. Bunun yanında şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerde, pay sahiplerine verilen çeşitli dava hakları ile pay sahipliğinden doğan haklar genişletilmiş, yönetim kurulunun hazırlayacağı raporlar ve şirketlerin internet sitesine ilişkin hükümler ile pay sahibinin bilgi alma hakkını kullanması kolaylaştırılmıştır.

Şirketler topluluğunda gerek pay sahibinin haklarını koruyan gerek şirketler topluluğunun işleyişini kolaylaştıran en önemli hükümlerden biri de, TTK m. 202'de düzenlenen, bağlı şirkete, hakim şirket tarafından verilen kaybin denkleştirilmesine ilişkin hükümdür. Böylece bir yandan, hakim şirketin sorumluluğunun doğması engellenmekte, diğer yandan bağlı şirketin, dolayısıyla bağlı şirket pay sahiplerinin hakları korunmaktadır. Bu çalışma kapsamında hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı şekilde kullanması sonucu ortaya çıkan denkleştirme yükümlülüğü incelenmiş, kısmi ve tam hakimiyette denkleştirmenin koşulları, sınırları ve yöntemleri belirlenmeye çalışılmıştır. TTK m. 202/I/b'de düzenlenen faaliyet yılı içerisinde denkleştirmenin sağlanmaması durumunda açılacak tazminat davasına yeri geldiğinde genel olarak değinilmiş, TTK m. 202/II kapsamında hakim şirketin sorumluluğunu doğuran ve bağlı şirket bakımından haklı bir nedeni bulunmayan genel kurul kararları, hakim şirketin sorumluluğuna yol açmakla birlikte, denkleştirme yükümlülüğünü gerektirmediği için çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

I. DENKLEŞTİRME KAVRAMI VE DENKLEŞTİRMENİN AMACI

1. Kavram

Hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması başlığı altında bulunan TTK m. 202/I/a'da hakim şirketin hakimiyetini, bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullanmayacağı düzenlenmektedir. Başka bir ifade ile, hakim şirketin hakimiyetini kullanarak bağlı şirketi kayba uğratması yasaklanmıştır. Öte yandan, kanun koyucu bu hükümde, hakim şirket bakımından esnek bir kurala yer vererek¹⁰, aynı zamanda hakim şirketin gerekli koşulları gerçekleştirmesi kaydıyla, bağlı şirketin hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması yoluyla kayba uğratılmasını hukuka uygun hale getirmektedir. Hakim şirket tarafından yerine getirilecek koşul ise denkleştirmedir. Gerçekten TTK m. 202'de kaybin o faaliyet yılı içerisinde fiilen denkleştirilmesi durumunda veya kaybin nasıl ve ne zaman denkleştirileceğinin belirtilmesi suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete bir istem hakkının tanınması yoluyla hakim şirketin hukuka aykırı maddi fiil veya hukuki işleminin bir anlamda telafisi öngörülmüştür. Kısmi hakimiyete ilişkin olan TTK m. 202 hükmünün yanı sıra, tam hakimiyet bakımından TTK m. 206'da da benzer koşullarla hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğü düzenlenmektedir.

Denkleştirme, hakim şirketin yönlendirmesi sonucunda, bağlı şirketin yaptığı veya yapmaktan kaçındığı fiil ve işlemler veya aldığı veya almaktan kaçındığı önlemler nedeniyle ortaya çıkan kaybin giderilmesidir¹¹. Başka bir ifadeyle denkleştirme, meydana gelecek muhtemel kaybin garanti altına alınarak, denkleştirilmesinin belli bir zaman dilimiyle sınırlı olmak üzere ertelenmesi ve bağlı şirket açısından aleyhte bir durum ortaya çıkmaksızın kaybin bertaraf edilmesidir¹².

¹⁰ TTK m. 202, madde gerekçesinde de hükmün, hakim şirketin veya ortaklarının makro politikalarını uygulayabilmesine imkan sağlayan esnek bir kurala yer verdiğini ifade etmektedir.

¹¹ *Koppensteiner*, H.G.: Köln Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 6, 3.Auf. (Her: Zöllner/Noack), Köln 2004, §311 N. 106.

¹² *Altmeppen*, H.: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 5, 3. Auf. (Her: Goette/Habersack/Kalss) München 2010, § 311 N. 303.

Kaybın denkleştirilmesinin ya da buna ilişkin taahhüdün faaliyet yılı içerisinde yapılması gerekliliği, söz konusu faaliyet yılı içerisinde bağlı şirketin, denkleştirmenin yapılması talebiyle hakim şirkete başvurup vuramayacağı sorusunu akla getirebilir. Alman hukukunda, hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünü yerine getirmesi için, bağlı şirketin denkleştirmenin yapılması talebiyle hakim şirkete başvuramayacağı görüşü hakimdir.¹³ Bunun nedeni, hakim şirkete denkleştirmenin yapılması ya da denkleştirmenin yapılacağına ilişkin taahhüdün verilmesi için faaliyet dönemi sonuna kadar süre tanınmış olması, bu sürenin sonuna kadar hakim şirketin denkleştirmeyi gerçekleştirmemesi ya da kaybı denkleştireceğine ilişkin taahhütte bulunmaması durumunda, bağlı şirketin zararın tazmin edilmesi amacıyla talep hakkı doğar. Başka bir ifadeyle, bağlı şirketin talep hakkı zararın tazmin edilmesine ilişkindir.

TTK açısından da benzer bir durum söz konusudur. TTK m. 202/I/a' da hakim şirkete denkleştirme için bir faaliyet yılı süre tanınmıştır. Dolayısıyla, hakim şirket bu sürenin bitimine kadar denkleştirmeyi sağlamak zorunluluğu altında değildir.¹⁴ Söz konusu sürenin dolması ve denkleştirmenin sağlanmaması durumunda ise, bağlı şirket pay sahiplerine zararın tazmini (TTK m. 202/I/b) ve payların satın alınmasını isteme (TTK m. 202/II) hakkı verilmektedir. Bu nedenle, bağlı şirketin hakim şirketten kaybın denkleştirilmesinin sağlanmasını istemesi mümkün olmamakta, hakim şirketin denkleştirmeyi gerçekleştirmemesi ya da gerçekleştireceğini bu süre içinde taahhüt etmesi halinde, bağlı şirket ancak uğradığı zararın tazmini isteyebilmektedir.

2. Amacı

Kaybın denkleştirme yoluyla giderilmesindeki amaç, şirketi bağımsız olsaydı hangi durumda bulunacaksa o konuma getirmektir.¹⁵ Başka bir ifade ile, kayıp doğurucu işlem ya da fiilin gerçekleştiği andan itibaren, söz konusu işlem ya da fiillerin sonuçlarını ortadan kaldırmaktır.

Esasen TTK m. 202'de yer alan kaybın denkleştirilmesine ilişkin düzenlemenin iki temel amacı vardır. Bunlardan ilki, kaybın ve bu kaybın denkleştirilmesini sağlayacak faydanın tartışılması ile ortaya çıkacak sonucun, malvarlığı kaybına neden olmasının engellenmesidir.¹⁶ Bu engelleme ise ancak, denkleştirmenin o faaliyet yılı içerisinde yapılması ya da kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceğinin belirtilmesi suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar, bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınması yoluyla olur. Düzenlemenin ikinci amacı ise, somut ve yasal bir talep hakkı ile derhal giderilmesi istenemeyecek kayıpların, hakim şirket tarafından uygun bir fayda sağlanması yoluyla güvence altına alınmasıdır.¹⁷ Dolayısıyla söz konusu hükme göre, topluluğun bir parçası olmanın getirdiği genel fayda ve avantajlar denkleştirme kapsamında değerlendirilmemeli ve denkleştirmenin oldukça uzun bir zaman sürecinde gerçekleştirilmesi de söz konusu olmamalıdır.¹⁸

¹³ Habersack, M.: Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Auf. (Her: Emmerich/Habersack), München 2010, § 311, N. 75; Hüffer, U.: Aktiengesetz, 10. Auf. München 2012, § 311 N. 38; Altmeyden, N. 374.

¹⁴ Okutan Nilsson, s. 282, Yazar, malvarlığını riske sokan işlemlerin bu hususun istisnasını oluşturabileceğini belirtmektedir (s. 284 dn. 804).

¹⁵ Koppensteiner, §311 N. 106.

¹⁶ Altmeyden, N. 302.

¹⁷ Altmeyden, N. 304.

¹⁸ Altmeyden, N. 304.

3. Gerçekleştirilmesi

A. Denkleştiriminin Sağlanmasında Fayda

Denkleştirme bağı şirkete bir fayda ve avantaj sağlanması yoluyla yapılabileceği gibi, kaybın giderilmesini sağlayacak bir karşılığa ilişkin de olabilir¹⁹. Başka bir ifade ile hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi sonucunda, kayba uğrayan bağı şirket ekonomik bir fayda sağlamalıdır. Sağlanacak fayda ile meydana gelen kayıp arasında bir bağlantı olmasına gerek yoktur²⁰. Örneğin hakim şirketin yönlendirmesi sonucunda bir ihaleye girilmemesi nedeniyle doğan kayıp, denk değerde bir taşınmazın devri yoluyla sağlanacak bir fayda ile giderilebilir. Bunun yanında, denkleştirmede sağlanacak faydanın, ortaya çıkan kaybı giderecek, denk bir değerde olması gereklidir²¹. Bu nedenle, daha öncede de belirtildiği gibi topluluğun bir parçası olmaktan kaynaklanan örneğin bağı şirketin kredibilitésinin artması gibi pasif bir fayda, denkleştirmenin sağlanması açısından uygun değildir²².

Kural, kayba neden olan işlem ya da fiilin hakim şirket tarafından denkleştirilmesi olmakla birlikte, bağı şirketin söz konusu kaybı, denk değerde bir faydayla denkleştirildiği sürece denkleştirme, diğer bir bağı şirket ya da üçüncü kişiler tarafından da yapılabilir²³.

Denkleştirilmede sağlanacak faydanın aynen ortaya çıkan kayıpta olduğu gibi mutlaka ölçülebilir olması gereklidir²⁴. Öte yandan, faydanın bilançoya yansıtılması şart olmamakla²⁵ birlikte, bilançoya yansımış bir kaybın denkleştirilmesi söz konusu olduğunda, fayda da aynı şekilde bilançoya yansıtılmalıdır²⁶.

B. Denkleştirme Miktarının Belirlenmesi

Denkleştirmede sağlanacak faydanın doğan kaybı giderecek nitelikte olması gerekmektedir. Dolayısıyla, denkleştirmenin tam olarak sağlanması için kaybın ve faydanın karşılaştırılması gerekir. Bu karşılaştırma yapılırken izlenecek iki adım vardır. Bunlardan ilki, söz konusu kaybın, kaybı doğuran işlemin yapıldığı ya da önlemin alındığı ve alınmasından kaçınıldığı zaman göz önüne alınarak belirlenmesidir²⁷. Kaybın belirlenmesinin ardından ikinci adım olarak, belirlenen kayıp ile sağlanacak fayda karşılaştırılır ve denkleştirilmenin miktarı değerlendirilir. Bu değerlendirme yapılırken, bağı şirketin içinde bulunduğu durum ve koşullar dikkate alınmalıdır²⁸.

¹⁹ TTK m. 202, madde gerekçesi.

²⁰ *Altmeppen*, N. 343; *Müller*, H. F.:Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 6, 2. Auf. (Her. Spindler/Stülz), München 2010, §311 N. 50

²¹ *Habersack*, § 311 N. 63; *Hüffer*, §311 N. 39.

²² *Habersack*, § 311 N. 63; *Hüffer*, §311 N. 39; *Koppensteiner*, §311 N. 116.

²³ *Habersack*, § 311 N. 63; *Hüffer*, §311 N. 39; *Koppensteiner*, §311 N. 120; *Müller*, §311 N. 50.

²⁴ *Habersack*, § 311 N. 63; *Hüffer*, §311 N. 39; *Koppensteiner*, §311 N. 114; *Altmeppen*, § 311 N. 347.

²⁵ *Habersack*, § 311 N. 63; *Hüffer*, §311 N. 39; *Koppensteiner*, §311 N. 109.

²⁶ *Habersack*, § 311 N. 63; *Hüffer*, §311 N. 39; *Koppensteiner*, §311 N. 109.

²⁷ *Müller*, §311 N. 51.

²⁸ *Müller*, §311 N. 51.

4. Sınırı

TTK m. 202 bakımından denkleştirmenin söz konusu olabilmesi için doğan kaybın ölçülebilir nitelikte olması gereklidir. Ancak bazı istisnai hallerde değeri ölçülemeyen kaybın, yine değeri ölçülemeyen bir fayda ile denkleştirilmesi söz konusu olabilir²⁹. Bu gibi durumlarda, denkleştirilmenin sağlanması için her somut olayın özelliklerinin ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

Bunun yanında, TTK m. 202 hükmünde, hakimiyetin kullanılması nedeniyle ortaya çıkan kaybın denkleştirilmesi düzenlenmektedir. Başka bir ifade ile hakimiyetin kullanılması dışında ortaya çıkan kayıplar bu hükmün kapsamı dışındadır. Dolayısıyla, denkleştirme yükümlülüğüne neden olan, kayıp doğurucu işlem ve fiiller hakim şirketin, bağlı şirketlerin ya da şirketler topluluğunun menfaati için yapılmalıdır. Üçüncü kişilerin menfaati için bağlı şirket bir işlem ya da fiili gerçekleştirmişse, burada ortaya çıkan kaybın denkleştirilmesi hukuka aykırı olacaktır³⁰.

II. DENKLEŞTİRMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kaynak metin Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (APOK) § 311'de düzenlenen şirketler topluluğunda denkleştirmenin hukuki niteliğine ilişkin, Alman hukukunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilkinde göre şirketler topluluğunda denkleştirme, tazminat hukukunda yer alan zarar görenin elde ettiği yararın mahsubu³¹ (compensatio lucri cum damno) niteliğindedir³². Fakat tazminat hukukuna ilişkin zararın denkleştirilmesi, ancak zararın mağdura aynı zamanda ekonomik fayda sağlaması durumunda söz konusu olur. Zarar, bu faydanın zarardan düşülmesiyle yoluyla belirlenir. Şirketler topluluğunda denkleştirme söz konusu olduğunda denkleştirme sağlandıktan sonra, denkleştirilemeyen zarar açısından tazminat yükümlülüğü devam eder. Diğer bir ifade ile denkleştirme, tazmin edilecek zarardan az ise, tazminat yükümlülüğü ortadan kalkmaz³³.

Başka bir görüşe göre şirketler topluluğunda kaybın denkleştirilmesi, hakim şirketi tazminat yükümlülüğünden kurtaran "edimi değiştirme yetkisidir"³⁴ (facultas alternativa³⁵). Böylece hakim şirket zararı tazmin etmek yerine, kaybı denkleştirdiği noktada sorumluluktan kurtulacaktır. Hakim şirketçe sağlanan denkleştirme, zarardan az olsa bile hakim şirketin sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır. Ancak bu iki görüş eleştirilmiş, APOK § 311'de kayıp ve denkleştirme, APOK § 317'de ise zarar ve tazminat kavramlarının düzenlendiği, bu kavramlara kanun koyucu tarafından verilen anlamların farklı olduğu, dolayısıyla kayıp ve zarar ile denkleştirme ve tazminatın birbirleri ile özdeş olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiş³⁶ ve bu nedenle söz konusu görüşler Alman hukukunda kabul görmemiştir.

²⁹ Müller, §311 N. 52.

³⁰ Habersack, § 311 N. 60; Hüffer, §311 N. 43; Koppensteiner, §311 N. 102.

³¹ Bu konuda bkz. Oğuzman K./Öz, K.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, B. 9, İstanbul 2012, s. 352; Tekinay, S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A.: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 1993, s. 586.

³² Altmeppen, § 311 N. 309'dan naklen, Würdinger, H.: Aktiengesetz Grosskommentar, Bd. 4, 3. Auf. (Her. Braz/Bröner et al.) Berlin 1975, §311 N. 5, 6, 9.

³³ Altmeppen, § 311 N. 310.

³⁴ Altmeppen, § 311 N. 310'dan naklen, Müller, K.: Die Haftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft im Aktiengesetz, ZGR 1977, s. 16.

³⁵ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, s. 301; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 817, 818.

³⁶ Altmeppen, § 311 N. 311.

Alman hukukundaki hakim görüşe göre, APOK § 311 ile § 317 arasındaki ilişki denkleştiriminin hukuki niteliğini belirlemek açısından önem taşımaktadır. APOK § 311 hükmüne göre denkleştiriminin süresi içinde sağlanması durumunda, APOK § 317'de yer alan tazminat yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla, hakim şirket kaybın denkleştirmesini sağlayarak, tazminat yükümlülüğünü bertaraf edebilmektedir. Bu bakımdan denkleştirme, kendine özgü bir ifa (Kompensationsleistung sui generis) niteliğindedir³⁷. Bağlı şirketin kaybın denkleştirilmesine ilişkin talep hakkı olmadığına göre, hakim şirketin kaybın denkleştirilmesine ilişkin doğrudan doğruya bir denkleştirme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

TTK m. 202 hükmü değerlendirildiğinde, gerek yararın mahsubunun gerek edimi değiştirme yetkisinin, şirketler topluluğunda denkleştiriminin hukuki niteliği olarak belirlenemeyeceği kanaatindeyiz. Zira, TTK m. 210/I/a kaybın tamamıyla denkleştirilmesi gerekliliğini düzenlemekte ve denkleştirme sonucunda tazminat sorumluluğu, dolayısıyla, zarar ortadan kalkmaktadır. Hâlbuki yararın mahsubunda, mahsup edilen miktar sonrasında tazminat yükümü devam eder. Edimi değiştirme yetkisinde asıl edimin imkansız olması halinde yedek edim yetkisi de sona erer³⁸. Ancak şirketler topluluğunda istem hakkı tanınması yoluyla denkleştirmede, denkleştiriminin hakim şirketin veya edim borçlusunun kusuru olmaksızın yerine getirilmediği durumlarda, hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünün devam ettiği kabul edilmektedir³⁹.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, TTK m. 202/I/a hakim şirketin hakimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamayacağını düzenlemektedir. Dolayısıyla bu hüküm, yasaklayıcı nitelikte emredici bir hükümdür. Bu hüküm ile, faaliyet yılı içerisinde yapılacak denkleştirme ya da kaybın ne zaman ve nasıl gerçekleştirileceğinin belirtilmesi suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete tanınacak denk değerinde istem hakkı ile hakim şirketin maddi fiilinin ya da hukuki işleminin hukuka aykırı olması durumu ortadan kalkmakta, söz konusu fiil ya da işlem hukuka uygun hale gelmektedir. Faaliyet yılı içinde denkleştirme fiilen yerine getirilmez ya da faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete bir istem hakkı tanınmazsa, bağlı şirket hakim şirketten, şirketin zararının tazminini isteyebilir (TTK m. 202/I/b). Ancak bağlı şirket, kaybı nedeniyle hakim şirkete denkleştirme yapılması talebinde bulunamaz. Dolayısıyla denkleştirme, hukuka aykırılığın ortadan kalkması için hakim şirket açısından hem bir külfet, hem de bağlı şirket pay sahiplerince denkleştiriminin sağlanamaması halinde zararın tazminine ilişkin bir istem hakkının doğması nedeniyle bir borçtur⁴⁰.

Bunun yanında TTK m. 202 hükmüne göre bağlı şirketin, hakim şirketin yönlendirmesi sonucunda ortaya çıkan kaybının denkleştirilmesi, hakim şirketin hukuka aykırı maddi fiil veya hukuki işlemi anlamda hukuka uygun hale getirdiği için, bu durumda geciktirici koşul (Borçlar Kanunu [BK] m. 170) söz konusudur. Gerçekten de o faaliyet yılı içerisinde denkleştirme sağlanana kadar, hakim şirketin hukuka aykırı yönlendirmesinin doğuracağı sonuçlar askıdadır. Faaliyet yılı içinde denkleştirme yapılmadığı ya da bağlı şirkete bu dönemde bir istem hakkı tanınmadığı takdirde, hakim şirketin tazminat yükümlülüğü doğacaktır. Öte yandan bağlı şirketin kaybının denkleştirilmesi hakim şirketin iradesine bağlı olduğundan ve bu hususun açıkça söz konusu hükümde düzenlenmesinden dolayı, kanuni ve aynı zamanda iradi koşuldan bahsetmek de mümkündür.

³⁷ Habersack, § 311 N. 61; Hüffer, §311 N. 37; Müller, §311 N. 28.

³⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 818.

³⁹ Koppsteiner, §311 N. 115.

⁴⁰ Habersack, § 311 N. 61

Şirketler topluluğunda kaybın denkleştirilmesi Türk hukukunda yeni olup, Türk sorumluluk hukukuna farklı bir boyut kazandırmaktadır⁴¹. Kayıp ile zararın ve denkleştirme ile tazminatın farklı kavramlar olmaları, bağlı şirketin kural olarak faaliyet yılı süresince denkleştirmeye ilişkin bir talep hakkının bulunmaması, şirketler topluluğunda denkleştirmenin dogmatik açıdan farklı statüsünü ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla, hukuki anlamda bir sınıflandırma kapsamında yer almamakla birlikte Alman hukukunda şirketler topluluğunda denkleştirmenin hukuki niteliği olarak benimsenen kendine özgü ifa görüşünün TTK hükümleri kapsamında da kabul görebileceği kanaatindeyiz.

III. DENKLEŞTİRMENİN KAYNAĞI VE KOŞULLARI

1. Genel Olarak

TTK m. 202/I/a'da, hakim şirketin hakimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamayacağı düzenlendikten sonra, hakim şirketin, bağlı şirketin verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmeyeceği belirtilmiştir. Söz konusu hükümde hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması halleri sınırlı sayıda olmaksızın sayılmıştır⁴². Bu halleri iki kategoride toplamak mümkündür. Bunlardan ilki bağlı şirkete yaptırılan iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler ile tesisleri yenilememek gibi maddi fiillerdir. Gereğede sayılan söz konusu haller sınırlı sayıda olmadığı için, farklı bir durumun ortaya çıkması halinde somut olayın özelliklerine göre karar verilecektir. Bu noktada, madde metninde sayılan hallerden farklı bir durumun ortaya çıkması halinde göz önüne alınması gereken ölçüt, hukuka aykırılığı doğuran bu hukuki işlem ve maddi fiillerin bağlı şirket bağımsız olsa idi, bağlı şirketin yöneticilerinin özen borcunun ihlalini oluşturup oluşturmayacağıdır. Gerçekten TTK 202/I/d'de kayba sebebiyet veren işlemin aynı veya benzer koşullar altında, şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözeten ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği veya yapılmasından kaçınılabileceğinin ispatı halinde sorumluluğun ortadan kalkacağı ifade edilmiştir.

İkinci kategori hukuka aykırılık hali ise TTK m. 202/II'de düzenlenen, hakimiyetin kullanılması nedeniyle gerçekleştirilen ve bağlı şirket açısından açıkça haklı bir sebebi bulunmayan önemli genel kurul kararlarına ilişkindir. Hükümde sınırlı sayıda olmaksızın önemli nitelikteki kararlar, birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişiklikleri olarak sayılmıştır.

Söz konusu hukuka aykırılık hallerinin farklı hukuki sonuçları bulunmaktadır. Birinci kategoride anılan koşullarda bağlı şirketin kayba uğratılması durumunda, hakim şirket denkleştirme yükümlülüğü altına girmektedir. Söz konusu denkleştirmenin sağlanmaması durumunda ise hakim şirketin sorumluluğu doğmaktadır. Denkleştirmenin sağlanmaması halinde hakim şirket, bağlı şirketin zararını tazmin eder veya hakkaniyete uygun düşüyorsa pay sahiplerinin paylarını satın alır.

İkinci kategori olan bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılır haklı bir sebebi olmayan kararların alınmasında, denkleştirme yükümlülüğü olmaksızın hakim şirketin sorumluluğu doğmaktadır. İkinci kategori sorumluluk hallerinde hakim şirket, pay sahiplerinin zararlarını tazmin etmeli veya paylarını satın almalıdır.

Çalışmamızın konusu kapsamında birinci kategori incelenecektir.

⁴¹TTK m. 202, madde gerekçesi.

⁴² TTK m. 202, madde gerekçesi.

2. Sözleşmesel ve Fiili Konzernler⁴³

Alman hukukunda sözleşmesel konzernlerle, fiili konzernlere farklı hükümler uygulanmaktadır. Hakim şirkete bağlı şirketi tamamıyla yönetme imkanı verilen sözleşmesel konzernlerde, pay sahibi ve alacaklıların korunması adına APOK'ta çeşitli hükümler düzenlenmiştir (APOK § 300 -307). Şirketin kanuni yedeklerinin belirli seviyede tutulması (APOK § 300), hakim şirket ile bağlı şirket arasındaki sözleşme sona erdiğinde, sözleşme sona ermeden doğmuş alacaklıların alacaklılarının hakim şirketten güvence isteme hakkı (APOK § 303) bu hükümlerden bazılarıdır.

Bağlı şirketin ekonomik bağımsızlığını kısmen koruduğu fiili konzernlerde ise, pay sahiplerinin ve alacaklıların korunması kaybın denkleştirilmesiyle (APOK § 311), kayıp denkleştirilmediği takdirde zararın tazmini ile gerçekleşir⁴⁴ (APOK § 317). Fiili konzernlere ilişkin uyumsuzluklarda uygulanacak hükümler dahilinde boşluk bulunduğu takdirde, sözleşmesel konzernlere uygulanan hükümler kıyasen fiili konzernlere de uygulanmaktadır. Ancak, Türk hukukunda sözleşmesel konzern ve fiili konzern olmak üzere ikili bir ayırım yapılmamıştır⁴⁵. Dolayısıyla bu değerlendirme, Türk hukuku açısından uygulama imkanı bulmayacaktır.

3. Hakimiyetin Türüne Göre Denkleştirmenin Koşulları

A. Kısmi Hakimiyette

Kısmi hakimiyet, bir ticaret şirketinin, bir sermaye şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak pay ve oy haklarının yüzde yüzüne sahip olmamasına karşın hakimiyeti elinde bulundurmasıdır⁴⁶. TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri kısmi hakimiyet temelinde oturtulmuş, TTK m. 202'de kısmi hakimiyet halinde hakim şirketin sorumluluğu düzenlenmiştir. Ancak tam hakimiyet halinde de (tam hakimiyete ilişkin özel durumlar dışında) hakim şirketin sorumluluğuna ilişkin TTK m. 202/I hükmü uygulanır⁴⁷.

TTK m. 202'ye göre hakim şirketin sorumluluğuna yol açan unsurlar, kaybın doğması ve söz konusu kaybın hakim şirketin yönlendirmesi sonucu oluşmasıdır.

⁴³ TTK'da, şirketler topluluğu terimi tercih edilmiş olmakla birlikte, Avusturya, Hollanda, İsviçre ve Almanya bu kavramı konzern şeklinde adlandırmaktadır (Bkz. TTK m. 195 ilâ 209'uncu Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar). Bu nedenle çalışmamızda, yeri geldiğinde ve özellikle Alman hukukuna değinildiğinde, şirketler topluluğu terimi yerine, konzern kavramı kullanılmıştır.

⁴⁴ Alman hukukunda fiili ve sözleşmesel konzernlere ilişkin bkz. *Aytaç, Z.: Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünüm*, Batider 1976, C. VIII, S. 4, s. 106 – 110.

⁴⁵ Gerekçe, 195 ilâ 209. Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar. Aynı gerekçede bu konuya ilişkin olarak, uygulamada örneklerine neredeyse hiç rastlanmayan hakimiyet ve kârın kısmen veya tamamen aktarılması sözleşmeleri gibi işletme sözleşmelerine kavram olarak yer verildiği ancak, bu sözleşmelerin düzenlenmediği belirtilmektedir.

⁴⁶ *Okutan Nilsson*, s. 160.

⁴⁷ *Okutan Nilsson*, s. 160.

a. Kayıp

aa. Kavram ve Sınırları

Malvarlığında ya da şirketin kârlılığı açısından ortaya çıkan olumsuz sonuçlar, hakim şirketle bağlı şirket arasındaki hakimiyet ilişkisinden kaynaklanmalıdır⁴⁸. Bağlı şirketin devamlılığını ciddi derecede tehlikeye sokan ya da şirkete büyük risk getiren önlem ve hukuki işlemler, hukuka uygun değildir⁴⁹. Dolayısıyla denkleştirilmesi gereken bir kaybın ortaya çıkmasına neden olur. Bu çerçevede kayıp, bir şirketin malvarlığını veya kârlılığını azaltan ya da riske sokan her türlü maddi fiil veya hukuki işlemidir⁵⁰.

TTK m. 202/1/a'da da hakimiyetin kullanılması sonucu bağlı şirket açısından kayıp yaratabilecek maddi fiil ve hukuki işlemler sınırlı sayıda olmaksızın sayılmış, malvarlığını azaltan işlem ve fiillere örnek olarak bağlı şirketi iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri yapmaya yönlendirmek, bağlı şirketin kârlılığını azaltmaya ya da aktarmaya, malvarlığını aynı veya kişisel nitelikteki haklarla sınırlandırmak verilmiştir. Bu işlem ve fiiller özellikle malvarlığının azalması konusuna örnek oluşturur. Öte yandan, malvarlığının yalnızca hakim şirketin maddi fiil ve hukuki işlemleri ile azalması değil, aynı zamanda hakim şirketçe, bağlı şirketin kazanç sağlayabilecek olanaklardan mahrum edilerek kârlılığının ve verimliliğinin artırılmasının önlenmesi de kayıp kavramı içinde değerlendirilmelidir⁵¹. Gerçekten madde metninde yer alan, hakim şirketin haklı bir sebep olmaksızın bağlı şirketin tesislerini yenilememesi, yatırımlarını kısıtlaması veya durdurması gibi faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler bu kapsamdadır. Bunun yanında, tanımdan da anlaşılacağı üzere malvarlığının veya kârlılığın riske sokulması hali de kayıp oluşturan fiil ya da işlem olarak nitelendirilir⁵². Söz konusu kapsamda henüz sonuçlarını ortaya çıkarmamış olsa dahi, bağlı şirketin garanti, kefalet ve aval gibi sorumluluklar yüklenmesi yoluyla riske sokulması da hükümden kayıp kavramı içinde değerlendirilmiştir.

TTK m. 202/1/a maddesinde örnek olarak gösterilen fiil ve işlemlerin sonuçlarının doğmuş olması şart değildir⁵³. Başka bir ifade ile işlemin kayba sebebiyet vereceğinin ikna edici bulgular ve çıkarımlarla anlaşılması yeterlidir⁵⁴. Gereğince bu konuya örnek olarak, bir ihaleye girilmemesi ve ihale şartlarından bazılarını gerçekleştirebilecekken bundan bilinçli olarak kaçınılması verilmiş, bunun işin devri olduğu belirtilerek, önemli olanın ihale konusunun amaçlanan şirket tarafından kazanılmamış olması değil, kaybın şartlarının hakim şirket tarafından hazırlanması olduğu ifade edilmiştir. Bu kapsamda kayıp oluşturan işlemin sonuçlarının doğmuş olmasının şart olmadığından yola çıkılarak yapılabilecek başka bir değerlendirme ise, işlemin sonuçlarının bilançoya yansımamış olmasının da, söz konusu işlemin kayıp olarak nitelendirilmesi açısından bir ölçüt olmamasıdır⁵⁵.

⁴⁸ Habersack, § 311 N. 39; Bödeker, A.: Gesellschaftsrecht, (Her. Henssler/Strohn), München 2011, §311 N. 16.

⁴⁹ Bödeker, §311 N. 16.

⁵⁰ Habersack, § 311 N. 39, aynı yöndeki açıklamalar için bkz. Koppenssteiner, §311 N. 36; Hüffer, §311 N. 36; Müller, §311 N. 27; Altmeppen, § 311 N. 158.

⁵¹ Okutan Nilsson, s. 228.

⁵² Habersack, § 311 N. 39.

⁵³ TTK m. 202, madde gerekçesi.

⁵⁴ TTK m. 202, madde gerekçesi.

⁵⁵ Habersack, § 311 N. 51.

TTK m. 202/I/a'da sayılan söz konusu işlem ve fiillerin gerçekleşmiş olması, doğrudan denkleştirilmesi gereken kayıbın ortaya çıkmasına neden olmaz. Esasen madde metninde sayılan bu işlem ve fiillerin hiçbiri hukuka aykırı olmayıp, bu işlem ve fiillerin bağlı şirketçe gerçekleştirilmesi, hakim şirketin hakimiyetini kullanılmasından kaynaklanıyor ve kayıp ortaya çıkıyor ise hukuka aykırılık söz konusu olur⁵⁶. Bunun yanında Alman hukukunda hakim olan görüşe göre kayıp, işlem ya da fiilin aynı ve benzer şartlar altında bağımsız bir şirketin dürüst ve tedbirli bir yöneticisi tarafından yapılmayacak ya da yapılmasından kaçınılabilecek olması durumunda ortaya çıkar⁵⁷. Bu ölçüt Türk hukuku açısından ileride incelenecektir.

bb. Kayıp ve Zarar Kavramları Arasındaki Fark

TTK m. 202 hükmü kayıp ve zararı ayrı ayrı düzenlemiş ve kayıp kavramı ile zarar kavramına farklı hukuki sonuçlar bağlamıştır. Gerçekten 202/I/a'da hakim şirketin hakimiyetini kullanarak bağlı şirketi kayba uğratması halinde, faaliyet yılı sonuna kadar bu kaybı denkleştirmesi ya da kayıbın ne şekilde ve ne zaman denkleştirileceğini belirtmek üzere bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınması düzenlenmiştir. TTK m. 202/I/b'de ise, faaliyet yılı sonuna kadar denkleştirmenin sağlanmaması ya da istem hakkının tanınmaması durumunda, bağlı şirketin zararının tazmin edilmesi öngörülmüştür. Dolayısıyla, zararın doğması için, kaybın denkleştirilmemiş olması şarttır.

TTK m. 202 hükmünde yer alan kayıp ve zarar kavramları borçlar hukuku anlamında birbirinden farklı olup, kayıp kavramı, zarardan daha geniş ve onu kapsayacak niteliktedir⁵⁸. Gerçekten de kayıp, fiil ya da işlemin yapıldığı tarihten itibaren ileriye dönük (ex-post) olarak belirlenir⁵⁹. Başka bir ifadeyle kayıp, hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanması sonucu gerçekleşen maddi fiil veya hukuki işlemin yapıldığı tarihten itibaren doğması muhtemel, yani öngörülebilir sonuçlara göre değerlendirilir⁶⁰. Kayıp, fiil ve işlem gerçekleştiği sırada bilinen hususlara göre belirlenir. Buna karşılık zarar, kaybın tam tersi geriye dönük olarak tazminata hükmedildiği andan

⁵⁶ TTK m. 202, madde gerekçesi.

⁵⁷ *Koppensteiner*, §311 N. 36; *Habersack*, § 311 N. 40; *Hüffer*, §311 N. 27; *Altmeyden*, § 311 N. 160; *Müller*, § 311 N. 28; *Bödeker*, § 311 N. 16. Dolayısıyla Alman hukukunda kayıbın doğmuş olması, bir anlamda yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğüne aykırı davranıp davranmadığına göre belirlenmektedir. *Okutan Nilsson* ise, bu bakış açısının doğru bir sonuçla varmakla birlikte, kurgu açısından yanlış olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, öncelikle bir işlemin kayba sebebiyet verip vermediği değerlendirilmeli, daha sonrasında bu kaybın denkleştirme yükümlülüğü doğurup doğurmadığı irdelenmelidir. Zira bir şirket, yüksek tedbir ve özenin gösterdiği somut koşullarda bile olumsuz faaliyet sonucu alabilir. Bu durum ise ortada kaybın olmadığı anlamına gelmez. Ancak bu kayıp nedeniyle herhangi bir kimsenin hukuken sorumlu olması mümkün olmayabilir. Dolayısıyla kayıp ile hakim şirketin denkleştirmesi gereken kayıp birbirinden ayrılmalıdır (s. 230). Gerçekten de, bir şirketin her türlü kaybı, denkleştirilmesi gereken kayıp olarak nitelendirilemez. Önemli olan, bağlı şirketin, hakim şirketin hakimiyetini kullanarak onu yönlendirmesi sonucunda kaybının ortaya çıkması ve dolayısıyla, denkleştirme yükümlülüğünü doğuran işlem veya fiili gerçekleştirilmesidir. Özen yükümlüğüne aykırılığı kaybın belirlenmesinde tek koşul olarak değerlendirmek, TTK m. 202/I/a hükmünün düzenleniş biçimiyle de uyumlu olmaz. Bu nedenle biz de *Okutan Nilsson*'ın bu görüşüne katılıyoruz.

⁵⁸ TTK m. 202, madde gerekçesi.

⁵⁹ *Habersack*, § 311 N. 45.

⁶⁰ *Habersack*, § 311 N. 45.

itibaren, maddi fiilin ya da hukuki işlemin gerçekleştiği zamana kadar ortaya çıkan tüm olayları kapsayacak şekilde değerlendirilir⁶¹.

cc. Kayıp Doğurabilecek Özel Nitelikteki İşlemler

aaa. Topluluk içi borçlanma ve merkezi nakit yönetimi

Alman hukukunda konzern finansmanı açısından alınacak önlemlerden olan topluluk içi borçlanmalar ve merkezi nakit yönetiminin (zentral cash management) kayıp doğurucu nitelikte olup olmadığı ve bu işlemlerin gerçekleştirilmesinin sermaye şirketlerinde malvarlığının korunmasına ilişkin hükümlere (APOK § 57 – sermayenin iadesi yasağı, § 62- pay sahiplerinin haksız elde ettikleri edimleri geri ödeme yükümlülüğü) aykırı olup olmadığı tartışılmıştır⁶². Ancak konzernlere ilişkin APOK § 311’de, hakim şirkete denkleştirmenin sağlanması kaydıyla bağlı şirketi kayba uğratabilme olanağının verilmiş olması, APOK § 311’in, APOK § 57 ve § 62 hükümlerine oranla öncelikli olarak uygulanmasını gerekli kılar⁶³. APOK § 311’in, APOK § 57 ve § 62 hükümlerine oranla öncelikli olarak uygulanması nedeniyle, konzernler açısından, topluluk içi borçlanma sisteminin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir⁶⁴.

Topluluk içi borçlanmalar, topluluk açısından finansman kontrolü sağlar⁶⁵. Topluluk içi borçlanma söz konusu olduğunda bağlı şirketin, sağladığı kredinin tam olarak ifa edilmesi ve bu borca ilişkin faiz ödenmesi konusunda talep hakkı vardır⁶⁶. Söz konusu borcun teminat altına alınmaması, bu borcu kendiliğinden kayıp doğurucu bir işlem haline getirmez. Zira kayıp doğurucu bir işlemden bahsetmek için şirketin malvarlığında ya da karlılığında azalma olması gerekir. Borcun teminat altına alınmamasının bir kayba yol açıp açmayacağı, bağlı şirketin yöneticileri tarafından özen yükümlülüklerine uygun olarak denetlenmelidir⁶⁷.

Alman hukukunda topluluk içi borçlanmalarda, nakitlerin denkleştirilmesi anlamına gelen merkezi nakit yönetimi uygulanmaktadır. Böylece topluluk şirketlerine ilişkin nakit genelde bir finansman şirketine ait hesaba toplanmakta ve nakit havuzu (cash pooling) şeklinde bir araya getirilmektedir⁶⁸. Merkezi nakit yönetiminin konzernler açısından en önemli faydası, nakit ihtiyacı olan ve toplulukta yer alan şirketlerin, bankalardan yüksek faizle kredi almasına gerek kalmaksızın, bu nakit havuzundan söz konusu ihtiyaçlarını giderme olanağı sunmasıdır⁶⁹. Ancak bu sistemin kayıp doğurmaması için borcun eğer gerekliyse teminat altına alınması, piyasa koşullarına

⁶¹ Zararın hesaplanmasında esas alınacak tarih için bkz. *Tandoğan*, H.: Türk Mesuliyet Hukuku, B. 2, İstanbul 2011, 265; *Oğuzman/Öz*, s. 467.

⁶² Alman hukukunda, 2008’de GmbH’ların modernizasyonuna ilişkin MoMiG (Gesetz zur Modernisierung des GmbHRechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen) yürürlüğe girene ve Alman Federal Mahkemesi’nin, şirketler topluluğunda malvarlığı transferlerinin § 311’e uygun olduğuna ilişkin kararına kadar (BGHZ 175, 365), konzern finansmanının hukuka uygun olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine ilişkin tartışmalar yoğunlukla sürmüştür. Bu tartışmalar için bkz. *Habersack*, § 311 N. 47 ve dn. 149’da anılan yazarlar.

⁶³ *Habersack*, § 311 N. 47.

⁶⁴ *Habersack*, § 311 N. 48; *Altmeyden*, § 311 N. 239.

⁶⁵ *Okutan Nilsson*, s. 237.

⁶⁶ *Müller*, § 311 N. 42.

⁶⁷ *Müller*, § 311 N. 42.

⁶⁸ *Altmeyden*, § 311 N. 225.

⁶⁹ *Altmeyden*, § 311 N. 230.

uygun faiz oranı belirlenmesi ve söz konusu borçlanmanın bağlı şirketin nakit durumunu olumsuz etkilememesi gerekir⁷⁰.

bbb. Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı

6335 sayılı Kanunla⁷¹ yapılan değişiklikten önce, TTK m. 358 hükmü, pay sahiplerinin şirkete borçlanamayacağını düzenlemekteydi⁷². Bunun gerekçesi olarak da, hükümlerle pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarının yani, sermaye taahhüdü dahil, birçok iş ve işlemde şirket kasasını kullanmalarının, kişisel harcamalarını bu kanaldan yapmalarının, hatta şirketten para çekmelerinin engellenmesinin amaçlandığı belirtilmekteydi⁷³.

Pay sahibinin şirkete borçlanma yasağına iki istisna getirilmişti. Bunlardan ilki, borcun şirketle, şirketin işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemde doğmuş olması, ikincisi ise, işlemin emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulmuş olması idi. TTK m. 202 hükmünün hakim şirkete, bağlı şirkete, denkleştirme yapması koşuluyla kayba uğratici işlemler gerçekleştirilmesine imkan tanınması, oysaki TTK m. 358 hükmünün hakim şirkete, bağlı şirkete borçlandırılan tüm işlemlerinin, işlemin yapıldığı sırada emsallerine uygun olmasını bir koşul olarak ileri sürmesi ve bu nedenle hakim şirketçe kayıp doğuran bir işlemin yapılmasının da söz konusu olmaması nedeniyle, TTK m. 358 hükmünün şirketler topluluğunu düzenleyen genel sistemle uyum sağlamadığı, dolayısıyla TTK m. 202'nin, TTK m. 358 kapsamında özel bir hüküm olduğu ileri sürülmüştü⁷⁴.

6335 sayılı Kanun m. 15 ile getirilen değişiklikle pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı bir anlamda yumuşatılmış, ancak kaldırılmamıştır⁷⁵. TTK m. 358'in yeni düzenlemesine göre, *"Pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz."* Dolayısıyla, TTK m. 358 kapsamında pay sahiplerinin şirkete borçlanma imkanı doğmuş, ancak bu husus iki koşula bağlanmıştır. Bunlar, pay sahibinin sermaye taahhüdü nedeniyle vadesi gelmiş borçlarının ifa edilmesi ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmasıdır. Böylece şirkete nakit sermaye getirmeyi taahhüt etmiş bir pay sahibi, TTK m. 344 kapsamında tescilden önce payların itibari değerinin dörtte birini ödemekle şirkete borçlanabilecektir.

Maddede yapılan değişikliğin amacı gerekçede şöyle ifade edilmiştir: *"Madde metninde yapılan değişiklikle ortakların ve şirket yöneticilerinin acil kaynak ihtiyaçlarının şirket varlıklarından karşılanabilmesi mümkün hale getirilmiştir. Buna karşılık söz konusu maddede yapılan değişikliklerle şirket ortaklarının ve yöneticilerinin şirket varlıklarından sınırsız olarak borçlanmasına imkan tanındığı sonucuna da ulaşılmamalıdır. Zira bu husus, bu Kanununun temel ilkelerinden birisi olan sermayenin korunması ilkesine ters düşmektedir. Borçlanma yasağına ilişkin söz konusu düzenlemelerin yapılmasındaki amaç, şirket ortaklarının ve yöneticilerinin acil*

⁷⁰ Habersack, § 311 N. 47-48.

⁷¹ RG. 30.06.2012, S.28339.

⁷² TTK m. 358 hükmünde yapılan değişiklik öncesinde, bu düzenlemeye ilişkin eleştiri ve değerlendirmeler için bkz. *Kendigelen, A.: Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, İstanbul 2011, s. 208, 209; *Pulaşlı, H.: Yeni Şirketler Hukuku, Genel Esaslar*, Ankara 2011, s. 381-385.

⁷³ Bkz. TTK m. 358, madde gerekçesi.

⁷⁴ Bu konuya ilişkin kapsamlı inceleme için bkz. *Okutan Nilsson*, s. 242, 243.

⁷⁵ Bkz. 6335 sayılı Kanun m. 15, madde gerekçesi.

*ihitiyaçlarının makul bir vade içerisinde, şirketi zarara uğratmayacak şekilde karşılanmasıdır*⁷⁶.”

TTK m. 358’de yapılan değişiklikle bu hükme getirilen istisnaların amacı şirketin zarara uğramasının önüne geçmektir. Oysaki, TTK m. 202 hükmü hakim şirkete, denkleştirmenin yapılması koşuluyla bağlı şirketi kayba yol açan işlemleri yapmaya ya da maddi fiilleri gerçekleştirmeye yönelme konusunda bir anlamda yetki vermektedir. Denkleştirme yapılmadığı takdirde hakim şirketin sorumluluğu doğmaktadır. Bunun yanında, topluluk içi borçlanma ve merkezi nakit yönetimi şirketler topluluğu açısından uygulanan yöntemlerdir. Dolayısıyla, her ne kadar pay sahibinin şirkete borçlanma yasağı yumuşamış da olsa, TTK m. 202 hükmünün TTK m. 358 hükmüne göre özel bir hüküm olduğu, şirketler topluluğu açısından getirilmiş özel düzenlemenin bertaraf edilmemesi gerektiği⁷⁷ göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle, TTK m. 358 hükmünün, hakim şirketin, bağlı şirkete borçlanması halinde uygulanmaması gerektiği ileri sürülebilecektir.

Bunun yanında, 6335 sayılı Kanunun 30. maddesiyle, şirkete borçlanma yasağının yaptırımının düzenlendiği TTK m. 562/V/b’de değişiklik yapılmış, bu yasağa aykırı davranılması halinde, pay sahiplerine borç verenlerin, üçyüz günden aşağı olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, TTK m. 358’in anonim şirketler topluluğuna uygulandığı kabul edildiğinde, hakim şirket TTK m. 358 hükmüne aykırı olarak bağlı şirkete borçlandığı takdirde, borç vermesi nedeniyle bağlı şirket söz konusu adli para cezasının muhatabı olacaktır. Örneğin tüzel kişi (H) ’nin, hakim ortağı olduğu (B) AŞ’ye, (B) AŞ’nin serbest yedek akçelerle birlikte kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmamasına rağmen borçlanması durumunda, (H) ’ye borç verdiği için (B), adli para cezası ile cezalandırılır. Bu durum, TTK m. 358’in, şirketler topluluğu açısından uygulanamayacağının başka bir göstergesi sayılabilecektir. Zira, TTK m. 202 hükmü bağlı şirket ve buna bağlı olarak pay sahiplerini korumak amacıyla getirilmiş bir hükümdür. Hakim şirketin, hakimiyetini bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullanması yasaklanmış ve bu yasağın ihlali durumunda hakim şirketin sorumluluğu düzenlenmiştir. Hakim şirketin, bağlı şirkete borçlanmasından doğan kayıp nedeniyle, bağlı şirketin adli para cezası ile cezalandırılması, TTK m. 202’nin öngördüğü sistemle örtüşmemektedir.

ccc. Yönetim kurulu üyesinin, yakınlarının ve ortağı olduğu şirketlerin şirkete borçlanma yasağı

TTK m. 395/I yönetim kurulu üyelerinin kendisi veya başkası adına şirketle işlem yapamayacağını, böyle bir işlem yapıldığı takdirde, şirketin yapılan işlemin batıl olduğunu ileri sürebileceğini belirtmektedir. Bu hükmün uygulanması şirketler topluluğunun getirdiği sisteme tümüyle aykırıdır. Bunun nedenini tüzel kişi olarak, topluluk içindeki bağlı şirketlerin ve hakim şirketin birbirlerinin yönetim kurulu üyeliklerinde yer alması ve bu şirketlerin hepsinin birbirleriyle işlem yapması gerçeği oluşturur⁷⁸. Bu durum göz önüne alınarak, TTK m. 395/III’e “TTK m. 202 madde hükmü saklı kalmak kaydıyla, şirketler topluluğuna dahil şirketler birbirlerine kefil olabilir ve garanti verebilirler” hükmü getirilmiştir. Ancak şirketler topluluğuna dahil şirketlerin, mal veya hizmet ya da ödünç sözleşmesi gibi başka işlemleri de aralarında gerçekleştirmeleri ticaret hayatının bir gereğidir⁷⁹.

⁷⁶ 6335 sayılı Kanun m. 15, madde gereğesi.

⁷⁷ Okutan Nilsson, s. 243.

⁷⁸ Okutan Nilsson, s. 244.

⁷⁹ Okutan Nilsson, s. 245.

6335 sayılı Kanun m. 17 ile yapılan değişiklikten önce, TTK m. 395/II hükmü ile yönetim kurulu üyesinin, yakınlarının, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketlerinin ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketlerinin, şirkete nakit veya ayın borçlanamayacağı düzenlenmekteydi⁸⁰. Bunun yanında şirketin, bu kişiler için kefalet, garanti ve teminat veremeyeceği, sorumluluk yüklenemeyeceği ve bunların borçlarını devralamayacağı hükme bağlanmaktaydı.

Söz konusu hüküm TTK m. 202'nin şirketler topluluğuna getirdiği sisteme tü-müyle aykırı olduğu ve bu hükmün uygulanması halinde bağlı şirketler arasında ticari hayatın gerekliliği olan işlemlerin hiçbirinin gerçekleştirilemeyeceği yönünde haklı olarak eleştirilmiş ve söz konusu hükmün şirketler topluluğuna uygulanamayacağı ifade edilmişti⁸¹.

6335 sayılı Kanununun 17. maddesiyle, TTK m.395/II hükmü değiştirilmiştir. Buna göre: “*Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393 üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir.*”

TTK m. 395/II'nin yeni düzenlemesi ile pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi yakınlarına borçlanma yasağı getirilmiştir. Bu fıkradaki ölçü, pay sahibi olmaktır. TTK m. 395 ile TTK m. 358 karşılaştırıldığında, TTK m. 395'in daha kapsamlı bir yaptırım düzenlediği görülür. Zira, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yakınları, şirketin yükümlendirildiği borç tutarında, şirket alacaklıları tarafından doğrudan takip edilebilecektir. Pay sahibi yönetim kurulu üyeleri ise, TTK m. 358 şirkete borçlanma yasağı kapsamındaki hükümlere tabi olacaklardır. Bu iki hükümde yönetim kurulu üyelerinin borçlanma yasağına ilişkin düzenlenen farklı sonuçlar, bu hükümlerin adil olup olmaması bakımından farklı yorumlanabilecektir.

Bağlı şirketler arasında gerçekleşen işlemler nedeniyle bir borçlanma ve bir kayıp söz konusu olduğunda (kayıp söz konusu olmasa bile), bağlı şirketin üçüncü kişi alacaklılarının, işlemin TTK m. 395/II'ye aykırı olduğunu ileri sürerek, hakim şirketçe denkleştirme yapılmasını beklemeksizin, şirketten olan alacakları dolayısıyla bağlı şirketin pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerini takip etmeleri mümkün olacaktır⁸². Bunun yanında şirket alacaklıları, TTK m. 202 hükmünde düzenlendiği şekilde şirketin zararının şirkete ödenmesini değil, doğrudan kendilerine ödenmesini talep edebileceklerdir⁸³.

TTK m. 202 özgün bir düzenlemedir. TTK m. 395 ise bu özgün düzenlemenin amacıyla örtüşmemektedir. Dolayısıyla, TTK m. 202 hükmünün TTK m. 395'e göre özel nitelikte bir hüküm olduğu belirtilmelidir⁸⁴. Şirketler topluluğunda gerçekleşen her türlü borç doğurucu işlemin TTK m. 395 hükmünün kapsamı dışında olduğunun kabul edilmesi gerekir⁸⁵.

⁸⁰ TTK m. 395 hükmünde yapılan değişiklik öncesinde, bu düzenlemeye ilişkin eleştiri ve değerlendirmeler için bkz. *Kendigelen*, s. 243 – 245; *Pulaşlı*, s. 664, 665.

⁸¹ *Okutan Nilsson*, s. 244-247.

⁸² Pay sahibi yönetim kurulu üyeleri açısından değerlendirme için bkz. *Okutan Nilsson*, s. 245.

⁸³ *Okutan Nilsson*, s. 245.

⁸⁴ *Okutan Nilsson*, s. 247.

⁸⁵ *Okutan Nilsson*, s. 247.

dd. Kaybın belirlenmesinin koşulları

aaa. Özen yükümüne aykırılık

Alman hukukunda hakim şirketin yönlendirmesiyle gerçekleşen bir fiil ya da işlemin kayıp doğurucu niteliği belirlenirken, bağlı şirketle aynı fiili ve hukuki şartlar altında bulunan bağımsız bir şirketin, dürüst ve tedbirli yöneticisinin varsayımsal davranışı ile karşılaştırma yapılır⁸⁶. Buna göre, aynı fiili ve hukuki şartlar altında bulunan bağımsız şirketin dürüst ve tedbirli yöneticisi, somut olayın özelliklerine göre bağlı şirketi kayba uğratan söz konusu fiili gerçekleştirecek ya da işlemi yapacaksa, bu durumda bu fiil ya da işlem hakim şirketin yönlendirmesiyle yapılsa ve de kayıp doğursa bile hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğü doğmayacaktır.

Kaybın belirlenmesinde Alman hukukunda uygulanan bu ölçüt, Türk hukukunda da uygulanabilecektir. Nitekim, TTK m. 202/1/d' de, *kayba sebebiyet veren işlemin, aynı veya benzer koşullar altında, şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözetilen ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği veya yapılmasından kaçınılabileceğinin ispatı hâlinde tazminata hükmedilemeyeceği* düzenlenmiştir. Buna göre, aynı koşullardaki bağımsız bir şirketin dürüst ve tedbirli bir yöneticisi, özen yükümlülüğü çerçevesinde kayba neden olan işlemi yapacak ya da yapılmasından kaçınılabilecek ise kayıp doğuran bir işlem olmadığı için hakim şirketin tazminat sorumluluğundan bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla bu durum, hakim şirketin sorumluluğu doğmadığı için, denkleştirme yükümlülüğünün de olmadığı anlamına gelmektedir⁸⁷.

Böylece, kayba sebebiyet veren ve bağlı şirketin yaptığı ya da yapmaktan kaçındığı işlem ya da fiil, bağımsız bir şirketin dürüst ve tedbirli bir yöneticisi tarafından da yapılacak ya da yapılmasından kaçınılacak ise bu durumda hakim şirketin denkleştirme yapma yükümlülüğü doğmayacaktır. Eğer bağımsız şirketin, bağlı şirketten bambaşka bir davranış tarzı belirleyeceği tespit edilirse, bu durumda bağımsız şirketin varsayımsal davranış biçiminin şirketin malvarlığı ile karlılığı üzerindeki etkisi araştırılır ve bağlı şirketin davranış biçimi sonucunda malvarlığında meydana gelen değişiklikler bu varsayımsal sonuçla karşılaştırılır⁸⁸. Bağlı şirket açısından ortaya çıkan olumsuz sonuçlar kaybı oluşturur⁸⁹.

Böylece bu varsayımsal karşılaştırma yöneticilerin özen yükümlülüğünün sınırını çizmekte, özen yükümlülüğüne aykırı bir davranış tarzı bulunmadığı hallerde, denkleştirilecek bir kaybın da olmadığı anlamına gelmektedir⁹⁰.

AŞ yönetim kurulu üyelerinin ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin özen yükümlülüğüne ilişkin düzenleme TTK m. 369'da yer almaktadır. Yöneticiler görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar⁹¹. Tedbirli yönetici, nesnel ve

⁸⁶ Habersack, § 311 N. 41; Hüffer, §311 N. 25; Müller, § 311 N. 30.

⁸⁷ Habersack, § 311 N. 41.

⁸⁸ Okutan Nilsson, s. 262.

⁸⁹ Okutan Nilsson, s. 262.

⁹⁰ Habersack, § 311 N. 40.

⁹¹ TTK m. TTK m. 202/1/d ile TTK m. 369 hükümleri lafzen aynıdır. Ancak limited şirketlerde yöneticilerin özen yükümlülüğünü düzenleyen TTK m. 626/1'de, müdürler ve yöneticilerin görevlerini yerine getirirken tüm özeni göstermeleri gerektiği hükme bağlanmıştır. Başka bir ifade ile tedbirli bir yöneticinin göstermesi gereken özenden bahsedilmemiş, yöneticilerin tüm özeni göstermesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak, her iki metnin alındığı kaynaklar farklıdır. Farklılığın nedeni de budur. Dolayısıyla bu ifade ayrılığı ile esasa ilişkin bir farklılık yaratılmak istenmemiştir. Bu nedenle, özen yükümlülüğünde her iki hüküm açısından aynı şartların aranmasının kabulü gerekmektedir (Okutan Nilsson, s. 266).

ideal bir değeri temsil eder⁹². Nesnellik ile, görevi yerine getirebilmek için yetkin olma, ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulamayı ve gelişmeleri izleyebilme ve denetleyebilme için gereken yetenek ve öğrenime sahip olma anlaşılır⁹³. Yine yönetim kurulu üyelerinin nesnellığı değerlendirilirken, benzer işletmelerdeki yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen işin gerektirdiği özen esas alınır⁹⁴.

Kaybın özen yükümlülüğüne aykırı olarak belirlenmesinde ve yapılacak varsaymsal karşılaştırmada iş adamı kararı kuralı (business judgement rule) dikkate alınmalıdır. Zira bazı işlem ve fiillerde yönetim kurulu üyelerinin takdir haklarını kullanmaları gerekebilir. Gereğede de tedbirli yönetici ölçüsünün, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak iş adamı kararı verebileceği anlamına geldiği ifade edilmektedir. TTK m. 374 hükmü de *yönetim kurulu şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir* ifadesiyle bunu desteklemektedir. Dolayısıyla, işletme konusu dahilinde, şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına göre gözeten, kişisel ve üçüncü kişilerin menfaatlerini göz önüne almayan, fakat yanlış nitelikteki kararlar sorumluluk doğurmayacaktır⁹⁵. Bu nedenle, yapılacak varsaymsal karşılaştırmada bağlı şirketin davranış tarzı belirlenirken, takdir hakkı kullanılarak alınmış, dürüstlük kuralına uygun bir karar olup olmadığı da incelenmelidir⁹⁶.

bbb. Kaybın Ölçülebilir Olması

Hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünün doğması için, kaybın ölçülebilir olması gereklidir. Kaybın niceliksel olarak belirlenememesi, kaybın ortadan kalkmasına ya da hukuka aykırı olan yönlendirmenin hukuka uygun hale gelmesine neden olmaz⁹⁷. Böyle bir durumda hakim şirketin sorumluluğu devam eder ve eğer zarar ölçülebilir nitelikteyse hakim şirketin tazminat yükümlülüğü doğar. Denkleştirmenin sağlanmadığı ve zararın da ölçülemediği durumlarda, TTK m. 202/1/d'ye göre bağlı şirket pay sahipleri, paylarının hakim şirket tarafından satın alınmasını mahkemenen isteyebilecekleri gibi, hakim duruma uygun düşen başka bir çözüme karar verebilir⁹⁸.

i. Hukuki işlemlerde kaybın ölçülmesi

Özellikle hakim şirketin yönlendirmesi sonucu bağlı şirketçe yapılan ve kaybın doğmasına neden olan hukuki işlemlerde, bu işlemin şirket açısından ne miktarda bir kayıp oluşturduğu belirlenirken, söz konusu işlem, bağımsız şirketle yapılsaydı, bu bağımsız şirketin hangi durumda olacağı araştırılmalıdır⁹⁹. Alman hukukunda bağımsız şirket ile bağımlı şirket arasında ortaya çıkabilecek bu farkın belirlenmesi açısından

⁹² Tekinalp, Ü.: Tek Kişilik Ortaklık, İstanbul 2011, N. 12-118.

⁹³ TTK m. 369, madde gerekçesi.

⁹⁴ TTK m. 369, madde gerekçesi.

⁹⁵ Tekinalp, N. 16-75.

⁹⁶ Habersack, § 311 N. 41.

⁹⁷ Koppensteiner, §311 N. 54; Habersack, § 311 N. 43; Hüffer, §311 N. 25; Müller, § 311 N. 40.

⁹⁸ Alman hukukunda zararın ölçülemediği durumlarda sözleşmesel konzerne uygulanan hükümler kıyasen fiili konzerne de uygulanmaktadır. Böylece APOK § 302'de düzenlenen bağlı şirketin bilanço zararı tutarında hakim şirket aleyhine alacak kaydetmesiyle zararın giderilmesi söz konusu olmaktadır (Habersack, § 318 N. 29). Türk hukukunda sözleşmesel konzerne ve fiili konzerne olmak üzere ikili bir ayırım yapılmamıştır (Gereğçe, 195 ilâ 209. Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar). Dolayısıyla Alman hukukunda uygulanan bu sistem, Türk hukuku açısından uygulanamaz (Okutan Nilsson, s. 231).

⁹⁹ Koppensteiner, §311 N. 62; Habersack, § 311 N. 54.

vergi hukukuna ilişkin örtülü kazanç aktarımıyla¹⁰⁰ ilgili kuralların uygulanabileceği ileri sürülmüştür. Zira örtülü kazanç aktarımı söz konusu olduğunda hakim şirketin üçüncü kişilerle yaptığı işlemlerde edim-karşı edim ilişkisi ile bağlı şirketle yaptığı işlemler arasındaki edim-karşı edim ilişkisi, bağlı şirketin aleyhine olmak üzere farklı matematiksel sonuçlar doğuracak ve bu durumda bağlı şirketin kaybı söz konusu olacaktır¹⁰¹. Türk hukuku açısından da bu sonucu benimsemek mümkündür¹⁰².

ii. Maddi fiiller ve önlemlerde kaybın ölçülmesi

Hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması yoluyla kayıp doğurucu önlemler ve maddi fiiller belirlenirken esas alınması gereken ölçüt bağımsız bir şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözeten tedbirli bir yöneticisinin davranışı biçimidir¹⁰³. Dolayısıyla, TTK m. 202/1/a'da örnek olarak verilen bağlı şirketin tesisleri yenilemek ya da gerekçede gösterilen ihaleye girecekken, bağlı şirketin bundan alıyolunması gibi önlemlerde, bağımsız şirketin tedbirli yöneticisi de aynı yönde davranacaksa bu durumda, söz konusu önlem ve fiiller kayıp doğuran işlem ve önlem olarak nitelendirilmeyecektir. Ancak tedbirli bir yöneticinin davranışı bile kaybın belirlenmesi ve ölçülmesinde çeşitli zorlukları beraberinde getirebilir. Nitekim, rekabetçi bir ortamda şirket yatırımlarına, personeline ya da organizasyonuna ilişkin kararların başarı sağlayacağı kesin değildir. Kaybın değerlendirilmesi de ileriye dönük bir bakış açısı ile yapıldığına göre, önlemin sonuçlarının yarattığı fırsatlar veya ortaya çıkardığı riskler ile önlemin alınmasına ilişkin karar arasındaki ilişki kopmuş olabilir¹⁰⁴. Bu nedenle, maddi fiiller sonucunda doğan kaybın ölçülmesine ilişkin değerlendirme her somut olayın özelliği dikkate alınarak yapılmalıdır. Zira bir bağlı şirket, bir ihaleye girme fırsatından mahrum edilmekle birlikte, bağlı şirkete benzer şartlardaki başka bir ihaleye girme olanağı tanınmışsa, burada ölçülecek bir kayıptan da bahsetmek mümkün değildir.

¹⁰⁰5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK) (RG, 21.06.2006, S: 26205) m. 13 örtülü kazanç aktarımını, "kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır" olarak tanımlamaktadır.

¹⁰¹ Habersack, § 311 N. 54.

¹⁰² Okutan Nilsson, s. 254. Gerçekten, KVK, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını ifade eden emsallere uygunluk ilkesini kabul etmiş ve kurumların, ilişkili kişilerle yaptığı işlemlerde uygulayacağı fiyat veya bedelleri, KVK m. 13/IV'de belirlenen üç yöntemden işlemin mahiyetine en uygun olanını kullanarak tespit edeceğini hükme bağlamıştır (KVK m. 13/III). Bu yöntemler: Bir mükellefin uygulayacağı emsallere uygun satış fiyatının, karşılaştırılabilir mal veya hizmet alım ya da satımında bulunan ve aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı piyasa fiyatı ile karşılaştırılarak tespit edilmesini ifade eden karşılaştırılabilir fiyat yöntemi (KVK m. 13/IV/a, emsallere uygun fiyatın, ilgili mal veya hizmet maliyetlerinin makul bir brüt kâr oranı kadar artırılması suretiyle hesaplanmasını ifade eden maliyet artı yöntemi ile emsallere uygun fiyatın, işlem konusu mal veya hizmetlerin aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere yeniden satılması halinde uygulanacak fiyattan, makul bir brüt satış kârı düşülerek hesaplanmasını ifade eden yeniden satış fiyatı yöntemidir. Bu yöntemlerin kullanılmasının, bağlılık raporu hazırlanmasında kolaylık sağlayacağı yönünde bkz. Okutan Nilsson, s. 254 dn. 688.

¹⁰³ Habersack, § 311 N. 57.

¹⁰⁴ Habersack, § 311 N. 57; Hüffer, §311 N. 34; Koppensteiner, §311 N. 72; Altmeyen, § 311 N. 122.

ee. Kaybın Belirlenmesinde Zaman

Kaybın ve kayıp miktarının belirlenmesinde esas alınacak zaman, hukuki işlemin gerçekleştiği ya da ilgili önlemin alındığı (ya da alınmasından kaçınıldığı) andır¹⁰⁵. Bağlı ve hakim şirketlerin yönetim kurullarınca hazırlanacak raporların düzenlendiği TTK m. 199/III'de de (karş. APOK § 312 [3]) bu yönde hüküm bulunmaktadır. TTK m. 199/III'e göre: "Yönetim kurulu raporun sonunda şirketin, hukuki işlemin yapıldığı veya önlemin alındığı veya alınmasından kaçınıldığı anda kendilerince bilinen hâl ve şartlara göre, her bir hukuki işlemde uygun bir karşı edim sağlanıp sağlanmadığını ve alınan veya alınmasından kaçınılan önlemin şirketi zarara uğratıp uğratmadığını açıklar."

Kaybın belirlenmesinde ölçüt, bağımsız bir şirketin dürüst ve tedbirli yöneticilerinin, o anda elinde bulunan verilere göre hareket etmesidir. Başka bir ifade ile bağımsız şirketin dürüst ve tedbirli yöneticisi işlem ya da önlemin gerçekleştiği anda elindeki verilere göre, bağlı şirket yöneticisiyle aynı yönde davranacaksa, kaybın doğduğundan bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla, TTK m. 202 kapsamında kaybın irdelelenmesinde, dürüst ve tedbirli bir yöneticinin, işlemin gerçekleştiği anda öngörebileceği durumlar değerlendirilmeli ve ex-ante bir belirleme yapılmalıdır¹⁰⁶. Bu nedenle, yöneticiler tarafından yapılan işlemler ya da alınan veya alınmasından kaçınılan önlemler bakımından sonradan ortaya çıkan etkenler ya da gelişmeler nedeniyle malvarlığında meydana gelen azalma, kaybın belirlenmesinde dikkate alınmamalıdır¹⁰⁷.

b. Hakim Şirketin Yönlendirmesi

aa. Genel Olarak

TTK m. 202/I/a'da hakim şirketin bağlı şirketin verimliliğini ya da faaliyetlerini olumsuz etkileyen kararlar ya da önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yöneltemeyeceği öngörülmüştür. Başka bir ifadeyle hakim şirket açısından bir sorumluluğun doğması için kayba neden olan işlem ya da önlemin hakim şirketin yönlendirmesi sonucunda yapılması gereklidir. Yönlendirme tavsiye, teşvik, talimat gibi belirli bir davranış ya da beklenti gibi bir açıklama yoluyla bağlı şirketin işlemlerine etki etmektedir¹⁰⁸.

Kaybın doğması bakımından, hakim şirketin yönlendirmesinin istisnai bir duruma ilişkin olması gerekmemektedir. Bunun yanında yönlendirmeden bahsetmek için, bunun belli bir önemde olması ya da bağlı şirket buna uygun olarak hareket etmediği takdirde çeşitli yaptırımların uygulanacağını ayrıca ifade edilmesi zorunlu değildir¹⁰⁹. Yönlendirmenin belli bir şekilde ya da karar alınarak yapılması da gerekli değildir¹¹⁰. Yönlendirmenin varlığına ilişkin belirleyici nokta hakim şirketin hareket tarzının, bağlı şirket tarafından objektif olarak algılanması ve bağlı şirketin buna göre hareket etmesidir¹¹¹.

Gereğince yöneltecek ibaresinin bilinçli olarak seçildiği ifade edilmiştir. Bunun nedeni olarak, TTK m. 202/I'de öngörülen işlem ve olguların tasarlanması, planlanması

¹⁰⁵ Habersack, § 311 N. 44; Hüffer, §311 N. 28; Koppensteiner, §311 N. 36; Altmeyden, § 311 N. 174; Müller, § 311 N. 29.

¹⁰⁶ Habersack, § 311 N. 44; Hüffer, §311 N. 28; Koppensteiner, §311 N. 36; Altmeyden, § 311 N. 174; Müller, § 311 N. 29.

¹⁰⁷ Habersack, § 311 N. 44; Hüffer, §311 N. 28; Müller, § 311 N. 29.

¹⁰⁸ Hüffer, §311 N. 16; Koppensteiner, §311 N. 3; Habersack, § 311 N. 23; Müller, § 311 N. 12.

¹⁰⁹ Habersack, § 311 N. 23; Müller, § 311 N. 12.

¹¹⁰ Müller, § 311 N. 12.

¹¹¹ Müller, § 311 N. 14.

veya gerçekleştirilmesinde hakim şirket yönetim kurulunun oy gücü ile etkili olabileceği ya da baskı uygulamalarına girişebileceği, yöneltecek ibaresinin bütün bu pratikleri kapsadığı belirtilmiştir¹¹².

TTK m. 202 (karş. APOK § 311) hükmünde yönlendirme fiilinin hakim şirket tarafından yapılmasını öngörmektedir. Her ne kadar yönlendirmeyi kural olarak hakim şirketin yetkili organın yani yönetim kurulunun yapacağı kabul edilse de, bu bir şart değildir. Dolayısıyla bağlı şirket, yönlendirme fiilinin hakim şirket tarafından yapıldığını düşündüğü sürece, bu fiilin hakim şirketin çalışanlarınca ya da üçüncü kişiler tarafından bile gerçekleştirilmesi mümkündür¹¹³. Benzer şekilde, hakim şirketin yönlendirme fiili bağlı şirketin yönetim kurulunu hedef alabileceği gibi çalışanlarına da yönelik olabilir¹¹⁴.

Denkleştirme kural olarak hakim şirket tarafından yapılır. Ancak esas olan kayıp doğuran işleme ya da fiile ilişkin yönlendirmeyi kim yaptıysa, denkleştirmeyi de onun yapmasıdır¹¹⁵. Bu husus özellikle, şirketin bir başka şirket üzerinde üçüncü kişiler aracılığı ile hakimiyet kurması olan dolaylı hakimiyette¹¹⁶ önem kazanır. Dolaylı hakimiyette denkleştirme kural olarak, yönlendirmeyi yapan tarafından sağlanmalıdır¹¹⁷.

bb. Birlikte Hakimiyette

Birlikte hakimiyet¹¹⁸ durumunda yönlendirme her bir şirket tarafından yapılabilir. Böyle bir durumda bağlı şirket açısından yönlendirme, hakim şirketler arasındaki anlaşmaya ya da koordinasyona bağlı olarak gelişeceğinden, söz konusu yönlendirme fiilinin tüm hakim şirketlerce kolektif olarak gerçekleştiği kanısı oluşacaktır¹¹⁹.

cc. Kademeli Hakimiyette

Kademeli başka bir ifade ile farklı seviyedeki hakimiyetin söz konusu olduğu durumlarda yönlendirme, alt seviyede yer alan şirketten gelebileceği gibi en üst seviyedeki şirketten de gelebilir. Burada değerlendirilmesi gereken en önemli nokta, alt seviyeden yapılan yönlendirmenin üst seviyedeki hakim şirketten gelip gelmediğidir¹²⁰. Üst seviyedeki hakim şirketin genel politikalarından kaynaklı yönlendirme alt seviyedeki hakim şirket tarafından yapılıyorsa bu durumda yönlendirmenin üst seviyeden geldiği kabul edilmelidir¹²¹. Ancak üst seviyedeki hakim şirketle bağlantısı bulunmaksızın, alt seviyedeki hakim şirketin yönetim ve takdir alanına bırakılan konularda bir yönlendirme söz konusuysa, bu yönlendirme alt seviyedeki şirketten gelmektedir¹²².

dd. Yönlendirmenin İspatı

Kaybın hakim şirketin, bağlı şirketi çeşitli kararlar ve önlemler almaya (ya da bunları almaktan kaçınmaya) yönlendirmesi sonucunda ortaya çıkması ve hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünün doğması nedeniyle yönlendirmenin ispat edilmesi,

¹¹²TTK m. 202, madde gerekçesi.

¹¹³Habersack, § 311 N. 25; Hüffer, §311 N. 16; Müller, § 311 N. 15.

¹¹⁴Müller, § 311 N. 18.

¹¹⁵Okutan Nilsson, s. 296.

¹¹⁶Dolaylı hakimiyet için bkz., Habersack, § 17 N. 26; Hüffer, § 17 N. 26

¹¹⁷Koppensteiner, §311 N. 121.

¹¹⁸Birden fazla kişinin hakimiyeti birlikte kurmaları durumudur.

¹¹⁹Habersack, § 311 N. 26.

¹²⁰Habersack, § 311 N. 26.

¹²¹Habersack, § 311 N. 26.

¹²²Okutan Nilsson, s. 273

gerek bağlı şirket, gerek topluluk dışı pay sahipleri, gerekse alacaklılar açısından oldukça önem taşır. Öte yandan yönlendirmenin, çoğu zaman hakim şirketin benimsediği çeşitli prensipler ya da verdiği talimatlar ile gerçekleştirilmesi ve ispat aracı olarak kullanılabilir yazılı bir belgenin olmaması ihtimali oldukça yüksektir¹²³. Dolayısıyla yönlendirmenin şirket defter ve kayıtlarına dayanarak ispatı da mümkün olmaz¹²⁴. Bu durum ise özellikle topluluk dışı pay sahipleri ile alacaklılar açısından ispat konusunda zorluk teşkil eder. Dolayısıyla, özellikle bu kişiler açısından ispatın kolaylaştırılması gerekmektedir¹²⁵.

Yönlendirmenin ispatı açısından, hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması nedeniyle kayıp doğurucu bir işlemin var olduğu ortaya koyulmalıdır. Bunun yanında, kayıp doğurucu işlem hakim şirket, diğer bağlı şirketler ya da şirketler topluluğunun bütünü açısından bir fayda sağlamışsa, bu durumda kayba neden olan işlemin, hakim şirketin yönlendirmesiyle yapıldığı kabul edilmelidir¹²⁶. Bağlı şirket açısından bu konuda en önemli ispat aracı, TTK m. 199'da düzenlenen bağlı şirketin yönetim kurulu tarafından hazırlanacak bağlılık raporu olacaktır. Zira bu rapor, bağlı şirketlerin kendi aralarındaki ve hakim şirketle aralarındaki ilişkileri ve ilişkilerin kayıp ve yarar olmak üzere sonuçlarını açıklar¹²⁷. Gereğede açıklandığı gibi bu rapor, fayda/kayıp sonuçlarını açıkladığı için kayıp ve denkleştirme davaları yönünden de önem taşımaktadır¹²⁸. Bağlılık raporunun bağlı şirket yönetim kurulu tarafından hazırlanması ve yine bağlı şirketin, kayba yol açan işlemin hakim şirketin yönlendirmesi sonucunda gerçekleştiğini kendi hazırladığı rapora dayanarak ispatlama olanağına sahip olması, bağlılık raporunun ispat bakımından objektifliği konusunda soru işareti uyandırmaktadır. Ancak şirketler topluluğunu düzenleyen hükümlerin genel amacı ve bağlı şirket açısından "ispat yükünün hafifletilmesi" ve "dolaylı ispata izin verilmesi"¹²⁹, gereği bu soru işareti ortadan kaldırmaktadır. Hakim şirket bu durumun aksini ispat edebilir.

Bu kapsamda, birlikte hakimiyet halinde, kayba yol açan işlemin hakim şirketlerden en az birinin yararına olduğunun ileri sürülebildiği noktada, hakim şirketlerin yönlendirmeyi birlikte gerçekleştirdiklerinin kabulü ve aksi bir durum söz konusuysa bunun hakim şirketler tarafından ispatlanması gerekir¹³⁰.

Yine aynı bakış açısıyla, kademeli başka bir ifade ile farklı seviyedeki hakimiyetin söz konusu olduğu durumlarda yönlendirmenin hem ara seviyelerdeki hem de en üstteki hakim şirketten geldiği ve ikisinin birlikte sorumlu olduğu, ispat açısından ka-

¹²³ Habersack, § 311 N. 32.

¹²⁴ Okutan Nilsson, s. 278.

¹²⁵ Habersack, § 311 N. 32; Müller, § 311 N. 24; Altmeyden, § 311 N. 87. Alman hukukunda ispatın kolaylaştırılması açısından iki görüş ileri sürülmektedir. Birincisi, prima facie ispattır. Buna göre, bağlı şirketin kayıp doğuran bir önlemi alması nedeniyle hakim şirket ya da toplulukta bulunan başka bir şirket fayda sağladığı ilk bakışta anlaşılıyorsa bu prima facie ispattır (Müller, § 311 N. 24). İkinci ise fiili karine görüşüdür. Bu görüş uyarınca, bağlı şirket açısından kayıp doğurucu bir işlem ya da önlem söz konusuysa bunun hakim şirketin yönlendirmesi sonucu gerçekleştiği kabul edilir (Habersack, § 311 N. 33; Koppensteiner, §311 N. 13; Hüffer, §311 N. 22). Türk hukukunda ispat açısından böyle bir ayrıma gidilmediği için, bu nitelikle tartışmasını Türk hukukuna taşımamızın da bir anlamı yoktur (Okutan Nilsson, s. 278).

¹²⁶ Okutan Nilsson, s. 278.

¹²⁷ TTK m. 199, madde gerekçesi.

¹²⁸ TTK m. 199, madde gerekçesi. Bu bakımdan gerekçenin ifadesi TTK m. 202 hükmünün amacını tam olarak yansıtmamaktadır. Nitekim TTK m. 202 hükmü kapsamında açılacak dava kayıp ve denkleştirme değil, zararın doğması nedeniyle tazminat davasıdır.

¹²⁹ Okutan Nilsson, s. 278.

¹³⁰ Okutan Nilsson, s. 280.

bul edilebilmelidir¹³¹. Dolayısıyla kaybın denkleştirilmesinin bu iki şirketten biri tarafından sağlanmasıyla, denkleştirme yükümlüğü son bulur.

ee. Nedensellik

Bağlı şirketin aldığı ya da almaktan kaçındığı önlemin kayıp doğurucu olarak nitelendirilmesi ve denkleştirme yükümlülüğüne neden olması için, söz konusu önlemin alınmasında (alınmasından kaçınılmasında) yönlendirmenin hakim şirket tarafından yapılması gerekir. Bu nedenle hakim şirketin yönlendirmesi ile bağlı şirketin aldığı ya da almaktan kaçındığı önlem arasında nedensellik bağı kurulabilmelidir¹³². Bağlı şirket, hakim şirketin yönlendirmesi olmaksızın, yine aynı şekilde davranacak, başka bir ifade ile kayıp doğurucu önlemi alacak ya da almaktan kaçınacaksa, yönlendirme ile önlem arasında nedensellik bağı bulunduğundan bahsetmek mümkün olmaz¹³³. Dolayısıyla hakim şirketin denkleştirmesi gereken bir kayıptan söz edilemez.

B. Tam Hakimiyet

TTK m. 203'de tam hakimiyet bir ticaret şirketinin, bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip olması şeklinde tanımlanmıştır. Bu bakımdan hakim şirkete tam olarak bağlı olan yönetim kurulu, hakim şirketin ya da şirketler topluluğunun politikalarına ve talimatlarına uymak zorundadır (TTK m. 203). Görüldüğü gibi tam hakimiyet halinde, hakim şirkete bir talimat serbestisi getirilmiştir. Bu talimat serbestisinin sınırı ise talimatın "topluluğun belirlenmiş somut politikaları gereği olması" ve "bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşmaması, varlığını tehlikeye düşürmemesi veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açmaması" dır (TTK m. 204). Bu sınırlar içinde kalan tüm talimatlara, bağlı şirketin kaybına yol açsa bile söz konusu şirketin yönetim kurulu uymak zorundadır.

Talimatlara uyma zorunluluğu yalnızca tam hakimiyet için öngörülmektedir. Dolayısıyla kısmi hakimiyet halinde hakim şirketin tam talimat serbestisi olmadığı gibi, bağlı şirket yönetim kurulunun da bu talimatlara uyma zorunluluğu yoktur¹³⁴. Bununla birlikte kısmi hakimiyette kayba sebebiyet veren bir işlemin denkleştirme yoluyla gidiliyor olması, bağlı şirket yönetim kuruluna talimat serbestisi getirmektedir. Ancak bunun sınırı ise bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin dürüst ve tedbirli bir yönetici olarak, kayba sebebiyet veren işlemi yaparken, bunun hakim şirket tarafından denkleştirileceğini öngörmelerinin haklı bir nedene dayanmasıdır¹³⁵. Aksi takdirde, hakim şirketin denkleştirme yapmayacağı somut olaydan anlaşılıyor ve yönetim kurulu üyelerince öngörülüyorsa, bağlı şirket yönetim kurulunun sorumluluğu doğacaktır. Oysa ki tam hakimiyet durumunda, yönetim organı talimatları kısmi hakimiyette olduğu gibi inceleme ve değerlendirme yükümlülüğü altında değildir.

Tam hakimiyette denkleştirme TTK m. 206'da düzenlenmiştir. Buna göre: "*Hâkim şirket ve yöneticilerinin, 203 üncü madde çerçevesinde verdikleri talimatlar dolaşısıyla bağlı şirkete oluşan kayıp, o hesap yılı içinde, denkleştirilmediği veya zamanı ve şekli de belirtilerek şirkete denk bir istem hakkı tanınmadığı takdirde, zarara uğrayan alacaklılar hâkim şirkete ve onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası açabilirler.*"

Tam hakimiyet ile kısmi hakimiyette denkleştirmenin şartları aynıdır. Tam hakimiyet açısından fark oluşturan, TTK m. 206 hükmüne göre hakim şirket ve yöneti-

¹³¹ Bkz. Okutan Nilsson, s. 280

¹³² Habersack, § 311 N. 38.

¹³³ Habersack, § 311 N. 38.

¹³⁴ Okutan Nilsson, s. 368.

¹³⁵ Okutan Nilsson, s. 422.

cilerinin verdikleri talimatlar nedeniyle, bir kayıp oluşması durumunda hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünün doğmasıdır. Başka bir ifade ile denkleştirme yükümlülüğü, her türlü kayıp açısından değil, yalnızca verilen talimatlar nedeniyle ortaya çıkan kayıplar açısından doğmaktadır. Ancak denkleştirmeye konu talimatların, kanunda öngörülen talimat serbestisine ilişkin sınırları aşmaması gerekmektedir. Dolayısıyla, topluluğun belirlenmiş somut politikaları gereği olmayan ya da bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşüren veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açan talimatlar nedeniyle ortaya çıkan kayıplarda, denkleştirme söz konusu olmayacaktır. Ancak alacaklılar uğradıkları zarar nedeniyle tazminat davası açabileceklerdir.

IV. DENKLEŞTİRME YÖNTEMİ

TTK m. 202 hükmünde hakim şirketin yönlendirmesi sonucu oluşan kaybın denkleştirilmesi için iki yöntem belirlenmiştir. Bunlar kaybın fiilen denkleştirilmesi ve bağlı şirkete istem hakkı tanınması yoluyla denkleştirilmesidir.

1. Fiilen Denkleştirme

TTK m. 202/1/a hükmü uyarınca kayba yol açan işlem ya da fiilen faaliyet yılı içerisinde denkleştirilmesi için hakim şirkete süre tanınmıştır. Burada denkleştirilecek kaybın söz konusu faaliyet yılında doğmuş olması gerekir.

Daha önce de belirtildiği gibi, denkleştirme sonucu sağlanan faydanın, kaybın etkilerini ortadan kaldıracı ve denk değerde olması gerekir. Denkleştirme nakdi olarak yapılabileceği gibi, kaybın karşılığında bir hizmetin sağlanması ya da kaybı gideren başka bir edim ile gerçekleştirilebilir. Nitekim bu durum gerekçede de “*verilen garanti veya kefaletin, karşı garanti ve kefalet ya da avale güvence altına alınması, herhangi bir lisans ve marka kullanma hakkı tanınması, herhangi bir ücret talep edilmeden araştırma ve geliştirme hizmeti verilmesi, know-how verilmesi, personele staj ve eğitim imkânları sağlanması, pazarlama açısından yararlandırılması, denk değerde bir taşınmazın devri, bağlı şirketin kayba uğramasının karşılığında yararlandırılmış olan diğer bir bağlı şirketin sermaye artırımında rüçhan hakkı tanınması, şartlı sermaye artırımında kayba uğrayan şirketin hak sahibi kılınması gibi*”¹³⁶ örneklerle açıklığa kavuşturulmuştur.

Denkleştirmede esas alınacak kıstas, şirketi kayıp doğmadan önceki haline geri getirmektir¹³⁷. Denkleştirme yapılırken, kaybın tamamıyla giderildiğini belirleme konusunda, faydanın sağlanma anı önemli bir rol oynar. Başka bir ifade ile denkleştirmenin gereği gibi yapılmış olması, faydanın sağlanma anıyla yakından ilgilidir¹³⁸. TTK m. 202 hükmünde denkleştirme için süre tanınmıştır. Dolayısıyla denkleştirme sağlanana kadar başka kayıpların ortaya çıkması mümkündür. Bu nedenle denkleştirmenin yapıldığı yani faydanın sağlandığı an ile kayıp doğurucu işlem ya da fiilen gerçekleştiği an arasında doğan ve öngörülebilir olan kayıpların da denkleştirme kapsamında olması gerekir¹³⁹.

Bunun yanında denkleştirilebilir ayrı ayrı kalemlerin bulunması halinde, denkleştirmenin cari hesap sözleşmesiyle kayıt altına alınması ve denkleştirmenin bu esaslara göre sağlanması mümkündür¹⁴⁰.

¹³⁶ TTK m. 202, madde gerekçesi.

¹³⁷ *Habersack*, § 311 N. 68.

¹³⁸ *Koppensteiner*, §311 N. 13; *Hüffer*, §311 N. 22.

¹³⁹ *Okutan Nilsson*, s. 288.

¹⁴⁰ *Habersack*, § 311 N. 70.

Alman hukukunda, hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünü yerine getirirken, bağlı şirketin görüşünü alıp almayacağı tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre, denkleştirmenin nasıl yapılacağına ilişkin yetki hakim şirkette olmalıdır¹⁴¹. Hakim şirkete bağlı şirketi kayba uğratabilecek işlem ve fiillere sevk etme konusunda bir imtiyaz tanındığına göre, hakim şirket, kaybı yeterli değerinde bir fayda ile denkleştirmesi koşuluyla, denkleştirmenin içeriğine ve miktarına karar verebilmelidir¹⁴². Aksi görüşe göre, sağlanan faydanın bağlı şirketin işine yarayacak nitelikte olması gerekmektedir¹⁴³. Dolayısıyla bu konuya ilişkin karar verme yetkisi sadece hakim şirkete bırakılmamalıdır¹⁴⁴.

Türk hukuku açısından *Okutan Nilsson*, ilk görüşün kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yazar, bağlı şirketin denkleştirme konusunda bir talep hakkının olmaması ile denkleştirmenin yapılması konusunda bağlı şirketten onay alınmasının tutarlı olmayacağını, bağlı şirket yönetim kurulunun ancak hesap yılının sonunda, yapılan denkleştirmenin uygun olup olmadığını değerlendirip rapor etme hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir. Bunun yanında, hakim şirketçe sağlanması önerilen denkleştirmenin, kaybı gidermeye uygun olup olmadığını yönetim kurulunca değerlendirilmesi ve bu konuya ilişkin çekince olduğu takdirde, yönetim kurulunun hakim şirket nezdinde bunları dile getirmesinin uygun olduğunu, böylece hakim şirkete sağlanan denkleştirmeyi gözden geçirme fırsatının tanınacağını belirtmektedir¹⁴⁵.

TTK m. 202, hakim şirketin, bağlı şirketin kaybını faaliyet yılı içinde denkleştirme yükümlülüğünü düzenlemekte, denkleştirmenin denk değerinde olması gerektiğini ifade etmektedir. Bunun yanında, TTK m. 202 hükmü, denkleştirmenin içeriğine kimin karar vereceği konusunda bir düzenleme getirmemektedir. Dolayısıyla, denkleştirmenin içeriği konusunda bağlı şirketin görüşünün alınması konusunda yasal bir engel bulunmamaktadır. Başka bir bakış açısıyla, kanun koyucu denkleştirme ile hakimiyetin hukuka aykırı kullanılmasını bir anlamda hukuka uygun hale getirmiş, zararın tazminini ise başvurulacak en son yol olarak belirlemiştir. Bu noktada denkleştirmenin tam ve denk değerinde bir fayda ile sağlanması hükmün amacına daha uygun olacaktır. Denk değerinde bir faydanın sağlanmasının en temel yolu ise denkleştirmenin içeriğinin bağlı şirketin görüş ve onayının alınarak belirlenmesidir. Bu yol, şirketler topluluğunun işleyişini de kolaylaştıracaktır. Zira hükmün gerekçesinde söz konusu maddenin, hakim şirketin veya ortaklarının makro politikalarının uygulanabilmesine olanak sağlayan esnek bir kurala yer verdiği belirtilmektedir.

Bunun yanında, hakim şirketçe sağlanması önerilen denkleştirmenin, kaybı gidermeye uygun olup olmadığını yönetim kurulunca değerlendirilmesi ve bu konuya ilişkin çekince olduğu takdirde, yönetim kurulunun hakim şirket nezdinde bunları dile getirmesinin uygun olması, böylece hakim şirkete sağlanan denkleştirmeyi gözden geçirme fırsatının tanınması, denkleştirmenin içeriğine hakim şirketin karar vermesi gerektiğini göstermemektedir. Tam tersine bağlı şirket yönetim kurulunun, denkleştirmeye ilişkin görüşünü hakim şirkete bildirmesi ve hakim şirketin denkleştirmenin içeriğini buna göre tekrar belirlemesi denkleştirme konusunda bağlı şirketin görüş ve dolaylı olarak onayının alındığı anlamına gelmektedir. Kanaatimizce, her ne kadar Alman hukukunda çoğunlukla kabul edilen bir görüş olmasa da, bağlı şirketin denkleştirmenin içeriğiyle ilgili görüş ve onayı alınabilmelidir.

¹⁴¹ *Habersack*, § 311 N. 71; *Hüffer*, §311 N. 41

¹⁴² *Habersack*, § 311 N. 71.

¹⁴³ *Koppensteiner*, §311 N. 123.

¹⁴⁴ *Koppensteiner*, §311 N. 123.

¹⁴⁵ Bkz. *Okutan Nilsson*, s. 289, 290.

2. Bağlı Şirkete İstem Hakkı Tanınması Yoluyla Denkleştirme

A. Genel Olarak

TTK m. 202/1/a'da düzenlenen başka bir denkleştirme yöntemi ise, bağlı şirkete istem hakkı tanınmasıdır. Faaliyet yılı içerisinde fiilen denkleştirilmeyen bir kayıp söz konusu olduğunda, hakim şirket kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceğini belirtmek suretiyle, bir taahhütte bulunarak kaybın denkleştirilmesini sağlayabilecektir. Bu durum hakim şirkete kaybın denkleştirilmesini ileriki bir tarihe atma olanağı verir.

Alman hukukunda talep hakkının bir sözleşme ile tanınması gerektiği görüşü hakimdir¹⁴⁶. TTK m. 202 madde gerekçesindeyse, sözleşmenin denkleştirme için bir güvence olduğu belirtildikten sonra, sözleşmenin yerine hakim şirketin bir taahhüdünün de amaca hizmet edebileceği ifade edilmiştir.

İstem hakkı tanınması yoluyla denkleştirmenin, fiilen denkleştirmeden tek farkı, denkleştirmenin o hesap yılı içerisinde gerçekleştirilmeyecek olmasıdır. Başka bir ifade ile istem hakkı tanınması yoluyla denkleştirmede, denkleştirmenin nasıl ve ne zaman yapılacağı kaybın doğduğu faaliyet yılı içerisinde bağlı şirketle hakim şirket arasında bir sözleşme yapılması ya da hakim şirketin denkleştirmeyi taahhüt etmesi yoluyla daha sonraki bir tarihte gerçekleşecektir. Dolayısıyla, fiilen denkleştirmeye ilişkin kuralların, istem hakkı tanınması yoluyla denkleştirmeye de uygulanacağını belirtilmesi gerekir. Bu nedenle, denkleştirilecek faydanın kaybı giderecek nitelikte olması gereklidir.

Hakim şirket, taahhüdünde sağlanacak faydanın şeklini ve kapsamını belirtmelidir. Hakim şirket ile bağlı şirket arasında denkleştirmeye ilişkin sözleşmede ya da hakim şirketin taahhüdünde seçimlik bir borç belirlenmesi mümkündür¹⁴⁷. BK m. 87'ye (karş. BGB § 262) göre: "Seçimlik borçlarda, hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir." TTK m. 202 hükmü değerlendirildiğinde, söz konusu hukuki ilişki ve işin özelliği bakımından seçim yetkisinin bağlı şirkette olduğu kabul edilmelidir. Ancak, edimler arasında yapılacak seçim sonucu sağlanacak faydalardan herhangi biri kaybı tam olarak giderecek ise, seçim yetkisinin hakim şirket ya da üçüncü bir kişi tarafından kullanılması da mümkündür¹⁴⁸.

TTK m. 202 hükmünde denkleştirmenin ne zaman yapılacağını belirtilmesi gerektiği düzenlenmiş ancak denkleştirmenin hangi tarihe kadar yapılması gerektiğine yer verilmemiştir. Esasen, denkleştirmenin yapılması için belirli bir takvim gününün belirlenmesine gerek yoktur¹⁴⁹. Dolayısıyla, faydanın sağlanacağı, başka bir ifade ile ifa zamanının taahhüdün niteliğinden genel olarak anlaşılması yeterlidir. Bu nedenle, ifanın belli bir sürenin bitimine kadar ya da bir olayın gerçekleşmesi ile yerine getirileceği taahhüt edilebilir¹⁵⁰. Öte yandan ifanın şarta, başka bir deyişle, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir olaya bağlanması TTK m. 202 hükmünün amacı dikkate alındığında kabul edilemez¹⁵¹. Bununla birlikte, hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere, talep hakkının kullanılmasının, beklenen faydayı sağlamayacak şekilde uzun bir süreye yayılması gerekmektedir¹⁵².

Hakim şirket taahhüt ettiği ifayı yerine getirmez ise, bu durumda meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır.

¹⁴⁶ Habersack, § 311 N. 72; Hüffer, §311 N. 46; Koppensteiner, §311 N. 129.

¹⁴⁷ Habersack, § 311 N. 74; Hüffer, §311 N. 47; Koppensteiner, §311 N. 132; Müller, §311 N. 60.

¹⁴⁸ Habersack, § 311 N. 74; Hüffer, §311 N. 47; Koppensteiner, §311 N. 132; Müller, §311 N. 60.

¹⁴⁹ Habersack, § 311 N. 73; Hüffer, §311 N. 47; Koppensteiner, §311 N. 131.

¹⁵⁰ Okutan Nilsson, s. 293.

¹⁵¹ Okutan Nilsson, s. 293.

¹⁵² TTK m. 202, madde gerekçesi.

B. İfanın İmkansızlaşması

Hakim şirketin kusuru olmaksızın, denkleştirmenin sağlanması için taahhüt ettiği fayda imkansızlaşır, bu durumun doğuracağı sonuçların belirlenmesi gereklidir. Alman hukukunda hakim görüşe göre, böyle bir durumda, borçlar hukukunda yer alan ifa imkansızlığına ilişkin hükümler uygulanamaz. Zira, hukuka aykırı bir yönlendirme sonucu ortaya çıkan kaybın denkleştirilmesi hakim şirkete tanınan bir imtiyazdır. Bu nedenle hakim şirket taahhüt ettiği ifayı yerine getirmemesinin sonuçlarına da kendi katlanmalıdır.

BK m. 136'ya göre, borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşır, borç sona erer. Dolayısıyla, kusursuz imkansızlık borçluyu kendiliğinden borçtan kurtarır¹⁵³. Borçlu edimin sonradan imkansız hale gelmesi nedeniyle sorumlu tutulamaz¹⁵⁴. Türk borçlar hukukunda kural bu olmakla birlikte, Alman hukukundaki hakim görüş Türk Hukuku açısından da kabul edilmeli ve hakim şirketin kusuru olmaksızın denkleştirmenin konusu imkansızlaşır, hakim şirket bunun sonuçlarına katlanmalıdır. Zira, hakim şirketin yükümlülüğü ancak kaybın fiilen denkleştirilmesiyle ortadan kalkmaktadır. Bunun yanında denkleştirmenin amacı, bağlı şirketin, kayıp doğurucu işlem ya da fiil gerçekleşmeseydi hangi durumda bulunacaksa o duruma getirilmesi ve kayıp doğurucu işlem ya da fiillerin olumsuz sonuçlarının garanti altına alınmasıdır. Dolayısıyla denkleştirmenin konusu olan edimin imkansızlaşması, hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünü sona erdirmez¹⁵⁵.

Edimin imkansızlaşması ihtimaline karşı, hakim şirketin söz konusu taahhüdünü ayrıca çeşitli yöntemlerle garanti altına alması uygulama açısından olumlu sonuçlar doğuracaktır.

SONUÇ

Türk sorumluluk hukuku açısından yeni bir kavram olan denkleştirmeyi düzenleyen TTK hükümleri reform niteliğindedir. Hakim şirketin, bağlı şirketi kayba uğratan hukuki işlem ya da maddi fiili, denkleştirmenin sağlanmasıyla bir anlamda hukuka uygun hale gelmektedir. Denkleştirmenin amacı, bağlı şirket, bağımsız bir şirket olsaydı hangi durumda bulunacaksa bağlı şirketi o duruma getirmek; kaybın ve bu kaybın denkleştirilmesini sağlayacak faydanın tartılması ile ortaya çıkacak sonucun, malvarlığı kaybına neden olmasını engellemek; somut ve yasal bir talep hakkı ile derhal giderilmesi istenemeyecek kayıpların, hakim şirket tarafından uygun bir fayda sağlanması yoluyla güvence altına alınması olarak belirlenebilir. Söz konusu kavramın hukuki niteliği, kaynak metin APOK'a ilişkin Alman öğretisinde ileri sürülen görüşler de göz önünde bulundurularak, kendine özgü bir ifa olarak nitelendirilebilecektir.

TTK'da, Alman hukukundaki, sözleşmesel ve fiili Konzern ayırımı yapılmamıştır. Alman hukukunda olduğu gibi fiili Konzernlere ilişkin hükümlerde boşluk bulunması durumunda, sözleşmesel Konzernlere ilişkin hükümler kıyasen uygulanmaktadır.

¹⁵³ Oğuzman/Öz, s. 591; Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 2001, s. 1289; Tekinay/Akman/Burçoğlu/Altop, s. 1010.

¹⁵⁴ Oğuzman/Öz, s. 591; Eren, s. 1289.

¹⁵⁵ Okutan Nilsson, hakim şirkette bulunulacak taahhüdün ifa uğruna edim olarak görülebileceğini belirtmekte ve bu nedenle ancak, edim ifa edildiğinde denkleştirmenin sağlanabileceğini ifade etmektedir (291, 293). Her ne kadar ifa uğruna edimde borç, ifa uğruna edimin yerine getirilmesiyle değil fakat, edimin paraya çevrilmesi ve alacaklının bu yolla tatmin edilmesiyle sona erse de (bkz. Eren, s. 912; Tekinay/Akman/Burçoğlu/Altop, s. 763), söz konusu hukuki kurumun diğer koşullarının istem hakkı tanınması yoluyla denkleştirme ile örtüşmesi nedeniyle, biz de bu görüşe katılıyoruz.

Ancak Türk hukukunda böyle bir ayırım yapılmadığı için uygulama imkanı bulamayacaktır.

Denkleştirme yükümlülüğünün doğması için, hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanarak, bağlı şirketi kayıp doğurucu bir işlem yapmaya ya da bir önlem almaya (almaktan kaçınmaya) yönlendirmesi gerekir.

Ticaret hayatının gereklilikleri ve şirketler topluluğunun genel sistematığı göz önüne alındığında, topluluk içi borçlanmalar ve merkezi nakit yönetimi, kayıp doğurucu hukuka aykırı işlemler olarak nitelendirilmemelidir. Dolayısıyla, pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 358 ile, yönetim kurulu üyelerinin, yâkınlarının şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 395 hükümleri şirketler topluluğunu düzenleyen hükümlerin sistematığıyla örtüşmemektedir. Bu nedenle TTK m. 202 hükmünün, söz konusu hükümler karşısında özel nitelikte olduğu kabul edilmiştir.

Hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünün doğup doğmadığı belirlenirken, incelenmesi gereken hususlardan bir diğeri de, söz konusu işlem ya da fiilin bağımsız bir şirketin dürüst ve tedbirli yöneticisi tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğidir. Bunun yanında denkleştirmenin yapılabilmesi için ortaya çıkan kaybın ölçülebilir nitelikte olması gerekir.

Tam ve kısmi hakimiyet hallerinde denkleştirmenin koşulları büyük ölçüde örtüşmektedir. Tam hakimiyet açısından fark oluşturan, TTK m. 206 hükmüne göre, hakim şirket ve yöneticilerinin verdikleri talimatlar nedeniyle, bir kayıp oluşması durumunda hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünün doğmasıdır. Ancak kanunda öngörülen sınırları aşan talimatlar nedeniyle oluşan kayıplar açısından denkleştirme söz konusu olmaz.

Denkleştirmenin iki yönteminden biri olan fiili denkleştirmede, denkleştirmenin sağlanması bakımından, bağlı şirketin görüş ve onayının alınması uygulamayı kolaylaştırıcı bir etkiye sahip olacaktır. Diğer bir yöntem olan bağlı şirkete istem hakkı tanınması yoluyla denkleştirme ise, denkleştirmenin nasıl ve ne zaman yapılacağı kaybın doğduğu faaliyet yılı içerisinde bağlı şirketle hakim şirket arasında bir sözleşme yapılması ya da hakim şirketin taahhüt vermesi yoluyla daha sonraki bir tarihte gerçekleşecektir. İki yöntem arasındaki tek fark, fiilen denkleştirmede, denkleştirmenin kaybın doğduğu faaliyet yılı içinde sağlanması, istem hakkı tanınması yoluyla denkleştirmede ise, denkleştirmeye ilişkin taahhüdün kaybın doğduğu faaliyet yılında verilmesi ve denkleştirmenin sağlanmasının ileriki bir tarihe ötelenmesidir. Dolayısıyla, fiilen denkleştirmeye ilişkin kurallar, istem hakkı tanınması yoluyla denkleştirmeye de uygulanabilir. Bağlı şirkete istem hakkı tanınması yoluyla denkleştirmede, denkleştirme için belirli bir takvim günün belirlenmesine gerek yoktur. Bu nedenle, faydanın sağlanacağı, başka bir ifade ile ifa zamanının taahhüdün niteliğinden genel olarak anlaşılması yeterlidir. Ancak ifanın şarta bağlanması kabul edilemez.

İstem hakkı tanınması yoluyla denkleştirmede, hakim şirketin kusuru olmaksızın, denkleştirmenin konusu imkansızlaşır, risk hakim şirket tarafından üstlenilmelidir. Zira, hakim şirketin yükümlülüğü ancak kaybın fiilen denkleştirilmesiyle ortadan kalkmaktadır. Ancak uygulama açısından edimin imkansızlaşması ihtimaline karşı, hakim şirketin söz konusu taahhüdünü ayrıca çeşitli yöntemlerle garanti altına alması kolaylık sağlayacaktır.

7. OTURUM

TEBLİĞLER

*** 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE
ANONİM ŞİRKETLERDE EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİ**

Doç. Dr. Rauf KARASU

*** ANONİM ŞİRKETLERDE SERMAYE KAVRAMI VE AYNİ
SERMAYE DEĞERİNİN BELİRLENMESİ**

Yrd. Doç. Dr. Özlem KARAMAN COŞGUN

*** ÖN ŞİRKET VE HUKUKİ NİTELİĞİ**

Yrd. Doç. Dr. Emrullah KERVANKIRAN

*** 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU (TTK) M. 342'YE GÖRE
FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ ANONİM ŞİRKETE AYNİ
SERMAYE OLARAK KONULMASI**

Dr. Seniha DAL

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE ANONİM ŞİRKETLERDE EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİ

Doç. Dr. Rauf KARASU*

ÖZET

6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile getirilen en önemli yeniliklerden birisi de, 340. maddede öngörülen “emredici hükümler ilkesi”dir. Söz konusu hükme göre, “Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.” 6762 sayılı TTK’ya göre, Kanun’da açıkça yasaklanmayan her konu, kural olarak esas sözleşme ile düzenlenebilirken, TTK’nın 340. maddesine göre, esas sözleşme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun’da açıkça izin verilmesi hâlinde sapabilmektedir. Söz konusu düzenleme ile anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kural olarak emredici olduğu kabul edildiğinden, Yeni TTK’ya göre, anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesinin değil, “emredici hükümler ilkesi”nin geçerli olduğu söylenebilir.

Anahtar Kelimeler: Emredici Hükümler İlkesi, Emredici Hükümler, Esas Sözleşme, Sözleşme Özgürlüğü

ABSTRACT

Section 340 of the Turkish Commercial Code 6102 is one of the most important innovative sections of the TCC which contains “mandatory provisions principle”. The section provides that “the articles of association may be differentiated from the Act’s provisions on Public Limited Company, provided that the Act itself provides so. Other Acts’ complementary provisions with regard to articles of associations of the Public Limited Company may only have effect with regard to the other Acts provisions.

According to the former TCC 6762, as a rule, all activities which have not been forbidden by the law, may be stated in the articles of association. Since the later provision is considered to be a mandatory one, it may be said that that the new TCC allows mandatory provisions principle, not freedom of contract.

Keywords: *Mandatory Provisions Principle, Mandatory Provisions, Articles of Association, Freedom of Contract*

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu, birçok alanda olduğu gibi anonim şirketler alanında da çok köklü yenilikler getirmiştir. Getirilen en önemli yeniliklerden birisi de, TTK'nın 340. maddesinde öngörülen “emredici hükümler ilkesi”dir. Söz konusu hükme göre, “*Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.*” 6762 sayılı TTK'ya göre, Kanun'da açıkça yasaklanmayan her konu, kural olarak esas sözleşme ile düzenlenebilirken, TTK'nın 340. maddesine göre, esas sözleşme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun'da açıkça izin verilmesi hâlinde sapabilmektedir. Söz konusu düzenleme ile anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kural olarak emredici olduğu kabul edildiğinden, Yeni TTK'ya göre, anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesinin değil, “emredici hükümler ilkesi”nin geçerli olduğu söylenebilir.

Yeni TTK, Türk anonim şirketlerinin yapılanmalarını ve çalışma düzenlerini aile şirketi modelinden çıkarmayı ve kurumsallaştırmayı bir hukuk politikası olarak benimseyerek, emredici hükümler ilkesini halka açık anonim şirketler yanında, kapalı tip anonim şirketler açısından da kabul etmiştir. Şirket esas sözleşmelerinin en önemli fonksiyonlarından biri de, Kanun'un kabul ettiği ideal şirket tipi ile uygulamada bu tipe uymayan şirketler arasında bir köprü kurmaktır. Ancak emredici hükümler ilkesi bu fonksiyonun gerçekleşmesini güçleştirmektedir. Bu nedenle bu çalışmanın en önemli amaçlarından biri, anonim şirketlerle ilgili hükümlerin kural olarak emredici olduğunun kabulüne ilişkin düzenlemenin halka açık ve halka açık olmayan anonim şirketler açısından yerinde bir düzenleme olup olmadığını tespit etmektir.

Bu çalışmada emredici hükümler ilkesinin amacı, TTK'da düzenleniş şekli ve ilkeye aykırılığın sonuçları ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır. Ayrıca emredici hükümler ilkesinin halka açık ve kapalı tip anonim şirketler bakımından yerinde olup olmadığı sorusuna cevap aranacaktır¹.

I. EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİ KAVRAMI VE AMACI

A. Kavram

TTK'nın 340. maddesi ile, anonim şirketlerde geçerli olan sözleşme özgürlüğüne önemli bir sınır getirilmiştir. Zira bu maddeye göre, esas sözleşme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun'da açıkça izin verilmesi hâlinde sapabilmektedir. 6762 sayılı TTK'ya göre, Kanun'da açıkça yasaklanmayan her konu, kural olarak sözleşme ile düzenlenebilirken, Yeni TTK'da, anonim şirketlere ilişkin hükümler kural olarak emredici nitelikte kabul edildiğinden, anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesi yerine “emredici hükümler ilkesi”nin geçerli olduğu söylenebilir.

Bu nedenle TTK'nın 340. maddesinin başlığının “emredici hükümler” değil, “emredici hükümler ilkesi” olması gerekirdi.

¹ Bu Tebliğ, 2009 yılında yayınlanan doçentlik tezimin güncelleştirilmiş özeti niteliğindedir. Bu çalışmada tezin yayınlanmasından sonra konuyla ilgili Türk hukukunda çıkan yeni yayınlar da değerlendirilmiştir.

B. Emredici Hükümler İlkesinin Amacı

1. Anonim Şirket Esas Sözleşmelerine Belli Bir Standart Getirilerek Hukukî Güvenlik ve Öngörülebilirliği Sağlama

Emredici hükümler ilkesinin en önemli amacı, anonim şirketlerin esas sözleşmelerine belli bir standart getirerek, hukukî güvenlik², açıklık ve öngörülebilirliği sağlamak, mevcut ve müstakbel pay sahiplerinin, alacaklıların ve işçilerin menfaatini korumaktır³. Emredici hükümler ilkesi ile her anonim şirketin iç ve dış ilişkilerine ilişkin hukukî durumu, anlaşılabilir, öngörülebilir ve karşılaştırılabilir olmaktadır. Bu ilke sayesinde, sermaye piyasası aktörlerinin her şirketin sözleşmesini inceleme ve değerlendirme külfeti ortadan kalkmakta ve bu amaçla harcanan zaman ve masraflardan tasarruf edilmektedir⁴. Özellikle, bir anonim şirkette pay sahibi olmak isteyen kişilerin, asgarî bazı haklara sahip olacaklarını bilmeleri, bu şirketlere, dolayısıyla sermaye piyasasına olan güveni artırmaktadır.

2. Pay Sahiplerinin Korunması

Anonim şirketler hukukunda emredici hükümler ilkesinin kabulünü gerektiren en önemli nedenlerden biri de, pay sahiplerini koruma düşüncesidir. Tekinalp'e göre, iş, rekabet ve tüketici hukuku ve sigorta hukukunun birçok hükmü ve genel işlem şartlarını denetleyen, geçersiz şartları belirleyen hükümleri içeren özel kanunlar hangi düşüncelerle sözleşme özgürlüğünün kapsamı dışına çıkarılmışlarsa, genel işlem şartlarının denetlenmesine hangi anlayışlar yol açmışsa ve hangi mülahazalar bazı genel işlem şartlarını geçersiz kılıyorsa, hangi konular yüksek mahkemeleri genel işlem şartlarını sözleşme özgürlüğü ilkesinden istisna eden ilkesel kararlar vermeye götürüyorsa ve son otuz yıllık öğreti hangi mülahazalar dayanıyorsa, aynı düşünceler, endişeler ve mülahazalar küçük pay sahipleri için de geçerlidir⁵. Belirtilen alanlarda sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının en temel amacı, sözleşmelerin zayıf tarafını korumaktır. TTK'da öngörülen emredici hükümler ilkesi de, çoğunluğun istediği hükümleri esas sözleşmeye koyarak güçsüz pay sahibinin zarara uğramasını önlemeye yönelik etkili bir araçtır⁶. Bu ilkenin kabulü ile, her şirketin yapısı ve ihtiyacına göre şirket kurucuları ve pay sahipleri tarafından düzenlenmesi gereken iç ilişkiler bile bizzat Kanun tarafından düzenlenecek, dolayısıyla şirket kurucularının ve pay sahiplerinin esas sözleşme düzenleme serbestisi büyük ölçüde sınırlanmış olacaktır.

² Her hak veya hürriyetin kazanılması ve kullanılmasında olduğu gibi, sözleşme özgürlüğünün de birtakım sınırlamalara tâbi kılınması hukukî güvenlik bakımından kaçınılmazdır.

³ Bkz. **Hirte, Heribert**, Die aktienrechtliche Satzungsstrenge, Kapitalmarkt und sonstige Legimation versus Gestaltungsfreiheit, in: Lutter/Wiedemann (Hrsg.) Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, Deutschland, Europa und USA, ZGR Sonderheft 13, Berlin, New York 1997, s. 61, 64 vd.; **Hüffer**, AktG, § 23 Rn. 34.

⁴ **Wiesner**, Zur Deregulierung des Aktienrechts, WM 1988, s. 1841 vd.; **Spindler, Gerald**, Deregulierung des Aktienrechts?, AG 1998, s. 58 vd.

⁵ **Tekinalp, Ünal**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. II, İstanbul 2008, s. 650.

⁶ **Tekinalp**, Alacakaptan'a Armağan, s. 651.

3. Diğer Menfaat Gruplarının Korunması

Anonim şirketler, sadece pay sahiplerini değil, ileride pay sahibi olabilecek kişileri, şirket çalışanlarını, şirket alacaklılarını da ilgilendirmektedir⁷. Alman hukukunda Hirte⁸ emredici hükümler ilkesinin belirtilen kişilerin menfaatini koruyan sosyal amaçlı bir ilke olduğunu ileri sürmüştür.

Özellikle büyük ölçekli halka açık anonim şirketler, ekonomik ve sosyal hayatı küçük çaplı şirketlere oranla daha fazla etkilemekte, dolayısıyla bu şirketlerin menfaatleri kamuyu daha fazla ilgilendirmektedir⁹. Bu nedenle TTK'da bağımsız denetim, kurumsal yönetim ilkeleri, özellikle kamuyu aydınlatma yükümlülüğü gibi birçok konu, pay sahiplerini koruma amacı yanında, yatırımcıları, alacaklıları ve genel olarak kamu menfaatini koruma düşüncesiyle de emredici olarak düzenlenmiştir¹⁰. Pulaşlı, 6102 sayılı TTK'da kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde kabul edilen ilke ve yeniliklerin, halka açık ve halka açık olmayan bütün anonim şirketler için emredici olarak düzenlendiğini gözden kaçırarak, 6102 sayılı TTK'da öngörülen kurumsal yönetim ilkeleri için de, "uygula ya da açıkla" ilkesinin geçerli olduğunu iddia etmiştir¹¹. Oysa 6102 sayılı TTK, bağımsız denetleme, eşit işlem ilkesi gibi, SerPK'da mevcut bir çok kurumsal yönetim ilkesini emredici olarak düzenlediği gibi¹², kurumsal yönetim ile doğrudan ilgili olmasına rağmen SerPK'da mevcut bulunmayan bazı temel kurallar da içermektedir. Örneğin, riskin erken saptanması ve yönetimi (TTK m. 378), yönetim kurulunun devredilemez nitelikteki finansal planlama görevi (TTK m. 375/1-c) ve bilgi toplumu hizmetleri bağlamında internet sitesi, 6102 sayılı TTK'da tüm sermaye şirketleri için öngörülmüştür¹³. 6102 sayılı TTK, kurumsal yönetim kurallarını bir liste hâlinde içermemekte, kurumsal yönetimin ana ilkelerini somutlaştıran, sistem kurucu kurum ve hükümlere yer vermektedir¹⁴.

⁷ Üçüncü kişilerin menfaati, özel hukukta geçerli olan irade özerkliğinin, dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün en önemli sınırlarından birini oluşturmaktadır. 6762 sayılı TTK'da da, özellikle şirketin temsili ve sermayenin korunmasına ilişkin hükümler emredici olarak düzenlenmiştir. TTK'da öngörülen "emredici hükümler ilkesi" bu korumayı daha da arttırmıştır.

⁸ Bkz. ZGR, Sonderheft 13, s. 86.

⁹ Bkz. BVerfGE 50, s. 353 vd.

¹⁰ TTK'da kamu menfaatini koruma amacıyla öngörülen hükümlerden biri de, 210. maddenin 4. fıkrasıdır. Söz konusu hükme göre, "devamlı sayılabilecek şekilde, kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya faaliyetlerde bulunduğu tespit edilen sermaye şirketleri hakkında, özel kanunlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Sanayi ve Ticaret Bakanlığına bu tür işlem veya faaliyetlerin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde fesih davası açılabilir."

¹¹ **Bkz. Pulaşlı, Hasan;** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012, s. 364.

¹² Bkz. **Aytaç, Zühtü;** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Paysahipliği Hakları, TTK Tasarısı'nın Sermaye Piyasası İle İlgili Hükümleri, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans, 16-17 Aralık 2008, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, s. 65.

¹³ Bkz. **Tekinalp, Ünal;** TTK Tasarısı'nın Sermaye Piyasası İle İlgili Hükümleri, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans, 16-17 Aralık 2008, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, s. 22.

¹⁴ **Tekinalp,** Alacakaptan'a Armağan, s. 635.; 6102 sayılı TTK'da kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde kabul edilen uyulması zorunlu olan belli başlı diğer yenilik ve ilkeler için bkz. **Karasu, Rauf;** Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009, s. 92 vd.

II. EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİNİN TÜRK TİCARET KANUNU'NDA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

A. Anonim Şirketlere İlişkin Kanun Hükümlerinden Sapan Sözleşme Hükümleri

TTK'nın 340. maddesine göre, “Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna **açıkça** izin verilmişse sapabilir.”

TTK'da, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden sapmaya izin verilirken genellikle aşağıdaki ifadeler kullanılmıştır:

-Esas sözleşme ile ... kararlaştırılabilir/öngörülebilir¹⁵.

- Esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa/aksi öngörülmemişse ...¹⁶

Türk doktrininde Bahtiyar, TTK'nın 340. maddesinde yer alan “*açıkça*” ifadesi nedeniyle, bir emredici hükmün aksinin düzenlenmesine izin verilir verilmediğinin tespiti konusunda, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, sadece ilgili hükmün lâfzının esas alınacağını, hükmün anlam ve amacının dikkate alınmayacağını ileri sürmüştür¹⁷. Buna karşılık, diğer bir görüşe göre, “*Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir*” ifadesi sadece hükmün lafzına bakılması gerektiği anlamına gelmeyip, söz konusu iznin hükmün anlam ve amacından da çıkarılması mümkündür¹⁸. TTK'nın 340. maddesinin gerekçesinde, “*Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir*” ifadesinin sadece hükmün lafzına bakılması gerektiği anlamına gelmediği, hükümdeki “*kanunda açıkça izin verilmişse*” ibaresinin, maddenin lâfzından “*sapabilme*” imkânının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetken bir yorumla “*sapabilme*” nin haklılık kazandığı varsayımlarını da kapsadığı ifade edilmiştir.

Alman hukukunda hâkim görüş, anonim şirketlere ilişkin bir hükümden sapma izninin verilir verilmediğinin tespitinde, söz konusu hükmün kural olarak lâfzına bakılması gerektiğini, ancak gerektiğinde hükmün yorumlanmasından elde edilen anlamın da dikkate alınabileceğini ileri sürmüştür¹⁹. Örneğin, Alm. POK'nın 271. paragrafının amaçsal yorumundan, tasfiye sonrası kalan şirket öz varlığının devlete veya kamu yararına çalışan bir dernek veya vakfa verilmesini öngören bir esas sözleşme hükmünün geçerli olduğu sonucuna varılmıştır²⁰.

Alman hukukunda savunulan bir başka görüşe göre ise, emredici bir hükmün aksinin düzenlenmesine izin verilir verilmediğinin tespiti, sadece hükmün lâfzına ba-

¹⁵ Bkz. TTK m. 366 f. 1; 367 f. 1; 411 f. 1; 480 f. 4; 492 f. 1; 504 f. 1; 521 f. 1; 523 f. 2 (b); 548 f. 1.

¹⁶ Bkz. TTK m. 362 f. 1; 370 f.1; 390 f. 1; 400 f. 1; 409 f. 3; 418 f. 1; 419 f. 1; 421 f. 1; 452 f. 1; 481 f. 1; 485 f.1; 490 f. 1; 507 f. 1; 508 f. 1; 522 f.1; 536 f. 1; 539 f. 3; 543 f. 1, 3.

¹⁷ Bkz. **Bahtiyar, Mehmet**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, Sa. 61, 2005, s. 70 vd.

¹⁸ **Karasu**, Emredici Hükümler İlkesi, s. 47; **Pulaşlı**, Yeni Şirketler Hukuku, s. 364.

¹⁹ Bkz. **Hüffer**, AktG, § 23, Rn. 35, **Pentz**, MünKomm, AktG, München 2000, § 23 Rn. 153; **Röhrich**, Grosskomm., AktG, § 23 Abs. 5, Rn. 170, 174; **Huber, Ulrich**, Entstehungsgeschichte und aktuelle Auslegungsprobleme des § 241 Nr. 3 AktG, Festschrift für Helmut Coing, Bd. II, München 1982, s. 190 vd.; **Behrends, Okko Hendriks**, Einberufung der Hauptversammlung gem. § 121 IV AktG (mittels eingeschriebenem Brief) trotz abweichender Satzungsbestimmung, NZG 2000, 579.

²⁰ Bkz. **Röhrich**, Grosskomm., AktG, § 23 Abs. 5, Rn. 174; **Kraft**, Kölner Komm, AktG, § 271, Rn. 76.

kılarak yapılmalıdır²¹. Buna göre esas sözleşmede yer alan bir düzenleme, Kanun hükmünün amaçsal yorumundan çıkarılan anlamına uygun olsa bile, hükmün lâfzına aykırı ise, izinsiz bir sapmanın olduğu kabul edilmektedir.

Kanaatimizce, TTK'nın 340. maddesinde yer alan "açıkça" ifadesine rağmen, anonim şirketlere ilişkin bir hükmün aksinin düzenlenmesine izin verilip verilmediğinin tespitinde, sadece hükmün lâfzıyla yetinmeyip özüne de bakılmalıdır ve hükmün sözü ve özünün birbirine uymaması hâlinde, hükmün özü esas alınmalıdır²². Nitekim suçta ve cezada kanunilik ilkesinin düzenlendiği TCK'nın 2. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz" ifadesine rağmen, aynı maddenin 3. fıkrasında TCK hükümlerinin amaçsal olarak yorumlanmasına izin verilmiştir²³. Kanaatimizce TCK'nın 2. maddesinde geçen "açıkça" ifadesi gibi TTK'nın 340. maddesinde yer alan "açıkça" ifadesinden de, amaçsal yorum yapılamayacağı sonucu çıkarılamaz. Ancak, yapılan yorum sonucunda sapma izninin hiçbir tereddüte yer bırakmayacak kadar açık bir şekilde anlaşılması gerekir. Aksi takdirde sapmaya izin verilmediği kabul edilmelidir²⁴. Bu nedenle anonim şirketlerle ilgili bir hükmün aksinin düzenlenmesine izin verilip verilmediği tespit edilirken genel yorum kurallarına nazaran daha dikkatli olunmalı, özellikle kıyas²⁵ anlamına gelecek yorumlardan kaçınılmalıdır.

Anonim şirketlere ilişkin bir hükmün aksinin esas sözleşme ile düzenlenmesine izin verilip verilmediğinin tespiti açısından TTK'nın 531. maddesi ile 425. maddeleri örnek olarak incelenebilir.

TTK m. 531:

Bu hükme göre, sermayenin "en az" onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahiplerine haklı sebeplerin varlığında, şirketin feshini talep etme hakkı tanınmıştır. Kanaatimizce haklı nedenle fesih hakkının kullanılabilmesi için öngörülen esas sermayenin "en az" onda birine ya da yirmide birine sahip olma şartı, esas sözleşme ile ne ağırlaştırılabilir ne de hafifletilebilir. TTK'nın 531. maddesinde yer alan "en az" ifadesiyle bu oranın asgarî bir oran olduğu, dolayısıyla azlık oranının düşürülmesine izin verilmediği açık bir şekilde belirtilmiştir. Söz konusu hükmün amaçsal yorumundan da farklı bir sonuca ulaşılmamalıdır. Zira Kanun koyucu sadece genel kurulu toplantıya çağrı hakkında (TTK m. 411/I) azlık oranlarının düşürülmesine açıkça izin verirken, haklı nedenle fesih hakkı ve diğer azlık haklarında

²¹ Bkz. **Bendfeld, Heiner**, Die Satzungsstrenge im Aktienrecht und ihre Bedeutung für die Rechtssicherheit, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Wien 1999, s. 103 vd.; **Eckardt, Ulrich**, in Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropf, AktG, Band I, München 1984, § 23, Rn. 108.

²² Bkz. **Dural/Sarı**, Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2004, s. 102; **Röhrich**, Grosskomm, AktG, § 23, Rn. 170, 174.; Aynı yönde bkz. Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s. 364.

²³ Söz konusu hükümde, ceza normlarının sadece kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanmasına izin verilmemiştir. 765 sayılı Mülga TCK'nın 1. maddesinde de "Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez" şeklinde bir ifade kullanılmış olmasına rağmen, ceza hukuku kaynaklarının yorumunda kanun koyucunun amacını belirlemek için yorum yapılabileceği savunulmuştur. Bkz. Yrg. 2. CD, T. 20.02.1992, E. 1085, K. 2028 (<http://www.kazanci.com.tr>).

²⁴ Bkz. **Röhrich**, Grosskomm., AktG, § 23 Abs. 5, Rn. 170, 174.

²⁵ Kıyas, kanunlarda düzenlenen belli bir hukukî durum ve ilişki için konulmuş hükümlerden yararlanarak, o durum ve ilişkiye benzeyen fakat yasalarda düzenlenmemiş bir durum ve ilişkiyi çözümleme yöntemidir. Bkz. Yrg. 7. CD, T 07.04.1999, E. 2285, K. 3278.

böyle bir izni vermemiştir. Bu nedenle TTK'nın 411. maddesi, azlık oranının indirilebilmesi konusunda bir istisna oluşturmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, anonim şirketlere ilişkin bir hükümden sapmaya izin verilip verilmediğinin tespiti konusunda yapılacak değerlendirmelerde kıyas anlamına gelecek yorumlardan kaçınılması gerektiğinden, genel kurulu toplantıya çağrı hakkı konusundaki istisnai hükmün kıyasen haklı nedenle fesih hakkına uygulanarak genelleştirilmesi mümkün değildir. 6762 sayılı TTK'da hiç tanınmamış olan bu hakkın, 6102 sayılı TTK'da esas sermayenin "en az onda birini temsil eden pay sahiplerine" tanınmış olması tâbii karşılanmalıdır. Dikkate alınması gereken bir husus da, azlık haklarına ilişkin hükümlerin amacı, sadece azlığı korumak değil, aynı zamanda azlık ve çoğunluk arasındaki çıkar çatışmalarını dengelemektir. Türk hukukunda Moroğlu²⁶, haklı nedenlerle fesih davası açma hakkını haiz olan azınlık oranının anasözleşme ile düşürülebilmesine kapının açık bırakılmasının sakıncalı olacağını ileri sürmüştür. Pulaşlı²⁷ ise, azınlık hakları ile ilgili Kanunda öngörülen oranların hafifletilip hafifletilemeyeceğine ilişkin yaptığı genel değerlendirmede, Kanunda tanınmış olan azınlık haklarının emredici nitelikte olduğunu, bu nedenle bu hakların esas sözleşmeye konulacak hükümlerle hafifletilmesinin mümkün olmadığını, bunun tek istisnasının, azınlığın genel kurulu toplantıya çağırması hakkında (TTK m. 411/1) tanındığını, ancak bu maddedeki istisnanın diğer hükümlere yorum yoluyla uygulanmasının olanaklı olmadığını ifade etmiştir. Ancak yazar 531. maddede öngörülen orana ilişkin yaptığı değerlendirmede yukarıdaki değerlendirmesiyle çelişen bir görüşü benimsemiştir. Yazar, 531. maddede öngörülen oranın pay sahiplerinin lehine olarak esas sözleşme ile indirilmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır. Yazar bu görüşüne gerekçe olarak esas sözleşme ile bu oranların hafifletilmesine engel bir yasal hükmün olmadığını ileri sürmektedir. Ayrıca 531. maddenin kaynağının İsviçre BK'nun 736. maddesi olduğunu ve İsviçre hukukunda bu oranların esas sözleşme ile hafifletilebileceği görüşünün hakim olduğunu belirtmektedir²⁸. Yazarın bu görüşüne katılma olanağı yoktur. Zira TTK'nın 531. maddesinin kaynağı olan İsviçre hukukunda, söz konusu oranların esas sözleşme ile düşürülmesinin mümkün olduğunu savunan yazarlar bulunmakla birlikte, İsviçre anonim şirketler hukukunda emredici hükümler ilkesinin geçerli olmadığını unutulmaması gerekir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, emredici hükümler ilkesinin kabulünden sonra, yasaklanmayan her konuda esas sözleşme ile düzenleme yapma özgürlüğünün bulunduğunu savunmak, emredici hükümler ilkesi ile bağdaşmaz. Bilakis esas sözleşmenin Kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme öngörebilmesi için, Kanunun buna açıkça izin vermiş olmasını arayacağız.

Diğer taraftan TTK'nın 531. maddesinin lâfzî yorumundan, öngörülen oranın esas sözleşme ile artırılabilirliği sonucu çıkmaktadır. Zira kullanılan "en az" ibaresi asgarî oranı belirttiğine göre, bu oranın artırılmasına izin verildiği sonucuna varılabilir. Kanaatimizce lâfzî yorumdan çıkan bu anlam tereddüt uyandıracak niteliktedir. TTK'nın 531. maddesinde düzenlenen hak, bir azlık hakkı olup bu hakların azlığa tanınmasının en önemli amacı, çoğunluk gücü karşısında azlık pay sahiplerinin durumunu güçlendirmektir. Bu nedenle azlık haklarının çoğunluk kararıyla sınırlandırılması veya kullanılmasının güçleştirilmesine izin vermek bu hakların amacıyla bağdaşmaz. Bu nedenle TTK'nın 531. maddesinde öngörülen oranların artırılmasına izin verilmediği sonucuna varılmalıdır.

²⁶ Moroğlu, Erdoğan; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 4. Bası 2006, s. 279.

²⁷ Bkz. Pulaşlı, Hasan; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 372.

²⁸ Bkz. Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 373.

TTK m. 425:

TTK'nın 425. maddesi uyarınca, pay sahibi, paylarından doğan haklarını kullanmak için, genel kurula kendisi katılabileceği gibi, pay sahibi olan veya olmayan bir kişiye temsilcisi sıfatıyla genel kurula yollayabilir. *Temsilcinin pay sahibi olmasını öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir.*

Söz konusu hükümde sadece temsilcinin pay sahibi olmasını öngören sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu öngörüldüğünden, örneğin temsilcinin sadece 3. dereceye kadar aile bireyleri arasından seçilme zorunluluğunu getiren bir esas sözleşme hükmü ile temsilci olarak ancak mesleği gereği sır saklamakla yükümlü bir kişinin seçilebileceğini öngören bir esas sözleşme hükmünün geçerli olduğu, 6762 sayılı TTK'ya göre savunulabilirken, 6102 sayılı TTK'ya göre savunulamaz. Zira 6762 sayılı TTK'ya göre, Kanun'da açıkça yasaklanmayan her konu, kural olarak esas sözleşme ile düzenlenebilirken, 6102 sayılı TTK'nın 340. maddesine göre, esas sözleşme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun'da açıkça izin verilmesi hâlinde sapabilmektedir.

Ancak seçilecek temsilcinin pay sahipleri, pay sahiplerinin aile bireyleri veya mesleği gereği sır saklamakla yükümlü olan kişilerden biri olmasını şart koşan esas sözleşme hükümleri 6102 sayılı TTK'ya göre de geçerli kabul edilmelidir. Bu konuda kanun hükmünün lafzından sapma izni çıkmasa da, ilgili hükmün amacından ve menfaatler dengesinden, sapmaya izin verildiği sonucuna varılabilir. Zira söz konusu esas sözleşme hükmünde, pay sahibine bir başka pay sahibini temsilci olarak seçme hakkı verildiği gibi, pay sahibi olmayan aile bireyleri veya mesleği gereği sır saklamakla yükümlü olan kişileri de seçme imkânı tanınmaktadır. Dolayısıyla bir taraftan pay sahiplerine yeterli ölçüde bir seçme özgürlüğü tanınmak suretiyle onların bu konudaki menfaati korunurken, diğer taraftan da böyle bir düzenleme ile aile şirketlerine ilişkin bilgi ve sırların üçüncü kişilere ifşa edilmesi tehlikesi büyük ölçüde önlenmiş olmaktadır.

Alman hukukunda savunulan bir görüşe göre²⁹, esas sözleşmede yer alan bir konu hakkında Kanunda herhangi bir hüküm yoksa, Kanunun konu hakkında susmuş olmasından, bu konuda öngörülen sözleşme hükmünün Kanun hükmünden sapma anlamına geldiği sonucuna varılabilir ve söz konusu sözleşme hükmü geçersiz kabul edilebilir. Türk hukukunda Pulaşlı³⁰ bu görüşü savunmaktadır. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Kanun hükümlerinden sapma, açıkça izin verilmiş olma şartına bağlandığından, böyle bir sapma da mantıklı olarak yine ancak somut bir hükme dayanırılabilir³¹. Dolayısıyla Kanunda açıkça düzenlenmemiş bir konuda kural olarak sapma da söz konusu olamaz. Aksinin kabulü halinde, anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğü gereğinden fazla sınırlanmış olur. Emredici hükümler ilkesini düzenleyen TTK'nın 340. maddesi, esas sözleşme özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırmamaktadır, sadece belli konularda öngörülen Kanun hükümlerinin esas sözleşme hükümleri karşısındaki önceliğini garanti altına almaktadır. Eğer bir konu hakkında Kanun'da herhangi bir hüküm yoksa, bu durumun konunun olumsuz şekilde düzenlenmek istendiği anlamına mı geldiği, yoksa ortada gerçekten bir kanun boşluğu mu bulunduğu tespit edilmesi gerekir. Yapılan değerlendirmede kanun koyucunun konu hakkında bilinçli olarak

²⁹ Bkz. **Mertens**, KölnerKomm., AktG, Vorbem. § 76, Rn. 11; Hüffer, Aktiengesetz, 5. Aufl. § 23, N. 35.

³⁰ **Pulaşlı, Hasan**; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 364.

³¹ Bkz. **Gessler, Ernst**, Bedeutung und Auslegung des § 23 Abs. 5 AktG, Festschrift für Martin Luther zum 70. Geburtstag, München 1976, s. 69, 73; **Luther**, FG Hengeler, s. 171; **May, Peter**, Die Sicherung des Familieneinflusses auf die Führung der börsengehandelten Aktiengesellschaft, Köln 1991, s. 66; **Röhrich**, Grosskomm., AktG, § 23 Rn. 168.

düzenleme yapmadığı sonucuna varılması hâlinde, bu konuda öngörülen esas sözleşme hükümleri geçersiz kabul edilmelidir. Örneğin TTK'da azlığın haklı nedenle fesih davasını hangi sürede açacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce kanun koyucu bu dava için bilinçli olarak bir süre öngörmemiştir. Bu nedenle dava hakkı kural olarak bir süreye tabi tutulamaz. Özellikle haklı sebeplere ilişkin delillerin temin edilmesi ve değerlendirilmesi için gerekli olan süreden daha az bir sürenin öngörülmesi mümkün değildir. Ancak dava açmaya yetkili olanlar, haklı sebebin öğrenilmesinden itibaren uzun bir süre sessiz kalmış ve bu davranışları ile artık dava hakkından feragat ettikleri izlenimi yaratmışlarsa, açılan dava dürüstlük kurallarına aykırı bulunup reddedilebilir³².

Buna karşılık Kanun'da düzenleme olmaması, konunun kanun koyucu tarafından unutulduğu veya bilişsiz olarak bir düzenleme yapılmadığı anlamına geliyorsa, bu durumda konunun esas sözleşme hükümleriyle düzenlenmesi mümkündür³³. Örneğin, TTK'nın 493. maddesinin 1. fıkrasına göre, “şirket, esas sözleşmede öngörülmüş önemli bir sebebi ileri sürerek veya devredene, paylarını, başvurma anındaki gerçek değerleriyle, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek, onay istemini reddedebilir.” Buna göre, esas sözleşmede gerçek değerden daha az bir değer için esas alınacağına ilişkin bir hüküm öngörülmesi mümkün değildir. Buna karşılık gerçek değer tespitine ilişkin bir metodun esas sözleşme ile belirlenmesi mümkündür. Zira metod konusunda Kanun'da herhangi bir hükmün olmaması, konunun olumsuz şekilde düzenlenmek istendiği şeklinde yorumlanamaz. Dolayısıyla gerçek değer tespitine ilişkin bir metodun esas sözleşme ile öngörülmesi, Kanun hükümünden sapmamakta, bilakis onu tamamlamaktadır. Ancak objektif esaslara dayanmayan bir metod benimsenemez.

Yine TTK'da yönetim kurulu sözcülüğü düzenlenmediği halde, esas sözleşme ile bu konuda bir düzenleme yapılabilir. Söz konusu düzenleme kanun hükümlerinden sapmamakta, kanun hükümlerini tamamlamaktadır.

TTK'nın 340. maddesi, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden sapmaya ancak esas sözleşme yoluyla izin verdiği için, bu konuların esas sözleşme dışında iç yönetimlik veya genel kurul kararı ile düzenlenmesi mümkün değildir.

Emredici hükümler ilkesi uyarınca, kural olarak bütün anonim şirket hükümleri emredici olduğundan, dolayısıyla esas sözleşme ile aksinin kararlaştırılması kural olarak mümkün olmadığından, değişik maddelerde ayrıca belli konuların esas sözleşmeyle Kanundaki düzenleme şekline farklı olarak düzenlenemeyeceğinin açıkça ifade edilmesine gerek bulunmamaktadır. Yani esas sözleşme ile anonim şirketlere ilişkin hangi Kanun hükümlerinin aksinin kararlaştırılmayacağına açıkça ifade edilmesi yerine, esas sözleşmenin anonim şirketlere ilişkin hangi Kanun hükümlerinden sapabileceğinin belirtilmesi gerekir. Ancak emredici hükümler ilkesinin kabulüne rağmen, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin bazı hükümlerinde, esas sözleşmeyle, belli konuların Kanundaki düzenleme şekline farklı olarak düzenlenemeyeceği, “*aksine anlaşma yapılamaz*”, “*aksine anlaşma geçersizdir*”, “*sınırlandırılamaz*” gibi terimlerle ayrıca ifade edilmiştir. Emredici hükümler ilkesinin kabulünden sonra, bazı maddelerin esas sözleşme veya genel kurul kararıyla aksinin kararlaştırılmayacağı vurgulanırken bazı maddelerde ise böyle bir ifadeye yer verilmemesi, bu maddelerin emredici olmadığı intibahı uyandırabilir. Örneğin, pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkını düzenleyen TTK'nın 437. maddesinin 6. fıkrasında “*Bilgi alma ve inceleme hakkı esas sözleşmeyle ve şirket organlarından birinin kararıyla kaldırılamaz ve sınırlandırılamaz*” ifadelerine yer verilirken, pay sahiplerinin genel kurula katılma haklarını düzenleyen

³² Bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, s. 834.

³³ Bkz. **Gessler**, FS für Luther, s. 69, 73; **May**, s. 67.

TTK'nın 425. maddesinde bu tür bir ifade bulunmamaktadır. Ancak emredici hükümler ilkesi uyarınca genel kurula katılma hakkının da, bilgi alma ve inceleme hakkı gibi esas sözleşme ile sınırlandırılması mümkün değildir. Bu nedenle değişik maddelerde belli konuların esas sözleşmeyle Kanundaki düzenleme şeklinden farklı olarak düzenlenebileceği ifadesine yer verilmemelidir.

B. Anonim Şirketlere İlişkin Kanun Hükümlerini Tamamlayıcı Esas Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği

Alm. POK'nın aksine³⁴ TTK'da anonim şirketlere ilişkin Kanun hükümlerini tamamlayıcı nitelikteki esas sözleşme hükümlerinin geçerli olup olmadığı açıkça düzenlenmemiştir. TTK'nın 340. maddesinin ikinci cümlesinde sadece özel kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin o kanunlara özgülenmiş olarak hüküm doğurdıklarından bahsedilmiştir³⁵.

Emredici hükümler ilkesi, esas sözleşme özgürlüğünü önemli ölçüde sınırladığından, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin emredici hükümlerine aykırı esas sözleşme hükümleri ile bu hükümleri tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri ayrımının çok iyi tespit edilerek tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin geçerli olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Kanun hükümlerini tamamlayıcı sözleşme hükümleri ile, kanun hükümlerinden sapmayan, sadece kanun hükümlerini somutlaştıran veya kanun boşluklarını dolduran³⁶ sözleşme hükümleri kastedilmektedir³⁷. Kanun hükümlerini tamamlayıcı sözleşme hükümleri ile tamamlayıcı yedek hukuk kuralları birbirine karıştırılmamalıdır. Tamamlayıcı yedek hukuk kuralları taraflarca geçerli biçimde aksi kararlaştırılabilen ve ancak tarafların aksine bir anlaşma yapmaması hâlinde uygulama alanı bulabilen kanun hükümleridir. Bu hükümler, tarafların yaptıkları bir sözleşmede düzenlemedikleri bir hususu tamamlayıcı, yani sözleşmedeki bir boşluğu doldurucu rol oynarlar. Buna karşılık burada inceleme konusu olan "*kanun hükümlerini tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri*" esas sözleşmelerdeki boşlukları değil, kanun hükümlerinde yer alan boşlukları doldurmakta veya mevcut bir kanun hükmünü somutlaştırmaktadır.

Kanaatimizce açık bir düzenleme olmasa da, tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin prensip olarak geçerli olması gerekir. Zira TTK'nın 340. maddesi, sadece anonim şirketlere ilişkin Kanun hükümlerinden sapmayı yasaklamaktadır. Oysa Kanun hükümlerini tamamlayıcı sözleşme hükümleri, emredici hükümlere dokunmamakta, sadece mevcut hükümleri somutlaştırmakta ya da kanun boşluklarını doldurmaktadır. Dolayısıyla, emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla, tamamlayıcı hükümlerin esas sözleşmede kararlaştırılması mümkündür. 340. maddenin gerekçesinde yer alan bazı ifadeler³⁸ de vardığımız bu sonucu doğrulamaktadır.

³⁴ Alm. POK'nın 23. paragrafının 5. fıkrasına göre, "*...Tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri geçerlidir, meğer ki bu Kanun konuyu tüketici bir biçimde (tahdidi) düzenlemiş olsun.*"

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda II. C.

³⁶ Boşluk türleri ve doldurulma yöntemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kırca, Çiğdem, Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama**, AÜHF, Yıl 2001, C. 50, Sa. 1, s. 91 vd.

³⁷ Bkz. **Röhrich**, Grosskomm, AktG, § 23 Rn. 186.

³⁸ "340. madde, bu kanunun herhangi bir hükmünden açıkça anlaşılmasa bile, esas sözleşme ile, yönetim kurulu üyeleri başta olmak üzere yöneticiler, denetçiler, işlem denetçileri ve benzeri kişiler için yaş, ek meslekî nitelikler ve kişisel şartlar konulmasına; komisyonlar ve kurullar oluşturulmasına; şeref başkanlıkları ve danışma konseyleri ihdas olunmasına, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına engel değildir. Çünkü, her anonim şirket, yöneticilerinde ka-

TTK'nın bazı hükümlerinde, tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin öngörülebileceği açıkça belirtilmiştir. Belirli pay gruplarına ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tanınması (m. 360, f. 1), yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme haklarının genişletilmesine ilişkin hükümler (m. 392 f. 6), tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin düzenlenmesine açıkça izin veren başlıca hükümlerdir.

Alman hukukunda bazı yazarlar, tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin sadece yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi, Kanunun açıkça izin verdiği hâllerde geçerli olduğunu ileri sürmüştür³⁹. Kanaatimizce bu görüş Alman POK'nın 23. maddesinin 5. fıkrası ve TTK'nın 340. maddesi ile bağdaşmamaktadır. Esas sözleşme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden, ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabildiği hâlde, söz konusu hükümlerin esas sözleşme ile tamamlanması için açık bir izne gerek bulunmamaktadır⁴⁰. Bir sözleşme hükmü, kanun hükmünü, onun anlamına uygun bir şekilde daha ayrıntılı bir şekilde düzenliyor veya somutlaştırıyorsa, TTK'nın 340. maddesine aykırılıktan bahsedilemez⁴¹. TTK'da esas sözleşmenin düzenlediği konuyla ilgili herhangi bir hüküm yoksa ve bu durum bir kanun boşluğu anlamına geliyorsa, bu boşluğun esas sözleşme ile anonim şirketler hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde doldurulmasında hiçbir sakınca bulunmamaktadır. Buna karşılık esas sözleşme ile düzenlenen konuda, TTK'da tahdidi bir hüküm bulunuyorsa, esas sözleşme hükmü geçersiz sayılmalıdır.

Bu değerlendirmelere göre, esas sözleşme ile örneğin, yönetim kurulu üyeleri için Kanunda belirtilen şartlar dışında başka kişisel şartların aranması, danışma kurullarının oluşturulması, yönetim kurulu sözcülüğünün öngörülmesi⁴², eşitliğe uymak şartıyla pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme haklarının genişletilmesi⁴³, TTK'nın 447. maddesinde sayılan sebeplere benzer başka butlan nedenlerinin öngörülmesi, mümkündür.

Alman hukukunda Hirte tarafından savunulan bir görüşe göre⁴⁴, şirket pay sahipleri, alacaklıları ve işçilerin haklarını genişleten tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri her zaman geçerli kabul edilmelidir. Yazar bu sonuca emredici hükümler ilkesinin belirtilen kişilerin menfaatini koruyan sosyal amaçlı bir ilke olduğundan hareketle varmıştır. Kanaatimizce bu görüş doğru değildir. Zira emredici hükümler ilkesi sadece sosyal amaçları olan bir ilke değil, aynı zamanda sermaye piyasasının işleyişini sağlamayı da amaçlamaktadır⁴⁵. Ayrıca emredici hükümler ilkesinin çeşitli menfaat grupları arasındaki çıkar çatışmalarını da dengelemeye hizmet ettiği unutulmamalıdır.

nunda öngörülenlere ek olarak nitelikler aramak, yaş sınırları koymak ve danışma kurulları kurmak hakkına sahiptir."

³⁹ Bkz. **Mertens**, Kölner Komm, AktG, Vorbem., § 76, 12.

⁴⁰ Bkz. **May**, s. 67 vd.

⁴¹ Bkz. **Friedewald**, s. 119.

⁴² **Röhricht**, Grosskomm, AktG, § 23 Rn. 190; **Hüffer**, AktG, § 23 Rn. 38; **Luther**, FG Hengeler, s. 177.

⁴³ Bkz. **Kraft**, Kölner Komm, AktG, § 23 Rn. 190; **Hüffer**, AktG, § 23 Rn. 38; **Röhricht**, Grosskomm, AktG, § 23 Rn. 190; **Pentz**, MünKomm, AktG, München 2000, § 23, Rn. 161.

⁴⁴ Bkz. ZGR, Sonderheft 13, s. 86.

⁴⁵ Bkz. **Bendfeld**, s. 64.

C. Diğer Kanunların Öngörülmesine İzin Verdiği Tamamlayıcı Esas Sözleşme Hükümleri

TTK'nın 340. maddesine göre, “Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar”.

TTK'nın 340. maddesinde açıkça belirtildiği üzere, sadece TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümleri kural olarak emredici sayılmıştır. TTK'nın anonim şirketler dışındaki hükümleri ve anonim şirketler ile ilgili olmakla birlikte diğer kanunlarda yer alan hükümler, 340. maddenin kapsamı dışındadır. TTK'nın anonim şirketlere ilişkin olmayan hükümlerinin emredici olup olmadığı ve bu hükümlerden esas sözleşme ile sapmanın geçerli sayılıp sayılmadığı, genel yorum kuralları çerçevesinde belirlenmelidir⁴⁶.

TTK'nın 340. maddesinin 2. cümlesi ile SerPK, BankK gibi özel kanunlara sadece kendi konuları çerçevesinde serbesti tanımak istenmiştir⁴⁷. Ancak “özel hüküm genel hükümden önce uygulanır” temel ilkesi dikkate alındığında, TTK'nın 340. maddesinin ikinci cümlesinin gereksiz bir hüküm olduğu sonucuna varmak gerekir. Zira söz konusu ilke uyarınca, kanun koyucunun özel amaçlarla çıkardığı ve somut sorunlara özgün çözüm yolları benimsediği kanunun uygulamada öncelik taşıması gerekir⁴⁸. Nitekim TTK'nın 330. maddesinde de, TTK hükümlerinin ancak özel kanunlarda hüküm bulunmayan hâllerde uygulanacağı ifade edilmek suretiyle, bu kanunların TTK hükümlerinden farklı olan hükümlerinin geçerli olduğu ve öncelikle uygulanacağı kabul edilmiştir⁴⁹. Dikkate alınması gereken bir husus da, TTK'nın 340. maddesinin TBMM'ne sunulmasından önceki hâlinde yer alan “bu kanun ile diğer kanunlardaki düzenleme çelişirse bu kanun hükümleri üstün tutulur” şeklindeki üçüncü cümlesinin TBMM Adalet Komisyonu tarafından çıkarılmasıdır. Söz konusu cümlelerin doktrinde yapılan eleştiriler doğrultusunda⁵⁰ kaldırılmış olması ve TTK'nın 330. maddesinde yer alan “Özel kanunlara bağlı anonim şirketlere, kanunlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla bu Kısım hükümleri uygulanır” ifadesi birlikte değerlendirildiğinde, TTK'nın, eski tarihli özel kanunları kaldırmayı değil, tam tersine bu kanunların yürürlüğünü muhafaza etmesini amaçladığı sonucuna varılabilir. Dolayısıyla, özel kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri, TTK'nın kabulünden sonra da, geçerliliğini koruyacağı gibi, bu kanunların emredici hükümlerinin, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin emredici bir hükmü ile çelişmesi hâlinde de, özel kanun hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekmektedir⁵¹. Örneğin SerPK'nın 13. maddesinin

⁴⁶ Bkz. **Röhrich**, GrossKomm, AktG, § 23, Rn. 172.

⁴⁷ Söz konusu hükümün gerekçesinde, bu hükmün amacı, anonim şirketlere ilişkin çoğu kez gereksiz, sistem bozucu ve yorum gücünü yaratıcı maddî hukuk kuralları içeren kanunlara kendi konuları çerçevesinde serbesti tanımak olarak ifade edilmiştir. Bkz. TTK 340. maddesinin gerekçesi.

⁴⁸ Bkz. **Manavgat, Çağlar**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2005, C. II, Sa. 1, s. 527; **Moroğlu, Erdoğan**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı İle Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, Değerlendirme ve Öneriler, 4. Bası, Ankara 2006, s. 146 vd.

⁴⁹ Bkz. **Manavgat**, s. 526; **Moroğlu**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, s. 147; **Pulaşlı**, Yeni Şirketler Hukuku, s. 370.

⁵⁰ Bkz. **Moroğlu**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, s. 147.

⁵¹ Örneğin TTK'nın 434. maddesinin 2. fıkrasında, her payın en az bir oy hakkının olduğu emredici bir şekilde belirtilmiş olmasına rağmen, SerPK'nın 14/A maddesi, halka açık anonim şirketlere oydan yoksun pay çıkarma hakkı tanımıştır. Bu durumda SerPK özel kanun olduğundan, halka açık anonim şirketlerde oydan yoksun pay çıkarma hakkı bakımından TTK hükümleri değil, SerPK hükümleri öncelikle uygulanacaktır.

6. fıkrasına göre, "Tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senedi ihraç yetkisi, esas sözleşme ile yönetim kuruluna devredilebilir. Bu takdirde Türk Ticaret Kanununun 423 ve 424'üncü maddeleri uygulanmaz.

Kanaatimizce, TTK'nın 340. maddesinin TBMM'ne sunulmasından önceki hâlinde yer alan "bu kanun ile diğer kanunlardaki düzenleme çelişirse bu Kanun hükümleri üstün tutulur" şeklindeki üçüncü cümlesinin TBMM Adalet Komisyonu tarafından çıkarılmasından sonra, "...diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar" şeklindeki ikinci cümlelerin de hiç bir anlamı kalmamıştır. Zira özel kanunların emredici hükümlerinin, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin emredici bir hükmü ile çelişmesi hâlinde bile, özel kanun hükümleri öncelikle uygulanacağına göre, bu kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri evleviyetle geçerli olacaktır. Örneğin Bankacılık Kanununa göre bankaların yönetim kurulları genel müdür dahil beş kişiden az olamaz. Bu Kanunda genel müdür için öngörülen şartlar, yönetim kurulu üyelerinin yarısından bir fazlası için de aranır. Murahhas üyelerin genel müdürde aranan şartları taşımaları zorunludur. Yine BankK'nın 24. maddesine göre, bankalarda, icra yetkisi olmayan yönetim kurulu üyeleri arasından seçilecek en az 2 üyeden oluşan bir denetim komitesinin kurulması gerekmektedir.

TTK'nın 330. maddesi ve özel kanunun öncelikle uygulanacağı genel hukuk kuralına rağmen, TTK'nın birçok maddesinde ayrıca özel kanun hükümlerinin saklı tutulmuş olması⁵² gereksizdir. Bu durum özel kanunlara atıfların yapılmadığı maddelerde özel kanunların uygulama alanı bulmayacağı yorumlarının yapılmasına da yol açmaktadır. Örneğin, kayıtlı sermaye sistemine ilişkin olarak TTK'nın 460. maddesinin 7. fıkrasında SerPK hükümleri saklı tutulduğu hâlde, esas sermaye sistemine ilişkin olarak 459. maddede SerPK hükümleri saklı tutulmamıştır. Oysa halka arz bakımından her iki sistemde de, SerPK hükümleri ve bu Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılmış SPK tebliğleri uygulama alanı bulacaktır⁵³. Yine yukarıda belirtildiği üzere, TTK'nın 434. maddesinin 2. fıkrasında, her payın en az bir oy hakkının olduğu emredici bir şekilde belirtilmiş olmasına rağmen, SerPK'nın 14/A maddesi, halka açık anonim şirketlere oydan yoksun pay çıkarma hakkı tanımıştır. Bu durumda SerPK özel kanun olduğundan, SerPK saklı tutulmamış olsa bile, halka açık anonim şirketlerde oydan yoksun pay çıkarma hakkı bakımından TTK hükümleri değil, SerPK hükümleri öncelikle uygulanacaktır. Belirtilen nedenlerle TTK'da özel kanun hükümlerinin sadece genel bir maddede (m. 330) saklı tutulması, bunun haricinde münferit hükümlerde özel kanun hükümlerine yapılan göndermelerin kaldırılması yerinde olacaktır⁵⁴.

D. Emredici Hükümler İlkesine Aykırılığın Sonuçları

Emredici hükümler ilkesini düzenleyen TTK'nın 340. maddesinde, emredici hükümlere aykırı esas sözleşme hükümlerinin nasıl bir sonuç doğuracağı belirtilmemiştir. Bu nedenle konuyu genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin genel hükümlere göre değerlendirmek gerekir. Yani, bir esas sözleşme hükmü veya genel kurul kararı, TTK'nın emredici bir hükmüne aykırılık teşkil ediyorsa, aksi kararlaştırılmayan maddî hukuk normunu ihlâl etmiş sayılır. Dolayısıyla bu konuda TTK'nın 340. maddesi değil, 445. ve 447. maddeleri esas alınmalıdır. Yani bazı Alman yazarlarca iddia edildiğinin aksine, anonim şirketlere ilişkin her emredici hükme aykırılık butlan sonucunu doğurmaz, ihlâl edilen hükmün niteliğine göre iptaledilebilirlik, butlan veya

⁵² Bu konudaki örnek hükümler için bkz. TTK m. 332; 344; 387; 414; 460; 528.

⁵³ **Manavgat**, s. 547.

⁵⁴ Aynı yönde bkz. **Aytaç, Zühtü**; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Payscaleliği Hakları, TTK Tasarısı'nın Sermaye Piyasası İle İlgili Hükümleri, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans, 16-17 Aralık 2008, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, s. 64.

yokluk söz konusu olabilir. Dikkate alınması gereken bir husus da, TTK'nın kabul ettiği emredici hükümler ilkesi nedeniyle, anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kural olarak emredici nitelikte olmasıdır. Emredici hükümler ilkesinin kabulünden sonra, bütün emredici hükümlere aykırılığın butlana yol açtığını savunmak, butlan hâllerinin kural olduğunu kabullenmek anlamını taşır. Oysa butlan sebeplerinin düzenlendiği TTK'nın 447. maddesinden de anlaşıldığı üzere, esas sözleşme hükümlerinin veya genel kurul kararlarının butlan sonucunu doğurması istisnadır. Söz konusu maddede konusu itibarıyla bâtil olan genel kurul kararları, bazı niteliklere sahip pay sahipliği haklarını kaldıran veya sınırlandıran, anonim şirketin temel yapısını bozan ve sermayenin korunması ilkesine aykırı olan kararlara özgülülmüştür. Bunun dışındaki bâtil genel kurul kararlarının tespitinde, *butlanın ikincilliği ilkesi* uygulanmalıdır. Her ne kadar TTK'nın 447. maddesinde yer alan "*özelliikle*" ifadesinden, sayılan butlan nedenlerinin temel nedenler olduğu, bu nedenlere benzer diğer nedenlerin de butlan nedeni olabileceği sonucuna varılsa da, 445. maddede sayılan iptal nedenleri daha genel olduğundan, butlan yaptırımını istisnaî bir yaptırım olarak kabul edilmelidir.

Anonim şirket ilişkileri bakımından büyük bir önem arz eden hukukî güvenliğin sağlanması⁵⁵ ve gereksinimi de, iptaledilebilirlik hâlinin kural, butlanın ise istisna olarak kabulünü zorunlu kılmaktadır⁵⁶. Genel kurul kararlarının alınmasından yıllar sonra bile butlanın ileri sürülebilmesi tehlikesi ve tehdidi, şirket yönetiminde, pay sahiplerinde, alacaklılarda ve sermaye piyasasındaki potansiyel yatırımcılarda büyük tedirginliğe sebep olabilir. Zira yıllar sonra da olsa bir genel kurul kararının butlanının mahkemece tespiti, o kararı baştan itibaren geçersiz kılmakta ve kararın kurduğu birçok ilişkiyi çoğu kez geriye etkili olarak ortadan kaldırmaktadır⁵⁷.

Bütün emredici hükümlere aykırılığın butlan sonucunu doğurmadığı, bizzat TTK'nın 446. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinden de anlaşılmaktadır. Genel kurulun davetine, genel kurul toplantısına katılma ve gündemin ilânına ilişkin hükümler, TTK'nın 410. ve devamı maddelerinde emredici olarak düzenlenmesine rağmen, TTK'nın 446. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde⁵⁸ söz konusu hükümlere aykırılıklar iptal nedeni olarak sayılmıştır.

Sonuç olarak TTK'nın 340. maddesi, sadece TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin kural olarak aksinin kararlaştırılmayacağını öngördüğünden, söz konusu hükümlere aykırı düzenlemelerin ne tür sonuçlar doğuracağı, genel hükümsüzlük kurallarına göre tespit edilmelidir. Bu tespit yapılırken esas sözleşme hükümleri veya genel kurul kararlarının hangi emredici hükmü ihlâl ettiğine bakmak gerekir. Emredici hükümlere aykırılık, ihlâl edilen hükmün niteliğine göre iptaledilebilirlik, butlan veya yokluk şeklinde ortaya çıkabilir. 447. maddede sayılan ihlâl hâlleri ve bunlara benzer diğer nedenler butlan sonucunu doğurur. Bu maddede sayılanlar dışındaki emredici hükümlere aykırılık ise iptaledilebilirlik veya yoklukla hükümsüz sayılmalıdır⁵⁹. Ancak bir esas sözleşme hükmü ya da genel kurul kararı, TTK'da yer alan herhangi bir emredici hükmü değil de, emredici hükümler ilkesini ortadan kaldırmayı amaçlıyorsa, söz konusu esas sözleşme veya genel kurul kararları bâtil sayılmalıdır. Zira emredici hü-

⁵⁵ Hukukî güvenlik endişesi, iptal davasının kısa bir hak düşürücü süreye bağlanmasını gerektirmiştir.

⁵⁶ Bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 63 vd.

⁵⁷ Bkz. TTK'nın 447. maddesinin gerekçesi.

⁵⁸ "*Toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun veya olmasın; çağrının usulü dairesinde yapılmadığını; gündemin gereği gibi ilân edilmediğini; genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin toplantıya katıldığını ve bunun karara etkili olduğunu iddia eden, yönetim kurulu ve kararların yerine getirilmesi, yönetim kurulu üyelerinin kişisel sorumluluğuna sebep olacağı bunların her biri iptal davası açabilir.*"

⁵⁹ Aynı yönde **Pulaşlı**, Yeni Şirketler Hukuku, s. 376 vd.

kümler ilkesi, anonim şirketlere hakim olan temel bir ilke olduğundan, emredici hükümler ilkesinin sürekli olarak kaldırılması, anonim şirketin temel yapısı ve niteliği ile bağdaşmaz, dolayısıyla butlan nedenlerinin sayıldığı TTK'nın 447. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine aykırı olur.

TTK'da öngörülen butlan ve iptal nedenleri genel kurul kararlarına ilişkin olmakla birlikte, söz konusu nedenler ilk esas sözleşme hükümleri için de geçerli olmalıdır. Zira emredici hükümlere aykırılığın sonuçları konusunda, ilk esas sözleşmede bulunan hükümler ile genel kurul kararıyla esas sözleşmeye giren hükümler arasında bir ayırım yapmanın hiçbir haklı gerekçesi bulunmamaktadır. Kanuna aykırı esas sözleşme hükümlerinin sonucu, bu hükümlerin kabul edildiği zamana bağlı olmamalıdır⁶⁰.

Emredici hükümlere aykırılık nedeniyle hükümsüz sayılan bir esas sözleşme, ticaret siciline tescil edilmemelidir. Emredici hükümlere aykırılık, sözleşmenin zorunlu unsurlarına ilişkin ise, esas sözleşme tamamen hükümsüz sayılır. Diğer unsurlara ilişkin olan aykırılıklar ise, sadece ilgili hükümlerin hükümsüzlüğünü doğurur.

III. EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİNİN YERİNDELİĞİ

A. Emredici Hükümler İlkesinin Halka Açık Anonim Şirketler Açısından Yerindeliliği

Halka açık anonim şirketler çok sayıda pay sahibinden oluşmakta ve bu pay sahiplerinin büyük çoğunluğu şirket yönetiminde yer almayı ve yönetime aktif olarak etki etmeyi düşünmemektedir. Bu pay sahiplerinin en önemli amacı, şirkete getirdikleri birikimlerini en iyi getiri sağlayacak şekilde değerlendirmektir. Bu kişiler çoğu zaman daha fazla kâr elde etme karşılığında, oy kullanma hakkından vazgeçmeyi kabul etmektedirler. Özellikle borsaya kayıtlı şirketlerin hisselerini satın alanlar, şirketin esas sözleşmesini inceleme yerine, hisse senedinin borsadaki güncel değerini veya dağıtılacak kâr miktarını dikkate almaktadır⁶¹. Bu nedenle borsaya kayıtlı şirketlerin esas sözleşmelerinde sürpriz hükümlerin yer almaması büyük bir önem taşımaktadır. Emredici hükümler ilkesi, esas sözleşmelere belli bir standart getirerek, hukukî güvenlik ve öngörülebilirliği sağlamakta ve bu yolla mevcut ve müstakbel pay sahiplerinin menfaatini korumaktadır. Bu ilke sayesinde sermaye piyasası aktörlerinin her şirketin sözleşmesini inceleme külfeti ortadan kalkmış olmaktadır. Bir anonim şirkette pay sahibi olmak isteyen kişilerin, bu şirketin organizasyon yapısını, organlarının birbirleriyle olan ilişkilerini ve karar alma süreçlerini ve pay sahiplerinin asgarî hangi haklara sahip olduklarını önceden bilmeleri, bu şirketlere dolayısıyla sermaye piyasasına olan güveni artırmaktadır.

Anonim şirketlerde, pay sahipleri ve yatırımcılar dışında, şirketin faaliyetlerinden etkilenen ve şirketle bir menfaat ilişkisi içinde bulunan işçiler, alacaklılar, müşteriler gibi çok çeşitli menfaat sahipleri⁶² bulunmaktadır. Özellikle büyük ölçekli halka açık anonim şirketler büyük sermayeye sahip oldukları için, bu şirketlerin menfaatleri, kamuyu daha fazla ilgilendirmektedir. Emredici hükümler ilkesi şirketle ilişki içinde bulunan söz konusu menfaat sahiplerini de korumaya hizmet etmektedir⁶³.

⁶⁰ Bkz. **Huber**, FS Coing, Bd. II, s. 184; **Röhrich**, Grosskomm, AktG, § 23 Rn. 203; Aksi düşünce için bkz. **Gessler**, ZGR 1980, s. 442 vd.

⁶¹ **Kayar, İsmail**, Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması Açısından HAAO'da Kâr Dağıtımı, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'ın Anısına Armağan, s. 455 vd.

⁶² Menfaat sahipleri kavramı için bkz. **Tekinalp, Ünal**, Erişim Hakkı, Batider, C. XXIII, 2006, s. 4 vd.

⁶³ SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde de, menfaat grupları arasında mümkün olduğunca dengeli bir politika izlenmesi ve her bir hakkın birbirinden bağımsız olarak korunmasının hedeflenmesi gerektiği bir tavsiye olarak belirtilmiştir. Bkz. SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri, 3. Bölüm, 1. 2.

Alman hukukunda bazı yazarlar, mevcut pay sahiplerine veya potansiyel pay sahiplerine anonim şirketler hakkında, özellikle bu şirketlerdeki yatırımları hakkında yeterli bilgilerin verilmesi hâlinde, emredici hükümler ilkesine gerek olmadığını savunmaktadır.⁶⁴

SerPK'da sürekli ve özel durumlarda kamuyu aydınlatma ilkesinin benimsenmesi ve TTK'nın 1524. maddesinin tüm sermaye şirketleri için bir internet sitesi oluşturma ve bu sitede şirkete ait tüm önemli bilgilerin yer alması zorunluluğunu getirmesi ile, pay sahipleri ve diğer piyasa aktörleri sermaye şirketlerinin malî durumu hakkında bilgi sahibi olma imkânına kavuşmuştur. Ancak bu yolla sağlanan koruma yeterli değildir. Zira borsaya kayıtlı anonim şirketlerde küçük pay sahiplerinin, şirket hakkında bilgi edinme ve bu bilgiler ışığında genel kurulda oy kullanma isteği bulunmamaktadır. Ayrıca pay sahipleri ve yatırımcıların borsaya kayıtlı şirketler hakkında bazı bilgilere sahip olma imkânı bulunsa da, bu bilgilerin değerlendirilmesi kolay değildir. Piyasa aktörlerinin işletmeler tarafından kamuya bildirilen finansal bilgilerden tam olarak yararlanabilmesi için, işletmenin malî durumunun bu bilgilerden kolayca anlaşılabilmesi ve ilgili kişilerin ihtiyaçlarıyla örtüşmesi gerekir. Ancak uygulamada kamuya sunulan finansal bilgiler, gerek kapsam ve gerekse içerik bakımından kullanıcıların yoğun bir bilgi yükü ile karşılaşmalarına neden olduğundan, bilgi düzeyi düşük olan yatırımcılar ile temel düzeyde bilgi sahibi olan yatırımcıların, ihtiyaç duydukları bilgileri seçmede zorlandığı görülmektedir.⁶⁵ Ayrıca bir işletmenin malî durumu hakkında gerçek bir değerlendirme yapabilmek, ancak işletmeye ait finansal bilgilerin geçmiş bilgiler ve diğer işletmelere ait bilgiler ile karşılaştırılması ile mümkündür ki⁶⁶, küçük veya ortalama düzeydeki bir yatırımcının tek başına böyle bir karşılaştırma yaparak şirketin malî durumunu değerlendirmesi kolay değildir. Bu kişilerin kamuya sunulan finansal bilgiler aracılığıyla şirket hakkında doğru bir kanaate varması kural olarak ancak bir uzman yardımıyla mümkündür.⁶⁷ Bu konuda bir uzmandan yararlanmak da küçük ve orta düzeydeki yatırımcılar için ek masraf demektir. Bu nedenle bu yatırımcıların anonim şirketler tarafından kamuya sunulan finansal bilgilerden tam olarak yararlandığı söylenemez.

Ayrıca küçük tasarruf sahipleri, finansal bilgilerden yararlanmış olsalar bile, bu durum onları belirsizliklerden ve risklerden tam olarak korumamaktadır. Zira kamunun aydınlatılması ilkesinin amacı, yatırım risklerini ortadan kaldırmak veya yatırımcıyı belirsizliklerden ve risken korumak değil, muhtemel risklere karşı bilinçlendirmektir.⁶⁸ Oysa emredici hükümler ilkesi uyarınca, anonim şirket esas sözleşmeleri küçük yatırımcıları koruyan hükümler içermek zorundadır ve bu hükümlerin şirkete sonradan giren küçük pay sahiplerinin aleyhine değiştirilmesi mümkün değildir. Bu şekilde hem bireysel yatırımcılar korunmuş olmakta hem de sermaye piyasasının etkin bir şekilde işleyişi sağlanmaktadır. Emredici hükümler ilkesi, anonim şirket esas sözleşmelerine asgari bir standart getirdiğinden, sermaye piyasası aktörleri girmek istedikleri şirketlerin esas sözleşmeleri ve şirkete ait diğer belgeleri inceleme külfetinden kurtulmakta ve dolayısıyla şirkete ait bilgilerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi için gerekli olan masraflardan ve zamandan tasarruf etmektedirler.⁶⁹

⁶⁴ Bkz. **Spindler**, AG 1998, s. 53, 65.

⁶⁵ **Möllers, Thomas M. J.**, Anlegerschutz durch Aktien- und Kapitalmarktrecht, ZGR 1997, s. 347.

⁶⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Arkan, Sabih**, Halka Açık Anonim Ortaklıkların Özellikleri ve Dış Denetimleri, Ankara 1976, s. 46.

⁶⁷ Bkz. **Pahl**, s. 181.

⁶⁸ Bkz. **Karayalçın**, Muhasebe Hukuku, s. 86; **Yanlı**, Kamunun Aydınlatılması, s. 105; **Karasioğlu, Fehmi**, Kamunun Aydınlatılması Açısından Finansal Bilgi Kaynakları Ve Bağımsız Denetim Fonksiyonu (http://www.bilgiyonetimi.org/cm/pages/mkl_gos.php?nt=485).

⁶⁹ Bkz. **Hommelhoff, Peter**, Satzungsstränge und Gestaltungsfreiheit in der Europäischen Aktiengesellschaft, Festschrift für Ulmer, Berlin 2003, s. 267, 270; **Pleßke**, s. 133.

Sonuç olarak emredici hükümler ilkesinin halka açık anonim şirketler açısından yerinde bir ilke olduğu söylenebilir.

B. Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler Açısından Yerindeligi

6102 sayılı TTK, anonim şirketlerin yapılanmalarını ve çalışma düzenlerini aile şirketi modelinden çıkarmayı ve kurumsallaştırmayı bir hukuk politikası olarak benimsemiş olduğundan, emredici hükümler ilkesini halka açık anonim şirketler yanında kapalı tip anonim şirketler açısından da kabul etmiştir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, emredici hükümler ilkesi, kimliği ve kişiliği önem taşımayan, şirketi yönetme amacıyla değil, kâr amacıyla hareket eden çok sayıda pay sahibinin bulunduğu halka açık anonim şirket modeli için savunulabilir. Buna karşılık kapalı tip anonim şirketler açısından emredici hükümler ilkesi gerekli değildir.

Emredici hükümler ilkesini halka açık şirketler için haklı kılan gerekçeler, kapalı tip anonim şirketler için geçerli değildir. Borsa dışında bir yolla bir şirkete ortak olmak isteyen kişiler, şirket hakkında gerekli bütün bilgileri değerlendirip, bilinçli bir şekilde karar vermektedir. Zira bu kişiler borsaya kayıtlı şirketlere ortak olmak isteyen kişilere nazaran, sadece şirket kârına değil, şirketin yönetimine de ilgi duyarlar. Bu nedenle bu kişilerin bir şirkete pay sahibi olmadan önce, bu şirkete pay sahiplerinin hangi hak ve yükümlülüklerle sahip olduğunu ve şirket organlarının hangi yetkileri olduğunu öğrenmek amacıyla şirket esas sözleşmesini incelemeleri beklenebilir. Bu açıdan kapalı tip anonim şirkete ortak olmak isteyen bir kişi ile bir limited şirkete ortak olmak isteyen kişi arasında kural olarak herhangi bir fark bulunmamaktadır⁷⁰. Uygulamada da borsa dışında bir yolla bir şirkete ortak olmak isteyen kişiler, şirket hakkında gerekli bütün bilgileri değerlendirip, bilinçli bir şekilde karar vermektedir.

Kapalı tip anonim şirketlere ortak olmak isteyen kişiler için, azlığın korunmasına ilişkin hükümler, “eşit işlem ilkesi” ve “ortakların sadakat yükümlülüğü” yeterli bir güvence sağlamaktadır⁷¹. Özellikle 6102 sayılı TTK'nın kabulüyle kurumsal yönetim ilkeleri kural olarak kapalı tip anonim şirketler için de uygulanacağından, emredici hükümler ilkesine olan ihtiyaç azalacaktır.

Kapalı tip anonim şirketlerde emredici hükümler ilkesinin sağlayacağı daha fazla bir güvence uğruna sözleşme özgürlüğünden vazgeçmek, bu şirketlerin pay sahipleri tarafından pek tercih edilmemektedir⁷². Zira kapalı tip anonim şirket pay sahipleri, kural olarak şirket yönetiminde aktif bir rol oynamak isterler ve şirketin yabancılaşmasını arzu etmezler⁷³. Oysa emredici hükümler ilkesi, şirket yönetiminde yer almayan pay sahiplerinin yönetimi etkileme imkânını büyük ölçüde kısıtlamaktadır. Ayrıca emredici hükümler ilkesi, kapalı tip anonim şirketlerin kişisel niteliklerini korumasını zorlaştırmaktadır. Anonim şirketlerde, şirket paylarının rakip işletmelere yakın olan veya milliyeti, siyasî, dini, manevî düşünceleri açısından hoş karşılamadıkları kişilerin eline geçmesi, dolayısıyla şirketin yabancılaşma tehlikesi bulunmaktadır. Söz konusu yabancılaşmaya karşı alınacak önlemler, emredici hükümler ilkesi nedeniyle sınırlı düzeyde kalmaktadır. Yine pay senedi çıkarılması zorunluluğu, internet sitesi oluşturma yükümlülüğü ve bağımsız denetime tâbi tutulma gibi, kapalı tip anonim şirketler

⁷⁰ Bkz. Pleßke, s. 134.

⁷¹ Bkz. Pleßke, s. 134.

⁷² Bkz. Pleßke, s. 134.

⁷³ Halka açık anonim şirket tipinde ise, çok sayıda pay sahibinin var olduğu ve bu kişilerin genel kurula katılma ve oy kullanma gibi idarî hakları değil, elde edecekleri kâr ve hisselerinin değer artışına önem verdikleri bilinen bir gerçektir. Bu şirketlerde yönetim kurulu, kural olarak profesyonel üçüncü kişilerden seçilmektedir.

açısından emredici olarak düzenlenmemesi gereken birçok konunun emredici hükümlerle düzenlenmiş olması, anonim şirket türünü küçük ve orta ölçekli işletmeler için cazip olmaktan çıkaracaktır.

Emredici hükümler ilkesi, dayanağını Anayasa'nın 48. maddesinden alan sözleşme özgürlüğünü⁷⁴ kapalı tip anonim şirketler açısından gereğinden fazla sınırlamaktadır ve bu anlamda ölçülülük ilkesiyle bağdaşmamaktadır. 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle 13. maddeye ilave edilen “ölçülülük ilkesi”ne göre, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başvurulacak aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması, bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olması ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması gerekir. Gereklik ilkesine göre, sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirebilecek aynı derecede etkili çeşitli araçlar söz konusuysa, bunlardan temel hakkı en az sınırlayan araç tercih edilmek zorundadır. Aile şirketlerinde emredici hükümler ilkesini kabul etmek ile sadece bazı konuları emredici olarak düzenlemek aynı amacı sağlamaya yönelik iki önlemdir; ancak, ikinci önlem, esas sözleşme özgürlüğünü daha az sınırlandırmaktadır. İkinci önlemin seçilmesi halinde, esas sözleşme özgürlüğünün sağladığı menfaatler ile emredici hükümler ilkesinin sağladığı menfaatler arasında bir denge kurulmuş olacaktır.

Alman hukukunda bazı yazarlar aile şirketlerinin anonim şirket yerine limited şirket türünü seçerek emredici hükümler ilkesine tâbi olmaktan kurtulacağını, dolayısıyla alternatif bir şirket türünü seçme imkânının olduğu yerde, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasından söz edilemeyeceğini ifade etmişlerdir⁷⁵. Ancak yeni kurulacak şirketlerin anonim şirket yerine limited şirketleri tercih etmeleri mümkün olmakla birlikte, TTK'nın yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan anonim şirketler emredici hükümler ilkesine tâbi olmak zorundadır. Bu şirketlerden limited şirkete dönüşmeleri de beklenemez. Zira bir anonim şirketin limited şirkete dönüşmesi piyasada olumsuz bir imaj ve bazı soru işaretlerinin oluşmasına da neden olabilir. Ayrıca bir şirketin başka bir şirkete dönüşmesi, birçok işlemin yapılmasını gerektirmekte ve şirketin ek masraflar yapmasına yol açmaktadır. Yine bir anonim şirketin limited şirkete dönüşmesi, anonim şirketlerin aile şirketlerine sağladığı birçok avantajın⁷⁶ da kaybedilmesi demektir. Bu nedenle emredici hükümler ilkesinin bu tür şirketler açısından ölçülülük ilkesi ile bağdaşmadığı ve sözleşme özgürlüğünü sınırladığı sonucuna varılabilir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle kapalı tip anonim şirketlerde, emredici hükümler ilkesinin kabulü yerine, sadece ihtiyaç duyulan bazı konuların emredici olarak düzenlenmesi yeterlidir.

SONUÇ

6762 sayılı TTK'ya göre, Kanun'da açıkça yasaklanmayan her konu, kural olarak esas sözleşme ile düzenlenebilirken, 6102 sayılı TTK'nın 340. maddesine göre, esas sözleşme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun'da açıkça izin verilmesi hâlinde sapabilmektedir. Söz konusu düzenleme ile anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kural olarak emredici olduğu kabul edildiğinden, Yeni TTK'ya göre, ano-

⁷⁴ Anayasa'nın “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlıklı 48. maddesinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu açıkça ifade edilmiştir. Aynı şekilde BK'nın 19/1. maddesine göre, bir sözleşmenin konusu, kanunun gösterdiği sınır dairesinde, serbestçe tayin olunabilir.

⁷⁵ Bkz. **Hommelhoff**, ZGR Sonderheft 12, s. 69 vd.; **Bendfeld**, s. 49.

⁷⁶ Aile pay sahiplerinin şirket üzerindeki etkisinin devamını sağlama, organizasyon yapısı, hisselerin halka arz edilebilmesi, piyasadaki olumlu imajı gibi. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karasu, Rauf**; Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2009, s. 112 vd.

nim şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesinin değil, “emredici hükümler ilkesi”nin geçerli olduğu söylenebilir.

TTK'nın 340. maddesinde yer alan “açıkça” ifadesinden, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden sapmaya izin verilip verilmediğinin tespitinde, sadece hükmün lâfzının dikkate alınması gerektiği sonucuna varılamaz. Söz konusu iznin hükmün anlam ve amacından da çıkarılması mümkündür. Ancak yapılan yorum sonucunda, sapma izninin hiçbir tereddüte yer bırakmayacak kadar açık bir şekilde anlaşılması gerekir. Aksi takdirde sapmaya izin verilmediği kabul edilmelidir.

Alm. POK'nın aksine, TTK'da anonim şirketlere ilişkin hükümleri tamamlayıcı nitelikteki esas sözleşme hükümlerinin geçerli olup olmadığı açıkça düzenlenmemiştir. Ancak açık bir düzenleme olmasa da, emredici hükümleri tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin prensip olarak geçerli olması gerekir.

TTK'nın 340. maddesinin 2. cümlesi uyarınca, “Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.” Söz konusu hüküm gereksiz bir hüküm olup madde metninden çıkarılmalıdır. Zira Türk hukukunda özel kanunun öncelikle uygulanacağı genel kuralı uyarınca, kanun koyucunun özel amaçlarla çıkardığı, somut sorunlara özgün çözüm yolları benimsediği kanunun, uygulamada öncelik taşıması tabiidir. Nitekim TTK'nın 330. maddesinde de, TTK hükümlerinin ancak özel kanunlarda hüküm bulunmayan hâllerde uygulanacağı ifade edilmek suretiyle, bu kanunlarda TTK hükümlerinden farklı hükümlerin geçerli olduğu ve öncelikle uygulanacağı kabul edilmiştir.

Emredici hükümler ilkesini düzenleyen TTK'nın 340. maddesinde, emredici hükümlere aykırı esas sözleşme hükümlerinin nasıl bir sonuç doğuracağı belirtilmemiştir. Bu nedenle konuyu genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin genel hükümlere göre değerlendirmek gerekir. Yani, bir esas sözleşme hükmü veya genel kurul kararı, TTK'nın emredici bir hükmüne aykırılık teşkil ediyorsa, aksi kararlaştırılmayan maddi hukuk normunu ihlâl etmiş sayılır. Dolayısıyla bu konuda TTK'nın 340. maddesi değil, 445. ve 447. maddeleri esas alınmalıdır.

6102 sayılı TTK, emredici hükümler ilkesini halka açık anonim şirketler yanında kapalı tip anonim şirketler açısından da kabul etmiştir. Kanaatimizce, emredici hükümler ilkesi, halka açık şirketler açısından yerinde olmakla birlikte kapalı tip anonim şirketler, özellikle aile tipi kapalı anonim şirketler açısından yerinde değildir. Bu nedenle emredici hükümler ilkesinin kapalı tip anonim şirketler için geçerli olmaması gerekir. Bu ilke geçerli olacaksa da, bu şirketler için TTK'da öngörülen mevcut yedek hükümlere ek bazı yedek hükümler de eklenmelidir.

Madde Metnine İlişkin Değişiklik Önerimiz:

2. Emredici Hükümler İlkesi

M. 340- (1) Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. **Tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri geçerlidir, meğer ki bu Kanun konuyu tüketici (tahdidi) bir biçimde düzenlemiş olsun.**

Emredici Hükümler İlkesi Bağlamındaki Diğer Önerilerimiz

Emredici hükümler ilkesinin kabulüne rağmen, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin bazı hükümlerinde, esas sözleşmeyle, belli konuların Kanundaki düzenleme şeklinden farklı olarak düzenlenemeyeceği, “aksine anlaşma yapılamaz”, “aksine anlaşma geçersizdir”, “sınırlandırılmaz” gibi terimlerle ayrıca ifade edilmiştir. Bu ifadelere yer verilmemelidir.

KAYNAKÇA

- Arkan, Sabih** : Halka Açık Anonim Ortaklıkların Özellikleri ve Dış Denetimleri, Ankara 1976
- Aytaç, Zühtü** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Payscaleliği Hakları, TTK Tasarısı'nın Sermaye Piyasası İle İlgili Hükümleri, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans, 16-17 Aralık 2008, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, s. 61 vd.
- Bahtiyar, Mehmet** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, Sayı 61, 2005, s. 47 vd. (TBB Dergisi, 2005)
- Behrends, Okko Hendriks** : Einberufung der Hauptversammlung gem. § 121 IV AktG (mittels eingeschriebenem Brief) trotz abweichender Satzungsbestimmung, NZG 2000, 578 vd.
- Bendfeld, Heiner** : Die Satzungsstrenge im Aktienrecht und ihre Bedeutung für die Rechtssicherheit, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Wien, 1999
- Dural, Mustafa/ Sarı, Suat** : Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2004
- Friedewald, Rolf** : Die Personalistische Aktiengesellschaft, Bonn 1990
- Gessler, Ernst** : Bedeutung und Auslegung des § 23 Abs. 5 AktG, Festschrift für Martin Luther zum 70. Geburtstag, München 1976, s. 69 vd. (FS für Martin Luther)
- Gessler, Ernst** : Wichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen und Satzungsbestimmungen, ZGR 1980, s. 427 vd. (ZGR 1980)
- Gessler, Ernst/Hefermehl, Wolfgang/ Eckardt, Ulrich/ Kropf, Bruno** : AktG, Band I, §§ 1-75, München 1984 (Yazar adı, Gessler/Hefermehl, AktG)
- Grosskommentar zum Aktiengesetz** : 6. Lieferung, Berlin, New York 1996 (Yazar adı Grosskomm)
- Hirte, Heribert** : Die aktienrechtliche Satzungsstrenge, Kapitalmarkt und sonstige Legimation versus Gestaltungsfreiheit, in: Lutter/Wiedemann (Hrsg.) Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, Deutschland, Europa und USA, ZGR Sonderheft 13, Berlin, New York 1997, s. 61 vd.
- Hommelhoff, Peter** : Satzungsstränge und Gestaltungsfreiheit in der Europäischen Aktiengesellschaft, Festschrift für Ulmer, Berlin 2003, s. 267 vd. (FS für Ulmer)
- Huber, Ulrich** : Entstehungsgeschichte und aktuelle Auslegungsprobleme des § 241 Nr. 3 AktG, Festschrift für Helmut Coing II, München 1982, s. 167 vd.
- Hüffer, Uwe** : Aktiengesetz, 7. Aufl., München 2006

- Karasioglu, Fehmi** : Kamunun Aydınlatılması Açısından Finansal Bilgi Kaynakları ve Bağımsız Denetim Fonksiyonu (http://www.bilgiyonetimi.org/cm/pages/mkl_gos.php?nt=485)
- Karasu, Rauf** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009
- Kayar, İsmail** : Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması Açısından HAAO'da Kâr Dağıtımı, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'ın Anısına Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 455 vd.
- Kırca, Çiğdem** : Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama, AÜHFD, Yıl 2001, C. 50, Sa. 1, s. 91 vd.
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz** : Band 1 (1988), Band 2 (1985) Band 5 (1985), Köln (Yazar Adı, Kölner Komm)
- Luther, Martin** : § 23 Abs. 5 AktG im Spannungsfeld von Gesetz, Satzung und Einzelentscheidungen der Organe der Aktiengesellschaft, in: Freundesgabe für Hans Hengeler, Berlin, Heidelberg, New York, 1972, s. 167 vd.
- Manavgat, Çağlar** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri, Yeditepe Üni. Huk. Fak. Derg., 2005, C. II, Sa. 1, s. 523 vd.
- May, Peter** : Die Sicherung des Familieneinflusses auf die Führung der börsengehandelten Aktiengesellschaft, Köln 1991
- Moroğlu, Erdoğan** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı İle Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, Değerlendirme ve Öneriler, 4. Bası, Ankara 2006 (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı)
- Möllers, Thomas** : Anlegerschutz durch Aktien- und Kapitalmarktrecht, Harmonisierungsmöglichkeiten nach geltendem und künftigen Recht-, ZGR 1997, s. 334 vd.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz** : München 2000 (Yazar Adı, MünKomm, AktG)
- Pulaşlı, Hasan** : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012
- Spindler, Gerald** : Deregulierung des Aktienrechts?, AG 1998, s. 53 vd.
- Tekinalp, Ünal** : Erişim Hakkı, Batider, 2006, C. XXIII, Sa. 4, s. 4 vd. (Batider, 2006, Sa. 4)
- Tekinalp, Ünal** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. II, İstanbul 2008, s. 635 vd. (Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. II)
- Tekinalp, Ünal** : TTK Tasarısı'nın Sermaye Piyasası İle İlgili Hükümleri, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans, 16-17 Aralık 2008, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını
- Wiesner, Peter** : Zur Deregulierung des Aktienrechts, WM 1988, s. 1841 vd.
- Yanlı, Veliye** : Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, İstanbul 2005 (Kamunun Aydınlatılması)

ANONİM ŞİRKETLERDE SERMAYE KAVRAMI VE AYNI SERMAYE DEĞERİNİN BELİRLENMESİ

Yrd. Doç. Dr. Özlem KARAMAN COŞGUN*

ÖZET

Tebliğin konusu, anonim şirketlerde sermaye kavramı ve aynı sermaye değerinin belirlenmesidir. 6102 sayılı TTK ile 6762 sayılı TTK hükümleri karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Tebliğin başlıca alt başlıkları; sermaye kavramı, sermaye olabilecek unsurlar, sermaye borcunu ifa, aynı sermaye değerinin belirlenmesi, sermayenin çeşitli kurumlar bakımından önemi, kanuna karşı hile ve sorumluluk.

Anahtar Kelime: Anonim şirket, sermaye, aynı sermaye

ABSTRACT

The subject of this Communique is the concept of "Capital" in incorporations and the determination of capital in kind. The provisions of TCC No: 6102 and 6762 have been comparatively analysed. The principal subsections of the Communique are the concept of Capital, the elements that can be Capital, the fulfilment of capital contribution, determination of capital in kind value, the importance of capital in terms of various aspects, fraud against law.

Keywords: Incorporation, Capital In Kind

I- Sermaye Kavramı

Sermaye, şirket kavramının zorunlu unsurlarındandır. Sermaye konulmadan şirket kurulması mümkün değildir. Şirketin kuruluşu sırasında taahhüt edilen sermaye, ortaya çıkan tüzel kişiliğin ilk malvarlığını oluşturacaktır. Ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümler arasında sermaye unsuru düzenlendiği gibi (TK m. 127-132), her şirket tipine ilişkin olarak ilgili şirketin özellikleri çerçevesinde özel düzenlemelere de yer verilmiştir (TK m. 213/e, 246, 305/2, 307, 323, 332, 342-347, 456-475, 480-483, 550-552, 562, 564, 576, 578, 580, 583, 590-592). Ticaret şirketlerinden kolektif ve komandit şirket şahıs, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket sermaye şirkettir (TK m. 124/2). Bu ayırım uyarınca, her şirket tipine ilişkin düzenlemelerde birbirine paralel hükümler bulunduğu gibi, tamamen farklı hükümlere de rastlanmaktadır. Örneğin, sermaye olarak getirilebilecek değerler bakımından paralel nitelikte hükümler mevcuttur. Anonim ve limited şirketlerde asgari bir sermaye miktarı taah-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

hüdü kuruluş bakımından zorunlu iken (TK m. 332, 580)¹, diğer şirket türlerinde asgari bir sermaye sınırı aranmamaktadır. Aşağıda yapılacak incelemede, anonim şirketler bakımından sermaye ile ilgili özel düzenlemelerin yanısıra, ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümlerin anonim şirkete ne ölçüde uygulanacağı da incelenecektir.

II- Sermaye Olabilecek Değerler

Kanun'da aksi yönde bir düzenleme bulunmaması şartıyla, ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebilecek malvarlığı unsurları (TK m. 127) ;

- para, alacak,
- kıymetli evrak, sermaye şirketlerine ait paylar,
- fikrî mülkiyet hakları, elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler,
- taşınurlar ve taşınmazlar, bunlar üzerindeki faydalanma ve kullanma hakları,
- kişisel emek, ticari itibar,
- ticari işletmeler,
- maden ruhsatnameleri gibi ekonomik karşılığı olan diğer haklar,
- devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen diğer her türlü unsurur.

Hükümün ifadesinden de anlaşılacağı üzere, yapılan sayım sınırlı sayıda değildir. Örneğin, hükümde özel olarak belirtilmese de, hizmet edimlerinin aksi yönde özel hüküm olmadığı sürece ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilmesi mümkündür (BK m. 428, 429, TK m. 127/j).

Elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerlerin sermaye olabilmesi için, haklı olarak kullanılıyor ve devredilebilir olmaları gerekir (TK m. 127/h). Teknolojideki gelişmeler ile birlikte hayatımıza giren bu unsurlarla ilgili yeterli kapsamda hukuki düzenlemeler henüz mevcut değildir. Gerek devirleri gerek devir taahhütleri uygulamada sorunlara sebep olabilmektedir. Bir ticaret şirketinde sermaye olarak taahhüt edilmeleri durumunda, tereddütlerin bertaraf edilebilmesi için kanun koyucu söz konusu şartları aramıştır. Ancak, bu şartların varlığını aramak da beraberinde çözümü gereken bir çok soruyu ortaya çıkaracaktır. Örneğin, söz konusu değerlerin haklı olarak kullanılıyor olmasını kim, hangi kriterlere göre değerlendirecektir?

Tüm ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümün yanısıra, bazı şirketler için sermaye olarak getirilebilecek unsurlara sınırlama getirilmiştir. Anonim şirketlerde aynı sermaye, üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil malvarlığı unsurlarıdır. Hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar ise sermaye olamazlar (TK m. 342). Limited şirketler bakımından da bu hüküm geçerlidir (TK m. 578).

Ticaret şirketlerine ilişkin genel hüküm ile anonim ve limited şirketler için getirilen sınırlama karşılaştırıldığında, ortaya çıkan durum şu şekildedir;

- Hizmet edimleri ve kişisel emek TK m. 127'nin aksine anonim ve limited şirketlere sermaye olarak getirilemez.
- Ticari itibar, sermaye şirketi özelliği ile bağdaşmadığı için, anonim ve limited şirketlere sermaye olarak getirilemez.

¹ Tamamı esas sözleşmede taahhüt edilmiş sermayeyi ifade eden esas sermaye 50.000 (ellibin) TL'den az olamaz. Sermayenin artırılmasında yönetim kuruluna tanınmış yetki tavanını gösteren kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş halka açık olmayan anonim şirketlerde ise, başlangıç sermayesi (kayıtlı sermaye sistemine ilk geçildiğinde sahip olunması gereken sermaye) en az 100.000 (yüzbin) TL olmalıdır (TK m. 332).

- Diğer ticaret şirketlerinde alacaklar, herhangi bir ayırım yapılmaksızın sermaye olarak getirilebilir. Ancak, anonim ve limited şirketlerde, vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olamaz.

- Üzerinde sınırlı aynı hak, haciz veya tedbir bulunan malvarlığı unsurları anonim ve limited şirketlere sermaye olarak getirilemez.

Vadesi gelmemiş alacaklara ilişkin sınırlama, sermayenin ifasında gecikmelerin önüne geçmeyi temin amaçlıdır. Alacağın vadesi ne kadar uzunsa, sermayenin şirkete girişi de o kadar ötelenecektir. Alacak vadesi geldiğinde şirkete ödenecektir. Ortağın temerrüt faizi ödeme ve gecikme sebebiyle uğranılan zararı tazmin borcunun doğması için, alacağın aksi kararlaştırılmış olmadıkça vade gününden itibaren 1 ay içinde tahsil edilememiş olması gerekir. Vadenin gelmesinden ve sonraki 1 aylık sürenin dolmasından önce, ortaktan herhangi bir talepte bulunma imkanı olmayacaktır. Vadesi gelmeyen alacağın sermaye olması engellenerek, sermayenin ödenmesi için beklenen süre, şirketin tüzel kişilik kazandığı tarihten itibaren sadece 1 ay ile sınırlandırılmıştır (TK m. 130/2).

Ancak, vadesi gelmeyen alacaklara ilişkin sınırlama, beraberinde bir takım sakıncaları da getirmektedir; örneğin, vadeli para alacağını içeren kıymetli evrakın sermaye olarak konulması mümkün olmayacak, portföyünde tahvil vs. alacaklılık hakkı veren menkul kıymetler bulunduran şirketlerin birleşme ve bölünmelerinde de sorun yaşanabilecektir². Vadesi gelmemiş dahi olsa, alacakların nakden değerlendirilmeleri ve devredilebilmeleri mümkün olduğundan, sermaye olarak kabul edilmelerinin engellenmemesi gerektiği, biçilecek değer bakımından tedbir alınmasının daha doğru olacağı doktrinde savunulmuştur³. Nitekim bu yönde tedbir mahiyetinde bir hüküm zaten mevcuttur; "...Değerleme raporunda, uygulanan değerlendirme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun seçim olduğu; sermaye olarak konulan alacakların gerçekliğinin, geçerliğinin ve 342 nci maddeye uygunluğunun belirlendiği, tahsil edilebilirlikleri ile tam değerleri; aynı olarak konulan her varlık karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ile Türk Lirası karşılığı, tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplarına göre açıklanır...." (TK m. 343).

III- Sermaye Borcunu İfa

Sermayenin anonim şirketler bakımından taşıdığı önem sebebiyle, taahhütlerin şirkete getirilme zamanı özel olarak düzenlenmiştir. Düzenlemede değişik ihtimaller de dikkate alınmıştır.

TK, eTK'dan farklı olarak halka açık olmayan AŞ'lere de kayıtlı sermaye sistemini benimseme imkanı tanımıştır. Esas sermaye sistemi ile kayıtlı sermaye sistemi arasındaki farklılıklardan birisi de, sermaye borcunu ifa zamanı ile ilgilidir. Kayıtlı sermaye sisteminde, sisteme giriş anında sermayenin tamamının ödenmiş olması gerekir (HAOŞ 5/2). Dolayısıyla, kuruluşta kayıtlı sermaye sistemini kabul edecek şirketlerde başlangıç sermayesinin, kuruluştan sonra bu sisteme geçilmesi durumunda ise çıkarılmış sermayenin tamamı ödenmiş olmalıdır. Kayıtlı sermaye sisteminin benimsenmesinden sonra YK kararıyla sermaye artırılmasında artan kısmın ödenme zamanı ise, esas sermaye sistemine ilişkin TK m. 459 hükmünün kıyasen uygulanacağı belirtilerek düzenlenmiştir.

² **Moroğlu**, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları Değerlendirme ve Öneriler, 6. Bası, İstanbul 2009, s. 144.

³ **Kendigelen**, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, Ekim 2011, s. 197. Benzer yönde **Bahtiyar**, Mehmet, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 61, Kasım-Aralık 2005, s.72.

Esas sermaye sisteminin benimsenmesi halinde sermaye borcunun ifa zamanı; Sermaye olarak para getirilmesi taahhüt edilmişse (TK m. 344, 346, 459) ;
 aaa- payın itibari değerinin en az %25'i sicile tescilden önce,
 bbb- itibari değerini geri kalan kısmı tescili izleyen yirmidört ay içinde,
 ccc- itibari değeri aşan tutarın (çıkartılma primlerinin) tamamı sicile tescilden önce ödenmelidir.

ddd- Halka arz edileceği sözleşmede taahhüt edilen paylar bakımından ise, ticaret siciline tescilden önce herhangi bir ödeme yapılmaz. Bu paylar, tescilden itibaren en geç 2 ay içinde halka arz edilmelidir. İtibari değer ile çıkartılma primlerinin, SPK m. 4 çerçevesinde satış sürecinin sonunda, satıştan elde edilen gelirden şirkete ödenmesi gerekir. Halka arz prosedürü neticesinde satılmayan payların bedellerinin tamamı, süresinde halka arz edilmeyen payların bedellerinin ise %25'i 2 aylık sürenin bitiminden itibaren 3 gün içinde şirkete ödenmelidir.

Şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonra sermaye borcu şirket tüzel kişiliğine ödenecektir. Sermaye borcunun alacaklısı tüzel kişiliktir. Şirketin tescilinden önce ödenecek nakdi sermaye borçları ise, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na tabi bir bankada, kurulmakta olan şirket adına açılacak özel bir hesaba yatırılacaktır (TK m. 345/I). Hesapta biriken tutar sadece şirket tarafından kullanılabilir, şirketin tüzel kişilik kazanmasından önce kurucular tarafından çekilmesi, harcanması mümkün olmayacaktır.

TK m. 459, kuruluşun sonra yapılacak sermaye artırımlarında taahhütlerin ödenmesi ile ilgili olarak TK m. 344 ve 345'in kıyasen uygulanacağını hükme bağlamıştır. Yapılan bu atıf dolayısıyla, sermaye artırımı kararının sicile tescili tarihinden önce ödenmesi gereken itibari değerinin en az %25'inin Bankacılık Kanunu'na tabi bir bankada şirket adına açılacak özel bir hesaba yatırılması gerekir. Sermaye artırımı genel kurul veya yönetim kurulu kararı tarihinden itibaren üç ay içinde tescil edilemezse, genel kurul veya yönetim kurulu kararı ve alınan izin geçersiz hale gelir (TK m. 456/3). TK m. 345/2 uyarınca banka hesabına yatırılan tutarlar, sicil müdürünün yazısının sunulması üzerine banka tarafından sahiplerine iade edilir.

Para dışında kalan diğer sermaye taahhütleri bakımından (TK m. 128) ⁴;

aaa- Taşınmaz mülkiyeti ya da üzerinde mevcut veya tesis edilecek bir sınırlı ayni hakkın sermaye olarak taahhüt edilmesi ihtimalinde, borçlanma işleminin geçerliliği için bu taahhüdün esas sözleşmede yer alması yeterlidir. Resmî şekil⁵ aranmaz. Ancak, taşınmazın ayni sermaye olarak geçerliliği için, tapuya şerh⁶ verilmiş olması şarttır⁷.

⁴ eTK'da AŞ'nin kuruluşu sırasında yapılan ayni sermaye taahhütlerinin ifası ile ilgili olarak m. 285 hükmü mevcuttur. Bu hükme göre, söz konusu taahhüt, şirketin tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebileceğinin, taşınmazlar üzerindeki mülkiyet ve diğer ayni haklar bakımından ise bu hakların şirketin tüzel kişilik kazanması ile birlikte tapu siciline tescil edileceğinin kabul edilmiş olması anlamına gelecektir. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan 2003/3 sayılı Tebliğ'de ise, ayni sermaye taahhüt edilmesi durumunda, bu taahhüdün şirketin kuruluşunun tescili tarihinden itibaren yerine getirileceği, özel sicile kayıtlı mal ve haklar bakımından da kuruluşun tescilinden itibaren ilgili sicilde şirket adına tescil edilecekleri kabul edilmişti (m. 3/A-a-ee).

⁵ MK m. 706/1 taşınmaz mülkiyetinin devri amacını taşıyan sözleşmelerin geçerliliğini resmî şekilde düzenlenmiş olmalarına bağlamıştır.

⁶ Tapu kütüğüne şerh verilebilecek hususlar için bkz. MK m. 1009-1011.

⁷ TK m. 128/2 sadece taşınmazlar bakımından değil, tüm ayni sermaye taahhütlerinin geçerliliği için şartı bağlamaktadır. Taşınmazlar tapuya şerh verildiği, fikrî mülkiyet hakları ile diğer değerler varsa özel sicillerine kaydedildikleri ve taşınmazlar da güvenilir bir kişiye tevdi edildikleri takdirde ayni sermaye olarak kabul edilirler.

Şirketin taşınmazın maliki ya da sınırlı aynı hakkın sahibi olabilmesi için, tapu siciline tescil şarttır. TK m. 128/5;

“... şirketin bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescil gereklidir.”

ifadesine yer vermiştir. MK m. 705 ise taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasını şu şekilde düzenlemektedir;

“Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur.

Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır.”

Tescilsiz iktisaplar için getirilen m. 705/son cümlesi ile m. 128/5 arasındaki ifade benzerliği, ticaret şirketlerine taşınmazın sermaye olarak getirilmesinde de tescilsiz iktisabın kabul edildiği şeklinde yorumlanabilir. Kanaatimce, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması ile ilgili temel kuralın aksini öngörmek isteyen kanun koyucunun, istisnai düzenlemeyi açıkça öngörmesi gerekirdi. Bu yönde açık bir hüküm olmadıkça, TK m. 128/5’deki ifade tescilsiz iktisabın varlığını kabul için yeterli değildir.

Şirket adına tapuda tescil işleminin gerçekleştirilebilmesi için, MK m. 1013/1’in aksine, sermaye taahhüdünde bulunan pay sahibinin tapu memuruna yönelteceği bir talebe ihtiyaç yoktur. Şirketin tescili ile eşzamanlı olarak, ticaret sicil müdürü tapu siciline resen bir bildirim⁸ yapar (TK m.128/VI, SAİT m. 4/5). Tapu sicili resen işlem yapılabilmesine imkan tanınan bir sicil değildir. Bu sebeple tapu memuru tapuda şirket adına tescil yapamayacak, ticaret sicil müdürünün bildirimini aldığı anda tapu siciline şirketin kuruluş işleminin Kanun hükümlerine göre tamamlandığına ilişkin şerh koyacaktır. Tapuda şirket adına tescil işlemi ise, tüzel kişilik kazanan anonim şirketin temsilcilerinin talebi üzerine, gerekli harç ve giderler öndendikten sonra yapılacaktır (TK m.128/VI, SAİT m. 6/1, MK m. 1013/2).

Tapu memuru, ticaret sicil müdürünün bildirimini aldıktan sonra, tapuda kayıtlı eski hak sahibinin kurulan şirket aleyhine sonuç doğuracak taleplerine dayanarak işlem yapamaz (SAİT m. 6/2). Taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları MK m. 731 vd’nda, kandan doğan kısıtlamalar, sözleşmeden doğan önalım hakkı, alım ve geri alım hakları, komşu hakkı, başkasının arazisine girme hakkı, kamu hukuku kısıtlamaları olarak düzenlenmiştir⁹. MK m. 1010 da tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ilişkindir¹⁰; “Aşağıdaki sebeplere dayanan tasarruf yetkisi kısıtlamaları, tapu kütüğüne şerh verilebilir:

1. Çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararları,

2. Haciz, iflas kararı veya konkordato ile verilen süre,

3. Aile yurdu kurulması, altmirsacı atanması gibi şerh verilmesi kanunen öngörülen işlemler.

Tasarruf yetkisi kısıtlamaları, şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.”

⁸ Ticaret sicil müdürlüğü yapacağı bildirimde, bildirim konu olan işlemi açıkça belirterek, mülkiyet değişikliğine konu olan mal ve hakların ilgili sicildeki kayıtlarına ilişkin bilgileri, mahkemece atanan bilirkişi tarafından tespit edilmiş değerini, şirketin kuruluşunun tescil edildiğini, şirketin unvanını, adresini, ticaret sicil numarasını, ortaklık yapısını, şirketi temsile yetkili olanların ad, soyad ve T.C. kimlik numaralarını belirtmek, şirket sözleşmesi ile değerlemeye ilişkin raporların birer örneğini bildirimde eklemek zorundadır (SAİT m. 5)

⁹ Detaylı bilgi için bkz. **Oğuzman, M. Kemal/Selici, Özer/Oktay-Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2006, s. 419-464

¹⁰ Detaylı bilgi için bkz. **Oğuzman, M. Kemal/Selici, Özer/Oktay-Özdemir**, Saibe, s. 183-185; **Karahasan, Mustafa Reşit**, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, 2. Cilt, 2007, s. 657-661.

MK m. 1010'da sayılan hususların taşınmaz malikinın tasarruf yetkisi üzerindeki etkileri aynı değildir. İflas kararı, konkordato ile verilen süre, aile yurdu kurulmasına ilişkin mahkeme iznini içeren senedin tapuya şerhi halinde, taşınmazın maliki taşınmaz üzerinde tasarruf edemezken, haciz ve alt mirasçı atanması halinde malikin tasarrufta bulunma imkanı devam etmekte, ancak üçüncü kişilerin iyiniyeti tapuya şerh ile kaldırılmaktadır. SAİT m. 6/2 ise, TK'da öngörülmemen ve MK m. 1010'da da yer almayan bir tasarruf yetkisi kısıtlamasını tebliğ hükmü ile düzenlemektedir. TK m. 128/2 özel sicillere yapılacak olan kayıdın iyiniyeti kaldıracağını hükme bağlamış, taşınmaz malikinın tasarruf yetkisinin ortadan kalktığına ilişkin bir hüküm getirmemiştir. SAİT m. 6/2 ise tapuda şirket aleyhine sonuç doğuracak işlem yapılamayacağını belirtmiştir. MK m. 1010'da sayılan haller her ne kadar sınırlı sayıda olmasa da, hükümdede açıkça ifade edildiği üzere, kanunen öngörülen diğer işlemler m. 1010'da sayılanlara ilave tasarruf yetkisi kısıtlaması olarak kabul edilebilir.

Kanaatimce TK m. 128/2'nin sistemine en uygun düşen ve olması gereken düzenleme, 21.07.1971 tarih ve 1447 numaralı Ticari İşletme Rehni Kanunu m. 7 hükmüne paralel bir hükümdür. M. 7 hükmüne göre; "Tescili müteakip Ticaret veya Esnaf ve Sanatkar Sicili memurunun derhal yapacağı bildiri üzerine, bu kanuna istinaden tesis edilen rehin, ticari işletmenin üzerinde faaliyet gösterdiği gayrimenkul işletme sahibine ait ise bu gayrimenkulün tapu kütüğündeki sayfasındaki beyanlar hanesine markalar, lisanslar ve ihtira beratları gibi sınai haklar için Sanayi Bakanlığınca tutulan sicile, maden siciline, motorlu araçlar için nakil vasıtaları siciline, ticari işletme rehni veren müessesenin varsa şubelerinin bulunduğu yer sicillerine derhal kaydedilir." Aynı sermaye taahhüdü durumunda da ticaret sicil müdürünün tescil üzerine derhal ilgili diğer sicillere yapacağı bildirim üzerine, şirket adına sicilde tescil işleminin gerçekleştirilmesi TK m. 128'in amacına ve lafzına en uygun çözüm olacaktır. Ticaret sicil müdürünün şirketin tescili üzerine yapacağı bildirim, tapuya yöneltilen tescil talebi olarak değerlendirilmelidir. Nitekim TK m. 128/6 "Mülkiyet ve diğer aynı hakların tapu siciline tescili istemi ... ticaret sicili müdürü tarafından ilgili sicile resen ve hemen yapılır." ifadesine yer vermiştir. Aynı şekilde m. 128'in gerekçesinde de, "Aynı sermaye olarak konulmuş bulunan taşınmazlar ve diğer haklar maddenin ikinci fıkrası gereğince zaten tapu sicili ile diğer sicillere şerh verilmiş veya kayıt edilmiş olduklarından sicil müdürünün bunların şirket adına tescili talebi üzerine tapu memuru ile diğer sicillerin yetkilileri tescil işlemini hemen yapar. Bu hüküm ile, özellikle Anadolu'da sermaye olarak konulmuş taşınmazların şirket adına yıllarca tescillerinin yapılmamasından doğan ihtilaf ve sorunların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Ancak şirketin tescil talebi de saklı tutularak amaca ulaşabilme araçları pekiştirilmiştir." açıklaması bulunmaktadır. Bu çözümün kabulü halinde tapu harçlarının ve masraflarının Uygulama Kanunu m. 16'da olduğu gibi, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca şirketten alınması gerekecektir.

TK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 16, TK'nın yürürlüğe girmesinden önce sermaye olarak taahhüt edilen taşınmazlar bakımından tescili talep edebilecek kişilerin sayısını arttırmıştır. "Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce bazı taşınmazlar bir şirkete sermaye olarak konulmuş, ancak bunların tapu siciline tescillerinin şirket adına yapılmamış olması hâlinde, şirket alacaklıları, ortakları veya pay sahipleri tescil isteminde bulunabilecekleri gibi, tescilin, ticaret sicili müdürlerince yaptırılması talimatını Sanayi ve Ticaret Bakanlığı da verebilir. Tescil harcı ile diğer harç ve masraflar, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde şirketten alınır."

bbb- Taşınırlara ilişkin sermaye taahhütleri, esas sözleşmede yer almalarının yanı sıra, şirketin tescilinden önce güvenilir bir kişiye tevdi edilmiş olmaları şartıyla aynı sermaye taahhüdü olarak kabul edilirler. Şirket, tescil ve ilan edildiği andan itibaren bunlar üzerinde mülkiyet hakkını kazanacak ve malik sıfatıyla tasarruf edebilecektir.

Bu düzenlemede varlığı aranan güvenilir kişi kimdir? Taşınır sermayenin tevdi edildiği kişinin güvenilir olup olmadığını kim değerlendirecektir? Bankaya tevdi edilebilen taşınır bakımından bu hükmün uygulaması kolay olacaktır. Ancak diğer taşınır bakımından uygulama Kanun'daki boşluğu dolduracaktır. Bu konuda ilk akla gelen çözüm, kurucuların birlikte güvenilir kişinin kim olacağını belirlemeleridir. Ancak anlaşamamaları durumunda, mahkemeye müracaatla tevdi mahalli tayin edilmesi istenebilecek midir? Bu soruya verilecek cevaba, şirketin tüzel kişilik kazanmasından önce kurucular arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar da etkili olacaktır.

ccc- Fikri mülkiyet hakları, maden hakları, hava taşıt araçları ve gemilere ilişkin sermaye taahhütleri, esas sözleşmede yer almaları ve ilgili özel sicile kaydedilmeleri şartıyla sermaye taahhüdü olarak kabul edileceklerdir. Bu değerler üzerinde şirketin malik sıfatını kazanma anı ise her biri bakımından farklılık taşır. Şöyle ki;

Ortak marka ve garanti markası dışında kalan fikri mülkiyet hakları ile hava taşıt araçlarının devri yazılılık şekline tabidir. Özel sicillere tescil, hakkın 3. kişilere karşı ileri sürülebilmesi bakımından aranır¹¹.

Geminin ya da gemi payının devri için, yazılı anlaşma ve imzaların noterden tasdiki ya da Gemi Sicil Müdürlüğü'nde bu anlaşmanın yapılması şartlarının yanısıra zilyetliğin nakli de gerekir.

Şirket esas sözleşmesi, aranan şekil şartlarını yerine getirecek, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren şirket bu haklar ve hava taşıt aracı ile gemi üzerinde malik sıfatını kazanacaktır. Tescil ise, elde edilen hakların 3. kişilere karşı ileri sürülebilirliğini temin edecektir. (556 sayılı KHK m. 16, 551 sayılı KHK m. 86, 92, 554 sayılı KHK m. 39, 2920 sayılı TSHK m. 66, TK m. 1001, 1007)

Maden hakkının devri maden siciline kayıt ile tamamlanmaktadır (3213 sayılı Maden Kanunu m. 5). Maden hakkının sermaye olarak getirilmesi ihtimalinde, ticaret sicil müdürünün bildirim ve anonim şirket yetkililerinin talebi üzerine¹² yapılan tescil ile şirket bu hakka sahip olacaktır (SAİT m. 6/1).

ddd- Bir ticari işletmenin de şirkete sermaye olarak getirilmesi taahhüt edilebilecektir. Ticari işletmenin devrine ilişkin TK m. 11/3, ticari işletmenin içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün olarak devredilebileceğini, hukuki işlemlere konu yapılabileceğini düzenlemiştir. Hükme göre, sözleşmenin yazılı olarak yapılması ve ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, şirket esas sözleşmesi, m. 11/3'de aranan yazılı şeklin yerini alacaktır. Ticaret sicili resen tescil yapılmasına izin veren bir sicil olduğundan, şirketin ticaret siciline tescili üzerine ilgili ticaret sicil müdürlüğüne yapılacak bildirim üzerine, ticari işletmenin sicil kaydında şirket adına tescil işlemi gerçekleştirilecektir.

Ticari işletmenin sermaye olarak taahhüt edilmesi ve yukarıda açıklanan surette kurulan şirket adına resen tescil edilmesi üzerine, ticari işletmeye dahil taşınmazlar ve diğer malvarlığı unsurları başkaca bir işleme gerek kalmaksızın şirkete ait olacaktır. Nitekim TK m. 11/3 ticari işletmenin devrinde tescilsiz iktisabı kabul etmektedir. Bu durum, doğrudan taşınmazın sermaye olarak taahhüt edilmesine ilişkin yukarıda açıklanan sistem ile çelişmektedir. Ticaret şirketlerinde taşınmazın aynı sermaye olarak

¹¹ Fikri mülkiyet haklarının devri hususunda detaylı açıklama için bkz. **Karahan, Sami/Suluk, Cahit/Saraç, Tahir/Nal, Temel**, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2011, s. 118, 351-354; **Tekinalp, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Haziran 2002, s. 217, 218, 431-433, 565, 566, 644; **Bilgili, Fatih**, 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK Hükümlerine Göre Tescilli Marka Üzerindeki Hakkın Devri, Prof.Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. 1, 412 vd.

¹² Bkz. taşınmazlar ile ilgili olarak yukarıda yapılan açıklamalar.

kabulü için tapuda şerh edilmiş olması şarttır. Şerhin varlığına rağmen kabul edilmeyen tescilsiz iktisaba, ticari işletmenin devrinde izin verilmiştir¹³. Taşınmazın sermaye olarak taahhüdünde, ticaret sicil müdürünün bildirimine üzerine dahi doğrudan şirket adına tescil yapılması engellenmiştir. Ticari işletmenin sermaye olarak getirilmesi yolu ile, taşınmazın sermaye olarak konulmasındaki tapuya tescil şartı aşılabacaktır. Ayrıca, ticari işletmenin sermaye olarak getirilmesi durumunda, ticaret siciline tescilden önceki aşamada işletmeye dahil taşınmazların tapudaki kayıtlarına şerh konulmasının zorunlu olup olmadığı da tartışma konusudur.

Kanaatimce TK m. 128/2 ile m. 11/3 uyumlaştırılmalıdır. Bu noktada ne yönde düzenleme yapılacağı tercih meselesidir. Ancak tescilsiz iktisap kabul edilmek isteniyorsa, ticari işletmenin devrinin yanısıra, ticaret şirketlerine taşınmazın sermaye olarak getirilmesi bakımından da benzer çözüm benimsenmelidir. Ancak gözden kaçırılması gereken husus, tescilsiz iktisabın varlığına rağmen, tapuda iyiniyetle mülkiyeti kazanan kişinin kazanımının korunacağıdır. Kanaatimce, hem ticaret şirketlerine taşınmazın sermaye olarak konulmasında hem ticari işletmenin devri yolu ile işletmeye dahil taşınmazın devrinde, tescilsiz iktisap yerine, ticaret sicil müdürünün bildirimine üzerine tapu memurunun re'sen tescil yapmasına izin vermek, menfaatler dengesine daha uygun olacaktır.

IV- Aynı Sermayeye Değer Biçilmesi

Anonim şirkette para dışında bir malvarlığı değerinin sermaye olarak getirilmesi veya kuruluş sırasında bir işletme veya ayın devralınması durumunda, mahkemece atanacak bilirkişi tarafından değer biçilmesi zorunludur (TK m. 343). Bu hüküm, şirket malvarlığının, dolayısıyla da üçüncü kişilerin ve diğer pay sahiplerinin korunması amacıyla getirilmiş, tedbir niteliğinde bir hükümdür. Değer biçecek olan bilirkişi, şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanır¹⁴. Bu düzenleme eTK'nın ani kuruluşla ilişkin hükümleri ile paralel niteliktedir. Ancak, aşağıda değinilecek olan hususlarda TK daha detaylı düzenlemeler getirmiştir.

Bilirkişi raporunda, sadece biçilen değeri belirtmekle yetinmeyecektir. Raporunda yer alması kanunen zorunlu hususlar aşağıda belirtilenlerdir.

- İlk olarak değerlemede kullanılan yöntem belirtilmelidir. Sadece yöntemin ifadesi yeterli değildir. Somut olayın özellikleri dikkate alındığında, herkes için en adil ve uygun yöntem olması da gerekir. Yöntem seçiminde bu husus dikkate alınarak, en uygun yöntemin kullanıldığına ilişkin açıklamalar değerlendirme raporunda yer almalıdır.

¹³ Tekinalp, ticari işletme ile ilgili bu düzenlemenin Türk eşya hukukunun tescilli iktisap ilkesine önemli ve kapsamlı bir istisna grubu eklediğini, bu açılımın ticari işletme rehni ile hukukumuzda meydana gelen önemli bir değişikliği ve gelişimi tamamladığını hem de ticari işletmeyi işlevlerine uygun bir ticaret kurumu haline getirdiğini belirtmiştir. Bkz. **Tekinalp**, Ünal, Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek, BATIDER, Haziran 2008, C. XXIV, S. 3, s. 12, 13. Tescilsiz iktisabın eleştirisi için bkz. **Karahan**, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Eylül 2012, s. 36, 37.

¹⁴ Şirket merkezinin bulunacağı yer mahkemesinin yetkisini mutlak kabul etmenin, özellikle değer biçilecek olan taşınmaz vb. malvarlığı unsurlarının şirketin merkezinin bulunacağı yerden uzakta olması durumunda uygulama bakımından sıkıntılara ve değer biçilmesinde aksaklıklara sebep olacağı hususunda bkz. Kendigelen, s. 197, 198. Değer biçilecek olan unsurların mekan olarak uzakta olması ihtimalinde değerlendirmenin sıhhatini sağlamak bakımından akla gelen çözüm, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 197'de düzenlenen İstinabe kurumuna müracaat edilmesidir.

- Şirketin kuruluşunda alacak sermaye olarak taahhüt edilmişse, bu alacağın gerçek ve geçerli olup olmadığına, tahsil kabiliyetinin bulunup bulunmadığına¹⁵, üzerinde haciz olup olmadığına ve vadesinin gelip gelmediğine ilişkin tespitler ve tam değerleri değerlendirme raporunda bulunmalıdır.

- Her bir aynı sermaye için ayrı ayrı olmak üzere, bu varlıklar karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ve TL karşılıklarına ilişkin hesaplama da değerlendirme raporuna yazılır.

Belirtilen bu hususlara ilişkin açıklamalar, tatmin edici gerekçeler içermeli ve hesap verme ilkesinin icaplarına uygun olmalıdır.

Değerleme raporuna, kurucular ve menfaat sahipleri itiraz edebilir (TK m. 343). İtiraz üzerine mahkemece ne tür bir yol izleneceği hükümde açıklanmamıştır. Mahkemece bilirkişiden itiraz edilen konularda ek rapor istenebileceği ya da yeni bir bilirkişi atanabileceği düşünülebilir. Buna karşın, itiraz için kanunda bir süre öngörülmemiş olması, uygulama bakımından çözümü zor problemlere sebep olacaktır. En geç mahkemece raporun onaylanmasından¹⁶ önce itirazın yapılması gerektiği hükümden anlaşılmaktadır. Zira, mahkemenin onayladığı rapor kesindir (TK m. 343/son).¹⁷ Mahkemenin raporu onaylamak için ne kadar bekleyeceği ya da onaydan önce raporun kimlere tebliğ edileceği açıklanmamıştır. Rapor itiraz hakkı olan kişilere tebliğ edilecektir. Ancak, itirazın menfaatini ispat eden herkes tarafından yapılabilecek olması çözümü imkansızlaştırır. Kanaatimce TK m. 343/son cümlesinin madde metninden çıkarılması doğabilecek sorunları da bertaraf edecektir. Zira, eTK'da da bilirkişi tarafından değer biçilmesi aranmakla birlikte, mahkemenin alınan bilirkişi raporunu onaylaması aranmıyor ve bu farklılık korunması gereken bir menfaati de zedelemiyordu.

V- Malvarlığının¹⁸ Korunması İlkesi Bakımından Sermaye

Anonim şirketin sermaye şirketi olması ve üçüncü kişilere karşı yalnız şirket tüzel kişiliğinin, kendi malvarlığı ile sorumlu olması sebebiyle, malvarlığının korunması ilkesi gündeme gelmiştir. Bu ilke kapsamında getirilen tedbirlerden bazıları, sermayenin gerçekliği ve korunması ile ilgilidir;

- Üzerinde sınırlı aynı hak, haciz veya tedbir bulunan malvarlığı unsurlarının aynı sermaye olması yasağı (m. 342/1),

¹⁵ Bilirkişinin alacağın tahsil edilebilirliği konusunda görüş bildirmesinin hayatın olağan akışına ters olduğu, açıklayacağı görüşün ilerde sorumluluğuna da yol açabilecek olması sebebiyle görüş açıklanmasının imkansız görüldüğü eleştirisi için bkz. **Kendigelen**, s. 198.

¹⁶ Mahkemenin nihai olarak yapacağı işlem olarak bahsedilen onay kurumunun Türk usul hukukunda yer almadığı, mahkemenin de değerlendirme imkanına sahip olmadığı bir alanda onay işlemi yapması ile sorumlular arasında girip girmediği sorusunun gündeme geldiği, eleştirileri için bkz. **Kendigelen**, s. 198.

¹⁷ Tekinalp, bilirkişi raporuna tescil ve ilana kadar itiraz edilebileceğini belirtmiştir. **Tekinalp**, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 97. Ancak, kurucular beyanında yer alacak bilgiler (m. 349) dikkate alındığında, bilirkişi raporunun tescil ve ilandan önce, kurucular beyanı düzenlenmeden önce mahkemece onaylanması gerekmektedir.

¹⁸ Sermayenin korunması ilkesi dar anlamda şirkete getirilen sermaye tutarının iadesine, eksilmesine engel olurken, geniş anlamda şirketin malvarlığının korunması olarak anlaşılmaktadır. Tekinalp, eTK ve TK'da yer alan düzenlemeleri de dikkate alarak, ilkenin sermayenin ve malvarlığının korunması amacını taşıyan düzenlemelerin tamamını kapsar şekilde anlaşılmasının daha doğru olacağı düşüncesindedir. **Tekinalp**, Ünal, Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi (Sermayenin Korunması İlkesi), Prof.Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul, 2010, C II, s. 1689, 1692.

- Hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacakların sermaye olarak getirilememesi (m. 342/1),
- Taşınmazların tapuya şerh verilmesi, fikri mülkiyet hakları ile diğer değerlerin özel sicillerine kaydedilmeleri ve taşınırınların da güvenilir bir kişiye tevdi edilmeleri şartıyla aynı sermaye kabul edilmeleri (m. 128),
- Aynı sermayeye değer biçilmesi ile ilgili tedbirler (m. 343),
- Nakdi sermaye taahhütlerinin getirilme zamanları (m.344),
- Şirketin kuruluşundan önce ödenecek sermayenin şirket adına açılacak bir banka hesabına sadece şirket tarafından kullanılabilir şekilde yatırılması şartı (m. 345),
- Şirketin tek pay sahibi olacak şekilde kendi paylarını iktisap etmesi yasağı (TK m. 338/III),
- Tescilden önce ödenmesi gereken asgari sermaye tutarlarının ödendiğinin ticaret siciline yöneltilen bir banka mektubu ile ispatlanması zorunluluğu (TK m. 345),
- İtibari değer altında pay çıkarılmaması (TK m. 347).

Sermayenin korunması hükümlerine aykırı¹⁹ genel kurul ve yönetim kurulu kararları batıldır (TK m. 391/b, 447/c). Ancak, kurucular, kuruluşu katılanlar tarafından bu ilkenin ihlali halinde yaptırımın ne olacağı düzenlenmemiştir. Tekinalp, aykırılığın ticaret sicil müdürlüğünün incelemesi sırasında tespit edilmesi durumunda sicile tescilin reddedilmesi gerektiğini, tespit edilememesi durumunda ise, aykırılığın bazı durumlarda tescil ile onarılabileceğini belirtmiştir. Yazar'a göre bazı aykırılıklar da kuruluş ve sermaye artırımı işlemlerine karşı açılacak fesih davalarına konu olabilecektir²⁰. Kanaatimce, her aykırılıkta ilgili hüküm kapsamında değerlendirme yapılarak neticeye ulaşılmalıdır.

VI- Esas Sözleşmenin Zorunlu İçeriği Bakımından Sermaye

Anonim şirketin sermayesi, getirilen aynı sermayenin ne olduğu, biçilen değer, bunlara karşılık verilecek payların miktarı esas sözleşmeye yazılması zorunlu içerik arasında sayılmaktadır (TK m. 339/c, e). Bu düzenleme emredici midir? TK'da yer alan anonim şirketlere ilişkin hükümler emredici olup, ancak açıkça izin verilmiş ise esas sözleşmede bu hükümlere aykırı düzenleme getirilebileceği hükme bağlanmıştır (m. 340)²¹. Esas sözleşmenin içeriğini düzenleyen m. 339'un ifadesi de bu düzenlemenin emredici olduğu yönündedir. Hükümün gerekçesinde ise, esas sözleşmenin asgari zorunlu içeriğinin düzenlendiği²², bu hükme uyulmamışsa sicil müdürünün esas sözleş-

¹⁹ TK m. 391/b ve 447/c'de malvarlığının korunması ilkesine aykırılık yerine sermayenin korunması ilkesine/hükümlerine aykırılık ifadesi tercih edilmiştir. Bu tercih ve TK m. 391'in gerekçesi dikkate alındığında, butlan yaptırımının malvarlığının tamamını değil, sermayeyi korumaya özgülendiği anlaşılmaktadır.

²⁰ **Tekinalp**, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 1697

²¹ Bu düzenleme ile anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesi yerine emredici hükümler ilkesinin benimsendiği yorumu, emredici hükümler ilkesinin amaçları ile ilkeye aykırılığın sonuçları, bu ilkenin kapalı tip anonim şirketler bakımından gerekli olmadığı görüşü için bkz. **Karasu**, Rauf, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009, s. 43-45, 59 vd., 113-115.

²² M. 339/2'de asgari zorunlu içeriğin düzenlendiği belirtilmesine karşın, sayılan tüm hususların esas sözleşmede bulunmasının mecburi olmadığı, sayılanlardan bir kısmının esas sözleşmenin ancak şarta bağlı zorunlu içeriği olarak kabul edilebileceği eleştirisi için bkz. **Kendigelen**, s. 195. Karasu ise, m. 339 hükümünün emredici olduğu, aykırılık halinde sicil müdürünün tescil başvurusunu reddetmesi gerektiğini, her nasılsa tescil edilmişse, butlan ve yokluğun talep edi-

meyi tamamlanması veya düzeltilmesi için geri çevireceği belirtilmiştir. Yine gerekçede 'kanunda açıkça izin verilmişse' ifadesinin, hükümden açıkça anlaşılmayan hal-lerde amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözeten bir yorumla hükümden 'sapabilme'nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsadığı, kanuni boşluğun doldurulmasına ilişkin metodoloji kurallarının uygulanacağı belirtilmiştir. M. 354'ün gerekçesinde ise, bu hükmün aynı zamanda esas sözleşmede bulunması gereken asgari kayıtları da gösterdiği, m. 354'ün bu açıdan m. 339'dan ayrıldığı, m. 339'un hem asgari içeriğe ilişkin olanları hem de esas sözleşmeye girerek bağlayıcılık kazanan hükümleri gösterdiği ifade edilmiştir. Her iki madde karşılaştırıldığında, ayni sermaye ile ilgili olarak farklılık taşıyan nokta; esas sözleşmenin içeriğini düzenleyen m. 339 hükmünde sayılan, 'paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınlar, değerleri, bunlar karşılığında verilecek olan payların miktarı, devralınacak işletme veya ayının bedeli' unsurlarının m. 354'de sayılmamış olmasıdır. Kanaatimce, bu bilgiler her ne kadar m. 354'de sayılmamış da olsa, malvarlığının korunması ve kamuyu aydınlatma ilkeleri bakımından taşıdıkları önem sebebiyle esas sözleşmenin asgari içeriğinden kabul edilmelidirler. M. 354'de sayılmamış olmaları, madde metninde de ifade edildiği üzere, sadece TK m. 36/1 hükmünün bu kayıtlar için uygulanmaması neticesini doğurmalıdır. Dolayısıyla bu bilgiler sicile tescil ile birlikte üçüncü kişiler için hüküm doğurmaya başlamayacak, üçüncü kişiler bu hususları bilmediklerini iddia edebileceklerdir.

VII- Kurucular ve Yönetim Kurulu Beyanları Bakımından Sermaye

Esas sözleşmenin hazırlanmasından ayrı olarak, anonim şirketin kuruluş işlemleri ile ilgili bir beyanın kurucular tarafından hazırlanması da zorunludur (m. 349). Bu beyanın dürüst bilgi verme ilkesine göre, doğru ve eksiksiz hazırlanması gerektiği özel olarak ifade edilmiştir. Verilen bilgilerin doğru olmaması durumunda, bu düzenleme olmasaydı da beyanı imzalayan kurucuların sorumluluğu gündeme gelecekti. Ancak beyanda bazı bilgilerin eksik verilmesi durumu için aynı şeyi söylemek her zaman mümkün değildir. Kurucular beyanında yer alacak bilgiler arasında, konulan ayni sermayeye verilecek karşılığın uygunluğuna, bu tür sermayenin gerekliliğine, bunların şirkete olan yararlarına ilişkin belgeli, gerekçeli ve kesin ifadedeli açıklamalar da yer almaktadır.

Kurucular beyanının amacı; "... kamuyu aydınlatarak malvarlığının korunmasını sağlamak, şirketin kurucuların menfaatine, bir anlamda kötüye kullanılmasına engel olmak; genel olarak yolsuzlukları önlemek; kuruluşun denetlenmesini kolaylaştırmak ve sorumluluk davalarına akışkanlık kazandırmaktır. Bu sebeple beyan, bilgiyi ve hesabı dürüst bir şekilde verme ilkesine göre, doğru ve eksiksiz olarak hazırlanır"²³. Bu amaç dikkate alındığında, kurucular, maddede sayılan hususlardan başka açıklığa kavuşturulmasını istedikleri hususlara, özellikle de sonradan gündeme gelecek sorumluluk davalarını düşünerek, yer verebilirler. Nitekim gerekçede de amaca hizmet etmeyen beyanın sicil müdürü tarafından reddedilmesi gerektiği açıklanmıştır.

Kuruluş sırasında düzenlenen kurucular beyanının yerini, şirketin kuruluşundan sonra yapılan sermaye arttırmalarında yönetim kurulunun beyanı almaktadır (m. 457). Bu beyanda yer verilecek bilgiler arasında da, ayni sermaye konuluyor veya bir ayın devralınıyorsa bunlara verilecek karşılığın uygun olduğu bilgisi, yukarıda değinilen m. 349'da yer alan hususlara ilişkin açıklamalar, devralınan ayni sermaye, ayının türü, değerlendirilmenin yöntemi, isabeti ve haklılığı, bir borcun takası söz konusu ise, bu

lemeyeceği, şartların mevcudiyeti halinde m. 353 uyarınca şirketin feshinin gündeme geleceği görülmektedir. **Karasu**, s. 29.

²³ Bkz. TK m. 349'un gerekçesi.

borcun varlığı, geçerliliği ve takas edilebilirliği, kanuni ve idari gerekliliklerin yerine getirildiği hususları sayılmıştır. Bu açıklamalar da belgeli ve gerekçeli olmalıdır.

VIII- Tescil ve İlan Aşaması Bakımından Sermaye

Her ne kadar şirketin tüzel kişilik kazanması bakımından ticaret siciline tescil yeterli (m. 355) olsa da, esas sözleşmenin tamamının TTSG'nde ilanı, mahkemece atanan bilirkişinin düzenlediği değerlendirme raporunun ticaret sicil müdürlüğüne tevdi edilmesi²⁴ zorunludur (m. 354). Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin neticesi ne olacaktır? Ticaret sicil müdürü tüzel kişilerin tescilinde şirket sözleşmesini incelemekle görevlidir (TK m. 32/2). Esas sözleşmenin ticaret sicil müdürüne verilmemesi durumunda, sicil müdürü tescil talebini reddedecektir. Bilirkişinin düzenlediği değerlendirme raporunun incelenmesi ile ilgili bir hüküm ise bulunmamaktadır. Ticaret sicil müdürünün tescil için aranan kanuni şartların varlığını incelemekle yükümlü olması (m. 32/1) ve değerlendirme raporunun tevdi edilmesi yükümlülüğünün 'Şirketin tescil ve ilanı' başlıklı m. 354'de düzenlenmesi karşısında, değerlendirme raporunun tevdi edilmediği hallerde de tescilin sicil müdürü tarafından reddedilmesi gerektiği söylenebilir. Değerleme raporu tevdi edilmemesine rağmen her nasılsa tescil gerçekleşmişse, şirketin feshi davasını düzenleyen m. 353 hükmünün uygulanması gündeme gelebilecektir. Ancak, değerlendirme raporu mevcut ve usulüne uygun olmasına karşın herhangi bir sebeple tevdi edilmemişse, fesih kararı vermek yerine m. 353/2'deki imkan kullanılarak eksikliğin tamamlanması için mahkemece şirkete süre verilmesi tercih edilmelidir.

Sermaye taahhüdünün tescil ve ilan aşamasına bir diğer etkisi, SAİT m. 4/6 hükmünde görülmektedir. Şirket sözleşmesinde aynı sermaye olarak konulan mal ve haklar ile ilgili sicillere şerh konulmak suretiyle durumun açıklanmasına rağmen, şirketin ticaret siciline tesciline kadar geçen kuruluş sürecinde söz konusu mal ve hakların başkasına devredilmesi veya üzerinde aynı bir sınırlama tesis edilmesi durumunda, ilgili sicili tutan kurum durumu derhal ticaret sicil müdürlüğüne bildirecektir. Bildirimi alan ticaret sicil müdürlüğü, bu durumu gerekçe göstererek şirketin ticaret siciline tescili talebini reddedecektir. Bu düzenleme, sermayeyi korumaya odaklanmakla birlikte, yerindeliği ve TK'ya uygunluğu tartışılabilir. Nitekim, TK tapuya şerhin ve ilgili diğer sicillere yapılacak kaydın iyiniyeti kaldıracağını hükme bağlamıştır (TK m. 128/2). SAİT m. 4/6 ile getirilen bu hüküm, ön şirkete ilişkin tartışmaların devam ettiği süreçte, sermaye olarak taahhüt edilen bu taşınmaz ile ilgili bir çok sorunun çözümünü ön şirket ile bağlantılı olarak uygulamaya bırakmaktadır.

Ticaret sicil müdürü şirketin tescilinin akabinde, ilgili diğer sicillere re'sen bildirimde bulunacaktır (TK m. 128/6, SAİT m. 4/5). Örneğin, taşınmazın mülkiyetinin sermaye olarak getirilmesi ihtimalinde, tapu siciline resen bildirimde bulunmalıdır. Bu bildirimde yer alması gereken bilgiler SAİT m. 5'de, bildirimi alan ilgili sicili tutan kurum tarafından yapılması gereken işlemler ise m. 6'da düzenlenmiştir.

XI- Kanuna Karşı Hile

Anonim şirketlerde sermayenin taşıdığı önem sebebiyle, kuruluş sırasında aynı sermayeye ya da devralınacak işletme ve ayınlara değer biçilmesi bakımından detaylı düzenlemeler getirilmiş, mahkemece bilirkişi atanarak değer belirlenmesi kabul edilmiştir. Ancak, kuruluş sırasındaki bu prosedürden, alınan tedbirlerden kaçmak düşüncesi ile, şirket malvarlığına dahil edilmek istenen işletme ya da ayın, kuruluşun tamamlanmasından sonra da şirket tarafından devralınabilir. Kuruluştaki ilgili hükümlerin bu yolla dolandırılmasını engellemek düşüncesi ile, kuruluştan sonra gerçekleştirilen devralma ve kiralama işlemleri de belirli şartların varlığı halinde kuruluştakine benzer prosedüre tabi tutulmuştur.

²⁴ TK m. 354/3 hükmünün 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki metninde, değerlendirme raporunun da TTSG'nde ilanı zorunluluğu düzenlenmiştir.

İşlemin söz konusu prosedüre tabi olması için getirilen ilk şart, süre ile ilgilidir. Şirketin tescilinden itibaren iki yıl²⁵ içinde bir işletme veya aynı şirket tarafından devralınıyor veya kiralanıyor olmalıdır. İkinci şart ise, sermayenin 1/10'unu aşan bir bedel karşılığında devralma veya kiralamanın yapılmasıdır (TK m. 356/1). Bu şartları taşımasına karşın, şirketin işletme konusunu oluşturan veya cebri icra yoluyla iktisap edilen aynı ve işletmeler hakkında aşağıda açıklanacak prosedür uygulanmayacaktır (TK m. 356/5).

Süre ve bedel bakımından söz konusu şartları taşıyan bir sözleşme yapılmak istendiğinde, öncelikle yönetim kurulunun şirketin merkezinin²⁶ bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesi'ne müracaatı ve bu müracaat üzerine mahkemeye bir bilirkişi atanması gerekmektedir. Bilirkişi, devralınacak ya da kiralanacak işletme ve aylara değer biçer (TK m. 356/2). Daha sonra, sözleşme, şirket genel kurulunca onaylanır. Onayın akabinde hem sözleşme hem genel kurulun onay kararı ticaret siciline tescil edilir. Onay ve tescil işlemi sözleşmenin geçerlilik şartıdır. Ayrıca, onay ve tescilinden önce sözleşmelerin ifası amacıyla yapılmış olan ödemeler dâhil, her türlü tasarruf da geçersizdir (TK m. 356/1, 4). Değerin mahkemeye atanacak bilirkişi tarafından belirlenmiş olmasının işlemin geçerlilik şartı olduğuna ilişkin bir açıklama hükmünde yer almamaktadır. Ancak, hükmün kanunun dolanılmasını engelleme maksadıyla getirilmesi karşısında, mahkemeye hiç müracaat edilmemesi ya da müracaat edilerek bilirkişi incelemesi yapılmasına karşın, bilirkişinin tespit ettiği değer çok üstünde bir bedelle sözleşmenin kurulması ihtimallerinde, genel kurulca işlem onaylanmış olsa dahi sözleşmenin geçerli olmayacağı kabul edilmelidir.

X- Sorumluluk

eTK'da kuruluşta doğan sorumluluk halleri, kuruluşla ilişkin Birinci Kısım'da ayrı bir başlık altında düzenlenmişti. Sorumluluk halleri ise; vesikaların doğru olması, esas sermaye hakkında yanlış beyanlar, ayın nevinden sermayeye değer biçilmesinde hile, ilk yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin ihmali olarak belirlenmişti. TK ise, kuruluş bakımından sorumluluğa ilişkin ayrı düzenleme yapmamıştır. Anonim şirketler bakımından sorumluluk hallerini bu şirket tipine ilişkin düzenlemelerin sonunda, Onbirinci Bölüm'de hukuki sorumluluk, Onikinci Bölüm'de cezai sorumluluk olmak üzere topluca düzenlemiştir. Düzenlenen hukuki sorumluluk halleri; belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması, sermaye hakkında yanlış beyanlar ve sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yetersizliğinin binmesine rağmen onay verilmesi, aynı sermaye ile devralınacak işletme ve aylara değer biçilmesinde yolsuzluk, SPK hükümlerine aykırı olarak haktan para toplamak, kurucuların kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal etmeleridir. Aşağıda incelenecek olan sorumluluk sebepleri, konumuz itibarıyla sermaye ve özellikle de değer biçilmesi ile ilgili olanlardır.

- Belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması (TK m. 549)

²⁵ 6762 sayılı TK m. 311 hükmünde de bulunan 2 yıllık sürenin yeterli olmadığı, ilk yönetim kurulu üyelerinin görev süresinin dikkate alınmasının daha doğru olacağı görüşü için bkz. **Yavuz**, Cevdet, Anonim Ortaklıklarda Kuruluşta Sonra Devir Alma, İÜHFİM, 1984/I-4, s. 400.

²⁶ M. 356/2 hükmünde 'şirketin bulunduğu yer' ifadesi kullanılmış olmakla birlikte, bu ifadede şirket merkezinin bulunduğu yer anlaşılmalıdır.

Kuruluş ile ilgili belgelerin ve beyanların yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanlar sorumludur. Hükümün kapsamı eTK m. 305'den daha geniştir. Zira eTK m. 305, belgelerin hakikat hilafına düzenlenmiş olması ihtimalini hükme bağlıyordu.

'Kuruluş Belgeleri' başlıklı TK m. 336'da bu belgelerin esas sözleşme, kurucular beyanı, değerlendirme raporları, ayın ve işletme devralınmasına ilişkin olanlar da dahil olmak üzere, kurulmakta olan şirketle, kurucular ve diğer kişilerle yapılan kuruluşla ilgili sözleşmeler olduğu belirtilmiştir. Buradaki sayım sınırlıdır. Ancak, TK m. 549'da düzenlenen kuruluş ile ilgili belgeler m. 336'da sayılan kuruluş belgeleri ile sınırlı değildir. TK m. 549 ifadesi de bu hususu desteklemektedir. TK m. 336, ticaret sicil müdürlüğü ve anonim şirket tarafından 5 yıl boyunca saklama yükümlülüğünü düzenleme amacı taşır.

eTK m. 305, belgelerin gerçeğe aykırı düzenlenmesinden doğan zarardan kurucularla bu belgelerin tanzimine iştirak edenleri müteselsilen sorumlu tutmuştu. TK m. 549 ise, belgeleri düzenleyenler, beyanları yapanlar ve kusurlarının varlığı halinde bunlara katılanları sorumlu tutmuştur. TK m. 553/1 kurucuların kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal etmeleri halinde sorumlu olduklarını düzenlemektedir. TK m. 553 de, hiç kimsenin kontrolü dışında kalan kanuna, esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklardan sorumlu tutulamayacağını hükme bağlamıştır. Bu sorumsuzluk hali, gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek de geçersiz kılınamayacaktır. Dolayısıyla, tüm kurucuların bu sorumluluk sebebine dayalı olarak sorumlu tutulması mümkün olamayacak, sadece belgeleri düzenleyenler, beyanları yapanlar ve kusurları mevcutsa bunlara katılanlar sorumlu olacaklardır.

Sorumluluğun niteliği bakımından da TK m. 557 eTK'dan farklı bir düzenleme getirmiştir. Hüküm müteselsil sorumluluğu kaldırmamaktadır. Ancak, sorumlulardan her biri kusur oranına ve durumun gereklerine göre zararın kendisine şahsen yükletilebildiği ölçüde diğerleriyle birlikte sorumlu olacaktır²⁷.

- Sermaye hakkında yanlış beyanlar ve sermaye taahhüt edenlerin ödeme yetersizliğinin bilinmesi (TK m. 550)

Sermayenin tamamının taahhüt edilmemesine veya kanun ve esas sözleşmeye uygun olarak ödenmemesine karşın, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenler ve kusurlu olmaları şartıyla şirket yetkilileri söz konusu payları üstlenmiş kabul edilirler ve payların karşılığı ile zararı faiziyle birlikte müteselsilen öderler. eTK m. 306'dan farklı olarak, 'bu fiilde kendilerine iştirak edenler' ifadesine yer verilmemiştir. Ancak, hükümde eTK'dan farklı olarak doğrudan kuruculardan bahsedilmemiş olması, 'taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenler' şeklinde geniş kapsamlı bir ifadenin benimsenmiş olması karşısında, sorumlu olan kişiler açısından bir farklılık meydana gelmeyecektir.

M. 550/1'de dikkat çeken bir diğer husus, 'kusurlu olmaları şartıyla şirket yetkilileri' ifadesidir. eTK'nın aksine, TK'da ilk yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin kuruluştan doğan sorumluluğu düzenlenmemiştir. Buna karşın, hukuki sorumluluğa

²⁷ Detaylı bilgi için bkz. **Kendigelen**, s. 405-408; **Pulaşlı**, Hasan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012, s. 933 vd.

ilişkin diğer hükümlerden farklı olarak m. 550/1'de şirket yetkililerinin sorumluluğundan bahsedilmiştir. Bu hüküm, ilk yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin taahhüt edildiği ve ödendiği belirtilen sermaye tutarları ile ilgili bilgi ve beyanların gerçekliğini inceleme yükümlülüklerine ve sorumluluklarına işaret etmektedir.

Sermaye taahhüt eden kişinin taahhüt ettiği tutarı ödeme gücünün bulunmadığını bilmesine karşın onay verenler de, bu taahhüdün ödenmemesinden doğan zarardan sorumludurlar (TK m. 550/2). Bu sorumluluk hali, eTK'da yer almamaktadır. Sermayenin korunmasına hizmet eden önemli bir tedbirdir.

- Değer biçilmesinde yolsuzluk (TK m. 551)

Ayni sermayeye, devralınacak işletme ve aynılara emsaline göre yüksek fiyat biçen, işletme ve aynının niteliğini veya durumunu farklı gösteren ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar, doğan zarardan sorumludurlar. TK m. 550/1 için yukarıda bahsedildiği gibi, bu hükümde de eTK m. 307'den farklı olarak fiile iştirak edenlerden bahsedilmemiş olması, sorumlu tutulacakların kapsamında bir daralmaya sebep olmayacaktır. Hükmün kapsamı da, sorumlu olunan haller açısından bakıldığında eTK m. 307'den daha geniştir. eTK'da sadece değer biçilmesinde hile kullanılmasından bahsedilmişken, TK m. 551'de 'başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar' ifadesi mevcuttur.

ÖN ŞİRKET VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Yrd. Doç. Dr. Emrullah KERVANKIRAN*

ÖZET

Bu makalede 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu' da getirilmek istenen ön şirket konusu, Alman ve İsviçre Hukukları ile karşılaştırmalı olarak açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ticaret Kanunu, Ön Şirket, Ön Kuruluş Ortaklığı, Sermaye Şirketleri, Şahıs Şirketleri, Tüzel Kişi, Alman Hukuku, İsviçre Hukuku, Sorumluluk.

ABSTRACT

In this article the subject of front company is explained under the New Turkish Commercial Code numbered 6102 as compared with German and Swiss Law.

Keywords: Commercial Code, Front Company, Pre-Organization Partnership, Corporations, Partnership Company, legal entity, German Law, Swiss Law, Liability.

A. Genel Olarak

Tüzel kişiliğe sahip olan ticaret şirketlerinin kuruluşlarında farklı aşamalar söz konusu olmaktadır. Özellikle kuruluş aşamaları kanunda düzenlenmemiş olan Alman Hukukunda bunlar ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Bu kapsamda her safhada ortaya çıkan oluşumun hukuken nitelendirilmesi yanında, ortakların birbirleri arasındaki ilişkiler, hak ehliyeti ve sorumluluk gibi hususlar doktrin ve mahkeme kararlarında önemli ölçüde yer bulmuştur.

Alman Hukuku'nda genel kabul gören anlayışa göre, tescile gelinceye kadar farklı aşamaların geçilmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, iki veya daha fazla kişinin bir araya gelerek bir sermaye şirketi kurmak için ciddi bir şekilde görüşmeler yaptığı ön kuruluş (Vorgründungsstadium) safhasıdır. İkincisi ise, şirket esas sözleşmesinin imzalanmasından ticaret siciline tesciline kadar olan süreci kapsayan kuruluş (Gründungsstadium) aşamasıdır. Son olarak imzalanmış olan şirket sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesiyle beraber şirketin kuruluşu tamamlanmış olmaktadır.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

B. 6762 Sayılı Eski Ticaret Kanunu Döneminde Ön Şirket

I. Ön Kuruluş Ortaklığı

“Ön Kuruluş Ortaklığı” Türk Hukukun’da pek bilinen ve uygulaması olan bir kavram değildir. Ancak son zamanlarda yapılan bazı çalışmalarda Alman ve İsviçre Hukukun’daki görüşler kaynak gösterilerek *Kuruluş Ortaklığı*¹ ya da *Ön Ortaklık*² adı altında açıklanmaya çalışılmıştır.

Ön kuruluş ortaklığı, ticaret şirketlerinin kuruluşu aşamasında, ana sözleşmenin ya da şirket sözleşmesinin imzalanmasından önce ortaya çıkabilecek bir olgudur. Bu safhada birden fazla kişi bir araya gelerek belirli bir ortaklık kurmak amacıyla görüşmeler yapmaktadırlar. Bunlar genelde hazırlık görüşmeleri niteliğindedir.

Kuruluş ortaklığının amacı, kurulması öngörülen ticaret şirketin kuruluşunun gerçekleştirilmesidir³. Burada kuruluştan kasıt, kurulması hedeflenen şirketin kanuni şartlara uygun olarak sözleşmesinin yapılmasıdır. Şirket sözleşmesinin hazırlanarak kurucu adayları tarafından imzalanmasından sonra ön kuruluş ortaklığı BK m. 535/I b.1 gereğince amacı gerçekleşmiş olduğundan sona erecektir; eğer ortaklar bu aşamada öngörülen ticaret ortaklığını kurmaktan vazgeçerlerse, ön kuruluş ortaklığı bu sefer ortakların anlaşmaları ile sona ermiş olacaktır⁴.

Ön kuruluş aşamasında açıklığa kavuşturulması gereken husus, taraflar arasındaki ilişkinin hukuken nitelendirilmesi ve ortaklık kurma düşüncesiyle bir araya gelen kişilerin esas sözleşmeyi imzalama yükümü altında olup olmadığıdır.

Doktrinde bu aşamada taraflar arasında bir adi şirket oluştuğu görüşü hakimdir⁵. Ancak bu ilişkinin aynı zamanda BK m. 22/I anlamında bir ön sözleşme sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. *Barlas*⁶’a göre ön ortaklığın mutlaka bir ön akit temelinde dayanması gerektiği iddia edilemez. Müstakbel kurucular yaptıkları sözleşmede ileride oluşturulacak şirketin türünü, yapılanma biçimini ve konusunu şimdiden tespit etmişler, ortaklığa getirilecek katılma paylarını belirlemişler, ancak diğer bazı yan noktalar açık bırakmış ve şirket ana sözleşmesinin akdedilmesini ileri bir tarihe ertelemişlerse ortada bir ön ortaklık ilişkisinin olduğu kabul edilmelidir; fakat bu aynı zamanda bir ön akit teşkil etmektedir⁶. Eğer kurucular arasındaki ilişki bu özellikleri taşıyor ve fakat yeterince belirgin bir taahhüt durumundaysa, kuruluş ortaklığının yine mevcut olduğu, ancak bir ön akitten bahsedilemeyeceği belirtilmektedir⁷.

Arslanlı ve *Domanıç* ise, esas sözleşmenin hazırlanması ve imzalanmasından önceki aşamada taraflar arasında ortaya çıkan irade uyuşmasının adi ortaklık niteliğinde bir ön sözleşme olduğunu, şekil ve içerik yönünden esas sözleşmede aranan şekil ve unsurlara bağlı olduğunu ifade etmiştir⁸.

*Bahtiyar*⁹’a göre de yine aynı şekilde ana sözleşme öncesi aşamada taraflar arasında bir ortaklık ilişkisi ancak bir ön sözleşme yapılmış olması halinde mümkündür; kurucu adayları arasındaki ilişkinin adi ortaklık olarak kabul edilebilmesi ve aynı zamanda ana sözleşmeyi imzalama yükümlülüğü doğuracak bir ön sözleşmenin geçerli

¹ Barlas, Nami, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 2. Bası, İstanbul 2008, s. 135 vd.; Şener, Oruç Hami, *Adi Ortaklık*, Ankara 2008, s. 142 vd.

² Bahtiyar, Mehmet, *Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi*, İstanbul 2001, s. 33 vd.

³ Barlas, Adi Ortaklık, s. 136; Bahtiyar, *Anasözleşme*, s. 42; Şener, *Adi Ortaklık*, s. 142.

⁴ Şener, *Adi Ortaklık*, s. 142.

⁵ Arslanlı, Halil, *Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler*, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 26; Tekil, Fahiman, *Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler*, İstanbul, 1996, s. 54; Teoman, Ömer; *Yaşayan Ticaret Hukuku, C I, Kitap 5*, Ankara 1995, s. 61 vd.; Barlas, *Adi Ortaklık*, s. 137; Bahtiyar, *Anasözleşme*, s. 42; Şener, *Adi Ortaklık*, s. 142.

⁶ Barlas, *Adi Ortaklık*, s. 137.

⁷ Barlas, *Adi Ortaklık*, s. 137.

⁸ Arslanlı, s. 26; Domanıç, Hayri; *Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukuki Mesuliyet*, İstanbul 1964, s. 4-5.

olması için BK m. 22/II anlamında ana sözleşmenin şekline uygun bir ön sözleşmenin yapılması gerekir⁹.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 30.3.1990 tarihli ve E. 1990/1595, K. 1990/3298 sayılı kararında bu konuda şöyle denmektedir, "...Esas mukavelenin tanzim ve imzasına tekaddüm eden safhada anonim şirketin kurulması hususunda taraflar arasında hasıl olan anlaşma da adi ortaklık mahiyetinde bir ön akit olarak vasıflandırılır. Bu durumda kurucular arasındaki ilişki, öğretide de baskın görüş olarak kabul edildiği gibi adi ortaklık niteliğindedir..."¹⁰ Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.6.1974 tarihli ve E. 1971/T-702, K. 1974/401 sayılı kararında, "...Limited şirketin kuruluşu tahakkuk etmediğine göre, ön anlaşma bir adi ortaklık niteliğinde kabul olunarak taraflar arasındaki ilişkinin adi ortaklık hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir..."¹¹ denilerek, ana sözleşmenin düzenlenmesinden ve imzalanmasından önceki aşamada, taraflar arasında yapılan anlaşmanın adi ortaklık mahiyetinde bir ön akit olduğu kabul edilmiştir.

Esas sözleşme öncesi kurucu adayları arasında bir ön kuruluş ortaklığının oluşması mümkün, ama sık rastlanan bir durum değildir. Kanaatimizce, esas sözleşmenin kurucu adayları arasında imzalanmasından önce ön kuruluş ortaklığından söz edebilmek için bir ön sözleşmenin yapılmış olması gerekir. Bu ön sözleşmenin geçerliliği ise BK m. 22 anlamında esas sözleşmenin şekline uygun olarak yapılması şartına bağlıdır. Aksi takdirde ne bir ön sözleşmeden ne de bir adi ortaklıktan bahsedilebilir. Böyle bir durumda taraflar arasındaki ilişkinin sözleşme görüşmeleri olarak kabul edilmesi gerekir¹². Bu durumda tarafların sözleşme öncesi güven ilişkisi ölçüsünde culpa in contrahendo'ya dayalı sorumlulukları söz konusu olabilecektir.

Ön sözleşme temelinde kurulmuş olan bir ön kuruluş ortaklığında taraflar, asıl sözleşmenin yapılmasını (öngörülen şirket sözleşmesi- ana sözleşme) birbirlerinden talep edebileceklerdir. Bu talebin yerine getirilmemesi durumunda, taraflar işin mahiyeti gereği aynen ifaya, yani bir ortaklık kurmaya zorlanamayacağına göre, sözleşmeyi ihlal edenden ancak tazminat istenebilecektir¹³.

Ön kuruluş ortaklığının söz konusu olduğu durumlarda bunun bir adi şirket olduğu kabul edildiğine göre, ön kuruluş ortaklığına, tarafların imzalamış oldukları sözleşmede yaralan hükümler ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde adi ortaklık hükümleri uygulanacaktır¹⁴.

II. Ön Şirket

Türk Hukukunda 6762 sayılı Ticaret Kanunu döneminde Alman Hukukun' da olduğu gibi bir "Ön Şirket" olgusu kabul edilmiş değildir. Şirket sözleşmesinin imzalanmasından sonraki tescil öncesi dönem, doktrinde ve yargı kararlarında şimdiye kadar önemli bir yer tutmamıştır. Zira şirket sözleşmesinin akdedilmesi ile tescil arasındaki süre, Alman Hukuku'nda olduğunun aksine, oldukça kısa sürdüğü için, ön şirket kaynaklı sorunlar ortaya çıkmamıştır. Türk hukukunda yukarıda kısaca belirtilen "ön kuruluş" ve "kuruluş" ayırımı yapılmamıştır. Ancak yine de teorik de olsa böyle bir dönemde ortaya çıkan oluşumun hukuken nitelendirilmesi yapılarak bunun bir adi şirket olduğu ve aralarındaki ilişkilerde bu şirkete ait hükümlerin uygulanması gerek-

⁹ Bahtiyar, Anasözleşme, s. 36; Aynı yönde Kırcı, İsmail, Tüzel Kişiliğin Kazanılmasından Önce Anonim Şirket Adına Yapılan İşlemler (TTK 301/II), BADİTER 1998, C.XIX, S. 4, s. 99.

¹⁰ YKD 1990, C. XVI, S. 10, s. 1491 vd.

¹¹ Yalman, Macit/Taylan, Erbay, Adi Ortaklık,, Ankara 1974, s. 53.

¹² Aynı yönde Bahtiyar, Anasözleşme, s. 36, Karş. Barlas, Adi Ortaklık, s. 136.

¹³ Aynı yönde Barlas, Adi Ortaklık, s. 138 ve orada dipnot 79'da belirtilen yazarlar.

¹⁴ Barlas, Adi Ortaklık, s. 140; Şener, Adi Ortaklık, s. 142.

tiği savunulmaktadır¹⁵. Yargıtay'ın da görüşü aynı yöndedir¹⁶. Daha yenilerde doktrinde bazı yazarlar özellikle Alman ve İsviçre Hukuku'nun da etkisiyle söz konusu "ön kuruluş" ve "kuruluş" ayırımlarını yapmaya başlamışlardır.

Doktrindeki yazarlar uygulanacak hukuk açısından karma bir yapı savunmaktadır, buna göre, şirket sözleşmesinin imzalanması ile tüzel kişilik hedeflendiğine göre, kurucular arasındaki iç ilişkide şirket sözleşmesi ile o şirket tipi için kanunda öngörülen düzenlemelerin, dış ilişkide ise adi ortaklık hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmektedir¹⁷.

C. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Bakımından Ön Şirket

6102 sayılı Yeni Ticaret Kanununda ise, ön şirketin varlığına işaret edilmektedir. TK m. 335 hükmünde, "*Şirket, kurucuların kanuna uygun olarak düzenlenen, imzaların noterce onaylandığı esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamaları ve sermayenin tamamını şartsız taahhüt etmeleriyle kurulur*" denilmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, TK m.355/I hükmünün saklı tutulduğu belirtilmiştir. TK m. 355/I' de ise, şirketin ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanacağı hüküm altına alınmaktadır. Böylece şirketin ortaklar arasında kurulması ile tüzel kişilik kazanması işlemlerinin ayrı, farklı işlemler olduğu vurgulanmaktadır. TK 335. maddenin gerekçesinde de, ön-anonim şirket ile anonim şirketin farklı olduğu, bunların ayrışmasının organların oluşumu ve yetkilerini kullanma anlarının belirlenmesi başta olmak üzere birçok diğer hüküm yönünden de önemli olduğu belirtilmektedir.

Bu iki fıkra birlikte değerlendirildiğinde bir anlamda ön şirketin varlığı kendiliğinden anlaşılmış olmaktadır. TK m. 335'in gerekçesinde de ifade edildiği gibi, bu madde ön-anonim şirketin varlığına işaret etmekte ve bu şirketin oluşma anını açıklığa kavuşturmaktadır¹⁸.

Ayrıca madde gerekçesinin devamında şu ifadelerle de yer verilmiştir:

"Hakim görüş uyarınca, ön-anonim şirket bir adi şirket ve dernek olmayıp; bir elbirliği mülkiyeti (şirketi) oluşturur. Ön-şirketin ortakları (kurucular) tacir sıfatını taşımazlar. Şirketin tescili ile ön-şirket tasfiyesiz sona erer. Tek kişi anonim şirketinde ise ön-şirket tek kurucunun özel malvarlığı niteliğini taşır. Türk hukukunda ön-anonim şirketin niteliği ile hukukî durumu öğretide ve mahkeme kararlarında açıklığa kavuşturulmuştur".

Türk Hukukunda şimdiye kadar ki hâkim görüş ön şirketin bir adi şirket olduğu yönünde olduğuna göre, gerekçede belirtilen hakim görüşün Alman hukuku olduğu kanısındayız. Mevzu diğer ifadelerle birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun özellikle Alman Hukukunda ön şirket konusunda savunulan ilkeleri benimsediği anla-

¹⁵ Arslanlı, s. 75- 76; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 8. Bası, N. 70; Arslanlı/Domaniç, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III: Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit şirketler- Limited Şirketler, İstanbul 1989, sh. 158.

¹⁶ Yargıtay HGK, 08.05.1991, E. 11- 164, K. 249, Karar için bkz. Şener, Adi Ortaklık, s. 143 ve dipnot 258' de verilen kaynaklar.

¹⁷ Barlas, Adi Ortaklık, s. 143; Şener, Adi Ortaklık, s. 145; Pulaşlı, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukukunun Genel Esasları, Ankara 2012, s. 317; Aynı yönde Bahtiyar, Anasözleşme, s. 49.

¹⁸ Gerekçe, m. 335, s. 93.

şılmaktadır¹⁹. Zira özellikle Alman hukukunda ön şirket kavramı ekseninde kuruluş aşamalarına çok ayrıntılı bir şekilde yer verilmiş, kavramların mahiyet ve nitelikleri konusunda tatmin edici açıklamalar ve tartışmalar yapılmıştır. Böylece Alman hukukunda sözü edilen kuruluş aşamalarına ilişkin muazzam bir birikim ortaya çıkmıştır.

6762 sayılı Ticaret Kanunumuza kaynaklık eden İsviçre hukukunda ise kuruluş aşamalarına çok az yer verilmiş²⁰, hatta bazı eserlerde hiç değinilmemiştir²¹. Bu sebeplerden ötürü 6102 sayılı Ticaret Kanunun’ da öngörülen ön şirketin incelenmesi, daha çok Alman Hukukunda geçerli olan doktrin ve Yüksek Mahkeme kararları doğrultusunda yapılacaktır.

D. ÖN ŞİRKET İHTİYACININ ORTAYA ÇIKMASI

Ön şirket Almanya’da bir ihtiyacın sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Ön Şirket ihtiyacını doğuran iki neden bulunmaktadır:

Bunlardan birincisi, Almanya’da anonim ve limited şirketlerin ticaret siciline tescil işlemlerinin bizde olduğu gibi ticaret sicil müdürlüğü tarafından değil, “sicil mahkemeleri” tarafından yapılmasıdır.

İkinci olarak ise, şirketlerin faaliyet alanları ile ilgili olarak mesleki kurum ve kuruluşlardan alınması gerekli izinlerin beklenmesi, bunlar tamamlanmadan tescil işlemlerinin yapılamamasıdır. Sözü edilen izinler ve Mahkeme sürecinin Almanya’da yaklaşık altı ay ile bir yıl arasında sürmekte olduğu belirtilmektedir. Bu durumda şirketlerin tescil işlemleri yapılmaya kadar, faaliyet alanları ile ilgili olarak birçok iş ve işlemler yapması kaçınılmaz hale gelmektedir. Böylece bu zaman zarfında ortaya çıkan hukuki yapı ve bu yapının üçüncü şahıslarla ilişkisi “ön şirket” olgusu ile açıklanmaktadır.

Türk hukukunda ise, ticaret şirketlerinin kuruluş işlemleri oldukça kısa sürmektedir. Esas sözleşmenin hazırlanması ve imzaların notere onaylatılarak sicile tescil ettirilmesi işlemlerinin birkaç gün içinde halledilebilecek olması, ön ortaklık olgusunun Alman hukukunda olduğu kadar önem arz etmeyeceği kendiliğinden anlaşılmaktadır.

E. KURULUŞ AŞAMALARI

I. Ön Kuruluş Aşaması (Vorgründungsstadium)

1) Ön Kuruluş Ortaklığı (Vorgründungsgesellschaft)

Bu aşama, kurulmak istenen şirketin esas sözleşmesinin henüz taraflar arasında imzalanmamış olduğu planlama dönemini kapsamaktadır²². Bir anonim şirket kurmak isteyen kişiler bir araya gelerek kurmak istedikleri şirket hakkında çeşitli görüşmeler yapmaktadırlar. Bu kapsamda taraflar, şirketin yapısı, faaliyet konusu, kurulma zamanı ve yeri, konulacak sermayenin türü ile üstlenilecek diğer yükümlülükler gibi temel konularda anlaşmaya varmaktadırlar. Zira şirketin kuruluş aşamasında esas sözleşmenin içeriği hazırlanırken bunlar artık görüşme ve tartışma konusu yapılmamaktadır.

Eğer bu dönemde taraflar, bir anonim şirket kurmayı aralarında yapacakları bir ön sözleşmeyle birbirlerine karşı üstlenirlerse, artık planlama ve diğer görüşmelerle

¹⁹ Aynı görüşte Pulaşlı, Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi ve Eleştirilen Hükümler, Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C. II, S. 1, s. 441. Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukukunun Genel Esasları, Ankara 2012, s. 313.

²⁰ Guhl/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zurich 2000, § 66, N. 37.

²¹ Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter, Schweizerische Gesellschaftsrecht, § 16, 8. Aufl. Bern 1998; Aynı Yazarlar, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, § 12, 7. Aufl. Bern 1993.

²² Kießling, Erik, Vorgründungs- und Vorgesellschaften, 1999 Berlin, New York, s. 10.

ilgili eşik aşılmış olmaktadır. Bu durumda taraflar, sözleşmede şartları belirlenen şirket kurmak için açıkça yükümlülük altına girmektedirler. Hedeflenen şirketi kurmak isteyen taraflar arasında böyle bir ön sözleşmenin yapılması ile “ön kuruluş şirketi” meydana gelmektedir²³. Ön şirketin amacı ise sözleşmede şartları çerçevesinde şirketin kuruluşunu gerçekleştirilmesidir. Kurucular böylece bu sözleşme ile esas sözleşme hazırlayıp imzalamayı ve belirli bir sermaye payı taahhüdünde bulunmayı kabul etmiş olmaktadır.

Ön sözleşmenin ilerde imzalanacak şirket esas sözleşmesinin içeriğini en azından ana hatlarıyla yansıtmaları gerekir. Böyle bir ön sözleşmenin geçerliliği, ilerde yapılması öngörülen esas sözleşmenin geçerlilik şekline tabi olup noterde yapılması gerekir²⁴. Türk Hukukunda ise TK m. 335/I uyarınca tarafların imzası noterce onaylanması gerekmektedir.

2) Hukuki Niteliği

Hâkim görüşü, taraflar arasında yapılan sözleşmenin borçlar hukuku anlamında bir “ön sözleşme” olduğu ve bu haliyle de bir adi şirket karakteri taşıdığı yönündedir²⁵. Dolayısı ile de ön kuruluş ortaklığı ilişkisine, ön kuruluş ortaklığını meydana getiren sözleşme hükümleri ile adi şirketi düzenleyen hükümler uygulanacaktır.

Ancak bir anonim şirketin kuruluşu aşamasında hukuken sözü edilen şekilde bir “ön sözleşme”nin akdedilmesi zorunlu değildir²⁶. Taraflar bu aşamada bir anonim şirketin kuruluşu konusunda birbirlerine karşı hukuken bağlayıcı olmayan ve herhangi bir şekle de bağlı olmayan açıklamalarda bulunabilirler. Bu durumda taraflar, ön sözleşmenin belli bir şekil şartına tabi olmasından dolayı da bir anonim şirketin kuruluşuna katılma yükümlülüğü altında olmayacaklardır.

Diğer taraftan bu dönemde bir ön sözleşmenin varlığından bağımsız olarak taraflar arasında güvene dayalı özel bir hukuki ilişki söz konusu olduğu için, taraflar birbirlerine karşı azami derecede sorumlu ve özenli davranma yükümlülüğü altındadırlar. Aksi takdirde geçerli bir sözleşmenin varlığında sözleşmeye aykırılıktan dolayı tazminat, sözleşmenin bulunmadığı durumda ise “culpa in contrahendo” ilkesine dayalı tazminat talepleri söz konusu olabilecektir²⁷.

Ön kuruluş ortaklığını ön ortaklık ile karıştırmamak gerekir. Ön kuruluş ortaklığı ile ön ortaklık, birbirini takip eden ve hukuken birbirinin yerine geçen oluşumlar değildir. Ön kuruluş ortaklığı tüzel kişiliğin kazanılmasında mutlaka geçilmesi gereken bir ön aşama değildir. Uygulamada ön kuruluş ortaklığının kurulmasına nadiren rastlanmakta, taraflar genellikle ilerde kurmak istedikleri şirketin kuruluşunu gerçekleştirmek için bir yükümlülük altına girmemektedirler.

²³ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 9; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 10; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 18; Kappet, Clivia, Die Vorgründungsstadium von Kapitalgesellschaften, 2006 Hamburg, s. 8.

²⁴ Kießling, s. 18; Kappet, s. 25; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 10; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 13; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 23.

²⁵ BGHZ 91, 148, 151; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 10; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 8; Kießling, s. 27; Kappet, s. 24.

²⁶ Michalski/Sixt, Die Haftung in der Vorgründungs- GmbH, in: FS Boujong, 1996, s. 357; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 18; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 10.

²⁷ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 12; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 21.

II. Kuruluş Aşaması (Gründungsstadium)

1) Ön Şirket (Vorgesellschaft)

Kurucu adaylarının, kurmayı arzu ettikleri şirketin ana sözleşmesini kanunun aradığı şekilde ve içerikte hazırlayıp imzalamaları ile ortaklık kurulmuş olmaktadır. Söz konusu ortaklık tüzel kişilik kazanıncaya kadar geçen sürede “ön şirket” olarak adlandırılmaktadır. Bu süreçte hem kurucuların birbirleri ile olan ilişkilerinde hem de ortaya çıkan hukuki oluşum ile arasındaki ilişkiler “ön şirket”e ilişkin kurallar uygulama bulacaktır.

Ön şirket, ön kuruluş ortaklığından farklı olarak, anonim şirketin tüzel kişilik kazanması sürecinde kaçınılmaz bir aşama olarak kabul edilmektedir²⁸. Buna göre ön anonim ya da limited şirket kurulmuş, ama henüz ticaret siciline kaydedilmemiş bir şirket olarak görülmektedir²⁹. Alman hukukunda ön şirket konusunda ortaya çıkan gelişmeler öncelikle limited şirketlerle ilgili olup, ortaya çıkan değerlendirmeler ve kabul edilen ilkeler daha sonra anonim şirketler için de uygulanmaya başlanmıştır.

2) Hukuki Niteliği

Alman doktrininde hakim olan görüşe göre ön şirket, ne adi ortaklık ne kolektif ortaklık ne de dernektir, bilakis kendine özgü (sui generis) bir ortaklıktır³⁰. Bu ortaklığa anonim şirkete ve ana sözleşmeye ait hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir. Ön ortaklığın bir ortaklık olarak kendine özgü (sui generis) bir elbirliği ortaklığı mı veya bir korporasyon mu olduğu konusu Alman hukukunda tartışılmaktadır. Hakim görüşe göre, ortaya çıkan bu oluşum bir elbirliği ortaklığıdır (Gesamthandsgesellschaft)³¹. Söz konusu bu ortaklıkta hak ve fiil ehliyetine sahip hukuk süjesi elbirliği ortaklığıdır. Ortaklığın korporatif yapısının elbirliği ortaklığının yapısına aykırı düşmediği ileri sürülmektedir³².

Alman Federal Mahkemesi ön şirketin hukuki niteliği konusunda önemli kararlar vererek doktrini oldukça etkilemiş, mahkemenin geliştirdiği ilkeler Alman doktrini tarafından da büyük ölçüde benimsenmiştir. Alman Yüksek Mahkemesine göre ön ortaklık, korporasyon olarak yapılandırılmış, tüzel kişiliğe yönelik hukuki bir oluşum, tüzel kişiliğe giden yolda zorunlu bir ön basamak, kendine özgü sınırlı bir görevi olan özel bir hukuki form olarak görmek, bunun sonucu olarak da onu özellikli bir hukuka (sonderrecht) tabi tutmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre ön ortaklık, meydana gelmekte olan bir anonim ortaklıktır³³.

²⁸ BGHZ 21, 242, 246; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 16.

²⁹ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 22; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 39.

³⁰ BGHZ 21, 242, 246; 80, 212, 214; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 24; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 41; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 17.

³¹ BGHZ 80, 129, 135; Wiedemann, GesR I, § 3 I 1 a; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 24; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 18; Kießling, s. 58 vd.

³² Alman Hukukunda § 54 BGB’ de hak ehliyetine sahip olmayan dernek düzenlenmiştir. Bu durum korporatif yapının el birliği ortaklığına engel teşkil etmeyeceğine bir örnek olarak gösterilmektedir.

³³ BGH 23.10.2006- II ZR 162/05; Bu karar ve kararın incelenmesi konusunda bkz. Pulaşlı, Alman Federal Mahkemesinin Ön Şirkete İlişkin 23.10.2006 Tarihli Kararı ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Bakımından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’ e Armağan, 2007 İstanbul, s. 467 vd.

3. Hukuk Süjesi Olarak Ön Şirket

Tüzel kişiliğe sahip olmamasına rağmen ön şirketin hak ehliyetine sahip olduğu tartışmasız kabul edilmektedir³⁴. Ön şirketin kendine ait malvarlığı³⁵ bulunmakta olup, borçlarından dolayı alacaklılara karşı bütün malvarlığı ile sorumludur. Bu anlamda ön şirket, henüz ödenmemiş sermaye paylarını talep hakkına da sahiptir. Ön şirket borçlar hukukuna ilişkin sözleşmeler yapabilir, aktif³⁶ ve pasif³⁷ dava ehliyetine sahiptir, banka kendi adına hesap açtırabilir³⁸, bir sermaye şirketinin kurucu ortağı ve bir şahıs şirketinin ortağı olabilir³⁹, bir markanın sahibi olabilir⁴⁰, bono ve çek düzenleyebilir⁴¹, iflas ve acz yeteneğine sahiptir⁴².

Alman hukukunda ön şirket bir ticari işletme işletebilir; bu durumda ön şirketin tacir olma niteliği kabul edilmiştir⁴³. Ticaret siciline kayıt sırasında malvarlığı durumunun tespit edilmesi gerektiği için, ön şirket aynı zamanda defter yükümlülüğü altındadır⁴⁴. Tacir olarak ön şirket ticari temsilci ve ticari vekil atama yetkisine sahiptir.

4. Ön Şirkette İç İlişkiler

a) İç İlişkide Uygulanacak Hukuk

Ön şirkete uygulanacak hukuk açısından alternatifli bir düzen öngörülmüştür. Hukuki nitelik olarak kendine özgü (sui generis) bir elbirliği ortaklığı olduğu kabul edilen ön şirkete iç ilişkide, kuruluş hükümlerinden, ana sözleşme hükümlerinden ve tescil edilmiş şirket için geçerli olan anonim şirket ile ilgili düzenlemelerden oluşan özellikli bir hukukun uygulanacağı belirtilmektedir⁴⁵. Bu kapsamda ortaya çıkan soruna öncelikle kurulması öngörülen şirketin kuruluşla ilgili hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Anonim şirketin kuruluşu ile ilgili hükümlerden kasıt özellikle organların seçimi, kuruluş denetimi, şirketin tescili ve sermaye payının getirilmesi ile ilgili olan hükümlerdir.

Bu hükümlerden bir çözüme ulaşamıyorsa, bu durumda ana sözleşmenin ilgili hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Eğer söz konusu ana sözleşme hükümleri de çözüm için yeterli gelmiyorsa, ön şirkete tüzel kişilik kazanmış olan anonim

³⁴ BGHZ 117, 323, 326; GrosskommAktG/Brändle, § 2 Rn. 85; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 51; GrosskommAktG/Röhrich, § 29 Rn. 5; K. Schmidt, GesR, § 27 II 4.

³⁵ BGHZ 117, 323, 326;; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 31; GrosskommAktG/Schmidt, § 41, Rn. 43.

³⁶ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 51; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 19.

³⁷ BGHZ 79, 239, 241; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 51; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 19; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 48.

³⁸ BGHZ 45, 338, 347; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 20; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 43; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 52.

³⁹ BGH NJW 1985, 736; GrosskommAktG/Schmidt, § 41Rn. 43.

⁴⁰ GrosskommAktG/Schmidt, § 41Rn. 43.

⁴¹ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 52; GrosskommAktG/Schmidt, § 41Rn. 43; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 20.

⁴² GrosskommAktG/Schmidt, § 41Rn. 43; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 52; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 20.

⁴³ BGHZ 45, 338, 347; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 51; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 45; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 21.

⁴⁴ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 51; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 21.

⁴⁵ BGHZ 21, 242, 246; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 23; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 41; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 27.

şirkete ilişkin hükümlerin uygulanabileceği kabul edilmektedir. Ancak bu son durumda, ilgili hükümler ancak ön şirketin yapısına uyduğu ölçüde uygulanabilecek olup, şirketin tescilinden sonra uygulanması gereken hükümler söz konusu olmamalıdır.

b) Ön Şirketin Amacı

Öncelikle belirtilmesi gereken husus, müteşebbislerin ön şirket altında devamlı surette faaliyet yapmak amacıyla olmadığıdır. Alman Hukukunda ön şirketin amacı hakkındaki bir görüş birliği mevcut değildir. Hâkim görüşe göre, ön şirketin amacı, bu safhada şirketin tescil işlemlerinin yapılmasını yürüterek, kuruluşun tamamlanmasını sağlamaktır. Ancak bu aşamada kurucuların mutabakatı ile ön şirketin amacının genişletilerek, kurulması öngörülen şirket altında işletilmesi planlanan bir işletmenin faaliyete geçirilmesi mümkündür⁴⁶. Bu görüş, kuruluş aşamasında işletme faaliyetlerinin yapılmasını, malvarlığının geçici olarak yönetilmesi olarak değerlendirmektedir.

Karşı görüşte olanlar ise, ön şirketin amacının kurulmuş olan bir anonim şirketin amacı ile aynı olduğunu; zira ön şirketin, sadece kuruluşu tamamlamayı hedefleyen, kurucular arasındaki bir iç şirket olmadığını, bilakis kurulmakta olan şirketin anonim şirket hukukuna tabi, ana sözleşme hükümlerine göre yaşayan bir oluşum olarak görmektedir. Bu yazarlar, kurulmakta olan şirketin ticari faaliyetlere başlamasını, ön şirketin amacının genişletilmesi olmadığını savunmaktadırlar. Onlara göre, yönetim kurulunun kurucuların izni olmadan ticari faaliyetlere başlaması, kurulmakta olan şirketin amacının aşılması olmayıp, kurucuların bu tür işlemlerin sonuçlarından ortaya çıkabilecek şahsi sorumluluktan ne şekilde korunabilecekleri ile ilgilidir⁴⁷.

c) Ön Şirketin Organları

Ön şirket, tüzel kişilik kazanan şirket gibi aynı organlara sahiptir. Bunlar, kurucu ortaklar kurulu ve yönetim kurulundan oluşmaktadır. Kurucular ön şirketin temsil organı değildir⁴⁸. Yönetim kurulu ön şirketin yönetim ve temsil organıdır⁴⁹. Yönetim kurulu seçilmiş olmadıkça ön şirket medeni haklarını kullanacak hareket kabiliyetine sahip değildir. Alman hukukunda yönetim kurulunun eksik olduğu durumlarda § 85 AktG'e göre mahkeme tarafından geçici olarak yönetim kurulu atanmaktadır⁵⁰.

Yönetim kurulunun bu aşamada görevleri ön şirketin amacına yani şirketin ticaret siciline tescil edilmesi için gerekli olan işlemlerin yapılması ile sınırlıdır. Bu kapsamda yönetim kurulu, kuruluş denetimine katılmak, ortaklar tarafından taahhüt edilen sermaye paylarını talep etmek, şirketin tescili için başvuruda bulunmak gibi işler yanında, tescilin yapılarak şirketin kuruluşunun tamamlanabilmesi için gerekli tüm diğer işlemleri yapmak ve önlemleri yapmak yükümü altındadır⁵¹. Yönetim kurulu kurucuların talimatları ile bağlıdır⁵².

⁴⁶ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 25; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 28.

⁴⁷ BGHZ 80, 129, 139; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 51.

⁴⁸ BGHZ 80, 129, 139; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 29; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 58; Farklı görüşte bkz. Kießling, s. 242.

⁴⁹ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 29; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 33; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn.57.

⁵⁰ GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 57; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 33; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 29.

⁵¹ GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 57; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 33; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 30.

⁵² BGH NZG 2007, 20, 21; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 57; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 34; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 31.

Yönetim kurulunun yönetimle ilgili yetkileri ana sözleşmeye hüküm konularak veya bütün kurucuların alacağı bir karar ile genişletilebilir⁵³. Alman hukukunda bu durum daha çok kurulmakta olan şirkete bir işletmenin aynı sermaye olarak getirilmesinde ortaya çıkmaktadır. Böylece bir işletmenin ön şirket aşamasında faaliyete başlanması yönetim kurulunun yetkilerinin genişletilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Yönetim kurulu aynı zamanda ön şirketin kanuni temsilcisidir. Temsil yetkisinin kapsamı konusu Alman hukukunda tartışmalıdır. Daha önceki hâkim görüşe göre temsil yetkisinin kapsamı, yönetim yetkisinin kapsamında olduğu gibi, ön şirketin amacı ile sınırlı olarak sadece kuruluş için gerekli olan işlem ve önlemlerle sınırlı olması gerektiği yönündeydi⁵⁴. Bu gün geçerli hâkim görüşe göre ise, ön şirket yönetim kurulunun temsil yetkisinin şirketin üçüncü şahıslarla olan tüm işlemlerini kapsadığı kabul edilmektedir⁵⁵. Bu görüşü temsil edenler, ön şirket ile anonim şirketteki hukuk süjesinin aynı olduğunu, tescil ile sadece hukuki formun değiştiğini gerekçe olarak ileri sürmektedirler. Ancak yönetim kurulunun temsil yetkisinin kapsamı, iç ilişkide farklı bir şekilde düzenlenebilir. Diğer taraftan bu sınırlamalara uyulmadığı takdirde, yönetim kurulunun tazminat ödemesi söz konusu olabilecektir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun ise, § 93 AktG kapsamında tescil edilmiş olan şirket yönetim kurulu üyeleri için geçerli olan kurallara tabi olduğu belirtilmektedir⁵⁶.

Şirketin tescilinden önceki ön şirket aşamasında kurucular, ortaklık haklarını kurucu ortaklardan oluşan genel kurulda gerçekleştireceklerdir. Genel kurulun toplantıya çağırılması ilgili olarak tescil edilmiş olan anonim şirkete ait hükümler uygulama bulacaktır. Kurucular genel kurulunda karar alınabilmesi için basit çoğunluk yeterlidir. Ana sözleşme değişiklikleri, sermaye artırımı ve tür değiştirme gibi bazı önemli değişiklikler için bütün kurucu ortakların oy birliği şartı aranmaktadır⁵⁷.

d) Ön Şirkette Ortaklık Haklarının Devri

Ön şirketin ortakları kuruculardan oluşmaktadır. Ön şirketin ticaret siciline tescil edilinceye kadar ortaklık yapısının korunması gerekmektedir. Ön şirketin ortakları kendi sermaye paylarını devredemeyecekleri gibi şirkete serbest giriş ya da çıkış da mümkün değildir (§ 41 Abs.4)⁵⁸. Bu kuralın aksine işlemler ancak ana sözleşme değişikliği⁵⁹ veya külli halefiyet⁶⁰ yoluyla mümkün olmaktadır. Bir kurucu ortağın ölümü kural olarak ön şirketin sona ermesini sonuçlamadığı için, ön şirketteki ortaklık

⁵³ BGHZ 80, 129, 139; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 31.

⁵⁴ BGHZ 80, 129, 139; Wiedemann, K-U, Zur Haftungsverfassung der vor- AG- Der Gleichlauf von Gründerhaftung und Handelnden- Regress, in: ZIP 1997, s. 2032; Zöllner, Die sogenannte Gründerhaftung- Bemerkungen zum Rätsel Vorgesellschaft, in: Festschrift für Wiedemann, München 2002, s. 1416.

⁵⁵ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 34; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 58; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 32; Beuthien, Volker, Vertretungsmacht bei der Vor- GmbH- erweiterbar oder unbeschränkbar? NJW 1997, s. 565 vd.; Weimar, Robert, Die Haftungsverhältnisse bei der vor- AG in neuer Sicht, AG 1992, s. 72.

⁵⁶ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 36; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 32.

⁵⁷ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 38; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 62; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 35.

⁵⁸ Hüffer, Uwe, Aktiengesetz, 9. Auflage 2010, Rn. 30; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 161; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 88.

⁵⁹ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 88; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 163; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 63; Hüffer, AktG, Rn. 30.

⁶⁰ GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 63.

haklarının miras yolu ile geçişi mümkün olmaktadır⁶¹. Kuruculara ait ön ortaklık haklarının rehin edilmesi veya haczedilmesi de yasaklanmıştır⁶².

5. Ön Şirkette Dış İlişkiler

a) Ön Şirketin Sorumluluğu

Alman hukukunda kuruluş aşamasındaki sorumluluk ilişkileri kanun tarafından düzenlenmediği için, yargı kararları ve doktrin tarafından oluşturulan prensipler uygulama bulmaktadır. Ön şirketteki sorumluluk ilişkileri üç ayrı bölümde incelenmektedir: Bunlar, ön şirketin sorumluluğu, kurucuların şahsi sorumluluğu ve şirket adına hareket edenlerin sorumluluğu.

Ön şirket bir hukuk süjesi olarak tüm haklara sahip olmakta ve yükümlülük altına girebilmektedir. Şirketin borçları hukuki işlemlerden ya da kanundan kaynaklanabilir. Şirket borçlarından dolayı üçüncü şahıslara karşı, ödenmiş ve henüz ödenecek olan sermaye paylarından oluşan bütün malvarlığı ile şirketin kendisi sorumludur⁶³. Ön şirketin iflası halinde şirket malvarlığı üzerine iflas masası açılabilir. Şirketin alacaklıları iflas dışında da bir icra emri ile şirket malvarlığını haciz yolu ile takip edebilmektedirler. Hukuki işlemleri şirket adına yönetim kurulu veya yönetim kurulu tarafından yetkilendirilmiş olan temsilciler yapabilir⁶⁴. Yönetim kurulunun temsil yetkisinin sadece kuruluş için gerekli olan işlemlerle sınırlı olmadığı kabul edilmektedir.

Ön şirketin kanundan kaynaklanan yükümlülükleri ise öncelikle vergi borçları ve çalışanlar için ödenmesi gereken sosyal sigorta giderlerinden oluşabileceği gibi, haksız zenginleşme veya haksız fiilden de kaynaklanabilir⁶⁵. Ön şirketin ticaret siciline tescil ile beraber bütün yükümlülükler anonim şirkete geçtiği için, artık bu noktadan sonra ön şirketin sorumluluğu da sona ermektedir.

b) Kurucuların Sorumluluğu

Ön şirketin yükümlülüklerinden dolayı kurucuların sorumluluğu konusu Alman hukukunda tartışmalıdır. Bu konuda doktrinde ortaya çıkan görüş farklılıkları daha çok sorumluluğun çerçevesi ile sorumluluğun iç ilişki ve dış ilişki açısından geçerliliği konularında ortaya çıkmaktadır. Alman BGH tarafından 9.3.1981⁶⁶ yılında geliştirilen sorumluluk rejimine göre (Verlustdeckungs- und Vorbelstungshaftung), şirketin tescilli sırasında, esas sermayenin itibari değeri ile şirket malvarlığının değeri arasında ortaya çıkan farktan kurucular taahhüt ettikleri sermaye paylarının toplam sermayeye oranınca sorumlu tutulmaktaydı. Bu karar 27.1.1997⁶⁷ yılında verilen bir kararla tamamlanmıştır. Buna göre kurucular, söz konusu bu farktan sınırsız bir şekilde şahsen sorumlu tutulmuştur.

Açığı kapama yükümü (Verlustdeckungschaftung) ve anonim şirketin tescilden önce yükümlülük altına sokulmasından sorumlu tutulma anlamına gelen (Vorbelstungshaftung) kurucular sorumluluğu olarak kabul edilmektedir⁶⁸. Kurucuların şahsi

⁶¹ GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 64.

⁶² MünchKommAktG/Pentz, Rn. 162; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 66.

⁶³ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 41; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 77.

⁶⁴ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 27 II 3; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 78; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 41.

⁶⁵ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 42; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 79.

⁶⁶ BGHZ 80, 129, 133 ff.

⁶⁷ BGHZ 134, 333 ff.

⁶⁸ BGHZ 134, 333, 338 ff.; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 48; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 80; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 113.

sorumluluklarının üçüncü şahıslara karşı mı yoksa şirkete karşı olan bir iç sorumluluk mu olduğu konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrin ve yargı kararlarında hâkim olan görüşe göre kurucuların sorumluluğu iç ilişkide sadece şirkete karşıdır⁶⁹. Kurucuların sorumluluğu ön şirkete karşı sınırlanmamıştır⁷⁰. Söz konusu prensipler limited şirket için geliştirilmiş olmasına rağmen, bir sınırlamaya tabi olmaksızın anonim şirket içinde geçerli olduğu kabul edilmektedir⁷¹. Doktrinde küçümsenemeyecek bir azınlık ise kurucuların söz konusu sorumluluğunu kolektif şirket orağının sorumluluğuna benzer şekilde (§ 128 HGB) bir dış, yani üçüncü şahıslara karşı olan bir sorumluluk olduğu görüşündedir⁷².

Tescilden önce ticari faaliyetlere başlanmasından ortaya çıkan tüm kazançlar ve sair avantajlar tüm kuruculara ait olduğu için, sorumlu tutulacak kişilerin sadece ticari faaliyetlere başlanmasına taraftar olan kurucularla sınırlı olması görüşü kabul edilmiştir⁷³. Aynı şekilde tescilden önce ortaya çıkabilecek risklerden de tüm kurucular sorumludur. Kurucuların burada sözünü ettiğimiz sorumluluğundan kaynaklanan alacağı, şirketin tescil edilmesi il beraber hemen muaccel hale gelerek, yönetim kurulu tarafından hemen talep edilebilecektir. Şirketin iflas etmesi halinde ise söz konusu alacak tasfiye memurları tarafından talep edilir⁷⁴.

Burada tartışılan başka bir konu ise elde edilecek kazançların, kurucuların tescilden önce şirketi borçlandırma yasağından (Vorbeltastungshaftung) kaynaklanan sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağıdır. Alman yüksek mahkemesi, sözü edilen sorumluktan kaynaklanan alacağın sermaye karakterinden dolayı bunu reddetmiştir⁷⁵. Kurucuların sorumluluğu şirketin sermaye miktarı ile sınırlı değildir; sermayeyi aşan borçlanmalar da sorumluluğa dâhil edilmektedir⁷⁶. Şirket malvarlığının gerçek değeri ile şirkete taahhüt edilen sermaye arasındaki fark, tescil sırasında yapılacak bir bilanço ile tespit edilmektedir⁷⁷.

c) Şirket Adına Hareket Edenlerin Sorumluluğu (Handelndenhaftung)

Alman Hukukunda ön şirket aşamasında şirket adına hukuki işlemlerde bulunanların sorumluluğu § 41 Abs. I/2 AktG' de düzenlenmiştir. Buna göre, tescilden önce şirket adına hareket ederek hukuki işlemlerde bulunanlar şahsi olarak sorumlu tutulmuştur. Birden fazla kişi söz konusu ise müteselsil sorumluluk söz konusudur. Böylece hareket edenlerin sorumluluğu, açıkça kurucuların sorumluluğundan ayrılmaktadır. Şirket

⁶⁹ BGHZ 134, 333; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 51; Dauner- Lieb, Barbara, Haftung und Risikoverteilung in der Vor- GmbH, GmbH 1996, s. 91; Lutter, Marcus, Haftungsrisiken bei der Gründung einer GmbH, JuS 1998, s. 1077.

⁷⁰ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 52; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 122.

⁷¹ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 113 vd.; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 114; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 49.

⁷² Beuthien, Volker, Die Vorgesellschaft in Privatrechtssystem, ZIP 1996, s. 309 vd. (305- 320) ; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 83; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 65 vd.; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 34 III 3 c.

⁷³ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 116; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 121; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 51.

⁷⁴ GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 122; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 51.

⁷⁵ BGHZ 165, 391, 399.

⁷⁶ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 52.

⁷⁷ BGHZ 124, 282, 285; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 118; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 53.

adına hareket edenlerin sorumluluğu kısmen organ sorumluluğu olarak nitelendirilmektedir⁷⁸.

Şirket adına hareket edenlerin sorumluluğunu düzenleyen § 41 Abs. I/2 AktG hükmünün henüz ön şirketin hukuk süjesi olarak tanınmadığı Art. 211 ADHGB 1861⁷⁹ dönemine dayandığı belirtilmektedir⁸⁰. Bu sebepten burada adına hareket edilen şirketin tescil edilmiş olan şirket olduğu belirtilmektedir⁸¹. Ancak bugün doktrindeki çoğunluk yazarlar, ön şirket adına hareket edilmesinin de aynı şekilde, hareket edenlerin şahsi sorumluluğuna yol açacağı kanaatindedirler⁸². Bu görüşü savunanlar, ön şirket adına hukuki işlemlere girilmesinden doğacak sorumluluğun alacaklılara yüklenmesinin hakkaniyete aykırı olacağını belirtmektedirler⁸³. Avrupa Topluluğu I. Şirketler Hukuku Yönergesinin⁸⁴ 7. maddesi de, ön şirket ve tescilden sonraki şirket ayırımı yapmadan, şirket adına hukuki işlemlerde bulunanların sorumluluğunu, kuruluş aşamasında bulunan şirket adına yapılmış bir hareket olarak kabul etmiştir. Şirket adına hareket hukuki işlemlerden kaynaklanmalıdır; kanundan ve haksız fiillerden kaynaklanan borçlar buna dahil değildir⁸⁵.

Alman hukukunda söz konusu sorumluluk hükmüne çeşitli fonksiyonlar yüklenmiştir. Bu hükümle ilk olarak tescilden önce şirket adına hukuki işlemlere girişilmesi önlenmek istenmiştir. Daha sonra ona koruma fonksiyonu tanınmış, böylece şirketin iş ilişkisinde bulunduğu kimselerin korunması amaçlanmıştır⁸⁶. Yine bu hükmün, kurucuları ve yönetim kurulu üyelerini bir an önce şirketin tescilini sağlamaya zorlayan bir baskı fonksiyonuna sahip olduğu belirtilmektedir⁸⁷. Bunlardan öncelikle dikkate alınması gerekenin, koruma fonksiyonu olduğu ifade edilmektedir; zira alacaklıların, şirket adına hareket eden kimselerin temsil yetkisine sahip şirket organı olup olmadığı incelemesini yapacak durumda olmadığı kabul edilmektedir⁸⁸.

Şirket adına hareket edenin sorumluluğu, hukuki işlemlerde bulunanlar ile onun hukuki işlemlerde bulunduğu kimseler arasında ya da şirket ile yine hukuki işlemin tarafı olan kişi arasında yapılacak bir sözleşme ile istenildiği şekilde düzenlenebilir⁸⁹. Ön şirketin sicile tescili ile birlikte hareket edenlerin sorumluluğu ortadan kalkmaktadır⁹⁰. Diğer taraftan şirket adına hareket edenlerin sorumluluğunu düzenleyen hükmün uygulama bulabilmesi için ön şirketin varlığı gerekmekte, ön kuruluş aşamasında bu

⁷⁸ GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 88 vd.; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 67.

⁷⁹ 1860 Tarihli Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch.

⁸⁰ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 72; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 136.

⁸¹ BGHZ 72, 45, 47; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 72; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 136.

⁸² Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 72; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 136; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 90.

⁸³ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 72; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 126.

⁸⁴ AT Birinci Şirketler Hukuku Yönergesi 68/151, 9.3.1968, ABl. Eg Nr. L 65 v. 14.3.1968.

⁸⁵ Hüffer, AktG, Rn. 21; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 74; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 91.

⁸⁶ BGHZ 53, 210, 214; 65, 378, 380 f.

⁸⁷ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 65.

⁸⁸ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 65.

⁸⁹ BGHZ 15, 204, 206; Hüffer, AktG, Rn. 24; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 93; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 81; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 147.

⁹⁰ BGHZ 80, 182, 183; Hüffer, AktG, Rn. 25; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 112; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 82; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 109.

hükümün uygulanması söz konusu olmamaktadır⁹¹. Bu kapsamda sorumlu tutulacak kişiler öncelikle yönetim kurulu üyeleridir⁹². Kurucular ve yönetim kurulu altında çalışan ticari temsilci vb. diğer kişiler ise üçüncü şahıslara karşı fiilen organ üyesi gibi davrandıkları takdirde bu hüküm kapsamında sorumlu tutulacaklardır⁹³.

6. Ön Şirketin Sona Ermesi

Kurucular bir araya gelerek ön şirketi her zaman feshedebilirler. Ana sözleşmenin değiştirilmesinde gerekli olan oybirliği, ön şirketin feshi için aranmamakta oy çokluğu yeterli bulunmaktadır. Zira kurucuların çoğunluğunun şirketin feshini istediği bir durumda artık şirketin tescil edilmesinin korunması gerekli bir menfaat olmadığı belirtilmektedir⁹⁴.

Şirketin tescili talebi konusunda hukuken kesinleşmiş bir kararın bulunması da ön şirketin feshine yol açabilir. Zira burada ön şirketin amacı olan tescil işleminin yapılamaması söz konusudur. Bu durumda şirketin feshi, tescil işleminin imkânsızlığından ziyade, ön şirketin organizasyon yapısı ve sorumluluk rejiminin değiştirilemeden bu şekilde artık devam ettirilemeyeceği anlayışından kaynaklanmaktadır⁹⁵.

Şirketin iflasına karar verilmiş olması da bir fesih sebebidir. Kuruculardan birisinin ölümü şirketin feshine yol açmazsa da, bunun aksinin kararlaştırılması mümkündür. Burada önemle belirtmek gerekir ki, ön şirketin ticaret siciline tescil edilmesi bir sona erme sebebi değildir, bilakis tescil, elbirliği ortaklığı olarak kabul edilen ön şirketi tüzel kişiliğe sahip bir şirkete dönüştürmektedir⁹⁶.

Diğer taraftan fesih nedenlerinden birinin ortaya çıkması şirketi sona erdirmekte, bilakis şirket tasfiye sürecine girmektedir. Ön şirket bu durumda amacı tasfiye ile sınırlı olarak tasfiye edilip sona erinceye kadar devam etmektedir.

7. Tescilin Hukuki Sonuçları ve Ön Ortaklık İle Anonim Ortaklık Arasındaki İlişki

Ön şirketin ticaret siciline tescili edilmesiyle beraber kurulması öngörülen şirket artık tüzel kişilik kazanmaktadır. Ticaret siciline tescil işleminin ön şirketi sona erdiren yeni bir şirketin oluşmasına yol açıp açmadığı sorunu Alman hukukunda tartışmalıdır. Hâkim görüşün temsil ettiği ayniyet teorisini (Identitätstheorie) savunanlar, tescilden önceki ve tescilden sonraki hukuk süjesinin aynı olduğu gerçeğinden yola çıkmaktadırlar⁹⁷. Karşı görüş ise, ön şirketin bir elbirliği şirketi olarak tescil ile beraber oluşan şirketle aynı olmadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre, tescilin kurucu etkiye sahip olduğunu, tescil ile beraber ön şirkete ait haklar ve yükümlülüklerin külli halefiyet yolu ile anonim şirkete geçtiği kabul edilmektedir⁹⁸.

Doktrinde hâkim olan ayniyet teorisine göre, ön şirketin sahip olduğu hukuki ilişkilerin tüzel kişilik kazanan şirkete devredilmesine ihtiyaç olmadığı gibi bu müm-

⁹¹ BGHZ 91, 148, 151; Hüffer, AktG, Rn. 23; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 90; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 66.

⁹² BGHZ 65, 378, 381; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 132; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 70.

⁹³ BGHZ 51, 30, 35; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 133; Hüffer, AktG, Rn. 20; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 71; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 89.

⁹⁴ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 45.

⁹⁵ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 46.

⁹⁶ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 48.

⁹⁷ GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 99; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 26; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 105.

⁹⁸ Hüffer, AktG, Rn. 16.

kün de değildir. Zira ön şirket ile tüzel kişilik kazanan şirket birbiriyle özdeştir, aynıdır⁹⁹. Burada sadece şirket formunun değiştiği kabul edilmektedir. Ticaret siciline tescil ile birlikte ön şirketin sahip olduğu haklar ve yükümlülükler artık tüzel kişilik kazanan şirketin hakları ve yükümlülükleri olmaktadır¹⁰⁰. Burada hukuki ilişkilerin sürekliliği söz konusudur¹⁰¹. Hukuki durum daha çok bir biçim değiştirici tip değiştirmeye benzetilmektedir.

F. İsviçre Hukukunda Ön Şirket

İsviçre hukukunda kuruluş iki ayrı safhada incelenmektedir. Bunlar genelde kuruluştan önceki görüşmelerin yapıldığı “hazırlık safhası” (Vorbereitungsphase-Gründungsgesellschaft)¹⁰² ve şirket ana sözleşmesinin taraflarca imzalanmasından sonraki “Kuruluş Safhası- Ön şirket” (Errichtungsstadium-Vorgesellschaft)¹⁰³ şeklinde nitelendirilmektedir.

I. Hazırlık Aşaması- Kuruluş Ortaklığı ((Vorbereitungsphase-Gründungsgesellschaft)

Hazırlık aşamasında kurulması öngörülen şirketin kurucu adayları arasında getirilecek sermaye, şirketin organizasyonu ve karılım oranları gibi konularda görüşmeler yapılmaktadır. İsviçre doktrininde çoğunluk yazarlar bu aşamada taraflar arasında “kuruluş şirketi” olarak nitelendirilen bir adi şirket meydana geldiği görüşündedirler¹⁰⁴. Kurulması öngörülen şirket bu aşamada henüz oluşmadığı için, temsil verenin eksikliğinden dolayı doğrudan temsil de söz konusu olamamaktadır. Bu durumda şirket adına yapılan hukuki işlemlerden dolayı bu işlemlere girişenler şahsi olarak sorumlu tutulmaktadır¹⁰⁵.

Kurucu ortak eğer kendi adına fakat kurulmakta olan şirket adına işlemler yarsa, dolayı temsil söz konusu olur. Bu durumda şirket ticaret siciline tescil edildikten sonra yapılan işlemleri alacağı devri ve borcun nakli kurallarına göre İBK m. 32/II hükmüne göre üstlenebilir¹⁰⁶. Eğer kurucular kuruluş ortaklığının adına işlemler yarsa, İBK m. 543 ve 544 hükümlerinde düzenlenen adi şirketin temsili geçerli olacaktır¹⁰⁷.

⁹⁹ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 124, 107; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 26.

¹⁰⁰ BGHZ 80, 129, 137; Beuthien, ZIP 1996, s. 361; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 124; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 26; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 100;

¹⁰¹ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 124; GrosskommAktG/Schmidt, § 41Rn. 100; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 26.

¹⁰² Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 82; Wohlmann, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 31, s. 328; Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage 2009, s. 52.

¹⁰³ Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 83; Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, s. 52. Doktrinde Forstmoser/Meire-Hayoz/Nobel ise söz konusu kuruluş aşamalarını, kuruluş öncesi ön görüşmeleri (Vorbereitungen), kuruluş aşaması (Errichtungsstadium) ve tescil aşaması (Entstehung) olarak nitelendirmektedir. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 13 N. 23 vd.

¹⁰⁴ Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 82; Wohlmann, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 31, s. 328; Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, s. 52.

¹⁰⁵ Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 82.

¹⁰⁶ Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 83.

¹⁰⁷ Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 83.

Doktrinde başka bir görüş ise, ön görüşmelerin yapıldığı aşamada tarafların bağlayıcı olmayan görüşmeler yaptığını, dolayısı ile bu aşamada taraflar arasında bir şirket meydana gelmediğini, yapılan görüşmeler her ne kadar bağlayıcı değilse de tarafların karşılıklı olarak ciddi ve dürüst davranma yükümü altında olduğunu ve bu yükümlülüğün ihlal edilmesinin culpa in contrahendo ilkesine dayalı sorumluluğu gündeme getireceğini ileri sürmektedir¹⁰⁸.

Bu yazarlar, ön görüşmelerden sonra, ancak henüz ana sözleşmenin imzalanmamış olduğu safhayı kuruluş aşaması (Errichtungsstadium) olarak ayırmakta ve bu safhada kuruluşa katılanların hem kendi aralarında hem de üçüncü şahıslarla ilişkilerinde adi ortaklık hükümlerinin (İBK 530 vd.) geçerli olduğunu; ancak bununla birlikte bu aşamada kurulması öngörülen şirkete ilişkin bazı hükümlerin adi şirket hükümlerine nazaran öncelikle uygulanması gerektiğini belirtmektedirler¹⁰⁹.

Buna örnek olarak İBK m. 645 hükmünde düzenlenmiş olan kurulmakta olan şirket adına hukuki işlemlerde bulunan kurucuların sorumluluğu gösterilmekte, bu durumda kurucuların sorumluluğunun adi şirket hükümlerine göre değil, İBK m. 753' de düzenlenen kurucuların sorumluluğu ile ilgili hükmün uygulanacağını ifade edilmektedir¹¹⁰.

II. Kuruluş Aşaması- Ön Şirket (Errichtungsstadium- Vorgesellschaft)

Ön şirket aşaması, kuruluş aşamasından farklı olarak, şirketin kuruluşundan itibaren tescile kadar olan süreci kapsamaktadır. Bu aşamada korporasyon şeklinde organize edilmiş olan ön şirket, hukuken atıf bir adi şirket olarak nitelendirilmektedir¹¹¹. Sözü edilen ön şirketin sınırlı da olsa hak ve fiil ehliyeti bulunmamaktadır¹¹². Uygulanacak hukuk açısından ise iç ilişkide, ana sözleşme hükümleri ile kurulması öngörülen şirket için kanunda öngörülmüş hükümler uygulanacaktır¹¹³. Korporatif yapıya sahip olsa bile bu durumdaki ön şirket bir adi şirket olarak kabul edilmekte, dış ilişki açısından adi şirkete ilişkin hükümlerin geçerli olduğu belirtilmektedir¹¹⁴.

Şirketin ticaret siciline tescil edilmesi ile beraber ön şirket sona ermektedir. Diğer taraftan ön şirketin ticaret siciline tescili ile beraber yeni bir hukuk süjesinin meydana geldiği kabul edildiği için, ön şirket ile tescil edilmiş olan şirket arasında bir özdeşlik bulunmamaktadır¹¹⁵.

¹⁰⁸ Forstmöser/Meier- Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 13 N. 27.

¹⁰⁹ Forstmöser/Meier- Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 13 N. 28.

¹¹⁰ Forstmöser/Meier- Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 13 N. 28

¹¹¹ Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 83; Sadece adi şirket olarak bkz. Forstmöser/Meier- Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 13 N. 29.

¹¹² Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 83; Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, s. 53.

¹¹³ Wohlmann, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 31, s. 329; von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 83; Benzer şekilde iç ilişkide esas sözleşme düzeninin geçerli olması gerektiği yönünde bkz. Forstmöser/Meier- Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 13 N. 29.

¹¹⁴ Wohlmann, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 31, s. 329; Forstmöser/Meier- Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 13 N. 29.

¹¹⁵ Von Greyerz in Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 83.

G. Değerlendirme ve Bazı Eleştiriler

I. Türk Hukukunda Ön Ortaklığın Şahıs Şirketlerinde Mümkün Olup Olmadığı

Yukarıda açıklandığı gibi bir ticaret şirketi kurmak için bir araya gelen kişiler, öngörülen şirketin kurulması konusunda aralarında bir ön sözleşme yapabilecekleri gibi, sözleşme yapmadan da aralarında mutabakat sağlayarak doğrudan şirket sözleşmesini kanunun aradığı şekilde ve içerikte imzalayabilirler. Bu andan itibaren ortaklığın tüzel kişilik kazanmasına kadar olan süreçte ortaya çıkan oluşum “ön şirket” (Vorgesellschaft) olarak adlandırılmaktadır.

Ön ortaklığın söz konusu olabilmesi için, kurulması öngörülen şirketin korporatif bir yapıya sahip olması gerekir. Türk hukukunda tüm ticaret şirketleri tüzel kişiliğe sahip olduğundan dolayı, sadece sermaye şirketleri değil, tüzel kişiliğe sahip olan kolektif ve komandit şirketlerin kuruluşunda da ön şirket mümkün olabilecektir¹¹⁶. Bu konuda *Pulaşlı*, *Yeditepe Üniversitesi tarafından düzenlenen Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumunda*¹¹⁷, Türk hukukunda kolektif ve komandit şirketler açısından da ön ortaklığın mümkün olduğunu savunurken, daha sonra bu görüşünden vazgeçmiş ve yeni TTK m. 214/1; 317/1 (305/1 olması gerekir) ve TBK m. 620/2 hükümlerini gerekçe göstererek kolektif ve komandit şirketler açısından ön şirketin mümkün olmadığını savunmuştur¹¹⁸.

Biz bu konuda farklı düşünmekteyiz. Zira gerekçe olarak gösterilen kanun maddesinden bunun çıkarılmasının mümkün olmadığını kanaatindeyiz. Yeni Ticaret Kanununun 214. maddesine göre; “*Sözleşmesi kanuni şekilde yapılmamış veya sözleşmeye konması zorunlu olan kayıtlardan biri veya bazıları eksik yahut geçersiz olan bir kolektif şirket, adi şirket hükmünde olup, hakkında 216 ncı madde hükmü saklı kalmak şartıyla, Türk Borçlar Kanununun adi şirketlere ilişkin hükümleri uygulanır*”. Özellikle hükmün Kanunun genel sistematigi içindeki yerine baktığımızda, “Şirketin Niteliği ve Kuruluşu” ile ilgili birinci bölümde, (B) bendindeki “Sözleşme” ana başlığı altında ve III. sırada “Noksanlıklar” kenar başlığında düzenlenmiş bir hüküm olduğunu görüyoruz. Yani sözleşmesi imzalanmış ancak henüz tescil edilmemiş bir oluşumdan bahsediyoruz ki, kanun 214. maddede buna doğru bir şekilde kolektif şirket demektir. Böylece bir defa şirket sözleşmesinin kurucu ortaklar tarafından imzalanması ile kolektif şirketin kurulmuş olacağı bu maddeden açıkça anlaşılmaktadır. Bu hükümle kanun koyucu, sözleşmesi kanuni şekilde yapılmamış veya sözleşmeye konması zorunlu iken kurulmamış veya eksik kurulmuş bir kolektif şirket sözleşmesinin adi şirket hükmünde olacağını düzenlemiştir. Oysa ön şirketin söz konusu olabilmesi için kurucu adaylarının kolektif şirket sözleşmesini kanunun aradığı şekilde ve içerikte yapmaları gerekir. Kanunu şartları taşımayan veya eksiklikler içeren bir kolektif şirket sözleşmesi ise zaten bir ön şirket sayılmayacaktır. Kanun koyucu bu durumda olan bir kolektif şirket sözleşmesini adi şirket sayarak mevcut belirsizliği açıklığa kavuşturmak istemiştir. Dolayısı ile m. 214 hükmünden kolektif ve komandit şirketlerde ön şirketin olamayacağı sonucunun çıkarılmasını isabetli bulmuyoruz.

Ön şirketin mümkün olup olmaması konusunda Alman Hukukundaki ölçüt, kurulması öngörülen şirketin korporatif yapıya sahip olup olmadığıdır. Alman ve İsviçre hukukunda kolektif ve komandit şirketlerin tüzel kişiliği olmadığından dolayı bu şirketlerde ön şirket mümkün olamamaktadır.

¹¹⁶ Barlas, *Adi Ortaklık*, s. 141; Bahtiyar, *Anasözleşme*, s. 45; Şener, *Adi Ortaklık*, s. 145.

¹¹⁷ Bkz. *Pulaşlı*, *Hasan, Yedi Tepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. II, S. 1, 2005, s. 143, dipnot 73.

¹¹⁸ Bkz. *Pulaşlı*, *Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukukunun Genel Esasları*, Ankara 2012, s. 313 ve 316.

II. 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Açısından Ön Şirketin Hukuki Niteliği Konusunda Ortaya Çıkan Tereddütler

6102 sayılı yeni Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle beraber ön şirket konusunda artık TK m. 335 hükmünün dikkate alınması gerekecektir. Yukarıda izah edildiği gibi, TK 335. maddenin birinci fıkrasında şirketin ne zaman kurulmuş sayılacağı açıklanmakta, 2. fıkrada ise TK m. 355/I hükmünün saklı olduğu belirtilmektedir. Bilindiği gibi TK 355. maddenin birinci fıkrasında kurulmuş olan anonim şirketin ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanacağı belirtilmektedir. Böylece yeni kanunda şirketin kuruluşu ve tüzel kişilik kazanması birbirinden ayrılmıştır.

TK m. 335'in gerekçesinde ise, ön şirketin hakim görüş uyarınca bir adi şirket ya da dernek olmayıp, elbirliği mülkiyeti (şirketi) olduğu açıklanmıştır¹¹⁹. Bilindiği gibi şimdiye kadar Türk hukukunda hakim görüş, tescil öncesi hukuki yapıyı adi şirket olarak nitelendirmiştir. Bu durumda kanun koyucunun gerekçede ifade ettiği hakim görüşten kastının Alman hukuku olduğu, aslında TK m. 355 hükmü ile kanun koyucunun Alman hukukunda geçerli olan ön şirket kurumunu hukukumuzda kazandırmak istediği anlaşılmaktadır.

Ancak sonradan bu konuda tereddütlerin ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Ticaret Kanunu Hazırlama Komisyonu Başkanı Sayın Prof. Dr. Ünal Tekinalp "Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları" adlı eserinde özetle şu görüşleri savunmaktadır: TK 335. maddesinde kurulduğu belirtilen şirketin bir AO olmadığını, zira AO'nun 355. madde uyarınca tüzel kişilik kazandığını, bu şirketin tüzel kişiliği olmayan bir AO olarak da nitelendirilemeyeceğini, TK 335. maddesinde sözü edilen şirketin BK m. 620/2 uyarınca bir adi ortaklık olduğunu, çünkü anılan fıkra uyarınca, bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşıyorsa adi ortaklık sayıldığını belirtmektedir¹²⁰.

Tekinalp'in görüşlerinin birçok açıdan eleştiriye açık olduğu kanaatindeyiz. Bir defa Alman hukukunda tüm doktrin ve yüksek mahkeme kararları ile benimsenmiş olan ve yeni Ticaret Kanunu muz'da yer verdiğimiz ön şirket modeli, gerekçede de açıklandığı gibi, bir adi şirket veya dernek değildir, bilakis korporatif yapıya sahip bir elbirliği şirkettir. Ön şirkete kısmi hak ve fiil ehliyeti tanındığı için, tüm organları oluşmuş olan bu şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilmekte ve dışarıya karşı temsil edilmektedir. Alman hukukunda ön şirket konusunda kendi içinde tutarlılık gösteren belli bir sistem geliştirilmiştir. Dolayısı ile şirket içi ilişkileri, temsil ve sorumluluk ilişkilerini ve bunlara bağlı olarak ortaya çıkan sorunları bu sistem içinde açıklamak kolaylaşmaktadır.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, Türk hukukunda da Alman hukukunda benimsenmiş olan model tercih edilmiş olduğu için, ortaya çıkan ön şirketin yapısının ve hukuki niteliğinin Alman hukukunda geçerli olan prensiplere göre açıklanması gerekir. Dolayısı ile hem TK m. 335 hükmü ile Alman modelinin benimsenmesi hem de bunun açıklanmasının İsviçre hukukunda geçerli prensiplere göre yapılması iki sistemin birbirine karıştırılması anlamına gelmektedir.

Takinalp'in açıklamalarından anlaşıldığına göre, ön şirketin açıklanmasında BK. m. 620/2 hükmü belirleyici olmaktadır. Bu hükme göre, "Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşıyorsa, bu bölüm hükümlerine

¹¹⁹ Bkz. Gerekçe TK m. 335, s. 93.

¹²⁰ Tekinalp, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası İstanbul 2012, Nr. 10-26, 10-27.

tabi adi ortaklık sayılır". Bu hüküm zaten hukukumuzda İBK m. 530/2'den alınmıştır. Dolayısı ile hem İsviçre hem de Türk Hukukunda ön şirketin hukuki niteliğinin dayanağını bu hükümler oluşturmaktadır. 6762 sayılı eski Ticaret Kanunu döneminde de aynı prensipler geçerli ve sistem böylece kendi içinde tutarlıydı. TK m. 335. madde hükmünün gerekçesinde Alman modelinin benimsendiği açıklanmamış olsaydı, 6267 sayılı kanun dönemindeki sistem aynen devam edebilirdi. Eğer yeni Ticaret Kanunu döneminde de tescil öncesi oluşum adi şirket olarak nitelendirilecek ise bu durumda TK 335. maddeye ne gerek vardı denebilir. Zira 6762 sayılı kanun zamanında da zaten ana sözleşmenin imzalanmış olduğu tescil öncesi dönemde ortaya çıkan oluşum adi şirket olarak görülmekteydi.

Tekinalp eserinde 335. maddenin gerekliliği için bazı gerekçeler ileri sürmüştür¹²¹: Bunlardan ilki, 335. maddenin kurucular arasındaki ilişkinin şirket olduğunu belirtmiş olmasıdır. Oysa bu konuda bir tartışma bulunmamakta, bunun adi şirket olduğu zaten İsviçre ve Türk doktrininde tartışmasız kabul edilmektedir. İkinci gerekçe olarak kurucular arasında uyumsuzluk çıktığında mevcut esas sözleşme ve esas sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde BK m. 620 vd. hükümlerinin uygulanabilmesi olanıdır. Bu gerekçeyi ele aldığımızda denebilir ki, bunun için 335. maddeye hiçbir şekilde ihtiyaç yoktur; zira ön şirketi adi şirket olarak kabul ettiğimiz takdirde, adi şirkette iç ilişki ortaklarca serbestçe düzenlenebileceğinden, ortaklar aralarında isterse uygun düştüğü ölçüde esas sözleşme hükümlerini uygulayabileceklerdir.

İleri sürülen diğer bir gerekçe ise, "tescilden önce şirket adına işlem yapanlar" ibaresini yorumlamanın kolaylaştığı yönündedir. Bu gerekçe de 335. maddenin varlığını haklı göstermez, zira ön şirketin bir adi şirket olarak nitelendirildiği durumda da, adi şirketin tüzel kişiliği olmadığı için, şirket adına işlem yapan ortaklar BK m. 638/3 uyarınca şahsen ve müteselsilen sorumlu tutulabileceklerdir¹²². Bu açıklamalar karşısında 335. maddenin varlığını haklı gösteren gerekçelerin yeterli olmadığı anlaşılmaktadır.

SONUÇ

TK m. 335. madde ancak Alman hukukunda geçerli olan ön şirket modeli benimsendiği takdirde bir anlam kazanacak ve kendi içerisinde tutarlı hale gelecektir. Bunun dışında getirilen açıklamaların tatmin edici olmadığı anlaşılmaktadır.

Kanaatimizce kanun koyucu, 335. madde gerekçesi dikkate alındığında, bilinçli bir tercih yaparak Yeni Ticaret Kanunu döneminde Alman hukukunda geçerli olan ön şirket modelini benimsemiştir. Artık ön şirketin bir adi şirket olarak nitelendirilmemesi gerekir. Diğer taraftan BK. m. 620/2 düzenlemesi buldukça ön şirketin Alman hukukunda olduğu gibi açıklanmasında bu durum her zaman karşımıza bir sorun olarak çıkacaktır. Bu sorunun çözümlenmesi için, BK m. 620/2 hükmünün TK m. 335 karşısında uygulanmaması gerekir. Aksi takdirde Alman hukukunda öngörülen ön şirket sistemi ile İsviçre hukukunda geçerli ön şirket sistemi çatışması ve bunun ortaya çıkardığı sorunlar her zaman doktrin ve yargıyı meşgul edecektir.

¹²¹ Tekinalp, Nr. 10-28.

¹²² Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 82.

KAYNAKÇA

- Arslanlı, Halil** : Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960.
- Arslanlı, Halil/
Domanıç, Hayri** : Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III: Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit şirketler- Limited Şirketler, İstanbul 1989.
- Bahtiyar, Mehmet
Barlas, Nami** : Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi, İstanbul 2001.
: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 2. Bası, İstanbul 2008.
- Beuthien, Volker** : Vertretungsmacht bei der Vor- GmbH- erweiterbar oder unbeschränkbar? NJW 1997, s. 565- 567.
- Beuthien, Volker** : Die Vorgesellschaft in Privatrechtssystem, ZfP 1996, s 305-320.
- Böckli, Peter** : Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage 2009.
- Dauner- Lieb, Barbara** : Haftung und Risikoverteilung in der Vor- GmbH, GmbHR 1996, s. 82 vd.
- Domanıç, Hayri** : Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Mesuliyet, İstanbul 1964.
- Guhl, Theo/
Koller, Alfred/
K. Schnyder, Anton/
Druey, Jean Nicolas
Großkommentar,
Aktiengesetz** : Das Schweizerische Obligationenrecht, Zurich 2000.
: Erster Band, §§ 1- 53, 4. Auflage, Berlin 1992 (GroßkommAktG/Bearbeiter).
- Hüffer, Uwe
Kappet, Clivia** : Aktiengesetz, 9. Auflage 2010.
: Die Vorgründungsstadium von Kapitalgesellschaften, 2006 Hamburg.
- Kießling, Erik** : Vorgründungs- und Vorgesellschaften, 1999 Berlin, New York.
- Kırca, İsmail** : Tüzel Kişiliğin Kazanılmasından Önce Anonim Şirket Adına Yapılan İşlemler (TTK 301/II), BADİTER 1998, C. XIX, S. 4.
- Kölner Kommentar
zum Aktiengesetz** : hrsg, Wolfgang Zöllner und Ulrich Noack, Band I §§ 1- 75 AktG, 3. Auflage, Köln 2011.
- Lutter, Marcus** : Haftungsrisiken bei der Gründung einer GmbH, JuS 1998, s. 1073- 1080.
- Meier- Hayoz, Arthur
/Forstmoser, Peter
Meier- Hayoz, Arthur/
Forstmoser, Peter** : Schweizerische Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. Bern 1998.
: Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 7. Aufl. Bern 1993.
- Michalski, Lutz/
Sixt, Rainer** : Die Haftung in der Vorgründungs- GmbH in: Festschrift für Karl Heinz Boujong, München 1996.

Münchener Kommentar

zum Aktiengesetz

: hrsg. Bruno Kropff, Johannes Semler, Band 1, §§ 1- 53 AktG, 2. Auflage, München 2000 (MünchKommAktG/Bearbeiter).

**Poroy, Reha/
Tekinalp, Ünal/
Çamoğlu/Ersin**

: Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2000.

Pulaşlı, Hasan

: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukukunun Genel Esasları, Ankara 2012.

Pulaşlı, Hasan

: Alman Federal Mahkemesinin Ön Şirkete İlişkin 23.10.2006, Tarihli Kararı ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Bakımından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen' e Armağan, 2007 İstanbul.

Pulaşlı, Hasan

: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi ve Eleştirilen Hükümler, Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C. II, S. 1.

**Schmidt, Karsten
Şener, Oruç Hami
Tekil, Fahman
Tekinalp, Ünal**

: Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Köln 2000.

: Adi Ortaklık, Ankara 2008.

: Adi, Kolektif ve Komandit Şirketler, İstanbul, 1996.

: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası İstanbul 2012.

**Teoman, Ömer
Von Greyerz,
Christhopf, in**

: Yaşayan Ticaret Hukuku, C I, Kitap 5, Ankara 1995.

: Die Aktiengesellschaft in: Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/2, Basel und Frankfurt am Main 1982.

Weimar, Robert

: Die Haftungsverhältnisse bei der vor- AG in neuer Sicht, AG 1992, s. 69- 79.

Wiedemann, Herbert

: Gesellschaftsrecht, Band I, Grundşagen, München 1980.

Wiedemann, K-U

: Zur Haftungsverfassung der vor- AG- Der Gleichlauf von Gründerhaftung und Handelnden- Regress, in: ZIP 1997, s. 2029 vd.

Wohlmann, Herbert, in

: Die GmbH, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/2, Basel und Stuttgart 1982.

**Yalman, Macit/
Taylan, Erbay
Zöllner, Wolfgang**

: Adi Ortaklık, Ankara 1974.

: Die sogenannte Gründerhaftung- Bemerkungen zum Rätsel Vorgesellschaft, in: Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, s. 1383 vd.

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU (TTK) M. 342'YE GÖRE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ ANONİM ŞİRKETE AYNI SERMAYE OLARAK KONULMASI

Dr. Seniha DAL*

ÖZET

Sanayi toplumundan bilgi toplumuna geçişin yaşandığı içinde bulunduğumuz yüzyılda ekonomik değer, maddi sermayeden daha çok fikri sermaye ile ifade edilmektedir. Ticari sınırların gün geçtikçe ortadan kalktığı ve teknolojinin inanılmaz hızla geliştiği küresel dünya sisteminde fikri sermaye sahipliği, uluslar arası alanda rekabet gücünün belirlenmesinde önemli bir araç haline gelmiştir. Bu çerçevede, fikri sermaye sahipliği, şirketlerin doğrudan değerini artıran önemli bir sermaye unsurudur. Bu çalışmanın konusu 6102 sayılı yeni TTK'ya göre anonim şirketlere aynı sermaye olarak taahhüt edilecek fikri mülkiyet haklarıdır. Çalışmada yeni TTK'ya göre anonim şirketlere getirilecek aynı sermayenin konusu ve özelliklerine yer verilerek aynı sermaye olarak taahhüt edilecek fikri mülkiyet hakları m. 342 ışığında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu, Anonim şirket, Aynı sermaye, Fikri mülkiyet hakları.

ABSTRACT

In due course of transformation of industrial society into information society that taking place within present century, the economic asset is being identified as intellectual capital rather than a tangible capital. Possession of intellectual capital in the global world system in which the technology incredibly has made progress and by the time those trade walls have been diminished, turned out to be significant instrument that sets the global competitiveness rules. In this context, possession of intellectual capital is one of the most important component that directly raises the value of the companies. The main theme of this study is: allocating the intellectual property rights as capital in kind to joint stock company for capital subscription under the new TCC number 6102. In this study; having focused on the types and characteristics of capital in kind which have been incorporated into TCC, the intellectual property rights those were allocated as capital in kind for joint stock company will be evaluated in the light of article 342.

Keywords: New Turkish Commercial Code Number 6102, Joint stock company, Capital in kind, Intellectual property rights.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Marmara Üniversitesi İİBF İngilizce İşletme Bölümü

I- GİRİŞ

Anonim şirketlere hakim olan sermayenin korunması ve sınırlı sorumluluk ilkelininin varlığı, bu şirketlere konulacak olan sermayenin türü bakımından önemlidir. Anonim şirketlere hem nakdi hem de aynı sermaye taahhüdü mümkündür. Aynı sermaye olarak konulabilecek değerlerin başlıcaları, taşınır mallar, taşınmaz mallar, ticari işletme ve haklardır. Aynı sermaye olarak konulabilecek başlıca hakları da alacak hakları, aynı haklar ve fikri mülkiyet hakları olarak ifade edebiliriz. Sınai toplumundan bilgi toplumuna geçişin yaşandığı içinde bulunduğumuz yüzyılda fikri mülkiyet hakları, sermaye değeri olarak ayrı bir önem arz etmektedir. Nitekim günümüz dünyasında gayrimenkul, makine vb. maddi sermaye türlerinden daha çok, insan aklının ve zekasının yarattığı gayri maddi mallar sermaye olarak değer kazandığından marka, patent, tasarım vb. pek çok gayri maddi mallar şirketlerin en değerli varlıkları arasındadır. Bu çalışmada anonim şirkete aynı sermaye olarak konulabilecek fikri mülkiyet hakları ele alınacaktır. 6102 sayılı yeni TTK'da konuya ilişkin genel hüküm niteliğinde m. 127 ve özel hüküm niteliğinde m. 342 olmak üzere iki temel hüküm bulunmaktadır. Biz çalışmamızda esas olarak m. 342 hükmü ile birlikte konuyla ilgili diğer hükümlere yer vereceğiz.

II-AYNİ SERMAYE VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI KAVRAMI

A-Aynı Sermaye Kavramı, Konusu ve Özellikleri

1. Aynı Sermaye Kavramı

Anonim şirketlere sermaye olarak nakit yani para konulabileceği gibi para dışındaki değerlerinde konulması mümkündür. Bir başka deyişle, anonim şirketlere emek ve ticari itibar hariç¹, para, taşınır ve taşınmaz mallar, ekonomik değer içeren her türlü haklar, kıymetli evrak, ticari işletme ve şirket payları sermaye olarak getirilebilir². Aynı sermaye kavramı sermaye olarak paradan başka getirilen her türlü ekonomik değeri ifade eder³. Ayın, mal, eşya anlamına gelmekle birlikte hukukumuzda ayın sermaye

¹Ticaret şirketlerine emek ve ticari itibarın sermaye olarak konulabileceği genel hüküm olarak hem yeni TTK m. 127'de hem de mülga TTK m. 139'da düzenlenmiştir. Ancak emek ve ticari itibarın anonim şirketlerde sermaye olarak konulamayacağına ilişkin özel bir hüküm mülga TTK'da bulunmadığından konu öğretilerde ele alınmıştır. Öğretilerde emek ve ticari itibarın anonim şirketlere sermaye olarak getirilemeyeceği konusunda görüş birliği vardır. **Oğuz İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, Yasa Yayıncılık, İstanbul, 1989, s. 26.; **Hasan PULAŞLI**, Şirketler Hukuku, Karahan Kitapevi, Adana, Ocak 2011, s. 65-66. Doktrindeki bu görüş, yeni TTK m. 342 ile kanun hükmü haline getirilmiştir. Anılan hüküm uyarınca, "...hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar....." sermaye olarak konulamaz.

² İstisnai olarak bazı anonim şirketlere yalnızca nakit sermaye taahhüt edilebilir. Örneğin, banka ve sigorta ortaklıkları. Detaylı bilgi için bkz. **Erdoğan MOROĞLU**, Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Şubat 2003, s. 49.

³ Biz çalışmamızda anonim şirkete sermaye olarak getirilen ve paradan başka her türlü ekonomik değeri ifade eden "aynı sermaye" terimini kanuni terim olması nedeniyle kullanacağız. Öğretilerde, paradan başka ekonomik değerlerin anonim şirketlere sermaye olarak getirilmesi halinde bu değerlerin "aynı sermaye" olarak nitelendirilmesi eleştirilmiştir. Esasen ayın, mal, eşya anlamındadır. Dar anlamda eşya kavramı taşınır ve taşınmaz eşyaları ifade etmektedir. Fakat "aynı" nitelendirmesi ile "ayın" ya da "eşya" üzerinde söz konusu olan mutlak hakların yanında gayri maddi mallar üzerindeki mutlak hakları da kapsar şekilde kullanılmaktadır. Yani aynı hakların kastedildiği "aynı sermaye" ifadesi kanunda kullanıldığı bütün hallerde, nakitten başka tüm malvarlığı değerlerine karşılık kullanıldığı bu nedenle de "aynı sermaye" yerine "nakit dışı sermaye" ya da "paradan başka sermaye" terimlerinin kullanılmasının hukuk tek-

dendiği zaman bunlardan başka maddi olmayan mallarla birlikte hakları da kapsadığı kabul edilmektedir⁴. Haklara örnek olarak fikri mülkiyet haklarını, alacak hakkını ve sınırlı aynı hakları verebiliriz.

2. Aynı Sermayenin Konusu

6102 sayılı yeni TTK m. 127 ve 6762 sayılı mülga TTK m. 139'da ticaret şirketlerine nelerin sermaye olarak getirilebileceği düzenlenmiştir⁵. Her iki hükümde de sermaye olarak getirilecek değerleri nakit, aynı sermaye, emek ve ticari itibar ve ticari işletme başlıkları altında toplamak mümkündür. Yeni TTK m. 127/1'de nelerin ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca sermaye olarak konabilecek değerler şunlardır;

- a) Para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar;
- b) Fikri mülkiyet hakları;
- c) Taşınır ve her çeşit taşınmaz;
- d) Taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları;
- e) Kişisel emek;
- f) Ticari itibar;
- g) Ticari işletmeler;
- h) Haklı olarak kullanılan devredilebilir sanal ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler;
- i) Maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar;
- j) Devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer.

Yukarıda sayılan bu değerlerden biri ya da bir kaç birliktelikte ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebilir. Mülga TTK m. 139 ile yeni TTK m. 127 karşılaştırıldığında yeni TTK'daki farklılık "sermaye şirketlerine ait paylar⁶" ve "haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değer-

niği açısından daha doğru olduğu dile getirilmiştir. **Fatih ARICI**, Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 24 vd.; **Erdoğan MOROĞLU**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı Değerlendirme ve Öneriler (Tasarı), Türkiye Barolar Birliği, 4. Bası, Ankara 2006, s. 148.; Belirtmek gerekir ki, yeni TTK m. 342'nin kenar başlığı aynı sermaye olarak düzenlenmiş ise de m. 339/2-e'de "paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınlar" ifadesine de yer vermiştir.

⁴ PULAŞLI, s. 61.

⁵ 6762 sayılı mülga TTK m. 139'a göre, ticaret şirketlerine sermaye olarak;

- 1-Para, alacak, kıymetli evrak ve menkul şeyler;
- 2-İmtiyaz ve ihtira beratları alameti farika ruhsatnameleri gibi sınai haklar;
- 3-Her nevi gayrimenkuller;
- 4-Menkul ve gayrimenkullerin faydalanma ve kullanma hakları;
- 5-Şahsi emek;
- 6-Ticari itibar;
- 7-Ticari işletmeler;
- 8-Telif hakları, maden ruhsatnameleri gibi iktisadi değeri olan sair haklar konabilir.

⁶ ARKAN'a göre, bu ifadenin ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Zira, "devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer" kapsamında yer almaktadır. Bkz. **Sabih ARKAN**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler-Tartışmalar (TTK Tasarısı), 13-14 Mayıs 2005, BATİDER Yayınları, Ankara, s. 49.

ler”in ve “devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer”in eklendiği görülmektedir. TTK m. 127’de sayılan bu değerleri dikkate aldığımızda Kanunun sermaye olarak konulabilecek değerler bakımından oldukça geniş bir çerçeve çizdiği anlaşılmaktadır. Bir diğer ifadeyle, yeni TTK’daki bu düzenleme ile sermaye olarak getirilecek değerler bakımından “numerus clausus” yani sınırlı sayma yönteminin geçerli olmadığı aşıkardır. Bu durum hükmün j. bendinde açıkça anlaşılmaktadır⁷.

Esasen 6102 sayılı yeni TTK m. 127’nin fikri mülkiyet haklarına ilişkin düzenleniş şekli, mülga TTK m. 139’dan farklı değildir. Mülga TTK m. 139’da farklı bentlerde düzenlenen “imtiyaz ve ihtira beratları, alamenti farika ruhsatnameleri gibi” ve “telif hakları” birleştirilerek yerine ucu açık bir kavram olan “fikri mülkiyet hakları” kavramı m. 127/1-b’de tek bende düzenlenmiştir. Yani kanun koyucu, sermaye olarak getirilecek fikri mülkiyet haklarını tek tek sayma yöntemini kullanmayarak, ekonomik ve teknolojik gelişmeler doğrultusunda fikri mülkiyet hakları ifadesini genel bir kavram olarak düzenlemiştir⁸.

3. Aynı Sermayenin Özellikleri

Her ne kadar yeni TTK m. 127’de aynı sermaye olarak getirilecek değerlerde bir sınırlama yapılmamış ise de anonim şirkete aynı sermaye olarak konulabilecek değerlerin maddi edim, devredilebilme ve nakden değerlendirilebilme özelliğine sahip olması gereklidir.

Maddi edim özelliği; her şeyden önce aynı sermaye, bir malvarlıksal değere ya da en geniş anlamda bir maddi edime ilişkin olmalıdır. Doğrudan doğruya borçlunun malvarlığı ile yerine getirilmesi gereken maddi bir borcun konusunu ifade eden maddi edim, taşınır, taşınmaz eşya şeklinde maddi bir mal olabileceği gibi hak da olabilecektir. Maddi edim niteliğinde olmayan bedeni ya da fikri çalışma gücü ile yerine getirilebilen şahsi edimlerin anonim şirkete sermaye olarak getirilmesi mümkün değildir. Aynı sermayenin maddi edim özelliğine sahip olmasının bir başka sonucu da olumsuz edimlerinde anonim şirkete sermaye olarak taahhüdünün hukuken imkansız olmasıdır⁹. Anonim şirkete getirilmesi taahhüt edilen aynı sermayenin konusu, bir malvarlığı hakkının tamamen devri olabileceği gibi söz konusu hakkın içeriğindeki bazı yetkilerin bağımsızlaştırılarak ayrı bir hak olarak devri de mümkündür. Ö halde bir taşınmaz anonim şirkete sermaye olarak getirilebileceği gibi bir taşınmaz üzerinde tesis edilen irtifak hakkının da anonim şirkete sermaye olarak getirilmesi mümkündür. Nitekim yeni TTK m. 127/1-d’de “taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları”nın sermaye olarak taahhüdü düzenlenmiştir. Aynı şekilde yeni TTK m. 131/2’de de bütün malvarlığı unsurları açısından malvarlığı unsurunun tamamen devrinin taahhüt edilmeyeceğini dikkate alan kanun koyucu, bir karine getirmiştir. Buna göre, esas sözleşmede malvarlığı konusu üzerindeki hangi hakkın devrinin taahhüt edildiği açıkça belirtilmemiş ise, sermaye olarak konan ayınların mülkiyetinin şirkete ait ve hakların da şirkete devredilmiş olduğu kabul edilir¹⁰.

⁷ Esasen mülga TTK m. 139’un ikinci bendindeki, “imtiyaz ve ihtira beratlarının ve alamenti farika ruhsatnameleri gibi sınırlı haklar” ifadesindeki “gibi” kelimesinden ve sekizinci bentteki “iktisadi değeri olan sair haklar” ibaresindeki “sair” sözcüğünden dolayı halihazırda da ticaret şirketlerine konulacak aynı sermaye türlerinde bir sınırlama olmadığı öğretilde de kabul edilmektedir. **ARICI**, s. 12.

⁸ Bkz. m. 342’nin gerekçesi.

⁹ **Fikret EREN**, Borçlar Hukuku, Beta Yayınları, 8. Bası, İstanbul, 2003, s. 99.; **Turgut AKINTÜRK**, Borçlar Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 12.

¹⁰ Detaylı bilgi için bkz. **ARICI**, s. 14-21.

¹¹ **ARICI**, s. 16.

Devredilebilme özelliği; aynı sermayenin maddi edim niteliğine sahip olması yanında ayrıca devredilebilir nitelikte de olması gereklidir. Esasen aynı sermaye taahhüdünde bulunan pay sahibi, taahhüdü ile taahhüde konu malvarlığı değerini anonim şirkete devri borcunu üstlendiğinden bu malvarlığı unsuru devredilebilir nitelikte olmalıdır¹². Devredilebilme özelliğine sahip olmayan sermaye taahhütlerinin ifası da mümkün olmayacağından anonim şirket tüzel kişiliğinin malvarlığına intikal etmesi mümkün olmayacaktır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi devredilebilme özelliği m. 127/1-j'de de açıkça ifade edilmiştir. Devredilebilme özelliğinin ayrıca düzenlenmesinin nedeni, devredilemeyen malvarlığı haklarının da bulunmasıdır. Devredilemeyen aynı sermayenin anonim şirketlere sermaye olarak konulması söz konusu olmayacağı gibi devredilebilen bir aynı sermaye unsurunun üzerinde devir engelinin bulunması halinde de anonim şirkete sermaye olarak taahhüdü de söz konusu değildir¹³. Keza, devredilebilme kabiliyetine sahip olmayan intifa hakkı da aynı sermaye olarak taahhüt edilemez. Fakat intifa hakkının kullanılmasının devri mümkündür. Meğer ki, intifa hakkını tesis eden sözleşmede aksi kararlaştırılmış bulunsun ya da sözleşmeden intifa hakkının bizzat hak sahibince kullanılması gerektiği sonucuna varılsın¹⁴. Belirtmek gerekir ki, bu hakların sermaye olarak getirilebilmesi için ilgili sicillere kaydedilmiş olmaları ve diğer özellikleri de taşıması gerekir.

Nakden değerlendirilebilme özelliği; aynı sermayenin bu özelliği, anonim şirket sermayesinin belirli ve paylara bölünmüş olması ve nakden ifade edilmiş olması zorunluluğu ile doğrudan ilgilidir¹⁵. Yeni TTK m. 341 uyarınca, esas sermayenin tamamı kurucular tarafından taahhüt olunmalıdır. Esas sermayenin tamamının taahhüt edilebilmesi için şirkete sermaye olarak getirilecek ayınların bulunması halinde bunların nakden değerlendirilmesi gereklidir. Nitekim m. 339/2-e'de de açıkça ifade edildiği üzere, paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınların bulunması halinde bunların değerleri ile birlikte bunlara karşılık verilecek payların miktarı esas sözleşmede bulunması gereken zorunlu unsurlardandır. Bu nedenle geçerli bir esas sözleşmenin hazırlanabilmesi için aynı sermayeye değer biçilmesi ve biçilen miktarda bilinmesi zorunludur. Aynı şekilde TTK m. 127/1-j bendine göre de aynı sermayenin nakden değerlendirilebilmesi gereklidir. İlgili hükümler birlikte değerlendirildiğinde anonim şirketlere taahhüt edilecek aynı sermayenin nakden değerlendirilebilir olması gerekmektedir. Bu nedenle, nakden değerlendirilmesinde güçlük bulunan ya da mümkün olmayan sermaye değerleri, malvarlığı niteliğini taşıyabilir, anonim şirkete sermaye olarak taahhüt edilemezler¹⁶.

¹² **ARICI**, s. 22.

¹³ Örneğin, 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 162/1 uyarınca, alacak hakkı devredilebilir nitelikte olmasına rağmen bazen işin niteliği ve kanun gereği alacağın devri mümkün olmayacağı gibi bazen de sözleşme ile bir alacak hakkının devrinin yasaklanmış olması mümkündür. Bu halde alacak hakkı bir malvarlıksal değer içermesine rağmen devredilemeyeceğinden sermaye olarak taahhüt edilmesi mümkün değildir. Detaylı bilgi için bkz. **Ahmet M. KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 598-600.

¹⁴ **Burak ÖZEN**, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 295.

¹⁵ **İMREGÜN**, s. 25-26.

¹⁶ **ARICI**, s. 23.

B- “Fikri Mülkiyet Hakları” Kavramı

En geniş anlamıyla fikri mülkiyet hakları, sanayi, bilim, edebiyat ve diğer sanat alanlarında, zihinsel faaliyetlerin sonucunda üretilen fikir ürünlerini koruyan yasal haklardır. Bir başka deyişle, fikri mülkiyet hakları, fikir ürünleri üzerindeki hakları ifade eder. Fakat fikri mülkiyet haklarına konu olan fikri ürünleri ifade etmek amacıyla kullanılan terim açısından literatürde bir fikir birliği bulunmamaktadır. “Fikri haklar”, “fikri mülkiyet”, “fikri ve sınai mülkiyet” ve “fikri, sınai ve ticari mülkiyet” terimleri aynı anlamda kullanılmaktadır. Bu terimler, insan aklının yaratıcılığı sonucunda ortaya çıkan ilmi ve edebi alandaki fikri ürünler ile birlikte sanayide de insan aklının yarattığı her türlü fikir ürünlerini içine alan genel terimlerdir¹⁷. Her ne kadar anılan terim açısından bir fikir birliği bulunmamakla birlikte bugün uluslar arası literatürde kabul edilen terminoloji “fikri mülkiyet (intellectual property)” terimidir¹⁸. Dünya Fikri Haklar teşkilatı (WIPO, World Intellectual Property Organization), “fikri mülkiyet (intellectual property)” terimini tüm fikri ürünleri içine alan şemsiye bir kavram olarak kullanmakta ve bu kavramı konularına göre sınai haklar “industrial property” ve eser sahibinin hakları “copyright” olmak üzere iki alt başlık altında değerlendirmektedir¹⁹. Fikri mülkiyet hakkı kavramının şemsiye kavram olarak kullanılması, bu kavramın içerdiği fikri ürünlerin sınıflandırılmasına engel teşkil etmemektedir²⁰. Nitekim ülkemiz hukukunda da fikri mülkiyet mevzuatı, fikri ürünün konusuna göre düzenlenmiştir. Fikir ve sanat eserleri ya da yaygın olarak kullanılan terimiyle “telif hakları” yalnızca fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları ele almaktadır²¹. Bunlar dışında kalan fikri ürünler (markalar, patentler, faydalı modeller, coğrafi işaretler vb.) sınai hak başlığı altında değerlendirilir. Belirtmek gerekir ki, sınai mülkiyet haklarının tamamı fikri ürün niteliğinde değildir. Sınai haklarda kendi içinde ikiye ayrılır. Patent, endüstriyel tasarım vb. gibi sınai haklar fikri ürün niteliğinde olmakla birlikte marka, ticaret unvanı, coğrafi işaretler, işletme adları ayırt edici ad ve işaret niteliğindedirler²².

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi fikri mülkiyet hakları kavramı, her türlü fikri ürün üzerindeki hakkı ifade eden üst bir kavramdır. 6102 sayılı yeni TTK’da hem madde 127’de hem de m. 342’de fikri mülkiyet hakları terimi kullanılmıştır. Fikri mülkiyet haklarına konu olan fikri ürünlerin neler olduğuna kanun metninde yer verilmemekle birlikte m. 127’nin gerekçesine baktığımızda, kanun koyucunun fikri mülkiyet hakları kavramı ile ne ifade etmek istediği anlaşılmaktadır. Yeni TTK’ya göre, fikri mülkiyet hakları kavramı geniş bir kavramdır. Şöyle ki, 6762 sayılı Kanun m. 139’da

¹⁷ Hukuk literatüründe sıklıklı kullanılan bu kavramlarla ifade edilmek istenen fikir ürünleri üzerindeki hak sahipliğidir. **Saibe OKTAY ÖZDEMİR**, Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, s. 571.

¹⁸ “Intellectual Property” terimi, patent, marka, faydalı model, tasarım, fikir ve sanat eserleri vb. fikri ürünlerin tamamını kapsar nitelikte kabul edilerek, “fikri mülkiyet” adı altında Türkçeye çevrilmiştir. Bkz. **Ünal TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet Hukuku (Fikri Mülkiyet), Arkan Yayınları, İstanbul, Aralık 2005, s. 1-2.

¹⁹ T. C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, DPT, Ankara 2000, s. 5.; **Sami KARAHAN/Cahit SULUK/Tahir SARAC/Temel NAL**, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 1-2.; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 3-4.

²⁰ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 4.

²¹ Bu çalışmada, “telif hakları” terimi fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları ifade etmek için kullanılmıştır.

²² **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 20.; **Adem ASLAN**, Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 6.

“ihtira beratları”, “alameti farika ruhsatnameleri” gibi sınai haklar, “telif hakları,” gibi iktisadi değeri olan sair haklar şeklindeki düzenleme, “TRIPS ve WIPO'nun kullandığı yeni terim olan ve fikir ve sanat eserleri ile bağlantılı haklardan başlayarak, markaları, tasarımları, patentleri, faydalı modelleri, bitki çeşitlerini, yani ıslahçı haklarını ve yarı iletkenlerin topografyalarına kadar çok geniş, ucu açık bir kavramı ifade eden “fikri mülkiyet” ile değiştirilmiştir²³”.

Esasen başlangıçta sadece marka, patent ve telif haklarını ifade etmek için kullanılan fikri mülkiyet kavramı zaman içerisinde bilim ve teknolojiadaki gelişmelerin de etkisiyle yeni hak türlerine konu olmuş ve hala da olmaya devam etmektedir²⁴. Bugün gelinen noktada fikri mülkiyet hakları kavramının sadece telif haklarını, sınai mülkiyetin ise sadece patentleri, markaları ve endüstriyel tasarımları ifade ettiğini söylemek doğru olmayacaktır. Zira, teknoloji ilerledikçe anılan kavramının içeriğini kesin sınırlarla çizmek mümkün değildir. Söz konusu kavram giderek genişleme eğilimindedir²⁵. Bu eğilimi dikkate alan kanun koyucu fikri mülkiyet haklarının “numerus clausus” sınırlı sayı olduğuna ilişkin anlayışı kabul etmemiştir²⁶.

III- ANONİM ŞİRKETLERE AYNI SERMAYE OLARAK KONULABİLECEK FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI VE BU HAKLARIN KAZANILMASI

A-Aynı Sermaye Olarak Konulabilecek Fikri Mülkiyet Hakları

Giderek genişleme eğiliminde olan fikri mülkiyet hakları kavramını bugün için saymak gerekirse güzel sanat eserleri, musiki, ilim ve edebiyat eserleri ve sinema eserleri gibi fikir ve sanat ürünleri üzerindeki yetki ve menfaatleri kapsadığı gibi bunlar dışında kalan marka, patent, endüstriyel tasarım vb. tüm sınai haklar üzerindeki menfaat ve yetkileri de kapsadığını söyleyebiliriz²⁷. Kısaca fikri mülkiyet hakları, hem telif haklarına hem de sınai haklara konu olan fikri ürünlerin tamamını içermektedir. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) 'na göre, ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri, sinema eserleri, işlenme eserler ve derlemeler, veri tabloları ve bağlantılı haklar fikri mülkiyet haklarına konu olabileceklerdir. Sınai haklar başlığı altında fikri mülkiyet haklarına konu olabilecek fikri ürünler; patentler, faydalı modeller, tasarımlar, markalar, coğrafi işaretler, yeni bitki çeşitleri, entegre devre topografyaları, ticaret unvanları ve işletme adlarıdır²⁸.

²³ Bkz. m. 127'nin gerekçesi.

²⁴ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 3; **ASLAN**, s. 36.

²⁵ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 2-3. **KARAHAN/SULUK/SARAÇ/NAL**, s. 1.; **ASLAN**, s. 36-37.

²⁶ Bu durum ticari davaları düzenleyen m. 4'ün gerekçesinde “ (d) bendinde, TRIPS ile WIPO anlayışına ve dünya literatüründeki gelişmeye uygun olarak “Fikri mülkiyet hukuku” ibaresine yer verilmiş; ayrıca bu alanın dallarının adını sayma yöntemi terk edilerek, hükmün kapsamı genişletilmiştir. Çünkü, kavram TRIPS ile WIPO'nun terminolojisine uygun olarak inter alia fikir ve sanat eserlerine, markalara, patentlere, faydalı modellere, endüstriyel tasarımlara, coğrafi ad ve işaretlere, bitki çeşitleri ve ıslah haklarına, elektronik devrelerin topografyalarına, açıklanmamış bilgilere ilişkin mevzuatı ifade etmektedir.” şeklinde dile getirilmiştir.; **TEKİNALP**'e göre de, fikri mülkiyet hakkının “numerus clausus” olduğuna ilişkin anlayış etkisini yitirmiştir. Bkz. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 4-5.

²⁷ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 2-3.; **KARAHAN/SULUK/SARAÇ/NAL**, s. 1; **Mustafa ATEŞ**, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması (Fikir ve Sanat Eserleri), Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 93;

²⁸ İnternetin yaygın kullanımı sonucunda ekonomik değer kazanan internet alan adları, hukuki nitelik olarak başlangıçta fikri mülkiyet hukukundaki ayırt edici işaret ya da tanıtmaya aracı kapsamında değerlendirilmekte ise de bugün gelinen nokta da internet alan adları kendine özgü bir

6102 sayılı yeni TTK m. 127 uyarınca, anılan fikri mülkiyet hakları ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebilir. Ancak sınai mülkiyet hakları sınıflandırması içinde yer alan ayırt edici ad ve işaret niteliğinde olan fakat tescil edilmedikleri için sınai haklara ilişkin özel yasal korumadan yararlanamayan tescilsiz markalar, ticaret unvanları, işletme adları, coğrafi adlar ve işaretler vb. fikri mülkiyet haklarının yeni TTK'ya göre anonim şirketlere sermaye olarak getirilmesi mümkün müdür? Bu sorunun cevabı m. 342'nin gerekçesinde bulunmaktadır. Anılan hükümdeki, "*fikri mülkiyet hakları ibaresi, fikir ve sanat eserlerini, bağlantılı hakları, markaları, tasarımları, patentleri, coğrafi işaretleri, tescil edilmemiş haklar ile bilgileri, bitki geliştirilmesini, yani ıslahçı haklarını, yarı iletkenlerin topografyalarını kapsayacak şekilde geniş anlaşılmalıdır...*" açıklaması ile kanun koyucunun üst başlık olan fikri mülkiyet hakları kavramına herhangi bir sınırlama getirmediği anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle, her ne kadar hükmün ifadesinde yer verilmemişse de gerekçesinde belirtildiği gibi "*tescil edilmemiş haklar ile bilgileri*" ifadesinden anlaşılacağı üzere tescilsiz sınai mülkiyet haklarının da anonim şirketlere aynı sermaye olarak getirilebilmesi mümkündür²⁹. Bu sebeple, 6762 sayılı mülga TTK'da anonim şirkete sermaye olarak getirilemeyen tescil edilmemiş bir marka, işletme adı, ticaret unvanı, buluş vb. fikri ürünlerin yeni TTK'ya göre sermaye olarak getirilebileceği kanaatindeyiz. Tescil edilmemiş haklar dışında gerekçede belirtilen "*bilgiler*³⁰" ifadesi dolayısıyla da halihazırda ülkemiz hukukunda özel olarak korunmadıklarından tescil edilmeyen ticari sır³¹, know-how³² ve müşteri

hak niteliğine kavuşmuştur. Nitekim internet alan adlarını düzenleyen yönetmelikte fikri mülkiyet kavramına yer verilmediği gibi TTK m. 342'nin ifadesinde de "*..... fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dahil*" denilerek sanal ortamlar ayrıca belirtilmiştir. Bu nedenle bu çalışmada alan adları fikri mülkiyet hakları içerisinde değerlendirilmemiştir Detaylı bilgi için bkz. **Seniha DAL**, Türk Hukukunda İnternet Alan Adları (Domain Names) Ve Bu Alandaki Son Gelişmeler, Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, Yıl 2010, Cilt XXVIII, Sayı I, s. 485 vd.

²⁹ M. 342 hükmü anonim şirketlere ilişkin özel bir hüküm olduğundan ve genel hüküm m. 127/1-b'nin gerekçesinde de konuya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından tescilsiz fikri mülkiyet haklarının kollektif, komandit ve kooperatiflere sermaye olarak getirilemeyeceği kanaatindeyiz. Limited şirketler ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin ilgili hükümleri m. 342'ye atıf yapıldığından bu şirketlere söz konusu fikri mülkiyet haklarının sermaye olarak getirilmesi mümkündür.

³⁰ Bu terim ile kanun koyucunun neyi kastettiğini kesin olarak söylemek pek mümkün olmakla birlikte doğrudan know-how'ı işaret ettiğini de söyleyemeyiz. Zira, fikri mülkiyet literatüründe know-how ifadesinin karşılığı olarak tescil edilmemiş bilgiler yerine açıklanmamış bilgiler ifadesi yaygın olarak kullanılmaktadır. Her ne kadar yasada açıklık bulunmasa da nakden değerlendirilebilen ve devredilebilen ticari sır ve know-how'ın bu ifade kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

³¹ Ülkemiz fikri mülkiyet hukukunda özel olarak korunmayan ticari sırlar, bazı hallerde şirket için çok önemli olabilmektedir. Tescilli bir koruma hakkına sahip olmayan bilgilerin korunması ancak ticari sır ile mümkündür. Bazı durumlarda bir şirketin ticari sırları o şirketin değerine önemli ölçüde değer katabilmektedir. Ekonomik değer içeren bir bilgiye sahip olan şirket dilerse bilgisini patent olarak tescil eder ve kamuya açıklar dilerse bilgiyi olabildiğince uzun süre gizli tutar ve sadece kendisi yararlanır. Örneğin, coca-cola'ya ilişkin ticari sır 1800 ün ortalarından bu güne kadar gizlenebilmiştir. **Cahit SULUK**, Yeni Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele, Hayat Yayınları, İstanbul 2004, s. 39-40.

³² Öğretide know-how kapsamında değerlendirilen bilgi ve deneyimlerin fikri mülkiyet hakkı olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bir görüşe göre, know-how olarak kabul edilen bilgi ve deneyimlerin yalnızca fiili bir durum oluşturduğu bu nedenle de malvarlıksal bir hakkın konusu olamayacağından sermaye olarak taahhüdü söz

çevresi gibi unsurların da artık sermaye olarak getirilmesi mümkündür³³. Kısaca, tescil edilmemiş markalar, tasarımlar, açıklanmamış bilgiler, işletme adları vb. fikri mülkiyet hakları yeni düzenleme ile anonim şirkete sermaye olarak getirilebilecektir. Belirtmek gerekir ki, bu nitelikteki fikri mülkiyet haklarının anonim şirkete aynı sermaye olarak konulabilmesi için tescil dışındaki diğer şartları taşıyor olması gerekmektedir. Yani maddi edim niteliğinde olma, nakden değerlendirilebilme ve devredilebilme özelliklerine sahip olması şarttır. Bununla birlikte anılan özelliklere sahip yukarıda ifade edilen fikri mülkiyet haklarının tamamının anonim şirketlere sermaye olarak getirilmesi mümkün değildir. Kanun koyucu yeni TTK m. 342 hükmü ile ilk kez anonim şirketlere aynı sermaye olarak getirilecek değerlere ilişkin sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlamalara çalışmamızın bundan sonraki bölümünde yer verilecektir³⁴.

B- Fikri Mülkiyet Haklarının Kazanılması

Ülkemiz hukukuna göre, bir fikri ürün üzerinde fikri mülkiyet hakkının kazanılmasında fikri ürünün niteliğine göre iki temel sistem söz konusudur. Buna göre, telif hakları olarak ifade ettiğimiz fikir ve sanat eserleri üzerinde hak sahibi olmak için herhangi bir tescil şartı bulunmamaktadır. Sınai mülkiyet üzerinde hak sahibi olabilmek için ise tescil şarttır³⁵.

a. Tescil ile Fikri Mülkiyet Hakkının Kazanılması

Telif haklarından farklı olarak sınai haklar üzerinde hak sahipliği tescil ile kazanılır. Yani, sınai alandaki fikri ürünler üzerinde hak sahibi olabilmek tescil ile mümkündür. Tescil yok ise o fikri ürün üzerinde tasarrufta bulunulamaz. Bir başka deyişle, tescil bildirici değil kurucu etkiye sahiptir. Bir sınai hakkı ilk defa tescil ettirmiş olan kişi bu hakkını herkese karşı ileri sürebilir. Tescil, herhangi bir şeyin yazılı olarak resmi kurumlarca kayıt altına alınmasıdır. Tescilin sözlük anlamı bu olmakla birlikte hukukta tescil farklı anlam ifade etmektedir. Hukukta tescil, bir hakkın varlığının açıklanması için gerekli bir müessesedir. Yani bir hakkın kime ait olduğunu, hakkın kap-

konusu olamayacaktır. Bkz. **ARICI**, s. 19.; **Çiğdem KIRCA**, "Know-how Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", Ali Bozer'e Armağan, Ankara, BTHAE, 1998, s. 249-251. Aksi görüşte olan **ARKAN**'a göre ise, know-how kapsamında değerlendirilebilen patenti alınmamış gizli buluşlar ve gizli bilgilerin, malvarlıksal bir değer içermesi halinde fikri mülkiyet hakkı olarak kabul edilebilecektir. **Sabih ARKAN**, Ticari İşletme Hukuku (Ticari İşletme), BTHAE, Ankara, 2011, s. 292, dñn. 2.; Ülkemiz hukukunda know-how özel yasal düzenleme ile korunmasa da m. 342'ye göre, aynı sermayeye ilişkin diğer özellikleri taşıması halinde anonim şirkete sermaye olarak taahhüt edilmesi mümkündür. Ancak, sermaye değerinin belirlenmesinde sorun yaşanabileceği kanaatindeyiz.

³³ Bkz. m. 342'nin gerekçesi.; **Hayrettin ÇAĞLAR**, Anonim Şirketlerde Aynı Sermayeye Değer Biçilmesi", **BATİDER**, C.XXVI, S. 2, s. 40.

³⁴ Bkz. bölüm IV, B.

³⁵ Fikri mülkiyet hukukuyla ilgili mevzuat sahibi olan hemen hemen tüm ülkelerde fikri mülkiyet hakkının kazanılması, kullanılması ya da korunması tescil ya da tevdi vb. uygulamalara tabi tutulmuştur. Bu uygulamalar ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Örneğin, ABD'de bir eser üzerinde hak sahibi olmak için tescil şartına gerek yoksa da bir eserin ihlali halinde hukuk davası açılabilmesi için eserin dava açılmadan önce tescil edilmiş olması gereklidir. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Mustafa ATEŞ**, "Fikir ve Sanat Eserlerinde Tescil, Tevdi ve İşaret Koyma Gibi Formalitelerin Hukuki Mahiyeti (Tescil) " **Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, 2006, S. 3, s. 15 vd.

samı ve sınırlarının tespiti tescil müessesesi ile mümkündür³⁶. Marka, patent, tasarım, entegre devre topografyası, coğrafi işaretler ve yeni bitki çeşitleri tescilli sınai haklardır.

Ülkemizde tescile tabi olan sınai mülkiyet haklarının kayıtlarının tutulduğu Türk Patent Enstitüsü (TPE) nezdinde marka, patent, gizli patent, coğrafi işaret, tasarım ve entegre devre topografyaları sicili tutulmaktadır³⁷. İslahçı hakları tanımaya yetkili merci Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'dır. Bakanlık nezdinde, ıslahçı hakkı başvurusu ve hakkın tescili ile ilgili hususların kayıtlı olduğu ve kütük olarak ifade edilen sicil bulunmaktadır. Anılan sınai mülkiyet haklarının koruma altına alınabilmesi için ilgili kuruluşlara tescil edilmesi gereklidir³⁸. 6762 sayılı mülga TTK'ya göre, bu kuruluşlara tescil edilmeyen fikri mülkiyet haklarının anonim şirketlere aynı sermaye olarak taahhüt edilmesi mümkün değil idi. Ancak yeni TTK m. 342'nin gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, tescile tabi sınai mülkiyet haklarının yanında tescil edilmemiş sınai mülkiyet haklarının da anonim şirketlere sermaye olarak getirilmesi mümkündür. Tescilsiz sınai mülkiyet haklarına örnek olarak marka, ticaret unvanı, işletme adı, know-how, ticari sır, müşteri çevresi verilebilir.

3- Tescilsiz Fikri Mülkiyet Hakkının Kazanılması

Fikri mülkiyet haklarının tescilsiz olarak kazanılması doğrudan doğruya telif haklarını çağrıştırmaktadır. Zira eser sahibi, eser üzerindeki fikri mülkiyet hakkını eseri yaratır yaratmaz kazanır. Bunun için herhangi bir tescil şartı aranmaz. Sınai mülkiyet haklarından farklı olarak telif haklarında kural, eser üzerinde hak sahibi olabilmek için herhangi bir kuruma tescilin zorunlu olmamasıdır. Ayrıca eserin aslının ya da kopyasının herhangi bir yere tevdi ve ibrazı ya da üzerindeki hakların kullanılabilmesi için herhangi bir kurum ya da merci tarafından ruhsata bağlanması da söz konusu değildir³⁹.

Ülkemiz hukukunda kural, telif haklarının tescilsiz iktisabı işe de bazı telif haklarında zorunlu olarak kayıt ve tescil uygulamaları söz konusudur⁴⁰. Belirtmek gerekir ki, telif haklarına konu esere ilişkin yapılan tescilin amacı, hak yaratmak değildir. Bir başka deyişle, tescili zorunlu olan bir eserin tescil edilmemiş olması, eser üzerindeki hakkın kazanılmasına ya da kaybedilmesine neden olmaz. Buradaki tescilin amacı, eserler üzerinde hakların ihlal edilmemesi, gerçek hak sahiplerinin belirlenmesinin ispatında kolaylık sağlanması, ve mali haklardan yararlanma yetkisinin takip edilebilmesidir⁴¹. Görüldüğü üzere, sınai haklardan farklı olarak telif haklarında tescilin işlevi asla hak ihdas etmek değildir. Bu tescilin amacı, eser sahibinin haklarının ispatında kolaylıktır. Yani sınai haklarda kurucu etkiye sahip olan tescil telif haklarında bildirici

³⁶ Fikri mülkiyet hukukunda tescilin fonksiyonuna ilişkin detaylı bilgi için bkz. **ATEŞ**, Tescil, s. 14.

³⁷ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 44 vd.

³⁸ Ülkemiz hukukuna göre, tescil edilmeyen sınai mülkiyet hakları TTK'nın haksız rekabet hükümlerine göre korunmaktadır.

³⁹ **ATEŞ**, Tescil, s. 13 vd.

⁴⁰ 5846 sayılı FSEK m. 13'de değişiklik yapan 4630 sayılı Kanun m. 7 ile bazı telif haklarında tescil uygulaması düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca, sinema ve müzik eserleri ile yapımının haklarına konu olan komşu haklarda tescil zorunludur. Bu eserler dışında kalan eserler, zorunlu olmamakla birlikte sahiplerinin talebi üzerine kayıt ve tescil edilebilir. Kayda ve tescile ilişkin usul ve esaslar, Kültür Bakanlığı tarafından çıkarılan "Kayıt ve Tescil Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" ile düzenlenmiştir.

⁴¹ Eser sahibi kendi iradesiyle aynı amaçlar için eserini kayıt ve tescil altına alabilir. **ATEŞ**, Tescil, s. 21 vd.

etkiye sahiptir⁴². İster tescil edilmiş ister tescil edilmemiş olsun telif haklarının tamamı diğer unsurları da taşımak şartıyla anonim şirketlere sermaye olarak taahhüt edilebilecektir. Belirtmek gerekir ki, telif haklarında tescil şartının olmayışı çalışma konumuz açısından önemlidir. Çünkü aynı sermaye olarak taahhüt edilen eser üzerindeki mali haklar, ilgili sicile şerh olarak kaydedilemeyeceğinden üçüncü kişilere ileri sürme imkanı bulunamayacaktır. Bu durum sermaye olarak taahhüt edilen tescilsiz fikri mülkiyet hakları içinde söz konusudur. Bir başka deyişle, yeni TTK m. 128/2 hükmü uygulanamayacağından sermayenin taahhüdü ile tasarrufu arasındaki zamanda hak kaybı söz konusu olabilecektir.

IV- M. 342'YE GÖRE ANONİM ŞİRKETLERE AYNI SERMAYE OLARAK KONULACAK FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ TEMEL ÖZELLİKLERİ

6102 sayılı TTK, m. 127'de genel olarak fikri mülkiyet haklarının ticaret şirketlerine sermaye olarak konulabileceğini belirttiğinden sonra m. 342'de ise aynı sermaye olarak taahhüt edilecek fikri mülkiyet haklarının taşınması gereken özellikleri açıkça düzenlemiştir. Yeni TTK m. 127 genel hüküm niteliğindedir ve ticaret şirketlerin tamamına bünyelerine aykırı olmamak şartıyla uygulanabilecektir. Bu açıdan bakıldığında, ilgili madde metninde sayılan fikri mülkiyet haklarının tamamının anonim şirketlere sermaye olarak getirilebilmesi için anonim şirketlere ilişkin hükümlerde aksine bir düzenleme bulunmaması gerekir. Ancak konuyla ilgili olarak yeni TTK m. 342'de özel bir hüküm bulunmaktadır. Nitekim m. 127/2'de bu özel hüküm saklı tutulmuştur. Anılan bu hüküm uyarınca her türlü fikri mülkiyet hakkının anonim şirketlere aynı sermaye olarak konulacağını söylemek mümkün değildir. Eğer her türlü fikri mülkiyet hakları sermaye olarak getirilemeyecekse hangi tür fikri mülkiyet hakları sermaye olarak getirilebilir? Bu soruya cevap, anonim şirkete sermaye olarak taahhüt edilebilecek fikri mülkiyet haklarının temel özelliklerinin incelenmesi ile mümkündür. Bir diğer ifadeyle, fikri mülkiyet hakları ekonomik değer taşınmasına rağmen sadece m. 342'deki koşulları sağlayan fikri mülkiyet hakları aynı sermaye olabilecektir.

A- M. 342'ye Göre Fikri Mülkiyet Haklarının Taşınması Gereken Özellikleri

6102 sayılı yeni TTK m. 342 – (1) “*Üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dahil, malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabilir. Hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olmaz.*

“Aynı sermaye konulabilecek malvarlığı unsurları” kenar başlığını taşıyan bu hükme göre, anonim şirketlere, üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunan, nakden değerlendirilemeyen ve devrolunamayan fikri mülkiyet haklarının sermaye olarak konulması mümkün değildir. Bir başka deyişle, anonim şirketlere fikri mülkiyet haklarının sermaye olarak konulabilmesi için devredilebilir nitelikte olması, nakden değerlendirilebilmesi ve her türlü sınırlandırmadan uzak olması zorunludur. Esasen m. 342'de dile getirilen devredilebilme ve nakden değerlendirilebilme özellikleri genel hüküm m. 127/1-j bendinin tekrarı niteliğindedir ve tüm ticaret şirketleri için geçerlidir. Bu nedenle de sadece fikri mülkiyet ya da sanal ortamlara ilişkin istisnai bir hüküm olarak değerlendirilmemelidir. Ancak üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bu-

⁴² Eserlerin tescil ve tevdi edilmesi, eser üzerine bandrol ya da etiket yapıştırılması veya seri numarası konulması vb. işlemler ilke olarak, eser üzerinde hakkın kazanılması ya da kullanılmasını etkilemezler. **Mustafa ATEŞ**, Fikri Hukukta Eser, Turhan Kitapevi, Ankara, 2007, s. 107-108.

lunan fikri mülkiyet hakları anonim şirketlere sermaye olarak taahhüt edilemeyecektir⁴³. Hemen belirtelim ki, bu sınırlandırma “fikri mülkiyet hakları ve sanal ortamlara” ilişkin istisnai unsur niteliğinde değildir. Anonim şirketlere taahhüt edilecek diğer aynı sermayeler içinde geçerlidir. Hüküm “fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dahil”, ifadesi ile bu haklara vurgu yapmış olsa da kanun koyucu, diğer aynı sermaye olabilecek değerleri tek tek saymayı tercih etmemiş bunun yerine “malvarlığı unsurları” ifadesini kullanmıştır.

1- Devredilebilme Özelliği

Aynı sermaye olarak taahhüt edilecek diğer sermaye türlerinde olduğu gibi fikri mülkiyet haklarının da devredilebilir nitelikte olması gerekmektedir⁴⁴. Kural olarak fikri mülkiyet hakları devredilebilir niteliktedirler⁴⁵. Kural bu olmakla beraber her türlü fikri mülkiyet hakkı devredilebilir nitelikte değildir. Fikri mülkiyet hakkının devri ile kastedilen fikri mülkiyet hakkı sahibinin onu, fikri mülkiyet hakkının yeni sahibi olacak bir başka gerçek ya da tüzel kişiye bırakmasıdır. Yani, hakkın devri söz konusu olduğunda hak, devreden malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığına dahil olmaktadır. Yeni TTK bu düzenlemesi ile 6762 sayılı TTK’dan ayrılmaktadır. Zira, 6762 sayılı mülga TTK’da aynı sermayenin bu özelliği açıkça düzenlenmediğinden konuya ilişkin hükümlerden hareketle dolaylı olarak bu sonuca ulaşılmakta idi⁴⁶.

Sınai mülkiyet hakları açısından devredilebilme özelliğini dikkate aldığımızda bu özelliğe sahip olmayan coğrafi işaretlerin aynı sermaye olarak getirilmesi mümkün değildir. Coğrafi işaretler dışında, ticaret unvanını düzenleyen yeni TTK m. 49’a göre, bir ticaret unvanının, işletmeden bağımsız olarak anonim şirkete sermaye olarak getirilmesi mümkün müdür? Hükümün ifadesinden yola çıkarak diyebiliriz ki, ticaret unvanı, devir sözleşmesinin kapsamı dışında bırakılarak işletmeden bağımsız olarak devredilebilir. Zira ticaret unvanı gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklardandır. Dolayısıyla nakden değerlendirilebilir ve devredilebilir⁴⁷. Yeni TTK m. 53 uyarınca, tescil

⁴³ Sermayenin korunması ilkesine hizmet eden bu hüküm her ne kadar anonim şirketlere özgü ise de limited şirketler içinde m. 581’de aynı amaca hizmet eden bir hüküm bulunmaktadır. Ancak, anonim şirketlerle ilgili m. 342/2’de 128. maddeye atf yapılırken, aynı konuyu aynı şekilde limited şirketler için düzenleyen m. 581/2’de 127. maddeye atf yapılmıştır. Yapılan atfın m. 342 de olduğu gibi m. 128’e yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Genel hüküm m. 127/1-j bendi tüm ticaret şirketleri için söz konusu iken m. 342 ve m. 581 sermaye şirketleri için özel olarak düzenlenmiştir. Aynı şekilde sermaye şirketi olan sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketi düzenleyen hükümlerden m. 565/2 ve m. 567’ye göre aynı sermayeye ilişkin m. 342 hükmü bu şirket içinde geçerlidir.

⁴⁴ Esasen ekonomik değer içeren bir gayri maddi mal, ancak devredilebilmesi halinde hukuk düzenince de kabul edilmiş olacaktır. Zira hukuki işlemler açısından devri kabil mal olarak bir değer taşır ve konusunu oluşturduğu hak üzerinde tasarruf yoluyla devredilebilir. Bkz. **Doruk UTKU**, Sınai Hakların Rehni, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 87.

⁴⁵ Hemen belirtelim ki, burada kastedilen devredilebilir olma koşulunu müstakilen devredilebilir olma şeklinde anlamak amaca aykırı olacaktır. Aksi halde ticari işletme ile birlikte şirkete sermaye olarak konulacak ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak devri mümkün olmadığından, sermaye olarak konulamayacağını kabul etmek gerekir ki, bu da fikri mülkiyet hukukunun amacına aykırıdır. Bkz. **ÇAĞLAR**, s. 37.

⁴⁶ 6762 sayılı TTK’nın konumuzla ilgili hükümleri m. 140, 143/2, 285/2’dir.

⁴⁷ **Rıza AYHAN/Mehmet ÖZDAMAR/Hayrettin ÇAĞLAR**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticari İşletme Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011, s. 140-141. Yazarlara göre, ticaret unvanı hakkı sahibinin, bu hakkının bazı hallerde kullanamaması ya da

edilsin ya da edilmesin işletme adının da devri mümkündür. Ticaret unvanının farklı olarak işletme adı işletmeden bağımsız olarak devredilebilecektir. Bundan başka diğer sınai mülkiyet hakları özel yasal mevzuatları uyarınca devredilebilme özelliklerine sahiptirler. Bu bağlamda, marka⁴⁸, patent ve faydalı model, endüstriyel tasarım, entegre devre topografyaları, yeni bitki çeşitleri sermaye olarak devredilebilirler. Belirtmek gerekir ki, patent, faydalı model ve endüstriyel tasarım hakkı sahibine mali nitelikte haklar sağladığı gibi manevi nitelikte de haklar sağlamaktadır. İşte bu fikri mülkiyet haklarının içerdiği manevi haklar devredilebilir nitelikte olmadıklarından anonim şirketlere sermaye olarak getirilemezler. Ayrıca, patent, faydalı model, yeni bitki çeşitleri ve entegre devre topografyası üzerinde başvuru hakkına sahip olan kişilerin, bu haklarını da anonim şirketlere aynı sermaye olarak taahhüt edebileceği kanaatindeyiz. Zira, buluş sahibi, patent başvurusu ya da patent üzerinde serbestçe tasarruf hakkına sahiptir.

Devredilebilme özelliğini telif hakları açısından değerlendirdiğimizde öncelikle belirtmek gerekir ki, telif haklarının yalnızca mali hakları devredilebilir niteliktedir. Zira, eserden ekonomik olarak yararlanma olanağı sağlayan mali haklar, malvarlığın bir parçası olduğundan devredilebilir niteliktedir. Kişiliğin bir parçası olan manevi haklar ise devredilemeyeceğinden bir anonim şirkete aynı sermaye olarak getirilecek olan telif hakları sadece mali haklardır⁴⁹. FSEK m. 20'ye göre, alenilemiş bir eserden eser sahibine münhasıran tanınan faydalanma hakkı, mali haklardan ibarettir. Eser üzerindeki mali hakların neler olduğu FSEK m. 21 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Anılan hükümler uyarınca, işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı, ıştır, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı eser üzerindeki mali haklardır. Eser üzerindeki mali haklarda sınırlı sayı prensibi geçerli olduğundan bu mali haklar dışında başka mali haklar yaratılarak anonim şirkete sermaye olarak getirilemez. FSEK m. 20'ye göre, anılan mali haklar, birbirlerine bağlı bir hak olmadığından bunlardan biri ya da bir kaçı ya da bunların tamamı anonim şirketlere sermaye olarak getirilebilir⁵⁰. Bu bağlamda, bir anonim şirkete sermaye olarak hangi mali hak getirilmiş ise sadece o mali hak devredilmiş olacağından diğer mali hakların devri söz konusu değildir⁵¹. Devredilen mali hak üzerinde eser sahibinin hakkı sona erer⁵². Ay-

başkasına devretmekte tamamen serbest olmaması, ticaret unvanını bağımsız hak olmaktan çıkarmaz.; ARKAN'a göre de ticaret unvanının bazı hallerde işletmeden ayrı olarak devredilememesi gerekebilir. Eğer ticaret unvanı belli bir ticari işletmenin faaliyeti sonucu değer kazanmış ise işletmenin devri ile birlikte ticaret unvanının da devri gereklidir. Bkz. ARKAN, Ticari İşletme, s. 265, dpn. 2.

⁴⁸ Taahhüt edilen aynı sermayenin marka olması halinde, marka hangi mal ya da hizmet için tescil edilmişse, o mal veya hizmet için sermaye taahhüdüne konu olacaktır.

⁴⁹ Telif hakları hukukunda temel prensip eser sahibinin eser üzerindeki manevi haklarını devredemeyeceğidir. Kural bu olmakla birlikte istisnai olarak manevi haklar, mali haklardan yararlanabilmek için gerekli olduğu ölçüde devredilebilirler. Bkz. Mustafa TÜYSÜZ, Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 69.; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 153.

⁵⁰ Belirtmek gerekir ki, eser sahibinin mali ve manevi haklarına zarar getirmemek koşuluyla mali nitelikteki bağlantılı haklarında anonim şirketlere sermaye olarak getirilmesi mümkündür (FSEK m. 1/B, j/m. 80/1).

⁵¹ Ancak bazı durumlarda bir mali hakkın devredilmesi halinde işin niteliği gereği diğer mali haklarında devredilmiş sayılması gerekmektedir. Örneğin, çoğaltma hakkının tek başına devri yayma hakkı olmaksızın herhangi bir değer ifade etmeyeceğinden çoğaltma hakkı ile birlikte yayma hakkının da devredildiği kabul edilmektedir. Bkz. TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 214 vd.

⁵² FSEK m. 18 uyarınca, mali hakları kullanma yetkisi münhasıran eser sahibine aittir. Ancak, eser sahibi bir eseri, memur, hizmetli ve işçi olarak işini görürken meydana getirmiş ise, işve-

rica sermaye olarak taahhüt konusu olacak fikri mülkiyet hakkının mevcut olması gerekecektir. FSEK m. 48/3 uyarınca, henüz meydana getirilmemiş ya da tamamlanmamış eserler üzerinde tasarruf işlemi batıl olduğundan bu nitelikteki eserler de anonim şirketlere sermaye olarak getirilemeyecektir. Bu nedenle de, hak konusu haline gelmemiş bir fikri mülkiyet hakkının devri mümkün olmayacağından sermaye olarak taahhüt edilmesi de mümkün değildir⁵³. Belirtmek gerekir ki, FSEK'e göre devredilebilme özelliğine sahip anılan mali hakların anonim şirketlere sermaye olarak getirilebilmesi için diğer fikri mülkiyet haklarında da olduğu gibi maddi edim ve nakden değerlendirilebilme özelliğine de sahip olması zorunludur.

2- Nakden Değerlendirilebilme Özelliği

Anonim şirketlerde temel amaç, kar elde etmek ve bunu ortaklarına paylaşmak olduğu içindir ki, para ile ölçülebilir değerlerin sermaye olarak getirilmesi gerekmektedir. Ayrıca anonim şirketlere sermaye olarak getirilecek her türlü değer parasal olarak ifade edilmesi gerekir. Zira anonim şirketler sabit ve muayyen sermayeli şirketlerdir. Bu durum yeni TTK m. 329'da "anonim şirket sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan" şeklinde ifade edilmektedir⁵⁴. Bundan başka esas sözleşmenin zorunlu içeriğini düzenleyen m. 339/2-e bendinde de bu durum açıkça düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca, esas sözleşmeye "paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınlar; bunların değerleri; bunlara karşılık verilecek payların miktarı," yazılır. Görüldüğü üzere, nakden değerlendirilemeyen ya da nakden değerlendirilmesinde güçlükler olan bir değer anonim şirketlere sermaye olarak taahhüt edilemez.

İlgili hükümler birlikte değerlendirildiğinde anonim şirkete aynı sermaye olarak taahhüt edilecek fikri mülkiyet haklarının da parasal değere sahip olması gerekecektir. Diğer aynı sermaye türlerinde olduğu gibi nakden değerlendirilemeyen yani parasal değer içermeyen fikri mülkiyet hakları anonim şirkete aynı sermaye olarak getirilemez. Bu nedenle para ile ölçülemeyen ya da parasal değeri olmayan bir fikri mülkiyet hakkının anonim şirkete sermaye olarak getirilmesi mümkün değildir. Örneğin anı, hatıra, mektup vb. eserler parasal değer içermediklerinden şirkete sermaye olarak konulması mümkün değildir⁵⁵. Ayrıca bu nitelikte olmamakla birlikte parasal olarak değerlendirilmesinde güçlükler bulunan fikri mülkiyet haklarının da sermaye olarak taahhüt edilmemesi gerekecektir⁵⁶.

3- Maddi Edim Özelliği

Anonim şirketlere getirilecek aynı sermayenin maddi edim niteliğinde olması gerekmektedir. Şahsi ve/veya olumsuz edim aynı sermaye olarak getirilemez⁵⁷. Bu bağlamda, konusu bir şey yapma ya da yapmama olan edimler, maddi edim niteliğinde değildirler. Bu durum TTK m. 342/1'de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, yapma edim özelliği taşıyan, hizmet edimi, şahsi emek ve ticari itibar anonim şirketlere

ren ile aralarındaki sözleşmeden ya da işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; meydana gelen eser üzerindeki mali haklar çalıştırana aittir. Bu halde, ortaya çıkan eser üzerindeki mali haklar çalıştıran gerçek ya da tüzel kişiye ait olacağından meydana gelen eser üzerindeki mali hak şirkete sermaye olarak bu kişilerce taahhüt edilebilir.

⁵³ UTKU, s. 88.

⁵⁴ Benzer düzenleme 6762 sayılı mülga TTK m. 269'da yer almaktadır.

⁵⁵ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 106.

⁵⁶ Anılan hükmün gerekçesinde de açıkça ifade edildiği üzere, fikri mülkiyet haklarının bazıları, özellikle bağlantılı haklar, sermaye olarak konulmaya müsait olamayabilir ya da bazı fikri mülkiyet hakların değerlendirilmelerinde sorun olabilir.

⁵⁷ Detaylı bilgi için bkz. bu çalışmada II, A, 3.

sermaye olarak getirilemeyecektir. Bu düzenleme ile aynı sermayenin maddi edim özelliği dolaylı olarak ifade edilmiştir. Bu noktada know-how'ın durumunun ayrıca değerlendirilmesi gerekecektir. Uygulama da bazen know-how'ı devretme yükümlülüğü, gerekli bilgi ve belgelerin verilmesi yerine teknik yardım ve hizmet verilmesi şeklinde de olabilmektedir. Bu halde, işgörme edimi niteliğindeki know-how, aynı sermaye olarak taahhüt edilemeyecektir⁵⁸.

4- Aynı Sermaye Olarak Taahhüt Edilen Fikri Mülkiyet Hakkı Üzerinde Sınırlı Aynı Hak, Haciz ve Tedbir Bulunmaması Zorunluluğu

a) Genel Olarak

Mülkiyet hakkı sahibine, bir eşya üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerinin tamamının kullanılmasını sınırsız olarak sağlar. Aynı sermaye olarak taahhüt edilen maddi ya da gayri maddi malvarlığı unsurları üzerinde mülkiyet hakkının kullanımını engelleyen ya da zorlaştıran herhangi bir sınırlandırmanın bulunması halinde anonim şirket o sermaye üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecektir. Anonim şirketlerde hakim olan sınırlı sorumluluk ilkesi gereği şirket sermayesinin korunması şahıs şirketlerinden çok daha önemlidir. Bu nedenle kanun koyucu, anonim şirketlere özgü m. 342 hükmünü düzenlemiştir. Anılan hüküm, 6102 sayılı yeni TTK ile anonim şirketler için getirilen yeni bir hükümdür. Söz konusu hüküm uyarınca, “*üzerinde sınırlı aynı hak, haciz, ve tedbir bulunmayan,*” malvarlığı unsurları anonim şirkete sermaye olarak getirilebilir. Buna göre, anonim şirketlere sermaye olarak taahhüt edilen aynı değerlerin üzerinde ilgili sicil kayıtlarında herhangi bir sınırlayıcı unsurun bulunmaması gerekmektedir. Sermayenin korunması ilkesine hizmet eden bu hüküm ile elde edilmek istenen amaç anonim şirketlerde güçlü sermaye yapısını sağlamaktır. Bunun sonucunda sermaye olarak getirilen bu değerler üzerinde şirket serbestçe tasarruf edebilecektir.

İlgili hüküm üç başlık altında sınırlandırma getirmiştir. Bunlar sınırlı aynı hak, haciz ve tedbirdir⁵⁹. Buna göre, üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ya da tedbir bulunan maddi mal ya da gayri maddi mal anonim şirketlere sermaye olarak taahhüt edilemez. Bu düzenleme ile yeni TTK, her türlü aynı hakla sınırlandırmayı, anonim şirkete sermaye olarak getirilmesine engel bir durum olarak kabul etmektedir. Kanun koyucunun bu anlayışı öğretilmiş eleştirilmiştir⁶⁰. Örneğin, üzerinde geçit hakkı bulunan bir taşınmazın sermaye olarak getirilememesi ilgili hükmün amacına doğrudan aykırılık teşkil etmeyecektir⁶¹. Keza üzerinde haciz, tedbir, rehin ya da ipotek bulunan bir aynı sermayenin, kendi değerinin anılan sınırlı aynı hak değerlerinden çok daha fazla olması mümkündür⁶². Bundan başka üzerinde intifa hakkı bulunan bir malvarlığının şirkete

⁵⁸ ARICI, s. 20-21.

⁵⁹ “İsviçre Borçlar Kanununun anonim şirketlere ilişkin hükümlerini değiştirmek üzere hazırlanmış olan Tasarıda aynı sermaye olarak şirkete konulabilecek değerler için m. 634 hükmünde 4 ayrı koşul yer almaktadır. Bunlar, 1- aktifleştirilebilme, 2- devredilebilme, 3- şirketin serbestçe tasarruf edebilmesi, 4- Nakde çevrilebilme olarak belirlenmiştir.” ÇAĞLAR, s. 37, dpn. 3'den nakden alınmıştır.

⁶⁰ ARKAN, TTK Tasarısı, s. 52; ayrıca, bir aynı sermaye üzerinde haciz ve tedbir olabilir ancak sermayenin kendi değeri haciz ve tedbir tutarından çok daha fazla olabilir. bu halde bu sınırlanan yapılması yerinde olmayacaktır. Bkz. Nevzat KOÇ, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-I-III, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Mart 2008, s. 335.; Abuzer KENDİGELEN, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (Yeni TTK), XII Levha Yayınları, İstanbul, Ekim 2011, s. 197.

⁶¹ ARKAN, TTK Tasarısı, s. 52.

⁶² KOÇ, s. 335.

sermaye olarak getirilmesi sermayenin korunması ilkesine aykırılık teşkil etse dahi intifa hakkının kısa süreli tesis edilmiş olması bu aykırılığı ortadan kaldıracaktır. Anılan bu hallerde m. 342'nin uygulanmasının yerinde olmayacağı kanaatindeyiz. Esasen bu hallerde sorun, taahhüt edilen aynı sermayeye biçilecek değer ile doğrudan ilgilidir. Aynı sermaye üzerinde ipotek, rehin, hapis, haciz ve intifa hakkı gibi sınırlandırılmaların bulunması bunların sermaye olarak taahhüt edilmesine engel değildir. Önemli olan, ayınlara bilirkişi incelemesi değerlerinin tespitinde anılan külfetlerin tespiti ve bu külfetler çıktıktan sonra net sermaye değerinin açıklanmasıdır⁶³. Oysa m. 342'nin ifadesi bu değerlemenin yapılmasına izin vermemektedir. Kanun koyucu, aynı sermaye olarak getirilecek malvarlığı unsurları üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz, tedbir vb. külfetlerin bulunmamasını zorunlu tutmuştur. Aksi halde m. 342'ye göre o varlık sermaye olarak kabul edilemez⁶⁴. Sermayenin korunması ilkesine hizmet eden bu hükmün dar bir şekilde yorumlanmasının uygulamada anonim şirketlere aynı sermaye konulmasını zorlaştıracığı hatta imkansızlaştıracığını söylemek mümkündür⁶⁵. Bu nedenle ki, üzerinde sınırlı bir aynı hak bulunan bir malvarlığının şirkete sermaye olarak konulup konulamayacağı konusunda, "sınırlı aynı hak" kavramına açıklık getiren bir düzenlemenin olması gereken olduğu kanaatindeyiz.

b) Fikri Mülkiyet Hakkı Üzerinde Sınırlı Aynı Hak, Haciz ve Tedbir Bulunmaması

Fikri mülkiyet hakları, ekonomik değere sahip olan gayri maddi nitelikte haklardır ve rehin, haciz, lisans vb. değişik hukuki işlemlere konu olabilmektedir. Yeni TTK m. 127/1-b ve m. 342 uyarınca, anonim şirketlere aynı sermaye olarak taahhüt edilen fikri mülkiyet hakları üzerinde de diğer aynı sermaye türlerinde olduğu gibi rehin, haciz, intifa, tedbir vb. sınırlandırmaların bulunmaması zorunludur. Bu nedenle üzerinde adı geçen külfetlerin bulunduğu fikri mülkiyet haklarının aynı sermaye olarak taahhüdü m. 342'ye aykırılık teşkil edecektir. Konuya ilişkin olarak yukarıda ifade ettiğimiz eleştiriler taahhüt edilen aynı sermayenin fikri mülkiyet hakları olması halinde de geçerlidir.

Ülkemiz hukukunda sınırlı aynı haklar, sınırlı sayıda ve içeriktedir. Bir diğer ifadeyle, sınırlı aynı haklar "numerus clausus" yani sınırlı sayı ilkesine tabi haklardır⁶⁶. Bu bağlamda kanunda sınırlı sayıda olan bu haklar fikri mülkiyet hakları üzerinde tesis edilmiş ise bu fikri mülkiyet hakkı, diğer aynı sermaye türlerinde olduğu gibi, anonim şirkete sermaye olarak taahhüt edilemeyecektir. Ancak, taahhüt edilen sermayenin konusu fikri mülkiyet hakları ise, taşınır ya da taşınmaz bir malvarlığı üzerinde tesis edilen bu sınırlı aynı hakların yanında fikri mülkiyet hakları üzerinde lisans sözleşmeleri tesis edilmektedir. Bir diğer ifadeyle, bir fikri ürün üzerindeki mülkiyet hakkının sınırlandırılması söz konusu olduğunda uygulamada sıklıkla lisans sözleşmeleri ile karşılaşılmaktadır. Bu nedenle, lisans sözleşmelerinin durumu m. 342 açısından ayrıca değerlendirilmelidir.

⁶³ Bkz. **Hayri DOMANIÇ**, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-II, Temel Yayınları, İstanbul, 1988, s. 197-198.

⁶⁴ **Ünal TEKİNALP**, Tek Kişilik Ortaklık I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 96.

⁶⁵ **KENDİGELEN**, s. 198.

⁶⁶ Kural olarak maddi eşya üzerinde tesis edilebilen, kanunda belirtilen tipte ve sınırlı sayıda olabilen, sahibine doğrudan hakimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen haklardır. Bkz. Kemal **OGUZMAN**, Özer **SELİÇİ**, Saibe **OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 12. bası, İstanbul, 2009, s. 23-24.

c) Üzerinde Lisans Sözleşmesi Bulunan Fikri Mülkiyet Haklarının Durumu

aa) Genel Olarak

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi uygulamada fikri mülkiyet haklarının lisans sözleşmesine konu olması oldukça yaygındır. Bu çerçevede üzerinde lisans sözleşmesi bulunan fikri mülkiyet haklarının durumu, TTK'nın 342. maddesi karşısında ayrı bir önem arz edecektir. Sermaye olarak taahhüt edilen fikri mülkiyet hakkı üzerinde m. 342'de anılan sınırlandırmalar dışında lisans sözleşmesi var ise durum ne olacaktır? Lisans sözleşmesi, sözleşme konusu gayri maddi mal üzerinde, sahibine, kullanma hakkı sağlayan özel hukuk sözleşmeleridir⁶⁷. "Lisans" sözcüğünün Türkçe'deki karşılığı "ruhsat"tır. Ülkemiz fikri mülkiyet hukukunda, "ruhsat" terimi fikir ve sanat eserleri söz konusu olduğunda kullanılır iken marka, patent, faydalı model, endüstriyel tasarım başta olmak üzere sınai mülkiyet hukukunda "lisans" terimi kullanılmaktadır⁶⁸. Lisans sözleşmesinde lisans alan, bedel karşılığında lisansa konu fikri ürün üzerinde kullanma hakkına sahip olur. Lisans sözleşmesi ile, lisans alanın sahip olduğu hakların tamamına bir bütün olarak "lisans hakkı" adı verilir. Belirtmek gerekir ki, lisans sözleşmesinden doğan kullanma hakkı, anonim şirketlere sermaye olarak taahhüt edilebilir. Zira, bir fikri mülkiyet hakkının tamamen devri yerine sadece söz konusu hakkın içeriğindeki bazı yetkilerin bağımsızlaştırılarak ayrı bir hak olarak taahhütü mümkündür⁶⁹. Yeter ki, lisans hakkı üzerinde haciz, rehin vb. sınırlandırmalar bulunmasın ya da lisans sözleşmesi, lisans hakkının devrini yasaklayan hükümler içermesin⁷⁰.

Bu bölümde değerlendirilecek olan durum bir fikri mülkiyet hakkı üzerinde tesis edilen lisans sözleşmesinden doğan kullanma hakkının sermaye olarak taahhüdü değil üzerinde lisans sözleşmesi bulunan fikri mülkiyet hakkının anonim şirkete sermaye olarak taahhüdünün m. 342 karşısındaki durumudur. Bu çerçevede fikri mülkiyet hukukunda çok yaygın olarak kullanılan lisans sözleşmelerinden doğan hakkın niteliğini m. 342 ışığında sınırlı aynı hak olarak kabul edebilir miyiz? Hükümün gerekçesine baktığımızda konuya ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Lisans sözleşmesinden doğan hakkı aynı nitelikte hak olarak kabul edersek bu hem basit lisans sözleşmeleri için hem de tam lisans sözleşmeleri için de geçerli olacak mıdır? Eğer her iki tür lisans sözleşmelerinden doğan kullanma hakkını sınırlı aynı hak olarak kabul edersek üzerinde lisans sözleşmesi bulunan fikri mülkiyet haklarının m. 342 ışığında anonim şirkete sermaye olarak getirilmesi mümkün değildir. Bu noktada fikri mülkiyet hakkının telif

⁶⁷ Lisans sözleşmeleri her ne kadar fikri mülkiyet hakkı sahibinin iradesine dayanan bir özel hukuk sözleşmesi ise de, fikri mülkiyet hukuk sisteminde, bazı hallerde hak sahibinin iradesi dışında da lisans sözleşmesi yapılması mümkündür. Bu tür lisans sözleşmeleri irade dışı lisans ya da zorunlu lisans olarak adlandırılmaktadır. Bu tür lisans sözleşmeleri bu çalışmanın konusu değildir. Detaylı bilgi için bkz. **ATEŞ**, Fikir ve Sanat Eserleri, s. 337 vd.

⁶⁸ Lisans sözleşmesi adı geçen fikri ürünler üzerinde söz konusu olabileceği gibi know-how gibi fikri mülkiyet korumasına sahip olmayan ürünler üzerinde de söz konusu olabilir. **Ayşe ODMAN**, Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 43-44.; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 219.

⁶⁹ Her ne kadar TTK m. 127/1-d bendindeki düzenleme taşınır ve taşınmaz mallar içinse de anılan hüküm sınırlayıcı değil açıklayıcı niteliktedir. Nitekim, aynı hükmün j bendinde de devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilin her türlü değerlerin sermaye olarak taahhüdünün mümkün olacağı ifade edilmiştir.

⁷⁰ Tam lisans sözleşmesinden doğan kullanma hakkı, devredilemez nitelikte olduğundan anonim şirketlere sermaye olarak taahhüt edilemeyecektir. Bir diğer deyişle, tam lisans sözleşmesi ile elde edilen kullanma hakkı lisans alana münhasırdır ve başkasına lisans verilmesine engeldir.

hakkı ya da sınai hak olması herhangi bir farklılık yaratmayacaktır⁷¹. Eğer aksi durumu kabul edersek yani lisans sözleşmesinden doğan hakkı, sözleşmeden doğan şahsi nitelikte bir hak olarak kabul edersek bu halde üzerinde lisans sözleşmesi bulunan fikri mülkiyet hakları aynı sermaye olarak taahhüt edilebilecektir. Bu yüzden öncelikle lisans sözleşmesinden doğan hakkın hukuki niteliği değerlendirilecektir.

bb) Lisans Sözleşmesinden Doğan Hakkın Hukuki Niteliği

Fikri mülkiyet hakkının devri ile lisansı birbirinden tamamen farklı kavramlardır. Lisans sözleşmesinde gayri maddi mal üzerindeki mülkiyet hakkı, hak sahibinde kalmaya devam etmekte lisans hakkı sahibi ise, sözleşme konusu gayri maddi malı kullanma yetkisine sahip olmaktadır. Bir başka deyişle, lisans sözleşmesinin konusu kullanma hakkıdır ve lisans sahibi gayri maddi mal üzerinde sadece kullanma hakkını içeren bir hakka sahiptir. İşte bir gayri maddi mal üzerinde lisans sahibinin lisans sözleşmesinden elde ettiği bu kullanma hakkı aynı nitelikte bir hak mıdır yoksa şahsi nitelikte bir hak mıdır? Lisans sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir⁷². Lisans sözleşmesinin türü de bu farklılıkta rol oynamaktadır. Lisans sözleşmesinin çeşitli türleri bulunmakla birlikte lisans sözleşmesine konu hakkın hukuki niteliğini etkileyen türleri basit lisans sözleşmesi ile tam lisans sözleşmeleridir. Bu nedenle bu çalışmada sadece basit lisans ile tam lisans sözleşme türleri ele alınacaktır.

Basit lisans sözleşmeleri: Basit lisans sözleşmesinin konusu ister telif hakkı olsun isterse de sınai haklardan birisi olsun bu tür lisansta, fikri mülkiyet hakkı sahibi (lisans veren), lisans sözleşmesi ile lisans alanın gayri maddi malı kullanmasına izin verir iken aynı zamanda sözleşmeye konu gayri maddi malı bizzat kendisi kullanabileceği gibi üçüncü kişilere de başka lisans sözleşmesi yapabilmektedir. Bir diğer deyişle, basit lisans sözleşmesi ile lisans veren lisans konusu malı kendisi kullanabileceği gibi birden fazla kişi ile lisans sözleşmesi yapabilecektir. Genel olarak, bir lisans sözleşmesinde, aksine bir düzenleme yapılmamışsa ve lisansın tam lisans olduğu sözleşmeden anlaşılıyorsa kural olarak basit lisans sözleşmesi olduğu kabul edilir.

Tam lisans sözleşmeleri: Basit lisans sözleşmelerinde olduğu gibi tam lisans sözleşmelerinin konusu da hem telif hakkına hem de sınai haklara konu olan bir gayri maddi mal olabilir. Ancak basit lisans sözleşmelerinden farklı olarak bu tür lisans sözleşmelerinde lisans veren, lisans sözleşmesine konu gayri maddi malın kullanım hakkını sadece lisans alana tanımaktadır. Yani lisans veren, bu malı bizzat kullanamayacağı gibi üçüncü kişilerle de başka lisans sözleşmeleri yapamaz. Kısaca, tam

⁷¹ Örneğin, FSEK m. 48/2'ye göre, eser üzerindeki mali hakların kullanma yetkisi lisans sözleşmesi ile başkasına devredilebilecektir. Bu halde üzerinde lisans sözleşmesi bulunan bir telif hakkına ait bir mali hak anonim şirketlere sermaye olarak getirilemeyecektir. Lisans sözleşmesinin tam ya da basit lisans sözleşmesi şeklinde olması sonucu değiştirmeyecektir. Bu durum bağlantılı hak sahipleri için de geçerli olacaktır. Keza, FSEK m. 1/B, j ve m. 80/1 uyarınca, eser sahibinin maddi ve manevi haklarına zarar getirmemek şartıyla bağlantılı haklar üzerinde hak sahibi olan kişide bağlantılı hakların mali nitelikte olanları anonim şirkete sermaye olarak getirebilir.

⁷² Detaylı bilgi için bkz. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 219 vd.; **Şirin AYDINCIK**, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006, s. 70 vd.; **Burak ONGAN**, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 39 vd.; **Saadet Hande ÖZSOY**, Türk Hukukunda Patent Lisansı Sözleşmesi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 76 vd.

lisans sözleşmeleri, sözleşme konusu gayri maddi mal kullanma hakkının sadece bir kişiye verilmesi halinde söz konusu olan lisanstır.

Özellikle tam lisans sözleşmelerinde lisansa konu kullanma hakkının bu kadar geniş olması, lisans veren lisans alan karşısında adeta sınırlı bir aynı hak olan intifa hakkı sahibi karşısında çıplak mülkiyet sahibinin durumuna getirmektedir. İşte tam lisans sözleşmesinin bu niteliği, basit lisans sözleşmesinden doğan hakkın şahsi nitelikte tam lisans sözleşmesinden doğan hakkın ise aynı nitelikte olduğu görüşünü doğrulamıştır. Hemen belirtelim ki, bu konu tartışmalı bir konudur ve öğretilerde fikir birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar, lisans hakkının lisans alana aynı hak verdiğini ileri sürerler. Lisans hakkının aynı nitelikte olduğunu ileri süren yazarların dayandığı temel nokta; ister basit ister tam lisans sözleşmesi olsun, lisans sözleşmesi yolu ile lisans vermenin bir tasarruf işlemi olmasıdır⁷³. Aksi görüşte olan yazarlara göre ise, lisans sözleşmesi borçlandırıcı bir işlem olduğundan lisans sözleşmesi lisans alana sadece şahsi hak tanır. Lisans sözleşmesinin tam ya da basit lisans sözleşmesi olmasının bir etkisi bulunmamaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre, aynı haklar sadece eşyalar üzerinde tesis edilirler ve sınırlı sayıdadırlar⁷⁴. Bu nedenle aynı hakkın söz konusu olabilmesi için ya bir eşya bulunmalı ya da kanunda açıkça bir düzenleme bulunmalıdır. Konuya ilişkin diğer bir görüş ise, lisans hakkının niteliğini belirlemede lisans sözleşmesinin türünü dikkate alan görüştür. Bu görüşe neden olan tam lisans sözleşmesinin yukarıda belirttiğimiz özelliğidir. Tam lisans sözleşmeleri, basit lisans sözleşmelerine göre büyük ölçüde mülkiyet hakkının içini boşaltır niteliktedir. Bu nedenle basit lisans sözleşmesinden doğan hakkın şahsi nitelikte olduğu kabul edilir iken tam lisans sözleşmesinden doğan hakkın aynı nitelikte olduğu kabul edilir.

Görüldüğü üzere, lisans sözleşmelerinin hukuki niteliği konusunda öğretilerde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Daha öncede ifade ettiğimiz gibi bu durum TTK m. 342 uygulaması gündeme geldiğinde sorun olacağını düşünmekteyiz. Bu nedenle anılan hükümde ifade edilen sınırlı aynı hak kavramına açıklık getirilmelidir. Lisans sözleşmesinden doğan hakkın niteliğine ilişkin teorik tartışmalar bir yana m. 342 uygulaması söz konusu olduğunda önemli olanın anılan hükmün amacı olduğu kanaatindeyiz. Sermaye olarak taahhüt edilen fikri mülkiyet hakkının üzerinde hangi tür lisans sözleşmesi bulunursa bulunsun anonim şirketin taahhüt edilen bu sermaye üzerinde tasarruf yetkisinin kısıtlandığı bir gerçektir. Bu da sermayenin korunması ilkesini hedefleyen söz konusu düzenlemenin ruhuna aykırıdır. Bu aykırılığın aşılacağı tek nokta da taahhüt aşamasında belirkişi değerlemesi olduğu kanaatindeyiz. Gerçekten tam lisans sözleşmesine konu gayri maddi malın çıplak mülkiyetinin değeri lisans sözleşmesinin değerinden çok daha fazla olabilir. Bu halde fikri mülkiyet hakkının bilirkişilerce tespit edilen çıplak değeri sermaye olarak taahhüt edilebilmelidir. Ancak bu halde dahi taahhüt edilen fikri mülkiyet hakkının türü, lisans sözleşmesinin süresi vb. durumlar değerlendirilmede önemli olacaktır. Bazı hallerde de bu durumun tam tersi olabilir. Yani fikri mülkiyet hakkının kullanma hakkı çıplak mülkiyet hakkından daha değerli olması halinde olduğu gibi, mülkiyet hakkının içinin boşaltılması gündeme gelecektir. Özellikle süre-

⁷³ Detaylı bilgi için bkz. **Ali Necip ORTAN**, Patent Lisans Sözleşmesi, Ankara, 1979, s. 40 vd.; **Şafak EREL**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Dayınlarlı Yayınları, Ankara, 1988, s. 216 vd. Erel'e göre, her iki tür lisans sözleşmelerinden elde edilen hak, sınırlı aynı hak benzeri bir hak olarak iktisap edilir.

⁷⁴ **Nuşin AYİTER**, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1981, s. 213 vd.; **AYDINCIK**, s. 233.; Bazı yazarlara göre de sınırlı aynı haklar sadece maddi eşyalar üzerinde tesis edilebilir. Oysa fikri mülkiyet haklarının konusu gayri maddi mallardır. Bu nedenle de lisans konusu hakkın bir aynı hak olarak kabul edilemeyeceğini ileri süren görüşler vardır. Detaylı bilgi için bkz. **ÖZDEMİR**, s. 576.

siz ya da uzun süreli olarak tesis edilmiş bir lisans sözleşmesi karşısında lisans alan yararına bir durum olduğu aşıkardır ki, bu durum da büyük ölçüde sermayenin korunması ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

V- FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ AYNİ SERMAYE OLARAK TA-AHHÜT EDİLMESİ

A- Genel Olarak

Mülkiyete konu olan nakden değerlendirilebilen ve devredilebilen tüm maddi ve gayri maddi mallar anonim şirkete sermaye olarak getirilebilir. Bir fikri mülkiyet hakkının anonim şirkete sermaye olarak konulması, bu haklara ilişkin mülkiyet hakkının anonim şirkete devredilmesi ile mümkündür. TTK m. 131/2’de bu durum açıkça dile getirilmiştir. Bu hüküm uyarınca, esas sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa, sermaye olarak konan ayınların mülkiyeti şirkete ait ve haklar da şirkete devredilmiş sayılır.

Aynı sermaye koyma borcunun ifası, taahhüt ve tasarruf işlemlerinden oluşur. Sermaye borcu olarak fikri mülkiyet haklarının devir ve temlik önce şirkete taahhüt edilir ve sonra da devir ve temlik işlemleri gerçekleştirilerek, borç ifa edilir⁷⁵. Bir başka deyişle, sermayenin taahhüdü ile tasarrufu birbirinden ayrı olarak farklı zamanlarda gerçekleştirilebilen iki ayrı işlemdir. 6762 sayılı mülga TTK’da konuya ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından anonim şirketlerin kuruluşunda taahhüt edilen aynı sermaye, şirket henüz tüzel kişilik kazanmadan önce bir başkasına devredilebileceği gibi üzerinde sınırlı bir aynı hakkında tesis edilmesi mümkün idi. Sermayenin korunması ilkesini benimseyen yeni TTK, bu durumun yaratacağı tehlikeleri göz önünde bulundurarak anonim şirketlere konulan aynı sermayenin korunmasını sağlamak amacıyla yeni hükümler getirmiştir. İşte 6102 sayılı yeni TTK’ya göre anonim şirketlere aynı sermaye taahhüdünde bulunabilmek için m. 128/2 hükmünün yerine getirilmesi gereklidir. Anılan hüküm uyarınca, esas sözleşmede bilirkişi tarafından belirlenen değerleriyle yer alan fikri mülkiyet hakları, varsa özel sicillerine kaydedildikleri takdirde aynı sermaye olarak kabul olunacaklardır. Aksi halde, sicil müdürü şirketin tescilini gerçekleştirme-yecektir. Yani kanun koyucu sicilde yer alacak şerh sayesinde, aynı sermaye üzerinde malikin tasarruf yetkisinin kısıtlandığını alenileştirerek dolaylı olarak şirket sermaye-sini korumayı hedeflemiştir⁷⁶.

B- Anonim Şirket Esas Sözleşmesinde Düzenlenmiş Olması

Pay sahibinin, sermaye taahhüdünden doğan borcu anonim şirket tüzel kişiliğine karşıdır. Bu durum TTK m. 128/1’de “*Her ortak, usulüne göre düzenlenmiş ve imza edilmiş şirket sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettiği sermayeden dolayı şirkete karşı borçludur*” şeklinde açıkça dile getirilmiştir. TTK m. 329/2 uyarınca, pay sahibinin

⁷⁵ PULAŞLI, s. 62. Taahhüdün şekline ilişkin düzenleme m. 128/3’de yer almaktadır. Anılan hükme göre, “sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti veya taşınmaz üzerinde var olan veya kurulacak olan aynı bir hakkın konulması borcunu içeren şirket sözleşmesi hükümleri, resmi şekil aranmaksızın geçerlidir”. Esasen 6102 sayılı TTK’da anonim şirketlerde taahhüdün şekline ilişkin m. 341’de özel bir hüküm bulunmakta idi. Taahhüdün onaylanması kenar başlığını taşıyan bu hüküm, “esas sermayeyi oluşturan payların tamamının, kurucular tarafından esas sözleşmede taahhüt olduğu, esas sözleşmenin altında yer alan bir noter şerhi ile onaylanır” şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu bu hüküm 6335 sayılı Kanun m. 43/9 ile henüz uygulamaya girmeden yürürlükten kaldırılmıştır.

⁷⁶ Bu durum ilgili hükmün gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca şerhin ya da kaydın üçüncü kişinin iyi niyetini kaldırabileceğini, bunun da sermayenin korunması açısından önemli olduğu dile getirilmiştir.

şirkete karşı tek borcu, taahhüt ettiği sermaye payları ile sınırlıdır. Tek borç ilkesi denilen bu ilke, TTK m. 480/1'de de ifadesini bulmaktadır. Anılan hüküm uyarınca, “Kanunda öngörülen istisnalar dışında, esas sözleşmeyle pay sahibine, pay bedelini veya payın itibarı değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez”. Bu nedenle sermaye borcu, şirket esas sözleşmesinde yer almalıdır. Esas sözleşmede fikri mülkiyet hakkının ayni sermaye olarak taahhüt edilmesi bir borçlandırıcı işlemidir tasarruf işlemi değildir. Bir devir (satış) sözleşmesi niteliğinde olan fikri mülkiyet taahhüdünün geçerli olabilmesi için şirket esas sözleşmesinde yer alması yeterlidir. Daha öncede belirttiğimiz gibi, anonim şirkete fikri mülkiyet haklarının ayni sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde, biçilen değer ve bunlara karşılık verilecek payların miktarının esas sözleşmede gösterilmesi gereklidir.

Bu hususların esas sözleşmede yer alabilmesi için önceden mahkemeye başvuru olarak TTK m. 343 uyarınca bilirkişi tayini talep edilmelidir. Bilirkişi ayni sermaye olarak getirilmesi söz konusu olan fikri mülkiyet hakkının ya da haklarının değer tespiti yapar ve esas sözleşmenin ilgili hükmü buna göre düzenlenir.

C- Bilirkişiler Tarafından Değer Biçilmesi

Anonim şirketler hukukunda ayni sermayeye değer biçilmesi çok önemlidir. Zira bu şirkette pay sahibi, katılma payına göre ortaklıkta söz sahibi olmaktadır. Taahhüt edilen ayni sermayenin niteliği ne olursa olsun bunların takdir edilen gerçek değerinin nakit olarak ifade edilmesi zorunludur. İşte anonim şirketlerde sermayenin arz ettiği bu önem sebebiyle katılma payının gerçek değerinin tespiti için ayni sermayenin değer tespitinin tam ve doğru olarak yapılması hem ortakların pay oranının belirlenmesi hem de ortakların ve şirket alacaklılarının menfaatlerinin korunması açısından önemlidir⁷⁷. Bu nedenle sermaye olarak konulması taahhüt edilen ayni sermaye değerlerine, yetkili mahkeme tarafından görevlendirilen bilirkişilerce değer biçilmesi gerekmektedir. TTK m. 343 ile anonim şirketin kuruluşu sırasında getirilecek ayni sermayeye değer biçilmesi hususunda mülga 6762 sayılı TTK m. 283 ve 303 hükümlerine benzer bir düzenleme getirilmektedir. Buradaki farklılık m. 128/2 ile getirilen ayni sermayeye bilirkişilerce biçilen değer esas sözleşmeye aynen yazılması zorunluluğudur. Oysa 6762 sayılı mülga TTK m. 303/2 uyarınca, bilirkişinin takdir ettiği bedel, kurucuların ana sözleşmeye yazabilecekleri değer üst sınırını oluşturmaktadır. Yani, sermaye olarak getirilen ayınlar bilirkişiler tarafından belirlenen değer altında ya da o değere eşit bir bedel ile sermaye olarak kabul edilebilmekte idi.

TTK m. 13/1 uyarınca, “sermaye olarak getirilen ayınlara, bilirkişi tarafından biçilecek değerler, ilgililerce karine olarak kabul edilmiş sayılır”. Değerleme yapılacak ayının menkul ya da gayrimenkul gibi maddi mal niteliğinde olması halinde değerlemeye esas alınacak verilerin tespiti daha kolaydır. Ancak değerlemeye esas alınacak ayın gayri maddi mal niteliğinde olan bir fikri mülkiyet hakkı ise bu halde değerlerin tespiti çok daha zor olacaktır. Bu yüzden, fikri mülkiyet haklarının değerlendirilmesi konusunda özel kuralların belirlenmesi yerinde olacaktır. Zira her fikri mülkiyet hakkının değerlendirilmesi kendi yasal düzenlemesi içinde farklı sonuçlara yol açabilecektir. Örneğin 556 sayılı KHK m. 16/5 uyarınca, devre konu olacak tescilli bir markanın ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerinin, aynı ya da halkı yanılgıya düşürecek derecede benzer mal ya da hizmetler için başka marka tescillerinin bulunması halinde, aynı ki-

⁷⁷ ARICI, s. 5-6.; ÇAĞLAR, s. 35.

şiyeye ait bu markaların da devredilmesi şarttır. İşte tam da bu noktada bu nitelikteki bir markanın tek başına anonim şirkete sermaye olarak getirilmemesi gerekir. Bu da ancak somut olayda ortaya çıkacaktır. Aynı şekilde devri mümkün olmayan ve değerlendirilmesinde güçlük bulunan fikri mülkiyet haklarının varlığı, garanti ve ortak markalarının şirkete sermaye olarak taahhüdü vb. hallerde olduğu gibi fikri mülkiyet hakkının paraya çevrilmesinde sorunlarla karşılaşılması kaçınılmazdır. Bu nedendir ki, fikri mülkiyet haklarının anonim şirkete sermaye olarak getirilmesi söz konusu olduğunda değerlemeye yönelik esasların ayrıca düzenlenmesinin gerekeceği kanaatindeyiz.

6102 sayılı TTK m. 343 uyarınca, bilirkişiler aynı sermaye olacak fikri mülkiyet hakkının değeri üzerinde bir rapor düzenleyeceklerdir. Düzenlenen bu raporda söz konusu fikri mülkiyet hakkının değer tespitinde kullanılan yönetimin en adil ve en uygun yöntem olduğunu açıklayacaklardır. Bu yanıyla yeni TTK, mülga TTK'dan ayrılmaktadır. Yeni TTK ilk kez aynı sermayenin bilirkişilerce değerlendirilmesi sırasında bilirkişilerin ne yönde hareket edeceğine ilişkin kanuni bazı kriterler getirmiştir. Buna göre, bilirkişiler raporlarında,

- *Uyguladıkları değerlendirme yönteminin somut olay için hem en adil hem de en uygun yöntem olduğunu açıklamalıdır*⁷⁸,

- *Aynı olarak konulan her varlık karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ile Türk Lirası karşılığı, tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplarına göre açıklamalıdır.*

6762 sayılı mülga TTK'da ya da Ticaret Sicili Tüzüğü'nde bilirkişi incelemesine temel oluşturacak kriterlere ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Yeni TTK m. 343'de ilk kez bu kriterler düzenlenmekle birlikte yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Gayri maddi malların değerlemesi söz konusu olduğunda değerlendirme yapılmasında bazı güçlükler meydana gelecektir. Zira her bir fikri mülkiyet hakkının kendi mevzuat hükümleri değerlemede önemli olacaktır. Bu nedenle bilirkişilerin değerlendirme yapılacak fikri mülkiyet hakkı konusunda uzman olması gerektiği gibi kanunda sayılan kriterler dışında da gayri maddi malların değerlemesine ilişkin yazılı ilkelerin bulunmasına ihtiyaç olacağı kanaatindeyiz⁷⁹.

D. TTK m. 128/2'de Öngörülen Koşulun Gerçekleşmiş Olması

Yeni TTK m. 342 uyarınca, üzerlerinde sınırlı aynı hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devredilebilen fikri mülkiyet hakları aynı sermaye olarak konulabilir. Anılan maddenin ikinci fıkrası m. 128'e atf yapmıştır. Anılan hüküm, aynı sermaye olarak konulmuş fikri mülkiyet haklarının ilgili sicillerine kaydedilmesi gerektiğini düzenler. Mülga TTK'dan farklı olarak, yeni TTK'da sicile kayıtlı

⁷⁸ Bu şart, bilirkişilerin somut olay için gerekli uzmanlığa sahip kişilerden olmalarını, ayrıntılı ve karşılaştırmalı açıklamalar yapmaları zorunluluğuna işaret etmektedir. Bkz. m. 343'ün gerekçesi.

⁷⁹ İlgili hükümde kurucular ve menfaat sahiplerine bilirkişi raporuna itiraz hakkı tanınmıştır. Aynı sermaye olarak konulacak fikri mülkiyet türleri çok çeşitli olmakla birlikte her biri ayrı bir uzmanlık alanı konusudur. Bu nedenle değerlemeye esas olan fikri mülkiyet hakkına ilişkin bilirkişi raporunda bulunması gereken unsurların neler olduğunun kurallar halinde belirlenmiş olması yerinde olacaktır. Zira, değerlemeye esas olan fikri mülkiyet hakkının türüne göre gerekli tüm bilgilerin raporda yer alması daha sonra meydana gelecek uyuşmazlıkların çözümünde önemli olacaktır.

bir fikri mülkiyet hakkının aynı sermaye olarak taahhüdünün geçerli olabilmesi ilgili sicile kayıt (şerh) ile mümkündür. Sicildeki kayıt, esas sözleşmede bilirkişi tarafından değer biçilen fikri mülkiyet hakkının anonim şirkete aynı sermaye olarak taahhüt edildiği hususunu içermelidir. Bu düzenleme ile taahhüt ettiği sermaye borcunu şirkete karşı yerine getirmekten kaçınan ortaklara karşı şirketin sermayesi korunmuş olmaktadır. Bir başka ifadeyle, geçerli bir devir işleminden söz edebilmemiz için devreden kişinin ilgili sicile giderek ayrıca devir beyanında bulunmalı ve bu beyanını da sicile şerh düşmelidir⁸⁰. Bu hüküm nedeniyle diyebiliriz ki, sicile kayıtlı fikri mülkiyet haklarının aynı sermaye olarak getirilmesi şekil şartına bağlanmıştır. İlgili sicile yapılan kayıt iyiniyeti kaldırır. TTK m. 128/4'e göre, sicile yapılan bu kayıt ile şirket, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren taahhüt edilen aynı sermaye üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebilecektir. Şirketin bunlar üzerinde doğrudan tasarruf edebilmesi için özel sicilde hak sahibi tüzel kişi anonim şirket olmalıdır. Bunun için şirketin özel sicile bildirimde bulunması gerekecektir. Söz konusu bildirim, TTK m. 128/6'ya göre, ticaret sicili müdürü tarafından, ilgili sicile resen ve hemen yapılacaktır. Ayrıca şirketin kendi iradesiyle aynı sermaye taahhüdüne ilişkin olarak TPE sicil yetkililerine tek taraflı tescil talebinde bulunma yetkisi de verilmiştir. TTK m. 128'de ifade bulan şerh sistemi sonucu, anonim şirketin, esas sözleşmede taahhüt edilen aynı sermaye unsuru üzerinde malik olması kolaylaştığı gibi aynı zamanda da güvenli kuruluş sağlanarak şirket sermayesi korunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, m. 128/2 hükmü tüm fikri mülkiyet haklarında uygulanamaz. Zira, sicile kayıt esasına dayanmayan bir fikir ve sanat eserinin anonim şirkete aynı sermaye olarak getirilmesi halinde bu hüküm uygulanamayacaktır. Keza, tescilsiz sınai mülkiyet haklarının aynı sermaye olarak getirilmesi halinde de bu hükmün uygulanması mümkün değildir.

VI- FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ AYNİ SERMAYE OLARAK TA-AHHÜDÜNÜN YERİNE GETİRİLMESİ

A-Genel Olarak

Anonim şirket esas sözleşmesinde aksine bir düzenleme yok ise kuruluş aşamasında aynı sermayenin taahhüt edilmesi yeterli, sermaye taahhütlerinin hemen yerine getirilmesine gerek yoktur. Her ortak, esas sözleşmede koymayı taahhüt ettiği sermayeden dolayı şirkete karşı borçludur. Ortağın bu borcundan kurtulabilmesi için esas sözleşmede taahhüt ettiği sermayeyi şirkete getirmesi gereklidir. Bir başka deyişle ortak aynı sermaye taahhüdüne konu olan mal ya da haklardan başka bir şeyi şirkete sermaye olarak getirmesi halinde borcundan kurtulamaz.

Sözleşme ile hak kendiliğinden devredilmez hakkın devri için ayrıca bir tasarruf işlemine gerek vardır. Tasarruf işlemlerinde hak, devreden malvarlığından çıkıp devralanın malvarlığına geçer. Belirtmek gerekir ki, sermaye taahhütlerinin yerine getirilmesinin usul ve şartları taahhüt edilen sermayenin niteliğine göre değişmektedir. Nakit dışında ticaret şirketlerine getirilecek sermayenin ya tescil edilmesi ya da teslim edilmesi gerekmektedir. Buna göre, taşınmazlar tapuya şerh edilmeleri kaydıyla, tescilli

⁸⁰ Moroğlu'na göre, anılan düzenleme sermayenin korunması açısından yerinde olmakla birlikte yeterli değildir. Şerh konulması yetkisinin taahhütte bulunan kişi dışında şirkete de verilmesi gerektiği kanaatindedir. Bkz. **MOROĞLU**, Tasarı, s. 57.

fikri mülkiyet hakları ilgili sicile tescil edilmeleri kaydıyla, taşınırlar da güvenilir bir kişiye tevdi edilmeleri şartıyla aynı sermaye olarak kabul edileceklerdir.

Sermaye şirketleri, ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanırlar. Sermaye olarak taahhüt edilen aynı değerlerin mülkiyet ya da kullanma haklarının şirkete devredilmesi gerekir. Eğer aynı sermaye taahhüdünde bulunulmuş ise esas sözleşmedeki taahhüt şirketin tesciliyle birlikte yerine getirilmelidir.

B-Sicile Kaydedilen Fikri Mülkiyet Haklarının Aynı Sermaye Olarak Taahhüdünün İfası

Anonim şirket esas sözleşmesinin sicile tescil edilmesi ile aynı sermaye olarak taahhüt edilen fikri mülkiyet hakkı kendiliğinden şirket üzerine geçmez. Zira fikri mülkiyet hakkının sermaye olarak esas sözleşmede taahhüt edilmiş, ilgili sicile şerh düşülmüş ve esas sözleşmesinin ticaret siciline usulüne uygun şekilde tescil edilmiş olması, fikri mülkiyet hakkının şirket tüzel kişiliğine intikali için yeterli değildir. Ayrıca taahhüt edilen fikri mülkiyet hakkının şirket tüzel kişiliğine devredilmesi gerekmektedir. Bu durum TTK m. 128/5'de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, bir taşınmazın ya da başka bir aynı hakkın sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde şirket, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescil edilmelidir.

Ülkemiz hukukuna göre, sınai haklar üzerinde hak sahibi olabilmenin yolu TPE'deki ilgili sicile kayıt ile mümkündür. Bunun için yapılması gereken fikri mülkiyet hakkı sahibinin TPE'ye yazılı beyan ile başvurması ve TPE memurunca ilgili sicile gerekli tescil işleminin yapılmasıdır. İşte yeni TTK m. 128/6 uyarınca, hak sahibinin yazılı beyanı olmaksızın, fikri mülkiyet haklarına ilişkin sicillere yapılacak tescillerle ilgili bildirimler, ticaret sicili müdürü tarafından, ilgili sicile resen ve hemen yapılır. Şirketin tek taraflı talepte bulunabilme hakkı saklıdır. Böylece, şirket adına yapılacak tescil ile birlikte şirketin aynı sermayeye konu olan fikri mülkiyet üzerinde hemen malik sıfatıyla tasarrufta bulunulması sağlanmış olacaktır.

C-Sicile Kaydedilmeyen Fikri Mülkiyet Haklarının Aynı Sermaye Olarak Taahhüdünün İfası

Bu çalışmanın önceki bölümlerinde de ifade ettiğimiz gibi sınai haklar ile telif haklarının korunmasında temel bir farklılık bulunmaktadır. Sınai hakların korunması tescil esasına dayanmakta iken telif hakları alanında ise hak koruması tescil şartına bağlı değildir. Bu nitelikteki haklar, eser sahibinin, fikri ürünü meydana getirmesiyle doğrudan doğruya kazanılan tekel niteliğinde bir haktır. Kural olarak bir eser üzerinde telif hakkının kazanılabilmesi için, meydana getirilen eserin sınai haklarda olduğu gibi her hangi bir merci tarafından tescili ya da herhangi bir kurum tarafından ruhsata bağlanması da söz konusu değildir⁸¹. Ancak, bu kuralın istisnası ilk kez 4630 sayılı kanun ile FSEK m. 13'e eklenen yeni bir fıkra ile düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, bazı fikir ve sanat eserleri bakımından tescil zorunlu hale getirilmiştir. Bu dü-

⁸¹ Ülkemiz hukukunda fikir ve sanat eserlerinin tescili ve tevdi zorunlu bir şart değildir. Ülkemizde telif haklarının korunmasına ilişkin sistem bu olmakla birlikte bazı ülke hukuklarında eser üzerinde hak sahibi olabilmek için tescilinde içinde bulunduğu çeşitli formalitelerin yerine getirilmesi şarttır. ATEŞ, Tescil, s. 13 vd.

zenleme, sinema ve müzik eseri sahipleriyle yapımcılarını, eserlerini kayıt ve tescil ettirmekle zorunlu tutmuştur. Bu eserlerin dışında kalan diğer fikir ve sanat eserlerinin, sahiplerinin talebi üzerine kayıt ve tescil edilebileceği düzenlenmiş ise de, kayıt ve tescil zorunlu hale getirilmemiştir. Anılan hükme dayanarak kayıt ve tescil edilecek fikir ve sanat eserlerinin tesciline ilişkin usul ve esaslar, Kültür Bakanlığı'nca çıkarılan kayıt ve tescil usul ve esasları hakkında yönetmelikle düzenlenmiştir⁸². Bu eserlerin tescil işlemi sınai haklara ilişkin tescilden farklıdır. Zira, bir sınai hak üzerinde hak sahibi olmak için o hakkın mutlaka tescil edilmesi gerekir iken buradaki tescilin amacı asla hak ihdas etmek değildir. Söz konusu tescilin öncelikli amacı mali ve manevi haklarının ihlal edilmesinin önüne geçmek olsa bile tescil aynı zamanda ispat amacı taşımaktadır. Hak ihlallerinin önüne geçmeyi amaçlayan bu tescile konu fikri mülkiyet haklarının anonim şirkete aynı sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde söz konusu tescil TTK m. 128/6'daki uygulamaya konu olacak mıdır? Konuya ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte anılan tescilin m. 128/6 uygulaması içinde ispat amaçlı kullanılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

İşte bir telif hakkının anonim şirkete sermaye olarak konulması halinde sermayenin korunması amacıyla yukarıda bahsettiğimiz sicil burada olmadığından m. 128/2 hükmü bu tür fikri mülkiyet haklarında uygulanamaz. O halde, tescile tabi olmayan fikri mülkiyet haklarında sermayenin korunması sebebiyle sonuç alınabilmesi için başvurulacak yol ihtiyati tedbir kurumudur. Bu kurum m. 128/8'de düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, şirket esas sözleşmesi ile aynı sermaye olarak konulması taahhüt edilen hakların korunması için, kurucular tarafından ortaklar aleyhine ihtiyati tedbir istenebilir. İhtiyati tedbirin konusu maddi bir mal olabileceği gibi gayri maddi mal da olabilir. Tedbire konu malvarlığının niteliğinin gayri maddi mal olması halinde de teminat amaçlı ihtiyati tedbir verilmesi mümkündür⁸³. Bu nitelikteki ihtiyati tedbirin konusu, aynı sermaye taahhütlerinin esas sözleşmede belirtilen şekilde yerine getirilmesinin sağlanmasıdır. Zira, taahhüt edilen aynı sermayenin yerine getirilememesi şirket için telafisi mümkün olmayan zararlara sebep olabilir. Örneğin şirketin mal ve hizmetlerinde kullanacağı bir telif hakkının ya da tescilsiz bir marka vb. diğer fikri mülkiyet hakkı konusunun sermaye olarak taahhüt edildiği durumlarda sermaye taahhüdünün aynen yerine getirilmesinin şirketin geleceği açısından çok önemli olduğu durumlarda şirketin maddi zarara uğraması söz konusu olacaktır.

Bu nedenle, sicile kayıtlı olmayan tüm fikri mülkiyet haklarında bu zararın önüne geçmek isteyenler aynı sermaye konusu fikri mülkiyet hakkı üzerine ihtiyati tedbir kararı alabilir. HMK m. 397/1'e göre ihtiyati tedbir kararının uygulanmasının talep edildiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde esas hakkındaki davanın açılması zorunludur. İki haftalık süre içerisinde dava açılması ve buna ilişkin belgenin yetkili kişilere verilmesi halinde ihtiyati tedbir kararı kural olarak esas hakkındaki hükümle birlikte tedbirin kaldırılmasına da kara verebilir. TTK m. 128/8 uyarınca, söz konusu bu iki haftalık süre anonim şirketin tescil ve ilanından itibaren işlemeye başlar.

⁸² Kayıt ve Tescil Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, bkz. 14/11/2002 tarihli 24936 sayılı R. G.

⁸³ AYTEKİN ÇELİK, "Anonim Şirketlerde Aynı Sermaye Taahhütlerinin Yerine Getirilmesine Yönelik İhtiyati Tedbirler", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, Sa. 3, s. 37-38.

SONUÇ

Anonim şirketlerde sermaye kavramının önceden belirlenmiş ve muayyen olması şirketle işlem yapan üçüncü kişiler bakımından güvence oluşturmaktadır. Ayrıca sermaye şirketlerine özgü sınırlı sorumluluk ilkesinin varlığı, anonim şirket sermayesinin şirketin, hizmetinde bulunması ve üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi sermayenin korunması ilkesinin bir gereğidir. Bu nedenle de şirkete aynı sermaye getirilmesi halinde bu sermayenin gerçek değerinin tespit edilerek şirketin mülkiyetinde olması, doğrudan ya da dolaylı olarak içinin boşaltılmaması olması gerektirir.

Yeni TTK, ticaret şirketlerine getirilecek aynı sermaye kavramının kapsamını genişletmiştir. Aynı sermayenin konusu fikri mülkiyet hakları olduğunda yeni TTK'ya göre, tescilli ya da tescilsiz her türlü fikri mülkiyet hakkı, aynı sermayeye ilişkin diğer unsurları da taşıması halinde anonim şirketlere sermaye olarak taahhüt edilebilecektir. Ancak sermayenin korunması ilkesi gereği her türlü fikri mülkiyet haklarının tamamı anonim şirketlere aynı sermaye olarak getirilemeyecektir. Anonim şirketlere aynı sermaye olarak taahhüt edilen fikri mülkiyet haklarının üzerinde sınırlı aynı hak, haciz ya da tedbir bulunmamalıdır. TTK m. 342'de yer alan bu düzenleme ile getirilen en önemli yenilik şirkete aynı sermaye olarak getirilecek malvarlığının üzerinde herhangi sınırlayıcı bir hakkın bulunmaması zorunluluğudur. Kanun koyucu bu düzenleme ile bazı malvarlığı unsurlarının anonim şirkete aynı sermaye olarak konulmasını engellemiştir. Buradan yola çıkarak diyebiliriz ki, TTK bir yandan aynı sermaye olarak taahhüt edilecek fikri mülkiyet haklarının kapsamını genişletir iken diğer yandan da daraltmıştır.

Sermayenin korunması ilkesine hizmet eden bu hükmün dar bir şekilde yorumlanması uygulamada anonim şirketlere aynı sermaye konulmasını zorlaştıracaktır. Bu nedenle, üzerinde sınırlı aynı bir hak bulunan bir malvarlığının şirkete sermaye olarak konulup konulamayacağı konusunda, "sınırlı aynı hak" kavramına açıklık getirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte fikri mülkiyet hakları üzerinde bulunan lisans sözleşmelerinin hukuki niteliği m. 342 karşısında ayrıca değerlendirilmelidir. Kanaatimizce, lisans sözleşmesinden doğan kullanma hakkını sınırlı aynı hak olarak kabul edemeyiz. Bu nedenle üzerinde lisans sözleşmesi bulunan fikri mülkiyet hakkının anonim şirkete sermaye olarak taahhüt edilmesi kanuna aykırılık teşkil etmeyecektir. Fakat, tam lisans sözleşmelerinde lisans hakkı sahibinin kullanma yetkisi, mülkiyet hakkının içini büyük ölçüde boşaltır niteliktedir. Bu durumun sermayenin korunması ilkesini benimseyen m. 342'nin amacına aykırı olacağı kanaatindeyiz. Bu aykırılığın aşılacağı nokta da taahhüt aşamasında bilirkişi değerlemesidir. Bu nedenle bilirkişi değerlendirme raporu çok önemlidir. Ancak değerlemeye esas alınacak aynı sermaye gayri maddi mal niteliğinde olan bir fikri mülkiyet hakkı ise bu halde değerlerin tespiti çok daha zor olacaktır. Bu yüzden, fikri mülkiyet haklarının değerlendirilmesi konusunda özel kuralların belirlenerek ilkeler halinde tespit edilmesi yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, TURGUT** : Borçlar Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.
- ARICI, FATİH** : Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.
- ARKAN, SABİH** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler-Tartışmalar (TTK Tasarısı), 13-14 Mayıs 2005, BATİDER Yayınları, Ankara.
- ARKAN, SABİH** : Ticari İşletme Hukuku (Ticari İşletme), BTHAE, Ankara, 2011.
- ASLAN, ADEM** : Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.
- ATEŞ, MUSTAFA** : Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması (Fikir ve Sanat Eserleri), Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- ATEŞ, MUSTAFA** : “Fikir ve Sanat Eserlerinde Tescil, Tevdi ve İşaret Koyma Gibi Formalitelerin Hukuki Mahiyeti (Tescil) ” Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2006, S. 3.
- AYDINCIK, ŞİRİN** : Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006.
- AYHAN, RIZA/
ÖZDAMAR, MEHMET/
ÇAĞLAR, HAYRETTİN** : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticari İşletme Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011.
- AYİTER, NUŞİN** : Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1981.
- ÇAĞLAR, HAYRETTİN** : Anonim Şirketlerde Aynı Sermayeye Değer Bıçılması”, BATİDER, C.XXVI, Sayı 2.
- ÇELİK, AYTEKİN** : “Anonim Şirketlerde Aynı Sermaye Taahhütlerinin Yerine Getirilmesine Yönelik İhtiyati Tedbirler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, Sayı 3.
- DAL, SENİHA** : Türk Hukukunda İnternet Alan Adları (Domain Names) Ve Bu Alandaki Son Gelişmeler, Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, Yıl 2010, Cilt XXVIII, Sayı I.
- DOMANIÇ, HAYRİ** : Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-II, Temel Yayınları, İstanbul, 1988.
- EREL, ŞAFAK** : Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Dayınlarlı Yayınları, Ankara, 1988.
- EREN, FİKRET** : Borçlar Hukuku, Beta Yayınları, 8. Bası, İstanbul, 2003.
- İMREGÜN, OĞUZ** : Anonim Ortaklıklar, Yasa Yayıncılık, İstanbul, 1989.
- KARAHAN, SAMİ/
SULUK, CAHİT/
SARAÇ, TAHİR/
NAL, TEMEL** : Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.

**KENDİGELEN,
ABUZER**

: Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (Yeni TTK), XII Levha Yayınları, İstanbul, Ekim 2011.

**KILIÇOĞLU,
AHMET M.**

: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

KIRCA, ÇİĞDEM

: “Know-how Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Ali Bozer’e Armağan, Ankara, BTHAE, 1998.

KOÇ, NEVZAT

: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-I-III, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Mart 2008.

**MOROĞLU,
ERDOĞAN**

: Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Şubat 2003.

**MOROĞLU,
ERDOĞAN**

: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı Değerlendirme ve Öneriler (Tasarı), Türkiye Barolar Birliği, 4. Bası, Ankara 2006.

ODMAN, AYŞE

: Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

**OĞUZMAN, KEMAL/
SELİÇİ, ÖZER/OKTAY-**

ÖZDEMİR, SAİBE

: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 12. Bası, İstanbul, 2009.

ONGAN, BURAK

: Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

ORTAN, ALİ NECİP

: Patent Lisans Sözleşmesi, Ankara, 1979.

ÖZDEMİR

OKTAY, SAİBE

: Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004.

ÖZEN, BURAK

: Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

ÖZSOY, SAADET HANDE. Türk Hukukunda Patent Lisansı Sözleşmesi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

PULAŞLI, HASAN. Şirketler Hukuku, Karahan Kitapevi, Adana, Ocak 2011.

SULUK, CAHİT. Yeni Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele, Hayat Yayınları, İstanbul 2004.

T.C. BAŞBAKANLIK DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI

MÜSTEŞARLIĞI

: Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, DPT, Ankara 2000.

TEKİNALP, ÜNAL

: Fikri Mülkiyet Hukuku (Fikri Mülkiyet), Arıkan Yayınları, İstanbul, Aralık 2005.

TEKİNALP, ÜNAL

: Tek Kişilik Ortaklık I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

TÜYSÜZ, MUSTAFA

: Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

UTKU, DORUK

: Sınai Hakların Rehni, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

8. OTURUM

TEBLİĞLER

*** TÜRK TİCARET KANUNU'NUN
HALKA ARZ KAVRAMINA YAKLAŞIMI**

Doç. Dr. Çağlar MANAVGAT

*** ANONİM ŞİRKETİN KURULUŞUNDAKİ
EKSİKLİKLERİN HUKUKİ SONUÇLARI VE TESCİLİN SAĞLIĞA
KAVUŞTURUCU ETKİSİ**

Yrd. Doç. Dr. Ömer KORKUT

*** ANONİM ŞİRKETLERDE KURULUŞTAN DOĞAN
HUKUKİ SORUMLULUK**

Yrd. Doç. Dr. R. Eda GİRAY

TÜRK TİCARET KANUNU'NUN HALKA ARZ KAVRAMINA YAKLAŞIMI

Doç. Dr. Çağlar MANAVGAT*

ÖZET

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, halka açık anonim ortaklıklarla ilgili hükümler içermekte ve sermaye piyasası hukukunun temel kavramlarından olan halka arz ile bağlantılı düzenlemeler getirmektedir. Halka arzın temel bir kanun niteliğinde olan Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmesi Sermaye Piyasası Kanunu ile bütünlük oluşturulması bakımından önemli bir adımdır. Öte yandan, halka arz ile ilgili Türk Ticaret Kanunu'ndaki hükümler sermaye piyasası hukukundaki halka arz kavramıyla tam bir uyum içinde değildir; bu nedenle ilgili hükümlerin uygulanması sırasında Türk Ticaret Kanunu sistemi ile sermaye piyasası hukukunun kurallarının birlikte değerlendirilmesi bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Türk Ticaret Kanunu, halka arz, Sermaye Piyasası Kanunu.

ABSTRACT

Turkish Commercial Code No. 6102 includes provisions about publicly held joint-stock companies and issues rules with regard to public offering which is one of the fundamental concepts of capital markets law. Drawing up such a basic notion in Turkish Commercial Code is a crucial step in order to integrate the corresponding provisions with the rules of Capital Markets Law. On the other hand, the related provisions of Turkish Commercial Code and the concept of public offering in capital markets law are not coherently harmonized. Consequently, considering the system of Turkish Commercial Code and the rules of capital markets law together is a necessity while applying the provisions about public offering.

Keywords: *Turkish Commercial Code, public offering, Capital Markets Law.*

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. Genel Olarak

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) önemli yeniliklerinden birisi de, halka açık anonim ortaklık kavramını tanıması ve halka açık anonim ortaklıklarla ilgili hükümler içermesidir. Eski Türk Ticaret Kanunu döneminde, Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) ve Kanun'un verdiği yetki çerçevesinde Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tebliğleriyle düzenlenen halka açık anonim ortaklıkların temel noktalarda TTK'da düzenlenmesi, düzenleme bütünlüğü bakımından yerindedir.

Sermaye piyasası hukukunun temel kavramlarından olan halka arz da, Kanun'un amacıyla bağlantılı olarak TTK'da yer almıştır. Halka açık anonim ortaklık yapısının ayrırcı unsuru olan halka arz, yöntem olarak sermaye piyasası hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Ancak TTK'da üç noktada halka arz kavramıyla bağlantı kurulmuştur: Kuruluş ve sermaye artırımında halka arz, yeniden yapılanma işlemlerinde halka arz ve yasaklayıcı bir hüküm olarak halktan para toplanması, bu bağlamda kayıt yükümlülüğüne uyulmaksızın halka arz.

Sermaye piyasası hukukuna özgü bir kavram olan halka arzın, temel yasada tanınması, TTK ve SPKn arasında bütünlüğün kurulması bakımından önemlidir ve bu anlamda, yeni bir dönem başlamıştır. Ancak sermaye piyasası hukukunun özelliklerine uygun biçimde şekillenen halka arz kavramı, TTK sistemiyle tam bir uyum içinde değildir. Bu nedenle TTK'da halka arzla bağlantı kurulan noktalarda, konunun, TTK sistemi ve sermaye piyasası hukuku açısından bütünlük içinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

II. Kuruluşta ve Sermaye Artırımında Halka Arz

A. Halka Arzın Elverişliliği Değerlendirmesi

TTK'nın "Halka arz edilecek paylar" başlıklı 346 ncı maddesinde kuruluşta halka arz düzenlenmiştir. Esas sermaye sisteminde sermaye artırımında nakdi sermaye taahhüdünü düzenleyen 459 uncu maddenin 3 üncü fıkrasında da 346 ncı maddeye atıf yapılmış ve anılan maddenin, kıyas yoluyla uygulanması öngörülmüştür. Kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımı konusunda TTK 460.3 hükmünde, 459 uncu maddeye atıf yapıldığından, sermaye artırımında halka arz yöntemi kayıtlı sermaye sisteminde de uygulanabilecektir.

SPKn yürürlüğe girdikten sonra, uygulanma olanağı kalmayan, eski Türk Ticaret Kanunu'nun tedrici kuruluş ve sermaye artırımına ilişkin hükümlerinin yerine, TTK'da halka arz modeli benimsenmiştir. Böylece kuruluşta veya sermaye artırımında yeterli sermayeye sahip olmayan veya ortaklığa özgüleyeceği sermayesini sınırlamak isteyen kurucuların veya pay sahiplerinin, halktan sermaye sağlanmasına olanak tanınmıştır.

Kuramsal olarak sermaye gereksiniminin halktan sağlanması, sermaye birikiminin kolaylaştırılmasını ve halkın, yatırımlara ortak edilmesini sağlayan bir yöntem olarak olumlu özelliklere sahiptir. Ancak kuruluş aşamasında halka arz modeli, halka arzın özelliklerine uygun değildir ve ancak sınırlı hallerde uygulama alanı bulabilecektir. Zira halka arzın başarılı olabilmesi için, yatırımcılara, başarılı bir geçmiş faaliyet performansı, istikrar kazanmış işletmeler, bunlara bağlı olarak geleceğe yönelik kazanç öngörülerinin sunulabilmesi önem taşır. Geçmiş olmayan bir ortaklığa yatırımcının kaynak ayırması olağan bir yöntem değildir. Nitekim sermaye piyasası araçlarının borsaya kotasyonunun düzenlendiği İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Kotasyon Yönetmeliği'nin, payların ilk kotasyon koşullarının düzenlendiği 13 üncü maddesinde, payları kote edilecek ortaklığın, kuruluşundan itibaren en az üç yıl geçmiş olması ve halka arz edilecek payların piyasa değerine bağlı olarak, son iki yıldan birisinde veya her ikisinde kar etmiş olması koşulları aranmıştır.

Görüldüğü gibi kotasyon koşulları da, borsada işlem görecektir payları çıkaran ortaklığın bir faaliyet geçmişinin düzenlendiği İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Kotasyon Yönetmeliği'nin, payların ilk kotasyon koşullarının düzenlendiği 13 üncü maddesinde, payları kote edilecek ortaklığın, kuruluşundan itibaren en az üç yıl geçmiş olması ve halka arz edilecek payların piyasa değerine bağlı olarak, son iki yıldan birisinde veya her ikisinde kar etmiş olması koşulları aranmıştır.

gereklidir. Bu anlamda, halka arz sonrasında borsada işlem görme koşulları gerçekleşmezse, yatırımcı, paraya çevrilebilirliği olmayan veya çok zayıf olan paylara yatırım yapmayı tercih etmeyecektir. Anılan nedenle kotasyon koşullarının sağlanması, halka arzın başarısı bakımından birincil öneme sahiptir. Kotasyon koşullarını taşımayan ortaklıkların çıkardığı payların, borasada işlem görebileceği ikinci ulusal pazar, gelişen işletmeler piyasası, serbest işlem platformu gibi pazarlar da mevcuttur. Ancak bu pazarlarda arz ve talebin oluşması süreci yavaştır ve paraya çevrilebilirlik özelliği de zayıftır.

Faaliyet geçmişi olmayan ve geçmiş faaliyet performansı ile yatırımcıda, ileriye dönük olumlu beklenti yaratamayan ortaklıkların, kuruluşta halka arzdan kaynak sağlama olanağı, sınırlı haller dışında yoktur. Kuruluşta halka arz, özgün niteliğe sahip yazılım, tedavisi olmayan veya güç olan bir hastalığın tedavisinde kullanılabilecek bir ilaç patenti, zararlı olmakla birlikte kazançlı hale getirilebilecek bir işletme gibi risk sermayesi özelliklerini taşıyan varlıklara sahip olan ortaklıkların sermaye gereksiniminin karşılanmasında kullanılabilir. Bu tip ortaklıkların faaliyet geçmişi bulunmamasıyla beraber, başarı şansı düşük, ama başarılı olursa büyük kazanç potansiyeli taşıyan varlıklara sahip olmaları nedeniyle, yatırımcının ilgisini çekmeleri mümkündür. Dolayısıyla kuruluşta halka arz, anılan risk sermayesi özelliği taşıyan ortaklıklarda işleyebilecektir.

Buna karşılık sermaye artırımında halka arza başvurma olanakları daha genişler. Bu ortaklıkların bir faaliyet geçmişi bulunduğu için, koşullarının halka arza uygun olması halinde, geçmiş faaliyet performansı ve buna bağlı olarak geleceğe dönük öngörülerle halka arzdan kaynak sağlanması mümkün olacaktır.

B. Halka Arzın Koşulları

1. Ana Sözleşmede Belirtme ve Taahhüt

TTK 346 hükmü uyarınca, halka arzın ana sözleşmede belirtilmesi ve ayrıca garanti edilmesi gerekir. Kurucular, nakdi sermayeyi, ana sözleşmede taahhüt edeceklerdir. Nakdi sermayenin halka arz yoluyla sağlanması tercih ediliyorsa, nakdi sermayenin tamamı taahhüt edilecek, ancak TTK 344 hükmünde öngörülen sistemden farklı olarak, payın itibari değerinin en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesi gerekmeyecektir. Ana sözleşmede, nakdi sermayenin tamamının taahhüt edilmesi ve bu sermayenin halka arz yoluyla sağlanacağı belirtilmesi halinde, nakdi sermaye karşılığında herhangi bir ödeme yapılmasına gerek olmadan, ortaklık ana sözleşmesi, Ticaret Siciline tescil ettirilebilecektir.

Halka arzın ana sözleşmede gösterilmesi bir taahhüt niteliği taşımamaktadır. TTK 346 hükmünde, nakdi sermayenin taahhüt edilmesi ve bu sermayenin halka arz yoluyla sağlanacağı "belirtilmesi" yeterli görülmüştür. Nitekim TTK 346.2 hükmünde, süresinde halka arz yapılmaması halinde TTK 344 sisteminin uygulanması, yani halka arz edilmeyen pay bedelinin yüzde yirmi beşinin ödenmesi hükme bağlanmıştır.

Halka arzın taahhüt edilmesinin gerekmemesi ve süresinde halka arz yapılması halinde, TTK 344 sisteminin dönülmesi ve herhangi bir yatırımın öngörülmesi, kuruluşta ve sermaye artırımında, nakden taahhüt edilen payın itibari değerinin en az yüzde yirmi beşini tescilden önce ödemek istemeyen kurucuların veya ortakların, süre kazanmak için TTK 346 sistemini kullanmalarına elverecektir. Ancak burada kazanılabilecek sürenin, tescilden itibaren iki ayla sınırlı olması nedeniyle, TTK 346 sisteminin, amacına aykırı kullanılması olanağı da sınırlı olacaktır.

TTK 346 hükmünde, kuruluşta halka arzın ana sözleşmede belirtilmesinin yanı sıra ayrıca garanti edilmesi de hükme bağlanmıştır. Madde'deki "ayrıca" ibaresi, garanti olarak nitelenen taahhüdün, ana sözleşme dışında verileceğine işaret eder. Burada kurucular tarafından, ana sözleşmede verilecek bir taahhüt söz konusu değildir. Ancak ana sözleşme dışında verilecek taahhüdün, ortaklık ana sözleşmesinin Ticaret Siciline tescilinden önce verilmesi ve tescil sırasında bu taahhüdün varlığının aranması, TTK 346.1 hükmünün gereklerinin yerine getirildiğinin tespiti bakımından gereklidir.

TTK 346 hükmünde garanti olarak nitelenen taahhüt, halka arz süreciyle bağlantılı olduğundan, bu taahhüdün, sermaye piyasası mevzuatında düzenlenen halka arz süreci bakımından değerlendirilmesi gerekir. Anılan taahhüt, halka arzın yapılmasına değil, halka arz yapıldığı takdirde, satılmayan payların satın alınmasına ilişkindir.

Payların halka arzını düzenleyen, SPK'nun Seri: I, No: 40 Tebliği'nin 3 no.lu ekinde, sermaye artırımı yoluyla halka arzda aranacak belgeler sayılmıştır. Bu bağlamda, halka arz edilecek payların halka arzda satılmaması halinde, satış süresinin bitiş tarihinden itibaren, bedelini tam ve nakden ödeyerek satın alınacağı ortaklığa karşı taahhüt edilmesi gerekmektedir. Bu taahhütname, sermaye artırımının tamamlanmasının güvence altına alınmasını amaçlamaktadır. Kayıtlı sermaye sistemindeki ortaklıklarda, satılmayan payların iptal edilmesi mümkün olduğu için, anılan taahhütname zorunlu değildir.

Taahhütnamenin, ortaklığın yanı sıra halka arzda pay satın alan diğer yatırımcıları da koruma işlevi vardır. Yatırımcılar, sermaye artırımının tamamlanacağı inancıyla yatırım kararı almışlardır. Daha sonra artırımın tamamlanamaması halinde, arada geçen zamanda kaçırılan fırsatlar ve yatırdıkları pay bedelinin faizden veya alternatif yatırım olanaklarından yoksun kalmak nedeniyle, yatırımcılar zarara uğrayacaktır. Ayrıca pay sahipleri veya aracı kuruluşlar tarafından verilmesi gereken bu taahhütname, halka arz fiyatının gerçekçi belirlenmesi bakımından da işleve sahiptir. Zira halka arz kısmen dahi olsa başarısız olduğu takdirde, taahhütname verenler, halka satılmayan payları taahhütnamedeki fiyat üzerinden satın almak zorunda kalacakları için, halka arzda pay fiyatının gerçekçi düzeyin üzerinde belirlenmesine fırsat vermeyeceklerdir.

Halka arzda, esas sermaye sisteminde sermaye artırımının tamamlanmasını güvence altına almak, yatırımcıları korumak ve halka arz fiyatının gerçekçi belirlenmesi sağlamak işlevlerine sahip olan bu taahhütname, TTK 346 hükmü uyarınca yapılan halka arzda da kullanılabilir. Bir başka deyişle, anılan maddede halka arzın garanti edilmesi olarak adlandırılan taahhüt, sermaye piyasası mevzuatında halka arzda verilmesi düzenlenen taahhüdü ifade etmektedir. Bu çerçevede kurucular, ana sözleşmede belirtildiği gibi, süresi içinde halka arz yoluna başvurulursa, sermaye piyasası mevzuatında düzenlenen, süresi içinde satılmayan payların satın alınmasına ilişkin taahhütnamenin verilmesi gerekecektir. TTK 346 hükmünde, taahhütnamenin kurucular tarafından verilmesi zorunlu kılınmamıştır. SPK tebliğinde öngörüldüğü gibi, taahhütname kurucular veya bir aracı kuruluş tarafından verilebilir.

TTK 346 sisteminde sermaye artırımı yoluyla değil, ortakların pay satışı yoluyla halka arz söz konusudur. Zira halka arzdan önce ortaklık sözleşmesi Ticaret Siciline tescil edilmiş ve pay doğmuştur. Satıcılar, payın sahipleridir. Ancak payın tutarı dahi henüz ödenmemiştir. Bu nedenle sermaye piyasası mevzuatında, esas sermaye sisteminde sermaye artırımı yoluyla halka arzda düzenlenen taahhütnamenin, ortakların pay satışına dayalı TTK 346 sisteminde de uygulanması mümkündür ve taahhütnamenin yukarıda açıklanan her iki işlevi de burada geçerlidir.

Sermaye artırımında, esas sermaye sisteminde TTK 459.1 hükmü; kayıtlı sermaye sisteminde TTK 459 hükmüne atıf yapan TTK 460.3 hükmü uyarınca atırılan sermayeyi temsil eden payların, ana sözleşmede veya iştirak taahhütnamesinde taahhüt edilmesi gerekmektedir. Artırılan sermayenin, halka arz yoluyla karşılanması tercih ediliyorsa, TTK 459.3 hükmünün TTK 346 hükmüne atıf yapması nedeniyle, TTK 346 sistemi uygulanabilir. TTK 346 hükmüne göre, halka arzın ana sözleşmede belirtilmesi gerekmektedir. Sermaye artırımında ise payın taahhüdü ana sözleşmede veya iştirak taahhütnamesinde yapılabilir. Ancak payın iştirak taahhütnamesinde taahhüt edilmesi halinde dahi, halka arzın, sermaye artımı için değiştirilen ana sözleşmede belirtilmesi gerekir. Aşağıda açıklandığı gibi, halka arzın tüm payları konu alması ya da kısmi halka arz halinde halka arzdan kaynak sağlamayı tercih etmeyen pay sahipler-

rinin, pay bedelinin tamamını, SPK'r'nun kayda alma kararından önce ödemesi gerekecektir. Dolayısıyla halka arz kararı, bireysel olarak iştirak taahhütnamelelerinde alınmaya elverişli değildir. Pay sahiplerinin bu kararı aldıktan sonra, ana sözleşmede halka arzın belirtilmesi gerekir.

Sermaye artırımında halka arzın ana sözleşmede belirtilmesini gerektiren bir başka neden, ana sözleşme değişikliğinin Ticaret Siciline tescil edilmesidir. Üçüncü kişiler, tescil edilen ana sözleşmeden, artırılan sermayenin henüz ödenmediğini ve halka arzdan sağlanacak gelirle sermayenin ödeneceğini öğrenebilecektir.

2. Halka Arzın Sermayenin Tamamı İçin Yapılması – Kısmi Halka Arz Halinde Pay Bedelinin Tamamının Ödenmesi

Kuruluşa veya sermaye artırımında, sermayenin halka arzdan gelecek hasılatla ödenmesine olanak veren TTK 346 hükmü, nakden taahhüt edilen sermayeyi temsil eden payların itibari değerinin en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesini zorunlu kılan TTK 344 hükmüne istisna getirmektedir. Dolayısıyla kuruluşa veya sermaye artırımında, bir kısım pay sahibi, halka arz yoluna gitmek istemeyebilir. TTK 346 hükmünde düzenlenen halka arz yöntemini bir kısım pay sahibi tercih edebilir. Ancak kısmi halka arzda, payların SPK'r kaydına alınmasından önce, halka arza katılmayan pay sahiplerinin, pay bedellerinin tamamını ödemeleri zorunludur. Zira halka arz sonunda, ortaklık halka açık anonim ortaklık niteliğini kazanacaktır ve SPKn 7.III hükmü uyarınca, halka açık anonim ortaklıkların sermayesinin tamamen ödenmiş olması gerekir. Bu nedenle kuruluşa kurucuların sermaye artırımında ise pay sahiplerinin, halka arza katılmayı istememeleri halinde, taahhüt ettikleri pay bedelinin tamamını, SPK'r'nun kayda alma kararından önce ödemeleri zorunludur. Halka arzın, tescili izleyen iki ay içinde yapılması gerektiği için, bu pay sahipleri, TTK 344 hükmü çerçevesinde tescilden önce payın itibari değerinin en az yüzde yirmi beşini ödeyebilirler, ancak kalan kısmı da, en geç SPK'r'nun kayda alma işleminden önce ödemeleri gerekir. Aksi halde TTK 346 hükmünde düzenlenen, halka arz taahhüdü yoluyla sermayenin ödenmesi yöntemi, diğer pay sahipleri tarafından kullanılamayacaktır.

3. Süre

Halka arzın, ana sözleşmenin Ticaret Siciline tescilini izleyen iki ay içinde yapılması gerekir. TTK 346 hükmünde öngörülen iki aylık azami süreyi, halka arzın tamamlanması için değil, halka arz için gerekli hukuki sürecin başlatılması bakımından anlamak gerekir. Zira halka arz, sermaye piyasası mevzuatında düzenlenen ayrıntılı bir kamuyu aydınlatma sürecinin tamamlanmasını, halka arza aracılık edecek aracı kuruluşla anlaşma yapılmasını, tanıtım faaliyetlerini, halka arz başvurusunun SPK'r'nda incelenmesini ve başvuru olumlu karşılırsa payların kayda alınmasını, kayda alma işlemini takiben satışın yapılmasını gerektirmektedir. Kayda alma başvurusunun SPK'r'nda inceleme süresi, SPKn 5.IV hükmü uyarınca azami otuz gündür. Halka arz için gerekli ön hazırlıklar ve kayıt sonrasındaki satış süreci de dikkate alındığında, halka arzın tümüyle tamamlanması için iki aylık süre yeterli olmayacaktır. Esasen TTK 346 hükmünde, iki aylık sürede halka arzın tamamlanması değil, payların halka arz edilmesi zorunlu kılındığından, payların halka arzı için SPK'r'na başvurulmasını yeterli görmek gerekir.

C. Pay Bedelinin Ödenmesi

1. Halka Arz Hasılatının Kullanılması

Kuruluştta, nakden taahhüt edilen ve halka arz edileceği belirtilen payların bedelinin ödenmesinde kullanılacak olağan kaynak, halka arz hasılatıdır. Halka arz hasılatının paylaşım yöntemi TTK 346.1 hükmünde düzenlenmiştir. Halka arz edilen paylar, kuruculara aittir. Zira kuruluştta, pay bedelinin ödenmesi kurucular tarafından taahhüt edilmiştir ve ana sözleşme Ticaret Siciline tescil edilmiştir. Kural olarak ortakların halka arzında elde edilen hasılat, satıcı ortağa ait olur. Ancak TTK 346'da düzenlenen halka arzda, pay bedelleri henüz ödenmemiştir. Bu özel durum nedeniyle, halka arz hasılatının kullanılma şekli, TTK 346.1'de özel olarak düzenlenmiştir. Halka arz hasılatı, öncelikle sermayenin ödenmesine özgülenecektir. Halka arzın öncelikli amacı, ana sözleşmede kurucular tarafından taahhüt edilen payların bedelinin ödenmesidir. Dolayısıyla payların satıcısı kurucu ortaklar olmasına rağmen, halka arz hasılatı, öncelikli amacına uygun biçimde, henüz ödenmemiş olan pay bedelinin ödenmesine özgülenecektir.

TTK 346 hükmünde, payların primli çıkarılma olasılığı da göz önüne alınmıştır. Ancak hemen belirtelim, kuruluştta payların primli çıkarılması istisnai bir durumdur. Henüz faaliyet geçmişi olmayan, sermayesi ile öz kaynakları arasında farklılık oluşmamış bir ortaklıkta, kuruluş aşamasında çıkarma primi öngörülmesinin ekonomik bir nedeni bulunmayacaktır. Bununla beraber ileriye dönük ciddi kazanç beklentisi yaratabilecek projeleri bulunan, ancak bu beklentiyi kuruluştta sermayeye yansıtamayan ortaklıklarda, kuruluştta çıkarma primi gündeme gelebilir. Risk sermayesi özelliği taşıyan bu tip bir ortaklıkta, yatırımcının prim ödemeyi kabul etmesi, öngörülen kazanç beklentisinin gerçekçiliğine bağlı olacaktır. Anılan istisnai halde, kuruluştta primli ihraç ana sözleşmede öngörülürse, halka arz hasılatının sermayeyi aşan kısmı prime özgülenecektir. Söz konusu tutar da, payı satan kurucu ortağa değil, ortaklığa ödenecektir.

Sermaye artırımında ise ekonomik koşulları oluştuğu takdirde, primli ihracın gerçekleşmesi mümkündür. Ortaklığın bir faaliyet geçmişi olacağından, öz kaynak-sermaye ilişkisine bağlı olarak primi haklı kılacak ekonomik koşulların gerçekleşme olasılığı daha yüksektir. Sermaye artırımında primli ihraca karar verildiği takdirde, prim, halka arz hasılatından karşılanacağı için, primin tamamının tescilden önce ödeneceğini öngören TTK 344 hükmüne bir istisna söz konusu olacaktır.

Nihayet payların halka arzında, itibari değeri veya kararlaştırılmışsa çıkarma primini aşan tutar, payı satan kurucuya veya pay sahibine ait olacaktır. Halka arzın sabit fiyatla yapılmadığı hallerde, halka arzda talebin yüksekliğine bağlı olarak piyasa primi oluşması olağandır. Ancak kuruluştta, yukarıda açıklanan nedenlerle primin ortaya çıkması istisnai hallerde söz konusu olabilir. TTK 346 hükmünde, piyasa priminin kurucu ortağa ödenmesi için, giderin düşülmesi öngörülmüştür. Burada sözü edilen gider, halka arz için yapılan giderdir. Esasen halka arz gideri, payını satan kurucuya veya pay sahibine aittir. Zira kaynağı halden sağlamayı tercih eden, kurucu veya pay sahibidir. Halka arz edilen paylar da kuruculara veya pay sahiplerine ait olduğundan, halka arz giderini de kurucuların veya pay sahiplerinin karşılaması gerekir. Bu ayırım, özellikle halka arzın başarısız olması durumunda önem kazanır. Halka arzdan, beklenen kaynak sağlanamazsa, halka arz giderine kurucular veya pay sahipleri katlanacaktır. Anılan nedenle TTK 346 hükmünde, halka arzdan elde edilen hasılatın, payın itibari değer karşılığına ve varsa prime mahsup edilmesinden sonra kalanın özgülenmesi aşamasında, giderlerin dikkate alınmasına gerek yoktur.

2. Halka Arz Edilmeyen Pay Bedellerinin Ödenmesi

Kuruluşa veya sermaye artırımında, sermayenin halka arz yoluyla yapılacak pay satışından karşılanması belirtilmesine ve halka arz yapılmasına rağmen, yeterli talebin olmaması nedeniyle halka arz başarılı sonuca ulaşmayabilir. Bu durumda, arz edilen paylara göre daha az talebin varlığı halinde, bir kısım pay satılmasına rağmen, bir kısmı satılmayabilir. Ortaya çıkan bu durumun çözümü, sermaye piyasası mevzuatında yer almaktadır. Yukarıda da değinildiği gibi SPK'nın Seri: I, No: 40 Tebliği'nin 3 no.lu ekine göre, halka arz edilecek payların halka arzda satılmaması halinde, satış süresinin bitişi tarihinden itibaren, bedelini tam ve nakden ödeyerek satın alınmadığı ortamlığa karşı taahhüt edilmesi gerekmektedir. Halka arzda tüm paylar satılmadığı takdirde, satılmayan paylar, bedeli tam ödenerek, taahhütname verenler tarafından satın alınacaktır.

TTK 346.2 hükmünde, halka arz edilmesine rağmen satılmayan payların bedelinin tamamının, iki aylık süreyi izleyen üç gün içinde ödenmesi öngörülmüştür. Ödemenin yükümlüsü TTK hükmünde belirtilmemiştir. Ancak birinci fıkraya uyarınca verilen taahhütname gereği, halka arzda satılmayan payların, taahhütname verenler tarafından satın alınması gerekir. Ana sözleşmede belirtilmesine rağmen, tescili izleyen iki ay içinde halka arz yoluna başvurulmaması halinde, TTK 344 hükmüne uygun olarak, nakden taahhüt edilen payların, ana sözleşmede daha yüksek bir oran belirlenmemişse, yüzde yirmi beşinin, iki aylık süreyi izleyen üç gün içinde ödenmesi gerekecektir.

İkinci olasılıkta halka arz gerçekleştirilmediğinden, ödeme, pay sahiplerince yapılabaktır. Pay sahipleri, payın asgari tutarını ödeme yükümlülüğünü yerine getirmezse, pay bedelini ifa etmemenin sonuçları doğacak ve iskat sürecinin işletilmesi gerekecektir.

Tescili izleyen dönemde, ekonomik göstergelerdeki olumsuz değişimler, siyasi nedenler gibi etkenlerle, taahhüt edilen tüm payların halka arz yoluyla satılmayacağı inancı oluşursa, taahhüt edilen payların bir kısmını konu alan kısmi halka arz yapılmasına engel yoktur. Bu halde kısmi halka arz konuları, süresi içinde satılmaması halinde, satılmayan paylar, satın alma taahhütnamesi verenlerce satın alınacak; halka arz edilmeyen payların bedeli ise pay sahiplerince, SPK kaydından önce ödenecektir. Ortaklığın payları kısmen dahi olsa halka arz edileceği için, ortaklık halka açık anonim ortaklık statüsüne girecek, bu nedenle de, halka arz edilmeyen payların sahipleri, TTK 344 hükmündeki pay bedelini taksitle ödeme olanağından yararlanamayacaktır.

D. Halka Arzın Yapılmaması

Kuruluşa veya sermaye artırımında, ana sözleşmede gösterilmesine rağmen halka arzın kısmen veya tamamen gerçekleştirilmemesi herhangi bir yaptırıma bağlanmamıştır. Halka arzın yapılmaması, gerekli ekonomik koşulların oluşmaması nedeniyle veya tescilden önce, taahhüt edilen pay bedelinin en az yüzde yirmi beşinin ödenmesi zorunluluğunu ertelemek amacıyla söz konusu olabilir. TTK 346 hükmünde, halka arz için, tescili izleyen en fazla iki aylık süre öngörüldüğü için, tescilden önce ödeme yükümlülüğünü ertelemek için, halka arzın öngörülmesi, ödeme için uzun zaman kazandırabilecek bir yöntem değildir. Ancak ister TTK 344 hükmündeki ödeme sistemini aşmak, ister dışsal etkenler nedeniyle olsun, TTK 346 sistemi başlatıldıktan sonra halka arzın, haklı bir sebep olmaksızın gerçekleştirilememesi halinde, halka arzı gerçekleştirilmeyen pay sahiplerine hukuki yaptırım öngörülmesi yerinde olurdu.

Kuruluşa halka arzın ana sözleşmede belirtilmesinden sonra, halka arzın gerçekleştirilmemesi, ana sözleşmenin değiştirilerek, halka arzın ana sözleşmeden çıkarılması ya da ana sözleşmede herhangi bir değişiklik yapmadan, fiilen iki aylık sürede halka arzı gerçekleştirilmemesi suretiyle ortaya çıkabilir. TTK 350 hükmündeki, ana sözleşmede belirtilen halka arzın, kurucular, yönetim kurulu veya yetkili herhangi bir organ tarafından onaylanmış kabul edileceğine ilişkin hüküm, ortaklığın yetkili organlarının ayrıca bir karar almasına gerek kalmaksızın halka arzın yürütülmesini ve halka arz için gerekli işlemlerin yapılmasında ortaklığın işbirliği göstermesini sağlar. SPK'nın, halka arzda payları kayda alırken, mevzuatın öngördüğü incelemeleri yap-

mak ve bu çerçevede karar almak yetkisi saklıdır. Aksi halde kuralsız halka arza fırsat verilir ve bu sonucun, yatırımcıları zararı uğratacağında kuşku yoktur.

Sermayenin tamamen ödenmiş olması, ana sözleşmenin sermaye piyasası mevzuatına uygun hale getirilmesi, finansal tabloların bağımsız denetimden geçirilmesi gibi işlemler, ortaklığın işbirliği ile gerçekleştirilebilecek işlemlerdir. Özellikle sermaye artırımında halka arzda, ortaklığın faaliyet geçmişi bulunacağından, bu işlemlerin yapılmasındaki, işbirliği gereksinimi daha da artacaktır. İşte TTK 350 hükmü, halka arzın, kurucuların yanı sıra, ortaklık organları tarafından onaylanmış kabul edileceğini öngörerek, işbirliğinin hukuki temelini oluşturmaktadır. Ancak madde gerekçesine ileri sürülen düşüncenin aksine, tescilden sonra ana sözleşmeyi değiştirerek, halka arzdan vaz geçmek mümkündür. Sadece bu halle sınırlı olmaksızın, iki aylık sürede halka arzı gerçekleştirilmemesinin sonucu, TTK 346.2 hükmünde düzenlenmiştir. Halka arz edilmeden pay bedelinin en az yüzde yirmi beşinin, iki aylık süreyi izleyen üç gün içinde ödemesi gerekir. Ana sözleşme değişikliği nedeniyle, halka arzın gerçekleştirilmeyeceği, iki aylık sürenin bitiminden önce kesinleşirse, üç günlük süreyi, bu tarihten itibaren hesaplamak yerinde olur.

III. Birleşme İşlemlerinde Halka Arz

Devralma yoluyla birleşmede, devralan ortaklıkta, devrolunan ortaklık ortaklarına pay verilebilmesi için gerekli miktarda sermaye artırılması gerekecektir. TTK 142.1 hükmünde, bu kural hükmüne bağlandıktan sonra, ikinci fıkrada, halka açık anonim ortaklıklarda, payların SPK'ı kaydına alınmasına ilişkin olanlar dışında, yeni payların halka arzına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı öngörülmüştür. Bu istisna hükmü aynı zamanda, kanun koyucunun, halka arz kavramına yaklaşımı bakımından da önem taşımaktadır.

TTK 142.2 hükmünde, TTK 330 hükmünden farklı bir esas belirlenmiştir. TTK 330 hükmünde, özel kanunlara tabi anonim ortaklıklara, özel hükümler dışında, TTK'nın anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür. Oysa TTK 142.2 hükmünde, birleşme işlemlerinde, Kurul kaydı dışındaki halka arzı ilişkin hükümlerin uygulanmaması hükmüne bağlanmıştır. Bu hüküm uyarınca, devralan konumundaki halka açık anonim ortaklığın yapacağı sermaye artırımında, payların halka arzına ilişkin hükümler uygulanmayacak, fakat paylar Kurul kaydına alınacaktır. Böylece TTK 330 hükmünde düzenlenen, özel hükümlerin öncelikle uygulanması kuralından ayrık bir düzenleme yapılmıştır.

TTK 142.2 hükmünde, birleşme sürecinde devralan ortaklıkta yapılacak sermaye artırımını nedeniyle çıkarılan payların Kurul kaydına alınması öngörüldüğünden, bu süreçte uygulanmayacak hükümleri tespit edebilmek için, payların Kurul kaydına alınmasının hukuki niteliğinden hareket etmek gerekir. Kurul kaydı, kayda alınan sermaye piyasası araçlarıyla ilgili olarak yeterli ve doğru kamuyu aydınlatmanın yapıldığının tespitini ifade eder. SPK'nın 5. III hükmüne göre, açıklamaların yeterli olmadığı ve gerçeği dürüst biçimde yansıtmadığı sonucuna varılırsa, sermaye piyasası aracının, Kurul kaydına alınmasından imtina edilebilecektir. Kurul kaydına almak, yeterli ve doğru kamuyu aydınlatmanın yapıldığının tespiti işlemi olduğuna göre, Kurul kaydı ve kamuyu aydınlatma birbirinden ayrılmaz bir bütün oluşturur. Bu nedenle TTK 142.2 hükmünde, birleşmede uygulanması öngörülen Kurul kaydına almaya ilişkin hükümler, kamuyu aydınlatma hükümlerini de kapsamaktadır. Zira kamuyu aydınlatma ve Kurul kaydı işlemi birbirinden ayrılmaya olanak yoktur.

Kamuyu aydınlatma hükümlerini geniş yorumlamak gerekir. Yatırımcıların, birleşmede sermaye artırımında devrolunan ortaklık ortaklarının, kararını etkileyebilecek her türlü bilginin tam, doğru ve zamanında açıklanmasını sağlayacak işlemleri, kamuyu aydınlatma kapsamında değerlendirmek gerekir. Bu bağlamda, SPK'nın Seri: I, No:31 Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği'nde, taraflarından birisi halka açık anonim ortaklık olan birleşme işlemlerinde öngörülen, özel bağımsız denetim, uzman kuruluş incelemesi gibi işlemler de, kamuyu aydınlatma hükümleri kapsamında değerlendirilmelidir. Sermaye piyasası mevzuatında yer alan bu kamuyu aydınlatma hü-

kümlelerinin, uygulanabilmesinin bir başka hukuki dayanağı, TTK 134.2 hükmüdür. Anılan hüküm, TTK'nın yeniden yapılanmaya ilişkin hükümlerine aykırı olmayan, diğer kanun hükümlerini saklı tutmuştur. Diğer kanun hükümlerinin kapsamına, kanunun verdiği yetkiye dayanarak çıkarılan ikincil mevzuat da dahildir. Dolayısıyla TTK'da yapılan düzenlemeye aykırı olmadıkça, sermaye piyasası mevzuatı hükümleri de uygulama alanı bulacaktır. Kamuyu aydınlatma kavramı içinde değerlendirilmesi gereken ve bu nedenle TTK 142.2 hükmü uyarınca da uygulanabilecek olan özel bağımsız denetim, uzman kuruluş incelemesi, TTK 134.2 hükmüne göre evleviyetle uygulama alanı bulabilecektir. Zira TTK'nın yeniden yapılanmaya ilişkin hükümlerinde, bu işlemlerin yapılmasını engelleyen aksine hükümler yoktur.

Birleşme işlemlerinde, devralan halka açık anonim ortaklığın yapacağı sermaye artırımında sermaye piyasası mevzuatının kamuyu aydınlatmaya ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulacağını tespit ettikten sonra, uygulanmayacak hükümlerin kapsamını belirlemek gerekir. Birleşme sürecinde yapılacak sermaye artırımının özelliği, çıkarılan payların, devrolunan ortaklık ortaklarına özgülenmesidir. Bir başka deyişle, payların üçüncü kişilere satışı söz konusu olmamaktadır. İşlemin bu özelliği gereği, satışa ilişkin hükümler zaten uygulama alanı bulmayacaktır. Nitekim sermaye piyasası mevzuatında da, birleşme sürecinde yapılan sermaye artırımına özgü olarak muafiyetler getirilmiştir. Örneğin ihraççıların yükümlülüklerine muafiyet getirilmesine ilişkin olarak SPK'nın Seri: IV, No: 39 Tebliği'nin 6 ncı maddesinde, bir duyuru metni yayımlanması kaydıyla, birleşme ve bölünme nedeniyle yapılan sermaye artırımlarında, izahname düzenlenmesine gerek yoktur. O halde TTK 142.2 hükmü çerçevesinde, birleşmede yapılacak sermaye artırımında halka arza ilişkin olarak uygulanmayacak hükümler satışa ilişkin hükümlerdir. Birleşme sürecinde yapılan sermaye artırımında çıkarılan payların devrolunan ortaklık ortaklarına özgülenmesi nedeniyle, kamuyu aydınlatma konusunda sermaye piyasası mevzuatında getirilen istisnaların uygulanmasının hukuki dayanağı da, TTK 142.2 hükmü değil, sermaye piyasası mevzuatıdır. Ayrıca birleşme işlemlerinde ara bilanço hazırlanması zorunluluğu, TTK 144.1'de özel olarak düzenlendiğinden, bundan farklı esaslar öngören sermaye piyasası mevzuatı hükümleri de uygulanmayacaktır.

IV. Halktan Para Toplanması¹

TTK 552 hükmünde, bir ortaklık kurmak veya sermaye artırmak amacıyla veya vaadiyle halktan para toplanması SPK'nın iznine bağlanmış, izin yükümlülüğüne aykırılığın sonuçları ve alınabilecek önlemler düzenlenmiştir. Madde kapsamında halktan para toplamak fiilinin, ortaklık kurmak veya sermaye artırmak amacı veya vaadiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Anonim ortaklığın yanı sıra diğer ortaklık türleri için de, madde uygulama alanı bulacaktır. Bir başka deyişle herhangi bir ticaret ortaklığının kuruluşu veya sermaye artırımı amacıyla veya vaadiyle para toplanması, Madde'nin uygulama alanına girmektedir. Borçlar Kanunu'nda düzenlenen adi ortaklık TTK 552 hükmünün kapsamına girmemektedir.

TTK 552 hükmünde düzenlenen fiilin unsurları gerçekleştiğinde, SPK'ndan izin alınması gerekecektir. Bu hüküm, SPK'nın 4.1 hükmünde düzenlenen kayda alma sistemine yabancıdır. SPK'nın 5.III hükmü, kayda alma sisteminin özünü açıklamaktadır: Kamuya yapılan açıklamaların yeterli olması ve gerçeği dürüst bir biçimde yansıtması durumunda, sermaye piyasası araçları kayda alınacaktır. Bu sistem kamuyu aydınlatma esasına dayanmaktadır. İzin sistemi ise kayda alma sisteminden farklıdır.

¹ Halktan para toplanmasını düzenleyen TTK 552 hükmü, sempozyumda sunuşun yapıldığı tarihten sonra 26.6.2012 tarih ve 6335 sayılı kanunla değiştirilmiştir. Bu değişiklik çerçevesinde, sempozyumda yapılan sunuştaki, bu maddeye ilişkin açıklamalar güncelliğini yitirmiştir. Ancak sempozyumdaki sunuşun bütünlüğünü bozmamak bakımından, konuya ilişkin açıklamalar da metinde korunmuştur. Bu açıklamalarda atf yapılan TTK 552 inci maddesi, 6335 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önceki metni ifade etmektedir.

İzin sisteminde kamu otoritesi ekonomik yerindelik incelemesi yapmaktadır. SPKn'nda esas olan kamuyu aydınlatma sistemine yabancı olan izin sisteminin TTK'da öngörülmesinin tutarlı bir tercih olmadığı açıktır. Ayrıca SPKr'nun yasal işlevlerine de terstir.

Madde'nin tüm ticaret ortaklıklarını kapsamaması ve yetkili makam olarak da SPKr'nu belirlemesi, SPKr'nun yasal işlevlerini ve çalışma şeklini değiştirecek bir düzenlemedir. SPKn 3.h hükmündeki "ihraççı" tanımına ortaklık türü olarak sadece anonim ortaklıklar girmektedir. Kurul'un tüm düzenlemeleri, izleme ve denetim sistemi, anonim ortaklık temeli üzerine kurulmuştur. TTK 552 hükmünde tüm ticaret ortaklıklarıyla ilgili olarak Kurul'a verilen yetki ve görev, SPKr'nun yasal işlevlerinin kökten değişmesine yol açacaktır.

Ortaklık kurmak, sermaye artırmak "amacı" veya "vaadi", Madde'de düzenlenen iki ayrı haldir. Söz konusu iki hal arasındaki ayırım belirgin değildir. Amaç, para toplanana ilişkin, dışa açılmamış manevi unsuru ifade eder. Vaat ise para toplama veya sermaye artırımının amacının, üçüncü kişilere yansınmasıyla ortaya çıkar. Dolayısıyla vaa-din, amacın açıklanması suretiyle birbirini izlemesi olağandır. Ancak para toplananda, amaç unsuru gerçekleşmeden üçüncü kişiye vaa-de bulunulması da söz konusu olabilir. Madde'de kullanılan "veya" bağlacına, ikinci olasılık çerçevesinde anlam yüklemek gerekir.

TTK 552 hükmünün TTK 346 hükmüyle ilişkisini de değerlendirmek gerekir. TTK 346 hükmünde, kuruluş sermayesinin, halktan sağlanmasının yöntemi düzenlenmektedir. TTK 459.3 hükmünün atfı yoluyla, sermaye artırımında artırılacak tutarın halktan sağlanması da mümkündür. Esas itibarıyla TTK 346 ve 459.3 hükümlerinde kuruluş sermayesinin veya artırılacak sermayenin sağlanması amacıyla halktan para toplanması söz konusudur. Ancak TTK 552 ve 346 hükümlerinin öngördüğü sistem birbirlerinden tamamıyla farklıdır. TTK 346 hükmünde, sermayenin ana sözleşmede taahhüt edilmesi ve halka arz edileceğinin belirtilmesi gerektiğine göre, TTK 552 hükmü, sermayenin taahhüt edilmediği; ortaklık kurmanın veya sermaye artırımının niyet aşamasında olduğu dönemlerde uygulanabilecektir. TTK 552 hükmüne göre izin almak suretiyle para toplandığı takdirde, kuruluşta veya sermaye artırımında yasaya veya ana sözleşmeye göre ödenmesi gereken asgari tutar tescilden önce ödenecektir.

Halktan para toplanması unsurunu incelerken, "halk" ve "para toplanması" kavramlarına açıklık getirmek gerekir. Madde gerekçesinde "halk" kavramının, çok sayıda kişiye başvurulmasını, el ilanı ve bunun gibi araçlar dağıtılmasını, ilan verilmesini, belirsiz veya belirli kişilerin bir yere çağrılmasını, başvuruda bulunulmasının istenmesini ifade ettiği belirtilmiştir. Halk kavramının belirlenmesinde, hedef kitlenin genişliği belirleyici ölçütü oluşturmaktadır. Zira hedef kitle genişledikçe, bilgi alma olanakları daralmakta, kitlenin yönlendirilmesi kolaylaşmaktadır. Bu nedenle hedef kitle genişledikçe, özel koruma mekanizmalarına gereksinim duyulmaktadır. Geniş bir hedef kitlenin varlığı halinde, bu kitlenin sınırlarının belirli olması önem taşımayacaktır. Örneğin belli bir ildeki hemşehrilere yönelik para toplama girişiminde, hedef kitle sınırlanabilir olmakla birlikte, kitlenin genişliği nedeniyle TTK 552 hükmü anlamında halkın varlığından söz edilebilir.

Para toplama kavramını da geniş yorumlamak gerekir. Bankalar aracılığıyla veya elden para toplanmasının bu kapsama girdiğinde kuşku yoktur. Bunun yanı sıra kambiyo senedi alınması, paraya çevrilebilir değerler toplanmasını da, TTK 552 hükmündeki para toplamak fiilinin kapsamında değerlendirmek gerekir. Burada amaç geniş hedef kitlenin korunması olduğundan, ticaret ortaklığına aynı sermaye olarak konabilen değerlerin toplanması da, yine TTK 552 hükmü kapsamında olacaktır. Zira söz konusu aynı sermaye unsurlarının paraya çevrilebilme özelliği vardır.

SPKr'nun, izin başvurularını incelerken, başvuru sahibinin ortaklık kurmak veya sermaye artırmak amacının nesnel olarak varlığını araştırması gerekecektir. Ancak özellikle bir ortaklık kurmak amacını nesnel ölçütlerle değerlendirmek mümkün değildir. TTK 552 hükmü, kamuyu aydınlatma sisteminden ayrıldığı için, SPKr, ortaklık kurmak amacını ekonomik yerindelik açısından değerlendirecektir. Ancak bu değerlendirilmenin nesnel temellere dayanması olası değildir.

ANONİM ŞİRKETİN KURULUŞUNDAKİ EKSİKLİKLERİN HUKUKİ SONUÇLARI VE TESCİLİN SAĞLIĞA KAVUŞTURUCU ETKİSİ

Yrd. Doç. Dr. Ömer KORKUT*

ÖZET

Anonim şirketin kuruluş aşamaları tamamlandıktan sonra ticaret siciline tescil edilmekte ve ilan edilmektedir. Şirket ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanmaktadır. Tescilin hukukî sakatlığı onarması (sağlığa kavuşturması) etkisi bulunmaktadır. Anonim şirket ticaret siciline tescil edildikten sonra butlanı ileri sürülemez. Ancak şirketin tescil ve ilanından itibaren üç ay içinde fesih davası açılabilir. Kuruluşta hukuka aykırılığın pay sahipleri ve şirket alacaklılarının menfaatlerini önemli ölçüde tehlikeye düşürmesi veya ihlal etmesi halinde fesih davası öngörülmüştür (TTK m. 353).

Anahtar kelimeler: Anonim şirket, şirketin butlanı, fesih davası

ABSTRACT

After fulfillment of transactions at the establishment stage, the corporation is registered to commercial registry Office and disclosure as well. The company gains legal entity with the registration of commercial registry. Registration has an impact of improving the legal defect. After the corporation registered to commercial registry office, the nullity cannot be put forward. However, the annulment can bring a case within three months from the announcement of the company's registration and termination (Commercial Code Article 353).

Keywords: Corporation, nullity of company, abolishment.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Anonim şirketlerin kuruluşunda önemli veya önemsiz çeşitli eksikliklerle karşılaşılması muhtemeldir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda anonim şirketlerin kuruluşundaki eksikliğin niteliği ne olursa olsun butlana ve yokluğa hükmedilemeyeceği, ancak gerekli koşullar oluştuğunda fesih davasının açılabilceği hükme bağlanmıştır (TTK m. 353/1)¹. Bu şekilde tescilin her türlü hukukî sakatlığı onarması (sağlığa kavuşturması) ilkesi kabul edilmiş olup, bu durum işlem güvenliğinin sağlanması bakımından önemlidir. Bu düzenlemeye göre, anonim şirketin kuruluşunda kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle şirket alacaklılarının, pay sahiplerinin ve kamunun menfaatlerinin önemli şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olması halinde şirketin yokluğuna hükmedilemeyecek ancak fesih davası açılabilir. Hangi hallerde açılan fesih davasının mahkeme tarafından kabul olunacağını değerlendirmesi gerekmektedir. Öte yandan fesih davasının üç aylık hak düşürücü süreye bağlanmış olması nedeniyle, hukuka aykırılığın bu süre geçtikten sonra fark edilmesi durumunda dava açılmayacak olması bazı sorunları beraberinde getirmektedir.

Bu çalışmada ilk olarak fesih davası, dava şartları ve usulü üzerinde durulacaktır. Bunun yanında şirketin kuruluşundaki hukuka aykırılık nedeniyle MK m. 47/2 hükmü ile TTK m. 210/3, m. 531 ve m. 456 düzenlemeleri üzerinde durulacaktır. Medeni Kanun'un 47/2 hükmündeki amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan kişi ve mal topluluklarının tüzel kişilik kazanamayacağı şeklindeki düzenlemenin anonim şirket kuruluşunda uygulanıp uygulanmayacağı hususu ele alınacaktır. Ayrıca, Bakanlık tarafından fesih davası açılabilmesi (TTK m. 210/3) imkânı ile Türk Ticaret Kanunu'ndaki şirketin haklı sebeplerle feshine ilişkin (TTK m. 531) düzenlemenin de değerlendirilmesinde yarar görülmektedir. Nihayet anonim şirketlerde sermaye artırımında kuruluşla ilişkin hükümlere atf yapılmasından dolayı (TTK m. 456/4), sermaye artırımına karşı açılacak butlan davasının süresi de tartışma konusu olmuştur. TTK m. 353 düzenlemesinin bu konuya etkisi de bu çalışmada kısaca incelenecektir.

I. ANONİM ŞİRKETİN KURULUŞUNDAKİ EKSİKLİKLER

Anonim şirketlerin kuruluşunda esas sözleşmenin düzenlenmesi (TTK m. 339), pay sahiplerinin taahhütlerinin noterde onaylanması (TTK m. 341), aynı sermayeye değer biçilmesi (TTK m. 342-343), Bakanlık izni (TTK m. 354), pay bedellerinin ödenmesi (TTK m. 344, 345, 346), kurucular beyanı (TTK m. 349), ticaret siciline tescil ve ilan (TTK m. 354, 355) gibi aşamalar söz konusudur. Bu aşamalar için öngörülen düzenlemeler anonim şirketin kuruluşundaki hukuka aykırılıkların önüne geçilmesini hedeflemektedir. Ancak bütün bunlara rağmen kuruluşta önemli veya önemsiz çeşitli hukuka aykırılıklarla karşılaşılması muhtemeldir. İşte bu aşamada kuruluştaki eksikliklerin tamamlanmasında ve yanlışlıkların düzeltilmesinde ticaret sicil müdürüne büyük iş düşmektedir. Anonim şirkete ilişkin hükümler önemli ölçüde emredici nitelikte olduğundan (m. 340), şirketin kuruluşunda esas sözleşmeye kanuna aykırı hükümler konulma ihtimali yüksektir. Bu nedenle şirketi tescil edecek ticaret sicil memurlarının nitelikleri daha da önemli hale gelmiştir². Ticaret sicil müdürü, tescilli talep edilen hususlarda tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığını incelemekle yükümlü tutulmuştur (TTK m. 32/1). Sicil müdürünün, bir ticaret şirketinin tescilinde

¹ Bu düzenleme AET'nin şirketlere ilişkin 68/151/AET sayılı Birinci Yönergesinin 11 ve 12 nci maddelerine uygun olduğu gibi; AB ülkeleri ile İsviçre'de benzer hüküm (İsv. BK 643/3) mevcuttur. (Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324, s. 163)

² Bkz. **Türk, Ahmet:** "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Genel, Ticaret Şirketlerine İlişkin Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığa İlişkin Hükümlerinden Bazıları Hakkında Düşünceler", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2170.

özellikle şirket sözleşmesinin emredici hükümlere aykırılık olup olmadığını ve kanunun bulunmasını zorunluluk olarak öngördüğü hükümleri içerip içermediğini incelemek yükümlülüğü vardır (TTK m. 32/2)³. Ayrıca, tescil edilen hususların gerçeği tam olarak yansıttığını, üçüncü kişilerde yanlış izlenim uyandırmamasını ve kamu düzenine aykırılık taşımamasını hususlarını da sicil müdürü incelemelidir (TTK m. 32/3)⁴. Hemen belirtelim ki, sicil müdürü evrak üzerinde yaptığı incelemeyle anonim şirketin kuruluşunda şirket alacaklılarının, pay sahiplerinin ve kamunun menfaatlerinin önemli şekilde tehlikeye düşürüldüğünü her zaman fark edemeyebilir. Ancak bu durumda dahi anonim şirket ticaret siciline tescil olunmakla tüzel kişilik kazanmaktadır (TTK m. 355).

II. TESCİLİN SAĞLIĞA KAVUŞTURUCU ETKİSİ

Anonim şirketin ticaret siciline tescili kurucu etkiye sahip olup, şirket tescil ile tüzel kişilik kazanmaktadır (TTK m. 355). Kurucu tescilin fonksiyonlarından birisi de her türlü hukuki sakatlığı onarması ve sağlığa kavuşturmasıdır⁵. Dolayısıyla anonim şirketin ticaret siciline tesciliyle birlikte her türlü hukuki sakatlık onarılmakta, sağlığa kavuşmaktadır⁶. Bu ilke, ticaret siciline yanlış tescil edilen bir hususun aradan belli bir zaman geçtikten sonra hukuk güvenliği bakımından ileri sürülebilmesi demektir⁷. Gerçekten de şirketin üçüncü kişilerle ve ortakların kendi aralarında yaptıkları işlemlerin her an batıl kılınma tehlikesi işlem güvenliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Nitekim doktrinde de batıl bir hukuki işlemin zaman sınırlaması olmaksızın her zaman geçersizliğinin ileri sürülebilmesinin hukuk güvenliği ile bağdaşmadığının ifade edildiği ve kesin hükümsüzlüğün düzeltilmesi imkânı üzerinde durulduğu görülmektedir⁸.

Şunu da belirtelim ki, her ne kadar tescilin sağlığa kavuşturucu etkisinden söz ediliyorsa da aslında eksiklik tescille sağlığa kavuşmamaktadır; hukuki görünüş gereğince işlem güvenliği korunmaktadır. Çünkü tescille hukuki sakatlık tam olarak ona-

³ Sicil müdürünün yapacağı araştırma kapsamlı bir denetim şeklinde gerçekleşmez; sicil müdürü uyanık olmalı, özellikle emredici hükümlere aykırılık ve kanunun zorunlu kıldığı esasların mevcut olup olmadığını araştırmalıdır (TTK m. 32/2). Bkz. **Karahan, S.:** Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 22. Tıpkı Bası, Konya 2011, s. 111.

⁴ Doktrinde, sicil memurunun yasal koşulların var olup olmadığını tescil sırasında inceleme yetkisinin, emredici hükümlere aykırılık bulunup bulunmadığıyla sınırlı olduğu; bunun yanında kamu düzenine aykırılığın açık olduğu istisnai hallerde sicil memurunun inceleme görevinin bulunduğu belirtilmiştir. Bkz. **Ayhan, R.:** Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 252.

⁵ **Pulaşlı: Şerh, C.1, s. 635, N. 99.**

⁶ Kuruluştan itibaren, çok kısa bir süre geçtikten sonra anonim şirketin butlanına veya yokluğuna karar verilememesi, tescilin her türlü hukukî sakatlığı onarması (sağlığa kavuşturması) ilkesi, işlem güvenliğinin korunması gereğinin zorunlu sonucu ve anonim şirketler hukukunun bir temel ilkesidir. Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TTK m. 353 Gereğesi, s. 163.

⁷ Sicilin iyileştirici etkisi hakkında bkz. **Poroy, R./Yasaman, H.:** Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul 2010, s. 212.

⁸ Alman Medeni Kanunu (BGB) § 141 hükmündeki sözleşmenin taraflarca sonradan onaylanmasıyla kesin geçersizliğin düzeleceğine ilişkin hükmün Türk hukuku bakımından da kabul edilebileceği ileri sürülmektedir. Böylece onama sözleşmesiyle eski sözleşme hükümleri yeniden doğarak ileriye etkili (ex nunc) olarak geçerlilik kazanmaktadır. Ayrıca MK m. 2 uyarınca hukuki işlem uygulandıktan ve uzun süre beklendikten sonra butlanın dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. **Antalya, G.:** 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 99.

rılmış olsaydı, şirketin feshinin dava edilmesi mümkün olmazdı⁹. Hukuka aykırılık halinde anonim şirketlerin kuruluşundaki eksikliğin niteliği ne olursa olsun butlana ve yokluğa hükmedilemeyeceğinden, gerekli koşullar oluştuğunda fesih davasının açılabilmesi hükmüne bağlanmıştır (TTK m. 353/1)¹⁰.

İsviçre hukukunda da ticaret siciline tescil edilen bir anonim şirketin, kuruluşundaki eksikliklere ve hukuka aykırılıklara rağmen tüzel kişilik kazanacağı kabul edilmektedir (İsv. BK m. 643/2). Tescil ile birlikte kuruluştaki sakatlıklar ıslah edilmektedir¹¹. Anonim şirketin kuruluşundaki eksikliklerin gerek tescilden önce gerek tescilden sonra düzeltilmesi mümkündür. Ancak kuruluştaki hukuka aykırılığın pay sahipleri ve şirket alacaklılarının menfaatlerini önemli ölçüde tehlikeye düşürmesi veya ihlal etmesi halinde fesih davası öngörülmüştür (İsv. BK m. 643/3).

Alman hukukunda da tescilin sağlığa kavuşturucu etkisinin kabul edildiği söylenebilir. Çünkü anonim şirketin kuruluşunda butlan sebepleri sınırlı olarak sayılmış ve üç yıllık dava açma süresi öngörülmüştür (AktG § 275/1, 3). Ayrıca mahkeme kararı ile anonim şirketin butlanına hükmedilmesine rağmen, kararın tesciline kadar şirket adına yapılan hukuki işlemlerin butlandan hiçbir şekilde etkilenmeyeceği öngörülmüştür (AktG § 277/2). Nihayet butlanın tespiti halinde şirketin tasfiyesinin de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil, fesih hükümlerine göre gerçekleştirileceği düzenlenmesi de (AktG § 277/1) bu durumu teyit etmektedir¹².

III. KANUNA AYKIRI KURULAN ANONİM ŞİRKETİN FESHİNİN DAVA EDİLMESİ

Ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanan anonim şirketin (TTK m. 355) kuruluşunda, kanunda öngörülen işlemlerden bazıları hiç veya gereği gibi yapılmamış olsa dahi tescilden sonra artık şirketin butlanı ve yokluğu ileri sürülemeyecek (TTK m. 353/1), ancak şirketin feshi dava edilebilecektir.

6762 sayılı TTK'da kuruluştaki kanuna aykırılık halinde “*şirketin kurulmamış sayılması*” (eTTK m. 299/V) için dava açılması imkânı getirilmiştir. Uzun zaman yürürlükte kalan bu hüküm 1995 yılında 559 sayılı KHK m. 13 ile yürürlükten kaldırılmıştır¹³. Gerek uygulandığı dönemde gerekse hükmün yürürlükten kaldırılmasından sonra bu konuda çeşitli eleştiriler yapılmıştır. Bu nedenle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki fesih davasını (m. 353) incelerken, 6762 sayılı TTK m. 299/V hükmündeki “*şirketin kurulmamış sayılması*” davasıyla karşılaştırma yapmakta yarar görülmektedir.

⁹ **Pulaşlı, H.:** 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre, Şirketler Hukuku Şerhi, C. 1, Ankara 2011, s. 635, N. 99.

¹⁰ Bu düzenleme AET'nin şirketlere ilişkin 68/151/AET sayılı Birinci Yönergesinin 11 ve 12 nci maddelerine uygun olduğu gibi; AB ülkeleri ile İsviçre'de benzer hüküm (İsv. BK 643/3) mevcuttur. (Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324, s. 163)

¹¹ Örneğin şirketin kuruluşu sırasında her hisseye mahsuben %20 oranında ödeme yapılmadığı halde gerçeğe aykırı şekilde yapılmış gibi karar alınması; İsv. BK m. 635 ve 636 hükümlerine aykırılık ilk organların kanun ve esas sözleşmeye uygun oluşturulmaması gibi hukuka aykırılıkların bulunması dahi ticaret siciline tescil edilen bir anonim şirketin tüzel kişilik kazanmasına engel oluşturmaz. Bkz. **von Steiger, F. (Çev. Çağa, T.)** : İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1968, s. 148-149.

¹² Bkz. **Reiser, T./Veil, R.:** Recht Der Kapitalgesellschaften, 4. Neubearbeitete, München 2006, §11, N. 40.

¹³ Bkz. RG. 27.06.1995, S. 22326, s. 131.

A. FESİH DAVASI

6762 sayılı TTK'da tasdik edilen bir şirketin sonradan butlanının ileri sürüleceği¹⁴; ancak şirketin kurulmasında kanun veya esas sözleşme hükümlerine aykırılık nedeniyle alacaklıların veya pay sahiplerinin menfaatleri önemli derecede tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olursa ilgili alacaklı veya pay sahiplerinin talebi üzerine mahkemece şirketin kurulmaması sayılmasına karar verilebileceği öngörülmüştür (eTTK m. 299/V). Bu düzenleme doktrinde eleştirilmiş ve şirketin kurulmaması sayılması şeklinde değil, fesih davası biçiminde olduğu ileri sürülmüştür¹⁵. Çünkü böyle bir dava ile anonim şirketin butlanına karar verilmesi, hiç kurulmamış sayılmasının sonucu tescilden sonra üçüncü kişilerle yapılmış olan işlemlerin ehliyetsizlik nedeniyle hükümsüzlüğünü doğurmaktaydı. Bu işlemi şirket adına yapanlar, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı şahsen tacir gibi sorumlu olmaktadır (eTTK m. 14, 301/II)¹⁶. Gerçi gerek şirketin kuruluşunun Bakanlık¹⁷ ve Ticaret Mahkemesi tarafından denetlenmesi gerek dava süresinin 1 ay olması nedeniyle bu düzenlemenin uygulamasıyla sık karşılaşılmamıştır. Ancak, yine de bu düzenlemenin hem üçüncü kişiler hem de şirket adına işlem yapanlar bakımından oldukça tehlikeli olduğuna işaret edilmiştir¹⁸. Tüzel kişilik kazanarak hukuk alanında özne olarak işlemlerde bulunmuş bir varlığın geçmişe etkili olarak kurulmaması sayılmasına karar verilmesi, bu hükümle korunmak istenen menfaatten çok daha önemlilerini ihlal etmektedir¹⁹.

1995 yılında 559 sayılı KHK m. 13 ile eTTK m. 299 hükmü tamamen yürürlükten kaldırılmıştır, ancak bu da uygun çözüm olmamıştır. Çünkü bu şekilde anonim şirketin "kurulmamış sayılma" davası ile birlikte, tescilin sağlığa kavuşturucu etkisi ve butlanının ileri sürüleceğine ilişkin düzenleme de yürürlükten kalkmıştır. Böylece hiçbir süreye bağlı kalmaksızın şirketin butlanının tespitinin istenmesinin mümkün olduğunu ileri sürme imkânı doğmuştur²⁰. Nitekim Yargıtay'ın bazı kararlarında bu dönemde açılan butlan davalarının kabul edildiği görülmektedir²¹.

¹⁴ Anonim şirketin kuruluşunda Bakanlık ve Ticaret Mahkemesi tarafından kuruluş işlemleri incelenmekte ve mevzuata uygunluğu denetlenmekteydi (eTTK m. 299). Böyle bir sistemde anonim şirketin tescil ve ilanından sonra artık butlanının talep edilememesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. **İmregün, O.:** Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, s. 82.

¹⁵ eTTK m. 299 hükmünün eleştirisi için bkz. **Domaniç, s. 332** vd.; **Alışkan, M.:** Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, İstanbul 2007, s. 116-117, 125 vd.

¹⁶ **İmregün:** AO, s. 83.

¹⁷ Bakanlığın inceleme yetkisinin kanunun emredici hükümleri bakımından değil, ülke ekonomisine uygunluk ve kamuya yararlılık bakımından olacağı ifade edilmiştir. Bkz. **Bahtiyar, M/Biçer, L.:** "Anonim Ortaklık Kuruluş Sistemleri ve TTK m. 273 Değişikliği", Makaleler, C. II, İstanbul 2008, s. 108-109, dnp. 22'de anılan yazarlar.

¹⁸ **İmregün:** AO, s. 83.

¹⁹ **Arslanlı, H.:** Anonim Şirketler, Umumi Hükümler, C.I, İstanbul 1960, s. 74; **von Steiger:** s. 150 vd.

²⁰ Bkz. **Bahtiyar, M.:** Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001, s. 94.

²¹ Şirket kuruluşu ve ana sözleşmesinin hükümsüzlüğünün tespitini, şirketin ticaret sicilinden terkinde talep ve dava edilmiştir. Yerel mahkeme, davanın hak düşürücü sürede açılmadığı gerekçesine yer verirken, Yargıtay 11. HD. TTK.nun 299. maddesinin 559 sayılı KHK. ile yürürlükten kaldırıldığı, yürürlükten kaldırılan hükmün uygulanmama kuralı ileriye ve geriye etkili olacağından, öngörülen 1 aylık hak düşürücü sürenin uygulanamayacağı gerekçesiyle kararı bozmuştur. 11. HD. 22.03.2001, E.10980, K. 2259, (<http://www.ictihatbul.com/dilekce/11h/39181.html>)

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hem tescilin onarıcı etkisini yeniden düzenlemiş hem de “*şirketin kurulmamış sayılması*” (eTTK m. 299/V) yerine “*şirketin feshine karar verilir*” ifadelerine yer vermiştir (TTK m. 353/1). Böylece fesih davasıyla şirketin geleceğe etkili olarak sona ermesi sağlanmış ve bahsedilen birçok sakıncanın önlenmesi amaçlanmıştır. Önceki düzenlemede şirketin sonradan butlanının ileri sürülemeyeceği ilke olarak ortaya konulduktan sonra, bir istisna olarak kurulmamış sayılma davasından bahsedilmiştir (eTTK m. 299/V). Yeni düzenlemede ise, anonim şirketin butlanına ve yokluğuna karar verilemeyeceği düzenlendikten sonra, fesih davası öngörülmüştür. Ancak fesih davası bu ilkenin bir istisnası değildir, MK m. 47/2 hükmü ise bir istisna olarak kabul edilebilir²².

B. FESİH DAVASININ ŞARTLARI

Türk Ticaret Kanunu’nda kanun hükümlerine aykırılık suretiyle alacaklıların, pay sahiplerinin ve kamunun menfaatlerinin önemli şekilde tehlikeye düşürülmüş olması halinde fesih davasının açılacağı öngörülmüştür (TTK m. 353/1). *Mehaz İsviçre hukukunda fesih davası*, kuruluşta kanuna ve esas sözleşme hükmüne aykırılık ile pay sahipleri ve şirket alacaklılarının menfaatlerinin önemli ölçüde tehlikeye düşürülmesi veya ihlal edilmesi şartına bağlanmıştır (İsv. BK m. 643/3).

Türk Ticaret Kanunu’nda fesih sebepleri sayma yoluna gidilmemiş, hangi hukuka aykırılıkların fesih nedeni olacağına ilişkin temel bir ölçüt ortaya konulmuştur. Buna göre önemli nitelikteki bir kanuna aykırılık nedeniyle şirket alacaklılarının, pay sahiplerinin ve kamunun menfaati önemli şekilde tehlikeye düşmüş veya ihlâl edilmiş olması halinde şirketin feshi talep edilebilecektir (TTK m. 353/1)²³. “Önemli” sözcüğü hem menfaati hem de ihlâl kapsamaktadır²⁴. Başka bir anlatımla şirketin kuruluşundaki her türlü hukuka aykırılık fesih sebebi sayılmayacak, kanuna aykırılığın önemli olup olmadığına da bakılacaktır. O halde fesih davasının mahkeme tarafından kabulü için iki şart bir arada bulunmalıdır:

1. Şirketin Kurulmasında Kanun Hükümlerine Aykırı Hareket Edilmiş Olması

6762 sayılı TTK’da şirketin kurulmasında “kanun veya esas sözleşme hükümlerine aykırılık” dava şartı olarak öngörülmüş idi (eTTK m. 299/V). Yeni düzenlemede ise yalnızca kanun hükümlerine aykırı hareket edilmekten bahsedilmiştir (TTK m. 353/1). Fesih davasının mahkeme tarafından kabul edilebilmesi için, kanuna aykırılık önemli ölçüde olmalıdır. Kanuna aykırılık önemli ölçüde ve nitelikte değilse mahkeme şirketin feshine ilişkin talebi reddetmelidir²⁵. Örneğin anonim şirket esas sözleşmesi 30 gün içinde (TTK m. 354/1) değil de 41. Gün ticaret siciline tescil edilmiş ise bu durum fesih sebebi olmayacaktır.

²² **Alışkan:** s. 130.

²³ eTTK m. 299 hükmüne göre kuruluş sırasında kanun ve esas sözleşme hükümlerine aykırılık nedeniyle, alacaklıların ve pay sahiplerinin menfaatleri önemli ölçüde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş ise fesih davası açılabilir. Zarar doğması şart değildir, zarar tehlikesi de dava için yeterlidir. Örneğin, payların önemli bir kısmına katılma taahhüdü olmadan şirket onaylanmışsa veya sermaye olarak konulan veya devralınan ayınların değeri aşırı derecede yüksek gösterilmiş ve her nasılsa anlaşılmamışsa mahkeme butlana karar vermelidir. Bkz. **Arslanlı:** s. 74. Fesih davası için zararın doğmuş olması şart değildir, ancak şirketin kurulmamış sayılması halinde tazminat isteyebilmek için zararın ortaya çıkmış olması gerekir. Bkz. **Domanıç:** s. 331-332.

²⁴ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), m. 353 Gerekçesi, s. 163.

²⁵ Bkz. **Forstmoser, P./Meier-Hayoz, A./Nobel, P.:** Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, s. 165, N. 20; **Pulaşlı:** Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, s. 636-637, N. 101.

2. Alacaklıların, Pay Sahiplerinin veya Kamunun Menfaatinin Önemli Şekilde Tehlikeye Düşmüş Veya İhlâl Edilmiş Olması

Fesih davasının kabulü için, şirket alacaklılarının, pay sahiplerinin veya kamunun menfaati önemli şekilde tehlikeye düşmüş ya da ihlâl edilmiş olmalıdır (TTK m. 353/1). Yürürlükten kaldırılan düzenlemede ise “kamunun menfaati” sayılmamıştır (eTTK m. 299/V). TTK m. 353 anlamında fesih sebebinin varlığından söz edebilmek için hak ihlali şart değildir, şirket alacaklısının, pay sahibinin ya da kamunun menfaatinin tehlikeye düşmüş olması halinde de kanuna aykırılık önemli ise şirketin feshi söz konusu olabilecektir. Ayrıca feshe karar verilebilmesi için zararın doğmuş olması da şart değildir, menfaatin tehlikeye düşmüş olması yeterlidir²⁶. Unutulmaması gereken bir husus da mahkemenin şirketin feshine karar vermeden önce şirketin eksiklikleri gidermesi halinde davanın düşeceği. Nitekim eksikliklerin giderilebilmesi, esas sözleşmeye ve kanuna aykırı hususların düzeltilmesi için mahkemenin süre verebileceği yasadaki öngörülmüştür (TTK m. 353/2).

3. Anonim Şirketin Feshinin Dava Edilebileceği Hukuka Aykırılık Örnekleri

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda fesih davasına ilişkin düzenleme (m. 353), AET’nin şirketlere ilişkin 68/151/AET sayılı Birinci Yönergesinin 11 ve 12 nci maddelerine uygun olduğu gibi, İsviçre Borçlar Kanunu m. 643/3 hükmü ile de benzerlik taşımaktadır²⁷. Şunu da belirtelim ki, AET Yönergesi ve Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’ndaki düzenlemede butlan davasından bahsedilmekteyse de hukuki sonuçları bakımından fesih davasına benzemektedir.

*AET’nin şirketlere ilişkin 68/151/AET sayılı Birinci Yönergesinin 11’nci maddesinde butlana mahkeme kararı ile hükümlenmesinin zorunlu olduğu belirtilmiş ve butlan sebepleri sınırlı olarak sayılmıştır*²⁸:

- a. Kuruluş senedinin yokluğu veya koruyucu denetime ilişkin formalitelere ya da resmi onay şekline uyulmamış olması,
- b. İşletmenin (şirketin) fiili faaliyet konusunun kanuna veya kamu düzenine aykırı olması,
- c. Kuruluş senedinde veya esas sözleşmesinde şirketin unvanının, faaliyet konusunun, ortakların sermaye paylarının veya taahhüt edilen toplam sermaye miktarının gösterilmemesi,
- d. Üye devletlerin ödenmesi zorunlu asgari şirket sermayesine ilişkin mevzuatlarına uyulmaması,
- e. Kuruluşa katılan bütün ortakların ehliyetsiz olması,
- f. Şirket hakkında uygulanacak olan üye devletin mevzuatına aykırı biçimde kuruluşa katılan ortak sayısının ikiden az olması.

Yönergede sayılan butlan sebepleri Türk hukukunda fesih davasının kabulü için de yeterli sebeplerdir.

²⁶ **Alışkan:** s. 132.

²⁷ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), s. 163. Nitekim doktrinde de İsv.BK m. 643/3, 4; AktG § 275-277 ve Avrupa Konseyi Birinci Yönergesi’ne (m. 11-12) paralel bir düzenlemenin yapılması önerilmiştir. Bkz. **Bahtiyar, M.:** Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK’ya Göre Yazılmış 7. Bası, İstanbul 2012, s. 119.

²⁸ Yönergenin Türkçe çevirisi için bkz. **Kendigelen, A.:** “Sermaye Şirketlerinde Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kurulustan Doğan Sorumluluk”, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş yıl, Makalelerim, İstanbul 2001, s. 515-516.

Alman hukukunda esas sözleşmede sermaye tutarı veya işletmenin konusunun yer alması halinde ya da işletmenin konusu hakkındaki esas sözleşme hükümlerinin batıl olması durumunda her pay sahibinin, yönetici kurulun ve gözetim kurulunun her bir üyesi tarafından şirketin butlanının dava edebileceği öngörülmüştür. Butlan davasının dayanağını oluşturan bu sebepler sınırlı olarak sayılmıştır (AktG § 275/1).

İsviçre hukukunda esas sermayenin önemli bir kısmının taahhüt edilmemiş olması, sermaye taahhüdünde bulunan kişilerin ödeme kabiliyetinin bulunmaması, iştirak taahhütlerinin geniş ölçüde hükümsüz olması, aynı sermayeye aşırı değer biçilmiş olması, şirketin amacının imkânsızlığı ve kurucular tarafından hilelere başvurulmuş olması gibi durumlarda fesih davasının açılacağı ifade edilmiştir²⁹.

Buraya kadar sayılan sebepler *Türk hukuku* bakımından da anonim şirketin feshine yol açacak hukuka aykırılıklardır. Ayrıca bu konuda Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan düzenlemeler arasından şu örnekler verilebilir. Örneğin itibarî değerinden aşağı bedelle pay çıkarılması yasaktır (TTK m. 347). Buna rağmen paylar esas sözleşmede öngörülen itibarî değerden aşağı bir bedelle ihraç edilmişlerse yasağa aykırılığın ilk sonucu, sicil memurunun şirketin kuruluşunun veya sermaye artırımının tescilini reddetmesidir. Kuruluş belgelerinden (TTK m. 336) bu aykırılığın kolayca tespiti mümkündür. Bu aykırılık tespit edilmiş ve şirket tescil olunmuşsa, bu durumda TTK m. 353 uyarınca şirketin feshi dava edilebilecektir³⁰.

Anonim şirketin kuruluşunda iradelerin sakatlanması, belgelerin düzgün ve amaca uygun hazırlanmaması, sahteliği; esas sözleşmenin/taahhütnamenin zorunlu içeriğine ilişkin kurala uyulmaması; şekil hükümlerinin ihlali; aynı sermayenin değerlendirilmesi gibi hukuka aykırılıkların menfaatleri tehlikeye düşüreceği açıksa, TTK m. 353 hükmü uyarınca şirketin feshi davası açılabilir³¹.

Anonim şirketlerde pay sahipleri, sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile ve şirkete karşı sorumludurlar (TTK m. 329/2). Buna göre ortağın şirket karşısındaki tek borcu taahhüt etmiş olduğu payların karşılığını şirkete ödemektir (eTTK m. 405)³². Kanunda öngörülen istisnalar dışında, esas sözleşmeyle pay sahibine, pay bedelini veya payın itibarî değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez (TTK m. 480/1). Bu hükme aykırı olarak pay sahiplerinin sorumluluğunu genişleten esas sözleşme hükümleri batıldır³³. Bu hukuka aykırılığın alacaklıların, pay sahiplerinin ve kamunun menfaatlerinin önemli şekilde tehlikeye düşürmesi şirketin feshine neden olabilecektir.

Sermayenin korunması ilkesi uyarınca, sermaye kural olarak şirketin mülkiyetinde olmalı, gerçek değeri ile şirkete fiilen getirilmeli, sermaye korunmalı ve geri iade edilmemelidir³⁴. Buna göre sermayenin korunması için sermaye pay sahiplerine doğrudan veya dolaylı olarak iade edilemez ve şirket malvarlığı şirket sona erinceye kadar, işletme konusunun elde edilmesine özgülenmiş olmalıdır³⁵. Bu bağlamda şirket sermayesinin asgari sermaye tutarının (TTK m. 332/1) altında belirlenmiş olması; kişi-

²⁹ **von Steiger:** s. 151-152.

³⁰ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TTK m. 347 Gerekçesi, s. 160.

³¹ **Tekinalp:** Tek Kişi Ortaklığının Esasları, s. 101-102.

³² Bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)** : s. 529, N. 1019.

³³ Bkz. **Böckli:** Aktienrecht, 4. Auflage, §16, N. 168; **Karasu, R.:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009, s. 67; **Pulaşlı:** Şirketler Hukuku Şerhi, s. 804, N. 368.

³⁴ Genel Gerekçe paragraf 57, bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), s. 26.

³⁵ Sermayenin korunması ilkesinin kapsamı hakkında bkz. **Tekinalp, Ü.:** "Sermayenin Korunması İlkesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, C.2, s. 1682-1683.

sel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacakların sermaye olarak getirilmesine esas sözleşmeyle izin verilmiş olması³⁶ halinde fesih davası söz konusu olabilecektir. Aynı sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletmelere ve aylara mahkemece atanmış bilirkişi tarafından değer biçilmemiş olmasının (TTK m. 343) da sonucu aynıdır. Şirketin kurdukları sırada harcadıkları emeğe karşılık olarak kuruculara, para ve bedelsiz pay senedi vermek gibi şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurabilecek bir menfaat tanınmaz. Bu hükme aykırı esas sözleşme hükümleri geçersizdir (TTK m. 348/1).

C. USULE İLİŞKİN HÜKÜMLER

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda fesih davasına ilişkin usul hükümlerine de yer verilmiştir. Fesih davası anonim şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesinde açılmalıdır (TTK m. 353/1). Bu kural TTK m. 5 anlamında bir iş bölümü ilkesi değil, görev kuralıdır³⁷.

Dava dilekçesine deliller ile gerekli bütün bilgiler eklenmelidir. Yargılama aşamasında delil sunulamayacağı gibi bir davanın beklenilmesi ve bilgi getirtmesi de mahkemedene istenemez. Ancak, somut olayın haklı göstermesi hâlinde, mahkeme, kesin süreye bağlayarak, davacının delil sunma ve bilgi getirtme istemini kabul edebilir.

Dava, acele işlere ilişkin usule tâbîdir (TTK m. 353/3). Başka bir anlatımla fesih davasında basit yargılama usulü uygulanacaktır (TTK m. 1521). 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yazılı ve basit yargılama usulü öngörülmüş olup, fesih davasında daha kısa ve daha seri bir yargılama usulü olan basit yargılama usulü uygulanmalıdır³⁸. Basit yargılama usulünde dava ve cevap dilekçesi dışında replik ve düplik dilekçesi verilmemekte (HMK m. 317/3) ; dava açılması ve cevap dilekçesinin verilmesiyle birlikte iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı başlamaktadır (HMK m. 319)³⁹. Dolayısıyla deliller ve belgelerin ilk celseye kadar hazır olması gerekli olup, yargılama aşamasında dosyaya hiçbir belge giremeyecektir⁴⁰. Ancak, somut olayın haklı göstermesi hâlinde, mahkeme, kesin süreye bağlayarak, davacının delil sunma ve bilgi getirtme istemini kabul edebilecektir (TTK m. 353/3)⁴¹.

Sayılan usul kurallarına uyulması zorunludur. Çünkü yeni kurulan anonim şirketin faaliyetine devam edip etmeyeceği davanın sonucuna göre değişecektir; davanın gecikmesi anonim şirketin ilişkilerinin yoğunlaşması ve tasfiyenin zorlaşması sonucunu doğuracaktır. Anonim şirketin faaliyet göstermesi tedbir kararıyla engellenmeyeceğine göre, fesih davasının bir an önce açılmasının sağlanmasında yarar vardır⁴².

³⁶ Anonim şirketlerde hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olarak getirilemez (TTK m. 342/1).

³⁷ Bkz. **Tekinalp, Ü.:** Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2012, s. 102.

³⁸ 1086 sayılı HUMK'da yazılı, basit, seri ve sözlü yargılama usulü öngörülmekteydi, 6100 sayılı HMK'da yalnızca yazılı ve basit yargılama usulü öngörülmüş olup, farklı kanunlarda seri ve sözlü yargılama usulüne yapılan atıfların basit yargılama usulüne yapıldığı kabul olunmalıdır (HMK m. 316/1-g).

³⁹ Basit yargılama usulü hakkında bkz. **Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011, s. 586 vd.

⁴⁰ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), m. 353 Gereğesi, s. 163.

⁴¹ Davanın niteliği gereği, yargılama aşamasında delil sunulamaz ve mahkemedene bilgi getirtilmesi istenemez, ancak somut olayın özellikleri nedeniyle istisnaen bu ilkeden sapılabilir. Örneğin davanın pay sahibi ve özellikle alacaklı tarafından açıldığı durumlarda bazı bilgilerin ve delillerin şirketten ya da kuruculardan sağlanabileceği anlaşılabilir veya kuruluşa katılan noterin veya işlem denetçisinin dinlenmesi gerekebilir. Bkz. TTK m. 353/3'teki değişikliğe ilişkin, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), s. 488, 489.

⁴² Bkz. **Tekinalp:** Tek Kişi Ortaklığının Esasları, s. 103.

1. Dava Açmaya Yetkili Olanlar

Kuruluştaki hukuka aykırılık nedeniyle fesih davası açma yetkisi yönetim kuruluna, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na, ilgili alacaklıya ve pay sahibine tanınmıştır (TTK m. 353/1)⁴³. Maddede fesih davasının davacıları sınırlı sayıda (numerus clausus) gösterilmiştir⁴⁴, bu nedenle sayılanlar dışında başka bir kişinin fesih davası açma yetkisi yoktur. Burada sayılan kişiler her biri diğerinden bağımsız olarak fesih davası açma hakkına sahiptirler⁴⁵.

Ticaret Sicil Müdürlüğüne niçin dava açma yetkisi verilmediği düşünülebilir. Ticaret sicil müdürü tescilli talep edilen hususlarda tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığını incelemekle yükümlü tutulmuştur (TTK m. 32/1). Sicil müdürünün, bir ticaret şirketinin tescilinde, özellikle şirket sözleşmesinin emredici hükümlere aykırı olup olmadığı ve kanunun bulunmasını zorunluluk olarak öngördüğü hükümleri içerip içermediğini incelemek yükümlülüğü vardır (TTK m. 32/2). Ayrıca, tescil edilen hususların gerçeği tam olarak yansıttığını, üçüncü kişilerde yanlış izlenim uyandırmamasını ve kamu düzenine aykırılık taşımaması hususlarını da sicil müdürü incelemelidir (TTK m. 32/3). Bu sırada şirketin butlanına yol açan bir sebep tespit ederse şirketin tescilli talebini reddedebilecektir. Dolayısıyla sicil müdürüne fesih davası açma yetkisi verilmemesi doğaldır.

2. Davada Şirketin Temsili

Fesih davası, anonim şirket tüzel kişilik kazandıktan sonra açılacağından şirket tüzel kişiliğine karşı açılır⁴⁶. Fesih davasının pay sahipleri, ilgili alacaklılar veya Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından açılması halinde, şirketi yönetim kurulu temsil eder. Ancak dava yönetim kurulu tarafından açılmış ise, mahkeme tarafından tayin edilen bir kayyım şirketi temsil edecektir⁴⁷. Dava şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde açılır (TTK m. 353/1).

D. FESİH DAVASININ AÇILMASINDA SÜRE

Fesih davasının, şirketin tescil ve ilanından itibaren üç aylık hak düşürücü süre içinde açılması gerekmektedir (TTK m. 353/4)⁴⁸. Bu süre hak düşürücü nitelikte olup, bu süre geçtikten sonra şirketin feshinin dava edilmesi mümkün değildir. İşlem güvenliği açısından üç aylık süre uygundur⁴⁹. Hak düşürücü süre ilan tarihinden itibaren

⁴³ 6762 sayılı TTK'da davacılar yalnızca "ilgili alacaklı ve pay sahibi" olarak sayılmışken (eTTK m. 299/V), yeni düzenlemede davacıların sayısı artırılmıştır (TTK m. 353/1).

⁴⁴ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TTK m. 353 Gerekçesi, s. 163.

⁴⁵ **Alışkan:** s. 135.

⁴⁶ eTTK m. 299 hükmüne göre fesih davası şirketin tescilinden sonra açılmışsa davalı şirket tüzel kişiliği, tasdikten sonra fakat tescilden önce açılmışsa davalı kurucular olmaktadır. Bkz. **Arslanlı:** s. 74. **Domanıç,** şirketin kurulmamış sayılmasına ilişkin davanın, yokluğu ileri sürülen bir kişiye karşı açılmayacağı; olsa olsa şirket tüzel kişiliğine karşı geçmişe etkili bir fesih davası açılması gerektiğini ileri sürmektedir. **Domanıç, H.:** Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, İstanbul 1988, s. 327-328. Ayrıca eleştiriler için bkz. **Alışkan:** s. 137-138.

⁴⁷ **Pulaşlı:** Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, s. 637, N. 104.

⁴⁸ 6762 sayılı TTK'da davanın şirketin tescil ve ilanından itibaren bir aylık hak düşüren süre içinde açılması öngörülmüştür (eTTK m. 299/V).

⁴⁹ **Pulaşlı:** Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, s. 637, N. 103.

işlemeye başlayacaktır⁵⁰. Dolayısıyla TTK m. 353 hükmünde öngörülen fesih davasının açılacağı üç aylık hak düşürücü süre ilan tarihinden itibaren hesaplanacaktır. Nitekim mehz İsviçre hukukunda da fesih davası, şirketin tescilinin ticaret sicil gazetesinde (SHAB) ilanından itibaren üç ay içerisinde pay sahipleri ve şirket alacaklıları tarafından açılabilir (İsv. BK m. 643/4, 3).

E. DAVANIN AÇILDIĞI TARİHTE MAHKEMENİN ALACAĞI ÖNLEMLER

Anonim şirketin feshi için dava açıldığında mahkeme gerekli tedbirleri almak zorundadır (TTK m. 353/1)⁵¹. Bu aşamada şirketin aktiflerinin ve bütün belgelerinin teminat altına alınması veya kayyım atanması gibi önlemler alınabilir⁵². Ayrıca dava açıldığında mahkeme, derhal şirketin feshine karar vermeyecek; mümkünse eksikliklerin giderilebilmesi, esas sözleşmeye ve kanuna aykırı hususların düzeltilebilmesi için yönetim kuruluna süre verebilecektir (TTK m. 353/2)⁵³. Şirketin feshine karar verilmesinin ağır sonuçları göz önüne alındığında bu ihtimalin mutlaka araştırılması gereklidir. Şirket alacaklıları ve pay sahiplerinin çıkarlarının bozulmasını önleyecek, alacaklarının tahsilini güçleştirecek durumlara engel olacak şekilde şirket malvarlığına el koymak, hesap ve defterleri kontrol etmek gibi önlemler alınmalıdır⁵⁴.

Hem davanın açıldığı hem de kesinleşen karar, mahkeme tarafından re'sen ticaret siciline bildirilip tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilân olunmalıdır. Ayrıca, yönetim kurulu, tescil ve ilanı yapılan hususu, şirketin internet sitesine koymalıdır (TTK m. 353/5)⁵⁵.

F. MAHKEMENİN FESİH KARARININ ETKİSİ

Fesih davası, inşai (yenilik doğuran) dava niteliğindedir. İnşai davada mahkemenin, yeni bir hukuki durum yaratılması veya mevcut hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılması talep edilmektedir (HMK m. 108/1). Bu davada da anonim şirketin feshine karar verilmesi mahkemenin talep edilmektedir. Kanunda aksi öngörülmedikçe inşai hükümler geçmişe etkili değildir (HMK m. 108/3). Dolayısıyla mahkemenin fesih kararı geleceğe etkili (ex nunc) olarak hüküm ifade

⁵⁰ Bkz. **Arslanlı**: s. 74; Yargıtay 11. HD. 03.02.1980, E.6062/K.370 (**Eriş, G.**: Açıklamalı İçtihatlı, Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 1992, s. 833).

⁵¹ eTTK m. 299 hükmüne göre fesih davası açıldıktan sonra mahkeme bir tarafın talebi üzerine malların muhafazası için tedbir alabilmekteydi. Bkz. **Arslanlı**: s. 74; **Alışkan**: s. 142.

⁵² Bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**: s. 165, N. 24; **Pulaşlı**: Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, s. 638, N. 105.

⁵³ *Kanımızca TTK m. 353/2* hükmündeki “*esas sözleşmeye ve kanuna aykırı hususların düzeltilebilmesi*” ifadesi isabetli değildir. Çünkü birinci fıkrada fesih sebebi olarak kanun hükümlerine aykırılıktan bahsedilmiş olup, eTTK m. 299/V hükmünden farklı olarak esas sözleşmeye aykırılığın fesih davasına yol açacağı öngörülmemiştir. Bu nedenle TTK m. 353/2 hükmünün esas sözleşmedeki kanuna aykırı hususların ve diğer kanuna aykırılıkların düzeltilebilmesi, şeklinde anlaşılması yerinde olacaktır. Esas sözleşmeye aykırı olan bir işlemin düzeltilmesi fesih davasıyla ilgili değildir.

⁵⁴ **Domaniç**: s. 329.

⁵⁵ Daha önce davanın açıldığının ve kesinleşen kararın, “*tirajı ellibinin üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan en az bir gazetede ilanı*” öngörülmekteydi (TTK m. 353/5). Bu ifade 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un m. 41/8 hükmü ile madde metninden çıkarılmıştır.

edecektir⁵⁶. Hüküm, kamu düzeni ile ilgili olup, fesih kararı, işlem düzeni ve güvenliğini etkilemektedir⁵⁷.

Anonim şirketin feshi talebi mahkeme tarafından reddedildiğinde, bu karar fesih şartlarının oluşmadığı hususunda bir tespit hükmüdür ve sadece davacılar bakımından hüküm ifade eder. Üç aylık hak düşürücü süreye uymak kaydıyla, davacılar dışındaki hak sahipleri, yönetim kurulu, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, ilgili alacaklılar ve pay sahipleri fesih davası açabilecektir (TTK m. 353/1).

İnşai dava ile maddi hukukta durum değişikliği meydana gelmektedir⁵⁸. Mahkeme tarafından anonim şirketin feshine karar verilmesiyle, karar yalnızca davacı için değil, şirket tüzel kişiliği, bütün pay sahipleri ve alacaklılar hakkında hüküm ifade edecektir. Şirketin feshine karar verilmesiyle şirket sona erer, tasfiye haline girer, TTK m. 533 vd. hükümlerine göre tasfiye işlemleri yürütülür⁵⁹. Fesih davasında mahkeme, TTK m. 531 hükmünde öngörülen haklı nedenle fesih davasından farklı olarak sadece fesih kararı veya fesih talebinin reddi yönünde karar verebilir⁶⁰.

IV. FESİH DAVASI AÇMA SÜRESİ GEÇTİKTEN SONRAKİ DÖNEMDE ŞİRKETİN SONA ERMESİ

Fesih davasının, şirketin tescil ve ilanından itibaren üç aylık hak düşürücü süre içinde açılması gerekmektedir (TTK m. 353/4). Bu süre hak düşürücü nitelikte olup, bu süre geçtikten sonra şirketin feshinin dava edilmesi mümkün değildir. Bu durumda kanun hükümlerine aykırılık suretiyle alacaklıların, pay sahiplerinin ve kamunun menfaatlerinin önemli şekilde tehlikeye düşürülmüş olmasına rağmen süre geçtiğinden fesih davası açılmayacaktır (TTK m. 353/1). Örneğin aynı sermayeye değer biçilmesinde yapılan hile sonucunda, sahip oldukları payın gerçek değeri üzerinde ödeme yapan pay sahipleri bir aylık hak düşürücü süre geçtiğinden (eTTK m. 299/V) talepleri reddedilmiş ve sadece hile yapan ortağın şirkete tazminat ödemesini isteyebilecekleri hükme bağlanmıştır⁶¹. Üç aylık hak düşürücü süre sona erdikten sonra anonim şirketin kuruluşundaki hukuka aykırılıklar nedeniyle TTK m. 353 dışında şirketin feshinin ileri sürülmesi imkânı var mıdır? Bu kapsamda MK m. 47/II hükmünün anonim şirketlere uygulanabilirliği üzerinde durmak gerekir. Ayrıca Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nca açılacak fesih davası (TTK m. 210/3) ile şirketin haklı nedenle feshi (TTK m. 531) düzenlemesinden de kısaca bahsetmekte yarar vardır.

⁵⁶ Adliye Encümeni Mazbatasından anlaşıldığına göre eTTK m. 299 düzenlemesinde fesih kararı geçmişe etkiliydi. Dolayısıyla mahkeme kararıyla anonim şirket bütün pay sahipleri ve alacaklılar bakımından geçmişe etkili olarak mevcudiyetini kaybetmekteydi. Gerek ortaklar gerekse üçüncü kişilerle olan hukuki ilişkiler sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiye olunuyordu. Bkz. **Arslanlıç**: s. 73, 74; **Domaniç**: s. 330-331.

⁵⁷ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), m. 353 Gerekeşi, s. 163.

⁵⁸ İnşai dava hakkında bkz. **Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.**: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011, s. 309 vd.

⁵⁹ Hukuka ve ahlaka aykırı amacı nedeniyle sona erdirilen anonim şirketin malvarlığı ortaklara dağıtılmayacak, yasa gereği ilgili kamu kuruluşuna geçecektir (MK m. 54/III, İsv. MK m. 57/III). Bkz. **Pulaşlı**: Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, s. 639, N. 108.

⁶⁰ **Alışkan**: s. 147.

⁶¹ Yargıtay 11 HD. 14.02.1983, E. 1982/5835, K.1983/662 sayılı karar için bkz. **Başbuğoğlu, T.**: Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, C.1, Ankara 1988, s. 424-427.

A. TÜRK MEDENÎ KANUNU'NUN 47'NCİ MADDESİNİN ANONİM ŞİRKETLERE UYGULANABİLİRLİĞİ

Tescilin her türlü hukukî sakatlığı onarması (sağlığa kavuşturması) ilkesi, işlem güvenliğinin korunması gereğinin zorunlu sonucu ve anonim şirketler hukukunun bir temel ilkesi olduğu ve bu ilkenin Türk Medenî Kanunu'nun 47'nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü dışında istisnasının bulunmadığı TTK m. 353 gerekçesinde ifade edilmiştir. Ayrıca Türk Medenî Kanunu'nun 47'nci maddesinin ikinci fıkrasının anonim şirketlere uygulanmasının sorgulanabilir olduğu; İsv. MK 52/3 hükmüne dayanılarak İsviçre doktrininde savunulan geçersizlik hallerinin Türk hukuku bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı tartışılması gereken bir konu olduğu belirtilmiştir. Ancak Medeni Kanun'daki tüzel kişilik kazanamama yaptırımını yerine feshin menfaatler dengesine daha çok uyduğuna dikkat çekilmiştir.⁶²

Türk Medenî Kanunu'nun 47'nci maddesinin ikinci fıkrasında amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan kişi ve mal topluluklarının tüzel kişilik kazanamayacağı hükme bağlanmıştır. Gerekçede de belirtildiği üzere MK m. 47/II hükmünün anonim şirketler için uygulanmasının mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gereklidir.⁶³ Hemen belirtelim ki, anonim şirketin, kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konular için kurulabileceği yönündeki düzenleme (m. 331/1), MK m. 47/II hükmü ile örtüşmektedir.

Doktrinde MK m. 47/II hükmünün anonim şirketlere uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Bir görüş MK m. 47/II hükmünün anonim şirketlere uygulanamayacağı yönündedir. Çünkü tescilin sağlığa kavuşturucu ilkesinin, özellikle işlem güvenliği açısından olmazsa olmaz niteliği bunu gerekli kılmaktadır; tescilden sonra geriye dönük çözüme (ex tunc) değil, ancak ileriye dönük tasfiye esasına dayanan yasanın sistemi yokluk ve butlanla bağdaşmamaktadır.⁶⁴ Diğer bir görüş ise MK m. 47/II hükmünün temel bir kural olduğu ve anonim şirketler alanında da uygulanacağı yönündedir.⁶⁵ Amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan anonim şirketlerin tüzel kişilik kazanmadığını ileri sürmenin işlem güvenliği açısından son derece sakıncalı olduğu, bu nedenle özel bir butlan hali olarak değerlendirilmesi gerektiği ve İsviçre hukukuna atfla tüzel kişilik kazanan şirketin tasfiye olunacağı belirtilmiştir.⁶⁶

İsviçre hukukunda hukuka veya ahlâka aykırı amacın tüzel kişilik kazanamaya engel olacağı yönündeki düzenlemenin (İsv.BK m. 52/III) anonim şirketler bakımından da geçerli olduğu kabul edilmiştir. Ancak şirketin üçüncü kişilerle ilişkiye girmesi halinde baştan itibaren şirket yok sayılmayacağından ileriye dönük tasfiye yapılmalıdır.⁶⁷ *von Steiger* de bu düzenlemenin anonim şirketler bakımından da uygulanacağını

⁶² Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), 353'ncü madde gerekçesi, s. 163.

⁶³ Benzer tartışma dernekler bakımından da söz konusudur. Derneğin kuruluşu sırasında amacının kanuna veya ahlâka aykırı olması halinde MK m. 47/II uyarınca dernek tüzel kişilik kazanamayacak; amacın sonradan kanuna veya ahlâka aykırı hale gelmesi durumunda ise MK m. 89 uyarınca mahkeme tarafından dernek feshedilecektir. Bkz. **Dural, M./Öğüz, T.:** Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2011, s. 273; Derneğin amacının hukuka veya ahlâka aykırı olması halinde MK m. 47 uyarınca tüzel kişiliğin hiç kazanılmamış olduğunun kabulü gerekeceği hakkında bkz. **Oğuzman, M.K./Seliçi, Ö./Özdemir, S.O.:** Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2011, s. 279.

⁶⁴ **Pulaşlı:** Şirketler Hukuku Şerhi, s. 636, N.100, s. 627, N.79.

⁶⁵ **Alışkan:** s. 125.

⁶⁶ **Alışkan:** s. 156-157.

⁶⁷ Bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel:** s. 164, N. 17-18.

kabul etmekte ancak uygulamada ender rastlanan bir durum olduğuna da işaret etmektedir⁶⁸. Anonim şirketin esas sözleşmesinde yazılı olan amacı veya fiilen takip ettiği amacının ahlak veya hukuka aykırılığı halinde şirketin butlanı ileri sürülebilecektir. Ancak butlanın mevcudiyeti bir mahkeme kararı ile tespit edilmediği sürece şirketin sicilinden terkinin mümkün değildir⁶⁹.

AET'nin şirketlere ilişkin 68/151/AET sayılı Birinci Yönergesinde (2) Butlanın, fesih halinde olduğu gibi şirketin tasfiyeye girmesine neden olacağı (m.12/2) ve şirketin tasfiye halinde bulunmasının getireceği sonuçlar saklı kalmak kaydı ile butlanın tek başına şirketin yüklendiği veya şirkete karşı yüklenilen taahhütlerin geçerliliğini etkilemeyeceği öngörülmüştür (m. 12/3). Görüldüğü üzere bu düzenlemede de anonim şirketin butlanı halinde şirketin fesihte olduğu gibi tasfiye olunacağı öngörülmüştür.

Alman hukukunda da, mahkeme kararı ile anonim şirketin butlanına hükmedilmesine rağmen, kararın tesciline kadar şirket adına yapılan hukuki işlemlerin butlandan hiçbir şekilde etkilenmeyeceği (AktG/277/2) ; şirketin tasfiyesinin fesih hükümlerine göre gerçekleştirileceği öngörülmüştür (AktG/277/1).

Bütün bu düzenlemelerin ortak yönü, anonim şirketin kurulmamış sayılmasına veya butlanına karar verildiği hallerde, şirketin fesihte olduğu gibi tasfiye edileceğinin kabul edilmiş olmasıdır. Bu bağlamda düşünüldüğünde MK m. 47/II hükmünün anonim şirketlere uygulanmasının da bir sakıncası bulunmamaktadır. Şöyle ki, anonim şirketin amacının hukuka aykırılığı halinde, şirketin butlanına hükmedilmelidir. Ancak bu durumun bir mahkeme kararı ile tespit edilmesi gerekir ve şirketin butlanına karar verilmiş olsa dahi, şirket ileriye dönük olarak fesihte olduğu gibi tasfiye olmalıdır.

8. GÜMRÜK VE TİCARET BAKANLIĞI TARAFINDAN FESİH DAVASI AÇILMASI

Bir anonim şirket kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunabilir. Böyle davrandığı tespit edilen ticaret şirketleri hakkında, özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca, bu tür işlem, hazırlık veya faaliyetlerin öğretilmesinden itibaren bir yıl içinde fesih davası açılabilir (TTK m. 210/3). Bakanlık tarafından fesih davasının açılacağı haller: (a) kamu düzenine aykırı işlemler, (b) işletme konusuna aykırı işlemler veya bu yönde hazırlıklar, (c) muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunulması, şeklinde sayılmıştır.

Bu düzenlemede işletme konusuna aykırı işlemlerin fesih sebebi olarak öngörülmüş olması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir⁷⁰. Hemen belirtelim ki, Bakanlık tarafından fesih davası açılması imkânı eTTK m. 274 hükmünde de düzenlenmiştir⁷¹. Bu dönemde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Anayasa Mahkemesince kapatılan siyasi bir partinin programını uygulamak amacıyla kurulan anonim şirketin amaç ve konusu yasaya aykırı olduğundan Bakanlıkça feshinin istenebileceğine karar vermiştir⁷². Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ultra vires ilkesinin kaldırılmış olması nedeniyle işletme konusuna aykırılık fesih davasına neden olmamalıdır. Madde gerekçesinde işletme konusuna aykırı işlemlerde fesih davasının öngörülmüş olmasının önemli ve

⁶⁸ von Steiger: s. 149.

⁶⁹ von Steiger: s. 149.

⁷⁰ Alışkan: s. 203.

⁷¹ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Bakanlık tarafından açılacak fesih davası hakkında geniş bilgi için bkz. Alışkan: s. 182 vd.

⁷² YHG, 16.04.1976 tarih ve E.1974/11, K.554/1250 (Eriş, G.: Açıklamalı - İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, 2. Cilt, Ankara 2010, s. 2006).

etkili aykırılıklarda boşluk bırakılmaması amacıyla yapıldığı belirtilmiştir⁷³. Dolayısıyla ancak işletme konusuna aykırı işlemlerin önemli olduğu durumlarda fesih davasına konu olması gerekir. Örneğin, bir anonim şirketin kurulduktan sonra ekonomik olmayan amaçlar doğrultusunda faaliyette bulunması halinde Bakanlık tarafından fesih davası açılabilir⁷⁴.

Muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunulmasının fesih sebebi olarak öngörülmesi de doktrinde eleştirilmiştir. Hukuka aykırı işlemlere hazırlıklar ve muvazaalı iş ve faaliyetleri bulunan şirketin feshinin istenebilmesi yetkisinin Bakanlığın etkinliğini sınırsız bir şekilde artırdığı ifade edilmiştir⁷⁵.

Kanımızca bu tür bir davanın anonim şirketin kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğu öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde açılabilir olması da (TTK m. 210/3) sorunludur⁷⁶. TTK m. 353 hükmünde kuruluşun itibaren 3 aylık hak düşürücü sürede açılabilen fesih davası bu hükümlerle bir zaman sınırlaması olmaksızın her zaman açılabilir hale gelmiştir⁷⁷.

C. HAKLI SEBEPLERLE ŞİRKETİN FESHİ

Haklı sebeplerin varlığı halinde, azlığı oluşturan pay sahiplerine (*sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahipleri*), şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteme yetkisi tanınmıştır (TTK m. 531). Anonim şirketin haklı nedenle feshi bir azınlık hakkı olarak düzenlenmiş olup, şirketin sermayesinin onda biri, halka açık anonim şirketlerde yirmide biri oranı yükseltilemez⁷⁸.

Düzenlemede haklı sebep tanımlanmadığı gibi, bu konuda örneklerle de yer verilmemiş; bu kavramın niteliklerinin gösterilmesi ve tanımlanmasının yargı kararlarıyla öğretiyeye bırakıldığı madde gerekçesinde açıklanmıştır. İsviçre öğretisinde genel kurulu bir çok kez kanuna aykırı bir şekilde toplantıya çağırılmış olması, azlık hakları ile bireysel hakların devamlı ihlali, özellikle bilgi alma ve inceleme haklarının engellenmesi, şirketin sürekli zarar etmesi, dağıtılan kâr payının düzenli azalması, haklı sebep sayılmaktadır. Buna karşılık varsayımlar ve olumsuz beklentiler haklı sebep sayılmamıştır⁷⁹.

İleri sürülen sebeplerin haklı olup olmadığına karar verecek olan mahkemedir. Mahkeme sebepleri haklı bulsa bile fesih kararı vermek zorunda değildir. Şirketin fes-

⁷³ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TTK m. 210/3 Gerekçesi, s. 144.

⁷⁴ **Alışkan:** s. 206.

⁷⁵ **Bilgili, F./Demirkapı, E.:** Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Bursa 2012, s. 94.

⁷⁶ Bu konuda bkz. **Kendigelen:** Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığın Kuruluşu, s. 301; **Alışkan:** s. 207 vd.

⁷⁷ Hükmün gerekçesinde mahkemelerin fesih davalarını, var olan duruma nazaran daha büyük bir özenle ve yeni ölçüler bağlamında ele alması gerektiği, fesih davasının açılabilmesi için öngörülen bir yıllık sürenin niteliğinin saptanmasının yargı kararlarına ve öğretiyeye bırakıldığı ifade edilmiştir. (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TTK m. 210/3 Gerekçesi, s. 144).

⁷⁸ Doktrinde bu oranın yükseltilemeyeceği ancak düşürülebileceği ileri sürülmüştür. Bkz. **Sümer, A.:** “Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi”, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken Sempozyumu, 12 Mayıs 2012.

⁷⁹ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TTK m. 531 Gerekçesi, s. 245.

hini haklı kılan sebeplerin varlığına rağmen, yaşatılmasının ekonomik ve rasyonel açıdan daha doğru olacağına kanaat getiren mahkeme; şirketi feshetmek yerine, fesih talebinde bulunan pay sahiplerinin paylarının gerçek değerinin ödenmesine ve kendilerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir. Davacıya paranın kimin tarafından ve nasıl ödeneceği, bu payları geçici olarak şirketin iktisap edip edemeyeceği yargı kararlarına ve öğretilerdeki görüşlere göre belirlenecektir⁸⁰.

V. SERMAYE ARTIRIMINDAKİ HUKUKA AYKIRILIĞA KARŞI DAVA AÇILMASI

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda esas sermaye artırımına karşı açılacak butlanın tespiti davasında kuruluş hükümlerine atf yapılmıştı. Esas sermaye artırımının, eTTK m. 391 ve 392/1 maddelerine ve burada atf yapılan diğer düzenlemelere uygun olarak icra edilmesi gerekli olup, aksi halde yapılan işlemler batıl olacak ve yönetim kurulu üyeleriyle denetçiler sorumlu olacaklardı (eTTK m. 392/II). Butlanın hangi süre içerisinde ileri sürülebileceğine ise düzenlemede yer verilmemiştir. Bu konuda doktrinde farklı fikirler ileri sürülmüştür⁸¹. Bir yandan eTTK m. 299/V hükmünün burada da uygulanması ve sermaye artırımının butlanın bir aylık hak düşürücü sürede istenebileceği ileri sürülürken, aksi görüş bir aylık hak düşürücü sürenin uygulanmasının mümkün olmadığı, bir süre sınırı konulmadığı takdirde butlanın her zaman ileri sürülebileceği yönündedir⁸². Yargıtay ise sermaye artırımının butlanının da kuruluşu paralel olarak şirketin tescilinden itibaren bir aylık hak düşürücü süre içerisinde talep edilebileceği görüşünü kabul etmiştir⁸³.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 299'ncü maddesinin 1995 yılında yürürlükten kaldırılmasıyla Yargıtay kararlarında ve doktrinde kabul edilen görüşün dayanağı ortadan kalkmıştır⁸⁴. Bu durumda esas sermaye artırımının butlanının eTTK m. 381 ile sınırlandırılarak açılacak davanın üç ay içerisinde açılabilmesi önerilmiştir⁸⁵. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda sermaye artırımına ilişkin 456'ncı maddesi bütün bu tartışmaları sona erdiren bir düzenlemedir.

⁸⁰ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TTK m. 531 Gereği, s. 245.

⁸¹ Bu konudaki görüşler için bkz. **Ahşkan**: s. 158 vd.

⁸² Bu konudaki lehte ve aleyhteki değerlendirmeler için bkz. **Moroğlu, E.**: "Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımının Butlanı Davası ve Bir Aylık Hak Düşürücü Süre", Makaleler, İstanbul 2010, s. 137 vd.; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)** : s. 679, N. 1416.

⁸³ eTTK m. 392/2'ye dayalı davaların da aynı yasanın 299'ncü maddesinin son fıkrasındaki bir aylık hak düşürücü süreye tabi olduğu ifade edilmiş ve (11. HD. 04.06.1979, E. 1281/K.2951 sayılı karar) örnek verilmiştir. Bkz. 11 HD. 29.11.1985, E. 5840/K. 5586 (**Eriş**: TTK C.2, s. 1213-1214; YKD 1986, C. XII, S. 3, s. 378-379). Yargıtay 11 HD. 25.02.1987, E.6804/K.1099 (**Eriş**: TTK C.2, s. 1217). **Kendigelen**, Yargıtay'ın bu konudaki kararının yerindeliğinin tartışmalı olduğunu ancak kökleşmiş bir şekilde uygulandığını ifade etmektedir. Bkz. **Kendigelen**: Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığın Kuruluşu, s. 320. Nitekim 11 HD. 26.11.1993, E. 3400/K.776 sayılı karar ve 11. HD. 17.10.1994, E.3214/K.7567 sayılı kararlarda da sermaye artırım kararının tescil ve ilanından itibaren bir ay geçtikten sonra artırımın batıl olduğuna karar verilemeyeceğine hükmedilmiştir. Bkz. **Eriş**: TTK C.3, s. 2870-2871.

⁸⁴ Nitekim Yargıtay 11. HD. 24.09.2002 tarih ve E. 6168/K. 8120 sayılı kararda TTK'nun 299/son maddesi yürürlükten kalktığından butlan davasında bu maddenin uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Bkz. **Eriş**: TTK C.3, s. 2872.

⁸⁵ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)** : s. 679, N. 1416; **Pulaşlı**: Şirketler Hukuku Şerhi C. II, s. 1702-1703, N. 259.

Yeni düzenlemede sermaye artırımının butlanından bahsedilmemiş ancak, fesih davasının düzenlendiği TTK m. 353 ile 354 ve 355/1 hükümlerine atıf yapılmış ve düzenlemenin bütün sermaye artımı türlerine kıyas yoluyla uygulanacağı hükme bağlanmıştır (m. 456/4). Buna göre sermaye artırımında da ticaret siciline tescil kurucu etkiye sahiptir (TTK m. 456/5, 455)⁸⁶. Sermaye artırımının ticaret siciline tescil edilerek kesinleşmesinden sonra artırımdan dönülmesi de mümkün değildir⁸⁷. Ticaret siciline tescilin her türlü sakatlığı onarması ilkesi sermaye artırımı bakımından da geçerli olup, sermaye artırımının tescilinden sonra butlanı veya yokluğuna hükmedilemeyecektir. Ancak sermaye artırımında, kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle, alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olması halinde fesih davasındaki usul uyarınca sermaye artırımının iptali söz konusu olabilecektir.

Sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararının iptali, bozucu yenilik doğuran bir karar olup geriye etkili olarak hüküm ifade etmektedir. Mahkeme kararıyla birlikte esas sermaye artırımına ilişkin işlemler geçersiz kılınmış ise, esas sermaye artırım öncesi miktarına inecek ve sermaye artırımında bulunanların taahhütleri hükümsüz hale gelecektir. Ödenen paralar taahhütte bulunanlara iade edilmeli ve varsa 6098 sayılı BK m. 122 uyarınca ek zarar da tazmin edilmelidir. Ayrıca sermaye artırımında yeni payları üçüncü kişiler almışsa, şirketin ortaklık yapısı sermaye artırımı öncesine dönecektir⁸⁸.

SONUÇ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda anonim şirketlerin kuruluşundaki eksikliğin niteliği ne olursa olsun butlana ve yokluğa hükmedilemeyeceği, ancak gerekli koşullar oluştuğunda fesih davasının açılacağı hükme bağlanmıştır (TTK m. 353/1). Bu şekilde tescilin her türlü hukukî sakatlığı onarması (sağlığa kavuşturması) ilkesinin kabulü, işlem güvenliğinin sağlanması bakımından önemlidir. Şirketin kurulmasında kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle, alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olursa, şirketin tescil ve ilanından itibaren üç aylık hak düşürücü süre içinde fesih davası açılabilir. Fesih davası yalnızca, (1) Yönetim kurulu, (2) Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, (3) İlgili alacaklı ve (4) Pay sahibi tarafından açılabilir.

Üç aylık hak düşürücü süre sona erdikten sonra anonim şirketin kuruluşundaki hukuka aykırılıklar nedeniyle TTK m. 353 dışında şirketin feshinin ileri sürülmesine imkân veren çeşitli yasal düzenlemeler mevcuttur. Üç aylık süre geçtikten sonra, şartlar mevcut ise MK m. 47/II hükmü uyarınca şirketin kurulmamış sayılmasının dava edilmesi, Bakanlık tarafından şirketin feshi (TTK m. 210/3) veya haklı nedenlerle şirketin feshi (TTK m. 531) imkânlarından yararlanılması düşünülebilecektir. Ayrıca tescilin sağlığa kavuşturucu etkisi ve üç ay içinde fesih davası açılabilmesi, sermaye artırım kararlarının hukuka aykırılığı bakımından da geçerlidir (TTK m. 456/4).

⁸⁶ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), 456'ncı madde gerekçesi, s. 217.

⁸⁷ Sermaye artırımı ticaret siciline tescil edildikten sonra, bütün pay sahiplerinin oy birliği kararıyla dahi artırımdan dönülemediği gibi, bütün alacaklılardan izin alınsa dahi artırımdan dönme mümkün değildir. Bkz. **Pulaşlı**: Şirketler Hukuku Şerhi C. II, s. 1700, N. 253-254.

⁸⁸ Bkz. **Pulaşlı**: Şirketler Hukuku Şerhi C. II, s. 1705, N. 266-267.

KAYNAKÇA

- Alışkan, M.** : Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, İstanbul 2007.
- Antalya, G.** : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.
- Arslanlı, H.** : Anonim Şirketler, Umumi Hükümler, C.I, İstanbul 1960.
- Ayhan, R** : Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Bahtiyar, M.:** Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya Göre Yazılmış 7. Bası, İstanbul 2012.
- Bahtiyar, M.** : Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001.
- Bahtiyar, M/Biçer, L.** : “Anonim Ortaklık Kuruluş Sistemleri ve TTK m. 273 Değişikliği”, Makaleler, C. II, İstanbul 2008, s. 101 vd.
- Başbuğoğlu, T.** : Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, C.1, Ankara 1988.
- Bilgili, F./Demirkapı, E.** : Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Bursa 2012.
- Böckli, P.** : Schweizer Aktienrecht, 4., völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich, 2009.
- Domaniç, H.** : Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, İstanbul 1988.
- Dural, M./Öğüz, T.** : Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2011.
- Eriş, G.** : Açıklamalı İçtihatlı, Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 1992.
- Eriş, G.** : Açıklamalı - İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, 2. Cilt, Ankara 2010.
- Forstmoser, P./Meier-Hayoz, A./**
- Nobel, P.** : Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- İmregün, O.** : Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989.
- Karahan, S.** : Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 22. Tıpkı Bası, Konya 2011, s. 111.
- Karasu, R.** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009.
- Kendigelen, A.** : “Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığın Kuruluşu (40. Yılında Türk Ticaret Kanunu)”, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş yıl, Makalelerim, İstanbul 2001, s. 285 vd.
- Kendigelen, A.** : “Sermaye Şirketlerinde Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kurulardan Doğan Sorumluluk”, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş yıl, Makalelerim, İstanbul 2001, s. 510 vd.
- Moroğlu, E.** : “Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımının Butlanı Davası ve Bir Aylık Hak Düşürücü Süre”, Makaleler, İstanbul 2010, s. 137 vd. (Batider, C. XIII (1985), S. 2, s. 2 vd.)
- Moroğlu; E.** : “Anonim Ortaklıkta Fesih, İnfisah ve Tasfiye”, Makaleler, İstanbul 2010, (40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1997, s. 204-211) s. 311vd.
- Oğuzman, M.K./Seliçi, Ö./**
- Özdemir, S.O.** : Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2011.

Pekcamtez, H./

Atalay, O./Özekes, M. : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011.

Poroy, R./

Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncellenmiş 12. Bası, İstanbul 2010.

Poroy, R./Yasaman, H. : Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul 2010.

Pulaşlı, H. : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre, Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, Ankara 2011.

Pulaşlı, H. : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2011.

Reiser, T./Veil, R. : Recht Der Kapitalgesellschaften, 4. Neubearbeitete, München 2006.

von Steiger, F.

(Çev. Çağa, T.) : İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1968.

Sümer, A.

: "Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi", 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken Sempozyumu, 12 Mayıs 2012.

Tekinalp, Ü.

: "Sermayenin Korunması İlkesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, C.2, s. 1681 vd.

Tekinalp, Ü.

: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2012.

Türk, A.

: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Genel, Ticaret Şirketlerine İlişkin Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığa İlişkin Hükümlerinden Bazıları Hakkında Düşünceler", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2163 vd.

ANONİM ŞİRKETLERDE KURULUŞTAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

Yrd. Doç. Dr. R. Eda GİRAY*

ÖZET

Kuruluştan doğan sorumluluk, hem şirketin başarı ile tüzel kişilik kazanarak faaliyetine devam etmesi halinde, hem şirketin tüzel kişilik kazanmasının arkasından süresinde feshedilmesi halinde söz konusu olacaktır. Tüm bu ihtimallerdeki kanuna aykırılıklar kurucuların ve katılanların, oluşan zarardan farklılaştırılmış teselsül ilkesi gereğince sorumlu olmalarına yol açacaktır.

Anahtar kelimeler: Kuruluş, Kurucular, Hukuki Sorumluluk, Sorumluluk Davası, İbra

ABSTRACT

The responsibility arising from establishment comes into question due to both the fact that the company continues his activities after acquisition of legal personality and the cancellation within the prescribed period. All illegalities in these situations cause the responsibility of founders and others involved to the company for the damages in accordance with principle of differentiated solidarity.

Keywords: Establishment, Founders, Responsibility, Actions for liability, Release

I. GİRİŞ VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

İncelememizin konusunu kuruluştan doğan hukuki sorumluluk oluşturmaktadır. Bu nedenle kamu kurucuların yeni kuruluştan doğan sorumlulukları olarak sınırlanacaktır, kuruluş sonrası işlemlerden doğan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu değerlendirme dışı tutulacaktır. Sınırlamayı kuruluştan doğan hukuki sorumluluk şeklinde çizmiş olmakla birlikte 6102 sayılı Ticaret Kanunu siteminde şirketin ne zaman kurulmuş sayılacağına üzerinde durulması gerekmektedir. Zira TK. 335 “*şirket, kurucuların, kanuna uygun olarak düzenlenmiş, sermayenin tamamı ödenmesi, şartsız ödemeyi taahhüt ettikleri, imzaları noterce onaylanmış esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur.*” demektedir. Kanun koyucu burada ön şirketin varlığına işaret etmektedir¹. Ancak konumuz kapsamında ön şirket kavramı/ön

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ “Ön-anonim şirket, tüzel kişiliği haiz anonim şirketten farklıdır. Anılan nokta TK.355/1’in saklı tutulması ile vurgulanmıştır. Ön-anonim şirket ile anonim şirketin ayrışması, organların oluşumu ve yetkilerini kullanma anlarının belirlenmesi başta olmak üzere birçok diğer hüküm yönünden de önemlidir. Hakim görüş uyarınca, ön-anonim şirket bir adi şirket ve dernek olmayıp, bir elbirliği mülkiyeti (şirketi) oluşturur. Ön şirketin ortakları tacir sıfatını taşımazlar. Şirketin tescili ile ön şirket tasfiyesiz sona erer. Tek kişi anonim şirketinde ise ön-şirket tek ku-

şirketin kurulamamasının sonuçları incelenmeyecektir. Ancak kuruluştan doğan sorumluluk incelenirken, ön şirketin kurulmasına kadar olan değil, tüzel kişiliği haiz anonim şirketin kuruluşuna kadar geçen süreçtir.

6102 sayılı TK anonim şirketlerde kuruluş prosedürünü, eTK'dan farklı olarak, ani kuruluş sistemini dikkate alarak düzenlemiştir. Bunun yanında tedrici kuruluştan farklı payların halka arzı şeklinde kurulma olanağı getirilmiştir (TK.346). Her iki kuruluş prosedürünün ayrıntılarına girilmeyecektir. Ancak kurucuların sorumluluk halleri belirtilirken özellik taşıyan düzenlemeler üzerinde durulacaktır.

II. ANONİM ŞİRKETLERDE KURULUŞTAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

A. KURULUŞ

Anonim şirketlerde kuruluş, esas sözleşmenin hazırlanması ile başlayarak şirketin ticaret siciline tescil edilmesine kadar devam eden süreci ifade etmektedir. eTK'dan farklı olarak 6102 sayılı Ticaret Kanunu, kuruluşu *ani kuruluş* sistemine göre şekillendirmiştir. Ayrıca tedrici kuruluş kaldırılmış yerine *payların halka arz edilmesi* suretiyle kuruluş getirilmiştir (TK.346). Kuruluş işlemleri,

- Aynı sermayeye değer biçilmesi (TK.343)
- Esas sözleşmenin hazırlanması ve imzalanması (TK.335),
- İmzaların noter tarafından onaylanması (TK.335),
- Kurucular beyanının hazırlanması ve imzalanması,
- İzin alınması gereken şirketler bakımından Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'ndan izin alınması,
- Sermayenin asgari olarak ödenmesi gereken tutarlarının ve çıkarılma primlerinin ödenmesi,
- Ticaret siciline tescil ve ilan olarak özetlenebilir.

Bütün bu işlemlerin kanuna ve esas sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmesi asıl olarak kurucuların yükümlülüğündedir.

B. KURULUŞTAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK HALLERİ

1. Belgelerin ve Beyanların Kanuna Aykırı Olmasından Doğan Sorumluluk

Şirketin kuruluşuna ilişkin belgelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin, *yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan* doğan zararlardan, belgeleri düzenleyen ve beyanları yapanlar sorumludurlar². eTK 305³de ise beyanların ve çeşitli belgelerin *gerçeğe aykırı olması ile* ortaya çıkan zarardan doğan sorumluluktan bahsedilmiştir. Maddenin yeni şekli sorumluluk ihtimallerini daha geniş yorumlanmaya imkan verir şeklindedir³.

Kuruluş belgeleri TK. 306⁴da sayılmıştır⁴. Bu belgelerin en önemlisi olan esas sözleşmenin⁵ hazırlanması ve kurucular tarafından imzalanması ayrı bir öneme sahiptir.

rucunun özel malvarlığı niteliğini taşır. Türk hukukunda ön-anonim şirketin niteliği ile hukuki durumu öğretide ve mahkeme kararlarında açıklığa kavuşacaktır.” Gerekece m.335. Ön şirket hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pulaşlı**, Hasan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, Ankara, 2011, s. 432 vd.; **Kendigelen**, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2012, s.224 vd (Değerlendirmeler).

² Kendigelen tarafından maddede arka arkaya aynı anlama gelen ifadelerin kullanılması haklı olarak eleştirilmiştir. Kendigelen, Değerlendirmeler, s. 455.

³ Gerekece m.549

⁴ Kuruluştaki tüm belgeler kuruluş belgeleri adı altında maddede sayılmıştır. Ayrıca maddede bu belgelerin şirket ait ticaret sicil dosyasına konulacağı ve beş yıl boyunca saklanacağı hükme

TK.339/II'de esas sözleşmenin içeriği ayrıntılı olarak belirtilmiş olmakla birlikte konumuz açısından önemli olan, kuruluş safhasındaki işlemlerin esas sözleşmede doğru şekilde belirtilmesi, diğer belgeler ile bu bilgilerin desteklenmesi gereğidir. Esas sözleşmede kurucularca şirket hesabına satın alınan mal ve hakların bedelleri, şirketin kurulmasında hizmet görenlere verilmesi gereken ücret, ödenek veya ödül tutarı, kuruculara sağlanan menfaatler doğru ve gerekçeli olarak belirtilmelidir.

Esas sözleşmede belirtilmesi gereken tüm bu hususlar sermayenin korunması ilkesi ile doğrudan ilgilidir⁶. Mesela, TK. 348 kapsamındaki kuruculara sağlanan menfaatlerin belirlenmesi bu kapsamda değerlendirilmelidir. Kuruculara, şirketin kurulması sırasında harcadıkları emeğe karşılık bazı menfaatler sağlanması mümkün olmakla birlikte harcanan emek ile verilen menfaat arasında bir denge olması gerekmektedir. Kuruculara sağlanan menfaatler şirkette sermaye azalmasına neden olmamalıdır. Bu nedenle para ve bedelsiz pay senedi verilemez. Ancak dağıtılabilir kârdan yedek akçe ile pay sahipleri için yüzde beş kâr payı ayrıldıktan sonra kalanın en çok onda biri intifa senetleri⁷ bağlamında kuruculara ödenebilir. eTK'da farklı olarak karın dağıtılmaması halinde de intifa senedi sahiplerine kar payının ödenebilmesi (TK.298) mümkün kılınmıştır⁸. Ayrıca esas sözleşmede, ayrı bir sorumluluk hali olduğu için ileride incelenecek olan sermayeye ilişkin bilgilerin de doğru olarak belirtilmesi zorunludur.

Kurucuların sorumluluğuna⁹ yol açacak, kuruluş safhasına ilişkin diğer bir belge ise *kurucular beyanıdır* (TK.349). Kurucular beyanına ilişkin hüküm hukukumuzda yeni girmiş tür. Kuruluş ister nakdi ister ayni nitelikte olan kurucuların kurucular beyanı vermesi zorunludur. "*Beyanın amacı; kamuyu aydınlatarak malvarlığının korunmasını sağlamak, şirketin kurucuların menfaatine, bir anlamda kötüye kullanılmasına engel olmak; genel olarak yolsuzlukları önlemek; kuruluşun denetlenmesini kolaylaştırmak ve sorumluluk davalarına akışkanlık kazandırmaktır*"¹⁰. Kurucular beyanının bu amacı sağlaması için dürüst bilgi verme ilkesine uygun olarak düzenlenmesi gerektiği madde metninde açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle beyanının şeklen değil, içerik olarak da kanuna uygun olması gerekmektedir. Kurucular beyanı, vekaleten imzalanamayacak-

bağlanmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken sorun, ticari defterleri saklama süresinin on yıl olmasının yanında, buradaki sürenin beş ile sınırlanmış olmasıdır. **Kendigelen**, Değerlendirmeler s.192.

⁵ Esas sözleşme TK. 339'da belirtildiği üzere yazılı şekilde yapılmalı, imzalar noterce onaylanmalıdır.

⁶ Anonim şirketlerde sermayenin korunması ilkesine ilişkin diğer tedbirler için bkz. **Tekinalp**, Ünal, Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, C. II, s. 1694 (Sermayenin Korunması İlkesi).

⁷ İntifa senetleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Teoman, Ömer, "Yeni Ticaret Kanununda Pay Senetleri Halka Arz Eden Bir Anonim Ortaklığın Kurucu İntifa Senetlerinin İptal Edilmesini Öngören Düzenlemesi", *Batıder*, C. XXVII, S. 2, 2011, s. 5-12; Kendigelen, Abuzer, "Türk Ticaret Kanun Tasarısında İntifa Senetleri" *Batıder*, C. XXV, S. 2, s. 57-72.

⁸ Gerekçe m. 349.

⁹ Kurucular beyanının gerçeği yansıtmaması halinde kurucuların hukuki sorumluluğunu doğuracak olmasının yanında TK. 562/5-a gereğince cezai sorumluluğunu doğuracağını, üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezası verileceğini belirtmekte fayda görüyoruz. Bununla birlikte TK. 549. madde kapsamında düzenlenen belgelerin, bunların arasında kurucular beyanı da bulunmaktadır, *sahte olması* durumunda TK. 562/8 gereğince cezai sorumluluk doğmaktadır. Burada öngörülen ceza daha ağır olarak bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüş.

¹⁰ Gerekçe m.349.

tır¹¹. TK. 349'da kurucular beyanının içeriğini düzenlenmiştir¹². Buna göre kurucular beyanında;

- Aynî sermaye konuluyorsa, bir ayın ya da işletme devralınıyorsa, bunlara verilecek karşılığın uygunluğuna, bu tür sermayenin ve devralmanın gerekliliğine, bunların şirkete olan yararlarına ilişkin belgeli, gerekçeli ve kesin ifadedeli açıklamaların,
- Şirket tarafından iktisap edilen menkul kıymetlerle, bunların iktisap fiyatları, söz konusu menkul kıymetleri çıkaranların son üç yıllık, gereğinde konsolide finansal tablolarının değerlemelerine ve çözümlenmelerine ilişkin bilgilerin,
- Şirketin yüklenildiği önemli taahhütlerin,
- Makina ve benzeri malların ve herhangi bir aktif değerın alımına ilişkin bağlamlar, fiyatlar, komisyonlar ile her türlü borçlar,
- Kuruculara tanınan menfaatlerin ve tanınma gerekçelerinin,
- Kimlerin halka arz amacıyla ne miktarda pay taahhüt ettiğinin,
- Pay taahhüdünde bulunanların birbirleri ile ilişkileri, bunlar bir şirketle topluluğuna dâhil bulunuyorlarsa, topluluk ile ilişkilerinin,
- Diğer hizmet verenlere ödenen ücretlerin,
- Belirtilen hususların emsalleriyle karşılaştırmalı bilgilerin yer alması zorunludur.

Kanun koyucu belge ve beyanların kanuna aykırı olmasından dolayı kurucuların sorumluluğunun oluşması için kusur şartı aranmamıştır. Bununla birlikte kanuna aykırı olan bu belge ve beyanlara katılanların sorumluluğunun oluşabilmesi için kusurlarının da olması şarttır. Bu açıdan düzenleyen ve katılanların farklı sorumluluk sistemlerine tabi oldukları görülmektedir¹³.

2. Sermaye Hakkında Yanlış Beyanlar ve Ödeme Yetersizliğinin Bilinmesi

TK 550. Maddesi ile sermaye hakkında yanlış beyanlardan veya sermaye taahhüdüne ilişkin ödeme yetersizliğinin bilinmesine rağmen onay verilmesinin kurucuların sorumluluğunu gerektirdiği düzenlenmiştir¹⁴. sermayenin korunma ilkesinin en önemli uygulamalarından birisidir¹⁵. Bu nedenle düzenlenen sorumluluk hallerini ikiye ayırarak incelemek daha doğru olur kanısındayız.

Sermaye tamamıyla taahhüt edilmemiş veya karşılığı kanun veya esas sözleşme hükümleri gereğince ödenmemişken, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterilmesi maddede belirtilen ilk sorumluluk halidir. Hem esas sözleşmede hem de kurucular

¹¹ Raporun imzalanmasında vekaletin mümkün olmadığı, ancak yazılmasında kurucuların yardım alabileceği belirtilmiştir. Gerekçe m.349. Ayrıca *Moroğlu*, bu yasağa gerek olmadığı, TK.337 hükmü ile bu yasağın çelişkili olduğu, kuruluştaki temsil izin verildiği gibi kurucu beyanında da izin verilmesi gerektiği, temsil edilenin kurucu gibi sorumlu tutulması gerektiğini belirtmektedir. *Moroğlu*, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul, 2009, s. 151.

¹² Beyan kuruluş yönünden bütün olayları, işlemleri kapsamak zorunda olduğu için, maddede sayılan içerik sınırlı sayıda (numerus clausus) değildir. Beyanın verilmesinden kuruluşa kadar başkaca olaylar oluştu ise ek rapor verilmesi ya da raporun güncellenmesi gerekmektedir. Gerekçe m.349.

¹³ Gerekçe m.549.

¹⁴ Söz konusu sorumluluk hallerine ilişkin olarak TK. 562/9'da cezai sorumluluk öngörülmüştür. Öngörülen ceza üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır.

¹⁵ Gerekçe m.550.

beyanında doğru şekilde yer alması gereken bu bilgideki eksik veya yanlışlık olması durumu TK 549'un da kapsamına giren bir sorumluluk halidir. Bu sorumluluk halinin oluşması durumunda beyan sahipleri bu payları üstlenmiş kabul edilirlere ve payların karşılıkları ile zararları faiziyle birlikte müteselsilen ödemek zorundadırlar. Yine beyan sahipleri açısından kusursuz sorumluluk hali öngörölmüş ancak şirket yetkililerinin kusurlu olmaları şartıyla sorumlu olacakları düzenlenmiştir.

Maddede belirtilen diğer sorumluluk hali ise sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığının bilinmesine rağmen, bu taahhüde onay verilmesidir. Bu durumda kurucular borcun ödenmemesinden doğan zarardan sorumludurlar. Kurucuların bu yönde bir araştırma yükümlölüklerinin olmadığı kanaatindeyiz. Burada belirtilen sermaye taahhüdünün yerine getirilmemesi yönündeki bir şüphenin varlığı değildir. Kanun koyucunun, ödeme yeterliliğinin bulunmadığının kurucular tarafından bilinmesi gerektiğini belirterek kusur sorumluluğunu düzenlendiği söylenebilir¹⁶.

3. Aynı Sermayeye Değer Biçilmesinde Yapılan Yolsuzluk

TK. 551'i de 550. maddenin devamı olarak düşünmek doğru olacaktır. Zira her iki maddede de şirkete getirilmesi taahhüt edilen sermayenin gerçeğe uygun şekilde taahhüdü ve belgelendirilmesi esastır. Bu nedenle kurucuların sorumluluk sebepleri arasında en önemli kalemlerden birisini şüphesiz sermaye taahhüdü ve aynı sermayeye değer biçilmesi oluşturmaktadır. Zira anonim şirketin kuruluşta malvarlığını oluşturan sermaye değerinin doğru belirlenmesi, hem ortakların pay değerlerinin belirlenmesinde hem de alacaklıların alacaklarının güvence altına alınmasında rol oynayacaktır. Kurucuların kendi menfaatleri gereği, pay sahiplerine, şirket ve alacaklılara zarar veremelerini engellemek amacıyla kanun koyucu aynı sermayeye ilişkin bazı düzenlemeler getirmiştir.

Aynı sermaye değerinin bilirkişi tarafından belirlenmesi zorunludur¹⁷. Ayrıca değerlemeye ilişkin bir raporun oluşturulması gerekmektedir¹⁸. Öncelikle uygulanan değerlendirme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun seçim olduğunun belirtilmesi önemlidir. Zira, aynı sermayenin çeşidine göre birden çok değerlendirme yöntemi olabilecektir. Ancak değerlendirme yönteminin adil ve uygun olması söz konusu sermayeye en yüksek değerini biçilmesi yöntemi olarak algılanmalıdır. Aksi durum şirketin sermayesi hakkında pay sahipleri ve alacaklıların yanlış kanaate sahip olmasına yol açacaktır. Yine raporda getirilen sermayenin üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmadığının, tahsil edilebilir olduklarının belirtilmesi gerekmektedir. Raporda, aynı sermaye karşılığı tahsis edilmesi gereken pay miktarı ve TL cinsinden karşılığı yer alır. Bütün bu bilgiler, hesap verme ve dürüstlük ilkeleri bakımından özenli ve gerçeğe uygun şekilde kaleme alınmalıdır (TK.343).

Ayrıca sermaye olarak getirilmesi taahhüt edilen aynı sermayenin, şirketin tüzel kişilik kazanmasının ardından şirkete getirilmesini temin etmek amacıyla gerekli önlemlerin alınması da kurucuların sorumluluğunda bulunan hususlardan birisidir. Gerçi

¹⁶ **Kendigelen**, Değerlendirmeler, s.455.

¹⁷ Aynı sermayeye değer biçecek olan bilirkişi, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi tarafından atanacaktır (TK.343). **Kendigelen**, aynı sermayeye değer biçmeye yetkili olan mahkemenin şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesi olarak kısıtlanmasını, sermaye olarak konulacak taşınmazın şirketin merkezinin bulunduğu yerden farklı bir yerde olması ihtimalinde sorunlara yol açacağı gerekçesi ile eleştirmektedir. **Kendigelen**, Değerlendirmeler, s. 231.

¹⁸ Söz konusu değerlendirme raporu ile bilirkişi aynı sermayenin sadece değerini belirlemekle kalmamakta, aynı zamanda tahsil edilebilirliği açısından da görüş bildirmektedir. Bu şekildeki görüş ile bilirkişinin sorumluluk zincirine eklenip eklenmediğinin belirlenmesi güçtür. Aynı yönde **Kendigelen**, Değerlendirmeler, s. 231.

kanun koyucu aynı sermayeye ilişkin sicillere, değer in şirkete sermaye olarak getirildiğinin şerh edilmesi gerektiğini, bu işlemin üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmak amacıyla getirildiğini düzenlemiş olsa da şerh, sermaye olarak taahhüt edilen değer in mülkiyetinin üçüncü kişiye geçmesini engelleyememektedir (TK.128). Sermaye olarak konulması taahhüt edilen hakların korunması için, kurucular tarafından ortaklar aleyhine ihtiyati tedbir istenebilir¹⁹. Kanunda taahhüt edilen sermayenin korunması için ihtiyati tedbir istenmesi zorunlu tutulmamıştır. Bununla birlikte Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Aynı Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ²⁰'in hükümleri de dikkate alındığında, kurucular tarafından mahkemeden ihtiyati tedbir istenerek üçüncü kişiye devrin engellenmesinin, sermayenin getirilmesini temin açısından zaruri olduğu anlaşılmaktadır²¹.

4. Halktan Usulsüz Para Toplanmasından Doğan Sorumluluk

Madde ile bir şirket kurmak veya şirketin sermayesini artırmak amacıyla veya vaadiyle halka her türlü yoldan çağrıda bulunularak para toplanması yasaklanmıştır. Konuya ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri saklıdır. Mevaz nitelikteki OR.754'da ise kurucuların sorumluluğu düzenlenmemiştir. Mevaz hükümde sadece yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişilerin sorumluluğu düzenlenmiştir. Ancak OR. 753 kuruluşta doğan sorumluluğa özgülenmiştir. Gerekece m.553.

5. Kanundan ve Esas Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerin İhlali

TK.553 kurucuların kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmeleri halindeki sorumluluklarını düzenlemiştir. Kurucuların söz konusu sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğu açıkça belirtilmiştir²². Kurucular kusurları ile hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zararlardan sorumludurlar.

Ayrıca kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde özen göstermek zorundadırlar (TK.553/II).

Kanun koyucunun kurucuları sorumluktan kurtulmak amacıyla bazı imkanlar tanıdığı da görülmektedir. Kendi görev ve yetkilerini kanuna dayanarak başkasına devreden kişiler, görevlendirdiklerinin seçiminde makul derecede özen gösterdiklerini

¹⁹ Tedbir üzerine açılacak davalar için, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda öngörülen süre ancak şirketin tescil ve ilanı tarihinden itibaren işlemeye başlar (TK.128/son).

²⁰ R.G. 31.10.2012, S. 28453.

²¹ Söz konusu tebliği ile aynı sermaye kuruluş prosedüründe önemli değişiklikler yapılmıştır. Tebliğ'den önce sermaye olarak getirilmesi taahhüt edilen ve ilgili sicile bu yönde şerh verilen aynı sermayenin, şerhe rağmen üçüncü kişiye devri durumunda şirketin tüzel kişilik kazanmasının ardından şirketin ilgili davaları açabileceği düşünülmekteydi. Ancak Tebliğ ile sicillere konuya ilişkin farklı yükümlülükler getirilmiştir. Buna göre aynı sermayeye ilişkin sicil, şirket lehine yapılan şerhe rağmen üçüncü kişiye devir yapılması ihtimalinde, durumu derhal ticaret siciline bildirilmekle yükümlüdür. Ticaret sicili ise bu bildirim üzerine anonim şirketi tescil etmeyecektir (SAİT 4/VI). Bunun sonucu olarak şirket kurulamayacak ve tüzel kişilik kazanamayacaktır.

²² Söz konusu değişiklik 26/6/2012 tarihli ve 6335 sayılı Kanunun 28. maddesiyle metne işlenmiştir.

ispat etmeleri halinde, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmayacaklardır (TK.553/II)²³.

Unutmamak gerekir ki, hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamayacaktır. Bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek de geçersiz kılınmaz (TK553/III).

C. KURULUŞTAN DOĞAN SORUMLULUĞA SAHİP OLANLAR (Davahlar)

1. Kurucular

Kurucu, anonim şirkete pay taahhüdünde bulunup esas sözleşmeyi imzalayan gerçek²⁴ ve tüzel kişilerdir²⁵ (TK. 337). eTK zamanında anonim şirketlerde, tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişinin kurucu sayılıp sayılmayacağı, tüzel kişinin kurucu sıfatına sahip olup olmayacağı hususları tartışmalıydı²⁶. Yeni hüküm ise tüzel kişilerin kurucu sıfatına sahip olabilecekleri açıkça düzenlemiştir²⁷. Ayrıca yabancı gerçek veya tüzel kişiler de şirkete kurucu olabilirler. Anonim şirketlerde kurucuların sayısı hakkındaki düzenleme de yenidir. TK.338 gereğince şirketin kurulabilmesi için sadece bir gerçek veya tüzel kişinin varlığı yeterlidir. Böylelikle hukukumuza tek kişilik anonim şirket kavramı da girmiştir²⁸.

Kurucu tarafından esas sözleşmeyi imzalayan kişi, bu işlemi her zaman kendi hesabına yapmamaktadır. Söz konusu işlemler kurucu adına veya üçüncü kişi hesabına yapılmakta ise, üçüncü kişi de kurucu sayılacaktır. Bu düzenleme özellikle kuruluştan doğan sorumluluk açısından önemlidir. Zira söz konusu işlemlerden dolayı kurucuların yanı sıra hesabına işlem yapılan üçüncü kişinin de sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu kişiler, kendi adına üçüncü kişinin hesabına hareket eden kurucunun bildiği veya bilmesi gereken hususları bilmediklerini iddia edemezler (TK.337/II).

²³ TK. 553/II. Fıkrası eski düzenlemelerden ve mehz niteliğindeki OR.754'den farklılık göstermektedir.

²⁴ Fiil ehliyetine sahip olmayan kişilerden küçükler velileri aracılığı ile anonim şirkette kurucu ya da ortak olabilirler. Vesayet altındakiler ise, koymayı taahhüt ettiği sermayenin niteliğine göre vesayet makamı ve denetim makamının izni ile ya da bu izne ihtiyaç olmaksızın vasi tarafından yapılacak işlemler neticesinde anonim şirkette kurucu ya da ortak olabilirler (MK.463/III).

²⁵ Kanun tedrici kuruluşu yer vermediği için kanun koyucu tarafından kurucular sadece ani kuruluşu göre tanımlanmıştır. Gerekçe m.337. Bu nedenle eTK.278/II'de yer alan esas sözleşmeyi tanzim ve imza etmeksizin paradan başka bir şeyi sermaye olarak koyan kişi de kurucu sayılır ifadesi değişmiştir.

²⁶ Tüzel kişilerin kurucu olabileceği yönünde **Arslanlı**, Halil, Anonim Şirketler, İstanbul, 1960, s. 45; **Pulaşlı**, Hasan, Şirketler Hukuku, 2003, s. 262.

²⁷ **Pulaşlı** Alman ve İsviçre hukuklarında tüzel kişiliğe sahip olmayan şirket tiplerinin de anonim şirkete kurucu ortak olabildiğini, bu anlamda Türk hukukunda da malvarlığı üzerinde müşterek mülkiyete sahip olan adi şirket ortaklarının, payın müşterek mülkiyet şeklinde kurucu ortak olabileceği kanaatindedir.²⁷ **Pulaşlı**, Şerh I, s.607.

²⁸ Tek kişilik anonim şirket hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ünal**, Tekinalp, Tek Kişilik Anonim Ortaklık I, Tek Pay Sahipli Anonim Ortaklık, İstanbul, 2012; **Pulaşlı**, Hasan, "Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Tek Ortaklı Sermaye Şirketleri ve Buna İlişkin Bazı Özel Durumlar", Regesta, 2011, S. 1, s. 13-17; **Çelik**, Feyzan H. Şehirali, "Hukukun Ekonomik Gerçekliğe Yanıtı: Tek Kişilik Şirketler", Batder, C. XXIV, 2007, s. 163-216; **Aydoğan**, Fatih, Tek Kişi Ortaklığı, İstanbul, 2012.

2. Katılanlar

Kuruluş işlemlerine katılanlar, kurucular tarafından seçilerek görevlendirilenler de yaptıkları işlemlere ilişkin sorumluluğu taşımaktadırlar. Ancak kanun koyucu bu kişilerin sorumluluğunu kusur şartına bağlamıştır (TK.549).

Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olacaklardır²⁹ (TK. 557). Birden çok sorumlu arasındaki başvuru, durumun gereklerine göre hakim tarafından belirlenir. Öncelikle sorumluların tek başlarına ve birlikte verdikleri zararlar birbirinden ayrılmalıdır. İkinci olarak da kusurun ağırlığı dikkate alınmalı, farklılaştırılmış tensesüle³⁰ gidilmelidir. Böylelikle her bir tazminat yükümlüsüne isnat edilecek zarar miktarı da belirlenmiş olacaktır³¹.

D. DAVACILAR

Sorumluluk halleri incelendiğinde, somut olayın özelliklerine göre davacı sıfatının değiştiği, somut olayda zarar gören kavramı kimi gösteriyor ise onun davacı sıfatına sahip olduğu görülmektedir. Hukuka aykırı eylemlerden zarar görenlerin başında şirket gelmektedir³². Pay sahipleri ve alacaklıların dava hakkı ise iki şekilde söz konusudur. Bu kişiler hem şirketin uğradığı zararı hem de doğrudan uğradıkları zararın tazminini talep edebilmektedirler (TK. 553, 555, 556).

Ayrıca TK. 552 hükmüne aykırı olarak bir şirket kurmak amacıyla veya şirketin sermayesini artırmak amacıyla, söz konusu şirkete para veren ve bu eylemden zarar gören herkes de davacı sıfatına sahiptir. Bu kişiler pay sahibi veya şirket alacaklısı değildir ancak uğradıkları doğrudan zararın tazminini talep edebileceklerdir (TK. 552).

III. SORUMLULUĞUN SONA ERMESİ

Kuruluştan doğan sorumluluk iki şekilde sona erebilir. Bunlardan ilki kurucuların ibra edilmesidir. İkincisi ise kanunda belirtilen zamanaşımı süresinin geçmiş olmasıdır.

A. KURUCULARIN İBRASI

Kurucuların şirketin kuruluşundan doğan sorumlulukları şirketin tescilinden itibaren dört yıl geçmedikçe sulh ve ibra yoluyla kaldırılamaz (TK.559). Söz konusu düzenlemenin eTK.310. maddesinin tekrarı olduğu belirtilmiştir³³. Ancak 310. maddede kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin sorumluluklarının şirketin tescilinden itibaren dört yıl geçmedikçe sulh veya ibra yoluyla kaldırılamayacağı dü-

²⁹ Burada belirtilen müteselsil sorumluluk ağırlaştırılmış sorumluluk demek değildir. Müteselsil sorumluluk, sorumluların tek başına sorumlu tutulmaları bağlı olacakları sorumluluk rejiminden daha ağır şartlar içeren sorumluluk değildir. Burada tazminat türü ve kapsamı BK 43'e de uygun olarak durumun gereği, kusurun ağırlığına göre belirlenecektir. Ayrıca buradaki sorumluluk uygun nedensellik bağı kurallarına göre yönetilir. Gerekçe m. 557.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gerekçe m.557.

³¹ Müteselsil sorumluluk gereği açığı kapama yükümlülüğü devam etmektedir. Gerekçe m. 557.

³² Şirket doğrudan zararlarının varlığında tazminat davası açılabilir. Pay sahibi ise hem doğrudan hem de dolaylı zararının varlığında bunun tazminini isteyebilir. Gerekçe m. 555.

³³ Gerekçe m.559.

zenlenmişken, TK. 559'da dört yıllık sulh ve ibra yasağının sadece *kuruluşa ve sermaye artırımından*³⁴ doğan sorumluluğa getirilmiştir.

Şirketin tescilinden sonra dört yıllık sürenin geçmesi, tek başına kurucuların sorumluluklarının sona ermesi için yeterli değildir. Bu süreden sonra sulh ve ibra ancak genel kurul kararı ile geçerli olacaktır. Kararın alınacağı genel kurulda esas sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden pay sahipleri sulh ve ibranın onaylanmasına karşı iseler, genel kurul tarafından sulh ve ibra onaylanamayacaktır (TK.559).

Doğru bilgilere dayanılarak verilen ibra kararının ardından, ibra kapsamına giren işlemler açısından kurucuların sorumluluğuna gidilemeyecektir³⁵. Bununla birlikte ibra kararı, genel kurul tarafından bilinmeyen olaylardan doğan sorumluluğu ortadan kaldırmayacaktır³⁶. Ayrıca alınan karar, toplantıya katılmakla karara muhalif kalan ve muhalefeti tutanağa şerh eden pay sahiplerinin dava hakkını engelleyecektir³⁷.

B. ZAMANAŞIMI

Anonim şirketlerde kurucuların, yönetim kurulu ve denetçilerin hukuki sorumluluklarında zamanaşımı özel öneme sahiptir. Konumuz kuruluşta doğan sorumlulukla sınırlı olduğu için zamanaşımı kurucular ve kuruluşta katılanlar üzerinde incelenecektir.

TK. 560. Maddesine göre sorumlu olanlara karşı tazminat isteme hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her halde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Madde gerekçesinde TK.560'ın eTK 309. maddesinin tekrarı olduğu belirtilmiştir³⁸. Maddelerin aynı olduğu görülmekle birlikte zamanaşımı süreleri açısından bazı belirsizlikler yaşanmasına neden olan³⁹ ifadelerin değiştirilmemiş olması eleştirilebilir. Kanunda belirtilen iki yıllık sürenin başlangıcı davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihtir. Sürenin başlaması için yalnız sorumlunun veya yalnız zararın öğrenilmesi yeterli değildir. Öncelikle belirtmek gereklidir ki zararın öğrenilmesi, zarar verici eylemin bilinmesi değil, zararın kapsamının, niteliğinin bilinmesi demektir⁴⁰. Yüksek Mahkeme "...Zararlandırıcı eylem devam ettikçe öğrenilmiş bir eylem söz konusu olmayacağı gibi, zamanaşımının başlamasından da söz edilemeyeceği gibi, mahkemece bu yön araştırılmadan zamanaşımı nedeniyle, davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."⁴¹ demek suretiyle zararın devam etmesi durumunda kısa zamanaşımı süresinin başlamayacağına altını çizmiştir. Diğer bir konu süre sorumluların öğrenilmesidir.

³⁴ Sermaye artırımından doğan sorumlulukta sulh ve ibra yasağı süresinin şirketin tescil tarihinden itibaren değil, sermaye artırımının kararının tescil tarihinden itibaren başlaması gerektiği belirtilmiş, hüküm bu yönüyle eleştirilmiştir. **Kendigelen**, Değerlendirme, s.410.

³⁵ Çamoğlu, s.218.

³⁶ Uçar, Salter, Hukukumuzda Yönetim Kurulu ve Denetçiler ile Sorumluluk Halleri, İstanbul, 1994, s. 157; Poroy Reha/Çamoğlu, Ersin/Tekinalp, Ünal, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2010, s. 361 vd.

³⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 361 vd.

³⁸ Gerekçe m.560.

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Giray, Eda/Aktepe**, Sezin, "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk davalarında Zamanaşımı Süreleri", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı, Y.7, S.14, Güz 2008, s.137-156; **Çamoğlu**, Ersin, Anonim ortaklık yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki sorumluluğu, İstanbul 2007, s.245.

⁴⁰ **Giray/Aktepe**, s.143.

⁴¹ Yarg. 11 HD. T.30.09.2004, E.2004/1, K.2004/9872, www.hukukturk.com (10.04.2012).

Sorumlulardan sadece bir kısmının öğrenilmesi durumunda, diğer sorumlular için süre başlamayacaktır⁴².

Kanun koyucunun zamanaşımı süresine koyduğu üst sınır, zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıldır⁴³. Burada sürenin başlaması açısından sorumluların ve zararın öğrenilmiş olması gereğinden bahsedilmemiştir.

Son olarak sorumluluğu doğuran fiilin cezayı gerektirmesi hâlinde, TCK'ya göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanacaktır (TK.560/son).

SONUÇ

Kanunda ayrıntılı şekilde düzenlenen sorumluluk hallerini sadece şirketin tüzel kişilik kazanması sonucuna bağlamak doğru değildir. Şirketin kurulamaması ihtimalinde de, bu duruma sebebiyet veren kurucuların ve katılanların sorumluluğunun doğacağı unutulmamalıdır. Ya da şirketin tüzel kişilik kazanmamasının ardından TK. 353 gereğince açılacak fesih davası ile şirketin feshedilmesinde de söz konusu ihtimaller gündeme gelecektir. Bilindiği üzere söz konusu fesih davası ile şirketin kuruluşundaki kanuna aykırılıkların pay sahiplerinin, alacaklıların ve kamunun menfaatinin ihlal edilmesi durumunda, tüzel kişilik kazanmış anonim şirketin fsehi üç ay içinde talep edilebilmektedir.

Dolayısıyla kuruluştan doğan sorumluluk, hem şirketin başarı ile tüzel kişilik kazanması ve faaliyetine devam etmesi hem tüzel kişilik kazanamaması hem de tüzel kişilik kazanmasının arkasından süresinde feshedilmesi hallerinde söz konusu olacaktır. Tüm bu ihtimallerdeki kanuna aykırılıklar kurucuların ve katılanların, oluşan zarardan farklılaştırılmış teselsül ilkesi gereğince sorumlu olmalarına yol açacaktır.

⁴² Çamoğlu, s. 244.

⁴³ Arslan, İbrahim, "Anonim Şirkette Yönetim Kurulu üyelerinin sorumluluğu ve Şirket Adına Açılacak Sorumluluk Davasında Şirketin Temsili Sorunu", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVI, Ankara, 1999, s.124.

9. OTURUM

TEBLİĞLER

*** ÇARTER SÖZLEŞMELERİ VE YENİ YASAL DÜZENLEMELERİN UYGULAMADA YARATACAĞI YENİ SORUNLAR**

Av. Ahmet ÇALIK

*** DENİZ ALACAKLARINA KARŞI DONATANIN SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASINA DAİR 1976 KONVANSİYONU VE 1996 PROTOKOLÜ**

Av. Tevfik Adnan GÜR

ÇARTER SÖZLEŞMELERİ VE YENİ YASAL DÜZENLEMELERİN UYGULAMADA YARATACAĞI YENİ SORUNLAR

Av. Ahmet ÇALIK*

ÖZET

Eski Ticaret Kanunu deniz hukuku düzenlemeleri döneminde çarter partilerin kategorizasyonu tam değil idi. Ayrıntılı olarak düzenlenmiş yegane çarter parti tipi sefer çarteri idi. Çıplak gemiş kiralama sözleşmeleri genel olarak Borçlar Kanununun kira hükümlerine tabi iken, zaman çarterinin durumu ve yeri deniz hukukçuları arasında tartışmalı idi. Temmuz 2012’de yürürlüğe giren Yeni Türk Ticaret Kanununun deniz hukuku kuralları çarter partiler bakımından daha ayrıntılı ve net hükümler getirmiştir. Sefer çarteri navlun sözleşmeleri altında düzenlenirken, zaman çarteri ve gemi kiralama sözleşmeleri Fransız Hukukundan esinlenerek ayrıca düzenlenmiştir. Bu nedenle zaman çarteri ve gemi kiralama sözleşmeleri için navlun sözleşmeleri hükümleri uygulanamayacaktır. Diğer taraftan sürastarya, pişmanlık navlunu, parça ve birim başına sorumluluk sınırlaması, incorporation kloz, güverte yükü ve temiz konişmento karşılığı verilen garanti mektupları konularında önemli değişiklikler ile yeni kavramlar olarak fiili taşıyan ve gecikme zararları düzenlenmiştir. Nihayet yeni Borçlar Kanununa göre de tip sözleşmelerin (ör. Çarter partiler, konişmentolar, kurtarma sözleşmeleri vs.) geçerlilikleri belirsiz ve tartışmalı bir hal almıştır.

Anahtar kelime: Çarter

ABSTRACT

Charter parties' categorisation was not complete in the former Turkish Code of Commerce's maritime regulation. The only regulation in detail was for voyage charter parties. The bare boat charters were subject of the Code of Obligation's rules for hire and location and the time charters legal status and situation were in discussion among the maritime lawyers. The new Turkish Code of Commerce's maritime rules entered into force in July 2012 are more detailed and precise on charter parties. The time charter and the bare boat charters are regulated separately with the inspiration of French Law, with a special categorisation, while the voyage c/p is regulated under the contracts of carriage by sea. Therefore the rules for contracts of carriage cannot be applicable for t/c and bb/c categories. On the other hand beside the important modifications on demurrage, death freight, limitation of liability per unit and package, c/ps incorporation clauses, deck cargoes and guarantee letters against clean b/l's, a new concepts of carrier in fact and losses for delay have been regulated by these new rules. Finally according to the new Code of Obligations the validity of all kinds of Standard contracts (i.e. c/ps, b/l's, salvage contracts etc.) became legally uncertain and disputable.

Keyword: Charter

* Çalık& Çalık Hukuk Bürosu, Deniz Ticaret Odası ve Vapur Donatanları ve Acenteleri Derneği Hukuk Müşaviri

Konumuzun başlığı “Çarter Sözleşmeleri ve Uygulamada Yaratacağı Sorunlar” şeklinde belirlenmiştir. Ancak takdir edeceğimiz gibi bu son derece geniş bir konudur TTK.nun navlun sözleşmelerine ilişkin hükümlerinin tamamı sefer çarteri için vazedilmiş kurallar olmakla TTK.nun navlun sözleşmeleri hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek tüm sorunlar bu kapsam içerisine girmektedir. Bu nedenle ben konuyu “Çarter Sözleşmeleri ve Yeni Yasal Düzenlemelerin Uygulamada Doğuracağı Yeni Sorunlar” şeklinde daraltmayı uygun gördüm.

1. ÇARTER SÖZLEŞMERİNİN TASNİFİ

Bu bakımdan öncelikle çarter sözleşmelerinin ne olduğu konusunda genel bir şemayı hatırlamak gereklidir. Bu şema ve tasnif bakımından yeni TTK.nun da özellikle gemi kiralama ve zaman çarteri bakımından mehz aldığı 18 Haziran 1966 tarihli Fransız Çarter ve Denizde Taşıma Sözleşmeleri Hakkında Kanun ‘u (Loi Sur Les Contrats d’Affretement et de Transport Maritime) esas almaktayız. Görüleceği üzere bu Kanun denizcilik sözleşmeleri bakımından çarter sözleşmeleri (contrats d’affretements) ile denizde taşıma (navlun) sözleşmeleri (contrats de transport maritime) tarzında temel bir ayırım yaptıktan sonra çarter sözleşmelerini de üçe ayırmaktadır:

- 1) Yolculuk çarteri (affretment au voyage/voyage charter),
- 2) Zaman çarteri (affretements a temps/time charter),
- 3) Gemi Kiralama Sözleşmeleri (Affretements a coque/bare boat charter).

Burada mehz Fransız Kanununun sistematik bakımından tüm çarter sözleşmeleri aynı hukuki kategori içerisinde değerlendirdiğini görmekteyiz.

Tabii ki bu temel çarter sözleşme biçimlerinin alt türevleri de söz konusudur. Mesela yolculuk çarter sözleşmesi kapsamı içerisinde miktar sözleşmelerini, mürekkep yolculuk sözleşmelerini ve süreye navlunu süreye bağlı olarak ödenen bir yolculuk çarter türü olan trip çarter sözleşmelerini, zaman çarterinin alt türevi olarak da konteyner gemilerindeki süreye bağlı yer tahsisini düzenleyen slot charter sözleşmelerini görmekteyiz. Bu sözleşmeler çoğu bakımlardan yolculuk çarterine yakın özellikler taşıırken bazı bakımlardan da zaman çarterine benzemektedirler. Ancak Fransız hukuku düzenlemesi içerisinde bunların hepsi çarter sözleşmesi kategorisi altında bulunmaktadır.

2. ESKİ TTK SİSTEMİ

Türk hukukuna gelince eski TTK, yukarıda Fransız Kanunun sistematığında yer alan tüm çarter sözleşmelerini kapsamamıştır.

Öncelikle eski TTK, da gemi kiralama sözleşmesi düzenlenmemiştir. Bu konu sadece BK nun kira hükümlerinin değerlendirilmesine bırakılmıştır.

Buna karşılık eski TTK da zaman çarterinin düzenlenmiş olup olmadığı da tartışılan bir konu olmuştur. Bilindiği gibi eski TTK, da navlun sözleşmeleri genel olarak çarter sözleşmeleri ile kırkambar sözleşmelerinden ibaret sayılmış olup kanun sefer çarteri sözleşmesini daha ayrıntılı hükümlerle düzenlemiştir. Hatta aslında kanunun tüm navlun sözleşmesi hükümleri kırkambar için farklı bir düzenleme getirilmediği ölçüde sefer çarteri hükümleridir. Kanun sadece bir maddesinde (md.1076) “müddet üzerine navlun” dan bahsetmiş ancak ötesine gitmemiştir. Bu hükümden hareketle eski TTK da zaman çarterinin de navlun sözleşmeleri kapsamında düzenlenmiş olduğu düşünülse dahi gerçekte bu düzenlemenin zaman çarterine ait olmayıp navlunu “zaman” üzerinden hesaplanan bir sefer çarteri (trip çarter) olduğu ileri sürülmüştür. Nitekim yeni TTK da söz ettiğimiz bu madde karşılığını yine navlun sözleşmeleri kapsamındaki (sefer çarteri) hükümler içerisinde (md.1194) bulmuş olup eski TTK dönemi içerisinde ileri sürülen bu görüşü teyit etmiştir.

3. ÇARTER SÖZLEŞMELERİNİ AYRIŞTIRMA KRİTERLERİ

Yeni TTK düzenlemesine geçmeden önce sayılan bu çarter sözleşmelerinin kendi aralarında ve kırkambar taşıması gibi genel denizde taşıma sözleşmeleri ile ayrışmalarını, kıyaslanmalarını sağlayan hukuki kriterlere göz atmak gerekmektedir.

Bu konuda kullanılan temel kriterler şunlardır:

1) Taşıma Taahhüdü: Kırkambar sözleşmeleri ile yolculuk çarteri “taşıma taahhüdü” içeren sözleşmelerdir. Gemi kiralamada ise taşıma taahhüdü bulunmamaktadır. Zaman çarterinde de genellikle taşıma taahhüdü yoktur. Sadece zaman çarterinde tahsis olunanın sözleşmeyi bizatihi kendi yükünü taşıması hallerinde (çoğunlukla petrol taşımalarında olduğu gibi) bir taşıma taahhüdünden bahsedilebilecektir.

2) Geminin Teslimi (zilyetlik) : Gemi kiralama sözleşmelerinin temel özelliği budur. Bu kriter ile de bu tür sözleşmeler hukuki bakımdan kira sözleşmeleri kategorisinde değerlendirilmektedir. Buna karşılık yolculuk çarterinde böyle bir durum söz konusu değildir. Zaman çarteri bakımından ise konu çok tartışılmıştır. Teorik olarak zaman çarterinin de atipik bir kira akdi olduğu ileri sürülmüştür. Muhtemelen zaman çarterinde gerçekte gemi zilyetliğinin devredilmiyor olmasına rağmen İngilizce sözleşmelerde “let” ibaresinin kullanılması ve zaman çarterinde ödenilen bedelin de İngilizcedeki karşılığını “hire” kelimesinde bulması, uygulamada “delivery”, “redelivery” gibi (teslim) terminolojinin varlığı bu yaklaşımın nedenleri olmuştur.

3) Geminin Yönetimi: Yolculuk çarteri ile zaman çarterini ayırıştıran önemli bir kriterdir. Yolculuk çarterinde gemi tamamen hem teknik bakımdan hem de ticari bakımdan gemi sahibinin yönetiminde iken zaman çarterinde geminin teknik yönetimi gemi sahibi üzerinde kalıp ticari yönetim çarter parti koşulları içerisinde tahsis olunana geçmektedir.

4) Ödenen Paranın Türü: Kırkambar taşımalarında ve yolculuk çarterinde ödenen bedel “navlun”dur. Buna karşılık gemi kiralama sözleşmelerinde ödenen bedel “kira bedeli” dir. Zaman çarterinde ise durum biraz karışıktır. İngilizcede bu bedel için “hire” (kira) deyimi kullanıldığı gibi “freight” (fret, navlun) deyimi de kullanılmaktadır. Bu karışıklığı önlemek bakımından yeni TTK zaman çarteri için “tahsis ücreti” (md.1136) terimini kullanmıştır. Mehz Fransız Kanunda ise tüm çarter parti türleri için ödenen bedelin adı navlun (fret) dir.

5) Sözleşmenin tarafları: Kırkambar sözleşmeleri ile yolculuk çarterinde “taşıyan” ve “taşıtan” söz konusu iken gemi kiralamada “kiralayan” ve “kiracı” söz konusu olmaktadır. Zaman çarterinde ise yeni TTK “tahsis eden” ve “tahsis olunan” deyimlerini kullanmıştır. Mehz Fransız Kanunda ise bütün çarter parti sözleşmelerin tarafları tahsis eden (freteur) ile tahsis olunan (affreteur) olarak nitelendirilmektedir.

4. YENİ TTK SİSTEMİ VE BUNDAN DOĞABİLECEK SORUNLAR

Yeni TTK da Deniz Ticaret Sözleşmeleri 3 temel kategoride sistematize edilmiştir:

- 1) Gemi Kira Sözleşmeleri (md.1119-1130)
- 2) Zaman Çarteri Sözleşmesi (md.1131-1141)
- 3) Navlun Sözleşmeleri (md. 1138 vd). (Yolculuk çarteri ve kırkambar sözleşmeleri md. 1138)

Görüldüğü üzere yeni TTK çerçevesinde gerek gemi kira sözleşmesi gerekse zaman çarteri sözleşmesi “navlun sözleşmesi” kapsamında sayılmamışlardır.

Yeni TTK da gemi kiralama sözleşmesinin ayrı bir kategori özel kira sözleşmesi tarzında düzenlenmiş olması gemi kiralamanın BK nu kira hükümleri karşısında özellik arz eden koşulları bakımından doğru olmuştur. Zira kiralanan geminin sicile şerhi (md. 1121), gemiye (kiralananana) yönelik taleplerin kiracıya da yöneltilebilmesi (md.1122), geminin teslimi (md.1123) ve iadesi (md.1129) gemiyi sigorta ettirme mecburiyeti

(md.1126), kira teminatı (md.1128/2) gibi BK da yer almayan düzenlemeler gemi kira faaliyetinin gereklerine uygun düzenlemeler olmuştur. Doğal olarak bu sözleşmenin tarafları da kira sözleşmelerinde olduğu gibi “kiralayan” ve “kiracı” olarak tanımlanmışlardır.

Bunun gibi zaman çarteri sözleşmesinin de ayrı bir kategori halinde düzenlenmiş olması bu tür sözleşmelerin gemi kiralama ile karıştırılmasını önleyecektir.

Aslında bu şekilde hepimiz bazen bilerek kelime hataları yapıyoruz. Dilimize bazen hatalı deyimler yapıyor. Bunlardan birisi de “charterer” (tahsis olunan) yerine daha kolay geldiği için kullanılan “kiracı” deyimidir. Her türlü charterer için (ister sefer çarteri, ister zaman çarteri isterse çıplak gemi çarteri olsun) “kiracı” demek kolayımız geliyor. Ancak kullanılan hukuki kavramları bilmeyen makamlar nezdinde bu hatalı ifadeler kafa karışıklığı yaratıyor ve hatalı sonuçlar doğruyor. Mesela bu gemi kiralama ifadesi yüzünden maliye bürokrasisi vergi hukukunun kira vergilendirmesi için aradığı stopaj vs. gibi uygulamaları aslında kira sözleşmesi olmayan navlun veya şimdi zaman çarteri sözleşmeleri için de uygulamaya koyuyor. Doğal olarak bu sorunu çözmek için yasal bir idari yargı prosedürünün işletilmesi zorunlu oluyor. Bugün bu tür vergi uyumsuzlukları nedeniyle idari yargıda birçok dava devam etmektedir. Danıştay’ın zaman çarterinin veya sefer çarterinin (zira sefer çarteri için de kira deyimini kullanılabilir) kira sözleşmesi olmadığına ve dolayısı ile kiralara vergilendirilmesi usulüne tabi bulunmayacağına dair karar mevcuttur.

Bu çerçeveden bakıldığında yeni TTK. da “gemi kira sözleşmesi” ile “zaman çarteri sözleşmelerinin” ayrı ayrı ve farklı sözleşme tipi kategorilerinde düzenlenmiş olması olumlu bir gelişmedir. Bu tür uyumsuzlukları ciddi bir şekilde bertaraf edebilecektir.

Keza zaman çarteri sözleşmesinin ayrıca düzenlenmiş olması bir navlun sözleşmesi türü olan sefer çarteri ile zaman çarteri kavramları arasında doğabilecek karışıklıkları önlemek bakımından da iyi olmuştur. Gerçekten de eski TTK uygulaması içerisinde bu iki sözleşme aynı kategori içerisinde sayılmakla sefer çarteri hükümlerinin zaman çarterine uygulanması ve haksız sonuçların doğması durumları ile karşılaşmıştır. İşte bu şekildeki karışıklıkların engellenmesi bakımından da zaman çarterinin ayrıca düzenlenmiş olması yararlı olmuştur.

Ancak zaman çarteri sözleşmesinin Yeni TTK da hem kira sözleşmesinden ayrı hem de navlun sözleşmesi dışında yeni bir kategori sözleşme olarak düzenlenmiş olması zaman çarteri sözleşmenin hukuki niteliği bakımından yapılan tartışmaları yeniden gündeme getirmektedir. Bir görüşe göre zaman çarteri “yük taşıma taahhüdü” içermediğinden navlun sözleşmesi değil, bir “kira sözleşmesi”dir. Başka bir görüşe göre ise zaman çarteri ile tahsis olunan gemiye doğrudan kendi yükünü yükleyip taşıyabildiğine göre (çoğunlukla tanker taşımalarında olduğu gibi) bu da bir navlun sözleşmesidir. Hatta şimdi, yeni kanunun bu düzenleme sistematığı itibarı ile zaman çarterini ne kira ne de navlun sözleşmesi saymayan üçüncü bir görüşün doğduğu da ileri sürülmektedir.

Ancak zaman çarterinin navlun sözleşmesi dışında düzenlenmiş olması bu kapsam içerisinde sırf navlun sözleşmesi sayılmayacağından bahisle yine yanlış değerlendirmelere yol açabileceği endişesini hala taşımaktayız. Zaman çarteri de sefer çarteri gibi navlun sözleşmeleri kategorisinde ele alınmış olsa idi pratikteki bu sakıncalı olasılık azalırdı.

Zaman çarteri sözleşmesinin navlun sözleşmeleri kapsamı dışında ayrı bir sözleşme türü olarak düzenlenmesinin en önemli hukuki sonuçlarından birisi de TTK sistematığına göre bu sözleşmelerin md. 1243 ve 1244 de düzenlenen “emredici hükümlere” tabi olmaması olacaktır. Bu nedenle sefer çarteri ve kırkambar sözleşmeleri için söz konusu olan sözleşme sınırlamaları zaman çarteri sözleşmelerinde geçerli değildir. Zaman çarteri sözleşmesi tarafları sözleşme düzenlemesi bakımından tam bir serbestlik

içerisinde kalmışlardır. Mesela taraflar geminin denizi yüke ve yola elverişli olması yükümlülüğünden vazgeçebileceklerdir. Ya da zaman çarteri sözleşmesine genel sorumsuzluk hükümleri vazedebilecektir. Öte yandan zaman çarteri tarafları arasındaki ilişki taşıma ilişkisi olmayıp taraflar da “taşıyan” ve “taşıtan” konumunda bulunmakla Kanunda düzenlenmiş olan teknik kusur ve yangın (md.1180), denizde kurtarma (md.1181) gibi mutlak sorumsuzluk halleri ile genel nisbi sorumsuzluk halleri (md.1182) zaman çarteri sözleşmesi ile tahsis eden ile tahsis olunan arasındaki ilişkide uygulama alanı bulmayacaktır. Keza TTK.nun yükleme boşaltma’ya (md.1142 ila 1177) ve taşıyanın sorumluluğu ve haklarına (md.1178 ila 1207), taşıtan’ın ve yükletenin sorumluluğuna (md.1208) ve nihayet yolculuğun başlamasına veya devamına engel olan nedenlerle sözleşmenin sona ermesine (md.1209 ila 1227) hükümlerinin de zaman çarteri sözleşmesinde uygulama alanı olmayacaktır.

5. YENİ TTK DA TÜM DENİZ TİCARET SÖZLEŞMELERİ BAKIMINDAN GETİRİLEN TEMEL YENİLİK: FİİLİ TAŞIYAN

Çarter sözleşmeleri bakımından gemi kira sözleşmesi ile zaman çarterini ayrıca düzenlenmiş olmalarının yanı sıra yeni TTK.da getirilmiş olan ve gerçekte tüm deniz ticaret sözleşmelerini (çarter sözleşmelerini) de kapsayan en önemli yenilik “fiili taşıyan” kavramıdır. (md.1191-1192-1248-1257-1268) Hamburg Kurallarından esinlenerek getirilen fiili taşıyan kavramı ile Kanunun taşıyanın sorumluluğuna ilişkin olan tüm hükümleri, fiili taşıyanın bizzat gerçekleştirdiği taşımadan sorumluluğu hakkında da geçerli hale getirilmiştir. Sözleşme ve ilişkisi türü ne olursa olsun yük tarafı ve yolcu bakımından taşımayı fiilen gerçekleştirmiş olan gemi işleteni (donatan) diğer ilgililerle birlikte müteselsilen ve doğrudan sorumlu ve muhatap hale getirilmiştir. Bu durumda artık fiili taşıyan çarter ilişkisine dayanarak kendisinin yük ilgilisi karşısında taşıyan sıfatını haiz olmayacağı, taşıma sözleşmenin tarafı olmadığı ve sadece çarterer ile muhatap olabileceği yönünde bir hukuki itiraz ve dayanaktan yoksun kalmaktadır. Ancak burada dikkat edilecek husus fiili taşıyan bakımından sadece Kanunun “taşıyanın sorumluluğuna” ilişkin hükümlerin uygulanacak olmasıdır. “Taşıyanın hakları”na ilişkin hükümler ile “taşıtan ve yükleten’in sorumluluğuna” ilişkin hüküm ise (md.1208) fiili taşıyan bakımından uygulama alanı dışında kalmaya devam edecektir.

6. YOLCULUK ÇARTERİNE İLİŞKİN YENİ DÜZENLEMELERDEN DOĞACAK SORUNLAR

Yeni TTK da yolculuk çarteri eskisinde olduğu gibi navlun sözleşmesi kapsamı içerisinde ele alınmış ve eski kanundaki temel hükümler esas alınmıştır. Bu konuda sadece eski Kanun uygulamasından kaynaklanan rötuşlar yapılmıştır. Biz burada navlun sözleşmeleri bakımından yapılan tüm değişiklikleri ele almayacağız. Sadece bu değişikliklerin tamamen köklü mahiyette olanları ile getirilen yeniliklerin yaratabileceği sorunlara değineceğiz.

Yeni TTK düzenlemeleri ile **Pişmanlık navlunu** (en azından deyim ve başlık olarak) kalkmış ve yeni kanunda akdin ifa edilmemesine dayalı **zarar ve kusura oranlı tazminat esası** getirilmiştir. Bu şekilde pişmanlık navlununun sui generis özelliği sona ermiş olup bunun için BK genel kuralları gereği zararın kanıtlanması gerekli hale gelmiş bulunmaktadır. Navlun sözleşmesinin seferden önce taşıtanca feshi veya taşıtanın hiç yük vermemesi halinde taşıyanın uğradığı zararın tazmini esası kabul edilmiş ise de zararın varlığı hususunda (kazanç kaybı) **tereddüt bulunuyorsa %30 tazminat esası** getirilmiş ki kanımızca bu da bir çelişkili çözüm doğurmuştur. (md.1158).

Sui generis özelliği sona eren bir diğer düzenleme de sürastarya konusunda olmuştur. Yeni kanunda sözleşmede sürastarya parası belli edilmemiş ise bu bedelin taşıyanın bekleme giderleri ile yaptığı faydalı giderler olacağı (md.1155/3, md. 1171/3) şeklinde düzenleme yapılmıştır. Kanımızca bu yaklaşım tartışma götürür bir durum

yaratmaktadır. Bu düzenleme ve ifade aslında ne bir “navlun”, ne bir “tazminat” ne de bir “ceza” olan **sürastaryanın “sui generis” niteliği** ile bağdaşmamaktadır. Bu konuda yeni kanun sürastarya’yı bir tür “alacaklının temerrüdü” kapsamında saymakta olmasının etkisini görmekteyiz. Oysa “sürastarya” adı altında yapılan bir düzenlemede bu kurumun kendine özgü özelliğinin göz ardı edilmemesi ya da “sürastarya” deyiminin kullanılmasından da vazgeçilmesi gerekirdi.

Böylece yeni dönemde gerek pişmanlık navlunu gerekse sürastarya bakımından eski sistemin aksine “kusur” ve “zarar” kavramlarının tartışılacağı bir uygulama başlayacaktır.

Eski TTK da H/V de olduğu gibi sadece “konişmento” tahtında yapılan taşımalar ve konişmento kayıtları bakımından öngörülmüş olan “emredici kurallar” (md. 1116) yeni kanunda daha geniş bir uygulama alanına yayılarak konişmento altında düzenlenmemiş olan genel kırkambar sözleşmeleri ve sair her türlü denizde taşıma senetleri bakımından da geçerli hale getirilmiştir (md.1243). Sefer çarteri bakımından ise bu hükümler ancak konişmento düzenlenmiş ise uygulanacak (md. 1245) düzenlenmemiş veya sadece denizde taşıma senedi düzenlenmiş ise uygulanmayacaktır.

Eski Ticaret Kanununda Hagues/Visby Kurallarına uyumlu olarak kabul edilmeyen **gecikme zararı** yeni Ticaret Kanununda Hamburg kurallarından esinlenmiş olarak kabul edilmiştir (md.1178). Ancak gecikme zararının talep edilebilmesi için yükün varması gereken zamandan itibaren 60 gün içerisinde taşıyana veya fiili taşıyana gecikme ihbarının yapılması zorludur (md. 1185). Aksi halde gecikme zararını talep etme hakkı düşecektir. Buna paralel olarak **Gecikme zararlarında da sorumluluk sınırı** öngörülmüş olup bu sınır toplam navlun değerini aşmamak üzere geciken eşyaya tekabül eden navlun payının 2 katı olarak öngörülmüştür (md.1186). Bu düzenlemeler uygulamaya yeni bir tartışma ve uyuşmazlık türü getirmektedir.

Eski kanunda 10 kuruş TL olarak belirtilmiş olan taşıyanın yük hasar ve ziyarı için **Parça (koli) ve unite** başına **sorumluluk limiti** yeni kanunda 666, 67 ÖÇH; **kg başına** 2 ÖÇH (md.1186) olarak tespit edilmiştir. Ancak taşıyanın veya adamlarının hasar ve ziyada kasıtının bulunması halinde veya taşıtanın eşyanın cins ve miktarını bildirmiş olması halinde bu sınır yoktur. Bu uygulama çerçevesinde **Kontevner** ilke olarak koli olarak kabul edilmiştir. Meğer ki konteyner içine muhtelif koliler alınmış ve keyfiyet de konişmentoya derc edilmiş olsun. Bu konuda eski kanun döneminde bu sorumluluk sınırlandırması ile ilgili Yargıtay uygulamasına göre taşıma senedinde veya konişmenoda yükün faturasına, akreditife bir atf varsa veya yükün değerinin anlaşılabilirliği türde açıklamalar mevcutsa taşıyanın bu sınırlamadan yararlanma hakkı tanınmamakta idi. Bunun psikolojik sebebi olarak eski kanundaki limitin adalet duygusunu rencide edecek derecede düşük olması (günümüz değeri itibarı ile 10 kuruş) gösterilmekte idi. Şimdi yeni kanunda bu konuda yeni bir düzenleme yapılmak suretiyle limit miktarı da uluslar arası bir birime bağlandığına göre Yargıtay’ın eski uygulamasından dönmesinin söz konusu olup olmayacağı bir merak konusu olarak kalmaktadır.

Incorporation clause olarak adlandırılan çarter parti hükümlerinin konişmentoya dahil edilmesi kuralı uyarınca konişmentolarda (md.1237/3) yolculuk çarterine yapılan atfların geçerli olabilmesi için konişmento ile birlikte çarter partinin de devri gerekir. Yoksa çarter parti hükümleri konişmento hamilini bağlamayacaktır. Bu sebeple bu devri kanıtlayıcı çözümler (tesellüm makbuzu, konişmento’ya konulacak ibare vs) yaratılması şarttır. Bu durum kanımızca özellikle taşıyan tarafın dikkat etmesi gereken bir noktadır.

7. ÇARTER SÖZLEŞMELERİ VE YENİ BK'NUN GENEL İŞLEM ŞARTLARI HÜKÜMLERİ

Çarter sözleşmeleri büyük çoğunlukla daha önceden hazırlanmış standart (tip) sözleşme formlarının kullanılması suretiyle yapılmaktadır. Bu alanda BIMCO formları ile NYPE ve diğer ticari örgütlerin hazırladığı ya da büyük taşıma firmaları ile büyük taşıtanların kendileri için hazırlayıp kullandıkları tip sözleşmeler yaygın uygulama bulmaktadır. Taraflar kendi aralarında özel hükümleri içeren recap türü bağlantılar yaptıktan sonra genel olarak bu standart sözleşmelere atıf yaparak veya bu sözleşmeleri alıp rider clauselarla kendilerine uyarlamaktadırlar.

Ne var ki Yeni BK da yapılan genel işlem şartları düzenlemesi bu konuda önemli tartışma ve sorunları gündeme getirecektir. Bu bakımdan konişmento, çarter parti, kurtarma anlaşması vb. gibi genellikle önceden basılmış tektip standart metinler bakımından yeni Borçlar Kanunu ile getirilmiş olan **“genel işlem koşulları”** esaslarına da dikkat edilmesi gereklidir. Özellikle BK. md. 21.deki **“yazılmamış sayılma”** ilkesi bu bakımdan önem arz etmektedir. Buna göre: Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz. Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez. Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz. Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenlenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.

-Eski Borçlar Kanunu döneminde Kanunda yer almayan ancak “gabin”, “aldatma” gibi irade bozukluklarının bir türü olarak genel işlem şartları teorisi yargı kararlarında yer bulmuş ve önceden hazırlanmış sözleşme metinlerinin taraf iradesi sakatladığı hallerde iradesi sakatlanmış olan tarafın korunması cihetine gidilmiştir. Daha sonra Alman hukukundan esinlenilerek bu konu Tüketicilerin korunması amacıyla özel kanunda düzenlenmiş ve nihayet yeni BK.na da her standart sözleşmeyi kapsamaya müsait genel bir hüküm olarak girmiştir. Daha ziyade “tüccar”a karşı tüketicinin korunması amaçlı olarak Tüketicilerin Korunması Kanunundan esinlenerek yapılmış olan bu düzenlemenin ticari kimliği olmayan tüketicilerin taraf olacağı ilişkilerde uygulanması gereği kaçınılmaz bir durum ise de her iki tarafı da tüccar olan sözleşmelerin tarafları arasında ve hükümleri önceden çeşitli uluslar arası ticari örgütler tarafından (ör. Bimco) hazırlanarak mesleki kurumlarca ve/veya internet vb. ortamlarda çok önceden yayınlanmış ve incelemeye sunulmuş metinler hakkında uygulanmasının tacirler arasında taraf tutma ve eşitliği bozucu sonucunu doğurması nedeniyle kanımızca doğru ve hakkaniyete uygun olmayacaktır. BK nun eski sisteminde standart sözleşmelerin kabulü esas ve genel işlem şartları uyarınca geçersizliği istisnai olarak yargı kararına bağlı iken yeni BK ile durum tam tersine döndürülmüş ve standart sözleşmelerin genel işlem şartı sınırlamasına tabi olması esas buna karşılık geçerli sayılmaları istisnai olarak yargı kararına bağlanmış gözükmektedir. Uygulamada çoğunlukla standart çarter parti sözleşmesinin kabul ve imzalanmasından önce yapılacak sözleşmenin özeline ilişkin müzakereler doğrudan veya brokerler aracılığı ile yapılmakta, buna göre bağlanan recap ve sonrasında imzalan standart sözleşmenin bazı hükümleri üzeri çizilerek kaldırılmakta ve bunun yerine de rider clause şeklinde yeni hükümler eklenmektedir. Keza kullanılan standart sözleşmeler genellikle uluslar arası ticari örgütler tarafından hazırlanarak genel anlamda kullanıma sunulmaktadır. Ticari hayatın gerekleri de çoğunlukla bu tür standart sözleşmeleri kullanmayı zorunlu kılmaktadır. Gerçekten de

sözleşme müzakere bakımından için zaman kazanmak ve bir an önce ticari faaliyete başlamak esas gaye olmaktadır. Öte yandan günümüz deniz ticaret faaliyetleri tamamen sigorta güvencesinde yürütülebilmekte, kuvvetli sigorta güvencesi çoğu kez bir yasal zorunluluk ve aynı zamanda ticari tercih nedeni olmaktadır. Sigorta kuruluşları, özellikle sorumluluk sigortaları sigortalısının giriştiği ve neticede kendileri bakımından risk oluşturabilecek sözleşmeleri bilmek, incelemek ve önceden kabul etmek durumundadırlar. Bu çerçevede de çoğunlukla sorumluluk sigortaları sigortalılarını kendilerinin hükümlerini iyi tanıdıkları ve güvendikleri standart sözleşmeleri önermekte hatta buna zorlamaktadırlar. Öte yandan dün yapılan doğrudan özel işlem şartlarına ilişkin bir oturumda Sayın Prof. Dr. Antalya'nın gayet açık ve net olarak izah ettiği gibi Yeni TTK'nun Haksız Rekabet'e ilişkin 55.maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde: "...f) *Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;*

1. *Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya*

2. *Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını ön-gören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.*" Şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre ise yeni TTK'nın özel düzenlemesi genel işlem koşuluna ilişkin Yeni BK. hükümlerinin ticari işlemlere uygulanmasına engeldir. (TTK.md.2). Zira Yeni BK. Genel işlem koşulu'na aykırılığın yaptırımını geçersizlik olarak belirlemiş ve geçersizlik yaptırımını da, kapsam denetimini yazılmamış sayılma olarak, içerik denetimini ise kesin hükümsüzlük olarak çeşitlendirmiştir. TTK'da ise, genel işlem koşulu içerik denetimine aykırılığın yaptırımını geçersizlik değildir. TTK genel işlem koşulu'na aykırılığı haksız rekabet olarak özel hukuk davası yanında cezai yaptırıma da tabi tutmuştur. Özel hukuk sorumluluğu olarak TTK.md.56'da belirtilen hukuk davaları özellikle maddi tazminat yaptırımı söz konusu olacaktır. Bu hukuk davalarından doğan taleplerde haksız fiillere ilişkin zamanaşımından farklı olarak özel zamanaşımı süresi olarak TTK.md.60'ta belirtilen daha kısa sürelere tabi kılınmıştır. Keza TTK uyarınca "tacir" kişilerin "basiretli iş adamı gibi davranma" yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu durum karşısında Türk Ticaret Kanunu'nun tacirler arası standart sözleşmelerde, Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem koşulları düzenlemesine bir istisna getirdiğini kabul etmek gerekmektedir.

İşte yeni BK ile getirilmiş olan genel işlem şartlarının bu kapsamda değerlendirilmesi ve deniz ticaret hukukunda yaygın bir şekilde uygulanan standart sözleşmelerin genel işlem şartları bakımından sorunsuz olarak kabul görmeleri gereklidir. Bu konuda biraz daha ileri giderek aynı durumun konişmentolar bakımından da söz konusu olacağını ve hatta konişmentolar bakımından aslında Yeni TTK'nın genel işlem şartları hükümleri sayılacak emredici kuralların zaten mevcut olduğunu, bu bağlamda ticari hayat bakımından özel bir kanun olan TTK. hükümlerinin BK dan önce uygulanması gerektiğini ve BK genel işlem şartlarının ancak bu çerçevede uygulama bulabileceğini düşünmekteyiz.

DENİZ ALACAKLARINA KARŞI DONATANIN SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASINA DAİR 1976 KONVANSİYONU VE 1996 PROTOKOLÜ

Av. Tefik Adnan GÜR*

ÖZET

Bu makalede, Deniz Alacaklarına Karşı Donatanın Sorumluluğun Sınırlandırılmasına Dair 1976 Konvansiyonu ve 1996 Protokolü ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri nazara alınarak, donatanın sorumluluğunu sınırlandırma hakkı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sorumluluğun sınırlandırılması, 1976 Konvansiyonu, 1996 Protokolü

ABSTRACT

In this essay, the right of the owners for the limitation of liability are examined in accordance with the articles of the International Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976 and 1996 Protocol and the Turkish Commercial Code numbered 6102.

Keywords: *Limitation of Liability, 1976 Convention, 1996 Protocol*

DONATANIN SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASINA DAİR 1976 KONVANSİYONU VE 1996 PROTOKOLÜ

1) GENEL BİLGİ

Üç tarafının denizlerle çevrili olması dolayısıyla Türkiye'nin deniz ticareti piyasasında büyük bir role sahip olduğu herkes tarafından bilinen ve yadsınamaz bir gerçektir. Deniz ticareti ile uğraşan tüm ülkelerde donatanlar, kaptan tarafından yapılan muameleler, gemi adamlarının kusurlu hareketleri, çatma, yük hasarı, yük eksikliği gibi nedenlerle sorumluluk altına girmekte ve ancak çoğu zaman gemisini bir başka kişinin icrası altında yöneten donatanlar bu gibi sebeplerle ekonomik açıdan büyük sıkıntılar yaşamaktadır.

Bu sebeple, donatanların, meydana gelen zararlar dolayısıyla malvarlıklarını aşan ve zarar görenlerin zararlarının tam olarak karşılayamaması ihtimali karşısında, zararların karşılanamaması riski göz önüne alınarak, donatanların belirli bir oran ile sorumlu tutulması gayesi ile sorumluluğun sınırlandırılması fikri doğmuş ve çeşitli kanuni düzenlemeler ile donatanın sorumluluğunun sınırlandırılması yolu denenmiştir.

a) Geminin hacmine göre tayin edilen bir meblağla sınırlı sorumluluk sistemi

* Gür Avukatlık Bürosu Kurucu Ortağı (tevfik@gurlaw.com)

- b) Gemi ve navlun değeriyle sorumluluk sistemi
- c) Sınırlı aynı sorumluluk sistemi
- d) Abandon (terk) sistemi
- e) Karma sistem

Belirtilen kanuni düzenlemeler sonrasında donatanın sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin kuralların uluslararası anlamda bir birlik teşkil edecek şekilde birleştirilmesi ihtiyacını doğurmuştur.

1.1.) TARİHİ GELİŞİM

İlk olarak Gemi Sahiplerinin Sorumluluklarının Sınırlanması İle İlgili Bazı Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkında 25.08.1924 tarihli Konvansiyon (“1924 Konvansiyonu”) kabul edilmiştir. Ancak 1924 Konvansiyonu’na az sayıda devletin taraf olması nedeniyle Deniz Gemileri Sahiplerinin Sorumluluklarının Sınırlandırılması Hakkında 10.10.1957 tarihli Konvansiyon (“1957 Konvansiyonu”) kabul edilmiştir. Ancak 1957 Konvansiyonu’nda da sorumluluk sınırlarının düşük ve enflasyon karşısında korunmasız olması nedeniyle Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlanması Hakkında 19.11.1976 tarihli Londra Konvansiyonu (“1976 Konvansiyonu”) kabul edilmiştir.

1976 Konvansiyonu, 1924 Konvansiyonu ve 1957 Konvansiyonu’nun yerine geçmek üzere hazırlanmış olup, 12 devletin onayından sonra 01.12.1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

1976 Konvansiyonu’nu tadil eden 1996 Protokolü ile bir kısım değişiklikler yapılmıştır.¹ 1996 Protokolü, 1976 Protokolü’nü tadil etmek amacıyla hazırlanmış olup, 10 devletin onayından sonra 13.05.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

1.2.) TÜRKİYE AÇISINDAN DEĞERLENDİRME:

1976 Konvansiyonu’na 04.06.1980 tarihli ve 17007 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 28.02.1980 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile katılma yoluyla taraf olunmuş olmakla, konvansiyon 01.07.1998 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

1996 Protokolü’ne ise 13.03.2010 tarihli ve 27520 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 05.02.2010 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile katılma yoluyla taraf olunmuş olup, protokol 17.10.2010 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

1976 Konvansiyonu ve 1996 Protokolü’nün Türkiye açısından uygulanabilir olduğu 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1328. maddesi² ve Türk Ticaret Ka-

¹ Değişikliklere daha sonra değinileceğinden şu an 1996 Protokolü hakkında bilgi verilecektir.

² (1) Deniz alacaklarından doğan sorumluluk, 4/6/1980 tarihli ve 17007 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 19/11/1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında Milletlerarası Sözleşme ile bu Sözleşmeyi değiştiren 2/5/1996 tarihli Protokol veya onun yerine geçmek üzere hazırlanarak Türkiye Cumhuriyeti tarafından kabul edilen milletlerarası sözleşmelere göre sınırlanabilir.

(2) 1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında Milletlerarası Sözleşmenin 20 ve 21 inci maddeleri ile 1996 tarihli Protokolün 8 inci maddesi uyarınca yapılacak değişikliklerin, Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girdikleri tarihten başlayarak, bu madde, anılan değişiklikleri de içine alacak şekilde uygulanır.

(3) Bu Kısımda geçen “1976 tarihli Sözleşme” ibaresi, “19/11/1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında Milletlerarası Sözleşme”yi, 2/5/1996 tarihli Protokolü ve bu Sözleşmeye ilişkin değişikliklerden Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girmiş olanları topluca ifade eder.

nu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 37. maddesinde³ hüküm altına alınmıştır. Bu şekli ile 1976 Konvansiyonu ve 1996 Protokolü, her ne kadar Resmî Gazete'de yayımlanmış olan Bakanlar Kurulu Kararları doğrultusunda Türkiye için yürürlükte kabul edilse de, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile ilk kez bir Kanun tarafından hüküm altına alınmıştır.

2) 1976 KONVANSİYONU

2.1.) SORUMLULUKLARINI SINIRLANDIRMAYA HAKKI OLAN KİŞİLER

Sorumluluklarını sınırlandırmaya hakkı olan kişiler 1976 Konvansiyonu kapsamında yalnızca sayılmış olması dolayısıyla, taraf devlet tarafından "lex fori" esasları dikkate alınarak belirlenecektir.

2.1.1.) Deniz gemisi sahipleri⁴:

Hava yastıklı vasıtalarla denizin dibinde veya daha altında bulunan tabii kaynakların araştırma ve işletilmesine tahsis edilmiş olan yüzen platformların deniz gemisi sayılmaması sebebi ile 1976 Konvansiyonu'nun uygulama alanını belirten 15. maddesi kapsamında bu vasıtalara uygulanmayacağı belirtilmiştir. Aynı zamanda belirtmek gerekmektedir ki, gemi sahiplerinin sorumluluğu kural olarak sınırsız olduğundan, sorumluluklarını sınırlandıracakları miktarın üzerinde bir ifade bulunmaları halinde, gemi sahipleri fazlaca ödedikleri bu miktarın iadesini talep etme hakkına sahip değillerdir.

2.1.2.) Yardımda bulunanlar:

Kurtarma – Yardım faaliyeti olarak, batmış, enkaz haline gelmiş, karaya oturmuş veya terk edilmiş bir geminin içinde bulunan veya bulunmuş şeyler de dahil olmak üzere, geminin yüzdürülmesi, kaldırılması, imhası veya zararsız hale getirilmesinden doğan alacaklar; sorumluluğun sınırlanabileceği bir zararı önlemek veya azaltmak için alınan tedbirler ve bu tedbirlerin sebep olduğu zararlardan doğan alacaklar ifade edilmektedir.

İngiltere'de görülen "*The Tojo Maru*"⁵ davası sonucunda verilen karar sonrasında Kurtarma Yardım faaliyetleri ile doğrudan bağlantılı olarak hizmet gören kişiler de kapsam dahiline alınmıştır. Anılan davada kurtarma yardım faaliyeti esnasında zarara sebebiyet veren geminin sahibi sorumluluğunu sınırlandırmak istemiş ancak kurtarma yardım faaliyetleri sağlayan kişilerin 1957 Konvansiyonu kapsamında değerlendirilmemesi nedeni ile talebi reddedilmiştir.

³ (1) Türk Ticaret Kanununun 1328 ilâ 1349 uncu maddeleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulanır. Şu kadar ki, 4/6/1980 tarihli ve 17007 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 19/11/1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında Milletlerarası Sözleşmenin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği 1/7/1998 tarihinden başlayarak, 24/7/2001 tarihli ve 24472 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 1992 Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşmenin ve 18/7/2001 tarihli ve 24466 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 1992 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşmenin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği 17/8/2002 tarihinden başlayarak uygulanması bundan müstesnadır.

⁴ Gemi sahibi ifadesi ile donatan ve işleten ile çarterer da kapsam dahiline alınmıştır.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bakınız: Griggs, Williams, Limitation, s.10; Hill, Maritime, s.253

2.1.3.) Sigortacılar:

Sigortacı, sigortalısı ile “aynı şekilde”⁶ sorumluluğunun sınırlandırılmasını talep etme hakkına sahiptir. 1976 Konvansiyonu’nun 12. maddesi hükmünce, sınırlama fonu yolunun tercih edilmesi halinde, fon alacağını fon oluşturulmadan evvel tazmin eden kişi veya sigortacısı, lehine ödeme yapılan kişinin fona karşı sahip olduğu haklar üzerinde, ödemiş olduğu meblağ oranında halefiyet hakkına sahiptir.

2.2.) SINIRLAMAYA TABİ ALACAKLAR

2.2.1.) Gemide veya geminin işletilmesi yahut kurtarma yardım faaliyetleri ile doğrudan ilgili olarak gerçekleşen ölüm, yaralanma ve her türlü eşya ziya ve hasarı ve diğer bütün zararlardan doğan alacaklar

Liman tesisleri, havuzları, seyrüsefere elverişli su yolları ve seyir yardımcı tesislerinin maruz kaldığı zararlardan doğan alacaklar da madde kapsamında belirtilerek, 1976 Konvansiyonu’nun 6. maddesi kapsamında bu alacaklara ölüm ve yaralanmalardan doğan alacaklara zarar gelmemesi şartıyla, diğer bütün alacaklara göre öncelik tanınabileceği hüküm altına alınmıştır.

2.2.2.) Deniz yolu ile yapılan yük, yolcu ve bagajlarının taşınması hizmetlerindeki gecikmeden ileri gelen bütün zararlardan doğan alacaklar

“Gecikme”⁷ kavramı, gerek yolcu ve yolcu eşyalarının taşınmasındaki gecikmeleri gerekse de yük taşınmasındaki gecikmeleri kapsamaktadır. Madde kapsamında belirtilen gecikme sebebi ile zarara uğradığını iddia eden kişi, zararını ispat etmesi şartıyla 1976 Konvansiyonu kapsamına dahil olabilecektir.

2.2.3.) Sözleşmeden doğmuş olmayan⁸ herhangi bir hakkın ihlalden ileri gelen ve geminin işletilmesi yahut kurtarma yardım faaliyetleri ile doğrudan ilgili olarak meydana gelen diğer bütün zararlardan doğan alacaklar

2.2.4.) Batmış, enkaz haline gelmiş, oturmuş veya terk edilmiş bir geminin, içinde bulunan veya bulunulmuş olan şeyler de dahil olmak üzere, yüzdürülmesi, kaldırılması, imha edilmesi veya zararsız hale gelmesinden doğan alacaklar

2.2.5.) Gemi yükünün imhası veya zararsız hale getirilmesinden doğan alacaklar

2.2.6.) Sorumlu kişinin bu Konvansiyon hükümleri uyarınca sorumluluğunu sıralayabileceği bir zararı önlemek veya azaltmak için alınan tedbirler ve bu tedbirlerin başkaca sebep oldukları zararlar yüzünden sorumlu kişiden başka bir kimse tarafından ileri sürülen alacaklar

1976 Konvansiyonu’nun işbu hükmünün uygulanabilmesi için sorumluluğunu sınırlandırma hakkı bulunan kişi ile, sorumlu kişiden başka bir kimse olan ve zarara yol açan kişi arasında sözleşmesel bir ilişkinin bulunmaması gerekmektedir.

⁶ “Aynı şekilde” ifadesi bir kısım yanlış anlaşılmalara mahal verebilmektedir. Nitekim sigortalı kişinin sorumluluğunu sınırlama hakkından feragat etmesi halinde, sigortacının talep hakkının sigortalısı ile “aynı şekilde” nitelendirildiği nazara alınarak, sigortacının da sorumluluğunu sınırlama hakkından feragat ettiği şeklinde yorumlanabilmektedir.

⁷ Önemle belirtmek gerekmektedir ki, “Gecikme” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, yolcu – yolcu eşyası – yük taşımalarının hiç yerine getirilmemesinden doğan alacaklar, madde kapsamında değerlendirilmeyecektir.

⁸ “Sözleşmeden doğmuş olmayan” ifadesi ile haksız fiil sorumluluğu ve kanunlardan doğan diğer sorumluluk halleri ifade edilmektedir.

2.3.) SINIRLAMADAN HARİÇ BIRAKILMIŞ ALACAKLAR

2.3.1.) Kurtarma ve yardım alacakları ile müşterek avarya garama alacakları

2.3.2.) Hidrokarbonlar (Akaryakıtlar) ile kirlenmeden ileri gelen zararlardan sorumluluğa dair 29.11.1969 tarihli uluslararası konvansiyon ile yürürlükteki değişiklik ve ekleri anlamında olmak üzere hidrokarbonlarla kirlenmeden ileri gelen zararlardan doğan alacaklar⁹

2.3.3.) Nükleer zararlardan sorumluluğun sınırlanmasını düzenleyen veya yasak eden bütün uluslararası konvansiyonlar ve ulusal kanunlara tabi alacaklar¹⁰

2.3.4.) Nükleer gemi sahibine karşı nükleer zararlardan doğan alacaklar

2.3.5.) Gemi maliki veya yardımda bulunan ile müstahdemleri arasında mün'akit hizmet sözleşmesini düzenleyen kanun hükümlerine göre gemi maliki veya yardımda bulunanın söz konusu alacaklara karşı mesuliyetini sınırlamak hakkını haiz olmaması veya ancak 6'ncı maddede öngörülenden yüksek bir meblağla sınırlayabilmesi halinde gemi maliki veya yardımda bulunanın, görevleri gemi hizmetlerine veya kurtarma ve yardım faaliyetlerine ilişkin olan müstahdemlerinin alacakları ile bunların mirasçılarının, haleflerinin veya. bu gibi alacakları ileri sürmeğe hakkı bulunan diğer şahısların alacakları

Bu madde ile Kurtarma – Yardım faaliyetleri kapsamında iş gören kişilerin de 1976 Konvansiyonu kapsamında sorumluluğunu sınırlama hakkının olmadığı hüküm altına alınmıştır.

2.4.) SINIRLAMA HAKKINI KALDIRAN HAREKETLER

1976 Konvansiyonu kapsamında “Kişisel fiil veya ihmalden ileri gelen zarara kasten yahut cüretkane bir şekilde ve muhtemelen böyle bir zarar meydana geleceği şuru ile sebebiyet vermiş olduğu isbat olunan sorumlu kişi sorumluluğunu sınırlama hakkına sahip değildir.” maddesine yer verilmiştir.

Alacaklı kişi bu gibi bir durumda yalnızca cüretkane hareketi ispat etmekle yetinemeyecek, aynı zamanda cüretkane hareket sergileyen kişinin meydana gelen zararın oluşması hakkında bilinç sahibi olduğunu da kanıtlayacaktır. Nitekim, anılan madde dolayısıyla, sorumluluğun sınırlandırılması hakkının ortaya kalkması halinde, sınırsız sorumluluk gündeme gelecektir. Sınırsız sorumluluğun gündeme gelmesi ile de, sigorta himayesi de ortadan kalkacaktır.

2.5.) ALACAKLARIN MAHSUBU

1976 Konvansiyonu kapsamında “Bu sözleşme hükümleri gereğince mesuliyetini sınırlama hakkı bulunan bir kimsenin alacaklısına karşı aynı olaydan doğma (mukabil) bir alacağı mevcut olursa, onların bu karşılıklı alacakları birbiri ile mahsup edilir ve sözleşme hükümleri ancak çıkacak bakiye hakkında uygulanır.” hükmüne yer verilmiştir. Örneğin bir Kurtarma – Yardım faaliyeti; Kurtarma – Yardım ücreti ile, Kurtarma – Yardım faaliyeti sırasında kurtarılan gemiye verilen zarardan doğan alacaklar mahsuba tabi tutulmaktadır.

⁹ “Hidrokarbonlar ile Kirlenmeden İleri Gelen Zararlardan Sorumluluğa Dair 22.11.1969 tarihli Brüksel Konvansiyonu” kabul edilmiş olduğundan, bu alacaklar 1976 Konvansiyonu kapsamına dahil edilmemiştir.

¹⁰ “Nükleer Gemi İşletenlerinin Sorumluluğu Hakkında 25.05.1962 tarihli Brüksel Konvansiyonu” ve “Deniz Yolu ile Nükleer Madde Taşımalarında Hukuki Sorumluluğa Dair 17.12.1971 tarihli Brüksel Konvansiyonu” kabul edilmiş olduğundan bu alacaklar 1976 Konvansiyonu kapsamına dahil edilmemiştir.

2.6.) SORUMLULUĞUN SINIRLARI VE SINIRLANDIRILMASI

1976 Konvansiyonu'na göre Sorumluluğun Sınırları Genel Sınırlar ve Yolcu Alacaklarına Uygulanacak Sınırlar olmak üzere iki ayrı madde altında hüküm altına alınmıştır. Genel Sınırlar ise Ölüm ve Yaralanmalardan İleri Gelen Alacaklar Hakkında ve Diğer Bütün Alacaklar Hakkında olmak üzere iki bent halinde incelenmiştir.

Önemle belirtmek gerekmektedir ki, sorumluluğun sınırlandırılmasında gemi tonajı dikkate alınmaktadır ve esas alınacak gemi tonajı "Gemilerin Ölçülmesine Dair 1969 tarihli Uluslararası Konvansiyon" kapsamında gayrisafı tonajın ölçülmesi hakkında öngörülen kurallara göre belirlenmektedir. Bir diğer taraftan, bir gemiden faaliyet göstermeksizin yahut yalnızca kurtarma ve yardım faaliyetlerine konu olan gemide veya bu gemi ile ilgili olarak faaliyet göstermek suretiyle yardımcı bulunan kişilerin sorumluluklarının sınırlandırılmasında gemi tonajı dikkate alınmaz; hesaplama 1500 tonlato hesabına göre yapılır.

Ölüm ve Yaralanmadan İleri Gelen Alacaklar ile ilgili olarak; aynı olaydan doğan ve 1976 Konvansiyonu'nun 7. maddesinde¹¹ belirtilen alacaklar dışında kalan alacaklar hakkında; ölüm ve yaralanmalardan doğan alacaklar hakkında sorumluluk sınırı, 500 GT'ü geçmeyen bir gemi için 333.000 Hesap Birimi'dir. Tonajı 500 GT'ü geçen gemiler için ise, 501 GT'den 3.000 GT'ye kadar beher ton için 500 Hesap Birimi; 3.001 GT'den 30.000 GT'ye kadar beher ton için 333 Hesap Birimi; 30.001 GT'den 70.000 GT'ye kadar beher ton için 250 Hesap Birimi ve 70.000 GT'den yukarı beher ton için 167 Hesap Birimi dikkate alınmaktadır.

Diğer Bütün Alacaklar ile ilgili olarak ise, aynı olaydan doğan ve 1976 Konvansiyonu'nun 7. maddesinde belirtilen alacaklar ile ölüm ve yaralanma alacakları dışında kalan diğer bütün alacaklar hakkında sorumluluk sınırı 500 GT'ü geçmeyen bir gemi için 167.000 Hesap Birimi'dir. Tonajı 500 GT'ü geçen gemiler için ise, 501 GT'den 30.000 GT'ye kadar beher ton için 167 Hesap Birimi; 30.001 GT'den 70.000 GT'ye kadar beher ton için 125 Hesap Birimi ve 70.000 GT'den yukarı beher ton için 83 Hesap Birimi dikkate alınmaktadır.

Yolcu Alacaklarına Uygulanacak Sınırlara ilişkin olarak, bir geminin yolcularının ölüm ve yaralanmasından ileri gelen ve aynı olaydan doğan alacaklarda gemi sahibinin sorumluluğunun 46.666 Hesap Birimi ile yolcu sayısının çarpılması ile elde edileceğinin ve ancak bu sonucun 25.000.000 Hesap Birimini aşmaması gerektiği ifade edilmiştir.

Madde kapsamında belirtilen yolcu sayısı, geminin resmi belgede taşınmasına izin verilen yolcu sayısını, alacaklar ise bir yolcu sözleşmesine dayanarak veya bir navlun sözleşmesine konu olan bir taşıt veya canlı hayvanlara, taşıyanın muvafakatiyle refakat etmek suretiyle meydana gelen alacakları ifade etmektedir.

¹¹ Madde 7: Yolcuların alacaklarına uygulanacak sınırlar

1. Bir geminin yolcularının ölüm veya yaralanmasından neşet eden ve aynı olaydan doğan alacaklarda gemi malikinin mesuliyeti, 46.666 hesap biriminin geminin resmi belgesinde taşınmasına izin verilen yolcu sayısı ile çarpılmasından elde olunan meblâğla sınırlıdır, ancak bu meblâğ yirmi beş milyon hesap birimini aşamaz.

2. Bu madde açısından "bir geminin yolcularının ölüm veya yaralanmasından neşet eden alacaklar" sözleri:

a) Bir yolcu taşıma mukavelesine müsteniden, veya

b) Bir navlun sözleşmesine konu olan bir taşıt veya canlı hayvanlara, taşıyanın muvafakatiyle, refakat etmek suretiyle, söz konusu gemide taşıyan her hangi bir şahıs tarafından veya onun hesabına ilerisürülen alacakları ifade eder.

Önemle belirtmek gerekmektedir ki, 1976 Konvansiyonu kapsamında kabul edilen hesap birimi “Özel Çekme Hakkı”dır. Özel Çekme Hakkı, Uluslararası Para Fonu tarafından 1969 yılında ortaya konulan, uluslararası nitelikte paraya çevrilebilir nitelikteki **yapay bir rezervdir**. 1976 Konvansiyonu’na taraf ya da Uluslararası Para Fonu’na üye bir devletin ulusal parasının Özel Çekme Hakkı olarak değeri Uluslararası Para Fonu tarafından tayin edilmektedir. Bir diğer taraftan, 1976 Konvansiyonu’na taraf devlet Uluslararası Para Fonu’na üye değilse, devletin ulusal parasının Özel Çekme Hakkı olarak değeri bu devlet tarafından tespit edildiği şekilde hesaplanır.

1976 Konvansiyonu’na göre sorumluluk; fon tesis edilmeksizin def’i yoluyla öne sürülerek; yahut fon tesis edilerek sınırlandırılabilir.

(i) Fon Tesis Edilmeksizin Def’i Yoluyla Sorumluluğun Sınırlandırılması

Sorumluluğun sınırlandırılması için taraf devletince fon tesisinin gerektiği belirtilmedikçe, def’i yoluyla da sorumluluk sınırlandırılabilir. Bir diğer taraftan def’i yoluyla sorumluluk sınırlandırıldığında – ki def’i yoluyla sorumluluğun sınırlandırılması ülkesinde dava açılan taraf devletin ulusal kanunlarına tabi olmaktadır –, 1976 Konvansiyonu kapsamında belirtilen sınırlama miktarları ile sınırlı kişisel sorumluluk gündeme gelecek ve alacaklılar sınırlama miktarı dahilinde sorumlu tüm malvarlığına başvurabilecektir.

(ii) Sınırlama Fonunun Tesis Edilmesi Suretiyle Sorumluluğun Sınırlandırılması

Fon¹² nakden yatırılabilir gibi, tesis edileceği taraf devletin mevzuatına uygun bir teminat gösterilmek suretiyle tesis edilebilmektedir. Sınırlama fonundan, fonu tesis eden ile birlikte sorumluluğunu sınırlama hakkına sahip diğer tüm kişiler yararlanabilecektir.

Tesis edilen fon alacaklılar arasında fona karşı kabul edilmiş olan alacak miktarlarıyla orantılı olarak paylaşılır. Fon alacağının fon paylaşılmasından evvel sorumlusu yahut sigortacısı tarafından ödenmesi halinde sorumlu kişi yahut sigortacısı, lehine ödeme yapılan kişinin fona karşı sahip olduğu haklara ödediği meblağ oranında halef olmaktadır. Fon alacağının fon paylaşılmasından evvel sorumlusu yahut sigortacısı dışında başkaca kişiler tarafından ödenmesi halinde tatbik edilecek ulusal kanunun öngörmesi halinde, bu kişilerin de halefiyet hakkından yararlanmaları mümkündür. Fon alacağının fon paylaşılmasından evvel sorumlusu yahut sigortacısı dışında başkaca kişiler tarafından ödenmesi halinde sorumlu kişi yahut sigortacısı tarafından fon alacağının fon paylaşılmasından önce ödemesi halinde, halefiyet hakkından istifade edeceği bir meblağı tazminat olarak kısmen veya tamamen bilahare ödemek zorunda kalacağını ispat ederse, fonun tesis edildiği devletin yetkili mercii tarafından anılan kişinin fona karşı olan haklarını sonradan kullanmasına imkan verecek yeterli bir meblağın geçici olarak saklı tutulmasına karar verilebilir.

Sınırlama fonunun tesis edilmesi akabinde fon alacaklıları, bu alacaklarına ilişkin olarak fon tesis eden kişinin diğer malvarlığı üzerinde fona karşı sahip oldukları haklarını kullanamaz. Aynı zamanda fon tesis eden kişinin 1976 Konvansiyonu’na taraf bir devlette haczedilmiş veya üzerine rehin konmuş gemisi yahut diğer malvarlığı veya gösterilmiş bir teminatı var ise, ilgili devlet kararı ile bunlar serbest bırakılabilecektir. Burada dikkat çekilmesi gereken en önemli nokta, bu hallerde serbest bırakma kararının **İHTİYARİ** olmasıdır.

Ancak, sınırlama fonunun, sınırlı sorumluluğa konu olan olayın gerçekleştiği limanda veya; olay liman dışında gerçekleşmişse olayı takiben uğranılan limanda veya; ölüm ve yaralanmadan doğan alacaklarda inilecek limanda veya; yük zararlarında bo-

¹² Tesis edilecek fon yalnızca sınırlı sorumluluğa tabi alacakların ödemesi için kullanılabilir.

şaltma limanında ve hacim veya tedbirin konulduğu devlette tesis edilmiş olması hal-lerinde serbest bırakma kararı ZORUNLUDUR.

2.7.) UYGULANACAK KANUN VE UYGULAMA ALANI

1976 Konvansiyonu'nun 11. maddesinde hüküm altına alınan "Fonun Tesisi"¹³, 12. maddesinde hüküm altına alınan "Fonun Paylaştırılması"¹⁴ ve 13. maddesinde hüküm altına alınan "Başkaca Takip Yapılamaması"¹⁵ hükümleri saklı kalmak kaydı

¹³ Madde 11: 1. Mesuliyeti ileri sürebilecek olan her şahıs, sınırlamaya tâbi alacaklardan ötürü ülkesinde dava açılan ve sözleşmede taraf olan devletin mahkemeleri veya yetkili sair mercileri nezdinde bir fon tesis edebilir. Fon, 6 ve 7 nci maddelerin mezkûr şahsın sorumlu tutulabileceği alacaklara tatbiki kabil olan hükümleri uyarınca hesaplanan meblağ ile mesuliyetin doğumuna yol açan olay gününden fonun tesisi tarihine kadar işlemiş olan faizlerin toplamından terekküp eder. Bu suretle tesis olunan fon ancak, haklarında sınırlı mesuliyet dermeyan edilebilecek olan alacakların tediyesinde kullanılabilir.

2. Fon, tespit olunan meblağın yatırılması yahut fonun tesis olunacağı taraf devletin mevzuatı bakımından şayanı kabul ve mahkeme veya yetkili sair mercilerce yeterli sayılacak olan bir teminatın gösterilmesi ile tesis olunabilir.

3. Dokuzuncu maddenin 1 inci paragrafının (a), (b) veya (c) bentleri ile 2 nci paragrafında yazılı şahıslardan biri veya sigortacısı tarafından tesis olunan fon, bununla mütenazır olarak 1 inci paragrafın (a), (b) veya (c) bentlerinde veya 2 nci paragrafta yazılı bütün şahıslar tarafından tesis edilmiş sayılır.

¹⁴ Madde 12: 1. Altıncı maddenin 1, 2 ve 3 üncü paragrafları ile 7 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere fon alacaklılar arasında fona karşı kabul edilmiş olan alacak miktarlarıyla orantılı olarak paylaştırılabilir.

2. Bir fon alacağını fon paylaştırılmadan önce İtfa eden sorumlu kişi veya sigortacısı, lehine ödeme yapılan şahsın bu sözleşme gereğince haiz olacağı haklara ödediği meblağ nispetinde halef olur.

3. İkinci paragrafta öngörülen halefiyet hakkı zikrolunan şahıslardan başka kişiler tarafından da, olayda tatbiki kabil milli kanunun böyle bir halefiyete cevaz verdiği ölçüde, tazminat olarak ödedikleri bütün meblağlar hakkında kullanılabilir.

4. Sorumlu şahıs veya diğer her hangi bir kimse, fon paylaşılmadan önce ödemesi halinde 2 ve 3 üncü paragraflara göre halefiyet hakkından istifade edeceği bir meblağı tazminat olarak kısmen veya tamamen bilahare ödemek zorunda kalacağını ispat ederse, fonun tesis olunduğu devletin mahkeme veya yetkili sair herhângibir bir mercii mezkur şahsın fona karşı olan haklarını sonradan kullanmasına imkan verecek yeterli bir meblağın geçici olarak saklı tutulmasına karar verebilir.

¹⁵ 1. Onbirinci madde uyarınca bir sınırlama fonu tesis olunduğu takdirde, fon alacaklarından hiç biri bu alacağına ilişkin olarak haiz. bulunduğu hakları, adına fon tesis edilmiş, olan şahsın sair malları üzerinde kullanamaz.

2. Onbirinci madde uyarınca bir sınırlama fonu tesis olunduktan sonra, lehine fon tesis edilen şahsa ait olup fona karşı ileri sürülebilen bir alaktan dolayı sözleşmede taraf olan bir devlette haczedilmiş veya üzerine tedbir konmuş herhangi bir gemi ve diğer mallar veya gösterilmiş, bulunan teminat mezkûr devletin mahkemesi veya yetkili sair merciinin kararı ile serbest bırakılabilir. Sınırlama fonu;

a) Olayın cereyan ettiği limanda, şayet olay bir liman dışında vukubulmuşsa bunu takiben uğranılan limanda,

b) Ölüm veya yaralanma sebebiyle olan olacıklarda inilecek limanda;

c) Yük zararlarında boşaltma limanında; veya

d) Haczin yahut tedbirin konulduğu devlette,

ile; sınırlama fonunun tesis edilmesi ve paylaştırılması hakkındaki hükümler **fonun tesis edildiği devletin kanunlarına** tabidir.

Sorumluluğunu sınırlama hakkına sahip bir kişi, taraf bir devletin mahkemesi önünde sorumluluğunu sınırlamak, haczedilmiş veya tedbir konulmuş gemisini veya başka bir malını veyahut söz konusu devletin yetkili makamlarına verilmiş bulunan teminatını serbest bıraktırmak istediğinde 1976 Konvansiyonu uygulama alanı bulacaktır. 1976 Konvansiyonu'na taraf devletlerin ulusal mevzuatlarına koyacakları bir hükümle kendi mevzuatları gereğince iç sularda seyre tahsis edilmiş olan gemiler ile 300 GT'dan küçük gemiler için de sorumluluğun sınırlandırılmasının uygulanabileceğini kabul edebileceklerdir.

Taraf bir devletin mahkemeleri işbu sözleşme hükümlerini, sondaj ameliyeleri için inşa veya buna elverişli hale getirilmiş olup da bu işlerde kullanılan gemilere; (i) Mezkûr devletin milli mevzuatında sözleşmenin 6 ncı maddesinde öngörülenden daha yüksek bir mesuliyet sınırı kabul etmiş olması, veya, (ii) Mezkur devletin bu gemilere uygulanacak bir mesuliyet rejimi tespit eden milletlerarası bir anlaşmaya taraf olması, hallerinde uygulamazlar.

3) 1976 KONVANSİYONU'NU TADİL EDEN 1996 PROTOKOLÜ İLE GETİRİLEN YENİLİKLER

1976 Konvansiyonu kapsamında, "Kurtarma ve yardım alacakları ile müşterek avarya garame alacakları" sorumluluğun sınırlandırılması kapsamında bırakılmış iken, 1996 Protokolü'nde "Eğer yürürlükte ise, değiştirilmiş 1989 Kurtarma Yardım Hakkında Uluslar arası Sözleşmenin 14'ncü maddesi kapsamında özel tazminat için herhangi bir alacak da dahil kurtarma yardım alacakları ile müşterek avarya garame alacakları" ifadesine yer verildiği görülmektedir.

1996 Protokolü ile 1976 Konvansiyonu'nun tadil edildiği en kapsamlı değişiklik sorumluluğun sınırlandırılmasında dikkate alınan Hesap Birimlerinin artırılmış olmasıdır. 1996 Protokolü'ne göre ölüm ve yaralanmalardan ileri gelen alacaklar ile ilgili olarak; aynı olaydan doğan ve 7. madde kapsamında belirtilen alacaklar dışında kalan alacaklar hakkında; ölüm ve yaralanmalardan doğan alacaklar hakkında sorumluluk sınırı, 2.000 GT'ü geçmeyen bir gemi için 2.000.000 Hesap Birimi'dir. Tonajı 2.000 GT'ü geçen gemiler için ise, 2.000 GT'den 30.000 GT'ye kadar beher ton için 800 Hesap Birimi; 30.001 GT'den 70.000 GT'ye kadar beher ton için 600 Hesap Birimi ve 70.000 GT'den yukarı beher ton için 400 Hesap Birimi dikkate alınmaktadır.

1996 Protokolü kapsamında diğer bütün alacaklar ile ilgili olarak ise; aynı olaydan doğan ve 7. madde kapsamında belirtilen alacaklar dışında kalan alacaklar hakkında, ölüm ve yaralanma alacakları dışında kalan diğer bütün alacaklar hakkında sorumluluk sınırı, 2000 GT'ü geçmeyen bir gemi için 1.000.000 Hesap Birimi'dir. Tonajı 2.000 GT'ü geçen gemiler için ise, 2.000 GT'den 30.000 GT'ye kadar beher ton için 400 Hesap Birimi; 30.001 GT'den 70.000 GT'ye kadar beher ton için 300 Hesap Birimi ve 70.000 GT'den yukarı beher ton için 200 Hesap Birimi dikkate alınmaktadır.

Aynı zamanda yolcu alacaklarına uygulanacak sınırlar ile ilgili olarak; "Bir geminin yolcularının ölüm veya yaralanmasından neşet eden ve aynı olaydan doğan alacaklarda gemi malikinin mesuliyeti, 175.000 hesap biriminin geminin resmi belgesinde

tesis edilmişse, serbest bırakma kararı her halde verilir.

3. Bir ve 2 nci paragraf hükümleri ancak alacaklının sınırlama fonunu idare eden mahkemede fona karşı bir alacak dermeyan edebilmesi ve fonun da mezkûr alacak bakımından fiilen kabili tasarruf ve transferinin serbest olması halinde uygulanır.

taşımasına izin verilen yolcu sayısı ile çarpılmasından elde olunan meblâğ olacaktır.” hükmüne yer verildiği görülmektedir.

1996 Protokolü ile 1976 Konvansiyonu’nun “Uygulama Alanı” maddesine; “Madde 7 paragraf 1’de belirtilen mesuliyetin sınırlandırılmasına rağmen, bir taraf devlet mesuliyetin sınırı Madde 7 paragraf 1’de belirtilenden daha az olmamak şartıyla bir geminin yolcularının ölümü ve yaralanmasında alacaklar için uygulanacak mesuliyet sistemini ulusal mevzuatının özel hükümleri ile düzenleyebilir.

Bu paragrafta belirtilen alternatifini kullanan bir taraf kabul ettiği mesuliyet limitlerini veya böyle bir sınır öngörülmediğini Genel Sekretere bildirir.” hükmü eklenmiştir.

Önemle belirtmek gerekmektedir ki, 13.03.2010 tarihli ve 27520 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan, 05.02.2010 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile katılma yoluyla taraf ve Türkiye açısından 17.10.2010 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 1996 Protokolü’ne taraf olurken, Türkiye; (i) 1976 Konvansiyonu’nun sınırlamaya tabi alacaklarını düzenleyen 2. maddesinin 1. paragrafının (d)¹⁶ ve (e)¹⁷ bentlerini uygulamama hakkını; ve (ii) Tehlikeli ve Zararlı Atıkların Deniz Yoluyla Taşınması ile İlgili Zararın Sorumluluğu ve Tazmini Hakkında 1996 Tarihli Uluslararası Sözleşmenin veya bu Sözleşmede yapılan herhangi bir değişikliğin veya protokolün maksadı dahilindeki zarar için alacakları hariç tutma hakkını **SAKLI TUTMUŞTUR.**

International Maritime Organization (“IMO”) tarafından yapılan 19 Nisan 2012 tarihli duyuru ile 1996 Protokolü tarafından öngörülmüş olan sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin hesap birimlerinin enflasyon sebebi ile zararları karşılamaya yetemeyebileceği dikkate alınarak arttırılacağı belirtilmiştir.

Belirlenen yeni hesap birimleri; ölüm ve yaralanmalardan ileri gelen alacaklar ile ilgili olarak, aynı olaydan doğan ve 7. madde kapsamında belirtilen alacaklar dışında kalan alacaklar hakkında; ölüm ve yaralanmalardan doğan alacaklar hakkında sorumluluk sınırı, 2.000 GT’u geçmeyen bir gemi için 3.002.000 Hesap Birimi’dir. Tonajı 2.000 GT’u geçen gemiler için ise, 2.000 GT’den 30.000 GT’ye kadar beher ton için 1.208 Hesap Birimi; 30.001 GT’den 70.000 GT’ye kadar beher ton için 906 Hesap Birimi ve 70.000 GT’den yukarı beher ton için 604 Hesap Birimi dikkate alınmaktadır.

Diğer bütün alacaklar ile ilgili olarak ise; aynı olaydan doğan ve 7. madde kapsamında belirtilen alacaklar dışında kalan alacaklar hakkında; ölüm ve yaralanmalardan doğan alacaklar hakkında sorumluluk sınırı, 2.000 GT’u geçmeyen bir gemi için 1.510.000 Hesap Birimi’dir. Tonajı 2.000 GT’u geçen gemiler için ise, 2.000 GT’den 30.000 GT’ye kadar beher ton için 604 Hesap Birimi; 30.001 GT’den 70.000 GT’ye kadar beher ton için 453 Hesap Birimi ve 70.000 GT’den yukarı beher ton için 302 Hesap Birimi dikkate alınmaktadır.

Belirlenen yeni hesap birimleri zımnî kabul doğrultusunda 36 ay sonra, 19 Nisan 2015 tarihinden uygulanacaktır.

¹⁶ d) Batmış, enkaz haline gelmiş, oturmuş; veya terk edilmiş bir geminin, içinde bulunan veya bulunmuş olan şeyler de dahil olmak üzere, yüzdürülmesi, kaldırılması, imha edilmesi veya zararsız hale getirilmesinden doğan alacaklar;

¹⁷ e) Gemi yükünün imhası veya zararsız hale getirilmesinden doğan alacaklar;

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Çalışmamızın önceki kısımlarında da belirtilmiş olduğu üzere, üç tarafının denizlerle çevrili olması dolayısıyla Türkiye'nin deniz ticareti piyasasında büyük bir role sahip olduğu nazara alındığında; aynı zamanda donatanların, kaptan tarafından yapılan muameleler, gemi adamlarının kusurlu hareketleri, çatma, yük hasarı, yük eksikliği gibi nedenlerle sorumluluk altına girmekte olduğu ve ancak çoğu zaman gemisini bir başka kişinin icrası altında yönetmesi dolayısıyla ekonomik açıdan büyük sıkıntılar yaşadıkları nazara alındığında, 1976 Konvansiyonu'na ve 1996 Protokolü'ne taraf olmanın deniz ticareti ve deniz hukuku alanında çok önemli bir husus olduğunu vurgulamak gerekmektedir.

Nitekim, 1976 Konvansiyonu'nun ve 1996 Protokolü'nün 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1328. maddesi ve Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 37. maddesinde hüküm altına alınmış olması, deniz ticareti alanında yaşanmakta olan gelişmelerin uzağında kalınmadığı ve iç hukuk düzenlemeleri ile hukuk sistemimize dahil edildiği nazara alınarak, 1976 Konvansiyonu'na ve 1996 Protokolü'ne taraf olmanın Türkiye açısından önemini açık bir şekilde gözler önüne sermektedir.

10 OTURUM

TEBLİĞ

*** DENİZ HUKUKU'NDA ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI**

Doç. Dr. Pınar AKAN

*** 6102 SAYILI YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NU
BEKLERKEN TÜRK TİCARET KANUNUN'DA KILAVUZLUK
KURTARMA İLİŞKİSİ**

Av. Hasan HÜRMAN

DENİZ HUKUKU'NDA ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI

Doç. Dr. Pınar AKAN*

ÖZET

Çalışmamızda alternatif çözüm yollarının neler olduğu belirtilerek,günümüzde de çok tartışılan arabuluculuk müessesesinin önemi,avantaj ve dezavantajları ile diğer çözüm yollarının karşılaştırılması yapılarak basta SMA,LLMA ve BIMCO'daki düzenlemeler olmak üzere deniz ticaret hukuku alanındaki uygulaması üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelime: Arabuluculuk

ABSTRACT

In our study after the concept of alternative dispute resolutions mentioned in general, mediation will be underlined. Not only the goals,but also pros and cons of mediation will be analysed and legal evaluations -taking into consideration of the mediation clauses in SMA,LLMA and BIMCO- will be made.

Keywords: Mediation

KISALTMALAR

Art.	: Article
BIMCO	: Baltic and International Maritime Conference
Disp.	: Dispute
dn	: Dipnot
Ed.	: Edition
Harv.	: Harvard
J.	: Journal
L.	: Law
LMAA	: London Maritime Arbitration Association
Mar.	: Maritime
Negot.	: Negotiation
P&I	: Protection and Indemnity
Q.	: Quarterly
Resol.	: Resolution
Rev.	: Review
s.	: Sayfa
SMA	: Society of Maritime Arbitrators
St.	: State
Tul.	: Tulane
UK	: United Kingdom
Vol.	: Volume

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Dünya üzerinde insanlar gerek günlük yaşantılarında gerekse iş hayatlarında her türlü ihtilafların çözümüyle uğraşır. Gündelik hayatımız müzakere ile geçmektedir. Aslında karşılaştığımız sorunlarla baş etmeyi müzakere olarak algılamasak da geride d-urup baktığımızda devamlı müzakere halinde olduğumuzu görebiliriz.

Hukuk düzeni, yıllar boyu bize uzlaşma imkanı sağlayarak, ihtilafların çözümü-nde ister hakemlik ister yargı yolundan yararlanma imkanı vermiştir.¹

Rekabet ortamının yoğun olduğu ticari hayatta ise ihtilafların ortaya çıkması kaçınılmazdır.Son yıllarda ihtilafların çözümünde, yargı yoluna gitmekten ziyade gerek zamandan tasarruf gerekse daha az maliyetli olması açısından alternatif çözüm yollarına başvuruya rağbet artmaktadır.Özellikle ticari ihtilafların çözümünde arabuluculuk müessesesine müracaat hızla artmaktadır. Brokerler gibi profesyonel uzlaşmacılara güvenin yüksek olduğu deniz ticareti alanında da ihtilafların çözümünde alternatif çözüm yollarına başvurulmaktadır²

I- Denizcilik Sektöründe İhtilafların Çözümüne İlişkin Gelişim ve Değişen Tutumlar

Denizcilik sektörü yüzyıllar boyu bir şekilde uyumsuzlukların sonlandırılması için başta tahkim olmak üzere alternatif çözüm yollarından yararlanmıştır. Bir ihtilaf halinde brokerlar deniz hukukuna ilişkin sözleşmelerden doğan uyumsuzluklarda arabulucu gibi hareket etmişler³ ve ihtilafın çözümünde, günümüzde olduğu gibi hukukçulardan ziyade etkin rol oynamışlardır.

1970'li yıllarda donatanlar P&I Klüpleri tarafından sunulan ek F.D.&D. (Freight, Demurrage&Defense) poliçesinin avantajlarından yararlanmaya başlamışlardır. F.D.&D ek poliçesi donatana, sözleşmenin karşı akidine ya da kendisine bu hususta husumet yöneltmesi ihtimalinde donatanın adına yasal temsilci temini öngörmektedir. Söz konusu sigorta teminatının gündeme gelmesiyle gemi brokeri P&I Klüp tarafından arabulucu yerine geçmektedir.^{4 5}

¹ Measter/Skoufalos, s.3

² Measter/Skoufalos, s.4

³ Bu hususta yapılan bir röportajda Besman, donatan ya da chartererimin bir sorunu olduğunda ilk iş karşı tarafla bir toplantı ya da öğle yemeği ayarlar, onları uzlaştırmaya çalışırım.Bu şekilde uzlaşma sağlayamamışsam, artık söz konusu sorunun gideceği yer tahkimdir." şeklinde ifade etmiştir. Bkz.. [www.westpandi.com\(rules directory\)](http://www.westpandi.com/rules_directory)

⁴ Measter/Skoufalos, s.4

⁵ Örnek vermek açısından, West of England P&I Club'da yer alan F.D.&D kurallarınuyarınca Klup teminatına inceleyecek olursak Klüp üyelerini;

- sigorta konusu geminin sigorta süresi içinde sebep olduğu tüm olaylarda,
- üyenin menfaati açısından sigorta konusu gemi ve onunla bağlantılı olarak charterparti, konişmento ya da sair navlun sözleşmesinden doğan navlun,ölü navlun,sürastarya ücretlerinde
- sigorta konusu geminin kurtarma gemisi ya da kurtarma hizmetinde kullanılmak üzere dizayn edilmiş ya da kurtarma gemisi olarak değiştirilmiş olması ve kurtarma hizmetinde kullanılması halinde hapis,kurtarma, müşterek avarya masraf ve garamesine iştirak hallerinde
- Sigorta konusu gemi tarafından verilen hasar,
- geminin işletilmesi ile bağlantılı kamu idareleri ya da yetkilileri tarafından araştırma ve soruşturmada temsil
- sigorta konusu gemi üzerine konulan ipotek ya da buna ilişkin sözleşmelerde
- sigorta konusu geminin alım ve satımı, yapımı ve tamiri için yapılan sözleşmeler ve söz konusu sözleşmelerle bağlantılı garantilerde sözleşmenin sigorta sözleşmesinin başlangıcı ya

Her ne kadar uyuşmazlıkların çözümü için P&I Klüp tarafından vekalet verilen avukatlar karşı tarafla anlaşmaya çalışsalar da saat başı ücret alarak çalışmaları sebebiyle uyuşmazlıkları masa başında ve hızlı bir şekilde halletmek için çok motive oldukları söylenemez. Zira onlar temsil etmek ve müvekkili adına kazanmak için çalışmaktadır.⁶ Gelişmiş ülkelerde toplumun refah seviyesi arttıkça yargı yoluna başvuruda artışlar görülmüştür. Denizcilik sektöründe de durum bu şekilde gelişmiştir; ancak son yıllarda tahkim yoluna talep artmıştır. Bu hususta davaların hatırı sayılı bir kısmında Londra ve New York tahkim merkezi iken, denizcilik sektöründe fazla görülmesine de buna Hong Kong, Singapur, Pekin, Sanghay ve Paris de eklenmiştir.

Yıllar geçtikçe hakem önünde biriken davaların sayısındaki artışla doğru orantılı olarak hakem ücretleri de artış göstermiş ve uyuşmazlığın sonuca ulaşması vakit almaya başlamıştır. Bu duruma sebep olarak F.D.&D'yi öne süren P&I Klüpleri suçlansa da tahkim ve yargı masraflarını protesto ederek söz konusu masrafların azaltılması için girişimlerde bulunulması gerektiğini ifade eden de yine P&I Klüpler olmuştur.⁷ Ancak denizcilik sektörünün ağırlıklı bir bölümü bu hususta vekalet ücretlerinin oldukça yüksek olması nedeniyle avukatları suçlarken onlar da müvekkil donatanları uyuşmazlıkları sonlandırmak için ucuz, etkili diğer yolları kabul etmemekle suçlamışlardır. Sonuçta sektördeki herkes kendileri dışında kalanları bu durumdan sorumlu tuttuklarından kısırdöngü aşılamamış ve özellikle İngiltere'de tahkimin yargı yolundan çok daha masraflı hale gelmesine sebep olmuştur.⁸

Deniz hukuku alanındaki ihtilafların çoğunda tahkim tercih edilmekte olup bu alanda yargı yoluna müracaat neredeyse sınırlı hale gelmiştir; ancak hakem ücretlerinin oldukça yüksek olması ve sonuca ulaşmanın da eskisi kadar hızlı olamaması nedeniyle tahkim yolu da artık cazibesine yitirmeye başlamıştır. F.D.&D ek poliçesini bize tanıtan P&I Klüpler de bu hususta yeni bir arayış içine girmişken kuru yük chartereri Cargill,⁹ EuroMed Charter Party'ye eklediği kloz ile arabuluculuğun denizcilik sektöründe yer almasına katkı sağlamıştır. Şöyle ki;

"Tarafların makul bir anlaşmaya varamamaları halinde taraflar CEDR Londra'da öngörülen arabuluculuk prosedürü uyarınca uyuşmazlıklarını arabulucuya götürecekleri hususunda anlaşacaklardır. Taraflar ayrıca talep ettikleri takdirde CEDR tarafından seçilecek arabulucuyu da kabul edeceklerdir. Arabulucunun seçilmesinden itibaren 35 gün geçmesine rağmen tarafların imzaladığı bir uzlaşma metninin ortaya çıkmaması halinde uyuşmazlığın çözümünde Londra tahkime gidilecektir."¹⁰

da süresi içinde yapılmış olması ya da idarecilerin yazılı olarak ömz konusu sözleşmelerden doğacak ihtilaf ya da tazminat taleplerini kabul etmesi şartıyla teminat sağlamaktadır.

Üyenin-karşı tarafa ödenecek olan masraf ve ücretler de dahil olmak üzere- yukarıda sayılan hususlarla doğrudan bağlantılı tüm uyuşmazlık ve tazminat talepleri sonucu oluşan masrafları Klüpten talep edebileceği gibi söz konusu hususlarla bağlantılı hukuki yardım alabilir.

Yönetimin yazılı onayı yoksa ya da bu kurallarda yazılı olan düzenlemeler ya da muhafiyet/sınırlandırmaya ilişkin kayıt/klozlarla hariç tutulmuşsa söz konusu masraf ve ücretlerin ödenmesi Klüpten talep edilemez. Ancak Klüp her halukarda 5 milyon USD aşan ödeme yapamaz.

⁶ Detaylı bilgi için bkz. Measter/Skoufalos, s.5

⁷ Aston, 14th.Int.Congress of Maritime Arbitrators, (bkz. ,Measter/Skoufalos,dn.10)

⁸ Aston, 14th.Int.Congress of Maritime Arbitrators, (bkz. ,Measter/Skoufalos,dn.10, s.6)

⁹ www.cargill.com

¹⁰ EuroMed Charter Party Form 1983 (rev.1997)

I- Arabuluculuk

A-Kavram

Müzakereye yardımcı bir çözüm yolu olarak arabuluculuk¹¹ iki ya da daha fazla şahsın, "arabulucu" olarak adlandırılan üçüncü bir şahsın yardımıyla ihtilaflarını çözmeye çalışmasıdır.¹²

Arabulucu kural olarak ihtilafın çözümü hususunda deneyimli bir kişi olup tahkim müessesesindeki hakemin aksine taraf tutmaz ya da karar vermez.¹³ Görevi ihtilafın taraflarına hedeflerini değerlendirmeleri ve kendi çözümlerini bulma hususunda alternatifleri görmeleri bakımından yardımcı olmaktadır.¹⁴

İhtilaf halinde alternatif çözüm yollarını karşılaştıracak olursak:^{15 16}

PROSEDÜR	ARABULUCULUK	TAHKİM	YARGI YOLU
Kim Karar Verir?	Taraflar	Hakem	Hakim
Kim Kontrol Eder?	Taraflar	Hakem/Vekiller	Mahkeme
Prosedür	Resmi değildir. Gizlilik esası vardır ve tarafların rahatça konuşup kendilerini ifade edebilmeleri için bazı kurallar getirilmiştir.	Üzerinde mutabakat sağlanmış kurallara ve prosedüre izin verilmiştir.	Resmi
Süre	Max. birkaç hafta	Max. birkaç ay	Birkaç yıl
Taraflara Maliyeti	Düşük	Orta	Yüksek
Delil ibraz kuralları	Yok	Var, resmi olmayan	Komplike
Aleniyet	Gizli	Genelde gizli	Kamuya açık
Tarafların ilişkileri	İşbirliği çabaları gelişebilir	Hasım	Hasım
Konsantrasyon	Gelecek odaklı	Geçmiş	Geçmiş
Müzakere metodu	Fedakarlık	Yoğun pazarlık	Yoğun pazarlık
İletişim	Genellikle gelişmiş	Bloke	Bloke
Sonuç	Başarılıysa çift kazanç	Kazanma/kaybetme	Kazanma/kaybetme

¹¹ Huber/Huber, (I), s.276;Ware, s.201

¹² Roberts/Palmer, s.154, AlfinI/Press/Sternlight/Stulberg, s.1, ;Grenig,s.65

¹³ Ordoner/Donoff, s.54

¹⁴ Charness, s.216

¹⁵ Lovenheim, (I) s.13

¹⁶ Lovenheim,(II) s.1.12

B- Önemi

Arabuluculuk müessesesinde kilit nokta zorlayıcı olmamasıdır. Şöyle ki, arabulucunun herhangi bir kararı empoze etme yetkisi olmadığından her iki taraf da kabul etmediği takdirde bir uzlaşma söz konusu olamayacaktır. Tarafların karşılıklı uzlaşması halinde söz konusu anlaşmanın şartları bağlayıcı hale getirilebilecektir.¹⁷

Arabuluculuk müessesesinin kabulü yasal haklardan vazgeçme anlamına gelmemektedir. Arabuluculuk görüşmeleri sonucu bir anlaşmaya varılamaması halinde tarafların, önceden kararlaştırılmışsa tahkim yoluna ya da yargı yoluna gitme hakları saklıdır.¹⁸

Arabuluculuğun asıl amacı ihtilafların, ihtilafın tarafları açısından inandıkları ve güvendikleri bir şekilde çözüme ulaştırılmasıdır. Bu anlamda arabuluculuk geçmiş değil gelecek odaklıdır.¹⁹ Zira yargı yoluna gidildiğinde hakim geriye dönüp durum değerlendirmesi yapıp, kimin haklı kimin haksız olduğunu, kanun ya da sözleşme hükümlerinin ihlal edilip edilmediğini dikkate alarak karar verdiğiinden yargı yolu geçmiş odaklı olarak kabul edilebilmektedir.²⁰

Bir ihtilaf ister tamamen çözüme ulaşsın ister ulaşmasın arabuluculuk müessesesinin getirdiği tali faydalar da bulunmaktadır. Öncelikle tarafların iletişimlerinin gelişmesinde, bir tarafın, karşı tarafın bakış açısını daha iyi anlaması, yüz yüze görüşmenin sağladığı iletişim avantajı olarak karşı tarafı dinleme ve sorununu ifade edebilme ve arabulucu tarafından yapılan yorumlar dikkate alınarak tarafların durumundan güçlü ve zayıf oldukları hususları anlama bakımından büyük katkı sağlamaktadır.

Arabuluculukta amaç anlaşma zemini aramaktır. Buna karşılık tahkimde amaç ise nötr üçüncü şahsın taraflara uygun gördüğü çözüm yolunu empoze etmesidir.

Arabuluculuk kesinlikle bir yargı yolu değildir. Arabuluculukta yargılama yapılmadığı gibi karar da verilmez. Arabulucu sadece uyuşmazlığın çözümünde taraflara yardımcı olan, çözüm ortamı hazırlayan kişidir. Kendisinden beklenen, tarafları sulh etmesidir. Taraflar isterse uzlaşma metni hazırlar. Taraflar uzlaşmak istemezlerse buna zorlanamazlar. Başarısı arabuluculara bağlıdır. Zira arabulucular aslında hakim gibi hüküm vermeyip, tarafların kendi müzakere ortamında kendi çözümlerini üretmelerine yardımcı olarak zor bir iş üstlenmektedirler.

Başkaca bir usul kararlaştırılmamışsa, arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir. Arabulucunun ihtilaf konusu üzerinde tecrübeli olmasından ziyade genellikle çözüm teknikleri hususunda tecrübeli olması önem arz etmektedir.

C-Avantajları

a- Süratlilik

İhtilafın konusuna ve türüne bağlı olmakla birlikte arabuluculuk müessesesi hızlı ilerler. Genellikle talepten itibaren birkaç hafta ile birkaç ay içinde arabuluculuk görüşmelerine başlanır. Görüşmeler de ihtilafın konusuna göre en az birkaç saat en fazla birkaç hafta sürer. Buna karşılık yargı süreci uzun ve meşakkatli olup yıllarca sürebilir.

¹⁷ Picker, s.2

¹⁸ Lovenheim,(II) s.1.4

¹⁹ Goldberg/Sanders/Rogers/Cole, s.111

²⁰ Lovenheim,(II) s.1.5

Arabuluculuk müessesinde arabulucular ihtilafların çözümünde bir gelişme kaydettiklerine inandıkları sürece görüşmeleri devam ettirirler.²¹

b- Gizlilik

Arabuluculuk görüşmeleri, "İhtilaf olduğunu kimsenin bilmesine gerek yok" mantığından hareketle gizli yapılmaktadır. Yargı yoluna gidildiğinde mahkemede söylenenlerin çoğu kamuya açık olup gizlilik söz konusu değildir.²² Ancak arabuluculuk görüşmelerinde söylenenler özel olup başarı sağlanamama ihtimali olup da yargı yoluna gidildiğinde dahi mahkemede kullanılamaz. Gizlilik esası sayesinde tarafların şahsi, ailevi ve iş ilişkilerine zarar gelme ihtimali de söz konusu olmaz.^{23 24}

c- Düşük Maliyet

Arabuluculuk müessesesi tahkime ve yargı yoluna nazaran çok daha düşük maliyetli olup tarafların çok daha az masrafla uyuşmazlıkların çözümüne ulaşmalarına katkı sağlar.²⁵

d- Hakkaniyet

Arabuluculuk, tarafların ihtilaflarını kendi ihtiyaçları doğrultusunda çözmesi hususunda çok daha fayda sağlamaktadır. Öncelikle resmi bir prosedür söz konusu olmadığından²⁶ tarafların anlaşmanın sonucunu tatmin edici bulmadıkları takdirde kabul etmek zorunda değillerdir.

e- Esneklik

Arabuluculuk sürecini taraflar kontrol eder ve karar da taraflar tarafından verilir. Ayrıca delil ibraz kuralları da olmadığından taraflar, önemli olduğunu düşündükleri hususlarda ihtilaflarıyla bağlantılı her konuyu gündeme getirebilirler.

f- Başarı

Arabuluculuk süreci başarılı geçtiği takdirde bu her iki taraf için de başarı demektir. Zira, ihtilafın çözümü hususunda her iki taraf da tatminkar sonuç elde etmiştir. Kaybeden tarafın genellikle üzgün ve kızgın olduğu yargı yoluna kıyasla arabuluculukta başarı her iki taraf için söz konusudur.²⁷

g- Daha Az Stres

Birçok kişi için yargı yoluna gitmek meşakkatli ve ürkütücüdür. Zira bazen anlamakta güçlük çekilen prosedürlerle karşılaşılma ihtimali olduğu gibi öte yandan bir tarafın kazanıp diğer tarafın kaybedeceği bir sonuç söz konusudur. Bu nedenle arabuluculuk yargı yoluna kıyasla çok daha az streslidir.

²¹ Örneğin, sabah 9.00'da başkayan arabuluculuk görüşmeleri saat 11.00'de sona erebilir. Ancak tarafların uzlaşması daha uzun zaman alacaksa öğle arasından sonra tüm öğleden sonra veya daha uzun sürebilir. Ancak uygulamada çok taraflı ihtilafların diğerlerinden daha uzun vakit aldığı görülmektedir. S

²² Frey, s.165; Kovach, s.35

²³ Lovenheim, (I) s.10

²⁴ McEwen/Cole/Rogers ,s. 9.10

²⁵ Craver, s.300

²⁶ Jasper, s.23

²⁷ Lovenheim, (I) s.10

D- Dezavantajları

a- Zorlayıcı Olmaması

Arabuluculuk müessesesinin en çok eleştirilen özelliklerinin başında zorlayıcı olmaması gelmektedir. Şöyle ki, arabulucunun bir kararı empoze etme yetkisi yoktur.²⁸

Taraflardan biri, yüzde yüz haklı olduğuna inanarak zaman kazanmak, maddi olarak tasarruf etmek ve daha az enerji harcamak amacıyla arabuluculuk yoluna başvurur ancak ihtilafın çözümünde başarı sağlanamazsa bu takdirde zaman ve enerji kaybının yanısıra düşük de olsa mali kayıp olacaktır;ancak bu durumun negatif olarak değerlendirilmeyeceği kanaatindeyiz zira arabuluculuk prosedürü resmi bir prosedür olmadığından, birkaç gün içinde anlaşma yoluna gidilemeyeceğinin öngörülmesi halinde taraflardan her birinin arabuluculuktan vazgeçme imkanı her zaman mevcuttur.

b-Taraflar Arası Güç Dengesizliği Olma İhtimali

Taraflardan birinin diğerine nazaran gerek mali gerekse konum itibariyle daha güçlü olması halinde zayıf taraf arabuluculukta belirgin bir dezavantaja sahip olabilir.²⁹ Ancak bu durumda da arabulucuya ciddi bir görev düşmektedir. Arabulucunun ihtilafı çözüme ulaştırma hususunda istekli olması halinde adil bir sonuca ulaşmak için her iki taraf dinlenerek ve anlaşmanın tüm şartlarının dikkatle değerlendirilmesi ile taraflar arası bu eşitsizliğin bertaraf edilmesi mümkün olabilecektir. Bu konuda arabulucu önem arz etmektedir. Arabulucunun görevini en iyi şekilde ifa edebilmesi için sahip olması gereken belli özellikler vardır. Öncelikle güvenilir ve tarafsız olması önemlidir. Ayrıca iyi insan ilişkilerine ve liderlik özelliğine sahip olmalıdır. Karşı tarafı dinleme, problem çözüm , güçlü müzakere ve espri yeteneğine sahip olmalıdır.Sabırlı ve esnek olup, arabuluculuk tecrübesi³⁰ bulunmalıdır. Ticari ihtilaflarda arabulucunun uygulamada genellikle ihtilaf konusu alanda saygı duyulan bir şahıs ya da hukukçu olduğu görülmektedir.³¹

c- Kaygan Zemin

İhtilafın taraflardan birinin arabuluculuk görüşmeleri sırasında duygusal davranarak sırf uyumlu görünmek adına kendisi için uygun olmayan bir anlaşmayı kabul ederek uzlaşma amacını içselleştirme riski altında olması ihtimali olabilir.³²

d- Tüm Kozların Açığa Vurulması

Etkili bir arabuluculukta taraflar karşı tarafın fedakarlık yaparak uzlaşmaya yanaşmasına ikna edebilmek amacıyla içinde bulunduğu durumu güçlendirmek için elindeki tüm kozları açığa çıkarır. Arabuluculuk görüşmeleri sonucu anlaşma sağlanamaması ve ihtilafın yargıya intikal etmesi halinde ise bazı hallerde arabuluculukta açığa çıkarılan bu kozların karşı tarafın mahkemede daha etkili bir savunma hazırlaması için kullanılma riski bulunmaktadır.³³

²⁸ Lovenheim,(II) s.1.8

²⁹ Palenski/Launer, s.68

³⁰ Kakalik/Dunworth/Hil/Oshiro/Pace, s.59;Roberts,s.99

³¹ Ambrose/Maxwell/Parry, s.31

³² Lovenheim,(II) s.1.9

³³ Lovenheim,(II) s.1.10

III- BIMCO Mediation Clause

Deniz hukukuna ilişkin ihtilaflarda alternatif çözüm yollarının kullanılması hususunda en önemli gelişme BIMCO'da yer alan tahkim klozunda yarılan düzenlemedir. Söz konusu düzenleme ile arabuluculuk temelli standart alternatif çözüm yolu getirilmiştir.

Donatanların haklarını korumak bakımından aktif bir rol üstlenen BIMCO³⁴, bu hakların korunması amacıyla carterparti ve çarterparti klozlarına ilişkin taslak hazırlama yoluna giderek söz konusu hazırlık aşamasında gerek donatanların gerekse çartererlerin görüşlerine başvurmuştur.³⁵

BIMCO'nun hazırladığı arabuluculuk klozu, mevcut standart tahkim klozunun içine dahil edilmiştir. Amaç, arabuluculuğun karşı tarafı oyalama taktiği olarak kullanılmasının engellenmesidir. Arabuluculuk müessesesi ihtiyaridir. Tahkim klozunun emredici olmasına karşılık BIMCO klozu uyarınca tarafların arabulucuya başvurma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bir tarafın arabuluculuğa katılmaya zorlanması mümkün değilken karşı tarafın da arabuluculuğu reddetmesi hakemler tarafından gerek masraf gerekse ücret takdirinde dikkate alınacaktır.³⁶

IV- SMA Mediation Rules

New York'ta bulunan Deniz Hakemler Birliği de yakın zamanda arabuluculuğa ilişkin kurallar getirmiştir. SMA, resmi olarak BIMCO arabuluculuk klozunu onaylamış, hatta söz konusu klozun düzenlenmesine katkıda bulunmuştur.

BIMCO'nun aksine SMA, arabuluculuğu oldukça geniş düzenlemiş, arabulucunun atanması, rolü, hatta arabuluculuk görüşmeleri bu klozla detaylı olarak ele alınmıştır.

V- LMAA Mediation Rules

Londra Deniz Hakemler Birliği de (LMAA) 2002 yılında arabuluculuk kuralları yayınlamıştır. Söz konusu kurallar SMA'nın kurallarından farklılık arz etmektedir. Zira SMA kuralları uyarınca taraflar arabuluculuk başlamadan önce bir arabulucu üzerinde anlaşamazlarsa kendilerin arabulucu listesi temin edilecektir. Buna rağmen arabulucunun kimliği üze rinde uzlaşılmasını halinde ise arabulucu SMA başkanı tarafından atanacaktır.³⁷

Arabulucu açısından LMAA kuralları ile SMA kuralları karşılaştırıldığında, LMAA kurallarının daha çok analistik yaklaşımı; SMA kurallarının ise değiştirici/kolaylaştırıcı bir yaklaşımı içerdiği görülmektedir.^{38 39 40}

³⁴ www.bimco.dk (BIMCO/history)

³⁵ www.bimco.dk (BIMCO/documentation)

³⁶ Measter/Skoufalos, s.7

³⁷ SMA Rules for Mediation, Art.3

³⁸ Measter/Skoufalos, s.8

³⁹ LMAA Art.9.1 analistik yaklaşıma dayanarak arabulucuya uzlaşma metni yazma hususunda yetki vermektedir.

⁴⁰ İsveç P&I Klübü de deniz hukukuna ilişkin ihtilafların çözümü için arabuluculuk müessesinin faydalarının, başarı oranının gizlilik esasının öneminin ve düşük maliyetli olmasının

SONUÇ

Bir ilişkinin değil de bir sorunun sona erdirilmesi isteniyorsa arabulucuya başvurmak yerinde olacaktır. Birçok ihtilafta eğer doğrudan karşı tarafla müzakerede bulunulabilirse o ihtilafın çözümlene ihtimali çok daha yüksek olacaktır. Sonuçta bu sorunları çözmek için hızlı ve ucuz bir yoldur. Arabuluculukta taraflara kendilerini bağlayıcı bir karar empoze etmeden kendi bağlayıcı anlaşmalarına ulaşmalarını sağlamak amaçlanır.

Denizcilik sektöründe de arabuluculuğun uygulamasının gelişimi oldukça zaman almıştır; çünkü taraflar aralarında kendiliğinden ticari bir anlaşmaya ulaşamadıkları takdirde arabuluculuğun da bir fayda sağlamayıp bilakis zaman ve maddi kayba sebep olacağı düşüncesine sahip olmuşlardır. Günümüzde bu düşünce değişmeye başlamıştır. Zira, taraflar kendileri üzerinde anlaşabildikleri sonuca ulaşmayı, kendilerine empoze edilmesinden daha çok tercih etmektedirler.

Her ne kadar tahkime kıyasla daha sınırlı da olsa denizcilik alanında arabuluculuk daha fazla uygulanabilir hale gelmiştir. Birçok sözleşmede tahkim klozu bulunmaktadır; ancak taraflar, bir ihtilaf halinde tahkim yoluna gitmeden arabuluculuk yolunu tercih edebilirler. Zira arabuluculuğun avantajları çok fazladır. Öncelikle arabuluculuk zaman kazandırır ve masraflı değildir. Sorunlara çabuk, adil ve ucuz çözüm yolu bulma hususunda güç verir. Ayrıca gizlilik esası olduğundan tarafların şahsi, ailevi ve iş ilişkilerine zarar gelme ihtimali söz konusu olmaz.

Alternatif çözüm yollarından arabuluculuk yaygınlaşsa da denizcilik sektörü açısından uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak bu müessese tam anlamıyla sahiplenilmemektedir. Bu durumun sebepleri incelendiğinde öncelikle deniz hukuku alanında hakem birliklerinin sözleşmelere arabuluculuk klozu koymaya yanaşmadıkları görülmektedir. Zira deniz hukuku alanında uyuşmazlık tarafları dünyanın farklı yerlerinde yaşadıklarından arabuluculuk müessesesinin devreye sokularak tarafları uyuşmazlığın çözümü amacıyla bir araya getirip sonuca ulaştırmaya çalışmak zor görünmektedir. Doktrinde taraflar arasındaki kültürel farklılıkların da bu hususa etkisinin göz ardı edilmemesi gerektiğinin altı çizilmektedir. Arabulucuya bu konuda birçok görev düştüğü tartışılmaz olup arabulucu tarafların kültürünü dikkate alarak, onlara tanıdık gelen bir yaklaşım izleyip, kullandığı farklı yaklaşımları da her bir tarafa açıklamalı, onları dikkatle dinleyip kendisine anlatılan olaylardaki önemli hususların altını çizerek bu hususları açık bir şekilde dile getirmelidir.

Arabuluculuğun denizcilik sektöründe uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak ilk yol olarak yerini alması için zaman gereklidir. Zamanla, tahkim prosedürüne yönelik memnuniyetsizlikler ve arabuluculuğun uygulamadaki faydaları görüldükçe söz konusu müessesenin olması gereken yere geleceği hususundaki inancım tamdır.

KAYNAKÇA**ALFINI/PRESS/STERNLIGHT/****STULBERG** : Mediation Theory and Practice 2006**AMBROSE,C./MAXWELL,K./****PARRY,A.** : London Maritime Arbitration London, 2009**ASTON,C** : "The Emergence of Mediation as a Means of Dispute Resolution in Maritime Matters" 14th. International Congress of Maritime Arbitrators, (New York October.22-26, 2001)**BESMAN, J.P.** : Interview, October 22,2001 www.westpandi.com (rules directory)**BUFFALOW, G.C.** : "The Force Majeure Defense: Recent Cases, Boilerplate and Analysis" Journal of Maritime Law and Commerce , April, 2011**CHARNESS, .B.** : "Alternative Dispute Resolution and the Settlement Gap" Dispute Resolution:Bringing the Settlement Gap , Edited by David A. Anderson,London 1996**CRAVER, C.B.** : Effective Legal Negotiation and Settlement, 6th.Ed., 2009**HODGES/BENOHR/CREUTZFELDT-****BANDA** : Consumer ADR in Europe Civil Justice Systems,2012**HUBER, S./****HUBER, W.T.** : Alternative Dispute Resolution Strategies for Law and Business 1996 (I)**HUBER, S./****HUBER, W.T.** : Mediation and Negotiation: Reaching Agreement in Law and Business, 2007 (II)**FREY, M.A.** : "Alternative Method of Resolution" Dispute Resolution: Bringing the Settlement Gap , Edited by David A. Anderson, London 1996**GOLDBERG/SANDER/****ROGERS/COLE** : Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes, 4th.Ed., 2003**GRENIG, J.E.** : Alternative Dispute Resolution Vol.2 3rd.Ed.**HARRINGTON, C.B.** : Shadow Justice; The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court, 1985**JASPER, M.C.** : The Law of Dispute Resolution:Arbitration and Alternative Dispute Resolution, 1995**KAKALIK/DUNWORTH/HILL/****MC.CAFFREY/OSHIRO/****PACE/VAIANA** : An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation under the Civil Justice Reform Act, 2001**KOVACH, K.** : Mediation, 2003**KOVACH/LOVE** : Mapping Mediation:The Risk of Riskin's Grid, 3 Harv. Negot. L.Rev. 71 (1998)**LEE, F.C.** : Case History on Transnational Mediation, 1 Asian Disp. Rev. 28, 30 (June,2001)

- LEVINE, M.** : "Power Imbalances in Dispute Resolution" Mediation Context and Challenges Edited by Palenski and Launer
- LORD, B.D.** : "Dispute Resolution on the High Seas: Aspects of Maritime Arbitration", 8 Ocean and Coastal Law Journal 71-89 (2002).
- LOVENHEIM, P.** : Mediate, Don't Litigate: How to Resolve Disputes Quickly, Privately and Inexpensively Without Going To Court, 1989 (I)
- LOVENHEIM, P.** : How to Mediate Your Dispute, 1996 (II)
- MCEWEN/COLE/ROGERS** : Mediation: Law, Policy and Practice 2nd. Ed., 2010
- MEASTER, C.L./SKOUFALOS, P.** : "The Increasing Role of Mediation in Resolving Shipping Disputes" Tul. Mar. L. J., Summer 2002
- MOORE/WOODROW** : "Collaborative Problem Solving Within Organisation" A Consensus Building Handbook, Edited by Susskin, McKearnen and Larner, 1999
- ODOM, E.** : "Mediation Hearing; A Primer" Mediation Contexts and Challenges Edited by Palenski and Launer
- ORDOVER, A.P./DONEFF, A.** : Alternatives to Litigation Mediation, Arbitration, and the Art of Dispute Resolution, 2nd. Ed. 1993
- PALENSKI/LAUNER** : Mediation; Context and Challenges, 1986
- PEARSON, J.J.** : "An Evaluation of Alternatives to Court Adjudication", The Justice System Journal Vol. 7/3, Spring 1982.
- PELTZ, R.D.** : "The Myth of Uniformity in Maritime Law" Tul. Mar. L.J., Winter 1996 Symposium: Federalism and Uniformity in Maritime Law
- PICKER, B.G.** : Mediation Practice Guide, A Handbook for Resolving Business Disputes, 2nd. Ed, 2003
- RASCH, J.** : Dispute Resolution in the Third Millennium, 14th. International Congress of Maritime Arbitrators (New York, October. 22-26, 2001)
- RISKIN, L.L.** : "Understanding Mediators' Orientation, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed" 1 Har. Negot. L. Rev. 7, 1996 (I)
- RISKIN, L.L.** : Mediation and Lawyers, 43 Ohio St. L.J. 29, (1982)
- ROBERTS, M.** : Mediation in Family Disputes- Principles of Practice 2nd. Ed., UK, 1997
- ROBERTS/PALMER** : Dispute Processes- ADR and the Primary Forms of Decision Making, UK, 2005
- SEREZEN, O.M.** : "Resistance to Mediation within the Legal Profession" Mediation Contexts and Challenges Edited by Palenski and Launer
- WARE, S.J.** : Alternative Dispute Resolution, 2001

6102 SAYILI YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NU BEKLERKEN TÜRK TİCARET KANUNUN'DA KILAVUZLUK KURTARMA İLİŞKİSİ

Av. Hasan HÜRMAN*

ÖZET

Tebliğimizde yeni Türk Ticaret Kanunu hükümleri ışığında gemi adamları ve kılavuzun tanımı yapılarak kılavuzluk faaliyeti açıklanmıştır. Kurtarma faaliyeti, kurtarma ücreti talep etme şartları ve kılavuzların kurtarma ücretinden pay alıp alamayacakları hususu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kılavuzluk ve kurtarma

ABSTRACT

In this paper, the pilotage system in Turkey is discussed by defining the ship master, crew and the pilot under the new Turkish Commercial Code (Maritime Division). Marine salvage process, the requirements for claim to be awarded and the matter of salvage award for the pilots are observed.

Keywords: Pilotage and Salvage

1- KURTARMA NEDİR?

6102 sayılı Yeni Ticaret Kanununun 1298 maddesi,

I- Kurtarma Faaliyeti,

(1) Seyrû sefere elverişli sulara tehlikeye uğramış bulunan su aracı veya diğer eşyanın kurtarılması için yapılan her fiil veya hareket kurtarma faaliyeti oluşturur ve onun hakkında bu bölüm hükümleri uygulanır.

Yeni kanunla kurtarma ve yardım hükümleri birleştirilmiş tüm bu işlemlere KURTARMA adı verilmiştir.

(Eski TTK'daki kurtarma faaliyeti nedir?)

Eski TTK.1222. Maddesi: Deniz tehlikesi altında bulunan bir gemi veya gemideki şeyler; gemi adamlarının idaresinden çıktıktan sonra üçüncü şahıslar tarafından ele geçirilerek emniyet altına alınır veya, bu hal haricinde, gemi veya gemide bulunan şeyler üçüncü şahısların yardımıyla deniz tehlikesinden kurtarılır ise bu kısım hükümleri gereğince kurtarma veya yardım için bir ücret istenebilir.

(2) “su aracı” teriminin kapsamına her türlü gemi ve seyri sefere elverişli yapı girer:

“Eşya” terimi ise kıyıya sürekli ve iradi olarak sabitlenmiş olmayan her türlü şey ile hak kazanılmış olmayan navlun alacağını ifade eder.

* Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Baş Hukuk Müşaviri

Eski TTK 816. Maddesi: Tahsis edildiği gayeye uygun olarak kullanılması, denizde hareket etmesi imkanına bağlı bulunan ve pek küçük olmayan her türlü tekne "Gemi" sayılır.

Yeni TTK 931. Maddesi: Tahsis edildiği amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzmeye özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etmesi imkanı bulunmasa da, bu Kanun bakımından "gemi" sayılır.

Yeni kanunla su aracı adıyla yeni bir terim getirilerek gemi tanımlaması dışında bir takım kavramlarında su aracı terimi kapsamına alındığı görülmüştür.

(3) "Eşya" terimine;

a) Deniz yataklarındaki mineral kaynaklarının keşfi, çıkartılması veya işlenmesi amacıyla kullandıkları sürece sabit veya yüzer platformlar ile açık deniz sondaj birimleri,

b) Deniz yatağında bulunan prehistorik arkeolojik veya tarihi değeri olan kültür eserleri,

Girmez.

(4) "Kurtarma Faaliyeti" terimine;

a) Su aracının malikinin veya kaptanının yahut araçta bulunmayan ve bulunmuş olmayan eşyanın malikinin açık ve makul olarak karşı koymasına rağmen yürütülen faaliyetler,

b) Tehlike altında bulunan araçta çalıştırılan kişiler tarafından yürütülen faaliyetler,

c) Tehlike doğmadan önce kurulmuş bir sözleşmenin ifası amacıyla yapılan veya yapılması gereken hizmetler;

Girmez.

Eski T.T.K.'nin 1224. Maddesi,... Tehlike altında bulunan geminin gemi adamları da böyle bir talepte bulunamazlar.

II- Diğer haller

Madde 1299- (1) Bu bölüm hükümleri

a) Kurtaranın mevzuat gereğince kurtarma yükümlülüğü bulunması

b) Kurtarma faaliyetlerinde bulunan aracın kurtarılan araçla aynı malike ait olması, hallerinde de uygulanır.

Eski T.T.K.'nin 1222. Maddesi... Kurtarma veya yardım aym donatanın birden çok gemileri arasında olsa da hüküm aynıdır.

2- KILAVUZ KAPTAN KİMDİR?

Kılavuz Kaptanların Yeterlilikleri Eğitimleri Belgelendirilmeleri ve Çalışma Usulleri Hakkında Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinin (f) bendine göre; Kılavuz Kaptan Bu yönetmelikte belirtilen Kılavuz Kaptan Yeterlilik belgelerinden birine sahip olarak, gemi kaptanına yetkili kılavuz kaptan belgesi ile yetkilendirildiği alan dahilinde uluslararası denizcilik teamüllerine göre geminin seyir ve manevrasına yönelik konularda danışmanlık yapan ve gemi kaptanının sorumluluğu esas olmak üzere hizmetleri seyir ve manevra ile sınırlı olarak gemiye kılavuzluk eden kişiyi ifade eder.

Doç. Dr.Pınar AKAN'ın Prof. Dr. Fahman TEKİL'in anısına armağan makalesinden alıntı; Kılavuz terimi, Yerel şartlar ve seyrüsefer tehlikelerine karşı deneyim ve bilgi sahibi olan, belirli bir bölgede bulunan gemiye söz konusu bölgedeki kanal, nehir

Beklerken Türk Ticaret Kanunun'da Kılavuzluk Kurtarma İlişkisi

yada benzeri suların geçmesi için yardımcı olmak üzere alman uzman kişileri ifade etmektedir.

Kılavuz kaptan tarafından verilen hizmetler başlıca 4 kategoride toplanmıştır.

1- Gemiye, açık denizden belirli bir Limana ya da belli bir Limandan açık denize yönelmek,

2- Gemiye Limanda yer açılana kadar demirlemiş olduğu yerden, Yükleme- Boşaltma faaliyetlerini gerçekleştireceği yere yönelmek,

3- Gemiye, Liman Sınırları içinde bir terminalden diğerine yönelmek,

4- Gemiye tehlikeli veya dar bir su yolu, Boğaz veya kanaldan zararsız geçişine yönelmek.

Kılavuzluk şöyle sınıflandırılabilir.

a) İsteğe bağlı (ihtiyari)

b) Mecburi (zorunlu)

İsteğe bağlı kılavuz, gemi kaptanının yada donatanının isteğine bağlı olarak gemiye çağrılan kılavuz demektir. Bu kılavuzun görevi navigasyon ve gemicilik alanındaki genel bilgisine ek olarak kazanmış olduğu yerel bilgi ve deneyimine dayanarak gemi kaptanına danışmanlık etmektir. Kaptana verdiği öğütler istişari niteliktedir. Prof.Dr. Gündüz AYBAY

Mecburi (zorunlu) kılavuzluk da iki türdür.

1- Gemiye kılavuz alınması mecburiyeti,

2- Seyir (navigasyon) bakımından, gemiye, zorunlu kılavuzun yönetimine bırakmak anlamında mecburiyet,

Sadece gemiye kılavuz alınmasını zorunlu kılan düzenlemede kılavuzun durumu ihtiyari kılavuza eşittir. Yani zorunlu kılavuz danışman durumundadır. Tavsiye ve önerilerini gemi kaptanı dilerse göz önünde tutar, dilerse tutmaz.

Türk Limanlarında Yönetimin kaptanda kalması koşulu ile zorunlu (mecburi) kılavuzluk uygulaması vardır.

Seyir (navigasyon) bakımından yönetimin kılavuz kaptana bırakıldığı bir örnek Kiel kanalındaki uygulamadır. Bu kanalda kılavuz bir serdümenle birlikte gemiye gelir gerek dümen gerekse makine manevraları kılavuz buyruğuna göre yapılır.

Yönetimin kılavuza bırakıldığı durumlarda kılavuzun kusurundan doğan çätma olaylarında donatan sorumlu tutulamaz.

Eski T.T.K.'nin 1219. Maddesi, (1) Gemi mecburi kılavuz tarafından sevk edilirken onun kusurundan ileri gelen çätmadan geminin donatanı mesul olmaz, meğer ki, gemi adamlarından olan kimseler kendilerine düşen vazifeleri yapmamış olsunlar.

Yeni T.T.K.'nin 1291. Maddesi, (1) Gemi zorunlu danışman kılavuz veya isteğe bağlı kılavuz tarafından sevk edilirken onun kusurundan ileri gelen çätmadan geminin donatanı sorumludur.

(2) Gemi zorunlu sevk kılavuzu tarafından sevk edilirken onun kusurundan ileri gelen çätmadan geminin donatanı sorumlu değildir.

Kılavuz kaptanın sorumluluğu düzenlenirken eski T.T.K. mecburi kılavuz kaptan tanımını yaparken kılavuz almanın mecburiyeti ile alman mecburi kılavuzun navigasyon anlamında sevk ve idareyi üstlenip üstlenmediği belli değildir.

Yeni T.T.K. 1291. Maddesi ile mecburi kılavuzlukta bu sorumluluk durumu aydınlatılmıştır.

3- KILAVUZ KAPTAN GEMİ ADAMI MIDIR?

Gemi Adamı: Eski T.T.K. 821. Maddesi ile Yeni T.T.K.'nun 934.maddesi Gemi Adamını: "Gemi adamları" Kaptan, gemi zabiteleri, tayfalar ve gemide çalıştırılan diğer kişiler" olarak tanımlanmıştır.

Kıymetli büyüğümüz Emekli Baş Kılavuz Kaptan Saim Oğuz ÜLGEN bana bir soru sordu kılavuz botundan kılavuzlayacağı gemiye şeytan çamlığından çıkarken bot üzerine düşüp ölen kılavuz kaptan için sorumluluk kimdedir.

Eski T.T.K.'nun 1218 maddesi, Gemide bulunan bir insanın ölümünden veya yaralanmasından yahut sıhhatinin bozulmasından doğan zararlardan gemilerin donatanları zarar görene karşı müteselsilen mesul olurlar.

Burada ölen veya yaralanan kişinin gemi adamı veya diğer şahıslar olması önemli değil ölmesi veya zarar görmesidir. O gemide olması ya da bu gemide olması da önemli değil kazaya neden olan olay gemi adamlarının kusurundan ileri gelmiş olması gerekir.

Yeni T.T.K. 1290. Maddesi Donatanın sorumluluğunu tarafların sorumluluk oranlarına göre belirlemiştir.

Eski T.T.K. 1219 mecburi kılavuz kaptanın kusurundan gemi donatanı sorumlu tutulmuyor.

Yeni T.T.K. 1291 ayrımı yapılarak Mecburi Kılavuzun sevk idari kılavuzu olması halinde donatanın sorumlu olmayacağından bahsetmektedir.

Bu durumda ihtiyari kılavuz danışmanlık hizmeti yaptığından onun önerileri doğrultusunda ya da onun önerilerini dikkate almadan kaptan ve gemi adamları tarafından sevk işlemi gerçekleştiğinden kılavuz kaptan ve gemi adamı gibi değerlendirilip, Donatan danışmanlık hizmeti veren ve kaptana öneriler sunup bu öneriler doğrultusunda kendi kaptanı veya gemi adamları tarafından eylem gerçekleştirildiğinden kılavuz kaptan sorumlu olmamaktadır.

Mecburi sevk idari kılavuzunda ise işlem ve eylemler zorunlu olarak kılavuz kaptan direktifleri doğrultusunda gerçekleştirildiğinden dışarıdan gelip geminin sevk ve idaresini alan kılavuz kaptan o geminin gemi adamı gibi değerlendirilmediğinden yaptığı kusurlu eylem ve işlemleri Donatanın değil, kılavuz kaptanı istihdam edenin sorumluluğuna geçmiş olmaktadır.

Doç. Dr. Pınar AKAN, Prof. Dr. Fahiman TEKİL'in anısına Armağan makalesinden;

Amerikan Hukukunda Eski Mahkeme kararlarında kılavuzun gemiye çıktığı andan itibaren gemi adamı olduğundan kılavuzluk şirketinin bir çalışanı olma statüsünü kaybettiğinden hareketle donatanın, kılavuzun kusuru nedeniyle meydana gelen tüm zararlardan sorumlu olacağı yönündedir.

Daha sonraki kararlarda, kılavuzun hem kılavuzluk şirketi adına hem de gemide gemi adamı sıfatıyla çalıştığı düşüncesinden hareketle "adam çalıştırmanın sorumluluğu" ilkesinden iki tarafında (Kılavuzluk Şirketi ve Donatan) sorumlu olduğu meydana gelen zarara müştereken katlanması gerektiği ifade edilmiştir.

Müşterek sorumluluk, Gemi Donatanı ile kılavuzluk şirketi arasında yapılan sözleşmeye konulan "Kılavuzluk Klozu (Pilotage Clouse) ile engellenmektedir. Ancak bu klozun geçerliliği hususunda ihtilaflar bulunmaktadır. Bu klozun kamu düzenine aykırı olduğu ve özellikle mecburi kılavuzluk hallerinde uygulanmaması gerektiği düşüncesinden kaynaklanmaktadır.

Kuruluşumuzun verdiği kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerinde düzenlenen BİLL'de "Under United Kingdom Towage Contract Condition" kuralları uygulanmakta olduğu belirtilmektedir. Bu kurallar gereği hizmet verilen geminin emrine girilmiş olduğundan meydana gelen zararlardan donatan sorumlu tutulmaktadır. B.K. 99.

Beklerken Türk Ticaret Kanunun'da Kılavuzluk Kurtarma İlişkisi

Maddesi ise Hile ve Ağır Kusurun Sözleşme ile bertaraf edilmesi veya karşı tarafa yükletilmesine engel teşkil etmektedir.

B.K. Madde 99: Hile veya ağır kusur halinde duçar olacağı mes'uliyetten borçlunun iptidaen beraetini tazammum edecek her şart, batıldır.

Hafif kusur halinde, borçlu iptidaen mes'uliyetten beraeti tazammum eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mes'uliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir san'atın icrasından tevellüt ediyorsa; haiz olduğu takdir salahiyetine istinat ile hakim, bu şartı batıl addedebilir.

Türk Mahkemeleri B.K. 99. Hükmü uyarınca karar vermektedir.

Amerikan Mahkemeleri Kılavuzluk Klozunun geçersizliği ile ilgili iddiaları reddettiği gibi kılavuzluk klozunun kamu düzenine aykırı olduğu iddialarını da reddetmiştir. Mahkeme ayrıca bu klozun kılavuzluğun mecburi olduğu hallerde geçersiz olduğu iddialarını da reddetmiştir.

Yeni Türk Ticaret Kanununun 1291 maddesi Mecburi ve ihtiyari Danışman kılavuz kaptanın kusurlarından ileri gelen çatmada donatan sorumlu tutuluyor yani istihdam edenin sorumluluğu gibi kılavuz kaptana zımnî olarak gemi adamı statüsü kazanırılıyor.

Gemi zorunlu sevk kılavuzu tarafından sevk edilirken onun kusurundan kaynaklanan çatmada ise donatan sorumlu olmuyor yani donatanın adamı sayılmıyor yani gemi adamı sayılmıyor.

Bu açıklamalar ışığında kılavuz kaptan, kılavuzlayacağı gemiye çıktığında bu hizmet ister ihtiyari kılavuzluk ister mecburi kılavuzluk olsun o geminin kılavuzluk hizmeti bakımından gemi adamı statüsünü kazanır hizmetini bitirdiği anda veya bir şekilde bittiği anda gemi adamı olma vasfını kaybeder dolayısıyla gemide 3. Şahıs hükmündedir.

Bu yaklaşımın (T.T.K. 1291 m.) doğru bir yaklaşım tarzıdır. Tartışılıp sorgulanabilir. Donatan ve kaptan adına sevk ve idareyi ele alan zorunlu Kılavuz Kaptanın Geminin sevk ve idaresinde görev alan gemi adamı gibi değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum.

4- KILAVUZ KAPTANIN KURTARMA HİZMETİNE KATILMASI:

Kılavuz Kaptanların Yeterlilikleri Eğitimleri Belgelendirilmeleri ve Çalışma Usulleri Hakkında Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4. Maddesinin (f) bendine göre; Kılavuz Kaptan Bu yönetmelikte belirtilen Kılavuz Kaptan Yeterlilik belgelerinden birine sahip olarak, gemi kaptanına yetkili kılavuz kaptan belgesi ile yetkilendirildiği alan dahilinde uluslar arası denizcilik teamüllerine göre geminin seyir ve manevrasına yönelik konularda danışmanlık yapan ve gemi kaptanının sorumluluğu esas olmak üzere hizmetleri seyir ve manevra ile sınırlı olarak gemiye kılavuzluk eden kişiyi ifade eder.

Yine aynı Yönetmeliğin "Kılavuz Kaptanların Gemi Kaptanlarına Tavsiyede Bulunma Görev ve Sorumlulukları" başlıklı 22. Maddesinin 1. Fıkrasının Kılavuz Kaptan, mesleki bilgisi ve deneyimini kullanarak gemi seyri hakkında gemi kaptanına tavsiyede bulunur. Bu tavsiyeyi mücbir hallerde bir başka gemi üzerinde iken veya karada iken verebilir. Ancak seyredilen deniz alanı yetkili bir Gemi Trafik Hizmetleri Merkezi (GTHM) alanı içinde ise kılavuz kaptanlar başka gemilere verecekleri tavsiyeleri veya başka gemi ile kılavuzladıkları gemiler arasında yapacakları manevra mutabakatları (GTHM) bilgisi dahilinde yapılır.

Yukarıda açıklanan mevzuat dahi kılavuz kaptanların kılavuzluk hizmeti dışında verdiği ya da vermek zorunda kaldığı hizmetleri sınırlamıştır, dolayısıyla kazaya uğramış gemi kılavuzlanma ihtiyacını kaybetmiş gemidir. Kılavuzun da kılavuzluk hizmeti burada son bulmuştur.

“Admiralty and Maritime Law: Salvage” dan yapılan bir alıntıda “örneğin bir mürettebat üyesi, hiçbir şart altında yetkilendirilemeyecektir. Aynıı yolcular içinde geçerlidir. İtfaiyeci veya hatta lisanslı kılavuz kaptanlar gibi kamu çalışanları bile, mülkü kurtarmaktan ötürü bir ödüle hak kazanamayacaklardır.”

Gooffrey Brice'in “Maritime Law Of Salvage” adlı kitabının “The Concept Of Salvage” bölümünde Pilot (Kılavuz Kaptan) hizmetlerine ilişkin 92. Sayfasında, Özetle; Verilen Hizmetin kurtarma hizmeti olup, kılavuzluk hizmeti olmadığını kanıt-lama yükümlülüğünün kılavuz kaptana aittir,

Classic Encyclopedia'nın Salvage bölümünde, Ne mürettebat, ne yolcular, ne de kılavuz kaptan gönüllü olarak kalmamışlarsa, ne geminin, ne de yükün kurtarıcısı ola-mazlar. Gemiye istisnai şartlarda binmiş ve kılavuzluk ücretinin gerektirmediği bir şeylere bakmış veya kılavuzluk hizmeti olarak girmiş, işin özelliği değişmiş veya ge-miyi terk etme şansı olmayan kılavuz kaptanın bir ücret talep etmesi için bir şüphe oluşmuşsa, bu kurtarma için görevlendirilemez.

Eğer ki Kılavuzladığı geminin kazaya uğraması nedeniyle gemiden ayrılamayan kılavuz kaptanın kılavuzluk hizmeti dışında kurtarma hizmetine bir desteği bir yardımı olmuşsa bu fiil aynı zamanda bir kurtarma faaliyeti olarak değerlendirilebiliyorsa kıla-vuz kaptan kurtarmaya katılmış demektir.

5- KILAVUZUN KURTARMA HİZMETİ İÇİN KURTARMA ÜCRETİ İSTENEBİLİR Mİ? 1910 Brüksel Kurtarma Milletlerarası Sözleşmesi:

Ülkemiz Lozan Antlaşmasının Madde 100 f.1.b.3 uyarınca anlaşmaya dahil ol-mayı taahhüt etmiş bu konuda hazırlıklarını tamamlamış Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmenin uygulanabilmesi için kurtaran ve kurtarılan gemilerden biri-nin sözleşmeye taraf olması yeterlidir. Türkiye bakımından yürürlükte ve geçerli olan bu sözleşme uygulanacak olup sözleşmede yer almayan hususlar da T.T.K. hükümleri uygulanacaktır.

1989 Londra Denizde Kurtarma Hakkında Milletlerarası Sözleşme;

Türkiye bu sözleşmenin tarafı olmamakla beraber bu sözleşmenin hükümleri 6102 sayılı yeni T.T.K.'da yer almıştır. Türkiye bu sözleşmeye taraf olmak için çalış-malarını sürdürmektedir.

1- Öncelikle 1910 sözleşmesi uyarınca kılavuzun “Kurtaran” sıfatını alıp alma-yacağı incelenmelidir.

Sözleşmenin hazırlık aşamasında kılavuzun durumu hakkında bir düzenleme yer alırken görüşmeler sonucu bu hükmün çıkarıldığı görülmüştür. Dolayısıyla sözleşmede hüküm yoktur.

Buradan 2 zıt görüşe varılabilir.

- Kılavuzun ücret istemesini engellemek,
- Sözleşmede hüküm yok milli hukuka bırakılmıştır.

İngilizler kural olarak kılavuzun ücret hakkından yoksun olduğunu ancak kıla-vuzluk sözleşmesi dışında olağanüstü bir fedakarlık söz konusu ise kılavuzluk ücretinin artırılabilceği çok istisnai hallerde kurtarma ücretinin gündeme gelebileceği kabul edilmiştir.

Alman Hukukunda da benzer çözümler var.

Türk Hukukunda ise Kılavuzluk Sözleşmesinin dikkate alınması gerektiği bildi-rilmiştir. (Prof.Dr.Rayegan KENDER)

Dğer kılavuz mevzuat ve sözleşme gereği üstlendiği borcun dışında fevkalade hizmetlerde bulunmuş ise (Eski T.T.K. 1224 f.3) kurtarma ücreti istemi söz konusu olabilecektir.

Söz gelimi yanan bir tankerin baş tarafına gidip römorköre halat verilmesi veya römorkörden alman halatın bağlanması halinde kılavuzluk hizmeti dışında bir kurtarma faaliyetinden bahsedilebilecektir. Köprü üstünde veya telsiz başında yapılan faaliyetler kurtarma kapsamında değerlendirilmesi düşünülemez.

Bu görüşümüzü teyit eden Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 14.02.2012 tarih ve 2010/9976E. 2012/1912K.sayılı karar mevcuttur.

Kılavuz kaptanın kurtarma ücreti isteyebilmesi için kılavuzluk hizmetinin dışında bir hizmet yapmış olması bu hizmetin de kurtarma hizmeti olarak değerlendirilmiş olması halinde kurtarma ücretinden pay istemeye hakkı olur.

Eski T.T.K. 1230. Maddesi ile Yeni T.T.K. 1310. Maddesi kurtarma ücretinin dağıtımını konusunda herhangi bir farklılık öngörmemiştir.

11. OTURUM

TEBLİĞLER

*** GEMİ ALACAKLISI HAKKI VE GEMİ ALACAĞI**

Prof. Dr. İnci KANER

*** 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU UYARINCA ÇATMA
HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Av. Ergun ERSOY

*** 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU VE MÜŞTEREK AVARYA**

Yrd. Doç. Dr. Mehtap CİVİR ENGİN

GEMİ ALACAKLISI HAKKI VE GEMİ ALACAĞI

Prof. Dr. İnci KANER*

ÖZET

Tebliğin amacı, gemi alacaklısı hakları bağlamında ileri sürülebilecek taleplerin içeriğini açıklığa kavuşturmaktır. Bu durum, deniz hukukundan kaynaklı talepler ile adi talepler arasındaki sınırın çizilmesine yardımcı olacaktır.

Anahtar Kelime: Rehin

ABSTRACT

The aim of this paper is to issue the content of maritime claims in respect of the rights of the creditor. This shall help to draw the line between the ordinary claims and maritime claims.

Keyword: Lien

A-Genel Olarak

Gemi alacaklısı hakkını kısaca, bazı alacakları teminen gemi ve teferuatı üzerinde kanun hükmü gereği meydana gelen rehin hakkı diye tarif edebiliriz (TTK, ETK). Kanuni rehinle temin edilen alacaklar Türk Ticaret Kanununun 1320 nci maddesinde sayılmıştır.

Rehin hakkının meydana gelmesi için kanunda (TTK) sayılan alacaklar arasında yer alan bir alacağın doğması lazım ve kafidir. Alacağın doğması ile rehin hakkı da meydana gelmiş olur; rehin hakkı alacaklının gemi üzerindeki zilyetliğine veya hakkın gemi siciline tesciline bağlı değildir¹.

B-Gemi Alacaklısı Hakkının Bahsettiği Hak ve Yetkiler

1-Değerlendirme hakkı

Diğer rehin hakları gibi, gemi alacaklısı hakkı denilen kanuni rehin hakkı da bir değerlendirme hakkıdır. Alacaklıya alacağını geminin bedelinden alma hakkını verir. Gemi alacaklıları gemi üzerinden haklarını icra ve iflas kanunu hükümlerine göre alırlar.

Gemi alacaklısı hakkı, aynı hak olması itibariyle, gemiye zilyet olan her üçüncü şahsa karşı ileri sürülebilir (TTK 1321/5). Gemiye zilyet olan üçüncü şahıslar geminin cebri icraya konu yapılmasına ve alacağın merhun üzerinden alınmasına katlanmakla mükelleftirler.

* Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Zaten bu hakkın gemi siciline tesciline hukuken imkan ve cevaz da yoktur (Çağa, Deniz Ticareti Hukuku, III, İstanbul, 1997, s.5).

2-Takip hakkı

Gemi alacaklısı hakkı söz konusu olduğu zaman, alacaklı kanuni rehin hakkını gemiye zilyet olan herkese karşı ileri sürebilir (TTK 1321/5).

3-Öncelik hakkı

Gemi alacaklılarının (TTK 1320/1, a-e) sahip olduğu rehin hakkı, gemi üzerinde tescil edilmiş veya edilmemiş olan bütün kanuni ve akdi rehin haklarıyla aynı yükümlülüklerden önce gelir (TTK 1323/1)².

Müşterek avarya garame payı alacakları da gemi alacağı teşkil ettiği halde bu alacaklarda öncelik hakkı mevcut değildir³. Dolayısıyla, bu alacakların bahsettiği rehin hakkı gemi üzerinde tescil edilmiş veya edilmemiş olan bütün kanunî ve akdî rehin haklarıyla aynı yükümlülüklerden sonra gelir (TTK 1323/2).

Buna göre, müşterek avarya garame payı alacağının, rehin hakkı bahsetmesine rağmen öncelik hakkı bulunmadığından (ve gemi üzerindeki bütün aynı yükümlülüklerde sonra geldiğinden), pratik bakımdan gemi alacakları arasında yer aldığı söylenebilir.

C-Gemi alacağı

Kanuni rehin hakkı (gemi alacaklısı hakkı) ile temin edilmiş olan alacaklara gemi alacağı denir.

Gemi alacakları, talep hakkının yanı sıra, öncelik hakkı ve rehin hakkı ihtiva eden alacaklardır. Diğer alacaklardan doğan başlıca hak talep hakkı olduğu halde, gemi alacağından doğan başlıca hak talep hakkından ibaret değildir. Bu gibi alacaklarda talep hakkının yanı sıra, alacaklının alacağını diğer alacaklardan önce elde etme hakkı (TTK 1323) ;öncelik hakkı ve rehin konusu şeyi paraya çevirme yetkisi;rehin hakkı mevcuttur. Bahsedilen bu üç yetki;talep hakkı, öncelik hakkı ve rehin hakkı alacak hakkında mündemiç yetkilidir ve dolayısıyla alacak hakkının özünü oluşturur. Bu sebeple, söz konusu alacakları, diğer alacaklardan tefrik etmek için, gemi alacakları (Bak. TTK 1321) denir.

Gemi alacaklarında bulunan hak ve yetkiler kanundan doğan hak ve yetkilidir. Dolayısıyla, kanunda gemi alacakları arasında sayılmayan alacaklar gemi alacağı teşkil etmez.

D-Yeni Türk Ticaret Kanununda gemi alacakları

Gemi alacakları Türk Ticaret Kanununun deniz ticaretine ayrılan Beşinci Kitabının Altıncı Kısım'ında düzenlenmiştir. Gemi alacakları kısmındaki hükümlerin hazırlanmasında 06/05/1993 tarihinde Cenevre'de kabul edilen "International Convention on Maritime Liens and Mortgages" (Gemiler Üzerindeki İmtiyazlar ve İpotekler Hakkında Milletlerarası Sözleşme) esas alınmıştır:

1-Gemi alacakları sadeleştirilmiştir

Türk Ticaret Kanunu, gemi alacaklarının sayısını altıya indirmiştir⁴.

Keza, gemi alacaklarının borçlularının belirtilmesi suretiyle, gemi alacaklısı hakkındaki talep hakkının rehinle temin edilmiş olsun olmasın diğer alacaklardaki talep hakkından farklı olmadığı ortaya konmuştur. (TTK 1320/1). Dolayısıyla gemi alackla-

² Bak ve karş.ETK 1257

³ Müşterek avarya garame alacakları 1993 tarihli Sözleşmenin 6 ncı maddesinin c bendi çerçevesinde bütün diğer rehinli alacaklardan sonra geleceği hükme bağlanmıştır.

⁴ Eski Ticaret Kanunumuz 1235 inci maddesinde bu alacakları on bent halinde saymış idi.

rının yeni Türk ticaret Kanunu'nda mahiyeti ve sayısı bakımından sadeleştirilmiş olduğu söylenebilir.

Gemi alacaklarının borçlusu duruma göre, geminin maliki, kiracısı, yöneticisi veya işleticisi olabilir (TTK 1320/1).

2-Gemi alacaklarının yanı sıra gemi alacaklısı hakkı vermeyen alacaklar da zikredilmiştir.

a-Ülkelerine getirilme giderleri ve onlar adına ödenmesi gereken sosyal sigorta katılma payları da içinde olmak üzere gemi adamlarına, gemide çalıştırılmakta olmaları dolayısıyla ödenecek ücretlere ve diğer tutarlara ilişkin istem hakları (TTK, 1320/1, a) [1].

Eski Kanun'da bu gibi alacaklar (m.1235) gemi adamlarının hizmet ve iş mukavelelerinden doğan alacaklar şeklinde ifade edilmiş idi.

b-Geminin işletilmesi ile doğrudan doğruya ilgili olarak karada veya suda meydana gelen can kaybı veya diğer bedensel zararlardan doğan alacaklar.

Bununla birlikte, petrol veya diğer tehlikeli ve zararlı maddelerin taşınması ve silesiyle meydana gelen ve kusursuz sorumluluk ve zorunlu sigortaya tabi olan veya sair teminata konu olan zararlar sebebiyle gemi alacağı meydana gelmez (Bak.TTK 1320/2, a).

Radyoaktif maddelere ilişkin zararlar ise mutlak surette gemi alacağına konu olmaz (TTK 1320/2, b)

c-Kurtarma ücreti

Gemi alacaklısı hakkı sadece kurtarma ücreti için tanınmıştır. Kurtaranın özel tazminat alacağı buraya girmez.

d-Liman, kanal, diğer su yolları, karantina ve kılavuzluk için ödenecek resimler

e-Gemide taşınan eşya, konteynerler ve yolcuların eşyalarına gelecek olan ziya veya hasar dışında, geminin işletilmesinin sebep olduğu maddî ziya veya hasardan doğan ve haksız fiile dayanan alacaklar

Kusursuz sorumluluk ve zorunlu sigortaya tabi olmak şartıyla tehlikeli ve zararlı maddelerin taşınmasına ilişkin zararlar ile radyoaktif maddelere ilişkin zararların gemi alacağına konu teşkil etmeyeceği bu bentte sayılan alacaklar için de öngörülmüştür (TTK 1320/2).

f-Müşterek avarya garame payı alacakları

Müşterek avarya garame alacağı 1993 tarihli Cenevre Sözleşmesinde (mad.4) gemi alacağı olarak kabul edilmediği halde Türk Ticaret Kanunu bu alacağı gemi alacakları arasında saymış fakat alacağına öncelik hakkı tanımamıştır.

3-Gemi alacaklarının verdiği kanunî rehin hakkının sırasında yolculuk esası terk edilmiştir

Kurtarma alacağı hariç olmak üzere, gemi alacaklarının verdiği kanunî rehin haklarının sırasında alacakların kanundaki sırası (TTK 1320) esas alınır (TTK 1324).

Kurtarma alacağının verdiği kanunî rehin hakkı ise, bu alacağın doğumuna sebep olan faaliyetin yapıldığı tarihten evvel gemi üzerinde doğmuş olan bütün diğer rehin haklarından önce gelir. Kurtarma ücret alacakları kendi aralarında, sonra doğan önce gelmek suretiyle sıralanır. Kurtarma alacaklarının doğuş tarihlerinde her bir kurtarma faaliyetinin bittiği tarih esas alınır (TTK 1324/2).

Diğer gemi alacakları (TTK 1320/1a, b, d ve e) kendi aralarında eşit hakka sahiptirler (TTK 1324/3).

Müşterek avarya garame payı alacağı gemi alacakları arasında sıraya girmez. Zira bu alacağın öncelik hakkı yoktur. (TTK, 1320, 1323, 1324).

4-Gemi alacaklısı hakkının kapsamı yeniden düzenlenmiştir.

Yeni Kanunda mahdut aynı mesuliyet sistemi terk edildiği için, navlun gemi alacaklısı kapsamına dahil edilmemiştir⁵. Ayrıca, navlunun takibindeki zorluklar da dikkate alındığında navlunun gemi alacaklısı hakkının kapsamından çıkarılması doğru olmuştur.

Sigorta tazminatının gemi alacaklısı hakkının kapsamına girmediği açıklığa kavuşturulmuştur (TTK 1321/2)⁶.

Rehin kapsamına, geminin ziya veya hasarından dolayı üçüncü kişilerce donatana ödenecek tazminat da ilave edilmiştir (TTK 1321/3).

Kanunda, gemi malikine ait olmayan eklentilerin rehin hakkının kapsamına girmeyeceği uygulamadaki tereddütleri gidermek üzere sarahaten belirtilmiştir.

E-Gemi alacağının devri ve intikali

Gemi alacağının devri veya intikali ile bu alacağın verdiği kanuni rehin hakkı da devredilmiş olur (TTK 1325). Bu hüküm Türk Ticaret Kanunu'na eklenmiş yeni bir hükümdür⁷.

F-Gemi alacaklarında zamanaşımı süresi ve hak düşümü süresi

Gemi alacağı, talep hakkı, rehin hakkı ve öncelik hakkından meydana gelen alacaklardır. Bu sebeple, rehin hakkı için öngörülen hak düşümü süresinin (TTK 1326)⁸ gemi alacağında mevcut olan talep hakkının zamanaşımında da geçerli olacağı öngörülmüştür (TTK 1327, ETK 1260). Böylece aynı alacakta mevcut olan talep hakkının zaman aşımı süresi ile rehin hakkının hak düşümü süresi eşitlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu ve diğer kanundaki özel hükümler saklıdır (TTK 1327).

⁵ Bak. Yeni Türk Ticaret Kanunu hükümet gerekçesi

⁶ Bu hüküm 1993 Cenevre Konvansiyonunun 10 uncu maddesinden alınmıştır.

⁷ 1993 Cenevre Sözleşmesi mad.10 dan alınmıştır.

⁸ ETK da rehin hakkı zamanaşımı süresine tabi idi. (ETK 1259).

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU UYARINCA ÇATMA HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Ergun ERSOY

*“Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca
Deniz Hukukunda Çatma, Kurtarma, Müşterek Avarya ve
Sigorta Sempozyumu-11 Ocak 2012”*

**Deniz Hukuku Derneği
İstanbul Barosu Deniz Hukuku Komisyonu
Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

ve

*“6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken
Sempozyumu-10, 11, 12 Mayıs 2012”*

MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERLEME SUNUMLARI

1. YENİ TÜRK TİCARET KANUNU¹ KAPSAMINDA ÇATMA İLE İLGİLİ HÜKÜMLERİN YERİ

Genel olarak eski ve yeni Türk Ticaret Kanunu’nda “deniz ticareti” ile ilgili hükümlerin karşılaştırmalı tablosu ve bu tablo içinde çatma hükümlerinin yeralış düzeni şöyledir:

TTK (6762) Dördüncü Kitap (m.816-1262)	Yeni TTK (6102) Beşinci Kitap (m.931-1400)
1.Fasıl:Gemi	1.Kısım:Gemi
2.Fasıl:Donatan ve Donatma İştiraki	2.Kısım:Donatan ve Donatma İştiraki
3.Fasıl:Kaptan	3.Kısım:Kaptan
4.Fasıl:Deniz Ticaret Mukaveleleri	4.Kısım:Deniz Ticareti Sözleşmeleri
5.Fasıl:Deniz Kazaları	5.Kısım:Deniz Kazaları Müşterek Avarya-ÇATMA-Kurtarma
6.Fasıl:Gemi Alacaklıları ve Yük Alacaklıları	6.Kısım:Gemi Alacakları
7.Fasıl:Müruruzaman	7.Kısım:Sorumluluğun Sınırlanması ve Petrol Kirliliği Zararının Tazmini
	8.Kısım:Cebri İcraya ilişkin Özel Hükümler

¹ Yeni Türk Ticaret Kanunu, Kanun Nu:6102, Kabul Tarihi:13.01.2011, R.G. Tarihi:14.02.2011, Sayısı:27846, Yürürlük Tarihi:01.07.2012

Yeni TTK'nın sistematigi içinde deniz ticareti ile ilgili hükümler Beşinci Kitap'ta ele alınmıştır. Gemi, donatan, kaptan ve deniz ticareti sözleşmelerine ayrılan ilk dört kısımdan sonra deniz kazalarının ele alındığı Beşinci Kısım'ın İkinci Bölüm'ünde "çatma" ile doğrudan ilgili hükümleri buluyoruz.

Kanun'un 5.Kitap-5.Kısım-2. Bölümü, yani çatma'ya ayrılan bölümü 1286 ile başlayıp

1297 ile sona eren oniki maddeden ibarettir. Ancak, bu hükümlerin uygulanmasında, ilginin kurulduğu noktada, Kanun'un başka hükümlerine ve diğer hukuk disiplinlerindeki düzenlemelere de tabi olunacağı kuşkusuzdur.

2. HÜKÜMLERİN UYUMLAŞTIRILDIĞI MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER

2.1. Çatma Milletlerarası Sözleşmesi (1910)²

Yeni kanunda çatma hükümleri, genel anlamda halen yürürlükte olan TTK³ ilgili kısmındaki düzenleme ile paralellik gösteriyor ama Türkiye'nin 1955'de taraf olduğu 1910 tarihli Çatma Konvansiyonu, esas itibarıyla bu bölümün temel yapısını oluşturuyor. Yani çatma hükümleri, Çatma Milletlerarası Sözleşmesi ile tam uyumlu hale getirilmiştir.

Bunun sebebi Çatma Hükümlerine ilişkin genel açıklamalarda şöyle gösterilmiş:

1910 Sözleşmesinin uygulanabilmesi için, 12.nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, çatmaya karışan bütün gemilerin, sözleşmeye taraf olan bir ülkenin bayrağını taşıması gerekir. Dolayısıyla, bu şartın tahakkuk etmediği çatmalarda, eğer yabancılık unsuru varsa, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve usul Hukuku Hakkında Kanunun 25.inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca "ika yeri hukuku", yani Türk karasularında meydana gelen çatmalarda Türk hukuku uygulanacaktır. Üstelik içinde yabancılık unsuru bulunmayan çatmalar, 1910 Sözleşmesinin 12.nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci bendinin açık hükmü uyarınca, mahkemenin milli hukukuna tâbidir. Dolayısıyla, Türk karasularında meydana gelebilecek çatmalarda, mahkemeler ya 1910 Sözleşmesini veya 6762 sayılı Kanunu uygulamak zorundaydı. Böyle olunca da, 1910 Sözleşmesi ile yeni Ticaret Kanunu arasında tam bir uyum sağlanması, hem hukuk politikası açısından yerinde olacak, hem de yargının işini kolaylaştıracaktır. Bu sebeple,

1910 Sözleşmesinin Almanya tarafından iç hukuka ithal edilmesinde izlenen yöntem terk edilmiş ve Sözleşmenin hükümlerinin Tasarıya aynen işlenmesi yoluna gidilmiştir. Bu amaçla, vaktiyle 1910 Sözleşmesinden alınmayan bazı hükümler Tasarıya eklenmiş, hatalı olarak alınan hükümlerde de gereken düzeltmeler yapılmıştır. Çalışmalar sırasında 1910 Sözleşmesinin Fransızca asıl metninden hareket edilmiş, bunun yanında her hüküm için, sözleşmenin İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri ve Almanya'da kabul edilen tercümelere ile

karşılaştırma yapılmıştır.

² Çatmaya İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Milletlerarası Sözleşme "Convention for the Unification of Certain Rules of Law with respect to Collisions between Vessels"; Brüksel, 23.09.1910, Kanun Nu:3226, Kabul Tarihi:09.06.1937, R.G. tarih: 23.06.1937, sayı 3638 D.III/18, 1268.

³ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Nu:6762, Kabul Tarihi:29.06.1956, R.G. tarih:09.07.1956, sayı:9353.

2.2. Diğer Milletlerarası Sözleşmeler

Buna ilaveten Yeni Kanunda çatma hükümleri düzenlenirken diğer milletlerarası sözleşmelerin de göz önünde tutulduğu anlaşılıyor. İlgili diğer hükümler üzerinden uyum sağlanan milletlerarası sözleşmelerden başlıcaları şunlar:

- 1924 Konişmento Milletlerarası Sözleşmesi⁴
- 1968 Visby Kuralları⁵
- 1979 SDR Protokolü⁶
- 1976 Londra Milletlerarası Sözleşmesi⁷ ve 1996 Protokolü
- 1993 Rehin Milletlerarası Sözleşmesi⁸
- 1999 Haciz Milletlerarası Sözleşmesi⁹

Bu bakımdan, yeni kanunun, uygulamada yıllardır süregelen tereddütlerin çoğunu ortadan kaldıracığı ve deniz ticaret hukukunda daha sağlıklı ve doyurucu içtihat birliğine zemin hazırlayabileceği anlaşılıyor. Çünkü, bu sayede, örneğin ‘hangi hallerde Çatma Sözleşmesi, hangi hallerde Ulusal Hukuk uygulanacak?’ ‘hangi hallerde bağlama kurallarına başvurmak suretiyle uygulanacak hukuk belirlenecek?’ gibi sorunlardan kurtulmak ve kural, yorum karmaşası yaşamadan daha homojen bir yapı içinde ihtilafları çözmek mümkün olacaktır.

3. “ÇATMA”NIN TANIMI (m.1286)

TTK’da doğrudan, “çatma”yı tanımlayan bir hüküm yoktur. Tanımlama ihtiyacı ortaya çıktığında, mevcut ifadelerden yola çıkılarak yapılan yorumlarla bir kanıya varılmaya çalışılmakta, ancak yorum farkları uygulamacıları farklı çözümlere götürebilmektedir. Yeni TTK’da, bu eksiklik giderilmiş ve bölümün ilk maddesi çatma hükümlerinin uygulama alanının belirlenmesine tahsis edilmiştir.

M.1286, çatma ile ilgili bölümün uygulama çerçevesini şöyle çizmektedir:

- İki veya daha çok gemi çarpışmış olacak (çatma)
- Çatma sonucunda
-gemilere

⁴ Konişmentolara ilişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi hakkında Milletlerarası Sözleşme”International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading”; Brüksel, 25.08.1924, Kanun Nu:6469, Tarihi:14.02.1955, R.G. tarih:22.02.1955, sayı: 8937.

⁵ Konişmentolara ilişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi hakkında 1924 Tarihli Brüksel Sözleşmesi eki Protokol “Protocol to amend the International Convention for the unification of certain rules of law relating to bills of lading”

⁶ Konişmentolara ilişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi hakkında 1924 Tarihli Brüksel Sözleşmesi ve 1968 Tarihli Eki Protokola ek Protokol “Protocol (SDR Protocol) amending the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading of 25 August 1924 (The Hague Rules), as amended by the Protocol of 23 February 1968 (Visby Rules) (Brussels, 21 December 1979) ”

⁷ Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında Milletlerarası Sözleşme” Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, LLMC, 1976 (London, 19 November 1976) ”

⁸ Gemiler Üzerindeki İmtiyazlar ve İpotekler Hakkında Milletlerarası Sözleşme “International Convention on Maritime Liens and Mortgages” Cenevre, 1993 (yürürlük 2004)

⁹ Gemilerin İhtiyati Hacine İlişkin Milletlerarası Sözleşme “International Convention on Arrest of Ships” Cenevre, 1999, (yürürlük 14.09.2011)

- gemilerde bulunan insanlara
- gemilerde bulunan eşyaya
- verilen zararın tazmini söz konusu olacak.

Maddenin ikinci fıkrasında Kanunkoyucu, TTK'daki (m.1220) ve Çatma Sözleşmesi'ndeki (m.13) hükmü çatma (dolaylı çatma) halini de bölüm kapsamına almıştır. Açıklamak gerekirse; geminin, bir manevrayı yapmak veya yapmamak yahut seyir kurallarına uymamak suretiyle başka bir gemiye veya gemide bulunan insanlara veya eşyaya çatma olmaksızın zarar vermesi halinde de, çatma hakkındaki hükümler uygulanacaktır. Örneğin, Boğaz seyirinde yetişen gemi geçiş anında yetişilen geminin karaya gitmesine veya bir üçüncü gemiye çatmasına neden olursa ya da hız sınırları uygulanan bir kanalda, aşırı hızla seyreden bir gemi o esnada rıhtıma bağlı durumdaki geminin yalpaya düşmesine ve borda saclarının, kreynlerinin hasarlanmasına sebep olursa ortaya çıkan zararın giderimi hakkında çatma ile ilgili bölüm hükümleri uygulanacaktır.

Burada ister istemez bir parantez açıp "**gemi**"yi Yeni TTK açısından tarif etmek zorundayız. Zira Çatma Sözleşmesi'nde "gemi"nin tarif edilmiş olmaması, TTK'da verilen tarifi (m.816) ise, teknik anlamda, günümüz araçlarının bazılarını tanımsız bırakması nedeniyle uygulamacılar tereddütler yaşamaktadır.

Bu yüzden yüzer havuz, şat, mavna, yüzer ev, barç, yüzer vinç vs. çok sayıda deniz aracı ile ilgili ihtilaflarda uygulanan normlar hukuki anlamda tatmin edici olmamışlardır. Maddi olarak ortaya çıkan bu zafiyete ilaveten gemilerin hukuki nitelendirilmelerinde de TTK ve İcra İflas Kanunu perspektiflerinden gözüken farklılıklar başka değişik sorunlara neden olmaktadır. Yeni TTK'nın hazırlanışında bu problemleri çözmeye saikiyle hareket edildiği Gerekçe'den açıkça anlaşılıyor. "Gemi"nin tanımında, günümüz ihtiyaçlarını daha doğru karşılayan **teknik kriterler** kabul ediliyor.

Diğer taraftan sicile kayıtlı olup olmadıklarına bakılmaksızın bütün gemiler Yeni TTK'nın ve diğer kanunların uygulanmasında "taşınır eşya" statüsüne konularak **hukuki nitelene** karmaşası da giderilmeye çalışılıyor. İsviçre kaynaklı mehaz hükmün, gerçek meal ve İsviçre'deki coğrafi zorunluluktan kaynaklanan sicile yönelme olguları dikkate alınmaksızın 1929 tarihli İcra ve İflas Kanunumuza¹⁰ alınması, daha sonra da

1932'de yürürlüğe giren İcra ve İflas Kanunumuzda¹¹ da bu eksikliğin giderilmemiş olması sonucu hatalı algılama ve yanlış uygulamaya zemin oluşturmuştur. Yeni TTK'da Cebri İcraya ilişkin Özel Hükümlerin genel gerekçesinde detayı verilen bu sorunun giderimi için gemilerin menkul statüsü açıkça belirtilmek suretiyle yalnızca, Yeni TTK'da İcra ve İflas Kanunun taşınmazlara ilişkin hükümlerine tabi olacağı açıkça bildirilen gemiler hakkında taşınmaz hükümlerinin uygulanacağı hükmüne bağlanmıştır. Yeni düzen içtihatlarının konuyu netleştireceğini umuyorum. Biz şimdi tekrar konumuza dönerek çatma açısından "gemi"yi tanımlamak istersek...

4. NEDİR GEMİ?

4.1. Fiziki Tanım (Teknik Kriterler)

Yeni TTK m.931 önce genel olarak "gemi"nin –teknik– tanımını vermiş, sonra da ikinci fıkrada hangi gemilerin TİCARET GEMİSİ kapsamına girdiğini belirlemiştir. Tanıma göre gemiyi, teknik açıdan belirleyen şartlar şunlardır:

- Tahsis edildiği amaca uygun olarak suda –kendiliğinden olmasa dahi– hareket etme
- Yüzme özelliğine sahip olma

¹⁰ 18.04.1929 tarihinde kabul edilen 1424 sayılı İcra ve İflas Kanunu.

¹¹ 09.06.1932 tarihinde kabul edilen 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu.

- Pek küçük olmama
- Araç niteliği

Bu şartların TTK m.816'dakilerden farkı ise şöyle özetlenebilir:

TTK'da hareket ortamı "deniz" iken Yeni TTK'da "su"dur. Denizde hareket yerine, suda hareketin esas alınma sebebi, iç sularda yapılan taşımaların –günümüzde olduğunun aksine– kara taşımaları yerine deniz taşımalarına ilişkin hükümlere tâbi tutulmasına duyulan ihtiyaçtır.

Ayrıca kanun, bu niteliklere sahip araçların gemi sayılabilmesi için, kendiliğinden hareket etmesi imkanına sahip olmasını da şart koşmamaktadır.

Burada "hareket" unsurunun, suyun üstünde ya da altında olması bakımından bir fark oluşturmadığının kabulü gerektiği kanaatindeyim. Ancak, örneğin dalga etkisiyle, bulunduğu yerde, ufuk düzlemine dik açılı bir hareketi olan objenin, kanunda kastedilen hareket şartını yerine getirdiğinden sözedilemez. Hareketin yatay düzlemde yer değiştirme, coğrafi olarak yol katedebilme şeklinde anlaşılması gerekir. Karaya sabitlenmiş yüzer ev, lokanta, gazino, müze, otel, balıkçıftlığı, yüzme platformu, atık tankları gibi yapılar, bu nedenle gemi sayılamazlar. Bu noktada, karaya oturmuş ya da sığ suda batarak kısmen su yüzeyine yakın veya su üzerinde parçası kalmış gemiler için Yeni TTK m.933 kapsamında "tamire değmez gemi" kıstasına göre karar verilmesinin doğru olacağını da belirtelim. Böyle bir gemi, m.933 kapsamına girmiyorsa, başka bir ifade ile tamir kabul etmez halde olup, bu nedenle gemi olma vasfını kaybetmiyorsa, geçici hareketsizlik halinin gemi vasfını yitirmesine neden olmayacağını kabulü gerekir.

Halen yürürlükte olan TTK'daki tanımda yüzme özelliği yer almamaktadır. Yeni kanun yüzme özelliğine yer vermek suretiyle sahile, rıhtıma veya suyun dibine sabitlenmiş objeleri gemi kapsamının dışında tutmuştur. Bu yöntemle kurulmuş –örneğin– petrol arama/çıkarma platformları gemi olarak nitelendirilemezler.

Pek küçük olmama şartı her iki Kanunda da var. Subjektif bir kriter olduğunu düşünüyorum. Boyutum daha somut olarak belirlenmesi isabetli olurdu. Ne var ki net bir sınır koymada zorluk olduğunu da itiraf etmeliyim. Tanım, küçük sal, sandal, kano, varil, şişme deniz yatağı gibi nesnelerin gemi sayılamayacağını ifade etmeye yeterli olsa da motorlu, motorsuz değişik küçük boyutlardaki bilimsel ve askeri amaçlı araçların (örneğin denizaltı kurtarma çanı), sportif ya da eğlence tipi araçların (jet ski, şişme botlar vs.) durumlarını açıklamakta yetersiz kalabilir.

Yeni TTK'da gemi tanımına getirilen bir önemli yenilik "tekne" kavramının terkedilip yerine "araç" kavramının getirilmiş olmasıdır. Böylece, İngilizce'deki bir karşılığı olan "vessel" sözcüğünün anlamında barınan içi oyuk, hacma sahip obje tarifi terkedilmiştir. Bir kase şeklinde iç hacme sahip olmayan objeler de –diğer kriterleri karşılamak kaydıyla– gemi olarak nitelendirileceklerdir. Şat, mavna, yüzer vinç, yüzer havuz vs. Bu sayede gemi olarak kabul edilebilecektir.

4.2. Tahsis Amacı

Gemilerin tahsis amaçları, ekonomik çıkar beklentisi olabildiği gibi kamu hizmeti, askeri, sportif, bilimsel, gezinti gibi şekillerde de karşımıza çıkabilir, ancak Yeni kanunumuzun uygulama alanını –esas itibarıyla– ticari gemiler oluşturduğu için biz "ticaret gemisi"nin kanunda yer alan tanımına bakarsak; suda ekonomik menfaat sağlama amacına tahsis edilmiş veya fiilen böyle bir amaç için kullanılan her geminin, kullanıcı kimliğine bakılmaksızın **ticaret gemisi** sayılacağını görebiliriz (m.931/2). Kanunun sistematiği, aksini öngören kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bu kanunun deniz ticareti ile ilgili hükümlerinin ticaret gemileri hakkında uygulanacağı yönündedir (m.935).

Ancak, çatma ile doğrudan ve dolaylı ilgili hükümler için bazı istisnalar kabul edilmiştir:

- Deniz ticaretinin düzenlendiği Beşinci Kitabın; “Gemi”, “Kaptan”, “Gemi Alacakları” ve “Cebri İcraya İlişkin Özel Hükümler” başlıklı Kısımları, “Çatma” ve “Kurtarma” başlıklı Bölümleri, deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlanması hakkındaki hükümleri ile donatanın, gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin 1062nci maddesi, yatlar, denizci yetiştirme gemileri gibi sadece gezinti, spor, eğitim, öğretim ve bilim amaçlarına tahsis edilmiş gemilere;

- “Çatma” ve “kurtarma” başlıklı Bölümleri, deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlandırılması hakkındaki hükümleri ile donatanın, gemiadamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin 1062nci maddesi, münhasıran bir kamu hizmetine tahsis edilen devlet gemileriyle donanmaya bağlı harp gemilerine ve yardımcı gemilere de uygulanır hükmü getirilmiştir.

TTK ile uyumlu olan bu düzenleme çerçevesinde, konu çatma olduğunda, Yeni TTK deniz ticareti hükümlerinin, ticaret gemisi olup olmadığına bakılmaksızın her gemi için uygulanacağı sonucu çıkar. Bu haliyle yeni Kanunumuz, harp gemileri ile diğer devlet gemilerini kapsam dışı bırakan Çatma Milletlerarası Sözleşmesinden – isabetli olarak– ayrılmaktadır.

5. TARAFLAR BAKIMINDAN UYGULANACAK HÜKÜMLER

Çatmalarda ortaya çıkması muhtemel ihtilafların tarafları; donatanlar, aynı sorumluluk halleri bakımından gemiler, gemi işletme müteahhitleri, taşıyanlar, kaptanlar, gemi adamları, donatan/kiracı acenteleri, mali sorumluluk sigortacıları (P&I), tekne/makina sigortacıları, yükleme ve boşaltma uçlarındaki yük ilgilileri, yük sigortacıları, yolcular, kurtarmacılar, kamu erki ve çevre hukuku bakımından İdare, zarar gören 3. Kişiler, çevre temizlik hizmeti verenler, sağlık ve hayat sigortacıları gibi çok sayıda karşımıza çıkar ve farklı hukuki temellerden dayanak alırlar.

Yeni TTK Çatma hükümleri, bunlardan hangilerine ve hangi ihtilaflar bakımından uygulanacaktır?

Bu soruyu cevaplamak için yeni kanunumuzda sevk edilen hükümler, Çatma Milletlerarası Sözleşmesi’nin 10uncu maddesi ve içtihatları incelediğimizde, özetle şu düzenlemeye ulaşıyoruz:

Çatma hükümleri, haksız fiilin bir özel halini teşkil etmekte olup, yukarıda zikrettiğim maddeler çerçevesinde; gemi niteliğindeki iki veya daha çok aracın çatışmaları halinde, gemilere ve gemilerde bulunan insanlara veya eşyaya, bu haksız fiil sonucu verilen zararların tazmini bakımından, hak sahibi ya da muhatap olma konumundaki taraflara uygulanacaktır.

Ancak (yürürlükteki TTK’ya paralel olarak), Çatma Milletlerarası Sözleşmesinden’den alınan hüküm (m.1296) doğrultusunda, sözleşmelerden doğan talepler saklı tutulmuş ve çatma hükümlerinin

- donatanın sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin ulusal ve uluslararası, mevcut ve ileride ihdas edilecek düzenlemeleri ve

- taşıma sözleşmeleri ve diğer her türlü sözleşmeleri

etkilemeyeceği kuralı benimsenmiş olmakla, bir sözleşmenin ihlali şartlarının ortaya çıktığı her durumda, sözleşmeye dayanan talepler bakımından, Çatma Hükümleri değil sözleşme hükümleri uygulanacaktır. (gemiadamları, yolcular, gemide bulunan surveyor, eksper, tersane işçileri, kılavuz kaptan ve sair kişilerin bedensel ve eşya zararları, bir sözleşme uyarınca taşınan yük ile ilgililerin talepleri, römorkaj sırasında ortaya çıkabilecek talepler vs.)

Bunların dışındaki taraflar bakımından ise Çevre Kanunu, kamu hukuku mevzuatı ve Borçlar Kanunu hükümleri başta olmak üzere sair mevzuat geçerli olacaktır.

6. ÇATMA ÇEŞİTLERİ

Yeni Kanunda çatma çeşitleri kusursuz ve kusurlu çatma olmak üzere iki ana grupta ele alınmış, kusurlu çatma halleri de bir tarafın kusuru, ortak kusur ve kılavuz kaptan kusuru olmak üzere üç madde altında düzenlenmiştir.

Bunları ayrı ayrı açıklamak gerekirse:

6.1. Kusursuz Çatma (m.1287)

Çatma **umulmayan bir hal** veya **mücbir sebep** yüzünden meydana gelmiş veya **neden ileri geldiği anlaşılamamışsa**, çarpışan gemilerin, gemilerdeki insanların, gemilerdeki eşyanın uğradıkları zarara o zarara uğrayan kişi katlanır.

Bir başka ifadeyle; bir çatma olayı kusursuz çatma kapsamında sayılırsa, çatışan gemilerin kaptan ve donatanları, bu çatışmanın sonuçlarından sorumlu tutulamazlar. Gemi donatanları, gemilerdeki yüklerin malikleri, gemilerde bulunan şahıslar (bedensel zararlar ve can kayıplarında ayrıca destekten yoksun kalanlar), kendi zararlarına katlanmak zorunda kalacaklardır.

Doğal olarak, bu zararların sigorta kuvertürleri çerçevesinde tazmini yöntemi kullanılabilecektir. Ancak, kusursuz çatma sonucu zarar gören sigortalılarına tazminat ödeyen sigortacıların rücu imkanları olmayacaktır.

Burada kusursuz çatma halleri ile ilgili kısa bir açıklama vermek gerekirse: Umulmayan hal¹² en büyük bir dikkat ve özenle bile önlenemeyecek, önlem alınarak savuşturulamayacak olaylar, şeklinde tarif edilmektedir. Örneğin; her türlü bakımı yapılan, yeterli bir dümen donanımında ortaya çıkan ve önlenmesi imkansız dümen kilitlenmesi¹³, manevra sırasında pervane şaftı kesilen geminin çatması, yine manevra esnasında kaptanın kalp krizi geçirmesi gibi...

Mücbir sebep, donatanın kontrol edemediği insan gücü ile önlenemeyecek olaylardır. Örneğin, Beaufort skalasına göre 10, 11, 12 şiddetindeki fırtınalar (bora, karsırga), tsunami, olağandışı doğa olayları (act of God), harp hali, korsanlık gibi...

Sebebin belli olmadığı haller ise, yargılama sürecinde yapılan tüm incelemelere karşın çatma nedeninin belirlenemediği hallerdir. Birden çok sebebe tek başına bağlanabilmesi mümkün olmakla birlikte, hangi sebebin çatmayı oluşturan sebep olduğu konusunda tereddütün giderilemediği durumlardır.

Umulmayan hal ve mücbir sebepte İspat yükümlülüğü donatandadır. Dar su geçişlerinde –özellikle İstanbul Boğazı’nda sıkça karşımıza çıkan “dümen kilitlenmesi” gerekçesi üzerinde kısaca durmak gerekirse; konunun yeterince berrak olmadığını itiraf etmek gerekir. Prof. Saracoğlu, bu ihtimalin gerçekçi olmadığı savını işlerken algı yanılması ya da gerçek nedeni gizleme saikinden yola çıkmaktaydı. Her iki sebebin de önemi ve etkili olduğunu kabul etmekle birlikte Hocanın teknik açıklamalarını yeterli bulamamıştım. Ayrıca mesleki deneyimlerim arasında çok inandırıcı dümen sıkışması olaylarına da tanık oldum. Böyle bir iddia ortaya atıldığında kuşku ve dikkatle araştırılması ihtiyacına tamamen katılıyorum. Ancak, tüm incelemelere rağmen başka makul bir çatma gerekçesi ortaya çıkmıyorsa bu durum “sebebi belli olmayan” çatma kategorisinde sayılabilir. Konunun teknik olarak daha kapsamlı bir araştırma gerektirdiği anlaşıyor.

Yukarıda sayılan haller gemilerin hepsi veya onlardan biri, kaza anında demirdeyken meydana gelirse sorumluluk durumunda bir değişiklik olmayacağı ve madde

¹² Denizciler, İşletmeciler ve Yöneticiler İçin Deniz Hukuku, Atilla Aybay, Aydın Aybay, Gündüz Aybay, Rona Aybay, Aybay Yayınları, 1998, Sh:729 vd.

¹³ Saik’te Hata (Nedende Yanılgı) Olgusuna Çarpıcı Bir Örnek: Dümen Kilitlenmesi Savı, Prof. Y. Müh. Seyfettin Saracoğlu, Makale, Deniz Hukuku Dergisi, yıl:2, Sayı:1, Mart-1997.

birinci fıkrası hükmünün uygulanacağı da madde ikinci fıkrasında yer almaktadır (m.1287/2). Bu fıkra Çatma Sözleşmesi m.2, f.2'den alınmıştır. Mevaz Alman Ticaret Kanunu'nda yer almadığı için TTK'ya da alınmamışken bu kez Sözleşme ile tam bir uyum sağlanmaktadır.

Bu düzenleme Yeni TTK m.1294 ve Yargıtay içtihatlarına da uygundur. M.1294'de, çatmada kusurun saptanmasında herhangi bir karinenin dikkate alınmayacağı hükme bağlanmıştır. Gerekçede ifade edildiği üzere; çatma yargılamalarında “demirdeki geminin kusurlu olmadığı” şeklinde bir “fiili karine”nin esas alındığına sıklıkla rastlanmaktadır. Oysa demirdeki gemi, yasadık bölgede demirlemişse veya demir feneri yanmıyorsa, kusurun tümü o geminin adamlarına izafe edilebilecektir. Dolayısıyla kusur oranları, tam bir tarafsızlıkla, önyargıdan uzak, bir karinenin yönlendirmesi olmadan araştırılmalıdır.¹⁴

Aynı mantıktan hareketle, eğer meydana gelen çatma olayında kusursuz çatma şartları karşımıza çıkıyorsa bu durum, gemilerin hepsi veya birinin kaza anında demirde olması farketmeksizin kusur araştırmasını zorunlu kılar. Kusursuz çatmaya maruz kalan kusursuz demirli gemi donatanı da, kendi zararına katlanmak zorunda kalır.

6.2. Kusurlu Çatma (m.1288-1291)

Kusurlu çatma ile ilgili hükümlerin, genel anlamda sistematiği bakımından yürürlükteki Kanun ile yeni Kanun, birbirine paralel bir düzenleme halindedir. Özetle ifade etmek gerekirse; kusurun bir tarafta olması, ortak olması ya da kılavuz kaptanda olması halleri yine ana başlıkları oluşturmaktadır. Bununla birlikte, yeni Kanunun bu gruptaki hükümlere getirdiği bazı açıklıklar, uygulamacıların çözüm üretmekte yıllardır çektikleri sıkıntıları gidermesi nedeniyle önemlidir. Bu gelişmelere kısaca göz atmak gerekirse:

Çatma Milletlerarası Sözleşmesi'nde kullanılan ifade olan “gemi kusuru” kavramı, Alman kanunkoyucunun tercih ettiği “gemi adamı kusuru” şeklinde yürürlükteki Kanunumuza alınmışken, Yeni Kanunda “donatanın ve gemi adamının kusuru” birlikte zikredilmek suretiyle hem Çatma Milletlerarası Sözleşmesi ile uyum sağlanmış hem de donatanın şahsi kusurunun madde kapsamı içinde olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Bir diğerk husus “teknik kusur” kavramına ilişkin gelişmedir. Her ne kadar yürürlükteki kanunda donatanın sözleşmelerden doğan sorumluluğu saklı tutulmuş olmasına rağmen, uygulamada, çatmaya ilişkin kuralların özel hüküm teşkil ettiği, dolayısıyla çatmadan kaynaklanan yük zararında “sevk ve idare kusuru” def'inin dinlenemeyeceği görüşü savunulmuş¹⁵ ve yargıda birbiri ile çelişen sonuçlara ulaşılmıştı. Yeni kanun bu konudaki tereddütleri bertaraf etmek üzere, donatanın teknik kusura dayalı sorumsuzluk halini çatma hükümleri arasında tekrar etme yolunu benimsemiştir. Bu konuya tekrar döneceğiz.

6762 Sayılı kanunumuzun, uygulamacıları yorum yapmaya sevkeden bir yönü de müşterek kusurlu çatmada meydana gelen bedensel zararlar bakımından donatanların sorumluluklarının niteliği ile ilgiliydi. Çatma Milletlerarası Sözleşmesinde ve mevaz önceki kanunda **kusurlu** gemilerin teselsülü öngörülmüşken, 6762 sayılı kanuna ilişkin hükümet tasarısında “kusur” ibaresi çıkartılmış ve böylece can zararları bakımından **kusursuz** sorumluluğa geçilip geçilmediği hususunda tereddütlerin doğmasına sebebiyet verilmiştir.¹⁶ Yürürlükteki kanunun 1218inci maddesi, 2nci fıkrası, bu bakımdan bir eksiklik içeren görüntüdeydi. Yeni kanunda bu durum düzeltilmiş, kusurlu

¹⁴ Bkz. Gerekçe m.1294

¹⁵ Bkz. Gerekçe m.1289

¹⁶ Bkz. Gerekçe m.1290

çatmaya ilişkin önceki maddelerdeki “donatanın kusuru” ibaresine bu maddede de yer verilerek, teselsülün çatmaya karışan bütün gemilerin donatanları arasında değil, yalnızca kusurlu donatanların arasında söz konusu olacağı açıklanmıştır.

Yeni TTK; gemi adamlarının, zorunlu danışman kılavuz kaptanın veya ihtiyari kılavuz kaptanın görevlerini yerine getirirken işledikleri kusur sonucunda üçüncü kişilere verdikleri zarardan donatanın sorumluluğunu düzenlerken yürürlükteki kanunun ilgili 947nci maddesinden farklı bir sorumluluk şekli benimsemektedir. Yürürlükteki kanunda donatan, bu kişilerin yanı sıra, onlarla birlikte, ek bir sorumluluk altına girmektedir¹⁷. Bir başka ifadeyle Borçlar Kanunundaki¹⁸, istihdam edenin sorumluluğuna getirilen kurtuluş beyyinesinden yararlanma imkanı bulunan donatana karşı zarar gören üçüncü şahıs korunmakta, kanunun, donatan sorumluluğuna özel bir düzenleme yapma niyeti taşımadığı anlaşıldığı için de zarar görenin, TTK m.947 çerçevesinde sınırlı ve/veya BK m.55 çerçevesinde sınırsız (ama sorumluluktan kurtuluş imkanına sahip olacak) şekilde donatanı sorumlu tutması mümkün olmaktadır. Yeni TTK’da ise kanun koyucu, donatanın sorumluluğunu sınırlama imkanı, kanuna özel bir kısım eklemek suretiyle açıkça ihdas etmiş olduğundan, artık bu konuda Borçlar Kanunu hükümlerine gitme olanağı kalmadığı söylenebilir.

Şimdi kusurlu çatma hallerini, yeni kanunun benimsediği sisteme uygun olarak tek tek açıklayacak olursak:

6.2.1. Bir Tarafın Kusuru (m1288)

Çatma, gemilerden birinin donatanının veya gemi adamlarının kusurundan ileri gelmişse, zararı o geminin donatanı tazmin etmek zorundadır. Maddenin ifade edildiği şekli Çatma Milletlerarası Sözleşmesi’nden bir noktada ayrılıyor. Sözleşmede “gemilerden birinin kusuru” ibaresi kullanılmış olması kusurun süjesini açıklamaya yetmediği için madde metninde açıkça “donatanın” ve “gemi adamının” kusurlarının kastedildiği ifade edilmiştir.

6.2.2. Ortak Kusur

Yeni TTK, çatmaya karışan gemilerin donatan veya gemi adamlarının müşterek kusurları sözkonusu olduğunda sorumlulukların tespitini “Ortak Kusur” başlığı altında ikiye ayırmış, eşya zararı ve bedensel zararı ayrı maddelerde ele almıştır.

6.2.2.1. Eşya Zararı (m.1289)

Maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesi şöyledir: Çatma, çarpışan gemilerin donatanlarının veya gemi adamlarının kusurlarından ileri gelmişse, bu gemilerin donatanları, çatma yüzünden gemilerin veya gemide bulunan eşyanın uğradıkları zarardan kusurlarının ağırlığı oranında sorumludur.

Maddenin düzenlenmesinde Çatma Milletlerarası Sözleşmesinin esas alındığına kuşku yok. Gerekçede de teyit olduğu üzere, Sözleşmenin 4üncü maddesinden günümüze gelen bir hüküm. Sadece sözleşmede benimsenen “gemi kusuru” kavramı yerine “donatan ve gemi adamları kusuru” ibaresi tercih edilerek belirsizlik giderilmiş.

Fıkranın devamında ise; “Bununla beraber, duruma göre, bu oranın saptanması mümkün olmaz veya tarafların aynı derecede kusurlu olduğu ortaya çıkarsa, taraflar eşit oranda sorumlu tutulurlar. Bu tazminat istemleri bakımından, donatanların üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğu müteselsil değildir.” şeklindeki ifade yer almaktadır. Oranın saptanmasında imkansızlık veya tarafların aynı derecede kusurlu olmaları hal-

¹⁷ Bkz. Çağa T./Kender R.” Deniz Ticareti Hukuku, C.1, s. 142 vd.

¹⁸ Bkz.1926 Tarihli 818 Sayılı Borçlar Kanununun 55inci, 1 Temmuz 2012’de Yürürlüğe Girecek 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununun 66ncı Maddesi.

leri Çatma Milletlerarası Sözleşmesinde düzenlenmiş olmasına karşın yürürlükteki kanunumuzda yer almadığından maddeye eklenen bu bölüm ile Sözleşmeye uygunluk sağlanmaya çalışılmıştır. Böyle ifade etmemin sebebi, yine de Kanunkoyucunun seçtiği sözcükleri çok isabetli bulmadığımdandır. Çünkü, “kusurların ağırlığı oranında sorumluluk” prensibi var ise “kusurların aynı derecede olması” halinde, zaten eşit oranda sorumluluk sonucuna ulaşılabacaktır. Bunu ayrıca belirtmek gereksiz hale gelmektedir. Oysa Çatma Milletlerarası Sözleşmesinin Birinci paragrafı, ikinci cümlesinde bu durum “kusurların eşit gibi gözükməsi” şeklinde ifade edilmekte olduğundan uygulamada mehazın ruhu dikkate alınmalı, mutlak bir eşitlik yerine bir çatma ile ilgili birden çok kusur tespiti yapıldığı ve birbirine çok yakın görüntüde olan kusur paylaştırmaları ile karşılaşıldığı durumlarda da eşit oranda sorumluluk kararına varılabilmelidir. Uygulamada, bilirkişilerin matematik formüllerden ziyade her olaya has kuralları değerlendirmede kullanmak zorunda kaldıkları subjektif kriterler çerçevesinde birbirine yakın, bazen de çok uzak, kanaatlere ulaşabildiklerine tanık olmaktadır. Nitekim, kusur oranının saptanamaması halinin muhtemel sebeplerinden biri de budur.

Burada madde metninden anlam çıkarmakta yine de güçlük gösteren bir sorun olduğu kanaatindeyim. Bilirkişi incelemelerinde birbirine çok uzak düşen, aykırı kusur paylaştırmaları ile karşılaşıldığında, doğru kanaate ulaşamadığını düşünen hakim, kusur oranının saptanamadığını varsayarak, eşit sorumluluk yönünde bir hükme varabilmesi midir? Bir başka ifade ile, bilirkişilerin kusur oranında anlaşamamış olmaları hali, delil yetersizliği nedeniyle kusurun saptanamadığı hallerden sayılıp eşit sorumluluk kuralının işletilebilmesi mümkün olacak mıdır? Bu soruya “evet” cevabı verildiği noktada madde metninin geliştirilmesine de gereksinim olduğu ortaya çıkmaktadır.

Yeni kanunumuz, ortak kusurlu çatmalarda donatanların, gemilerde ve gemilerde bulunan eşyada meydana gelen zararların tazmini bakımından, üçüncü kişilere karşı sorumluluğunda teselsül olmayacağını, her donatanın sadece kendisine isabet eden kusur oranında sorumlu tutulabileceğini hükme bağlamıştır.

Madde metninde, “gemilerin veya gemide bulunan eşyanın” uğradıkları zarardan bahsedildiği için bu konuya kısaca değinmek gereksinimi duyuyorum. Çatma Milletlerarası Sözleşmesinde (m.4/2), “eşya” tanımı içine; gemilerdeki yüklerin, gemi personeli, yolcuları ve sair kişilerin eşyalarının ve diğer mallarının girdiği açıkça ifade ediliyor. Geniş tutulmuş bir tanım. Sözleşme Yeni TTK için bir mehaz niteliğinde olduğundan uygulamada böyle benimsenmesi, “gemi” tabiri altında tekne, makine ve tüm teferruatın, “eşya” tabiri altında da her ne surette olursa olsun gemilerde bulunan tüm eşyanın anlaşılması gerektiği kanaatindeyim.

Maddenin 2nci fıkrasında yeni kanun, uygulamada kavram karışıklığına sebep olan bir duruma da açıklık getirmekte ve “teknik kusur” kavramını açıkça düzenlemektedir. Çatma, gemi adamlarının geminin sevkine veya başkaca teknik yönetimine ait bir hareketinin sonucu olduğu taktirde, donatan, kendi gemisinde taşınan yükün ilgililerine karşı 1062nci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ve 1180inci maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi hükümleri uyarınca sorumlu olmayacaktır.

Aslında bu düzenleme yürürlükteki kanun bakımından da geçerlidir. Zira Çatma Milletlerarası Sözleşmesinin 4üncü maddesinin 4üncü fıkrasından Alman Ticaret Kanununa, oradan da yürürlükteki Kanunumuza alınan (m.1221) hüküm uyarınca; donatanın sorumluluğunun gemi ve navlunla sınırlanmasına ve sözleşmelerden doğan sorumluluğuna dair hükümlerle gemi adamlarının kusurları sebebiyle sorumluluğuna dair hükümler ve Denizde Can ve Mal Koruma hakkındaki kanun hükümleri saklı tutulmuştur. Donatanın gemi adamlarının kusurlarından dolayı sorumluluğunun düzenlendiği 947inci maddede ise istisnaen, donatanın yükü ilgili şahıslara karşı olan sorumluluğunun, taşıyanın gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğu derecesinde olduğu belirtilmişti. Maddenin yaptığı atıf doğrultusunda, taşıyanın hem kendi adamlarının hem de gemi adamlarının kusurlarından, kendi kusuru gibi sorumlu olacağına

ilişkin 1062inci madde 2inci fıkrasında ise, zararın geminin sevkine veya başkaca teknik idaresine ait bir hareketin (ki buna kısaca teknik kusur veya navigasyon kusuru diyoruz) veya yangının sonucu olduğu takdirde, ayrıca kendi kusurunun bulunmaması halinde sorumlu olmayacağı hükmüne bağlanmıştı. Dolayısıyla, saklı tutulan hükümler çerçevesinde çatma hallerinde de uygulanması gereken teknik kusur sorumsuzluk halinin uygulamada yeterince doğru algılanamamış ve de uygulanamamış olmasından yola çıkarak Kanunkoyucu, yeni kanunumuzun çatma ile ilgili bölümünde teknik kusur düzenlemesine açıkça yer vermeyi tercih etmiştir. 1180inci maddeye yapılan atf suretiyle “yangın” da sorumsuzluk kapsamında tutulmuştur. Konunun özünden uzaklaşmamak adına, bu tebliğ kapsamında, teknik kusur/ticari kusur ayırımının detayına giriyor, ancak bu ayırımın önemine dikkat çekmek istiyorum.

Kanunkoyucu, teknik kusura dayalı sorumsuzluk hali ile ilgili olarak donatanların kendi aralarındaki muhtemel rücu ilişkilerinin nasıl olacağına dair bir hükmü de madde kapsamına almış, madde gerekçesinde bu hali örneklemek suretiyle de uygulamacılara önemli bir kolaylık getirmiştir. 1289uncu maddenin 2nci fıkrası, ikinci cümlesinde ifade edilen bu hüküm ile; teknik kusura bağlı sorumsuzluk halinden yararlanan kendi donatanından tazminat elde edemeyen yük ilgilisi, söz konusu zararı için diğer kusurlu donatanların birinden, yabancı bir hukuka göre tazminat aldığı takdirde, bu ödemeyi yapan donatanın, fazladan ödemek zorunda kaldığı kısım için sorumsuzluk halinden yararlanan donatana rücu etmesi halinde, kendisine rücu edilen donatan, o yük ilgisisine aynı oranda rücu hakkına sahip olmaktadır.

6.2.2.2. Bedensel Zarar (m.1290)

Madde bedensel zararların sebebini belirlerken, eşya zararları için kabul edilen kusur sorumluluğunu aynen benimsemektedir. Bu yönüyle, yürürlükteki Kanunun muadil maddesi 1218/f.2’de, kusursuz sorumluluğu çağrıştıran, tereddütlü ifade de düzeltilmek istenmiştir. İlk cümle m.1289’u tekrarlar şeklinde “Çatma, çarpışan gemilerin donatanlarının veya gemi adamlarının kusurlarından ileri gelmişse” diye başlamakta, kusurun atfedebileceği sùjeler tanımlanmaktadır. Ne var ki devamında, eşya zararları bakımından kabul edilen “kusurların ağırlığı oranında sorumluluk” tanımına m.1290/f.1, ilk cümlesinde yer verilmeyerek, “bedensel zararlardan müteselsil sorumluluk” bulunduğu ifadeyle cümle sonlandırılmaktadır. Fıkranın ikinci ve “Bununla beraber...” diye başlayan ve “duruma göre, bu oranın tespiti (m.1289’da kullanılan ‘saptanması’ sözcüğü yerine kullanılmış) mümkün olmaz veya tarafların aynı derecede kusurlu olduğu ortaya çıkarsa, taraflar eşit oranda sorumlu tutulurlar.” şeklindeki benzer hükümle fıkra tamamlanmaktadır.

Donatanların sorumluluklarının “kusurların ağırlığı” oranında olacağını ise Kanunkoyucu, donatanların birbirlerine rücu ile ilgili 2nci fıkrada ele almış ve “Donatanların birbirine rücuunda, her donatan, kusurunun ağırlığı oranında sorumludur.” ifadesini tercih etmiştir. Ancak bu durumda, donatanın, gemi adamlarının kusurundan ileri gelen bedensel zararlar bakımından müteselsilen sorumlu oldukları halde bu zararların donatanlar arası rücu ilişkisi kapsamı dışında kalması yolunun açılması riski mevcuttur. Madde gerekçesinin de bu hususa açıklık getirmediği kanaatindeyim.

Bu nedenle madde metninin; zarar görenler karşısında donatanların –ister şahsi ister gemi adamları kusurundan doğmuş olsun– müteselsilen sorumlu oldukları, buna mukabil donatanlar arası rücu ilişkisinde borçlar hukukundaki “adam çalıştırmanın sorumluluğu” şartlarında kurtuluş beyyinesinden yararlanabilecekleri, şeklinde anlaşılması ihtimalinin ya Kanun kapsamında ya da akademik platformda dikkate alınmasının isabetli olacağı kanaatindeyim.

Önemi nedeniyle yinelemek gerekirse; gemilerde bulunan kişilerin çatma yüzünden ölümünden veya yaralanmasından yahut sağlığının bozulmasından doğan za-

rarlardan donatanların sorumluluğu –eşya zararlarından doğan sorumluluktan farklı olarak– müteselsil sorumluluktur.

6.2.3. Kılavuzun Kusuru (m.1291)

Bilindiği üzere Türk hukuk sisteminde kılavuz kaptanı, kılavuzluk hizmetlerini ve bu hizmetlerin kapsamını tanımlayan bir düzenleme mevcut değildir. 1929 yılında Kabul edilen Eski Ticaret Kanunumuzun 1278inci ve 1956 yılında yürürlüğe giren 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunumuzun, Mecburi Kılavuzun Kusuru başlıklı 1219uncu maddesi kılavuzluk hizmetinin niteliğine değinen sayılı iki madde olmakla birlikte, bu konuda bir hukuki niteleme anlamına gelecek şekilde kılavuzluk statüsü ihdas etmiş değildir. Batılı ülkelerde ciddi hukuki düzenlemelerin onyedinci yüzyılda başladığı bildirilen kılavuzluk konusunda bizdeki ilk çalışmanın yirminci yüzyıl başlarına denk geldiği anlaşılan talimatnameden¹⁹ de görüleceği üzere ülkemizde genel olarak Kabul edilen anlayış –uluslararası gelişmelere paralel şekilde– kılavuz kaptanın danışman vasfına sahip olduğu, geminin seyir ve manevralarından dolayı sorumluluğun bütünüyle gemi kaptanına ve dolayısıyla “donatan” a ait olacağı yönündeydi.

Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda kabul edilen düzenlemenin ise, gerekçede açıkça belirtildiği üzere, 1955 tarihli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına²⁰ dayandırıldığını ifade edebiliriz. Bu karara göre kılavuz kaptanlar²¹ geminin sevindeki etkinlikleri bakımından “danışman kılavuz-sevk kılavuzu”, onlardan yararlanmanın zorunlu olup olmaması bakımından da “zorunlu kılavuz-isteğe bağlı kılavuz” olarak tasnif edilir.²² Bu tasnife uygun bir şekilde Yeni TTK’da; zorunlu danışman kılavuz kaptan ile (ister sevk ister danışman vasfında olsun) isteğe bağlı kılavuz kaptan kusurundan ileri gelen çatmadan geminin donatanı sorumlu tutulmuştur. Gemi zorunlu sevk kılavuzu tarafından sevk edilirken onun kusurundan ileri gelen çatmadan ise geminin donatanı sorumlu değildir. Bir tablo ile ifade edersek durum şöyledir:

İsteğe bağlı danışman kılavuz kaptan kusuru	Donatan sorumlu
İsteğe bağlı sevk kılavuz kaptanı kusuru	Donatan sorumlu
Zorunlu danışman kılavuz kaptan kusuru	Donatan sorumlu
Zorunlu sevk kılavuz kaptanı kusuru	Donatan sorumlu değil

Yeni kanun, bu düzenlemesi ile Çatma Milletlerarası Sözleşmesi’nden –bir bakıma– ayrılmaktadır. Sözleşmenin 5.inci maddesine göre, zorunlu olarak alınan bir kılavuzun hatası nedeniyle meydana gelen çatmalarda da donatanın sorumluluğu kabul edilmiştir. Kanun koyucumuz, bu konuda sözleşmenin müzakereleri sırasında yapılan tartışmalara ve bu tartışmalar sonucu, donatanın sorumluluğunun sınırlandırılması hakkında bir milletlerarası sözleşme kabul edilene kadar 5.inci maddeyi uygulamayacaklarına dair kabul edilen ek maddeye dayanarak milli hukukta, aksi yöndeki bu düzenlemeyi benimsemiştir.

¹⁹ Bkz. 13.1.1340 Tarihli Kılavuzluk ve Römorkörcülük Talimatnamesi (Miladi 1921)

²⁰ Bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı E. 1955/26, K.1955/4, T.16.3.1955

²¹ Kanun metninde “kılavuz” şeklinde belirtilen öznenin uygulamacılar ve meslek bireyleri arasında benimsenen kullanım olan “kılavuz kaptan” şeklinde ifade edilmesi kişisel bir tercihtir.

²² Bkz. Gerekçe m.1291

Zorunlu sevk kılavuz kaptanı kusurundan ileri gelen ve donatanın sorumlu tutulmacağı belirtilen çatma halinde ayrıca donatanın ve/veya gemi adamlarının kusuru da sözkonusu olursa, bu takdirde donatan sorumsuzluk kuralından yararlanamaz.

Zorunlu sevk kılavuz kaptanı kusurundan ileri gelen çatmalarda sorumluluk tevcihi, sözleşme şartları ve Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde tespit olunacaktır.

7. DELİL TESPİTİ

Türk hukuk sisteminde çatma ile ilgili uygulama bakımından getirilebilecek en önemli eleştiri konularından biri –özellikle dava öncesi kullanılandelil tespit yöntemlerindeki zaaflıyet idi. Bir çatma meydana geldiğinde, havayolu ve karayolu taşımacılığında var olan kaza soruşturma usulleri deniz kazaları için sistemli bir şekilde düzenlenmediğinden; savcılıklar, önemli ve özellikle ölümlü deniz kazalarında soruşturma açmakta ve bu soruşturma kapsamında tayin edilen bilirkişiler, kazaya karışan ilgililerin kusur oranlarını tespit etmektedirler. Liman başkanlıkları, kendi liman mevzuatlarında yer alan hükümler çerçevesinde ifadeler almakta, kazanın sebeplerine dair raporlar düzenlemektedirler. Diğer taraftan menfaatleri tehdit altına giren ya da fiilen zarar gören taraflar olarak donatanlar, taşıyanlar, yük ilgilileri, gemi ve yük sigortacıları, velhasıl değişik konumlardaki ilgililer, haklarını korumak adına derhal faaliyete geçerler, müsait bulabildikleri ve çokluk çatma ile ilgisi bulunmayan mahkemelerden birine başvurarak delil tespiti isterlerdi. Bir taraftan kaza sonrası ortaya çıkan fiziksel riskler, diğer taraftan deniz taşımacılığında zaman kavramının önemi ve bilirkişi bulmadaki zorluklar gibi gerekçelere yaslanmak suretiyle de muhataplara tebliğden sarfınazar edilerek ve başvuran tarafın telkinlerinin etkili olabildiği bilirkişi seçimleri ile bu tespitleri yaptırmak, çoklukla mümkün olurdu. Tespit incelemeleri sırasında, başvuran tarafın lehinde olan delillerin ön plana çıkarılması, deniz trafik hizmetlerinde son yıllarda ortaya çıkan olumlu gelişmeler ayrı tutulursa objektif nitelikte kanıt bulma zorlukları gibi nedenlerle de dava öncesi tespitlerde düzenlenen bilirkişi raporları, neredeyse taban tabana zıt kanaatlere ve kusur oranlarına bağlanırlardı. Bu durum çatma ile ilgili yargılamaları ciddi şekilde ve olumsuz olarak etkiler, çatmadaki sorumluluğun doğru olarak tespiti için dava içi, çok sayıda ayrı bilirkişi incelemeleri yapmak kaçınılmaz hale gelirdi. Bu atmosferin getirdiği güvensizlik duygusu, uygulamacıların korunma içgüdülerini tetiklediği için de delil tespitleri gittikçe kaotik bir işleme dönüşmekteydi.

Gereğinden de anlaşılacağı üzere, yeni kanunda, sırf bu nedenle 1292nci madde sevk edilmiş ve dava öncesi, kazaya karışan ilgililerin başvuruları ile yapılacak delil tespitleri bir disipline sokulmuştur:

Birinci fıkra ile hangi mahkemenin yetkili olacağı belirlenmiştir. Buna göre, dava öncesi yaptırılacak delil tespitlerinde usul hükümlerinin esnetilerek değişik birçok mahkemeden işlem yapılması yolu kesilmiş, çatmanın meydana geldiği yerde deniz ticareti işlerine bakmakla görevli asliye ticaret mahkemesi yetkili kılınmıştır. Şayet, o yerde deniz ticareti işlerine bakmakla görevli asliye ticaret mahkemesi yoksa, bu takdirde asliye ticaret mahkemesi, o da yoksa ticaret davalarına bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesi yetkilendirilmiştir.

Fıkra gerekçesinde de açıklandığı üzere, çoklukla, tarafların farklı mahkemelere –bazen de aynı mahkemeye– başvuru yaparak, işin müstaceliyetine binaen karşı tarafa tebligat yaptırmadan gerçekleştirdikleri tespitler önlenmiş olacaktır. Gerçekten de tek taraflı ve bir nevi baskın şeklindeki bu tespitlerde birbiriyle taban tabana zıt olabilen bulgular nedeniyle yargılama süreci kötü etkilenmektedir. Ne var ki bu haliyle kanun hükmünün yine de bir miktar olumsuzluk barındırdığı kanaatindeyim. Çünkü, bu sefer de, erken davranıp tespit dinamiklerini –kısmen de olsa– kontrol etme imkanına kavuşan taraf, muhatapı karşısında avantaj elde edebilecektir. Mahkemelerce, hükmün sevk edilmiş amacı hatırdan tutulursa bu olumsuzlukların etkisizleştirilmesi mümkündür.

Ayrıca, işin gerçekten muaccel olduğu hallerde, tebligat için geçecek sürede delil kaybı ihtimali küçümsenemez.

İkinci fıkra ile çatmaya karışan her geminin kaptanı veya temsilcisine tespit bildirimi yapılması öngörülmüştür. Burada, kaptanların veya temsilcilerinin zorla tespitte getirilmeleri değil, tarafların birbirine haber vermeden tespit yaptırılmalarına engel olmak amaçlanmıştır. Diğer bir ifade ile bildirim yapılmış olması yeterli sayılmış, diğer tarafın tespitde hazır bulunması aranmamıştır.²³

Üçüncü fıkrada ise, tespit raporunda çatmaya karışan gemilerin kusur oranlarının belirtilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

Bu hüküm, çatmalardaki delil tespitlerinin belki de en çağdışı, yargılamayı çığrından çıkaran hatalı uygulamasının sonunu müjdelere gibidir. Amaç delillerin tespiti- dir. Oysa ki bugünün uygulaması şöyledir: Maddi vakialar henüz tespit edilmemiş, deliller toplanmamışken, hem de karşı tarafın gıyabında yapılan bir incelemede kusur oranlarının belirlenmesi istenmekte, böylece her bir tarafın beklentisi doğrultusunda çelişkili raporlar üretilmektedir. Bu durum hem yargılamanın selametini olumsuz etkilemekte hem de dava ekonomisine aykırılık yaratmaktadır. Bu raporlar dava dosyalarına celp edildiği için, tespite itiraz suretiyle etkisizleştirilmeleri, fiilen mümkün olmayabilmektedir. Tecrübe, bu, yanlı raporların bir şekilde kanaat oluşturma işlevine sahip olabildiği yolundadır.

Yeni kanunda yapılan bu düzenleme paralelinde, cezai ve idari yollardan elde edilen raporların yarattığı olumsuz etkileri gidermek ve hukuk güvenliğini güçlendirmek adına, Ticaret Kanununda değil belki ama gemi kazalarının soruşturulmasına ilişkin bir yasal düzenlemeye gidilmesine duyulan ihtiyaç, maddelere ilişkin, genel açıklamalar bölümünde, çok isabetli bir şekilde, ifade edilmiştir.

8. ŞEKİL ŞARTI YOKLUĞU (m.1293)

Çatma sonucu uğranılan zararın tazmini için açılacak davalar öncesinde bir ihtar düzenlenmesine veya başkaca bir şekil şartının yerine getirilmesine gerek yoktur.

Çatma Sözleşmesi ile kanun arasındaki uyumda bir eksiklik olarak kalmaması için Sözleşmenin 6ncı maddesi ilk fıkrası aynen alınmıştır.

9. KARİNE YOKLUĞU (m.1294)

Çatmada kusurun saptanmasında herhangi bir karine dikkate alınmaz.

Yine Çatma Milletlerarası Sözleşmesi'nden alınan bir hükümdür (m.6/2). Hali-hazır uygulamada sıkça düşülen bir hatayı bertaraf etmek bakımından önemlidir. Çatma yargılamalarında "demirdeki ya da örneğin Boğaz'daki bir rıhtımda bağlı konumdaki geminin kusurlu olmadığı" şeklinde fiili karine esas alınarak hüküm kurulduğuna sıklıkla rastlanmaktadır. Oysa demirli veya bağlı gemi yasak bölgede, trafik için engel teşkil eder şekilde bulunuyorsa, Denizde Çatışmayı Önleme Kuralları'na uygun işaretleri göstermiyorsa, o gemi adamlarına kusur izafe edilebilecektir. Gerekçede, amacın, bir karine yönlendirmesi olmadan, önyargısız kusur tespitine olanak vermek olduğu açıkça belirtilmiştir.

10. KAPTANIN YARDIM GÖREVİ (m.1295)

Bir çatmadan sonra her geminin kaptanı, kendi gemisini, gemi adamlarını ve yolcularını ciddi bir tehlikeye atmadan mümkün olması şartıyla, diğer gemiye, gemi adamlarına ve yolculara yardımla yükümlüdür.

²³ Bkz. Gerekçe m.1292

Ayrıca kaptan, mümkünse, diğer gemiye kendi gemisinin adını, bağlama limanını, geldiği ve gideceği limanları bildirmekle yükümlüdür.

Kaptanın, sadece bu maddede öngörülen yükümlülüğünü ihlal etmesinden dolayı donatan sorumlu olmaz.

Çatma Sözleşmesinin üç fıkralık 8inci maddesinin ilk iki fıkrası 4922 sayılı Denizde Can ve Mal Korunması Hakkında Kanun'da yer almakla birlikte bu kez maddenin bir bütün halinde kanuna alınması sağlanmıştır.

11. SAKLI TUTULAN HÜKÜMLER (m.1296)

Çatma Milletlerarası Sözleşmesi'nin 10uncu maddesinden alınan hükümdür. Donatanın sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin hükümler saklıdır.

Bu bölümde yer alan hükümler, taşıma sözleşmelerinden ve diğer her türlü sözleşmelerden doğan borçları etkilemez.

12. ZAMANAŞIMI (m.1297)

Çatmaya dayanan her türlü tazminat istemi, çatmanın meydana geldiği günden başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar.

1289uncu maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesine veya 1290ıncı maddenin ikinci fıkrasına göre, donatanların birbirine karşı olan rücu hakları, ödemenin yapıldığı tarihten başlayarak bir yıl içinde zamanaşımına uğrar.

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU VE MÜŞTEREK AVARYA

Yrd. Doç. Dr. Mehtap CİVİR ENGİN*

ÖZET

2011 tarihli 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda müşterek avarya bahsi 1272-1285. maddeler arasında düzenlenmiştir. Müşterek avarya, ortak bir deniz yolculuğuna çıkan gemi ve yükü ortak bir tehlikeden korumak için bilerek ve isteyerek yapılan olağanüstü masraf ve fedakarlıkların, gemi ve yükün tamamen veya kısmen kurtulmuş olmaları halinde, korunan değerlerle orantılı olarak yüklenilmesi olarak tanımlanabilir. Deniz ticaretinde bu paylaşım “dispeç” adı verilmektedir. Bu çalışmada, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile müşterek avarya bahsinde yapılan değişikliklerden bahsedilecektir.

Anahtar Kelimeler: Müşterek avarya, dispeç, gemi, yük, gemi alacaklısı hakkı, yük alacaklısı hakkı

ABSTRACT

The subject of General average is regulated between the articles 1275-1285 in the Turkish Commercial Code nr.6102. General average can be defined as the undertake of the cost and the sacrifice, which were made knowingly and willingly in a proportional way in order to protect the ship and the shipload of a common voyage from a common danger in the case, where the ship and the shipload is wholly or partially saved. In terms of maritime trade this burden sharing is known as “despatch”. In this article the amendments made by the Turkish Commercial Code nr.6102 on the matter of general average will be mentioned.

Keywords: General Average, despatch, ship, shipload, right of ship's creditor, right of shipload's creditor

Gemi ve yük, yolculuk başladığı andan itibaren varma limanına ulaşana dek deniz tehlikelerine birlikte maruz kalmaktadır. Yolculuk esnasında denizde seyrü sefer yapıyor olmaktan kaynaklanan ve önceden görülemeyen birçok tehlike gemi ve yükü tehdit edebilir. Yolculukta karşılaşılan bu tehlikelerden gemi ve yükü kurtarmak ve yolculuğa devam etmek için gemiden, yükten veya her ikisinden bazı fedakarlıklarda bulunmak zorunluluğu doğabilir. İşte, bu fedakarlıklar sonucu doğan zarar ve masrafların ne şekilde ve ne oranda paylaşılacağı “müşterek avarya” bahsinin konusudur.

Avarya kelimesinin kaynağını arapça “avar” kelimesi teşkil eder. Anlamı ise, “hasar ve zarar”dır¹. Avarya, gemi ve yükün maruz kaldığı normal dışı tüm hasar ve zararlar ile yapılan olağanüstü masraflardır. Avaryalar “müşterek” ve “hususî” olmak üzere ikiye ayrılır. Eğer, olağanüstü zarar ve masrafın gemi, yük ve navlun arasında

* Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Rayegan, Kender/Çetingil, Ergon/Ünan, Samim;; Müşterek Avarya Hukuku, 2011, İstanbul, s.2.

paylaştırılması öngörülmüşse “müşterek avarya”dan bahsedilir. Yolculuk sırasında yapılan normal dışı zarar ve masraflar ilgililer arasında paylaştırılmazsa bu durumda ise “hususî avarya” söz konusudur.

Türk Hukukunda müşterek avarya ilk defa 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu hükümlerinden yola çıkılarak hazırlanan 1864 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunu’nda “Hasarâtı Umumiye” adı altında düzenlenmiştir. Daha sonra Alman Ticaret Kanunu’nun 2. Kitabından tercüme edilerek hazırlanan 1929 tarihli Deniz Ticareti Kanunu’nun 1241-1274. maddeleri arasında yer almıştır. 1956 tarihli 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda ise müşterek avarya 1179-1216 maddeler arasında düzenlenmiştir; kanunun bu hükümleri emredici nitelikte olmadığından müşterek avarya paylaşımı TTK hükümlerine göre yapılabildiği gibi York Anvers Kurallarına göre de yapılabilmektedir.

2011 tarihli 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunun’da ise müşterek avarya bahsi 1272-1285. maddeler arasında düzenlenmiştir². 6102 sayılı Kanunun 1273. Maddesinin ilk fıkrasında müşterek avarya paylaşımında York Anvers Kuralları’na atıf yapılmıştır.

York Anvers Kuralları

İlk defa 1864 yılında yapılan York Kongresi’nde 11 adetten oluşan kurallar olarak kabul edilmiş ve bu kurallara 1877 yılında bir kural daha eklenerek 12 adet kural haline getirilmiş ve adına da “York-Anvers Kuralları” denmiştir. Bundan sonraki konferanslarda kurallarda değişiklikler yapılmasına rağmen “York-Anvers Kuralları” ismi devam etmiştir³ ve 1924’de komple bir kod durumuna getirilmiştir. Daha sonra 1950, 1974, 1990, 1994 ve en son olarak 2004 yılında deniz hukukundaki gelişmelere uygun olarak revizyona uğramıştır. York Anvers Kuralları⁴ bir milletlerarası anlaşma niteliğinde değildir, Milletlerarası Denizcilik Komitesi⁵ tarafından hazırlanan ve ilgililerin navlun sözleşmelerine veya konişmentolara bir şart olarak konulmaları tavsiye edilen kurallar topluluğudur.

Denizde seyrüsefere çıkan gemi, yük ve navlun sahipleri arasında denizde yolculuğun selametle sona ermesi konusunda bir kader birliği vardır. Bu nedenle kendilerini tehdit eden tehlikelere karşı gemi, yük ve navlunun birlikte hareket etme zorunlulukları doğar. Duruma göre bu tehlikeleri bertaraf etmek için zaman zaman olağanüstü tedbirler almak, masraf ve fedakarlıklarda bulunmak gerekebilir. Bu masraf ve fedakarlıkları yalnız ilgisine yüklemek hakkaniyete uygun olmaz. Bu nedenle, eşitlik prensibi gereği, bu büyük risk altındaki malvarlıklarını korumak için yapılan fedakarlıktan kaynaklanan masraf ve zararları, bu fedakarlık sebebi ile kurtarılmış olan menfaatlerin orantılı olarak karşılanması ihtiyacı ile “müşterek avarya” doğmuştur.

Müşterek avarya, ortak bir deniz yolculuğuna çıkan gemi ve yükü ortak bir tehlikeden korumak için bilerek ve isteyerek yapılan olağanüstü masraf ve fedakarlıkların, gemi ve yükün tamamen veya kısmen kurtulmuş olmaları halinde, korunan değerlerle orantılı olarak yüklenmesi olarak tanımlanabilir.

Müşterek avarya halinden bahsedilebilmesi için 6 unsurun birlikte gerçekleşmeleri gerekmektedir:

1- Gemi ve yükün müşterek bir deniz sergüzeştine katılmış olması;

Bu şarta göre, yapılan fevkalade masraf ve fedakarlığın müşterek avarya oluşturabilmesi için geminin tamamen veya kısmen yüklü bulunması temel koşuldur. Geçici

² Bundan sonra 6102 sayılı Kanun diye anılacaktır.

³ Çetingil, Ergon; Kender, Rayegan; Deniz Ticareti Hukuku, 2009, İstanbul, s. 184.

⁴ Bundan sonra YAK olarak anılacaktır.

⁵ Committee Maritime International (CMI)

bir süre için de olsa yükün gemiden ayrılmasıyla müşterek deniz sergüzeşti sona ermiş olur⁶.

2- Gemi ve yükün müşterek bir tehlike ile karşılaşması;

Gemi ve yükü tehdit eden müşterek bir tehlike mevcut olmalıdır. Sadece gemiyi veya sadece yükü tehdit eden bir tehlikenin mevcut olduğu halde müşterek avaryadan sözedilemez.

3- Fevkalade masraf ve faaliyetlerin müşterek deniz sergüzeştine katılan varlıkları yani gemi, yük ve navlunu tehlikeden korumak maksadıyla gerçekleştirilmiş olması;

4- Kurtarma ile ilgili fedakarlığın iradi bir şekilde yani bile bile yapılması;

5- Fevkalade masraf ve faaliyetlerin makul olması;

6- Faydalı netice; yani müşterek avarya paylaştırılmasının talep edilebilmesi için, müşterek avarya faaliyeti sonucunda gemi ve yükten birşeylerin kurtarılması gerekir.

Müşterek avaryanın paylaşılması

Deniz ticaretinde bu paylaşım “dispeç” adı verilmektedir. Burada anafikir

- alacaklı ve borçlu masaları düzenlemek,
- gemi, tahsil edilmemiş navlun ve yükün yolculuk sonundaki kurtarılan değerlerini tespit etmek
- müşterek avarya gelişimine göre alacaklı ve borçlu masaların değerlerini bulmak
- bütün bunların sonucunda da paylaşım oranını belirlemek yolu ile borçlu masanın paylaşımına, değerinin ne kadarlık bir oranı ile katılması gerektiğini ortaya koymaktır.

Dispeç varma yerinde, buraya varılmadığı takdirde, yolculuğun sona erdiği limanda yapılacaktır.

Müşterek avarya paylaşımı yapılırken gemi ve yükü kurtarmak amacıyla yapılan tüm masraf ve zararlar dispeçe dahil edilmezler. Bunlardan sadece müşterek avaryanın doğrudan doğruya sonucu olan zarar ve masraflar paylaşmaya girer (6762 sayılı TTK. m.1179/1, 6102 sayılı TTK m. 1272, YAK C).

Çevre zararları, bir kaza neticesinde doğan bütün zarar ve masraflar, özellikle de gerek yolculuk sırasındaki, gerekse yolculuktan sonraki bir gecikmeden meydana gelen, mesela işsiz kalma zararları gibi, gemiyi veya yükü ilgilendiren bütün zararlar veya ziyanlar ile bir müşterek avarya hareketinin dolayısıyla neticesi olan, örneğin rayiç farkından meydana gelen ziyanlar, müşterek avarya kapsamında kabul edilmez.

6102 Sayılı TTK’da Müşterek Avarya

6102 sayılı TTK’nda müşterek avarya konusunda YAK’a atfı yapılması sistemi yer almıştır.

“MADDE 1272- (1) Ortak bir deniz sergüzeştine atılmış olan gemiyi, yükü, diğer eşyayı ve navlunu birlikte tehdit eden bir tehlikeden onları korumak amacıyla ve makul bir hareket tarzı oluşturacak şekilde, bile bile olağanüstü bir fedakarlık yapılması veya olağanüstü bir gidere katlanılması hâlinde “müşterek avarya hareketi” var sayılır ve bu hareketin doğrudan doğruya sonucu olan zarar ve giderler müşterek avarya olarak kabul edilir.

⁶ Çetingil, Ergon; “ Kurtarma Müşterek Avaryası”, Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 142; Kender/Çetingil; s. 183.

(2) Müşterek avaryadan sayılacak bir giderin yapılmaması için göze alınan her fazla gider de, başka ilgililer bu fazla giderlerden faydalansalar bile, önlenmiş olan giderin tutarına kadar, müşterek avaryaya garamesine girer.

(3) Müşterek avaryaya garamesine giren zarar ve giderler gemi, yük, navlun ve diğer eşya arasında bu Bölüm hükümlerine göre paylaşılır.”

Madde 1272 fk 1’de müşterek avaryaya hakkında bir tanım yer almaktadır. Bu tanımda “gemiye, yükü, diğer eşyayı ve navlunu birlikte tehdit eden bir tehlikeden” ifadesi bulunmaktadır. Oysa, tehlikenin sadece gemiyi ve yükü tehdit etmesi gerekli ve yeterlidir. Diğer eşyanın ve navlunun tehlikede olması gerekmemektedir. Özellikle de navlunun herhalde ödeneceği kararlaştırılmışsa, navlun tehlikede olmayacak ve paylaşmaya girmesi sözkonusu olmayacaktır.

İkinci fıkrada “Müşterek avaryadan sayılacak bir giderin yapılmaması için göze alınan her fazla gider”in de müşterek avaryaya sayılacağı öngörülmüş ise de bu giderlerin müşterek avaryaya kapsamında yer alabilmesi için “faydalı netice” meydana gelmiş olmalıdır. Yani gerçekten müşterek avaryaya önlenmiş olmalıdır.

“MADDE 1273- (1) Taraflarca başka bir husus kararlaştırılmamış olduğu takdirde, müşterek avaryaya garamesi, Milletlerarası Denizcilik Komitesi tarafından hazırlanarak, bu madde hükmüne göre Türkçe’ye çevrilip yayımlanmış olan en son tarihli York-Anvers Kurallarına tabidir.”

Madde 1273’te müşterek avaryaya garamesine uygulanacak hükümler bakımından YAK’na atıfta bulunulmuştur. Bu hükme göre York-Anvers Kuralları sadece “müşterek avaryaya paylaşılmasının yapılmasında” uygulanacaktır. Oysa “paylaştırma” müşterek avaryanın son aşamasıdır. Müşterek avaryada öncelikle müşterek avaryaya kapsamında paylaşılacak zarar ve giderlerin neler olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. YAK ilk önce bu bakımdan uygulanmalıdır. Oysa 6102 sayılı TTK’ya göre müşterek avaryaya paylaşılmasına yani dispeşin düzenlenmesine kadar York-Anvers Kuralları uygulanmayacaktır. Kanun, burada amacı daraltan yanlış bir anlatıma başvurmuştur. Bu durumda YAK’ın harfli kuralları ile numaralı kuralları bakımından bir boşluk doğacaktır. Ayrıca bu atıf sebebiyle müşterek avaryanın özel tipleri ve temel hükümleri kanunda düzenlenmemiştir. Bütün bu nedenlerle sözü edilen atıf her ne kadar sadece müşterek avaryaya paylaşılması bakımından YAK’a yollama yapmakta ise de bu atfın yalnızca paylaşılma hususunda değil, müşterek avaryanın temel hususlarında ve özel tiplerinde de geçerli olduğunu kabul etmekteyiz.

“I- Garame paylarının borçluları

MADDE 1274- (1) Müşterek avaryaya garama paylarının kişisel borçluları, garameye girecek olan geminin müşterek avaryaya hareketinin meydana geldiği andaki donatana, navlunun boşaltma tarihindeki alacaklısı ve diğer eşyanın boşaltma tarihindeki malikidir.”

6762 sayılı TTK müşterek avaryaya borcunun borçlularını açıkça hükme bağlamamıştır. Ancak, uygulamada geminin işletilmesinden doğan borçlar donatana ait olduğundan gemiye düşen müşterek avaryaya borcunun borçlusu müşterek avaryaya hareketi anındaki donatan ve yüke düşen müşterek avaryaya borcunun borçlusu ise müşterek avaryaya hareketi anındaki yük malikidir.

6102 sayılı TTK madde 1274 fk. 1 ise müşterek avaryaya borçlularını donatan, navlun alacaklısı ve diğer eşya maliki olarak belirlemiştir. Kanun, “yük maliki”ni borçlular arasında saymamıştır. Buradan “yük maliki”ni diğer eşya maliki kapsamında kabul ettiğini varsaymaktayız.

Kanun bu madde hükmü ile müşterek navaryaya hareketi anındaki donatana kişisel borçlu olarak belirlemişse de yük, diğer eşya ve navlun için “boşaltma anını” dikkate almıştır. Bu durumda müşterek avaryaya hareketi meydana geldikten sonra yük el değiştirdiği takdirde müşterek avaryaya borçlusu yeni malik olacaktır. Oysa borçlunun müşte-

rek avarya sırasındaki malik olması daha doğrudur, zira müşterek avarya hareketinden faydalanacak olan o maliktir. Boşaltma anındaki malik ise eğer yükü müşterek avarya hareketinden sonra devralmışsa, müşterek avarya hareketi yüzünden ek bir maliyet altına girecektir.

Diğer eşya ise genellikle yakıt, kumanya gibi sefer sırasında tüketilen eşyadır ve müşterek avarya hareketinden sonra boşaltma limanına kadar tüketilmiş olabilecektir. Boşaltma tarihine kadar tüketilmiş olan bu eşyanın maliki de olmayacağından borçlusu nasıl belirlenecektir. Açıklanan sebeplerle yükün ve diğer eşyanın müşterek avarya borçlusunun da “müşterek avarya hareketi esnasındaki maliki” olarak değiştirilmesi gerekmektedir.

6102 sayılı TTK bu hükmü ile Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlanmasına Dair 1976 tarihli Milletlerarası Londra Sözleşmesi’ne⁷ uygun olarak sınırsız sorumluluk öngörülmüştür.

“MADDE 1274- (2) Garameye girecek eşyanın gönderileni, eşyayı teslim alırken bunlara bir garame payı düşmüş olduğunu biliyor ise, bu pay için eşya teslim edilmiş olmasaydı o eşyanın paraya çevrilmesi hâlinde garame payı ne oranda ödenecek idiyse o oranda eşyanın teslim zamanındaki değerine kadar şahsen sorumludur.”

Madde 1274 fıkra 2 hükmüne göre gönderilen, yükü teslim aldığı anda bu yük için müşterek avarya katılma payı ödenmesi gerektiğini bilmekte ise yükün ona teslim edilmeyip paraya çevrilmesi halinde müşterek avarya katılma payı ne oranda ödenmiş olacak idiyse aynı oranda borcu doğar. Bu borcun üst sınırı, yükün teslim anındaki değeridir.

“II- Alacaklıların rehin hakları

MADDE 1275- (1) Alacaklılar, gemi üzerinde gemi alacaklısı hakkına, garameye girecek eşya üzerinde Türk Medenî Kanununun 950 ilâ 953 üncü maddeleri uyarınca hapis hakkına ve navlun üzerinde aynı Kanunun 954 ilâ 961 inci maddeleri uyarınca alacak rehinine sahiptirler.”

Madde 1275 fıkra 1 ile müşterek avarya alacağı yasal güvenceye bağlanmış ve gemiye yönelik alacak hakkı gemi alacaklısı hakkı ile, yüke ve diğer eşyaya yönelik alacak hakkı hapis hakkı ve navluna yönelik alacak hakkı ise alacak rehni ile teminat altına alınmıştır.

Müşterek avarya alacağının gemi üzerinde gemi alacaklısı hakkının doğumuna neden olacağı aynı zamanda 1320. Madde fk. 1 (f) bendi ile de düzenlenmiştir:

“A) Gemi alacaklısı hakkı veren alacaklar

MADDE 1320- (1) Geminin malikine, kiracısına, yöneticisine veya işletenine karşı doğmuş olan aşağıdaki alacaklar sahiplerine “gemi alacaklısı hakkı” verir:

.... f) Müşterek avarya garame payı alacakları....”

“3. Hapis hakkının kullanılması

MADDE 1277- (1) Kaptan, garame payları ödenmedikçe veya 1201 inci madde gereğince, bunlar için teminat gösterilmedikçe garameye iştirak edecek eşyayı teslim edemez; ederse kendisi de bu paylardan şahsen sorumlu tutulur.

(2) Kaptanın hareket tarzını donatan emretmişse 1089 uncu maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanır.

(3) Alacaklıların garameye giren eşya üzerindeki hapis hakkı, alacaklılar adına taşıyan tarafından 1201 inci madde hükümlerine göre kullanılır.”

⁷ The Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims (LLMC)

1277. madde, müşterek avarya borcu ödeninceye veya teminat altına alınıncaya kadar kaptana eşyayı teslim etmekten kaçınma yükümlülüğü getirmektedir. Bu yükümlülük hapis hakkının kullanılması değil, hapis hakkının kapsamında olan alıkoyma hakkına dayanarak eşyayı teslim etmekten kaçınma niteliğindedir. Kaptanın bu yükümlülüğünü yerine getirmemesinden doğan sorumluluğu müşterek avarya alacaklısı olan yükle ilgililere, diğer kişilere ve donatana karşıdır.

Ancak kaptanın müşterek avarya borcu ödenmeden veya teminat altına alınmadan yükü teslim etmesini donatan emretmişse madde 1089 uyarınca, bu durumda donatan ve kaptan birlikte sorumlu olacaklardır.

“MADDE 1089-....

(2) Donatanın emrine uyması kaptanı sorumluluktan kurtarmaz.

(3) Durumu bilerek kaptana emir vermiş olan donatan da sorumludur.”

“C) Dispeç

1. Yaptırma yükümlülüğü

MADDE 1278- (1) Donatan gecikmeksizin dispeçi yaptırmakla yükümlüdür; bu yükümlülüğünü yerine getirmezse ilgililerin her birine karşı sorumlu olur.

(2) Dispeç süresinde yaptırılmazsa, sigortacı da dâhil olmak üzere, ilgililerden herhangi biri bunun yapılmasını istemeye ve yaptırmaya yetkilidir.

(3) Dispeçin yapılması istemi, olayın müşterek avarya sayılmayacağı ileri sürülerek dispeççi tarafından reddedilirse, dispeçin yapılmasının gerekip gerekmediğine, sigortacı da dâhil olmak üzere, ilgililerden herhangi birinin başvurusu üzerine 1279 uncu maddede yazılı yerdeki mahkemece karar verilir. Mahkeme dosya üzerinde veya sigortacı da dâhil olmak üzere ilgilileri dinleyerek bu hususta karar verir. Bu hâlde basit yargılama usulü uygulanır”

6762 sayılı TTK md. 1209 ‘da dispeçi yaptırma yükümlülüğü kaptana aitken, 6102 sayılı TTK md. 1278’de bu yükümlülük donatana yüklenmiştir. Burada “dispeçi yaptırmak”tan kasıt, dispeçin yapılması talebiyle mahkemeye başvurmaktır. Bu başvuru üzerine mahkeme bir dispeççi görevlendirecek ve dispeççi de dispeç raporunu hazırlayacaktır. Donatan bu yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde müşterek avarya ilgililerine karşı sorumlu olacaktır. Hatta bu durumda müşterek avarya ilgililerinden herhangi biri dispeçin hazırlanması için talepte bulunabilir ve yaptırılan dispeç bütün ilgililer bakımından hüküm ifade eder.

Dispeççi, eğer olayın bir müşterek avarya sayılmayacağına karar verir ve bu dispeç raporunun hazırlanması talebini red eder ise dispeççinin varlığı sonuç ilgilileri bağlamaz. Bu durumda müşterek avarya ilgililerinden her biri mahkemeye başvurarak dispeç yapılmasının gerekli olup olmadığına mahkeme tarafından karar verilmesini talep edebilir.

“2. Yapılacağı yer

MADDE 1279- (1) Zararın tespiti ve paylaşılması varma yerinde, eğer buraya varılmazsa yolculuğun bittiği limanda yapılır.”

Dispeç için yetkili mahkeme, varma yeri mahkemesidir. Eğer buraya varılmadan yolculuk sona erdirilmişse, yolculuğun sona erdiği limandır.

“3. Dispeççi

MADDE 1280- (1) Dispeç, ilgililerin oybirliğiyle atayacakları bir veya birden fazla dispeççi tarafından yapılır. Oybirliği sağlanamazsa, dispeççiyi veya dispeççileri, dispeçin yapılacağı yer mahkemesi atar.

(2) İlgililerden her biri dispeçin yapılması için gereken ve elinde bulunan belgeleri, özellikle çarter partileri, konişmento ve faturaları, dispeççiye vermekle yükümlüdür.

(3) Dispeççinin istemi üzerine mahkeme, ellerinde bulunan ve kanunen ibrazla yükümlü oldukları belgeleri dispeççiye teslim etmelerini, onları elinde bulunduranlara emreder.

(4) Dispeççi, ilgililerin dispeçi incelemelerine izin ve istemleri üzerine giderlerini ödemeleri şartıyla, bir örnek vermekle yükümlüdür.”

İlgililer eğer dispeççinin kim veya kimler olacağı hususunda anlaşmışlarsa üzerinde “oybirliği” ile anlaşılan dispeççi tayin edilir. Bu anlaşma sağlanamadığı takdirde, dispeççi dispeçin yapılacağı yer mahkemesi tarafından tayin edilir.

Dispeççinin görevini yerine getirebilmesi için gerekli tüm belgeleri ilgililer dispeççiye teslim etmekle yükümlüdür. İlgililer bu yükümlülüklerini yerine getirmedikleri takdirde dispeççi mahkemeden ilgili belgelerin kendisine ibrazını sağlanmasını talep edebilir. Bu durumda mahkeme dispeççiye belgelerin teslimini emretmekle yükümlüdür ve bu hususta takdir hakkı yoktur.

Dispeççi dispeç raporunu tamamladıktan sonra ilgililerin raporu incelemesine ve istem üzerine bir örneğini ilgiliye vermekle yükümlüdür.

“MADDE 1281- (1) Sigortacılar dâhil olmak üzere ilgililer, 1279 uncu maddede yazılı yerdeki mahkemeden dispeçin onaylanmasını isteyebilecekleri gibi avarya türüne veya hesaplarına itiraz da edebilirler.

(2) Dilekçede duruşmaya çağrılacak olan ilgililerin ad ve soyadları bildirilir.

(3) Dilekçe üzerine mahkeme, dispeççiden, dispeç ile istemleri ispatlayan belgeleri ister; bu belgelerin tamamlanmasına gerek görülürse, ibrazını onları elinde bulunduranlara emreder.

6102 sayılı TTK md. 1281 dispeç raporunun mahkeme tarafından onaylanması sistemini benimsemiştir. İlgililer, sigortacı da dahil olmak üzere, dispeç raporunun onaylanmasını talep edebilecekleri gibi avaryanın türüne ve hesaplarına itiraz da edebilirler. Bu hükümde sigortacının da onay talebinde veya itirazda bulunabileceği hususu 6762 sayılı TTK. nun 1210 maddesi fk. 1 hükmünde de yer almaktadır, yani varolan düzenleme devam ettirilmişdir.

Buradaki avaryanın türüne itiraz, geniş yorumlanmalı ve ilgililerin müşterek avaryanın meydana gelmediği itirazlarının da yapılabilmesi kabul edilmelidir.

(4) İlgililerin hepsi duruşmaya çağrılır. Çağrıda, dispeç ile istemleri ispatlayan belgelerin mahkeme kaleminde incelenebileceği ve çağrılanın daha önce de dispeç karşı mahkemede itirazda bulunabileceği, belirli günde gelmediği takdirde dispeç onay vermiş sayılacağı yazılır. Çağrının duruşma gününden en az onbeş gün önce ilgililere tebliğ edilmesi gerekir.

İtirazlar ve dispeçin onaylanması talebini içeren hususlar dilekçe ile dispeçin hazırlandığı yer mahkemesine yapılmalıdır. Dispeç raporuna itiraz etmek isteyen ilgili bu itirazını en geç ilk duruşmaya kadar açık olarak ve gerekli ayrıntıyı içerecek şekilde yapmış olmalıdır. Haklı sebeple ilk duruşmaya kadar itiraz yapılamamışsa, ilgiliye bir defaya özgü yeni bir süre verilmelidir. Süre koşuluna uyulmadığı takdirde itiraz hiç yapılamamış sayılır.

(5) Dispeç raporuna itirazın, en geç ilk celsede, hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde açık ve etraflı olarak yapılması zorunludur. Haklı sebepler dolayısıyla bu mümkün olmazsa, hâkim ilgiliye itirazını bildirmek üzere bir defalık uygun bir süre verir. İlk oturumda veya en geç hâkim tarafından verilecek süre içinde gereği gibi açık ve ayrıntılı şekilde bildirilmemiş olan itiraz yapılmamış sayılır.”

Kanun hükmü, dispeçin onaylanması ve itirazların yorumlanması hususunda duruşma yapılmasını öngörmüştür. Bu duruşmaya tüm ilgililer çağrılmalıdır. Çağrı, duruşma gününden en az onbeşgün önce ilgililere yapılmalıdır. Dispeç raporu hakkında mahkeme tarafından verilen karar tüm ilgilileri bağlar.

“2. Dispeçin onaylanması

MADDE 1282- (1) Belirlenen günde hazır bulunanlarla duruşma yapılır. Dispeç karşı, duruşmada veya daha önce bir itiraz yapılmamış olduğu takdirde dispeç onaylanır. İtiraz yapılmışsa ilgililer dinlenir. İtirazın yerinde olduğu görülür veya başka surette bir anlaşmaya varılırsa dispeç buna göre düzeltilerek onaylanır.

(2) İtirazın hemen karara bağlanması imkânının bulunmaması hâlinde, dispeç raporunun itirazın kapsamı dışında kalan kısımları, ayrı bir kararla onaylanır ve itiraz edilen kısım hakkında duruşmaya devam olunur.”

Belirlenen günde yapılan duruşma sonucunda verilecek karar

- Dispeçin onaylanması
- Dispeçin düzeltilerek onaylanması veya
- Müşterek avaryanın varolmadığı itirazı üzerine dispeçin iptali olacaktır.

Eğer itirazın hemen karara bağlanması mümkün değilse bu durumda mahkeme

- Dispeçin itiraza uğramayan kısımlarını onaylar
- Ve geri kalan kısımlar için itiraza ilişkin incelemeye devam eder.

“Uygulanacak usul hükümleri

MADDE 1283- (1) 1281 ve 1282 nci madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla, dispeçin onaylanmasında ve itirazların incelenmesinde basit yargılama usulü hükümleri uygulanır.”

Dispeçin onaylanmasında ve itirazların incelenmesinde basit yargılama usulü hükümleri uygulanacaktır. Yani 2011 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 316 ve devamı hükümler uygulanacaktır.

“MADDE 1284- (1) Dispeç raporunun onaylanması hakkındaki kararın kesinleşmesiyle bu karar, raporda gösterilen alacakların ödetilmesi için verilmiş bir ilam niteliğini kazanır. Şu kadar ki, itiraza uğramamış bir raporun onaylanması kararı kesinleşmeden önce de bu niteliğe sahiptir.

(2) Raporun onayına ait ilam, onay istemi üzerine yapılan duruşmaya usulüne göre çağrılmış olmayan ilgililer aleyhine hiçbir sonuç doğurmaz.”

Mahkemece verilen dispeç raporunun onaylanması kararı kesinleştiği anda, bu karar dispeç raporunda yer alan müşterek avarya alacakları hakkında icra edilebilir bir yargı kararı niteliğini kazanır. Eğer dispeç herhangi bir itiraza uğramamışsa, bu durumda kararın kesinleşmesi beklenmeden icra edilebilir bir karar niteliğini kazanır.

Ancak, icra edilebilirlik sadece duruşmaya usulünce çağrılmış ilgililer bakımındandır. Duruşmaya usulüne uygun çağrılmayan ilgililer bakımından kararın uygulanabilirliği yoktur.

“D) Zamanaşımı

MADDE 1285- (1) Müşterek avarya garame payı alacakları bir yılda zamanaşımına uğrar.

(2) Zamanaşımı, geminin 1279 uncu maddede belirtilen yere vardığı tarihten itibaren işlemeye başlar.”

6102 sayılı TTK md 1285 ile de 6762 sayılı TTK md. 1260’da olduğu gibi 1 yıllık zamanaşımı öngörülmüştür. Zamanaşımı, varma limanı veya yolculuğun sona erdiği yer limanına varma tarihinden itibaren başlayacaktır.

12. OTURUM

TEBLİĞLER

*** YENİ TTK UYARINCA NAVLUN SÖZLEŞMELERİNDE YÜKÜ
İNCELEME VE BİLDİRİM**

Prof. Dr. Didem ALGANTÜRK LIGHT

*** YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE DENİZ YOLU İLE
YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİ**

Yrd. Doç. Dr. İlknur ULUĞ CİCİM

*** GARANTİ MEKTUBU KARŞILIĞINDA DÜZENLENEN TEMİZ
KONİŞMENTOLARDAN DOLAYI TAŞIYANIN SORUMLULUĞU**

Yrd. Doç. Dr. Fevzi TOPSOY

YENİ TTK UYARINCA NAVLUN SÖZLEŞMELERİNDE YÜKÜ İNCELEME VE BİLDİRİM

Prof. Dr. Didem ALGANTÜRK LIGHT*

ÖZET

Bir navlun sözleşmesinde yükün zıya ve hasara uğraması halinde gönderilen , taşıyan veya bunlar adına kaptan her birinin kendi menfaatlerini koruması bakımından belirli hususları isbat etmesi gereklidir. Özellikle delillerin zamanla kaybolmasının önlenmesi veya delillerin sonradan tedarik edilmesindeki güçlükler nedeniyle maddi olayları zamanında tesbit ettirmenin taraflar açısından önemi büyüktür. Bu sebeple, eşyanın incelenmesi ve bildirim görevi Hague- Visby Kuralları Madde III/6 ve Hamburg Kaidelerinin Madde 19'da yer alan hükümler gözönünde bulundurularak, Yeni TTK'nun 1184 ve 1185 maddelerinde düzenlenmektedir.

Yeni TTK'nun 1184 ve 1185 maddeleri ile getirilen bu düzenlemelerin kapsam ve mahiyeti çalışmamızın konusunda oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Navlun Sözleşmelerinde Yükü İnceleme ve Bildirim Görevi, 6102 S. Yeni TTK

ABSTRACT

If the cargo is lost or damaged under the contract of carriage, the consignee, carrier or captain (on behalf of them) must prove certain issues for the protection of their own interests. To prevent the loss of evidence over time or avoid the difficulties of supplying evidence after a certain period, establishing the statement of the facts promptly is of great importance to both parties. For that reason, the inspection of the cargo and notification duties are regulated under the New Commercial Code Articles 1184 and 1185, which based on Hague-Visby Rules Article III/6 and Hamburg Rules Article 19.

The scope and nature of the New Commercial Code article 1184 and article 1185 will be subject of this article

Keywords: *Inspection of the Cargo and Notification Under the Contract of Carriage , 6102 No. The New Turkish Commercial Code*

I. Genel Olarak

Taşıyan, navlun sözleşmesinin ifasında, özellikle eşyanın yükletilmesi, istifi, elden geçirilmesi, taşınması, korunması, gözetimi ve boşaltılmasında tedbirli bir taşıyandan beklenen dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük navlun sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri olup, Yeni TTK m. 1178 hükmü uyarınca taşıyanın yüke özen borcu kapsamında değerlendirilir. Yüke özen borcunun ihlalinde taşıyan ve adamlarının kusuru bulunması gereklidir.

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

Yeni TTK m.1178/1 hükmü uyarınca tedbirli bir taşıyandan beklenen dikkat ve ihtimam, kusurun tespit ve tayini bakımından önemlidir. Burada objektif, bir başka ifade ile halin şartları nazara alınarak aynı şartlar altında makul ve tecrübeli bir taşıyanın esas alınması gerekir.

Belirtilen bu faaliyetler, Yeni TTK m. 1178/1'de ile sınırlı olmayıp, yükün iyi bir halde korunması ve gideceği yere salimen varabilmesi için gerekli her türlü tedbir yüke özen borcu kapsamında değerlendirilir.

Belirtmek gerekir ki, Yeni TTK m. 1178/1 de belirtilen bu faaliyet ve yükümlülüklerin bir kısmı ve bunların kötü yapılmasından doğan sorumluluk sözleşmeye konulacak fio ve fios şartı uyarınca yükle ilgililere bırakılmış olsa dahi böyle bir kloz, kaptanın genel nezaret görevini örneğin yükleme ve boşaltma teçhizatının iyi bir halde bulunmasını sağlamak ve istifin denizcilik usullerine uygun bir şekilde yapılmasını gözetmek yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

Bu görev ve yükümlülükler gereği gibi yerine getirilmediği takdirde taşıyan sorumlu olacaktır. Yüke özen gösterilmesinde taşıyanın ve adamlarının kastından veya ihmalden doğmayan sebeplerden ileri gelen zararlardan ise, taşıyan sorumlu değildir. (Yeni TTK m.1179/1). Bir başka ifade ile taşıyan, adamlarının kusurlarından kendi kusuru imiş gibi sorumlu olur.

Yeni TTK uyarınca, taşıyanın adamları kimlerdir? (m.1179/2)

- taşımada kullanılan gemi adamları,
- taşıyanın taşıma işletmesinde çalışan veya
- kendisini temsile yetkili kıldığı (BK.m.100) ve taşıma işletmesinde çalışmaya bile navlun sözleşmesinin ifasında kullandığı diğer kişiler
- fiili taşıyan (Yeni TTK m.1191)

Yeni TTK m. 1178/2 hükmü uyarınca, taşıyanın yüke özen borcu eşyanın zıya veya hasarından yahut geç tesliminden doğan zararlara ilişkindir.

“Geç teslimden” doğan zararlar:

1978 Hamburg Kurallarının m.5/1' e ilişkin düzenlenmesine uygun hale getirilmiştir. Taşıyanın sorumluluğu, zıya ve hasar veya teslimde gecikmenin, eşyanın taşıyanın hakimiyetinde bulunduğu sırada meydana gelmiş olması şartıyla mümkündür.

II. İnceleme ve Bildirim

6762 sayılı TTK	6102 sayılı TTK
Muayene İsteme Salahiyeti m. 1065 Muayene masrafları m.1068 İhbar Külfeti m.1066	İnceleme m. 1184 Bildirim m.1185

A. İnceleme

Yeni TTK m. 1184

“Gönderilen eşyayı teslim almadan, taşıyan, kaptan veya gönderilen, eşyanın hal ve durumunu, ölçü, sayı veya tartısını tespit ettirmek amacıyla onları mahkemeye veya yetkili diğer makamlara ya da bu husus için yetkili uzmanlara inceletebilir. Mümkün oldukça diğer taraf da inceleme de hazır bulundurulur.

İnceleme giderleri, başvuruda bulunana aittir. İnceleme için, gönderilen başvuru da bulunup da sonuçta taşıyanın tazminat vermesi gereken bir zıya veya hasar belirlenirse inceleme giderleri taşıyana ait olur.”

TTK m. 1065 hükmü uyarınca eşyanın muayenesini talep edecekler arasına, Yeni TTK m. 1184' de «TAŞIYAN» eklenerek dili güncelleştirilmiştir.

TTK m.1065' de aslında taşıyan adına bu tespiti kaptanın yapacağı belirtilmiş olmasına rağmen uygulama da taşıyanın bu tespiti yaptırıp yaptırmayacağı hususunda ihtilaflar olması nedeni ile bu konuda açık bir düzenleme getirilmiştir. Böylelikle, TAŞIYAN, KAPTAN veya GÖNDERİLEN, eşyanın gönderilene teslim edilmeden önce eşyanın hal ve durumunu, ölçü, sayı ve tartısını tespit ettirmek amacıyla onlara MAHKEMEYE veya YETKİLİ DİĞER MAKAMLARA veya bu husus için YETKİLİ UZMANLARA inceleme hakkına sahiptir.

Yeni TTK m.1178 hükmü uyarınca yük zıya ve hasar tespiti, kanun tarafından öngörülmüş bir hak olmak ile birlikte tespitin nasıl yapılacağına ilişkin Kanun'da özel bir düzenleme getirilmemiştir. Dolayısıyla, yük zıya ve hasarın tespitinde Yeni TTK m. 1184 hükmü ile usule ilişkin olarak HMK m. 400-406 hükümlerinden yararlanılacaktır. Şöyle ki;

Delil tespitinin istenebileceği hâller

HMK m. 400 (1) *Taraflardan her biri, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakianın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını talep edebilir.*

(2) *Delil tespiti istenebilmesi için hukuki yararın varlığı gerekir. Kanunda açıkça öngörülen hâller dışında, delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dâhilinde bulunuyorsa hukuki yarar varsayılır.*

Delil tespiti talebi ve karar

HMK m.402 (1) *Delil tespiti talebi dilekçeyle yapılır.*

Dilekçede tespiti istenen vakti, tanıklara veya bilirkişilere sorulması istenen sorular, delillerin kaybolacağı veya gösterilmesinde zorlukla karşılaşılacağı kuşkusunu uyandıran sebepler ile aleyhine delil tespiti istenen kişinin ad, soyad ve adresi yer alır.

Tespit talebinde bulunan, durum ve koşullarınimkân vermemesi nedeniyle, aleyhine tespit yapılacak kişiyi gösteremiyorsa talebi geçerli sayılır.

(2) *Mahkeme tarafından belirlenen tespit giderleri avans olarak ödenmedikçe sonraki işlemler yapılmaz.*

(3) *Tespit talebi mahkemece haklı bulunursa karar, dilekçeyle birlikte karşı tarafa tebliğ edilir. Kararda ayrıca, delil tespitinin nasıl ve ne zaman yapılacağı, tespitinin icrası esnasında karşı tarafın da hazır bulunabileceği, varsa itiraz ve ilave soruların bir hafta içinde bildirilmesi gerektiği belirtilir.*

Acele hâllerde tespit

MADDE 403- (1) *Talep sahibinin haklarının korunması bakımından zorunluluk bulunan hâllerde, karşı tarafa tebligat yapılmaksızın da delil tespiti yapılabilir. Tespitin yapılmasından sonra, tespit dilekçesi, tespit kararı, tespit tutanağı ve varsa bilirkişi raporunun bir örneği mahkemece kendiliğinden diğer tarafa tebliğ olunur. Karşı taraf tebliğden itibaren bir hafta içinde delil tespiti kararına itiraz edebilir.*

İlgili maddeleri değerlendirdiğimizde karşımıza çıkan ilk sorun, taraflara ve-rilmiş kanundan doğan bir hakkın uygulanması sırasında, bu resmi inceleme talebinin «delil tesbiti» niteliğinde olup olmayacağıdır. Zira, delil tespiti istenebilmesi için hukuki yararın varlığı gerekir. Kanunda açıkça öngörülen hâller dışında, delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dâhilinde bulunuyorsa hukuki yarar var sayılır. Dolayısıyla yük hasarı veya kısmi zıyaanın incelenmesi talebinde bu durum söz konusudur ve başvuran bakımından hukuki yarar vardır.

İkinci sorun ise, resmi incelemenin kimler tarafından yapılacağı meselesidir:

Yeni TTK m. 1184 uyarınca resmi inceleme

«mahkeme»

«yetkili diğer makamlar» ?

«bu husus için yetkili uzmanlar»?

tarafından yapılabilir..

«**Mahkemeler** » tarafından yapılacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır. HMK m. 400 vd. uygulanacaktır.

Yetkili diğer makamlar kimdir?

Yeni TTK' da bu konuda açıklama bulunmamaktadır. Delil tesbitinde «görev - yetki» hususunu düzenleyen HMK m. 401/2 hükmünden yola çıkarak “Noterler”, yetkili diğer makamlar olarak değerlendirilebilir mi? Görev ve Yetki başlığını taşıyan 401. Madde uyarınca;

(1) *Henüz dava açılmamış olan hâllerde delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden istenir.*

(2) ***Noterlerin, 18/1/1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu uyarınca yapacağı vakia tespitine ilişkin hükümler saklıdır.***

(3) *Esas hakkında açılan davada, delil tespiti yapan mahkemenin yetkisiz ve görevsiz olduğu ileri sürülemez.*

(4) *Dava açıldıktan sonra yapılan her türlü delil tespiti talebi hakkında sadece davanın görülmekte olduğu mahkeme yetkili ve görevlidir.*

Noterlik Kanununun 60. maddesinde dokuz bend halinde noterlerin genel olarak yapılacak işleri sıralanmıştır¹. Özel olarak ise, 61. maddesinde ise, “**Tespit işleri başlığı altında**”, *noterlerin bir şeyin veya bir yerin hal ve şeklini, kıymetini, ilgili şahısların kimlik ve ifadelerini tespit edebilme ve davet edildiklerinde piyango ve özel kuruluşların kur'a, seçim ve toplantılarında hazır bulunarak durumu belgelendirme yetkisi verilmiştir*”.

¹ R.G. 5.2.1972, S. 14090.

Noterlerin genel olarak yapacakları işler**M. 60 – Noterlerin görevleri:**

1. Yapılması kanunla başka bir makam, merci veya şahsa verilmemiş olan her nevi hukuki işlemleri düzenlemek,
2. Kanunlarda resmi olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemleri bu kanun hükümlerine göre yapmak,
3. Gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapmak,
4. Bu kanuna uygun olarak dışarda yazılıp getirilen kağıtların üzerindeki imza, mühür veya herhangi bir işareti veya tarihi onaylamak,
5. Bu kanun hükümlerine göre yapılan işlemlerin dairede kalan asıl veya örneklerinden veya getirilen kağıtlardan örnek çıkarıp vermek,
6. Belgeleri bir dilden diğer dile veya bir yazıdan başka bir yazıya çevirmek,
7. Protesto, ihbarname ve ihtarname göndermek,
8. Kanunen tescili gereken işlemleri tescil etmek,
9. Bu ve diğer kanunlarla verilmiş sair işleri yapmak.

Ayrıca **Noterlik Kanunu Yönetmeliği'nin** ² 7. Maddesinde ³, noterler ilgililerin istekleri üzerine hukuki işlemleri kanunlar ve yönetmeliklerde gösterilen şekil ve surette yapmak zorunda" oldukları belirtilerek, noterlerin görevlerine giren işler mahiyetleri itibariyle genel ve özel işler olarak iki gruba ayrılmaktadır. İlgili madde gereğince özel olarak yapılacak işler bakımından tespit işleri açıkça düzenlenmiştir.

İncelendiği üzere, Noterlik Kanunu m.60 ve m.61 gerekse, Noterlik Kanunu Yönetmeliği m.7 a/son ve m.7/b hükümleri uyarınca yük zıya ve hasarına ilişkin tespiti Yeni TTK m. 1184/1 gereğince, noterler yapabilir mi ? Kanun koyucu, bu her iki düzenlemede noter tespitlerini, "**noterlerin özel olarak yapacakları işler**" arasında olduğunu açıkça belirtmiştir. Ayrıca, bu özel yetki noterlerin «hukuki işlemleri düzenleme görevlerinden» ayrı olarak düzenlenmiştir. Kanaatimizce, Kanun koyucunun burada bilinçli bir tercihi söz konusudur.

Noterlerin tespit işlemlerinin konusu, Noterlik Kanunu m. 60 uyarınca noterler bir şeyin veya bir yerin hal ve şeklini, kıymetini tespitidir. Dolayısıyla, Yeni TTK m.1184 kapsamında noterlerin tespit işlemleri olarak, bir olayın, kazanın oluş biçimini, gerçekleşip gerçekleşmediğini ve hasarın miktarını tespit etme yetkisine sahip olduğu kabul edilebilir.

“Bu husus için yetkili uzmanlar kimdir?»

Yeni TTK m. 1184/1' de bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak madde gerekçesini incelediğimizde Mehaz Alman TK'nın 610. paragrafı terçüme edilirken « resmen tayin olunmuş eksperler» olarak Kanuna geçen ibarenin «**yetkili uzmanlar**» olarak **değiştirildiği**, yürürlükteki mevzuata göre «sigorta uzmanları»na yetki verilmesinin söz konusu olduğu, ileri de başka uzman gruplarına da yetki verilebileceği düşünülerek genel bir ibarenin tercih edildiği belirtilmektedir.

Sigortacılık Kanunu'nda sigorta uzmanı ibaresine yer verilmemiştir. Sigortacılık Kanunu'nun Tanımlar başlıklı 2/1 (m) bendi hükmü uyarınca sigorta eksperinin tanımı yapılmıştır⁴. Bu tanıma göre, sigorta eksperisi sigorta konusu risklerin gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkan kayıp ve hasarların miktarını, nedenlerini ve niteliklerini belirleyen ve mutabakatlı kıymet tespiti, ön ekspertiz ve hasar gözetimi gibi işleri mutat meslek olarak yapan tarafsız ve bağımsız kişidir.

² R.G. 13.07.1976 T., S. 15645.

Noterlerin genel ve özel olarak yapacakları işlemler

M. 7 -Noterler ilgililerin istekleri üzerine hukuki işlemleri kanunlar ve yönetmeliklerde gösterilen şekil ve surette yapmak zorundadırlar. Noterlerin görevlerine giren işler mahiyetleri itibariyle genel ve özel işler olarak iki gruba ayrılır.a) Genel olarak yapılacak işler:Evlenme sözleşmesi, Gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi, Zilyetlik devri sözleşmesi, Miras taksimi G. menkul, hibe vaadi sözleşmesi, Şirket sözleşmesi, İrtifak hakkı vaadi ve ortak mülkün idaresi sözleşmesi, MK. M.748 ne müstenit sükna hakkı sözleşmesi, Kaydı hayat ile irat bağlanması sözleşmesi, Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, Mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış sözleşmesi, Kira sözleşmesi, Menkul mallarda hibe sözleşmesi, Taksim ve ifraz sözleşmesi, Evlat edinme sözleşmesi, Temlik, Taahhütname, Kefaletname, Vasiyetname, Vakıf senedi, Aile vakfı senedi, Tanıma senedi, Muvafakatname, Sulhname, Yeddiyansenedi, Rehin senedi, Borç senedi, Fesihname, İbraname, Beyanname, Şahadetname, Piyango - Kur'a ve toplantı tutanağı, Emanetleri saklama tutanağı, İfade tutanağı, Tespit tutanağı,

Vekaletname, Defter onaylanması, Çevirme, Örnek çıkartma, İmza sirküleri, Protesto işleri, İhbar - ihtarname işleri ve tebliği, Tescil, Kanunlarında noterler tarafından düzenlenmesi veya onaylanması öngörülen diğer işler. b) Özel olarak yapılacak işler: Tespit işleri, Emanet işleri, (emanet kabul ve saklama), Vasiyetname ve ölüme bağlı tasarruflarla ilgili işler, Tebligat işleridir.

⁴ Sigortacılık Kanunu m.2, Değişik R.G. 29.06.2012 T.- S. 28338

Sigorta eksperlerinin nitelik ve faaliyetleri Sigorta Eksperleri Yönetmeliği⁵ ile belirlenmiştir. Dolayısıyla, Gerekeç’ de bahsedilen sigorta uzmanı ibaresinin «sigorta eksperleri» olarak kullanılması Sigortacılık Kanunu’na uygun olacaktır.

Ayrıca, yönetmeliğin 15. maddesi uyarınca, sigorta eksperleri sigorta edilen risklerin gerçekleşmesi sonucu ortaya çıkan kayıp veya hasarın neden ve niteliği ile miktarını bizzat inceleme yetkisine sahiptir.

Görülüyor ki, mevzuatımızda sigorta eksperleri dışında, başkaca uzman gruplara ilişkin yasal düzenlemelerin yapılması ihtiyacı vardır.

İnceleme ne zaman yapılmalıdır?

Yeni TTK m. 1184 hükmü uyarınca, gönderilen eşyayı teslim almadan önce incelemenin yapılması gereklidir. Ancak Yeni TTK m. 1178/3 (c) uyarınca eşyanın boşaltma limanında geçerli kanun ve düzenlemeler uyarınca eşyanın kendilerine teslimi zorunlu makamlara (liman idaresine) veya üçüncü kişilere teslim edilmeden önce yapılması gereklidir. Dolayısıyla taşıyan, kaptan veya gönderilen, gemi varma limanına ulaşır ulaşmaz gecikmeden hemen inceleme için gerekli başvuruları yapmalıdır. Bu başvuru nedeniyle taşıyan/kaptan, inceleme bitinceye kadar yükü teslimden imtina edebileceği gibi, gönderilen de yükü tesellümden imtina edebilir. Bu durumda taşıyan Yeni TTK m.1174/1 hükmü uyarınca, BK 107- 109. maddelerinde düzenlenen tevdi yer i talep etme hakkına haiz değildir. Zira, bu şartlar altında kanundan doğan bir hakkın kullanılması söz konusudur. Eğer istiften kaynaklanan bir hasar söz konusu ise, bu durumda yükün gemide incelenmesi dahi mümkündür.

Yeni TTK m. 1184 hükmünde eşyanın tesliminden bahsedildiğinden, eşyanın tam zıya halinde inceleme yapılacak bir eşyanın bulunmaması nedeniyle bu maddenin uygulanması bulunmamaktadır.

İncelemenin konusu nedir?

Eşyanın hal ve durumu, ölçü, sayı veya tartısı (miktarı)

Yük hasarlı veya kısmi zıya söz konusu ise, buna sebebiyet veren örneğin yetersiz ambalajlama, markaların yetersizliği gibi durumlarda yerinde tespit yapılması gereklidir. Bu durumda «SADECE MEVCUT VAKIALARIN TESPİTİ» söz konusudur.

İnceleme de mümkün oldukça diğer taraf da hazır bulundurulur. Bunun için de diğer tarafa incelemenin yer ve zamanının bildirilmiş olması gerekli ve yeterlidir.

İnceleme giderleri kime aittir ?

Başvuruda bulunana aittir. İnceleme için, gönderilen başvuruda bulunursa ve sonuçta taşıyanın tazminat vermesi gereken bir zıya veya hasar belirlenirse inceleme giderleri taşıyan katlanacaktır.

B. Bildirim (Yeni TTK m. 1185, Hamburg Kuralları m. 19)

Zıya veya hasarın en geç eşyanın gönderilene teslimi sırasında taşıyana YAZILI olarak bildirilmesi şarttır. Yazılı bildirim hakkına sahip olan, navlun sözleşmesi veya konişmento gereğince gönderilen durumunda olan şahıs veya yetkili temsilcidir. Bu bildirim EN GEÇ yükün teslimi sırasında taşıyan veya onun temsilcisine ulaşması gereklidir.

Zıya ve hasar haricen belli değilse, bildirim eşyanın gönderilene teslim tarihinden aralıksız olarak hesaplanacak ÜÇ GÜN içinde gönderilmesi yeterlidir.

Teslim nedir?

Yeni TTK m. 1178 hükmü uyarınca, taşıyan ve gönderilen arasında yapılan ve yük üzerindeki zilyedliğin gönderilene intikalidir. Böyle bir merasim sırasında kısmi

⁵ R.G. 22.6.2008 T., S. 26914)

zıya ve hasarın detaylı olarak bildirimini çoğu kez mümkün değildir. Bu nedenle kanun bu yazılı ihbarnamade zıya veya hasarın neden ibaret olduğunun genel olarak belirtilmesini yeterli görmüştür.

Eşyanın incelenmesi **tarafaların katılımı ile** mahkeme veya yetkili makam veya bu husus için resmen atanmış uzmanlar tarafından yapılmışsa bildirimde gerek yoktur.

Gerçek veya muhtemel bir zıya veya hasarın söz konusu olması halinde taşıyan veya gönderilen, eşyanın incelenmesi ve koli sayısının belirlenmesi için birbirlerine uygun her türlü kolaylığı göstermekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün ihlali halinde yaptırımın ne olacağı konusunda Kanun' da bir düzenleme bulunmamaktadır.

Gönderilen, m. 1184 ve m. 1185 hükümlerinde belirtilen inceleme ve bildirim hakkını kullanmaz ise, yükünün zıya ve hasarı nedeniyle doğan tazminat hakkını kaybeder mi? Herhangi bir hakkın kaybı söz konusu olmayıp, sadece ispat yükü taşıyan lehine olmak üzere yer değiştirir ve iki karine doğar. Şöyle ki:

1. Taşıyanın eşyayı denizde taşıma senedinde yazılı olduğu gibi teslim ettiği kabul olunur. Eğer konişmentoda aksine bir kayıt yoksa eşyanın hasarsız ve tam olarak teslim edildiğine ilişkin karine doğar.

2. Eğer eşyada bir zıya veya hasarın meydana geldiği belirlenirse, bu zararın taşıyanın sorumlu olmadığı bir sebepten ileri geldiği kabul edilir. Bu durumda, tazminat talep eden yük ilgilisi taşıyanın ve adamlarının ticari kusurunu da ispat etmek zorunda kalır.

Bu her iki karinenin aksi ispat olunabilir.

Yeni TTK m. 1185/5 hükmü ile Hamburg Kuralları m. 19'a uygun olarak **gecikmeden doğan zararlara ilişkin yeni bir düzenleme getirilmiştir**. Bu düzenleme gereğince, eşyanın teslimindeki gecikmenin, gönderilen tarafından, onun kendisine teslimi tarihinden itibaren aralıksız olarak hesaplanacak altmış gün içinde taşıyana yazılı olarak bildirmesi şarttır. Altmış günlük süre içinde bildirim yapılmadığı takdirde gecikme zararları için tazminat ödenmez. Burada önemli bir nokta, Yeni TTK'da zıya ve hasar bildirimini sonuçlarından farklı olarak gecikme zararlarında kanuni süresi içinde yazılı bildirim yapılmadığı takdirde gecikmeden doğan zararlardan dolayı tazminat hakkı kaybedileceğidir.

Fiili taşıyana yapılan bildirim sonucudur ?

Fiili taşıyan, taşımanın gerçekleştirilmesinin kısmen veya tamamen kendisine bırakılan kimsedir. Eşya, fiili taşıyan tarafından teslim edilmiş ise, Yeni TTK m. 1185 hükmü uyarınca kendisine (fiili taşıyana) yapılan her bildirim taşıyana yapılmış gibi hüküm ifade eder.⁶

Kaptan ve sorumlu gemi zabıtine yapılan bildirim hukuki sonucudur ?

Yeni TTK m. 1185/6 hükmü uyarınca, kaptan ve sorumlu gemi zabiti de dahil olmak üzere taşıyan veya fiili taşıyan ad ve hesabına hareket eden bir kişiye yapılan bildirim taşıyana ve fiili taşıyana yapılmış kabul edilir.

⁶ Fiili taşıyanın sorumluluğu, Yeni TTK m. 1191 hükmü uyarınca düzenlenmektedir. Taşıyan, fiili taşıyanın veya onun taşıma borcunun ifasında kullandığı ve görevi ve yetkisi içinde hareket eden adamlarının fiili ve ihmallerinden de sorumludur.

YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE DENİZ YOLU İLE YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİ

Yrd. Doç. Dr. İlknur ULUĞ CİCİM*

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile getirilen önemli yeniliklerden biride deniz yolu ile yolcu taşımaları hakkında ki düzenlemelerdir. Deniz yolu ile yolcu taşıma sözleşmesi ile ilgili hükümler incelendiğinde, yolcu taşımacılığının gelişmesi açısından son derece isabetli ve çağdaş düzenlemeler içeren 2002 tarihli Yolcuların ve Bagajların Deniz Yolu İle Taşınması Hakkındaki Atina Sözleşmesi esas alındığı görülmektedir. Bu çalışmamızda Deniz yolu ile yolcu sözleşmesinin hukuki yapısını, sözleşmenin taraflarını, tarafların borç ve yükümlülüklerini, yolcunun uğramış olduğu zararlardan dolayı sorumluluk sistemi, zorunlu sigorta ve zamanaşımı ile ilgili konular ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Deniz Yolu ile Yolcu Taşımaları, Taşıyanın Sorumluluğu, Zorunlu Sorumluluk Sigortası

ABSTRACT

One of the important changes brought by the Turkish Commercial Code (Law No.6102) is about the carriage of passengers by sea. The new Turkish Commercial Code has adopted the Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea (2002) which contains contemporary provisions for the improvement of the carriage of passengers. This article focuses on the legal nature of the contract, parties of the contract, obligations and liabilities of the parties, liability for damage suffered by the passengers, compulsory insurance and time limits of the contract.

Keywords: Carriage of Passengers By Sea, Liability of the Carrier, Compulsory Liability Insurance.

GİRİŞ

Deniz yolu ile yolcu taşımacılığı geçmişte çok tercih edilen bir taşıma türü olmasına karşın, deniz ve hava koşullarına doğrudan bağlantılı olarak belirsizliğe açık olması, uzun sürmesi ya da tehlikeli bulunması gibi nedenlerle ve geçmişte yaşanan büyük kazaların da etkisiyle insanların tercih etmedikleri bir taşımacılık türü haline gelmiş, kara, hava ve demir yolu ile yolcu taşımacılığına oranla ihmal edilmiştir. Ancak günümüzde, deniz yolu ile yolcu taşımacılığında durum değişmiş, gelişen teknolojiyen faydalanan gemi inşa sektörü güvenli, konforlu ve süratli gemiler inşa etmiştir. Ayrıca yolcuyu sadece bir yerden bir yere götürme taahhüdü dışında konfor ve eğlence de vaat

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

etmiştir. Günümüzde lüks otelleri andıran, güvenli ve süratli yolcu gemileri ile yapılan uzun seyahatler ya da gürültü ve trafikten uzak doğa ile baş başa yapılan kısa vapur yolculukları deniz yolu ile yolcu taşımacılığının çok tercih edilen kısmı haline gelmiştir¹.

Yolcu taşımaya ilişkin hukuki düzenlemeler incelendiğinde, uluslararası alanda gelişmelere uyum sağlamak amacıyla güncellendiğini görmekteyiz. İlk olarak 1912 yılında 2223 yolcu taşıyan Titanik Transatlantiği'nin batışı sonucunda 1517 yolcunun hayatını kaybetmesi, denizde yolcu taşınmasından doğan sorumluluk ile ilgili alanda uluslararası düzenlemelerin yapılması ihtiyacını ortaya koymuştur. İlk çalışmalar, 1951 Napoli, 1955 Madrid Konferansı ve 1957 Brüksel Konferansları'ndan sonra, denizde yolcu taşımacılığı alanında, özel hukuk kurallarının birleştirilmesine yönelik çalışmaların ilk ürünü 1961 tarihli Brüksel Sözleşmesidir. Bu konvansiyonda, yalnızca yolcuların uğrayacağı bedensel zararlardan doğan sorumluluk ele alınmıştır. Ardından bagaj taşımaları hakkındaki, 1967 Brüksel Sözleşmesi düzenlenmiştir. Ancak, yeterli katılım sağlanamadığı için, bu sözleşmelerin ikisi de yürürlüğe girmemiştir. Bu nedenle yeniden çalışmalar başlatılmış ve bunun sonucunda 1974 tarihli Yolcuların ve Bagajların Deniz Yolu İle Taşınması Hakkında Atina Sözleşmesi kabul edilmiştir. Sözleşme 24.4.1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Daha sonra ortaya çıkan çeşitli ihtiyaçlar ve gelişmeler nedeniyle, 2002 yılında ise Yolcuların ve Bagajların Deniz Yolu İle Taşınması Hakkındaki 1974 Atina Sözleşmesine ilişkin 2002 Protokolü imzalanmıştır. 1. 11. 2002 tarihli Londra Protokolü² uyarınca değiştirilen sözleşme, 2002 tarihli Yolcuların ve Bagajların Deniz Yolu İle Taşınması Hakkındaki Atina Sözleşmesi başlığını almıştır³. Bu sözleşmeye çalışmamızda, 2002 Atina Sözleşmesi olarak atf yapılacaktır.

Türkiye ise konuya ilişkin hiçbir milletlerarası sözleşmeye taraf olmadığı gibi, eski Ticaret Kanunun'da sadece 14 maddesi deniz yolu ile yolcu taşıma sözleşmesine ayrılmıştır. Bu hükümlerde, sık sık deniz yolu ile eşya taşımaya ilişkin hükümlere ve kara yoluyla yolcu taşımaya ilişkin hükümlere gönderme yapıldığı görülmektedir. Ticaret Kanunu'nun deniz yolu ile yolcu taşıma sözleşmesinin çağın koşullarına uygun hale getirilmesi gerekiyordu. Türk Ticaret Kanunu tasarısı hazırlanırken Alman Kanun Koyucunun tercih ettiği sistem izlenerek uluslararası kuralların iç hukuka işlenmesi yolu benimsenmiştir. Bu amaçla Alman kanunundaki revizyonda dikkate alınan 1974 Atina Sözleşmesi yerine, kısa süre önce yürürlüğe giren ve ülkemizde de yolcu taşımacılığının gelişmesi açısından son derece isabetli ve çağdaş düzenlemeler içeren 2002 Atina Sözleşmesi esas alınmıştır.

Yolcu taşıma sözleşmesi hakkındaki düzenlemeler, Y-TTK'nın "Deniz Ticareti"ne ilişkin Beşinci Kitabının Beşinci Bölümünde 1247 ile 1271 maddelerinde yer almıştır. Bu düzenlemelerin dışında, çatmada meydana gelen yolcu zararı hakkında Y-TTK m. 1290, yolcu istemlerinin bazı hallerde gemi alacağı sayılmasına ilişkin m.

¹ Ilgın Canan Özlem, Deniz Yolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmelerine İlişkin Bir Değerlendirme, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:6, S. 12, Güz 2007/2, s.232.

² 2002 Protokol çalışmaları yaklaşık 6 ay sürdü. Bu çalışmalar sonucunda, Londra'da IMO merkezinde düzenlenen diplomatik konferansa 71 ülke katıldı. Bu konvansiyonun amacı, IMO tarafından düzenlenen diğer Konvansiyonlar gibi, uluslar arası alanda yolcuların deniz yolu ile taşınması hakkında müşterek bir rejim düzenlemektir, Algantürk Didem, Yolcuların ve Bagajların Deniz Yolu İle Taşınması Hakkında 1974 Atina Konvansiyonuna 2002 Protokolü İle Getirilen Temel Değişiklikler, AÜEHFD, V.VII, S.1-2, Haziran 2003, s.584.

³ Kender, Rayegan, Denizyolu ile Yolcu ve Bagaj Taşınmasına Dair 1974 Atina Konvansiyonu ve Sigorta, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından İkinci Taşımacılık Sempozyumu, Ankara 1985, s.106-110, Can Mertol, Deniz Yolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmesi, Ankara 2001, s.8-11, Atamer Kerim, 2002 Atina Sözleşmesinde ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Deniz Yolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmesi, BATIDER, C.XXIV, S.3, Yıl 2008, s.105.

1320/f.1, yolcu istemlerine karşı sorumluluğun sınırlandırılması hakkında m. 1328 hükümleri, yolcu lehine doğan istemleri deniz alacağı sayan m. 1352/f.1.b, g, ve h bentleri, doğrudan yolcu taşıma sözleşmesi ile ilgili kurallar getirmektedir.

Bu gelişmeler ışığında çalışmamızda Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda deniz yolu ile yolcu taşıma sözleşmesinde getirilen önemli yeniliklere değineceğiz.

I. YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi, taşıyanın ücret karşılığında, yolcuyu bagajı ile birlikte sağ salım olarak, gemi ile denizde bir yerden diğer bir yere götürmeyi ya da götürüp getirmeyi taahhüt etmesi olarak tanımlanmaktadır⁴. 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunun'da deniz yolu ile yolcu taşıma sözleşmesi tanımlanmamış olmasına rağmen, 6102 sayılı Y- TTK' da, 2002 Atina Sözleşmesine (m.1/f.2) paralel olarak m. 1247/f.1'de şöyle tanımlanmıştır: “Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi, yolcunun veya yolcu ve bagajının deniz yolu ile taşınması için, taşıyan tarafından veya onun adına ve hesabına yapılan sözleşmedir”.

Deniz yolu ile yolcu taşıma sözleşmesinden bahsedebilmek için taşıma işinin yalnızca bir “deniz gemisi”⁵ ile yapılması gerekmektedir (2002 Atina Yolcu Sözleşmesi m.1/f.3). Gemiden başka deniz nakil araçları (örneğin, deniz uçakları, kano, sörf, deniz motosikleti, hava ile şişirilen ve sürat motoru tarafından çekilen araçlar) ile yapılan taşıma işlerinde taraflar arasında işlikiye Ticaret Kanunu'nun deniz yolu ile yolcu taşıma sözleşmesi hakkındaki hükümleri uygulanmaz⁶. Hem denizde hem de karada seyir yapabilen “ hava yastıklı araçlar” gemi tanımı dışında bırakıldığı için (Y-TTK m.931), bu tür araçlar ile yapılan yolcu taşımalarına, burada incelenen hükümler uygulanmaz (Y-TTK m.1247/f.3).

2002 Atina Yolcu Sözleşmesi ve Y-TTK taşıma sözleşmesinin şekline ilişkin hiçbir hüküm içermemektedir. Sözlü ve yazılı yapılabilir. Ancak ispat hukuku açısından yazılı bir sözleşmenin veya biletin düzenlenmesi gerekir⁷.

Deniz yolu ile yolcu taşıma sözleşmelerinin bir diğer unsuru da, taşımanın ücret karşılığında yapılmasıdır. Ancak yeni düzenlemede taşımanın mutlaka bir ücret karşılığında yapılmasının gerekip gerekmediği pek açık değildir. Y-TTK m.1247/1. fıkrasında taşımanın ücret karşılığında olacağından bahsedilmemiştir. Kaynak 2002 Atina Sözleşmesinde (m.1. b.2) ücret bir şart olarak öngörülmüş değildir. Öte yandan Y-TTK m. 1247/2. fık.'dan devletler veya diğer kamu tüzel kişiler tarafından icra olunan ticari taşımalar da bu hükümler uygulanacağından hareketle ticari taşımanın mana itibarıyla bir ücret karşılığında yapılan taşımayı ifade ettiğinden bu düzenlemeyi hazırlayanların

⁴ Kender Rayegan, Ergon Çetingil, Deniz Ticareti Hukuku, İstanbul 2009, s. 161, Çetingil Ergon, Türk Hukukunda Deniz Yoluyla Yolcu ve Bagaj Taşıma Sözleşmesi ve Sigorta, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından İkinci Taşımacılık Sempozyumu, Ankara 1985, s. 134, Can, s.17,

⁵ Taşımanın belirli bir gemi ile yapılması şart değildir. Ancak belirli bir kamaranın tahsisi halinde, aksine sözleşme olmadıkça, taşımanın o kamaranın bulunduğu gemi ile yapılacağı kararlaştırılmış sayılır, Çetingil, s.135, Ilgın, s.236.

⁶ Can, 18-19, Atamer, s.146, Önder Salih, 1974 Tarihli Atina Konvansiyonu Bağlamında Denizde Yolcu Taşıma Sözleşmesi, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.II, Ankara 2010, 1543.

⁷ Bilet kavramı hakkında bkz. Can, 29, Atamer, 151, Kender/Çetingil, s. 163, Ilgın, s.235, İzveren Adil, Franko Nisim, Çalık Ahmet, Deniz Ticaret Hukuku, Ankara 1994, s.287, Atina sözleşmesi, Brüksel Sözleşmesinin aksine charter parti sözleşmelerini hariç tutmamıştır. Yolcu taşıma sözleşmelerinde de charter parti yapılabilir, Çetingil, 158.

sadece ücret karşılığında yapılan taşımalara uygulanmasını arzuladıkları sonucuna varılabilir⁸.

II. DENİZDE YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

A) TAŞIYAN VE FİİLİ TAŞIYAN

Taşıyan, yolcu ve bagajını bir ücret karşılığında denizde bir yerden diğer bir yere taşımayı taahhüt eden kişidir⁹. Bir başka deyişle denizde yolcuya bizzat veya temsilcisi aracılığıyla taşıma taahhüdünde bulunan kişidir¹⁰. Y-TTK m. 1248/f.1'e göre, taşıyan, taşıma sözleşmesini yapan veya taşıma sözleşmesi adına ve hesabına yapılan kişidir¹¹. Taşımayı fiilen kimin yaptığı önemli değildir (2002 Atina Sözleşmesi m.1. f.2). Sözleşme doğrudan taşıyan tarafından kurulmuş olabileceği gibi, seyahat acentesi gibi bir temsilci aracılığıyla da kurulmuş olabilir. Sözleşmenin ifasında, fiilen başka kişilerin hizmetlerinden veya gemisinden yararlanılabilir. Taşıyan sıfatının kazanılması, hukuken yalnızca yolcuya karşı kimin taşıma borcunu üstlendiği önem taşır. Bu borcu üstlenmiş olan taşıyandır. Bu geniş tanımın kapsamına tur operatörlerinin yanı sıra kruvaziyer, arabalı vapur, feribot ve deniz otobüsü işletmeleri dahil olacaktır¹².

Taşıma borcunun ifası için taşıyan, ifa yardımcılarından yararlanabilir. Bu kişiler yolcu sözleşmesinin tarafı değildir. Ancak 2002 Atina Sözleşmesine uygun olarak Y-TTK, ifa yardımcıları hakkında, borçlar hukuku açısından önemli bir yenilik kabul edilmektedir. Buna göre yolcu, taşıyana yöneltebileceği sözleşmeden doğan tazminat istemlerini, aynı şart ve hükümlerle belli ifa yardımcılarına da yöneltebilecektir. Ancak kanunda kimlerin ifa yardımcısı sayılarak sorumlu tutulacağı belirlenmesi gerekir¹³.

Yolcu ile sözleşme yapmış olan taşıyandan başka bir kişi olan ve taşımanın tamamını veya bir kısmını fiilen gerçekleştiren kişi, fiili taşıyandır (Y-TTK m. 1248/f.2). Kısaca taşıma işi, yolcu taşıma sözleşmesine taraf olmayan bir üçüncü kişi tarafından da icra olunabilir. Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinde yolcuya taşıma taahhüdünde bulunan ile yolcu taşıma sözleşmesinin konusu olan taşıma işini icra edenin farklı kişiler olması halinde, asıl ve alt taşıyan kavramları ortaya çıkmaktadır. Alt taşıyan asıl taşıyanın taahhüdünün konusunu icra eden kişidir. Alt taşıyan, yeni kanunda fiili taşıyan şeklinde ifade edilmiştir. Fiili taşıyan, taşıyandan farklı kişi olup, bir geminin maliki, kiracısı¹⁴ veya işleteni olarak taşımanın tamamını veya bir kısmını fiilen gerçekleştiren kişidir. Fiili taşıyan taşıdığı yolculara karşı herhangi bir taahhütte bu-

⁸ Can, s.20, Aksi görüş: "... 2. fıkra ile diğer bütün taşımalarda ücretin zorunlu bir unsur olmadığına ilişkin genel kural dolaylı yönden teyid edilmiştir..." Atamer, s. 149, Önder, Yolcu Taşıma, s.1549.

⁹ Kender/Çetingil, s. 162, Çetingil, s. 135.

¹⁰ Can, s.20, Atamer, s.130.

¹¹ Burada 1. fıkrada bahsi geçen " taşıyan, taşıma sözleşmesi hesabına akdedilen kişidir" ifadesinin hukuken yerinde değildir. Taşıyan sıfatı sözleşmeseldir. Başka bir anlatıyla ancak bağlayıcı bir sözleşme mevcutsa, bununla bağlantılı olan kişi taşıyan sıfatını kazanır. Bir kimse mutlaka hesabına akdedilen sözleşmeye taraf ve bununla bağlı değildir. Hesabına sözleşme akdedilen kişi ise, sözleşmeyi akdeden kişiye temsil yetkisi vermiş olmadıkça, o sözleşmeden doğan borçlarla ilzam edilemez ve taşıyan sıfatını da kazanmış olmaz. Bkz., Çetingil/Kender/Ünan/Yazıcıoğlu, Tasarının " Deniz Ticaret" Başlıklı 5. Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında, Deniz Hukuku Dergisi, Özel Sayı, Ocak 2007, s. 209.

¹² Atamer, s. 130.

¹³ Atamer, s.131.

¹⁴ Y-TTKm. 1248/f.2'de kullanılan " kiracı" teriminin yerine, " çarterer" sözcüğü kullanılmalıdır, Atamer, s.211.

lunmamış olmasına rağmen, o da taşıyan gibi kendisinin veya adamlarının kusurundan doğan zararlardan dolayı yolculara karşı sorumlu tutulmuştur. Atina Sözleşmesi'ne (m. 1.f.1.b/b) göre, fiili taşıyan, taşıyandan başka gemi sahibi, charterer veya gemi işleteni de dahil taşımanın tümünü veya belirli bir bölümünü fiilen icra eden kişidir. Birden fazla fiili taşıyan da olabilir¹⁵.

B) YOLCU

Yolcu, denizde yolcu taşıma sözleşmesi uyarınca gemide taşınan kişidir¹⁶. Yolcu, bir çok halde aynı zamanda sözleşmenin diğer tarafıdır. Bununla beraber, yolcunun sözleşmenin diğer tarafı olması zorunlulukta değildir. Çünkü aile fertlerinin veya bir grubun birlikte yapacağı bir deniz yolcu taşıması için, sözleşmenin onlar adına aile reisi veya grup lideri tarafından akdedildiği durumlarda aile fertleri veya grup üyeleri sözleşmenin tarafı olmalarına rağmen yolcu sıfatına sahip olurlar¹⁷. Taşıyandan habersiz olarak gemide yolculuk eden kişiler yolcu sayılmazlar. Taşıyan kaçak yolcuya ücret karşılığında rıza gösterirse bu kişi yolcu sayılır¹⁸.

Y- TTK m. 1249/1.fikrasında yolcu, gemide taşınan kişi olarak tanımlanmıştır. Gemiyle taşınanlardan hangilerinin yolcu sayılacağı hususu 2002 Atina sözleşmesinin 1. mad. 4. fık. alınmıştır. Buna göre, gemide taşınan iki tür yolcu kabul edilmiştir. Birincisi, yolcu taşıma sözleşmesine dayanarak gemide taşınan her kişi yolcu olarak tanımlanmıştır. Bu kişinin aynı zamanda tarafı olması gerekmez. Yolcu taşıma sözleşmesi başka bir kişi tarafından yapılmış olsa bile, o sözleşme uyarınca yolculuk yapma hakkı bulunu gemiye alınan herkes yolcu sayılır. İkinci tür yolcu ise, bir navlun sözleşmesi uyarınca gemide taşınan araçlara veya canlı hayvanlara nezaret etmek üzere, taşıyanın onayı ile gemide taşınan kişilerdir¹⁹. Bu kişiler, eşya taşıma sözleşmesinin akidi olan kişi yani taşıyan veya yükleten ya da bunlardan birinin mümessili olabilirler. Ancak yüke nezaret edecek kişi kim olursa olsun eşya taşıma sözleşmesinde yüke nezaret etmek üzere bazı kişilerin gemide bulunmasının kararlaştırıldığı hallerde, eşya taşıma sözleşmesinin tarafları arasında aynı zamanda yüke nezaret edecek kişilerin taşınmasına ilişkin yolcu taşıma sözleşmesinin yapıldığı kabul edilmelidir.

Y-TTK m. 1249/f.2' göre; sözleşmede, yolcunun adı yazılı ise, yolcu, taşınma hakkını bir başkasına devredemez. Kural olarak yolcu, sözleşmeden doğan yolculuk yapma hakkını taşıyanın onayı olmaksızın bir başka kişiye temlik edebilir (Borçlar Kanunu m. 162/f.1). Ancak, sözleşmenin yazılı yapıldığı veya bilet düzenlendiği hallerde, sözleşmede ya da biletle yolcu ismen belirtilmişse, yolculuk yapma hakkının bir başkasına devri sınırlanmıştır. Bu hallerde yolcu, taşıyanın onayını almadan, yolculuk yapma hakkını devredemez²⁰.

III. BAGAJ

İnsanların yolculuğa çıkarken, değişik sebepler yüzünden bazı eşyayı da beraberlerinde götürmeleri, yolcuların taşınma hakkının kapsamını genişletmiş ve bagaj kavramını ortaya çıkarmıştır. Bagaj terimi, yolcunun onunla beraber taşınan eşya ve nakil vasıtasını ifade eder. Yolcu taşıma türlerinin bir çoğunda yolcunun haiz olduğu

¹⁵ Önder, Yolcu Taşıma, s.1546-1547, Can, s.21-25, Atamer, s.132-133.

¹⁶ Kender/Çetingil s.163, Çetingil, s. 135

¹⁷ Can, s.25-26, Önder, Yolcu Taşıma, s.1548.

¹⁸ Çetingil, s.18, Can, s. 27.

¹⁹ Atamer, s.138.

²⁰ Hamiline yazılı bir bilet uyarınca terminale, bekleme salonuna veya gemiye gelen yolcuya, nama yazılı bir biniş kartı verildiğinde, artık yolcu ismen belirlenmiş sayılır, Atamer, s.139.

taşınma hakkı, onun bagajının taşınmasını da kapsar. Diğer yandan, bazı seyahatlerin deniz yolculuğundan önce veya sonra karada yapılan yolculukları da gerektirmesi ve bu tarzda yapılan kombine taşımaların yaygınlaşması, şahsi eşya vasfında olmamasına rağmen, gemiye alınan nakil vasıtalarının da bagaj kavramına dahil edilmesine sebep olmuştur.

Yeni kanunda özellikle bir eşya taşıma sözleşmesine istinaden taşınan mallar ve araçlar ile canlı hayvanlar hariç, taşıyan tarafından bir yolcu taşıma sözleşmesine istinaden taşınan her türlü mal ve aracı ifade eder şeklinde tanımlanmıştır (Y-TTK m. 1250/f.1).

Bagaj türleri iki şekilde ele alınır: el bagajı ve kabin bagajı olarak ayrılır. (2002 Atina Sözleşmesi m.1/5-6- Y-TTK m. 1250/f.2). El bagajı yolcunun genellikle yanında bulundurduğu veya üzerinde taşıdığı eşyayı ifade eder. Kabin bagajını oluşturan eşyanın büyük bir kısmı da yolcunun yaptığı yolculuk dolayısıyla yanına aldığı şeylerden oluşur. Yolcu kabin bagajını kendisine tahsis edilmiş kabinin içinde muhafaza eder. Önemli olan kabin bagajının sadece yolcunun kamarası içinde değil, başka bir şekilde yolcunun zilyetliğinde, hakimiyetinde ya da gözetiminde olması da mümkündür. Yolcunun üzerinde veya aracında bulundurduğu bagajı da kabin bagajı sayılır²¹. Yolcunun aracında (içinde veya üzerinde bulundurduğu eşyası da kural olarak kabin bagajı sayılır (Y-TTK m. 1258) Ancak bunlarla ilgili sorumluluk hükümleri saklı tutulmuştur (Y-TTK m. 1263). Özel hükümlerde düzenlenen son bir bagaj türü de “ değerli eşyadır”. Bu tür eşya hakkında ayrı bir hükmün kabul edilmesinin sebebi, kabin bagajı olarak taşındığı, yani zilyetliğinin yolcуда kaldığı hallerde, özel bir sorumsuzluk kuralının öngörülmesi olmalıdır (Y-TTK m.1260/f.1).

Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi gereğince yolcunun gemiye getirdiğı bagaj için taşıma ücretinden başka bir ücret istenemez (m. 1250/f.3). Ayrıca yolculuk sırasında ölen yolcunun bagajını koruma yükümlülüğü doğrudan doğruya yolcu taşıma sözleşmesinin diğeri tarafını teşkil eden taşıyana aittir (Y-TTK m. 1255).

IV. YOLCUNUN BORÇ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. TAŞIMA ÜCRETİ ÖDEMEK

Yolcunun esas borcu taşıma ücretini ödemektir. Taşıma şartlarına göre, taşıma ücretinin önceden veya biletin verilmesi ile aynı anda ödenmesi gerekir. Ücretin ödenmemesi halinde, taşıyan yolcuyu taşımakla yükümlü tutulamaz²². Taşıyan ücret isteme hakkından feragat etmediğı hallerde bu borç temel bir borçtur. Ancak taşıyan, ücret isteme hakkından feragat edip yolcuyu hatır taşıması şeklinde ulaştırıyorsa bile, yolcu taşıma sözleşmesine, ilişkin kurallar burada da uygulanacaktır. Lehine yolcu sözleşmesi yapılan yolcular, taşıma ücretinin ödenmesinden sorumlu değildirler. Bu halde sorumluluk, sözleşmeyi onlar lehine akdeden kişiye aittir²³. Ücretin muacceliyeti hakkında, Y-TTK’ da özel bir hüküm yoktur. Bu nedenle eser sözleşmesine ilişkin genel kural uyarınca, ücret, yolculuk tamamlandığında muaccel olacaktır²⁴.

²¹ Can, s.44.

²² Kender/Çetingil, s.168, Çetingil, 143.

²³ Can, 53, Atamer, s.198.

²⁴ Uygulamada, Türkiye’de yapılan bütün yolcu taşımalarında, ücretin sözleşme yapılırken, en geç yolcuya bilet verilirken muaccel olacağı kararlaştırılmaktadır. Bkz, Atamer, s.198.

B. KAPTANIN TALİMATLARINA UYMA

Yolcu gemi düzeninin sağlanmasına yönelik olarak kaptanın vereceği bütün talimatlara uymak zorundadır (Y-TTK m. 1251, bu hüküm Alman Ticaret Kanunu'nun 665. Paragrafına uygundur).

Gemide düzenin²⁵ sağlanması görevi kaptana verilmiştir. Kaptan gemide bulunan herkesin disiplin amiridir. Kaptan gemide bulunan yolcuların da disiplin amiridir. Bu yüzden yolcular kaptanın gemide düzenin sağlanmasına yönelik bütün emirlere ve talimatlarına riayet etmek durumundadırlar. Kaptan düzeni bozan yolcular hakkında her türlü hukuki tedbirleri alabilir ve icabında onu bir yere kapatabilir²⁶.

C- BAGAJ HAKKINDA DOĞRU BİLGİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yolcunun gemiye getirdiği bagaj hakkında taşıyana doğru bilgi verme yükümlülüğü, eski Türk Ticaret Kanunu'nun 1128. maddesinden farkı, bağımsız bir madde ile düzenlenmiş olmasıdır. Çünkü 1128. madde hükmü, navlun sözleşmelerine atıf yapılmıyordu. Y- TTK m. 1252/f.1.c.1.'de yolcu, bagaj olarak gemiye getirdiği eşyaya ilişkin üç konuda doğru beyanda bulunmakla yükümlü tutulmuştur. Bunlar bagajın cinsi, niteliği ve tehlikelere hakkında olacaktır. Bu bildirim taşıyana, kaptana veya taşıyanın başka bir yetkili temsilcisine yapılabilir (Örneğin, taşıyanın veya acentesinin bilgisi, kaptanın bilgisi hükmündedir).

Yolcu, bu bildirim borcunu ihlal etmesinden doğan zarardan taşıyana karşı her ihtimalde kusur şartı aramaksızın sorumludur. Buna karşılık, zarar gören diğer kişilere karşı ise, bagajın tehlikeli olması veya gemiye gizlice getirilmiş bulunması dışında kusuru varsa sorumludur (m. 1252/f.1.c.2).

Navlun sözleşmelerindeki düzenlemelere de uygun olarak (Y-TTK m. 1146, 1147, 1448) kaptana, kendisine eksik veya yanlış bilgi verilerek ya da gizlice gemiye getirilen eşyayı her zaman ve herhangi bir yerde, gemiden çıkarmaya ve gerektiğinde denize atmaya da yetkisi verilmiştir (m. 1252/f.2).

Ayrıca, kaptan, bagaj olarak gizlice gemiye getirilen eşyayı gemide alıkoyacak olursa, yolcu bunlar için hareket limanında ve hareket zamanında bu gibi yolculuk ve eşya için alınan en yüksek ücreti ödemekle yükümlüdür (m. 1252/f.3).

C. GEMİYE ZAMANINDA GELMEK

Yolcu, yolculuk başlamadan önce hareket limanında veya yolculuk devam ederken ara limanlarda gemiye zamanında gelmek zorundadır (Y-TTK m. 1253/f.1.c.1). Ancak bu kural taşıyan tarafından dava edilebilecek temel bir borç niteliğinde değildir, çünkü taşıyan, yolcuyu beklemek zorunda değildir. Yolcunun geç kalması halinde bile taşıma ücretinin tamamı ödenecektir (Y-TTK m. 1253/f.1.c.2-3).

Görülmektedir ki gemiye zamanında gelmek, yolcu için bir külfet niteliğindedir. Yolcunun gecikmesi halinde alacaklı temerrüdü (Borçlar Kanunu m.90) doğar. Geminin hareket günü ve saati, yolcu taşıma sözleşmesi veya tarifeler uyarınca belirlenecek-

²⁵ Gemi düzeninin kapsamına, örneğin, gemideki insanlarla eşyanın güvenliği için gerekli ve yaralı önlemlerin alınması, gemide genel sağlığın ve günlük yaşantı akışının korunması, ortak kullanım alanlarından yararlanma kuralları, yolcuların kullanıma kapalı ve girilmesi yasak alanların belirlenmesi, can kurtarma araçlarının kullanımına ilişkin düzen gibi hususlar girilmektedir, Atamer, s.204.

²⁶ Çetingil, s.143-144, Çetingil/Kender, s.168, Kaptanın bu yetkisi hiçbir şekilde ceza verme yetkisine sahip olduğunu göstermez., İzveren/Franko/Çalık, s.291.

tir. Ara limanlarda kaptanın veya diğer yetkili gemi adamının daveti esas alınacaktır²⁷. Ayrıca Y-TTK m. 1253/f.1 son cümlesine göre, geciken yolcunun yerine başka bir yolcu alınmış ise, bu yolcunun ödediği ücret, gemiyi kaçıran yolcunun ödemesi gereken ücretten indirilecektir. Bu düzenleme navlun sözleşmeleri ile ilgili olan Y- TTK 1158 f.2.c.3 'de benimsenen ilkeyle de uyumludur.

V. TAŞIYANIN HAKLARI

Taşıyanın yolcu taşıma sözleşmesi gereğince, taşıma ücreti isteme ve taşıma ücretini tahsil için yolcunun gemiye getirdiği eşya üzerinde kanuni rehin hakkı bulunmaktadır. Taşıyanın taşıma ücretine hak kazanabilmesi için, kural olarak onun yolcuyu bagajı ile birlikte varma limanına kadar taşımış olması gerekir. Taşıma ücreti genellikle peşin olarak ve biletin teslimi karşılığında ödenir. Ücretin ödenmemesi halinde taşıyan yolcuyu taşımakla yükümlü tutulamaz. Taşıyanın taşıma ücreti alacağını tahsil etmek için onun lehine yolcunun bagajı üzerinde bir rehin hakkına haizdir. Rehin hakkı ancak eşyanın alıkondduğu veya depo edildiği müddetçe mevcuttur²⁸. Y-TTK' nun 1254. maddesine göre, taşıyan, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinden doğan bütün alacakları için, Türk Medenî Kanunu'nun 950 ilâ 953 üncü maddeleri uyarınca yolcuya ait bagaj üzerinde hapis hakkına sahiptir. Yolcu taşıma sözleşmelerinde, navlun sözleşmelerinden farklı olarak, yolcuya ait bagajın karada yolcuya teslimi ile rehin hakkı düşmektedir²⁹.

VI. TAŞIYANIN BORÇLARI

A. YOLCUYU SAĞ SALİM TAŞIMA BORCU

Taşıyanın sözleşmeden doğan temel borcu, yolcuyu sağ salim taşıma borcudur³⁰. Bu borcun yerine getirilmesi için, tedbirli bir taşıyandan beklenen tüm özenin gösterilmesi, geminin denize, yola elverişliliğinin sağlanması, bunun devamlı kontrolü, yolcunun bir zarara uğramaması için kazaları önleyecek tedbirlerin alınması, tehlikeli yerlere uyarı işaretlerinin konması, kısaca tüm emniyet tedbirlerinin alınması gerekir³¹. Bu temel borç Y-TTK' da açıkça verilmiş değildir. Ancak yolcunun ölümü veya yaralanması için öngörülen geniş kapsamlı sorumluluk rejimi, Y-TTK hükümleri açısından da aynı temel borcun devam ettiğini ortaya koymaktadır³².

²⁷ Atamer, s.202.

²⁸ Çetingil, s.137, İzveren/Franko/Çalık, s. 289, Can, 61.

²⁹ Ilgın, s.238, Çetingil, s.138.

³⁰ "Sağ salim taşıma kavramı" hakkında şöyle bir yorum yapılmıştır: "Güncel sözlük karşılıkları esas alındığında sağ sıfatı yolcunun hayatta kalmasını, salim sıfatı da bedensel bütünlüğün zedelenmeden esen kalmasıdır. Taşıyanın borcunun da sadece yolcuyu taşımak değil, aynı zamanda ulaştırmak da olduğundan burada taşınma yerine ulaştırma kavramının kullanılması gerekir", Atamer, s.152.

³¹ Ilgın, s.239, Çetingil, s.140.

³² Atamer, s.152-153.

B. BAGAJ TAŞIMAK VE TESLİM ETMEK

Taşıyan yolcunun bagajlarını da yolcu ile birlikte taşımakla yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmadıkça yolcu, taşıma sözleşmesi kapsamında gemiye getirebileceği “bagaj” için taşıma ücretinden ayrı bir ücret ödemek zorunda değildir³³. Bu borç, 2002 Atina Sözleşmesi’nde ve Y-TTK’da açıkça belirtilmemişse de, bu borcun ihlaline ilişkin olarak diğer borçlarda olduğu gibi ayrıntılı sorumluluk rejiminden bu sonuç çıkarılabilir³⁴.

C. ZORUNLU SORUMLULUK SİGORTASI YAPTIRMAK

Y-TTK ile getirilen en önemli yeniliklerden biri de, yolcu taşımacılığı yapacak kişiler için zorunlu sorumluluk sigortasının kabul edilmesidir. (Y-TTK m. 1259 ve 2002 Atina Sözleşmesi 4.bis f.1 ile 12³⁵). Bu sigorta türü Y-TTK m. 1483-1484 kapsamındaki “zorunlu sorumluluk sigortaları” sınıfına girmektedir. Bu tür sigortalar 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 15.maddesinin 2.fikrasına göre, yurt dışında yapılabilir. Yurt dışında bu sigorta türü “klüp sigortası” adını almaktadır³⁶. Bu sigorta zorunluluğu on ikiden fazla yolcu taşımak için ruhsat almış gemiler hakkında geçerlidir (12 den fazla yolcu olması şartı şu sebeple konmuştur; 4922 sayılı Denizde Can ve Amal Korumaya Hakkındaki Kanunu’nun 1.c. maddesine göre, 12’den fazla yolcu taşıyan ticaret gemisine yolcu gemisi denmektedir). Bu sigortayı yaptırmayan geminin yola çıkmasına izin verilmez. İzin makamları Liman Başkanlığı veya Sahil Güvenlik Komutanlığı olacaktır (Y-TTK m. 1259/f.2).

Taşımanın tamamını veya bir kısmını üstlenen³⁷ veya gerçekleştiren bütün taşıyanlar hakkında bu kural uygulanacağından, sigorta zorunluluğu, taşıyan ve fiili taşıyan için geçerlidir. Sigortanın sağlayacağı güvence, yolcuların ölümünden veya yaralanmalarından doğabilecek zararların karşılanmasıdır³⁸. Zorunlu sigorta bedelinin tavanı her kaza için kişi başına 250.000 Özel Çekme Hakkı’ndan az olamaz (Y-TTK m.1259/f.1).

2002 Atina Sözleşmesi’nde sigorta güvencesinin “yolcu” başına alınacağı belirtilmişken, 1259.maddenin 1. fıkrasında kişi başına alınacağı düzenlenmiştir. Sigorta güvencesi yolcu sıfatını alan somut kişiler topluluğu öngörülmüştür, yoksa gemideki herhangi bir kişi için belirtilmemiştir³⁹. Buradaki esas yenilik yolculuk nedeniyle doğan zararların karşılanması için taşıyana başvurunun atlanarak davacının doğrudan doğruya sigortacıya başvurulabilmesidir (Y-TTK m.1478/f.1).

³³ Uygulamada ücrete tabi olmayan bagajın ağırlık bakımından azami sınırları belirlenmektedir. Bu sınırın geçilmesi halinde bagaj için ayrıca bir ücret ödenmesi gerekir, Ilgın, s. 240, Can, s. 68-69, Çetingil, s.141.

³⁴ Atamer, s.154.

³⁵ Atina sözleşmesinde taşıyana zorunlu sigortaya alternatif olarak bir banka yahut benzeri mali kuruluşun garantisi gibi mali güvence verme imkanının mevcut olma şartı aranmıştır, Algantürk, s.584, Önder, Yolcu Sözleşmeleri, s.1555.

³⁶ Çetingil, s.159, Kender, s.121.

³⁷ Taşımanın tamamını veya bir kısmını üstlenen bütün taşıyanları saptamak kolay değildir. Bu sebeple, taşımayı üstlenme değil, fiilen gerçekleştirme esas alınmalı ve sadece fiili taşıyanın sorumluluk sigortasının varlığı yeterli görülmelidir, Kender/Ünan/Yazıcıoğlu, s. 214.

³⁸ Denizde yolcu ve bagaj taşınması sırasında riziko, yolcuların cismani zarara uğraması ve bagajın zıya ve hasarı şeklinde ortaya çıkabilir. Bu zararların sigorta teminatı altına alınması veya hasarı dolayısıyla maddi zarara uğrayan yolcular için sigortanın önemi açıktır. Yolcular lehine zorunlu bir sigorta himayesinin tesisi edilmesi hususunun önemi ortaya çıkmıştır.

³⁹ Atamer, s.155.

Yolcunun maruz kaldığı zarar, taşıyan veya yardımcıları dışındaki üçüncü bir kişinin fiilinden veya umulmayan bir halden ileri gelmişse, bunların mali sorumluluk sigortası dışında kalacağı kuşkusuzdur. Bundan dolayı mecburi sorumluluk sigortası dışında, yolcuların cismani ve bagajın zıyaı ve hasara ile ortaya çıkan maddi zararları kaza ve/veya mal sigortası ile de teminat altına alınabilir.

VII. YOLCUNUN UĞRADIĞI ZARARLARDAN DOĞAN SORUMLULUK A. TAŞIYANIN SORUMLULUĞU

Denizde yolcu taşımada, diğer taşıma türlerinde olduğu gibi, taşıyan karşısında sözleşmenin genellikle zayıf tarafını oluşturan yolcunun haklarını uluslararası kabul görmüş hukuk kuralları ile korunması ihtiyaçtan ziyade bir zorunluluktur. Ancak bu taşıyanın sorumluluğunun sınırsız olacağı anlamına gelmez. Bu sebeple taşıyan ve yolcunun korunması kadar taşıyanın sorumluluğunun sınırlandırılması da büyük önem taşımaktadır⁴⁰.

Yolcu taşıma sözleşmesinin yerine getirilmesi sırasında meydana gelen zararlardan sorumluluk birinci derecede taşıyana aittir (Y-TTK m. 1256/f.1-4). Taşıyanın kusuru, taşıyanın adamlarının görevlerini yerine getirdikleri sırada işledikleri kusuru da kapsar (Y-TTK m. 1256/f.5.b.b) Ayrıca taşıyan, fiili taşıyan ile onun istihdam ettiği yardımcıların veya temsilcilerinin kusur ve ihmallerinden de sorumludur (Y-TTK 1257/f.2).

Taşıyanın sorumluluğunu oluşturan zarar türleri yolcu ve bagaj bakımından ayrı ayrı ele alınmıştır. Yolcu bakımından oluşan zararlar düzenlenen hükümlere göre, yolcunun ölmesi veya yaralanması halleri ile sınırlıdır. Bu iki hale birlikte “bedensel zararlar” denmektedir. Y- TTK’ da öngörülen sorumluluk rejimi, yolcunun gecikmesinden kaynaklanan bedensel zararlar için geçerli değildir. Bagaj bakımından ise, yalnızca bagajın ziya ve hasarı değil, aynı zamanda gecikmeden doğan malvarlığı zararı hakkında da geçerlidir. Ancak bagaj bakımından gecikme zararı yalnızca, taşıyanın zilyetliğindeki bagaj hakkında kabul edilmektedir⁴¹.

Y-TTK’nın 1256.maddesinde yolcunun uğradığı zararlardan dolayı taşıyanın sorumluluğunu düzenlerken zarar nedenlerini, gemi kazasından veya diğer nedenlerden kaynaklanan zararlar olarak ayırmıştır. Gemi kazası, geminin enkaz haline gelmesini, alabora olmasını, karaya oturmasını, çatmayı, gemideki infilakı, yangını ve arızayı ifade eder (Y-TTK m. 1256/f.5.b.a). Gemi kazası taşıma süresi⁴² içinde meydana

⁴⁰ Önder Salih, Denizde Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Taşıyanın Sorumluluğunu Sınırı, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, s.215.

⁴¹ Atamer, s.158, Kender, s.114-115.

⁴² Y- TTK m. 1258, 2002 Atina sözleşmesinin 1.8 a, b, c bentlerinden alınmıştır. Atina Konvansiyonu hükümlerine göre, sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, yolcu zarara uğratan olayın taşıma esnasında meydana gelmiş olması şarttır. Taşımanın hangi devreleri kapsadığı ise, yolcu, onun kabin bagajı ve diğer bagajı bakımından ayrı ayrı tespit olunmuştur:

- **Yolcu ve onun kabin bagajı bakımından taşıma;** yolcunun veya onun kabin bagajının gemide buldukları süresi kapsar. Ancak ücretinin taşıma ücretine dahil olması ya da kullanılan aracın taşıyan tarafından yolcunun emrine tahsis edilmiş olması şartıyla bunların karadan gemiye veya gemiden karaya götürmeleri amacıyla su üzerinde yapılan taşımalarda geç süre taşıma süresidir. Yolcu bakımından taşıma süresi, onun bir yolcu salonunda ya da rıhtımda, iskelede veya diğer herhangi bir liman tesisinde bulunduğu süreyi kapsamaz.
- **Kabin bagajı bakımından taşıma süresi;** bir liman tesisinde, yolcu salonunda veya iskelede, rıhtımda taşıyana ya da onun yardımcısına veya temsilcisine teslim edildiği hallerde, iade edilmesine kadar geçen süreyi kapsar.

gelmelidir (Y-TTK m. 1256/f.7). Gemi kazasından doğan sorumlulukta kusur aranmaz, ancak zararın taşıma sırasında ve gemiz kazası sonucu olması yeterlidir. Burada tehlike sorumluluğu vardır. Zarara sebep olan olayın taşıma sırasında oluştuğunu ispat etmek yolcuya aittir. Diğer nedenler kavramından ise, gemiz kazası sayılmayan haller olarak belirtmek mümkündür. Diğer nedenlerden oluşan zararlarda, kusur veya ihmal, taşıyanın kusuru ile oluşan zarar arasında illiyet bağının olması ve zararın taşıma sırasında oluşması gerekir.

1. YOLCUNUN ÖLÜMÜ VE YARALANMASINDAN DOLAYI SORUMLULUĞU

Taşıyan, kendisine, gemi adamlarına ve diğer adamlarına yüklenebilecek bir nedenle yolcunun bedence veya ruha zarara uğramasından dolayı ileri gelen zararlardan dolayı yolculara, ölümleri halinde onların yardımlarından yoksun kalanlara karşı sorumludur. Bu sorumluluk maddi ve manevi zararları içermektedir. Yolcuya ve onların yardımlarından mahsur kalanlara karşı sorumluluk sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Burada sözleşmeden doğan bir sorumluluk olduğu için, bedensel zarara uğrayan yolcu veya ölümü halinde yardımdan yoksun kalanlar, taşıyan ve yardımcıların kusurunu ispatlamakla yükümlü değildirler.⁴³

Y-TTK Yolcunun taşıma süresi içinde ölmesinden veya yaralanmasından doğan zararlardan dolayı taşıyanın sorumluluğu, gemi kazasından doğan ve diğer hallerden doğan zararlardan olmak üzere iki şekilde düzenlenmektedir.

a) Gemi kazası nedeniyle oluşan zararlar

Yolcunun bedensel zararı, bir gemi kazasından kaynaklanmışsa, taşıyan kusuru bulunmasa da sorumludur (Y-TTK m. 1256/f.1.c.1). Sorumluluğun oluşabilmesi için fiili taşıyanın veya adamlarının kusuru veya herhangi bir özen borcunun ihlali de şart değildir. Görüldüğü gibi, taşıyanın sorumluluğu tehlike sorumluluğu düzeyine yükseltilmiştir.⁴⁴

Yolcunun ölümü veya yaralanması halinde taşıyanın sorumluluğu her yolcu ve her taşıma başına 250.000 ÖÇH ile sınırlanmaktadır (Y-TTK m. 1256/f.1.c.1)⁴⁵. Bu

- **Kabin bagajından sayılmayan diğer bagaj bakımından taşıma süresi;** bunların taşıyan ya da yardımcısı veya temsilcisi tarafından kıyıda veya güvertede teslim alındıkları andan, iade edildikleri ana kadar geçen süreyi kapsar.

⁴³ Çetingil, s.145, Ilgın, s.243.

⁴⁴ Atamer, s. 172.

⁴⁵ Denizciliğin risk ve zorluklarının dikkate alınması ile ortaya çıkan deniz hukukuna özgü farklı sorumluluk anlayışı, sınırlı sorumluluk hallerinin tercih edilmesine neden olmuştur. Nitekim Atina Yolcu Sözleşmesinde (Atina Yolcu Sözleşmesi m.3/f.1) yolcunun uğradığı zararlardan doğan sorumluluklar, zararın türüne göre belli bir miktarla sınırlandırılmıştır. Sorumluluk sınırlarının ifadesinde önce birim olarak 65.5 gram ağırlığında altına tekabül eden bir değer olan frank tercih edilmiştir. Ancak 1976 protokolü ile Milletlerarası Para Fonu tarafından kabul edilmiş bir hesaplama birimi olan ÖÇH ikame dılmıştır. Yeni protokol ile tekrar düzenlenen 9. madde ile bazı devletlerin hesaplama birimi olarak 1 ÖÇH' ye tekabül den 15 altın Frankı kullanmasına imkan tanınmıştır. Eğer devlet IMF'ye üye ise, ÖÇH kullanılmaktadır. Özel Çekme Hakkı (SDR) : ÖÇH, IMF'nin üye ülkelerin mevcut resmi rezervlerine katkıda bulunmak amacıyla 1969 yılında oluşturduğu uluslararası bir rezerv varlığıdır. Özel Çekme hakları üye ülkelere IMF kotalarıyla orantılı olarak tahsis edilir, Algantürk, s.586, Önder, Taşıyanın Sorumluluğu, s.228-2231, SDR aynı zamanda IMF ve diğer bazı uluslar arası kuruluşların hesap birimi olarak kullanılmaktadır. SDR başlangıçta 0.888671 gram saf altını eşitken, yani 1

bedel, alacaklıya ödenecek maktu bir tazminat değildir. Alacaklının zararı 250.000 ÖÇH'yi aşarsa, taşıyanın sorumluluğu bu bedel ile sınırlıdır. Taşıyan kusurlu ise, yolcunun yukarıdaki miktarı aşan zararından da sorumlu olur; kusurlu olmadığını ispat yükü taşıyana aittir. "Taşıyanın kusuru", taşıyanın adamlarının görevlerini yerine getirdikleri sırada işledikleri kusuru da kapsar. Taşıyanın sorumluluğu, sadece deniz yolu ile taşımamanın sebebiyet verdiği zararı doğuran olaylara ilişkindir. Zararı doğuran olayın deniz yolu ile taşımadan meydana geldiğini ve zararın miktarını ispat davacıya düşer. Taşıyanın kusurlu olmasından kaynaklanan sorumluluk hallerinde genel sorumluluk sınırlandırması da uygulanacaktır. Y-TTK m. 1262/f.1.c.2'ye göre; yolcunun ölümü veya yaralanmasından dolayı taşıyanın 1256.madde gereğince sorumluluğu, hiçbir olay için yolcu başına 400.000 ÖÇH'yi geçemez. Tazminat, irat şeklinde belirlenirse, ödenecek tazminatın anapara değerinin toplamı bu miktarı aşamaz. Bu madde ile düzenlenmek istenen husus, taşıyanın 250.000 ÖÇH tutarındaki sorumluluk sınırından yararlanma hakkının bulunmadığı hallerde, bir ikinci sınırlamanın işlerlik kazanmasıdır. Ancak bu husus Y-TTK m. 1262'de kötü bir ifadeyle düzenlenmiştir. Özellikle ilk fıkrasında 1256. Maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesindeki " taşıyanın sorumluluğu, zarar gören yolcu başına her gemi kazası için 250.000 ÖÇH ile sınırlıdır" hükmünün saklı tutulmasına gerek yoktur. Y-TTK m.1262'de amaç şudur; meydana gelen zararın 250.000 ÖÇH' yi geçmesi durumunda hiçbir halde, her kaza için yolcu başına 400.000 ÖÇH'yi geçemez.

Taşıyan, kazanın savaş, terör, iç savaş, isyan veya istisnai nitelikte, kaçınılmaz ve engellenmesi mümkün olmayan nitelikteki bir doğa olayından veya tamamıyla bir üçüncü kişinin onu meydana getirmek kastıyla gerçekleştirdiği bir fiil veya ihmalden kaynaklandığını ispatlayan taşıyan, sorumluluktan kurtulur (Y-TTK m. 1256/f.1.c.3).

2. Diğer Hallerden Doğan Zararlar:

Taşıyan, yolcunun, gemi kazasından kaynaklanmayan ölüm ve yaralanmasının sebep olduğu zarardan, bu zarara yol açan kazanın meydana gelmesinde kusuru varsa sorumlu olur. Kusuru ispat yükü davacıya aittir (Y-TTK m. 1256/f.2)

Yolcunun ölümü veya yaralanması sonucu doğan zararlar, deniz yoluyla meydana gelmemiş ise, taşıyanın doğan zarardan sorumluluğu ancak taşıyanın kusur veya ihmalinin varlığı halinde söz konusudur. Taşıyanın kusur ve ihmalinin ispatı davacıya aittir. ⁴⁶Taşıyanın sorumluluğu, sadece deniz yolu ile taşımamanın sebebiyet verdiği zararı doğuran olaylara ilişkindir. Zararı doğuran olayın deniz yolu ile taşımadan meydana geldiğini ve zararın miktarını ispat davacıya düşer⁴⁷. Yukarıda da belirtildiği gibi,

SDR:1Amerikan Doları iken, 1981'den itibaren SDR değerinin belirlenmesinde ulusal para sayısı dünya ticaretinde en büyük paya sahip olan ülkelerin ekonomik gücünü yansıtacak biçimde düzenlenmiştir. Son yıllarda Avrupa Birliği ülkelerinin Euroya geçmesiyle Alman Markı ve Fransız Fransı yerini Euroya bırakmıştır. Artık SDR' nin değerinin belirlenmesinde dört para birimi geçerlidir 2006 tarihinde SDR sepeti kararı alınmıştır. 1 SDR= 1.50647 ABD doları, 2.7252 Türk Lirası, 17 Temmuz 2012 Merkez Bankası verileri için bkz. <http://www.tcmb.gov.tr/kurlar/today.html>, Atamer'e göre, Y-TTKm. 1271'e yeni bir üçüncü fıkra eklenmeli ve "Bu Bölümde ÖÇH olarak öngörülen bedeller, mahkeme kararının verildiği tarihteki veya tarafların kararlaştıracakları diğer bir tarihteki, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasınınca belirlenen değerine göre Türk Çevrilir" hükmüne yer verilmelidir, Bkz, Atamer, s.196.

⁴⁶ Atina Yolcu Sözleşmesi m. 4/2.

⁴⁷ Atina Yolcu Sözleşmesi m. 3/3.

yolcunun ölümü veya yaralanmasından dolayı taşıyanın sorumluluğu, her olayda yolcu başına 400.000 ÖÇH'yi geçemez.

2. YOLCUNUN BAGAJININ ZİYAI VEYA HASARINDAN DOLAYI TAŞIYANIN SORUMLULUĞU

Taşıyan yolcunun bagajlarını da hazarsız ve noksansız olarak taşımakla yükümlü olduğundan onların kendisine yöneltilebilecek bir sebeple kayıp veya hasra uğramasından da sorumludur. Y- TTK Yolcunun bagajının, taşıma süresi içinde ortaya çıkan ziya veya hasarından ve gecikmesinden kaynaklanan taşıyanın sorumluluğu bagajın niteliğine göre farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur⁴⁸. Bunlar kabin bagajı, taşıyanın zilyetliğinde ki bagajlar ve değerli eşyalar olarak ayrılmıştır.

Yolcunun kabin bagajının kaybolması veya zarara uğraması sonucu meydana gelen zarardan taşıyan, zarara neden olan olayın kendisinin kusuru ile meydana gelmesi durumunda sorumludur. Söz konusu zarar gemi kazası sonucu meydana gelmiş ise, olayın taşıyanının kusuru ile meydana geldiği kabul edilir ve bu karinenin aksi ispat edilebilir (Y- TTK m. 1256/f. 3). Kabin bagajının zarara uğramasına taşıyanın adamlarının kusuru veya fiili taşıyanın veya onun adamlarının kusuru yol açmışsa, taşıyan yine sorumludur (Y- TTK m. 1257/f. 2).

Kabin bagajının uğradığı ziya veya hasardan dolayı taşıyanın sorumluluğu, hiçbir hâlde, her taşıma için yolcu başına 2.250 Özel Çekme Hakkı'nı aşamaz (Y-TTK m. 1263/f.1). Bu sınır, zilyetliği yolcуда kaldığı için kabin bagajı sayılan bütün eşyalar için topluca uygulanacaktır⁴⁹. Kabin bagajı olarak kabul edilen araçlar içinse sorumluluk sınırı farklı düzenlenmiştir. Buna göre, araçlar ve içlerinde veya üzerlerinde taşınan her çeşit bagajın uğradığı ziya ve hasardan dolayı taşıyanın sorumluluğu, hiçbir hâlde, her taşıma için araç başına 12.700 Özel Çekme Hakkı'nı aşamaz (Y-TTK m. 1263/f.2).

Kabin bagajı sayılmayan, zilyetliği taşıyana geçmiş olan bagajın zararından ötürü taşıyanın sorumluluğu kusura dayanmaktadır. Bu sorumluluk bakımından da zararın taşıyanın adamlarının kusuruna veya fiili taşıyanın yada onun adamlarının kusuruna dayanması sonucu değiştirmez⁵⁰. Taşıyan zararın meydana gelmesine yol açan kazanın gerçekleşmesinde kusuru bulunmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulur (Y- TTK m. 1256/f. 4). Taşıyanın zilyetliğinde bagajın ziyayı veya hasarından dolayı taşıyanın sorumluluğu her taşımada 3.375 ÖÇH 'yi aşamaz (Y-TTK m. 1263/f.3).

Bagajın ziyayı veya hasarı, gemide taşınmış veya taşınmış olması gereken bagajın, iş hukuku uyumsuzluklarından kaynaklanan gecikmeler hariç, geminin varmasından itibaren uygun bir süre içinde yolcuya geri verilmemesinden doğan malvarlığı zararını da içerir (Y-TTK m. 1256/f.6).

Taşıyanın sorumluluğu bakımından, teslim edilen eşya arasında kıymetli eşya mücevherat, sanat eserleri, para ve kıymetli evrak ayrı bir grup oluşturmaktadır.

⁴⁸ Atina Sözleşmesinin 1. maddesinin 7 nr lı paragrafına göre, bagajın ziya veya hasarı, gemi ile taşınmış veya taşınmış olması lazım gelen bagajın, iş ihtilaflarından kaynaklanan gecikmeler hariç, geminin gideceği yere ulaşmasından itibaren makul süre zarfında yolcuya iade edilememesinden doğan parasal zararları kapsar. Manevi zararların talep edilmesi mümkün değildir. Görülmektedir ki konvansiyonla paralel bir düzenleme vardır.

⁴⁹ Atamer, s.178.

⁵⁰ Atamer, s.178.

Taşıyan yolcuya ait para, kıymetli evrak, altın, gümüş, mücevher, sanat eserleri, süs eşyası ve diğer kıymetli eşyanın zıyaından veya hasarından sorumluluğu, bu tür eşyanın ona koruması amacıyla teslim edilmiş olması şartına bağlanmıştır. Değerli eşyaların zilyetliği yolcуда kalmışsa, başka bir deyişle kabin bagajı sayılıyorsa taşıyan bu tür eşyanın zararından sorumlu tutulmayacaktır. Bu tür eşya için taşıyan hakkında öngörülen sorumluluk sınırını aşarsa, teslim ettiği eşyanın zıyaı veya hasara uğraması halinde zararın tamamının tazminini talep edebilmesi, taşıyanla aradaki fark nispetinde onun sorumluluk sınırının artacağına dair bir yazılı anlaşma olmalıdır (Y-TTK m.1260/f.c.1- Atina Sözleşmesi m. 5). Değerli eşyalar için taşıyan, 1264. maddenin birinci fıkrası uyarınca daha yüksek bir sorumluluk sınırı kararlaştırılmamışsa, 1263. maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen sınırlar içinde sorumlu olur (Y-TTK m.1260/f.c.2).

B. FİİLİ TAŞIYANIN SORUMLULUĞU

Fiili taşıyan, maliki veya kiracısı ya da işleteni olduğu gemi ile taşımının bir kısmının veya tamamının icrasını üstlenen kişidir. Fiili taşıyan, taşıdığı yolculara karşı herhangi bir taahhütte bulunmamış olmasına rağmen, kendisinin veya adamlarının kusurundan doğan zararlardan dolayı yolculara karşı sorumlu tutulmuştur. Taşıma işinin yalnız belli bir kısmını icra eden fiili taşıyan, sadece bu sırada meydana gelen zararlardan sorumludur. Ancak fiili taşıyanın sorumlu olduğu zararlardan taşıyanda sorumludur. Bu sorumlulukları müştereken ve müteselselendir. Aksi kararlaştırılmadıkça, taşıyan ile fiili taşıyan arasındaki rucü ilişkisi, bunların sorumlu oldukları kusur nispetine bakılarak tayin edilir⁵¹.

Y-TTK fiili taşıyanla ilgili hükümleri 2002 Atina Yolcu Sözleşmesinin 4.maddesinden almıştır. 2002 Atina Yolcu Sözleşmesinde fiili taşıyan karşı, yolcu taşıma sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluk rejimi benimsemiştir. Buna göre, fiili taşıyan, taşımının kendisi tarafından yapılan bölümü için, yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin hükümlere göre sorumlu tutulacaktır⁵². Dolayısıyla, taşıyanın sorumluluğu hakkında açıklanan kurallar, yolcunun doğrudan fiili taşıyana başvurması halinde de aynen uygulanacaktır⁵³. Böylece taşıma işinin tamamının veya bir kısmının icrası taşıyan

⁵¹ Can, s.125.

⁵² Atamer, s.170.

⁵³ “Y-TTK m. 1256. maddesinde yolcu taşıma taahhüdünde bulunan taşıyanın sorumluluğunu düzenlerken” gemi kazasının yol açtığı can zararlarından sorumluluk” için kusura dayanmayan bir sorumluluk rejimini benimsemiştir. Bu rejim fiili taşıyan (donatan) hakkında da geçerlidir. Çünkü 1257. maddede fiili taşıyanın (donatan) sorumluluğu, 1256.maddeye atf yapılarak düzenlenmiştir. Buna karşılık Y-TTK’nın donatanın sorumluluğuna ilişkin 1062. maddesi uyarınca “ donatan, yolculara karşı taşıyanın gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olur. Burada kusuru sorumluluğu vardır. Yani donatan ilişkin düzenleme ile yolcu taşımaya ilişkin bölümdeki düzenlemesi birbirini tutulmamaktadır. Aslında fiili taşıyanın sorumluluğu ayrıca düzenlendikten sonra, Y-TTK 1062. maddesine donatanın yolculara karşı sorumluluğunu düzenlemeye gerek kalmamaktadır. Kaldı ki, bizzat donatanın sorumluluğuna ilişkin 1062. maddeye dayanılmayacağı hükme bağlamıştır. Nitekim 1268.maddemin 1. Fıkrası uyarınca” yolcunun ölümü veya yaralanmasından yahut bagajının zıyaı veya hasarından dolayı...” fiili taşıyana karşı, yalnızca bu bölüm hükümleri uyarınca tazminat davası açılabilir”. Bkz., Kender/Ünan/Yazıcıoğlu, s. 213.

tarafından kendisine bırakılan fiili taşıyan, taşımanın onun tarafından icra olunan kısmından hem kendi kusurundan, hem de yardımcılarının ve temsilcilerinin kusurundan kaynaklanan zararlardan dolayı sorumludur (Y-TTK m. 1257/f.1). Ancak taşıyan, kanunen kendisine yükletilemeyen bir borç veya yükümlülüğü üstlenmişse ona tanınan bir haktan vazgeçmesi sonucunu doğuran özel anlaşmalar yapılmışsa, açık ve yazılı bir kabul olmadıkça, bu durum fiili taşıyan hakkında hüküm ifade etmez (Y-TTK m. 1257/f.3). Eğer taşıyan ile fiili taşıyanın sorumlulukları, birlikte sorumlu oldukları takdirde ve ölçüde müteselsildir (Y-TTK m. 1257/f.4).

Y-TTK m. 1257/f.5' in madde metninde taşıyanla ile fiili taşıyan arasındaki hukuki ilişkinin ne olacağı tespit edilmemiştir. Bu madde hükümlerinin, taşıyan ile fiili taşıyan arasındaki rücu ilişkisini etkilemeyeceği belirtilmiştir. Ancak fiili taşıyanın tanımından çıkardığımız sonuca göre, fiili taşıyan geminin sahibi, kiracısı veya işleteni olduğuna göre, aradaki hukuki ilişki, yolcu ve bagajlarının taşınmasının sağlanması veya geminin kiralanması olabilecektir. Maddenin uygulanması bakımından aradaki hukuki ilişkinin önemi yoktur, sadece taşımanın icrası fiili taşıyana bırakılmış olmalıdır.

VIII. SORUMLULUK SINIRLARININ SÖZLEŞME İLE DEĞİŞTİRİLMESİ

Taşıyan ve yolcu⁵⁴ diledikleri takdirde, açık ve yazılı olmak şartıyla, sorumluluk sınırlarını artırılması konusunda aralarında anlaşabilirler (Y-TTK m.1264). Bu madde uyarınca taraflar arasında yapılacak sözleşme yazılı olmalı ve taşıyanın sorumluluğunun sınırının artırılması anlaşmada açıkça belirtilmelidir⁵⁵. Ancak Y-TTK' da sorumluluğu sınırlayan maddelere (Y-TTK m.1262-1263) sadık kalınmıştır. Bu maddelerde öngörülenden daha yüksek sorumluluk sınırlarını sözleşme ile düzenleyebilirler. Sınırların artırılmasına ilişkin bir anlaşma açık ve yazılı kabulü olmadıkça, fiili taşıyanı bağlamaz (Y-TTK m.1257/f.3). Taşıyanın ve fiili taşıyanın adamlarına karşı böyle bir anlaşma hiçbir halde geçerli olmaz, çünkü onlar yasal sınırdan yararlanma hakkına sahiptir⁵⁶. Taşıyanın veya fiili taşıyanın bir yardımcısı veya temsilcisi aleyhinde kanunda öngörülmüş zararlardan biri dolayısıyla dava açılmışsa, bunlar zararın görevlerini ifa ederken meydana geldiğini ispatlamaları şartıyla, kanunda taşıyana veya fiili taşıyan hakkında düzenlenen savunma imkanlarından ve sorumluluk sınırlarından yararlanabilirler. Taşıyanın veya fiili taşıyanın adamlarının görevlerini ifa ettikleri esnada gerçekleşmeyen zararlardan dolayı sorumlulukları sınırsızdır (Y-TTK m. 1265/f.1, 2002 Atina Sözleşmesi m. 12).

Yolcunun ölümü veya yaralanması sonucunu doğuran olaydan veya bagajın zıyaa veya hasara uğramasından önce yapılmış taşıyanın sorumluluğunu kaldıran veya sorumluluk sınırlarını azaltan her sözleşme şartı hükümsüzdür. Şartın hükümsüzlüğü, taşıma sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmaz (Y-TTK m. 1271/f.1)⁵⁷.

⁵⁴ Sözleşmenin, üçüncü kişi konumundaki bir yolcu lehine yapıldığı hallerde, sözleşmenin tarafı olan kişi de sınırların artırılmasını kararlaştırabilecektir. Böyle bir anlaşma, her ihtimalde, üçüncü kişi konumundaki yolcunun lehine olacaktır, Bkz, Atamer, s.191.

⁵⁵ Can, s.134, Önder, Taşıyanın Sorumluluğu, s.231.

⁵⁶ Atamer, s.191.

⁵⁷ 2002 Atina Sözleşmesinin 17. maddesinin 3. fıkrası ile 18. maddesinde aynı bir düzenleme vardır, Can, s.134.

Bagajın zıyaından doğan zararlar bakımından taşıyanın sorumluluğunun sözleşme ile değiştirilemeyeceğine ilişkin kurala getirilen tek istisna taraflara tanınmış olan, muafiyet bedelini kararlaştırma hakkıdır⁵⁸. Taşıyan ve yolcu, taşıyanın sorumluluğuna, zararın tamamından indirilmek üzere aracın uğrayacağı zıya veya hasar için 330 Özel Çekme Hakkı, diğer bagajın uğrayacağı zıya veya hasar için de yolcu başına 149 Özel Çekme Hakkını aşmayacak bir muafiyetin uygulanması hususunda anlaşabilirler. Bu hükümden çıkarılan sonuç; taşıyan ve yolcu, araca gelecek zararlar için 330 ÖÇH aşmamak üzere bir muafiyet, bagajların uğrayacakları zararlar için yolcu başına 149 ÖÇH aşmayan bir muafiyet uygulaması konusunda anlaşma akdedebilirler. Bu muafiyet miktarı hasar ve zıya tutarı üzerinden indirilir (Y-TTK m.1263/f.4).

Yolcunun tazminat istemleri hakkında öngörülen sorumluluk sınırlarına (1262 ve 1263.maddelerdeki)⁵⁹, faiz alacakları ve yargılama giderleri dahil değildir (Y-TTK m. 1264/f.2).

IX. SORUMLULUĞU SINIRLANDIRMA HAKKININ KAYBI

Taşımacılıkla ilgili düzenlemeler getiren kara, hava ve deniz taşımacılığı ile ilgili uluslar arası sözleşmelerde taşıyanın sorumluluğu belirli bir tutarla sınırlanmıştır. Böylece ödenecek tazminatın üst sınırı belirlenmiştir. Bu sınırlandırma ile güdülen amaç, sorumluluk riskinin hesaplanabilmesi ve dolayısıyla sorumluluğun sigortalana-bilmesini sağlamaktır. Bunun yanında taşıma ücretleri de belirli bir düzeyde tutulabilecektir. Bu nedenlerle anılan sınırlamalar gerek taşıyanın gerekse yükü ile ilgilinin lehinedir. Ancak sorumluluğun her halde sınırlandırılması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle sözleşmelerde sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının kaybına düzenlemeler getirmiştir. Sınırlandırma hakkının kaybı sorumluluk ve sınırlandırması ile sıkı bir bağlantı içindedir⁶⁰. Uluslararası Sözleşmelerde belirlenen bu durum Y-TTK'nın 1267. maddesinde de düzenlenmiştir. Bu kural yolcunun bedensel zararı ve bagaj zararı hakkında geçerli sınırlar içinde kabul edilmiştir. Bu hükme göre taşıyan, fiili taşıyan ve onların adamları, zarara kasten veya pervasızca bir davranışla neden olmuşsa, sorumluluk sınırları uygulanmaz⁶¹. Yeni Kanununla tayin edilen sorumluluk

⁵⁸ Atamer, s.192, Can, s.135.

⁵⁹ Bu hükümlerde atıf yapılan maddeler, yolcunun bedensel zararının üst sınırını ve bagaj istemlerinin sınırlarını belirlemektedir. Oysa gemi kazasından kaynaklanan yolcunun bedensel zararı için ayrıca 250.000 ÖÇH sınır kabul edilmiştir. Faiz ve yargılama giderlerini saklı tutan hükme bu yönde bir ekleme yapılmamıştır. İlk bakışta 250.000 ÖÇH sınırına faiz ve yargılama giderleri dahil olduğu izlenimi doğsa da bu izlenim doğrun değildir. 250.000 ÖÇH sınırının sınırlarının uygulandığı hallerde de faiz ve yargılama giderleri ayrıca ödenecektir, Atamer, s.193

⁶⁰ Şamlı Kübra Yetiş, Uluslar arası Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluk Hakkının Kaybı, İstanbul 2008, s.2.

⁶¹ Atina Sözleşmesinin 13. maddesi, sorumluluğun sınırlandırma hakkının kaybını taşıyan ve taşıyanın yardımcısı, temsilcisi veya fiili taşıyanın bakımından ikiye ayrılarak düzenlenmektedir. Söz konusu zararın, taşıyanın zararın meydana gelmesi kastıyla fiili veya ihmalden ya da böyle bir zarar ve zıyan meydana gelebileceğini öngörmesine rağmen kayıtsızlığından kaynaklandığı ispatlanırsa taşıyan sorumluluğu sınırlandırma hakkını kaybeder. Taşıyanın temsilcisi veya fiili taşıyandan da söz konusu zararın meydana gelmesinin kasıtlı fiil veya ihmalden ya da böyle bir zararın meydana gelebileceğini öngörmelerine rağmen kayıtsızlıklarından ispatlanırsa taşıyan gibi sorumluluk sınırlandırma haklarını kaybederler, Can, s.135.

sınırları aslında sorumlulukları doğan kişiler bakımından bir imtiyazdır. Böyle bir imtiyazdan herkesin yararlanması bazen hakkaniyet ve adalet uygun olmayan sonuçlar doğurabileceği endişesi ile, zararın, böyle bir zarara sebep olmayı amaçlayan bir fiilin veya ihtiyatsızca davranması neticesi olduğu ispatlanan kişilerin, sorumluluk sınırlarından yararlanmayacakları öngörülmüştür. Zarar sebep olmayı amaçlayan fiil veya ihmal ile kast edilen muhtemel failin kastıdır. Bu maddede sayılan kusurluluk hallerinin kasıt veya ağır ihmal şeklinde ifade edilmesi mümkündür⁶². Ayrıca taşıyan, kat ve pervasızca hareketle zarara neden olmuşsa, tarafların kararlaştırmış olabilecekleri muafiyetler de artık uygulanmayacaktır⁶³.

X. ZAMANAŞIMI

Y-TTK'da zamanaşımı süresi tasarı halinde iken 2002 Atina Sözleşmesinin 16. maddesinden alınarak düzenleme yapılmıştı. Bu süre bedensel zarar ve bagaj zararının giderilmesi istemleri için öngörülen temel bir zamanaşımı süresi olan iki yıl idi. Ancak TBMM Genel Kurul görüşmelerinde 1270 madde şu gerekçe ile değiştirilerek yolcunun ölümünden ve bedensel zararından ilgilisi lehine doğan bütün tazminat istemlerinin on yıllık bir zamanaşımı süresine tabi olacağı düzenlenmiştir. Gerekçe olarak da, yapısı itibarıyla tipik bir insan hakkı olan destekten yoksun kalma, iş görmezlik zararları ve manevi tazminat ile bu alana bağlı diğer talep hakları alacaklılar lehine on yıllık uzun zamanaşımıyla⁶⁴ koruma altına alındığını ve bu nedenle bu kuralın sözleşme hukuku ile ahenk içerisinde olması gerektiği ileri sürülmüştür⁶⁵.

Bu on yıllık zamanaşımı süresi, yolcunun yaralanması halinde, onun gemiden indiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Yolcunun ölümü halinde ise, ölüm olayının gerçekleştiği yere ve zamana bakılır. Buna göre, zamanaşımı süresi, yolcunun taşıma esnasında ölmesi halinde, onun gemiden inmesi gereken tarihten; taşıma sırasındaki yaralanmanın sonucunda gemiden indikten sonra ölmesi halinde, ölüm tarihinden itibaren işlemeye başlar⁶⁶.

Yolcu taşıma sözleşmesinden doğan, bagajın zıyaı veya hasara uğramasından doğan alacaklar dahil olmak üzere, diğer bütün alacaklar iki yılda zamanaşımına uğrar (Y-TTK m. 1270/f.2). Bagaj zararları için bu iki yıllık süre, yolcunun indiği veya inmesi gereken tarihte başlar⁶⁷. Ancak bu tarihlerin hangisi daha sonra ise, o tarih başlangıç için esas alınır (Y-TTK m. 1270/f 2. b) Bu başlangıç tarihinin taşıyanın zilyetliğindeki bagaj bakımından pek tutarlı olmadığı ileri sürülmüştür. Çünkü bu tür bagajda taşıma süresi, bagajın gemide veya kıyıda yolcuya iade edildikleri ana kadar devam

⁶² Can, s.136.

⁶³ Atamer, s.195, Can, s. 136, Önder, Taşıyanın Sorumluluğu, s.233-234.

⁶⁴ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da kabul edildiği üzere cismani zararın taşıyan ve adamlarının ağır kusuru veya kastından doğması halinde on yıldır, Çetingil, s.150)

⁶⁵ Bkz. Y-TTK m.1270 Gerekçe, Eski düzenlemede, bedensel zarara uğrayan yolcu veya ölmesi halinde yardımdan yoksun kalanlar 1 yılda zamanaşımına uğramaktaydı (Eski TTK m. 1259).

⁶⁶ Can, s.139

⁶⁷ Atina sözleşmesi 16. bagajın ziya veya hasarı halinde açılacak olan tazminat davalarının zamanaşımı süresi de bunların gemiden indiği veya gemiden çıkarılması gereken tarihten itibaren hesap edilir demesine karşın TTK yolcunun gemiden indiği veya inmesi gerektiği tarihten itibaren 2 yıllık bir zamanaşımına tabidir demiştir.

eder. Bu tür bagajda, taşıyana yazılı zarar bildirimini de ancak bagajın iadesi aşamasında yapılacaktır⁶⁸. Diğer bütün alacaklar ise muaccel oldukları tarihten itibaren 2 yıllık zamanaşımı süresine tabidirler.

Yolcu taşıma sözleşmesinden doğan zamanaşımı süreleri kural olarak emredicidir. Ancak bu süreler tazminat istemi doğduktan sonra, taşıyanın yazılı beyanı veya tarafların yazılı anlaşmasıyla uzatılabilir (Y-TTK m.1270/f.3).

SONUÇ

Deniz yolu ile yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin hükümler Y-TTK' da 1247 - 1271 maddelerinde ele alınmıştır. Bu düzenlemede 2002 tarihli Yolcuların ve Bagajların Deniz Yolu İle Taşınmasına İlişkin Sözleşme hükümleri esas alınmaktadır. Bu sözleşmenin yolcuların bedensel zararları ve bagajın zıya veya hasarından doğan zararlarına ilişkin sorumluluğu düzenleyen bu sözleşme hükümlerinin en önemli özelliği, bir çok halde sorumluluğun her bir zarar türü için belli bir miktarla sınırlandırılmış olmasıdır. Bu sınırlandırma bir ölçüde sorumlu sayılan kişileri koruduğu gibi, ayrıca farklı devler mahkemelerinde açılacak olan davalarda, aşağı yukarı birbirine yakın miktarlarda tazminat ödenmesine ilişkin kararların alınmasında olumlu rol oynayacaktır. Sözleşmenin bu niteliği aynen Y-TTK'ya yansımıştır.

Y-TTK, taşıyanın yolcuların ölüm ve yaralanmalarından ve onların bagajının zıyaandan veya hasarından doğan zararlara ilişkin sorumluluğunu zarar gören yolcu başına ve her bir gemi kazası için 250.000ÖÇH ile sınırlandırılmaktadır. Burada "kaza" kavramı yerine 2002 Atina Sözleşmesine m.3.f.1' de kullanılan "olay" kavramı kullanılması paralellik açısından daha iyi olacaktır. Taşıyanın deniz yoluyla taşıma sözleşmesinden doğan bütün alacakları için Medeni Kanununun 950-953 maddeleri uyarınca hapis hakkı tanınmaktadır

Kanun metnine ilk kez fiili taşıyan kavramı girmiştir. Deniz yoluyla yolcu taşıyan fiili taşıyanın sorumluluğu ayrı bir madde ile düzenlenmektedir.

On ikiden fazla yolcu taşımak için ruhsat almış bir gemi ile yolcu taşındığı takdirde, taşımanın tamamını veya bir kısmını üstlenen veya gerçekleştiren bütün taşıyanların yolcuların ölümünden veya yaralanmalarından doğabilecek sorumluluklarına karşı zorunlu sorumluluk sigortası yaptırma yükümlülüğü getirmektedir. Zorunlu sigorta bedelinin tavanı her kaza için kişi başına 250. 000 ÖÇH' den az olamaz. Buradaki kişi kavramı yerine yolcu kavramı kullanılması daha uygun olurdu. Bu şartları yerine getirmeyen geminin yola çıkmasına izin verilemez.

Bagaj ve araçların zıyaı veya hasarından doğan sorumluluğun sınırı belirlenmiştir. Her taşıma için yolcu başına 250. 000 ÖÇH 'yi aşamayacağı düzenlenmektedir.

Yolcunun ölümü, yaralanması ve bagajının zıyaaya veya hasara uğramasından doğan zararın tazmin talepleri iki ayrılmıştır. Ölüm ve yaralanma halinde 10 yıl bagaj zararları bakımından 2 yıllık bir zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. Bu sürelerin anlaşmayla uzatılması olanağını düzenleyen kural, yolcu taşıma sözleşmesinden doğan bütün alacaklar için kabul edilmiştir. Ayrıca tazminat istemi doğmadan önce yapılan yetki ve tahkim sözleşmelerinin geçerli olmayacağı belirtilmiştir.

⁶⁸ Atamer, s.207.

KAYNAKLAR

- Algantürk Didem** : Yolcuların ve Bagajların Deniz Yolu İle Taşınması Hakkında 1974 Atina Konvansiyonuna 2002 Protokolü İle Getirilen Temel Değişiklikler, AÜEHFD, V.VII, S.1-2, Haziran 2003.
- Atamer Kerim** :2002 Atina Sözleşmesinde ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Deniz Yolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmesi, BATODER, C.XXIV, S.3, Yıl 2008.
- Can Mertol,**
Çetingil Ergon : Deniz Yolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmesi, Ankara 2001.
: Türk Hukukunda Deniz Yoluyla Yolcu ve Bagaj Taşıma Sözleşmesi ve Sigorta, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından İkinci Taşımacılık Sempozyumu, Ankara 1985.
- Çetingil/Kender/Ünan/ Yazıcıoğlu** : Tasarının “ Deniz Ticaret “ Başlıklı 5. Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında, Deniz Hukuku Dergisi, Özel Sayı, Ocak 2007.
- İlgin Canan Özlem** : Deniz Yolu İle Yolcu Taşıma Sözleşmelerine İlişkin Bir Değerlendirme, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:6, S. 12, Güz 2007/2.
- İzveren Adil, Franko Nisim,**
Çalık Ahmet,
Kender, Rayegan : Deniz Ticaret Hukuku, Ankara 1994,
: Denizyolu ile Yolcu ve Bagaj Taşımaya Dair 1974 Atina Konvansiyonu ve Sigorta, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından İkinci Taşımacılık Sempozyumu, Ankara 1985.
- Kender Rayegan** : Ergon Çetingil, Deniz Ticareti Hukuku, İstanbul 2009.
- Önder Salih,** : 1974 Tarihli Atina Konvansiyonu Bağlamında Denizde Yolcu Taşıma Sözleşmesi, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.II, Ankara 2010.
- Önder Salih** : Denizde Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Taşıyanın Sorumluluğunun Sınırı, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4.
- Şamlı Kübra Yetiş** : Uluslar arası Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluk Hakkının Kaybı, İstanbul 2008.

GARANTİ MEKTUBU KARŞILIĞINDA DÜZENLENEN TEMİZ KONİŞMENTOLARDAN DOLAYI TAŞIYANIN SORUMLULUĞU

Yrd. Doç. Dr. Fevzi TOPSOY*

ÖZET

Temiz konişmento, genel anlamda, eşyanın haricen belli olan nitelik ve niceliği hakkında herhangi bir çekince içermeyen konişmentolardır. Temiz konişmentodan kaynaklanan bütün zararlardan taşıyanın sorumlu olması, uygulamada, garanti mektubu adı verilen ve taşıtan veya yükletenlerin, taşıyanların bu zararlarını tazmin edeceklerine yönelik taahhüt ve anlaşma yapmalarını yönünde uygulamayı başlatmıştır. Karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası sözleşmelerde temiz konişmento düzenlenmesi karşılığında verilen bu tür garanti mektuplarının geçerliliği konusunda farklı çözüm yolları geliştirilmiştir.

Türkiye’de de 1956 tarih ve 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu’nun konuyla ilgili 1064 (2) maddesi nedeniyle garanti mektuplarının geçerliliği, gerek doktrin gerek Yargıtay’ın ilgili kararlarında oldukça tartışma konusu olmuştur. 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmesi planlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1241. maddesinde ise konu, mevcut sorunları çözecek ve yaşanan tartışmaları sona erdirecek şekilde açık olarak düzenlenmektedir. Türk deniz ticareti hukuku açısından yeni olan TTK’nın 1241. maddesinin doğru yorumlanması ve uygulanması, yaşanabilecek muhtemel ihtilafların önüne geçilmesi özellikle deniz taşıma faaliyetlerinin sorunsuz şekilde yürütülebilmesi ve yargının yükünün hafifletilmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle çalışmada TTK’nın konuyla ilgili hükümlerinin ayrıntılı şekilde analizi yapılarak taşıyanın, garanti mektubu karşılığında düzenlenmiş olduğu temiz konişmentodan kaynaklanan sorumlulukları açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Temiz Konişmento, Garanti Mektubu, Teminat Mektubu, Taşıyanın Sorumluluğu, Denizde Eşya Taşıma.

ABSTRACT

In general meaning, the clean bill of lading is a bill of lading that does not contain any reservation about apparent qualitative and quantitative condition of the goods. Liability of carrier for all damages because of the clean bill of lading has started, in practice, issuing an agreement, namely the letter of guarantee or indemnity that the shipper indemnifies the carrier for the damages. In the comparative laws and international convention, there are different solutions about legality of the letter of guarantee given for a clean bill of lading.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

In Turkey, because of the article 1064 (2) of former Turkish Commercial Code No. 6762 dated 1956, legality of the letter of guarantee had been disputed in both doctrine and court decisions. To solve the existing problems and to end open discussions, the issue is coded clearly in the article 1241 of the Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102, which will take effect on 01 July 2012. Correct interpretation and application of TCC article 1241, which is new to Turkish maritime law, is very important to run maritime transport activities without problems and to reduce judicial burden. Therefore, in this study, relevant articles of the TCC are analyzed in details and the carrier's liability in the clean bills of lading issued for a letter of guarantee is explained.

Keywords: *Clean Bill of Lading, Letter of Guarantee, Letter of Indemnity, The Liability of Carrier, Carriage Goods by Sea*

GİRİŞ

Genel olarak yükün cinsi, düzeni, ölçüsü, sayısı veya tartısı ile haricen belli olan niteliği hakkında çekince içermeyen konişmentolar olarak tanımlanan temiz konişmentolar, özellikle semenin akreditif ile tahsil edileceği satış sözleşmesinde önemli bir işlev görmektedir. Bu nedenle uygulamada taşıtan veya yükletenler, eşyanın daha kolay el değiştirilmesinin sağlanması, sigortanın daha uygun şartlarda yapılması veya semenin sorunsuz şekilde tahsil edilebilmesi amacıyla, eşyanın haricen belli olan nitelik ve nicelikleriyle ilgili her hangi bir çekince içermeyen konişmento tanzim edilmesini istemektedirler.

Hukukî anlamda temiz konişmentoların eşyanın haricen iyi hâlde teslim alındığı veya yüklendiğine dair bir karine teşkil etmesi¹ nedeniyle kaynaklanan bütün zararlar-dan taşıyanın sorumlu olması, taşıyan veya adamlarının eşyanın kontrolünde daha titiz davranmalarına ve haricen belli olan nitelik veya niceliği hakkında şüpheye düşmesi durumunda ise bunu konişmentoya ekleyerek temiz konişmento düzenleme konusunda gönülsüz davranmalarını zorunlu kılmıştır. Bu gönülsüzlük, temiz konişmento düzenlenmesinde menfaati bulunanları çeşitli arayışlara itmiş ve uygulamada garanti mektubu adı verilen ve taşıtan veya yükletenin, taşıyanın temiz konişmento düzenlemesi sebebiyle meydana gelecek zararlarını karşılamaya yönelik taahhüt veya anlaşmaların yapılmasına yol açmıştır.

Deniz ticaretinde yaygın kullanımına rağmen garanti mektuplarının hukukî niteliği ve geçerliliği, karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası sözleşmelerde, farklı şekilde çözüme kavuşturulmuştur. Türkiye'ye ise sorun, 1956 tarih ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (1956 tarihli TTK) 'nun 1064 (2) maddesine rağmen uzun süre tartışma konusu olmuştur. Bazı doktrin ve Yargıtay kararlarında hiç bir istisna gözetilmeksizin temiz konişmento karşılığında verilen bütün garanti mektuplarının geçersiz olduğu belirtilirken, bir kısım doktrin yine Yargıtay kararlarında üçüncü kişileri aldatma kastı içermeyen garanti mektuplarının taraflar arasında geçerli sayılması gerektiği vurgulanmıştır.

¹ İleride ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi geçmiş uygulama ve sözleşmelerde iyiniyetli üçüncü kişilere karşı bu karinenin aksinin ispatlanması mümkün iken günümüzde aksinin ispatlanmasına izin verilmemektedir. Bkz. ÜNAN, S.: "Yargıtay'ın Konişmento ile İlgili Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi", Deniz Hukuku Dergisi, 2011, C. XI, S. 1-4, s. 72 ("Yargıtay'ın Konişmento ile İlgili").

01 Temmuz 2012² tarihinde yürürlüğe girmesi planlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK)² 1241. maddesinde ise temiz konişmento düzenlenmesi amacıyla verilen garanti mektuplarının hukukî statüsü açık şekilde düzenlenmiştir. Buna göre; yükletenin konişmentoya konulmak üzere bildirdiği kayıtlara veya eşyanın hariçten belli olan hâl ve niteliğine ilişkin bir çekince eklenmeksizin düzenlenmesi yüzünden taşıyanın uğrayacağı zararı yükletenin tazmin edeceğine dair her taahhüt veya anlaşma; gönderilen dâhil konişmentoyu iyiniyetle iktisap eden bütün üçüncü kişilere karşı geçersiz sayılırken aldatma kastının olmaması şartıyla taraflar arasında geçerli olduğu kabul edilmiştir.

Hamburg Kuralları'nın 17. maddesinden aynen alınan ve mevcut tartışmaları sona erdirecek nitelikteki TTK'nın, Türk deniz ticareti hukuku açısından yeni hükümler getiren 1241. maddesi ile temiz konişmentolara ilişkin diğer hükümlerinin doğru yorumlanması ve uygulaması, yaşanabilecek muhtemel ihtilafların önüne geçilebilmesi açısından oldukça önem taşımaktadır. Böylece deniz taşıma faaliyetleri sorunsuz şekilde yürütülebilecek ve yargı gereksiz uyuşmazlıklarla meşgul edilmeyecektir.

Bu itibarla çalışmada, öncelikle genel anlamda temiz konişmento ve garanti mektuplarının tanımları yapılarak unsurları ile karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası sözleşmelerin konuya yaklaşımı açıklanmaya çalışılmıştır. Ardından 1956 tarihli TTK döneminde Türkiye'deki mevcut durum özellikle doktrin ve yargı kararlarında yaşanan tartışmalar incelenmiştir. Son olarak da TTK'nın konuyla ilgili hükümleri ayrıntılı şekilde analiz edilerek taşıyanın, garanti mektubu karşılığında düzenlemiş olduğu temiz konişmentodan kaynaklanan sorumlulukları tartışılmıştır.

I. TEMİZ KONİŞMENTO VE GARANTİ MEKTUBU KAVRAMLARI

A) TEMİZ KONİŞMENTO VE ÖNEMİ

1- Genel Olarak

Deniz yoluyla eşya taşımayla ilgili en önemli konulardan birisi olmasına³ rağmen konişmentonun (*bill of lading*) gerek milli hukuklarda gerek uluslararası sözleşmelerde kural koyucuların, “gelişimine engel olabilecekleri kaygısıyla konişmentoyu tarif etmekten uzun süre kaçındıkları” bildirilmektedir⁴. 1956 tarihli TTK'nın 1097. maddesinde de taşıyanın, yükü teslim alır almaz konişmento düzenleyeceği hükme bağlanmış olmasına rağmen konişmentonun açık bir tanımı bulunmamaktadır⁵.

Doktrinde konişmentoların farklı şekilde tanımlanmasının uygulamada yarattığı olumsuzlukları ortadan kaldırmak⁶ amacıyla 6102 sayılı yeni TTK'nın 1228. madde-

² 1956 tarih ve 6762 sayılı TTK hâlen yürürlükte bulunmasına rağmen çalışmada atıf ve değerlendirmeler, 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre yapılmıştır. Kanundan, genel olarak “TTK”, özel olarak vurgulamak istendiğinde ise “6102 sayılı yeni TTK” olarak bahsedilmiş, yeri geldiğinde 1956 tarih ve 6762 sayılı TTK'dan “1956 tarihli TTK” şeklinde bahsedilmiştir.

³ ZEVKLİLER, A.: “Konişmento, Mahiyeti ve Diğer Emtia Senetlerinden Farkları”, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 525. Karan, konişmentonun ticarete oynadığı rol itibarıyla uluslararası ticaretin en önemli belgesi olduğunu düşünmektedir. Bkz. KARAN, H.: *Elektronik Konişmento*, Ankara 2004, s. 41.

⁴ KARAN, H.: *Elektronik Konişmento*, s. 35.

⁵ Bu nedenle doktrinde konişmento farklı şekilde tanımlanmaktaydı. Tanımlar için bkz. ZEVKLİLER, A.: “Konişmento”, s. 529.

⁶ TTK'nın 1228 (1) maddesinin gerekçesinde konişmentonun, “uluslararası uygulamada (bilhassa bankacılık alanında) hangi taşıma senetlerinin konişmento sayılabileceği hakkında ortaya çıkan tereddütlerin önüne” geçilmesi amacıyla tanımlandığı belirtilmektedir. *Türk Ticaret Ka-*

sinde konişmento, “bir taşıma sözleşmesinin yapıldığını ispatlayan, eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığını veya gemiye yüklendiğini gösteren ve taşıyanın eşyayı, ancak onun ibrazı karşılığında teslimle yükümlü olduğu senet” olarak tanımlanmıştır⁷.

Konışmento, denizde eşya taşıma sözleşmesinin varlığı ile eşyanın gemiye yüklendiğini veya yüklenmek üzere teslim alındığını belgeleyen ve taşıma sözleşmesinden bağımsız yeni bir ilişki yaratan kıymetli bir evraktır⁸. Eşya, zilyetliğin devrine ihtiyaç duyulmadan, konişmentonun devri vasıtasıyla, üçüncü kişilere devredilebilirken taşıyan da eşyayı konişmentodan anlaşılan hamiline teslim ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir.

2- Tarihsel Süreç

Deniz ticareti insanlık tarihin ilk devirlerine kadar geriye uzanmasına rağmen, konişmento ancak 16. yüzyıldan itibaren ortak kullanıma girmiştir¹⁰. Deniz ticaretinde kullanılan bu ilk konişmentoların çok azı yükün durumu belirten kayıtlar içermekle birlikte¹¹, 1550’li yıllardan itibaren, özellikle İspanya’dan yüklenen veya İspanyol tacirlerin sahip olduğu eşyalar için düzenlenen konişmentolarda yükün tasvir edilmesi¹² ortak uygulama haline gelmiştir. Bunun bir yaşınması olarak 1681 tarihli Fransız Deniz Kanunu (XIV. *Louise Maritime Ordinance*)¹³,nda kaptanların, “gemisine yüklediği

nunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96, s. 369, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> (01 Ocak 2012) (Anılış: *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı*).

⁷ TTK’nın 1228 (1) maddesinin gerekçesinden, yapılan tanımın, 1978 Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi (Hamburg Kuralları) ’nın 1 (7) maddesinin esas alınarak yapıldığı anlaşılmaktadır. Bkz. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı*, s. 369, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> (01 Ocak 2012).

⁸ Konişmentonun unsurları ile sahip olduğu işlevleri için genel olarak bkz. AKINCI, S.: *Deniz Hukuku, Navlun Mukaveleleri*, İstanbul 1968, s. 188; OKAY, S.: *Deniz Ticaret Hukuku*, C. II, B. 2, İstanbul 1971, s. 44; TEKİL, F.: *Deniz Hukuku*, B. 6, İstanbul 2001, s. 253; KARAN, H.: “Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi ile Konişmento Arasındaki İlişki”, BATİDER, 2000, C. XX, S. 4, s. 155; KARAN, H.: *Elektronik Konişmento*, s. 36; SPARKA, F.: *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, Hamburg 2009, s. 41.

⁹ Tek bir yolculuk esnasında ticarî emtia birden fazla el değiştirebilmektedir. Bkz. YIANNOPOULOS, A. N.: “XIVth International Congress of Comparative Law: Current Developments Concerning the Form of Bills of Lading”, [YIANNOPOULOS, A. N. (ed.) : *Ocean Bills of Lading: Traditional Forms, Substitutes, and EDI Systems*, La Haye 1995], s. 4.

¹⁰ Tetley, konişmentoların, tacirlerin eşyaları henüz çok uzun mesafelere taşıyamadığı 14. yüzyılda ortaya çıktığını iddia etmektedir. TETLEY, W.: “Bills of Lading and the Conflict of Laws”, [KEGELES, T. (ed.) : *The Hamburg Rules: A Choice for the EEC?*, Maklu 1994], s. 50; Bununla birlikte bu döneme ait kaidelerde taşıma senetleri hakkında herhangi bir hükme rastlanılmamaktadır. KARAN, H.: *Elektronik Konişmento*, s. 11.

¹¹ MURRAY, D. E.: “History and Development of the Bill of Lading”, *University of Miami Law Review*, 1983, C. XXXVII, s. 690.

¹² KARAN, H.: *Elektronik Konişmento*, s. 11.

¹³ “Belli başlı limanlarda yapılan uzun anketler, eski örf ve adet derlemeleri ve denizcilikle ilgili önemli eserlerin taranması sonucunda” hazırlanan ve 1808 tarihli Fransız Ticaret Kanunu’nun deniz ticareti bölümüne kaynaklık eden kanun, sonraki pek çok kanunlaştırma hareketlerinin hareket noktası olması açısından da çok önemli bir deniz hukuku kaynağıdır. Bkz. KALPSÜZ, T.: *Deniz Ticaret Hukuku*, C. I, Ankara 1971, s. 40.

bütün yükleri, konişmentoda belirtildiği şekilde teslim etmekle yükümlü oldukları”¹⁴ ve “yükletenin beyanına uygun olarak eşyanın niteliğini, miktarını ve işaretini gösteren bir konişmento düzenleyeceği” hükmüne bağlanmıştır¹⁵. 1800’lerin başından itibaren ise taşıyanlar, özellikle gerçek durumunu bilmedikleri eşyalar için sorumluluklarını sınırlandırmak amacıyla, konişmentolara “sadece haricen görünüşüne ve görünürdeki niteliğine göre (*only apparent good order and condition*)” şeklindeki kayıtları derç etmeye başlamışlardır.

Uluslararası ticaret uygulamalarında önemli bir işlev üstlenen kredi mektubuna bağlı temiz konişmento kavramına ise ancak 20. yüzyılın ilk çeyreğinden itibaren rastlanılmaktadır¹⁶. Bu dönemde özellikle ne tür kayıtların konişmentoyu kirli yapacağı konusu, ticarî bankacılık uygulamalarının en önemli sorunlarından olarak ortaya çıkmıştır. Konuyla ilgilenen yazarların bir kısmı herhangi bir sonuca ulaşmaksızın sadece tartışma yoluna giderken diğer bir kısım yazar ise kavramları tanımlamakla yetinmiş hangi tür kayıtların konişmentoyu kirli yapacağı konusuna girmemişlerdir. Ekonomik kriz nedeniyle hızlı düşen emtia fiyatları alıcıları, konişmentolardan uygun koşullarda yüklenmediği anlaşılan eşyaları satın alma konusunda temkinli davranmaya yöneltmiş ve pek çok banka da eşya hakkında herhangi bir çekince içeren konişmentoları reddetme yolunu seçmişlerdir¹⁷. Bu dönemde verilen yargı kararlarında da uygulamadaki bu genel görüş benimsenerek temiz konişmentonun, eşya hakkında herhangi bir nitelendirme içermeyen konişmento olduğu kabul edilmiştir¹⁸.

1926 yılındaki *Camp v. Corn Exchange National Bank* davasında mahkemenin, “kredi mektubu için, günümüzde yapıldığı gibi, çok katı bir şekilde açıklanan temiz konişmento gerekmemektedir” yönündeki kararı, temiz konişmento yönünde oluşan örf ve âdet hukukun değişmesine olumlu katkı sağlamıştır. 1933 yılında Uluslararası Ticaret Odası (*International Commercial Chamber –ICC*) tarafından hazırlanan “Akreditif Belgelerine Dair Direktif ve Usulleri (*Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*)”nin 18. maddesinde temiz konişmentoya yönelik kuralların kabul edilmesi ise bu konuda yeknesak uygulamaların oluşmasında önemli rol oynamıştır. Maddenin birinci fıkrasında, eşyanın harici görünüşüne ve durumuna yönelik çekinceler içeren taşıma senetlerinin reddedilebileceği belirtilirken, ikinci fıkrasında temiz taşıma senedinin, eşyanın ambalajı ve muhtevasına yönelik herhangi bir çekince içermeyen evrak olduğu hükmüne bağlanmıştır¹⁹.

¹⁴ MURRAY, D. E.: “History and Development of the Bill of Lading” s. 691.

¹⁵ KARAN, H.: *Elektronik Konişmento*, s. 13.

¹⁶ Bununla birlikte özellikle taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasına yönelik olarak temiz konişmento kavramının tanımına yönelik tartışmalar 19. Yüzyılın sonlarına kadar eskiye uzanmaktadır. Bu dönemde de temiz konişmentonun, “düzgün bir şekilde ve iyi durumda yüklendi (*shipped in good order and well contioned*)” veya “muayyen nitelikte eşya (*goods of a certain character*)” gibi herhangi bir fazla nitelendirme içermeyen konişmento olduğu kabul edilmiştir. Ancak “ağırlığı, niteliği veya niceliği bilinmiyor (*weight or quantity or quality unknown*)” gibi kayıtların fazla nitelendirme olduğu ve konişmentoyu temiz olmaktan çıkardığı kabul edilmekteydi. Örnekler için bkz. DRAPER, D. C.: “What is a “Clean” Bill of Lading? – A Problem in Financing International Trade”, *Cornell Law Quarterly*, 1950, C. XXXVII, s. 59.

¹⁷ Konuyla ilgili ilk çalışmalarda, eşyanın kötü durumda olduğuna yönelik bir kaydın konişmentoyu “kirli (*foul*)” yapacağı bildirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DRAPER, D. C.: “What is a “Clean” Bill of Lading?”, s. 57.

¹⁸ 1923 yılı *The Isla de Panay* ve 1945 *Roberts v. Calmar S.S. Corporation* davaları. Ayrıntılı bilgi için bkz. DRAPER, D. C.: “What is a “Clean” Bill of Lading?”, s. 58.

¹⁹ Bkz. DRAPER, D. C.: “What is a “Clean” Bill of Lading?”, s. 67. Yazar, ICC tarafından o dönemde hazırlanan raporda da “bankaların, eşyanın harici görünüşüne ve durumuna yönelik

2- Tanımı ve Unsurları

Uluslararası ticarete “temiz konişmento” uygulamasına sıklıkla rastlanılmasına rağmen terimin, genel kabul gören açık tanımının bulunmadığı²⁰, doktrin ve uygulamada farklı şekilde tanımlandığı görülmektedir²¹. Yeni TTK’nın 1241 (2) maddesinde ise terime, taşıyan veya onun temsilcisi tarafından, “eşyanın haricen belli olan hâl ve niteliğine ilişkin bir çekince eklenmeksizin” düzenlenen konişmento şeklinde dolaylı bir tanım getirilmiştir.

Temiz konişmentonun tanımına ilişkin ip uçlarına “ICC Akreditiflere İlişkin Yeknesak Usuller ve Uygulama Kuralları’nda (ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits - UCP 600 Kuralları)” bulmak mümkündür. UCP 600 Kuralları’nın 27. maddesinde bir bankanın sadece temiz bir taşıma belgesini kabul edeceği belirtildikten sonra “malların veya malların ambalajının kusurlu bir durumunu açıkça ifade eden bir ibare veya kayıt taşımayan” bir belgenin “temiz bir taşıma belgesi” olduğu hükme bağlanmaktadır²². Bu itibarla temiz konişmentoyu “yükün (eşyanın) cinsi, düzeni, ölçüsü, sayısı veya tartısı ile dış görünüşünden belli olan durumları hakkında²³ çekince içermeyen” konişmentolar olarak tanımlamak mümkündür²⁴.

herhangi bir çekince içeren deniz taşıma senetlerini geri çevirebileceği (nin) ” vurgulandığını bildirmektedir.

²⁰ YEŞİLOVA, E.: *Konişmentonun İspat Kuvveti*, İzmir 2006, s. 195; ADAM, M. I: “Documents Required Under the Credit”, <http://www.dradamlawfirm.com/pdf/Documents%20Required%20Under-%20The%20Credit.pdf> (22 Şubat 2012).

²¹ Örneğin Scrutton, temiz konişmentoyu, “ambalajın düzgün ve iyi durumda yüklendiğinin kabulüne yönelik herhangi bir olumsuz nitelendirme içermeyen konişmento” olarak tanımlamaktadır. SCRUTTON, T. E. – McNAIR, W. L. – MOCATTA, A. A.: *Charterparties and Bills of Lading*, B. 16, London 1955, s. 175; Schoenbaum, terime, “eşya veya ambalajının kötü durumda olduğunu belirten herhangi bir ifade ya da kayıt içermeyen” konişmentolar şeklinde bir tanım getirmektedir. SCHOENBAUM, T.: *Admiralty and Maritime Law*, B. 4, St. Paul 2004, s. 557; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) ’ın 1971 yılı raporunda terim, “üzerinde eşyanın kolayca pazarlanabilmesini önleyecek herhangi bir koşul” içermeyen konişmento olarak tanımlanmıştır [*Bill of Lading*, Birleşmiş Milletler Yayını, New York 1971, s. 24]; Tekil, INCOTERM’in 1967 versiyonun CIF sözleşmeler kısmının A (7) maddesinde temiz konişmentonun “malın veya ambalajının kusur veya ayıbını açıkça gösterir ek kayıtları ihtiva etmeyen konişmento” şeklinde tanımlandığını bildirmektedir. TEKİL, F.: *Deniz Ticaret Hukuku*, İstanbul 1973, s. 178; Lee ise terimi “taşıyan tarafından eşyanın dış görünüş ve durumuna yönelik herhangi bir ihtirazi kayıt içermeyen konişmento” şeklinde tanımlamaktadır. LEE, H.: “The Receipt Function of a Bill of Lading, and the Status of a “Clean” Bill”, <http://www.tclub.com/knowledge-store/article/tt-talk-the-receipt-function-of-a-bill-of-lading-and-the-status-of-a-clean-bill-3106/> (20 Mart 2012).

²² UCP 600 Kuralları için bkz. TURHAN, N.: *Dış Ticaret ve Akreditifli İşlemlerin Uluslararası Uygulamaları Kılavuzu*, Ankara 2010, s. 483

²³ TETLEY, W.: *International Maritime and Admiralty Law*, Quebec 2002, s. 75.

²⁴ OKAY, S.: *Deniz Ticaret Hukuku*, s. 62; CANAK, E.: “Deniz Ticaret Hukukunda Konişmentoda Yüke İlişkin Çekinceler”, *Adalet Dergisi*, 1986, C. LXXVII, S. 5, s. 13; İZVEREN, A. – FRANKO, N. – ÇALIK, A.: *Deniz Ticaret Hukuku*, Ankara 1994, s. 220; DEMİRKIRAN, M.: *Taşıyanın Konişmento İçeriğinden Sorumluluğu*, İstanbul 2008, s. 37.

a) Çekince (İhtirazi Kayıt)

Yukarıda yapılan tanımlara göre bir konişmentonun, temiz konişmento sayılması için “eşyanın haricen belli olan hâl ve niteliğine ilişkin bir çekince” içermemesi gerekmektedir. Zira doktrin ve uygulamada, üzerinde malın veya ambalajın kusurunu açıkça ifade eden kayıtlar bulunan konişmentolar, temiz olmayan (kirli) konişmento (*unclean bill of lading*) olarak kabul edilmektedir²⁵. Bu kapsamda öncelikle ne tür çekincelerin, konişmentoyu temiz olmaktan çıkaracağı sorusu cevaplanmalıdır.

Taşıyan tarafından eşyanın niteliğine veya niceliğine yönelik konişmentoya eklenen çekincelerin, konişmentoyu temiz olmaktan çıkarabilmesi için mutlaka kesin ve zararlı nedensellik bağı kurulmuş bir ifade²⁶ diğer bir deyişle marjinal kayıt (*marginal clause*)²⁷ niteliğinde olmalıdır²⁸. Örneğin, sadece “sandıklar kullanılmıştır” veya “çuvallar eskidir” gibi malların veya ambalajının kusurlu durumda olduğunu kesin olarak açıklamayan kayıtlar konişmentoyu temiz olmaktan çıkarmamaktadır²⁹. Aynı şekilde INCOTERMS³⁰’in 1980 versiyonunun C&F’in “Satıcının Yükümlükleri” başlıklı A (6) ve CIF’in “Satıcının Yükümlükleri” başlıklı A (7) maddesinde; “kullanılmış sandıklar (*second hand cases*)”, “kullanılmış çuvallar (*second hand bags*)”, “kullanılmış variller (*used drums*)” gibi malın ya da ambalajının yetersiz olduğunu kesin olarak belirtmeyen ifadelerin, malın ya da ambalajının doğasından doğacak rizikolardan taşıyıcısının sorumlu olmayacağı şeklindeki veya malın içeriği, ağırlığı, ölçüsü ve teknik özelliklerinin bilinmediğini ifade eden kayıtların temiz konişmento olma niteliğini etkilemeyeceği belirtilmekteydi³¹. Yine “yükletenin beyanına göredir (*said by shipper to contain*)” veya “yükletenin tartı ve sayımına göredir (*shiper’s load and*

²⁵ TURHAN, N.: *Dış Ticaret ve Akreditifli İşlemlerin*, s. 483.

²⁶ ÇAKALIR, Y.: “Garanti Mektubu Karşılığında Temiz Konişmento Düzenlenmesi”, Çoşkun Kırca’ya Armağan, İstanbul 1996, s. 45.

²⁷ Doktrinde marjinal kayıtlar; “yükün işaretlemeleri, dış görünüşü, içinde bulunduğu fizikî durum, ölçü, sayı ve tartıya yönelik bilgilerle taşıyan tarafından tespit edilen kusur veya eksikliklerin konişmentoda açık ve net bir dille ifade edilmesine yönelik kayıtlar” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. YEŞİLOVA, E.: *Konışmentonun İspat Kuvveti*, s. 188.

²⁸ Bkz. ÇAĞA, T. – KENDER, R.: *Deniz Ticareti Hukuku*, C. II, B. 10, İstanbul 2010, s. 80 (Anılış: *Deniz Ticareti Hukuku II*).

²⁹ Bkz. TURHAN, N.: *Dış Ticaret ve Akreditifli İşlemlerin*, s. 483.

³⁰ INCOTERMS (Uluslararası Ticari Terimler - *International Commercial Terms*), ICC tarafından hazırlanan ve Uluslararası satış sözleşmelerinde standart olarak kullanılan ticari terimlere verilen isimdir. İlk INCOTERMS’ler 1936 yılında yayınlanmıştır. Uluslararası ticarete yaşanan değişikliklere bağlı olarak 1963, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 yıllarında revize edilmiştir. Son INCOTERMS ise 2010 revize edilmiş ve ise 01 Ocak 2011 itibarı ile yürürlüğe girmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. “The New Incoterms 2010 Rules”, <http://www.iccwbo.org/incoterms/id3040/index.html> (02 Şubat 2012).

³¹ INCOTERMS 1980 versiyonun için bkz. CHENG, C. J.: *Basic Documents on International Trade Law*, B. 2, Dordrecht 1990, s. 91. INCOTERMS’in 1963 ve 1967 versiyonunda da benzer hükümler bulunmasına rağmen (TEKİL, F.: *Deniz Ticareti Hukuku*, s. 178), 01 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe giren INCOTERMS’in 2010 versiyonunda ise bu hükümlere verilmeyeceği görülmektedir. Türkçe metin için bkz. *INCOTERMS 2010 İç ve Dış Ticarete İlişkin Ticari Terimlerin Kullanımı için ICC Kuralları*, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Türkiye Milli Komitesi Yayını, Ankara 2010, s. 111.

count) ” gibi eşyanın durumunu açık olarak belirtmeyen ifadeler de konişmentoyu kirli yapmamaktadır³².

Bununla birlikte; “kullanılmış, yırtık ve yeniden dikilmiş çuvalar (*second hand bags torn and resen*) ”, “kullanılmış ve yeniden çivilenmiş yağlı sandıklar (*stained raises second-hand and renailed*) ” veya “eski ve kullanılmış, bazıları ie çökmüş variller (*old and used drums, some of which incurred dents*) ” gibi ibareler konişmentoyu temiz olmaktan ıkarmaktadır³³.

UCP Kuralları’nın 27. maddesinin ikinci cümlesinde akreditifin, taşıma belgesinin “hasarsız yüklenmiş (*clean on board*) ” olması şartını içermesine rağmen, “temiz (*clean*) ” sözcüğünün taşıma belgesinde gözükmemesinin zorunlu olmadığı belirtilmektedir. Bu anlamda, bir konişmentonun temiz sayılabilmesi için “*clean*” sözcüğünün bulunması gerekmediği gibi konişmento üzerindeki matbu “*clean on board*” ifadesindeki “*clean*” sözcüğünün üzerinin çizilmiş olması da malların veya ambalajının kusurlu olduğuna dair açık bir ifade bulunmadığı sürece konişmentoyu temiz olmaktan ıkarmamaktadır³⁴. Sonuç olarak, eşyanın veya ambalajının kusuru hakkında açık çekince eklenmemiş bütün konişmentoların, kural olarak, temiz sayılmasının gerektiği kabul edilmelidir.

b) Haricen Belli Olan Hâl ve Nitelikler

Konişmentoya konan çekincelerin, teslim alınan veya gemiye yüklenen eşyanın cinsi, işaretleri, koli veya parça adedi, ağırlığı ya da miktarı gibi eşyanı niteliği ile ambalajın veya eşyanın harici durumu gibi eşyanın haricen belli olan nitelik ve niceliklerine ilişkin olması gerekmektedir³⁵. Bu kapsamda, yükleme tarihinde değişiklik yapılması karşılığında verilen garanti mektubu, eşyanın harici durumu ile ilgili olmadığında geçerli olmayacaktır³⁶.

TTK’nın 1239 (2) maddesinde de taşıyanın, “eşyanın haricen belli olan hâlini konişmentoda beyan etmeyi ihmal etmesi” durumunda, “konişmentoda eşyanın haricen iyi hâlde olduğuna dair beyanda bulunulmuş” sayılacağı hükme bağlanmaktadır. La Haye Kaidelerinin 3 (3) ile Hamburg Kaidelerinin 16 (1) - (3) maddelerinin esas alınarak kaleme alındığı bildirilen maddenin gerekçesinde “taşıyanın, eşyanın genel olarak cinsi, işaretleri, koli veya parça adedi veya miktarı hakkında konişmentonun kendi

³² BABAYIĞIT, S.: “Uluslararası Ticarete Kullanılan Belgeler”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, C. XIV, S. 1-2, s. 211; DEVECI, A.: “Deniz Konişmentoları ve Dış Ticaretteki Fonksiyonları”, <http://www.reocities.com/CapitolHill/Senate/4950/deniz.htm> (20 şubat 2012).

³³ OFLAZ, M. F.: “Kaptan ve Birinci Zabıtlar Yük Evraklarına İmzayı Atmadan Önce Nasıl Hareket Etmelidir?”, <http://www.denizcigunlugu.com/guncel-haberler/101-kaptan-birinci-zabitler-yuk-evrakini-imzalamadan-neye-dikkat-etmelidir.html> (02 şubat 2012) ; Diğer örnekler için bkz. ÇAĞA, T. – KENDER, R.: *Deniz Ticareti Hukuku II*, s. 80; YEŞİLOVA, E.: *Konişmentonun İşpat Kuvveti*, s. 189.

³⁴ ÖZALP, A.: *UCP 600’ın Kullanılması ve Akreditif*, B. 2, İstanbul 2007, s. 451.

³⁵ ÇAKALIR, Y.: “Garanti Mektubu Karşılığında”, s. 45.

³⁶ YEŞİLOVA, E.: *Konişmentonun İşpat Kuvveti*, s. 195; Tetley, konişmentoya eşyanın gerçekte yüklendiği tarihten farklı bir tarih yazılması karşılığında garanti mektubu verilmesi uygulamasına, bu mektupların mahkemelerce geçersiz sayılması ve P&I Kulüplerinin sigorta kapsamı dışında tutmasına rağmen uluslararası ticarete sıklıkla karşılaşıldığını bildirmektedir. TETLEY, W.: “Letter of Indemnity at Shipment and Letter of Guarantee at Discharge”, *European Transport Law*, 2004, C. XXXIX, S. 3, s. 312 (Anlış: “Letter of Indemnity at Shipment”).

aleyhine karine teşkil etmesinin sonuçlarından kurtulabilmesi için çekincesini, gerekçesi ile birlikte konişmentoya ekletmesi gerektiği vurgulan (maktadır) ”³⁷. Bu itibarla taşıyan veya onun yetkili temsilcisi, kendi tecrübesine dayanarak³⁸ eşyayı kontrol ederek haricen belli olan hâlini konişmentoya yazmalıdır. Aksi takdirde eşyanın konişmentoda beyan edildiği gibi teslim alındığına -yükleme konişmentosu düzenlenmiş ise yüklendiğine- yönelik, konişmentoyu içerdiği eşya tanımına güvenerek, gönderilen de dâhil olmak üzere, iyiniyetle devralan üçüncü kişiler lehine aksi ispatlanamayan bir karine oluşmaktadır [TTK m. 1239 (3)].

4- Önemi

Konişmentolar, deniz ticaret hukukunda sahip olduğu önemin yanında, ödemenin akreditif ile yapılacağı deniz taşımacılığında da kullanılan taşıma senetlerinden birisidir³⁹. UCP 600 27. maddesinde ise akreditif uygulamalarında bankaların “sadece temiz taşıma belgesini kabul edeceği” belirtilmektedir. Konişmentonun temiz olmaması (kirliliği konişmento), akreditif talebinin kabul edilmemesini dolayısıyla taşıyan veya yükletenin semeni geç tahsil etmesine yol açacaktır. Bu itibarla temiz konişmentolar, özellikle ödemelerin akreditif yoluyla yapılacağı deniz ticaretinde büyük önem taşımaktadır⁴⁰. Ayrıca haricen belli nitelik ve niceliği hakkında çekince içermediğinden eşyanın; daha kolay el değiştirmesinde⁴¹ ve daha uygun şartlarda sigortalanmasında da önemli işlev üstlenmektedir.

B) GARANTİ MEKTUBU VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1- Terminoloji

Deniz ticaret hukukunda garanti mektubunun, çeşitli uygulama alanı bulunmakla birlikte, temel olarak, yükleme-tesellüm esnasında veya boşaltma-teslim esnasında verilen garanti mektupları olmak üzere iki ana kullanım şekli bulunmaktadır. Bunlardan -çalışmanın konusunu da oluşturan- tesellüm veya yükleme esnasında verilen garanti mektubu, temiz konişmento karşılığı verilen garanti mektubunu, boşaltma ya da teslimde verilen garanti mektubu ise; boşaltma limanında konişmentoyu ibraz edemeyen gönderilen tarafından, ileride gerçek hak sahibinin ortaya çıkması duru-

³⁷ *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı*, s. 370, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> (01 Ocak 2012).

³⁸ TTK'nın 1239. maddesinin gerekçesinde taşıyanın, “eşyanın haricen belli olan halini... yükletenin talebine göre değil, kendi tecrübelerine dayanarak senede koyacağı (nın) ” kabul edildiği belirtilmektedir.

³⁹ UCP 600 Kuralları'nın 20. maddesinde akreditif işlemlerinde kullanılacak konişmentoların özellikleri sayılmıştır. Buna göre konişmento, genel olarak, taşıyanın ismini içermeli, eşyanın akreditifte belirtilen yükleme limanında ve ismi belirtilen gemiye yüklenmiş olmalı, akreditifte belirtilen yükleme limanından akreditifte belirtilen boşaltma limanına yapılan sevkiyatı göstermeli ve tek asıl (orijinal) konişmento olmalı veya birden fazla orijinal düzenlenmiş konişmentoda belirtildiği gibi tam takım olmalıdır.

⁴⁰ BAUGHEN, S.: *Shipping Law*, B. 2, London 2002, s. 6

⁴¹ KOZOLCHYK, B.: “Evolution and Present State of the Ocean Bill of Lading from a Banking Law Perspective”, *Journal of Maritime Law and Commerce*, 1992, C. XXIII, S. 2, s. 177; KARAN, H.: *The Carrier's Liability Under International Maritime Conventions the Hague, Hague-Visby, and Hamburg Rules*, New York 2004, s. 243 (Ayrıca: *The Carrier's Liability*). Yazar, temiz olmayan konişmentoların devrinin daha zayıf olduğunu belirtmektedir.

munda taşıyanın uğrayacağı zarara karşılık verilen taahhüt veya kendisine rücu imkanı taniyan yazılı taahhüt ya da anlaşmayı ifade etmektedir⁴².

Doktrinde ve uygulamada bu iki garanti mektubu uygulaması için farklı terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Örneğin Tetley, yüklemeye verilen garanti mektupları için *letter of indemnity*, boşaltmada verilen garanti mektupları için ise *letter of guarantee* terimini kullanmayı tercih ederken⁴³ Karan, *letter of indemnity* ve *letter of guarantee* terimlerini aynı anlamda kullanmaktadır⁴⁴. Genel olarak doktrin ve uygulamada *letter of indemnity* teriminin hem yükleme hem de boşaltmada verilen garanti mektuplarını ifade etmek için kullanıldığı vurgulamasına rağmen Rocherter, Fransız mahkemelerinin ve bir kısım yazarın *letter of guarantee* terimi tercih ettiğini, ABD mahkemelerinin ise her iki terimi birlikte kullandığını bildirmektedir⁴⁵. Deniz ticareti uygulamasında ise genel olarak iki terim birlikte "*letter of indemnity and guarantee*" şeklinde kullanılırken Hamburg Kuralları'nın 17. maddesinde *letter of guarantee* terimi tercih edilmiştir. Yargıtay tarafından farklı tarihlerde verilen kararlarda ise yükleme esnasında verilen garantiler için hem "teminat mektubu" hem de "garanti mektubu" terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Türk doktrininde her iki kavramı da ifade etmek için "garanti mektubu" terimi, birbirine karıştırılmadan, başarılı şekilde kullanıldığından⁴⁶ çalışmada temiz konişmento karşılığında verilen garantiler için "garanti mektubu (*letter of guarantee*)" terimi üstün tutulmuştur.

2- Tanımı

Tesellüm veya yükleme esnasında, diğer bir ifadeyle, temiz konişmento düzenlenmesi karşılığı verilen garanti mektubunu; yükletenin veya taşıyanın, temiz konişmento düzenleyen taşıyanın, taşımayı taahhüt ettiği eşyayı konişmentoda gösterildiği şekilde gönderilene teslim edememesinden kaynaklanabilecek her türlü sorumluluğuna yönelik verdiği garanti taahhüdü⁴⁷ veya kendisine rücu hakkının bulunduğu dair yapılan bir sözleşme şeklinde tanımlamak mümkündür⁴⁸.

⁴² Bu ayırım 1956 tarihli TTK döneminde Türk hukuku açısından da büyük önem taşımaktaydı. Zira ileride ayrıntılı olarak inceleyeceği gibi uygulamada yükleme esnasında taşıyan tarafından verilen garanti mektupları 1956 tarihli TTK'nın 1064 (2) maddesi uyarınca geçersiz sayılırken, boşaltma limanında verilen garanti mektuplarının geçerliliği konusunda herhangi bir ihtilaf bulunmamaktaydı.

⁴³ TETLEY, W.: "Letter of Indemnity at Shipment", s. 289.

⁴⁴ KARAN, H.: *The Carrier's Liability*, s. 244 ve 256.

⁴⁵ ROCHERTER, V.: "Letters of Indemnity and Letters of Guarantee in the International Shipping Trade: A Multi-Jurisdictional Analysis", s. 12, www.mcgill.ca/files/maritimelaw/letters.doc (23 Şubat 2012).

⁴⁶ Bkz. OKAY, S.: *Deniz Ticaret Hukuku*, s. 62; ATAMER, K.: "Temiz Konişmento Karşılığı Garanti Mektubu", İstanbul Barosu Dergisi, 1998, C. LXII, S. 7-8-9, s. 495; ÇAKALIR, Y.: "Garanti Mektubu Karşılığında", s. 39; AYBAY, G.: *Deniz Ticaret Hukuku ile İlgili Notlandırılmış Yargıtay Kararları*, İstanbul 2000, s. 203 (Anılış: *Notlandırılmış Yargıtay Kararları*); AYBAY, G. (ed.): *Denizciler, İşletmeciler ve Yöneticiler için Deniz Hukuku*, İstanbul 1998, s. 644 (Anılış: *Deniz Hukuku*); YEŞİLOVA, E.: *Konışmentonun İspat Kuvveti*, s. 211; Tekil ise hem "teminat mektubu" hem de garanti "mektubu" terimini birlikte kullanmayı tercih etmektedir. Bkz. TEKİL, F.: *Deniz Hukuku*, s. 255; TEKİL, F.: *Uluslararası Konvansiyonlar*, İstanbul 1987, s. 188.

⁴⁷ TETLEY, W.: *Marine Cargo Claims*, Montreal 1988, s. 821.

⁴⁸ ÇAKALIR, Y.: "Garanti Mektubu Karşılığında", s. 39.

3- Sözleşmenin Hukukî Niteliği

İleride geniş olarak tartışılacağı üzere, temiz konişmento düzenlenmesine karşılık verilen garanti mektuplarının TTK'nın 1064 (2) maddesi uyarınca geçersiz kabul edilmesi, Türk doktrininde, terimin hukukî niteliğine yönelik tartışmaların yapılmasını gereksiz kılmıştır. Konuyla ilgili bir çalışmada ise Alman doktrinindeki tartışmalara atıflar yapılarak garanti mektubunun, "isimsiz (atipik) veya *sui generis*" bir sözleşme olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁴⁹.

Türk hukukunda "garanti veya teminat mektuplarını" düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktadır⁵⁰. Doktrin⁵¹ ve uygulamada garanti sözleşmesi" olarak adlandırılan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) 'nun "üçüncü kişinin fiilini üstlenme" başlıklı 128. maddesi (818 sayılı TBK m. 110) ile bankalar tarafından düzenlenen "banka teminat mektubuna" ilişkin kuralların da garanti mektuplarına doğrudan uygulanması teknik olarak mümkün bulunmamaktadır. Zira genel olarak temiz konişmento karşılığında düzenlenen garanti mektuplarında sadece taşıma sözleşmesinin borçlusu olan taşıyanın muhtemel zararını tazmin yükümlülüğüne karşılık, garanti sözleşmesi veya banka teminat mektuplarında alacaklının muhtemel zararını taahhüt söz konusudur. Ayrıca garanti sözleşmesi veya banka teminat mektuplarında borçlu, alacaklı ve teminat veren olmak üzere üç taraf bulunurken, temiz konişmento karşılığında düzenlenen garanti mektuplarının tarafları ise sadece yükleten veya taşıyan ile taşıyandır. Konişmento hamili çoğu zaman garanti mektubunun varlığından haberdar olmadığı gibi kural olarak zararının tazmini için garanti verene başvuramamaktadır.

Genel olarak temiz konişmento karşılığında garanti mektubu, temiz taşıma belgesine ihtiyaç duyan taşıyan veya yükletenin, konişmentoda yükün durumuna ilişkin kayıtların yanlış ve yanıltıcı olduğunu bilen taşıyanın, gerçeğe aykırı bu beyanından dolayı ödeyeceği tazminatı karşılayacaklarına yönelik taahhüt beyanıdır⁵². Hukukî anlamda garanti sözleşmesi, bir kimsenin, başkasına ait bir girişimin belirli bir sonuca ulaşacağını garanti edilmesi⁵³ olduğundan, garanti mektupları da Türk Sorumluluk Hukuku anlamında "garanti sözleşmesi" olarak kabul edilmelidir.

II. GENEL OLARAK GARANTİ MEKTUPLARININ GEÇERLİLİĞİ SORUNU

Yukarıda vurgulandığı gibi denizde eşya taşıma sözleşmesinin varlığını ve yükün teslim alındığını gösteren konişmentolar, ticarî hayatın itibarlı ve güvenilir senetlerinden birisidir. Garanti mektubu uygulaması ise bir şekilde tarafların gerçeğe aykırı şekilde konişmento düzenlemelerine imkan tanımakta⁵⁴ ve konişmentoların güvenilirliğinin sorgulanmasına ve itibarlarının zayıflamasına yol açmaktadır. Bu nedenle pek çok uluslararası sözleşme ve karşılaştırmalı hukukta, üçüncü kişileri aldatmaya yönelik konişmentolar karşılığında verilen garanti mektupları geçersiz sayılmaktadır⁵⁵.

⁴⁹ Değerlendirme için bkz. YEŞİLOVA, E.: *Konişmentonun İspat Kuvveti*, s. 201.

⁵⁰ DOĞAN, V.: *Uluslararası Hukukta Banka Teminat Mektupları*, Ankara 1999, s. 23; KILIÇOĞLU, A.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, B. 15, Ankara 2012, s. 560.

⁵¹ REİSOĞLU, S.: "Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", A.Ü. Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, C. I, Ankara 1977, s. 335; EREN, F.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, B. 11, İstanbul 2009, s. 1107; KILIÇOĞLU, A.: *Borçlar Hukuku*, s. 555.

⁵² TETLEY, W.: "Letter of Indemnity at Shipment", s. 290.

⁵³ REİSOĞLU, S.: "Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada", s. 340.

⁵⁴ TETLEY, W.: "Letter of Indemnity at Shipment", s. 292.

⁵⁵ HILL, C.: *Maritime Law*, B. 6, London 2003, s. 258.

A) KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

1- Alman Hukuku

Alman Hukuku'nda temiz konişmento karşılığında verilen garanti mektuplarının hukukî niteliğine ilişkin özel bir hükmün bulunmadığı bununla birlikte garanti mektuplarının geçerliliği sorununun hem doktrin hem de uygulamada tartışmasız şekilde çözüme kavuşturulduğu bildirilmektedir⁵⁶. Buna göre; taşıyanın veya temsilcisinin, eşyanın niteliği, niceliği veya ambalajın harici görünümüne yönelik çekince belirtilmesi gerektiği hususunda şüphe içinde olması veya sözleşme açısından önem taşıyan küçük hasarların bulunması durumunda garanti sözleşmeleri geçerli kabul edilirken, her türlü şüpheden uzak açık hasar ya da kusura rağmen temiz konişmento düzenlenmesi durumunda garanti mektubunun, ahlâka aykırılıktan dolayı geçersiz olduğu kabul edilmektedir⁵⁷. Tereddüt durumunda ise garanti mektubunun geçerliliği, her somut olayda, garanti mektubunun ahlâka aykırı olup olmadığı, yanlış konişmento düzenlenmesinin bir kusura dayanıp dayanmadığı veya taşıyanın haksız fiilinin bulunup bulunmadığını araştırılarak belirlenmektedir⁵⁸.

2- Anglo-Amerikan Hukuku

Anglo-Amerikan hukukunda temiz konişmento karşılığında verilen garanti mektubu, güven ilişkisine dayanan ve ilk görünüşte bağlayıcı bir garanti sözleşmesi olarak kabul edildiğinden⁵⁹, genel olarak, taşıyanın temiz konişmento düzenlemesi nedeniyle uğramış olduğu zararı garanti mektubu verenden talep edebileceği, bununla birlikte, taşıyan ve yükletenin (veya taşıtan) aldatma kastıyla hareket etmesi durumunda garanti mektubunun geçersiz olduğu kabul edilmektedir⁶⁰.

İngiliz hukukunda, genel olarak, tarafların, konişmento ilişkisinde kasıtlı olarak gerçeğe aykırı beyanda bulunması durumunda, üçüncü kişileri aldatma kastı olmasa da garanti mektupları geçersiz kabul edilmektedir⁶¹. Bununla birlikte eşyanın niteliği veya niceliğine yönelik tespit edilen önemsiz kusurlar nedeniyle taşıyanda oluşan tereddütleri gidermek amacıyla veya taşıyanın bilgi seviyesinin eşyanın durumunu değerlendirmeye yetmemesi nedeniyle verilen garanti mektupları geçerli kabul edilmektedir⁶².

⁵⁶ Bkz. ATAMER, K.: “Temiz Konişmento Karşılığı Garanti Mektubu”, s. 499; ÇAKALIR, Y.: “Garanti Mektubu Karşılığında”, s. 48; YEŞİLOVA, E.: *Konışmentonun İspat Kuvveti*, s. 211.

⁵⁷ MURRAY, D. E.: “History and Development of the Bill of Lading”, s. 726; ÇAĞA, T. – KENDER, R.: *Deniz Ticareti Hukuku II*, s. 81.

⁵⁸ ATAMER, K.: “Temiz Konişmento Karşılığı Garanti Mektubu”, s. 500.

⁵⁹ Bkz. ATAMER, K.: “Temiz Konişmento Karşılığı Garanti Mektubu”, s. 503; ÇAKALIR, Y.: “Garanti Mektubu Karşılığında”, s. 44.

⁶⁰ ROCHERTER, V.: “Letters of Indemnity and Letters of Guarantee in the International Shipping Trade: A Multi-Jurisdictional Analysis”, s. 43, www.mcgill.ca/files/maritimelaw/letters.doc (23 Şubat 2012).

⁶¹ Örneğin *Brown, Jenkinson & Co., v. Percy Dalton* davasında İngiliz temyiz mahkemesi, taşıyanın temiz konişmento düzenlemesinde aldatma niyetinin olmamasına rağmen, gerçekte kusuru bilmelerine rağmen bunu konişmentoya yazmaları tarafların haksız fiilini oluşturduğu gerekçesiyle garanti mektubunun hukuken geçersiz olduğuna karar vermiştir. Karar için bkz. “*Brown Jenkinson & Co Ltd v Percy Dalton (London) Ltd, (CA) Court of Appeal, 3 July 1957*”, www.oabpr.org.br/.../Brown%20Jenkinson (26 Şubat 2012).

⁶² ÇAKALIR, Y.: “Garanti Mektubu Karşılığında”, s. 44; CARR, I.: *International Trade Law*, B. 5, Oxon 2010, s. 178; GASKEL, N. – ASARIOTIS, R. – BAATZ, Y.: *Bills of Lading: Law and Contracts*, London 2000, s. 247. Yazarlar, kaptanların, ambalajların yolculuğa uygun olup olmadığını veya bir maden filizinin ne kadar nemde muhafaza edilmesi gerektiğini her zaman

İngiliz hukukunun aksine temiz konişmento karşılığında verilen garanti mektubu konusunun ABD’de hâlâ kesin olarak çözüme kavuşturulmadığı bildirilmektedir⁶³. Örneğin *Hellenic Lines, Ltd. v. Chemoleum Corp.* davasında New York Yüksek Mahkemesi, taraflar arasında yapılan garanti mektubu sözleşmesini, ABD Denizde Eşya Taşıma Kanunu (*Carriage of Goods by Sea Act – COSGA*) ’nun 1303 (8) maddesi uyarınca kamu düzenine aykırı bularak geçersiz saymıştır⁶⁴. Bununla birlikte günümüzde pek çok ABD mahkemesi kararlarında, üçüncü kişilere karşı ileri sürüle-mekle birlikte, temiz konişmento karşılığı verilen garanti mektuplarının taşıyan lehine geçerli kabul edilmektedir⁶⁵.

3- Fransız Hukuku

Fransa, temiz konişmento karşılığında verilen garanti mektuplara ilişkin özel bir hükmü 18 Haziran 1966 tarihli kanunun 20. maddesine derç etmiştir. Maddenin 1. fıkrasında, kural olarak, hukuken geçersiz çekince içermeyen ve üçüncü kişilerin⁶⁶ çıkarlarını olumsuz etkilemeyen garanti mektupları taraflar arasında geçerli olduğu kabul edilmiştir. Buna göre taşıyanın veya yardımcısının kontrolüne imkan bulamadığı ya da şüphesini doğrulamadığı makul kusurlara karşı verilen garanti mektupları geçerli sayılırken taşıyan, bildiği veya bilmesi gerektiği çekincelere karşı verdiği temiz konişmentodan dolayı sınırlı sorumluluktan yararlanamadığı gibi taşıyan veya yüklete-ne rücu edememektedir [1966 tarihli kanun m. 20 (2)]⁶⁷.

bilmesinin mümkün olmadığından, her davanın kendi somut olaylarına göre çözümlenmesi gerektiğini düşünmektedir.

⁶³ ROCHERTER, V.: “Letters of Indemnity and Letters of Guarantee in the International Shipping Trade: A Multi-Jurisdictional Analysis”, s. 43, www.mcgill.ca/files/maritimelaw/letters.doc (23 Şubat 2012).

⁶⁴ TETLEY, W.: “Letter of Indemnity at Shipment”, s. 307; ROCHERTER, V.: “Letters of Indemnity and Letters of Guarantee in the International Shipping Trade: A Multi-Jurisdictional Analysis”, s. 43, www.mcgill.ca/files/maritimelaw/letters.doc (23 Şubat 2012).

⁶⁵ Örneğin *United Philippine Lines, Inc. V. Metalsrussia Corp. Ltd.* davasında mahkeme, taşıyanın, temiz konişmento karşılığında verilen garanti mektubuna dayanarak yükleten veya taşıyan aleyhine hukukî takibat yapabileceğine hükmetmiştir. Karar için bkz. TETLEY, W.: “Letter of Indemnity at Shipment”, s. 302; ÇAKALIR, Y.: “Garanti Mektubu Karşılığında”, s. 44; ROCHERTER, V.: “Letters of Indemnity and Letters of Guarantee in the International Shipping Trade: A Multi-Jurisdictional Analysis”, s. 43, www.mcgill.ca/files/maritimelaw/letters.doc (23 Şubat 2012).

⁶⁶ Üçüncü kişi terimi sadece konişmentonun hamili değil aynı zamanda cirantalar, gönderilenler, bankalar, sigortacılar gibi garanti mektubunun tarafı olmayan kişileri de kapsamaktadır. ROCHERTER, V.: “Letters of Indemnity and Letters of Guarantee in the International Shipping Trade: A Multi-Jurisdictional Analysis”, s. 42, www.mcgill.ca/files/maritimelaw/letters.doc (23 Şubat 2012).

⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAKALIR, Y.: “Garanti Mektubu Karşılığında”, s. 49; MURRAY, D. E.: “History and Development of the Bill of Lading” s. 725; TETLEY, W.: “Letter of Indemnity at Shipment”, s. 313.

B) ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER

1- Lahey ve Lahey-Visby Kuralları

“1924 tarihli Konişmentoya Mütteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Sözleşme (*International Convention for the Unification of Certain Rules Oo Law Relating to Bills of Lading - Lahey Kuralları*)⁶⁸” ve “Konişmentoya Mütteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Sözleşme’nin Tadiline İlişkin Protokol (*Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading - Lahey-Visby Kuralları*)”⁶⁹nda temiz konişmento karşılığında verilen garanti mektuplarına ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Kuralların 3 (5) maddesinde ise yükletenin, yükleme esnasında yükün markası, sayısı, miktarı ve ağırlığının doğruluğuna yönelik beyanı nedeniyle taşıyana garanti vermiş sayıldığı ve bu beyanlarının doğru olmaması nedeniyle meydana gelecek kayıp, tazminat ve giderleri taşıyana karşı tazmin edeceği belirtilmektedir.

Bununla birlikte maddede düzenlenen bu garanti, yükün niceliğine yönelik hususları kapsamadığı⁷⁰ gibi Lahey Kuralları ve Lahey-Visby Kuralları’nın 3 (8) maddesinde taşıyanın sorumluluğunu kısıtlayan her türlü sözleşme veya taahhütün geçersiz olduğu hükme bağlandığından, temiz konişmento karşılığı verilen teminat mektupları da hukuken geçersiz kabul edilmektedir⁷¹.

2- Hamburg Kuralları

Temiz konişmento karşılığı verilen garanti mektuplarının hukukî statüsündeki belirsizliğe yönelik çözüm arayışlarının bir sonucu olarak 1978 tarihli Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi’nin (*United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978 – Hamburg Kuralları*)⁷² “yükleten tarafından verilen garantiler (*guarantees by the shipper*)” başlıklı 17. maddesinde konuyla ilgili özel hüküm derç

⁶⁸ RG, 22 Şubat 1955, Sayı: 8937.

⁶⁹ Sözleşmeler hakkında genel bilgiler için bkz. KARAN, H.: *The Carrier’s Liability*, s. 43; ATEŞ, E.: *Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen “Konişmentolu Taşımalar Hakkında Bazı Kuralların Birleştirilmesine Dair 1924 Bürüksel (Lahey) Konvansiyonu’nun” Türk Hukukuna Etkisi*, İstanbul 2008, s. 3.

⁷⁰ GASKEL, N. – ASARIOTIS, R. – BAATZ, Y.: *Bills of Lading: Law and Contracts*, s. 247; TETLEY, W.: “Letter of Indemnity at Shipment”, s. 299.

⁷¹ Sonraki mahkeme kararlarında da temiz konişmento karşılığı verilen teminat mektupları, Lahey Kuralları ve Lahey-Visby Kuralları’nın 3 (8) maddesi uyarınca geçersiz kabul edilmiştir. ROCHERTER, V.: “Letters of Indemnity and Letters of Guarantee in the International Shipping Trade: A Multi-Jurisdictional Analysis”, s. 19, www.mcgill.ca/files/maritimelaw/letters.doc (23 Şubat 2012). Garanti mektuplarının hukuki niteliği hakkında Lahey Kuralları ve Lahey-Visby Kuralları’nın sessiz kaldığını düşünen Ping-Fat, “taşıyanın, konişmentodaki beyanı nedeniyle gönderilen ile konişmento hamillerine karşı sorumlu olacağını ve teminatın da taşıyana karşı hukuken geçersiz ve uygulamaz kalacağını” düşünmektedir. PING-FAT, S.: *Carrier’s Liability under the Hague, Hague-Visby and Hamburg Rules*, La Haye 2002, s. 203.

⁷² Sözleşme hakkında genel bilgiler için bkz. KARAN, H.: *The Carrier’s Liability*, s. 45; GÖĞER, E.: “Denizde Eşya Taşıma Konvansiyonu Hakkında Genel Bilgiler”, BATİDER, 1980, C. X, S. 3, s. 601-618. Sözleşmenin gayri resmi Türkçe tercümesi için bkz. ÇAĞA, T.: “Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Konferansı”, BATİDER, C. X, S. 2, s. 329-352; Türkçe ve İngilizce metinler için ayrıca bkz.: YAZICIOĞLU, E.: *Hamburg Kuralları’na Göre Taşıyanın Sorumluluğu, Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırılmalı Olarak*, İstanbul, 2000, s. 185-228.

edilmiştir⁷³. 6102 sayılı TTK'nın 1241. maddesine de kaynaklık eden hükmün ikinci fıkrasında, temiz konişmento karşılığı verilen garanti mektuplarının üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmediği vurgulanırken, üçüncü fıkrasında, üçüncü kişileri aldatma kastı olmaksızın yapılan garanti mektuplarının taşıtana/yükletene karşı geçerli olduğu hükme bağlanmaktadır. Ayrıca taşıyan, aldatma amacıyla hareket etmesi durumunda, sorumluluğunun sınırlandırılması hakkını da kaybetmektedir (dördüncü fıkra)⁷⁴.

3- Rotterdam Kuralları

Hamburg Kuralları'nın aksine "Kısmen veya Tamamen Deniz Yoluyla Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (*United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea – Rotterdam Kuralları*)"nde temiz konişmento karşılığında verilen garanti mektuplarına yönelik özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Kuralların 31. maddesinde, Lahey-Visby Kuralları'nın 3 (5) maddesine benzer şekilde, yükleten veya taşıtanın, sözleşme şartlarının belirlenmesi ve taşıma belgelerinin⁷⁵ düzenlenmesi için gereken bilgileri taşıyana zamanında ve doğru şekilde temin edeceği hükmüne bağlanmaktadır⁷⁶. Maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yükleten veya taşıtanın, taşıyanın bu husustan kaynaklanan zarar ve giderlerini tazmin edeceği belirtilse de bu hüküm, temiz konişmento karşılığı verilen garanti mektuplarının geçerliliğine yönelik bir açıklama getirmemektedir.

Kuralların 41. maddesinde, genel olarak, taşıma belgesinin; taşıyanın, eşyayı sözleşmede belirtildiği şekilde teslim alındığına dair aksi ispatlanabilir bir karine, iyiniyetli taşıma belgesi hamillerine karşı ise kesin karine oluşturduğu düzenlenmektedir. Ayrıca kuralların 39 (3) maddesinde taşıma belgesinde yükün harici durumuna ilişkin bir çekincenin bulunmaması durumunda yükün haricen iyi hâlde olduğu kabul edilmiş sayılacağı belirtilmektedir. Bu nedenle Rotterdam Kuralları'nın 40. maddesinde taşıyana; taşıma belgesindeki kayıtların yanlış ya da yanıltıcı olduğunu fiilen bilmesi veya şüphelerinin bulunması durumunda çekince ekleme hakkı bahşedilmektedir⁷⁷.

⁷³ Madde, 18 Haziran 1966 tarihli Fransız Kanunu'nun 20. maddesinde belirtilen hükme benzer bir şekilde kaleme alınmıştır. Bu konuda bkz. TETLEY, W.: "Letter of Indemnity at Shipment", s. 311; ROCHERTER, V.: "Letters of Indemnity and Letters of Guarantee in the International Shipping Trade: A Multi-Jurisdictional Analysis", s. 19, www.mcgill.ca/files/maritimelaw/letters.doc (23 Şubat 2012).

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. KARAN, H.: *The Carrier's Liability*, s. 244; WILSON, J. F.: *Carriage of Goods by Sea*, B. 7, London 2010, s. 223.

⁷⁵ "Taşıma belgesi" terimi, Rotterdam Kuralları'nın 1 (14) maddesinde düzenlenen "taşıma belgesi (*transport document*)" ile 1 (18) maddesinde düzenlenen "elektronik taşıma kaydı (*electronic transport record*)" anlamda kullanılmıştır.

⁷⁶ Rotterdam Sözleşmesi'nin gayri resmî Türkçe metin için bkz. SÜZEL, C.: "Kısmen veya Tamamen Deniz Yoluyla Eşyanın Milletlerarası Taşınması Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Rotterdam Kuralları)", BATİDER, 2010, C. XXVI, S. 2, s. 149-240.

⁷⁷ Taşıyan; kapalı konteynır veya ambalaj için de teslim edilmeyen veya böyle teslim edilip de kontrol imkanına sahip olduğu yüklerde, taşıtan tarafından iletilen bilgileri kontrol etmek için fizikî ve teknik imkanlara sahip değilse, yükün kontrol edilmesinin mümkün olmadığını veya bu bilgilere inanmaması için makul nedenlerini ya da bu bilgileri mantık çerçevesinde kabul ettiğini belirtmek zorundadır. Kapalı konteynır veya ambalaj içinde teslim edilen yüklerde ise kuralların 36. maddesine göre taşıma belgesine derç edilmesi gereken bilgiler çerçevesinde çekinceler ekleyebilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KARAN, H.: "Transport Documents in the Light of the Rotterdam Rules", [GÜNER-ÖZBEK, M. D. (ed.) : *The United Nations*

Yukarıdaki özet bilgilerden, Rotterdam Kuralları'nın 41. maddesi uyarınca temiz konişmento karşılığı verilen garanti mektuplarının, iyiniyetli konişmento hamilleri bakımından geçersiz olacağı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte bu mektupların yükleten veya taşıtan ile taşıyan arasında geçersiz olduğuna dair bir açık ya da zımnî bir hüküm bulunmamaktadır. Sözleşme serbestisi uyarınca, kamu düzeni ve ahlâka aykırı olmak şartıyla, temiz konişmento karşılığında verilen garanti mektuplarının taraflar arasında geçerli olduğu kabul edilmelidir.

C) P&I KULÜPLERİ

Koruma ve Tazmin Kulüpleri (*Protection and Indemnity Clubs* - P&I Kulüpleri), deniz yolculuğunun kendine özgü risklerini teminat altına almak amacıyla bir araya gelen donatanlar tarafından oluşturulan meslek birliklerdir. Bu kulüpler, Koruma ve Tazmin Sigortası (*Protection and Indemnity Insurance* – Kulüp Sigortası) adını verdikleri sistemle; üyesi olduğu donatanın, yolcu veya gemi mürettebatının yaralanması ya da ölümü, yükün zıyayı veya hasarı, çatma veya çevresel zararlardan üçüncü kişilere karşı doğan ancak tekne sigortası kapsamına girmeyenlerini teminat altına almaktadırlar⁷⁸.

Genel olarak eşyanın taşınmasından doğan sorumluluklar da teminat kapsamında bulunduğundan P&I Kulüpleri, kural olarak, donatanın temiz konişmento düzenlenmesinden kaynaklanan zararlarını tazminle yükümlü bulunmaktadır. Bununla birlikte uygulamada P&I Kulüplerinin, temiz konişmento düzenlenmesi karşılığında verilen garanti mektuplarını kabul etmeme yönünde eğilim gösterdikleri bazılarının bu tür sorumlulukları açık şekilde teminat kapsamı dışında tuttukları bildirilmektedir⁷⁹. Bir kısım P&I Kulüplerinin ise sadece kaptan ya da taşıyanın konişmentodaki yanlışlığı bilmesi durumunda temiz konişmentoları sigorta kapsamı dışında tuttuğu, taşıyan ile taşıtan veya gönderen arasında eşyanın durumu hakkındaki önemsiz bir ihtilaf nedeniyle garanti mektubu karşılığında düzenlenen temiz konişmentoları sigorta kapsamına aldıkları⁸⁰ hatta üyelerine garanti mektubu metni konusunda tavsiyelerde buldukları bildirilmektedir⁸¹.

D) ARA DEĞERLENDİRME

Garanti mektuplarının geçersiz sayılmasının temel nedenlerinden birinin taşıyanların, garanti mektubu olgusuna dayanarak, hamillere karşı konişmentonun aksinin ispatlanmasının önüne geçilmesi ve böylece konişmentoların güvenilirliği ve itibarını korunmak olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte özellikle uygulamada, somut olayın koşullarına bakılmadan bütün garanti mektuplarının geçersiz sa-

Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, London 2011], s. 241.

⁷⁸ Yükün taşınmasından doğan sorumlulukların Kulüp Sigortaları tarafından teminat altına alınmasının koşulları ve ayrıntılı bilgi için bkz. ALGANTÜRK, S. D.: *Deniz Sigorta Hukukunda Kulüp Sigortası*, İstanbul 2002, s. 55.

⁷⁹ ROCHERTER, V.: "Letters of Indemnity and Letters of Guarantee in the International Shipping Trade: A Multi-Jurisdictional Analysis", s. 25, www.mcgill.ca/files/maritimelaw/letters.doc (23 Şubat 2012).

⁸⁰ MARTIN, S.: "Bills of Lading & the P&I Clubs: Some Current Issues", http://www.amac.ca/3-S_Martin.pdf (23 Şubat 2012).

⁸¹ ATAMER, K.: "Temiz Konişmento Karşılığı Garanti Mektubu", s. 505; ÇAKALIR, Y.: "Garanti Mektubu Karşılığında", s. 39; AYBAY, G. (ed.): *Deniz Hukuku*, s. 646.

yılmasının çok katı bir çözüm yolu olarak değerlendirilerek, üçüncü kişiler aldatma kastı olmayan garanti mektuplarının geçerli olduğu kabul edilmiştir.

Hamburg Kuralları'ndan itibaren çekince eklenmeyen konişmentoların, taşıyanın eşyayı konişmentoda beyan edildiği gibi teslim aldığı veya yüklediğine yönelik iyiniyetli üçüncü kişilere karşı aksinin ispatlanmaz karine oluşturması⁸², garanti mektuplarının geçersiz sayılması yönündeki katı uygulamayı yumuşatmış ve üçüncü kişiler aldatma kastı olmayan garanti mektuplarının taraflar arasında geçerli olduğu hükme bağlanmıştır. Konunun çözümünün ulusal mevzuata bırakılması amacıyla da Rotterdam Kuralları'na garanti mektubuyla ilgili özel hüküm konulmamıştır⁸³.

III. TTK ÇERÇEVESİNDE GARANTİ MEKTUPLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

A) 1956 TARİHLİ TTK

Deniz taşımacılığında taşınan yük ve ambalajların çeşitlenmesi, eşyanın inceleme ve değerlendirilmesinin çoğu zaman uzmanlık gerektirmesi gibi nedenlerin taşıyanları temiz konişmento düzenleme konusunda isteksiz davranmalarına yöneltmesi, uygulamada, garanti mektuplarının sıklıkla kullanımını zorunlu kılmıştır⁸⁴. 1956 tarihli TTK'nın 1064 (2) maddesinin açık hükmüne rağmen Türkiye'de de garanti mektuplarının yaygın şekilde kullanıldığı ve acentelerin elinde Türkçe ve yabancı dilde basılı matbu mektup formlarının bulunduğu bildirilmektedir⁸⁵. Bununla birlikte 1956 tarihli TTK'nın 1064 (2) maddesinin taşıyanın, taşıtan veya yükletene anlaşarak, konişmentoya gerçeğe aykırı kayıtlar koymuş olması yüzünden gelecek mesuliyetlerden dolayı taşıtan veya yükletene rücu hakkı bulunduğunu öngören bütün anlaşmaların geçersiz olacağına dair açık hükmü nedeniyle garanti mektuplarının, en azından tarafları arasında, geçerli olup olmadığı yoğun tartışmalara konu olmuştur.

1- Doktrin

Garanti mektuplarının geçerliliği konusunda doktrinde, genel olarak, iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bunlardan birincisi, temiz konişmento karşılığı verilen bütün garanti mektuplarının 1956 tarihli TTK'nın 1064 (2) maddesi hükmü uyarınca hükümsüz olduğu yönündedir. Örneğin; konunun uluslararası alanda tartışmalı olduğunu vurgulayan Akıncı, herhangi bir tartışmaya girmeksizin, "taşıyanın yükleten veya taşıtanla anlaşarak konişmentoya hakikate aykırı kayıtlar koymuş olması yüzünden gelecek mesuliyetlerden dolayı taşıtan veya yükletene rücu hakkı bulunduğunu derpiş eden bütün anlaşmaları (n) " hükümsüz olduğunu belirtmektedir⁸⁶. Yine Çağa/Kender, genel olarak uluslararası doktrinde, konişmento hamilini kandırma kastıyla verilen garanti mektuplarının geçersiz ancak hasarın varlığı konusunda şüphenin bulunması veya önemsiz hasarların varlığı gibi konişmento hamilini kandırma niyeti olmaksızın verilen garanti mektuplarının geçerli olduğu kabul edildiğini bildirmesine rağmen, Türk hukukunda konunun açık bir hükümlerle düzenlenmiş olması sebebiyle, temiz konişmento karşılığında verilen bütün garanti mektuplarının hükümsüz olduğunu düşünmektedir⁸⁷. Doğanay, TTK'nın 1064 (2) maddesinin emredici hüküm olduğunu ve bu nedenle

⁸² ÜNAN, S.: "Yargıtay'ın Konişmento ile İlgili", s. 72.

⁸³ AYBAY, G.: Notlandırılmış Yargıtay Kararları, s. 208.

⁸⁴ Örnekler ve ayrıntılı bilgi için bkz. AYBAY, G. (ed.): *Deniz Hukuku*, s. 646.

⁸⁵ ATAMER, K.: "Temiz Konişmento Karşılığı Garanti Mektubu", s. 505; ÇAKALIR, Y.: "Garanti Mektubu Karşılığında", s. 39; AYBAY, G. (ed.): *Deniz Hukuku*, s. 646.

⁸⁶ AKINCI, S.: *Deniz Hukuku, Navlun Mukaveleleri*, s. 219.

⁸⁷ ÇAĞA, T. – KENDER, R.: *Deniz Ticareti Hukuku II*, s. 81

taşıyanın, konişmentoya gerçeğe aykırı kayıtlar koyması yüzünden ortaya çıkacak sorumluluklarından dolayı taşıtan veya yükletene rücu hakkı veren anlaşmaların hükümsüz olduğunu belirtmektedir⁸⁸. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 21.04.1994 tarihli kararına konu olan davaya mütalaa veren Kender-Ünan de benzer şekilde, karşılaştırmalı hukuk ve bazı uluslararası sözleşmelerde garanti mektuplarının hükümsüzlüğünün konişmento hamillerinin aldatılma kastına bağlanmış olmasına rağmen, Türk hukukundaki mevcut 1956 tarihli TTK'nın 1064 (2) maddesi uyarınca temiz konişmento karşılığında verilen bütün garanti mektuplarının hükümsüz olduğunu ileri sürdüğü bildirilmektedir⁸⁹.

1956 tarihli TTK'nın 1064 (2) maddesini çok katı yorumlanmasını doğru bulmayan diğer görüş ise, en azından, taşıyanın tereddütlerini gidermek gibi masum niyetlerle verilen garanti mektuplarının geçerli kabul edilmesi gerektiğini yönündedir. Örneğin; Okay, garanti mektuplarının “çok masum niyetlerle, mesela taşıyanın tereddütlerini gidermek için verildiği” de olduğunu düşünmektedir⁹⁰. TTK'nın 1064 (2) maddesi uyarınca garanti mektuplarının geçersiz olduklarının kesin gibi gözüktüğü belirtmesine rağmen Atamer, Yargıtay'ın 17.11.1981 tarihli kararında, garanti mektubunu geçerli sayan mahkeme kararını bozmasına rağmen, isabetsiz de olsa, davanın halefiyet esasına dayalı olarak incelenmesi gerektiğini düşünmesini, taşıyanın rücu yolunu tamamen kapatılmadığı şeklinde yorumlamaktadır⁹¹. Yine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 21.04.1994 tarihli kararına konu olan davaya mütalaa veren Önen de 1956 tarihli TTK'nın 1064 (2) maddesini özü itibariyle yorumlandığında garanti sözleşmelerinin, üçüncü kişiler açısından hüküm ifade etmemekle birlikte taraflar arasında geçerli olması gerektiğini belirtmektedir⁹². Ünan da benzer şekilde üçüncü kişileri aldatma kastının bulunması durumunda garanti mektuplarının geçersiz olduğunun kabul edilmesi bu kastın olmadığı durumlarda, “makul ve haklı şüphe üzerine alınan garanti mektuplarının geçerli sayılmalarının” uygun olduğunu⁹³, bu anlamda, garanti mektuplarının geçerli olma şartları bakımından 1956 tarihli TTK'nın 1064 (2) maddesi ile Hamburg Kuralları'nın birbirine uygun olduğunu iddia etmektedir⁹⁴. Konu hakkında kişisel görüşünü açıklamamakla birlikte Tekil ise garanti mektuplarının, “taşıyanın emredici hükme bağlı sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı cihetle sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca meşru sayılması gerekeceği (nin) bir çok hukukçu tarafından” savunulduğunu bildirmektedir⁹⁵.

⁸⁸ DOĞANAY, İ.: *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. III, B. 4, İstanbul 2004, s. 2829; Aynı yönde bkz. İZVEREN, A. – FRANKO, N. – ÇALIK, A.: *Deniz Ticaret Hukuku*, s. 220.

⁸⁹ Bkz. 11. HD. 21.04.1994, E. 1994/565, K. 1994/3295, YKD, 1994, C. XX, S. 11, s. 1786; AYBAY, G.: *Notlandırılmış Yargıtay Kararları*, s. 196.

⁹⁰ OKAY, S.: *Deniz Ticaret Hukuku*, s. 63.

⁹¹ ATAMER, K.: “Temiz Konişmento Karşılığı Garanti Mektubu”, s. 507.

⁹² 11. HD. 21.04.1994, E. 1994/565, K. 1994/3295, YKD, 1994, C. XX, S. 11, s. 1787; AYBAY, G.: *Notlandırılmış Yargıtay Kararları*, s. 197.

⁹³ ÜNAN, S.: “Yanlış Konişmento Düzenlenmesinden Kaynaklanan Çekişmelere Dair İki Yargıtay Kararı”, *Deniz Hukuku Dergisi* (Gündüz Aybay'ın Anısına), 2002, C. V, S. 1-4, s. 12 (Anılış: “Yanlış Konişmento Düzenlenmesinden Kaynaklanan”). Yazar, 1956 tarihli TTK'nın 1064 (2) maddesinin uygulanmasında “tarafların gerçeğe aykırı düzenleme/düzenleme bilinciyle (bu hususta anlaşarak) hareket ettikleri belirlenmedikçe garanti mektuplarının taraflar arasında geçerli sayılacağı sonucuna” varılması gerektiğini düşünmektedir. ÜNAN, S.: “Yargıtay'ın Konişmento ile İlgili”, s. 76.

⁹⁴ ÜNAN, S.: “Yargıtay'ın Konişmento ile İlgili”, s. 79.

⁹⁵ TEKİL, F.: *Deniz Hukuku*, s. 255.

2- Yargıtay Kararları

Temiz konişmento karşılığında verilen garanti mektuplarının geçerliliği konusunda Yargıtay'ın da farklı kararlar verdiği görülmektedir. Örneğin garanti mektuplarıyla ilgili 17.11.1981 tarihli ilk kararında Yargıtay, temiz konişmento düzenlenmesi karşılığında taşıtan tarafından verilen garanti mektubunu, emredici nitelikli 1956 tarihli TTK'nın 1064 (2) maddesi uyarınca hükümsüz saymakla birlikte, taşıyanın, halefiyet ilkesine dayalı olarak taşıtana rücu edebileceğine karar vererek, bir şekilde, garanti mektubunun, en azından taraflar arasında geçerli olduğunu kabul etmiştir⁹⁶. Zira Yargıtay, taşıyanın rücu hakkını kabul eden ilk derece mahkeme kararını, garanti mektubunun geçersiz olduğu gerekçesiyle değil, davanın 1956 tarihli TTK'nın 1067. maddesi uyarınca hak düşürücü süre olan bir yıl içinde açılmamış olması nedeniyle bozmuştur. Yeşilova'nın da vurguladığı gibi gerekçeli karardan, davanın hak düşürücü süre dolmadan açılmış olması durumunda Yargıtay'ın, garanti mektubunu geçersiz saymakla birlikte, taşıyanın rücu hakkını kabul edeceği anlaşılmaktadır⁹⁷.

25.11.1993 tarihli ikinci kararında ise Yargıtay'ın, açık şekilde, Hamburg Kuralları'nın 17 (2) maddesindeki çözümü kabul ettiği görülmektedir. Söz konusu kararda Yargıtay, 1956 tarihli TTK'nın 1064 (2) maddesindeki emredici hükmün sadece üçüncü kişiler ile gönderileni bağlamayacağını, bununla birlikte, temiz konişmento karşılığında verilen garanti mektubunun taşıtan ile taşıyan arasında geçerli olduğuna, bu çözümün "irade serbestliği ilkesi ve dünya hukuklarındaki bu doğrultudaki temayüle de uygun" olduğuna hükmetmiştir⁹⁸.

Doktrinde en çok tartışılan 21.04.1994 tarihli üçüncü kararında ise Yargıtay, önceki içtihatlarında vaz geçerek, 1956 TTK'nın 1064 (2) maddesindeki "açık ve emredici hüküm karşısında taşıyanın garanti mektubuna dayanarak gönderene (taşıtana) rücu etmesi (nin) " mümkün olmadığına hükmetmiştir⁹⁹. Kararda, "yorum yolu ile bu hükmün değişik şekilde uygulanmasının yasanın açık hükmüne aykırılık teşkil edeceği" vurgulansa da garanti mektubunun, üçüncü kişileri kandırma kastı ile hareket edildiği gerekçesiyle hükümsüz sayıldığı anlaşılmaktadır. Çakalır'ın da vurguladığı gibi kararda Yargıtay, "kandırma kastı olmaksızın düzenlenen garanti mektuplarının geçerli olacağı eğilimi göstermiştir"¹⁰⁰. Zira konuyla ilgili 19.1.1995 tarihli diğer bir kararında Yargıtay, 1993 tarihli kararının sadece üçüncü kişileri bağlamayacağı şeklinde anlaşılması gerektiğini vurgulayarak, "taşıyan ile taşıtan arasında düzenlenmiş bir garanti taahhüdü geçerli olup, bu kabul irade serbestisi ilkesine ve dünya hukuklarındaki bu doğrultudaki temayüle de uygun..." olduğuna hükmetmiştir¹⁰¹. Bununla birlikte Yargıtay, konuyla ilgili 23.03.1995 tarihli kararında taşıyanın, yükün hasarlı olmasına rağmen temiz

⁹⁶ Karar için bkz. 11. HD. 17.11.1981, E. 1981/4401, K. 1981/4869, YKD, 1982, C. IX, S. 3, s. 361; Ayrıca bkz. AYBAY, G.: *Notlandırılmış Yargıtay Kararları*, s. 181-191; Kazancı Mevzuat Bankası, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlight/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/11hd-1981-4401.htm&query=koni%FEmentonun%20ge%E7ersizli%F0i#fm> (10 Ocak 2012).

⁹⁷ YEŞİLOVA, E.: *Konışmentonun İspat Kuvveti*, s. 204.

⁹⁸ 11. HD. 21.11.1993, E. 1992/7095, K. 1993/7742 [Kazancı Mevzuat Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-1994-565.htm> (10 Ocak 2012)].

⁹⁹ 11. HD. 21.04.1994, E. 1994/565, K. 1994/3295, YKD, 1994, C. XX, S. 11, s. 1782-1791; Karar için ayrıca bkz. AYBAY, G.: *Notlandırılmış Yargıtay Kararları*, s. 192-201.

¹⁰⁰ ÇAKALIR, Y.: "Garanti Mektubu Karşılığında", s. 42. Anılan karara yazılan kaşı oy yazında ise konu, karşılaştırmalı hukukla birlikte geniş bir şekilde incelenerek, 1956 tarihli TTK'nın 1064 (2) maddesinin, Hamburg Kuralları'nın 17. maddesi çerçevesinde yorumlanması gerektiği belirtilmektedir.

¹⁰¹ 11. HD. 19.11.1995, E. 1994/6369, K. 1995/201 (AYBAY, G.: *Notlandırılmış Yargıtay Kararları*, s. 202-203).

konişmento düzenlenmesini üçüncü kişileri aldatmaya yönelik olarak kabul ederek geçersiz saymıştır¹⁰². Yine konuyla ilgili olarak 28.01.2005 tarihli kararında Yargıtay, yükleme limanında teslim aldığı eşyanın eksik olduğuna dair elindeki ekspertiz raporuna rağmen bunu konişmentoya derç etmeyerek temiz konişmento düzenleyen taşıyanı haklı bulan ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur¹⁰³.

3- Ara Değerlendirme

1956 tarihli TTK döneminde ağırlıklı görüşün, temiz konişmento karşılığında verilen garanti mektuplarının, konuya ilgili 1064 (2) maddesinin çok katı yorumlanması nedeniyle, tamamen geçersiz sayılması yönünde olduğu görülmektedir. Maddede “donatanın taşıtan veya yükletenle anlaşarak konişmentoya hakikate aykırı kayıtlar koymuş olması yüzünden gelecek mesuliyetlerden dolayı taşıtan veya yükletene rücu hakkı bulunduğunu derpiş eden bütün anlaşmalar (ın) hükümsüz” olduğu düzenlenmektedir. Maddenin gerekçesinde, uygulamada taşıyanların, taşıtan veya yükletenle anlaşarak gerçeğe aykırı konişmento tanzim ederek hasarlı olmasına rağmen yükün hasarsız olduğunu beyan ettiklerini ve bu yanlış beyanlarından doğabilecek sorumluluklarını taşıtana veya yükletene rücu hakkı veren garanti mektubu aldıklarının görüldüğü, “bu gibi suiistimallerin önüne geçmek maksadıyla mezkûr garanti taahhütlerinin hükümsüz olacağına” dair 1064 (2) maddenin hükme bağlandığı belirtilmektedir¹⁰⁴.

Maddenin lafzî yorumdan, temiz konişmento düzenlenmesi karşılığında verilen her türlü garanti mektuplarının geçersiz olduğu sonucu çıkmakla birlikte madde gerekçesinden bu hükmün ihdas edilmesindeki ana amacın; konişmentonun güvenilirliğinin dolayısıyla üçüncü kişilerin korunmasının olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla, doktrin ve uygulamada genel kabul gören görüşün aksine, üçüncü kişileri kandırma kastı, açık hasar veya yanlış tarih gibi garanti mektubunun mutlak geçersiz sayılacağı durumlar dışında, taşıyanın rücu hakkının kabul edilmesi iradi serbestlik ilkesi ve sorumluluk hükümlerine de uygun olacaktır¹⁰⁵.

B) 6102 SAYILI YENİ TTK

1- Genel Olarak

6102 sayılı yeni TTK'nın 1241. maddesine derç edilen ve 1956 tarihli eski TTK'da karşılığı olmayan yeni bir hükümlerle, temiz konişmento düzenlenmesi karşılığında verilen garanti mektuplarının geçerliliği sorunu açıklığa kavuşturulmuştur. Hamburg Kuralları'nın 17. maddesi esas alınarak kaleme alınan maddede; temiz konişmento düzenlenmesi karşılığı verilen garanti mektupları, gönderilen dahil konişmentoyu iyiniyetle iktisap eden bütün üçüncü kişilere karşı geçersiz sayılırken, üçüncü kişileri aldatma amacı gütmemek şartıyla, taraflar arasında geçerli olduğu açık şekilde hükme

¹⁰² Karar için bkz. ÜNAN, S.: “Yanlış Konişmento Düzenlenmesinden Kaynaklanan”, s. 10.

¹⁰³ 11. HD. 28.02.2005, E. 2004/5362, K. 2005/1768 (yayımlanmamış karar) (KARAN, H.: “Turkish Maritime Law Update: 2005”, Journal of Maritime Law and Commerce, 2006, C. XXXVII, S. 3, s. 421).

¹⁰⁴ *Türk Ticaret Kanunu Lâyihası ve Adliye Encümeni Mazbatası (1/150)*, D. X, İ. 2, S. Sayısı: 198, s. 409; <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c012/tbmm10012083ss0198.pdf> (02 Mart 2012).

¹⁰⁵ Aynı yönde bkz. ATAMER, K.: “Temiz Konişmento Karşılığı Garanti Mektubu”, s. 506. Yazar, gerçeğe aykırı konişmento düzenlenmesinde taşıtan veya yükletenin, sözleşme öncesi sorumluluk ilkesi uyarınca müşterek kusurlu olduğunu ve taşıyanın rücu kapsamının 818 sayılı TBK'nın 98 (2) maddesinde [TBK m. 114 (2)] yapılan atıf uyarınca 50 (1) maddesine (TBK m. 61) göre hakim tarafından takdir edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

bağlanmıştır. Maddenin lafzından, temiz konişmento karşılığı verilen garanti mektuplarının, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı herhâlde hükümsüz olduğu, taraflar arasında ise ancak üçüncü kişileri aldatmak kastı olmaması şartıyla geçerli sayıldığı anlaşılmaktadır¹⁰⁶.

2- Garanti Mektubu ve Unsurları

TTK'nın 1241 (2) maddesinde garanti mektubu, "yükletenin konişmentoya konulmak üzere bildirdiği kayıtlara veya eşyanın haricen belli olan hâl ve niteliğine ilişkin bir çekince eklenmeksizin düzenlenmesi yüzünden taşıyanın uğrayacağı zararı yükletenin tazmin edeceğine dair her türlü taahhüt veya anlaşma" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu anlamda garanti mektubunun unsurlarını; çekince eklenmesi gereken bir durumun varlığı, üçüncü kişileri aldatma amacının olmaması ile taahhüt ya da anlaşma olarak saymak mümkündür.

a) Çekince Eklenmesi Gereken Bir Durumun Varlığı

TTK'nın 1241 (2) maddesi uyarınca garanti mektubunun geçerli sayılabilmesi için çekincenin; yükletenin konişmentoya konulmak üzere bildirdiği kayıtlara veya eşyanın haricen belli olan hâl ve niteliğine ilişkin olması gerekmektedir. Bu itibarla taşıyan; yükleten tarafından konişmentoya konulmak üzere bildirilen kayıtları "tedbirli bir taşıyan" gibi hareket ederek incelemek ve çekince eklemesi gereken bir hususu tespit etmesi durumunda ise bunu konişmentoya derç etme yükümlüdür¹⁰⁷. Her ne kadar madde metninde sadece "yükleten" terimi kullanılmış olsa da "taşıtan" tarafından konişmentoya konulmak üzere bildirilen kayıtların da madde kapsama dahil olması gerektiği kabul edilmelidir¹⁰⁸.

TTK kapsamında temiz konişmento karşılığında verilen garanti mektuplarının geçerli sayıldığı diğer durum ise eşyanın haricen belli olan hâl ve niteliğine ilişkin eklenmesi gereken çekincenin ihmal edilmesidir. Yukarıda belirtildiği üzere eşyanın haricen belli olan hâl ve niteliklerine ilişkin çekinceler; eşyanın cinsi, işaretleri, koli veya parça adedi, ağırlığı ya da miktarı gibi hususlardır. Bu kapsamda, genel olarak doktrin ve uygulamada yapılan temiz konişmento tanımına da uygun olarak, yükleme

¹⁰⁶ TTK'nın 1241. maddesinin gerekçesinde de "uygulamada, yükletenin taşıyana garanti mektubu vererek eşyanın mevcut durumu hakkında konişmentoya konulan yanlış kayıtlardan dolayı taşıyanın konişmento hamillerine karşı sorumluluğunu güvence altına aldığı (nin) görül (düğü) ... böyle bir garanti taahhüdünün iyiniyetli üçüncü kişi hâmillere karşı geçerli olmadığını ifade etmek üzere 1978 tarihli Hamburg Kurallarının 17 nci maddesi (nin) tasarıya eklen (diği) ... bu ekleme sonucunda, yükletence taşıyana verilen bu nitelikteki garantinin taşıyanın üçüncü kişileri aldatmak kastı olmaması şartıyla geçerli olduğu (nun) belirtil (diği) " vurgulanmaktadır.

¹⁰⁷ Karşılaştırmalı hukukta ise eşyanın konişmentoda yeterli şekilde tanımlanmış olması durumunda, donatanların, yapılan bir incelemede eşyanın hasarlı olduğu tespit edilse bile, konişmentoya herhangi bir kayıt eklemeye yetkili olmadığını kabul edilmektedir. Zira bir mahkeme kararında, taşıtanların, ilk inceleme raporunda tespit edilen eşyanın görünüşte iyi hâlde olduğuna dair ibareyi konişmentoya derç etmek üzerinde anlaşmış olmaları durumunda, donatanların, konişmentoya herhangi bir kayıt eklemeyeceğine hükmedildiği bildirilmektedir. bkz. WILSON, J. F.: *Carriage of Goods by Sea*, s. 123.

¹⁰⁸ Aynı yönde bkz. ÜNAN, S.: "Yargıtay'ın Konişmento ile İlgili", s. 82; Zira maddeye kaynaklık eden Hamburg Kuralları'nın 17 (2) maddesinde "shipper" terimi, hem taşıtan hem yükleten hem de bunlar adına veya hesabına hareket eden kişileri ifade etmektedir [Hamburg Kuralları m. 1 (3)]. Aynı zamanda TTK'nın 1145 (1) maddesinde yükleten ve taşıtanın birlikte eşya hakkında taşıyana tam ve doğru bildirimde bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır.

tarihi veya limanın farklı yazılması gibi eşyanın harici durumu ile ilgili olmayan hususlara ilişkin verilen garanti mektupları TTK'nın 1241. maddesi uyarınca geçerli sayılmamalıdır¹⁰⁹.

b) Aldatma Amacı GÜdülmemesi

TTK'nın 1241 (3) maddesinde temiz konişmento karşılığında verilen garanti mektuplarının, taraflar arasında, geçerli sayılabilmesi üçüncü kişileri¹¹⁰ aldatma amacı güdülmemesi şeklinde olumsuz bir şarta bağlanmaktadır. Madde gerekçesinde, yükleten tarafından taşıyana verilen garanti mektuplarının, taşıyanın üçüncü kişileri aldatmak kastı olmaması şartıyla geçerli sayıldığı vurgulanmasına rağmen "aldatma amacı güdülmemesi" ifadesiyle neyin amaçlandığı belirtilmemektedir. Aslında garanti mektubu karşılığında düzenlenen bütün temiz konişmentoların, genel anlamda, üçüncü kişileri aldatmaya yönelik bir faaliyet olarak değerlendirmek mümkün bulunduğundan¹¹¹ öncelikle "aldatma amacı güdülmemesi" ifadesiyle neyin anlaşılması gerektiği belirlenmelidir.

"Aldatmak" fiilinin sözlük karşılığı, "beklenmedik bir davranışla yanıltılmak" "karşısındakinin dikkatsizliğinden, ilgisizliğinden yararlanarak onun üzerinden kazanç sağlamak", "bir şeyin görünürdeki durumu, o şeyin niteliği bakımından yanlış bir kanı vermek" anlamına gelmektedir¹¹². Aldatmak fiilinde "bilmek", "istemek" ve "menfaat elde etmek" olduğundan, maddedeki "aldatma amacı" ifadesinden taşıyanın; "iyiniyetli üçüncü kişileri yanıltılmak, onların dikkatsizliği, bilgisizliği veya ilgisizliğinden yararlanarak menfaat sağlamak" saikiyle hareket etmesi gerektiği anlaşılmalıdır. Bu itibarla taşıyanın sadece gerçeğe aykırı beyanda bulunmuş olması aldatma kastı için yeterli olmamalı aynı zamanda taşıyanın üçüncü kişileri yanıltma ve bu beyanı nedeniyle menfaat elde etmesini amaçlaması gerektiği kabul edilmelidir.

Garanti mektuplarının geçersizliği için sadece taşıyan veya "onun bir temsilcisinin" üçüncü kişileri aldatma kastıyla hareket etmesi gerekli olup yükleten veya taşıyanda aldatma kastının varlığı tek başına bir önem taşımamalıdır. Taşıyanın bir temsilcisi" ifadesinin ise "taşıyanın adamları" teriminden daha dar anlamda sadece taşıyanın, "kendisini temsile yetkili kıldığı kişileri" kapsadığı kabul edilmelidir [TTK m. 1179 (2)]. Bu itibarla yükleten veya taşıyanla birlikte hareket eden temsile yetkili olmayan taşıyanın diğer adamlarının, üçüncü kişileri aldatma kastıyla hareket etmesi garanti mektubunun geçersiz olması sonucunu doğurmamalıdır.

TTK'nın 1241. maddesinin ihdas edilmesinin temel amacının, deniz ticaretinde büyük sorunlara sebep olan temiz konişmento karşılığı garanti mektubu uygulamasını çözüme kavuşturmak yanında, 1956 tarihli TTK'nın 1064 (2) maddesine benzer şekilde, taşıyanların, taşıyan veya yükletenle anlaşarak gerçeğe aykırı konişmento tanzim etmelerinin önüne geçilmesi böylece kıymetli evrak niteliğindeki konişmentoların güvenilirliğinin ve itibarlarının korunması olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu

¹⁰⁹ Aksi yönde bkz. ÜNAN, S.: "Yargıtay'ın Konişmento ile İlgili", s. 81. TTK'nın 1241. maddesinde getirilen düzenlemenin eksik olduğunu düşünen yazar, 1956 tarihli TTK'nın 1064 (2) maddesindeki "konişmentoya gerçeğe aykırı kayıtlar koymak" şeklindeki geniş anlatımın daha doğru olduğunu ve tarih açısından da gerçeğe aykırı düzenlenen konişmentolara karşı verilen garanti mektuplarının geçerli sayılması gerektiğini düşünmektedir.

¹¹⁰ "Üçüncü kişiler" terimi sadece gönderilen dahil diğer konişmento hamillerini değil aynı zamanda banka, sigortacı gibi konişmentodaki kayıtlara güvenerek işlem yapan bütün gerçek ve tüzel kişileri de kapsamalıdır.

¹¹¹ TETLEY, W.: "Letter of Indemnity at Shipment", s. 303.

¹¹² "Güncel Türkçe Sözlük", http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4f7e9905eb0f93.71091511 (20 Şubat 2012).

İtibarla, deniz ticaretinin en önemli belgelerinden biri olan konişmentoların itibarlarının zedelenmemesi amacıyla bütün garanti mektubu uygulamalarına, kural olarak, “aldatma amacının” bulunduğu varsayımı ile yaklaşılarak her somut olayın şartlarına göre bu amacın olup olmadığı araştırılmalıdır.

c) Taahhüt veya Anlaşma

Teknik anlamda garanti mektupları, taşıyan veya yükleten tarafından taşıyana verilen ve eklemesi öngörülen bir çekincenin konişmentoya yazılmamasından doğacak zararını giderme taahhüdünü içeren bir yazıdır¹¹³. TTK'nın 1241 (2) maddesinde ise garanti mektuplarının, “taşıyanın uğrayacağı zararı, yükletenin tazmin edeceğine dair her (türlü) taahhüt veya anlaşma” olduğu belirtilmektedir. Bu anlamda garanti mektuplarının, yükletenin tek taraflı taahhüt (garanti) beyanı ya da taşıyan ile karşılıklı yapacakları bir anlaşma (sözleşme) şeklinde olması mümkündür. Uygulamada da Türkiye'deki acentelerin, Türkçe ve yabancı dille yazılmış matbu garanti mektup formlarının kullanıldığı bildirilmektedir¹¹⁴. TTK'nın 1241 (2) maddesinde garanti mektuplarının geçerliliğine ilişkin herhangi bir şekil şartı öngörülmemektedir. Bu nedenle, TBK'nın 12 (1) uyarınca, tarafların sözlü irade beyanlarıyla da garanti ilişkisinin kurulabileceği kabul edilmelidir.

3- Garanti Mektubundan Kaynaklan İlişkiler

a) İyiniyetli Üçüncü Kişiler

aa) Genel Olarak

TTK'nın 1241 (2) maddesinde “taşıyan veya onun bir temsilcisi tarafından konişmentonun, yükletenin konişmentoya konulmak üzere bildirdiği kayıtlara veya eşyanın haricen belli olan hâl ve niteliğine ilişkin bir çekince eklenmeksizin düzenlenmesi yüzünden taşıyanın uğrayacağı zararı yükletenin tazmin edeceğine dair her taahhüt veya anlaşma (nın), konişmentoyu, gönderilen de dâhil olmak üzere, iyiniyetle iktisap eden bütün üçüncü kişilere karşı geçersiz” olduğu hükme bağlanmaktadır. Bu kapsamda, temiz konişmento karşılığında verilen garanti mektuplarının üçüncü kişilere karşı geçerli sayılmaması için; üçüncü kişinin iyiniyetli olması ve eşyanın haricen belli olan hâl ve niteliğine ilişkin eklenmesi gereken çekincenin eklenmemiş olması gerekmektedir.

bb) Şartları

aaa) Üçüncü Kişinin İyiniyetli Olması

TTK'nın 1241 (2) maddesi uyarınca temiz konişmento karşılığında verilen garanti mektuplarının gönderilen dahil diğer konişmento hamillerine karşı geçersiz sayılabilmesi için öncelikle üçüncü kişilerin iyiniyetli olması gerekmektedir. İyiniyetin varlığının Medeni Kanun'un 3. maddesi çerçevesinde belirleneceği aşikâr olmakla birlikte üçüncü kişilerin hangi açıdan iyiniyetli olması yeterli kabul edilecektir? Örneğin üçüncü kişilerin, yükleten veya taşıyan ile taşıyan arasındaki garanti mektubunun varlığından haberdar olmaması iyiniyetin varlığı için yeterli olacak mıdır? Yoksa eşyanın haricen belli olan hâl ve niteliğine yönelik çekince eklenmesi gereken bir durumun varlığını bilmemesi veya bilmek zorunda olmaması mı aranacaktır?

Temiz konişmento karşılığında garanti mektubu verilmesi, her zaman, yükün haricen belli hâl ve niteliğine ilişkin çekince eklenmesi gereken bir durumun varlığına

¹¹³ AYBAY, G. (ed.): *Deniz Hukuku*, s. 644; AYBAY, G.: *Notlandırılmış Yargıtay Kararları*, s. 203.

¹¹⁴ Bkz. ATAMER, K.: “Temiz Konişmento Karşılığı Garanti Mektubu”, s. 505; AYBAY, G. (ed.): *Deniz Hukuku*, s. 646; AYBAY, G.: *Notlandırılmış Yargıtay Kararları*, s. 204.

işaret etmemektedir. Zira uygulamada garanti mektupları çoğunlukla, üçüncü kişileri aldatma kastı olmaksızın sadece taşıyanın, yükün durumu hakkındaki tereddütlerini gidermek amacıyla kullanılmaktadır¹¹⁵. Bu anlamda garanti mektubunun varlığının bilinmesi hatta durumun üçüncü kişilere ihbar edilmesi kişileri, kural olarak, iyiniyetli olmaktan çıkarmamalıdır. Garanti mektubunun bilinmesi veya yapılan bu tür bir ihbar, sadece taşıyanın, konişmento hamilinin durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermediği şeklindeki bir iddiasına delil teşkil etmelidir¹¹⁶.

Temiz konişmento karşılığında garanti mektubu verilmesi ilişkisinde iyiniyetin varlığı, eşyanın haricen belli olan hâl ve niteliğine ilişkin konişmentodaki kayıtların doğru olduğuna ilişkin inanç duygusudur. İyiniyetin varlığının ortadan kalkması ancak bu inanç duygusunun açık şekilde yok olmasıyla mümkün olmalıdır. Bu itibarla iyiniyetli olmadıklarının kabulü için ancak bu kişilerin; eşyanın haricen belli olan hâl ve niteliğine yönelik çekince eklenmesi gereken bir durumun varlığını bilmesi veya bilmek zorunda olması şartı aranmalıdır.

bbb) Haricen Belli Olan Hâl ve Niteliğe İlişkin Çekince

TTK'nın 1241 (2) maddesi uyarınca temiz konişmento karşılığında verilen garanti mektuplarının, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı geçersiz sayılması için, yükleten veya taşıyanın, konişmentoya konulmak üzere taşıyana beyan ettiği kayıtlardan veya eşyanın haricen belli olan hâl ve niteliğinden çekince eklenmesini gerektiren bir durumunun bulunması gerekmektedir. Aksi ile kanıt yorumundan maddeden; eşyanın haricen belli olan niteliğinden veya yükleten ya da taşıyanın beyanından çekince eklenmesi gerektiren bir durumun anlaşılabilmesi halinde garanti mektubunun geçersiz sayılması gerektiği gibi bir sonuca ulaşılmaktadır. Bu anlamda taşıyan; tedbirli bir taşıyan gibi eşyayı kontrol etmesine rağmen çekince eklenmesi gereken durumu göremediğini veya çekince eklenmesi gereken durumun konişmento düzenlendikten sonra ortaya çıktığını ya da yükleten tarafından sonradan bildirdiğini ispatlayarak elindeki garanti mektubunu konişmento hamiline bir def'î olarak ileri sürebilecek midir?

TTK'nın 1239. maddesinin açık hükmü gereği bu soruya olumsuz cevap vermek gerekmektedir. Zira maddenin ikinci fıkrasında taşıyanın, “eşyanın haricen belli olan hâlini konişmentoda beyan etmeyi ihmal (etmesi)” durumunda “konişmentoda eşyanın haricen iyi hâlde olduğuna dair beyanda bulunulmuş” sayılacağı belirtilirken, üçüncü fıkrasında bu durumun, taşıyanın, eşyayı konişmentoda beyan edildiği gibi teslim aldığına veya yüklediğine dair, gönderilen de dâhil olmak üzere, konişmentoyu iyiniyetle devralan üçüncü kişiler lehine aksi ispatlamaz karine oluşturduğu hükme bağlanmaktadır.

Bununla birlikte madde metninde kullanılan “ihmal ederse” ifadesinin, “gereken ilgiyi göstermemek, savsaklamak, boşlamak” şeklinde anlamlandırılması hâlinde taşıyanın, basiretli bir taşıyan gibi hareket etmesine rağmen eşyanın haricen belli olan durumuna ilişkin çekince eklenmesi gereken kusuru tespit edemediğini ispat ederek, kesin karinenin oluşmasını engelleyip engellemeyeceğinin ayrıca tartışılması gerekmektedir.

TTK'nın 1239 (2) maddede kullanılan “ihmal ederse” ifadesinden neyin anlaşılması gerektiği açık olmamakla birlikte ifadenin yukarıdaki anlamıyla yorumlanması maddenin amacıyla çelişmektedir. Zira gerekçede, “eşyanın haricen belli olan hâlini

¹¹⁵ Bkz. AYBAY, G. (ed.) : *Deniz Hukuku*, s. 646; AYBAY, G.: *Notlandırılmış Yargıtay Kararları*, s. 192.

¹¹⁶ Uygulamada genel olarak konişmento hamilleri tacir olmaları nedeniyle “basiretli bir iş adamı gibi hareket etme” yükümlüğü bulunduğundan zaten taşıyan, her zaman, bu özenin gösterilmediği ispatlama hakkına sahiptir.

taşıyanın yükletenin talebine göre değil, kendi tecrübelerine dayanarak senede koyacağı (nın) kabul edil (diği) ” belirtmektedir¹¹⁷. Ayrıca eğer ifade, me haz Hamburg Kural-ları’nın 16 (2) maddesindeki “görememek, başaramamak” anlamındaki “*fails to note*”un karşılığı olarak kullanılmış ise “ihmal ederse” ifadesinin; “gereken ilgiyi göstermemek, savsaklamak, boşlamak” şeklinde değil de daha pasif anlamda “bütün çaba ve emek-lerine rağmen görememek” anlamında yorumlanması me haz sözleşmenin ruhuna da uygun olacaktır. Sonuç olarak taşıyanın, gerek kendi tecrübelerine dayanarak gerek uz-man yardımı alarak eşyanın haricen belli hâline ilişkin çekince eklemesi gereken bir durumun tespit edilmediğini ispatlayarak kesin karineyi engelleme hakkının bulun-madığı kabul edilmelidir¹¹⁸.

b) Garanti Mektubunun Tarafları

aa) Genel Olarak

TTK’nın 1241 (3) maddesinde garanti mektubunun, üçüncü kişileri aldatma amacı güdülmemesi şartıyla, “taraflar” arasında geçerli olduğu düzenlenmesine rağmen bunların kimler olduğu sayılmamaktadır. Temiz konişmento karşılığında garanti mektubu düzenlenmesinin amacı dikkate alındığında, genel olarak, garanti mektuplarının lehtar ve hamili, taşıyan, muhatabı ise taşıtan veya yükletendir. Bununla birlikte ka-nunda bir sınırlama yapılmadığından garanti mektubunun herkes için ve herkes tarafın-dan verilebileceği kabul edilmelidir. Bu itibarla taşıtanın yükletene, akdî taşıyanın fiili (gerçek) taşıyana hatta üçüncü bir kişinin diğer bir taraf lehine garanti mektubu verme-sinin önünde hukukî bir engel bulunmamaktadır.

bb) Garanti Mektubunun Geçerliliği

TTK’nın 1241 (3) maddesinde temiz konişmento karşılığında verilen garanti mektuplarının taraflar arasında geçerli olması, üçüncü kişileri aldatma amacı güdül-memesi şeklinde sadece olumsuz bir şarta bağlanmıştır. Taşıyan, temiz konişmento düzenlemesi nedeniyle konişmento hamiline ödediği miktarı, rücu yoluyla, garanti mektubunu veren taşıtan veya yükletenden talep edebilecektir. Bu kapsamda tartışıl-ması gereken birincisi husus, garanti mektubu veren taşıtan veya yükletenin kayıtsız şartsız bu miktarı ödemek zorunda olup olmadığı, diğer bir ifadeyle, taşıtan veya yük-letenin herhangi bir def’i ya da itiraz hakkının bulunup bulunmadığıdır.

Garanti mektupları, garanti sözleşmesi niteliğinde olduğundan, taşıyanın, temiz konişmento düzenlemesi nedeniyle konişmento hamiline tazminat ödemesiyle riziko gerçekleşmiş sayılacak ve yükleten veya taşıtanın bu zararı ödeme sorumluluğu doğa-caktır¹¹⁹. Yükleten veya taşıtan, taşıyanın bu sebeple meydana gelen bütün zararını tazmin etmekle yükümlü olacak ve kural olarak herhangi def’i veya itiraz ileri süreme-yecektir. Bununla birlikte garanti mektubu veren yükleten veya taşıtan, sadece temiz konişmento düzenlenmesiyle oluşacak rizikoyu üstlendiğinden, taşıyanın zararının

¹¹⁷ *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı*, s. 370, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> (01 Ocak 2012).

¹¹⁸ Aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceği gibi TTK’nın 1179. maddesi uyarınca taşıyan, zararın kendi veya adamlarının kasıt ve ihmalden gelmediğini ispatlaması halinde eşyaya gelen zararlardan dolayı sorumluluktan kurtulmaktadır. Bununla birlikte söz konusu hükmün sadece taşıyanın sorumluktan kurtulmasına yönelik olup kesin karinenin çürütülmesi olarak değerlendirilmemelidir.

¹¹⁹ Garanti sözleşmesinde bir riziko garanti edilmekte ve riziko gerçekleştiği oranda da ödeme zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. REİSOĞLU, S.: “Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada”, s. 348.

temiz konişmento düzenlenmesinden kaynaklanmadığını¹²⁰ ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir.

Yukarıda belirtildiği gibi genel olarak garanti mektubu ilişkisinden üçüncü kişilerin haberdar olmaması, pratikte, aldatma amacının varlığının tespitinin çoğu kez mümkün olmamasına¹²¹ hatta sadece tarafların beyanlarıyla ortaya çıkabilecek şekilde gizlenmesine yol açması farklı sorunların yaşanmasına neden olabilecektir. Örneğin yükleten veya taşıtan, kendisine rücu eden taşıyana karşı, üçüncü kişileri aldatma kastıyla hareket edildiğini iddia ederek garanti mektuplarının geçersizliğini ileri sürebilecek midir?

Karşılaştırmalı hukukta soruya bir kısım mahkemenin olumlu bir kısım mahkemenin olumsuz cevap verdiği bildirilmekle¹²² birlikte Türk Hukuku açısından, TTK'nın 1241 (3) maddesinin açık hükmü gereği, kural olarak, olumlu cevap vermek gerekmektedir. Zira maddede, garanti mektuplarının geçersiz sayılması için taşıyan veya onun temsilcisinin, üçüncü kişileri aldatma kastıyla hareket etmesi yeterli sayılmakta başkaca olumsuz bir şart belirtilmemektedir. Bu nedenle, kural olarak, yükleten veya taşıtanın, taşıyanın üçüncü kişileri aldatma kastıyla hareket etmesi nedeniyle verdikleri garanti mektubunun geçersiz olduğu def'ini ileri sürebilmelerinin önünde hukukî bir engel bulunmadığı kabul edilmelidir.

Bu yorum; "iyiniyet" ve "kimse kendi kusuruna dayanarak hak elde edemez" ilkelere aykırı gibi görünse de üçüncü kişileri aldatma kastıyla verilen bu garanti mektubu TBK'nın 27 (1) maddesi uyarınca geçersiz sayılması gerekeceğinden¹²³, taşıyanın, hukuken geçersiz bir sözleşmeye dayanarak taşıtan veya yükletene rücu etmesi zaten mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte üçüncü kişileri aldatma kastıyla taşıyanla birlikte hareket eden yükleten veya taşıtanın, genel hükümler çerçevesinde sorumlu olacakları tartışmadan uzaktır. Ünân'ın da belirttiği gibi üçüncü kişileri aldatma kastıyla gerçeğe aykırı konişmento düzenlenmesi Borçlar Hukuku anlamında bir haksız fiil olduğundan¹²⁴ taşıyanın, TBK'nın 62 (2) maddesi kapsamında kusurları oranında yükleten veya taşıtana rücu edebilecekleri kabul edilmelidir¹²⁵.

TTK'nın 1145 (1) maddesinde taşıtan ve yükletenin, eşya hakkında taşıyana tam ve doğru beyanda bulunmakla yükümlü olduğu bu beyanlarının doğru olmamasından kaynaklanan zararlar dolaylı da taşıyana karşı sorumlu oldukları hükme bağlanmaktadır. Maddenin lâfzından beyan yükümlülüğünün, doğru bilgi kadar tam bilgiyi de kapsamaktadır. Bu itibarla, garanti mektubu üçüncü kişileri aldatma kastı nedeniyle geçersiz sayılsa bile, konişmentoya konulmayan çekince taşıtan veya yükleten tarafın-

¹²⁰ Taşıtan veya yükleten, zararını; taşıyanın özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi veya taşıyanın hakimiyeti bulunduğu sırada meydana geldiğini (TTK m. 1178) ya da taşıyanın teknik kusurundan meydana geldiğini (TTK m. 1180) ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmelidir.

¹²¹ ÜNAN, S.: "Yargıtay'ın Konişmento ile İlgili", s. 82

¹²² Bkz. TETLEY, W.: "Letter of Indemnity at Shipment", s. 304; ROCHERTER, V.: "Letters of Indemnity and Letters of Guarantee in the International Shipping Trade: A Multi-Jurisdictional Analysis", s. 13, www.mcgill.ca/files/maritimelaw/letters.doc (23 Şubat 2012).

¹²³ Aynı yönde bkz. ÜNAN, S.: "Yargıtay'ın Konişmento ile İlgili", s. 75.

¹²⁴ ATAMER, K.: "Temiz Konişmento Karşılığı Garanti Mektubu", s. 507; YEŞİLOVA, E.: *Konışmentonun İspat Kuvveti*, s. 234.

¹²⁵ Garanti mektubunun geçerli sayılması durumunda garanti mektubu veren taşıtan veya yükleten, taşıyanın bütün zararını karşılamak zorunda kalırken geçersiz olması durumunda ise kusuru oranında tazmin edecektir. Ünân, bu durumda taşıyanı kışkırtan taşıtan veya yükletenin en azından zararın yarısına katlanmasının daha doğru bir çözüm olduğunu düşünmektedir. ÜNAN, S.: "Yargıtay'ın Konişmento ile İlgili", s. 74.

dan bildirilen kayıtlara ilişkin olmaması şartıyla¹²⁶ taşıyan, TTK'nın 1145 (1) maddesindeki beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğine dayanarak, temiz konişmento düzenlemiş olmasından kaynaklanan zararı nedeniyle taşıyan veya yükletene rücu edilecektir.

IV. TAŞIYANIN, TEMİZ KONİŞMENTO DOLAYISIYLA SORUMLULUĞU

A) GENEL OLARAK

TTK'nın 1238. maddesinde kimlerin taşıyan sayılacağı veya müteselsilen sorumlu olacağı hükmüne bağlanmaktadır. Buna göre;

(i) Temiz konişmentoyu taşıyan sıfatıyla imzalayan veya kendi ad ve hesabına imzalanan kişi [TTK m. 1238 (1)],

(ii) Temiz Konişmentoda taşıyanın adı ve soyadı veya ticaret unvanı ile işletme merkezinin gösterilmemiş olduğu veya açıkça anlaşılmadığı hâllerde, kural olarak, donatan [TTK m. 1238 (2)],

(iii) Kaptan veya taşıyanın diğer bir temsilcisi tarafından düzenlenen temiz konişmentoda, taşıyanın adı ve soyadı veya ticaret unvanı ile işletme merkezinin gösterilmemiş olduğu veya açıkça anlaşılmadığı hâllerde ise, kural olarak, donatan ve taşıyanın temsilcisi [TTK m. 1238 (2)] taşıyan sayılacaktır.

B) GERÇEĞE UYGUN KONİŞMENTO DÜZENLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Genel olarak taşıyanın, taşıma sözleşmesinin konusu olan eşya sorumluluğu altına girdiğinde, yükletenin istemi üzerine konişmento düzenlemekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir¹²⁷. Bununla birlikte taşıyanın herhangi bir konişmento düzenlemesi bu yükümlülüğün ifası için yeterli olacak mıdır? Yoksa düzenlenen bu konişmentoların her zaman gerçeğe uygun olması mı gerekmektedir? Diğer bir ifadeyle taşıyan, genel hükümler haricinde, gerçeğe uygun konişmento düzenlemekle mi yükümlüdür?

Konişmentonun içeriğini ve nasıl düzenleneceğini düzenleyen TTK'nın 1228 ve 1229. maddelerinde konuyla ilgili açık bir ifade bulunmamakla birlikte, genel olarak, gerçeğe uygun konişmento düzenleme yükümlülüğünün taşıyanın özen borcunun doğal bir sonucu olduğu kabul edilmelidir. TTK'nın 1239 (1) maddesinde ayrıca taşıyana, eşyanın genel olarak cinsi, işaretleri, koli veya parça adedi, ağırlık veya miktarı hakkında beyanlar içeren bir konişmentoda, bu beyanların fiilen teslim alınan veya yüklenen eşyayı doğru ve tam olarak göstermediğini biliyor veya gösterdiğinden haklı sebeplerle şüphe ediyorsa yahut bu beyanları kontrol etmek için yeterli imkânı sahip değilse, konişmentoya bu beyanların gerçeğe uymadığını, şüphesini haklı gösteren sebeplerini veya yeterli kontrol imkânının bulunmadığını açıklayan bir çekince koyma

¹²⁶ TTK'nın 1241 (3) maddesinin son cümlesinde taşıyanın, üçüncü kişileri aldatma kastıyla hareket etmesi durumunda konişmentoya konulmayan çekincenin, yükleten tarafından bildirilen kayıtlara ilişkin olması durumunda taşıyanın, TTK'nın 1145 (1) maddesi uyarınca yükletenden tazminat isteyemeyeceği hükmüne bağlanmaktadır.

¹²⁷ Hamburg Kuralları'nın 14 (1) maddesinin birinci cümlesinde taşıyanın, eşyanın sorumluluk altına girdiğinde konişmento düzenlemekle yükümlü olduğu belirtilmesine rağmen TTK'nın 1228 (2) maddesinde taşınmak üzere teslim alınan ancak henüz gemiye yükletilmemiş eşyalar için "tesellüm konişmentosu"nun düzenlenebileceği hükmüne bağlanmaktadır. Bu ifade taşıyana, konişmento düzenlemekten kaçınma hakkı vermekte en azından uyumsuzluk halinde, taşıyanın haksız olarak konişmento düzenlemekten kaçındığının ispat külfetini taşıyana yüklemektedir. Maddenin ikinci cümlesinde ise taşıyana, eşyanın gemiye alınır alınmaz, eşyayı teslim aldığı anda vermiş olduğu geçici makbuz veya tesellüm konişmentosunun iadesi karşılığında, yükletenin talebi üzerine yükleme konişmentosu düzenlemekle yükümlülüğü getirilmektedir.

zorunluluğu getirilmektedir. Bu itibarla taşıyanın, tedbirli bir taşıyandan beklenen dikkat ve özeni göstererek, taşınmak üzere gemiye aldığı eşyayı kontrol etme ve yükleten tarafından kendisine bildirilen beyanlar arasında bir uyumsuzluk olduğunu tespit etmesi durumunda da bunu konişmentoya derç etme yükümlüğü bulunmaktadır.

C) SORUMLULUĞUN NİTELİĞİ

Taşıyanın, gerçeğe aykırı konişmento düzenlenmesinden dolayı sorumlu olacağından şüphe yoktur. Bununla birlikte taşıyan, hangi hükümler çerçevesinde sorumlu olacaktır?

1956 tarihli TTK'da taşıyanın bu tür sorumluluğunu düzenleyen özel bir hüküm bulunmaması sorunun, Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde çözümlenmesini gerektirmiştir. Doktrinde konu ile ilgili çalışmalarda ise genel olarak taşıyanın, yanlış konişmento düzenlenmesinden dolayı iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun, "sözleşme öncesi sorumluluğa (*culpa in contrahendo*)"¹²⁸, dolayısıyla kusur sorumluluğuna dayandığı kabul edilmiştir¹²⁹. Bu durumda konişmento hamili konişmentodaki kayıdn gerçeğe aykırı olduğunu ispat etmekle yükümlü¹³⁰ iken taşıyan, ancak kusursuz olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir¹³¹.

Yukarıda belirtildiği gibi TTK bağlamında taşıyanın, gerçeğe aykırı konişmento düzenlenmesi özen sorumluluğunun ihlali anlamındadır. Zira gemiye alınan eşyanın kontrol edilerek yükleten tarafından kendisine bildirilen beyanlar arasında mevcut uyumsuzlukların konişmentoya eklenmesi taşıyanın, özellikle eşyanın yükletilmesi, istifi, elden geçirilmesine yönelik özen yükümlülüğünün bir gereğidir. Bu nedenle taşıyan, ister bilerek ister bilmeyerek gerçeğe aykırı şekilde temiz konişmento düzenlesin, TTK'nın 1178 ve 1239. maddeleri uyarınca sorumlu olacağından taşıyan; tedbirli bir taşıyandan beklenen dikkat ve özeni gösterdiğini ispat ederek özen borcundan kaynaklanan sorumluluğundan kurtulsa bile gerçeğe aykırı düzenlediği temiz konişmentonun aksini ispat etmesi hukuken mümkün olmayacaktır¹³².

Sorumluluğun niteliği kapsamında; temiz konişmento düzenlenmesinden kaynaklanan zararların, kural olarak, taşıma esnasında gelmiş olarak kabul edildiğinden gemi alacaklısı hakkı vermeyeceği açık olmakla birlikte özellikle üçüncü kişileri aldatma kastıyla hareket edilerek gerçeğe aykırı temiz konişmento düzenlenmesinin gemi alacaklısı hakkı verip vermediği ayrıca tartışılmalıdır.

¹²⁸ "Sözleşme öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*)", sözleşme görüşmelerine başlamakla birlikte henüz sözleşmenin kurulmadığı aşamada tarafların birbirlerine verdikleri zararlardan sorumlu olmalarıdır. TBK'da özel olarak düzenlenmemesi nedeniyle hukukî niteliği doktrinde tartışılmalıdır. Doktrinde; "sözleşme sorumluluğu", "sözleşme benzeri sorumluluk", "haksız fiil sorumluluğu" ve "Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesindeki dürüstlük kurallarında bulunan sorumluluğun özel türü" şeklinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, A.: *Borçlar Hukuku*, s. 78; EREN, F.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1083.

¹²⁹ Bkz. AKINCI, S.: *Deniz Hukuku, Navlun Mukaveleleri*, s. 285; OKAY, S.: *Deniz Ticaret Hukuku*, s. 212; ÇAĞA, T. – KENDER, R.: *Deniz Ticareti Hukuku II*, s. 95; ATAMER, K.: "Temiz Konişmento Karşılığı Garanti Mektubu", s. 506. Aksi yönde bkz. YEŞİLOVA, E.: *Konişmentonun İspat Kuvveti*, s. 225. Yazar, çoğunluk görüşüne uyarak değerlendirmelerini "*culpa in contrahendo*" çerçevesinde yapsa da taşıyanın gerçeğe uygun konişmento düzenlenmesinden kaynaklanan sorumluluğunun "sözleşmeye aykırılık" olarak kabul edilmesinin daha uygun olduğunu belirtmektedir.

¹³⁰ OKAY, S.: *Deniz Ticaret Hukuku*, s. 213.

¹³¹ "Sözleşme öncesi sorumluluk bir kusur sorumluluğudur". KILIÇOĞLU, A.: *Borçlar Hukuku*, s. 555

¹³² Aynı yönde bkz. YEŞİLOVA, E.: *Konişmentonun İspat Kuvveti*, s. 226.

TTK'nın 1320 (e) maddesinde "gemide taşınan eşya, konteynerler ve yolcuların eşyalarına gelecek olan zıya veya hasar dışında, geminin işletilmesinin sebep olduğu maddi zıya veya hasardan doğan ve haksız fiile dayanan alacaklar (ın)" gemi alacaklısı hakkı verdiği hükme bağlanmaktadır. Madde metninden de anlaşıldığı üzere taşınan eşyanın zıyai ve hasarından doğan zararların gemi alacaklısı hakkı verebilmesi için zararın, geminin işletilmesinden kaynaklanması tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda haksız fiilden doğması gerekmektedir. Üçüncü kişileri aldatma kastı taşıyanın haksız fiil sorumluluğunu gerektirmesine rağmen zararın eşyanın gemiye yüklenmesinden önce mevcut olması, diğer bir ifadeyle geminin işletilmesinden kaynaklanmaması nedeniyle gerçeğe aykırı şekilde temiz konişmento düzenlenmesinden kaynaklanan zararların gemi alacaklısı hakkı vermediği kabul edilmelidir.

D) SORUMLULUĞUN KAPSAMI

1- Genel Olarak

Temiz konişmento düzenlenmesi eşyanın haricen iyi hâlde olduğuna dair aksi ispat edilemez bir karine oluşturduğundan taşıyanın, eşyanın konişmentoda tarif edilenden farklı şekilde gönderilene teslim edilmesi durumunda, aradaki farkı tazmin edeceği açıktır. Bununla birlikte taşıyan; taşıma sözleşmesini gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle iyiniyetli konişmento hamilinin müspet zararını mı yoksa menfi zararını¹³³ mı tanzimle yükümlü olacaktır?

1956 tarihli TTK'nın "taşıyanın borcunun kapsamını" düzenleyen 1112 ve 1113. maddelerinde taşıyanın, kendi kusuru veya yardımcı şahıslarının kusurlarından dolayı sadece 1061 ve 1062. maddeler gereğince tazminat ödemesi durumunda müspet zararı tazminle yükümlü olduğunun düzenlenmiş olması, doktrinde, temiz konişmento düzenlemekten kaynaklanan sorumluklarda taşıyanın bu sınırlamadan yararlanamayacağı dolayısıyla konişmento hamilinin menfi zararını tazmin edeceği kabul edilmekteydi¹³⁴. TTK'nın 1186 (2) maddesinde ise eşyanın uğradığı veya eşyaya ilişkin her türlü zıya ya da hasara ilişkin olarak taşıyanın ödemesi gereken tazminatın toplamının, eşyanın navlun sözleşmesine uygun olarak gemiden boşaltıldığı veya boşaltılması gereken yerdeki ve tarihteki değerine göre hesaplanacağı hükme bağlanmıştır.

Temiz konişmento düzenlenmiş bir taşımada, eşyanın konişmentoda belirtilen şekilde teslim edilmemesi zararın taşıma esnasında meydana geldiğine karine teşkil edeceğinden, temiz konişmento düzenlenmesi nedeniyle sorumluluğunun, kural olarak, müspet zararla sınırlı olduğu kabul edilmelidir¹³⁵. Bu itibarla taşıyan, eşyanın

¹³³ Bilindiği gibi doktrin ve uygulamada müspet zarar, borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mamelekinin olacağı durum ile eylemli durum arasındaki fark, menfi zarar ise uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarar olarak kabul edilmektedir. HGK, 05.07.2006, E. 2006/13-499, K. 2006/507 [Kazancı Mevzuat Bankası, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/hgk-2006-13-499.htm&query=%22m%FCspet%20zarar%22%20%22menfi%20zarar%22#fm> (20 Şubat 2012)].

¹³⁴ OKAY, S.: *Deniz Ticaret Hukuku*, s. 214; AKINCI, S.: *Deniz Hukuku, Navlun Mukaveleleri*, s. 285; KENDER, R.: "Türk Hukukunda Denizde Mal Taşıyanın Sorumluluğu", *Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, Ankara 1984, s. 86; YEŞİLOVA, E.: *Konişmentonun İspat Kuvveti*, s. 230.

¹³⁵ Aşağıda, "sorumluluğun sınırlandırılmasının kaybı" başlığı altında ayrıntılı olarak inceleneceği gibi iyiniyetli konişmento hamili, eşyanın konişmentoda belirtildiği şekilde yüklenilmediği ispat ederek menfi zararını da talep edebilecektir.

konişmentoda belirtilen ile teslim edilen arasındaki farkın, boşaltma limanı ve tarihindeki borsa değeri veya geçerli piyasa fiyatını bunların her ikisinin de tespit edilememesi durumunda ise aynı nitelik ve kalitedeki eşyanın olağan değerini tazminle yükümlü olacaktır.

2- Sorumluluğun Sınırlandırılması

1956 tarihli TTK'nın 1114. maddesinde “yükleten (nin) yükün cins ve kıymetini yükleme başlamadan önce bildirmemiş ve bu beyanı konişmentoya yazılmamış olduğu takdirde” taşıyanın, “...., her halde beher koli veya parça başına en çok.... ile mesul” olacağı düzenlenmiş¹³⁶ olmasına rağmen, doktrinde, taşıyanın yanlış konişmento düzenlenmesinden kaynaklanan sorumluluğunun da bu sınırlamaya dahil olup olmadığı tartışmalıydı. Görüşlerden birincisi, söz konusu hükmün geniş şekilde kaleme alınmış olması nedeniyle, taşıyanın, yanlış konişmento düzenlenmesinden kaynaklanan sorumluluğunun da bu sınırlamaya dahil olduğunu yönündeyken¹³⁷ diğer görüş ise yanlış konişmento düzenlenmesinden doğan sorumluluğun deniz hukuku sorumluluğu olması¹³⁸ ve Borçlar Hukuku'nun haksız fiil hükümlerine tabi olması nedeniyle 1956 tarihli TTK'nın 1114. maddesinin uygulanamayacağı yönündeydi¹³⁹.

TTK'nın 1186 (1) maddesinde de benzer şekilde taşıyanın sorumluluğunun, “... eşyanın uğradığı veya eşyaya ilişkin her türlü zıya veya hasar nedeniyle, her hâlde,... koli veya ünite başına” azami tutarı geçemeyeceği hükme bağlanmaktadır. Yukarıda zikredilen tartışmaların yeni TTK döneminde de yaşanması muhtemel olmakla birlikte, madde metnindeki “her hâlde” ifadesi; hükmün geniş yorumlanmasını ve taşıyanın, yüke özen borcunun dışındaki sorumluluklarında kapsama dahil olmasını gerektirmektedir¹⁴⁰. Bu itibarla eşyanın cinsi ve değeri yüklemekten önce yükleten tarafından bildirilmemiş ve denizle taşıma senedine yazılmamış olması şartıyla taşıyanın, temiz konişmento düzenlenmesi nedeniyle meydana gelen zararlardan dolayı, kural olarak, koli veya ünite başına 666, 67 Özel Çekme Hakkını veya gayri safi ağırlığının her bir

¹³⁶ Taşıyanın parça başına belli tutarla sınırlı sorumluluğunu düzenleyen 1956 tarihli TTK'nın 1114. maddesinin uygulanmasından kaynaklanan sorunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYBAY, G. – ATAMER, K.: “Taşıyanın Parça Başına Belli Bir Tutarla Sınırlı Sorumluluğu”, *VI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* (14-15 Nisan 1989), Ankara 1989, s. 225; ATAMER, K.: “Parça Başına Sınırlı Sorumluluk ve 1924 Brüksel Sözleşmesi”, *Deniz Hukuku Dergisi*, 2000, C. V, S. 1-4, s. 57.

¹³⁷ Örneğin Okay, hükmün geniş şekilde kaleme alınmış olması hasebiyle “taşıyanın, yanlış konişmento tanzimindeki kusurlardan mesuliyetinin de bu sınırlamaya tâbi olduğunu kabul etmek lâzım” geldiğini belirtmektedir. OKAY, S.: *Deniz Ticaret Hukuku*, s. 214; Kender de 1956 tarihli TTK'nın 1114. maddesinde öngörülen sınırın, “taşıyanın deniz hukukunda da düzenlenmiş olan bütün sorumluluk hallerinde söz konusu” olduğunu düşünmektedir. KENDER, R.: “Türk Hukukunda Denizde Mal Taşıyanın Sorumluluğu”, s. 87.

¹³⁸ AKINCI, S.: *Deniz Hukuku, Navlun Mukaveleleri*, s. 286; YEŞİLOVA, E.: *Konişmentonun İspat Kuvveti*, s. 232.

¹³⁹ ÇAĞA, T. – KENDER, R.: *Deniz Ticareti Hukuku II*, s. 168; ÇETİNGİL, E. A.: “Milletlerarası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Taşıyanın Koli-Konteyner ve Ünite (Parça) Başına Belirli Bir Tutarla Sorumluluğu”, *Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, Ankara 1984, s. 157; AKAN, P.: “Garanti Mektubu Karşılığı Verilen Temiz Konişmentoda Zarar Kavramı”, *Deniz Hukuku Dergisi*, 1999, C. IV, S. 1-2, s. 123; SÖZER, B.: *Deniz Ticareti Hukuku*, İstanbul 2011, s. 632; AKAN, P.: *Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlalinden Doğan Sorumluluğu* (TTK m. 1061), Ankara 2007, s. 131.

¹⁴⁰ Aynı yönde bkz. EŞİLOVA, E.: *Konişmentonun İspat Kuvveti*, s. 232.

kilogramı için 2 Özel Çekme Hakkını geçen kısmından sorumlu olmadığı kabul edilmelidir.

Bununla birlikte deniz ticaretinde taşıyanın sorumluluğunun koli veya ünite başına azami tutarla sınırlandırılması sadece taşıma esnasında meydana gelen zıyı ve hasarlar için mümkündür¹⁴¹. Taşıyan, ancak eşyanın kendi hakimiyeti esnasında meydana gelen zararlardan dolayı sorumlu olduğundan [TTK m. 1178 (2)], eşyanın haricen belli olan durumu hakkında ekmediği çekinceler nedeniyle meydana gelen zararlardan dolayı TTK'nın 1186 (1) maddesinde düzenlenen sorumluluğun sınırlandırılması kurallarından yararlanamamalıdır. Bu itibarla iyiniyetli konişmento hamili, zararın, eşyanın konişmentoya eklenmeyen bir çekinceden ileri geldiğini ispat ederek, zararının azami sınırı aşan kısmının tazmini de talep edebilmelidir.

3- Sorumluluğun Sınırlandırılmasının Kaybı

İyiniyetli konişmento hamilinin, genel olarak, eşyanın haricen iyi hâlde gemiye yüklenmediğini ispat ederek taşıyanın sorumluluğun sınırlandırılmasını ilkesinden yararlanmasını engelleyebilmesine ek olarak TTK'nın 1241 (4) maddesinde, açık şekilde, üçüncü kişileri aldatma kastıyla hareket edilerek temiz konişmento düzenlenmesi durumunda taşıyanın, “üçüncü kişilere karşı, 1186. maddede öngörülen sorumluluk sınırlarından yararlanmaksızın sorumlu” olacağı hükmüne bağlanmaktadır. Bu itibarla konişmento hamili; temiz konişmento ilişkisinde üçüncü kişileri aldatma kastının olduğunu ispat etmesi veya mahkemeye sunulan kaptan makbuzu ya da yükletenin beyanı gibi delillerden aldatma kastının varlığının tespit edilmesi¹⁴² halinde, taşıyandan bütün zararının tazmini talep edebilecektir. Diğer bir ifadeyle aldatma kastının varlığı durumunda taşıyan; TTK'nın 1186. maddesinde belirtilen sorumluluk sınırlarından yararlanama hakkını kaybedeceğinden, konişmento hamilinin hem temiz konişmento düzenlenmesinden kaynaklanan menfi zararının hem de zararının, azami sorumluluk sınırı aşan kısmını da tazmin edecektir.

Konüşmento hamili, ayrıca, zararın, taşıyanın “kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın veya gecikmenin meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilinin veya ihmalinin sebebiyet verdiği (ni) ” ispat ederek de (TTK m. 1187) bütün zararının tazmin edilmesini sağlama imkanına sahiptir¹⁴³. TTK'nın 1187. maddesinin varlığı durumunda taşıyan, yine TTK'nın 1186. maddesinde öngörülen sorumluluk sınırlarından yararlanama hakkını kaybedeceğinden, konüşmento hamili hem temiz konüşmento düzenlenmesinden kaynaklanan menfi zararını hem de zararının azami sorumluluk sınırını aşan kısmının da tazminini talep edebilecektir.

E) İSPAT YÜKÜ

Temiz konüşmentolar, taşıyanın eşyanın haricen iyi hâlde teslim aldığına ya da yüklendiğine yönelik aksi ispatlanamaz bir karine teşkil ettiğinden, iyi niyetli konüşmento hamilinin, eşyanın konüşmentoda belirtildiği nitelik ve nicelikte kendisine

¹⁴¹ TETLEY, W.: “Letter of Indemnity at Shipment”, s. 300.

¹⁴² Yukarıda tartışıldığı gibi garanti mektubu karşılığında temiz konüşmento ilişkisinde aldatma kastının varlığının ispatı güç olduğundan konüşmento hamilinin, TTK'nın 1241 (4) maddesine dayanarak bütün zararını tazmin ettirmesi de oldukça zor olacaktır.

¹⁴³ Ünán, haklı olarak, TTK'nın 1187. maddesinin “konüşmentoya güvenden kaynaklanan zararlar (i) ” da kapsamı nedeniyle, TTK'nın 1241 (4) maddesinin gereksiz olduğu düşünmektedir. ÜNAN, S.: “YanlıŞ Konüşmento Düzenlenmesinden Kaynaklanan”, s. 82.

teslim edilmediğine yönelik bildirimimin¹⁴⁴ taşıyanın sorumluluğunun doğması için yeterli olduğu¹⁴⁵, ayrıca konişmentonun yanlış düzenlendiğini ispat etme yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmelidir¹⁴⁶. Zararın meydana gelmesinde kendisinin veya adamlarının kastının veya ihmalinin olmadığıın ispat yükü ise TTK'nın 1179 (1) maddesi uyarınca taşıyana aittir.

İspat yükü kapsamında tartışılması gereken önemli sorunlardan birisi, temiz konişmento ilişkisinde aldatma kastının bulunup bulunmadığının ispat yükünün kimde olduğudur. Diğer bir ifadeyle temiz konişmento karşılığında garanti mektubunun verilmiş olması, “aldatma kastının varlığına” bir karine teşkil edecek midir?

Zararın meydana gelmesinde kendisinin veya adamlarının kastı ya da ihmalinin olmadığıın ispat yükü taşıyana ait olmakla birlikte, TTK'nın 1241 (3) maddesinde garanti mektuplarının üçüncü kişileri aldatma kastı olmaması şartıyla taraflar arasında geçerli olduğunun hükme bağlanması, her garanti mektubu karşılığında düzenlenen temiz konişmento ilişkisinde aldatma kastının varlığının karine olarak kabul edilmesini imkansız kılmaktadır. Bu itibarla temiz konişmento ilişkisinde aldatma kastının varlığını iddia eden konişmento hamili, TMK'nın 6. maddesi uyarınca, iddiasını ispatla yükümlü olmalıdır¹⁴⁷.

F) SORUMLULUKTAN KURTULMA

TTK'nın 1179-1183. maddelerinde taşıyanın sorumluktan kurtulma hâlleri düzenlenmektedir. Maddelerde sadece “zarar” terimi kullanıldığından taşıyanın, genel sorumluktan kurtulma hâllerinden birini ispatlayarak da temiz konişmentodan kaynaklanan sorumluluklarından kurtulabileceği kabul edilmelidir. Buna göre taşıyan, zararın; kendisinin veya adamlarının kastı veya ihmalden kaynaklanmadığını (TTK m. 1179), geminin sevkine veya başkaca teknik yönetimine ilişkin bir hareketin veya yangının sonucu olduğu (TTK m. 1180) veya denizde can ve eşya kurtarmadan veya kurtarma teşebbüsünden ileri geldiğini (TTK m. 1181) ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir.

Taşıyanın sorumluluktan kurtulması kapsamında tartışılması gereken özel durumlardan birincisi taşıyanın, kaptan veya acentesi tarafından bilgisi dışında temiz konişmento düzenlenmiş olduğunu iddiasının dinlenip dinlenmeyeceğidir.

1956 tarihli TTK'nın 1062 (1) maddesinde açık şekilde taşıyanın, “kendi adamlarının ve gemi adamlarının kusurlarından, kendi kusuru gibi mesul” olduğu hükme bağlanmaktaydı. Bu madde yeni TTK'a aynen aktarılmamakla birlikte TTK'nın 1179 (1) maddesinin, aksi ile kanıt yorumundan taşıyanın, adamlarının kusurlarından dolayı sorumlu olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. TTK'nın 1179 (2) maddesinde ise “taşıyanın adamları” teriminin, “taşımada kullanılan geminin adamlarını, taşıyanın

¹⁴⁴ Konişmento hamili, TTK'nın 1185 (1) uyarınca, haricen belli olan zıyaı ve hasarı tesellüm sırasında, haricen belli olmayan hasarları ise teslim aldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde durumu taşıyana ihbar etmek zorundadır. Aksi takdirde “taşıyanın eşyayı denizde taşıma senesinde yazılı olduğu gibi teslim ettiği ve eğer eşyada bir zıya veya hasarın meydana geldiği belirlenirse, bu zararın taşıyanın sorumlu olmadığı bir sebepten ileri geldiği” yönünde aksi ispatlanabilir karine oluşmaktadır.

¹⁴⁵ Aynı yönde bkz. AKAN, P.: “Garanti Mektubu Karşılığı”, s. 122.

¹⁴⁶ Aksi görüş için bkz. YEŞİLOVA, E.: *Konişmentonun İspat Kuvveti*, s. 229.

¹⁴⁷ Yukarıda vurgulandığı gibi konişmento hamilinin, garanti mektubu ilişkisinden çoğu zaman haberdar olması nedeniyle bunu ispatlaması pek mümkün olmayacaktır Ünán, bu sebeple “hükümün uygulandığı hallerle sık karşılaşılmayacağı” düşünülmektedir. ÜNAN, S.: “Yanlış Konişmento Düzenlenmesinden Kaynaklanan”, s. 82.

taşıma işletmesinde çalışan veya kendisini temsile yetkili kıldığı kişileri ve taşıma işletmesinde çalışmaya bile navlun sözleşmesinin ifasında kullandığı diğer kişileri” kapsadığı hükme bağlanmaktadır. Bu itibarla taşıyanın adamları tarafından düzenlenen temiz konişmentolardan dolayı taşıyan sorumlu olduğu gibi temiz konişmentonun kendi adamları tarafından bilgisi dışında konişmento düzenlendiği yönünde bir def’i ileri süremeyeceği kabul edilmelidir.

Sorumluluktan kurtulma kapsamında tartışılması gereken diğer bir husus taşıyanın, konişmentolara veya navlun sözleşmelerine, yanlış konişmento özellikle temiz konişmento düzenlemesi nedeniyle sorumlu olmadığına dair sorumsuzluk kaydı koyup koyamayacağıdır.

TTK’nın 1243 (1) (c) maddesi uyarınca “denizde taşıma senetlerine ilişkin 1228 ilâ 1242. maddelerden” kaynaklanan borç ve sorumlulukları doğrudan veya dolaylı olarak önceden kaldıran veya daraltan bütün kayıt ve şartlar geçersiz sayıldığından, soruya olumsuz cevap vermek gerekmektedir. Bu itibarla taşıyanın bir navlun sözleşmesine, konişmentoya veya diğer bir denizde taşıma senedinde koyacağı bu tür sorumsuzluk kayıtları yazılmamış sayılacaktır.

Yukarıda açıklandığı gibi genel anlamda temiz konişmento eşyanın konişmentoda beyan edildiği gibi teslim aldığına veya yüklediğine dair iyiniyetli üçüncü kişilere karşı aksi ispatlamaz karine oluşturmaktadır. Bu kapsamda taşıyan, garanti mektubunun varlığını ileri sürerek bu kesin karinenin oluşmasını engelleyebilecek midir?

Bilindiği üzere 1956 tarihli TTK döneminde garanti mektuplarının geçersiz sayılmasının temel nedenlerinden birisi de konişmentonun aksi kanıtlanabilir karine doğurmasıydı¹⁴⁸. Taşıyan, garanti mektubu olgusuna dayanarak, gemiye yüklenen eşyanın aslında haricen iyi hâlde olmadığını veya miktarının konişmentoda belirtilenden daha az olduğunu konişmento hamiline karşı ileri sürmesi¹⁴⁹ ya da aksini ispat ederek konişmentoda yazılı olandan başka bir eşya da teslim etmesi mümkündü¹⁵⁰. TTK’nın 1239 (3) maddesinde ise taşıyanın konişmentoya gerekli çekinceleri eklememesi durumunda, eşyanın konişmentoda beyan edildiği gibi teslim alındığı veya yüklediğine yönelik aksi ispatlamaz bir karine oluşturduğu açık şekilde hükme bağlanmıştır. Bu nedenle taşıyanın, garanti mektubu ilişkisini ileri sürerek bu kesin karinenin oluşmasını engellemesi hukuken mümkün bulunmadığı kabul edilmelidir.

G) ZAMANAŞIMI

1956 tarihli TTK’nın “dava hakkının düşmesi” başlıklı 1067. maddesinde “malların tesliminden veya teslim edilmiş olmaları icabeden tarihten itibaren bir yıl içinde mahkemeye müracaat edilmediği takdirde, taşıyan aleyhine malların zıya veya hasarından dolayı her türlü mesuliyet davası hakkı (nın) düşe (ceği)” hükme bağlanmaktaydı. Söz konusu sürenin; “hak düşürücü süre” mi yoksa “zamanaşımı” olduğu

¹⁴⁸ Almanya’da ise 1986 yılında yapılan değişiklikle “konişmentoyu iyiniyetle devralan hamile karşı konişmentodaki yüke dair kayıtların aksinin ispat edilememesi öngörülerek konişmentoların emtia senedi olarak değeri artırılma yoluna gidilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇETİNGİL, E. A.: “Alman Hukukuna Göre Konişmentoda Yazıdan Doğma Sorumluluk “Skripturhaftung”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 1.

¹⁴⁹ ÜNAN, S.: “Yanlış Konişmento Düzenlenmesinden Kaynaklanan”, s. 72; Taşıyan, aksini ispat ederek konişmentodaki yazılı olan yükten başka bir tük teslim edebileceği gibi daha az miktarda ve markada yük de teslim edebilir.

¹⁵⁰ SEVEN, V.: Taşıyanın Yüke Özen Borcunun İhlalinden (Yük Ziya ve Hasarından) Doğan Sorumluluğu, Ankara 2003, s. 143.

tartışmaları¹⁵¹ bir yana, genel olarak doktrin ve uygulamada, TTK'nın 1067. maddesinde "malların zıyı ve hasarından" bahsedildiği gerekçesiyle, taşıyanın yanlış konişmento düzenlemekten kaynaklanan zararlardan dolayı sorumluluğunun bu süreye dahil olmadığı kabul edilmekteydi¹⁵².

TTK'nın 1188 (1) maddesinde de benzer şekilde, sadece, "eşyanın zıyı veya hasarından dolayı" taşıyana karşı her türlü tazminat istem hakkının bir yıl içinde yargı yoluna başvurulmadığı takdirde¹⁵³ düşeceği hükme bağlanmış olması, haksız fiil ya da yanlış konişmento düzenlenmesi gibi eşyanın zıyı ve hasarından kaynaklanmayan tazminat taleplerinin madde kapsamına dahil olmaması gerektiğini göstermektedir.

Bununla birlikte, yukarıda tartışıldığı gibi, temiz konişmentodan kaynaklanan talep hakkının kapsamı eşyanın konişmentoda tarif edilen nitelik ve niceliği ile gönderilene teslim edilen durumu aradaki fark olduğundan, temiz konişmento nedeniyle taşıyana yönelik tazminat talepleri de genel olarak eşyanın zıyı ve hasarına ilişkin olacaktır. Bu itibarla iyiniyetli konişmento hamilinin, temiz konişmento düzenlenmesi nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmin talepleri de, kural olarak, TTK'nın 1188 (1) maddesi kapsamına dahil olduğundan eşyanın tesliminden itibaren bir yıl içinde taşıyana karşı yargı yoluna başvurmak zorunda olduğu aksi takdirde talep hakkını kaybedeceği kabul edilmelidir¹⁵⁴. İyiniyetli konişmento hamilinin, zararın, taşıyanın konişmentoya eklemeyi ihmal ettiği bir çekince den kaynaklandığını ispat etmesi durumunda ise TTK'nın 1188 (1) maddesinin uygulanma imkanı ortadan kalkacağından, talep hakkı, genel zamanaşımı süresi olan iki yıllık zamanaşımı süresine tâbi olmalıdır (TBK m. 72).

İyiniyetli konişmento hamilinin zararını tazmin eden taşıyanın, garanti mektubunu tazmin eden yükleten veya taşıtana rücu davasının da yine 1188 (1) maddesinde öngörülen bir yıllık hak düşürücü süreye tâbi olduğu kabul edilmelidir¹⁵⁵. Bununla birlikte TTK'nın 1188 (3) maddesinde iyiniyetli konişmento hamilinin zararını tazmin eden taşıyanın, garanti mektubunu tazmin eden yükleten veya taşıtana rücu davasının, 1188 (1) maddesinde öngörülen bir yıllık hak düşürücü sürenin sona ermesinden sonra da açılmasının mümkün olduğu hükme bağlanmaktadır. Taşıyanın bu imkandan yararlanabilmesi, istenen tazminat bedelini ödedikten veya aleyhine açılan tazminat davasında dava dilekçesini tebellüğ ettiği tarihten itibaren doksan gün içinde garanti mektubunu düzenleyenlere karşı dava açması gerekmektedir. Aksi takdirde taşıyan, rücu

¹⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, K.: "Taşıyanın Yükün Zararından Doğan Sorumluluğunda Hak Düşürücü Süre (TTK m. 1067) ", *XIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* (05-06 Nisan 1996), Ankara 1996, s. 117 (Anılış: "Hak Düşürücü Süre").

¹⁵² 11. HD. 18.10.1982, E. 1982/4066, K. 1982/3972 [Kazancı Mevzuat Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-1994-565.htm> (10 Ocak 2012)]; Ayrıca bkz. AKINCI, S.: *Deniz Hukuku, Navlun Mukaveleleri*, s. 402; ÇAĞA, T. – KENDER, R.: *Deniz Ticareti Hukuku II*, s. 203; ATAMER, K.: "Hak Düşürücü Süre, s. 124.

¹⁵³ TTK 1188 (4) maddesi uyarınca tarafların, bir yıllık bu süreyi, "dava sebebinin doğmasından sonra yapacakları bir anlaşma ile uzatabil (me) " hakkına sahiptirler.

¹⁵⁴ TTK'nın 1188 (2) maddesinin gereği bu süre, "taşıyanın eşyayı veya bir kısmını teslim ettiği veya eşya hiç teslim edilmemişse, onun teslim edilmesinin gerektiği tarihten itibaren işlemeye" başlamaktadır.

¹⁵⁵ TTK'nın 1246. maddesinde "... konişmentodan veya onun düzenlenmesinden doğan bütün alacaklar (ın) " alacağın muaccel olmasından itibaren bir yılda zamanaşımına uğrayacağı hükme bağlanmaktadır. Taşıyanın rücu hakkı konişmentodan değil bizzat garanti mektubunun kendisinden kaynaklandığından bu kuralın kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığı kabul edilmelidir.

hakkını kaybedecektir. sona ermesinden sonra da açılmasının mümkün olduğu hükme bağlanmaktadır.

SONUÇ

Semenin akreditif ile tahsil edileceğini kararlaştırıldığı satım sözleşmelerinde veya eşyanın daha kolay el değiştirilebilmesi isteyen taşıtan ya da yükletenler, eşyanın haricen belli olan nitelik ve niceliğine yönelik herhangi bir çekince içermeyen temiz konişmento düzenlenmesini isterler. Taşıyanlar ise temiz konişmento düzenlemeleri halinde, genel anlamda, eşyanın haricen iyi hâlde olduğuna dair beyanda bulunmuş sayılacaklarından temiz konişmento düzenlemekten kaçınılmaktadırlar. Bu nedenle uygulamada, taşıyanların bu sebeple doğacak muhtemel zararlarını taşıtan veya yükletenlerin karşılayacağını içeren garanti mektubu uygulaması başlamış ve yaygınlaşmıştır. Taşıyanları gerçeğe aykırı konişmento düzenlenmesi konusunda teşvik edici nitelikteki bu tür garanti mektuplarını, konişmentoların itibar ve güvenilirliğini korumak arzusuyla hareket eden pek çok kanun koyucu tarafından hukuken geçersiz sayılmıştır.

1956 tarihli TTK'nın 1064 (2) maddesinde de "konişmentoya hakikata aykırı kayıtlar koymuş olması yüzünden gelecek mesuliyetlerden dolayı taşıtan veya yükletene rücu hakkı bulunduğunu derpiş eden bütün anlaşmalar hükümsüz" olduğu hükme bağlanmıştır. 1956 tarihli TTK'nın bu açık hükmüne rağmen, temiz konişmento karşılığında verilen garanti mektuplarının geçerli olup olmadığı gerek doktrin gerek uygulamada tartışmalara konu olmuş, Yargıtay farklı tarihlerde farklı kararlara imza atmıştır.

6102 sayılı yeni TTK'da ise konu, uluslararası uygulamaya paralel olarak, ilk kez kesin bir çözüme kavuşturulmuştur. Hamburg kurallarının 17. maddesi esas alınarak kaleme alınan TTK'nın 1241. maddesinde temiz konişmento karşılığında verilen garanti mektupları; "konişmentoyu, gönderilen de dâhil olmak üzere, iyiniyetle iktisap eden bütün üçüncü kişilere karşı geçersiz" sayılırken, üçüncü kişileri aldatma amacı güdülmemesi şartıyla, taraflar arasında geçerli olduğu hükme bağlanmıştır. Böylece hem doktrin ve uygulamada yaşanan sorunlara çözüm bulunmaya hem de konişmentoların güvenirliliği ve itibarları korunmaya çalışılmıştır. Zira üçüncü kişileri aldatma amacının bulunması halinde taşıyan; garanti mektubuna dayanarak yükleten veya taşıtana rücu edemeyeceği gibi özellikle sorumluluğun sınırlandırılmasından yararlanma hakkını da kaybedecektir.

TTK'nın 1241. maddesinin uygulanmasında çıkacak en önemli sorunlardan birisi temiz konişmento ilişkisinde üçüncü kişileri aldatma amacının bulunup bulunmadığının tespiti konusunda yaşanacaktır. Konişmento hamilleri zararlarının karşılandığı sürece bu kastın varlığıyla ilgilenmeyecekleri gibi aldatma amacının varlığının ispatı çoğu zaman imkansız kalacak ve tarafları hukuka aykırı şekilde temiz konişmento düzenleme konusunda cesaretlendirecektir. Bu nedenle mahkemelerin önüne gelen her davada aldatma amacının bulunup bulunmadığını titizlikle araştırmaları, konişmentoların güvenirliliğini ve itibarını zedeleyecek nitelikteki temiz konişmento düzenlenmesi uygulamasının yaygınlaşmasının önüne geçilmesinde önemli rol oynayacaktır.

KAYNAKLAR**A) KİTAP VE MAKALELER**

- ADAM, M. I : “Documents Required Under the Credit”, <http://www.dradamlawfirm.com/pdf/Documents%20Required%20Under%20The%20Credit.pdf> (22 Şubat 2012).
- AKAN, P. : *Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlalinden Doğan Sorumluluğu (TTK m. 1061)*, Ankara 2007.
- AKAN, P. : “Garanti Mektubu Karşılığı Verilen Temiz Konişmentoda Zarar Kavramı”, 1999, C. IV, S. 1-2, s. 119-128.
- AKINCI, S. : *Deniz Hukuku, Navlun Mukaveleleri*, İstanbul 1968.
- ALGANTÜRK, S. D.: *Deniz Sigorta Hukukunda Kuliip Sigortası*, İstanbul 2002.
- ATAMER, K. : “Temiz Konişmento Karşılığı Garanti Mektubu”, İstanbul Barosu Dergisi, 1998, C. LXII, S. 7-8-9, s. 495-508.
- ATAMER, K. : “Parça Başı Sınırlı Sorumluluk ve 1924 Brüksel Sözleşmesi”, Deniz Hukuku Dergisi, 2000, C. V, S. 1-4, s. 57-94.
- ATAMER, K. : “Taşıyanın Yükün Zararından Doğan Sorumluluğunda Hak Düşürücü Süre (TTK m. 1067) ”, *XIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (05-06 Nisan 1996)*, Ankara 1996, s. 117-147 (Anılış: “Hak Düşürücü Süre”).
- ATEŞ, E. : *Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen “Konişmentolu Taşımalar Hakkında Bazı Kuralların Birleştirilmesine Dair 1924 Bürüksel (Lahey) Konvansiyonu’nun” Türk Hukukuna Etkisi*, İstanbul 2008.
- AYBAY, G. : *Deniz Ticaret Hukuku ile İlgili Notlandırılmış Yargıtay Kararları*, İstanbul 2000 (Anılış: *Notlandırılmış Yargıtay Kararları*).
- AYBAY, G. (ed.) : *Denizciler, İşletmeciler ve Yöneticiler için Deniz Hukuku*, İstanbul 1998 (Anılış: *Deniz Hukuku*).
- AYBAY, G. –
ATAMER, K. : “Taşıyanın Parça Başına Belli Bir Tutarla Sınırlı Sorumluluğu”, *VI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (14-15 Nisan 1989)*, Ankara 1989, s. 225-274.
- BABAYİĞİT, S. : “Uluslararası Ticarete Kullanılan Belgeler”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, C. XIV, S. 1-2, s. 199-229.
- BAUGHEN, S. : *Shipping Law*, B. 2, London 2002.
- CANAK, E. : “Deniz Ticaret Hukukunda Konişmentoda Yüke İlişkin Çekinçeler”, *Adalet Dergisi*, 1986, C. LXXVII, S. 5, s. 7-19.
- CARR, I. : *International Trade Law*, B. 5, Oxon 2010.
- CHENG, C. J. : *Basic Documents on International Trade Law*, B. 2, Dordrecht 1990.
- ÇAĞA, T. –
KENDER, R. : *Deniz Ticareti Hukuku*, C. II, B. 10, İstanbul 2010 (Anılış: *Deniz Ticareti Hukuku II*).
- ÇAĞA, T. : “Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Konferansı”, *BATİDER*, C. X, S. 2, s. 329-352.
- ÇAKALIR, Y. : “Garanti Mektubu Karşılığında Temiz Konişmento Düzenlenmesi”, *Çoşkun Kırca’ya Armağan*, İstanbul 1996, s. 39-53.

- ÇETİNGİL, E. A. : “Milletlerarası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Taşıyanın Koli-Konteyner ve Ünite (Parça) Başına Belirli Bir Tutarla Sorumluluğu”, *Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, Ankara 1984, s. 137-159.
- ÇETİNGİL, E. A. : “Alman Hukukuna Göre Konişmentoda Yazıdan Doğma Sorumluluk “Skripturhaftung”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 1-11.
- DEMİRKIRAN, M.: *Taşıyanın Konişmento İçeriğinden Sorumluluğu*, İstanbul 2008.
- DEVECİ, A. : “Deniz Konişmentoları ve Dış Ticaretteki Fonksiyonları”, <http://www.reocities.com/CapitolHill/Senate/4950/deniz.htm> (20 Şubat 2012).
- DOĞAN, V. : *Uluslararası Hukukta Banka Teminat Mektupları*, Ankara 1999.
- DOĞANAY, İ. : *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. III, B. 4, İstanbul 2004.
- DRAPER, D. C. : “What is a “Clean” Bill of Lading? – A Problem in Financing International Trade”, *Cornell Law Quarterly*, 1950, C. XXXVII, s. 56-68.
- EREN, F. : *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, B. 9, İstanbul 2006.
- GASKEL, N. –
ASARIOTIS, R. –
BAATZ, Y. : *Bills of Lading: Law and Contracts*, London 2000.
- GÖĞER, E. : “Denizde Eşya Taşıma Konvansiyonu Hakkında Genel Bilgiler”, *BATİDER*, 1980, C. X, S. 3, s. 601-618.
- HILL, C. : *Maritime Law*, B. 6, London 2003.
- INCOTERMS 2010 İç ve Dış Ticarete İlişkin Ticari Terimlerin Kullanımı için ICC Kuralları*, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Türkiye Milli Komitesi Yayını, Ankara 2010.
- İZVEREN, A. – FRANKO, N. –
ÇALIK, A. : *Deniz Ticaret Hukuku*, Ankara 1994.
- KALPSÜZ, T. : *Deniz Ticaret Hukuku*, C. I, Ankara 1971.
- KARAN, H. : *Elektronik Konişmento*, Ankara 2004.
- KARAN, H. : “Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi ile Konişmento Arasındaki İlişki”, *BATİDER*, 2000, C. XX, S. 4, s. 153-165.
- KARAN, H. : *The Carrier’s Liability Under International Maritime Conventions the Hague, Hague-Visby, and Hamburg Rules*, New York 2004 (Anılış: *The Carrier’s Liability*).
- KARAN, H. : “Transport Documents in the Light of the Rotterdam Rules”, [GÜNER- ÖZBEK, M. D. (ed.) : *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, London 2011], s. 229-248.
- KENDER, R. : “Türk Hukukunda Denizde Mal Taşıyanın Sorumluluğu”, *Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, Ankara 1984, s. 71-95.
- KILIÇOĞLU, A. : *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, B. 15, Ankara 2012.

- KOZOLCHYK, B.: "Evolution and Present State of the Ocean Bill of Lading from a Banking Law Perspective", *Journal of Maritime Law and Commerce*, 1992, C. XXIII, S. 2, s. 161-245.
- LEE, H. : "The Receipt Function of a Bill of Lading, and the Status of a "Clean" Bill", [http://www.ttclub.com/knowledge-store/article/tt-talk-the-receipt-function-of-a-bill-of-lading-and-the-status-of-a-clean-bill-3106/\(20 Mart 2012\)](http://www.ttclub.com/knowledge-store/article/tt-talk-the-receipt-function-of-a-bill-of-lading-and-the-status-of-a-clean-bill-3106/(20%20Mart%202012)).
- OFLAZ, M. F. : "Kaptan ve Birinci Zabıtlar Yük Evraklarına İmzayı Atmadan Önce Nasıl Hareket Etmelidir?", <http://www.denizcigunlugu.com/guncel-haberler/101-kaptan-birinci-zabıtlar-yuk-evrakini-izmalamadan-neye-dikkat-etmelidir.html> (02 Şubat 2012).
- OKAY, S. : *Deniz Ticaret Hukuku*, C. II, B. 2, İstanbul 1971.
- ÖZALP, A. : *UCP 600'in Kullanılması ve Akreditif*, B. 2, İstanbul 2007.
- MARTIN, S. : "Bills of Lading & the P&I Clubs: Some Current Issues", http://www.amac.ca/3-S_Martin.pdf (23 Şubat 2012).
- MURRAY, D. E. : "History and Development of the Bill of Lading", *University of Miami Law Review*, 1983, C. XXXVII, s. 689-732.
- PING-FAT, S. : *Carrier's Liability under the Hague, Hague-Visby and Hamburg Rules*, La Haye 2002.
- REİSOĞLU, S. : "Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", A.Ü. Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, C. I, Ankara 1977, s. 335-358.
- ROCHERTER, V.: "Letters of Indemnity and Letters of Guarantee in the International Shipping Trade: A Multi-Jurisdictional Analysis", www.mcgill.ca/files/maritimelaw/letters.doc (23 Şubat 2012).
- SCHOENBAUM, T.: *Admiralty and Maritime Law*, B. 4, St. Paul 2004.
- SCRUTTON, T. E. – McNAIR, W. L. –
- MOCATTA, A. A.: *Charterparties and Bills of Lading*, B. 16, London 1955.
- SEVEN, V. : *Taşıyanın Yükü Özen Borcunun İhlalinden (Yük Ziya ve Hasardan) Doğan Sorumluluğu*, Ankara 2003.
- SÖZER; B. : *Deniz Ticareti Hukuku*, İstanbul 2011.
- SPARKA, F. : *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, Hamburg 2009.
- SÜZEL, C. : "Kısmen veya Tamamen Deniz Yoluyla Eşyanın Milletlerarası Taşınması Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Rotherdam Kuralları)", *BATİDER*, 2010, C. XXVI, S. 2, s. 149-240.
- TEKİL, F. : *Deniz Ticaret Hukuku*, İstanbul 1973.
- TEKİL, F. : *Uluslararası Konvansiyonlar*, İstanbul 1987.
- TEKİL, F. : *Deniz Hukuku*, B. 6, İstanbul 2001.
- TETLEY, W. : *Marine Cargo Claims*, Montreal 1988.
- TETLEY, W. : "Bills of Lading and the Conflict of Laws", [KEGELES, T. (ed.) : *The Hamburg Rules: A Choice for the EEC?*, Maklu 1994], s. 47-82.
- TETLEY, W. : *International Maritime and Admiralty Law*, Quebec 2002.

- TETLEY, W. : “Letter of Indemnity at Shipment and Letter of Guarantee at Discharge”, *European Transport Law*, 2004, C. XXXIX, S. 3, s. 287-344 (Anılış: “Letter of Indemnity at Shipment”).
- TURHAN, N. : *Dış Ticaret ve Akreditifli İşlemlerin Uluslararası Uygulamaları Kılavuzu*, Ankara 2010.
- ÜNAN, S. : “Yargıtay’ın Konişmento ile İlgili Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Deniz Hukuku Dergisi*, 2011, C. XI, S. 1-4, s. 1-98 (Anılış: “Yargıtay’ın Konişmento ile İlgili”).
- ÜNAN, S. : “Yanlıı Konişmento Düzenlenmesinden Kaynaklanan Çekişmelere Dair İki Yargıtay Kararı”, *Deniz Hukuku Dergisi* (Gündüz Aybay’ın Anısına), 2002, C. V, S. 1-4, s. 1-12 (Anılış: “Yanlıı Konişmento Düzenlenmesinden Kaynaklanan”).
- WILSON, J. F. : *Carriage of Goods by Sea*, B. 7, London 2010.
- YAZICIOĞLU, E. : *Hamburg Kuralları’na Göre Taşıyanın Sorumluluğu, Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak*, İstanbul, 2000.
- YEŞİLOVA, E. : *Konışmentonun İspat Kuvveti*, İzmir 2006.
- YIANNOPOULOS, A. N. : “XIVth International Congress of Comparative Law: Current Developments Concerning the Form of Bills of Lading”, [YIANNOPOULOS, A. N. (ed.) : *Ocean Bills of Lading: Traditional Forms, Substitutes, and EDI Systems*, La Haye 1995], s. 3-56.
- ZEVKLİLER, A. : “Konışmento, Mahiyeti ve Diğer Emtia Senetlerinden Farkları”, İmran Öktem’e Armağan, Ankara 1970, s. 525-568.

B) RESMİ KAYNAKLAR:

The New Incoterms 2010 Rules”, <http://www.iccwbo.org/incoterms/id3040/index.html> (02 Şubat 2012).

Türk Ticaret Kanunu Lâyihası ve Adliye Encümeni Mazbatası (1/150), 17.11.1951, D. X, İ. 2, S. Sayısı: 198; <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c012/tbmm10012083ss0198.pdf> (02 Mart 2012).

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96; <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> (01 Ocak 2012) (Anılış: *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı*).

C) MAHKEME KARARLARI:

HGK, 05.07.2006, E. 2006/13-499, K. 2006/507 [Kazancı Mevzuat Bankası, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/hgk-2006-13-499.htm&query=%22m%FCsnet%20zarar%22%20%22menfi%20zarar%22#fm> (20 Şubat 2012)].

11. HD. 17.11.1981, E. 1981/4401, K. 1981/4869, YKD, 1982, C. IX, S. 3, s. 361.

11. HD. 18.10.1982, E. 1982/4066, K. 1982/3972 [Kazancı Mevzuat Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-1994-565.htm> (10 Ocak 2012)].

11. HD. 21.11.1993, E. 1992/7095, K. 1993/7742 [Kazancı Mevzuat Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-1994-565.htm> (10 Ocak 2012)].

11. HD. 21.04.1994, E. 1994/565, K. 1994/3295, YKD, 1994, C. XX, S. 11, s. 1782-1791.

11. HD. 19.11.1995, E. 1994/6369, K. 1995/201 (AYBAY, G.: *Notlandırılmış Yargıtay Kararları*, s. 202-203).

11. HD. 28.02.2005, E. 2004/5362, K. 2005/1768 (yayımlanmamış karar) (KARAN, H.: "Turkish Maritime Law Update: 2005", *Journal of Maritime Law and Commerce*, 2006, C. XXXVII, S. 3, s. 421).

"Brown Jenkinson & Co Ltd v Percy Dalton (London) Ltd, (CA) Court of Appeal, 3 July 1957", [www.oabpr.org.br/.../Brown %20Jenkinson \(26 Şubat 2012\)](http://www.oabpr.org.br/.../Brown%20Jenkinson%20(26%20Şubat%202012).).

3. GÜN: 12 MAYIS 2012

13. OTURUM

TEBLİĞLER

*** YENİ TÜRK TİCARET KANUNUNA GÖRE YÖNETİM KURULU
ÜYELERİNİN BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKI**

Prof. Dr. Hasan PULAŞLI

*** ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN
NİTELİKLERİ KONUSUNDA KARŞILAŞILABİLECEK SORUNLAR**

Yrd. Doç. Dr. İlyas ÇELİKTAŞ

*** YÖNETİM KURULUNUN DEVREDİLEMEZ YETKİLERİ VE
YÖNETİM YETKİSİNİN DEVRİ**

Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN

YENİ TÜRK TİCARET KANUNUNA GÖRE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKI

Prof. Dr. Hasan PULAŞLI*

ÖZET

Tebliğin konusu, yeni Kanuna göre yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkıdır. Yeni TTK'da, muhatapları farklı olan çeşitli bilgi alma hakları düzenlenmektedir. Bunlardan biri bireysel olarak YK üyelerine tanınan kapsamlı şekilde bilgi alma ve inceleme hakkıdır (m. 392). Bu hak toplantı esnasında sınırsız; toplantı dışında ise sınırlı olarak kullanılabilir.

Anahtar Kelimeler: Yönetim Kurulu, Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı

ABSTRACT

The subject matter of this paper is right to information and oversight of the members of board of directors. Several rights to information whose subjects are different have been arranged in the new Turkish Commercial Code. One of them is right to obtain information and oversight which are given to each member of board of directors personally (article 392). It can be exercised limitlessly during the meetings of board of directors and finitely before and after meetings.

Keywords: Board of Directors, Right to Information and Oversight

GİRİŞ

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) en radikal değişikliklerden birisi de anonim şirketin yönetim ve temsil organı olan yönetim kuruluna ilişkindir. Örneğin, yönetim kurulunun, terminolojisinden oluşumuna; niteliğinden görev ve yetkilerine; sorumlulukla ilgili özen ölçütünden sorumluluk rejimine ve daha zaman açısından burada sayılması mümkün olmayan birçok konularda yeni Kanunda değişiklik veya yenilikler getirildi.

Yeni TTK'da, muhatapları farklı olan çeşitli bilgi alma hakları düzenlenmektedir. Paysahiplerinin yanı sıra (m. 437 vd), bireysel olarak YK üyelerine de kapsamlı şekilde bilgi alma ve inceleme hakkı tanınmıştır (m. 392). Konumuz, yeni Kanuna göre YK üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkıdır.

I. GENEL OLARAK YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN BİLGİ ALMA HAKKI

Eski Türk Ticaret Kanunu'nda (eTTK), yönetim kurulu (YK) **üyeleri ortaklığı temsil etmekle ve ortaklık işlerini görmekle görevlendirilen temsilci veya yöneti-**

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

cilerden (temsile yetkili üyeler, müdür veya Murahhaslardan) genel olarak **işlerin gidişatı veya bazı belirli iş ya da işlemler hakkında bilgi alma hakkına sahiptirler**. Ancak, ortaklık defterlerini ve evraklarını bizzat inceleyebilmesi için, yönetim kurulunun onay vermesi gerekmektedir (eTTK m.331/I. 2 cüm.). **YK üyelerinin, ortaklık defter ve evraklarını istediği zaman inceleme hakları yoktur**. Yönetim Kurulu üyelerinin, kural olarak müteselsil sorumlu olması ve kendi seleflerinin iş ve işlemlerini incelemek ve gerekli davaları açmakla yükümlü olmasına karşın, şirket defterleri ve evraklarını incelemekle yetkisinin bu şekilde kısıtlı olması, yasanın kurduğu sistem içinde bir çelişki ve eksiklik yaratmaktaydı. Bu nedenle, yeni TTK'da yönetim kurulunun sorumluluğu ve sahip olduğu hak ve yetkilerle orantılı olmayan bu çelişkili ve gergin hukukî durumun sakıncalarını, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun m. 715a hükmündeki düzenlemeyi, bazı küçük farklılıklarla, aynen almak suretiyle aşmak istemiştir.

Yeni düzenlemede her YK üyesinin bireysel olarak bilgi alma hakkı, toplantı esnasında ve toplantı dışında olmak üzere iki şekilde ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (TTK m. 392). Ancak kanunda, üyelerin toplantı öncesi bilgi isteyip, isteyeceği düzenlenmemiştir. Öncelikle bu konunun irdelenmesinde yarar vardır.

II. BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKININ İÇERİĞİ

YK üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkı kanunda, toplantıda ve toplantı dışında olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir. **Üyelerin; toplantı esnasında bilgi alma ve inceleme hakkı kanunda sınırsız; toplantı dışında ise sınırlı olarak düzenlenmiştir**. Şirketin defter ve dosyalarının üyeler tarafından incelenmesi ise, belirli bir **prosedüre bağlanmıştır**. Buna göre, üyelerin bu yoldaki istemi **başkanının iznine bağlı tutulmuş (m. 392/2), başkanın izin vermemesi halinde, konu önce yönetim kuruluna; burada da olumlu sonuç alınmazsa, üyelere mahkemeye başvurma hakkı tanınmıştır (m. 392/4)**.

III. SAFHALARA GÖRE BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKI

1. Toplantı Öncesi Bilgi Alma

Yasada, YK üyelerinin, toplantı esnasında ve dışında bilgi alma ve inceleme hakkı düzenlenmiş, buna karşın **toplantı öncesi bilgi almasına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir**. Ancak yönetim kurulu **üyelerinin görevlerini gereği şekilde yapabilmeleri, gündemde yer alan konular hakkında bilgi sahibi olmalarına bağlıdır**. Bu nedenle, YK üyelerinin toplantı öncesi müzakere edilecek konular hakkında bilgi temin etmesi (*Informationsvermittlung*), **işlevsel bir gerekliliktir**.¹ Çünkü **YK başkanı ve yöneticilerin bilgi edinmedeki önceliği** ve birçok önemli işlemin karmaşıklığı, **yönetim kurulu müzakereleri ve kararlarının kalitesinin garantisinin bakımından, YK üyelerinin toplantı öncesi gündemdeki konular ve olaylar hakkında bilgi edinmesinin, mutlak surette gerekli olduğu** sonucunu ortaya çıkarmaktadır.²

Bu bakımdan, gündemde yer alan konulara ilişkin bilgi ve belgeler toplantı öncesi sözlü, telefon veya faks aracılığıyla YK üyelerine sunulabilir veya toplantıdan önce bir dosya içinde verilebilir.³ YK başkanı vasıtasıyla toplantıdan önce özellikle karmaşık ve önemli işler hakkında üyelere bilgi verilmesi, toplantıda yapılacak müzakerelerin ve alınacak kararların kalitesinin sağlanması için önemlidir. **Bu nedenle, gündeme ilişkin belgelerin üyelere toplantı esnasında «masada sunulması» (Tischvorlage), amaca uygun karar hazırlığının yerine getirilmesi için yeterli sa-**

¹ Böckli, Aktienrecht, 3. Aufl. § 13, N. 208.

² Böckli, Aktienrecht, 3. Aufl. § 13, n. 209.

³ Toplantı öncesi YK üyelerinin bilgi edinmesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için Böckli, Aktienrecht, 2. Aufl. N. 1505c, 1505d ve 1505e; 3. Aufl. § 13, N. 208 vd.

yılmaz, çünkü YK üyelerinin toplantı devam ederken kısa süre içinde komplike ve karmaşık açıklamaları ve **onlarca rakamları yıldırım hızıyla hem okuyup, değerlendirmeleri hem de aynı anda müzakerelere aktif olarak katılmaları mümkün değildir**⁴. Aynı kural, YK üyelerine daha önceden açıklanacak konulara ilişkin belgeler verilmeden “görüntülü sunum” (Power-Point) yapılması durumunda da geçerlidir. **Bu halde de, üyelerin yönetimle görevli kişilere önemli sorular yönelmesi güçleşir, çünkü bu şekildeki bilgilendirmede üyelerin elindeki belgeleri tekrar gözden geçirecek inceleme mümkün değildir; dolayısıyla bu tarzdaki sunumların alt yapısını oluşturan tüm belgelerin toplantıdan birkaç gün önce üyeler verilmesi yerinde olur.** Böylece toplantıya katılan üyeler hem sunumu izler hem de elindeki belgelere önceden düştüğü notlar hakkında eş zamanlı soruları da ilgililere yöneltebilir⁵.

2. Toplantı Esnasında Bilgi İsteme Hakkı ve Sınırları

a. Kural

Yeni TTK’da yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkı kademe kademe düzenlenmiştir. Gerçekten de TTK m. 392/1 hükmüne göre, **her yönetim kurulu üyesi şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilir, soru sorabilir, inceleme yapabilir. Bir üyenin istediği, herhangi bir defter, defter kaydı, sözleşme, yazışma veya belgenin yönetim kuruluna getirilmesi, kurulca veya üyeler tarafından incelenmesi ve tartışılması ya da herhangi bir konu ile ilgili yöneticiden veya çalışandan bilgi alınması reddedilemez.** Ayrıca her YK üyesinin, bireysel bilgi isteme hakkına⁶ dayanarak, **toplantı esnasında gerek gördüğü bilgileri ilgililerden talep edebileceği ve bu konudaki istemin reddedilemeyeceği ve sorunların cevapsız bırakılmayacağı** özel olarak düzenlenmiştir.⁷

Bilgi istemeye yetkili olanlar. Bu hak, yönetim kuruluna "kurul" olarak değil, üyelik sıfatı sebebiyle her üyenin kişiliğine tanınmıştır; dolayısıyla üyelikten ayrılmakla bilgi alma hakkı da son bulur⁸. Doğal olarak bilgi alma hakkından sadece seçilmiş YK üyeleri yararlanabilir; fiilî YK üyelerinin (*faktische Verwaltungsratsmitglieder*) ise böyle bir hakkı yoktur⁹. YK üyeleri arasında eşitliğin sağlanması amacıyla (*Gleichbehandlungsprinzip*), bir üyeye verilen bilgilerin diğer üyelere de verilmesi gerekir veya gelecek YK toplantısında söz konusu bilgilerin açıklanması gerekir¹⁰.

⁴ Böckli, Aktienrecht, 3. Aufl. § 13, N.211.

⁵ Böckli, Aktienrecht, 3. Aufl. § 13, N. 212. Yazarın haklı olarak belirttiği gibi, söz konusu belgelerin üyelerin evlerine daha önceden posta ile gönderilmesi, eğer bu mümkün değilse, toplantıdan birkaç saat öncede toplantı odasına okunmak amacıyla YK üyelerinin emrine amade tutulması gerekir (§13, N. 213).

⁶ Böylece, şirketle ilgili olmayan, örneğin YK üyelerinin veya diğer yöneticilerin özel işleriyle ilgili bilgilerin talep edilme olanağı, baştan itibaren kapanmış olmaktadır. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 28, N. 96, dn. 50. Belirtmek gerekir ki, özel işler şirket iş ve işlemleriyle ilgili veya bağlantılı olması halinde, üyeye bilgi verilmesi gerekir (Gereğe, m. 392, s. 128).

⁷ Bu haklar, yönetim kurulu üyelerine sadece görevde buldukları sürece tanınmış olup, görevden ayrılmaları halinde, sadece pay sahibi olarak bilgi alma hakkına sahip olurlar (TTK m. 437/2). Bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 28, N. 96 ve dn. 49a.

⁸ **Wernli**, Basler Kommentar, art. 715a, n. 4; **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 13, N. 179; Gereğe, m. 392, s. 128.

⁹ Aynı yönde, **Krnet**, Georg, Prakixkommentar, 1. Aufl. N. 923. Karşı görüş, **Bächtold**, Thomas Christian, die Informationen des Verwaltungsrates, Diss. Bern 1997, s. 75.

¹⁰ **Wernli**, Basler Kommentar, Art. 715a, N. 4; **Krnet**, prakixkommentar, 1. Aufl. N. 948 vd; **Bächtold**, s. 65.

Bilgi vermekle yükümlü olanlar. Toplantı dışında da, herhangi bir şirket memuruna veya çalışanına karşı değil, *sadece yönetimle görevli kişilere karşı ileri sürülebilir*¹¹. Bu kapsama başta *yönetim kurulunun bütün üyeleri, murahhaslar ve şirket yönetimiyle görevlendirilen, örneğin müdürler, ticarî mümessiller, ticarî vekiller, yönetimin gözetimi altında özel yetki verilmiş memurlar, şirket çalışanları ve bizzat kendi yetkisi dâhilinde şirket işlerini icra eden kişiler* girer¹².

Buna göre, **bilgi alma hakkı**, toplantı dışında da, herhangi bir şirket memuruna veya çalışanına karşı değil, *sadece yönetimle görevli kişilere karşı ileri sürülebilir*¹³. Dolayısıyla, *yönetimle görevli olmayan özellikle alt kademelerdeki şirket çalışanları bilgi vermekle yükümlü değildir*. Böylece, yönetim kurulu üyelerinin, alt kademede bulunan personele bilgi almak için doğrudan müracaat etmesi önlenmiş olmaktadır¹⁴. Aynı şekilde, *şirkete bağlı olmayan komisyoncuların, tellalların, aracı kurumların, rapor yazmakla görevlendirilen kişilerin kural olarak böyle bir yükümleri yoktur*. Aynı sonuç, *acenteler için de söz konusudur*¹⁵.

Öte yandan, toplantı esnasında ilgililerin bilgi verme yükümlülüğü, *sadece genel olarak değil, münferit olarak tüm şirket işlerini kapsamaktadır*¹⁶. Ayrıca, bilgi talebinde “*gereklilik*” şart değil, aksine yönetim kurulu üyesinin karar vermesinde “*yararlı olması*” yeterlidir. **Çünkü YK üyelerinin görevini tam olarak yapabilmeleri ve alınacak kararlarda bilinçli oy kullanabilmeleri için, gündemdeki konular hakkında doğru, zamanında ve ayrıntılı bilgi sahibi olmaları gerekir**. Böylelikle *bilgilendirilen üye, yönetebilir ve doğru zamanda, doğru kararı alabilir*¹⁷.

Bilgi verilmesi, bilgiyi verecek olan *ilgililer açısından bir yüküm* olduğu gibi, *üye açısından da bir hak* ve aynı zamanda kendi görev alanına ilişkin bilgi edinmesi hususunda *bir yükümdür*¹⁸. Her üyeye *bireysel* olarak tanınmış olan bilgi alma hakkı, üyelerden alınamayacağı gibi, (*unenziehbar*), kullanılması da yasada öngörülen düzenlemeyi aşacak şekilde güçleştirilemez. Örneğin esas sözleşme veya iç yönerge ile ilgili kişilerin üyelerle verecekleri bilgilerin yönetim kurulu başkanının onayına tâbi tutul-

¹¹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28, n. 100.

¹² **Bürgi**, Zürcher Kommentar, Art. 713, N. 5; **Plüss**, Adrian, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Diss. Zürich 1990, s. 52; **Wernli**, Martin, Basler Kommentar, in: Honsell/Vogt/Wetter), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (ksp), Obligationenrecht II, Art. 707-715a, Basel/Frankfurt a.m. 1994, Art. 715a, N. 7: **Homburger**, Zürcher Kommentar, Art. 715a, N. 449-451a; BGE 107 II 349 vd (353 vd) ; 102 II 353, 359. **Staubert** ise, bilgi verme yükümlülükleri çevrisinin genişletilmesinin, “organ içindeki çatışmaların işletmeye taşınması sonucunu doğuracağını ve bunun da işletme atmosferine zarar vereceğini” ileri sürmektedir (**Staubert**, Eric, F.; das Recht des Aktionärs auf Gesetz- und statutenmässige Verwaltung und seine Durchsetzung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1998, s. 89).

¹³ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28, n. 100.

¹⁴ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28, N. 109. Yazarlar, bir üyenin yönetim kurulunda, şirket işleriyle görevlendirilmemiş bir personelden, örneğin bir proje yöneticisinden araştırma alanıyla ilgili bilgi istemesinin caiz olması gerektiğini belirtmektedir (s. 306, dn. 53). Ancak belirtmek gerekir ki, yönetimle görevli olmayan proje yöneticisinden bilgi, sadece YK toplantısında bulunması halinde istenilebilir, yoksa toplantı dışında bu kişiden doğrudan istenilemez.

¹⁵ Gerekçe, m. 392, fık. 2, s. 129.

¹⁶ **von Büren (Stoffel/Schnyder/Christen-Westenberg)**, s. 121, N. 597.

¹⁷ Gerekçe, m. 392, s. 128.

¹⁸ **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 13, N. 168.

ması geçerli değildir. Bununla birlikte, bilgi alma hakkına zarar vermeyen usule ilişkin düzenlemelere iç yönergede yer verilebilir¹⁹.

b. Sınırları

YK üyelerinin geniş kapsamlı bilgi alma ve edinme hakkının *beş hususla sınırlı olduğu kabul edilmektedir*²⁰. Bunlar;

1) *Görev sınırı (die Schranke der Funktionalität)* : Talep edilen bilgiler, yönetim kurulu üyesinin, yasadan doğan görevini şirketin çıkarları doğrultusunda ifa etmesini uygun şekilde gerçekleştirmeye yönelik olmalıdır.

2) *Orantılılık ilkesi sınırı (die Schranke des Verhältnis-mässigkeitssprinzips)* : **Bu ilke özellikle zamanlama ve kapsam hususlarında söz konusu olur.** Buna göre, söz konusu sorular uygun olmayan zamanda yönetilmemelidir ve kapsamı da geniş olmamalıdır. Örneğin toplantı gündeminde bulunan bir konu hakkında tam çetin geçen müzakere safhasında yazılı bilgi talep edilmesi gibi. Ayrıca orantılılık ilkesi, özellikle talep edilen bilgilerin kapsamı hususunda da geçerlidir.

3) *Çıkar çatışması sınırı (die Schranke der Ausstandspflicht)* : Yönetim kurulu üyesinin, **bizzat kendi çıkarlarını ilgilendiren** (örneğin kendisinin pazar rakibi, davalı tarafı veya rakibi) **konu ve alanlarda bilgi isteme hakkı yoktur**²¹.

4) *Hakkın kötüye kullanılması yasağı sınırı (die Schranke des Missbrauchsverbots)*: **Bu sınır, yönetim kurulu üyesinin talep ettiği bilgileri sadece kendi görevini ifa etmek amacıyla değil, aksine başka amaçlar için kullanmasını söz konusu olduğu hallerde veya işletmeye ait bilgilerin kötüye kullanılmasıyla ilgili somut bir tehlikenin varlığında ortaya çıkar.** Ayrıca bir yönetim kurulu üyesinin, işletmenin öncelikli çıkarlarıyla mücadele etmek amacıyla şirket içi bilgileri derleyip toparlaması da, hakkın kötüye kullanılmasıdır. Aynı şekilde bir YK üyesinin, şirketin kendi rakibi olduğu bir şirketle yapacağı iş ve işlemler (fiyatlar, indirimler, koşullar, teknik özellikler vs.) hakkında ayrıntılı bilgi talep etmesi, şirketin çıkarlarına değil, aksine açıkça üyenin kişisel menfaatine hizmet edecek niteliktedir²². Bu konudaki başka bir örnek de şudur: Bir YK üyesinin merak saikiyle şirketin kendi akrabası (veya boşandığı eşi) ile yaptığı iş ilişkileri hakkında bilgi istemesidir²³.

5) *İşletme veya ticarî sır sınırı (die Schranke der Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse)* : **Bu sınır, kaynak İsviçre ve Türk yasalarında açıkça belirtilmemekle beraber, işletme sırlarının her somut olayın şartları dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir.**²⁴ Aslında sadece işletme sırlarının “katı bir

¹⁹ **Homburger**, Zürcher Kommentar, Art. 715a, N. 445.

²⁰ Bkz. **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 13, N. 169 vd.; **Wernli**, Basler Kommentar, Art. 715a, N. 4; **Homburger**, Zürcher Kommentar, Art. 715a, N.446.

²¹ *Ausstanspflicht* (dışarıda kalma, katılmama yükümü) aslında isv. İcra İflâs Kanununun (*schkg*) 10. maddesinin kenar başlığı altında, icra ve iflâs memurları ile gözetim üyelerinin kendilerini ve belirli dereceye kadar akrabalarını ilgilendiren işlerde işlem yapma yasağı olarak düzenlenmektedir. Anonim şirketler hukukunda ise İsv. BK m. 717 hükmünde, YK üyelerinin sadakat yükümlülüğünde söz konusu olup, özellikle onların menfaatlerini ilgilendiren konularda müzakere ve kararlara katılma yasağıyla ilgilidir. Bu konu TTK m. 393’de “müzakerelere katılma yasağı” olarak düzenlenmiştir.

²² **Homburger**, Zürcher Kommentar, Art. 715a, N. 475.

²³ **Homburger**, Zürcher Kommentar, Art. 715a, N. 477.

²⁴ Bkz. **Böckli**, Aktienrecht, 2. Aufl. S. 782, n. 1500a, N. 5 ve dn. 242’de anılan literatür. 3. Aufl. § 13, N. 169-174 ve dn. 342; **Homburger**, Zürcher Kommentar, Art. 715a, N. 480. Benzer şekilde **Wernli**, Basler Kommentar, Art. 715a, N. 5.

çekirdeği”nin (*harte Kern*) böyle bir üstünlüğü olabilir; bu durumda –münferit olarak YK üyeleri değil– icra organı olarak **yönetim kurulu bizzat “sır sahibi”dir (Geheimherr)**. Buna göre, **işletme sırrı, sadece bir yönetim kurulu üyesine ayrı ve özel olarak bilgi verilmesi veya yukarıda sayılan diğer hallerin (kötüye kullanma, çıkar çatışması, orantılılık ilkesi ve görevsellik sınırı) varlığında söz konusu olabilir**²⁵. Dolayısıyla YK üyelerinin bireysel bilgi alma hakkı, kural olarak “şirket sırrı” ile de sınırlanmaz. *Gereğe* de bu konuda kesin ve haklı bilgiler içermektedir²⁶.

Ancak, yönetim kurulu üyeliği görevinin bilinçli şekilde yerine getirilmesi için gerekli ise, yönetim kurulu alacağı bir kararla, üyelerin işletme sırrını incelemelerine de izin verebilir. Örneğin çok özel gerekçelendirilmiş bir hal olarak, tıbbî alanda başarılı olacağı ümit edilen yeni bir ilaç veya bir şurup terkininin patent müracaatına ilişkin gizli tasarımını ilke olarak bir YK üyesinin incelemesine bilgi edinmesi amacıyla izin verilebilir²⁷.

2. Toplantı Dışında Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı

Yönetim kurulu üyelerinin toplantı dışında bilgi alması, yasada ayrıca düzenlenmiştir. Çünkü yönetim kurulu toplantıları genellikle her ay veya daha fazla süreleri içeren aralıklarla yapıldığından, üyelerin şirket işleri hakkındaki bilgilere daha önce ulaşabilmesi ancak toplantı dışında sağlanabilir. Bu konuda yönetim kurulunun iç yönergede gerekli düzenlemeleri yapması gerekir; özellikle üyelerin toplantılara hazırlanması için önceden verilebilecek *belgeleri* ve toplantı aralarında meydana gelmiş önemli olaylara ilişkin *raporları* belirler²⁸. İç yönergedeki bilgi akışı ve bunun icrasına ilişkin ayrıntılı ve anlaşılabilir düzenlemeler uygulamada çok önemlidir, zira **yönetimle görevli kişilerin özellikle olumsuz olaylar hakkındaki bilgileri filtre ederek (ayıklayarak) yönetim kuruluna vermek hususunda doğal bir eğilimleri vardır**. Bu, hiyerarşiye dayanan organizasyonlarda “seçilmiş bilgiler” (*selektiven Informationen*) olgusu olarak anılmakta ve uygulamada şöyle ifade edilmektedir: «*Bu sistemde iyi haberler*

²⁵ **Bu katalog sınırlayıcı değildir.** Ayrıca, *somut hallerde kişi varlığı hakları, örneğin kişilik hakları, bilgilerin gizliliğini koruma (datenschutz) ve içerden bilgi edinmesini cezalandıran kuralları vb.*, bilgi alma hakkına karşı geçerli olarak ileri sürülebilirler, **Böckli**, Aktienrecht, 2. Aufl. S. 782, dn. 242; 3. Aufl. §13, N. 174; **Wernli**, Basler Kommentar, Art. 715a, N. 5; **Bürgi**, Zürcher Kommentar, Art. 713, N. 9. Yazar, işletme sırrının tespitinde daha geniş şekilde yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir.

²⁶ Madde 392, fık.1, s. 128-129: “alınacak bilginin niteliği ve özellikle “gizli”, “şirket sırrı” olması ile ilgili açık bir sınır getirilmemiştir. Bunun üç sebebi vardır. Birinci sebep şudur: **güvenilmeyen bir kişi üye seçilmemeli**, seçilmişse uzaklaştırılmalıdır. **İkincisi ise, Tasarımın 369 uncu maddesinde “şirketin menfaatlerinin” gözetilmesi de vurgulanarak ağır bir özen yükümünün getirilmiş olması ve özen yükümünün sorumlulukla doğrudan ilgili bulunması ve ayrıca bilgi sızdırmanın cezai yaptırımıa bağlanmasıdır.** Hukukî ve cezai yaptırımlar yeterince caydırıcı kabul edilmelidir. **Üçüncü sebebe gelince: somut olayın özelliği, istenilen bilginin verilmemesini gerekli kılıyorsa yönetim kurulu başkam tedbir talebiyle mahkemeye başvurabilir.**

Yönetim kurulu üyesinin görevinin güvene dayalı olduğuna ilişkin temel düşünce, yaptığı işin nitelik ve önemi ve nihayet yüklediği sorumluluk ve sorumluluğa bağlı hukukî ve cezai yaptırımlar ondan bir bilginin saklanması ve esirgenmesini haklı gösteremez”.

²⁷ **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 13, n. 174.

²⁸ **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 13, N. 201.

çok çabuk; kötü haberler ise, yavaş yavaş veya seçilerek yukarı kademelere ulaştırılır veya hiç bilgi verilmez»²⁹.

Yönetim kurulu üyelerinin toplantı dışında bireysel ve sınırsız bilgi alma hakkı TTK m. 392/3 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre;

«Her yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu toplantıları dışında, yönetim kurulu başkanının izniyle, şirket yönetimiyle görevlendirilen kişilerden, işlerin gidişi ve belirli münferit işler hakkında bilgi alabilir ve görevinin yerine getirilebilmesi için gerekliyse, yönetim kurulu başkanından, şirket defterlerinin ve dosyalarının incelemesine sunulmasını isteyebilir.»

Belirtmek gerekir ki, yönetim kurulu üyelerinin toplantı dışında yönetimde görevli bulunan kişilerden “işlerin gidişatı ve belirli işler hakkında bilgi almasına” ilişkin TTK’nın bu hükmü, kaynak İsviçre BK m. 715a, fık.3’deki düzenlemeden farklıdır. İsv. BK’daki anılan madde hükmü aynen şöyledir: “Her üye, yönetim kurulu toplantıları dışında, şirket yönetimiyle görevli kişilerden işlerin gidişi ve yönetim kurulu başkanının yetki vermesiyle, münferit işler hakkında da bilgi isteyebilir”. Bu madde ifadesinden de anlaşılacağı gibi, bir kere her YK üyesi, “işlerin gidişatına” ilişkin bilgileri, YK başkanından izin almadan veya sadece bilgisi dâhilinde doğrudan yönetimde görevli kişilerden isteyebilmekte, “münferit işler” hakkındaki bilgileri ise, ancak YK başkanının yetki veya izniyle yönetimde görevli kişilerden talep edilebilmektedir. Her üyenin işlerin gidişatı hakkında ilgililerden doğrudan bilgi isteme hakkı 1936 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda mevcut değildi ve 1992 değişikliği ile yasaya girdi. Ancak Böckli, 1992’den sonra dahi bir YK üyesinin, en yüksek yönetim kademesindeki kişinin izni olmadan yönetimde görevli bir kişi ile şirketteki işlerin gidişi hakkında konuştuğunun öğrenilmesi halinde, hâlâ pederşahi bir YK başkanın öfkesini çekebileceğini belirtmektedir³⁰. Hemen belirtelim ki, her YK üyesinin toplantı dışında da yönetimle görevli kişilerden işlerin gidişi hakkında doğrudan bilgi alma hakkı vardır. İsv. BK m. 715a/1 hükmündeki YK üyelerinin bireysel bilgi alma hakkının temel ilkesi gereğince, hatta “işlerin gidişi” kavramının daha geniş şekilde yorumlanması; gereğince, münferit ve tam olarak belirlenmemiş ve tanımlanmamış şirketin tüm işlerini kapsamaması gerektiği haklı olarak benimsenmektedir³¹.

TTK m. 392/3 hükmünde ise, her YK üyesi toplantı dışında hem “işlerin gidişi” hem de “münferit işler” hakkındaki bilgileri, ancak başkanın izniyle isteyebilmektedir. Gerekçe’de bu konuda aynen şöyle denilmektedir:

«Üyenin (kural olarak) kurul dışında bilgi almak hakkı bulunmadığı gibi, kurul dışında defterleri ve/veya belgeleri incelemek hakkı da yoktur. Üye, bu hakkı yönetim kurulu başkanının izni ile kullanabilir. Üye, şirketin defter ve belgelerini incelemeyi ancak görevini, hesap verilebilirlik ilkesine uygun olarak yapması bakımından gerekliyse talep edebilir. Başkandan talep bir şekilde tâbi değildir».

Gerekçe’ye göre, YK üyelerine, toplantı dışında yönetimle görevli kişilerden doğrudan bilgi isteme hakkı tanınmamış olup, mutlaka bu konuda YK başkanının izin vermesi gerekmektedir. Aslında, 392. maddenin 1. fıkrasında, açıkça belirtildiği gibi ilke, her YK üyesinin şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilmesidir. Bu kural, kaynak yasaya da uygundur. Ayrıca, YK başkanı ile münferit üyelerin sorumluluğu arasında yasada hiçbir ayırım yapılmadığından, her üyeye, kaynak İsviçre hukukundaki gibi, toplantı dışında da en azından genel olarak “şirket işlerinin gidişatı” hakkında bilgi isteme hakkının tanınması kanımca yerinde olurdu. Çünkü YK toplantıları

²⁹ Böckli, Aktienrecht., 3. Aufl. § 13, N. 201.

³⁰ Aktienrecht, 3. Aufl. § 13, N. 202.

³¹ Wernli, Basler Kommentar, Art. 715a, N. 9.

çok sık yapılmadığından, YK üyelerinin her an hiçbir formalite ve izne gerek kalmadan doğrudan şirketin genel durumu ve işlerin gidişatı hakkındaki bilgilere erişmesinde yarar vardır. Hatta bunun, özellikle icra yetkisini haiz olmayan üyelerin gözetim görevini tam olarak yerine getirebilmesi ve kurumsal yönetim kuralları açısından da zorunlu olduğu söylenebilir.

Belirtmek gerekir ki, YK üyeleri, işlerin gidişi ve belirli münferit işler hakkında TTK m. 392/3 anlamında bilgi istemini, toplantıda ileri sürebileceği gibi, bu bilgileri toplantı dışında ilgili kişilerden alabilmek için YK başkanının iznini de talep edebilir³².

a. İşlerin Gidişatı Kavramı ve Kapsamı

“İşlerin gidişi veya gidişatı” (*Geschäftsgang*) ile, genel olarak, **geçen zamana kadar işletmede ne olup bittiğine ilişkin bilgiler kastedilmektedir.**³³ Diğer bir ifade ile, işletmenin satış ve hasılat gelişmeleri, piyasa payı ve rekabet gücü hakkında genel bilgilerin ilgili kişiler tarafından istemde bulunan üyeye verilmesi kastedilmektedir.³⁴ Böylece, işlerin istikbaldeki gelişmesine ilişkin olarak daha önce **üyelere “geleceğe bakış” adı altında sunulmuş olan hususlardan** son periyoda kadar hangilerinin yerine getirildiği, hangilerinin gerçekleştirilemediği ve bunların nedenleri ve diğer özel durumlar (ekonomik veya siyasi krizlerin etkileri) hakkında bilgilendirilmeleri sağlanmış olur. İşlerin gidişine ilişkin bilgiler, metodik olarak *dinamik bir analizi*, yani belirli sebeplerden dolayı şirket işlerinin beklenenden daha iyi veya daha kötü gittiğini ya da hiç beklenilmeyen olayların olumlu veya olumsuz etkilerini içermelidir.³⁵ Bu nedenle, **aşağıdaki iş ve işlemler “işlerin gidişi” kapsamına dâhil değildir.** Bunlar;

- Münferit hallere ilişkin ayrıntılı bilgiler,
- Şirket yönetiminde görevlilerin kişisel bilgilerine ilişkin personel dosyaları,
- İleride gerçekleşmesi beklenen işlerle ilgili bilgiler, (uzun süreli işlerin seyri veya uzun süreli sözleşmelerin tahmini etkileri veya uzun süreli yıllık ciro gelişmeleri)³⁶,
- Şirket defterleri ve dosyaları³⁷.

Ancak belirtmek gerekir ki, İsviçre hukukunun aksine, **TTK’ya göre gerek toplantı dışında hem “işlerin gidişi” hem de “münferit belirli işler” hakkında bilgi alınması, yönetim kurulu başkanının izniyle olduğundan, söz konusu iki durumun birbirinden ayrılmasının pek önemi yoktur.**

b. Belirli Münferit İşler Kavramı

Yönetim kurulu üyeleri şirketin münferit işleri hakkında da, YK başkanından izin almak kaydıyla, yönetimde görevli kişilerden gerekli bilgileri isteyebilir. YK başkanından iznin alınmasıyla, bazı YK üyelerinin hiyerarşik düzeni dikkate almaksızın doğrudan herhangi bir şirket çalışanından sadece bilgi edinmek için değil, aksine şirket yönetiminde etkinlik kazanmak amacıyla onunla ilişki kurulması hususunda İsviçre’deki aile tipi anonim şirketlerinde hüküm süren kötü alışkanlıklara karşı koyul-

³² **Homburger**, Zürcher Kommentar, Art. 715a, N. 453.

³³ **Böckli**, Aktienrecht, 2. Aufl. S. 786, N. 1504a.

³⁴ **von Büren (Stoffel/Schnyder/Christen-Westenberg)**, s. 120, n. 587

³⁵ **Wernli**, Basler Kommentar, art. 715a, n. 9; **Böckli**, Aktienrecht., 3. Aufl. § 13, n. 204.

³⁶ **Wernli**, Basler Kommentar, Art. 715a, N. 9a. Yazar, *Böckli*’nin (aktienrecht, 2. Aufl. N.1504a) bu konuda belirsiz ve daha dar yorum yanlısı olduğunu belirtmektedir.

³⁷ **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 13, N. 204; **Wernli**, Basler Kommentar, Art. 715a, N. 9.

duğu belirtilmektedir.³⁸ Aynı düşüncenin Türk hukuku açısından da daha fazla önem arzettiği söylenebilir. **TTK'daki düzenlemeye göre, YK üyelerince gerek "işlerin gidişi" gerekse "belirli münferit işler" hakkında bilgi istenilmesi durumunda, başvurulacak ilk adres YK başkanıdır.** Ancak YK başkanı izin verirken istediği gibi serbestçe değerlendirme yapabileme hakkına sahip değildir. Bu konuda "keyfi işlem yasağı" (*Willkürverbot*) geçerlidir. YK başkanının üyenin söz konusu istemini reddederken, maddi sebepleri ve orantılık ilkesini dikkate alması gerekir. Buna göre, YK üyesinin bilgi istemi, YK başkanı tarafından ancak istemin haksız ve gereksiz, işlemeyi aşırı derece rahatsız edici olması veya yukarıda açıklanan çok önemli derecedeki ortaklığın sırlarını ilgilendirmesi hallerinde reddedilebilir³⁹. Bunun dışında bilgi verilmesinden kaçınılmasının, yönetim kurulu üyesinin görevini özenle yapabilmesini beklenilmeyecek derecede zorlaştırmaması gerekir⁴⁰.

3. Şirketin Defter ve Dosyalarının İncelenmesi

Şirketin defter ve kayıtlarının üyeler tarafından kendi dosyalarında muhafaza edebilmek amacıyla toplantıdan sonra beraberlerinde götürüp götürmeyeceği tartışmalıdır. İsviçre Öğretisinde *Böckli*, bunun henüz çözüme kavuşturulmamış bir sorun olduğunu belirtmektedir⁴¹. **Yazara göre, daha önceki kararlara ilişkin dokümanlar (belgeler) hem üyelerin daha sonraki toplantılardaki müzakerelerde bir karar vermesi hem de yönetimle görevli kişilerin üst gözetimi (İBK m. 716a/1, b.5; TTK m. 375/1 b.e) için vazgeçilmez niteliktedir.** Ayrıca, özel denetimler (İBK m. 697a vd; TTK m. 438 vd) ve sorumluluk davaları (İBK m. 754; TTK m. 553) için de söz konusu belgelerin kural olarak YK üyelerine verilmesi gerekir. Ancak, YK başkanı *istisnai olarak* maddi gerekçelere dayanarak belgelerin fotokopilerinin çekilmesini yasaklayarak üyeler tarafından toplanmasına izin vermeyebilir. Bu durumda, YK üyelerine söz konusu belgeleri şirketin merkezinde her zaman inceleme fırsatı verilmesi gerekir⁴². Bu görüş haklı ve yerinde olabilir; özellikle YK üyelerinin üyelik sıfatının sona ermesinden sonra haklarında açılacak sorumluluk davalarında kendilerini layıkıyla savunabilmesi için söz konusu belgeleri evlerinde toplaması anlayışla karşılanabilirse de⁴³, mevcut yasal düzenleme karşısında bunun mümkün olabileceği kanısında deği-

³⁸ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28, s. 307, dn.55. Benzer şekilde, **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 13, N.206.

³⁹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28, n. 101; **Böckli**, Aktienrecht, 2. Aufl. S. 786-787, N. 1504. 3. Aufl. § 13, N. 207.

⁴⁰ **Böckli**, Aktienrecht., 2. Aufl. S. 786-787, N. 1504.

⁴¹ Aktienrecht, 3. Aufl. § 13, N. 215.

⁴² **Böckli**, Aktienrecht., 3. Aufl. § 13, N. 215; karşı görüş krnetta, praxiskommentar, 1. Aufl, n.1041. Yazara göre, YK başkanının izni olmaksızın üyelerin belge ve dosyaları evlerine götürme hakları yoktur.

⁴³ Nitekim BDDK'nın eski başkanlarından biri de, açılacak sorumluluk davasında kendisini savunmak amacıyla kurulun toplantı tutanaklarının fotokopilerini evinde sakladığı tespit edilmiş, ancak bu belgelerin kötüye kullanılmaması nedeniyle hakkında hiçbir işlem yapılamamıştır (konuyla ilgili haber için bkz. Milliyet Gazetesi 13.11.2003).

lim⁴⁴. Bu nedenle, YK üyeleri şirketin belge ve dosyalarını ve bunun birer suretlerini ancak YK başkanının yazılı izniyle evine götürebilir ve bunları dosyalayabilirler⁴⁵.

Toplantı tutanağı. Bu tutanağın YK üyelerine verilir verilmeyeceği hususunda yasadaki açık bir hüküm yoktur. İsviçre hukukunda *Böckli*, belge ve dosyaların üyelere alınmasında olduğu gibi, toplantı tutanağının bir suretinin toplantıdan kısa süre sonra bizzat kendi sorumluluğu altında yararlanılması için üyelere verilmesi gerektiği düşüncesindedir. Yazar, ancak YK başkanının özellikle şirketin çıkarları açısından çok hassas olan bilgileri çıkarmak suretiyle tutanağın özetinin verilmesine karar verebileceği düşüncesindedir⁴⁶. **Mevcut yasal düzenleme ve uygulama açısından, yazarın bu görüşüne katılma olanağı yoktur.** Çünkü yönetim kurulu toplantılarında alınan kararlar, karar defterine yazılır, şirket merkezinde muhafaza edilir. Hiçbir üyenin bu tutanağın bir suretini almak hususunda bir hakkı da yoktur.

İç yönerge. Yönetim kurulunca hazırlanması zorunlu olan ve organizasyona ilişkin iç yönergenin YK üyelerine tüm kapsamıyla verilmesi gerekir⁴⁷.

İstemde bulunmanın koşulları. YK üyelerinin, şirketin “defter ve dosyalarını” (*Akten*) incelemesine sunulmasına ilişkin istemde bulunabilmesi için, “görevin yerine getirilmesi açısından gerekli” olması gerekir (TTK m. 392/3). Bu bakımdan, defter ve belgeleri inceleme talebinde bulunan YK üyesinin, kontrol ve özen yükümünü yerine getirebilmesi için incelemenin gerçekten gerekli olduğu hususunda YK başkanını inandırması gerekir. Ancak, bunun sıkı koşullara bağlanmaması gerekir⁴⁸. Ancak İsviçre doktrininde, inceleme hakkının bilgi alma hakkına nazaran *daraltıcı bir çözüme* bağlanmasının, YK üyelerinin kapsamlı sorumluluğu ile bağdaşmadığı belirtilmektedir⁴⁹. Bu görüş doğrudur, çünkü üyelerin şirketin defter ve dosyalarını inceleme hakkı, bilgi alma hakkının doğal bir tamamlayıcısı ve edinilen bilgilerin denetiminin de temelini teşkil etmektedir. Ayrıca bazı şirket menfaatlerinin saklı kalmasına ilişkin gerekçede, YK üyelerine yüklenmiş olan sır saklama yükümü ile yeterli derecede korunmuş olmaktadır. Bu nedenle, üyelerin şirketin defter ve dosyalarını inceleme hakkının geniş yorumlanması gerekir⁵⁰ ve ancak *üyelik görevinin yerine getirilmesiyle ilgili bir bağlantının* açıkça eksik olması halinde *incelemeye izin verilmesinden kaçınılabılır*⁵¹.

⁴⁴ Aynı yönde, **Bürgi**, Zürcher Kommentar, art. 722, n. 12. Yazar, yk üyesinin söz konusu belgeleri muhtemel bir tazminat davasında kanıt amacıyla elinde tutabileceğini ve pratik olarak bunun önlenemeyeceğini, ancak böyle bir davranışın duruma göre özen yükümünün ihlali olarak ortaya çıkabileceğini vurgulamaktadır. **Homburger**, Zürcher Kommentar, Art. 715a, N. 499; **Krnet**, Praxiskommentar, 1. Aufl. N.1041.

⁴⁵ Aynı yönde, **Krnet**, Praxiskommentar 1. Aufl. N. 1041.

⁴⁶ Aktienrecht, 3. Aufl. § 13, N. 216. Yazar ayrıca, bunun yönetim kurulunun sorumluluğunun düzenlenmesine ilişkin bir konu olduğunu ve iç yönergede ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir.

⁴⁷ Aynı yönde, **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 13, N. 217. Yazar, aktienrecht, 2. Aufl. N. 1505g’de, maddi sebeplerin varlığı halinde istisnai olarak iç yönergenin üyelere verilmesi yönündeki düşüncesinde de dönmüş bulunmaktadır.

⁴⁸ **Wernli**, Basler Kommentar, Art. 715a, N. 11; **Böckli**, Aktienrecht,, 3. Aufl. § 13, N. 219.

⁴⁹ **Münch**, Dieter; Das Recht einer Aktionärsminorität auf Vertretung im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft, de le lata und de le ferenda, Diss. Zürich 1976, s. 83 vd; **Wernli**, Basler Kommentar, Art. 715a, N. 11.

⁵⁰ **Bürgi**, Zürcher Kommentar, art. 713, n. 12; **Münch**, s. 85 vd; **Wernli**, Basler Kommentar, art. 715a, N. 11.

⁵¹ **Wernli**, Basler Kommentar, Art. 715a, N. 11.

YK üyelerinin şirketin defter ve dosyalarını incelemesine ilişkin yasal düzenlemede, “işlerin gidişi” ve “belirli münferit işler” hakkında bilgi istenilmesine oranla daha sıkı bir sınırlandırma söz konusudur. Gerçi bu konuda da keyfi işlem yapma yasağı geçerlidir. Ancak YK başkanı daha geniş takdir ve değerlendirme olanağına sahiptir, çünkü söz konusu şirket belgelerinin incelenebilmesi için, işlerin gidişi ve belirli münferit işler hakkında bilgi istenilmesinden ayrı olarak, defter ve dosyaların incelenmesi, istemde bulunan YK üyesi açısından “görevin yerine getirilmesi için gerekli” olmalıdır (TTK m. 392/3). **Şirket defterlerinden, şirketin muhasebe kayıtlarına ilişkin belgeler; dosyalardan da, şirketin dışarıyla yaptığı her türlü yazışmaya ilişkin belgeler** ile iç işleriyle ilgili belgeler anlaşılmalıdır.⁵² Nama yazılı paysahipleri ile intifa hakkı sahiplerinin, adı, soyadı, unvanı ve adreslerinin yazıldığı TTK m. 499’daki **pay defteri buraya dâhil değildir**⁵³, çünkü pay defterini inceleme hususunda tüm YK üyeleri sınırsız ve oldukça geniş hakka sahiptirler.

Genişletme. TTK m. 392 hükmünde, YK üyelerinin bilgi alma ve inceleme haklarının asgarî sınırı öngörüldüğünden, **bu haklar genel olarak iç yönerge ile veya münferit hallere ilişkin olarak yönetim kurulu kararı ile de genişletilebilir**, çünkü bu yetki, TTK m. 375 hükmünde yönetim kurulunun organizasyonu ile ilgili olarak devir ve feragat edilemez yetki ve görevler olarak münhasıran yönetim kuruluna ait olduğundan, esas sözleşme ile genişletilemez⁵⁴. Bu itibarla, yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme haklarının iç yönergede ayrıntılı olarak düzenlenmesi yararlı olur.

Birden fazla şirketin birlik halinde yönetildiği holding veya konzernde, ana şirket YK üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkı, yavru şirketleri de kapsar, çünkü holding ve konzernde yönetim, ana şirket yönetim kurulunun merkezî görevidir⁵⁵. Ancak bir anonim şirketin başka bir şirkete yönetimde etkin olmaksızın sadece finansal açıdan katılması söz konusu olan halde durum farklıdır. Bu halde, ana şirket yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkı sadece, ana şirkette paysahibi sıfatıyla sahip oldukları bilgileri kapsar⁵⁶. Dolayısıyla, bir yavru şirketin YK üyesi, kural olarak ana şirketin işleri hakkında bilgi isteyemez. Ancak, ana şirket yavru şirket ile iş ilişkisi içerisinde ise (örneğin işlem koşulları, borç sözleşmeleri gibi), bu takdirde bu konulara ilişkin bilgilerin yavru şirket YK üyesine verilmesi gerekir⁵⁷.

a. Yönetim Kurulunun Kararı

YK başkanı bir üyenin, yönetim kurulu toplantıları dışında şirket yönetimiyle görevlendirilen kişilerden işlerin gidişi ve belirli münferit işler hakkında bilgi alma, soru sorma ve şirket defterleri ve dosyalarında inceleme yapma istemini reddederse, konu iki gün içinde yönetim kuruluna getirilir ve karara bağlanır. Talepte bulunan ve istemi başkan tarafından reddedilen üye, YK toplantısına, mü-

⁵² Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28, s. 307, dn. 56; Wernli, Basler Kommentar, Art. 715a, N. 11

⁵³ Böckli, Aktienrecht, 3. Aufl. § 13, N. 221. Wernli, Basler Kommentar, Art. 715a, N. 11; Pulaşlı, H., Bağlı Nama yazılı Pay Senetleri, Ankara 1992, s. 90 ve dn. 236’da anılan literatür.

⁵⁴ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28, N. 104, ayrıca dn. 58.

⁵⁵ Homburger, Zürcher Kommentar, Art. 715a, N. 482; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28, N. 108.

⁵⁶ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28, s. 308, dn. 60.

⁵⁷ Homburger, Zürcher Kommentar, Art. 715a, N. 482.

zakereye ve oylamaya katılabilir. Çünkü sorun "şirket dışı kişisel bir menfaatle" ilgili değildir⁵⁸.

Yönetim kurulu söz konusu nitelikteki kararı, toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğuyla alır (TTK m. 390/1). Yönetim kurulu kararına karşı sadece mahkemeye başvurulabilir, bunun dışında konunun genel kurula taşınmasına gerek olmadığı gibi, hiçbir anlamı da yoktur. Çünkü, yönetim kurulu kararı yargı denetimine tâbi olduğundan, yargı denetiminden geçmiş bir yönetim kurulu kararının genel kurula taşınıp, tartışılması hukuken mümkün değildir. Sonuç olarak, özellikle yasadaki açık düzenleme sebebiyle ve ayrıca organlar arası güç dağılımıyla ilgili olarak yasada benimsenmiş olan "eşitlik ilkesi" (*Paritätsprinzip*) nedeniyle, *konunun genel kurula taşınması mümkün olmadığı* gibi, esas sözleşme ile de düzenlenemez⁵⁹. Ayrıca, üyelerin YK toplantıları dışında yönetimle görevli kişilerden işlerin gidişi ve belirli münferit işler hakkında bilgi alma ve defterleri inceleme hakkına ilişkin YK başkanına ait olan yetkinin alınıp, herhangi bir YK üyesine verilmesiyle ilgili iç yönergede düzenleme yapılması caiz ve geçerli değildir⁶⁰.

Öte yandan, şirket yönetiminde görevli bulunan kişilerin, yani yönetim kurulu üyeleri, murahhas üye ve müdürlerin, yasadan doğan bilgi alma, soru sorma ve inceleme hakları kısıtlanamaz ve kaldırılamaz (TTK m. 392/6). Ancak bu hakkın kapsamı yasada asgari şekilde düzenlendiğinden, esas sözleşme veya yönetim kurulu kararı ile genişletilebilir (TTK m. 39/6).

Acaba, yönetim kurulu alacağı bir karar veya yapacağı bir düzenleme ile üyelerin bilgi alma ve inceleme haklarını genişletebilir mi? Bu konuda İsviçre BK m. 715a hükmünün 6. fıkrasında, yönetim kurulunun, üyelerin bilgi alma ve incelemeye ilişkin haklarını genişleten karar ve düzenlemelerinin saklı olduğu öngörülmektedir. Benzer bir hüküm **Yeni TTK m. 392/6 hükmünde yer almaktadır**. Buna göre, esas sözleşme veya yönetim kurulu kararıyla, üyelerin bilgi alma ve inceleme hakları genişletilebilir. Buna karşın, YK üyelerinin söz konusu haklarının kaldırılması veya kısıtlanması mümkün değildir (TTK m. 392/6, 1.cüm.).

b. Mahkemeye Müracaat

YK başkanı bir üyenin bilgi alma, soru sorma veya inceleme istemini reddederse, yönetim kurulunun iki gün içinde toplanmaması veya bu istemi reddetmesi hâlinde üye, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurabilir⁶¹. Mahkeme istemi dosya üzerinden inceleyip karara bağlayabilir, mahkemenin kararı kesindir (TTK m. 392/4).

IV. YÖNETİM KURULU BAŞKANININ BİLGİ İSTEME HAKKI

Yasada, yönetim kurulu başkanına ilişkin düzenleme sadece seçim hakkındadır (m. 366/1). YK başkanının yetki ve görevleri özellikle üyelere nazaran ne gibi üstünlüğü olduğu hususunda ayrıntılı açıklamalar doktrinde yer almaktadır⁶². Belirtmek gerekir ki, başkanın konumu, "eşitler arasında birinci" (*primus inter pares*) şeklinde

⁵⁸ Gerekçe, m. 392, fık.4, s. 129.

⁵⁹ Bkz **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 28, n.106.; Böckli, Aktienrecht, 3. Aufl. § 13, N. 222.

⁶⁰ **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 13, N. 222.

⁶¹ İsviçre Borçlar Kanununda (Or Art. 715a/5), yönetim kurulunun karar vermesi halinde, üyenin mahkemeye başvurabilme hakkı hususunda bir düzenleme yoktur. Konu doktrinde tartışmalıdır.

⁶² Bkz. **Böckli**, Aktienrecht, 3. Aufl. § 13, N. 105 vd.

ifade edilmektedir⁶³. Bu anlayış, «*üyelerin bilgi edinme standardında eşitliğin sağlanması*» ilkesine de uygun olup, TTK m. 392 anlamında YK üyelerinin bireysel bilgi alma hakkı konusunda açıkça ortaya konulmaktadır. Gerçekten de 392. maddenin 5. fıkrası hükmüne göre, «*yönetim kurulu başkanı, kurulun izni olmaksızın, yönetim kurulu toplantıları dışında bilgi alamaz, şirket defter ve dosyalarını inceleyemez. Yönetim kurulu başkanının bu isteminin reddedilmesi hâlinde başkan, dördüncü fıkraya göre mahkemeye başvurabilir*». Dolayısıyla **başkan, kurul dışında inceleme ve bilgi edinme hakkını diğer üyeler gibi kullanabilir. Ancak hemen belirtelim ki, YK başkanının konumu ve ağırlığı dikkate alındığında, uygulamada bu kuralın uygulanması oldukça güçtür.**

YK başkanının, kurul toplantısı dışında bilgi alma ve inceleme hakkını, ancak yönetim kurulu kararıyla kullanabileceği yolundaki yasal düzenleme, **Türk anonim şirketler hukukuna özgü olup, İsviçre ve Alman hukuklarında benzer bir düzenleme mevcut değildir.**

V. İSVİÇRE HUKUKUNDA YÖNETİM KURULUNUN RET KARARINA KARŞI EDİ DAVA AÇILMASI SORUNU

Yönetim kurulu üyesinin bilgi alma ve inceleme isteminin, yönetim kurulunca reddedilmesi durumunda, yönetim kurulunun bu kararına karşı mahkemeye müracaat edilip edilmeyeceği hususu, yasada düzenlenmediğinden, İsviçre doktrininde tartışmalıdır.⁶⁴ Bir kısım yazarlar, yönetim kurulunun söz konusu kararının iptalinin mümkün olduğunu ve hem de bir «*eda davası*» (*Leistungsklage*) açılabileceğini ileri sürmektedirler⁶⁵. Buna karşın egemen olan görüş, yönetim kurulunun ret kararının iptalinin mümkün olmadığını yönündedir.⁶⁶ İptal davasını reddeden *Böckli*, yasada açıkça yönetim kurulu kararların *iptal edilemezliğinin* öngörüldüğünü ve yönetim kurulunun bu kararının «*yenilik doğuran bir karar*» (*Gestaltungssentscheid*) olması nedeniyle de, buna karşı bir eda davasının açılmasının mümkün olmadığını ve yönetim kurulunun ret kararının mahkemece sadece OR Art. 706b hükmüne göre geçerliliği açısından incelemeye tâbi tutulabileceğini ve bu durumda bilgi alma ve inceleme istemi reddedilen YK üyesinin OR Art. 714 hükmü uyarınca «*yönetim kurulu kararının geçersizliğinin tespiti davasını*» açabileceğini belirtmektedir.⁶⁷ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* ise, yasanın açık ve kesin ifadesi ve yine organlar arası güç dağılımıyla ilgili olarak yasada benimsenmiş olan «*eşitlik ilkesi*» (*Paritätsprinzip*) nedeniyle, yönetim kurulu kararına karşı iptal davası olanağının mümkün olmadığını ileri sürmektedirler.⁶⁸

⁶³ Bkz. Gerekçe, m. 392, fık.5, s. 129.

⁶⁴ Tartışmalar için bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 28, s. 308, dn. 59' da anılan literatür.

⁶⁵ **Stauber**, s. 85 vd.; **Plüss**, s. 59; **Druey**, Jean Nicolas, Das Informationsrecht des einzelnen Verwaltungsratsmitglieds, SZW 65 (1993), s. 49 vd, yazar 51. sayfada bunu kabul etmemekle beraber, s. 53' de benimsemektedir.

⁶⁶ Bkz. **Affolter**, Markus; die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess (Diss. St. Gallen 1993 = st. Galler, Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht 36), s. 6; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 28, n. 106.; *Böckli*, aktienrecht, 2. Aufl. N.1507a-1507c; 3. Aufl. § 13, n. 233 ve 236; **Homburger**, Zürcher Kommentar, Art. 715a, N. 470; **Kunz**, Peter, v.; Die Auskunfts- und Einsichtsrechte des Verwaltungsratsmitglieds, AJP 1993, s. 49 vd.

⁶⁷ Aktienrecht, 2. Aufl. s. 790-791, N. 1507a-1507c.

⁶⁸ **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 28, N. 106.

ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN NİTELİKLERİ KONUSUNDA KARŞILAŞILABİLECEK SORUNLAR

Yrd. Doç. Dr. İlyas ÇELİKTAŞ*

ÖZET

TTK'da en kapsamlı değişiklikler “anonim şirketler” ile ilgili dördüncü kısımda yapılmış olup bu kısmın da en fazla değişikliğe uğrayan bölümü “yönetim kurulu” ile ilgili hükümler olmuştur. Çalışmamızda yönetim kurulunun yapısına ilişkin bütün değişiklikleri değil yönetim kurulu üyelerinin nitelikleri ile ilgili hususları ele aldık. Bunları ele alırken her başlık altında getirilen düzenlemenin olumlu olup olmadığını uygulamada karşılaşılabilecek sorunları ifade ettik.

Anahtar Kelimeler: Yönetim Kurulu, Yönetim Kurulu Üyeliği, Yeni TTK

ABSTRACT

In the current Turkish Commercial Code, most expansive amendments were adopted in the fourth chapter relating to “joint stock companies” whereof the part with the largest number of amendments is the provisions concerning the “board of directors”. In this article, not the amendments to the whole structure of the board, but rather the attributes of the board members were discussed. At the discussion, we declared in detail whether or not the new regulations in each heading of the Turkish Commercial Code are favourable, and we pointed out potential issues in practice.

Keywords: board of directors, membership in the board of directors, the new Turkish Commercial Code

I. GİRİŞ

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) yönetim kurulu toplamda otuzsekiz madde ile düzenlenmiştir (m. 359-396). TTK'da en kapsamlı değişiklikler “anonim şirketler” ile ilgili dördüncü kısımda yapılmış olup bu kısmın da en fazla değişikliğe uğrayan bölümü “yönetim kurulu” ile ilgili hükümler olmuştur. Bu bölümdeki onsekiz madde eski TTK'da yer almayan tamamen yeni maddelerden oluşmaktadır¹. Yapılan değişikliklerle organlar arasında fonksiyonel bağlamda güç yönünden denklik kabul edilerek genel kurulun bir üst organ olduğu ve bütün kararları alabilme yetkisi ile donatıldığına ilişkin salt yetki teorisi reddedilmiştir². Yönetim kurulunun devredilemez nitelikteki yetkileri tek tek sayılarak genel kurulun istediği görev ve yetkileri istediği

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Abuzer Kendigelen, **Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, İstanbul: XII Levha, 2011, s. 210.

² **Gereke**, m. 375.

anda yönetim kurulundan alabilmesinin yolu kapatılarak yönetim kurulunun konumunun güçlendirildiği görülmektedir³. Biz çalışmamızda yönetim kurulunun yapısına ilişkin bütün değişiklikleri değil yönetim kurulu üyelerinin nitelikleri ile ilgili hususları ele alacağız. Bunları ele alırken her başlık altında getirilen düzenlemenin olumlu olup olmadığını ve uygulamada karşılaşılabilecek sorunları ifade edeceğiz. Burada dile getirilen sorunlar aslında iş dünyası tarafından değiştirilmesi en fazla talep edilen hususlar arasında yer aldı. Nitekim Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın öncülüğünde ilgili tüm çevrelerin görüşleri doğrultusunda bu talepler değerlendirilerek 44 maddeden oluşan "Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" TBMM'ye sevk edildi⁴. Tasarı 26.6.2012 tarihinde kanunlaştı⁵. Bu düzenleme ile eleştirdiğimiz ve uygulamada sorun çıkarabilecek hususlar kanundan çıkarılmış oldu. Ancak bu hususların neden kanundan çıkarıldığına anlaşılabilmesi amacıyla çalışmamızda bunlara da yer verdik.

II. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN NİTELİKLERİ

Yönetim kurulu üyelerinin nitelikleri TTK. m. 359'da düzenlenmiştir. Bu nitelikler aşağıda ayrıntılı olarak ifade edilmiştir.

A. PAY SAHİBİ OLMA ŞARTININ BULUNMAMASI

Eski TTK yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi ortaklardan oluşmasını, eğer pay sahibi olmayan bir kimse üye seçilirse pay sahibi sıfatını kazandıktan sonra göreve başlayabileceğini öngörmüştü (m. 312/2). Yine YK üyelerinden her biri itibari değeri şirket esas sermayesinin en yüzde birine eşit miktarda pay senetlerini, teminat olarak şirkete vermeye mecburdu (m. 313/1). Bir kere bu hükümlerin uygulamada hiçbir pratik değeri yoktu. Burada amaç YK üyesini pay sahibi yaparak şirkete olan bağlılığını sağlamaktı. Ancak bir paya sahip olan kişi de üye seçilebileceğinden uygulamada hükmün gayesi önemini kaybettiği gibi YK üyelerinin sorumluluklarına karşı rehin hükmünde şirkete tevdi ettikleri pay senetlerinin değeri de yapılan sermaye artışları karşısında anlamını yitirmekteydi⁶. Dolayısıyla bu hükümlere TTK'da yer verilmemesi olumlu bir gelişmedir. Nitekim bu husus madde gerekçesinde; "...yönetim kurulu üyelerinin ayrıca, pay sahibi olmalarına ilişkin 6762 sayılı Kanunda öngörülmüş bulunan (gerektsiz) zorunluluk kaldırılmıştır. Böylece hem az ortaklı anonim şirketlerde çok üyeli yönetim kurulu oluşturulmasına olanak tanınmış, hem de yapay hile-i şer'îye olan çözümlere başvurulmadan, uzman ve profesyonel yönetim kurullarının kurulabilmesi-

³ **Gerekeçe**, m. 374; Kendigelen, s. 227; Günümüz anonim şirketler hukukundaki gelişmelerin de YK'nun idare ve temsil dışında bir karar organı olduğunu ifade ettiği hakkında bkz.: Necla Akdağ Güney, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, 2. Bası, s. 16.

⁴ Tasarının Genel Gerekçesinde şu ifadeler yer almıştır; "...6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, yayımı tarihinden itibaren kamuoyunda tartışılmış ve anılan Kanunda yer alan bazı düzenlemelerin değiştirilmeden yürürlüğe girmesi halinde ticari hayatın olumsuz etkilenebileceği ve uygulamada sorunların yaşanabileceği değerlendirilmiştir. Uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların asgariye indirilebilmesi için... bu Kanun Tasarısı hazırlanmıştır".

⁵ 6335 sayılı "Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", **RG. T.** 30.06.2012, **S.** 28339.

⁶ Halil Arslanlı, **Anonim Şirketler II-III Anonim Şirketlerin Organizasyonu ve Tahviller**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1960, s. 95; Ersin Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, İstanbul: Arıkan, 2005, 10. Bası, s. 332; Mehmet Helvacı, "Yönetim Kurulu", **40. Yıllık Türk Ticaret Kanunu**, İstanbul: Beta, 1997, s. 110.

nin yolu açılmıştır” şeklinde ifade edilmiştir⁷. Buna göre tek pay sahipli bir anonim şirkette birden fazla (3, 5 veya 7 gibi) ve pay sahibi olmayan uzman kişilerden oluşan bir YK olabilecektir. Pay sahibi sayısı ile YK üye sayısı arasında bir ilişki bulunması zorunluluğu yoktur⁸. Nitekim İsviçre’de YK üyesi seçilebilmek için pay sahibi olmayı zorunlu kılan İsviçre Borçlar Kanunu’nun (OR) 707/1 maddesindeki pay sahibi zorunluluğu ifadesi⁹ ile pay sahibi olmayan bir kişi seçildiği zaman göreve başlayabilmesi için pay sahibi olmayı zorunlu kılan (OR) 707/2 maddesi¹⁰ 2005 yılında kabul edilen ve Ocak 2008’de yürürlüğe giren değişiklikle kaldırılmıştır¹¹.

B. GERÇEK KİŞİ VEYA TÜZEL KİŞİ OLMAK

Eski TTK’da YK üyeleri ancak gerçek kişilerden oluşmaktaydı. Buna göre tüzel bir kişi YK üyesi olamaz ancak temsilcisi olan gerçek kişiler YK üyeliğine seçilebilirdi (m. 312/2). Artık tüzel kişilerin doğrudan YK üyesi seçilebilmelerinin yolu açılmıştır. Bir tüzel kişi yönetim kuruluna üye seçildiği takdirde, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilan olunur; ayrıca, tescil ve ilanın yapılmış olduğu, şirketin internet sitesinde hemen açıklanır. Tüzel kişi adına sadece, bu tescil edilmiş kişi toplantılara katılıp oy kullanabilir (TTK. m. 359/2). Burada iki yenilik ön plana çıkmaktadır. Birincisi, tüzel kişilerin görünürdeki zayıf malvarlıklı temsilcilerinin arkasına gizlenerek sorumluluktan kaçınmalarının yolu kapanmıştır. Nitekim bu husus madde gerekçesinde; “*Bu fıkra ile çağdaş, hakça bir sorumluluk sistemi kabul edilerek, tüzel kişinin temsilcisinin üye seçilmesi ile üyenin (temsilcinin) tüzel kişi ile arasındaki bağın kesildiği ve tüzel kişinin, temsilcisinin eylem ve kararlarından sorumlu tutulamayacağı şeklindeki yapay teori reddedilmiştir. Artık, tüzel kişilerin temsilcilerinden oluşan zayıf malvarlıklı üyelerin sorumluluğu ile hukuki gerçeklere göz yumulmayacaktır*” şeklinde ifade edilmiştir¹². Tüzel kişinin sorumlu tutulması ile şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara teminat verilmiştir. Evet, temsilci gerçek kişinin oyu tüzel kişinin oyu olarak kabul edilecek, onun davranışlarından temsil ettiği tüzel kişi sorumlu olacaktır.

Tüzel kişinin YK üyesi olarak sorumluluğunun kabul edilmesi uygulamada diğer bir sorunu da kökünden halletmiş oldu. Anonim şirketlerde vadesinde ödenmeyen ve şirketin malvarlığından tahsil edilemeyen vergi ve diğer kamu alacakları kanuni temsilci olan YK üyelerinden tahsil edilmekteydi (VUK. m. 10; AATUHK. m. 35). Acaba bu alacaklar burada tüzel kişi ortağı temsilen görev yapan gerçek kişiden mi tahsil edilecekti yoksa tüzel kişinin kendisinden mi tahsil edilecekti? Bu konu her ne kadar Danıştay içtihadı ile tüzel kişinin sorumlu olduğu ve takip edilmesi gerektiği şeklinde çözüme bağlanmış olsa da yasal olarak açıklığa kavuşturularak vergi idarelerinin yanlış uygulamalarının önüne geçilmiş oldu¹³.

Getirilen diğer bir yenilik ise tüzel kişinin yönetim kurulunda tek bir temsilci ile temsil edileceğidir. Eski TTK’da bu konuda açıklık olmadığı gibi “*hükmi şahsın tem-*

⁷ Gerekçe, m. 359.

⁸ A. Bumin Doğrusöz, “Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Oluşumu, Sorunlar ve Vergisel Sonuçları”, <http://www.bumindogruso.com> (Erişim tarihi: 16.6.2012).

⁹ “die Aktionäre sein müssen”

¹⁰ “Werden andere Personen gewählt, so können sie ihr Amt erst antreten nachdem sie Aktionäre geworden sind”

¹¹ GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht (AS 2007 4791; BB1 2002 3148, 2004 3969).

¹² Gerekçe, m. 359.

¹³ Doğrusöz, agm., <http://www.bumindogruso.com> (Erişim tarihi: 16.6.2012).

silcisi olan hakiki şahıslar idare meclisine aza seçilebilirler” hükmü yer aldığından genellikle yabancı sermaye uygulamasında yabancı yatırımcı tüzel kişiye birden çok kişi ile temsil edilebilme imkânı verilmekteydi¹⁴. Yeni düzenleme ile tüzel kişi tarafından belirlenen “sadece bir gerçek kişi” yönetim kurulunda görev yapacaktır. Bu husus gerekçede; “*bu düzenleme ile, yıllardır hukukumuzda hakim olan bir tüzel kişinin yönetim kurulunda birden çok temsilciye sahip ve birden çok oyu haiz olmasına ilişkin teoriye ve dogmatığa aykırı, menfaatler dengesini bozan uygulama da son bulacaktır. Çünkü, her üye gibi tüzel kişi de yönetim kurulunda bir oy hakkına sahip olacaktır*” şeklinde ifade edilmiştir¹⁵. Tüzel kişi YK toplantısına bizzat katılmayacağı için belirlediği bu gerçek kişi tescil ve ilan edilecek ve toplantılara katılıp oy kullanacaktır. Bu tescil kurucu etkiye sahiptir. Bunun amacı tüzel kişinin her toplantıda kurula farklı kişileri yollayarak kurulun çalışmasını ve istikrarını bozmasına engel olmaktadır¹⁶. Tüzel kişi belirlediği gerçek kişiyi istediği zaman değiştirebilir. Bunun için şirkete başvurarak yeni kişiyi tescil ve ilan ettirmektedir¹⁷. Esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle belirleme hakkı başka bir organ veya kişiye verilemez¹⁸. Şirkette haklı sebeplerin varlığı halinde tüzel kişiden değiştirme talebinde bulunabilir¹⁹. Seçilen kişinin genel kurul kararı olmaksızın kolayca görevden alınabilmesinin onun yönetim görev ve sorumluluklarına özen göstermemesi ve şirkete yabancılaşması ihtimalini getireceği savunulmuşsa²⁰ da esas sorumlunun tüzel kişi olduğu gerekçesiyle bu görüşe katılmadığımızı ifade etmek isteriz. Tüzel kişi verdiği yanlış kararlarla şirketi zarara uğratan ve kendi sorumluluğuna yol açan gerçek kişi temsilciye genel hükümlere dayanarak rücu edilecektir²¹.

C. TAM EHLİYETLİ OLMAK

Yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olmaları şarttır (TTK. m. 359/3). Genel olarak temsilcinin temyiz kudretine sahip olması yeterli olduğu halde tüzel kişinin temsilcisi gerçek kişinin de tam ehliyetli olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir²². 6762 sayılı TTK bu konuda açık bir düzen-

¹⁴ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 319.

¹⁵ **Gerekeçe**, m. 359.

¹⁶ **Gerekeçe**, m. 359.

¹⁷ Tüzel kişi ile onu temsil eden gerçek kişi arasında görev ilişkisi sona erdiği ve yeni temsilcinin ticaret siciline tescili için yeterli sürenin bulunmadığı hallerde tüzel kişinin yönetim kurulunda temsili nasıl olacak? *Teoman* haklı olarak bunun kabul edilemez olduğunu ifade etmektedir, bkz.: Ömer Teoman, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Anonim Ortaklık Yönetim Kuruluna İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Batider** (Eylül 2010), C. XXVI, S. 3, s. 10.

¹⁸ Esas sözleşme, TTK’nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir (m. 340). Dolayısıyla madde metninde “tüzel kişi tarafından belirlenen” ifadesi yer aldığından aksine izin verildiğine ilişkin lafzından ve yorumundan bir sonuç çıkarılmadığından emredici bir hüküm olarak ancak tüzel kişi tarafından belirlenir. Emredici hükümlerin düzenleniş ve bunlara aykırılığın sonuçları hakkında bkz.: Rauf Karasu, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, Ankara: Yetkin, 2009, s. 45, 59.

¹⁹ **Gerekeçe**, m. 359.

²⁰ Doğrusöz, agm., <http://www.bumindogrusoz.com> (Erişim tarihi: 16.6.2012).

²¹ Necla Akdağ Güney, “Yeni Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Tüzel Kişi Ortağın Yönetim Kurulunda Temsili”, **Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası**, <http://www.kazanci.com> (Erişim tarihi: 16.6.2012).

²² Seza Reisoğlu, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Anonim Şirketlerle İlgili Başlıca Yeni Ve Farklı Düzenlemeleri”, **Bankacılar Dergisi** (2011), S. 79, s. 118.

leme öngörmemiş ancak üyeliği sona erdiren nedenler arasında hacir altına almayı saymıştı (m. 315/2). Ancak doktrin²³ ve Yargıtay²⁴ üyeliği sona erdiren bir hususun başlangıçta da aranması yani kısıtlı olmaması gerektiği konusunda mutabıktı. Dolayısıyla bu düşüncenin kanunda açık ifadesini bulması yerinde olmuştur.

D. SEÇİLME ENGELLERİNİN BULUNMAMASI

Kanun üyeliği sona erdiren sebeplerin seçilmeye de engel olduğunu hüküm altına almış (TTK. m. 359/4), üyeliği sona erdiren sebepleri ise; iflas, ehliyetin kısıtlanması, üyelik için gerekli kanuni şartları yahut esas sözleşmede öngörülen nitelikleri kaybetmek olarak saymıştır (TTK. m. 359/4). 6762 sayılı TTK. m. 315/2’de sayılan ve üyeliği sona erdiren “ağır hapis cezası, sahtekarlık, emniyeti suistimal, hırsızlık, dolandırıcılık suçlarından mahkumiyet” halleri TTK’ya alınmamıştır. Bu bir eksikliktir²⁵. Çünkü bu suçlar üyeliği sona erdirmeye ve seçilmeye engeldir²⁶. Madde eski düzenlemenin aynıysa olduğundan sayılan hususların alınmamasının bilinçli değil sehven olduğu kanaatindeyiz. Doğrusöz burada Türk Ceza Kanunu m. 53’te yer alan “*kişilerin kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak, hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar şirketlerin yöneticisi veya denetçisi olamayacağına*” dair hükmün uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir²⁷.

III. 6335 SAYILI YASA İLE YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILAN NİTELİKLER

6335 sayılı Kanun ile aşağıdaki nitelikler kanundan kaldırılmıştır (m. 43/11). Ancak 6102 sayılı TTK’nın gerek tasarı halinde iken gerekse kabul edildiği 13/1/2011 tarihinden yürürlüğe girdiği 1/7/2012 tarihine kadar kanundaki yerini muhafaza etmiş ve doktrinde hakkında değerlendirmelere konu olmuş bu nitelikler hakkında ileri sürülen hususları okuyucunun istifadesine sunmak istedik.

A. YÜKSEK ÖĞRENİM GÖRMÜŞ OLMAK

TTK. m. 359/3’de; “*Yönetim kurulu üyelerinin en az dörtte birinin yüksek öğrenim görmüş olması zorunludur. Tek üyeli yönetim kurulunda bu zorunluluk aranmaz*” hükmünü öngörmekteydi. Hükmün gerekçesine bakıldığında amacın “*yönetim kurulunun nicelik yönünden düzeyi yükseltilmiş ve profesyonel üyelerin seçimine zemin hazırlanarak kurumsal yönetim ilkeleriyle uyum sağlamak*” şeklinde açıklandığını görüyoruz. Tasarıda % 50 olan bu oran Anayasanın özel teşebbüs kurma serbestliğine ve ticaret hayatının gereklerine aykırı olduğu için eleştirilmiştir²⁸. Bu eleştiriler göz önüne

²³ Teoman’a göre; “*bir sorumluluk mevkii olan ve bünyesinde genellikle vekalet sözleşmesinin yattığı kabul edilen bir ilişkide kendi işini bizzat göremeyecek konumda olan bir kimsenin yabancı bir malvarlığını yönetmesi asla söz konusu olamaz*”, Teoman, s. 7. Aynı görüşte Mustafa Çeker, **Ticaret Hukuku**, Adana: Karahan, 2011, s. 426; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 319;

²⁴ Y. 11. HD., 5.12.1986, E. 6726, K. 6565, bkz.: Gönen Eriş, **Anonim Şirketler Hukuku**, Ankara, 1995, s. 193.

²⁵ Mehmet Helvacı, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu (Organı) Konusunda Getirdiği Yenilikler”, **Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri Uluslararası Konferans 16-17 Aralık 2008**, (Ed.: Korkut Özkorkut), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2010, s. 192.

²⁶ Kendigelen, s. 218.

²⁷ Doğrusöz, agm., <http://www.bumindogruso.com> (Erişim tarihi: 16.6.2012).

²⁸ Erdoğan Moroğlu, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı Değerlendirme ve Öneriler**, Ankara: TBB Yayını, 2006, s. 163; Bu şartın tahsil durumu yeterli olmayan şirket sahiplerini sıkıntıya sokabileceği konusunda bkz.: Ersin

alınarak “Anadolu’da geleneksel aile şirketlerinin çoğunlukta olması, bunların ortaklarının ve yöneticilerinin de çoğunlukla yüksek öğrenim görmemiş olması ve bir girişiminin kendi kurduğu şirketin yönetim kurulunda yer alamamasının Anayasa’nın çalışma ve teşebbüs hürriyetini düzenleyen maddeye aykırı olduğu gerekçesiyle” Adalet Komisyonunda değiştirilerek dörtte bire indirilmiş ve “Tek üyeli yönetim kurulunda bu zorunluluk aranmaz” cümlesi eklenmiştir²⁹. Tabii bu değişiklikte eleştiriye uğramıştır. Eleştiriler hem doktrinden hem de siyasilere gelmiştir. *Helvacı*’ya göre yüksek öğrenim görmüş olma şartına ilişkin oranın dörtte bire indirilmesi, yönetim organının tek kişiden oluşması halinde bu zorunluluğun kaldırılması hükmün kendisinden beklenen yararı sağlamasına engel olacak tarzdadır³⁰. Gümrük ve Ticaret Bakanı *Hayati Yazıcı* ise vürürlüğe girmeden TTK ile ilgili katıldığı bir toplantıda konu ile ilgili görüşlerini: “Dörtte 1 oranında yüksek tahsil olması şartıyla ilgili geçenlerde bir espri olarak söyledim. Ruhsat böyle olursa o zaman Kavserililer ticaret hayatından çekilmek zorunda kalır. Kavserililerin okuması ticaret yapmaz, okumamış yapar. Hocalarım beni başlasın, bu madde neden konulmuş onu bilmiyorum. Türkiye’nin 81 iline üniversite koymusuz. Vakıf üniversiteleriyle birlikte 170’ten fazla üniversite var. Hemen her ailede birden fazla kişi yüksek tahsil alıyor. Onlar da mutlaka bir yerlerde istihdam edilecek. Dolayısıyla onu da oradan kaldıracamız” şeklinde ifade etmiştir³¹.

Gerçekten de bu hüküm uygulamada problemlere yol açacak nitelikteydi. *Kendigelen*’in haklı olarak sorduğu gibi YK dört ve dördün katlarından oluşmadığı durumda vine en az bir üyenin yüksek öğrenim görme şartı aranacak mıdır? *Pulaşlı*’ya göre YK’nın 3 veya 2 üyeden oluşması halinde yüksek öğrenim görmüş olma zorunluluğu aranmayacaktır³². Kanaatimizce bu görüşe iki yönden katılmak mümkün değildir. Birincisi kanun koyucu “Tek üyeli yönetim kurulunda bu zorunluluk aranmaz” demektedir (TTK. m. 359/3). Bu hükmün mefhumu muhalifinden YK birden fazla üyeden oluştuğu takdirde bu zorunluluğun aranacağı ortaya çıkar. İkincisi her ne kadar bu oran dörtte bire indirilmişse de kanun koyucunun maddenin ilk halinde yarısının ve tek üyeli olması halinde de onun bu zorunluluğu taşımaması öngörmesinden yola çıktığımızda 3 veya 2 üyeli olması halinde bu zorunluluğun aranmaması kanun koyucunun amacına aykırı düşecektir. Tabii burada diğer bir sorun da YK üye sayısının dörde tam olarak bölünemediği durumlarda ne yapılacaktır? Burada eskiden YK toplantı yetersayısına ilişkin olarak Yargıtay ve doktrin tarafından kabul edilen kesirlerin tama iblağ edilmesi yolu kabul edilerek 2, 3 ve 4 üyeden oluşması halinde 1 üyenin 5, 6, 7 ve 8 üyeden

Özdemir, “TTK Tasarısı’nda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliğine Seçilme Şartları”, **Yaklaşım Dergisi** (Ağustos 2007), Yıl: 15, S. 176, s. 272. *Doğrusöz*’e göre; “Özellikle pay sahiplerinin tamamının yüksek öğrenim görmediği aile şirketlerinde, şirkette hiçbir sıfatı olmayan dışarıdan birisini yönetim kurulu üyesi olarak atamak, hatta ona ücret ödenmek istenmemektedir. Kanunun gerekçesinde ise, onları Kanun yoluyla buna zorlamayı haklı kılacak yeterli hak sebebe rastlamak mümkün değildir”, bkz.: agm., <http://www.bumindogruso.com> (Erişim tarihi: 16.6.2012).

²⁹ TBMM Adalet Komisyonu Raporu, T. 3.5.2007, E. 1/1138, K. 123, <http://www.tbmm.gov.tr> (Erişim tarihi: 16.6.2012).

³⁰ *Helvacı*, Tasarı, s. 191.

³¹ Zaman Ortak Akıl Toplantıları “Türk Ticaret Kanunu”, <http://www.zaman.com.tr> (Erişim tarihi: 16.6.2012).

³² Hasan Pulaşlı, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi C. I**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, s. 893.

oluşması halinde 2 üyenin bu şartı taşıması kabul edilebilir³³. Bunun dışında özellikle pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerde, pay sahipleri başta olmak üzere tüm ilgililerin menfaatlerini ideal düzeyde korumaya yönelik kurullar sistemi³⁴ olan kurumsal yönetim ilkeleri ülkemizde de Sermaye Piyasası Kurulu tarafından bir Tebliğ³⁵ ile düzenlenmiştir. Her ne kadar bu tebliğ borsa şirketlerinin esas alacakları kurumsal yönetim ilkelerini düzenliyor olsa da kurumsal yönetim TTK'da düzenlenen anonim şirketler için de bir sacayağıdır. Bu tebliğde bağımsız üyelerin sayısına ilişkin 4.3.4'te yer alan “Yönetim kurulu içerisindeki bağımsız üye sayısı toplam üye sayısının üçte birinden az olamaz. Bağımsız üye sayısının hesaplanmasında küsuratlar izleyen tam sayı olarak dikkate alınır. Her durumda, bağımsız üye sayısı ikiden az olamaz” kuralını kıyasen burada da uygulayarak küsuratları tama iblağ edebiliriz.

Bir diğer sorun da TTK'da yüksek öğrenimin alanı belirtilmemiştir. Hiç şüphesiz ana sözleşmeye konulacak bir hükümlerle sorun halledilebilir³⁶. Örneğin, bilgi teknolojileri alanında çalışan bir şirkette yüksek öğrenim görme şartını taşıyacak üyenin bilgisayar mühendisi olmasının öngörülmesi gibi. Aksi takdirde Teoman'ın da haklı olarak belirttiği üzere somut uğraşı alanı ile hiç ilgisi olmayan bir konuda (örneğin yukarıdaki örnekte ilgili üyenin su ürünleri meslek yüksek okulundan mezun olması gibi) yüksek öğrenim görmüş olmanın şirkete sağlayacağı yarar belirsizdir³⁷.

Bir diğer husus da yüksek öğrenim kavramından ne anlaşılması gerektiği ve yabancılar için denklik aranıp aranmayacağıdır? 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa göre yükseköğretim: Milli eğitim sistemi içinde, ortaöğretime dayalı, en az dört yarıyılı kapsayan her kademedeki eğitim - öğretimin tümüdür (m. 3/a). Fakülteler, konservatuarlar, yüksekokullar, meslek yüksekokulları bu tanıma girerler. Ancak yabancılar için Yükseköğretim Kurulu'ndan denklik belgesi istenmemesi gerekir. Zira burada kamu veya özel bir kuruma eleman almıyoruz. Kendi ülkelerinden aldıkları yükseköğrenim belgelerini ibraz etmeleri yeterlidir.

B. ŞİRKETİ TEMSİLE YETKİLİ EN AZ BİR KİŞİNİN TÜRKİYE'DE YERLEŞİK VE TÜRK VATANDAŞI OLMASI

Yürürlükten kaldırılan bu husus ile ilgili olarak “temsile yetkili en az bir üyenin yerleşme yerinin Türkiye'de bulunması ve Türk vatandaşı olması şarttır” hükmü yer almıştı (TTK. m. 359/1). Bunun sebebi; “işlem kolaylığını sağlamak, hukuki ve cezai sorumluluğa ilişkin hükümlere uygulanabilirlik kazandırmak ve şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların menfaatlerini korumaktır” şeklinde ifade edilmişti³⁸. Bu şart yabancı sermaye açısından rahatsızlık oluşturabilecek nitelikteydi³⁹.

YK üyeleri için aranan Vatandaşlık ve ülke içinde ikamet şartı içeren İBK. m. 708 tamamen yürürlükten kaldırılmıştır. Maddeye göre; YK'nun yarından fazlasının İsviçre'de ikamet etmesi ve İsviçre Vatandaşı olması şart koşulmuştur. Ayrıca şirketi

³³ Doğrusöz, agm., <http://www.bumindogruso.com> (Erişim tarihi: 16.6.2012) ; Soner Altaş, “Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Yapısı ve Üyelerinin Nitelikleri”, **Mali Çözüm** (Mart-Nisan 2011), s. 114.

³⁴ **TTK Genel Gerekeçe**.

³⁵ Seri: IV, No: 56 sayılı “Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ”, **RG. T.** 30.12.2011, S. 28158.

³⁶ Altaş, s. 114.

³⁷ Teoman, s. 7.

³⁸ **Gerekeçe**, m. 359.

³⁹ Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, İstanbul: Beta, Yeni TTK'ya Göre Yazılmış 7. Bası, 2012, s. 181.

temsile yetkili olanlardan en az bir tanesi İsviçre’de ikamet etme şartı aranmıştır. Bu madde 1919 yılında I. Dünya Savaşı gölgesinde Federal Mecliste kabul edilmiş ve 1936 da Borçlar Kanununa girmiştir. Bu hükmün amacı, İsviçre’de kurulan Anonim şirketleri İsviçre devletinin kontrolü altında tutmaktır. Ancak burada daha sonradan vatandaşlıktan çıkma halinde şirket sona erme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktaydı. Bu şekilde yabancıların dışlanmasına (ayrımcılığa) sebep olan maddenin değişmesi gerektiği görüşü ağırlık kazanmış ve 2005 kabul edilen ve 2008’de yürürlüğe giren düzenleme ile kaldırılmıştır⁴⁰.

IV. SONUÇ

13.1.2011 tarihinde kabul edilen ve 14.2.2011 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 6102 sayılı TTK’nun yürürlüğe girişi 1.7.2012 tarihi olarak öngörülmüştü. Yarım asrı geçkin bir zamandan beri uygulanmakta olan bir temel kanunda yürürlüğe girişin bu şekilde ertelenmesi isabetli olmuştur. Şöyle ki bu zaman zarfında kanun kamuoyunda tartışılmış, paneller, sempozyumlar düzenlenmiş, makalelerde görüşler beyan edilmiştir. Bu makalenin temelini oluşturan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalının düzenlediği sempozyumda sunmuş olduğumuz tebliğimizde de yükseköğrenim görmüş olma, vatandaşlık ve ikamet gibi hususların yerinde olmadığını dile getirmiştik. Zaten bu hususlar iş dünyasında en fazla değişiklik talep edilen hususlar arasında yer almaktaydılar. Nihayetinde ticari hayatın olumsuz etkilenebileceği ve uygulamada sorunlar yaşanacağı ve bu sorunların asgariye indirilmesi amacıyla TTK yürürlüğe girmeden burada ifade ettiğimiz hususlar ile diğer bağımsız denetim, borçlanma yasağı, internet sitesinde bulundurulması gereken içerik gibi hususlarda 6335 sayılı Kanun ile değişiklikler yapılmıştır.

⁴⁰ Pulaşlı, s. 557. Ancak şirketi temsile yetkili olanlardan en az bir tanesinin İsviçre’de ikamet etme şartı muhafaza edilmiştir. İBK. m. 718/4; “Şirket, İsviçre’de İkameti olan bir kişi tarafından temsil edilebilir. Bu şart bir YK üyesi tarafından veya atanan 3. kişi (müdür) tarafından da yerine getirilebilir” (Die Gesellschaft muss durch eine Person vertreten werden können, die Wohnsitz in der Schweiz hat. Dieses Erfordernis kann durch ein Mitglied des Verwaltungsrates oder einen Direktor erfüllt werden).

YÖNETİM KURULUNUN DEVREDİLEMEZ YETKİLERİ VE YÖNETİM YETKİSİNİN DEVRİ *

Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN*

GİRİŞ

Anonim şirket yönetim kurulunun devredilemez ve devralınamaz yetkileri İş-
viçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme esas alınarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹
(TTK) ile hukuk sistemimize ilk defa girmiştir. 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanu-
nu'nda her ne kadar bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmasa da doktrinde yöne-
tim kurulunun bir takım devredilemez yetkilerinin bulunduğu kabul edilmekteydi.

Yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri özellikle yönetim kurulu ile
genel kurul arasındaki işlev ayrılığı ilkesi ve yönetim görev ve yetkilerinin devrinin bir
şartı olması açısından önem arz etmektedir.

Anonim şirketlerde şirketin büyüklüğüne göre, yönetim kurulunun görev ve
yetkilerinin kısmen veya tamamen yönetim kurulu üyelerine veya üçüncü kişilere dev-
redilmesi ve icra kurulunun oluşturulması şirket yönetiminin organize edilmesinin en
önemli araçlarındandır.

Büyük anonim şirketlerde yönetim kurulunun kurul organ olarak her konuda kar-
rar alarak şirketi verimli bir şekilde yönetmesi mümkün değildir. Küçük anonim şir-
ketlerde ise, yeterli bilgi birikimine ve tecrübeye sahip olmayan ortakların şirketi yö-
netmesi halinde başarı elde edilmesi çok zordur. Dolayısıyla işlerin çeşitliliği, fazlalığı
ve profesyonel yöneticilere duyulan ihtiyaç sebebiyle yönetim görev ve yetkilerinin
kısmen veya tamamen devredilmesi gerekebilmektedir.

Yönetim görev ve yetkilerinin devredilmesi 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda
yeniden düzenlenmiş ve önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda özellikle yöne-
tim görev ve yetkilerinin devrinin yeni maddi ve şekli şartı dikkat çekmektedir. Şekli
şart olarak, iç yönergenin hazırlanması ve maddi şart olarak, devredilemez ve devralı-
namaz görev ve yetkiler yeni TTK ile hukuk sistemimize girmiştir.

I- YÖNETİM KURULUNUN DEVREDİLEMEZ VE DEVRALINAMAZ YETKİLERİ

A- Genel Olarak

Yönetim kurulunun devredilemez ve devralınamaz yetkilerine² ilişkin ilk düzen-
leme 6102 sayılı TTK ile hukuk sistemimize girmiştir³. Yönetim kurulunun devredile-

* Bu çalışma müellife ait "Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetki-
sinin Devri" konulu eserinden üretilmiştir.

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ RG. 14.02.2011, S. 27846.

² TTK'nın 375. maddesindeki "devredilemez ve vazgeçilemez" yetkilerden bahsedilmektedir. Oysa mehaz İBK'nın 716. maddesinde "vazgeçilemez yetki" kavramı yerine "alınamaz yetki" kavramı kullanılmakta ve "devredilemez ve alınamaz" ibarelerinin karşılığı olarak "unübertragbare und unentziehbare" kavramları yer almaktadır. Bu maddede yer alan "unentziehbar" ibaresi

mez ve devralınamaz yetkilerinin düzenlendiği TTK'nın 375. maddesi İBK'nın 716a maddesinin tercümesi niteliğindedir⁴.

Kanun koyucunun, devredilemez ve devralınamaz yetkileri düzenlemekle güttüğü üç temel amaç vardır. Bunlar:

- Yönetim kurulunun ve yönetim kurulu üyelerinin mutlaka yerine getirmesi gereken görevlerini bilmelerini sağlamak⁵,

- Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun asgari sınırını belirlemek ve sayılan yetkiler bakımından genel kurulun yönetim kurulu üyelerini sorumluluktan kurtaran karar almasını engellemek⁶,

- Büyük anonim şirketlerde yönetim kurulunun sayılan önemli yetkileri, yöneticilere devretmek yerine kendisi kullanarak şirket üst yönetimini gerçekleştirmelerini sağlamak⁷.

B- Kavram

Devredilmezlik kavramı, yönetim görev ve yetkilerinin, yönetim kurulu tarafından hem alt birimlerde çalışanlara, yani müdürlere, komitelere veya üçüncü kişilere hem de genel kurula devredilemeyeceğini ifade etmektedir. Önemli olan yetkinin yönetim kurulu tarafından mı devredildiği, yoksa genel kurul tarafından kendi üzerine mi alındığıdır. Eğer yetkiyi yönetim kurulu devrediyorsa devrettiği kişiye veya organa bakılmaksızın devredilmezlikten bahsedilir. Eğer genel kurul yönetim kurulunun münhasır yetkisine giren bir yetkiyi kendi üzerine alıyorsa, bu durumda yönetim kurulu açısından bir devralınmazlık değil vazgeçilmezlik söz konusu olur.

Devralınmazlık kavramı ise, yönetim yetkilerinin esas sözleşme veya genel kurul kararı ile genel kurul tarafından devralınmamasını, yani yetkinin organizasyon

vazgeçilemezliği (unverzichtbar) değil, devralınamazlığı ifade etmektedir. Her ne kadar "unentziehbar" kelimesi "alınmaz" anlamına gelse de, anlam bakımından bir değişiklik olmadığından kanaatimizce, ifade ediş biçimi bakımından "devralınamaz" kelimesini kullanmak daha uygundur.

³ eTTK'da yönetim kurulunun devredilemez ve devralınamaz yetkileri konusunda açık bir düzenleme yoktu. Ancak öğretide ve yargı kararlarında yönetim kurulunun devredilemez ve devralınamaz yetkilerine kısmen değinilmiş ve örnek olarak, genel kurul toplantıya çağırma (TTK m. 365), genel kurul kararlarının iptalini dava etmek (TTK m. 381), bilanço, kar-zarar hesaplarını düzenlemek, şirket defterlerini tutmak (TTK m. 325, 326, 327), pay bedellerini ödemeyen ortakları iskat etmek (TTK m. 407) ve Murahhasları gözetlemek yetkileri sayılmıştır. (Bkz. **Arslanlı**, Halil: Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketlerin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960, s. 126; **Arslan**, İbrahim: Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya 1994, s. 34 vd.; **Helvacı**, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2001, s. 81; **Çamoğlu**, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2010, s. 195, 197; **Poroy**, **Reha/Tekinalp**, **Ünal/Çamoğlu**, **Ersin**: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2009, N. 536; **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku, Adana 2009, s. 455; **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku, Temel Esaslar, Adana 2009, s. 312).

⁴ Limited şirketlerde müdürlerin devredilemez ve devralınamaz yetkileri konusunda bkz. **Yıldız**, Şükrü: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 2007, s. 256 vd.

⁵ **Schärer**, Paul: Verstärkung von Stellung und Funktion der Organe, SAG (SZW) 55 (1983), s. 121; **Schmitt**, s. 19; **Kammerer**, s. 135.

⁶ **Schärer**, s. 121; **Kammerer**, s. 135.

⁷ **Schärer**, s. 121; **Schmitt**, s. 19; **Kammerer**, s. 135.

bakımından yukarı doğru devredilememesini ifade etmektedir⁸. Devralınmaz yetkilerinin varlığı, yönetim kurulu ile genel kurul arasında işlev ayrımı yapıldığını ve tek güç teorisinin reddedilmiş olduğunu göstermektedir.

C- Devredilemez ve Devralınamaz Yetkiler

Yönetim kurulunun devredemeyeceği, onaya sunmayacağı ve vazgeçemeyeceği yetkileri TTK'nın 375. maddesinde sayılmıştır.

TTK'nın 375. maddesine göre,

“(1) Yönetim kurulunun devredilemez ve devralınamaz görev ve yetkileri şunlardır:

- a) Şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi.
- b) Şirket örgütünün belirlenmesi.
- c) Muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal plânlama için gerekli düzenin kurulması.
- d) Müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları.
- e) Yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi.

f) Pay, karar ve genel kurul tutanak defterlerinin tutulması, yıllık faaliyet raporunun ve kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulması, genel kurul toplantılarının hazırlanması ve genel kurul kararlarının yürütülmesi⁹.

g) Borca batıklık durumunun varlığında mahkemeye bildirimde bulunulması.”

Bu maddede sayılan yetkiler, bir yönüyle sınırlı, diğer yönüyle ise sınırlı olmayan şekilde sayılmıştır¹⁰. Esas sözleşmeye konulacak bir hükümler veya genel kurul kararı ile bu yetkilerin bazıları devredilebilir veya devralınabilir yetkiler olarak kabul edilemez. Madde metninde yer alan sayma işlemi bu yönüyle sınırlıdır¹¹. Buna karşılık esas sözleşme ile veya genel kurul kararı ile devredilemez ve devralınamaz yeni yetkiler ihdas edilebilir¹². Düzenleme bu yönüyle ise sınırlayıcı değildir. *Kanaatimizce*

⁸ Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 281; Böckli, Kernkompetenzen, s. 37; Bauen/Venturi, N. 415; Krneta, N. 1174; Wunderer, Felix: Der Verwaltungsrats-Präsident, St. Gallen, Zürich 1995, s. 36, dp. 56; von Büren, Roland/Stoffel, Walter A./Weber, Rolf H.: Grundriss des Aktienrechts, Zürich Basel Genf 2007, N. 652.

⁹ Bu bentteki düzenleme mehz İBK'dan kısmen farklıdır. İBK m. 716a/b.6'ya göre, “yıllık faaliyet raporunun hazırlanması, genel kurul toplantılarının hazırlanması ve genel kurul kararlarının yürütülmesi” yönetim kurulunun devredilemez ve devralınamaz bir yetkisidir. Dolayısıyla mehz kanuna göre, pay, karar ve genel kurul tutanak defterlerinin tutulması, kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulması, yönetim kurulunun devredilemez bir yetkisi değildir. Bu yetkilerin yönetim kurulunun devredilemez yetkileri olarak açıkça düzenlenmesindeki amacın ne olduğu konusunda TTK'da bir açıklama yer almamaktadır.

¹⁰ Umbach, İBK'nın 717a/I'de sayılan yetkilerin sınırlı bir şekilde sayılmadığı görüşündedir (Umbach, s. 30).

¹¹ Bkz. Horber, s. 76; Jud, Guido: Die Überwachung der Unternehmung durch deren Organe, Zürich 1990, s. 316. Bu görüş sahipleri, devredilemez ve devralınamaz yetkilere yenilerinin eklenemeyeceğini, düzenlemenin bu anlamda da sınırlayıcı olduğunu ifade etmektedirler.

¹² Bu durum TTK'nın kabul ettiği emredici hükümler ilkesine de aykırı değildir. Zira TTK'da devredilemez ve devralınamaz yetkiler sınırlayıcı bir şekilde sayılmamıştır.

önemli olan yeni devredilemez ve devralınamaz yetkiler oluşturulup oluşturulamamasıdır ki, bu yönüyle 375. maddede sayılan yetkiler sınırlayıcı bir şekilde sayılmamıştır¹³. TTK'nın 375. maddesinde yer almayan ancak, yönetim kurulunun münhasır yetkisinde olan başka bazı yetkiler de bulunmaktadır. Zira bütün yetkilerinin kanunda liste halinde sayılması mümkün görülmemektedir¹⁴.

Ancak, yönetim kurulunun devredilemez yetkilerinin kanunda sınırlayıcı olmadan sayılması gerekli ve faydalıdır. Çünkü yönetim kurulunun sorumluluğunun sınırları açısından devredilemez yetkiler önem arz etmektedir. Diğer taraftan şirket ortakları ve alacaklılarının hukuki güvenliği açısından da devredilemez yetkilerin sayılmasında fayda görülmektedir¹⁵.

Yönetim kurulunun devredilemez ve devralınamaz yetkileri şunlardır:

1- Şirketin Üst Düzey Yönetimi

a- Kavram

Üst düzey yönetim kavramı¹⁶, şirketin yönetilmesine ilişkin tüm yetkilerin kaynağını oluşturan ve devredilemez yetkilerin özünü ifade eden bir kavramdır¹⁷. Şirketin üst düzey yönetimi münhasır yetkiler arasında ayrı bir öneme sahiptir ve bu anlamda en önemli yetkidir¹⁸. Üst düzey yönetim kavramının kapsamına giren işler TTK'nın 375. maddesinin gerekçesinde sayılmıştır. Gerekçeye göre, "Üst düzeyde yönetim ile kastedilen, genel işletme politikası başta olmak üzere, yatırım, finansman, temettü gibi politikaların hedeflerinin karara bağlanması, bunlara ulaşılması için seçilen araçların gösterilmesi, hedeflere ulaşıp ulaşılmadığının veya ulaşıp ulaşılmayacağını belirlenmesi, bütçe uygulamasının kontrolü ve stratejilerin tespiti.".

Üst düzey yönetim kavramı bir başka açıdan, yönetim kurulunun eşas sözleşmede belirlenen amaç doğrultusunda şirketin hukuki¹⁹, yapısal²⁰ ve stratejik²¹ çerçeve-

¹³ Aynı yönde bkz. **Forstmoser**, Peter: Kritische Beurteilung der Reformvorschläge für die Verwaltung, in: Aktienrechtsreform, Zu Entwurf und Botschaft 1983, SSTR 59 (1984), s. 72, dp. 36; **Forstmoser**, Organisation, s. 18, **Forstmoser**, Eingriffe, s. 171, dp. 8; **Busch**, s. 72; **Kammerer**, s. 137; **Homburger**, Eric: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht. Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat. Art. 707-726 OR, in: Peter Forstmoser (Hrsg.), Zürich 1997, N. 634; **Yanlı**, Veliye: İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda "İşbölümü İlkesi" ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri, İHFM, 1997, C. LV, S. 3, s. 265.

¹⁴ **Sprüngli**, s. 45.

¹⁵ Aynı yönde bkz. **Helvacı**, Mehmet: 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ile Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyeleri ve Araştırma Görevlilerinin Değerlendirmeleri, İstanbul 1997, s. 113, 114.

¹⁶ Üst düzey yönetim kavramı işletme biliminde stratejik yönetimi ifade etmektedir ve kapsamı esas itibarıyla aynıdır (**Erny**, s. 129 vd).

¹⁷ **Erny**, s. 124; **Schärer**, s. 121, **Homburger**, N. 534; **Böckli**, Aktienrecht, §13, N. 303; **Kammerer**, s. 139; **Vischer**, Frank: Die Aktienrechtsreform aus Sicht des Verwaltungsrates, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte des Aktienrechtsreform, Zürich 1984, s. 161; **Amstutz**, Marc: Konzernorganisationsrecht, Zürich 1993, s. 381.

¹⁸ **Stähelin**, Thomas: Die "unübertragbaren Aufgaben" einer Familienaktiengesellschaft, SZW 64 (1992), s. 200; **Kammerer**, s. 138; **Homburger**, N. 530.

¹⁹ Hukuki çerçevenin belirlenmesi, şirketin yaşaması ve gelişmesi için gerekli prensiplerin tespit edilmesini ve kuralların konulmasını ifade etmektedir (**Wunderer**, s. 93; **Kammerer**, s. 139, 140). Bu anlamda yönetim kurulunun en önemli görevi iç yönergenin hazırlanmasıdır.

sini belirlemesi anlamına gelmektedir²². Dolayısıyla üst düzey yönetim şirketin operasyonel yönetimi anlamına gelmemektedir.

b- Kapsamı

Üst düzey yönetim yetkisinin kapsamına üç ana yetki girmektedir. Bunlar²³:

- Şirketin stratejik amacının ve şirket politikasının belirlenmesi ve geliştirilmesi,
- Stratejik amaca ulaşmak için gerekli araçların ve kaynakların belirlenmesi ve temini,
- Yöneticilerin amaca uygun olarak çalışıp çalışmadıklarının kontrolüdür.

Her ne kadar bu yetkiler arasında sayılmamış olsa da, “şirket faaliyetlerinin yürütülmesindeki amaçlar ve araçlar arasında sürekli denge kurmak ve şirket yöneticilerine, belirlenen amaca ulaşabilmeleri ve araçları kullanabilmeleri için verilecek gerekli temel talimatları belirlemek” de üst düzey yönetim yetkisi kapsamında yer alan yetkilere aittir.

Bu içerik dikkate alındığında şirket üst düzey yönetiminin kapsamına öncelikle, şirket stratejisinin belirlenmesi girmektedir²⁴. Bu görevi gereği yönetim kurulu, şirketin orta ve uzun vadede hangi alanlarda faaliyet göstereceğini belirlemek zorundadır. Yönetim kurulu ayrıca, şirketin temel amaçlarını ortaya koyarak, şirketin piyasada yer alacağı pozisyonu belirlemeli ve zayıf olduğu noktaları tespit etmelidir. Yönetim kurulu şirket stratejisini bu şekilde belirledikten sonra, bu stratejik hedeflere ulaşmak için gerekli araç ve kaynakları tespit etmeli ve şirket çalışanlarını amaca ulaşma konusunda çalışmalarını teşvik etmelidir. Bu bağlamda yönetim kurulu, şirket stratejilerini destekler nitelikte bir şirket geleneği oluşturmalıdır.²⁵

Üst düzey yönetimin kapsamına yönetim kurulunun gelişen olaylar karşısındaki ani müdahale yeteneği ve şirketin finansal dengesinin sağlanması konusunda gösterilmesi gerekli özen de girmektedir²⁶. Yönetim kurulunun bu görevleri yerine getirirken gerçekleşen aksaklıkları ve yeni gelişmeleri dikkate alarak hedefleri ve hedeflere ulaşmak için kullanılan araçları zamanında ve etkin bir şekilde revize etmesi gerekir²⁷. Bu görev de üst düzey yönetim kapsamında değerlendirilmelidir. Bu hususlar dikkate alın-

²⁰ Yapısal çerçevenin belirlenmesi yetkisinin kapsamına, şirket organizasyonunun yapılması, özellikle üst düzey yönetimin belirlenmesi, finans yönetim sisteminin oluşturulması görev ve yetkileri girmektedir (**Kammerer**, s. 140).

²¹ Stratejik çerçevenin belirlenmesi yetkisinin kapsamına, şirketin rekabet gücü kazanması ve var olan rekabet gücünün artırılması amacıyla şirketin başarı potansiyelinin yapılandırılması, korunması ve kullanılmasına yönelik görev ve yetkiler girmektedir (**Baumberger, Hans Ulrich**: Ansätze für einen wirkungsvolleren Verwaltungseinsatz in schweizerischen Aktiengesellschaften, in: Knut Bleicher/Ralph Schmitz-Dräger (Hrsg.), *Unternehmerisches Handeln – Wege, Konzepte und Instrumente*, Festschrift für Hans Siegwart, Bern 1990, s. 68; **Kammerer**, s. 141). Uygulamadan örnekler için bkz. **Biland, Thomas A.**: Die Rolle des Verwaltungsrats im Prozess der strategischen Unternehmensführung, St. Gallen, 1989, s. 278 vd.

²² **Böckli**, Kernkompetenzen, s. 22; **Wunderer**, s. 93 vd.; **Kammerer**, s. 139; **Zwicker**, s. 56.

²³ **Erny**, s. 124; **Zahn**, s. 15; **Müller, Roland/Lipp, Lorenz/Plüss, Adrian**: Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Praxis, Zürich – Basel – Genf 2007, s. 142.

²⁴ Geniş bilgi için bkz. **Erny**, s. 133 vd.

²⁵ **Zahn**, s. 15; **Ehrat, Felix R.**: Mehr Klarheit für den Verwaltungsrat, AJP 6/1992, s. 793.

²⁶ **Böckli**, Aktienrecht, § 13, N. 307; Karş. **Böckli**, Kernkompetenzen, s. 26; **Kammerer**, s. 143; **Wunderer**, s. 102.

²⁷ **Müller, Roland**: Rechte und Pflichten des Verwaltungsrates, ST 10 (1995), s. 818; **Kammerer**, s. 144; bkz. **Zahn**, s. 15.

dığında üst düzey yönetim yetkisi kısaca, planlama, karar alma, düzenleme ve gözetim fonksiyonlarının gerçekleştirilmesi olarak ifade edilebilir²⁸.

Üst düzey yönetim yetkisi kapsamında yer alan yetkilerden biri de önemli yatırım kararlarının alınmasıdır. Yatırım kararlarının alınması normal şartlarda yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında yer almamaktadır. Ancak büyük yatırımlar konusunda karar almak, şirketin üst düzey yönetimi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir karardır²⁹. Zira büyük yatırımlar konusunda karar alınması yönetim kurulunun finansal sorumluluğuna dâhil bir husustur.

Şirket faaliyetlerini icra eden yöneticilere³⁰ faaliyetlerin yürütülmesine ilişkin gerekli talimatların verilmesi de üst düzey yönetim yetkisi kapsamında yer almaktadır³¹. TTK'nın 375. maddesinin gerekçesinde bu yetkiye değinilmiş ve "*Politikalara ve hedeflere ulaşılmasına ilişkin kararlar ve stratejilerin uygulanması ile ilgili talimatlar da yönetim kurulu tarafından verilebilir.*" denmiştir.

Üst düzey yönetim yetkisi kapsamında, bağlı şirketlerin yönetim kurulunun üst düzey yönetim yetkisinin ayrıca ele alınması gerekmektedir. Zira şirketler topluluğunda, bağlı şirketin yönetim kurulunun yanı sıra, bir de ana şirketin yönetim kurulu vardır. Şirketler topluluğu hâkim şirket, yani ana şirket tarafından yönetilmektedir. Ana şirketin yönetim kurulu, bağlı ortaklık içerisinde yer alan şirketlerin yönetim stratejileri ve finansal yönetim sistemleri hakkında kararları alır ve bağlı şirketler de bu kararlar çerçevesinde faaliyet gösterirler. Şirketler topluluğunun genel stratejileri ana şirketin üst yönetimi tarafından belirlendiğinden, bağlı şirketin üst yönetimi, ana şirketin üst yönetimi ile uyumlu olmalıdır. Bu durum şirketler topluluğunun bir gereğidir. Dolayısıyla, ana şirketin üst yönetimi bağlı şirketlerin faaliyetlerini de bağlayacak kararlar alabilir ve onlara yön verebilir³². Bağlı şirketin yönetim kurulu ana şirketin üst yönetiminin aldığı global kararları, kendi şirketinin amaçları doğrultusunda uygular.

2- Yönetim Teşkilatının Belirlenmesi

Yönetim teşkilatının belirlenmesi yetkisi, yönetim kurulunun şirketi yapılandırma görevinin en önemli parçasıdır. Şirketin amacına ulaşması için yönetim kurulunun, yönetimi iyi organize etmesi, yönetim teşkilatını şirket ihtiyaçlarını dikkate alarak belirlemesi, bu kapsamda şirket yönetiminde faaliyet gösterecek birimleri tespit etmesi, paylaşılacak ve devredilecek yetkileri belirlemesi, yetkilerin kimlerle paylaşılacağı ve kimlere devredilebileceği ve ne şekilde kullanılacağı konusunda iç yönergelerde düzenleme yapması gerekmektedir³³. Nitekim yönetim teşkilatı dendiğinde, anonim şirketin yönetim şemasını, yani görev yerlerinin adlarını, görev tanımlarını, kimin kime karşı sorumlu olduğunu gösteren çizelge anlaşılmaktadır³⁴.

Yönetim kurulu şirket yönetimini organize etmek ve yönetim teşkilatını belirlemek amacıyla bir iç yönerge hazırlar. Bu yönerge hem yönetim kurulunun hareket

²⁸ Bkz. Erny, s. 130.

²⁹ Ünal, Mustafa: Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması, Batider, 1982, C. XI, S. 3, s. 81.

³⁰ Kammerer, s. 146; Murahhaslara talimat verilmesi mümkün değildir. Zira talimat sadece icrai faaliyetleri yürüten yöneticilere verilebilir.

³¹ Homburger, N. 545; Kammerer, s. 145; Tekinalp, Ünal: Tek Kişilik Ortaklık I, Tek Payscaleli Anonim Ortaklık, İstanbul 2011, s. 128, N. 12-38. Tekinalp'e göre talimat verme ibaresi, uygulama, düzeltme, güçlendirme, artırma, azaltma vb. konularda talimat verilmesini ifade etmektedir.

³² Bkz. TTK'nın 375. maddesinin gerekçesi.

³³ Yanlı, s. 265.

³⁴ Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, s. 128, N. 12-39.

alanını hem de yönergeye muhatap olan yöneticilerin ve diğer çalışanların faaliyet alanlarını belirler. Dolayısıyla, iç yönerge hazırlama yetkisi de yönetim teşkilatının belirlenmesi yetkisi kapsamında yer alan yönetim kurulunun münhasır bir yetkisidir.³⁵

Yönetim kurulunun, yönetim yetkilerini kısmen veya tamamen yönetim kurulu üyelerine veya üçüncü kişilere devredebilmesi yetkisi, yönetim teşkilatının belirlenmesi yetkisi kapsamında değerlendirilebilecek bir yetkidir. Zira yönetim yetkisinin devri ile yönetici konumunda yeni organlar oluşturulmaktadır³⁶.

Yönetim teşkilatının belirlenmesi yetkisinin bir parçası olan örgüt şemasının hazırlanması yetkisi de yönetim kurulunun münhasır bir yetkisidir. Yönetim kurulu tarafından hazırlanan ve iç yönergenin bir parçası olan örgüt şemasında şirket üst düzey yönetim birimlerinin organize edilmesi yeterlidir. Örgüt şemasının şirkette çalışan herkesi kapsamı ve bütün birimlerin şemada yer alması gerekmemektedir. En alt birimlere kadar örgüt şemasının çıkarılması görevi şirket yöneticilerine devredilebilir bir yetkidir ve genelde yöneticiler tarafından kullanılır³⁷. Örgüt şeması, şirket yönetiminde yer alan kişilerin hiyerarşik ilişkilerini, görev tanımlarını ve aralarındaki ilişkileri gösterir.

Yönetim kurulu ayrıca şirketin işletme organizasyonunu da gerçekleştirmelidir. İşletme organizasyonu kapsamında yönetim kurulu, özellikle büyük anonim şirketlerde ve uluslar arası şube ve satış ağı olan şirketlerde yetki paylaşımı yapmalı, komiteler ve komisyonlar kurarak yetkileri ilgili birimler arasında dağıtmalıdır. Yönetim kurulu, yönetim yetkileri paylaştığında, yetkiyi kullanacak birimlerin çalışmasını düzenlemek amacıyla ilgili yönergeleri de çıkarmalıdır³⁸. Aynı şekilde bağlı ortaklıklarda, ana şirket ile bağlı ortaklık arasındaki organizasyonun yapılması gerekmektedir³⁹. Dolayısıyla, devredilemez bir yetki olan şirket örgütünün belirlenmesi yetkisi kapsamına yönetim yetkinin devri yanı sıra, yetki paylaşımı, ilgili yönergelerin hazırlanması ve dolayısıyla işletme organizasyonunun yapılması yetkisi de girmektedir⁴⁰.

3- Muhasebe, Finans Denetimi ve Finansal Planlama Düzeninin Kurulması

Yönetim kurulunun devredilemez ve devralınamaz yetkilerinden biri de kısaca finansal yönetim yetkisi olarak ifade edilebilecek olan “*Muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal plânlama için gerekli düzenin kurulması*” görev ve yetkisidir⁴¹. Bu yetki yönetim kuruluna TTK ile verilen en önemli yetkilerden biridir. Yönetim kurulunun finansal yönetim yetkisi, şirketin üst düzey yönetimi ve organizasyonu ile yakından ilgilidir⁴². Zira finansal sorumluluğun yerine getirilmesi şirketin üst düzey yönetiminin gerçekleştirilmesi bakımından önemli bir rol oynamaktadır.

³⁵ Sadece iç yönergenin hazırlanması değil, yenilenmesi ve değiştirilmesi yetkisi de yönetim kurulunun devredilemez bir yetkisidir (Böckli, Kernkompetenzen, s. 26; Kammerer, s. 152).

³⁶ Kammerer, s. 151.

³⁷ Bauen/Venturi, N. 429; Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 319a; Watter, BSK, Art. 716a, N. 8; Kammerer, s. 149; Homburger, N. 555; Stöckli, s. 583.

³⁸ Bauen/Venturi, N. 430.

³⁹ Bkz. Watter, BSK, Art. 716a, N. 7; Bauen/Venturi, N. 430.

⁴⁰ Karş. Homburger, N. 554; Böckli, Kernkompetenzen, s. 25; Kammerer, s. 152, 153.

⁴¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Müller/Lipp/Plüss, s. 150 vd.

⁴² Bauen/Venturi, N. 440; Müller/Lipp/Plüss, s. 151; Ayrıca bkz. Kammerer, s. 159.

Yönetim kurulunun finansal yönetim yetkisi en basit anlamı ile şirketin finansal dengesinin sağlanmasını ifade etmektedir⁴³. Şirketin finansal dengesinin sağlanması için kanun koyucu, finansal yönetim yetkisi kapsamında üç farklı yetkiyi bir araya getirmiştir. Bunlar finansal planlamanın yapılması, muhasebe düzeninin kurulması ve finans denetimin yapılmasıdır⁴⁴.

a- Finansal Planlamanın Yapılması

Finansal planlama yetkisi kapsamında yönetim kurulu, şirketin bütçe uygulamasını programlamalı ve şirketin amacına ulaşması için gerekli finansal kaynağa, yani likiditeye sürekli sahip olmasını güvence altına almalıdır⁴⁵.

Nitekim finansal planlamanın hedefi de bunu sağlamaktır. Bu yolla yönetim kurulu, şirketin büyümesine katkı sağlamış olur⁴⁶. Dolayısıyla, her şirketin mutlaka bir finansal planlamanın mevcut olması gerekmektedir⁴⁷. Şirketlerin ihtiyacı, büyüklüğü veya küçüklüğü sadece planlamanın kapsamını belirler. Finansal planlamanın yapılmaması bütçe kaynaklarının tespit edilmediği ve güvence altına alınmadığı anlamına gelir⁴⁸.

TTK'nın 375. maddesinin gerekçesinde “*Kurumsal yönetim kurallarının ve çağdaş yönetim usullerinin gereği olan bu örgüt bütünü anonim şirketler için gerekli değildir; şirketin yönetimi gerektiriyorsa finansal planlama zorunludur*” ifadesi yer almaktadır⁴⁹. *Kanaatimizce* bu değerlendirme tam anlamıyla isabetli değildir. Zira uygulamada çok küçük şirketler dahi kapsamı çok dar da olsa bir finansal planlama yapmaktadır ve yapmak zorundadır⁵⁰.

Finansal denetim düzeninin kurulmasında olduğu gibi, finansal planlamanın yapılması görevinin de bizzat yönetim kurulu tarafından icra edilmesi gerekmektedir. Yönetim kurulu sadece şirketin ihtiyaçlarının gerektirdiği, uygulanabilir etkin bir finansal planlamanın yapılması için gerekli girişimleri ve organizasyonu yapmak zorundadır⁵¹. Yönetim kurulu ayrıca, yapmış olduğu finansal planlamaları değişen şartlara uyarlamak zorundadır. Uyarlama yetkisi de yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasındadır⁵².

⁴³ **Herrmann**, Rudiger: Funktion, Kontrolle und Haftung der Leitungsorgane von Aktiengesellschaften in Deutschland, der Schweiz, Australien und den USA, Hagen 1995, s. 41.

⁴⁴ Bkz. **Müller/Lipp/Plüss**, s. 151. TTK'nın 375. maddesinde finansal yönetim yetkisi mehzaz kanundaki ilgili düzenlemeden farklı bir lafızda kaleme alınmıştır. Bu farklılık tercüme hatasından kaynaklanmaktadır. Mehzaz kanunun 716. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendinde bu yetki, “*şirket yönetiminin gerektirdiği ölçüde muhasebe, finans denetimi ve finansal planlama için gerekli düzenin kurulması*” olarak belirtilmiştir. TTK'da ise sadece finansal planlama yetkisi şirket yönetiminin gerekli görmesi şartına bağlanmıştır. Oysa mehzaz kanunda her üç yetki de aynı şarta bağlanmıştır

⁴⁵ **Stöckli**, s. 582; **Homburger**, N. 562; **Zahn**, s. 17; **Kammerer**, s. 172.

⁴⁶ **Wunderer**, s. 97; **Kammerer**, s. 172.

⁴⁷ **Bauen/Venturi**, N. 452; **Tekinalp**, Tek Kişilik Ortaklık, s. 130, N. 12-43.

⁴⁸ **Tekinalp**, Tek Kişilik Ortaklık, s. 130, N. 12-43.

⁴⁹ Bkz. TTK'nın 375. maddesinin gerekçesi.

⁵⁰ **Stöckli**, s. 582.

⁵¹ **Böckli**, Aktienrecht, § 13, N. 354; **Homburger**, N. 561; **Krnet**, N. 1251; **Bauen/Venturi**, N. 446.

⁵² **Böckli**, Aktienrecht, § 13, N. 346; **Karasu**, s. 136.

b- Muhasebe Düzeninin Kurulması

Yönetim kurulu şirketin muhasebe sistemini hukuka uygun bir şekilde kurmalı ve bunun için gerekli olan uygulanabilir muhasebe standartlarını belirlemelidir. Muhasebe düzeninin kurulması ile belli bir dokümantasyon ve bilgi ağı sistemi kurulmuş olur ki, bu sistem yönetim kuruluna şirketin malvarlığına ilişkin değişimleri ve malvarlıksal ilişkileri takip etme imkânı verir⁵³. Bu sebeple yönetim kurulu, şirketin ihtiyaçlarına uygun ve doğru çalışan bir muhasebe düzeni kurmalı⁵⁴ ve muhasebe kayıtlarının hukuka uygun bir şekilde tutulup tutulmadığını denetlemelidir⁵⁵. Yönetim kurulu ayrıca, muhasebe düzenini sürekli kontrol etmeli, geliştirmeli ve ekonomik ve hukuki gelişmelere uygun hale getirmelidir⁵⁶.

Muhasebe kayıtlarını yönetim kurulunun bizzat kendisinin tutması gerekmektedir⁵⁷. Nitekim TTK'nın 375. maddesinin gerekçesinde de⁵⁸, "*Düzenin kurulması*" sözcüğünden de anlaşıldığı üzere, devredilmez olan "*düzenin kurulması görevi*"dir; yoksa muhasebenin tutulması devredilebilir ve yönetimin devri hallerinde bu husus açıkça ifade edilir." denmektedir. Gerekçede de ifade edildiği üzere, yönetim kurulunun bu bent kapsamında devredilemez yetkisi muhasebe düzeninin kurulmasıdır. Muhasebenin tutulması yetkisi ise özel uzmanlık isteyen bir iş olduğundan devredilebilir bir yetkidir⁵⁹.

c- Finansal Denetimin Yapılması

Finansal denetim yetkisi kapsamında yönetim kurulu, finansal denetim düzenini kurmalıdır. Finansal denetim, şirketin iş ve işlemlerinin denetlenmesine ilişkin ve şirketin ihtiyaçlarına uygun bir "iç-denetim" sisteminin⁶⁰ ve bunu yapacak örgütün belirlenmesi ile mümkündür^{61,62}. Dolayısıyla finansal denetim bir iç kontrol mekanizmasıdır⁶³.

Finansal denetim düzeninin gerektiği şekilde kurulabilmesi için mutlaka iyi işleyen bir bilgilendirme sisteminin oluşturulması gerekmektedir⁶⁴. Zira denetim yeterli bilgiye ulaşmak ile mümkündür. Bilgiye ise, ancak iyi çalışan bilgilendirme sistemi aracılığıyla ulaşılabilir. Kanunun madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, şirket hangi

⁵³ Karş. **Jud**, s. 126; **Kammerer**, s. 161.

⁵⁴ **Wunderer**, s. 96; **Jud**, s. 127; **Thiel**, Hanspeter/**König**, Axel: Die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle und der Finanzplanung als unübertragbare Aufgabe des Verwaltungsrates, in: Hans Siegwart (Hrsg.), Jahrbuch zum Finanz- und Rechnungswesen 1994, Zürich 1994, s. 17; **Kammerer**, s. 163.

⁵⁵ Bkz. **Stöckli**, s. 582; **Wunderer**, s. 96; **Kammerer**, s. 162; Karş. **Müller**, Verwaltungsrat, s. 818.

⁵⁶ **Kammerer**, s. 163.

⁵⁷ **Stöckli**, s. 582.

⁵⁸ Bkz. TTK'nın 375. maddesinin gerekçesi.

⁵⁹ **Krnet**, N. 1229; **Watter**, BSK, Art. 716a, N. 11 vd.; **Böckli**, Aktienrecht, § 13, N. 343; **Bauen/Venturi**, N. 444; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 30, N. 40; **Helvacı**, Yönetim Kurulu, s. 207.

⁶⁰ İç denetim sistemi hakkında bkz. **Müller/Lipp/Plüss**, s. 191 vd.

⁶¹ Bkz. TTK'nın 375. maddesinin gerekçesi.

⁶² Karş. **Thiel/König**, s. 31; **Kammerer**, s. 164; **Thiel**, Hanspeter: Audit Committee – ein Instrument der Unternehmensüberwachung, ST 68 (1994), s. 815; Karasu, s. 136; **Tekinalp**, Ünal: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. II, İstanbul 2008, s. 641.

⁶³ **Tekinalp**, Tek Kişilik Ortaklık, s. 129, N. 12-42.

⁶⁴ **Bauen/Venturi**, N. 446.

büyükte olursa olsun, muhasebeden tamamen bağımsız, uzmanlardan oluşan, etkin bir iç-denetim örgütüne ihtiyaç vardır. Zira bir anonim şirketin denetimi sadece bağımsız dış denetim kuruluşuna bırakılamaz.

Finansal denetim, bir anlamda "teftiş kurulu"nun yaptığı denetimdir. Bu anlamda finansal denetim esas itibariyle, likiditenin, sermaye yapısının, verimliliğin ve finansal faaliyet sürecinin denetlenmesini ifade etmektedir⁶⁵. Buna göre finansal kontrolün iki unsuru bulunmaktadır⁶⁶. Öncelikle yönetim kurulu, finansal yönetimden sorumlu organ olarak, şirketin finansal yapısını aktif bir şekilde ve doğru zamanlarda kontrol etmelidir. Özellikle, şirketin finansal dengesinin sağlanmasında önemli olan şirketin likidite durumunun, sermaye yapısının ve verimliliğinin gözlenmesidir. Finansal kontrolün ikinci unsuru ise, atanacak bir iç denetçi ile şirketin finansal gidişatının sürekli izlenmesinin sağlanmasıdır⁶⁷.

Muhasebe düzeninin kurulmasından farklı olarak, finansal denetim düzeninin mutlaka yönetim kurulu tarafından kurulması gerekmemektedir. Yönetim kurulu bu düzenin amaca uygun ve fonksiyonel bir biçimde kurulmasından sorumludur⁶⁸. Özellikle büyük anonim şirketlerde yönetim kurulu, sadece kontrolü gerçekleştirecek kişileri belirleyebilir veya sadece denetim komitesi kurmakla yetinebilir ya da yönetim kurulu üyelerinden birini bu konuda görevlendirebilir⁶⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, yönetim kurulu ne muhasebeci ne finansal planlayıcı ne de finans kontrolörüdür. Yönetim kurulu sadece bu görevlerin şirket amacına uygun bir şekilde yerine getirilmesini ve bu yolla şirketin verimli bir şekilde çalışmasını sağlamakla görevlidir⁷⁰.

4- Müdürlerin ve Aynı İşleve Sahip Kişiler ile İmza Yetkisini Haiz Bulunanların Atanmaları ve Görevden Alınmaları

Yönetim kurulunun devredilemeyen yetkilerinden bir diğeri, müdürlerin ve müdürler ile aynı işleve sahip kişilerin ve imza yetkisini haiz kişilerin atanması yetkisidir⁷¹. Şirket adına imza atma yetkisine, yani şirket adına işlem yapma, şirketi yönetme yetkisine sahip kişileri atama yetkisi murahhaslar dâhil kimseye devredilemez. Yönetim kurulunun bu yetkisini kullanması genel kurulun iznine veya onayına da tabi tutulamaz⁷². Bu tür kişilerin atanması ve görevden alınması, yönetim yetkisinin devri olarak anlaşılmalıdır. Bu düzenlemede kastedilen, icrai faaliyetlerin yürütülmesi aşamasına ilişkin yetkililerdir.

⁶⁵ Bkz. Müller/Plüss/Lipp, s. 189, 190.

⁶⁶ Müller/Lipp/Plüss, s. 189.

⁶⁷ Böckli, Aktienrecht, §13, N. 347, 348; Bauen/Venturi, N. 447, 448.

⁶⁸ Krneta, N. 1238; Böckli, Aktienrecht, §13, N. 349; Bauen/Venturi, N. 446.

⁶⁹ Müller/Lipp/Plüss, s. 190.

⁷⁰ Böckli, Kernkompetenzen, s. 30.

⁷¹ Mehaç İBK'da müdür kavramı yerine yönetici kavramı kullanılmıştır. Doğru olanı da yönetici kavramıdır. Zira yönetici kavramı daha geniş bir kavramdır ve yetki karmaşasını ortadan kaldırır niteliktedir. Ayrıca müdür kavramına TTK'nın anonim şirketler kısmında yer verilmemiştir. Nitekim Helvacı da İBK'daki devredilemez yetkileri incelediği çalışmasında, yönetim kurulunun bu yetkisini, "yönetim ve temsil ile ilgili şahısları atamak ve azletmek" olarak ifade etmiştir (Helvacı, Mehmet: İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Yönetim Kurulu, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 183).

⁷² Böckli, Peter: Aktionärbindungsverträge, Vinkulierung und Statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht, ZBJV 129 (1993), s. 484; Forstmoser, Eingriffe, s. 171; Kammerer, s. 181; Meier-Schatz, Zusammenarbeit, s. 825;

Şirketi temsil edecek imza yetkisine sahip kişiler uygulamada imza sirkülerinde yer alan kişilerdir. Bu kişiler, müdür, ticari mümessil veya ticari vekil olarak atanmamış kişiler olabilirler. Böyle bir durumda dahi, kişinin imza yetkisi olduğundan, atama işleminin yönetim kurulu tarafından yapılması gerekmektedir. Müdürlerin imza yetkisi olan kişileri tayin etmesi kural olarak mümkün değildir. Müdürler yönetim kurulu tarafından yetkilendirilmiş iseler, sadece memur veya işçi niteliğindeki kimse-leri, yani imza yetkisi olmayan kişileri tayin etme yetkisine sahip olabilirler⁷³.

Şirketlerin büyüklüğüne dikkate alındığında ise, yönetim kurulunun bu madde kapsamındaki yetkisinin üst düzey yöneticiler ve doğrudan yönetim kurulunun altında yer alan birimlerde çalışan kişilerin atanması olarak anlaşılması gerekmektedir⁷⁴. Zira büyük şirketlerde çok sayıda çalışan bulunmaktadır. Bu sebeple yöneticilerin altında yer alan birimlerde çalışan kişilerin atanması yetkisi bu tür şirketlerde yöneticilere devredilebilir⁷⁵. Yönetim kurulu, hazırlayacağı iç yönergede hangi yöneticilerin yönetim kurulu tarafından atanacağını, hangilerinin murahhaslar veya müdürler tarafından atanabileceğini belirler ve ilgili diğer düzenlemeleri yapar⁷⁶.

Türk hukuk öğretisinde savunulan bir görüşe göre, murahhas üye ve murahhas müdürler kendilerine devredilen yetkiler kapsamında müdür atama yetkisine sahiptirler⁷⁷. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira yönetim yetkisi kısmen veya tamamen devredilmiş olsa dahi, yönetim kurulunun organ olarak varlığı ve üst yönetim görevi devam etmektedir. Şirketi temsil edecek kişileri tayin etme görev ve yetkisi yönetim kurulunun üst yönetim yetkisi kapsamında yer almaktadır. Bu sebeple eTTK sisteminde dahi yetki devri halinde müdür atama yetkisi murahhaslara devredilmiş olmaz.

5- Üst Gözetim

TTK'nın 375. maddesinin 5. bendine göre, şirket yönetiminde görevli kişilerin, kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi yetkisi yönetim kurulunun devredilemez ve devralınamaz yetkileri arasında sayılmaktadır⁷⁸.

⁷³ Erem, s. 241; Karaca, s. 63.

⁷⁴ Bkz. Zahn, s. 18; Bauen/Venturi, N. 454; Kammerer, s. 178, 181.

⁷⁵ Krneta, N. 1262; Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 356; Bauen/Venturi, N. 454; Yanlı, İşbölümü İlkesi, s. 267.

⁷⁶ Kammerer, s. 179.

⁷⁷ Arslan, s. 109; Karaca, s. 43. Eğer yetkiler kısmen devredilmiş ise, devredilmeyen kısma ilişkin olarak yönetim kurulunun da müdür atayabileceği kabul edilmektedir (Arslanlı, AŞ, s. 123 vd.; Domanıç, TTK Şerhi, s. 510).

⁷⁸ eTTK'ya göre yönetim kurulunun yöneticileri gözetleme görevinin bulunduğunu Yargıtay da kabul etmektedir. Yargıtay 11. HD. 08.12.2003 tarih, E. 2003/4466, K. 2003/11543 sayılı kararında "...Dava, yönetim kurulu üyelerinin davacı anonim şirkete verdiği zararın tazmini istemine ilişkindir. TTK'nın 336'ncı maddesi hükmüne göre, yönetim kurulu üyeleri ortaklık esas sözleşmesi ve yasanın kendilerine yüklediği görevlerin kasden veya ihmalen yapılmamış olmasından müteselsilen sorumludurlar. Ayrıca, ortaklık işlemlerinin bir kısmını tevdi ettikleri kimselerin vazifelerinin gereği gibi ifa edip etmediklerini, yönetim kurulu, kontrol ve nezaretle yükümlüdür. Dolayısıyla, kasit veya ihmalleri sonucu verilen zarardan şirkete karşı tüm yönetim kurulu üyeleri sorumlu olurlar. Açıklamaya çalışılan nedenlerle, davalı Vehbi'nin genel müdürlük görevini icra ettiği esnada yapmış olduğu faaliyetlerinden sorumlu olacağı tartışmasız olduğu gibi, adı geçenin bu faaliyetlerini denetlemeyen ve buna karşı çıkmayan diğer yönetim kurulu üyelerinin de sorumlu olduğu..." diyerek yönetim kurulunun yöneticiler üzerinde gözetim yetkisinin olduğunu kabul etmektedir (Karar metni için bkz. Akdağ-Güney, Yönetim Kurulu, s. 172, 173, dp. 490).

Tekinalp üst gözetimi, “yönetimin içinde bulunan tüm yetkilerin kanunlara, idari tasarruflara, AO’nun esas sözleşmesine/esas taahhünameye, kural ve talimatlara uygun hareket edip etmediklerinin izlenmesi ve değerlendirilmesi” olarak tanımlamaktadır. TTK’nın 375. maddesinin gerekçesine göre üst gözetim yetkisinin kapsamına “*hem kuramsal açıdan hem de işletme iktisadi yönünden gerekli olan işlerin akışının gözetimi*” girmektedir.

Yönetim kurulu bu yetkisi kapsamında kural olarak doğrudan yönetim kurulu-nun altında faaliyet gösteren yöneticileri gözetler⁷⁹. Ancak büyük anonim şirketlerde çok sayıda müdür görev yaptığında bunların hepsinin yönetim kurulu tarafından gözetilmesi mümkün değildir. Büyük anonim şirketlerde gözetim yetkisi genelde bu iş için kurulan denetim komitelerine verilmektedir⁸⁰. Nitekim SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri de üst gözetim görevinin ifası için iç kontrol sisteminin ve bu kapsamda komitelerin kurulmasını öngörmektedir (Bölüm IV, m. 1.3.3).

Her ne kadar madde metnindeki gözetim normatif bir gözetimi, yani yöneticilerin mevcut kurallara uygun hareket edip etmediklerinin gözetimini ifade etse de, üst gözetim yükümlülüğü sadece normatif kurallara uygun hareket edilip edilmemesinin kontrolünü değil, aynı zamanda şirket amacına uygun, verimli ve etkili şekilde faaliyet yapılıp yapılmadığının gözetimini de kapsamaktadır⁸¹. Bu bakımından üst gözetim görevi kapsamında yönetim kurulunun yöneticileri yönlendirmesi, gerekli talimatları vermesi⁸² ve bu bağlamda yönetim faaliyetini minimum düzeyde de olsa birlikte yürütmesi gerekmektedir⁸³.

Yönetim kurulu yöneticilerin kurallara uymasını sağlamak ve uyup uymadıklarını denetlemek amacıyla gerek gördüğünde şirket içerisinde veya dışarıdan uzman kişilerden bir çalışma heyeti de oluşturabilir. Bu denetim şirket içerisinde kurulacak iç kontrol mekanizması ile de yapılabilir⁸⁴.

Netice itibarıyla yönetim kurulu, üst gözetim yetkisinin kullanılması kapsamında, şirketin devam eden işleri hakkında bilgi sahibi olmalı, yöneticilerin yıllık raporlarını dikkatli bir şekilde değerlendirmeli, şirket yapısına uygun bir iç kontrol mekanizması kurmalı, bu mekanizmanın çalışmasını sağlamalı ve çalışma sonuçlarını analiz etmeli, şirket faaliyetleri ile ilgili belirsizlik ortaya çıktığında ek bilgi almalı, yapılan yanlışlıkları ve ortaya çıkan düzensizlikleri ortadan kaldıracak tedbirleri almalı ve yöneticilerin kanuna, yönergelere ve esas sözleşmeye aykırı işlemleri olduğunda derhal müdahale etmelidir⁸⁵.

Yönetim kurulu bu görevini bizzat yerine getirmek zorunda değildir. Gözetleme görevini ifa edecek sistemi kurması yeterlidir. Yönetim kurulu, gözetleme görevini ifa

⁷⁹ **Bauen/Venturi**, N. 462; Yönetim kurulu üst gözetim yetkisi kapsamında murahhasları gözetlemez. Zira üst gözetim yetkisi kapsamına talimat vermek de girmektedir. Oysa yönetim kurulu yazılı dahi olsa murahhaslara talimat veremez. Yönetim kurulu murahhasları genel gözetim yükümlülüğü kapsamında gözetler.

⁸⁰ **Bauen/Venturi**, N. 463; Karşı görüş için bkz. **Böckli**, Aktienrecht, §13, N. 373; **Pulaşlı**, Mütessesil Sorumluluk, s. 41.

⁸¹ **Krnet**, N. 1280; **Bauen/Venturi**, N. 461; **Kammerer**, s. 183; **Homburger**, N. 583; **Wunderer**, s. 103; **Böckli**, Aktienrecht, § 13, N. 374, 379; **Watter**, BSK, Art. 716b, N. 19.

⁸² **Böckli**, Aktienrecht, §13, N. 373.

⁸³ **Krnet**, 1286 vd.; **Böckli**, Aktienrecht, § 13, N. 373, 376; **Bauen/Venturi**, N. 461.

⁸⁴ Karş. **Watter**, Rolf: Rechtliche Pflichten und Verantwortung der Führungsorgane Praktische Hinweise und Empfehlungen, ST 2006, s. 819; **Akdağ-Güney**, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, İstanbul 2010, s. 174.

⁸⁵ **Bauen/Venturi**, N. 467.

edecek kişileri seçip, bu kişilerin görevlerini hukuka uygun bir şekilde ifa edip etmediklerini gözetmekle, sistemi kurmuş ve üst gözetim görevini ifa etmiş olur⁸⁶. Buna karşılık üst gözetim yetkisi delegasyon yolu ile bazı yönetim kurulu üyelerine devredilemez⁸⁷ ve genel kurul tarafından devralınamaz.

6- Defterlerinin Tutulması, Yıllık Faaliyet Raporunun ve Kurumsal Yönetim Açıklamasının Düzenlenmesi, Genel Kurul Toplantılarının Hazırlanması ve İcrası

Yönetim kuruluna verilmiş olan defterlerin tutulması yetkisi, şirket defterlerinin usulüne uygun bir şekilde tutulmasını sağlama ve defter tutanları gözetleme yetkisini ifade etmektedir⁸⁸. Bu sebeple şirket defterlerini yönetim kurulunun bizzat tutması gerekmemektedir. Bu görevin yönetim kurulu tarafından görevlendirilen kişiler eliyle yerine getirilmesi mümkündür⁸⁹. Ancak, esas sözleşmeye veya iç yönergeye konulacak bir hükümlerle defter tutma görev ve yetkisi genel kurula veya denetim kuruluna verilemez⁹⁰.

TTK'nın 514. maddesine göre, "Yönetim kurulu, geçmiş hesap dönemine ait ... yıllık faaliyet raporunu, bilanço gününü izleyen hesap döneminin ilk üç ayı içinde hazırlar ve genel kurula sunar." Yönetim kurulunun yazılı olarak hazırlayacağı yıllık faaliyet raporu, şirketin o yıla ait faaliyetlerinin akışını ve her yönüyle finansal durumunu, doğru, eksiksiz, gerçeğe uygun ve dürüst bir şekilde yansıtır. TTK'nın yanı sıra SPK ilkelerine göre de şirketin yıllık faaliyet raporlarını hazırlama ve genel kurula sunma yetkisi yönetim kuruluna aittir (Bölüm IV, m. 2.14.b).

Kurumsal yönetim açıklanmasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulması hem TTK'da hem de SPK ilkelerinde yer almaktadır. Kurumsal yönetim açıklanmasının doğrudan yönetim kurulu tarafından hazırlanması zorunlu değildir. Açıklama metninin şirket yöneticileri tarafından hazırlanmasında ve yönetim kurulu tarafından genel kurula sunulmasında hiçbir sakınca görülmemektedir. Zira yönetim kurulu açısından devredilemez olan, kurumsal yönetim açıklanmasının hazırlanması ve genel kurula sunulmasıdır.

Yönetim kurulu genel kurul toplantılarının hazırlanması yetkisi kapsamında, genel kurul toplantısının yapılması için gerekli hazırlıkları yapmalı ve genel kurul toplantısının yapılmasını sağlamalıdır. Yönetim kurulu bu görevini bizzat ifa etmek zorunda olmadığından, murahhaslardan ve yöneticilerden yardım alabilir. Yönetim kurulu bu yetkisi kapsamında, gerekli hazırlıkların yapılması ve toplantının yürütülmesi için lüzumlu talimatları verir, usul ve esasları belirler ve görevin yerine getirilmesini denetler⁹¹. Ancak, genel kurulun toplantıya çağırılması görevi, diğer hazırlık faaliyetlerinden farklı olarak bizzat kurul olarak yönetim kurulu tarafından ifa edilmelidir. Yönetim

⁸⁶ Karş. **Bauen/Venturi**, N. 179; **Kammerer**, s. 183.

⁸⁷ **Böckli**, Aktienrecht, §13, N. 373.

⁸⁸ **Müller/Lipp/Plüss**, s. 241.

⁸⁹ İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararda, yönetim kurulunun defter tutma yükümlülüğünü bizzat yerine getirmemekten dolayı sorumlu olmadığını, ancak defterleri tutan kişileri gözetlemekle yükümlü olduğunu, yani defterlerin usulüne uygun bir şekilde tutulup tutulmadığını denetlemesi ve defterlerin durumu hakkında devamlı bilgi alması gerektiğini belirtmiştir (Karar için bkz. **Lanz**, s. 45). Kararın değerlendirmesi için bkz. **Ünal**, s. 75, 76.

⁹⁰ **Kammerer**, s. 222.

⁹¹ **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 30, N. 30; **Krnet**, N. 1315; **Bauen/Venturi**, N. 477.

kurulu bu görev ve yetkisini yönetim kurulu başkanına, üyelerine veya üçüncü kişilere devredemez⁹².

Genel kurul kararlarının yürütülmesi yetkisi kanaatimizce, sınırları belli olmayan ve kapsamı bakımından 375. maddenin amacına uymayan bir yetkidir. Kararların yürütülmesi ifadesi, o kararların icra edilmesi anlamına da gelmektedir. Oysa genel kurul çok değişik konularda kararlar alabilmektedir. Bu kararlara konu işlerin bazılarının müdürler veya Murahhaslar tarafından yürütülmesi mümkündür. Bu gibi kararların mutlaka yönetim kurulu tarafından yürütülmesini şart koşturmak, Murahhaslık ve müdürlük müessesesi ile uyumlu değildir. Bu sebeple bu bentte düzenlenen yetkiyi, aynen üst gözetim yetkisinde olduğu gibi bizzat yönetim kurulu tarafından değil⁹³, yönetim kurulunun oluşturduğu sisteme uygun bir şekilde ve yönetim kurulunun kontrolü altında, yönetim kurulu tarafından görevlendirilmiş birimler tarafından yerine getirilmesi olarak anlamak gerekmektedir⁹⁴. Yönetim kurulu yetki devri yapmaksızın, karar alma yetkisine sahip müdürler veya diğer yöneticiler aracılığıyla genel kurul kararlarını yürütebilir. Dolayısıyla yönetim kurulu, genel kurul kararlarının yürütülmesinin sağlanmasından sorumludur⁹⁵.

7- Borca Batıklık Durumunun Varlığında Mahkemeye Bildirimde Bulunması

TTK'nın 376. maddesinin 3. fıkrasına göre, “Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkarttırıp denetçiye verir. Denetçi bu ara bilanço, en çok yedi iş günü içinde inceleyerek değerlendirmeleri ile önerilerini bir rapor hâlinde yönetim kuruluna sunar. Önerilerde 378 inci maddede düzenlenen erken teşhis komitesinin önerilerinin de dikkate alınması şarttır. Raptordan, aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflâsını ister.” Bu yükümlülük benzer şekilde eTTK'nın 324. maddesinde de düzenlenmiştir⁹⁶.

TTK'nın 376. maddesinde düzenlenen yönetim kurulunun bu yükümlülüğü aynı zamanda TTK'nın 375. maddesinde yönetim kurulunun devredilemez bir yetkisi olarak sayılmıştır. Kanundaki bu düzenleme, pay sahiplerinin, alacaklıların, sermaye piyasası aktörlerinin yatırımlarını ve genel ekonomik menfaatleri korumayı amaçlamaktadır. Yönetim kurulu bu görev ve yetkisi kapsamında borca batıklık bildirimini mutlaka bizzat mahkemeye bildirmek zorunda değildir. Yetkilendirdiği bir müdür veya avukat aracılığıyla da borca batıklık durumunu mahkemeye bildirebilir.

D- Devredilemez ve Devralınamaz Yetki Olarak Kabul Edilmesi Gerekli Diğer Yetkiler

Yönetim kurulunun devredilemez ve devralınamaz yetkileri, her ne kadar TTK'nın 375. maddesinde sınırlı bir şekilde sayılmış gibi görünse de, yönetim kurulunun TTK'da ve diğer kanunlarda düzenlenmiş başka bazı devredilemez ve devralına-

⁹² Bkz. Müller/Lipp/Plüss, s. 254.

⁹³ Ancak bazı kararları yönetim kurulunun bizzat yürütmesi gerekebilir (Müller/Lipp/Plüss, s. 255).

⁹⁴ Bkz. Müller/Lipp/Plüss, s. 255.

⁹⁵ Forstmoser, Reformvorschläge, s. 66; Kammerer, s. 188.

⁹⁶ TTK'daki düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Türk, Ahmet: Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999.

maz yetkileri bulunmaktadır. Dolayısıyla, yönetim kurulunun devredilemez ve devralınamaz yetkileri 375. maddede sayılan yetkilerden ibaret değildir. Nitekim mehz İBK m. 716a'da sayılan devredilemez ve devralınamaz yetkilerin yönetim kurulunun görevlerini yerine getirmesinde yardımcı olacak nitelikte bir "checklist" olduğu ifade edilmiştir⁹⁷.

TTK'nın 375. maddesinde sayılanların dışında yönetim kurulunun, devredilemez ve devralınamaz yetkileri olarak kabul edilebilecek birçok yetkisi bulunmaktadır. Örneğin, TTK'nın 446. maddesinin c bendine göre, yönetim kurulu genel kurul kararlarının iptali için dava açabilir. Bu yetki münhasıran yönetim kuruluna verilmiştir. Kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımı kararı verilmesi de yönetim kurulunun münhasır yetkilerindedir. Şarta bağlı sermaye artırımında beyanname hazırlama yetkisi de yönetim kurulunun devredilemez bir yetkisidir. Aynı şekilde, TTK'nın 375. maddesinin g bendine göre, şirketin borca batıklık durumunun mahkemeye bildirilmesi, yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında yer almaktadır. Şirket birleşmelerinde birleşme sözleşmesinin imzalanması yetkisi yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasındadır.

E- Bağlı Şirketin Yönetim Kurulunun Devredilemez ve Devralınamaz Yetkileri

TTK'nın 375. maddesinde düzenlenen yetkilerin, bağlı şirketin yönetim kurulu tarafından kullanılması ve kanunda öngörülen sistemin çalışması her durumda mümkün değildir. Özellikle ana şirketin bağlı şirket üzerinde tam hâkimiyetinin olduğu durumlarda, bağlı şirketin yönetim kurulu tam bir yönetim kurulu gibi çalışmamaktadır⁹⁸. Zira TTK'nın 203. maddesine göre, "*Bir ticaret şirketi bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahipse, hâkim şirketin yönetim kurulu, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, kaybına sebep verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşıyalar bile, bağlı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebilir. Bağlı şirketin organları talimata uymak zorundadır.*"

Bu maddedeki düzenlemeye göre, bağlı şirketin yönetim kurulunun üst yönetim yetkisi bulunmamaktadır. Ana şirketin yönetim kurulu, bağlı şirketin yönetim kuruluna şirketin yönetimine ilişkin talimatlar verebilmektedir. Ana şirketin yönetim kurulu sadece, bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimatlar veremez (TTK m. 204). Bağlı şirketin yönetim kurulu ana şirketin yönetim kurulunun verdiği talimatlara uymak zorundadır⁹⁹. Nitekim bu zorunlulukları sebebiyle sorumlulukları da bulunmamaktadır. TTK'nın 205. maddesine göre, "*Bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve sorumlu tutulabilecek ilgililer, 203 ve 204 üncü madde kapsamındaki talimatlara uymaları nedeniyle, şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu tutula-*

⁹⁷ **Hunziker**, Arthur: Neuerungen in der Stellung und Verantwortlichkeit der Organe, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform, SSHW 74 (1984), s. 98; **Homburger**, N. 643; **Kammerer**, s. 198; **Nobel**, Peter: Klare Aufgaben für den Verwaltungsrat, ST 65 (1991), s. 533; **Forstmoser**, Organisation, s. 264; **Forstmoser**, Eingriffe, s. 171; **Meier**, Robert: Anpassung der Statuten an das revidierte Aktienrecht, AJP 3/1992, s. 329.

⁹⁸ **Bauen/Venturi**, N. 511; **Böckli**, Kernkompetenzen, s. 59; **Böckli**, Peter: Die Stellung des Verwaltungsrates einer in den Konzern eingeordneten Untergesellschaft, in: Charlotte M. Bär, Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern; Stuttgart; Wien 2000, s. 53.

⁹⁹ Karş. **Aytaç**, Zühtü: Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünüm, Batider, 1976, C. VIII, s. 4, s. 118, 119.

mazlar.” Bu durumda bağlı şirketin yönetim kurulu ana şirketin yönetim kurulunun memuru gibi görev yapmaktadır ki, böyle bir yönetim kurulunun TTK’nın 375. maddesinde düzenlenen yetkileri kullanması da söz konusu olamaz. Dolayısıyla 375. maddedeki düzenleme bağlı şirketlerin yönetim kurulları açısından bütünüyle uygulanabilir bir düzenleme değildir. Hal böyle olmakla birlikte TTK’nın 367. maddesinin gerekçesinde aynen “Bağlı şirketlerde, üst düzeyde yönetim yetkisinin kime ait olduğu sorusu özellik gösterir. Başka bir deyişle, bağlı şirketlerin yönetim kurulları üst düzeyde yönetim yetkisini haiz midir? Yoksa bu yetki ana şirketin yönetim kuruluna mı aittir? Hükümün münferit şirketler için ön görüldüğü ne kadar açıksa, bağımsız yönetim kurullarının düşünülmüş olduğu da o kadar doğaldır. Bu hüküm, Kanununun 195 ve devamı madde hükümleri ile birlikte değerlendirilmeli, değerlendirmede 202 ilâ 204 üncü maddeler dikkate alınmalıdır. Bağlı şirketin üst yönetimi, hakim şirketin ve tepe şirketin üst yönetimi ile uyumlu olmalıdır. Bu ilke şirketler topluluğunun kanun tarafından tanınan gerçeğidir. Başka bir deyişle, hakim ve özellikle tepe şirketin üst yönetimi bağlı şirketleri de kapsar ve bağlar. Ancak bu sınırlamalara rağmen bağlı şirketlerde de üst yönetim devredilemez.” ifadesi yer almaktadır. Oysa yukarıda izah edildiği üzere bağlı şirket yönetim kurulunun tam anlamıyla üst yönetim yetkisinin varlığından bahsedilmesi mümkün görülmemektedir. Bu sebeple kanaatimizce, devredilemez ve devralınamaz yetkilerini kullanamayan yavru şirketin yönetim kurulunun, bu yetkileri bağlı ortaklık içerisinde bulunmaları sebebiyle kullanamamalarından dolayı sorumlu olduklarına ilişkin bir düzenleme getirilmelidir.

II- YÖNETİM YETKİSİNİN DEVRİ

A- Genel Olarak

Anonim şirket yönetim kurulu, kurul organ olarak faaliyet gösterir ve şirketi kurul halinde aldığı kararlarla yönetir. TTK’nın 365. maddesinde, anonim şirketin yönetim kurulu tarafından yönetileceği ve 390. maddesinde, kararların mevcut üyelerin çoğunluğu ile alınacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler gereğince yönetim görev ve yetkilerinin, esas sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa kurul organ olarak yönetim kurulu tarafından kullanılması zorunludur. Nitekim TTK’nın yönetim görev ve yetkilerinin devrini düzenleyen 367. maddesinin ikinci fıkrasında, “Yönetim, devredilmediği takdirde, yönetim kurulunun tüm üyelerine aittir.” denmektedir.

Yönetim kurulu genel kural gereğince kurul organ olarak kullanmak zorunda olduğu görev ve yetkilerini kanunda belirtilen şartlara uyarak üyelerinden bazılarında veya üçüncü kişiye kısmen veya tamamen devredebilir. Yönetim yetkisinin devri genellikle temsil yetkisinin devrini de içerdiğinden, yani yönetim yetkisi kendisine devredilen kişilere kural olarak temsil yetkisi de devredildiğinden, kendisine yetki devredilen kişilere icrada görevli olan (delegierte – internen – exekutiven) ve yetki devredilmeyen üyelere ise icrada görevli olmayan (ungelegierte – externen – nicht-exekutiven) üyeler denmektedir. Diğer taraftan, kendisine yönetim görev ve yetkisi devredilen kişi yönetim kurulu üyesi ise Murahhas üye, üçüncü kişi ise Murahhas müdür olarak adlandırılmaktadır.

Yönetim görev ve yetkisinin devrini düzenleyen TTK’nın 367. maddesine göre yetki devrinin şartları, devre izin veren esas sözleşme hükmü ve devri düzenleyen iç yönergenin hazırlanmasıdır. Bu iki şart yönetim görev ve yetkisinin devrinin şekli şartları olarak kabul edilmektedir. 367. maddede düzenlenmemekle birlikte yönetim görev ve yetkisinin devrinin bir de maddi şartı vardır. Bu şart ise, yönetim kurulunun sadece devredilebilir ve devralınabilir yetkilerinin devre konu edilebilmesidir

Bu şartlar dikkate alındığında yetki devri, esas sözleşmede verilen izin gereğince yönetim kurulunun devredilebilir yetkilerinin yönetim kurulu tarafından hazırla-

nan iç yönergeye göre yönetim kurulu üyelerine veya üçüncü kişilere devredilmesi, olarak tanımlanabilir¹⁰⁰.

Yönetim görev ve yetkilerinin devri konusunda kimin yetkili olduğu TTK'da tekrar ele alınmış ve genel kurul tarafından da kullanılabilen bu yetki münhasır olarak yönetim kuruluna verilmiştir. TTK'nın 367. maddesine göre artık esas sözleşme ile yetki devri konusunda sadece yönetim kurulu yetkilendirilebilir. TTK ile yönetim kuruluna verilen bu yetki devredilemez ve devralınamaz bir yetkidir. Zira TTK'nın 375. maddesinin b bendine göre, örgüt şemasının belirlenmesi (şirketin iç organizasyonunu yapma) yetkisi yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasındadır¹⁰¹. Kanunun getirdiği yeni düzenleme ile organizasyon yetkisi, münhasır yetki olarak yönetim kuruluna verilmekte ve bu sayede yönetimin etkin ve verimli çalışması konusunda yeterli bilgi sahibi olmayan genel kurulun organizasyon yetkisi tamamen kaldırılmaktadır.

B- Yetki Devrinin Şartları

TTK'ya göre anonim şirketlerde yönetim yetkisinin devrinin maddi ve şekli olmak üzere iki şartı vardır. Yetki devrinin şekli şartı iki tanedir: Bunlardan birincisi; esas sözleşmede devre izin verilmiş olması, ikincisi; iç yönergenin hazırlanmasıdır. Yetki devrinin maddi şartı ise devre konu yetkilerin devredilebilir ve devralınabilir yetkiler olması zorunluluğudur¹⁰².

1- Şekli Şartlar

Yönetim yetkisinin devrinin iki tane şekli şartı vardır. Bunlar:

- Şirket esas sözleşmesinde yönetim kurulunun yönetim yetkisini kısmen veya tamamen yönetim kurulu üyelerine veya üçüncü kişilere devretmesine izin veren hüküm bulunması.

- Yönetim kurulunun yetki devrini düzenleyen iç yönergeyi hazırlaması.

Yönetim yetkisinin devredilebilmesi için bu iki şekli şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. İç yönerge, yönetim kurulunun yetki devrine ilişkin bir kararının sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. İç yönerge hazırlanmaksızın doğrudan esas sözleşmenin verdiği yetkiye dayanarak veya esas sözleşme ile yetki devri yapılamaz¹⁰³. Aksinin kabulü yönetim kurulunun devredilemez nitelikte olan yönetim organizasyon yetkisinin ihlali anlamına gelir.

¹⁰⁰ Karş. **Horber**, Felix: Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG und ihre Auswirkungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1986, s. 82; **Sprüngli**, Luzius R.: Die neue Rolle des Verwaltungsrates, Veränderte Stellung und Aufgaben sowie mögliche Ausgestaltung des Verwaltungsrates in mittelgrossen schweizerischen Industrieunternehmen, St. Gallen 1990, s. 41; Farklı tanımlar için bkz. **Kuhne**, Fritz: Das Problem der Delegation und subdelegation von Kompetenzen der Staatorgane, Aarau 1941, s. 4; **Barbey**, Günther: Rechtsübertragung und Delegation, Eine Auseinandersetzung mit der Delegationslehre Heinrich Triepels, Münster 1962, s. 80; **Lanz**, Paul Ulrich: Die Delegation der Befugnisse des Verwaltungsrats, Bern 1970, s. 42.

¹⁰¹ TTK'daki bu düzenleme İBK'dan aynen alınmıştır. İBK'nın 716/a maddesinin birinci fıkrasının 2 nolu bendinde, organizasyon yapma yetkisi devredilemez ve devralınamaz bir yetki olarak yönetim kuruluna verilmiştir.

¹⁰² **Horber**, s. 85. Devredilecek yetkilerin, devredilebilir ve devralınabilir yetkiler olması gerekliliği, yetki devrinin bir şartı değil konusu olduğu görüşü de savunulabilir.

¹⁰³ **Bauen**, Marc/**Venturi**, Silvio: Der Verwaltungsrat, Zürich – Basel – Genf 2007, N. 357.

a- Esas Sözleşmede Devre İzin Verilmiş Olması

Devre izin veren esas sözleşme hükmü¹⁰⁴ devrin geçerlilik şartıdır. Esas sözleşme hükmü olmaksızın doğrudan kanundaki düzenlemeye dayanarak yetki devri yapılamaz¹⁰⁵. TTK m. 367 hükmüne göre, esas sözleşmede sadece, yetki devrine izin verilip verilmediğine ilişkin düzenleme yapılması zorunludur. Devre izin verildiği takdirde bu devrin nasıl yapılacağı, hangi yetkilerin devredilebileceği ve hangilerinin devredilemeyeceği, yetkilerin yönetim kurulu üyelerine mi, üçüncü kişilere mi, yoksa her ikisine birden mi devredilebileceği hususunda düzenleme ise iç yönergede yapılır. Bu tür sınırlamalar yönetim kurulunun yetki devri konusundaki münhasır yetkisi kapsamında yer alan hususlar olduğundan genel kurul kararıyla esas sözleşmede düzenlenemez¹⁰⁶. Zira TTK'da emredici hükümler ilkesi kabul edilmiştir ve bu ilke gereğince genel kurul yetki devrine izin verme dışında bir düzenleme yapılamaz. Ayrıca yönetim yetkisinin devrine izin veren esas sözleşme hükmü ile yönetim kurulu yetki devrine de zorlanamaz¹⁰⁷.

b- İç Yönergenin Hazırlanması

Yönetim yetkilerinin devredilebilmesinin ikinci şekli şartı, iç yönergenin hazırlanmasıdır¹⁰⁸. İç yönerge İsviçre hukuku örnek alınarak, ilk defa yeni TTK ile hukuk sistemimize girmiştir.

¹⁰⁴ Esas sözleşme hükmünün değiştirilerek izin verilmesi durumunda ağırlaştırılmış nisap aranmaz.

¹⁰⁵ **Bär**, Hans J.: Wichtige Neuerungen im revidierten Aktienrecht, in: Der Bernische Notar 2/92, s. 394; **Reiff**, Felix: Beiträge als Beratungs- und Führungsgremien bei schweizerischen Aktiengesellschaften, Zürich 1988, s. 141.

¹⁰⁶ İsviçre hukukuna göre genel kurul, yetki devrine izin veren esas sözleşme hükmünü düzenledikten sonra yetki devrine müdahale edemese de, esas sözleşmeye hüküm koyarak yetki devrinin sınırlarını çizebilir. Örneğin esas sözleşmede, yetki devrinin sadece yönetim kurulu üyelerine yapılabileceği, üçüncü kişilere yapılamayacağı öngörülebilir. Aynı şekilde, devredilebilir nitelikte olmasına rağmen bazı yetkilerin devredilemeyeceği düzenlenebilir. Fakat bu düzenlemede organizasyon özgürlüğünün sınırlarına müdahale edilmemeli ve hangi yetkinin kime devredileceği gibi ayrıntılı düzenlemeler yapılmamalıdır (Bkz. Meier-Schatz, Christian J., Die Entscheidungen durch die Generalversammlung von Frage aus dem Kompetenzbereich des Verwaltungsrates, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bar, Bern 1998, s. 263 vd., s. 825; Watter, Rolf, Art. 716 b OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationsrecht II, Basel/Genf/München 2002, Art. 716b, N. 5; **Böckli**, Peter: Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, Zürich 1994, s. 37; **Forstmoser**, Peter: Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates – Möglichkeiten und Grenzen, SZW 66 (1994), s. 173; **Forstmoser**, Peter: Organisation und Organisationsreglement nach neuem Aktienrecht, Schriften zum neuen Aktienrecht 2, Zürich 1992, s. 33; **Kammerer**, Adrian: Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Zürich 1997, s. 86). İsviçre hukukundaki bu farklı durumun sebebi emredici hükümler ilkesinin mevcut olmamasıdır.

¹⁰⁷ **Erny**, Dominik: Oberleitung und Oberaufsicht, Führung und Überwachung mittlerer Aktiengesellschaften aus der Sicht des Verwaltungsrats, Zürich 2000, s. 161; **Tekinalp**, Tek Kişilik Ortaklık, s. 133, 143, N. 12-54.

¹⁰⁸ İsviçre hukukunda, yönetim kurulunun iç yönerge hazırlamayı unutmaması veya bilerek hazırlamaması durumunda organizasyon özgürlüğüne dayanarak iç yönerge olmaksızın yetki devri yapabileceği savunulmaktadır. Ancak böyle bir durumda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda bir değişiklik olmayacağı da ifade edilmektedir (**Forstmoser**, Peter/**Meier-**

İç yönerge yetki devri yapılmadan önce hazırlamalıdır. Eğer yönetim kurulu yetki devretmeyecek ise iç yönerge hazırlaması da gerekmemektedir¹⁰⁹. Zira genel kurulun yönetim kurulunu yetki devri konusunda zorlaması mümkün değildir¹¹⁰. İç yönerge hazırlama zorunluluğu sadece, yönetim kurulunun organ fonksiyonundan kaynaklanan yetkilerinin devrinde söz konusudur. Eğer devredilecek yetkiler, yönetim kurulunun organ fonksiyonundan kaynaklanan yetkiler değilse, o takdirde yine iç yönerge hazırlama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Aynı şekilde, sorumluluğun devredende kaldığı yetki paylaşımlarında da iç yönerge hazırlama zorunluluğu bulunmamaktadır¹¹¹.

1) İç Yönerge Kavramı

Anonim şirketlerde her organ kendisi ve alt birimleri için iç yönerge hazırlama yetkisine sahiptir¹¹². Zira kanundaki ve esas sözleşmedeki düzenlemelerin yeterli olmadığı durumlarda, organların görevlerini ifa edebilmesi ve yetkilerini kullanabilmesi için çalışma usul ve esaslarını belirlemesi gerekebilmektedir. Şirket yönetiminin organizasyonu, yönetiminde görevli birimlerin hangi yetkileri kullanacağı ve kimin kime karşı ne şekilde sorumlu olacağı iç yönerge ile düzenlenmektedir.

Yetki devrini konu alan iç yönerge, “yönetim yetkisinin devrine izin veren esas sözleşme hükmüne dayanarak yönetim kurulu tarafından yazılı olarak hazırlanan ve şirket yönetiminin organizasyonunu ve çalışma usulünü düzenleyen metin” olarak tanımlanabilir¹¹³.

TTK'nın 367. maddesinin gerekçesinde de iç yönergeye değinilmiş ve iç yönerge hakkında “*üretim öncesini, üretimi, pazarlamayı, muhasebenin yapısını, işleyişini, görev tanımlarıyla şemasını içerir; “yönetimi” bir bütün halinde düzenler. Yönetimlikte örgüt şemasının verilmesi yeterli değildir; karar ve atama yetkileri ile işletmenin teknik, ticarî ve hukukî açıdan yönetimine ilişkin esasları da içermelidir. Bu tasarruf murahhasların yetki alanlarının da açıkça belirlenmesinde önem kazanır*” ifadelerine yer verilmiştir.

2) İç Yönerge Hazırlama Yetkisi

TTK'nın 375. maddesinin 1. fıkrasının b bendine göre “*şirket yönetim teşkilâtının belirlenmesi*” yetkisi yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında yer aldı-

Hayoz, Arthur/Nobel, Peter: Schweizerische Aktienrecht, Bern 1996, § 29, N. 28; **Kunz, Rudolf:** Die Annahmeverantwortung von Mitgliedern des Verwaltungsrates, St. Gallen 2004, s. 90 vd.; **Busch, Irene:** Die Übertragung der Geschäftsführung auf den Delegierten des Verwaltungsrates, in: Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, s. 73; **Kammerer, s. 149;** **Bärschi, Harald:** Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich 2001, s. 250). Kanaatimizce bu görüşün TTK sisteminde geçerliliği bulunmamaktadır. Zira emredici hükümler ilkesi gereğince TTK m. 367 hükmüne göre yetki devri ancak yönetim kurulu tarafından hazırlanacak örgüt yönergesine göre yapılabilir.

¹⁰⁹ **Forstmoser, Organisation, s. 32 vd.;** **Forstmoser, Eingriffe, s. 172;** **Watter, BSK, Art. 716b, N. 5 vd.;** **Von Moss-Busch, Irene:** Das Organisationsreglement des Verwaltungsrates, Zürich 1996, s. 74. Ancak bu durumda dahi, bir örgüt yönergesi hazırlanması tavsiye edilmektedir (**Krnet, Georg:** Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern 2005, N. 1716).

¹¹⁰ **Von Moos-Busch, s. 74, dp. 392;** **Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık, s. 133, 134, N. 12-54.**

¹¹¹ **Forstmoser, Organisation, s. 30.**

¹¹² **Schmitt, Petra:** Das Verhältnis zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat in der Aktiengesellschaft, Zürich 1991, s. 119.

¹¹³ Örgüt yönergesi kavramının içeriği hakkında bkz. **Bauen/Venturi, N. 358;** **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 11, N. 6.**

ğından ve bu yetki iç yönerge hazırlama yetkisini de ihtiva ettiğinden, iç yönerge hazırlama ve kabul etme yetkisi münhasıran yönetim kurulunun aittir¹¹⁴. Genel kurul, alacağı bir kararla veya yapacağı bir esas sözleşme değişikliği ile yönetim kurulunun iç yönerge hazırlama yetkisini ne kaldırabilir, ne sınırlandırabilir ne de kendi üzerine alabilir¹¹⁵.

Bir görüşe göre, iç yönergenin hazırlanması şirket organizasyonunun temel unsurlarından olduğundan ve şirket organizasyonu genel kurulun görev alanında yer aldığından, iç yönerge hazırlanması konusunda genel kurulun yetkili olması ve şirket yönetimine genel kurulun yönetici seçebilmesi gerekir¹¹⁶. *Bu görüşe katılmak mümkün değildir.* Zira yönetim kurulu yönetim görev ve yetkisinin devri konusunda esas sözleşme ile yetkilendirilmekte ve genel kurul da yönetim kurulu üyelerini seçmektedir. Böyle bir tabloda iç yönerge konusunda genel kurulun herhangi bir yetkisinin olması ihtiyaç bulunmamaktadır. Genel kurul, yönetim kurulunun organizasyonu konusunda ancak esas sözleşmeyi değiştirerek yönetim yetkisinin devrine izin verip vermeme konusunda inisiyatif sahibi olabilir.

TTK'nın 367. maddesinin gerekçesine göre, *“Fıkra örgüt yönetmeliğinin kimin tarafından karara bağlanacağına ilişkin bir açıklığı içermemektedir. Bu yönetmeliği genel kurul veya yönetim kurulu onaylayabilir. Bu onay hiçbir organ açısından o organa özgülenmiş ve devredilemeyecek bir yetki taşımaz. Devir, esas sözleşmede açıkça öngörüldüğüne göre, devir yönetmeliği bakımından gerekli esas sözleşmesel dayanak sağlanmış demektir. Önemli olan devirdir. Bu da esas sözleşmede öngörülen bir hükümlerle, “meşruyet” temelini kazanmış olmaktadır. Teşkilât yönetmeliği bu devri uygulamaya ilişkin hükümlerini göstermesi bakımından önemlidir. Kaynak İsviçre hukukunda bu yetkiyi çoğu kez yönetim kurulu kullanmaktadır.”* Madde gerekçesinde yer alan bu ifadelerle katılmak mümkün değildir. Zira iç yönerge hazırlanması yetkisi, TTK'nın 375. maddesinde düzenlenen yönetim kurulunun devrilemez ve devralınamaz yetkilerinden olan *“şirket yönetim teşkilâtının belirlenmesi”* yetkisi kapsamında yer almaktadır. Yönetim kurulu tarafından hazırlanan iç yönergenin genel kurul tarafından onaylanmasının zorunlu olması durumunda nihai yetki genel kurula ait olur ki, bu durum TTK'nın 375. maddesine aykırılık teşkil eder.

Buna karşılık, iç yönergede genel kurulun yetki alanına giren bir husus düzenlenmiş ise, bu konuda genel kurulun onayının alınması gerekebilir. Örneğin, iç yönergede yönetim kuruluna üye olabilmek için yaş sınırlaması getirilmesi genel kurulun yetki alanına doğrudan müdahale anlamına gelmektedir. Böyle durumlarda genel kurulun onayının alınması sistemin işleyişi açısından faydalı olabilir¹¹⁷.

İç yönerge hazırlama yetkisinin kapsamına iç yönergeyi değiştirme yetkisi de girmektedir.

¹¹⁴ Helvacı ise iç yönergeyi yönetim kurulunun veya genel kurulun onaylayabileceğini ifade etmektedir (Helvacı, Mehmet: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu (Organ) Konusunda Getirdiği Yenilikler, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslar arası Konferans, Ankara 2010, s. 196).

¹¹⁵ Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 332; Krneta, N. 1723; Müller, Roland: Die arbeitsrechtliche Situation der VR-Delegierten in der Schweiz, AJP 12/2001, s. 1374; Kammerer, s. 92; Kunz, s. 101; Karasu, Rauf: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009, s. 134.

¹¹⁶ Hirsch, E. Ernst: Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul 1948, s. 12, 15.

¹¹⁷ Zwicker, Stefan: Der Inhalt des Organisationsreglementes nach dem neuen Aktienrecht, ST 68 (1994), s. 55.

3) İç Yönerge Hazırlama Şartları

Anonim şirket yönetim kurulunun iç yönerge hazırlayabilmesinin şekli ve maddi olmak üzere bazı şartları bulunmaktadır. Şekli şartlar; esas sözleşmede yetki devrine izin veren hükmün mevcut olması, yönergenin yazılı olarak hazırlanması ve geçerli bir yönetim kurulu kararına dayanmasıdır¹¹⁸. Maddi şartlar ise; iç yönergenin kanuna ve esas sözleşmeye aykırı olmaması ve şirket yönetiminin düzenlemesini konu edinmesidir.

a) Şekli Şartlar

İç yönergenin esas sözleşmede yer alan yetki devri hükmüne dayanarak hazırlanmış olması, yazılı olması ve geçerli bir yönetim kurulu kararına dayanması gerekmektedir.

Yönetim kurulunun şirket yönetimini organize etmek amacıyla iç yönerge hazırlayabilmesi için öncelikle esas sözleşmede yönetim kuruluna yönetim yetkisinin devredilebileceği hususunda yetki verilmiş olması gerekmektedir. Eğer esas sözleşmede bir yetkilendirme yoksa hazırlanana iç yönergenin yetki devri açısından uygulanması ve yetki devri yapılması mümkün değildir. Bu şekilde hazırlanan iç yönerge, yönetim iç yönergesi olarak kabul edilir ve sadece yetki devri haricindeki hükümleri uygulanabilir.

TTK'da ve İBK'da iç yönergenin yazılı olması gerektiği yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak TTK m. 390/V hükmüne göre "*Kararların geçerliliği yazılıp imza edilmiş olmalarına bağlıdır.*" İç yönerge bir yönetim kurulu kararına dayandığına göre, bu düzenleme gereğince, yönetim kurulu kararına konu yönergenin de yazılı olarak hazırlanması şarttır¹¹⁹. Yazılı olarak hazırlanan iç yönergenin ayrıca noter tarafından onaylanması zorunluluğu bulunmamaktadır¹²⁰.

İç yönergenin yazılı olması zorunlu olmakla birlikte, tescil ve ilân edilmesi veya herhangi bir şekilde yayınlanması gerekmemektedir¹²¹. Zira iç yönergenin yayınlanması halinde şirketin üçüncü kişilerin bilmesini istemediği yönetim organizasyon yapısına ilişkin tüm bilgiler açıklanacaktır¹²². Diğer taraftan iç yönergenin yayınlanması, şirket yönetiminde şeffaflığın sağlanması ve böylece kurumsal yönetim anlayışının gelişmesi açısından faydalı kabul edilmektedir¹²³.

İç yönerge yönetim kurulunun bir kararı ile hazırlanır. Geçerli bir iç yönergeden bahsedilebilmesi için yönergenin dayanağı olan yönetim kurulu kararının geçerli olması gerekir. Yönetim kurulunun, iç yönergenin kabul edildiğine dair kararının geçerli olabilmesi için, üye sayısının yarısından bir fazlası ile toplanmış ve esas sözleşmede aksine hüküm olmadığı takdirde, toplantıya katılan yönetim kurulu üye sayısının salt

¹¹⁸ Tekinalp bu şartları maddi şartlar olarak ifade etmektedir (**Tekinalp**, Tek Kişilik Ortaklık, s. 132, N. 12-49).

¹¹⁹ **Kammerer**, s. 89; **Tekinalp**, Tek Kişilik Ortaklık, s. 134, N. 12-57; İç yönergeyin yazılı olması, hangi yetkilerin kim tarafından kullanılacağı konusunda oluşacak tereddütlerin giderilmesi bakımından önemlidir (**Krnet**, N. 1721)

¹²⁰ **Karasu**, s. 187.

¹²¹ **Helvacı**, Yönetim Kurulu, s. 196; **Karasu**, s. 187; **Tekinalp**, Tek Kişilik Ortaklık, s. 136, N. 12-61; İsviçre şirketler hukukunda değişiklik yapılması amacıyla 2002 yılında kurulan komisyonun hazırladığı raporda iç yönergeyin yayınlanması gerektiği belirtilmiştir (**Böckli**, Peter/**Huguenin**, Claire/**Dessemontet**, François: Expertinbericht der Arbeitsgruppe "Corporate Governance" zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich Basel Genf 2004, s. 113). Genel kurul yönergesinin ise TTK m. 419/II hükmü gereğince tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir.

¹²² **Böckli/Huguenin/Dessemontet**, s. 113; bkz. **Tekinalp**, Tek Kişilik Ortaklık, s. 135, N. 12-59.

¹²³ **Bauen/Venturi**, N. 379.

çoğunluğu ile karar almış olmalıdır. Nitelikli çoğunluk ise aranmamıştır. Eğer şirket esas sözleşmesinde, iç yönergenin kabulüne ilişkin kararlarda nitelikli çoğunluk arandığı yönünde bir düzenleme yer alırsa, yönetim kurulu nitelikli çoğunlukla karar almak zorundadır.

eTTK'nın 330. maddesinde düzenlenen, yönetim kurulu müzakerelerinin zapta geçirilmesi zorunluluğuna TTK sisteminde yer verilmemiştir. Ancak uygulamada, yönetim kurulu toplantılarında gerçekleşen tartışmaların ve oylamaya ilişkin tüm hususların tutanağa geçirilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹²⁴.

b) Maddi Şartlar

İç yönerge, emredici kanun hükümlerine ve niteliği gereğince ikincil düzenleme konumunda olduğundan, şekli ve maddi açıdan esas sözleşmeye aykırı olmaması gerekmektedir¹²⁵. İç yönergenin kanuna ve esas sözleşmeye aykırı olan hükümleri geçersizdir.

4) İç Yönergenin İçeriği ve Kapsamı

İç yönerge, genel olarak şirket yönetimini düzenlemek amacıyla hazırlanır. İç yönergede nelerin düzenleneceği TTK'nın 367. maddesinde örnekleme yöntemiyle sayılmıştır. Bu maddeye göre iç yönergede yer alması gereken hususlar şunlardır:

- Şirket yönetiminin düzenlenmesi, yönetim kurulu ile murahhasların yetkilerinin belirlenmesi,
- Murahhasların görev yerlerinin gösterilmesi,
- Görevlerin tanımları,
- Kimin kime bağlı ve kime karşı sorumlu olduğu ve bilgi sunmakla yükümlü olduğudur.

Bu maddede sayılan hususlar iç yönergenin ihtiva etmesi gereken asgari konulardır¹²⁶. Bu hususlardan herhangi birini ihtiva etmeyen iç yönerge kanuna aykırı hazırlanmış demektir ve bu yönergeye göre yapılmış yetki devri geçersizdir¹²⁷.

TTK yönetim kuruluna iç yönergenin içeriği konusunda geniş bir özgürlük alanı bırakmıştır. Hangi konuların iç yönergede yer alabileceği hususunda sınırlayıcı bir liste verilmesi mümkün değildir. Yönetim kurulunun organ fonksiyonunu yerine getirmesi açısından önem arz eden her husus yönergede düzenlenebilir. Şirketlerin küçüklüğüne veya büyüklüğüne göre iç yönergenin içeriği belirlenebilir. Sürekli değişen operasyonel ilişkilere, bağlı ortaklıktan kaynaklanan ilişkilere ve şirketin örgütsel yapısına uygun düzenlemeler iç yönergede yer alabilir¹²⁸.

TTK'nın 367. maddesinde sayılan hususlar iç yönergede ihtiyaca göre farklı sırada, farklı içerikte, kısa veya daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenebilir. Zira küçük bir anonim şirketin organizasyonu ile hisse senetleri borsada işlem gören şirketlerin organizasyonu aynı değildir¹²⁹.

¹²⁴ Bkz. **Bürgi**, Wolfhart F.: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Aktiengesellschaft, Bd. V/5b/2, Organisation der Aktiengesellschaft, Art. 698 – 738 OR, Zürich 1969, Art. 702, N. 27; **Von Moos-Busch**, s. 73.

¹²⁵ **Forstmoser**, Organisation, s. 27; **Forstmoser**, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Bd. I/1, Zürich 1981, § 7, N. 160 vd.; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 11, N. 25; **Bürgi**, Art. 712, N. 50; **Eigenmann**, s. 12; **Von Moos-Busch**, s. 73.

¹²⁶ **Bauen/Venturi**, N. 359.

¹²⁷ **Bauen/Venturi**, N. 357; **Böckli**, Aktienrecht, § 13, N. 522; **Watter**, BSK, Art. 716b, N. 5 vd.

¹²⁸ **Bauen/Venturi**, N. 359.

¹²⁹ **Krnet**, N. 1725; **Bauen/Venturi**, N. 360.

İç yönergede hem yönetim yetkisinin devrine ilişkin düzenlemeler, hem de yönetim kurulunun görevlerine, çalışma usulüne ve organizasyonuna ilişkin genel düzenlemeler yer alabilmektedir. İç yönergede yer alması gereken görev tanımları kapsamında, murahhaslara devredilmesi mümkün olmayan, yani yönetim kurulu tarafından kurul organ olarak kullanılması zorunlu olan yetkilere de yer vermek gerekir. Bu sa- yede devredilemez ve devralınamaz yetkiler iç yönergede vurgulanmış olur.

İç yönergenin bu içeriğinin ticari hayattaki gelişmeler karşısında periyodik olarak yılda en az bir kez olmak üzere genellikle yılın ilk toplantısında ele alınması¹³⁰ ve değiştirilmesi gereken hususların olup olmadığının kontrol edilmesi ve güncellenmesi gerekmektedir¹³¹.

Ayrıca yönetim kurulu TTK'nın 367. maddesine göre, talepleri olması halinde pay sahiplerini ve korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıları, iç yönergenin içeriği hakkında yazılı olarak bilgilendirmek zorundadır.

2- Maddi Şart

Yönetim yetkilerinin devrinin maddi şartı, devre konu yetkilerin devredilebilir ve devralınabilir yetkiler olmasıdır. Bu şart TTK'nın 367. maddesinde yetki devrinin bir şartı olarak ifade edilmemiştir. Ancak işin esası gereği devre konu yetkilerin devredilebilir olması gerekmektedir. Yukarıda izah edilen devredilemez ve devralınamaz yetkiler ve niteliği gereği devredilemez nitelikte olan diğer yetkiler dışında kalan yönetim görev ve yetkileri devredilebilir niteliktedir.

III- MURAHHASLIK YETKİSİNİN DEVRİ

Kanunda belirtilen şartlara uygun bir şekilde murahhaslara devredilen yönetim yetkileri, murahhaslar tarafından başkalarına devredebilir mi? Kısaca ifade etmek gerekirse, murahhaslık yetkisinin devri (Weiterdelegation – Subdelegation) yani “yetki devri yetkisinin devri” mümkün müdür?

Bu konuda iki farklı görüş bulunmaktadır: Bir görüşe göre, yönetim kurulu yönetim yetkilerini devrederken, devrettiği yetkilerin murahhaslar tarafından tekrar devredilebileceğine izin vermişse, murahhaslar devraldığı yetkileri kısmen veya tamamen bir alt birime devredebilir¹³². Bu görüşü savunanlar iç yönergede, yetki devri yetkisinin

¹³⁰ Krneta, N. 1225; Bauen/Venturi, N. 435; Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 336a; geniş bilgi için bkz. Umbach, Patrick: Das Organisationsreglement als Mittel zum Schutz vor Verantwortlichkeitsansprüchen, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zürich Basel Genf 2006, s. 41, 42. Yönetim kurulu yılın ilk toplantısında genellikle şirket yönetimini ve tüm faaliyetlerini gözden geçirir (Böckli, Aktienrecht, § 13, N. 336a; Bauen/Venturi, N. 359)..

¹³¹ Karş. Bauen/Venturi, N. 359; Zahn, Peter Andreas: Die zwingenden Kompetenzen des Verwaltungsrates, in: Biland Susan/Hilber Maria Luise, Verwaltungsrat als Gestaltungsrat, Zürich 1998, s. 17; Erny, s. 151; Bertschinger, Urs: Organisationsreglement, Orientierungsanspruch über die Organisation der Geschäftsführung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit bei Delegation, SZW 69 (1997), s. 189; Umbach ise, şirket yönetiminin değişen şartlara hızla uyum sağlayabilmesi için mutlaka iç yönergenin değiştirilmesinin gerekmediğini, alınacak bir yönetim kurulu kararı ile de bu değişikliğin gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedir (Umbach, s. 42). Değişen şartlara uyum sağlamak amacıyla alınacak bir yönetim kurulu kararı ile doğrudan örgüt yönergesi değiştirilebileceğinden ve iç yönergede değişiklik yapmak bir merasime tabi olmadığından bu görüşe katılmak mümkün değildir.

¹³² Bkz. Horber, s. 86, 101 vd.; Hungerbühler, s. 17; Vollmar, s. 29 vd.; Eigenmann, s. 57; Vollmar ve Eigenmann, murahhasların yetki devretmesinin teorik olarak mümkün olmasına rağmen, pratikte çok nadiren gerçekleştiğini ifade etmektedirler.

devredilip devredilemeyeceğinin ve devredilebilir ise bu yetkinin nasıl kullanılması gerektiğinin ve özellikle de yetkinin tekrar devredileceği kişilerin kimler olabileceğinin düzenlenmesinin zorunlu olduğunu ifade etmektedirler.

Karşı görüşte olanlar ise, yönetim kurulunun yönetim yetkilerini kısmen veya tamamen devrettiği durumlarda “yetki devri yetkisi”nin (Kompetenzkompetenz) kendisinde kaldığını, bu yetkinin yönetim kurulunun münhasır yetkisi olduğunu, bu sebeple murahhaslara devredilemeyeceğini, bu yetki devredilemeyeceğinden murahhasların da kendisine devredilen yetkileri başkasına devredemeyeceğini savunmaktadırlar¹³³.

Kanaatimizce, ikinci görüş özellikle TTK sistemi dikkate alındığında daha isabetlidir. Zira şirket yönetiminin organizasyonu yetkisi yönetim kurulunun devredilemez ve devralınamaz bir yetkisidir. Yönetim yetkilerinin devri ise şirket yönetiminin organizasyonu yetkisinin en önemli parçasıdır. Ayrıca yönetim yetkisinin devri güven ilişkisine dayanmaktadır ve bu ilişki yönetim kurulu ile yetkileri fiilen kullanacak kişiler arasında doğrudan kurulmalıdır. Diğer taraftan kanun koyucu yönetim kurulunun devredilebilir yönetim yetkilerini devredebileceğini açıkça düzenlemiş olmasına rağmen, devredilen yetkilerin tekrar devri konusunda bir düzenleme yapmamıştır. Kanun koyucu eğer buna da izin vermek isteseydi, açıkça düzenleyebilirdi. Kanunda bu durumun yasaklanmamış olması da, devredilen yetkilerin tekrar devrine imkân vermez. Zira belirtildiği üzere yönetim yetkisinin devri yönetim kurulunun devredilemez yetkilerindedir. Devredilen yetkilerin tekrar devrine TTK’da açıkça izin verilmediğine göre, devredilen yetkilerin tekrar devri emredici hükümler ilkesi uyarınca mümkün değildir.

Diğer taraftan, murahhasların yetkilerini devredebileceği kabul edildiği takdirde yönetim kurulunun murahhas atama yetkisi kısmen ortadan kaldırılmış olmaktadır. Zira yönetim yetkisinin başkasına devredilmesi yeni bir murahhas atanması anlamına gelmektedir¹³⁴. Oysa TTK’ya göre, müdür, ticari mümessil ve ticari vekil atama yetkisi yönetim kurulunun münhasır yetkileri arasındadır. Dolayısıyla, bu kişilerin kendi yerlerine yeni bir müdür ve ticari mümessil ataması söz konusu olamaz. Müdürlere ve ticari mümessillere ilişkin düzenlemeler kıyasen uygulandığında da, murahhasların kendilerine devredilen yetkileri başkalarına devrederek yeni bir murahhaslık ihdas etmesi mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır.

¹³³ Bkz. **Watter**, BSK, Art. 716b, N. 10; **Ehrat**, s. 795.

¹³⁴ Karş. **Arslanlı**, AŞ, s. 209, 210; **Erem**, s. 241; **Karaca**, s. 79; Müdürler gibi ticari mümessiller de ticari mümessillik görevlerini devredemezler ve kendi yerine geçmek üzere yeni bir ticari mümessil atayamazlar. Bkz. **Arslanlı**, Halil: Ticaret Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, İstanbul 1959, s. 183; **Karayalçın**, Yaşar: Sistemler ve Hukuk Açısından Büyük İşletme, Ankara 1985, s. 489; **Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2010, s. 169; **Ayhan**, Rıza/**Özdamar**, Mehmet/**Çağlar**, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2010, s. 281. Kırca ise, özel yetki verilmişse ticari mümessilin ticari mümessil atayabileceğini savunmaktadır (**Kırca**, s. 128, 129). *Kanaatimizce*, TTK sisteminde ticari mümessil atama yetkisi de, özellikle de ticari mümessilin yetkileri göz önüne alındığında, yönetim kurulunun devredilemez yetkisi olan yönetim organizasyon yetkisi içerisinde yer almaktadır ve bu sebeple ticari mümessilin yerine başka bir ticari mümessil ataması mümkün değildir. Müdürlerin bazı yetkilerini başka bir kişiye devredebilmesi ise mümkündür. Ancak burada devre konu olan yetki yönetim kurulunun yönetim yetkileri arasında yer alan bir yetki değildir. Oysa murahhaslara devredilen yetkiler yönetim kurulunun yetkileri olduğundan, murahhaslar kendilerine tevdi edilen yetkileri kısmen dahi olsa başkalarına devredemezler.

IV- YETKİ DEVRİNİN SONUÇLARI

Yetki devrinin olağan sonucu, yönetim yetkilerinin yönetim organizasyon yapısında yer alan birimler arasında paylaşılmasıdır. Yönetim yetkilerinin devrinin, devrin kısmen veya tamamen olmasına ve yetkilerin kimlere devredildiğine göre çeşitli sonuçları bulunmaktadır.

Devredilen yetkiler bakımından yetki devreden ile yetki devralan arasında hiyerarşik bir ilişkisi kurulur. Ayrıca yetki devri ile devredenin yetki alanı daralırken, devralan kendine bir yetki alanı oluşturur veya var olan yetki alanını genişletir. Yetki devri ile oluşan yetki alanı, yeni bir organın doğmasına sebep olur. Zira devredilen yetki yönetim yetkisidir ve yönetim yetkisi karar verme yetkisini ihtiva etmektedir. Şirket yönetiminde karar verme yetkisine sahip olan birimler ise organ olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla, yetki devri şirket yönetiminde yeni organların oluşmasına sebep olur¹³⁵. Yönetim kurulunun yetki alanının daralması ise, yönetim kurulunun yetkilerinin sayısal olarak azalmasına sebep olmaz; sadece bazı yetkilerin paylaşılmasına ve bu yetkileri kullanacak birimler oluşturularak farklı kişiler eliyle kullanılmasına yol açar¹³⁶. Dolayısıyla yetki devri neticesinde yönetim kurulunun yetkileri varlığını korur ancak yönetim kurulu tarafından kullanılamaz. Yönetim kurulu murahhaslık görevini sona erdirdiği takdirde, devrettiği yetkileri tekrar kullanmaya başlar.

Her ne kadar yetki devrinde yönetim kurulunun yetkileri varlığını korusa da, yetkileri kullanan birimler değişmektedir. Eğer yetkiler kısmen devredilmiş ise, yönetim yetkilerinin bir kısmını murahhaslar diğer kısmını ise yönetim kurulu kullanır. Yetkiler tamamen devredilmiş ise, o takdirde yönetim kurulu sadece devredilemez yönetim yetkilerini kullanır. Yetkiler birden fazla murahhasa devredilmiş ise, bu durumda murahhaslar kendi arasında bir kurul oluşturabilir. İcra kurulu denen bu kurul ile yönetim kurulu birlikte şirketi yönetirler. İcra kurulu ile yönetim kurulu arasında bir hiyerarşi olsa da bu hiyerarşi bir astlık üstlük şeklinde değildir. Ancak yönetim kurulu genel gözetim yetkisi gereğince icra kurulunu gözetler ve yaptığı faaliyetler hakkında bilgi alır. Yönetim kurulu icra kurulu üzerindeki gözetim yetkisini kuracağı denetim komitesi ile daha etkin bir şekilde de kullanabilir.

Yönetim yetkisinin devrinin bir diğer sonucu ise, sorumluluğun paylaşılmasıdır. Sorumluluk paylaşıldığından sorumluluk taşıyan kişilerin sayısı artacak ve sorumluluk dağılacaktır. TTK m. 553/II maddesine göre, “*Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar.*” Hangi yetki kime devredilmiş ise o kişi devredilen yetkinin kullanılmasından dolayı sadece kendisi sorumlu olur. Eğer aynı yetki birden fazla kişiye devredilmiş ise, bu kişiler kendi aralarında farklılaştırılmış teselsül hükümleri gereğince sorumlu olurlar. Bu hükümlerden çıkan sonuç, yetki devri halinde yönetim kurulunun sorumluluğu dağıılmakta ve böylece azalmaktadır¹³⁷.

¹³⁵ Horber, s. 92, 93.

¹³⁶ Hirsch, s. 314, 315; Aksi görüş için bkz. Çamoğlu, s. 194.

¹³⁷ eTTK m. 336/II hükmüne göre de, gerek kanunun gerek esas mukavelelerin yönetim kuruluna yüklediği m. 336/I ilk dört bentte sayılanların dışındaki vazifelerden birisi yönetim kurulu üyelerinden birine bırakıldığı takdirde sorumluluk ilgili üyeye ait olmakta ve diğer yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu doğmamaktaydı.

Yönetim kurulu kendisine ait yetkileri murahhaslara devrettikten sonra, artık onlara talimat veremez¹³⁸. Zira murahhas üye ve müdürler kendilerine tevdi edilen yetkileri bağımsız olarak kullanırlar ve bu yetkilerin kullanılmasından doğan sorumluluk da kendilerine ait olur¹³⁹. Yönetim kurulu sadece, çıkaracağı iç yönerge ile murahhasların yetkilerini nasıl kullanacağını tespit edebilir. Murahhaslar iç yönergede belirlenen esaslara göre yetkilerini kullanmak zorundadırlar. İç yönerge çıkarıldıktan sonra ise, yönetim kurulunun murahhaslara sözlü veya yazılı olarak bir talimat vermesi mümkün değildir. Yönetim kurulunun üst düzey yönetim yetkisi kapsamında dahi böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. Yönetim kurulu üst düzey yönetim yetkisi kapsamında ancak murahhasların görevini gereği gibi yapmadığını tespit etmesi durumunda murahhasları azledebilir. Yönetim kurulu üst düzey yönetim yetkisi kapsamında sadece murahhas olmayan yöneticilere talimat verebilir. Eğer murahhas tayin edilen kişilere yönetim kurulunun talimatına uyma zorunluluğu getirilmiş ise, tayin edilen bu kişiler murahhas değil, TTK m. 375/I-d anlamında müdür olurlar¹⁴⁰.

Murahhaslar kendilerine devredilen yetkileri, kanun, esas sözleşme ve iç yönergeye uygun bir şekilde kullanmak zorundadır. Yetki sınırları aşıldığı takdirde yönetim kurulu, üst düzey yönetim yetkisine dayanarak murahhaslara devrettiği yetkileri derhal geri almalıdır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararında, yönetim kurulunun üst düzey yönetim yetkisine dayanarak yaptığı kontrollerde şirket yönetiminde ağır hatalar yapıldığını tespit etmesi durumunda yetki devrini derhal geri almakla yükümlü olduğunu belirtmiştir¹⁴¹.

V- YETKİ DEVRİNİN SONA ERMESİ

TTK'ya göre murahhas üye ve murahhas müdür atamaya yönetim kurulu yetkilidir. Murahhasların görevden alınmaları hususunda ise TTK'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Murahhasların yetkide paralellik ilkesine göre görevden alınması gerektiği ve atamaya yetkili olan birimin görevden almaya da yetkili olduğu savunulabilir. Bu görüş savunulduğunda, azil yetkisi konusunda esas sözleşmede bir düzenleme bulunmasa dahi, atama yetkisi yönetim kurulunda olduğundan, azletme yetkisi de yönetim kuruluna ait olur¹⁴².

¹³⁸ Aksi görüş için bkz. **Arslan**, s. 123, 124; **Çamoğlu**, s. 195, 196; **Pulaşlı**, Hasan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu, Batider, 2009, C. XXV, S. 1, s. 40.

¹³⁹ **Ünal**, s. 88; **Arslan**, s. 52; **Akdağ-Güney**, Yönetim Kurulu, s. 174.

¹⁴⁰ **Arslan**, s. 75.

¹⁴¹ BGE 100 III 195 vd. (**Pulaşlı**, Müteselsil Sorumluluk, s. 32).

¹⁴² eTTK'ya göre, murahhas üye veya murahhas müdür atama yetkisi genel kurula verildiğinde, azil yetkisi konusunda esas sözleşmede bir düzenleme bulunmasa dahi, murahhasları azletme yetkisinin genel kurula ait olduğu kabul ediliyordu. Ancak genel kurulun toplanma merasimi dikkate alındığında, görevini ihmal eden veya kötüye kullanan bir murahhas müdürün azli için genel kurulun toplanması ve karar alması oldukça uzun zaman alır. *Kanaatimizce* bu durum ticari hayatın ve şirket yönetiminin gerekleri ile bağdaşmaz. Zira şirket yönetimindeki aksaklıklara derhal müdahale edilmesi ve değişen şartlara hızla uyum sağlanması gerekmektedir. Bu sebeple, eTTK sisteminde de murahhas atama yetkisi genel kurula verildiği durumlarda, esas sözleşmede azil yetkisinin kime ait olduğu hususunda hüküm bulunmadığı takdirde şirket yönetiminin organizasyonu yetkisinin kural olarak yönetim kuruluna ait olduğu ilkesinden hareket edilmeli ve murahhasları azletme yetkisinin yönetim kuruluna ait olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Ayrıca eTTK sisteminde esas sözleşmede yönetim yetkilerini devretmeye yönetim kurulu yetkili kılınmış ise, genel kurulun bu konuda bir söz hakkı bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, yönetim kurulu tarafından atanan murahhasları görevden alma yetkisi ku-

Nitekim TTK'nın 375. maddesine göre şirket yönetim teşkilatının belirlenmesi yetkisi yönetim kurulunun devredilemez ve devralınamaz yetkilerindedir. Şirket yönetiminin belirlenmesi yetkisi kapsamında, murahhaslar ve müdürler atanabilir, komiteler kurulabilir, murahhaslar ve müdürler görevden alınarak yerine yenileri atanabilir. Murahhas atama yetkisi yönetim kurulunun devredilemez bir yetkisi ise, yeni bir murahhas atanabilmesinin şartı olan eskisinin görevden alınması da yönetim kurulunun devredilemez bir yetkisi olarak kabul edilmelidir. Eğer görevden alma yetkisinin genel kurula ait olduğu kabul edilir ise, şirket yönetimini bu anlamda genel kurul organize ediyor demektir ki, bu durum yönetim kurulunun devredilemez yetkisine aykırılık teşkil eder. Genel kurulun bu konuda hiçbir yetkisi bulunmamaktadır. Genel kurul sadece yönetim yetkisinin devrine izin verme veya vermeme konusunda esas sözleşme değişikliği yapabilir. Bunun dışında genel kurul, esas sözleşmeye murahhas üye veya murahhas müdür atama veya azletme konusunda kendisini yetkili kılarak dahi murahhas atayamaz veya azledemez. Zira esas sözleşmeye konulacak böyle bir hüküm TTK'nın 375. maddesine ve emredici hükümler ilkesine aykırılık teşkil eder ve geçersiz olur.

ral olarak yönetim kuruluna ait olur. Zira esas sözleşmede murahhas atama yetkisinin yönetim kuruluna verilmesi, şirket yönetimini organize etme yetkisinin yönetim kuruluna verildiği anlamına gelir ki, organizasyon yetkisi atama yetkisinin yanı sıra görevden alma yetkisini de kapsar. Yönetim kurulu şirket organizasyonunun gerektirdiği değişiklikleri değişen şartlara ve şirketin ihtiyaçlarına göre derhal gerçekleştirmelidir. Görevini gereği gibi yerine getirmeyen bir murahhasın azledilerek yerine yeni bir murahhas atanması şirket yönetiminin organizasyonu yetkisinin kapsamına giren bir husustur. Ancak esas sözleşmede yapılan bir düzenleme ile azil yetkisi genel kurula veya hem yönetim kuruluna hem de genel kurula verilebilir. Bu durumda yönetim kurulu tarafından atanan murahhas üye veya müdür genel kurul tarafından görevden alınabilir. Öğretide bir görüş, murahhas atama yetkisinin yönetim kuruluna verildiği durumda dahi, azil yetkisinin yönetim kuruluna ait olmadığını, bu yetkinin ancak genel kurul tarafından kullanılabileceğini savunmaktadır. Bu görüşü savunanlara göre, yönetim kurulu şirket adına murahhas müdür atayarak yeni bir organ oluşturmakta ve bu işlem şirket adına yapıldığından şirketle murahhas müdür arasında organ ilişkisi kurulmaktadır. Yönetim kurulu ile murahhas müdür arasında ise organ ilişkisi bulunmadığından yönetim kurulunun şirketin bir organını görevden alması mümkün değildir (Arslanlı, s. 123, 124; Pulaşlı, Temel Esaslar, s. 503; İmregün, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, s. 218; Ünal, s. 87 vd.; Arslan, s. 74 vd.). Ayrıca, esas sözleşmede yer alan aksi yöndeki hükmün de geçersiz olacağı ve bu durumun murahhaslık müessesesi ile bağdaşmayacağı ifade edilmiştir (Arslan, s. 76). Kanaatimizce de bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira şirket yönetimini organize etme yetkisi eTTK sisteminde dahi kural olarak yönetim kuruluna aittir. Bu yetki esas sözleşme ile genel kurula verilmediği sürece yönetim kurulu tarafından kullanılır. Organizasyon yetkisi ise, ifade edildiği üzere hem atamayı hem de gerektiğinde görevden almayı kapsar. Nasıl ki yönetim kurulu murahhas üye ve murahhas müdür atama yetkisine sahipse, şirket yönetiminin organizasyonu yetkisi kapsamında görevden almaya da yetkilidir. Zira murahhaslar, genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulu gibi şirketin kanunla kurulmuş organı değildir. Sadece şekli anlamda organdır ve şirketin ihtiyaçları doğrultusunda oluşturulmaktadır. Bu sebeple yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmalarına ilişkin hükmün murahhaslar için uygulanması mümkün değildir. Bu görüşün aksini savunmak, yönetim kurulunun yönetim ve temsil organı olması ve şirket yönetiminin organizasyonu yetkisinin eTTK'ya göre kural olarak yönetim kurulunun münhasır yetkisinde yer alması olgusuna aykırılık teşkil eder.

SONUÇ

Yönetim kurulunun devredilemez ve devralınamaz yetkileri ilk defa TTK'nın 375. maddesinde sınırlı olmayan bir şekilde beş bent halinde sayılmıştır. Yönetim kurulunun devredilemez yetkileri bu maddede sayılanlardan ibaret değildir. Yönetim kurulunun kanunda yer alan ve esas sözleşmede düzenlenebilecek olan başka devredilemez yetkileri de mevcuttur.

Devredilemez yetkiler arasında bulunan “*şirket yönetim teşkilâtının belirlenmesi*” yetkisi, yönetim yetkilerinin devri ve iç yönergenin hazırlanması yetkilerini de kapsamaktadır. TTK'nın 375. maddesinin gerekçesinde yer alan ifadeler iç yönerge hazırlama yetkisinin genel kurula da ait olabileceği intibahı meydana getirirse de *kanatimizce* örgüt yönergesi hazırlama yetkisi yönetim kurulunun devredilemez ve devralınamaz bir yetkisidir.

Eski TTK'nın aksine yeni TTK'da yönetim kurulu, şirket yönetiminin organizasyonu konusunda tam yetkili kılınmış ve TTK'nın 375. maddesinin 2. bendinde “*şirket yönetim teşkilatının belirlenmesi*” yetkisi tümüyle yönetim kurulunun devredilemez ve devralınamaz yetkileri arasında sayılmıştır. Bu kapsamda, yönetim görev ve yetkilerinin devri de yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında yer almaktadır.

Yönetim yetkisinin devredilebilmesinin şartları TTK ile değiştirilmiştir. eTTK sisteminde yönetim yetkisinin devredilebilmesi için esas sözleşmede devre izin veren hükmün bulunması, ayrıca yetki devrinin nasıl yapılacağına esas sözleşmede düzenlenmesi, yetki devrinin bu düzenlemeye uygun bir şekilde yapılması, yetki devri konusunda genel kurula veya yönetim kuruluna yetki verilmiş olması gerekmektedir. TTK'nın getirdiği sistemde ise, yetki devri konusunda tek yetkili organ yönetim kuruldur. Bu sistemde yetki devri yapılabilmesi için, biri şekli diğeri maddi iki şart aranmaktadır. Şekli şart, esas sözleşmede yetki devrine izin veren hükmün mevcut olması ve yönetim kurulunun bir iç yönerge hazırlamasıdır. Maddi şart ise, sadece devredilebilir yetkilerin devredilmesidir. Ayrıca, devir işleminin hazırlanan iç yönergeye uygun bir şekilde yapılması gerekmektedir. Esas sözleşmede izin hükmü bulunmadan veya iç yönerge hazırlanmadan yapılan ya da devredilemez yetkileri konu edinen devir işlemi geçersizdir.

Murahhaslar, kendilerine devredilen yetkileri başka bir yönetim kurulu üyesine veya üçüncü bir kişiye devredemezler. Zira murahhaslık yetkilerinin devri yeni bir murahhas atanması anlamına gelir. Oysa murahhas atama yetkisi yönetim kurulunun devredilemez bir yetkisidir.

Yetki devri halinde yönetim kurulu üyeleri devrettiği yetkiler bakımından sorumluluktan kural olarak kurtulur. Yönetim kurulu üyelerinin yetki devri halinde sorumluluktan kurtulabilmesi için yetki devri işleminin kanunda, esas sözleşmede ve iç yönergede belirlenen usul ve şartlara uygun bir şekilde yapılmış olması gerekir. Esas sözleşmede devre izin veren hüküm bulunmadan veya iç yönerge hazırlanmadan yetki devredilirse ya da her ikisi de mevcut olmasına rağmen devredilemez veya devralınamaz yetkiler devre konu edilirse veya iç yönerge kanunda belirtilen içerikte hazırlanmazsa ya da kanunda belirtilen şartlara uyulmasına rağmen, iç yönergenin içeriğine uygun olmayan bir yetki devri yapılırsa, yapılan yetki devri işlemi geçersiz olur ve işlem TTK m. 366 anlamında iş bölümü olarak kabul edilir. Belirtilen şartlar yerine getirilmeden yapılan yetki devri TTK'ya göre geçersiz kabul edilir ve yönetim yetkileri devredilmediği için de tüm yönetim kurulu üyeleri yetkilerin kullanılmasından doğan zarardan müteselsilen sorumlu olurlar.

KAYNAKÇA

- Amstutz, Marc** : Konzernorganisationsrecht, Zürich 1993.
- Arslan, İbrahim** : Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya 1994.
- Arslanlı, Halil** : Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketlerin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960.
- Aytaç, Zühtü** : Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünüm, Batider, 1976, C. VIII, s. 4, s. 97 vd.
- Barbey, Günther** : Rechtsübertragung und Delegation, Eine Auseinandersetzung mit der Delegationslehre Heinrich Triepels, Münster 1962.
- Bärschi, Harald** : Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich 2001.
- Bauen, Marc/
Venturi, Silvio** : Der Verwaltungsrat, Zürich – Basel – Genf 2007.
- Baumberger,
Hans Ulrich** : Ansätze für einen wirkungsvolleren Verwaltungseinsatz in schweizerischen Aktiengesellschaften, in: Knut Bleicher/Ralph Schmitz-Dräger (Hrsg.), Unternehmerisches Handeln – Wege, Konzepte und Instrumente, Festschrift für Hans Siegwart, Bern 1990, s. 63 vd.
- Bertschinger, Urs** : Organisationsreglement, Orientierungsanspruch über die Organisation der Geschäftsführung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit bei Delegation, SZW 69 (1997), s. 185 vd.
- Biland, Thomas A.** : Die Rolle des Verwaltungsrats im Prozess der strategischen Unternehmensführung, St. Gallen, 1989.
- Böckli, Peter/Huguenin, Claire/
Dessemontet, François** : Expertinbericht der Arbeitsgruppe “Corporate Governance” zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich Basel Genf 2004.
- Böckli, Peter** : Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, Zürich 1994 (Kernkompetenzen).
- Böckli, Peter** : Die Stellung des Verwaltungsrates einer in den Konzern eingeordneten Untergesellschaft, in: Charlotte M. Bär, Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern; Stuttgart; Wien 2000 (Konzern).
- Busch, Irene** : Die Übertragung der Geschäftsführung auf den Delegierten des Verwaltungsrates, in: Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, s. 69 vd.
- Çamoğlu, Ersin** : Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2010.
- Ehrat, Felix R.
Eigenmann,
Ernst J.** : Mehr Klarheit für den Verwaltungsrat, AJP 6/1992, s. 789 vd.
: Das Reglement der Aktiengesellschaft, “Die AG im neuen OR”, Heft 11, Zürich 1952.

- Erny, Dominik** : Oberleitung und Oberaufsicht, Führung und Überwachung mittlerer Aktiengesellschaften aus der Sicht des Verwaltungsrats, Zürich 2000.
- Forstmoser, Peter** : Schweizerisches Aktienrecht, Bd. I/1, Zürich 1981 (Aktienrecht).
- Forstmoser, Peter** : Kritische Beurteilung der Reformvorschläge für die Verwaltung, in: Aktienrechtsreform, Zum Entwurf und Botschaft 1983, SSTR 59 (1984), s. 57 vd. (Reformvorschläge).
- Forstmoser, Peter** : Organisation und Organisationsreglement nach neuem Aktienrecht, Schriften zum neuen Aktienrecht 2, Zürich 1992, (Organisation).
- Forstmoser, Peter** : Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates – Möglichkeiten und Grenzen, SZW 66 (1994), s. 169 vd. (Eingriffe).
- Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/**
- Nobel, Peter** : Schweizerische Aktienrecht, Bern 1996.
- Helvacı, Mehmet** : 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ile Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyeleri ve Araştırma Görevlilerinin Değerlendirmeleri, İstanbul 1997, s. 1 vd. (40. Yıl)
- Helvacı, Mehmet** : Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2001 (Sorumluluk).
- Helvacı, Mehmet** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu (Organı) Konusunda Getirdiği Yenilikler, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslar arası Konferans, Ankara 2010, s. 179 vd. (Yönetim Kurulu)
- Herrmann, Rudiger**: Funktion, Kontrolle und Haftung der Leitungsorgane von Aktiengesellschaften in Deutschland, der Schweiz, Australien und den USA, Hagen 1995.
- Homburger, Eric** : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht. Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat. Art. 707-726 OR, in: Peter Forstmoser (Hrsg.), Zürich 1997.
- Horber, Felix** : Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG und ihre Auswirkungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1986.
- Hunziker, Arthur**: Neuerungen in der Stellung und Verantwortlichkeit der Organe, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform, SSHW 74 (1984), s. 89 vd.
- Kammerer, Adrian**: Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Zürich 1997.
- Karasu, Rauf** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009.
- Krnet, Georg** : Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern 2005.
- Kuhne, Fritz** : Das Problem der Delegation und subdelegation von Kompetenzen der Staatorgane, Aarau 1941.

- Kunz, Rudolf** : Die Annahmeverantwortung von Mitgliedern des Verwaltungsrates, St. Gallen 2004.
- Lanz, Paul Ulrich**: Die Delegation der Befugnisse des Verwaltungsrats, Bern 1970.
- Meier, Robert** : Anpassung der Statuten an das revidierte Aktienrecht, AJP 3/1992, s. 317 vd.
- Meier-Schatz, Christian J.** : Die Entscheidungen durch die Generalversammlung von Frage aus dem Kompetenzbereich des Verwaltungsrates, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bar, Bern 1998, s. 263 vd.
- Moroğlu, Erdoğan**: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2009.
- Müller, Roland/Lipp, Lorenz/Plüss, Adrian** : Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Praxis, Zürich – Basel – Genf 2007.
- Müller, Roland** : Die arbeitsrechtliche Situation der VR-Delegierten in der Schweiz, AJP 12/2001, s. 1367 vd. (Situation).
- Müller, Roland** : Rechte und Pflichten des Verwaltungsrates, ST 10 (1995), s. 807 vd. (Verwaltungsrat).
- Nobel, Peter** : Klare Aufgaben für den Verwaltungsrat, ST 65 (1991), s. 531 vd.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin** : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2009.
- Pulaşlı, Hasan** : Şirketler Hukuku, Adana 2003 (Şirketler Hukuku)
- Pulaşlı, Hasan** : Şirketler Hukuku, Temel Esaslar, Adana 2009 (Temel Esaslar).
- Pulaşlı, Hasan** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu, Batider, 2009, C. XXV, S. 1, s. 27 vd. (Müteselsil Sorumluluk).
- Reiff, Felix** : Beiträge als Beratungs- und Führungsgremien bei schweizerischen Aktiengesellschaften, Zürich 1988.
- Schärer, Heinz** : Die Vertretung der Aktiengesellschaft durch ihre Organe, Winterthur 1981.
- Schmitt, Petra** : Das Verhältnis zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat in der Aktiengesellschaft, Zürich 1991.
- Sprüngli, Luzius R.** : Die neue Rolle des Verwaltungsrates, Veränderte Stellung und Aufgaben sowie mögliche Ausgestaltung des Verwaltungsrates in mittelgrossen schweizerischen Industrieunternehmen, St. Gallen 1990.
- Stähelin, Thomas** : Die "unübertragbaren Aufgaben" einer Familienaktiengesellschaft, SZW 64 (1992), s. 200 vd.
- Stöckli, Jean-Fritz**: Unübertragbare Aufgaben des Verwaltungsrates, AJP 5/1994, s. 581 vd.

- Tekinalp, Ünal** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. II, İstanbul 2008, s. 635 vd. (Kurumsal Yönetim).
- Tekinalp, Ünal** : Tek Kişilik Ortaklık I, Tek Payscaleli Anonim Ortaklık, İstanbul 2011 (Tek Kişilik Ortaklık).
- Thiel, Hanspeter/
König, Axel** : Die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle und der Finanzplanung als unübertragbare Aufgabe des Verwaltungsrates, in: Siegwart Hans (Hrsg.), Jahrbuch zum Finanz- und Rechnungswesen 1994, Zürich 1994, s. 23 vd.
- Umbach, Patrick**: Das Organisationsreglement als Mittel zum Schutz vor Verantwortlichkeitsansprüchen, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zürich Basel Genf 2006, s. 25 vd.
- Ünal, Mustafa** : Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması, Batider, 1982, C. XI, S. 3, s. 49 vd.
- Vischer, Frank** : Die Aktienrechtsreform aus Sicht des Verwaltungsrates, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte des Aktienrechtsreform, Zürich 1984, s. 155 vd.
- von Büren, Roland/
Stoffel, Walter A./
Weber, Rolf H.** : Grundriss des Aktienrechts, Zürich Basel Genf 2007.
- Von Moss-Busch,
Irene** : Das Organisationsreglement des Verwaltungsrates, Zürich 1996.
- Watter, Rolf** : Art. 716 b OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationsrecht II, Basel/Genf/München 2002 (BSK).
- Watter, Rolf** : Nicht exekutives Mitglied des Verwaltungsrates und Unabhängigkeit der Revisionsstelle, in: Rainer J. Schweizer/Herbert Burkert/Urs Gasser (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, s. 659 vd. (Unabhängigkeit).
- Weber, Martin** : Vertretung im Verwaltungsrat, Zürich 1994.
- Wunderer, Felix** : Der Verwaltungsrats-Präsident, St. Gallen, Zürich 1995.
- Yanlı, Veliye** : İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda "İşbölümü İlkesi" ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri, İHFM, 1997, C. LV, S. 3, s. 263.
- Zahn, Peter Andreas**: Die zwingenden Kompetenzen des Verwaltungsrates, in: Biland Susan/Hilber Maria Luise, Verwaltungsrat als Gestaltungsrat, Zürich 1998.
- Zwicker, Stefan** : Der Inhalt des Organisationsreglementes nach dem neuen Aktienrecht, ST 68 (1994), s. 55 vd.

14. OTURUM

TEBLİĞLER

*** YENİ TTK'YA GÖRE ANONİM ŞİRKETTE SERMAYE KAYBI VE
BORCA BATIKLIĞIN TESPİTİ VE SONUÇLARI**

Prof. Dr. İsmail KAYAR

*** ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI**

Prof. Dr. Mustafa ÇEKER

*** ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU KARARLARININ
GEÇERLİLİĞİ (ÖZELLİKLE BATIL YÖNETİM KURULU
KARARLARI) (TTK m. 391)**

Yrd. Doç. Dr. Tamer PEKDİNÇER

*** ANONİM ORTALIK YÖNETİCİLERİNİN VE DENETÇİLERİNİN
HUKUKİ VE CEZAİ SORUMLULUĞU (TTK m. 549 – 563)**

Yrd. Doç. Dr. Hanife DOĞRUSÖZ KOŞUT

YENİ TTK'YA GÖRE ANONİM ŞİRKETTE SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIĞIN TESPİTİ VE SONUÇLARI

Prof. Dr. İsmail KAYAR*

ÖZET

Anonim şirkette sermaye kaybının ve borca batıklığın gerek tespit edilmesi gerekse sonuçları konusunda, yeni TTK ile önemli değişiklik ve yenilikler getirilmektedir. Sermaye kaybı ve borca batıklık halinde yapılacak işlemler yönetim kuruluna görev olarak yüklenmiştir. Sermaye kaybı ve borca batıklık halinde alınacak tedbirlerin esas amacı, sermaye şirketlerinde alacaklıların temel güvencesini oluşturan şirket sermayesinin tam olarak teşekkülüne ve korunmasına yönelik, diğer tedbirleri boşa çıkarmamaktır. Yeni TTK'ya göre sermaye kaybı ve borca batıklığın tespitinde, sermayenin yanı sıra kanuni yedeklerin de dikkate alınması gerekir. Bu değişiklik, şirketin mali durumunun bozulması halinde daha erken müdahale etmeyi ve tedbir almayı gerektireceğinden olumlu bir değişikliktir. Borca batıklık şüphesi üzerine yönetim kurulu hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de aktiflerin satış fiyatlarını esas alarak iki farklı ara bilanço düzenler. Borca batıklık sadece ara bilançodan anlaşılabilir. Borca batıklık halinde derhal mahkmeden şirketin iflası istenir. Ancak, borca batıklığı izale edecek kadar alacaklı sırada sona geçmeye razı olursa iflas kararı verilemez. Şirketin veya alacaklıların talebiyle, sunulan iyileştirme projesine bağlı olarak borca batık bir şirketin iflası ertelenebilir. İyileştirme projeleri şirkete ortaklardan yeni nakit girişi gibi nesnel ve gerçek kaynakları göstermelidir. İflasın ertelenmesi talebi üzerine mahkeme derhal erteleme tedbirlerine hükmeder ve şirkete kayyım atar.

Anahtar kelimeler: Anonim şirket, sermaye kaybı, borca batıklık, iflasın ertelenmesi

ABSTRACT

The new Turkish Commercial Code brought important changes and innovations about determine and the results of capital loss and insolvency of joint stock company. The board of directors as a task to be carried out in case of capital loss and insolvency. The main purpose of the measures to be taken in case of capital loss and insolvency are to protect company's capital formation and the creditors. When determining the capital loss and insolvent, capital and legal reserve should be considered together. Thanks to this positive change will be able to take early remedial measures. If there is suspicion of insolvency, the board of directors shall prepare two different balance sheet. First one is basis of the continuity of the entity and second is the assets should be based on sales prices. But insolvency can be determined by the interim balance, which is prepared on sales prices. In case of insolvency, director board have to immediately notify to court and to ask company's bankruptcy. The adequate amounts of creditors agree to the last row in the list, can not be decided bankruptcy. If presented a serious and credible improvement project, the court can postpone the bankruptcy of the company. Improvement projects should include objective and the real sources such as

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

new cash input from partners. Upon the request for postponement of bankruptcy, the court shall take necessary measures for the protection of assets and must appoint a trustee to the company.

Keywords: Joint stock company, capital loss, insolvency, postponement of bankruptcy

I. GİRİŞ

Anonim şirkette sermaye kaybı ve borca batıklığın tespiti ve sonuçları 6102 sayılı TTK'da yönetim kurulunun görev ve yetkileri arasında, 376 ve 377. maddelerde düzenlenmiştir¹. Yeni kanun, önceki kanun gibi 1/2 ve 2/3 esas sermaye kaybı ile borca batıklık hallerinin nasıl tespit edileceği ve bu durumların tespit edilmesi halinde yönetim kurulunun ve genel kurulun yapacağı işlemleri ve alınacak tedbirleri düzenlemiştir. Ancak, gerek sermaye kaybının ve borca batıklığın tespiti gerekse alınacak tedbirler konusunda önemli değişiklik ve yenilikler de getirilmiştir.

Gerek sermaye kaybı gerekse borca batıklık halinde yapılacak işlemler yönetim kuruluna vazife olarak yüklenmiştir. Nitekim, kanunda borca batıklık durumunun varlığında mahkemeye bildirimde bulunulması, yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır (TTK.m. 375/1/g).

6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesine bir gün kala, bu kanunun bazı maddelerinde değişiklik yapılmasına ilişkin 6335 sayılı kanun² ile anonim şirkette sermaye kaybı ve borca batıklığı düzenleyen TTK.m.376/3 hükmü de değiştirilmiştir. Değişiklik, borca batıklığı tespit eden bilançoların yönetim kurulu tarafından denetçiye sunulacağı, denetçinin inceleme ve değerlendirmeleri üzerine mahkemeye başvurulacağı yönündeki düzenlemenin kaldırılması ve bunun yerine borca batıklığı tespit eden yönetim kurulunun doğrudan mahkemeye müracaat etmesi yönüne olmuştur. Madde geçişinde ise, önceki hüküm "bağımsız denetçinin göreviyle uyuşmadığı" için böyle bir değişiklik yapıldığı belirtilmiştir.

Anonim şirkette sermaye kaybı ve borca batıklığı düzenleyen hükümler TTK m. 633 gereğince limited şirketler hakkında, TTK m. 570 gereğince sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler hakkında, Kooperatifler Kanunu m. 98 gereğince kooperatifler hakkında da uygulanır. Nitekim, borca batıklık halinde başvurulabilecek olan iflasın ertelenmesinin, "sermaye şirketleri ve kooperatifler" hakkında geçerli olduğu da belirtilmiştir (İİK.m.179).

Bu çalışmada anonim şirkette sermaye kaybı ve borca batıklığın tespiti ve sonuçları ile ilgili olarak 6102 ve 6335 sayılı kanunlarla getirilen değişiklik ve yenilikler incelenecektir.

¹ TTK.m. 376'nın madde başlığı "*Sermayenin Kaybı, Borca Batık Olma Durumu*" yerine me'haz İsv. BK. m. 725'in kenar başlığına uygun olarak "*Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık*" şeklinde olmalıydı. Çünkü, gerek doktrinde gerek yargı kararlarında "borca batıklık" terimi artık yerleşmiş olup, yaygın şekilde kullanılmaktadır.

² RG. 30.06.2012, Sayı: 28339. Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, m. 16.

II. DEĞİŞİKLİKLERİN AMACI VE GEREKÇESİ

6762 sayılı TTK, gerek kuruluşta gerek sermaye artırımında anonim şirket esas sermayesinin eksiksiz şekilde teşekkül etmesi için bir dizi tedbir almıştır. Mesela, nakit sermayenin azami üç yıl içinde şirkete ödenmesi, sermaye olarak getirilecek aylara mahkeme tarafından tayin edilecek bilirkişiler tarafından değer biçilmesi, bedeli tamamen ödenmemiş paylar için hamile yazılı pay senedi çıkarma yasağı, ayın karşılığı payları iki yıl süreyle devir yasağı, bedeli tam olarak ödenmemiş pay devirlerinde şirket izni, önceki sermaye taahhütleri yerine getirilmeden yeni sermaye artırımı yapılamaması, sermaye taahhütlerinin doğru olmamasının cezai yaptırıma bağlanması bunlar arasında sayılabilir.

6102 sayılı TTK'da, kuruluşta ve sermaye artırımında anonim şirket sermayesinin eksiksiz ve doğru şekilde teşekkülü konusunda, hem mevcut kanundaki söz konusu amaca yönelik tedbirler daha da pekiştirilmiş, hem de yeni tedbirler getirilmiştir. Mesela, kuruluş ve sermaye artırımlarında nakit sermayenin ¼'ünün peşin, kalanının azami 2 yıl içinde ödenmesi, ayın sermayeye yine mahkeme tarafından atanan bilirkişilerce değer biçilmesi, halka arzda garanti ve peşin ödeme şartı, şirkete sermaye olarak konulacak unsurların önceden tapuya veya ilgili sicile şerhi veya güvenilir kişiye tevdi, vadesi gelmemiş alacakların sermaye olarak kabul edilmemesi, alacaklar tahsil edilmedikçe bunları sermaye koyanların ibra edilmemesi, önceki sermaye taahhütleri yerine getirilmeden yeni sermaye artırımı yapılamaması, sermayeye eklenebilecek fon ve yedekler eklenmeden sermaye artırımı yapılmaması, bedeli ödenmemiş payları devir yasağı, devrin izne tabi tutulması, ıskat prosedürü, bunların bazılarında aykırı davranışların hem cezai hem hukuki yaptırıma bağlanmış olması, pay sahiplerinin ve yöneticilerin şirkete borçlanma yasağı bu tedbirler arasında sayılabilir. Diğer yandan, yönetim kurulunun sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen kararları ve genel kurulun sermayenin korunması hükümlerine aykırı kararları butlan yaptırımına tabi tutulmuştur (TTK. m.391, 447).

Anonim şirkette sermaye kaybı ve borca batıklık halinde alınacak tedbirleri düzenleyen hükümlerin esas amacı, sermaye şirketlerinde alacaklıların temel güvencesini oluşturan şirket sermayesinin tam olarak teşekkülüne ve korunmasına yönelik, söz konusu tedbirleri boşa çıkarmamaktır. Alınacak başlıca tedbirler, sermaye kaybı hallerinde durumu ve öngörülen iyileştirme tedbirlerini derhal genel kurulun dikkatine sunmak, sermayenin tamamlanmasına veya yetinilmesine karar verilmesini sağlayarak sermaye kaybıyla oluşan yanıltıcı durumu ortadan kaldırmak, borca batıklık halinde ise tüm alacaklıların eşit işleme tabi tutulabilmesi bakımından iflas tasfiyesini sağlamak, bu arada eğer şirketi yeniden sağlığa kavuşturmak mümkünse iflasın ertelenmesini istemektir.

Anonim ortaklıkta sermaye kaybı ve borca batıklığın sonuçlarını düzenleyen TTK.m. 376'nın gerekçesinde, 6762 sayılı TTK.m. 324'ün bilanço hukukuna uymayan hükümlerinin düzeltildiği, İİK'da 4949 sayılı kanunla yapılan değişikliklerin, İsv.BK'ya 1991'de yapılan ilavelerin ve AET'nin ikinci yönergelerinin dikkate alındığı belirtilmiştir. Gerekçeye göre, hükmün amacı, pay sahiplerini, alacaklıları, sermaye piyasası aktörlerinin yatırımlarını ve genel ekonomik menfaatleri korumaktır³.

³ 6102 sayılı TTK m. 376 gerekçesi.

III. SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIĞIN ANLAMI

Sermayeden maksat esas sermaye veya kayıtlı sermayeli şirketlerde çıkarılmış sermayedir. Yeni TTK klasik şirketler için de kayıtlı sermaye sistemine geçişi kabul etmiştir (m. 332).

Yeni TTK, 6762 sayılı TTK m. 324'den farklı olarak, sermaye kayıplarında yalnızca esas sermayeyi veya çıkarılmış sermayeyi değil, bununla birlikte kanuni yedek akçeleri de hesaba katmaktadır. Bu değişikliğin sebebi konusunda gerekçede açıklık yoktur. Ancak değişiklik şu yönden olumludur. Kanuni yedek akçeler emredici kanun hükümleri gereği ayrılması zorunlu olan ve belirli amaçlara sarf edilebilen fonlardır⁴. Esas sermaye alacaklıların asgari güvencesi olarak korunduğu gibi, artık sermaye kaybı ve borca batıklık yönünden kanuni yedek akçeler de hesaba katılacak, bunların da kısmen veya tamamen kaybı da derhal önlem alınmasını gerektirecektir. Sermaye kaybı ve borca batıklıkta kanuni yedeklerin de dikkate alınması şirketin mali durumunun bozulması halinde daha erken müdahale etmeyi ve tedbir almayı gerektireceğinden olumlu bir değişiklik olarak değerlendirilmelidir.

Sermaye kaybının tespitinde dikkat alınacak kanuni yedek akçeler TTK.m. 519'da düzenlenen genel kanuni yedek akçelerdir. Buna karşılık, şirketin kendi paylarını iktisabında ayrılacak yedek akçeler (TK.m.520) ile esas sözleşme ve genel kurul kararı ile şirketin isteğiyle ayrılan yedek akçeler (TTK.m. 521 vd.) sermaye kaybının tespitinde dikkate alınmaz.

Gerek esas veya çıkarılmış sermaye miktarı gerekse kanuni yedek akçe miktarı yönünden, sermaye kaybının tespit edildiği son yıllık bilanço tarihi itibarıyla ulaşılan rakamlar esas alınacaktır.

Sermaye kaybına ilişkin tedbirlerin uygulanması için, şirket aktifleri toplamından borçları çıkarıldıktan sonra kalan öz sermayenin, sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının yarısından veya üçte birinden daha az olması gerekir.

Öz sermayenin tespitinde şirketin tüm aktifleri ve tüm borçları hesaba katılacağı için sermaye kaybı olarak ortaya çıkan durumlarda, şirketin sermayesi, dağıtılmamış kârı, kanuni ve esas sözleşmesel, zorunlu ve ihtiyari yedek akçeleri, yeniden değerlendirme değer artışı fonu gibi şirket aktiflerinin kaynağını oluşturan bütün unsurları dikkate alınacaktır.

Sermaye kaybı ve borca batıklığın tespitinde dikkat edilmesi gereken husus, yıllık veya ara bilanço üzerinde değerlendirme yapılırken bilançodaki aktiflerle, pasif kısmındaki borçların karşılaştırılacak olmasıdır. Yoksa sermaye kaybı ve borca batıklıkta, bilançonun, sermaye ve yedeklerin de yer aldığı öz kaynaklar kısmı hesaba katılmaz. Kanunda sermaye ve kanuni yedeklerin ölçü olarak kabul edilmesi başka bir amaca yöneliktir. Bilançonun pasif tarafı kısa ve uzun vadeli borçların yer aldığı yabancı kaynaklar ile sermaye ve yedeklerin de yer aldığı öz kaynaklar kısımlarından oluşur. Bilançonun pasif kalemleri aktif kısımda yer alan nakit, mal ve hakların kaynağını göstermektedir. Pasifte yer alan öz kaynaklar da sermaye gibi şirkete dışarıdan getirilen veya dağıtılmamış kar ve yedekler gibi esasen pay sahiplerinden temin edilen ve onlara dağıtılması gereken bir nevi şirketin borçlarıdır. Ancak öz kaynaklar en geç tasfiyede tamamen ortaklara dağıtılacak olmakla birlikte yabancı kaynaklardan farklı olarak kısa veya uzun vadede şirketin mutlaka ödemek zorunda olduğu borçlardan değildir. Bu bakımdan sermaye kaybı ve borca batıklığın tespitinde yapılan hesaplama

⁴ Genel kanuni yedek akçe sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, sadece zararların kapatılmasına, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması için kullanılabilir (TTK.m. 519/3).

işlemi, şirketin tüm aktiflerinin değeri, tüm yabancı kaynakları (kısa ve uzun vadeli borçlar) hangi oranda karşıladığının tespit edilmesidir. Normal şartlarda kar edip paylaşmak amacıyla kurulan bir şirkette aktiflerin sermaye ve kanuni yedekler toplamından daha fazla olması beklenir. Esasen aktif toplamı sermaye ve kanuni yedekler toplamının tamamını karşılamıyor, ancak kayıp sermaye ve kanuni yedeklerin yarısına da ulaşmıyor ise şirkette yine sermaye kaybı var demektir. Ancak, gerek önceki TTK gerek yeni TTK yarıya ulaşmayan sermaye kayıplarına herhangi bir hukuki sonuç bağlamamıştır.

TTK'da düzenlenen ve tedbir almayı gerektiren sermaye kaybı halleri şunlardır:

- Sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının yarısının karşılıksız kalması.
- Sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin karşılıksız kalması.
- Borca batıklık.

VI. SERMAYE KAYBININ VE BORCA BATIKLIĞIN TESPİTİ

Yeni TTK'ya göre, gerek 1/2 gerekse 2/3 sermaye kaybı son yıllık bilançodan anlaşılır. 6762 sayılı TTK m.324'e göre, üçte iki sermaye kaybı, borca batıklık şüphesi üzerine hazırlanan ara bilançodan tespit edilirken, 6102 sayılı TTK m. 376'ya göre, üçte iki sermaye kaybı da yıllık bilançodan tespit edilecektir.

TTK m.376/1 ve 2'de sermaye ve kanuni yedekler toplamının "yarısının" ve "üçte ikisinin" karşılıksız kalmasından söz edilmiş ise de, bunlar hiçbir şekilde sadece tam olarak yarı veya üçte iki sermaye kaybını ifade etmez. Hatta tam olarak bu oranlarda sermaye kayıpları nadiren rastlanacak durumlardır. 1/2 sermaye kaybı sermaye ve kanuni yedekler toplamının yarısından üçte ikisine kadar olan sermaye kayıplarını, üçte iki sermaye kaybı ise sermaye ve kanuni yedekler toplamının üçte ikisinden tamamına kadar olan sermaye kayıplarını ifade eder. Bu sebeple, kanunda 1/2 sermaye kaybı için "yarısının veya daha fazlasının", üçte iki sermaye kaybı için ise "üçte ikisinin veya daha fazlasının" veya bunlara alternatif olarak "en az yarısının" ve "en az üçte ikisinin" karşılıksız kalması şeklinde düzenleme yapılması daha yerinde olurdu. Şirket aktifleri borçları karşılamıyorsa artık sermaye kaybindan değil borca batıklıktan söz edilir.

1/2 Sermaye kaybı şu formül ile tespit edilir:

Aktif toplamı – Borçlar ≤ (Sermaye + Kanuni Yedekler)/2

Örneğin, şirketin aktifleri 100.000 TL, borçları 60.000 TL, esas sermayesi 70.000 TL, kanuni yedekleri 20.000 TL ise, şirketin öz sermayesi 40.000 TL olup, bu rakam sermaye ve kanuni yedekler toplamının yarısı olan 45.000 TL'den daha küçük olduğundan şirkette 1/2 sermaye kaybı gerçekleşmiş olur.

Üçte iki sermaye kaybı şu formül ile tespit edilir:

Aktif toplamı – Borçlar ≤ (Sermaye + Kanuni Yedekler)/3

Örneğin, şirketin aktifleri 300.000 TL, borçları 270.000 TL, esas sermayesi 100.000 TL, kanuni yedekleri 20.000 TL ise, şirketin öz sermayesi 30.000 TL olup, bu rakam sermaye ve kanuni yedekler toplamının üçte biri olan 40.000 TL'den daha küçük olduğundan şirkette üçte iki sermaye kaybı gerçekleşmiş olur.

Sermaye kaybı, kural olarak yıllık bilançodan tespit edilirse de, herhangi bir sebeple hazırlanan ara bilançodan da anlaşılabilir. Örneğin, şirketin borca batık olduğu şüphesi üzerine hazırlanan ara bilançodan şirketin borca batık olmadığı, ancak 1/2 veya 2/3 sermaye kaybı olduğu tespit edilirse TTK. m. 376/1 ve 2 hükümlerindeki tedbirler alınmalıdır. Çünkü, yıllık bilançodan dahi bu durumlar tespit edildiğinde gerekli tedbirler alınacağına göre, şirketin mali durumunu daha net şekilde ortaya koyacak olan aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden hazırlanan ara bilançodan bu durumun anlaşılması halinde evlilyetle gerekli tedbirler alınmalıdır.

Borca batıklık yalnızca ara bilançodan anlaşılabilir. Borca batıklığın tespiti amacıyla hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de aktiflerin muhtemel satış

fiyatları üzerinden ara bilanço çıkarılmalıdır. Yıllık bilançodan şirketin borca batık olduğu görülürse, hemen borca batıklık tedbirlerine başvurulmaz. Bunun yerine yıllık bilanço “şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaret” sayılarak söz konusu iki tip ara bilanço hazırlanmalı ve bunun sonucuna göre hareket edilmelidir.

İşletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan bilanço ile satış fiyatları üzerinden hazırlanan bilanço farklı sonuçlar verirse, yani biri borca batık diğeri değilse ne yapılmalıdır? Gerekçede satış fiyatları üzerinden hazırlanan ara bilançonun mahkemeye başvurmaya gerek olup olmadığını ortaya koyacağı, yani borca batıklık bildirimine esas olacağı, işletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan bilançonun ise şirketin faaliyetine devam edip edemeyeceğini belirleme bakımından önem taşıdığı belirtilmiştir⁵.

Borca batıklığın tespitinde yönetim kurulu tarafından hazırlanacak ara bilançoların denetçiye verileceği, denetçinin yedi iş günü içinde bunları inceleyip değerlendirmelerini ve önerilerini içeren rapor hazırlayacağı, raporda erken teşhis komitesinin önerilerinin de dikkate alınacağı, sonuçta denetçinin raporuna göre de şirketin borca batık olduğu tespit edilirse yönetim kurulunun mahkemeye müracaat edeceği yönündeki TTK m. 376/3 hükmü, 6335 sayılı kanunla değiştirilmiştir⁶. Hükmün son haline göre, yönetim kurulunun hazırlayacağı ara bilanço borca batıklık gösterirse, yönetim kurulu doğrudan mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunacaktır. Değiştirilen hüküm, borca batıklığın tespitine dair ara bilançoların denetçiye sunulması, şirketin bağımsız denetçi tarafından da borca batık olduğunun saptanması halinde mahkemeye başvurularak iflas istenmesini öngörmekteydi. Kanunda, sermaye kaybı ve borca batıklığın tespiti ile gerekli tedbirleri alma görevi yönetim kuruluna verilmiş olduğu halde borca batıklık tespitinin bir de denetçiye doğrulanmasını gerekli olmaması sebebiyle değişiklik isabetli olmuştur. Çünkü, borca batıklık bildirimini ve şirketin iflasının veya iflasının ertelenmesinin talep edilmesi halinde mahkeme, zaten bilirkişi marifetiyle şirketin borca batık olup olmadığını kendisi yeniden tespit edecektir.

Pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde, yönetim kurulu, şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşüren sebeplerin erken teşhisi, bunun için gerekli önlemler ile çarelerin uygulanması ve riskin yönetilmesi amacıyla, uzman bir komite kurmak, sistemi çalıştırmak ve geliştirmekle yükümlüdür. Diğer şirketlerde bu komite denetçinin gerekli görüp bunu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi hâlinde derhâl kurulur ve ilk raporunu kurulmasını izleyen bir ayın sonunda verir. Komite, yönetim kuruluna her iki ayda bir vereceği raporda durumu değerlendirir, varsa tehlikelere işaret eder, çareleri gösterir. Rapor denetçiye de yollanır (TTK.m.378).

Sermaye kaybı ve borca batıklığın tespiti TTK m. 378 hükmüne göre kurulmuş olan riskin erken tespiti komitesi⁷ tarafından da belirlenebilir. Ancak komite sadece

⁵ TTK. m. 376/3 gerekçesi.

⁶ Değişen TTK.m.376/3'ün gerekçesinde, borca batıklığın tespitinde, denetçinin 7 işgünü içinde vereceği raporun mahkemenin vereceği kararlara esas olacağı belirtilmiştir. Oysa İİK. m. 179'da borca batıklık “mahkemece tespit edilirse” iflas (veya erteleme) kararı verilebileceği öngörülmüştür. Borca batıklığın tespitinde denetçinin rolü 6335 sayılı kanunla ortadan kaldırılmıştır. Ancak kaldırılmasaydı dahi, gerekçenin aksine, mahkeme gerek borca batıklığı gerekse sunulan projenin ciddi ve inandırıcı olup olmadığını bilirkişi incelemesiyle kendisi yeniden tespit etmeliydi. Ancak yine de yönetim kurulu tarafından işletmenin devamlılığı ve aktiflerin muhtemel satış fiyatları esaslarına göre hazırlanmış ara bilançolar olmadan mahkeme davayı kabul etmemelidir.

⁷ Erken teşhis komitesi denetim komitesinden iki yönden farklıdır: Birincisi denetim komitesi yönetimi kontrol altında tutar, oysa bu komite risklere odaklanır. İkincisi, denetim komitesi geçmişe yönelik denetim yapar, oysa bu komite geleceğe yönelik projeksiyonlar yapar. Amaç,

durumu YK'ya bildirir; GK'yı toplantıya çağırma ve diğer tedbirleri alma yetki ve görevi yönetim kurulundadır. Ayrıca yönetim kurulu komitenin borca batıklık bildirimini dikkate alarak, gerekli olan ara bilançoları hazırlamalı ve aktiflerin satış fiyatları üzerinden hazırlanan bilanço borca batıklık gösterirse mahkemeye başvurmalıdır. Yani, komitenin borca batıklık tespiti, yönetim kurulunun mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunması ile iflas veya iflasın ertelenmesi isteyebilmesi için yeterli olmaz.

TTK m.376/3 hükmünde 6335 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonra borca batıklığın tespiti yönünden denetçinin ve erken tespit komitesinin doğrudan bir rolü kalmamıştır. Bununla birlikte bu komitenin mevcut olduğu şirketlerde yönetim kurulu gerek sermaye kaybı ve borca batıklığın tespiti gerekse alınacak tedbirler bakımından komitenin raporlarından yararlanacaktır. Çünkü, bu komite denetim komitesinden farklı olarak, yönetimi denetlemez; sadece şirketteki risklere odaklanır, geleceğe yönelik şekilde risklerin tespiti ve yönetilmesine dair tespit ve öneriler geliştirir ve bunları rapor halinde yönetim kuruluna sunar⁸. Bu komitenin mevcut olduğu şirketlerde yönetim kurulu sermaye kaybı ve borca batıklık durumunu yıllık veya ara bilançolardan tespit edecek ise de alınacak tedbirleri komitenin önerilerini de dikkate alarak belirleyecektir. Bununla birlikte, üçte iki sermaye kaybında sermayenin tamamlanması veya kalan sermaye ile yetinme kararı ve borca batıklıkta mahkemeye borca batıklık bildirimini gibi kanuni tedbirlerin dışına çıkılamayacaktır. Bu komite riskleri erken tespit edip gerekli önerileri yönetim kuruluna sunacağından, daha erken alınacak tedbirlerle şirketteki mali durum bozulmaları sermaye kaybı veya borca batıklık seviyelerine ulaşmadan engellenebilir.

V. SERMAYE KAYBINDA VE BORCA BATIKLIKTAKİ ALINACAK TEDBİRLER

1. ½ Sermaye Kaybında Alınacak Tedbirler

Sermaye ve kanuni yedek akçe toplamının yarısına ulaşmayan sermaye kayıplarında kanunen alınması gereken herhangi bir tedbir öngörülmemiştir. Bununla birlikte sermaye ve kanuni yedekler toplamının yarısına ulaşmayan sermaye kayıpları da şirkette bazı şeylerin ters gittiğini gösteren önemli göstergedir. Çünkü, bu durum kuruluş veya sermaye artırımında pay sahipleri tarafından şirkete getirilen unsurların zararlar sebebiyle kısmen kaybedildiği anlamına gelir.

Esas sözleşmeye, yarıya ulaşmayan sermaye kayıplarında da genel kurulun olağanüstü toplantıya çağırılacağına ve bazı tedbirler alınacağına yönelik hükümler konulabilir. Esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmasa dahi yönetim kurulu yarıya ulaşmayan sermaye kayıplarını telafi edecek önlemler alabilir. Esas sözleşmede bu yönde bir hüküm olmasa da yarıya ulaşmayan sermaye kayıplarını tespit eden yönetim kurulu, kaybın sebeplerini ve önereceği tedbirleri görüşmek üzere genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırabilir. Şirketin durumuna göre, yarıya ulaşmayan sermaye kayıplarında tedbir almamak TTK m. 369 gereğince tedbirli bir yöneticiden beklenen özeni göstermemek olarak nitelendirilerek yönetim kurulunun sorumluluğunu gerektirebilir.

Sermaye ve kanuni yedeklerin yarısının veya daha fazlasının karşılıksız kaldığı tespit edilirse, yönetim kurulu, genel kurulu hemen toplantıya çağırır ve uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunar⁹ (TTK m. 376/1).

YK ve GK'yı teyakkuz halinde tutmak, etkili önlemleri vaktinde almalarını sağlamaktır. TTK m. 378 gerekçesi.

⁸ TTK.m.378 Gerekçesi.

⁹ TTK. m. 376/1'deki "iyileştirici tedbirler" ifadesi hem m.377'deki hem de İİK.m. 179 vd. hükümlerindeki terminoloji ile uyumsuzdur. Bunun yerine "iyileştirme projeleri" veya "iyileştirme tedbirleri" terimleri tercih edilebilirdi.

Yönetim kurulunun genel kurula sunacağı öneriler, sermaye artırımını, bazı üretim birimlerinin kapatılması, küçülme, iştiraklerin satışı, pazarlama sisteminin değiştirilmesi vs. olabilir. Yönetim kurulu bir raporla durumu genel kurula açıkça anlatmalı, zararın sebeplerini açıklamalı, çare tekliflerini sunmalıdır, aksi takdirde sorumlu olur. Şirkette Riskin Erken Tespiti Komitesi varsa yönetim kurulu genel kurula sunacağı tedbirleri bu komitenin de görüşünü ararak belirlemelidir¹⁰.

Kanun, yarıyı bulan ve geçen sermaye kayıplarını, derhal genel kurula bildirilmesi gereken önemli durumlar olarak kabul etmiş ve yönetim kuruluna hem derhal genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırma hem de toplanan genel kurula söz konusu sermaye kaybını telafi edecek iyileştirme projelerini sunma görevi yüklemiştir. Şüphesiz, genel kurul herhangi bir önlem alıp almamaya, önlem alınacak ise yönetim kurulunun sunduğu önlemleri veya başka önlemleri almaya kendisi karar verecektir.

2. Üçte İki Sermaye Kaybında Alınacak Tedbirler

Son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinmeye veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer (TTK.m. 376/2).

Üçte iki sermaye kaybında, şirketin esas sözleşmesinde yer alan, tescil ve ilan edilmiş olan esas sermayesi ile son yıllık bilançoda yer alan kanuni yedek akçelerin en az üçte ikisinin eksildiği, dolayısıyla şirketin tescil ve ilan edilen sermaye yapısının gerçek mali durumuna uygun olmadığı ortaya çıkmıştır. Kanun, bu durumdaki şirkete, sermayeyi tamamlama veya kalan sermaye ile yetinme kararı almaya zorlayarak ya gördüğü gibi olmasını ya da olduğu gibi görünmesini emretmektedir.

a. Sermayenin Tamamlanması

Üçte iki sermaye kaybında, genel kurulun iradesi sermayenin tamamlanması yönünde ise aşağıdaki yollardan biriyle eksilen sermayenin tamamlanması gerekir.

i. Açık kadar sermaye azaltılması ile aynı anda önceki miktara tamamlayacak kadar sermaye artırımını yapılabilir. Bu durumda azaltma ve artırım aynı anda ve eksilen miktarda olacağından ve artırılan kısım nakit olarak ve tamamen ödeneceğinden esas sözleşmenin değiştirilmesi gerekmez (TTK m.473/1).

ii. Oybirliğiyle sermayenin tamamlanması kararı alınabilir (TTK m. 421/2/b). Sermayenin bu yolla tamamlanması pay sahiplerinin, zararlar sebebiyle eksilen sermaye paylarını tekrar şirkete ödemelerini ifade ettiğinden, pay sahiplerinin taahhütlerini artırma anlamına gelir ve anonim şirkette tek borç ilkesine¹¹ aykırı bir durum olduğundan ancak oybirliğiyle karar alınarak yapılabilir. Bu durumda, her pay sahibi hissesi oranında tamamlamaya katılır ve verdiği geri alamaz.

iii. Tespit edilen sermaye kaybı, bazı pay sahipleri tarafından gönüllü olarak kapatılabilir. Açığı kapatma şirkete karşılıksız ödeme veya şirket aktiflerini artıracak tasarruflar şeklinde ve geri almamak üzere olabilir.

iv. Açığı kapatacak kadar alacaklılar alacağından vazgeçebilir. Bu durumda, şirketin borçları eksileceğinden, aktiflerin borçları karşılama oranı yükselecek ve sermaye kaybı kendiliğinden izale edilecektir.

Sermayenin tamamlanması, esas sermayenin veya çıkarılmış sermayenin tam olarak önceki miktarına tamamlanmasını mı gerekir? Yoksa, zorunlu tedbir öngörülen

¹⁰ TTK.m.376 gerekçesi.

¹¹ Kanunda öngörülen istisnalar dışında, esas sözleşmeyle pay sahibine pay bedelini veya payın itibari değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez (TTK.m. 480/1).

üçte iki sermaye kaybını izale etmeye yetecek kadar da tamamlama yapılabilir mi? Kanaatimizce sermaye azaltma ve artırma usulüne uyularak sermaye kaybı vesilesiyle sermaye öncesinden daha yüksek bir miktara kadar artırılabilceği gibi, üçte iki sermaye kaybını izale edecek kadar olmak şartıyla, önceki miktarına ulaşmayan sermaye tamamlamaları da mümkündür. Çünkü, üçte iki sermaye kaybında kalan sermaye ile yetinme kararı dahi verilebildiğine göre, kısmi tamamlama evleviyetle mümkün olmalıdır¹².

Üçte iki sermaye kayıplarında, eksilen sermaye ile birlikte, eksilen kanuni yedek akçelerin de tamamlanması gerekir mi? Kanaatimizce iki sebeple eksilen kanuni yedek akçelerin de tamamlanması gerekmez. Birincisi, TTK.m. 376/2'de yalnızca "sermayenin tamamlanması"ndan söz edilmektedir. İkincisi, üçte iki sermaye kaybında kanuni yedek akçe TTK m.519/3'e uygun olarak, zaten "zararları kapatma ve işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirme" amaçları doğrultusunda kullanılmış olmaktadır.

b. Kalan Sermaye İle Yetinme

Üçte iki sermaye kaybı sebebiyle toplanan genel kurul sermayenin tamamlanması yerine kalan sermaye ile yetinme kararı da verebilir.

Kanundaki, "sermayenin üçte biri ile yetinme" ifadesi özensiz kullanılmıştır (TTK.m.376/2). Bunun yerine, "kalan sermaye ile yetinme" ibaresi tercih edilmeliydi. Biz aşağıdaki sebeplerle kalan sermayenin mutlaka üçte bir tamamlanması gerekmediğini, asgari sermaye limitlerinin altına düşmemek kaydıyla kalan sermaye ile yetinmeye de karar verilebileceğini düşünüyoruz. Öncelikle, üçte iki sermaye kaybı üçte ikiden sermayenin tamamının kaybına (borca batıklık haline) kadar olan marjı ifade etmektedir. Örneğin, esas sermayesi 900.000 TL kanuni yedekleri 300.000 TL olan bir şirkette aktiflerden borçları düşüktükten sonra kalan rakamın (öz sermaye) sıfır ile 400.000 TL arasında olduğu bütün durumlar kanunda "üçte iki" sermaye kaybı olarak nitelendirilmiştir. Kanunda "üçte iki" kavramı böyle belirlendiği için "kalan üçte bir sermaye" kavramı da "kalan sermaye" olarak anlaşılmalıdır.

İkinci olarak, mevcut metinden hareketle lafzi yorum yapılırsa, sermaye kaybı üçte ikiden daha fazla olur da şirket yetinme kararı verecekse hiç olmazsa önceki sermayeye nazaran üçte bir kadar eksisi tamamlamak gerekecektir. Bu tamamlama oybirliğiyle karar alınmasını gerektirdiğinden her zaman mümkün olmayabilir. Şayet muhakkak üçte bir sermaye ile yetinme aranır, şirketin kalan sermayesi kanunun aradığı asgari sermayenin üzerinde olduğu halde, üçte bir tamamlamak gerekecek, bunun için gerekli olan oybirliği sağlanamadığında şirket sona erecektir. Oysa kanun koyucunun böyle bir amacı olamaz. Hükmün mevcut hali de "kalan sermaye ile yetinme" şeklinde anlaşılmalıdır¹³. Konuyu bir örnekle açıklayalım. Esas sermayesi 900.000 TL, kanuni yedek akçeleri toplamı ise 300.000 TL olan bir şirkette, son yıllık bilançodan öz sermayenin (aktifler-borçlar) 400.000 TL veya daha az olduğu anlaşılırsa 2/3 sermaye kaybı tespit edilmiş olur. Şirket öz sermayesinin 150.000 TL olarak tespit edildiği bir durumda lafzi yorum yapılırsa kalan sermayenin 250.000 TL daha ilave ile en az 400.000 TL'ye (üçte bir) tamamlanması gerekecektir. Kanun esas sermaye sisteminde 50.000 TL, kayıtlı sermaye sisteminde 100.000 TL asgari sermayeye izin verdiğine göre genel kurulun, gerekli esas sözleşme değişikliklerini yaparak, bu miktarların altında olmamak kaydıyla kalan sermaye ile yetinmeye karar vermesi mümkün olmalıdır. Konu alacaklıların haklarının korunması yönünden değerlendirildiğinde, bu durumda alacaklılar yönünden bir tehlike yoktur. Çünkü, borca batıklık seviyesine ulaş-

¹² Kayar, Mali Durumun Bozulmaması ve Alınacak Tedbirler, s. 188, 189

¹³ Kayar, Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, s. 194.

mayan sermaye kayıplarında aktiflerin tüm borçları karşıladığı ve şirket öz sermayesinin halen artıda olduğu tespit edilmiş olmaktadır. Buradaki sorun, şirket sermayesini esas sözleşmede görünen durumla uyumlu hale getirmekten ibarettir. Sağlıklı bir şirkette dahi sermayenin asgari limitlere kadar azaltılması mümkün olduğu halde, mali durumu bozulan ve 2/3 sermaye kaybı tespit edilen şirketlerde buna izin vermemenin mantıklı bir açıklaması olamaz.

Üçüncü olarak, üçte iki sermaye kaybında genel kurul ya sermayenin tamamlanmasına ya da kalan sermaye ile yetinmeye karar verecektir. Sermayenin tamamlanmasının, sermaye artırımından farklı olarak, pay sahiplerinin taahhütlerini artırmak anlamına geldiği ve TTK m.421/2 hükmü gereğince oybirliğiyle karar alınmasını gerektirdiği yukarıda izah edilmiştir. Üçte iki sermaye kaybı tespit edilen şirketin genel kurulunda, oybirliği sağlanamaz ve sermayeyi tamamlama kararı alınmazsa tek çıkar yol, kalan sermaye ile yetinmeye karar vermektir. Kalan sermaye ile yetinme kararı oybirliğini gerektirmez, ancak esas sözleşme değişikliğini gerektirdiğinden ağırlaştırılmış yetersayı ile karar alınmasını gerektirir. Şayet TTK m.376/2 hükmündeki “sermayenin üçte biri ile yetinme” ifadesi sermayenin asgari 1/3’e tamamlanması suretiyle yetinme şeklinde anlaşılırsa (sermaye kaybının tam olarak 2/3 olarak saptandığı haller hariç) kalan sermaye ile yetinme kararı da oybirliğiyle alınabilecek demektir. Sermaye kaybı sebebiyle şirketin durumunu iyileştirmek amacıyla sermayeyi tamamlama ya da kalan sermaye ile yetinme kararı olarak şirketin faaliyetine devam etme fırsatı vermek isteyen kanun koyucunun, sermayenin tam olarak 1/3’e tamamlanmasını araması makul değildir. Üçte iki sermaye kaybında genel kurula sunulan alternatif tedbirlerden ilki olan sermayeyi tamamlamak için oybirliği gerektiği ve bunun her zaman sağlanamayacağı düşünüldükçe, alternatif olarak, kalan sermaye ile yetinme imkanı da verilmiştir. Diğer yandan, sermayenin tamamen kaybolduğu borca batıklık halinde dahi sunulacak iyileştirme projesi çerçevesinde iflasın ertelenmesi yoluyla şirkete yaşama imkanı sunulduğu halde, sermayenin kısmen kaybedildiği bu durumda kalan sermaye ile yetinmenin oybirliğine bağlanması makul de değildir.

Açıklanan sebeplerle, üçte ikisi aşan sermaye kayıplarında, genel kurulun kalan sermaye ile yetinme kararı veremeyeceği, mutlaka sermayenin üçte bire tamamlanması gerektiği şeklinde anlaşılmaya müsait olan TTK.m. 376/2’de yer alan “sermayenin üçte biri ile yetinme” ibaresinin özensiz kullanıldığını, bunun yerine asgari sermaye limitinin altına düşmemek kaydıyla “kalan sermaye ile yetinme” şeklinde anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz.

Üçte iki sermaye kaybı tespit edildiğinde, konuyu görüşmek üzere toplanan genel kurulun kalan sermaye ile yetinmeye karar vermesi, payların nominal değerini indirerek sermaye azaltılmasını gerektirir. Bu çerçevede genel kurul kararı TTK m.473/3 ve 421/3 hükümlerinde öngörülen nisaplarla alınmalı, esas sözleşmenin sermaye ve paylar maddesi değiştirilmeli, tescil ve ilan edilmelidir. Ancak, azaltma zararlar sebebiyle bilançoda oluşan bir açığı kapatmak amacıyla yapıldığından, TTK m.474/2 gereğince alacaklıları davet, alacaklarını ödeme veya teminat altına almak gerekmez.

3. Borca Batıklık Halinde Alınacak Tedbirler

a. Genel Olarak

Anonim şirketin borca batık olması halinde alınacak tedbirler TTK m.376/3’de düzenlenmiştir. Bu fıkra 6335 sayılı kanun ile değişiklik yapılmıştır. Fıkranın son hali şöyledir:

“Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartır. Bu bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin

iflasını ister. Meğerki, iflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklılarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış olsun. Aksi hâlde mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru, iflas bildirimini olarak kabul olunur.”

6335 sayılı kanun ile TTK m. 376/3'te yapılan değişiklikler daha çok borca batıklığın nasıl tespit edileceği ile ilgili olduğundan, bunlar yukarıda değerlendirilmiştir.

Aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden hazırlanan bilançoya göre şirketin borca batık¹⁴ olduğu tespit edilirse, yönetim kurulu şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine borca batıklık bildiriminde bulunarak şirketin iflasını isteyecektir. İİK m.179 gereğince borca batıklık sermaye şirketleri için iflas sebebidir. Şayet iflasın ertelenmesi istenmemiş ise ya da istenmiş de şartları yoksa mahkeme, bilirkişi marifetiyle şirketin borca batık olduğunu tespit ettiği takdirde iflas kararı verecektir.

Borca batık olduğu tespit edilen şirketin yönetim kurulu mahkemeye durumu bildirmek ve iflas veya iflasın ertelenmesine karar verilmesini istemek zorundadır. Borca batıklığı izale edecek kadar alacaklıların sırada sona geçme beyan veya sözleşmesi yoksa, aksine davranış, İİK.m. 345a hükmü gereğince yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğunu gerektirir.¹⁵

b. Sırada Sona Geçme (Sıradan vazgeçme)

Borca batık şirketin iflasını engelleyecek yeni bir müessese 6102 sayılı TTK m.376/3 hükmünde yer almaktadır. İsv. BK. m. 725/2'den alınan sırada sona geçme veya sıradan vazgeçme beyanı veya anlaşması, en az borca batıklığı ortadan kaldıracak

¹⁴ TTK m.376'ün başlığında “borca batıklık” kavramı yer aldığı ve 3. fıkrada “borca batıklık” şüphesi üzerine ara bilanço çıkarılacağı öngörüldüğü halde, çıkarılan ara bilançoya göre şirketin borca batık çıkması halinde alınacak tedbirleri düzenleyen 3. fıkranın 2. cümlesinde borca batıklık kavramı kullanılmayarak, bunun tarif edilmeye çalışılması isabetli olmamıştır. Üçüncü fıkrada “aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması” yerine “şirketin borca batık oluşunun anlaşılması” ifadesinin kullanılması yerinde olurdu. Çünkü artık iyi bilinen ve yaygın şekilde kullanılan “ borca batıklık” kavramını ifade etmek için dolaylı anlatıma gerek yoktur. Diğer yandan, gerekçede “324. maddenin bilanço hukukuna uymayan hükümleri düzeltilmiş” dense de TTK. m. 376'da bilanço ve muhasebe terminolojisi ile hiç uyumlu olmayan terim ve ifadeler yer verilmiştir. Mesela, eski metinde de yer alan ve kaynak metinden tercüme kokan “şirket alacaklılarının alacakları” ve “şirket borçlarının alacaklıları” ifadelerinin yerine ilki için “şirketin borçları”, ikincisi için “şirketin alacaklıları” kavramlarının kullanılması yerinde olurdu. Diğer yandan “şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutar” şeklindeki birbirinin tekrarı ifadeler yerine “borca batıklığı izale edecek kadar” ifadesi kullanılmaydı.

¹⁵ Sermaye Şirketlerinin İflasını İstemek Mecburiyetinde Olanların Cezası: MADDE 345/a - (Ek: 538 - 18.2.1965/m.137) İdare ve temsil ile görevlendirilmiş kimseler veya tasfiye memurları, kasden veya ihmal ile 179 uncu maddeye göre şirketin mevcudunun borçlarını karşılamadığını bildirerek şirketin iflâsını istemezlerse, alacaklılardan birinin şikâyeti üzerine, icra mahkemesince on günden üç aya kadar hafif hapis veya 1.000 liradan 10.000 liraya kadar hafif para cezası ile cezalandırılırlar. İdare ve temsil ile görevlendirilmiş kimseler veya tasfiye memurları, 179 uncu maddeye göre şirketin mevcudunun borçlarını karşılamadığını bildirerek şirketin iflasını istemezlerse, alacaklılardan birinin şikâyeti üzerine, on günden üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar (İİK.m. 345a).

kadar şirket alacaklısının, iflasta alacaklıların sırasını düzenleyen İİK.m.206'daki sırasından vazgeçerek, alacaklarını tüm diğer şirket alacaklılarından sonra almaya razı olmasını ifade eder¹⁶. Ancak, sırada sona geçme sebebiyle şirket hakkında iflas kararı verilirse de, söz konusu beyan veya sözleşmeye konu şirket borçları yine de diğer tüm borçlardan sonra ödenmelidir.

Sırada sona geçme, imtiyazlı alacakların sırasını değiştirerek sona geçme veya adi alacaklar arasında sona geçme şeklinde olabilir. Sırada sona geçme, tek taraflı bir taahhüt (beyan) veya sözleşme şeklinde olabilir. Sözleşme, alacaklı ile şirket arasında yapılır ve üçüncü şahıs yararına sözleşme niteliğindedir. Bu beyan veya sözleşmenin yazılı olması gerekir.

Borca batıklığı izale edecek kadar alacaklı, sırada sona geçmeye razı olursa, bunun yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişilerce doğrulandığı takdirde, artık iflas kararı verilemez. Alacaklıların sırada sona geçme beyan veya sözleşmesi mahkemeye başvurudan önce veya sonra olabilir. Sırada sona geçme beyan veya sözleşmelerinin zamanı bakımından çeşitli ihtimaller ortaya çıkabilir.

aa.Borca batıklığı izale edecek kadar alacaklı, henüz mahkemeye başvurudan önce sırada sona geçmeye razı olurlarsa, yönetim kurulu yine de mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunacak ve söz konusu sırada sona geçme beyan veya sözleşmelerini mahkemeye sunarak bunların değerlendirilmesini isteyecektir. Bu ihtimalde yönetim kurulu borca batıklık bildiriminde bulunacak fakat, sırada sona geçme sebebiyle iflas istemeyecektir. Mahkeme tarafından atanan bilirkişi (1er) öncelikle şirketin borca batık olup olmadığını inceleyeceklerdir. Şayet borca batıklık şartı yoksa sırada sona geçmenin de bir önemi kalmayacağından, mahkeme şirketin borca batık olmadığını tespitine ve talebin reddine karar verecektir. Yapılan bilirkişi incelemesi sonunda şirketin borca batık olduğu tespit edilirse bu defa sunulan sırada sona geçme beyan veya sözleşmeleri değerlendirilecektir. Kanun bunların "yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği" yönünden inceleme ve değerlendirme yapılacağını öngörmüştür. Yapılacak inceleme, bunların gerçekten şirketten alacaklı olup olmadıklarını, söz konusu alacaklıların nasıl oluştuğunu, herhangi bir alışverişe mi dayandığını yoksa son anda mı oluşturulduğunu, miktar olarak borca batıklığı izale edecek kadar olup olmadığını, sırada sona geçme beyan veya anlaşmalarının geçerli ve usule uygun olup olmadığını kapsar. Neticede mahkeme tarafından yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesine, şirketin borca batık olduğu ve borca batıklığı izale edecek kadar alacaklıların sırada sona geçme beyan veya sözleşmelerinin yerinde, gerçek ve geçerli olduğu saptanırsa, mahkeme tarafından şirketin borca batık olduğunun tespitine, ancak sırada sona geçme anlaşmaları sebebiyle iflas kararı verilmesine yer olmadığına karar verecek ve işten el çekecektir¹⁷.

Mahkeme, şirketin borca batık olduğunu bilirkişi incelemesi neticesinde saptamış olmakla birlikte, sunulan sırada sona geçme beyan veya sözleşmelerinin yerinde, gerçek veya geçerli olmadığı anlaşılırsa iflas (veya şartları varsa iflasın ertelenmesi) kararı verecektir. TTK m.376/3 hükmünde yer alan, "aksi hâlde mahkemeye bilirkişi

¹⁶ Oğuz ATALAY, Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, 2.Baskı, İzmir 2007, s. 57 vd.

¹⁷ Borca batık olduğu tespit edilen ancak sırada sona geçme beyan veya sözleşmeleri sebebiyle iflas kararı da verilmeyen şirket hakkında, iflasın ertelenmesinde olduğu gibi takip yasağı, malvarlığının korunması veya kayyım atanması gibi tedbirler de verilmediğinden takip ve muhafaza işlemleri yapılabilir. Ancak sırada sona geçmeye razı olan alacaklıların, diğer tüm şirket borçları ödenmeden ödeme, takas, mahsup vs. yollarla tatmin edilmemesi gerekir. Bunlar tarafından başlatılan takipler hakkında şikayet yoluna başvurulabilir. Herhangi bir takip olmaksızın şirket tarafından, sırada sona geçen alacaklılara yapılan ifa veya ödemelerin ise dava yoluyla iptali ve şirkete iadesi düşünülebilir.

incelemesi için yapılmış başvuru, iflas bildirimini kabul olunur” ifadesi bunu göstermektedir.

Madde gerekçesinde sırada sona geçme beyan veya sözleşmelerinin “mahkemeye başvurma zorunluluğunu ortadan kaldıran bir yenilik” olarak ifade edilmesi doğru olmamıştır. Çünkü, yukarıda izah edildiği üzere, şirket borca batık ise bu durumda dahi mahkemeye başvurmak zorunludur. TTK m.376/3’ün “Aksi hâlde mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru, iflas bildirimini¹⁸ olarak kabul olunur” şeklindeki son cümlesi, borca batıklık halinde, sırada sona geçme beyan veya sözleşmesi olsa da mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunulacağı ve söz konusu beyan veya sözleşmelerin mahkemeye atanan bilirkişiler marifetiyle değerlendirileceğini ortaya koymaktadır. Netice olarak sırada sona geçme usulü, mahkemeye başvurmayı değil iflası engelleyen bir yenilik olarak değerlendirilmelidir.

bb. Şirketin mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunarak iflas (veya iflasın ertelenmesi) isteminde bulunmasından sonra, ancak henüz mahkemenin bir karar vermesinden önce, sırada sona geçme beyan veya sözleşmeleri sunulursa, mahkemeye atanan bilirkişiler borca batıklık tespitini yaptıktan sonra bu beyan ve sözleşmeleri değerlendirmelidirler. Çünkü, mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunulmuş ve iflas veya erteleme istenmiş olsa da, henüz iflas kararı verilmeden önce sırada sona geçme beyan veya sözleşmeleri sunulur ve bunların yerinde, gerçek ve geçerli olduğu saptanırsa artık iflas veya iflasın ertelenmesi kararı verilemez. Bu durumda mahkeme şirketin borca batık olduğunun tespitine ve iflas kararı verilmesine yer olmadığına karar verecektir.

cc. Mahkeme tarafından şirketin borca batık olduğu, sunulan iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olduğu tespit edilerek iflasın ertelenmesine karar verildikten sonra, mahkemeye borca batıklığı izale edecek düzeyde sırada sona geçme beyan veya sözleşmeleri sunulursa mahkeme iflasın ertelenmesi tedbirlerini kaldırıp, iflasın ertelenmesi talebinin reddine karar vermelidir. Çünkü, borca batıklığı izale edecek miktardaki sırada sona geçme beyan veya sözleşmeleri bir iyileştirme projesi değil, borca batık şirketin iflasına engel olan olgudur. Madem ki bu durumda artık iflas kararı verilemez, o halde iflasın ertelenmesi kararı da verilememelidir. Böylece sırada sona geçme ve iflasın ertelenmesinin bir arada uygulanamayacağı sonucuna varıyoruz.

dd. Borca batıklık sebebiyle iflas kararı verildikten sonra sırada sona geçme beyan veya sözleşmesinin iflası önleme bakımından bir önemi yoktur. Çünkü borca batıklığın tespiti ve buna bağlı olarak verilecek iflas veya iflasın ertelenmesi kararları aşamasında bu imkan kullanılmamıştır.

ee. 6102 sayılı kanunun 376/3. maddesi ile getirilen, borca batıklık halinde sırada sona geçme yoluyla iflasın önlenmesi ile ilgili kısa değerlendirme yapmak gerekirse; Uygulamada borca batıklık bildiriminde bulunan şirketlerin büyük çoğunluğu iflasın ertelenmesi talebinde bulunmakta ve esasen bu beklenti ile borca batıklık bildiriminde bulunmaktadırlar. Bu yola başvuran şirketlerin genellikle iki temel endişesi olmaktadır. Birincisi, şirket hakkında yapılacak takipleri durdurmak bakımından, derhal erteleme tedbirlerine karar verilmediği ve bu arada şirkete kayyım atanmadığı takdirde, iflasın ertelenmesi başvurusu alacaklılar tarafından duyulmakta ve şirket hakkında yoğun şekilde ihtiyati hacizler ve takipler başlatılmaktadır. İkincisi ise; iflasın ertelenmesi veya erteleme süresinin uzatılması süreleri sonunda mahkeme iyileşmenin sağlanmadığı kanaatine ulaşır ise iflas kararı vermektedir. 6103 sayılı TTK’nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile İİK m.179a hükmü değiştirilmiş ve değişiklikle iflasın ertelenmesi başvurusu üzerine derhal erteleme tedbirlerine hükme-

¹⁸ “İflas bildirimini” ifadesi yanlıştır. Bunun yerine “borca batıklık bildirimini” ifadesi kullanılmaydı. Çünkü, borca batıklık halinde durum mahkemeye “bildirilir” ve şirketin iflası “istenir”.

dileceği ve şirkete kayyım atanacağı düzenlendiğinden birinci endişe izale edilmiş olmaktadır. TTK m. 376/3 hükmü ile borca batık şirketlerde iflası önleyen bir müessese olarak sırada sona geçme beyan veya anlaşması ile de iflasın ertelenmesi süreci devam ederken veya bu sürecin sonunda şirket iyileşmese dahi iflasın önüne geçilebilecektir. Netice olarak, 6102 ve 6103 sayılı kanunlarla getirilen söz konusu değişiklik ve yenilikler iflasın ertelenmesini, hemen netice alınabilen ve sonuçta iflas riski az olan bir yol haline dönüştürmüştür.

c. İflasın Ertelemesi

Borca batıklık bildiriminde bulunan ve şirketin iflasını isteyen yönetim kurulu veya herhangi bir alacaklı yeni nakit sermaye konulması dâhil, nesnel ve gerçek kaynakları ve önlemleri gösteren bir iyileştirme projesini mahkemeye sunarak iflasın ertelenmesini isteyebilir. Bu hâlde İcra ve İflas Kanununun 179 ilâ 179/b maddeleri uygulanır (TTK m.377).

6102 sayılı TTK Tasarısının ilk halinde TTK'da iflasın ertelenmesinin şartları ve usulü İİK'dan farklı olarak yeniden düzenlenmekte iken, sonradan yapılan değişikliklerle İİK m.179 vd. hükümlerine atf yapılmakla yetinilmiştir. TTK'da sermaye kaybı ve borca batıklığın tespiti ve alınacak tedbirlerin düzenlenmesi ve borca batıklık halinde uygulanacak bir tedbir olarak iflasın ertelenmesinden söz edilerek İİK hükümlerine yollama yapılmakla yetinilmesi yerinde bir düzenleme olmuştur. Zira, iflas ve iflasın ertelenmesi sermaye şirketleriyle ilgili olsa da esasen İİK'nun alanına giren konulardır.

TTK m.377'de İİK hükümlerinden farklı şekilde, bir iyileştirme projesi tedbiri olarak şirkete yeni nakit sermaye konulmasından ve genel olarak iyileştirme projelerinin nesnel ve gerçek kaynakları ve önlemleri göstermesinden söz edilmiştir. İİK m.179'da iyileştirme projesinin "şirketin mali durumunu iyileştirecek" nitelikte olması ve mahkeme tarafından "ciddi ve inandırıcı" bulunması aranmaktadır. TTK m.377 hükmü bunlarda bir değişiklik yapmamış, ilave olarak iyileştirme projesinin yeni nakit sermaye girişi gibi nesnel ve gerçek kaynak ve önlemleri göstermesini aramıştır. Gerekçede "fedakarlık pay sahiplerinden gelmelidir. Aksi halde erteleme alacaklıları oyalayan bir araca dönüşür" denilerek, sunulacak projelerin pay sahiplerinin fedakarlığı esasına dayalı olması gerektiği vurgulanmıştır.

İflasın ertelenmesinde erteleme tedbirlerini düzenleyen İİK m.179a maddesi 6103 sayılı TTK'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile değiştirilmiştir¹⁹. Maddedeki temel değişiklik, iflasın ertelenmesi başvurusu üzerine, mahkeme tarafından derhal erteleme tedbirlerine hükmedileceği ve şirkete kayyım atanacağı yönündedir. Bu değişiklik iflasın ertelenmesi müessesesinin amacı bakımından olumlu bir değişiklik olmuştur. Çünkü, iflas ve iflasın ertelenmesi talepli davalarda şirketin

¹⁹ Erteleme Tedbirleri: Mahkeme, iflâsın ertelenmesi isteminde bulunulması üzerine, envanter düzenlenmesi ve yönetim kurulunun yerine geçmesi ya da yönetim kurulu kararlarını onaylanması için derhal bir kayyım atar; ayrıca şirketin ve kooperatifin malvarlığının korunması için gerekli diğer önlemleri alır.

Kayyımın atanmasına ilişkin karar, kayyımın mahkemeye belirlenmiş görevleri ve temsil yetkisi ile bunların sınırları ve iflâsın ertelenmesine ilişkin talep 166 ncı maddenin ikinci fıkrasındaki usul ile mahkeme tarafından ilân ve ticaret siciline tescil ettirilir. Mahkeme bu arada erteleme talebini karara bağlar.

İflâs ertelenmişse kayyım her üç ayda bir şirketin projeye uygun olarak iyileştirme gösterip göstermediğini mahkemeye rapor eder, mahkeme bu rapor üzerine veya gerek gördüğünde alacağı bilirkişi raporuna göre, erteleme istemini değerlendirir ve iyileştirmenin mümkün olamayacağı kanaatine varırsa erteleme kararını kaldırır (İİK m.179a).

borca batık olup olmadığı ve iyileşip iyileşmeyeceğinin mahkeme tarafından bilirkişi incelemesiyle tespit edilmesi için geçen sürede, bu başvurunun yarattığı tedirginlik sebebiyle şirket hakkında yoğun takipler başlatılmakta, alınan ihtiyati haciz kararları vs. ile şirket malvarlığı dağılmakta, başta sunulan iyileştirme projesi artık işlemez hale gelebilmekteydi. İİK.m.179a hükmündeki değişiklikten önce de iflasın ertelenmesi talebi üzerine derhal erteleme tedbirlerine karar verilmesine bir mani yoktu. Ancak, bazı mahkemeler tensiple birlikte erteleme tedbirlerine hükmederken, bazıları iflasın ertelenmesinin şekli şartları yönünden bilirkişilerden aldıkları ön rapordan sonra, bazı mahkemeler ise iflasın ertelenmesinin maddi ve şekli şartlarının mevcut olduğuna dair bilirkişi raporundan sonra tedbir talepleri hakkında karar vermekteydi. Erteleme tedbirleri konusunda söz konusu uygulama farklılığı bu yola müracaat edecek şirketlerde tereddütlere sebep olmaktaydı. Bu bakımdan, yeni hükümde başvuruyla birlikte hemen malvarlığının korunmasına dair tedbirlere hükmedileceği ve şirkete kayyım atanacağı öngörülerek, şirketin bütünlüğünün korunması ve iyileştirme projelerinin uygulanabilirliği sağlanacağından değişikliği olumlu buluyoruz. Mahkeme, erteleme tedbirlerine karar verdikten sonra, şirketin borca batık olup olmadığı ve sunulan projelerin ciddi ve inandırıcı olup olmadığı bilirkişi marifetiyle sağlıklı şekilde araştırılacak, bu iki şartın varlığı tespit edilirse erteleme tedbirlerinin devamına ve iflasın ertelenmesine, şirketin borca batık olmadığı tespit edilirse erteleme tedbirlerinin kaldırılmasına ve davanın reddine, şirketin borca batık olduğu tespit edilir ancak sunulan proje ciddi ve inandırıcı bulunmaz ise şirketin iflasına karar verilecektir.

d. Sermayenin Kaybı Veya Borca Batıklık Hâlinde Birleşmeye Katılma

Sermayesiyle kanuni yedek akçeleri toplamının yarısı zararlarla kaybolan veya borca batık durumda bulunan bir şirket, kaybolan sermayeyi veya gerekiyorsa borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip bulunan bir şirket ile birleşebilir (TTK.m.139/1).

Yeni TTK mali durumu bozuk şirketlerin de birleşmeye katılabileceğini düzenlemiştir. Ancak bu katılma, mali durumu daha iyi olan sağlıklı şirkete iltihak şeklinde olabilir. Böylece sermaye kaybına maruz kalan veya borca batık olan şirketlerin birleşmeye katılması, hem TTK m. 376/1 hükmüne göre ½ sermaye kayıplarında yönetim kurulu tarafından genel kurula sunulacak iyileştirme tedbiri olarak, hem TTK m.376/2 hükmü gereğince üçte iki sermaye kaybında sermayeyi tamamlama veya kalan sermaye ile yetinme dışında üçüncü bir tedbir olarak hem de borca batıklık halinde mahkemeye sunulacak bir iyileştirme tedbiri olarak ortaya çıkabilir.

VI. LİMİTED ŞİRKETLERDE SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIK

Yeni TTK'nın "Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık" başlıklı 633. Maddesine göre "esas sermayenin kaybı ya da borca batık olma hâllerinde anonim şirketlere ilişkin ilgili hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Ek ödeme yükümlülüğü hakkındaki hükümler saklıdır".

Yeni TTK'nın "İflasın bildirilmesi veya ertelenmesi" başlıklı 634. maddesi ise "İflasın bildirilmesi ve ertelenmesine anonim şirket hükümleri uygulanır" şeklindedir²⁰.

Bu hükümlerin açık yollaması sebebiyle yukarıdaki açıklamalarımız limited şirketler hakkında da geçerlidir.

²⁰ TTK.m.633'ün "sermaye kaybı ve borca batıklık" şeklindeki başlığı konuyu anonim şirket yönünden düzenleyen 376. madde başlığından daha doğru iken, 634. maddenin gerek başlığında gerek metninde "iflasın bildirilmesi" teriminin kullanılması isabetsiz olmuştur. Bunun yerine borca batıklığın bildirimini veya iflasın istenmesi ifadeleri kullanılmalıdır.

VII. SONUÇ

Anonim şirkette sermaye kaybı ve borca batıklığın tespiti ve alınacak tedbirlere ilişkin TTK m.376-378 hükümleri ve değişen ve TTK ile aynı tarihte yürürlüğe giren İİK.m.179a hükmü ile gelen yenilik ve değişiklikler şöyle sıralanabilir:

- Sermaye kayıplarının tespitinde (1/2 ve 2/3) esas sermaye veya çıkarılmış sermaye ile birlikte kanuni yedek akçeler de dikkate alınacaktır.
- ½ sermaye kaybında yönetim kurulu genel kurula sadece durumu bildirmekle yetinemez, uygun gördüğü iyileştirme tedbirlerini de sunmalıdır.
- Üçte iki sermaye kaybı, aktiflerin satış fiyatları üzerinden hazırlanan ara bilançodan değil son yıllık bilançodan tespit edilecektir.
- Ara bilanço, aciz hali şüphesi üzerine değil, borca batıklık şüphesi üzerine düzenlenecektir.
- Borca batıklık şüphesi üzerine yönetim kurulu hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de aktiflerin satış fiyatlarını esas alarak iki farklı ara bilanço düzenler.
- Borca batıklığı izale edecek kadar alacaklı sırada sona geçmeye razı olursa iflas kararı verilemez. Sırada sona geçme yoluyla iflasın önlenmesi iflas kararı verilinceye kadar her aşamada mümkündür.
- İyileştirme projeleri şirkete ortaklardan yeni nakit girişi gibi nesnel ve gerçek kaynakları göstermelidir.
- İflasın ertelenmesi talebi üzerine mahkeme derhal erteleme tedbirlerine hükmeder ve şirkete kayyım atar.

6102 sayılı kanununun 376/3. Maddesi ile getirilen, borca batıklık halinde sırada sona geçme yoluyla iflasın önlenmesi müessesesi, borca batık şirketlerin iflasını engellemekte ve onlara iflasın ertelenmesi yoluna başvurmaksızın kendi imkanlarıyla iyileşme imkanı sunmaktadır. İflasın ertelenmesi borca batık şirketler hakkında yapılacak takipleri durdurmakta ve iyileştirme projelerini uygulama imkanı vermekte ise de, mahkemenin iflas kararı mı yoksa erteleme kararı mı vereceğine dair uzun süren belirsizlik dönemi, şirketin iflası ihtimali, bu sebeplerle tedarikçilerle ve müşterilerle yaşanan sorunlar, mahkeme ve kayyım denetimi gibi şirket yönünden bir dizi olumsuzluğu da beraberinde taşımaktadır. Bu bakımdan sırada sona geçme yoluyla iflası önleme imkanı getirilmesi yararlı olmuştur. Ancak, bu müessesenin uygulamada daha çok, iflasın ertelenmesi sürecinin iflasla neticelenmesi ihtimalini bertaraf etmek amacıyla kullanılacağı kanaatindeyiz. Yani, sırada sona geçme yoluyla iflasın önlenmesi baştan itibaren mümkün olduğu halde, şirket hakkındaki takipleri durdurmak amacıyla önce iflasın ertelenmesi yoluna başvurulacağını, bundan netice alınmayacağını ve sürecin iflasla neticeleneceğinin ortaya çıkması halinde ise, yedek bir imkan olarak sırada sona geçme beyan veya sözleşmelerinin mahkemeye sunulacağını düşünüyoruz. Böylece, 6103 sayılı TTK Tatbikat kanunu ile İİK m.179a hükmü değiştirilmiş ve iflasın ertelenmesi isteyen şirketler hakkında derhal erteleme tedbirlerine hükmedileceği ve kayyım atanacağı kabul edilmiş olduğundan, borca batık durumdaki şirketler için, iflasın ertelenmesi yoluna başvurarak hemen erteleme tedbirlerini almanın da, sırada sona geçme usulüyle bu süreçten istedikleri zaman çıkmanın da yolu açılmış olmaktadır.

ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI

Prof. Dr. Mustafa ÇEKER*

ÖZET

Yeni Türk Ticaret Kanununun en çok tartışma konusu olan hükümlerinin başında şirkete borçlanma yasağı oluşturmaktadır. Bu düzenlemenin amacı, ticarî hayatta çok yaygın olan, kazandığı boyutlar yüzünden büyük zararlara sebep olan kötü ve sakat bir uygulamayı önlemektir. Gerçekten bir çok şirkette, pay sahipleri, sermaye taahhüdü dahil, birçok iş ve işlemde şirket kasasını kullanmakta, kişisel harcamalarını bu kanaldan yapmakta, şirketten para çekmektedirler. Bu uygulamalardan dolayı şirketin tüzel kişiliğinin hiçbir anlamı kalmadığı gibi, alacaklılar da zarara uğrayabilmektedir. Bu gerekçelerle yeni kanunda şirket ortak ve yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanması sınırlandırılmıştır. Çalışmada, şirkete borçlanma yasağının uygulama alanı, kapsam ve sınırları incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Şirkete Borçlanma, Anonim Şirket, Alacaklıların Korunması

ABSTRACT

The provision of the ban on the company debt comes first on the debates of the new Turkish Commercial Code provisions. The purpose of this arrangement is to prevent the poor and disabled application which is very common in commercial life and due to its size causes huge losses. In the many companies, shareholders really use the company case for the many business and the processes including the capital commitments, make personal spending through this and withdraw money from the company. Due to these applications, as the legal entity of the company is not a means and the creditors will be damaged also. With these reasons, on the new code, the company debt of the members of the company and the board of directors is limited. In this study, the application, scope and limitations of the ban on the company debt are examined.

Keywords: Company Debt, Joint Stock Company, the Protection of Creditors

I. GENEL OLARAK

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun en çok tartışma konusu olan düzenlemesi, pay sahibi ve yönetim kurulu üyeleri için getirilen şirkete borçlanma yasağıdır. Gerçekten TTK.m.358 hükmüyle anonim şirket sahiplerinin şirkete borçlanamayacakları öngörüldüğü gibi, TTK.m.395/II ile aynı sınırlamanın kapsamına yönetim kurulu üyeleri de dâhil edilmiştir¹. Böylece, uygulamada hemen tüm şirketlerde yoğun bir şekilde kullanılan ve faturasız mal alış ve satışlarının gizlenmesi, kasa açık ve fazlalarının kapatılması, örtülü kazanç aktarımı gibi çeşitli amaçlara hizmet eden “ortaklar cari hesabı” uygulamasına son verilmek istenmiştir². Avrupa yatırım ikliminde bulunmadığı ve tüzel kişilik kavramıyla bağdaşmadığı için son verilmesi gerektiği ifade edilen ortaklar cari hesabı uygulamasının kaldırılması, uzmanlarca bir devrim olarak nitelendirilirken, birçok işadami ve sanayici bu düzenlemelere karşı çıkmaktadır.

Bu çalışmada, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6335 sayılı Kanunla değişik 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nda şirkete borçlanma yasağının ne şekilde düzenlenmiş olduğu, kapsamı ve sınırları ile yasağa aykırı davranışın yaptırımının ne olacağı incelenmektedir³.

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Adana, mceker@cu.edu.tr

¹ 6762 sayılı eski Ticaret Kanunu'nda ortakların veya şirket yöneticilerinin şirkete borçlanmasını yasaklayan herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Buna karşılık 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 15/son maddesi halka açık anonim şirketlerin yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak karını ve/veya mal varlığını azaltamayacağını, 47/A-6 maddesi ise söz konusu işlemlerde bulunarak kârı veya malvarlığı azaltılan tüzel kişilerin yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenlerin 2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 5.000 günden 10.000 güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağını hükme bağlamıştır. Ayrıca, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 01.01.2007 tarihinde yürürlüğe giren 13/1. maddesi de kurumların, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunmaları durumunda, kazancın tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılacağı öngörülmektedir. Bu yüzden, Vergi Kanunlarında şirkete borç veren veya borç alan ortakların bu davranışı örtülü kazanç aktarımı olarak kabul edilmekte ve faiz tahakkuk ettirilmek koşuluyla bu tür işlemlere onay verilmektedir.

² Nitekim TTK.m.358'e ilişkin madde gerekçesinde bu yasağın hangi sebeplerle getirildiği şu şekilde ifade edilmiştir. “Hüküm yenidir; ticaret hayatında yaygın olan, kazandığı boyutlar dolayısıyla verdiği zararlar bir hayli genişlemiş bulunan, bir kötü ve sakat uygulamayı önlemeyi amaçlamaktadır. Çünkü, hükümle pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarının yani, sermaye taahhüdü dahil, birçok iş ve işlemden şirket kasasını kullanmalarının, kişisel harcamalarını bu kanaldan yapmalarının, hatta şirketten para çekmelerinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Hükme aykırılık, aynı zamanda cezaî yaptırıma da bağlanmıştır (TK madde 562, b.4). Ancak bu hükmün istisnasız bir şekilde ve katı bir tarzda uygulanması haksızlıklara yol açabilirdi. Onun için hükmün ikinci kısmına yer verilmiştir. Bu kısımda işletmesi dolayısıyla şirkete iş yapan pay sahiplerinin, şirketin her müşterisi gibi vadeli, konsinye veya benzeri yöntemlerle şirketten mal alabilmelerine olanak sağlanmıştır. İstisna pay sahiplerinin, şirketle iş yapan diğer kişilerle aynı şartlara tâbi tutulmasını gerekli kılar. Şirketin, pay sahiplerine istisnalar ve diğer müşterilere uygulananlardan daha yumuşak şartlar tanınması hükme aykırı olur”.

³ Hemen belirtelim ki, şirkete borçlanma yasağına ilişkin hükümlerde kanunun yürürlüğe girmesine sayılı günler kala 6335 sayılı Kanunla önemli değişiklikler yapılmıştır. Tebliği sunduğumuz tarihte mevcut olmayan bu yeni düzenlenmeler hakkında ilgili kısımlara gerekli açıklamalar konulmuştur.

II. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ DÜZENLENİŞİ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, şirkete borçlanma yasağına ilişkin olarak temelde iki ayrı hükme sahiptir. Buna göre, TTK.m.358’de genel olarak anonim şirket ortaklarının şirkete borçlanmasını düzenlenirken, TTK.m.395’de yönetim kurulu üyelerine yönelik özel bir hükme yer verilmiştir. Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı başlığını taşıyan TTK.m.358 uyarınca, “*pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz*”⁴. Buna karşılık, yönetim kurulu üyelerinin şirketle işlem yapma yasağını düzenleyen TTK.m.395’in ikinci fıkrasında pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri, yakınları ile bağlantılı olduğu kişilerin şirkete borçlanması da yasak kapsamına alınmıştır. Bu hükme göre, “*pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393 üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir*”⁵.

Hemen belirtelim ki, şirkete borçlanma yasağına ilişkin kanundaki düzenlemeler bu iki madde ile sınırlı değildir. Gerçekten, TTK.m.562’de “*yasağa aykırı davranışlarının yaptırımı*” düzenlendiği gibi, limited şirketlere ilişkin 615. madde “*öz kaynak niteliği taşıyan ödünçleri*” hükme bağlamak suretiyle şirkete borçlanma yasağının yanında şirkete ödünç verilmesi de sınırlanmaktadır. TTK.m.562 uyarınca, “*358 inci maddesine aykırı olarak şirkete borçlananlar ile 395 inci maddesine aykırı olarak şirkete borçlananlar, üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılırlar*”.

Öte yandan, 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un mülga 24. maddesinde, yeni kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde yapılmış olan borçlanmaların ne şekilde tasfiye edileceği düzenlenmiştir⁶. Buna göre, “*Türk Ticaret Kanununun 358 inci maddesine aykırı şekilde, anonim veya limited şirkete borçlu olan pay sahipleri ve ortaklar, borçlarını, anılan Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl içinde, nakdî ödeme yaparak tamamen tasfiye etmek zorundadır. Borcun kısmen veya tamamen başkası tarafından üstlenilmesi, borç için kambyo senedi verilmesi, ödeme planı yapılması veya benzeri yollara başvurulması bu madde anlamında tasfiye sayılmaz. Birinci fıkrada belirtilen süre içinde tasfiye gerçekleşmemişse, Türk Ticaret Kanununun 562 nci maddesinin beşinci fıkrası hükmü uygulanır. Tasfiye süresinin geçmesinden sonra, şirketin alacaklıları, alacakları için, şirkete borçlu olan pay sahibini veya limited şirket ortağını takip edebilir*”.

Yukarıda sıralanan hükümlerde 26.06.2012 tarihinde TBMM’de kabul edilen 6335 sayılı Kanunla önemli değişiklikler yapılmıştır. İlk olarak, TTK.m.358’de tüm pay sahipleri için öngörülüş olan borçlanma yasağının kapsamı daraltılarak, yasak sadece sermaye borcu olan pay sahipleriyle sınırlandırılmıştır. Buna göre “*pay sahip-*

⁴ Maddenin ilk şekli şu şekilde idi: “*İştirak taahhüdünden doğan borç hariç, pay sahipleri şirkete borçlanamaz. Meğerki, borç, şirketle, şirketin işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemde doğmuş olsun ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulsun*”.

⁵ Maddenin ilk şekli şu şekilde idi: “*Yönetim kurulu üyesi, onun 393 üncü maddede sayılan yakınları, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri, şirkete nakit veya ayın borçlanamazlar. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilirler*”.

⁶ RG. 14/2/2011, S. 27846.

leri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz". Değişikliğe ilişkin madde gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir: "Maddeyle, borçlanma yasağı yumuşatılmış ancak kaldırılmamıştır. Maddede yapılan değişiklikle ortakların ve şirket yöneticilerinin acil kaynak ihtiyaçlarının şirket varlıklarından karşılanabilmesi mümkün hale getirilmiştir. Buna karşılık söz konusu maddede yapılan değişikliklerle şirket ortaklarının ve yöneticilerinin şirket varlıklarından sınırsız olarak borçlanmasına imkan tanındığı sonucuna da ulaşılmamıştır. Zira bu husus, bu Kanunun temel ilkelerinden birisi olan sermayenin korunması ilkesine ters düşmektedir. Borçlanma yasağına ilişkin söz konusu düzenlemelerin yapılmasındaki amaç, şirket ortaklarının ve yöneticilerinin acil ihtiyaçlarının makul bir vade içerisinde, şirketi zarara uğratmayacak şekilde karşılanmasıdır. Diğer taraftan, şirket varlıklarının uzun süreli ve yüksek oranlarda ortaklar veya yöneticiler tarafından (borçlanmak suretiyle) kullanılması söz konusu maddelerde yapılan değişikliğin amacına uygun olmayacaktır. Bu hali "şirketin içinin boşaltılması" veya "şirketin hortumlanması" şeklinde tanımlayabiliriz. Bu durumda, yani şirket varlıklarının uzun süreli, yüksek oranlarda ve karşılıksız olarak borçlanma adı altında şirket ortaklarına veya yöneticilerine kullanılması halinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 155 inci maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun veya bu şekilde gerçekleşen borçlanma sonucunda şirketin iflası halinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 161 inci maddesinde düzenlenen hileli iflas suçunun oluşabileceği açıktır".

Kanunda yapılan değişiklikler 358. maddeyle sınırlı değildir. Bu maddenin yanı sıra yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanmasını düzenleyen TTK.m.395/II'de de 6335 sayılı Kanunla bazı değişikliklere gidilmiştir. Buna göre, "pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393 üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir". Görüldüğü gibi, kanunun ilk metninde bütün yönetim kurulu üyeleri ile yakınlarını kapsayan şirkete borçlanma yasağı, sadece "pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri" ve yine onların "pay sahibi olmayan yakınları" ile sınırlandırılmıştır. Ayrıca, Tebliğimizde tartışma konusu yaptığımız bu yasağın ihlal edilmesinin hukukî yaptırımı sorununa da açıklık getirilmiş ve şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklılarına bu kişileri takip hakkı tanınmıştır.

Bunun dışında, 6335 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden biri de şirkete borçlanma yasağının ihlal edilmesinde uygulanacak cezaî yaptırım konusunda olmuştur. Kanunun ilk metninde yasağa rağmen şirkete borçlanana uygulanacak olan para cezası yaptırımının muhatabı değiştirilmiştir. Buna göre, "358 inci maddesine aykırı olarak pay sahiplerine borç verenler" üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılacaklardır.

Son olarak Tebliğimizde inceleme konusu yaptığımız TTK.m.615. düzenlenmesi de henüz uygulanma olanağı bulamadan 6335 sayılı Kanunun 43. maddesi hükmüyle yürürlükten kaldırılmıştır.

III. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ KONUSU, KAPSAMI VE SINIRLARI

Şirkete borçlanma yasağının amacı, ticarî hayatta çok yaygın olan, kazandığı boyutlar yüzünden büyük zararlara sebep olan kötü ve sakat bir uygulamayı önlemektir. Gerçekten uygulamada, pay sahipleri, sermaye taahhüdü dahil, birçok iş ve işlemde şirket kasasını kullanmakta, kişisel harcamalarını bu kanaldan yapmakta, şirketten para çekmektedirler. Bu uygulamalardan dolayı şirketin tüzel kişiliğinin hiçbir anlamı kalma-

dığı gibi, alacaklılar da zarara uğrayabilmektedir. Bu gerekçelerle yeni kanunda ortak ve yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanması yasaklanmıştır. Sözü edilen yasağı tam olarak anlayabilmek için, bu yasağın konu, kapsam ve sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir.

A. Borçlanma Yasağının Konusu

Şirkete borçlanma yasağının konusunu şirketten alınan *her türlü borç* oluşturur. Bu noktada borç kavramı ile neyin kastedildiği sorusuyla karşılaşılabilir. Bilindiği üzere, genel anlamda borç, alacaklının borçludan istemeye yetkili olduğu, borçlunun da yerine getirmek zorunda olduğu her türlü edimi kapsayan çok geniş bir kavramdır⁷.

Borçlanma yasağının konusunu belirlerken, kanaatimizce TTK.m.358 ile m.395/II hükmünün birlikte değerlendirilmesi gerekir. Buna göre, ortağın şirketten *nakit para* almasının yanı sıra, şirkete ait bir malın ortağa vadeli biçimde satılması ya da ödünç verilmesi tarzındaki *aynî borçlanmalar* da yasaktır (TTK.m.358). Örneğin, şirket ortağının kişisel ihtiyacı için bir malın bedeli şirket kasasından ödenmek suretiyle satın alınması ve bu malın kullanım hakkının ortağa verilmesi de şirkete borçlanma sayılmalıdır. Ayrıca, ortakların borcundan dolayı şirketin *üçüncü kişilere kefalet, garanti ve teminat vermesi, sorumluluk yüklenmesi, ortakların borçlarını devralması* gibi işlemler de yasak kapsamındaki borçlar arasında yer alır (TTK.m.395/II). Böylece, şirketin ortağı lehine imzaladığı kontrgarantiler, aval, ciro, kabul gibi taahhütleri, ortağın bir banka olduğu durumlarda ortağa tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette verilen ödünçler, şirkete ait varlıkların ortaklara vadeli satışından doğan alacaklar, ortağın taraf olduğu her türlü sözleşme nedeniyle üstlenilen riskler, şirketin ortağı lehine borçlanmasına yol açan işlemlerdendir.

Buna karşılık, sözü edilen yasak, emsallerine uygun olmak koşuluyla vadeli mal olarak şirkete borçlanmayı kapsamaz. Kanunun amacı, yönetim kurulu üyelerinin yakın akrabaları ile şirketin ticari ilişki içerisine girmesini tamamen yasaklamak değildir. Birçok şirketin müşteri çevresi, ortakları, yönetim kurulu üyeleri ve bunların yakınlarından oluşur. Dolayısıyla bu düzenlemede amaç, şirketin faaliyet konusuna giren işlemlerin “yakın akrabalar” tarafından mutlaka nakit ve peşin olarak yapılmasını sağlamak değil, şirketin faaliyet konusuna girmeyen işlemlerle şirket mal varlığının yakın akrabalar tarafından haksız şekilde ve kötüye kullanımına engel olmaktır. Bu yüzden, gerek şirket ortakları gerekse yönetim kurulu üyeleri ile yakınları, diğer “herkes gibi” şirketten vadeli biçimde mal alışı yapabilirler (*emsale uygunluk ilkesi*). Ancak, şirketin bu kişilere diğer müşterilerine göre daha farklı bir uygulama yapmak suretiyle borçlanmalarını sağlaması kanuna aykırı düşer. Nitekim, 6335 sayılı Kanunla TTK.m.395/II’de yapılan değişiklikte açık bir biçimde pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile bunların yakınlarının *nakit olarak* borçlanmasının yasak olduğu açık bir şekilde vurgulanmış ve bu konudaki tereddütler ortadan kaldırılmıştır.

Hemen belirtelim ki, şirkete borçlanma yasağının ortaya çıkabilmesi için şu iki şartın mevcut olması gerekir⁸:

- Pay sahibinin sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borcunu ifa etmemiş olması
- Şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmaması

⁷ Eren, F.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003, s.23-24.

⁸ Bu şartlar maddenin ilk şeklinde bulunmamakta ve yasak bütün pay sahiplerini kapsamakta idi.

B. Borçlanma Yasağına Tabi Olan Şirketler

Şirkete borçlanma yasağı esas olarak anonim şirketler için geçerlidir (TTK.m.358, m.395/II). Yasak bağlamında şirketin büyüklüğünün, halka açık olup olmamasının bir önemi yoktur. Hatta tek ortaklı şirketlerde bile borçlanma yasağı uygulama alanı bulur.

Bunun gibi, limited şirketlere uygulanacak hükümleri düzenleyen 644/I. madde-nin b bendinde “*şirkete karşı borçlanma yasağına ilişkin 358 inci madde*”ye de atıfta bulunulmuş olduğundan, yasak kapsamına limited şirketler de girmektedir.

Öte yandan, TTK.m.565/II uyarınca, “*kanunda aksine hüküm bulunmadıkça anonim şirket hükümleri*”nin uygulama alanı bulduğu sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ortakları da şirkete borçlanma yasağına tâbidir.

Buna karşılık, kollektif şirket ile komandit şirketlerde ortakların şirket borçlarından dolayı kişisel sorumluluk taşımamasının bir sonucu olarak sermayenin korunması ilkesi geçerli değildir. Bu yüzden kollektif ve komandit şirket ortakları şirkete borçlanabilirler. Ancak, bir anonim veya limited şirket ortağının kendisi veya yakınlarından birinin ortak olduğu şahıs şirketlerinin, diğer şartları mevcut olmak koşuluyla şirkete nakit veya ayın cinsinden borçlanması mümkün değildir (TTK.m.395/II).

Son olarak, adi ortaklık veya şahıs işletmesi şeklinde ticarî faaliyette bulunanlar bakımından borçlanma yasağının söz konusu olmadığını belirtmek gerekir.

C. Borçlanma Yasağının Kapsamına Giren Kişiler

Şirkete borçlanma yasağının kapsamına öncelikle sermaye şirketlerinin ortakları girer. Gerçekten, TTK.m.358’in başlığı “*pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı*” olup, şirkete yönetici olsun olmasın *bütün anonim şirket pay sahipleri* için bu yasak öngörülmüştür. Nitekim madde metnindeki “*pay sahipleri, ... şirkete borçlanamaz*” ifadesi bu hususu teyit etmektedir. Dolayısıyla, borçlanma yasağına tâbi olmak için, anonim şirkete hâkim pay sahibi olmak veya belirli bir oranda paya sahip olmak da gerekmez.

İkinci olarak anonim şirket pay sahiplerinin dışında, TTK.m.644’ün atfı gereğince *limited şirket ortakları* da yasak kapsamındadır. Böylece, ölçüğüne bakılmaksızın bütün limited şirket ortakları da şirkete borçlanamazlar.

Üçüncü olarak, TTK.m.395/II uyarınca, *anonim şirketin pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile bunların pay sahibi olmayan yakınları* şirkete şirkete borçlanma yasağına tâbidirler. Buna göre, “*pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393 üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz*”.

Hemen belirtelim ki, Mecliste kabul edilen TTK.m.644’ün ilk şeklinde sadece ortakların borçlanmasını düzenleyen 358. maddeye atfı yapılmış olmakla birlikte, kanaatimizce bu yasak limited şirketlerin pay sahibi olmayan müdürlerini de kapsar¹⁰. Bu görüşümüzün üç ayrı dayanağı vardır. İlk olarak sistematik açıdan şirkete borçlanma yasağında anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ile limited şirket müdürlerinin ayrı hükümlere tâbi tutulmasını gerektirecek bir durum yoktur. İkinci olarak, TTK.m.395/II’nin gerekçesinde de ifade edildiği üzere, bu düzenleme TTK.m.358’in

⁹ Müzakerelere katılma yasağını düzenleyen TTK.m.393 uyarınca, yönetim kurulu üyesinin kendisi dışında “*alt ve üst soyundan biri, eşi, veya üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları*” da borçlanma yasağına tâbidirler.

¹⁰ Aynı yönde **Ulusoy, E.**; Yeni TTK ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Akrabalarına Adli Para Cezası?, Dünya Gazetesi, 11.02.2012.

tamamlayıcıdır¹¹. Bunun gibi, limited şirketlerde müdürlerin temsil yetkisi konusunda anonim şirket hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağını öngören TTK.m.629/1'den hareketle, TTK.m.395/II'nin limited şirket müdürleri için de geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla, TTK.m.395/II hükmünün sadece anonim şirketlerde uygulama alanı bulacağı kabul edilecek olursa, şirket ortağı olan müdür borçlanma yasağına tâbi olurken, ortak olmayan müdür yasak dışında bırakılmış olacaktır. Nitekim 6335 sayılı Kanunla kabul edilen değişiklikler sırasında Tebliğde ileri sürdüğümüz bu görüş kanun koyucu tarafından da benimsenmiş ve limited şirketlere uygulanacak hükümler arasına “müdürlerin yakınlarının şirkete borçlanmasına ilişkin 395 inci maddenin ikinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlesi hükümleri” de eklenmiştir.

D. Yasak Dışında Kalan İşlemler

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, şirkete borçlanma yasağının bazı istisnalarını da düzenlemiştir. Buna göre, aşağıdaki hâllerde, ortakların ve yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanması yasak kapsamı dışında bırakılmıştır:

- Pay sahiplerinin sermaye taahhüdünden doğan borçları (TTK.m.358)
- Sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmiş ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmak kaydıyla pay sahiplerinin şirkete olan borçları (TTK.m.358)
- Şirketler topluluğuna dâhil şirketlerin birbirlerine kefil olması veya garanti vermesinden doğan borçlar (TTK.m.395/3)¹²
- Bankacılık Kanununda izin verilen hâllerden kaynaklanan borçlar (TTK.m.395/4)¹³

¹¹ “İkinci fıkra tamamen yeni olup, bir açıdan sermayenin (malvarlığının) korunması ilkesinin gereğidir. Hüküm bir anlamda 358 inci maddenin tamamlayıcıdır ve uygulamada sıkça rastlanılan kötüye kullanmaların engellenmesini amaçlamaktadır”.

¹² Madde metninde “202 nci madde hükmü saklı kalmak şartıyla” denildiği için şirketler topluluğuna dâhil olan bir şirketin bağlı şirket üzerindeki hâkim durumunu kötüye kullanarak yaptırdığı borçlanmalar ise yasak kapsamına girmektedir. Gerçekten, TTK.m.202 uyarınca, “hâkim şirket, hâkimiyetini bağlı şirkete kayba uğratabilecek şekilde kullanamaz. Özellikle bağlı şirkete, iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını aynı veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmez”.

¹³ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 50. maddesinin 5. fıkrasına göre, “bir bankanın yönetim kurulu üyelerine, mensupları ile bunların eşlerine ve velâyet altındaki çocuklarına, aylık net ücretleri toplamının beş katını aşmamak üzere verilecek krediler, üç katını aşmamak üzere çek karnesi veya kredi kartı verilmesi suretiyle kullanılacak krediler ile bu Kanununun 55 inci maddesinin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen menkul kıymetler karşılığı kullanılan krediler birinci ve dördüncü fıkra hükümlerine tâbi değildir”. Bu konuda açıklama için bkz. Reisoğlu, S.; Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2007, C.I., s.648 vd.

IV. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞINA AYKIRI DAVRANIŞIN HUKUKÎ VE CEZAÎ SONUÇLARI

Türk Ticaret Kanunu, sermaye şirketlerinde ortak ve yöneticilerin şirkete borçlanmasını yasaklamanın dışında, yasağa aykırı davranışlara karşı çeşitli hukukî ve cezaî yaptırımlar da öngörmektedir.

A. Hukukî Sonuçlar

Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK.m.358'de yasağa aykırı davranışın hukukî sonucu hakkında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık, anonim şirket yönetim kurulu üyelerine yönelik TTK.m.395/II'de şu hükme yer verilmiştir: “*Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilirler*”. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, TTK.m.395/II hükmü, 358. maddenin tamamlayıcısı niteliğinde olduğundan, kanaatimizce yasağı ihlal eden pay sahipleri açısından da geçerlidir. Buna göre, yasağa rağmen şirkete borçlanan ortak ve yönetim kurulu üyelerine karşı şirket alacaklıları doğrudan takip başlatıp alacaklarını tahsil edebileceklerdir. Nitekim 6103 sayılı Yürürlük Kanunu'nun 24. maddesinde bu yönde bir hüküm konulmuş ve “*tasfiye süresinin geçmesinden sonra, şirketin alacaklıları, alacakları için, şirkete borçlu olan pay sahibini veya limited şirket ortağını takip edebilir*” denilmek suretiyle TTK.m.395/II'deki yaptırımın yasağı ihlal eden pay sahipleri ve ortaklar açısından da uygulama alanı bulacağı kabul edilmiştir.

Pay sahibi ve yönetim kurulu üyelerinin şirket borçlarından sorumluluğu sınırsız değildir. Alacaklılar, sözü edilen kişileri *şirkete olan borçlarıyla sınırlı olmak koşuluyla ve alacakları ölçüsünde* takip edebilirler.

Takip hakkının doğumu için, alacaklının önce şirkete başvurması gerekmez. Buna göre, alacaklı, şirkete borçlu olan ortak ve yönetim kurulu üyesine doğrudan başvuru yetkisini haizdir. Dolayısıyla borçlu ortağın önce şirketin takip edilmesi gerektiği iddiası dinlenmez.

Son olarak, şirketin borcundan dolayı alacaklılara ödeme yapmak zorunda kalan pay sahibi veya yönetim kurulu üyesinin ödediği tutardan dolayı şirkete rücu hakkı da yoktur. Zira, bu kişi, kanunda açık bir şekilde yasaklanmasına rağmen şirkete borçlanmış olup, alacaklının takibi üzerine ödeme yapmakla ödediği tutar ölçüsünde şirkete olan borcundan kurtulur, ödediği tutarı şirketten talep edemez.

B. Cezaî Sonuçlar

Şirkete borçlanma yasağının ihlal edilmesi, hukukî sonuçlarının dışında, TTK.m.562'de cezaî yaptırıma da bağlanmıştır. Buna göre, “*Kanunun; 358 inci maddesine aykırı olarak pay sahiplerine borç verenler ile 395 inci maddesine aykırı olarak şirkete borçlananlar, üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılırlar*” (TTK.m.562/5)¹⁴. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, maddenin ilk şeklinde

¹⁴ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 57. maddesi uyarınca, “adli para cezası, 5 günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan durumlarda 730 günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan tutarın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir. En az 20 ve en fazla 100 Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi durumları göz önünde bulundurularak takdir edilir. Kararda, adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir. Hakim, ekonomik ve kişisel durumlarını göz önünde bulundurarak, kişiye adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere

kanuna aykırı olarak şirkete borçlanan pay sahiplerine cezaî yaptırım uygulanması kabul edilmiş iken, 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucunda “kanuna aykırı şekilde pay sahiplerine borç verenler” sorumlu tutulacaklardır.

V. MEVCUT BORÇLARIN DURUMU

Bilindiği üzere, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu esas olarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Dolayısıyla bu tarihe kadar şirket ortak ve yöneticilerinin şirkete borçlanması mümkündür. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra şirkete borçlanmak yasak olduğu gibi, mevcut borçların da tasfiye edilmesi gerekmekte idi. Bunun için, 6103 sayılı Yürürlük Kanunu’nun 24. maddesinde üç yıllık bir geçiş süresi öngörülmüş ve yukarıda açıklanan hukukî ve cezaî sonuçların, bu sürenin geçmesine rağmen borçların halen tasfiye edilmemiş olması durumunda uygulanması kabul edilmiş idi. Buna göre, “*Türk Ticaret Kanununun 358 inci maddesine aykırı şekilde, anonim veya limited şirkete borçlu olan pay sahipleri ve ortaklar, borçlarını, anılan Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl içinde, nakdî ödeme yaparak tamamen tasfiye etmek zorundadır. Birinci fıkrada belirtilen süre içinde tasfiye gerçekleşmemişse, Türk Ticaret Kanununun 562 nci maddesinin beşinci fıkrası hükmü uygulanır. Tasfiye süresinin geçmesinden sonra, şirketin alacaklıları, alacakları için, şirkete borçlu olan pay sahibini veya limited şirket ortağını takip edebilir*”.

Hemen belirtelim ki, Tebliğ tarihinde mevcut olan bu düzenleme, 6335 sayılı Kanunun 47. maddesi hükmüyle yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece, mevcut borçların üç yıl içerisinde tasfiye edilmesi yükümlülüğü de henüz kanun yürürlüğe girmeden ortadan kalkmıştır.

V. ŞİRKETE BORÇ VERME YASAĞI

Gerek mevcut Türk Ticaret Kanunu, gerekse 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu’nda ortakların şirkete borç vermesini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bir şirketin, ortakları veya yönetim kurulu üyelerine borç verip onlar lehine kefalet veya garantörlük şeklinde bir taahhüt altına girmesi yasak olmakla birlikte, şirket ortak ve yöneticilerinin şirkete borç vermesi veya şirketin borcuna kefil ve garantör olması serbesttir. Ancak, limited şirketlere ilişkin TTK.m.615’de ortaklar ve onlara yakın kişiler tarafından şirkete verilen özkaynak yerini tutan ödünçlerin, şirketin tasfiyesinde diğer alacaklardan sonra geleceği hükme bağlanmış, ancak 6335 sayılı Kanunla sözü edilen hüküm uygulama alanı bulamadan yürürlükten kaldırılmıştır. Bu bakımdan, ortak veya yakınlarının şirkete ödünç vermesine yönelik bu düzenlemeyi de incelemekte yarar vardır.

A. Sermaye Yerine Verilen Ödünçler

Mülga TTK.m.615/1 uyarınca, “*ortaklar veya onlara yakın kişiler tarafından şirkete verilen ve özkaynakların yerini tutan nitelikteki ödünçler, bir sözleşme veya beyan dolayısıyla sırada yer alanlar da dâhil olmak üzere diğer tüm alacaklardan sonra gelir*”. Buna göre, sözü edilen düzenleme ile ortakların şirkete ödünç vermesi yasaklanmamış, ancak bu ödünçlerin diğer tüm alacaklardan sonra geleceği öngörülmüştür. Maddede öngörülen tek yaptırım, sıralamada sonda kalma değildir. Ayrıca, mülga TTK.m.615/3 uyarınca, şirket hakkında iflas kararı verilmesi durumunda son bir yıl içinde geri alınan ödünçlerin alıcı tarafından iade edilmesi de gerekmektedir.

süre verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler şeklinde ödenmesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi durumunda geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilir”.

Buna göre, “*iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde, özkaynakların yerini tutar nitelikteki ödünçlerin geriye ödenmesi amacıyla yapılan ödemeler, bu ödemelerin alıcısı tarafından geri verilir*”. Görüldüğü gibi, şirket iflas etmediği veya bir sebepten dolayı tasfiyeye gitmediği sürece, özkaynak niteliği taşıyan ödünçlerin şirketten geri alınması mümkün ve geçerlidir. Diğer bir deyişle, şirket ortakları veya yakınları tarafından sermaye yerine verilen borçlar, “ödünç” niteliğini korumakta olup, şirketin malî durumunun düzelmesi hâlinde bu borçların ortaklara ödenmesi gereklidir.

Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda sermayenin yerini tutan ödünçlerin şirketin diğer borçlarından farklı bir konuma alınmasının dayanağını, Alman Hukukunda 1980 yılında yapılan revizyon sırasında getirilen GmbHG § 32a ile İsviçre BK. Öntasarısının 807c hükmü oluşturmaktadır¹⁵. Buna göre, malî açıdan zora düşen şirkete ortakların sermaye artırımı yaparak yeni sermaye getirmek yerine borç vermesi arzu edilen bir davranış değildir; dolayısıyla ortaklarca verilen bu ödünçler sermaye ödemesi gibi kabul edilir ve şirketin sona ermesi hâlinde tasfiye yapılırken diğer tüm alacaklardan sonra en sonda ödenirler.

Alman Hukuku’ndan farklı olarak İsviçre Borçlar Kanunu bu yönde bir hükme sahip değildir. Gerçekten, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 2000 yılındaki revizyonu sırasında da benzer bir düzenleme gündeme gelmiş, sermayenin yerini tutan ortak ödünçleri (Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen) hakkında Öntasarının 807c maddesi teklif edilmiştir. Ancak, daha sonradan yapılan müzakereler sonucunda bu hüküm tasarıya (Entwurf) alınmamış ve kanunlaşma olanağı bulunamamıştır¹⁶. İsviçre’deki bu tartışmalar bir ölçüde Alman Hukuku’nu da etkilemiş, 1980 yılında konulan GmbHG § 32a hükmü, MoMiG düzenlemesiyle 01.11.2008 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır¹⁷. Buna karşılık, İsviçre’de kabul görmeyen ve Almanya’da yürürlükten kaldırılan bu kural, Türk Hukuku’na aynen alınmıştır¹⁸. Ancak bu hüküm, tpki

¹⁵ Bu düzenlemelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Ketzer**, A.; Eigenkapitalersetzende Aktionärsdarlehen, Diss, Köln 1987; **Junker**, A.; Das eigenkapitalersetzende Aktionärsdarlehen, in: ZHR 156 (1992), s.394 vd.; **Raiser**, T/**Veil**, R.; Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Aufl., München 2006, § 19, N.30 vd.

¹⁶ İsviçre Öntasarısı ve değerlendirmesi hakkında bkz. **Forstmoser**, P.; Der Vorentwurf für eine Reform des Rechts der GmbH-eine Übersicht, in: Meier-Schatz (Hrsg.) : Die GmbH und ihre Reform – Perspektiven aus der Praxis, Zürich 2000, s.1 vd.; **Forstmoser**, P.; Kapital-, Gläubiger- und Gesellschafterschutz im künftigen GmbH-Recht, in: Les projets de la Sàrl révisée et de SA privée, Lausanne 1998, s.134 vd.

¹⁷ **Lutter**, M.; in:**Lutter/Hommelhoff**, GmbHG, 17. Aufl., Köln 2009, s.715; **Ensthaler**, J.; in:**Ensthaler**, J./**Füller**, J.T./**Schmidt**, B.; Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Aufl., Luchterhand 2010, §§ 32 a, b N.1.

¹⁸ Kanunun madde gerekçesindeki açıklamalardan Komisyonun bu durumun farkında olduğu, müzakereler sırasında karşı tez olarak bazı hususlar ileri sürülmesine rağmen şirketin sermaye tabanını güçlendirmek amacıyla hükmün benimsendiği anlaşılmaktadır: “*Sermaye yerini tutan ödünç kurumu kolay kabul gören, genel olarak benimsenen bir kurum değildir. Bu sebeple İsviçre Öntasarısında bulunduğu halde Tasarıdan çıkarılmıştır. Reddedilmesinin sebebi, ortakların şirketi gönüllü olarak finanse etmelerini engellemesi olasılığının yüksek olmasıdır. Tasarıya da hakim olan karşı teze göre ortaklarının sermaye koymadıkları, ödünç vermedikleri, yaşamaları için hiçbir finansal destek sağlamadıkları, yabancı ortak bulmadıkları ve devretmedikleri veya devredemedikleri bir şirketin tüm yükünü kredi piyasasına ve üçüncü kişilere bırakmak doğru değildir; böyle bir anlayış geniş çaplı krizlere yol açmaktadır. Şirket kuranlar özveride bulunmalıdır. Piyasamızın düzelmesi ancak özsermayesi ve ortak desteği güçlü şirketlerle sağlanabilir*”.

İsviçre’de olduğu gibi karşılaşılan tepkiler sonucunda 6335 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

Şirkete verilen borçların mülga TTK.m.615 kapsamında değerlendirilmesi için, “ortaklar veya onlara yakın kişiler tarafından verilmesi” ve “özkaynakların yerini tutması” gerekmektedir. Bu noktada, ilk olarak “ortaklara yakın kişi” kavramıyla kimlerin ifade edilmek istendiği sorusuyla karşılaşılabılır. Kanaatimizce, sözü edilen kişilerin başında ortağın eşi ve çocukları ile üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları gelir. Ayrıca, bunların ortak olduğu veya ortağı ya da üyesi olmamasına rağmen herhangi bir şekilde kararlarında etkili olduğu şirket, dernek ve vakıf gibi diğer tüzel kişiler, adı geçen ortağın yönlendirmesiyle şirkete ödünç verebilecekleri için bu kapsamda kabul edilmelidirler.

Şirket ortakları veya yakınları tarafından verilen hangi ödünçlerin özkaynak yerine geçeceğine gelince, bu husus mülga TTK.m.615/2’de şu şekilde düzenlenmiştir:

a) Esas sermayenin ve kanuni yedek akçelerin, aktifler tarafından artık karşılanmadığı bir anda verilen ödünçler

b) Ortaklar veya onlara yakın kişiler tarafından, şirketin finansal durumu itibarıyla özkaynak koymalarının uygun olduğu bir anda, bunun yerine verilen ödünçler

B. Mülga TTK.m.615 Hükmünün Anonim Şirketlere Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu

Bilindiği üzere, sermayenin yerini tutan ödünç kurumuyula ilgili olarak getirilen mülga TTK.m.615 düzenlemesi, limited şirketlere ilişkin bölümde bulunmaktadır. Anonim şirketlere ilişkin hükümler arasında ise, benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buradan hareketle, sözü edilen hükmün anonim şirketlerde de uygulama alanı bulacağı ileri sürülebilir. Gerçekten, mehaz Alman Hukuku’nda da bu konu tartışılmış ve bir sermaye şirketi olan anonim şirketlere de uygulanması gerektiği, doktrin ve yargı kararlarıyla benimsenmiştir¹⁹. Türk Hukuku’nda bu görüşü ilk kez ortaya atan **Pulaşlı**’ya göre, “Alman Hukuku’ndaki “esas sermayenin yerini tutan ödünçün” veya yasal ifadesiyle “yedek özsermaye”nin, Türk hukukuna yansımının daha başka bir biçimde ortaya çıktığı söylenebilir. Şöyle ki, 6762 sayılı Yasa döneminde şirketlerin kayıt dışı gelirlerinin, şirkete yasal olarak dönebilmesi, ortakların şirkete borç vermeleri şeklinde gösterilmekte ve sonra şirketin bu (fiktif) borçları sermaye artırımında sermayeye eklenerek, ortaklara karşılığında pay verilmekteydi. Doğal olarak bu, ülkemizde oldukça yaygın olan ve hiçbir iktidar tarafından da değil çözüm, boyutları bakımından bir iyileştirme dahi sağlanamayan kayıt dışı gelirlere sebep olmaktadır. Bu durumda, şirketin ortaklardan sermayenin yerini tutacak nitelikte ödünç almasının da, m.358 hükmü çerçevesinde ortakların şirkete karşı borçlanma yasağı kapsamına dahil edilmesi veya TTK.m.615 hükmünün kıyasen anonim şirketlere de uygulanması gerektiği kanısındayım. Başlattığım bu tartışmanın, TTK.m.358 ve 615 hükümleri çerçevesinde bilimsel öğretilerde irdelenmesi ve değerlendirilmesinin yararlı olacağı düşünce-sindeyim”²⁰.

Konuya ilişkin kişisel görüşümüzü ortaya koymadan önce, anonim şirketlere ilişkin TTK.m.376/3 hükmünün olayda uygulanma ihtimalini değerlendirmek gerekir. Gerçekten, borca batık anonim şirketlerde iflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığının karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki

¹⁹ Bkz. **Raiser/Veil**, § 19, N.30 ve orada anılan literatür. Ayrıca, Alman Federal Mahkemesinin konuya ilişkin kararının (BGHZ 90, 381) çevirisi için bkz. **Pulaşlı**, H.; Yeni Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, Ankara 2012, §25 N.6.

²⁰ **Pulaşlı**, §25 N.7.

sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış ise, şirketin iflasına karar verilemez (TTK.m.376/3) ²¹. Bu düzenlemede, mülga TTK.m.615 hükmüyle paralel şekilde, şirket alacaklılarından bazıları, şirketi iflastan kurtarabilmek için şirkete verdikleri ödüncülerin diğer tüm alacaklılardan sonraki sıraya konulmasını kabul etmektedirler. Ancak, mülga TTK.m.615’de son sıraya kalma hâli, alacaklıların onayına bırakılmamış, sermaye yerini tutan ödüncülerin otomatikman son sıraya alınacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, TTK.m.376/3’te sadece kabul eden alacaklılar için öngörülen bu sonuç, mülga TTK.m.615’te şirkete sermaye yerine geçmek üzere ödünç veren şirket ortakları ile yakınları bakımından geçerli olmaktadır. Bu bakımdan, TTK.m.376/3 hükmünün uygulanma alanı sınırlıdır.

Kanaatimizce, limited şirketlere ilişkin mülga TTK.m.615 hükmünün anonim şirketlere de uygulanacağını kabul ederek sorun aşılabilir²². Zira yeni Türk Ticaret Kanunu’na hâkim olan dürüst resim ilkesi gereğince, şirket ortakları ve yakınları, malî açıdan zora düşen şirkete borç vermek yerine sermaye koymak suretiyle şirketi krizden kurtarmalıdır. Aksine davranışın bir yaptırımı olmalı, hiç olmazsa bu kişilerin tasfiye sürecinde diğer alacaklılardan sonra alacaklarını tahsil etmeleri gerektiği kabul edilmelidir.

²¹ Madde gerekçesine göre, “hüküm, mahkemeye başvuru zorunluğunu ortadan kaldıracak bir yeniliği de içermektedir. Bu da, şirket alacaklılarından bazıların, kendi alacaklarını, diğer alacaklıların alacaklarının sırasından sonraki sıraya gitmesini yazıyla kabul etmeleridir. Böyle bir taahhüt etkilerini iflâs halinde gösterir ve önceki alacaklar ödenmeden sona giden alacak garameye katılamaz. Bu taahhütlerin tutarı ara bilânço ile ortaya çıkan açığa eşitse, iflâs bildirim zorunluğu yoktur. Başka bir deyişle, bu taahhütlerin tutarı, borca batıklığı ortadan kaldıracak düzeydeyse, kısa vadeli olmayıp süreklilik arzeder nitelikteyse ve taahhütlerin yerine getirilmesi güç şartlara bağlanmamış ise mahkemeye bildirimde bulunulmaz. İsv. BK 725 (2) ’ye 1991 reformunda giren bu hükümle şirketin kurtarılabilmesi şansının artırılması amaçlanmıştır. Şirket alacaklılarının aynı zamanda şirketin pay sahibi olmaları halinde, bunlar iflâs ile erteleme seçeneğini değerlendireceklerdir. Erteleme belli bir takvim gününe bağlı değildir. En erken erteleme tarihi böyle bir taahhütte bulunmamış alacaklıların alacaklarının sona ermiş veya temin edilmiş olduğu tarihtir. Erteleme bir anlamda istekle sırada en sona giderek şirketi iflâstan kurtarma, ertelemenin son bulunduğu tarihe kadar takas, mahsup ve takip yapmama anlamını taşır; yoksa alacaktan feragat edilmiş değildir. Bu beyan, zamanaşımına herhangi bir etkide bulunmaz”.

²² Aynı görüş İsviçre Hukuku’nda da kabul görmektedir. Bu yönde **Forstmoser**, 1998, s.135.

ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU KARARLARININ GEÇERLİLİĞİ (ÖZELLİKLE BATIL YÖNETİM KURULU KARARLARI) (TTK m. 391)

Yrd. Doç. Dr. Tamer PEKDİNÇER*

ÖZET

Yönetim kurulu kararlarının geçerliliğine ilişkin TTK m.391'in kaynağını İsviçre Borçlar Kanunu (m.706/b ve 714) oluşturmaktadır.

Maddenin düzenleme amacı, "iptal edilebilir" ve "batıl kararlar" arasındaki farkın belirlenmesi ve bu sayede pay sahibinin korunmasını güçlendirmektedir. Ancak maddede mehzadan farklı olarak, "eşit işlem ilkesine aykırılık" bir geçersizlik sebebi olarak sayılmıştır. Bu durum özellikle TTK m.445 ile açık çelişki oluşturmaktadır. Bu bend dışındaki anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen, pay sahiplerinin özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmalarını kısıtlayan ya da güçleştiren kararlar ile diğer organlarının devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin kararların batıl sayılması Türk Hukuku açısından isabetlidir. Ancak yönetim kurulu toplantılarındaki usul ve esaslara ilişkin iç yönergeye ilişkin ikincil mevzuatın bir an önce çıkartılması ve hayata geçirilmesi içtihatlar ve uygulama açısından büyük önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yönetim Kurulu Kararları, Geçerlilik, Batıl, İç Yönerge, Eşit İşlem İlkesi

ABSTRACT

The source of Turkish Commercial Code (TCC) article 391 regarding the validity of the board of directors' resolutions is CO (Swiss Code of Obligations) art. 706/b and 714. The aim of the provision is to determine the difference between the "invalidity" and "annulability" and therefore to enforce the shareholder protection. However, as distinct from the source the art. 391 defines "acts against equal treatment principle" as a reason of invalidity. This fact creates a clear contradiction with art. 445. The listed invalidity reasons other than this subparagraph -acts violating the fundamental structure of the company, disregarding the principle of capital protection, violating or restricting the rights unalienable rights of the shareholders or involving acts under the in transmissible rights of other organs- are in line with Turkish law. Furthermore the secondary legislation regarding the internal directive on procedure and elements of board meetings is considerably important for the practice as well as the jurisprudence.

Keywords: Board resolutions, validity, invalidity, internal directive, equal treatment principle.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

6762 Sayılı TTK'nın 2.kitabı olan Ticari Şirketler, 404 maddeden oluşuyordu.

6102 Sayılı TTK'da ise toplam 521 maddeden oluşmaktadır. Bu artışın temel sebebi ticaret şirketlerinde BİRLEŞME, BÖLÜNME VE TÜR DEĞİŞTİRME ile ŞİRKETLER TOPLULUĞUNA ilişkin yeni 74 maddenin eklenmesidir. 6762 Sayılı TTK'da şirketlere ilişkin 100 madde, 6102 Sayılı TTK'na hiç alınmamış ancak sadece anonim şirketlerde yeni olarak 100 madde eklenirken limited şirketlere eklenen yeni madde sayısı 30'dur. Böylece 6102 Sayılı TTK'da en kapsamlı değişikliğin ticaret şirketlerine ilişkin olduğunu belirtebiliriz.

Bu yeni maddelerden bir tanesi de yönetim kurulu kararlarına ilişkin olan 391. maddedir. Ancak konunun daha iyi anlaşılabilmesi için Türk Hukukunda yeni bir kavram olan "İç Yönerge" ibaresinin açıklanması faydalı olacaktır.

ANONİM ŞİRKETLERDE İÇ YÖNERGE VE ÖNEMİ

Anonim şirketlerde düzeni sağlamak yönetim kurulunun görev ve yetkilerindedir (İsv. BK.m.716a I 2.b ve TTK m.375) : Bu görev ve yetki, yönetim kurulunun devredilemez nitelikteki görev ve yetkilerindedir. Bunu sağlamak için şirketin hiyerarşik yapısı ve görev dağılımlarının belirlenmesi gerekmektedir. YK'nın düzen sağlama ödevini yerine getirdiğini kanıtlayabilmesi için, düzeni sağlamak üzere oluşturulan prensiplerin yazılı şekilde, bir yönetmelikte kaleme alınmış olması gerekmektedir.6102 sayılı TTK'da İÇ YÖNERGE (Örgüt (Teşkilat) Yönetmeliği) olarak isimlendirilmiştir (m.367, 375 ve 419). Yeni dönemde gerek yönetim kurulu gerekse genel kurul açısından büyük önem taşıyacak olan İÇ YÖNERGENİN hazırlanması görevi yönetim kurulundadır.

İÇ YÖNERGE'nin hazırlanması sırasında örgüt şemasının verilmesinin yeterli olmayacağı, karar ve atama yetkileri ile işletmenin teknik, ticari ve hukuki açıdan yönetimine ilişkin esasları da içermesi gerektiği belirtilmiştir. İÇ YÖNERGE'nin tescil ve ilanına gerek yoktur. Ancak şirket alacaklıları, **korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir surette ortaya koymasına halinde yazılı olarak bilgi alması mümkündür. Pay sahiplerinin ise "korunmaya değer menfaatleri" hususunda güçlü bir karine bulunmasından dolayı pay sahiplerinin talep etmesi halinde bilgilendirmesi zorunludur (Örneğin anonim şirketin iflası vev a iflasının ertelenmesi talebinde bu menfaat somutlaşacaktır)** ; (Burada madde metni ile gerekçesinin bir bölümü arasında önemli bir çelişki bulunmaktadır. Terminoloji açısından maddede İÇ YÖNERGE ibaresi kullanılmış iken, gerekçede eş anlamlı olarak, ÖRGÜT YÖNETMELİĞİ-ÖRGÜTLENME YÖNETMELİĞİ-TEŞKİLAT YÖNETMELİĞİ ibareleri kullanılmıştır. Çelişki için bkz.gerekçenin 3. Paragrafı 5.cümle)

6102 Sayılı TTK m.367/1 (2.cümlede), iç yönergenin şirketin yönetimini düzenlediği, bunun için gerekli olan görevleri tanımlayacağı, yerlerini göstereceği özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunun belirleneceği ifade edilmiştir.Yönetim kurulunun İÇ YÖNERGE hazırlama yetkisinin bir esas sözleşme hükmü ile genel kurulun onayına bağlanıp bağlanamayacağının içtihat ile çözümleneceği madde gerekçesinde belirtilmiştir.

Ancak kaynak İsviçre Hukuku (İsv. BKm.716/b ve doktrin) yönetim kurulu tarafından hazırlanacak İÇ YÖNERGE'nin içeriğinde yer alması gereken hususları belirlemiştir.

Buna göre;

- Şirketin yönetim organlarının ve diğer birimlerinin (komite ve kurullar) sayılması ve açıklanması (TTKm.366/2 yönetim kurulu kararlarının alınmasında hazırlıkların yapılması ve bunların uygulanması ya da işlerin gidişini izlemek amacıyla kurullara ve müferrit yönetim kurulu üyelerine görev verebileceği düzenlenmiştir)
- Bu organların yetki ve görevlerinin açıklanması

- Muhasebe sistemi, mali denetim ve planlama hesaplarına ilişkin kurallar
- Organların ve diğer birimlerin toplantıya çağırılmasına ilişkin idari düzenlemeler
- Toplantıların görüşme usulü ve tutanağın düzenlenmesi
- Toplantı ve karar nisapları ve imza yetkisine ilişkin düzenlemeler
- Üyelerin bilgi alma hakkı ve raporlama sistemi

Bu konuda önemli olan bir nokta da İç Yönerge'nin değiştirilmesinin (belki kimi zaman kısa bir süre içerisinde) gerekli olduğu dikkate alındığında konuya ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmesi gerekliliğidir. Burada özellikle belirtmek isterim ki anonim şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin toplantıya çağırılması usul ve yöntemlerinin düzenlenmesi büyük önem taşıyacaktır. (Örneğin yönetim kurulu üyelerinin şirkete belirtmiş oldukları mail adreslerine ve cep telefonlarına mail ve/veya sms yolu ile toplantı gününden 7 gün önce bilgi verileceği gibi bir hüküm sorunu çözebilecektir).

Fransız hukuku ve Türk doktrininde yönetim kurulu üyelerinden birinin veya bir kaçının toplantıya çağrılmaksızın toplanması ve karar alınması durumunda, bu kararın hiçbir hüküm ifade etmeyeceği, yoklukla malûl nitelikte olduğu belirtilmektedir¹. Özellikle toplantı ve karar yetersayısının sağlandığı ancak yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçına bilinçli olarak çağrı yapılmaması halinde alınan kararların akibetinin belirlenmesi önem arzedecektir.

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın 28.11.2012 tarihli ve 28481 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan "**Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik**" hükümlerinin İÇ YÖNERGE Başlığını taşıyan 4. Bölümünde, **İç yönergeye ilişkin esaslara yer vermiştir. Yönetmeliğin 40. Maddesine göre**, İç yönerge, Kanunun izin verdiği durumlar dışında, ortakların genel kurula katılma, oy kullanma, dava açma, bilgi alma, inceleme ve denetleme gibi vazgeçilemez nitelikteki haklarını, toplantı başkanlığının Kanundan kaynaklanan görev ve yetkilerini sınırlandıran veya ortadan kaldıran hükümler içeremez. Özel kanunlara tabi şirketler, iç yönergenin hazırlanmasında, bu Yönetmelikte belirtilen hususların yanında, tabi oldukları özel mevzuat hükümlerini de dikkate almak zorundadırlar. Yönetim kurulu, iç yönergeyi Kanun ve bu Yönetmelik hükümleri ile Ek-5'teki örneğe uygun olarak hazırlar ve genel kurulun onayından sonra yürürlüğe koyar. İç yönerge, genel kurulun onay tarihinden itibaren onbeş gün içinde ticaret siciline tescil ve ilan ettirilir. Ayrıca; internet sitesi açmakla yükümlü olan şirketlerce, ilan tarihini izleyen beş gün içerisinde internet sitesinde de yayımlanır. İç yönergede yapılacak değişikliklerde de aynı usul izlenir.

Yönetmeliğin 41.Maddesine göre ise; **İç yönergede yer alacak asgari hususlar belirtilmiştir. Buna göre**;Yönetim kurulu tarafından hazırlanacak iç yönergede asgari olarak aşağıda sayılan hususlara yer verilmesi zorunludur:

- 1.Toplantı yerine giriş ve toplantının açılması.
2. Toplantı başkanlığının oluşturulması.
3. Toplantı başkanlığının görev ve yetkileri.
4. Gündemin görüşülmesine geçilmeden önce yapılacak işlemler ve gündem.
5. Toplantıda söz alma ve oy kullanma usulü.

¹ Marc Bauen/Robert Bernet/Nicolas Rouiller; **La Société Anonyme en Suisse 2007**, s.182 vd. PULAŞLI, Hasan; Şirketler Hukuku, 10.Bası, Ocak 2011, Adana, s.316; İMREGÜN, Oğuz; Anonim Ortaklıklar, 4.Bası, İstanbul 1989, s.214.

6. Toplantı tutanağının düzenlenmesi.
7. Toplantı sonunda yapılacak işlemler.

Görüldüğü üzere Yönetmeliğin amacı, anonim şirketlerin genel kurul çalışma esas ve usullerine ilişkin kuralları içeren düzenlemelere yer vermektir. Yönetim kurulunun çalışma esas ve usullerine ilişkin kuralları içeren düzenlemenin de yakın zamanda çıkacağını düşünmekteyiz.

Yönetim kurullarınca hazırlanacak iç yönergelerin, Ek-5'teki iç yönerge örneğine uygun içerikte olması zorunludur. Bunlar dışında genel kurul çalışmalarına ilişkin esas ve usullerin belirlenmesine yönelik ilave kurallara da yer verilebilir.

Yönetim kurulu kararlarının geçerliliği sorununda karşımıza 2 önemli müessese çıkıyor. Bunlardan ilki yönetim kurulu kararlarının iptali Sorunu, ikincisi ise yönetim kurulunun batıl kararlarıdır.

6102 Sayılı TTK'ya baktığımızda yönetim kurulu kararlarının iptaline ilişkin herhangi bir düzenlemenin yer almadığını aksine madde gerekçelerinde "yönetim kurulu kararlarının iptal edilemeyeceğinin" açıkca vurgulandığı görülmektedir² (m.391 Gerekçesi).

Kaynak kanunda da (İsv.BK) bu konuda açık bir düzenlemenin yer almadığı ve yapılan değişikliklerde de ısrarlı olarak bu hususun düzenlenmemesi karşısında bilinçli bir tercih olduğunu belirtmek isterim. Nitekim İsviçre Hukuku'nda 21 Aralık 2007 tarihli değişiklik tasarısında bile bu konu ele alınmamıştır. Aksine yönetim kurulu kararlarının iptaline ilişkin bir düzenlemenin birçok sektör açısından İsviçre'nin uluslararası rekabette avantaj kaybetmesine neden olacağından yönetim kurulu kararlarının iptali fikrinin sadece pozitif hukuk açısından değil, olması gereken hukuk açısından da reddedilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Türk hukuku açısından Yüksek Mahkemenin hakim olan görüşünün "**pay sahiplerinin kişisel nitelikteki haklarını ihlal eden yönetim kurulu kararları**" aleyhine iptal davası açılabilceği yönünde olduğunu söylemek mümkündür³.

Yönetim kurulunun bu nitelik dışındaki kararlarına karşı ise (örneğin yönetim kurulu kararının **ortaklığın menfaatini** ihlal ettiği iddiasını taşıyan bir kararın) ancak usulüne uygun olarak genel kurul gündemine alınarak itiraz edilebilir ve bunun neticesinde bu kararlar iptal davasının konusu haline getirilebilir. (m.445).

6102 Sayılı TTK'da da aynı sistemin devam ettiğini söylemek mümkündür. Belli istisnai hükümler dışında yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılabilir ve sonuçlandırılmazdır. Ancak yüksek mahkeme yakın tarihli (15.05.2008) bir kararında; "**.....Dairemizin istikrar kazanmış yorum ve uygulaması ile şirket paydaşlarının ortaklık sıfatından doğan kişisel statüsü ve haklarını doğrudan ilgilendiren yönetim kurulu kararlarına karşı genel kurul nezdinde itirazda bulunma koşulu aranmaksızın dava yolu ile hak arama yollarına başvurabileceklerinin kabul edildiği dikkate alınarak davalı şirket yönetim kurulunun bu mahiyetteki 19.10.2005 gün ve 20 sayılı kararı ve bu karara dayalı işlemlerin iptali istemiyle açılan davanın esasına girilmek gerekirken, sadece yokluk ve butlanla malul yönetim kurulu kararlarının dolaysız olarak dava konusu edilebileceği yolundaki yanlış gerekçeyle davanın dinlenebilirlik niteliği taşımadığı sonucuna varılması bozmayı gerektirmiştir..**" demek suretiyle istikrar kazanmış görüşünün yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası

² **KENDİGELEN, Abuzer:** Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012, s.279, ve özellikle dn. m.111.

³ Y.11.HD.sinin 18.01.2000 tarihli E.6574/K.94 Sayılı Kararı; Eriş, Gönen: Açıklamalı İçtihatlı TTK, 2. Baskı, Ankara 2010, C.3, s.3009.

açılabilmesi yönünde olduğu bunun dışında yokluk ve butlanla malul yönetim kurulu kararlarının ise tesbitinin zaten istenebileceğini açıkca vurgulamıştır⁴.

Nitekim yüksek mahkemenin kararları doğrultusunda doktrinde görüş belirtenlerin tamamı da “**yok ve batıl**” nitelikteki yönetim kurulu kararlarının tesbiti için dava açılabileceğini savunmaktadırlar⁵.

YÖNETİM KURULUNUN BATIL KARARLARI

Batıl Kararlar:

MADDE 391- (1) Yönetim kurulunun kararının batıl olduğunun tespiti mahkemenin istenebilir. Özellikle:

- Eşit işlem ilkesine aykırı olan,
- Anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen,
- Pay sahiplerinin, özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan ya da güçleştiren,
- Diğer organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin, kararlar batıldır.

GENEL DEĞERLENDİRME: (İsv.BKm.706/b ve 714)

Bu maddenin kaynağı İsviçre Borçlar Kanunu’dur. Ancak kaynak hukukta yönetim kurulu kararlarının butlanı özel olarak düzenlenmemiştir. İsviçre BK’daki sistemde genel kurul kararlarının butlanına ilişkin hükmünün (m.706/b) kıyasen Yönetim kurulu kararlarına da uygulanacağı belirtilmiştir (m.714)⁶.

Bu maddenin düzenleme amacı (ratio legis), “**iptal edilebilir**” ve “**batıl kararlar**” arasındaki farkın belirlenmesi suretiyle pahasibinin korunmasını güçlendirmek olduğu belirtilmiştir⁷.

İsviçre hukukundan maddenin ayrıldığı temel noktalardan biride 391. Maddenin a bendine benzer bir hükmün yer almamış olmasıdır. Gerçektende “**Eşit İşlem İlkesine Aykırılık**” yönetim kurulu kararının batıl olma hali olarak sayılmamıştır.

“**İlgili olan herkes**” tarafından, **her zaman** yönetim kurulu kararının butlanı davası açılabilir. Herkes, kavramının içine şirket alacaklılarının da gireceği kanaatinde-

⁴ Y.11.HD.sinin 15.05.2008 tarihli 2006-3484/6373 sayılı kararı. Kararın tam metni için bkz. *BATİDER, C.XXIV, S.3, s.548-549*).

⁵ **ANSAY, Tuğrul:** Anonim Şirket İdare Meclisi Kararlarının İptali Meselesi, *BATİDER, C.II (1964), S.3, s.381 vd;* **İMREGÜN, Oğuz:** Anonim Ortaklıklar, 4.Bası, İstanbul 1989, s.214, **ÇAMOĞLU, Ersin:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2007, 2.Bası, s.79 vd; **ÖZKORKUT, Korkut:** Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara 1996, s.128; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU,** ;Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11.Bası, İstanbul 2009, s.312 (N:534). **PULAŞLI, Hasan:**Şirketler Hukuku, 10.Bası, Ocak 2011, Adana, s.316; **ERİŞ, Gönen:**Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, 2.Cilt, 2.Baskı, Ankara 2010, s.2286).

⁶ **KORKUT, Ömer/YILMAZ, Müslüm:** İsviçre Federal Mahkemesi’nin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanına İlişkin Bir Kararın (133 III 77) Değerlendirilmesi, *BATİDER, Aralık 2009, C.XXV, S.4, s.539 vd*).

⁷ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **MOROĞLU, Erdoğan;** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 6. Baskı, İstanbul 2012, s.23 vd (Hükümsüzlük).

yim. Yeter ki davacı, tespit talebinde bulunmak için haklı bir menfaatinin varlığını ispatlasın.

Doktrinde bu davanın “**her pay sahibi**” tarafından açılabileceği de vurgulanmıştır⁸.

Zaman yönünden ise “**Sessiz Kalmak Suretiyle Hakkın Kaybı İlkesi** “ olarak ifade edilen ve Yüksek Mahkemenin özellikle ticaret unvanı, haksız rekabet ve marka davalarında sıkça gündeme getirdiği ilkenin de uygulama alanı bulabileceğini en azından bu hususunda dikkate alınmasının önemli olacağı kanaatindeyim. Bunun neticesinde de butlanı gerektiren bir yönetim kurulu kararının alınmasından uzunca bir süre sonra dava edilmesinin TMKm.2 çerçevesinde değerlendirilmesi gerekebilecektir.

Batıl bir kararın hukuken geçerliliği olmayacağından sadece tespit davasının konusu olabileceğini de belirtmek isterim⁹.

Tespit davasında davalı şirkettir.

Butlanın bir itiraz olarak veya dava dışında ileri sürülmesi de her zaman mümkündür.

Hakim butlanı resen dikkate almalıdır. Aynı durum ticaret sicil memuru için de geçerlidir.

Kural olarak batıl bir karar asla düzeltilemez. Tescil edilse bile kural olarak etkisi olmaz. Ancak Alman hukukunda durum daha farklıdır. § 242 AktG uyarınca tescilden itibaren 3 yıl geçtikten sonra butlan ileri sürülemez¹⁰.

Ama Türk hukuku açısından yukarıda belirttiğimiz ilke uyarınca uygulamanın şekilleneceğini kuvvetle tahmin etmekteyim. Özellikle iyi niyetli üçüncü kişileri korumak adına bu katı kurala istisna tanınacaktır. Örneğin uzun süredir devam eden ve iptal edilmeyen bir duruma duyulan güvenle işlem yapacak olan üçüncü kişinin haklarının korunmaya değer olduğu kanaatindeyim.

YK kararının butlanı davası kabul edilirse **bu herkese karşı** hüküm doğurur. Ancak bu davanın reddedilmesi sadece tarafları bağlayacaktır.

Yönetim kurulu kararının her halükarda 6102 Sayılı TTKm.390 da belirtilen toplantı ve karar yetersayısına uyulmak suretiyle alınması zorunludur. Bu nisaplar sağlanmadan alınan yönetim kurulu kararı yok hükmünde olduğundan herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz.

Genel olarak TTK'da yönetim kurulu kararlarının batıl olduğunun dava edilebilmesine yer verilmesinin isabetli olduğu kabul edilmektedir. Zira böylece öğretide ve yüksek mahkeme kararlarında benimsenen görüşler kanuna taşınmış olmaktadır¹¹.

YÖNETİM KURULUNUN BATIL KARARLARI

Batıl Kararlar:

MADDE 391- (1) Yönetim kurulunun kararının batıl olduğunun tespiti mahkemenin istenebilir. Özellikle;

a) Eşit işlem ilkesine aykırı olan,

⁸ PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, Ankara 2011, s.992.

⁹ KURU, Baki/BUDAK, Ali Cem: Tespit Davaları:İstanbul 2010, 2. Bası, s.81 vd.

¹⁰ Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, &16, No: 216.

¹¹ MOROĞLU, Erdoğan: 6102 Sayılı TTK Değerlendirme ve Öneriler, 7. Baskı, İstanbul 2012, s.185 (Değerlendirme). Ancak yazar, maddenin ilk cümlesinde “Yokluk” yaptırımından bahsedilmemesinin bir eksiklik oluşturduğunu belirtmektedir.Ayrıca bkz. Dn. 5’de belirtilen yazarlar.

b) Anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen,

c) Pay sahiplerinin, özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan ya da güçleştiren,

d) Diğer organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin, kararlar batıldır.

Tüm butlan hallerinin ve sebeplerinin kanunda gösterilmesi veya tanımlanmasının imkansız olması sebebiyle madde lafzında yer alan “**Özellikle**” ibaresinden batıl nitelikteki yönetim kurulu kararlarının sınırlayıcı olmadığı (Numerus Clausus) açıkça anlaşılmaktadır¹².

Buna göre maddede belirtilen batıl karar örnekleri şunlardır;

1. EŞİT İŞLEM İLKESİNE AYKIRI OLAN YÖNETİM KURULU KARARLARI

Her ne kadar 6762 Sayılı TTK’da açıkça yer almasada bu ilkenin son dönemlerde benimsendiği ve gelişen doktrinle birlikte bir çok yüksek mahkeme kararında yer aldığını söylemek mümkündür¹³. 6102 Sayılı TTK ise m.357’de **Eşit İşlem İlkesi** başlığı altında “**Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur**” demek suretiyle açık bir hükme yer vermiştir¹⁴. Bu düzenlemenin amacı, bir taraftan organların öznel ve keyfi karar ve uygulamalarına bir üst hukuk kuralı ile kanuni bir barikat çekmek, diğer taraftan da esas sözleşmelerdeki hükümlerin adil ve menfaatler dengesine uygun bir şekilde yorumlanmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir¹⁵. Madde gerekçesinde ilkenin pay sahiplerinin “paysahibi” sıfat ve konumlarıyla ilgili olduğu için, şirket dışı işlemleri düzenleyen bir hüküm olan 358. maddeye uygulanmayacağı da belirtilmiştir. Bir diğer ifade ile eşit işlem ilkesi paysahiplerine özgülenmiştir.

Eşit işlem ilkesinden anlaşılması gereken eşit hukuki koşullar altında olan tüm pay sahiplerine eşit davranılması, eşit muamele yapılması zorunluluğudur. Eşitlik ilkesine aykırılık, TMK m.2’de anlamını bulan dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder¹⁶. Örneğin; kar payının dağıtılmasına ilişkin genel kurul gündeminde yer alan bir maddeye aleyhte oy kullanan pay sahibinin kar payı hakkında yararlanamayacağına ilişkin bir karar –diğer aykırılık sebepleri dışında- eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil edecektir. İlkenin özellikle paysahiplerinin genel kurula katılma, oy kullanma, gündeme ilişkin düşüncelerini açıklama, teklifte bulunma, genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının butlanının ve iptalinin dava edilmesi, bilgi alma ve inceleme hakkı, özel denetçi atanmasını isteme, yönetim kurulu üyeleri ve diğer yöneticiler hakkında sorumluluk davası açma gibi haklar bakımından mutlak olarak uygulanacaktır¹⁷.

Maddenin gerekçesinde, eşit işlem ilkesinin ancak şartların eşit olması halinde uygulanacağı ve eşit işlem ilkesine aykırılığın hukuki sonucunun, somut olayın şartla-

¹² **MOROĞLU, Erdoğan:** (Hükümsüzlük), s.194

¹³ **YILDIZ, Şükrü:** Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004, s.27 vd.

¹⁴ 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu m.23’de “Eşitlik İlkesi” yer almaktadır.

¹⁵ TTKm. 357 gerekçesi **DOĞRUSÖZ, Bumin/ONAT, Öznur/TUNCALP TÖRALP,** Funda, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Türk Ticaret Kanunu, Ankara 2011, C.I, s.468.

¹⁶ **MOROĞLU, Erdoğan;** Hükümsüzlük, s.206. İsviçre Federal Mahkemesinin görüşleri ve tartışmalar için bkz. dn. 391 ve 392.

¹⁷ **PULAŞLI, Hasan:** Türk Ticaret Kanununa Göre, Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara 2011, C.I, s.994

rına bağlı olmak şartıyla iptal olduğu belirtilmektedir¹⁸. Bu gerekçe ile 391. maddenin hükmü çelişiyor gözükmemektedir. Eşitlik ilkesinin temeli dürüstlük kuralına dayandığından ve dürüstlük kuralına aykırılığın müeyyidesi ise TTK m.445’de iptal edilebilirlik sayılmasından dolayı da çelişki teşkil etmektedir¹⁹.

2. ANONİM ŞİRKETİN TEMEL YAPISINA VEYA SERMAYENİN KORUNMASI İLKESİNİ GÖZETMEYEN YÖNETİM KURULU KARARLARI

Anonim şirketin tanımının yapıldığı 329. madde de eski düzenlemeden farklı olarak **“esas sermaye”** yerine sadece **“sermaye”** terimine yer verilmiştir. Bu değişikliğin sebebi, sermaye ibaresinin kayıtlı sermaye sistemini de kapsayacak olmasıdır. Pay sahibinin hakları ve borçlarına ilişkin düzenlemeler (m.424-444 çerçevesinde mali hakları ve sosyal nitelikteki haklar: Kar payı hakkı, rüçhan hakkı, oy hakkı bilgi alma ve inceleme hakkı, özel denetim hakkı, iptal davası açma hakkı, YK üyeleri ile yönetime yakın kişilerin haksız olarak aldıkları kar, kazanç payı ve ikramiyenin iadesini dava hakkı, şirketin yönetim organizasyonunun açıklanmasını isteme hakkı gibi) organ yapısına uymayan veya sermayenin korunmasına aykırı olan kararlar batıl nitelikteki kararlardır. Kanun koyucunun bu maddede yer alan **“Anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan”** ibaresinin bir benzerine batıl olan genel kurul kararlarının düzenlendiği 447. Maddede yer verdiği görülmektedir. Aradaki tek fark 391.madde de **“şirketin temel yapısına uymayan”** denirken m.447’de **“temel yapısını bozan”** denmesidir. Bu farkın bilinçli olup olmadığı önemlidir²⁰.

Yönetim kurulunun anonim ortaklığın işletme konusunu elde etmek için gerekli iş ve işlemleri yapmak yerine anonim ortaklığın malvarlığını kiraya verip buradan kazanç sağlamaya yönelik, anonim ortaklığın kredi alabilmesi için pay sahiplerinin kefalet vermelerini şart koşan veya bilanço zararlarını kapatmak için oransal zarar dağıtımını öngören kararları, sırasıyla işletme konusunun dolaylı bir şekilde terk edilmesi ve sınırlı sorumluluk ilkesine aykırılık oluşturması sebepleriyle anonim ortaklığın temel yapısı ile bağdaşmayan kararlar olarak kabul edilmektedir²¹.

Fikri mülkiyet hukuku açısından örnek vermek gerekirse bir anonim şirketin sermayesi içerisinde yer alan tescilli markaların gerçek değerlerinin altında bir bedelle yönetim kurulu kararı ile satışının yapılmasında bu durumun sermayenin korunması ilkesine aykırılık teşkil etmesinden dolayı batıl olduğu ileri sürülebilecektir. Tabii burada yönetim kurulunun marka satışına karar verip veremeyeceğinin de ayrıca değerlendirilmesi zorunludur. Zira limited şirketlere ilişkin bir kararında Yüksek mahkeme bu konuda ortaklar kurul kararının bulunması gerektiğini belirtmiştir (Y.11.HD. 13.02.2006 tarihli ve E.2005/1362.K. 2006/1253 Sayılı Kararı). Ancak genel kurul/ortaklar kurulu kararlarında bedel konusu gündeme gelmeyeceğinden satış bedelini belirlemek yetkisi yönetim kurulunun takdirinde olacaktır.

Bunun dışında kar payı dağıtılmasına ilişkin yönetim kurulu kararları da (bu yetki genel kurula ait olmasından dolayı) sermayenin korunması ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

¹⁸ **MOROĞLU, Erdoğan**, ; (Değerlendirme) s.185; **KENDİGELEN, Abuzer** s.279. MOROĞLU’na göre, dürüstlük kuralına aykırılığın değişik bir görünümü niteliğinde olan eşitlik ilkesine aykırılığın yaptırımını genel kurul kararları açısından iptal edilebilirlik iken bu düzenlemenin mantıklı bir gerekçesi olmayacağını ve hukuk güvenliği açısından sakıncalı olduğunu vurgulamaktadır.

¹⁹ **MOROĞLU, Erdoğan**; (Hükümsüzlük), s.194.

²⁰ **KORKUT, Ömer**: Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Adana 2012, s.78 vd.

²¹ **TEKİNALP, Ünal**: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul 2012, 2.Bası, s.154-155

3. PAYSAHIPLERİNİN VAZGEÇİLMEZ NİTELİKTEKİ HAKLARINI İHLAL EDEN VEYA BUNLARIN KULLANILMALARINI KISITLAYAN VEYA GÜÇLEŞTİREN KARARLAR

Bu hakların kapsamına yönetim kurulu veya genel kurul kararlarının butlanının tespiti veya iptalinin dava edilmesi, genel kurula katılma ve buna bağlı olan diğer haklar girmektedir. Bu hakların kullanılmasının sınırlandırılan veya güçleştiren yönetim kurulu kararları batıldır. Örneğin genel kurula katılabilmek için payların devrinden itibaren en az 12 ayın geçmesi gerektiği yönünde bir karar alınması veya iki hafta olan çağrı süresinin yönetim kurulu kararı ile 10 güne indirilmesi halinde veya pay sahibinin genel kurula katılma konusunda yetkilendireceği temsilcinin pay sahibi olmasının yönetim kurulu kararı ile şart kılınması (m.425 hükmüne açık aykırılık). Bunların dışında pay sahiplerine tanınan genel kurula katılma, öneride bulunma, oy kullanma, bilgi alma, inceleme, iptal davası açma, butlanın tespiti davası açma gibi haklar vazgeçilemez niteliktedir²².

Bu bend kapsamında ortaklık pay sahipleri defterine kaydedilme istemi yönetim kurulu kararıyla reddedilen, sermaye borcunu ödemediği gerekçesiyle ortaklıktan çıkarılıp yaptığı kısmi ödemelerden doğan haklarından yoksun bırakılan pay sahipleri ve üçüncü kişiler yönetim kurulu kararlarının butlanının tespitini açık bir kanun hükmüne dayandırabileceklerdir²³.

Bu açıklamalarımız çerçevesinde şunu belirtmek gerekir ki, m.391'de 1. bendde düzenlenen ilke hariç olmak üzere ki 2 ve 3. bendler pay sahiplerinin kanunen müktesep hak olarak gördüğü haklarını kaldıran veya sınırlayan kararları batıl sayar iken 4. benddeki düzenlemeler anonim şirketin genel yapısına aykırı kararların batıl olduğunu düzenlemektedir.

4. DİĞER ORGANLARIN DEVREDİLEMEZ YETKİLERİNE GİREN VE BU YETKİLERİN DEVRİNE İLİŞKİN KARARLAR

Maddede her ne kadar diğer organlarda dense de 6102 sayılı kanunda iki organın (Genel kurul ve yönetim kurulu) varlığı kabul edilmiştir. 6762 sayılı kanunda yer alan denetçi veya denetçilerin okuma yazma bile bilmesine gerek yoktu. Bir başka ifade ile asgari hiçbir şartı taşımalarına gerek yoktu.

6102 sayılı kanunda bağımsız ve uzman kişiler tarafından denetlemenin benimsenmesi neticesinde denetçilerin bir organ sıfatının bulunmadığı açıktır. Bu nedenle bu bentte kastedilen asıl olarak genel kurulun devredilemez yetki ve görevlerine giren konulara ilişkindir. Bu yetki ve görevler ise m.408'de 6 bend halinde açık bir şekilde sayılmıştır. Bu bendler içerisinde yer alan "önemli miktarda şirket varlığını toptan satışı"na ilişkin hüküm Adalet Komisyonu aşamasında eklenmiştir. Ancak bu hükmün şirketle işlem yapan üçüncü kişilerin korunması amacına aykırılık teşkil edeceği doktrinde vurgulanmıştır. (Yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri ise 375. maddede düzenlenmiştir).Hüküm, devredilemez yetkilerin bütün halinde olduğu gibi münferiden devrinde de uygulanır²⁴

Kanaatimce madde de her ne kadar diğer organlar denmişse de anonim şirketlerin iç yönergeleri çerçevesinde görev ve yetkileri belirlenen diğer birimlerinin (komite ve kurullar) yetki ve görevlerinin açıklanması durumunda buna aykırı yönetim kurulu kararlarının da butlanı tartışmaya açık olacaktır.

²² **TEKİNALP, Ünal:** s.154.

²³ **MOROĞLU, Erdoğan** (Değerlendirme), s.186.

²⁴ **KORKUT, Ömer:** s.83.

KISALTMALAR

b.	: bend
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
Dn.	: Dipnot
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
İsvBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
v.d.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay

KAYNAKÇA

ANSAY, Tuğrul : Anonim Şirket İdare Meclisi Kararlarının İptali Meselesi, BATİDER, C.II (1964), S.3, s.381 vd;

ARTHUR MEIER-

HAYOZ/PETER

FORSTMOSER : Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, &16, No: 216.

DOĞRUSÖZ, Bumin/

ONAT, Öznur/TUNCEL

TÖRALP, Funda : Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Türk Ticaret Kanunu, Ankara 2011, C.I, s.468.

ÇAMOĞLU, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2007, 2.Bası, s.79 vd;

ERİŞ, Gönen : Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, 2.Cilt, 2.Baskı, Ankara 2010, s.2286.

İMREGÜN, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, 4.Bası, İstanbul 1989, s.214.

KENDİGELEN,

Abuzer : Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012, s.279,

KORKUT, Ömer/YILMAZ,

Müslüm : İsviçre Federal Mahkemesi'nin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanına İlişkin Bir Kararının (133 III 77) Değerlendirilmesi, BATİDER, Aralık 2009, C.XXV, S.4, s.539 vd.

KURU, Baki/

BUDAK, Ali Cem : Tespit Davaları:İstanbul 2010, 2. Bası, s.81 vd.

MARC BAUEN/ROBERT

BERNET/NİCOLAS

ROUİLLER S : La Société Anonyme en Suisse 2007, s.182 vd.

MOROĞLU,

Erdoğan : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 6. Baskı, İstanbul 2012, s.23 vd (Hükümsüzlük).

MOROĞLU,

Erdoğan : 6102 Sayılı TTK Değerlendirme ve Öneriler, 7. Baskı, İstanbul 2012, s.185 (Değerlendirme).

ÖZKORKUT,

Korkut : Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara 1996, s.128;

POROY/TEKİNALP/

- ÇAMOĞLU** :Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11.Bası, İstanbul 2009, s.312 (N:534).
- PULAŞLI, Hasan** :Şirketler Hukuku, 10.Bası, Ocak 2011, Adana, s.316;
- TEKİNALP, Ünal**: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul 2012, 2.Bası, s.154-155.
- YILDIZ,**
Şükrü : Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004, s.27 vd.

ANONİM ORTAKLIK YÖNETİCİLERİNİN VE DENETÇİLERİNİN HUKUKİ VE CEZAI SORUMLULUĞU (TTK m. 549 – 563)

Yrd. Doç. Dr. Hanife DOĞRUSÖZ KOŞUT*

ÖZET

Bu çalışmada, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre anonim ortaklık yöneticilerinin ve denetçilerinin hukuki ve cezai sorumluluğu ele alınmıştır. Bu bağlamda, yönetici ve denetçi kavramları, sorumluluğu doğuran sebepler ve sorumluluğun koşulları irdelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yöneticiler, Yönetim Kurulu, Denetçi, Hukuki sorumluluk, Cezai sorumluluk

ABSTRACT

In this study, in accordance with 6102 numbered Turkish Commercial Law, the civil and criminal liability of the directors and auditors of incorporated companies is covered. In this respect, the concepts of director and auditor, the causes and conditions of liability are examined.

Keywords: Directors, Board of Directors, Auditor, Civil Liability, Criminal Liability

I) ANONİM ORTAKLIKTA HUKUKİ SORUMLULUK

1) Yeni Ticaret Kanununun Hukuki Sorumluluğa İlişkin Sistematiği

6762 sayılı *eTK*'dan farklı olarak¹, 6102 sayılı *yTK*'da, anonim ortaklıkta hukuki sorumluluğa ilişkin hükümlerin ayrı bir bölüm altında düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Buna göre hukuki sorumluluğa ilişkin hükümler onbirinci bölümde ve 549 ila 561. maddeler arasında düzenlenmiştir².

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ *eTK*'da kuruluşun doğan sorumluluk m. 305 ila 310, yönetim kurulunun sorumluluğu m. 336 ila 341, müdürlerin sorumluluğu ise m. 342'de düzenlenmiştir. Anonim ortaklık denetçilerinin sorumluluğu bakımından ise, *eTK* m. 359 bir düzenleme getirmekte idi. Söz konusu düzenleme, anonim ortaklık denetçilerinin sorumluluğu bakımından, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümler olan *eTK* m. 309 ila 341 gönderme yaparak, denetçilerin sorumluluğu bakımından da, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin kuralların geçerli olacağını öngörmüştür.

² Nitekim sorumluluğa ilişkin hükümlerin ayrı bir bölüm altında toplanması sistemi *İsvBK*'nunda da benimsenmiş bir sistemdir. *İsvBK*'nunda sorumluluğa ilişkin hükümler 752 ila 760 maddeler arasında düzenlenmektedir.

Hukuki sorumluluk halleri *yTK*'nin 549 ila 554 maddeleri arasında yer almaktadır. *yTK* m. 555'de "şirketin zararı" başlığı altında, genel olarak tazminat davasını düzenlemekte, 556. maddede şirketin iflasi halinde açılacak tazminat davası öngörülmektedir.

Genel olarak ibra *yTK* m. 558'de, kuruluş ve sermaye artırımında ibra ise, m. 559'da; sorumluluk davasına ilişkin zamanaşımı *yTK* m. 560'da, yetkili mahkeme ise *yTK* m. 561'de yer almaktadır. Cezai sorumluluk halleri *yTK*'nin 562. maddesinde, soruşturma ve kovuşturma usulü 563. maddesinde düzenlenmektedir.

2) Sorumluluk Sebepleri (*yTK* m. 549 – 554)

A) Belge ve Beyanların Kanuna Aykırılığından Doğan Sorumluluk (*yTK* m.549)

a) Sorumluluğu Doğuran Sebepler

yTK'nin 549. maddesinin kaynağını anonim ortaklığın kuruluşunda, vesikaların doğru olmamasından doğan sorumluluğu düzenleyen *eTK* m. 305 ve *İsvBK* m. 752³ oluşturmaktadır.

yTK m. 549 kuruluşun yanı sıra sermayenin artırılması, azaltılması, birleşme, bölünme, tür değiştirme, menkul kıymet çıkarma gibi durumlarda hukuki sorumluluğu düzenlemektedir⁴.

yTK m. 549, belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların, garantilerin "yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olması; gerçeğin saklanmış olması; diğer kanunlara aykırı olması" hallerinde sorumluluğun doğacağını düzenleyerek, sorumluluğu doğuran fiilleri *eTK* m. 305'e göre genişletmektedir⁵.

yTK m. 549'a göre, söz konusu belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanların hukuki ve cezai sorumluluklarının gerçekleşebilmesi için kusurlu hareket etmeleri aranmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu kişiler bakımından "kusursuz sorumluluk"

³ *yTK* m. 549'nun, *İsvBK* m. 752'den ayrılan yönleri ise şu şekilde özetlenebilir:

a.) *İsvBK* m. 752, genel olarak "izahname (Prospekthaftung/liability for a prospectus)" sorumluluğunu düzenlemektedir. Buna göre izahnamede veya buna benzer bildirimlerde yer alan şirketin çıkardığı hisselerin, bonoların veya diğer menkul kıymetlerin yanlış, yanıltıcı veya kanuna uygun olmamasından sorumluluğu düzenlemektedir. İzahname veya buna benzer bildirim şirketin kuruluşunda çıkarılabileceği gibi daha sonra da çıkarılabilir. Bu fiilleri kasden veya ihmalen yerine getiren veya bu fiillere katılan kişiler sebep oldukları zarardan sorumlu olacaktırlar. *yTK* m. 549'un kapsamı, birleşme, bölünme, tür değiştirme gibi durumları da kapsadığından daha geniştir. b.) *yTK* m. 549, belgeleri düzenleyenler bakımından "kusursuz", katılanlar bakımından "kusur" sorumluluğunu benimsemiştir. *İsvBK* m. 752'de ise bu tür bir ayırım söz konusu değildir. İsviçre doktrininde "buna benzer bildirimlerin/ähnliche Mitteilungen/similar notice" kapsamının yorumu açık olduğu belirtilmektedir. bkz. **FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY**, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Zurich- Basel-Genf 2005, N.49 ve 50.

⁴ **KENDİGELEN Abuzer**, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 396; *eTK* m. 305 ise sadece kuruluşa ilişkin beyannamelerin, vesikaların ve sair evrakın gerçeği yansıtması halinde hukuki ve cezai sorumluluğu düzenlemektedir.

⁵ **KENDİGELEN** bu noktada maddede, "kanuna aykırılık" veya en fazla "kanuna veya gerçeğe aykırılık" ibarelerinin kullanılmasının yeterli olacağını belirtmektedir. bkz. **KENDİGELEN**, s. 397; *eTK* m. 305'de kuruluşa ilişkin beyannamelerin, vesikaların ve sair evrakın "gerçeğe aykırı tanziminden" sorumluluğun doğacağını öngörmekte idi. Her iki maddede de, hem söz konusu belgeleri düzenleyenler hem de bunlara katılanların sorumlulukları bulunmaktadır.

geçerlidir. Diğer taraftan, "bunlara katılanlar" bakımından sorumluluğun gerçekleşebilmesi, kusurlarının varlığına bağlıdır.⁶

yTK m. 549'da halka açılmayla ilgili sadece izahname anılmış olmakla birlikte, her türlü belge hükmün kapsamına girmektedir⁷. Maddede anılan belgeler ve aykırılıklar da sınırlı sayıda (numerus clausus) değildir⁸.

b) Sorumluluğu Söz Konusu Olan Şahıslar

Hukuki sorumluluk davasında davalı sıfatı ise "düzenleyenler, beyanlarda bulunanlar ve taahhüt edenler" ile maddede anılan eylemlere "katılanlar"dır⁹. Bu kavramların, öğreti ve yargı kararıyla belirleneceği ifade edilmektedir¹⁰. İsviçre öğretisinde bu kişilerin, resmi kurucular, özellikle yönetim kurulu ve denetçiler olmak üzere şirket organları, izahnameyi veya buna benzer bildirimleri imzalayan kişiler, bankalar ve menkul kıymetlerin yatırılmasına yardım eden diğer kuruluşlar, danışmanlar özellikle avukatlar ve noterler olabilecekleri ifade edilmektedir¹¹.

B) Sermaye Taahhüdü ve Ödemelerle İlgili Yanlış Beyanlardan ve Pay Taahhütçülerinin Ödeme Yetersizliğinden Doğan Sorumluluk (yTK m. 550)

yTK'nun 550. maddesi, anonim ortaklığın sermayenin korunması amacını taşımaktadır. Bu aynı zamanda şirket alacaklıların korunması açısından önemlidir. Hükmün ilk fıkrasının kaynağını, eTK m. 306¹² oluşturmaktadır. yTK 550. maddenin ikinci fıkrası tamamen yenidir ve kaynağını AlmTK § 46 (4) oluşturmaktadır¹³.

a) Sorumluluğu Doğuran Sebepler

aa) Esas Sermaye Tamamen Taahhüt Edilmemişken Taahhüt Edilmiş Gibi Gösterilmesi veya Pay Bedellerinin Peşinen Ödenmesi Gereken Miktarın Kısmen veya Tamamen Ödenmemiş Olmasına Rağmen Ödenmiş Gibi Gösterilmesi (yTK m. 550/I)

yTK m. 550/I, anonim ortaklığın sermayesinin tamamen taahhüt edilmemişken, taahhüt edilmiş gibi gösterenlerin; kanun veya esas sözleşme hükümleri gereğince, pay bedellerinin peşinen ödenmesi gereken miktarın kısmen veya tamamen ödenmemiş olmasına rağmen, ödenmiş gibi gösterenlerin bu payları üstlenmiş kabul edileceğini ve bu payların karşılıklarının yanı sıra ayrıca şirketin uğradığı zararı da faizi ile birlikte ödemekle yükümlü olduklarını öngörmektedir.

⁶ KENDİGELEN, s. 396; diğer taraftan eTK m. 305'de, kusurdan bahsedilmediği için, sorumluluğun niteliği yönünden tartışmalara ve tereddütlere yol açıyordu, bkz. Gerekçe, madde 549, s. 204.

⁷ Gerekçe, madde 549, s. 204.

⁸ TEKİNALP Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları, İstanbul 2011, s. 260.

⁹ Gerekçe, madde 549, s. 204; TEKİNALP, s. 261.

¹⁰ Gerekçe, madde 549, s. 204.

¹¹ FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N. 51.

¹² Hükmün kaynağını teşkil eden eTK m. 306'da, esas sermayenin tamamıyla taahhüt edilmemişken taahhüt edilmiş veya karşılığı kanun hükümleri gereğince ödenmemiş iken ödenmiş gibi gösteren kurucuların, bu fillere iştirak edenlerin, bu payları kendi hesaplarına almak ve ödemek zorunda olduklarını, bu kişilerin müteselsilen sorumlu olacaklarını düzenlemekte idi. Görüldüğü üzere, eski düzenlemede kusura yer verilmediği için, "kusur sorumluluğunun" benimsendiği söylenebilir.

¹³ TEKİNALP, s. 262.

Bu fiilleri gerçekleştirenler bakımından “kusursuz sorumluluk” esasını benimsemektedir. Şirket yetkilileri bakımından ise “kusur sorumluluğu” hâkimdir. Söz konusu fiillere katılan şirket yetkilileri ancak kusurlu olmaları halinde, fiilleri gerçekleştirenlerle müteselsilen sorumlu olacaklardır.

bb) Sermaye Taahhüdünde Bulunan Kişilerin Ödeme Yetersizliğinin Bilinmesine Rağmen Duruma Göz Yumulması (yTK m. 550/II)

yTK m. 550/II ise, kuruluş veya sermaye artırımı sırasında, sermaye taahhüdünde bulunan bir kişinin ödeme yeterliliğinin olmadığını bilen ve buna rağmen onay veren kişiler, sermaye taahhüdü dolayısıyla oluşan borcun ödenmemesinden doğan şirket zararından sorumlu olacaklarını öngörmektedir. Maddede sorumluluğun gerçekleşebilmesi için ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilmek şart olduğundan, yTK m. 550/II'nin uygulanması bakımından “kusur sorumluluğunun” benimsendiği söylenebilir¹⁴.

b) Sorumluluğu Söz Konusu Olan Şahıslar

Sorumluluğu söz konusu olan şahıslar üç grup altında toplanabilir:

a) Anonim ortaklığın sermayesi tamamıyla taahhüt olunmamış olmasına rağmen, taahhüt edilmiş gibi gösterenler, birinci grubu oluşturmaktadır. Bu gruba anonim ortaklığın kuruluşunda söz konusu fiili gerçekleştiren kurucular, sermayenin artırılmasında ise yönetim kurulu üyeleri dâhil olabilir. Yönetim kurulu üyeleri, “şirket yetkilisi” olarak değerlendirilebileceğinden, bunların sorumlu olmaları kusurlu hareket etmelerine bağlıdır¹⁵. Yine yTK m. 341'e göre anonim ortaklığın kuruluşunda esas sermayeyi oluşturan payların tamamının kurucular tarafından esas sözleşmeye göre taahhüt olunduğunu onaylayan noter de davalılar arasında yer alabilir¹⁶.

b) Pay bedellerinin peşinen ödenmesi gereken miktarın kısmen veya tamamen ödenmemiş olmasına rağmen ödenmiş gibi gösterenler, ikinci grubu oluşturmaktadır. Bu gruba anonim ortaklığın kuruluşunda kurucular, sermaye artırımında ise yönetim kurulu üyeleri dâhildir¹⁷. Daha önce de belirttiğimiz üzere, yönetim kurulu üyeleri “şirket yetkilisi” olarak değerlendirildiğinden, sorumlulukları kusurlu olmalarına bağlıdır.

c) Sermaye taahhüdünde bulunan kişilerin ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilen ve buna rağmen onay veren kişiler üçüncü grubu oluşturmaktadır. Bu gruba dâhil olabilecek kişiler son derece çeşitli olup, somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir¹⁸.

C) Aynılara Değer Biçilmesinde Yolsuzluk Yapılmasından Doğan Sorumluluk (yTK m.551)

a) Sorumluluğu Doğuran Sebepler

yTK m. 551¹⁹ de, anonim ortaklığın sermayesinin sağlıklı olarak teşekkül etmesi ve sermayenin korunması esasına dayanmaktadır. Bunu tesis etmek amacıyla öncelikle,

¹⁴ KENDİGELEN, s. 398.

¹⁵ Nitekim gerekçede “şirket yetkilileri” ibaresinin geniş anlaşılması gerektiği, bu kapsama yönetim kurulu üyeleri ile işlem denetçilerinin dâhil olduğu ifade edilmektedir. bkz. Gereke, madde 550, s. 205.

¹⁶ TEKİNALP, ayrıca ticaret sicil memurlarına davanın yöneltilemeyeceği kanaatindedir. bkz. TEKİNALP, s. 264.

¹⁷ TEKİNALP, s. 264.

¹⁸ TEKİNALP, s. 264.

¹⁹ yTK m. 551 şu şekilde bir düzenleme öngörmektedir: “(1) Aynı sermayenin veya devralınacak işletme ile aynıların değerlendirilmesinde emsaline oranla yüksek fiyat biçenler, işletme ve aynın

yTK m. 343 gereğince anonim ortaklığa getirilen aynı sermayeye, kuruluş sırasında devralınacak işletme ve ayınlara, bilirkişilerce değer biçilmesi gerektiği öngörülmektedir²⁰. yTK m. 551 ise, söz konusu değer biçilmesinde yolsuzluk halini düzenlemektedir.

yTK m. 551, sadece anonim ortaklığın kuruluşunda değil, sermaye artırımında da uygulanır²¹. Sorumluluğu doğuran fiiller ise genişletmektedir. Buna göre, hileli davranma şartı aranmaksızın²² “işletmeye veya ayınlara emsaline oranla yüksek fiyat biçmek, niteliğini veya durumunu farklı göstermek, başka bir şekilde yolsuzluk yapmak” sorumluluğu doğuran fiiller olarak belirtilmektedir. Madde gerekçesinde işletme veya ayının niteliğinin farklı gösterilmesine örnek olarak: arsanın bina; sosyal amaçlı yapının üretim birimi, meskenin turistik tesis olarak gösterilmesi; durumunun farklı olarak gösterilmesine örnek olarak: imar durumu yokken varmış gibi gösterme, imar durumunu olduğundan iyi gösterme, imar durumu hakkında belirtme yapmama gösterilmektedir. Başka bir tarzda yolsuzluk yapılmasına örnek olarak: kurucular kabul etmemişken etmiş göstermek, mahkeme bilirkişisi yerine özel bilirkişiden rapor almak gösterilmektedir²³.

yTK m. 551, “kusur” esasına dayalıdır²⁴. Dolayısıyla maddenin uygulanması için, şahısların kusurlu hareket etmiş olmaları şarttır.

b) Sorumluluğu Söz Konusu Olan Şahıslar

Sorumluluğu söz konusu olan şahıslar somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir²⁵. Anonim ortaklığın kuruluşunda kurucular, kuruluştan sonra ise yönetim kurulu üyeleri, müdürler, ticari mümessil, ticari vekil gibi şirket yöneticileri, yTK m. 343’e göre atanan bilirkişiler, onlarla yolsuzluk konusunda işbirliği yapan avukatlar, belediye ve imar idaresi gibi resmi yetkililer davalı sıfatına sahip olabilir²⁶.

C) Halktan Usulsüz Para Toplanmasından Doğan Sorumluluk (yTK m.552)

a) Sorumluluğu Doğuran Sebep

yTK m. 552’nin, *eTK*’da bir karşılığı bulunmamaktadır. Hüküm yeni bir hükümdür. Kanun gerekçesinde hükmün düzenlenme amacı, yakın zamanda özellikle yurt dışındaki Türk vatandaşlarından ve ülkemizdeki vatandaşlardan, bir anonim şirket kurmak veya sermayeyi artırmak amacıyla izinsiz ve denetimsiz şekilde halktan para toplanmasına yönelik girişimlerin önlenmesi olarak belirtilmektedir²⁷.

Bu amaçla hükümde, bir şirket kurmak veya şirketin sermayesini artırmak amacıyla veya vadiyle halka her türlü yoldan çağrıda bulunarak para toplanmasının yasak

niteliğini veya durumunu farklı gösterenler ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar, bundan doğan zarardan sorumludur.”

²⁰ PULAŞLI, s. 1853.

²¹ KENDİGELEN, s. 398. Hükmün kaynağını oluşturan *eTK* m. 307, sadece anonim ortaklığın kuruluşunda, nakdi sermaye dışında aynı sermaye getirilmesi durumunda, bu aynı sermayeye değer biçilirken hileli hareket edilmesini, yani bu aynı sermayeye fazladan değer biçilmesini düzenlemektedir, bkz. POROY/(TEKİNALP/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2009, s. 294.

²² Gerekçe, madde 551, s. 205. *eTK* m. 307’nin uygulanması, aynı sermayeye, devralınacak işletmeye ve ayınlara “hileli” şekilde değer biçilmesine bağlı idi.

²³ Gerekçe, madde 551, s. 205.

²⁴ Gerekçe, madde 551, s. 205.

²⁵ Gerekçe, madde 551, s. 205.

²⁶ PULAŞLI, s. 1853; TEKİNALP, s. 269.

²⁷ Gerekçe, madde 552, s. 205.

olduğu ifade edilmektedir²⁸. Ancak halktan para toplanmasına ilişkin sebepler sınırlı sayıda (numerus clausus) değildir²⁹.

Bu yollarla para toplanmaya başlanmışsa veya bu tür bir girişim varsa, SPKur, tedbiren bu işlemin veya girişimin hemen durdurulmasını, toplanan paraların koruma altına alınmasını, gerekli diğer önlemlerin uygulanmasını, gereğinde kayyım atanmasını Ankara Asliye Ticaret Mahkemesinden isteyebilir. Bu tür önlemleri alma herhangi bir süreye veya aşamaya bağlanmadığı gibi, Ankara Ticaret Mahkemesi de tek yetkili mahkeme değildir³⁰. SPKur durumun özelliklerine göre, yabancı bir mahkemeye veya uygun göreceği başka bir yetkili mahkemeye veya yetkili bir makama başvurabilir³¹.

Bu yollarla para toplananlar, bu fiilden haberdar olan kurumlar, şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri, girişimcileri toplanan paranın derhal SPKur'nun belirlediği bir mevduat veya katılım bankasına yatırılmasından müteselsilen sorumludurlar.

SerPKur'nun izninin varlığı halinde ise, toplanan paralar, izin tarihinden itibaren altı ay içinde öngörülen amaca uygun olarak kullanılmadığı veya ciddi bir şekilde kullanılmaya başlanılmadığı takdirde, yani şirketin kurulmadığı veya kurulması için kanuni tutarın yatırılması gibi bazı aşamaların aşılmadığı durumda, yine SPKur yTK m. 552/I'de yer alan tedbirleri uygulamaya yetkilidir. Altı aylık süre, mahkeme tarafından uzatılabilir.

yTK m. 552'nin uygulanması "kusura" bağlı değildir. Maddede yer alan "halk" ibaresi de geniş anlaşılmalıdır.

b) Sorumluluğu Söz Konusu Olan Şahıslar

yTK m. 552'ye göre, davalılar somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Buna göre, anonim ortaklık kurmak veya mevcut bir anonim ortaklığın sermayesinin artırmak vaadiyle haktan para toplayanlar, bu fiilden haberdar olan kurumlar, şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri, girişimcileri davalı sıfatına sahip olabilir. yTK m. 552'ye göre, davacı sıfatı münhasıran SPKur'na aittir.

C) Kurucuların, Yönetim Kurulu Üyelerinin, Yöneticilerin ve Tasfiye Memurlarının Sorumluluğu (yTK m. 553)

a) Genel Olarak

yTK m. 553, kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla³² ihlal ettikleri takdirde sorumluluklarını düzenlemektedir. Ancak maddede zikredilen kişiler, sınırlı sayıda (numerus clausus) değildir. Hükmün kapsamına maddede sayı-

²⁸ 6102 sayılı TTK'da 552. maddenin ilk paragrafı 6335 sayılı "Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 27. maddesi ile değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile, SPKur'nun izni olsa dahi, bir şirket kurmak veya şirketin sermayesini artırmak amacıyla yahut halka her türlü yoldan çağrıda bulunarak para toplanması yasaktır.

²⁹ Gerekeç, madde 551, s. 205.

³⁰ Gerekeç, madde 551, s. 206.

³¹ Gerekeç, madde 551, s. 206.

³² "Kusurlarıyla" ibaresi, 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 28. maddesi ile eklenmiştir.

lanlar dışında fiili organlar da dâhil olabilir³³.Hükümün kaynağını *İsvBK* m. 754 oluşturmaktadır³⁴.

b) Yönetim Kurulu Üyesi ve Yönetici Kavramı

aa) Yönetim Kurulu Üyeleri

Yönetim kurulu *yTK* m. 359’da tanımlanmaktadır. Buna göre bir gerçek veya tüzel kişi yönetim kurulu üyesi olabilir. Yönetim kurulu üyeleri, esas sözleşme ile atanmış olabilir veya genel kurul tarafından seçilebilir. Ancak temsile yetkili yönetim kurulu üyelerinden en az birinin, Türk vatandaşı olması ve Türkiye’de bulunması şarttır.

Bir tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesi halinde, tüzel kişi tarafından belirlenen bir gerçek kişi tescil ve ilan edilir; tescil ve ilan yapılmış olduğu da ayrıca şirketin internet sitesinde hemen açıklanır. Tüzel kişi adına yönetim kurulu toplantılarına katılma ve oy kullanma hakkı, münhasıran tescil ve ilan edilen bu gerçek kişiye aittir.

Görüldüğü üzere, *yTK* m. 553’e göre bir kişinin yönetim kurulu üyesi olarak sayılabilmesi ve sorumluluğunun doğabilmesi için, esas sözleşme ile atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş olması yeterlidir. Dolayısıyla yönetim kurulu üyesi olarak atanan veya seçilen kişinin, ticaret siciline tescil edilip edilmediği gibi, gerçekten yönetim kurulu üyeliğini ifa edip etmediği de önemli değildir³⁵.

bb) Yöneticiler

Yöneticilerin kim ya da kimler olduğu, *yTK*’da tanımlanmamaktadır. Ancak doktrinde yöneticilerin, anonim ortaklık adına karar alan ve onu icra yetkisine sahip olan veya imza yetkisi bulunan kişiler olduğu belirtilmektedir³⁶. Bu kapsama Murahhas Müdür, genel müdür, genel müdür yardımcıları, ticari mümessil, ticari vekil, CEO, genel koordinatör gibi sıfatları taşıyanlar dâhildir³⁷.

Madde gerekçesinde, mehz *İsvBK* m. 754’de yer alan “yönetim ve tasfiye ile uğraşan, alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen/all persons involved in management or liquidation” ifadesine özellikle yer verilmediği

³³ **TEKİNALP**, s. 270, 271.

³⁴ Ancak *yTK* m. 553, *İsvBK* m. 754’den dört temel noktada ayrılmaktadır: a.) *yTK* m. 553’de sorumluların çerçevesi belirlenmiştir. Buna göre sorumlular “kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler, tasfiye memurlarıdır”. *İsvBK* m. 754’de ise sorumluluğu söz konusu olanlar “yönetim kurulu üyeleri ile, yönetim ve tasfiye ile uğraşan tüm kişilerdir/die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen/the members of the board of directors and all persons involved in management or liquidation”. Buna göre *İsvBK* m. 754’ün uygulama kapsamının daha geniş olduğu sonucuna varılmalıdır. b.) *yTK* m. 553’de “kurucuların” da sorumluluğuna yer verilmektedir. Diğer taraftan *İsvBK* m. 754’de “kurucuların” sorumluluğuna yer verilmemiştir. c.) *yTK* m. 553’de sorumluluğu doğuran sebep, “kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlerin ihlali” olarak açıkça belirlenmiştir. *İsvBK* m. 754’de ise sorumluluğu doğuran sebep “yükümlerin ihlali/ihrer Pflichten verursachen/violation of their duties” olarak belirlenmiş olduğundan, bu konuda belirsizliklere neden olabilmektedir. d.) *yTK* m. 553’de kusurun derecesi bakımından ayrıma gidilmemiştir. Bu ayrımın zaten *BK* m. 43 ve 44’de yapıldığı farz edilmektedir. *İsvBK* m. 754’de ise, “kast ve ihmale/absichtliche oder fahrlässige/intentional or negligent” açıkça vurgu yapılarak, kusurun derecesi bakımından ayrıma gidilmiştir. Gerekçe m. 553, s. 206.

³⁵ **PULAŞLI**, s. 1860.

³⁶ **TEKİNALP**, s. 271.

³⁷ **TEKİNALP**, s. 271; **PULAŞLI**, s. 1864

ifade edilmektedir³⁸. Mehzada yer alan "uğraşan/befassten/involved" ifadesi, görevli olmadığı halde yönetime ve tasfiyeye karışan, talimat veren, yönetimi ve tasfiyeyi yönlendiren, bir bakıma arkadan yöneten büyük pay sahipleri başta olmak üzere, gizli yöneticiler ve tasfiye memurlarını (öğretideki deyimle, "fiili organ/de facto organ") kastetmektedir³⁹. Bu geniş kapsamlı ibarenin hukukumuzda aktarılması halinde (banka hukukundaki deneyim ve birikim gözönüne alınınca) ibarenin amacı ve İsviçre'deki anlayışı aşan bir anlam ve boyut kazanacağından endişe edilmiş ve böyle ucu açık bir ibareyi hükme koymak yerine mevcut "yöneticiler" sözcüğünün yorumlanmasının öğretiyi ve yargı kararlarına bırakılmasının, bu yolla daha dinamik bir anlayışın hukukumuzda egemen olabileceği düşünülmüştür. Ancak doktrinde somut olayın özelliklerinin haklı göstermesi halinde "fiili organların/de facto organların" da, "yönetici" kavramına dâhil edilebileceği belirtilmektedir⁴⁰.

c) Sorumluluğu Doğuran Sebep: Kanundan veya Esas Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerin İhlali

aa) Kavram

yTK m. 553'e göre, sorumluluğu doğuran sebep, "kanundan veya esas sözleşmeden kaynaklanan yükümlüklerin ihlal" edilmiş olmasıdır. Buna göre, "yükümlülük ihlali" kavramı ve sınırlarının tespit edilmesi önemlidir.

Doktrinde yükümlülük kavramı, yönetim kurulunun bir görevi ve/veya yetkisi bağlamında, kanunda veya esas sözleşmede öngörülen hususlardaki yapma veya yapmama zorunluluklarını ifade ettiği belirtilmektedir⁴¹. **Yükümlülük özelliği gösteren görev ve yetkiler, anonim ortaklığı, pay sahiplerini ve alacaklıları korumaya yönelik olanlardır**⁴².

Bu anlamda yTK'da düzenlenen yükümlülükler şu şekilde belirlenebilir. Öncelikle yönetim kurulu üyelerinin "özen ve bağlılık yükümlülüğünü" düzenleyen yTK m. 369'un, yTK m. 553 anlamında kanundan doğan bir yükümlülük olduğu söylenebilir⁴³. Buna göre tedbirli bir yöneticinin özeniyle görevini yerine getirmemek, şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralı uyarınca gözetmemek bir yükümlülük ihlali olarak karşımıza çıkmaktadır.

İkinci olarak, yönetim kurulu üyelerinin görev ve yetkilerini düzenleyen yTK 374. madde "yükümlülük" kavramının belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilir⁴⁴. yTK 374. madde, yönetim kurulunun şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkili olduğunu düzenlemektedir. Bu yönetim kurulu için hem bir yetki hem de bir görevdir. Ancak bu görev ve yetkilerin tümü yükümlülük özelliği göstermez.

Bu kapsama, sermayenin ve malvarlığının korunması, eşit işlem ilkesine uygun davranma, finansal tabloların Türkiye Muhasebe Standartlarına göre hazırlanması, ortaklığın internet sitesinin kanuna uygun şekilde işletilmesi dâhildir⁴⁵.

³⁸ Gerekeç m. 553, s. 206.

³⁹ İsviçre öğretisinde, yönetim görevini yerine getiren kişilerin, resmi olarak atamı atanmadıklarına bakılmaksızın "de facto organ" olarak adlandırıldığı ifade edilmektedir. bkz. FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N. 10.

⁴⁰ TEKİNALP, s. 271; PULAŞLI, s. 1865.

⁴¹ TEKİNALP, s. 271.

⁴² TEKİNALP, s. 271.

⁴³ TEKİNALP, s. 271.

⁴⁴ TEKİNALP, s. 271.

⁴⁵ TEKİNALP, s. 271, 272.

bb) Yükümlülük Niteliğinde Olmayan Görev ve Yetkiler

Anonim ortaklığı ve pay sahiplerini koruyucu niteliği olmayan, ancak kanun veya esas sözleşme ile yönetim kuruluna verilen görev ve yetkiler, yükümlülük niteliğinde değildir ve bu görev ve yetkilerin ihlali, yönetim kurulu üyelerinin *yTK* m. 553 anlamında sorumluluklarını doğurmaz⁴⁶. Bu görev ve yetkiler şu şekilde özetlenebilir⁴⁷: ticari mümessil ve ticari vekil atanmasına ilişkin *yTK* m. 368, esas sözleşmenin eskiyen hükümlerinin değiştirilmesine ilişkin *yTK* m. 453, anonim ortaklığın esas sermayesinin azaltılmasına ilişkin *yTK* m. 473, imtiyazlı pay çıkarılmasına ilişkin *yTK* m. 478... vs. gibi.

d) Gözetim Sorumluluğu

6702 sayılı TTK uygulamasında, yönetim hakkının yönetim kurulu üyeleri arasında taksim edilmesi halinde, her üye veya grubun, kendi görevli olduğu kısımdan sorumlu olacağı, ancak yönetim kurulunun heyet olarak “gözetim/nezaret” görevi devam edeceği ifade edilmekte idi⁴⁸. Buna göre, yönetim kurulu üyeleri nezaret görevlerini gereği gibi yerine getirmemeleri halinde *eTK*. m.336/5’e göre sorumlu tutulabileceklerdir. Nitekim, aynı sonuca “özen borcuna” aykırı davranış nedeniyle varılması da mümkündür⁴⁹.

yTK 553. maddenin 3. fıkrası ise, hiç kimsenin kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamayacağını; bu sorumlu olmama durumunun gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmayacağını düzenlemektedir. Böylelikle, “soyut nitelikte bir gözetim ve özen borcuna aykırılık gerekçesine dayalı sorumluluk sisteminin” terk edildiği ifade edilmektedir⁵⁰. Dolayısıyla yönetim kurulu üyesi, kanuna uygun olarak gerçekleştirilen bir yetki devri olması halinde, kontrolü dışında gerçekleşen kanuna veya sözleşmeye aykırı bir davranış veyahut yine kontrolü dışında gelişen bir yolsuzluk nedeniyle gerçekleşen zarardan sorumlu olmayacaktır. Bunun için yönetim kurulu üyesinin meydana gelen kanuna ya da esas sözleşmeye aykırılığın veya yolsuzluğun “kontrolü dışında kaldığını” ispatlaması gerekmektedir. Bunu ispatlaması durumunda, sorumluluğu söz konusu olmayacaktır ve bu sorumlu olmama durumu “gözetim ve özen yükümü” gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmayacaktır.

Diğer taraftan *yTK* m. 375/e’de “yönetimle ilgili kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetiminin” devredilemez görev ve yetkilerden olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu yükümlülükle ilgili sorumluluklardan yönetim kurulu kurtulamaz⁵¹.

Ancak hem devredilemez hem de devredilebilir görev ve yetkilerle ilgili gözetim yükümlülüğünün sınırları *yTK* m. 553/3’de belirlenmiştir ve bu hükmün aksi kararlaştırılmaz⁵². Madde gerekçesinde hükmün yönetim ile görevli kişilerin bu arada yönetim kurulu üyelerinin uygun nedensellik bağının veya kusurlarının yokluğu ha-

⁴⁶ **TEKİNALP**, s. 273.

⁴⁷ **TEKİNALP**, s. 273, 274.

⁴⁸ **ÇAMOĞLU Ersin**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, İstanbul 2007, s.181 ve 182.

⁴⁹ **ÇAMOĞLU**, s.182.

⁵⁰ **KENDİGELEN**, s. 402.

⁵¹ **TEKİNALP**, s. 278.

⁵² **TEKİNALP**, s. 278.

linde, soyut bir gözetim (nezaret) görevi anlayışına dayanılarak sorumlu tutulmalarına engel olmak amacıyla öngörüldüğü belirtilmektedir⁵³.

e) Kusur Sorumluluğu

yTK m. 553/1'e göre, kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluktan kurtulabilmesi için "kusursuz" olduklarını ispatlamaları gerekmektedir. Bu düzenleme eTK 338. maddesine de paralel bir düzenlemeydi. Dolayısıyla hem eski hem de yeni sistemde "kusur karinesi" öngörülerek, sorumlu tutulan kişilerin sorumluluktan kurtulabilmelerini, kusurlu olmadıklarını ispat etmeleri şartına bağlanmıştı.

Söz konusu hüküm, 6335 sayılı Kanun ile değiştirilerek, yükümlülüklerin ihlali "kusurlu" hareket etme şartına bağlanmıştır. Dolayısıyla yTK'nun 553. maddesine göre açılacak sorumluluk davasında, davacıların, davalıların kusurlu hareket ettiklerini ispat etmeleri şarttır.

C) Denetçilerin ve İşlem Denetçilerinin Sorumluluğu (yTK m.554)

yTK m. 554, anonim ortaklık denetçilerinin ve özel denetçilerin⁵⁴ kanuni görevlerini yerine getirirken, kusurlu hareketleri ile şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı sorumlu olacaklarını düzenlemektedir.

a) Sorumluluğu Söz Konusu Olanlar ve Görevleri

aa) Denetçi Kavramı

yTK m. 554'e göre, sorumluluğu söz konusu olanlar anonim ortaklığın veya şirketler topluluğunun yılsonu ve konsolide finansal tablolarını, raporlarını, hesaplarını denetleyen bağımsız denetçilerdir.

Bu kapsama bağımsız denetim kuruluşları, yeminli mali müşavirler, serbest yeminli mali müşavirler dâhildir⁵⁵.

bb) Özel Denetçi Kavramı

yTK m. 554, "denetçinin ve işlem denetçisinin sorumluluğu" madde başlığını taşımakla birlikte, madde içeriğine bakıldığında "özel denetçinin" de sorumluluk kapsamında olduğu anlaşılmaktadır. Madde başlığı ile içeriğinin uyumlu olmaması doktrinde eleştirilmektedir⁵⁶.

⁵³ Gerekçe m. 553, s. 208.

⁵⁴ 6102 sayılı TTK'nun 554. maddesinde "işlem denetçilerinin" sorumluluğu da düzenlenmiş iken, 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile "işlem denetçilerinin sorumluluğu" hükümden çıkarılmıştır.

⁵⁵ **TEKİNALP**, s. 289. Bağımsız denetçinin görevleri şu şekilde sıralanabilir: anonim ortaklığın ve şirketler topluluğunun yılsonu ve konsolide finansal tablolarını, raporlarını, hesaplarını; yTK m. 397'ye göre yönetim kurulunun faaliyet raporlarının yıllık finansal tabloların değerlendirilmesine ilişkin kısımlarını, pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde yTK m. 378'e göre oluşturulması gereken risk yönetimi komitenin kurulup kurulmadığını, işleyip işlemediğini, komitesinin raporlarını denetlemektedir. Bununla birlikte bağımsız denetçiler, Türkiye Denetim Standartlarına uygun, nitelikli bir denetleme yapmakla yükümlüdürler. Bağımsız denetçilerin yukarıda sayılan görevlerini yerine getirmemeleri veya Türkiye Denetim Standartlarına uygun denetim yapmamaları halinde, yTK m. 554'e göre sorumlulukları doğacaktır; bkz. **TEKİNALP**, s. 289.

⁵⁶ **KENDİGELEN**, s. 402.

Anonim ortaklıklarda özel denetçi atanması prosedürü *yTK* m. 438'de düzenlenmektedir. Maddeye göre, her pay sahibi, pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını, gündemde yer almasa bile genel kuruldan isteyebilir. II. Fıkraya göre ise, genel kurulun bu istemi onaylaması durumunda, şirket veya her bir pay sahibi otuz gün içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret merkezinde özel denetçi atanması talebinde bulunabilir.

Dolayısıyla özel denetçi "belirli/özel" bir olayı denetlemekle görevlendirilen konunun uzmanı kişidir. Özel denetçinin atanması için, pay sahibinin daha önce bilgi alma ve inceleme hakkını tüketmiş olması, buna rağmen tatmin edici bir sonuca ulaşmaması gerekir.

Özel denetçinin görevi, somut olayda kendisine tevdi edilen "belirli/özel" olayı tarafsız ve bağımsız olarak inceleme, denetleme görevidir. Bu görev çoğunlukla yönetim kurulunun, üyelerinin ve yöneticilerinin sorumluluklarını ilgilendiren, finansal tablolarla yakından bağlantılı denetim görevidir⁵⁷.

b) Sorumluluğu Doğuran Sebepler

yTK m. 554'de belirtilen kanuni görevlerini yerine getirmeyen veya getirilmesinde kusurlu hareket eden denetçi ve özel denetçi, hem şirkete hem de pay sahipleri ile şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumlu olacaklardır.

Hükümdeki sorumluluk "kusur sorumluluğudur"⁵⁸. Ancak 6102 sayılı TTK'da kusurun ispatı bakımından farklılık söz konusuydu. Anonim ortaklık kurucularının, yöneticilerinin, yönetim kurulu üyelerinin ve tasfiye memurlarının sorumluluğunu düzenleyen *yTK* m. 553'de, "kusur karinesi" öngörülmüşken; *yTK* m. 554'de denetçinin, işlem denetçisinin ve özel denetçinin kusurunu ispat yükü iddia edene yüklemiştir⁵⁹. 6335 sayılı Kanun ile *yTK* m. 553'e yükümlülüklerin ihlali "kusurlu" hareket etmeye bağlanmış ve 554. maddede yer alan "kusuru iddia eden ispatlar" cümlesi hükümden çıkarılmıştır. Böylelikle hem 553. hem de 554. maddeye göre açılacak sorumluluk davasında, davacı, davalıların kusurunu ispat etmekle yükümlü kılınmıştır.

Denetçilerin sır saklama yükümünü ihlâl etmeleri halinde sorumlulukları *yTK* m. 404'de ayrı olarak düzenlendiğinden, *yTK* 554. madde kural olarak 404. maddenin kapsamına giren ihlâllerde uygulanmaz⁶⁰.

c) Sorumluluğu Söz Konusu Olan Şahıslar

Kanuni yükümlülüklerini yerine getirmeyen veya bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde kusurlu davranan denetçi ve özel denetçidir. Dolayısıyla davalılar sınırlı sayıdadır (numerus clausus).

3) Sorumluluk Sebeplerine Uygulanacak Ortak Hükümler (*yTK* m. 555– 561)

A) Şirket Zararının Dava Edilmesi (*yTK* m. 555 - 556)

a) Anonim Ortaklık Faaliyette İken Anonim Ortaklığın Zararının Dava Edilmesi (*yTK* m. 555)

Henüz anonim ortaklık faaliyette iken, yani iflas etmemişken, *yTK* m. 549'da yer alan "belgelerin ve beyanların kanuna aykırılığından"; *yTK* m. 550'de yer alan

⁵⁷ TEKİNALP, s. 290.

⁵⁸ TEKİNALP, s. 291; KENDİGELEN, s. 403.

⁵⁹ KENDİGELEN, bu durumun aynı zamanda sözleşme hukukundaki geçerli temel ilkelere (BK m. 112, eBK m. 96) aykırılık oluşturduğunu belirtmektedir. bkz. KENDİGELEN, s. 403.

⁶⁰ Gerekçe Madde 554, s. 208.

sermaye taahhüdü ve ödemelerle ilgili yanlış beyanlardan ve pay taahhütçülerinin ödeme yetersizliğinden; *yTK* m. 551'e göre aylara değer biçilmesinde yolsuzluk yapılmasından; *yTK* m. 552'ye göre halktan usulsüz para toplanmasından; *yTK* m. 553'de yer alan kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının kanuna veya esas sözleşmeye aykırı davranışlarından; *yTK* m. 554'de yer alan denetçilerin, işlem denetçilerinin ve özel denetçilerin kanuna aykırı fiillerinden kaynaklanan sorumluluk hallerinden birinin gerçekleşmesi dolayısıyla anonim ortaklığın zarara uğraması durumunda, *yTK* m. 555'de ifade edilen "şirket zararı" dava edilebilir.

yTK m. 555, *eTK* 309 ve 336. maddelerinden farklılık göstermektedir. *yTK* 555. madde şirketin uğradığı zararın tazmini için **şirkete** ve **sadece pay sahiplerine** dava hakkı tanımaktadır. Bunun nedeni anonim ortaklığın malvarlığının ve pay sahibinin katılma değerini korumak olarak gösterilmektedir⁶¹. Maddede yer alan zarar şirket bakımından "**doğrudan**" zarar, pay sahipleri bakımından ise "**dolaylı**" zarardır⁶². Dolayısıyla pay sahipleri açtıkları sorumluluk davasında hükmedilecek tazminatın ancak şirkete ödenmesini talep etmek zorundadırlar.

eTK m. 309 ve *eTK* m. 336'da ise şirket alacaklıları da sorumluluk davası açabilmekte idi. Şirket alacaklıları ancak şirketin iflası halinde *yTK* m. 556'ya göre sorumluluk davası açabilirler⁶³.

yTK m. 555/II'de pay sahibinin açtığı davada, hukuki ve maddi sebeplerin haklı göstermesi halinde, mahkemenin, dava giderleri ve avukatlık ücretini, bu giderlerin davalıya yükletilemediği hallerde, davacı pay sahibi ile anonim ortaklık arasında, hakkaniyete göre paylaşılacağı düzenlenmektedir. İkinci fıkranın öngörülmesinin nedeni, pay sahibinin, uğradığı zarar karşısında hareketsiz kalan şirket yerine davayı açacağı için, dava giderlerini düşünüp davadan vazgeçmesini önlemektir⁶⁴.

b) Anonim Ortaklığın İflasında Anonim Ortaklığın Zararının Dava Edilmesi (yTK m. 556)

yTK m. 556, zarara uğrayan anonim ortaklığın iflası halinde, anonim ortaklığın zararının dava edilmesi hakkı anonim ortaklık ve pay sahiplerinin yanı sıra şirket alacaklılarına da tanınmıştır. Bu davada anonim ortaklık "doğrudan" zararını, pay sahipleri ve şirket alacaklıları ise, "dolaylı" zararını talep edebilir. Ancak pay sahiplerinin ve alacaklıların bu talep hakları öncelikle iflas idaresi tarafından ileri sürülebilir.

yTK m. 556/II'ye göre, iflas idaresi anonim ortaklığın uğradığı zararın tazmini için dava açmaması halinde, her bir pay sahibi veya şirket alacaklısı söz konusu davayı açabilecektir. Bu durumda davayı açan pay sahibi veya şirket alacaklısı lehine bir düzenleme getirilerek, dava sonunda elde edilen hasıladan öncelikle davayı açan alacaklıların alacağına, ardından kalan bakiyeden davacı pay sahiplerinin sermaye payları oranında kendi hisselerine düşen kısmının, geriye kalan tutarın ise iflas masasına ödeneceği öngörülmektedir.

Nihayet *yTK* m. 556/III'de, şirketin istemlerinin devrine ilişkin *İİK*'nin 245. maddesinin saklı tutulduğu ifade edilmektedir.

⁶¹ **TEKİNALP**, s. 292; **KENDİGELEN** gerekçede yer verilen birinci fıkrada doğrudan ve dolaylı zarar ayırımının yapılmadığına yönelik açıklamanın tamamen yanıltıcı olduğunu ifade etmektedir. bkz. **KENDİGELEN**, s. 404.

⁶² **TEKİNALP**, s. 291;

⁶³ **KENDİGELEN**, s. 404.

⁶⁴ Gereke Madde 555, s. 208.

II) Anonim Ortaklıkta Cezai Sorumluluk (yTK m. 562 ve 563)

yTK'nun on birinci bölümünde yer alan hukuki sorumluluk hallerinden bazıları, yTK'nun 562. maddesinde cezai müeyyidelere bağlanmıştır. Bu maddede öngörülen suçların kovuşturulması, suçtan zarar gören kişinin şikâyetine bağlı değildir. (yTK m. 563) Buna göre, şu hukuki sorumluluk halleri, cezai sorumluluğu da gerektirmektedir:

a.) yTK m. 549'da yer alan "belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olmasına" aykırı hareket eden kişiler bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır (yTK m. 562/8)

b.) yTK m. 550'da yer alan "sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesine" aykırı hareket eden kişiler üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır (yTK m. 562/9)

c.) yTK m. 551'de yer alan "değer biçilmesinde yolsuzluk" fiilinde bulunanlar üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır (yTK m. 562/10)

d.) yTK m. 552'de yer alan "halktan para toplamak" fiilinde bulunanlar altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır (yTK m. 562/11)

Sorumluluğu söz konusu olan şahısların yukarıda sayılan fiillerinin, daha ağır bir cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, bu hükümlere göre cezalandırılmaları söz konusu olacaktır. (yTK m. 562/13)

SONUÇ

6102 sayılı yTK'da, anonim ortaklıkta hukuki sorumluluğa ilişkin hükümlerin, ayrı bir bölüm olan, onbirinci bölümde düzenlenmesi kanaatimizce kanun yapma tekniği bakımından uygundur. 549 ila 561. maddeler arasında yer alan bu hükümlerin bir kısmı tamamen yenidir⁶⁵; bir kısmının kaynağını ise eTK⁶⁶, da bulmak mümkündür.

yTK m. 549 ila 552. maddeler arasında özel sorumluluk sebepleri; 553. maddede kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumlulukları; 554. maddede ise denetçilerin ve özel denetçilerin sorumlulukları genel olarak düzenlenmektedir. 6335 sayılı Kanun ile yTK'nun 553. maddesinde yapılan değişiklik ile, yükümlülüklerin ihlali "kusurlu" hareket etme şartına bağlanarak ve 554. maddede yapılan değişiklik ile hükümde daha önce yer alan "kusuru iddia eden ispatlar" cümlesi hükümden çıkarılarak hem kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları hem de denetçiler ile özel denetçiler açılacak sorumluluk davalarında, kusuru ispat yükü davacıya bırakılmıştır.

Bununla birlikte yTK 553 maddenin 3. fıkrası ise, hiç kimsenin kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamayacağını; bu sorumlu olmama durumunun gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmayacağını düzenlemektedir. Diğer taraftan yTK m. 375/e'de "yönetimle ilgili kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetiminin" devredilemez görev ve yetkilerden olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla

⁶⁵ Örneğin yTK 550. maddenin ikinci fıkrası tamamen yenidir ve kaynağını AlmTK § 46 (4) oluşturmaktadır. Halktan usulsüz para toplanmasından doğan sorumluluğu düzenleyen 552. madde tamamen yenidir.

⁶⁶ Örneğin belge ve beyanların kanuna aykırılığından doğan sorumluluğu düzenleyen yTK'nun 549. maddesinin kaynağını eTK m. 305 ve İsvBK m. 752; sermaye taahhüdü ve ödemelerle ilgili yanlış beyanlardan ve pay taahhütçülerinin ödeme yetersizliğinden doğan sorumluluğu düzenleyen yTK'nun 550. maddesinin ilk fıkrasının kaynağını eTK m. 306; yTK'nun 551. maddesinin kaynağını eTK m. 337; 553. maddenin kaynağını İsvBK m. 754 oluşturmaktadır.

bu yükümlülükle ilgili sorumluluklardan yönetim kurulu kurtulamaz⁶⁷. Görüldüğü üzere, 553 maddenin 3. fıkrası bir yandan kontrol dışında kalan kanuna veya sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar nedeniyle oluşan zarardan kimsenin sorumlu tutulamayacağını, hatta bu sorumlu olmama durumunun “gözetim ve özen borcuna aykırılık” nedeniyle bertaraf edilemeyeceğini düzenlerken, 375. maddenin e bendinde “gözetim” görevinin devredilemeyen bir görev olduğu, dolayısıyla bu yükümlülüğün ihlali nedeniyle kişinin sorumluluktan kurtulamayacağı öngörülmektedir. Bu çerçevede kanaatimizce her iki hükmün bir arada uygulanması, tatbikatta sorun yaratabilecektir.

⁶⁷ **TEKİNALP**, s. 278.

15. OTURUM

TEBLİĞLER

*** 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NUN 1484. MADDESİNE
GÖRE ZORUNLU SORUMLULUK SİGORTASINDA SİGORTACININ
ZARAR GÖRENE KARŞI İFA YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Yrd. Doç. Dr. Birgül SOPACI ÖZTUNA

*** 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU UYARINCA SİGORTA
ETTİRENİN SÖZLEŞME YAPILMASINDA BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Yrd. Doç. Dr. İrem ARAL ELDELEKLİOĞLU

*** SORUMLULUK SİGORTACISININ DOĞRUDAN DAVADA
DAYANABİLECEĞİ SAVUNMALAR**

Yrd. Doç. Dr. Serdar ACAR

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NUN 1484. MADDESİNE GÖRE ZORUNLU SORUMLULUK SİGORTASINDA SİGORTACININ ZARAR GÖRENE KARŞI İFA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yrd. Doç. Dr. Birgül SOPACI ÖZTUNA*

ÖZET

6102 sayılı TTK'nun "Zarar Görene Karşı İfa Yükümlülüğü" başlığını taşıyan 1484. maddesine göre, zorunlu sigortada sigortacı, sigortalısına karşı ifa yükümlülüğünden kısmen veya tamamen kurtulmuş olsa bile, bu hususu zarar görene karşı ileri süremez. TTK m.1484 hükmü, TTK m.1486/f.2'ye göre aksine şartın geçersiz sayıldığı emredici bir hükümdür. Bu düzenlemenin kaynağı olan § 158c a.F.VVG hükmü, 01.01.2008 tarihinde yürürlükten kalkmış ve yerine § 117 VVG hükmü getirilmiştir. Ne var ki TTK m.1484 hükmü, kaynak kanundaki değişikliği takip etmemiştir. Sigortacının zarar görene karşı ifa yükümlülüğü, zorunlu sigorta bedeli miktarıyla sınırlandırılmıştır. Buna karşılık sigortacının TTK m.1484'e göre ifa yükümlülüğünün zorunlu sigortada üstlenilen riskler ve ifa yükümlülüğünün zamanaşımı süresiyle de sınırlı olması gerekir. TTK m.1484' de sigortalısına karşı ödeme yükümlülüğü ortadan kalktığı halde, kanun hükmüyle zarar görene ödemek zorunda kalan sigortacının, bu ödemediği zarar görene halef olarak sigortalıya rücu edebileceğine ilişkin bir açıklamaya yer verilmemesi, önemli bir eksikliklerdir. TTK m.1484/f.2'ye göre, sigorta sözleşmesinin sona ermesinin yetkili makama bildirilmesinden bir ay sonra sigortacının zarar görene karşı sorumluluktan kurtulabilme imkanı getirilmiştir. Ancak maddede veya diğer bir düzenlemede yetkili makamın neresi olduğu hususu açıklanmamıştır. Ayrıca sona ermeye § 117 VVG' de olduğu gibi sözleşmenin yokluğu ve sürenin sona ermesi hallerinin de dahil olması gerekir. TTK m.1484/f.3' de, zararın SGK tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluktan kurtulacağı öngörülmüştür. Buna karşılık § 117 VVG³ de öngörüldüğü gibi zarar görenin zararının bir diğer zarar sigortasından karşılandığı ölçüde de sigortacının TTK m.1484'e göre ifa yükümlülüğünün sona ermesi gerekir.

Anahtar Kelimeler:Zarar Görene Karşı İfa Yükümlülüğü, Zorunlu Sigortada Sigortacının İfa Yükümlülüğü, Zorunlu Sorumluluk Sigortası, Zarar Görene Karşı İfa Yükümlülüğünün Zamanaşımı Süresi, Zorunlu Sigorta,

ABSTRACT

According to article 1484 of Turkish Commercial Code No. 6102 titled "Obligation to pay to the injured party", even though insurer is exempted partially or fully from the obligation to pay against policy owner, this matter cannot be proposed in a case against an injured party since the article 1484 of TCC is a mandatory clause under the guarantee of article 1486/f.2 and, as a result, any provision contrary is considered null and void. Provision § 158c a.F.VVG which was the source of this regulation has been revoked on 01.01.2008 and replaced by §117 VVG. However, this

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

particular change in the source was not pursued by article 1484 of TCC. Insurer's obligation to pay against injured party is restricted to the amount of the compulsory insurance. According to article 1448 of TCC, insurer's obligation to pay should also be limited by the risks assumed with compulsory insurance and limitations period. Although not obligated to pay against policy owner in article 1484 of TCC insurer is put under an obligation by a legal provision to pay against injured party, thus absence of an explanation should be considered as an important deficiency concerning insurer's ability to claim against policy owner by subrogation once the payment to injured party is made... insurer's obligation to pay according to article 1484 of TCC should come to an end. According to article 1484/f.2 of TCC, an opportunity is introduced that insurer will be exempted from all obligations against injured party after one month following the notification of the end of insurance contract to a responsible authority. However, there is no explanation existed in referred article or in any other regulation regarding the identity of a responsible authority. Furthermore, just like in § 117 VVG, such cases like non-existence of a contract and expiration should also be included to the ending of an insurance contract. Article 1484/f.3 anticipated that the insurer will be exempted from all obligations as long as the damage is compensated by Social Security Institution. Correspondingly, as anticipated in § 117 VVG, insurer's obligation to pay according to article 1484 of TCC should also come to an end in a case where the damage to injured party is compensated by another indemnity insurance.

Keywords: *Obligation to pay against injured party, Insurer's Obligation to pay in Compulsory Insurance, Compulsory Liability Insurance, Limitation period in obligation to pay against injured party, Compulsory Insurance.*

I. GİRİŞ

Sorumluluk sigortası, sorumluluk hükümlerinden doğan tazminat taleplerine karşı karşı teminat sağlar.¹ Kamu menfaati ve zarar görenin korunması gerekçeleriyle, bazı sorumluluk sigortalarının yaptırılması kanun koyucu tarafından zorunlu hale getirilmektedir.² Zorunlu sigortanın öngörülmesindeki amacın gerçekleştirilmesine hizmet eden hukuki araçlardan biri, zarar gören kişiye zararını giderebilmesi için sigortacıya karşı doğrudan talepte bulunma hakkının tanınmasıdır. Doğrudan talep hakkı, yeni yürürlüğe giren TTK'da m.1478' de özel bir hükümle isteğe bağlı ve zorunlu tüm sorumluluk sigortalarında geçerli olacak şekilde kabul edilmiştir³. Zorunlu sigortanın

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Ünán, eserinde sorumluluk sigortasının özel hukuk içerikli hukuk kurallarının öngördüğü sorumluluğa karşı koruma sağladığını ifade etmiştir. Bkz. Ünán, S.: İsteğe Bağlı Sorumluluk Sigortasında Riziko, İstanbul 1998, s.8.; Son zamanlarda kamu hukuku hükümlerinden doğan sorumluluğa karşı da sorumluluk sigortasının yapılabileceği hususunda görüşler artmaktadır. Özellikle ABD uygulamasında vergi sorumluluk sigortası (*tax indemnity insurance*) ve vergi risk sigortası (*transaccional tax risk insurance*) ön plana çıkmaya başlamıştır.

² Kubilay, H.: Özel Sigorta Hukuku, İzmir 2003, s.25.

³ Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nda ³ (§ 115 VVG) doğrudan talep hakkı, 1- sorumluluk sigortası için bir zorunlu sigorta kanuna göre sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olduğunda 2-sigortacının malvarlığı hakkında iflas açıldığında veya malvarlığı yokluğu sebebiyle iflas açılmamışsa ya da geçici iflas idaresi atandığında 3-sigorta ettirenin ikametgahı belli olmadığından tanınmıştır.

amacını gerçekleştirmesini sağlayan diğer bir hukuki araç ise, sigortacının sigortalıya karşı tamamen veya kısmen tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulduğu savunmasını, zarar görene ileri sürmesinin engellenmesidir. Bu husus, 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun 1484. maddesinde "Zarar Görenle İlişkide İfa Yükümlülüğü" başlığı altında düzenlenmiştir.⁴

İşte zorunlu sorumluluk sigortasında sigortacının zarar görene karşı ifa yükümlülüğünü düzenleyen TTK m.1484 hükmü ve beraberinde getirdiği sorunlar çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

TTK'nun 1484. maddesi, zorunlu sorumluluk sigortasında zarar görenin m.1478 hükmüne göre sigortacıya karşı doğrudan talep hakkını kullanması sırasında devreye giren bir hükümdür.⁵ Başka bir ifadeyle, zarar gören kişi TTK m.1478 hükmüne göre sigortacıya karşı doğrudan talep hakkını yönelttiğinde, sigortacının TTK m.1484 hükmüne göre zarar görene karşı ifa yükümlülüğü de doğmuş olur. Kaynak Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nda zorunlu sorumluluk sigortacısının zarar görene karşı ifa yükümlülüğünü düzenleyen § 117 hükmünün gerekçesinde de, açıkça § 117' nin sigortacının iç ilişkide sigorta ettirene karşı sorumluluktan kurtulduğu hallerde, zarar gören üçüncü kişinin § 115'e göre doğrudan talep hakkını kullanmasını düzenleyen bir hüküm olduğu ifade edilmiştir.⁶

Zorunlu sorumluluk sigortasında, sigortalısıyla akdettiği sigorta sözleşmesinden doğan sorumluluğu sigortalısına karşı sona ermiş sigortacının, sigortalısının zarar verdiği ve dolayısıyla sorumlu bulunduğu zarar gören kişinin doğrudan talebi karşısında hukuki durumu nedir? Yeni Ticaret Kanunu'nun 1484. maddesi bu hususu düzenlemektedir.

TTK m.1484 hükmünü inceleyen bu çalışma çerçevesinde, öncelikle konuya ilişkin kanuni düzenleme ve bu kanuni düzenlemeye kaynak teşkil eden Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'ndaki düzenleme tespit edilerek, sigortacının zarar görene karşı ifa yükümlülüğünün kapsamı ve sınırları belirlenmiştir. Daha sonra TTK m.1484' de öngörülen sigortacının zarar görene karşı ifa yükümlülüğünden kurtulma imkanları ve sosyal güvenlik kurumu ödemelerinin sigortacının ifa yükümlülüğüne etkisi incelenmiştir. Ayrıca zarar görene karşı ifa ile yükümlü tutulan sigortacının bu ödemesi neticesinde sigortalıya rücu hakkının olup olmadığı konusu incelenmiştir. Nihayetinde 2011 tarihli 6111 sayılı Kanun'un 59. ve Geçici 1.maddelerinin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu' nun 98. maddesinde yaptığı değişikliğin, TTK m.1484/f.3 hükmüyle ilişkisi tespit edilerek, tüm incelemeden sonuca varılmıştır.

Sorumluluk sigortasında doğrudan talep hakkı (TTK m.1478) konusunu, başka bir çalışmada incelediğimizden⁷, bu çalışmada doğrudan talep hakkı inceleme dışı bırakılıp, sadece TTK m.1484 ile ilgili hususlara değinilmiştir.

⁴ Çeker, M.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Adana 2011, s.264.

⁵ Baumann, F./Sandkühler, H., L.: Das neue Versicherungsvertragsgesetz, Freiburg-Berlin-München, 2008, s.119, s.120; ayrıca Schwintowski, H., P./Brömmelmeyer, C.: Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, Münster 2008, s.976, 977.

⁶ "Die Vorschrift regelt den Direktanspruch des Dritten in Fällen, in denen der Versicherer im Verhältnis zum Versicherungsnehmer leistungsfrei ist." (BT-Drucksache 16/3945, s.89). Bkz. <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/039/1603945.pdf>. Erişim Tarihi: 28.05.2012.

⁷ Sopacı Öztuna, B.: Türk ve Alman Hukukunda Yeni Düzenlemeler Işığında Sorumluluk Sigortasında Doğrudan Talep Hakkı, BATİDER, Haziran 2011, C.XXVII, S.2, s.15-50.

II. KANUNİ DÜZENLEME

1. 6102 Sayılı TTK'nun 1484. maddesi

6102 sayılı TTK'nda sigorta sözleşmesine ilişkin hükümlerin düzenlendiği 6.Kitap'ta Birinci Kısım'da "Genel Hükümler", İkinci Kısım'da ise "Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler" bulunmaktadır. TTK m.1484 hükmü, "Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler" arasında, "Zorunlu Sorumluluk Sigortaları" başlığı altında yer almaktadır. Zaten zorunlu sorumluluk sigortaları başlığı altında sadece iki hüküm bulunmaktadır.

Bunlardan biri, sigortacıların diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere, faaliyet gösterdikleri branşların kapsamında bulunan zorunlu sigortaları yapmaktan kaçınamayacakları konusunu düzenleyen 1483.maddedir.⁸ Diğeri ise sigortacının zarar görene karşı ifa yükümlülüğünü düzenleyen ve incelememizin konusunu oluşturan 1484. maddedir.

"Zarar Görenle İlişkide İfa Yükümlülüğü" başlığını taşıyan TTK m.1484 hükmüne göre:

"(1) Sigortacı, sigortalıya karşı ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olsa da, zarar gören bakımından ifa borcu, zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder.

(2) Sigorta ilişkisinin sona ermesi, zarar görene karşı ancak, sigortacının sözleşmenin sona erdiğini veya ereceğini yetkili mercilere bildirmesinden bir ay sonra hüküm doğurur.

(3) Zarar, sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğu sona erer."

TTK sistematiğinde zorunlu sigortalar kısmında yer alan 1484. madde, sadece zorunlu sorumluluk sigortalarında geçerlidir. İsteğe bağlı sorumluluk sigortalarında, sigortacının zarar görene karşı ifa yükümlülüğü düzenlenmemiştir. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi, sigortacının zarar görene karşı ifa yükümlülüğünü düzenleyen ve sigortalısına karşı sahip olduğu savunmaları zarar görene ileri sürmesini engelleyen TTK m.1484 hükmü, zarar görenin TTK m.1478 hükmüne göre doğrudan talep hakkını kullanmasıyla devreye girmektedir.

Bu itibarla doğrudan talep hakkının yeni TTK sisteminde isteğe bağlı-zorunlu ayırımı yapılmaksızın, tüm sorumluluk sigortalarında tanındığı gerçeği karşısında, isteğe bağlı bir sorumluluk sigortasında zarar gören kişi, doğrudan doğruya sigortacıdan zararını gidermesini talep edebilir. Bu takdirde isteğe bağlı sorumluluk sigortasında zarar görene karşı sigortacının ifa yükümlülüğünü düzenleyen ayrı bir hüküm bulunmadığına göre, sigortacı sigortalısına karşı sahip olduğu savunmaları, zarar gören kişiye karşı da ileri sürebilecektir.⁹ Doğrudan talep hakkının zorunlu sigortada ve isteğe bağlı sigortada kullanılması arasındaki en önemli fark da sigortacının zorunlu sorumluluk sigortasında zarar görene karşı sigortalısına karşı ifa yükümlülüğünden kurtulmuş olsa da zarar görene karşı bunu ileri sürememesi, buna karşılık isteğe bağlı sigortada ileri sürebilmesidir.

Diğer taraftan zorunlu sigortada sigortacının zarar görene karşı ifa yükümlülüğünü düzenleyen TTK m.1484 hükmü, emredici hükümleri belirleyen "Koruyucu Hükümler" başlığını taşıyan TTK m. 1486/f.2' de aksi kararlaştırılması halinde, sadece kararlaştırılan şartın geçersizliğine neden olan hükümler arasında sayılmıştır. Dolay-

⁸ Kubilay, s.33.

⁹ Ünán, S.: 2011 Tarihli Türk Ticaret Kanunu Zarar Sigortaları, slayt 166. <http://www.tsrnb.org.tr/haber/6102-sayili-turk-ticaret-kanununun-sigorta-hukuku-kitabina-iliskin-sempozyum-sunumlari>. Erişim Tarihi: 20.05.2012.

ıyla, TTK m.1484 hükmü emredici hükümlerden olup, bu maddedeki bir hükmün aksinin kararlaştırılması sözleşmeyi değil şartı geçersiz kılar.

2. Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun Konuya İlişkin Yürürlükteki ve Mülga Düzenlemeleri (§ 158c a.F.VVG ve § 117 VVG)

TTK m.1484. hükmünün kaynağı, 1908 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun (a.F.VVG) § 158c hükmüdür. 1908 tarihli a.F.VVG, 2008 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun (VVG) ¹⁰ yürürlüğe girmesiyle uygulamadan kalkmıştır. 6102 sayılı TTK'nun sigorta hükümlerine kaynak teşkil eden Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (a.F.VVG) yürürlükten kalkmış ve yerine TTK'nun yürürlüğe girmesinden dört yıl önce yeni kanun (VVG) getirilmiş olmasına rağmen, 6102 sayılı TTK'nu bu değişikliği takip etmemiştir. Yeni TTK'nun 1484. maddesi 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmeden, bu maddeye kaynak teşkil eden §158c a.F.VVG hükmü yerine, 01.01.2008 tarihinde § 117 VVG hükmü getirilmiştir.

“Üçüncü Kişi Karşısında İfa Yükümlülüğü” (Leistungspflicht gegenüber Dritten) başlığını taşıyan § 117 VVG hükmüne göre:

“ (1) Sigortacı, sigorta ettiren karşısında ifa yükümlülüğünden tamamen veya kısmen kurtulmuş olmasına rağmen üçüncü kişi açısından yükümlülüğü devam eder.

(2) Sigorta ilişkisinin yokluğu veya sona ermesiyle sonuçlanan bir durum, üçüncü kişi açısından ancak sigortacının bu şartı bu konuyla ilgili yetkili yere bildirdikten sonra bir ayın sonunda etkili olur. Bu, sigorta ilişkisinin sürenin sona ermesiyle bittiğinde de aynen geçerlidir. İhbarın süresi sigorta ilişkisinin sona ermesinden önce başlamaz. Zarar olayının gerçekleşmesinden önce buna ilişkin yetkili yere hukuki hükümlere uygun akdedilmiş yeni bir sigorta onaylatılması gerçekleşmişse, bu takdirde 1. ve 2. cümlelerde işaret edilen bir durum üçüncü kişiye sonradan da ileri sürülebilir. Bildirimin tebellüğü için cümle bire göre yetkili yer belli değilse, bu fıkra hükümleri geçerli değildir.

(3) Fıkra 1 ve 2'deki durumlarda sadece sigortacı öngörülmüş asgari sigorta bedeliyle ve üstlendiği riziko çerçevesinde ifayla yükümlüdür. Üçüncü kişi zararının tazminini bir diğer zarar sigortacısından veya bir sosyal sigorta yükümlüsünden talep edebildiği sürece, sigortacı ifadan kurtulur.

(4) Fıkra 1 veya 2'ye göre, sigortacının ifa yükümlülüğü resmi makamın kusurlu görev ihlali sebebiyle doğan tazmin yükümlülüğü ile çakışıyorsa, BGB § 839 Abs.1'e göre tazmin yükümlülüğü, sigortacıyla olan ilişkide sigortacının ifa yükümlülüğüne ilişkin öngörülmüş şartlar vasıtasıyla hariç tutulamaz. Eğer memur BGB § 839'a göre şahsen sorumlu ise, birinci cümle geçerli değildir.

(5) 1'den 4'e kadar olan fıkralara göre sigortacı üçüncü kişiyi tatmin ettiği ve paragraf 116'da öngörülen bir durum bulunmadığı sürece, sigorta ettirene karşı üçüncü kişinin talebi sigortacıya geçer. Bu geçiş üçüncü kişi zararına olmamalıdır.

(6) Sigortacının malvarlığı hakkında iflas açılmışsa, sigorta ilişkisi paragraf 16'dan farklı olarak iflas memorunun durumu ilgili makama bildirmesinden sonra bir ay geçmesiyle sona erer. Bu ana kadar sigorta ilişkisi, iflas masası karşısında geçerliliğini sürdürür. Bildirimin tebellüğü için cümle 1'e göre yetkili makam belli değilse,

¹⁰ 2008 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (Versicherungsvertragsgesetz-VVG), 23.11.2007 tarihinde kabul edilmiş (BGBl I S.2631) ve 01.01.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2008 tarihli VVG'nin yürürlüğe girmesiyle, 1908 tarihli ve en son 2001 yılında değiştirilmiş VVG yürürlükten kalkmıştır. Bu çalışmamızda yürürlükte olmayan VVG'yi ifade etmek üzere “a.F.VVG” kısaltması, yeni Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nu ifade etmek üzere “VVG” kısaltması kullanılmıştır.

*sigorta ilişkisi iflasın açılmasından sigorta ettirenin haberdar olmasından itibaren bir ay geçince sona erer. Bildirim yazılı olmalıdır.*¹¹

§ 117 VVG hükmünün eski düzenleme § 158c a.F.VVG hükmüne göre ayniyet ve farklılık taşıyan hükümlerini tespit etmek için aşağıdaki tablo çıkarılmıştır:

§ 117 VVG Düzenlemesi	Benzerlik Durumu	§ 158c a.F.VVG Düzenlemesi
1.fıkra	Aynı	1.fıkra
2.fıkra 1.cümle- 3.cümle	Aynı	2.fıkra 1.cümle- 3.cümle
2.fıkra 4.cümle	Yeni	Karşılığı yok
2.fıkra 5.cümle	Aynı	2.fıkra 3. Cümle
3.fıkra 1.cümle	Değişiklik içermekte,	3.fıkra
3.fıkra 2.cümle	Aynı	4.fıkra
4.fıkra	Aynı	5.fıkra
5. ve 6.fıkra	Yeni	Karşılığı yok

Tablodan da anlaşılacağı gibi, § 117 VVG'nin 2.fıkra 4.cümlesiyle, 5.ve 6.fıkra hükümleri yenidir. Buna karşılık § 117 VVG düzenlemesinin 3.fıkrasının 1.cümlesi dışında, diğer hükümler § 158c hükmüne göre herhangi bir değişiklik içermemektedir.

§ 117 VVG'deki düzenlemenin amacı, üçüncü kişinin korunması gerektiğinde, sigortacının sigorta ettirene karşı ifa yükümlülüğünden bağımsız olarak, § 115 VVG hükmüne göre (üçüncü kişinin doğrudan talep hakkını kullandığında) zarar görenin korunmasına hizmet etmektir.¹² Doğrudan talep hakkının, tüm sorumluluk sigortaları için mevcut olması gerektiği yönündeki fikirden, kanun yapma aşamasında en sonunda vazgeçilmiş ve doğrudan talep hakkı, § Abs.1 115 VVG hükmündeki belirli hallerde sınırlı olarak tanınmıştır. Sağlık teminatı ilişkisinden üçüncü kişinin hukuki konumunun kötüleştirilmesi asla istenmeyen bir durum olduğu için, 10.12.2007 tarihindeki *Pflichtversicherungsgesetz (PflVG)* reformu¹³ sırasında, son dakikada değişiklik yapılmış ve § 117 hükmü sistemi tamamlayıcı bir hüküm olarak yeni VVG'ye eklenmiştir.

Alman hukukunda zorunlu sorumluluk sigortasına ilişkin hükümlerin- bu arada § 117 VVG'nin de- sigorta ettiren, sigortalı ve zarar gören üçüncü kişi yararına emredici olduğu; bu hususu açıklayan bir hüküm bulunmamakla birlikte, hükümlerin yorumlarından ve hukuki yapısından bu sonucun ortaya çıktığı ifade edilmektedir.¹⁴

III. İFA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI

6102 sayılı TTK'nun 1484. maddesinin 1.fıkrasına göre; “*Sigortacı, sigortalıya karşı ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olsa da, zarar gören bakımından ifa borcu, zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder.*”

Maddenin Gerekeşi'nde¹⁵ de belirtildiği üzere, 2918 sayılı KTK m. 95'de sadece Zorunlu Trafik Sigortası için öngörülmüş bu düzenleme, 6102 sayılı TTK

¹¹ Schwintowski/Brömmelmeyer, s.974, 975.

¹² Schwintowski/Brömmelmeyer, s.976.

¹³ BGBII, S.2833.

¹⁴ Schwintowski/Brömmelmeyer, s.1004.

¹⁵ Bkz. www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgn/.../madde%20gerekce.doc. Erişim Tarihi:28.06.2012.

m.1484'de, tüm zorunlu sorumluluk sigortalarında uygulanacak bir hüküm haline getirilmiştir. Esasen kanun koyucu KTK m.95 hükmünün bütününe değil, sadece "sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri sürülemez" diyen 1.fıkra hükmünü TTK m.1484'e almıştır. Buna karşılık "ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene başvurabilir." hükmünü içeren 2.fıkra alınmamıştır. Zarar görenin doğrudan talep hakkı karşısında kanuni yükümlülük sebebiyle, zarar görene ödemede bulunan ancak sigortalısına karşı sorumlu bulunmayan sigortacının ödemeden sonra sigorta ettirene rücu edebileceğine ilişkin bir hükme 1484. maddede yer verilmemesi önemli ve sorunlara yol açabilecek bir eksikliktir.¹⁶

TTK m.1484/f.1'de yer alan düzenleme, kaynak kanun § 158c a.F.VVG düzenlemesi ve bu düzenleme yerine yürürlüğe giren §117 VVG'nin 1.fikrasiyla aynıdır. Bu hükümle zorunlu sorumluluk sigortalarında, sigorta sözleşmesi veya sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre sigortalısına tazminat ödemekten tamamen veya kısmen kurtulduğu durumlarda bile sigortacının, zarar görenin emin ve hızlı bir şekilde zararının tazmin edilmesi amaçlanmıştır. Zarar verenin malvarlığının yeterli olup olmamasından ve sigortacının zarar veren sigortalıya karşı ifayla yükümlü olup olmamasından bağımsız olarak, zarar gören üçüncü kişiye doğrudan zarar verenin zorunlu sorumluluk sigortacısına talep hakkı tanınması, Alman hukukunda "Kanundan Doğan Borç İlişkisi Faraziyesi" (*Fiktion gesetzliches Schuldverhältnis*) ve "Sorumluluk Sigortacısının Üçüncü Kişiye Karşı Savunma İstisnası" (*Einwendungsausschluss des Haftpflichtversicherer*) olarak anılmaktadır.¹⁷

Sigortacının bu ifa yükümlülüğünün kapsamı nedir? TTK m.1484 hükmü ile düzenlenen sigortacının zarar görene karşı ifa yükümlülüğünün kapsamı, aynı zamanda zarar görenin sigorta şirketine karşı olan doğrudan talep hakkının kapsamını da belirlemektedir. TTK m.1484/f.1'de sigortacının ifa yükümlülüğünün, zorunlu sigorta miktarına kadar devam ettiği belirtilmektedir. Bu ifadeden, sigortacının TTK m.1484'den doğan ifa yükümlülüğünün kapsamının, zorunlu asgari sigorta bedeli miktarıyla sınırlı olduğu ortaya çıkmaktadır. Ancak maddede öngörülmemiş olmakla birlikte, kanaatimizce zorunlu sorumluluk sigortasında sigortacının zarar görene karşı ifa yükümlülüğünde iki sınır daha söz konusudur. Bunlardan biri "zorunlu sigorta kapsamındaki riskler", diğeri ise sigortacının "ifa yükümlülüğünün zamanaşımı süresi" dir.

Şu halde 1484. madde hükmüne göre, "sigortacının sigortalısına karşı tamamen veya kısmen ifa yükümlülüğünden kurtulmuş olduğu ihtimalde, zarar görene karşı sorumlu olmaya devam eder kuralını" sınırlayan üç konu vardır:

1. Asgari Zorunlu Sorumluluk Sigorta Bedeli Miktarı/Miktar Bakımından Sınır
2. Zorunlu Sorumluluk Sigortasında Öngörülen Riskler/Konu Bakımından Sınır
3. İfa Yükümlülüğünün Zamanaşımı Süresi/Zaman Bakımından Sınır

Bu sınırlar dışında, sigortacının zarar görene karşı bir ifa yükümlülüğü mevcut olacaktır. TTK m.1484, sigortalı lehine veya aleyhine değiştirilemeyen, aksine düzenleme getiren şartı geçersiz sayan mutlak emredici bir hüküm olduğu için¹⁸, sigortacının sigortalısına karşı ifa yükümlülüğünden kurtulmuş olduğu ihtimal için, zarar görene karşı zorunlu sigorta bedelinin üstünde bir bedelle veya zorunlu sigorta teminatındaki

¹⁶ Bu konu ileride "V. Sigortacının TTK 1484. Madde Kapsamında Zarar Görene Yaptığı Ödeme İçin Sigortalısına Rücu Hakkı Var mıdır?" başlığı altında incelenmiştir.

¹⁷ Schwintowski/Brömmelmeyer, s.977.

¹⁸ Ünan, Zarar Sigortaları, s.217.

riskler dışındaki riskler için de sorumlu olacağına ilişkin bir sözleşme şartı, TTK m.1486/f.2 hükmü gereği geçersiz olacaktır.

1. Asgari Zorunlu Sorumluluk Sigorta Bedeli Miktarı (Miktar Bakımından Sınır) :

TTK m.1484/f.1 ‘de “zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder” cümlesine yer verilmiştir. Bu cümleden, sigorta şirketinin, sigortalısına karşı kısmen veya tamamen ifa yükümlülüğünden kurtulduğu ihtimalde, ancak kanunen asgari zorunlu sigorta bedeli miktarıyla zarar görene karşı ifa ile yükümlü olduğu anlaşılmalıdır.

Sigortalı, asgari zorunlu sigorta limitinin üstünde bir bedelle sorumluluk sigortası yaptırmış olsa bile, sigortacının TTK m.1484 kapsamında sorumluluğu, asgari sigorta bedelini aşamaz. İç ilişkide sigortalısına karşı sorumlu değilken, dış ilişkide zarar görenin korunması düşüncesiyle öngörülmüş bir kanun hükmüyle, zarar görene karşı sigortacı sorumlu tutulmuştur.¹⁹ Bu yüzden sigortacı, kanunda öngörülen asgari sorumluluk miktarının üstündeki talepleri karşılamak zorunda değildir. Kısaca zarar gören, asgari zorunlu sorumluluk teminatının üstünde yaptırılmış sorumluluk teminatından, TTK m.1484/f.1 kapsamında faydalanamaz. Çünkü, asgari zorunlu sigorta teminatının üstündeki teminat açısından sigorta şirketi artık zorunlu sorumluluk sigortacısı değil, ihtiyari sorumluluk sigortacısı sıfatını kazanmıştır. İhtiyari sorumluluk sigortacısına da ancak, sigortalısına karşı ifa yükümlülüğü devam ettiği sürece başvuru yapılabilir.

§ 117 Abs.3 S.1 VVG ve § 158c Abs.3 a.F.VVG’de de sigortacının sigorta ettirene karşı iç ilişkide ifadan kurtulduğu durumda, dış ilişkide üçüncü kişiye karşı yükümlülüğü, kanunen öngörülmüş asgari sigorta bedeli (*gesetzliche vorgeschriebene Mindestversicherungssumme*) ile sınırlandırılmıştır. Alman hukukunda § 114 VVG hükmünde -özel kanunlarda belirlenmiş asgari bedeller saklı kalmak üzere-, zorunlu sorumluluk sigortasında zorunlu asgari sigorta bedeli gösterilmiştir. § 114 VVG’ ye göre, zorunlu asgari sigorta bedeli, her bir sigorta olayı için asgari 250.000€; bir yıl içindeki tüm sigorta olayları için 1 milyon€’ dur. Motorlu taşıt zorunlu sorumluluk sigortası için § 4 Abs.2 PflVG’ de şahıs zararları için 7, 5 milyon€, eşya zararları için 1 milyon€, ve gerçek malvarlığı zararları için 50.000€ olarak öngörülmüştür. § 4 Abs.2 PflVG hükmü, asgari sigorta bedeli bakımından § 114 VVG’ ye nazaran özel bir hükümdür.²⁰ Motorlu taşıt zorunlu sorumluluk sigortasında, § 114 VVG’ deki asgari sigorta bedeli miktarı değil, § 4 Abs.2 PflVG’ deki asgari sigorta bedeli miktarı dikkate alınacaktır.

2. Zorunlu Sorumluluk Sigortasında Öngörülen Riskler (Konu Bakımından Sınır)

TTK m.1484/f.1’de her ne kadar açıkça ifade edilmemiş olsa da, bu madde kapsamında, zorunlu sorumluluk sigortacısı, zarar görene karşı sadece zorunlu sigorta kapsamındaki riskler için tazminat ödemekle yükümlüdür. Sigortalı zorunlu sigorta kapsamı dışında kalan bir sorumluluk riskini, ek prim ödeyerek sigorta teminatı içine almışsa, 1484/f.1 ‘deki ihtimalde bu riskten doğan sorumluluk için, zarar görene karşı sorumlu tutulamaması gerekir.

Alman hukukunda, §117 Abs.3 S.1 VVG ve §158c Abs.3 a.F.VVG hükümlerinde, sigortacının üstlendiği riskler çerçevesinde ifa ile yükümlü olduğu açıkça ifade edilmiştir. § 117 Abs.3 VVG ve §158c Abs.3 a.F.VVG’de ifade edilen “üstlenilen

¹⁹ Schwintowski/Brömmelmeyer, s.982-983.

²⁰ Schwintowski/Brömmelmeyer, s.982.

riskler” den anlaşılması gereken, zorunlu sorumluluk sigortası öngören yasal düzenleme veya kanuna uygun çıkarılmış genel şartlarda yer alan risklerdir. Sigortacının zorunlu sorumluluk sigortasına ilişkin riskler dışında, ek prim alarak veya almayarak poliçede, zorunlu sigorta kapsamı dışında üstlendiği diğer riskler bakımından zarar görene karşı ifa yükümlülüğü yoktur.

Kasti davranış istisnası, uygulamada büyük önem taşır. Zorunlu sorumluluk sigortasında rizikonun kasten gerçekleştirilmesinin, teminat dışı olması gerekir. Bunun için Alman hukukunda kasti davranış (*absichtliches Verhalten*) gerekli olmayıp, şarta bağlı kast (*bedingter Vorsatz*) yeterli görülmektedir.

Alman hukukundaki hakim fikre göre, sigorta ettirenin sorumluluk sigortacısına karşı tazminat talebinin zamanaşımına uğraması (§ 106 VVG), sorumluluk sigortacısı tarafından zarar gören üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez. “*Tazminat Borcunun Muacceliyeti*” (*Fälligkeit der Versicherungsleistung*) başlığını taşıyan 106.paragraf hükmüne göre, sigorta ettiren, zarar gören üçüncü kişinin tazminat talebinin bir kesin hüküm, ikrar veya sulh ile sigortacı için bağlavıcı hale geldiği andan itibaren iki hafta içinde sigortacıya bildirmek zorundadır. Aksi takdirde sigortacı üçüncü kişiye karşı sorumluluktan kurtulur. Üçüncü kişiye sigorta ettiren tarafından sigortacıyı sorumluluktan kurtarır şekilde ödeme yapıldığında, ödeme anından itibaren iki hafta içinde tazminatı sigortacı sigorta ettirene öder²¹. Sigortacının tazminat ödeme borcunun muacceliyet anını düzenleyen § 106 VVG hükmü²², aynı zamanda sigorta ettirenin sigortacıya karşı tazminat talep hakkının zamanaşımı süresinin de işlemeye başladığı anı tespit etmektedir.

Buradaki zamanaşımı süresi ile aşağıdaki paragrafta açıklanacak olan TTK m.1484 hükmüne göre ifa yükümlülüğünün zamanaşımı kastedilmemektedir.

3. Sigortacının İfa Yükümlülüğünün Zamanaşımı Süresi (Zaman Bakımından Sınır)

TTK m.1484’de sigortacının ifa yükümlülüğünün zamanaşımı süresince devam ettiğine ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Bununla beraber zorunlu sigortada sigortacının sigortalısına karşı ifadan kurtulduğu ihtimalde bile zarar görene karşı ifa yükümlüsü olmaya devam etmesi kuralını, sigortacının ifa yükümlülüğünün tabi olduğu zamanaşımı süresinin de sınırlaması gerekir. TTK m.1484’ den doğan sigortacının zarar görene karşı ifa yükümlülüğünün zamanaşımı süresi, sigorta sözleşmesinden doğan sigorta ettirenin sigortacıya karşı tazminat talep hakkının zamanaşımı süresiyle karıştırılmamalıdır.²³

TTK m.1484’e göre zorunlu sigortada sigortacının zarar görene karşı ifa yükümlülüğünün zamanaşımı süresi nedir? Zarar görene karşı sigortacının m.1484 hükmü kapsamındaki ifa yükümlülüğü, m.1478’de zarar görene tanınan doğrudan talep hakkının kullanılması neticesinde doğmaktadır. Bu sebeple sorulması gereken asıl soru, doğrudan talep hakkının zamanaşımı süresi nedir, olmalıdır. Bu sorunun cevaplandırılması

²¹ Schwintowski/Brömmelmeyer, s.979.

²² § 106 VVG için bkz: Schwintowski/Brömmelmeyer, s.865-878.

²³ Ünan, eserinde Taslak m.1478’de zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya karşı doğrudan doğruya dava hakkı düzenlenirken, bu hakkın sigorta sözleşmesi için geçerli olan zamanaşımı süresi içinde kalmak kaydıyla kullanılabilirliğinin hükme bağlandığı, ancak bu düzenleme ile TTK m.1484/1.1 hükmünün uyumlu olmadığını, (sigorta sözleşmesi için geçerli) zamanaşımının da sorumluluktan kurtulma kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmiştir. Bkz. Ünan, S.: Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın “Sigorta Hukuku” Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler”, SHD, Yıl:2005, Özel Sayı: 1, s.169.

rılması için 6102 sayılı TTK'nun sigortaya ilişkin hükümlerinde zamanaşımına ilişkin hangi düzenlemelerin bulunduğu tespitini gerekir.

TTK'nun sigorta bölümünde, zamanaşımını düzenleyen iki madde yer almaktadır. Bunlardan biri "Genel Hükümler" arasında yer alan 1420.madde, diğeri "Sorumluluk sigortası" kısmında 1482.maddedir. Genel Hükümlerde 1420.madde' de 1420. maddeye göre sigorta sözleşmesinden doğan bütün talepler muacceliyetinden itibaren 2 yıl ve sigorta tazminatı ile sigorta bedeline ilişkin talepler rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren 6 yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Bu maddede m.1482 hükmü saklı tutulmuştur. Sorumluluk sigortasını düzenleyen hükümler arasında yer alan 1482.madde'ye göre ise, sigortacıya karşı sigorta tazminatı talepleri sigorta konusu olaydan itibaren 10 yıl geçince zamanaşımına uğrar.

TTK'nun 1478.maddesine göre, zarar gören uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla doğrudan sigortacıdan isteyebilir. TTK m.1478'de belirtilen ".....sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla.." ibaresinde yer alan zamanaşımı süresi nedir? Kanaatimizce hatalı olan TTK m.1478'in madde metninden TTK m.1420 ve m.1482 hükümlerine göre zamanaşımı süresinin belirlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. TTK m.1420 hükmüne göre, sigorta sözleşmesinden doğan bütün talepler muacceliyetinden itibaren iki yıl ve sigorta tazminatı ile sigorta bedeline ilişkin talepler rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı ifade edildikten sonra 1482.maddenin saklı olduğu belirtilmiştir. Sorumluluk sigortasında zamanaşımını düzenleyen TTK m.1482 'de sigortacıya karşı sigorta tazminatı talepleri sigorta konusu olaydan itibaren on yıl geçince zamanaşımına uğrar.

Bu durumda m.1478 metnine göre ortaya çıkan sonuç. Zarar görenin doğrudan talep hakkı, muacceliyetinden itibaren iki yılda ve rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren on yılda zamanaşımına uğrar. Daha önce de belirttiğimiz üzere, zarar görene karşı ifa yükümlülüğü, zarar görenin doğrudan talep hakkını kullanması sırasında devreye girdiği için, zarar görenin ifa yükümlülüğünün zamanaşımı süresinin, doğrudan talep hakkının zamanaşımı süresine göre belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla sigortacının ifa yükümlülüğünün zamanaşımı süresi, doğrudan talep hakkının zamanaşımı süresidir. Bu fıkirden ve fakat doğrudan talep hakkını düzenleyen TTK m.1478' in hatalı metninden hareketle, TTK m.1484' deki ifa yükümlülüğünün zamanaşımı süresinin, yukarıda yapılan tespite göre iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerine tabi olacağı sonucu çıkmaktadır ki, bu kabul edilebilir bir sonuç değildir.

Bunun sebebi, TTK m.1478' de doğrudan talep hakkının zamanaşımı süresini "sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi" ne tabi kılınmış olmasıdır. Halbuki doğrudan talep hakkının zamanaşımı süresinin, zarar veren sigortalıya karşı zarar görenin sahip olduğu talep hakkının zamanaşımı süresine tabi olması gerekir. Nitekim Alman hukukunda doğrudan talep hakkını (*Direktanspruch*) düzenleyen §115 VVG hükmüne göre, zarar görenin doğrudan talep hakkının zamanaşımı süresi, sigortalıya (zarar sorumlusuna) karşı talep hakkının zamanaşımı süresiyle aynı olup, bu sürenin başladığı anda başlar, en geç zararın meydana gelmesinden sonra on yıl geçmekle sona erer.

TTK m.1478'de geçen "sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla" ifadesi, bizi mecburen, doğrudan talep hakkının zamanaşımı süresinin, TTK m.1420 ve m.1482 hükümlerine göre talep hakkının muacceliyetinden itibaren iki yıl ve sigorta konusu olaydan (rizikonun gerçekleştiği tarihten) itibaren on yıl olduğu sonucuna götürmektedir. Oysa doğrudan talep hakkının zamanaşımı süresinin, Alman hukukunda § 115 VVG' de öngörüldüğü gibi, zarar veren sigortalıya karşı talep hakkının zamanaşımı süresine tabi kılınması gerekir.²⁴ Kaynak kanun Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nda (§ 115 Abs.3 VVG) yer alan hükümden hareketle,

²⁴ Ünün, Zarar Sigortaları, slayt 210.

doğrudan talep hakkının zamaşıımı süresinin, zarar görenin sigortalıya karşı talep hakkının zamaşıımı süresine tabi olması gerektiği görüşü, savunulabilir bir görüştür.

Kanaatimizce de doğrudan talep hakkının zamaşıımı süresinin, zarar gören üçüncü kişinin zarar veren sigortalıya karşı talep hakkının zamaşıımı süresi olması gerekir. Çünkü sigortalı zarar veren, zarar gören kişiye karşı sigorta sözleşmesi hükümlerine göre değil, sorumluluk hukuku hükümlerine göre sorumludur. Kanun hükmü gereği zarar gören bu talep hakkını zarardan sorumlu sigortalıya değil, onun sorumluluk sigortacısına karşı kullanmaktadır. Dolayısıyla doğrudan talep hakkının zamaşıımı süresinin zarar görenin sorumlu sigortalıya karşı talep hakkının zamaşıımı süresine tabi olması gerekir. Bunun sonucu olarak da zarar sorumlusuna karşı talep hakkı zamaşıımına uğramışsa, sigortacıya karşı doğrudan talep hakkının da zamaşıımına uğradığı, sigortacının bunu zarar görene karşı ileri sürebileceğinin kabulü gerekir. Zarar görene karşı sigorta sözleşmesinden doğan zamaşıımı savunması ileri sürülemezken, doğrudan talep hakkının ve zarar görene karşı ifa yükümlülüğünün zamaşıımına uğraması ileri sürülebilir bir savunmadır. Çünkü bu savunma sigorta sözleşmesinden, sigortacı ile sigorta ettiren arasındaki ilişkiden doğan bir savunma değildir. Tamamen farklı olarak zarar gören ile zarar veren arasındaki sorumluluk ilişkisinden doğan bir savunmadır. Sorumluluğun zamaşıımına uğramış olması, zarar veren sorumlu tarafından ileri sürülebilirken, onun zorunlu sorumluluk sigortacısı tarafından da ileri sürülebilmelidir. Bu sebeple kanaatimizce TTK m.1484' deki zarar görene karşı zorunlu sorumluluk sigortacısının ifa yükümlülüğünü sınırlayan unsurlardan biri de, zarar sorumlusuna karşı talep hakkının zamaşıımı süresidir.

Özetle doğrudan talep hakkının zamaşıımı süresinin, zarar görenin sigortalıya karşı talep hakkının zamaşıımı süresine tabi olması gerekir. Dolayısıyla TTK m.1484' de öngörülen sigortacının zarar görene karşı ifa yükümlülüğünün de bu zamaşıımı süresi içinde mevcut olduğu, sigortalı zarar verene karşı talep hakkının, aynı zamanda doğrudan talep hakkının zamaşıımına uğramış olması halinde, zorunlu sorumluluk sigortacısının TTK m.1484'e göre ifa yükümlülüğü de ortadan kalkar.

Ancak TTK m.1478' de kanun koyucu, § 115 Abs.3 VVG' deki düzenlemeye (doğrudan talep hakkının, sigortalıya karşı talep hakkının zamaşıımı süresi içinde kullanılması gerektiği) yer vermemiştir. Aksine TTK m.1478' de açıkça doğrudan talep hakkının, "sigorta sözleşmesi için geçerli zamaşıımı süresi içinde kalmak şartıyla." kullanılabileceği ifadesine yer vermesi sebebiyle, TTK m.1478 metni böyle kaldığı sürece doğrudan talep hakkının zamaşıımı süresini, zarar görenin sigortalıya karşı talep hakkının zamaşıımı süresine tabi tutmak mümkün gözükmemektedir. TTK m.1478'in bu hatalı metni değiştirilmediği sürece, doğrudan talep hakkının zamaşıımı süresinin muacceliyet tarihinden itibaren iki yıl ve sigorta konusu olaydan itibaren on yıldır. Bunun sonucunda da zorunlu sorumluluk sigortasında, sigortacının zarar görene karşı ifa yükümlülüğünün de bu iki ve on yıllık zamaşıımı sürelerine tabi olduğunu iddia etme imkanı vardır.

Bu hatadan ilk fırsatta madde metninde değişiklik yapılarak dönülmesi gerekir. Böyle bir değişiklik yapılmadığı sürece, kendi sigortalısına karşı ifa yükümlülüğünden kurtulmuş, ancak TTK m.1484/f.1 gereği bu durumu zarar görene karşı ileri süremeyen sigorta şirketleri, sigortalısının zamaşıımına uğramış sorumluluğu için tazminat ödemek durumunda kalabilirler.

TTK m.1478' deki bu hatalı düzenleme karşısında-düzeltilinceye kadar-, TTK m.1484 hükmündeki ifa yükümlülüğünün, zarar görenin zarar veren sigortalıya karşı talep hakkının zamaşıımı süresince var olduğu, bu zamaşıımı süresi dolduğunda sigortacının TTK m.1484' deki ifa yükümlülüğünün sona erdiği olgusundan sonuca varmak gerekir.

IV. SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ SEBEBİYLE ZARAR GÖRENE KARŞI İFA YÜKÜMLÜLÜĞÜNDEN KURTULMA İMKANI

1484. maddenin 2.fıkrasında; “*Sigorta ilişkisinin sona ermesi, zarar görene karşı ancak sigortacının sözleşmenin sona erdiğini veya ereceğini yetkili mercilere bildirmesinden bir ay sonra hüküm doğurur*” ifadesine yer verilmiştir. Madde gerekçesine göre, “*Tasarının ikinci fıkrası ile getirilen düzenlemeyle de denetimi destekleyici ve hatta kolaylaştırıcı bir mekanizma yaratılmak istenmiştir.*”²⁵ Bu hükümden zorunlu sorumluluk sigortasında, sigorta sözleşmesinin sona ermesi halinde, sigortacının zarar görene karşı ifa yükümlülüğünden kurtulabileceği, ancak bunun için sona ermenin yetkili makama bildirilmesi ve bu bildirimden itibaren de bir aylık sürenin geçmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda sigortacı, sözleşme sona erse bile, yetkili mercilere bu hususu bildirmedeği sürece sorumludur. Sürenin sona ereceğini yetkili mercilere bildirdiği ihtimalde ise, bildirim tarihinden bir ay süreyle sorumluluğu devam eder; bir ayın sonunda ifa yükümlülüğü sona erer.

Sözleşmenin sona ermesi kavramı içine, sözleşmenin yokluğu hallerini ve sözleşmenin süresinin sona ermesi hali de dahil olmalıdır. TTK m.1484 hükmünde, sözleşmenin yokluğu ve sözleşme süresinin dolmasına ilişkin bir açıklamaya yer verilmiştir. Ancak § 117 VVG hükmünde (§ 158c Abs.2 a.F.VVG hükmünde sadece sözleşmenin süresinin sona ermesi), her iki halin de sözleşmenin sona ermesi kavramına dahil olduğu açıklanmıştır. TTK m.1484/f.2’de “sözleşmenin sona ermesi” ibaresi kullanılmasına karşın, § 117 Abs.2 VVG’ de “*Sigorta ilişkisinin yokluğu veya sürenin sona ermesiyle sonuçlanan bir durum*” ibaresi kullanılmıştır. Ayrıca “*sözleşme süresinin dolması*”nın da aynı sonucu doğuracağı açıklamasına yer verilmiştir. TTK m.1484/f.2’de yer alan “sözleşmenin sona ermesi” kavramı, yokluk ve sürenin sona ermesi hallerini de kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır.

TTK m.1484/f.2 hükmü, sadece sözleşmenin sona ermesi halinde yetkili mercilere bildirimde bulunarak zarar görene karşı yükümlülüğünden kurtulma imkanı vermektedir. Yoksa sözleşmeye veya kanun hükümlerine göre, sigortacının sigortalıya karşı tazmin yükümlülüğünden tamamen veya kısmen kurtulduğu, -ancak aradaki sözleşme varlığını koruduğu sürece-, yetkili mercilere bildirimde bulunarak, zarar görene karşı sorumluluktan kurtulma imkanı yoktur. Başka bir ifadeyle, sözleşmenin sona ermesi (yokluk, fesh, cayma, sürenin bitmesi), yetkili makama bildirimde bulunarak sorumluluktan kurtulma imkanını kullanabilmenin ön şartıdır. Sözleşme devam ediyorsa, sigortacının yetkili yere bildirimde bulunmasının ifa yükümlülüğünü kaldıran bir etkisi bulunmamaktadır.

TTK m.1484/f.2’deki şartların gerçekleşmesi–yani sözleşmenin sona ermesi ve bunun yetkili makama bildirilmesinden itibaren bir ayın geçmesi- halinde sigortacı, zarar görene karşı ifa yükümlülüğünden kurtulabilmektedir. Bu sigortacıya tanınmış önemli bir imkandır. Ancak sigortacının bu imkanı kullanabilmesi için şart teşkil eden bildirim yükümlülüğünü yerine getirmek üzere başvuracağı “yetkili makam”ın neresi olduğu hususu, madde metninde belirlenmemiştir.²⁶

§ 117 Abs.2 VVG’de son cümlede (§ 158c Abs.2 a.F.VVG’de de) “*Bildirim in tebliği cümle bire göre yetkili yer belli değilse, bu fıkra hükümleri geçerli değildir.*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm gereğince, yetkili makamın belirlenmemiş olduğu

²⁵ Bkz. www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/.../madde%20gerekce.doc. Erişim Tarihi:28.06.2012; Ünan, TTK Taslağı Hakkında Düşünceler, s.171.

²⁶ Kender’e göre, hangi yetkili yere bildirileceği hususunun zorunlu sorumluluk sigortası hakkındaki kanunlarda düzenlenmesi gerekir. Bkz. Kender, Taslak Sigorta Hukuku Hükümleri, s.27.

durumda, 2.fıkra hükmü, yani sigorta sözleşmesinin sona ermesine dayanarak sorumluluktan kurtulma imkanının sigortacıya tanınmayacağı da açıklığa kavuşturulmuştur.²⁷

TTK m.1484/f.2'de buna benzer bir hüküm bulunmamakla birlikte, sonuç olarak yetkili makam belirlenmediğinde, Türk hukukunda da aynı sonuç geçerli olacaktır. Başka bir ifadeyle yetkili makam belirlenmedikçe, sigortacı sözleşmesinin sona erdiği gerekçesiyle zarar görene karşı ifa yükümlülüğünden kurtulamayacaktır. Bu sebeple sözleşmenin sona erdiği hususunun bildirileceği yetkili makamın halihazırda belirlenmemiş olması, sigortacıyı kanunda tanınan bir imkanı kullanabilmekten mahrum bırakmaktadır.

Bildirim yapılacağı yetkili makamın neresi olabileceği hususunda, sigorta mevzuatına bakılacak olursa, yetkili makamın "Sigortacılık Bilgi Merkezi" olması düşünülebilir. Zorunlu sorumluluk sigortalarından biri olan "Hekim Mali Sorumluluk Sigortası" na ilişkin olarak çıkarılan, "Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatı"²⁸ bu konuda yol gösterici olabilir. Bu düzenlemenin 7.maddesinde, sigorta sözleşmesinin yapılması, sona ermesi, risk değişikliği gibi bilgilerin en geç yirmidört saat içinde "Sigorta Bilgi Merkezi"ne iletileceği öngörülmektedir.²⁹

Sigorta Bilgi Merkezi (SBM), Hazine Müsteşarlığı'nın 2008 tarihli Yönetmeliği³⁰ ile kurulmuştur. 2011 tarihli değişikliklerle³¹ adı, "Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi" (SBGM) olmuştur. SBGM' de alt bilgi merkezleri olarak, TRAMER (Trafik Sigortası Bilgi Merkezi), SAGMER (Sağlık Sigortası Bilgi Merkezi), HAYMER (Hayat Sigortası Bilgi Merkezi), HATMER (Sigorta Hasar Takip Merkezi) bulunmaktadır. Ayrıca Hazine Müsteşarlığı Sigortacılık Genel Müdürlüğü veya Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketler Birliği nezdinde yetkili makam olarak yeni bir birim oluşturulabilir.

Ancak bir an önce TTK m.1484/f.2 hükmünde belirtilen, sözleşmenin sona erdiği hususunun bildirileceği yetkili makam oluşturulmalı veya neresi olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır. Aksi takdirde 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren ve tüm zorunlu sorumluluk sigortalarında uygulanacak olan TTK m.1484 hükmü karşısında, sigorta sözleşmeleri sona ermiş sigortacılar, bildirim yapılacağı makamın belirlenmemesi sebebiyle, 2.fıkarda tanınan imkandan faydalanamayacaklardır. Sözleşmeleri sona erdiği ihtimalde bile, zarar görene karşı sorumlu olmaya devam edeceklerdir.

²⁷ *Baumann./Sandkühler*, s.120.

²⁸ Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatı, RG: 21 Temmuz 2010, 27648.

²⁹ "Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatı" nın 7.maddesine göre: Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına dair sözleşmenin yapılması, sona ermesi, risk değişikliği gibi tüm bilgiler sözleşme bazında en geç yirmidört saat içinde Sigorta Bilgi Merkezine iletilir. İletilen bilgilerin formatı Sigorta Bilgi Merkezi tarafından belirlenir. Sigorta Bilgi Merkezi, kendisine iletilen sigortalı bazındaki sözleşme bilgileri ile Sağlık Bakanlığı nezdindeki ilgili listeleri karşılaştırır. Bu sigortayı yaptırmamış olanların listesini çıkararak Sağlık Bakanlığı'na ve Hazine Müsteşarlığı'na iletir. Gereken altyapıyı kurmamış olan sigorta şirketleri gerekli bilişim altyapısını oluşturana kadar bu sigortayı yapamaz.

³⁰ Sigorta Bilgi Merkezi Yönetmeliği (RG: 09 Ağustos 2008, 26972), 13.10.1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun Ek 8 inci maddesi ile Sigortacılık Kanunu'nun 24. maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

³¹ Sigorta Bilgi Merkezi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, RG: 03 Aralık 2011, 28131.

§ 117 Abs.4 VVG' de sigortacının malvarlığı hakkında iflasın açılması halinde, iflas memurunun durumu yetkili makama bildirmesinden itibaren bir ayın sonunda sigorta ilişkisinin sona ereceği; bildirim yapılacağı yetkili makam tayin edilmemişse, iflastan sigorta ettirenin haberdar olmasından itibaren bir ayın geçmesiyle sigorta ilişkisinin sona ereceği düzenlenmiştir. Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nda sigortacının iflası, genel olarak § 16 VVG' de düzenlenmiştir. § 117 Abs.6 VVG' deki sorumluluk sigortacısının iflasına ilişkin bu düzenleme, § 16 hükmüne nazaran zarar görene karşı ifa yükümlülüğünde iflasa ilişkin özel bir düzenlemedir.³² Bu özel düzenlemeye, TTK m.1484 hükmünde yer verilmemiştir.

V. SİGORTACININ TTK 1484. MADDE KAPSAMINDA ZARAR GÖRENE YAPTIĞI ÖDEME İÇİN SİGORTALISINA RÜCU HAKKI VAR MIDIR?

Zorunlu sorumluluk sigortasında sigortacı, sigortalısına karşı ödeme yükümlülüğü kısmen veya tamamen ortadan kalksa bile, zarar gören üçüncü kişinin zararını, aşgari zorunlu sigorta bedeli miktarına kadar, kanun hükmü dolayısıyla ödemek zorundadır. Ancak ödeyen sigorta şirketinin, sigortalısına/sigorta ettirene rücu edebileceğine ilişkin bir hükme bu maddede yer verilmemiştir.

TTK' nun 1484. maddesinin mehazı yürürlükten kalkan Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun 158c paragrafında da sigortacının sigortalıya rücuuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu hükmün yerine yürürlüğe giren yeni 2008 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun 117. paragrafının 5.fıkrasında ise sigortacının üçüncü kişinin zararını karşıladığı ve paragraf 116'da öngörülen bir müteselsil sorumluluk bulunmadığı sürece sigorta ettirene karşı zarar gören üçüncü kişinin talebinin sigortacıya geçeceği; bu geçişin zarar gören üçüncü kişinin zararına olamayacağı ifade edilmiştir.³³

Bu itibarla Alman hukukunda da zorunlu sorumluluk sigortasında sigortalıya karşı ifa yükümlülüğünden kurtulmuş sigortacının zarar görene karşı yükümlülüğünün devamı sebebiyle yaptığı ödeme, zarar görenin yerine geçerek sigortalıya/sigorta ettirene rücu edebileceği hususu ilk kez 2008 tarihinde yürürlüğe giren § 117 Abs.5 VVG' de açıklığa kavuşturulmuştur.

Ancak § 117 Abs.5 VVG' deki kanuni hak geçişi, genel hükümlerde yer alan § 86 VVG'deki kanuni halefiyetten farklı olarak, sigortacı sigorta ettirene değil, zarar görene halef olmaktadır. Bu istisnai bir durumdur. Çünkü normal şartlarda sigortacının sigorta sigortalısına (§ 86 VVG' de sigorta ettirene) halef olarak, zarar sorumlusuna rücu etmesi gerekir. Bu sebeple sigortacının zarar görene halef olması ve sigorta ettirene rücu edebilmesi olgusu, sigortacının kanuni halefiyeti kavramına terstir. Buna karşılık zorunlu sorumluluk sigortasında, sigortalısına karşı ifa yükümlülüğünden kurtulmuş sigortacı, kamu düzeni mülahazalarıyla öngörülmuş kanuni zorunluluk sebebiyle zarar görenin zararını tazmin ettiğinde, zarar görene halef olabilmesi ve sigortalıya rücu edebilmesi kabul edilmektedir. Alman kanun koyucusu bu hususu § 117 Abs.5'de açıklığa kavuşturmuştur.

Alman hukukundaki görüşe göre, sigortacı, üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği bir savunma sebebiyle, zarar görenin talebini geri çevirebiliyorsa, yani üçüncü kişiye karşı ifa yükümlülüğünden kurtulmuşsa, buna rağmen ödemişse rücu hakkını elde

³² Schwintowski/Brömmelmeyer, s.999.

³³ § 117 Abs.5 VVG hükmü: "Soweit der Versicherte den Dritten nach den Absätzen 1 bis 4 befriedigt und ein Fall des §116 nicht vorliegt, geht die Forderung des Dritten gegen den Versicherungsnehmer auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Dritten geltend gemacht werden.". Schwintowski, Brömmelmeyer, s.975.

edemeyecektir. Sigortacının § 117 VVG kapsamında yaptığı bir ödeme dolayısıyla rücu hakkını elde edebilmesi için, sigortacının kendisine yöneltilen talebi durduramaması gerekir. Eğer kendisine yöneltilen talebi, -başka bir zarar sigortacısı veya SGK tarafından zararın karşılanabileceği, kasta ilişkin muafiyet hali, üstlenilen riskler dışındaki risklerden zararın doğduğu veya asgari sigorta bedeli gibi- savunmalarla durdurma imkanına sahip olduğu halde ödemişse, kanuni halefiyet gerçekleşmez.³⁴

İç ilişkide sigortalısına karşı yükümlülüğünden kurtulmuş olmasına karşı, dış ilişkide zarar görene karşı ifa yükümlülüğü kanunen devam emesi sebebiyle zarar gören üçüncü kişinin zararını tazmin eden zorunlu sorumluluk sigortacısı, iç ilişkide sigortalısına karşı rücu hakkı elde eder. Bu hak geçişinin temeli § 426 Abs.1 S.1 BGB' dir. Sigortacının zarar göreni tatmin etmesiyle, zarar görenin zarar veren sigortalıya karşı talep hakkı sigortacıya geçer. § 426 Abs.1 S.2 BGB³⁵ Sigortacının sigorta ettirene veya birlikte sigortalıya karşı rücu hakkını elde edebilmesi için;

1- Sigorta ettirene veya birlikte sigortalıya karşı iç ilişkide/sigorta sözleşme ilişkisinde ifa yükümlülüğünden kurtulmuş olması,

2- Zarar görenin doğrudan talep hakkını düzenleyen hükümler çerçevesinde zarar gören üçüncü kişiye karşı yükümlü (*gleichzeitiger Verpflichtung*) olması,

3- Sigorta ettiren veya birlikte sigortalının üçüncü kişi karşısında sorumluluk hukuku anlamında borçlu olması, gerekir.³⁶

TTK m.1484 hükmünde, sigortacının zarar görene halef olacağı ve sigorta ettirene/sigortalıya rücu edebileceğine ilişkin bir açıklama bulunmamakla birlikte, aynı esasın Türk hukukunda da kabul edilmesi gerekir.³⁷ Nitekim 28.05.2005 Tarihli TTK Tasarı Taslağında (m.1459),³⁸ 6102 sayılı TTK' da sorumluluk sigortasında halefiyeti düzenleyen m.1481'in ilk metninde, sigortacının "sigortalının veya zarar gören kişinin" yerine geçeceği ifadesine yer verilmişti. Ancak ağır eleştirilerden³⁹ sonra TTK m.1481' de sigortacının zarar gören kişiye halef olacağını belirten ifade Taslak metninden çıkarılmıştır. Eleştirilerde de belirtildiği gibi, sigortacının sorumluluk sigortasında zarar görene halef olarak, sigortalısına rücu edebilmesi, sadece zorunlu sorumluluk sigortalılarında, sigortalısına karşı ifa yükümlülüğünden kurtulmuş olmasına rağmen zarar görene karşı sorumlu tutulan ve bu sebeple zarar görene ödeme yapan sigortacı için istisnaen tanınmalıdır. İşte sigortacının zarar görene halef olabileceği istisnai durum TTK m.1484' deki durumdur. Bu sebeple m.1484' de açık hükümle sigortacının zarar görene halef olarak sigorta ettirene rücu edebileceğine ilişkin bir hükme yer verilmemesi uygun olmamıştır.

6102 sayılı TTK'nun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesinden önce, sigortacının sigortalısına karşı ifa yükümlülüğünden tamamen veya kısmen kurtulduğu durumda zarar görene ödeme yükümlülüğü, sadece KTK'nun 95.maddesinin 1.fıkrasında, zorunlu mali mesuliyet sigortasında (Trafik Sigortasında) öngörülmüştü. Ancak berabere KTK m.95/f.2' de, ödemede bulunan sigortacının, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeve ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene başvurabileceği hususu da, yani sigortacının rücu hakkı da düzenlenmişti. Aynı esas, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası) Genel Şartları B.4 hükmünde de kabul edilmiş

³⁴ Schwintowski/Brömmelmeyer, s.1000.

³⁵ Terbille, M.: Münchener Anwalts Handbuch Versicherungsrecht, München 2008, s.772.

³⁶ Terbille, s. 772.

³⁷ Ünan, TTK Taslağı Hakkında Düşünceler, s.166-168; Uluğ, s.212.

³⁸ Kender, Taslak Sigorta Hukuku Hükümleri, s.26, s.27.

³⁹ Ünan, TTK Taslağı Hakkında Düşünceler, s.166

ve sigortacının sigorta ettirene rücu hakkı tanınarak, bu hallerin neler olduğu ayrıntılı olarak sayılmıştır.

Şimdi ise TTK m.1484 hükmünde tüm zorunlu sorumluluk sigortaları bakımından, sigortacının sigortalısına karşı ödeme yükümlülüğünden kurtulsa da zarar görene karşı sorumlu olmaya devam edeceği kuralı getirilmiştir. Kamu mülahazaları ve zarar görenin mağduriyetinin giderilmesi düşünceleriyle zorunlu sigortalarda sigortacıya getirilen bu mutlak ödeme yükümlülüğünün beraberinde, ödemeyi yaptıktan sonra zarar görene halef olarak, sigorta ettirene/sigortalıya rücu imkanının TTK m.1484 hükmünde tanınmaması önemli bir eksikliktir.

Sigorta şirketleri, anonim şirket şeklinde kurulmuş birer ticaret şirketi olup, zarar görenlerin zararını karşılayan bir fon konumuna sokulmamalıdır. TTK m.1483 hükmünde de öngörüldüğü üzere, sigorta şirketleri faaliyet gösterdikleri branşlardaki zorunlu sigortaları yapmaktan kaçınamazlar. O halde sigorta şirketlerine hem zorunlu sigorta sözleşmesini akdetme, hem de o zorunlu sigorta sözleşmesi dolayısıyla sigorta ettirene ödeme yükümlülüğü kısmen veya tamamen kalksa da zarar görenin zararını karşılama konusunda yükümlülük öngörülürken, bunun tamamlayıcısı bir hukuki unsur olarak, zarar görenin sigorta ettirene/sigortalıya karşı talep hakkının sigortacıya geçeceği esasının da öngörülmesi gerekirdi.

Şu anda TTK m.1484' de sigortacının rücu hakkını öngören bir hüküm bulunmamakla birlikte, sigortacının sigortalısına karşı ödemekle yükümlü değilken, zarar görene ödemesi durumunda, sigortalıya rücu etmeye hakkı olduğu hususunun, hem bu maddenin gerekçesinde atıfta bulunduğu KTK m.95/f.2 hükmüne, hem de § 117 Abs.5 VVG hükmüne ve tabi genel hükümlere dayanarak kabul edilmesi gerekir. Ancak zorunlu sorumluluk sigortacısının sigortalıya karşı ifayla yükümlü olduğu durumda, ifa yükümlülüğü miktarınca sigortalısına rücu hakkının olmayacağı hususu da gözden kaçırılmamalıdır.

VI. SOSYAL GÜVENLİK KURUMU ÖDEMELERİNİN SİGORTACININ TTK 1484. MADDEDEKİ İFA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE ETKİSİ

TTK' nun 1484. maddesinin 3.fikrasında, “*Zarar, sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğu sona erer.*” hükmüne yer verilmiştir. Maddenin Gereğesi'nde “*....Diğer taraftan, sorumluluk sigortaları zarar sigortası niteliğinde olduğundan ve zarar da bir kez tazmin edileceğinden, zararın bir şekilde giderilmiş olması sigortacının sorumluluğunu da o oranda sona erdirir.*”⁴⁰ açıklaması yer almaktadır. Sorumluluk sigortası, zarar sigortası niteliğinde olduğu ve tazmin ilkesi gereği zarar bir kez tazmin edilebileceğinden, sosyal güvenlik kurumu (SGK) tarafından zarar tazmin edildiği oranda sigortacının sorumluluğunun sona ermesi doğaldır.⁴¹

Bu konuya ilişkin olarak, gerek 1484. maddenin kaynağı yürürlükten kalkan Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun 158c paragrafının 4.fikrasında, gerekse yeni 2008 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun 117. paragrafının 3.fikrasının 2.cümlesinde şu hüküm mevcuttur: “*Üçüncü kişi zararını bir diğer zarar sigortacısından veya bir sosyal sigorta kurumundan talep edebileceği ölçüde, sigortacı ifadan kurtulur.*”⁴² § 117 Abs.3 S.2 VVG' de geçen “alabildiği” ifadesinden, zarar gören zara-

⁴⁰ Bkz. www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkqm/.../madde%20gerekce.doc. Erişim Tarihi:28.06.2012.

⁴¹ Çeker, s.265.

⁴² § 158c Abs.4 a.F.VVG hükmüyle ve § 117 Abs.3, S.2 VVG hükmü aynıdır: *Er ist leistungsfrei, soweit der Dritte Ersatz seines Schadens von einem anderen Schadensversicherer oder von einem Sozialversicherungsträger erlangen kann..*

rını sosyal güvenlik kurumundan henüz almadığı, ancak almaya muktedir olduğu, alabilme imkanı bulunduğu takdirde de sigortacının zarar görene karşı ifa yükümlülüğünden kurtulacağı anlamı çıkmaktadır.

§ 158c Abs.4 a.F.VVG ve §117 Abs.3 S.2VVG' deki sigortacının zarar görenin zararını bir başka zarar sigortacısından (*Schadensversicherer*) veya sosyal sigorta yükümlüsünden (*Sozialversicherungsträger*) tazmin edebildiği ölçüde sorumluluğundan kurtulacağına ilişkin hüküm, sigortacının zarar görene karşı ileri sürebileceği bir itirazdır. Bu itiraz, Alman Sigorta Hukuku Doktrininde⁴³ ve Alman Yüksek Mahkemesi kararlarında⁴⁴ “*Verweisungsprivileg*” (gönderme imtiyazı) olarak isimlendirilmektedir. Ayrıca 1.1.2008 tarihinde yürürlüğe giren yeni § 117 Abs.3 S.2 VVG' nin Gerekesi'nde de kanun koyucu “*Verweisungsprivileg*” kavramına yer vermiştir.⁴⁵

Gönderme imtiyazının (*Verweisungsprivileg*) tanınmasının sebebi, Alman doktrininde şu şekilde açıklanmıştır: “Zorunlu sorumluluk sigortası, zarar gören üçüncü kişinin finansal sıkıntıya maruz kalmasında özel bir şekilde korunması için gereklidir. Bundan dolayı zorunlu sorumluluk sigortacısı iç ilişkide sigorta ettirene veya birlikte sigortalıya karşı ifa yükümlülüğünden kurtulmuş da olsa, zarar gören zorunlu sorumluluk sigortacısı karşısında tazminat talep hakkını elde edebilmelidir ve sigortacı ödemek zorundadır. Zarar gören üçüncü kişi için kanunda öngörülen bu özel koruma, zarar görenin tazminat talebini, diğer bir zarar sigortacısından veya sosyal sigorta yükümlüsünden talep edebiliyorsa, artık gerekli değildir. Bu durumda iç ilişkide sigorta ettirene karşı ifadan kurtulmuş zorunlu sorumluluk sigortacısı, zarar görenin diğer bir zarar sigortacısına veya sosyal sigorta yükümlüsüne gönderebilir (*kann verweisen*). Bu kural, sadece diğer zarar sigortacısının veya sosyal sigorta yükümlüsünün, ifadan kurtulmuş zorunlu sorumluluk sigortacısına rücu edebileceği anlamına gelmez.”⁴⁶

§ 117 VVG' de sosyal güvenlik kurumundan başka diğer bir zarar sigortacısından zararın karşılanabilmesinden bahsedilmektedir. Burada bahsedilen “Zarar sigortacısı” (*Schadensversicherer*) mutlaka bir sorumluluk sigortacısı olmak zorunda değildir. Zarar sigortası kapsamında herhangi bir mal sigortacısı (örneğin, kasko sigortacısı, emtia nakliyat sigortacısı) olabilir.⁴⁷

Türk hukukunda zarar görenin zararının diğer bir zarar sigortacısından karşılanabilmesi ihtimaline hükümde yer verilmemiştir.⁴⁸ Bu ibareye yer verilmemiş olması, kanun koyucunun, zarar görenin talebinin sorumluluk sigortacısı tarafından zararını diğer zarar sigortacısına gitmesi şeklinde geri çevirmesini istemediği şeklinde yorumlanabilir. Dolayısıyla zarar görenin doğrudan talep hakkıyla karşılaşan zorunlu sorumluluk sigortacısı, zararın bir başka zarar sigortacısı tarafından karşılanabildiği ölçüde, bu hususu ileri sürerek ödemekten kaçınamayacaktır. Ancak zorunlu sorumluluk sigortası da bir zarar sigortası olması itibarıyla, zarar gören diğer bir zarar sigortacısından zararını tazmin etmişse, bu ölçüde sorumluluk sigortacısının “Tazmin İlkesi” sebebiyle TTK m.1484/f.3 kapsamında, zarar görenin talebini geri çevirebilmesi gerekir.

⁴³ Klotmann, M. (Koch, R./Martin, N./Dress, H.) : Der Regress des Kraftfahrt-Haftpflicht-Versicherers nach der VVG-Reform, Aktuelle Probleme des Versicherungsvertrags-und Vermittlerrechts, Bd.1, Karlsruhe 2010, s.161; Schwintowski/Brömmelmeyer, s.983; Terbille, s.771.

⁴⁴ BGHZ 25, 322, NJW 1957, 1876; BGH VersR 1975, 558; VersR 1976, 235.

⁴⁵ (BT-Drucksache 16/3945, s.89), <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/039/1603945.pdf>. Erişim Tarihi: 28.05.2012.

⁴⁶ Schwintowski/Brömmelmeyer, s.983, 987.

⁴⁷ Schwintowski/Brömmelmeyer, s.984.

⁴⁸ Ünan' a göre: “Hüküm, zarar görenin zararını yalnızca sosyal güvenlik kurumundan değil fakat başka bir sigortacıdan alabileceği hallerde de geçerli olmalıdır.” Bkz. Ünan, TTK Taslağı Hakkında Düşünceler, s.171.

Ayrıca TTK m.1484/f.3' de "sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde" ibaresi kullanılmıştır. Madde metninde yer alan "karşılandığı ölçüde" ifadesi, zorunlu sorumluluk sigortacısının sosyal güvenlik kurumu tarafından zararın ödenmiş olmasını şart koştuğu anlamının çıkarılmasına sebep olmaktadır. Bu durumda zararın sosyal güvenlik kurumu tarafından tazmin edilebildiği ölçüde, sorumluluk sigortacısının sorumluluğunun sona ereceği, henüz zarar görenin sosyal güvenlik kurumundan talepte bulunmadığı ve kurumun tazmin etmediği aşamada sorumluluğunun da devam edeceği sonucu çıkmaktadır. Oysa § 117 Abs.3 S.2 VVG' de tazmin edilebildiği ölçüde⁴⁹ sorumluluk sigortacısının sorumluluğu sona ermektedir. Bizde TTK m.1484/f.3'te yer alan hükmü de bu şekilde, yani zarar görenin zararını bir sosyal güvenlik kurumundan "karşılandığı" şeklinde değil, "karşılanabildiği" şeklinde anlamak gerekir.

TTK m.1484/f.3 ve § 117 Abs.3 S.2 VVG'de zarar sosyal güvenlik kurumundan alınabildiği ölçüde sigortacıya tanınan zarar görenin talebini geri çevirme imkanı (*Verweisungsprivileg*), zarar miktarının zorunlu sigorta bedelini geçtiği takdirde ve oranda ortadan kalkar. Bu takdirde sigorta ettiren zararın bir kısmını sosyal güvenlik kurumundan bir kısmını da zorunlu sorumluluk sigortacısından talep edebilir.

TTK m.1484/f.3' de yer alan, SGK tarafından zarar ödendiği takdirde sigortacının sorumluluğunun sona ereceğine ilişkin hüküm, sadece sigortacının sigortalıya karşı ifa yükümlülüğünden kurtulduğu halde uygulanacak bir hükümdür.⁵⁰ Başka bir ifadeyle sigortalısına karşı ifa yükümlülüğünden kurtulmuş olan sigortacı, sigortanın zorunlu sorumluluk sigortası olması itibarıyla, zarar görenin korunması düşüncesiyle kanun koyucu tarafından TTK m.1484/f.1' e göre zarar görene karşı sorumlu tutulurken, zarar gören zararını SGK' dan tahsil ettiği takdirde, sigortalısına karşı sorumluluktan kurtulmuş sigortacıya karşı zarar görenin başvurma hakkı ortadan kalkar.⁵¹

TTK' nun 1484. maddesinin 3.fıkrasında yer alan hüküm, bir zarar sigortası olan zorunlu sorumluluk sigortasında tazmin ilkesinin geçerli olduğunu, aynı zarar için birden fazla tazminat alınamayacağını ifade etmektedir. Bu sebeple 1484/f.3'de SGK'nun tazminat ödemesinin zorunlu sorumluluk sigortacısı tarafından ileri sürülebilmesi için, SGK'nun yaptığı ödemenin zarar sigortası kalemlerine ilişkin bir ödeme olması gerekir. SGK tarafından yapılan ödemenin bir zarar sigortası kalemi olup olmadığını anlayabilmek için, yapılan ödemenin SGK'ya rücu hakkı verip vermediğine bakmak gerekir.⁵² SGK'nın rücu edebildiği ödemeleri zarar sigortası ödemesidir ve aynı zarar için zorunlu sorumluluk sigortacısından tazminat talebinin TTK m.1484/f.3 hükmüne göre geri çevrilmesi imkanını sigortacıya verir. Buna karşılık SGK, yaptığı ödemeyi rücu edemiyorsa yaptığı ödeme bir can sigortası kalemidir ve TTK m.1484/f.3 kapsamında sigortacı, SGK ödemesini göstererek tazminat talebini geri çeviremez.

TTK m.1484/f.3' de öngörülmuş hüküm gereğince, SGK tarafından zarar karşılandığı ölçüde sigortacının zarar görene karşı sorumluluğunun sona ermesinin sebebi, zaten esasen sigortacının kendi sigortalısına karşı herhangi ödeme yükümlülüğünün bulunmayışıdır. Buna karşılık eğer sigortacı sigorta ettirene karşı ifa ile yükümlü ise, sigortacının sorumluluğu sona ermez, zarar görene ödeme yapan SGK kurumuna karşı devam eder. Bu takdirde, zarar görenin zararını karşılayan SGK sigortalısına karşı ifa

⁴⁹ Alman kanun koyucusu, bunu § 117 Abs.4' de ".....soweit der Dritte Ersatz.....erlangen kann." şeklinde ifade etmiştir.

⁵⁰ Ünan, TTK Taslağı Hakkında Düşünceler, s.171.

⁵¹ Ünan, TTK Taslağı Hakkında Düşünceler, s.171.

⁵² Ünan, S.: Ölüm ve Sakatlıklarda Özel Sigortaların Sorumluluğu Nedir?, <http://www.sigortahabergazete.com/2011/06/08/olum-ve-sakatliklarda-ozel-sigortalarin-sorumlulugu-nedir/>. Erişim Tarihi: 05.05.2012.

ile yükümlü sigortacıya rücu edebilir. Bu iki durum birbirine karıştırılmamalıdır. Uygulamada herhangi bir tereddüte yol açmamak için, TTK m.1484'de SGK'nın zarar görene karşı sorumluluktan kurtulan sigortacıya rücu edemeyeceğine ilişkin açık hüküm konulması uygun olurdu.

Zorunlu sorumluluk sigortacısının zarar görenin talebini TTK m.1484/f.3 hükmüne dayanarak geri çevirebilmesi için:

1. Zorunlu sorumluluk sigortacısının sigortalısına karşı ifa yükümlülüğünün kalkmış olması: zorunlu sorumluluk sigortacısının sigortalısına karşı halen ifa ile yükümlü ise, bu takdirde SGK'nun sigortalıya yaptığı veya yapacağı zarar ödemesine dayanarak, zarar görenin talebini geri çeviremez. Sigortacı, SGK'ya karşı sorumluluğu devam eder ve SGK yaptığı zarar ödemesi için sigortacıya rücu edebilir. Sigortacı sigortalıya karşı ifa ile yükümlü değilse, sigortalıya ödeme yapan SGK, sigortacıya rücu edemez.

2. SGK tarafından yapılan ödemenin zarar karşılığı ödeme olması: SGK tarafından yapılan ödeme zarar sigortası kalemine ilişkin bir ödeme değilse, sigortacı bu ödemeye dayanarak zarar görenin talebini geri çeviremez. SGK'nın yaptığı ödemenin, zarar karşılığı bir ödeme olup olmadığının tespiti için, BK'nun 55.maddesinin 1.fıkrası⁵³ belirleyici olacaktır. Bu hükmeye göre, SGK'nın kısmen veya tamamen rücu edilemeyen SGK ödemeleri can zararları karşılığı olan tazminattan indirilemez. BK m.55/f.1 ışığında SGK'nun rücu edebildiği ödemeler zarar karşılığı ödeme, rücu edemediği ödemeler zarar karşılığı olmayan tutar ödemesi sayılır.⁵⁴

3. SGK'nın yaptığı ödeme zarar görenin zararını tamamen tazmin etmiş olması: Zarar görenin zararı SGK'nın yaptığı ödeme ile tamamen tazmin edilmemişse, kalan zararı için zorunlu sorumluluk sigortacısına TTK m.1484/f.1'e dayanarak müraعات edebilir. Bu takdirde kendi sigortalısına karşı ödeme yükümlülüğünden kurtulmuş olan zorunlu sorumluluk sigortacısı, SGK'nın yaptığı ödeme sebebiyle TTK m.1484/f.3 hükmünden faydalanarak, zarar görene ödeme yapmaktan kaçınamaz.

Özetle TTK m.1484/f.3' de "Zarar, sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğu sona erer." hükmü, sadece bir zorunlu sorumluluk sigortasında sigortalısına karşı ödeme yükümlülüğünden kurtulmuş sigortacının zarar görenin zararını SGK tarafından karşılandığı ihtimalde kullanılacak bir savunmadır. Yoksa sigortalısına karşı ödeme yükümlülüğü devam eden zorunlu sorumluluk sigortacısının dayanabileceği bir savunma değildir.

VII. TTK m.1484/f.3 HÜKMÜNÜN 6111 S. KANUN'UN 59. ve GEÇİCİ 1. MADDELERİYLE DEĞİŞTİRİLMİŞ KTK m.98 HÜKMÜYLE İLİŞKİSİ

25.02.2011 tarihli, 27857 Mükerrer Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan ve Kamuoyunda "Torba Yasa" olarak da anılan 6111 sayılı "Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" un 59. ve Geçici 1.maddeleriyle 2918 sayılı KTK'nun 98.maddesi başlığıyla birlikte değiştirilmiştir.

⁵³ BK m.55/f.1'e göre, "Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılmaz."

⁵⁴ Ünan, S.: Ölüm ve Sakatlıklarda Özel Sigortaların Sorumluluğu Nedir?, <http://www.sigortahabergazete.com/2011/06/08/olum-ve-sakatliklarda-ozel-sigortalarin-sorumlulugu-nedir/> Erişim Tarihi: 05.05.2012.

“Sağlık Hizmet Bedellerinin Ödenmesi” başlığını taşıyan yeni KTK m.98/f.1 ve 2 hükümlerine göre, “Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmî ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedinin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır.”

Trafik kazalarına sağlık teminatı sağlayan zorunlu sigortalarda; sigorta şirketlerince yazılan primlerin ve Güvence Hesabınca tahsil edilen katkı paylarının % 15'ini aşmamak üzere, münhasıran bu teminatın karşılığı olarak Hazine Müsteşarlığınca sigortacılık ilkeleri çerçevesinde maktu veya nispi olarak belirlenen tutarın tamamı sigorta şirketleri ve 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 14 üncü maddesinde düzenlenen durumlar için Güvence Hesabı tarafından Sosyal Güvenlik Kurumuna aktarılır. Söz konusu tutar, ilgili sigorta şirketleri için sigortacılık ilkelerine göre ayrı ayrı belirlenebilir. Aktarım ile sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabının bu teminat kapsamındaki yükümlülükleri sona erer. Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlık teklifi üzerine Bakanlar Kurulu söz konusu tutarı % 50'sine kadar artırmaya veya azaltmaya yetkilidir.”⁵⁵

6111 sayılı Kanunu, Geçici 1.maddesine göre de,

“(1) Bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet bedelleri Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır. Söz konusu sağlık hizmet bedelleri için bu Kanunun 59 uncu maddesine göre belirlenen tutarın % 20'sinden fazla olmamak üzere belirlenecek tutarın üç yıl süreyle ayrıca aktarılmasıyla anılan dönem için ilgili sigorta şirketleri ve Güvence Hesabının yükümlülükleri sona erer. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığı ve Sosyal Güvenlik Kurumunun görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenir.

(2) Bu Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren altı ay içinde Sağlık Bakanlığı Trafik Hizmetleri Döner Sermaye İşletme Müdürlüğü'nün trafik kazalarından kaynaklanan tedavi giderlerinin tahsili için kurduğu sistem mevcut haliyle Sosyal Güvenlik Kurumuna devredilir. Trafik Hizmetleri Döner Sermaye İşletme Müdürlüğü'nün tasfiyesine ilişkin iş ve işlemler aynı tarih itibarıyla Sağlık Bakanlığınca gerçekleştirilir.”⁵⁶

6111 sayılı Kanunun Geçici 1.maddesine ve KTK'nun 98.maddesine dayanarak, trafik kazaları nedeniyle ilgililere sunulan sağlık hizmet bedellerinin tahsiline ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacıyla “Trafik Kazaları Nedeniyle İlgililere Sunulan Sağlık Hizmet Bedellerinin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik)” (RG: 27.08.2011, 28038)⁵⁷ çıkarılmıştır.

Bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun trafik kazalarından doğan sağlık giderleri için ayrı bir sistem oluşturduğu görülmektedir. Ancak bu sistem, sadece trafik kazalarından doğan sağlık giderleri ve Zorunlu Trafik Sigortası, Zorunlu Taşımacılık Sigortası ve Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası poliçeleri bakımından söz konusudur. Bu sistemde sigorta şirketleri, Zorunlu Trafik Sigortası, Zo-

⁵⁵www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110225m1.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110225m1.htm. Erişim Tarihi: 08.05.2012.

⁵⁶www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110225m1.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110225m1.htm. Erişim Tarihi: 08.05.2012.

⁵⁷http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/08/20110827.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/08/20110827.htm. Erişim Tarihi: 29.06.2012.

runlu Taşımacılık Sigortası ve Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası poliçelerinden tahsil ettikleri primlerin KTK m.98, Geçici m.1 ve Yönetmelik m.8 hükümleri uyarınca aktarımı sağlandığında, trafik kazalarından doğan sağlık giderleri için sigortacıların sorumlulukları sona erer.

Trafik kazaları için tedavi teminatı sağlayan zorunlu sigortalarda (Zorunlu Trafik Sigortası, Zorunlu Taşımacılık Sigortası ve Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası) konuya ilişkin Kanun (KTK m.98, 6111 sayılı Kanun m.59 ve Geçici m.1) ve Yönetmelik (m.8) hükümlerine göre aktarım yapıldığında, trafik kazaları için tedavi/sağlık teminatı sağlayan sigortacılar zarar görenlerin taleplerini geri çevirme imkanına sahiptirler.

KTK'un m. 98, 6111 sayılı Kanun Geçici m.1. ve Trafik Kazaları Nedeniyle ilgililere Sunulan Sağlık Hizmet Bedellerinin Tahsiline ilişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m.4 hükümlerinde, "Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları tedavinin gerektirdiği tüm sağlık hizmet bedelleri, kazazedinin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Kurum tarafından karşılanacağı" ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla trafik kazalarında sağlık/tedavi masraflarının karşılanmasında sorumluluğu artık SGK üstlenmiştir. Bu sebeple trafik kazaları için tedavi/sağlık teminatı sağlayan zorunlu sigortalarda sigortalısına karşı ödemeyle yükümlü olmayan ancak TTK m.1484/f.1 kapsamında zarar görene karşı sorumlu tutulan sigortacılar da trafik kazasından kaynaklanan sağlık/tedavi giderleri bakımından kendisinden talepte bulunan zarar görene karşı sorumluluktan kurtulmuştur.

KTK m.98 ve 6111 sayılı Kanun Geçici m.1 ile yaratılan bu sistem, TTK m.1484/f.3'de yer alan "Zarar, sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğu sona erer." hükmüyle de örtüşmektedir. Bununla beraber TTK m.1484/f.3 hükmü, tüm zorunlu sorumluluk sigortalarında sigortacıya, zarar göreni SGK ödemesine dayanarak geri çevirebilme imkanı tanımaktadır. KTK m.98 ve 6111 sayılı Kanun Geçici m.1 hükmü ise sadece Zorunlu Trafik Sigortası, Zorunlu Taşımacılık Sigortası ve Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortasındaki sağlık/tedavi ödemeleri bakımından talepleri geri çevirme imkanı tanımaktadır.

VIII. SONUÇ

6102 sayılı TTK m.1484' de öngörülen "Zarar Görenle İlişkide İfa Yükümlülüğü", zorunlu sigortada doğrudan talep hakkını kullanan zarar görene sigortacının sigortalısına karşı kısmen veya tamamen tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulduğu hususunu ileri sürmesini engellemektedir. Bu maddedeki düzenlemelerin uygulanmasının ön şartı, sigortacının zarar sorumlusu sigortalısına karşı iç ilişkide ödeme yükümlülüğünden kısmen veya tamamen kurtulmuş olmasıdır. TTK m.1484 hükmü, TTK m.1486/f.2'de aksine şartın geçersiz sayıldığı emredici bir hükümdür. TTK m.1484 hükmünün kaynağını iç hukukta KTK m.95 hükmü, yabancı hukukta § 158c a.F.VVG hükmüdür. § 158c a.F.VVG hükmü, 01.01.2007 tarihinde yürürlükten kalkmış, yerine § 117 VVG hükmü getirilmiştir. Bu değişiklikten 5 yıl sonra yürürlüğe giren TTK m.1484'ün kaynağı hükme ilişkin değişikliği takip etmemesi, maddeye ilişkin en önemli olumsuzluktur. Çünkü yeni § 117 VVG'nin 2.fıkra 4.cümlesiyle, 5.ve 6.fıkra hükümleri § 115 a.F.VVG'ye göre önemli yenilikler getirmiştir.

1484/f.1 hükmüne göre zarar görene karşı ifa yükümlülüğü, zorunlu sigorta miktarına kadardır. Bu hüküm § 158c a.F.VVG ve § 117 hükümleriyle örtüşmektedir. Ancak § 158c a.F.VVG ve § 117 VVG hükümlerinde ayrıca, sigortacının ifa yükümlülüğünün zorunlu sigortada üstlenilen risklerle sınırlı olduğu da belirtilmiştir. Bu hükme TTK m.1484/f.1' de yer verilmemiştir. Ayrıca ne TTK'da ne de VVG' de ayrıca belirtilmemiş olmasına rağmen kanaatimizce olması gereken bir başka sınır da, ifa yükümlülüğünün zamanaşımı süresidir. Normal şartlarda ifa yükümlülüğünün zamana-

şımı süresi, bu yükümlülük zarar görenin doğrudan talep hakkını kullanmasıyla devreye girdiği için doğrudan talep hakkının zamanaşımı süresi olması gerekir. Doğrudan talep hakkının zamanaşımı süresi, Alman hukukunda doğru bir tespitle § 115 VVG'de zarar görenin zarar sorumlusu sigortalıya karşı talep hakkının zamanaşımı süresi olarak belirlenmiştir. Ancak Türk hukukunda hatalı bir şekilde TTK m.1478' de doğrudan talep hakkının, sigorta sözleşmesine ilişkin zamanaşımı süresinde kullanılması gerektiği ifade edildiğinden, madde metni değiştirilmediği sürece doğrudan talep hakkının zamanaşımı süresinin TTK m.1420' ye göre 2 yıl ve TTK m.1482 hükmüne göre 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu sonucu çıkmaktadır. Doğrudan talep hakkı, zarar görenin zarar sorumlusu sigortalıya karşı sahip olduğu talep hakkını, kanun hükmü gereği doğrudan sigortacıya karşı kullanması söz konusu olduğundan, zarar veren sigortalıya karşı talep hakkının zamanaşımı süresine tabi olması gerekir. Bu sebeple TTK m.1478'deki hatalı düzenleme değiştirilerek, doğrudan talep hakkının sigortalıya karşı talep hakkının zamanaşımı süresine tabi tutulması gerekir. Bu husus TTK m.1484 hükmü gereği aslında sigortalısına karşı yükümlülüğünden kurtulmuş sigortacının zarar görene ifa yükümlülüğünün zamanaşımı süresinin belirlenmesi açısından da büyük önem taşımaktadır. Zarar görene karşı zarar veren sigortalının sorumluluğu zamanaşımına uğramışsa, artık TTK m.1484 hükmü kapsamında sigortacının da sorumluluğuna gidilememesi gerekir. Kanaatimizce ifa yükümlülüğünün zamanaşımı süresi de, sigortacının TTK m.1484 hükmüne göre olan yükümlülüğünün sınırlayan bir unsurdur. Bu arada ifa yükümlülüğünün zamanaşımı süresi (yani zarar veren sigortalıya karşı zarar görenin talep hakkının zamanaşımı süresinin), sigortacı ile sigortalı arasındaki sözleşmeye ilişkin zamanaşımı süresiyle karıştırılmamalıdır. Sigortacı ile sigortalı arasındaki iç ilişkiyi oluşturan sigorta sözleşmesinden doğan bu zamanaşımı savunması, dış ilişkide zarar gören ile zarar veren arasındaki ilişkiden doğan zamanaşımı süresinden (yani ifa yükümlülüğünün zamanaşımı süresi) farklı olarak zarar görene karşı ileri sürülebilir.

TTK m.1484' de ifa yükümlülüğünün üstlenilen riskler ve zarar görene karşı talep hakkının zamanaşımı süresiyle sınırlandırılmamış olması, sigortacının esasen iç ilişkide ödeme yükümlülüğü olmadığı halde, kanun hükmü dolayısıyla üstlenmek zorunda kaldığı sorumluluğunun genişletilmesi yönünde yorumların önünü açmıştır.

Maddenin 2.fıkrasında sigortacıya, sözleşmenin sona erdiğini yetkili makama bildirmesi ve bu bildirimden itibaren bir ay geçmesi şartıyla zarar görene karşı sorumluluktan kurtulma imkanı tanınmış olması yerindedir. Ancak madde metninde sadece sözleşmenin sona ermesi denilmesi, bu kavrama § 117 hükmünde olduğu gibi, sözleşmenin yokluğu ve sürenin sona ermesi hallerinin dahil olduğu hususuna yer verilmesi uygun olmamıştır. Madde metninde geçen "sözleşmenin sona ermesi" kavramı geniş yorumlanarak bu eksiklik aşılabılır. Buna karşılık madde metninde veya bir başka yasal düzenlemede bildirim yapılacağı yetkili makamın neresi olduğunun açıklanmaması giderilmesi gereken bir diğer eksikliktir. Aksi takdirde sözleşmesi sona eren sigortalılara TTK m.1484 hükmünün haksız bir şekilde uygulanması söz konusu olacaktır. Bu konuda "*Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatı*"nın m.7 hükmü dikkate alınarak, yetkili makam SBGM olabilir yada Sigortacılık Genel Müdürlüğü veya Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketler Birliği nezdinde yeni bir birim oluşturulabilir. § 117 Abs.2 VVG' de belirtildiği gibi yetkili makam belli değilse, bu fıkra hükümlerinin geçerli olmadığına ilişkin bir düzenleme, TTK m.1484' de yer almadığına göre bu belirsizliğin bir an önce giderilmesi büyük önem taşımaktadır.

TTK m.1484 hükmünde zorunlu sorumluluk sigortacısı, aslında sigortalısına karşı ödeme yükümlülüğünden kurtulmuş olduğu halde, kanun hükmü gereği zorunlu sigortada zarar görene karşı ödeme yaptığı için, borçlu olmadığı bu ödemeği rücu yoluyla sigortalıdan alabilmelidir. TTK m.1484 kapsamında zarar görenin zararını gideren sigortacının rücu hakkı maddede düzenlenmemiştir. Kaynak hüküm § 158c a.F.VVG'de de böyle bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bunun eksikliği fark edilerek yeni § 117 Abs.5 VVG'de sigortacının üçüncü kişinin zararını karşıladığı ve § 116'da

öngörülmuş sigortalıyla bir müteselsil sorumluluğu bulunmadığı sürece, zarar görenin zarar veren sigortalıya karşı talep hakkının sigortacıya geçeceği hususu düzenlenmiştir. İç ilişkide sigortalısına karşı sorumlu olmayan sigortacıya, zarar görenin zarar veren sigortalıya karşı olan hakkına halef olma imkanının tanınması, TTK m.1484 ile yaratılan sistemin tamamlayıcı bir parçasıdır. TTK m.1484'e göre sigortacının rücu hakkı düzenlenmemiş de olsa, bu eksiklik maddenin gerekçesinde 1484'ün iç hukukta kaynağı olarak gösterilen KTK m.95/f.2' de rücu hakkına açıkça yer veren hükmü ve § 117 Abs.5 VVG hükmüyle, borçlar genel hükümleriyle aşılabılır.

Maddenin 3.fikrasında zararın SGK tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğunun sona ereceği belirtilmiştir. Benzer düzenleme, 158c a.F.VVG'de ve § 117 Abs.3 S.2 VVG'de de yer almaktadır. Ancak farklı olarak VVG'nin gerek eski gerekse yeni düzenlemelerinde SGK yanında diğer bir zarar sigortacısının (*Schadensversicherer*) yaptığı ödemenin de sigortacıyı sorumluluktan kurtaracağı belirtilmiştir. § 117 Abs.3 S.2 VVG'de getirilen bu düzenleme Alman doktrini ve içtihatlarında "*Verweisungsprivileg*" (Gönderme imtiyazı) olarak isimlendirilmiştir. Ayrıca TTK m.1484/f.3' de "*sosyal güvenlik kurumu tarafından karşılandığı ölçüde*" ibaresinin kullanılmasından, SGK'dan talepte bulunulmuş olması, SGK tarafından ödemenin yapılmış olması şartının arandığı gibi bir anlam çıkarılabilmektedir. Buna karşılık, § 117 Abs.3 S.2 VVG'de "*karşılanabildiği ölçüde*" ibaresi kullanılmıştır. § 117 Abs.3 S.2 VVG'ye göre, SGK'nın veya diğer zarar sigortacısından talep edebilme imkanı bulunduğu ölçüde sigortacının sorumluluğu sona erer. TTK m.1484/f.3' de yer alan "*karşılandığı*" ifadesini, mutlaka ödemenin yapılmış olması şeklinde değil, karşılanabilme imkanının olması şeklinde anlamak gerekir. Diğer taraftan sigortacının, SGK ödemesine dayanarak zarar görenin talebini geri çevirebilmesi için, SGK'nın yaptığı ödemenin bir zarar giderimi kapsamında ödeme olması gerekir. SGK'nın yaptığı ödemenin zarar giderimi mi yoksa bir tutar, meblağ ödemesi mi olduğunu tespit edebilmek bakımından, BK m.55 hükmünden faydalanılabilir. Bu hükme göre sigortacının rücu edebildiği ödemeleri zarar ödemesi, rücu edemediği ödemeleri ise meblağ, tutar ödemesi olarak kabul edilir. SGK'nın yapacağı bir zarar ödemesi sebebiyle sigortacının zarar görene sorumluluktan kurtulması Tazmin İlkesi'nin doğal bir sonucudur. Burada iç ilişkide sigortacı zarar veren sigortalıya karşı ödeme yükümlülüğünden kurtulmuş olduğu için, 1484/f.3'e göre SGK ödemesine dayanarak zarar görenin talebini çevirdiğinde, ödeme yapan SGK'nın sigortacıya rücu edemeyeceği hususunun gözden kaçırılmaması gerekir. Eğer sigortacı iç ilişkide sigortalı zarar verene karşı hala sorumlu ise, zarar görenin zararını gideren SGK'nın sigortacıya sorumluluğu miktarınca rücu edebilmesi tabiidir.

6111 sayılı "*Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*" un 59. ve Geçici 1.maddeleriyle 2918 sayılı KTK'nun 98.maddesi değiştirilerek, Zorunlu Trafik Sigortası, Zorunlu Taşımacılık Sigortası ve Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortasındaki sağlık/televi teminatları bakımından yeni bir sistem yaratılmıştır. Bu sisteme göre, Zorunlu Trafik Sigortası, Zorunlu Taşımacılık Sigortası ve Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası poliçelerinden tahsil ettikleri primlerin KTK m.98, Geçici m.1 ve Yönetmelik m.8 hükümleri uyarınca aktarımı sağlandığında, trafik kazalarından doğan sağlık/televi giderleri için sigortalıların sorumlulukları sona erer. KTK m.98 ve 6111 sayılı Kanun Geçici m.1 ile yaratılan bu sistem, TTK m.1484/f.3 düzenlemesiyle paraleldir. Ancak sadece Zorunlu Trafik Sigortası, Zorunlu Taşımacılık Sigortası ve Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası poliçelerine ilişkin olduğundan, uygulama alanı TTK m.1484/f.3'e göre daha dardır. TTK m.1484/f.3'de yer alan "*Zarar, sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğu sona erer.*" hükmü sadece Zorunlu Trafik Sigortası, Zorunlu Taşımacılık Sigortası ve Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortasında değil, tüm zorunlu sorumluluk sigortalarında uygulanabilecek daha geniş bir hükümdür.

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	: Band
BGBI	: Bundesgesetzblatt
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: cümle
DAR	: Deutsches Auotorecht(Die Rechtszeitschrift des ADAC)
dn.	: dipnot
f.	: fıkra
Hamm.	: Hamburg
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
LHD	: Legal Hukuk Dergisi
m.	: madde
NJW-RR	: Neue juristische Wochenschrift-Rechtsprechung
NJW Spezial	: Neue juristische Wochenschrift Spezial
OLG	: Rechtsprechung der Oberslandsgerichte
§	: paragraf
RG.	: Resmi Gazete
Rn.	: Rundnummer
RVO	: Reichversicherungsordnung
S.	: Seite
s.	: sayı
SGB	: Sozialgesetzbuch
SHD	: Sigorta Hukuku Dergisi
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
ETTK	: 6762 sayılı yürürlükten kalkmış Türk Ticaret Kanunu
VersR.	: Versicherungsrecht(Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht)
VVG	: Versicherungsvertragsgesetz (Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu)
a.F.VVG	: alte Fassung Versicherungsvertragsgesetz(Mülga Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu)
Ziff.	: Ziffer
ZR	: Aktenzeichen der Zivilsenate

KAYNAKÇA

Baumann, F./ Sandkühler, H.,L.: Das neue Versicherungsvertragsgesetz, Freiburg-Berlin-München, 2008.

Çeker, M. : Sigorta Hukuku, Adana 2011.

Kender, R.: Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın Sigorta Hukukuna İlişkin Hükümleri Hakkında Düşünceler, SHD, Y. 2005, S. 1, s. 7-28.(Anılış: Taslak Sigorta Hukuku Hükümleri)

Klotmann, M. (Koch, R./Martin, N./Dress, H.): Der Regress des Kraftfahrt-Haftpflicht-Versicherers nach der VVG-Reform, Aktuelle Probleme des Versicherungsvertrags-und Vermittlerrechts, Bd.1, Karlsruhe 2010, s.157-196.

Kubilay, H.: Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, İzmir 2003.

Schwintowski,H.,P./Brömmelmeyer,C.: Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, Münster 2008.

Sopacı Öztuna, B.: Türk ve Alman Hukukunda Yeni Düzenlemeler Işığında Sorumluluk Sigortasında Doğrudan Talep Hakkı, Batider, Haziran 2011, C.XXVII, S.2, s.15-50.

Terbille, M.: Münchener Anwalts Handbuch Versicherungsrecht, München 2008.

Uluğ, İ.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Zarar Sigortaları, SHD, 2005, Özel Sayı:1, s.215-237.

Ünan, S.: İsteğe Bağlı Sorumluluk Sigortasında Riziko, İstanbul 1998(Anılış: İBSS' da Riziko).

Ünan, S.: Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın "Sigorta Hukuku" Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler", SHD, Yıl:2005, Özel Sayı: 1, s.169(Anılış: TTK Taslağı Hakkında Düşünceler).

Ünan, S.: 2011 Tarihli Türk Ticaret Kanunu Zarar Sigortaları, slayt no. 1-218. <http://www.tsrbsb.org.tr/haber/6102-sayili-turk-ticaret-kanununun-sigorta-hukuku-kitabina-iliskin-sempozyum-sunumlari>. Erişim Tarihi: 20.05.2012.(Anılış: Zarar Sigortaları).

Ünan, S.: Ölüm ve Sakatlıklarda Özel Sigortaların Sorumluluğu Nedir?, <http://www.sigortahabergazete.com/2011/06/08/olum-ve-sakatliklarda-ozel-sigortalarin-sorumlulugu-nedir/> Erişim Tarihi: 05.05.2012.(Anılış: Özel Sigortaların Sorumluluğu).

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU UYARINCA SİGORTA ETTİRENİN SÖZLEŞME YAPILMASINDA BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yrd. Doç. Dr. İrem ARAL ELDELEKLİOĞLU*

ÖZET

Sigorta ettirenin sigorta sözleşmesi kurulurken beyan yükümlülüğü bulunmaktadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile sigorta ettirenin sözleşmenin kuruluşundaki beyan yükümlülüğüne ilişkin olarak önemli değişiklikler yapılmış ve yeni düzenlemeler getirilmiştir. Sigorta ettirenin bu beyan yükümlülüğü 6102 sayılı TTK'ın 1435 ila 1443 hükümleri arasında düzenlenmektedir. Çalışmada, uygulamada bu yükümlülüğe ilişkin sıklıkla yaşanan sorunların giderilmesinde çok yararlı olacağına inanılan bu olumlu ve yeni düzenlemeler değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: 6102 sayılı TTK, sigorta sözleşmesi, sözleşmenin kuruluşundaki beyan yükümlülüğü.

ABSTRACT

The policy owner has a declaration obligation during the period of the formation of the insurance contract. Important changes have been made and new provisions have been brought related to the scope of the declaration obligation of the policy owner within TCC no:6102. This obligation of the policy owner has been arranged between the provisions 1435 – 1443. Within this article, the latest positive provisions which are believed to be very effective and useful while overcoming the frequently experienced problems related to this obligation are being reviewed.

Keywords: TCC no:6102, insurance contract, declaration obligation during the period of the formation of the insurance contract.

Sigorta sözleşmeleri taraflar arasında devamlı edimler meydana getiren sözleşmeler olduğundan sigorta ettirenin sigorta sözleşmesi akdederken elde etmeyi amaçladığı yararları ulaşabilmesi bazı edimleri yerine getirmesine bağlıdır. Sigorta ettirenin sözleşme yapılmasında beyan yükümlülüğü bu edimlerden biri olup, 6102 sayılı TTK'nın Sigorta Hukuku başlıklı 6. kitabının, "Genel Hükümler" başlıklı birinci kısmında, "Tarafların Borç ve Yükümlülükleri" başlığı altında 1435 ila 1443 hükümleri arasında düzenlenmektedir.

6762 sayılı TTK' da kara sigortaları için mal sigortası faslında 1290. maddede, deniz sigortaları için denizcilik rizikolarına karşı sigortalar faslında 1363-1370. maddelerinde düzenlenen sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü, 6102 sayılı TTK'da hem kara hem deniz sigortaları için farklılık gözetilmeksizin düzenlenmiştir. TTK m.1435

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ila 1443 maddelerinde düzenlenen sözleşmenin yapılmasında beyan yükümlülüğüne ilişkin hükümler “genel hüküm” niteliğinde olup tüm sigorta türlerinde uygulanacağından 6762 sayılı TTK’ da mal sigortalarında bu yükümlülüğe ilişkin olan TTK.m.1290 hükmünün can sigortalarına uygulanabilirliği hakkındaki tartışma son bulacaktır.

6762 sayılı TTK’ da kara sigortaları alanında sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün içeriği, yöntemleri ve yaptırımına ilişkin esaslar tek bir maddede (1290) düzenlenmesi beraberinde 3 kişilerin beyan yükümlülüğü, beyanın ifa zamanı, ihlalin yaptırımı gibi konularda sorunlar getirmektedir. Buna karşılık deniz sigortalarında belirtilen bu hususlar daha geniş olarak ele alınmıştır. 1290 nisbi emredici, 1363 vd. mutlak emredicidir.

6102 sayılı TTK’ nın bu yükümlülüğü düzenleme tarzı TTK.m.1290 hükmüne nazaran esaslı değişiklikler içermekte olup, TTK.m.1363 vd. hükümlerine paralellik arz etmektedir. “Koruyucu Hükümler” başlıklı 1452. maddenin 3. fıkrası uyarınca, TTK.m.1435 ila 1443 hükümleri nisbi emredici nitelikte olup; sigorta ettiren, sigortalı, lehtar aleyhine değiştirilemez, değiştirilmesi halinde ise kanun hükmü uygulanacaktır.

Hukuki Niteliği

Sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü yerine getirilmediği takdirde sigortacı tarafından ifasının dava ve talep edilmesinin mümkün olmadığı bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin yaptırımı sigorta ettiren bazı haklarını kaybetmesi olduğundan sigorta ettirenin görevi olarak nitelendirilmekte ve bu görevin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi ayrıca bir tazminat talep hakkı vermemektedir¹.

Amacı

Medeni Kanununun 2. maddesinde düzenlenen iyiniyet ilkesinin azami olarak uygulandığı sigorta sözleşmelerinde prim ve riziko dengenin kurulması ve korunması esastır. Bu dengenin kurulabilmesi için sigortacının tehlikenin doğru biçimde tayin edilmesini mümkün kılacak bilgilere sahip olması gerekmektedir². Bu nedenle taraflar arasında bir sigorta sözleşmesi yapılmadan önce sigortacı tarafından sigorta konusu menfaatin nitelikleri dikkate alınarak bir ön değerlendirme yapılır. Bu değerlendirme neticesinde sigorta sözleşmesini yapıp yapmayacağına, hangi şartlarda yapacağına ve primin miktarına karar verebilir. Sigortacı himaye edeceği menfaatin ne tür rizikolarla karşı karşıya olduğunu ancak sigorta ettirenin beyanına göre tayin edecektir³.

Sigorta ettirene yüklenen beyan yükümlülüğüyle sigortacıya rizikoyu değerlendirme imkânı vermek, sözleşmeyi kurup kurmamak veya hangi şartlarda kuracağını belirlemek için bir karara varmasını sağlamak amaçlanmaktadır⁴.

Konusu

TTK.m.1435 hükmü ile;

“Sigorta ettiren sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Sigortacıya bildirilmeyen, eksik veya yanlış bildirilen hususlar, sözleşmenin yapılmamasını veya değişik şartlarda yapılmasını gerektirecek nitelikte ise, önemli kabul edilir. Sigor-

¹ BOZER, 1965, s.222; CAN, s.292; ÖZTAN, s.29 vd.

² KENDER, s.214.

³ ARSEVEN, Sigorta Hukuku, s.127.

⁴ ARSEVEN, Bazı Meseleler, s.207; FRANKO, İhbar Mükellefiyeti, s.319; KUBİLAY, s.63; OMAĞ, Sigorta Hukuku, s.370.

tacı tarafından yazılı veya sözlü olarak sorulan hususlar, aksi ispat edilinceye kadar önemli sayılır.” düzenlemesi getirilmiştir.

Anılan hüküm bu yükümlülüğünü içeriğini genel olarak düzenlemektedir.

6762 sayılı TTK’ nın deniz sigortalarına ilişkin 1363, 1365, 1366 hükümlerinde yer almakla birlikte, kara sigortalarına ilişkin 1290 hükmünde kullanılmamış olan “önemli hususlar” ibaresine TTK.m.1435 hükmünde yer verilmek suretiyle bu eksiklik giderilmiş ve beyan yükümlülüğünün kapsamında yeknesaklık sağlanmıştır.

1435. madde hükmünde 6762 sayılı TTK’ nın 1290. maddesinde düzenlenen sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne ilişkin esaslar genel olarak korunmakla birlikte, 1290. maddede yer alan “sigortacının sözleşme yapılırken gerçek durumu bildiği takdirde sözleşmeyi yapmamasını veya daha ağır şartlarda yapmasını haklı kılabilecek bütün hususlar” kavramına açıklık getirilmiştir. Ancak 1435’ de yer alan değişik şartlarla yapılması ifadesi yerine 1290’ daki daha ağır şartlar ifadesinin korunmasının daha doğru olacağı düşünülmektedir.

TTK.m.1435 uyarınca sigorta ettiren bütün önemli hususları beyan etmekle yükümlüdür. Hükmün devamında hangi hususların önemli olduğunu ortaya koyan kriterlere yer verilmiştir. Sigortacıya bildirilmeyen, eksik veya yanlış bildirilen hususlar, sözleşmenin yapılmamasını veya değişik şartlarda yapılmasını gerektirecek nitelikte ise, önemli kabul edilir. Sigortacı tarafından yazılı veya sözlü olarak sorulan hususlar, aksi ispat edilinceye kadar önemli sayılır.

Subjektif ve objektif bütün hususlar önemli sayılacak olup, sigorta ettirenin sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğü kapsamında sayılacaktır.

Objektif hususlar primi etkileyen faktörlerdir. Bunlar doğrudan doğruya rizikonun önemli nitelikleriyle ilgili olup, sigorta sözleşmesinin konusuna etki edebilirler.

Sigorta ettirene ilişkin olan subjektif unsurlar, objektif unsurlardan farklı olarak prim üzerine etki etmezler. Doğrudan sigorta sözleşmesinin yapıp yapılmayacağına ilişkindirler.

Beyan Yükümlüsü

TTK.m.1435 hükmü uyarınca beyan yükümlüsü, -TTK.m.1290 ve 1363 hükümlerine paralel olarak- sigorta ettirendir.

TTK.m.1435’te 3. kişilerin beyan yükümlülüğünün olup olmadığı hususunda bir düzenleme bulunmamakla birlikte “Sigorta Ettiren Dışındakilerin Bilgisi ve Davranışı” başlıklı 1412. madde ile sözleşmenin tarafı olmayan kişilerin bilgi ve davranışlarının ne şekilde dikkate alınacağı düzenlenmiştir. 6762 sayılı TTK’ da kara sigortalarında açıkça hükme bağlanmayan bu hususa TTK.m.1412’ de yer verilmesi önemli bir yeniliktir.

TTK.m.1412;

“Kanunda sigorta ettirenin bilgisine ve davranışına hukuki sonuç bağlanan durumlarda, sigortadan haberi olması şartı ile sigortalının, temsilci söz konusu ise temsilcinin, can sigortalarında da lehtarın bilgisi ve davranışı da dikkate alınır.”

TTK.m.1412 hükmünün uygulanabilmesi için sigortalı, temsilci, ve lehtarın sigorta sözleşmesinden haberdar olması ve onların bilgi ve davranışlarına hukuki sonuç bağlanabilmesi için sigorta ettirenin bilgi ve davranışlarının önem arz etmesi gerekmektedir.

Anılan hükmün gerekçesinde yer alan “Sigortacının doğru bir prim hesabı yapabilmesi, diğer bir ifade ile üzerine aldığı riski ölçebilmesi” ifadesi bu hükmün sözleşmenin yapılmasında beyan yükümlülüğüne ilişkin olduğunu düşündürdüğüünden, hü-

kümdeki “sigortadan haberdar olma” ifadesinin “sözleşmenin yapılmasından haberdar olma” şeklinde düzenlenmesinin daha yerinde olacağı düşünülmektedir.

TTK.m.1412 hükmü uyarınca ihbar yükümlüsü sayılan kişiler sigortalı, lehdar⁵ ve temsilcidir⁶.

Sigortalının kim olduğunun bilinmemesi (TTK.m.1454/1⁷) veya sigortalının sözleşme yapıldığı hususunda bilgisinin olmaması halinde beyan yükümlülüğü bulunmamaktadır.

TTK.m.1412’ de sayılmayan kişilerin beyan yükümlülüğü var mıdır?

Can sigortalarında riziko şahsı (hayatı üzerine sigorta yapılan 3. kişi) açısından kıyasen uygulanmalıdır. Bu bir eksikliklerdir.

Broker SK.m.2/1-d. Broker’ in temsil yetkisi sigorta sözleşmesi akdetmek isteyen kişinin iradesinden değil, kanundan doğmaktadır. Broker sadece aracılık yapmakla görevli ise beyan yükümlülüğü bulunmamaktadır ancak temsilci sıfatıyla sözleşme akdetme yetkisi varsa beyan yükümlülükleri vardır.

Beyanın Muhatabı

Bu beyan yükümlülüğünün sigortacıya karşı yerine getirilmesi gerekmektedir.

Müşterek sigorta varsa bu beyan jerana yapılır.

Sözleşme acente aracılığı ile yapılıyorsa; acentenin yetkisinin kapsamı açısından ayırım yapılmaksızın beyan yükümlülüğü ifa edilebilir. (Aracı acentenin temsil yetkisi yoktur ama sözleşmenin kurulmasına ilişkin faaliyetleri bildiği için, aracı acentenin yol açabileceği sorunların çözümü açısından sigorta ettiren lehine yorum yapılmalıdır)

Broker’ in sigortacıyı temsil yetkisi olmadığından bu beyan yükümlülüğü ona yapılamaz.

Beyan Yükümlülüğünün İfa Zamanı

Sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün ifa zamanı TTK.m.1435 hükmünde, TTK.m.1290 ve 1363 hükümlerine paralel olarak “sözleşmenin kurulması anı” olarak belirlenmiştir.

Yükümlülüğün sona erme anı ise sözleşmenin kurulmasından sonrasındır.

Sigorta ettiren kendisinin icabıyla sigortacının kabulü arasındaki zaman sürecinde beyan konusu faktörlerde bir değişiklik olursa onu da beyanla yükümlüdür⁸.

⁵ Lehdar, can sigortalarında riziko gerçekleştiğinde sigortacıdan sigorta bedelinin kendisine ödenmesini talep etme hakkına sahip kişidir.

⁶ TTK.m.1406: Bir kişi, diğer bir kişinin adına onu temsilen sigorta sözleşmesi yapabilir; temsilci yetkisiz ise ilk sigorta döneminin primlerinden sorumlu olur.

Adına sigorta sözleşmesi yapılan kişi, rizikonun gerçekleşmesinden önce veya 1458. madde hükmü saklı kalmak üzere, riziko gerçekleşince de sözleşmeye sonradan icazet verebilir.

Başkasının adına yapıldığı anlaşılmayan veya yetkisiz yapılan sözleşme, menfaati bulunması şartıyla, temsilci adına yapılmış sayılır.

⁷ Sigorta ettiren, üçüncü bir kişinin menfaatini, onun adını belirterek veya belirtmeyerek, sigorta ettirebilir. Sigorta sözleşmesinden doğan haklar sigortalıya aittir. Sigortalı, aksine sözleşme yoksa, sigorta tazminatının ödenmesini sigortacıdan isteyebilir ve onu dava edebilir.

⁸ AYİTER, 228-229; KENDER, s.217; OMAĞ, Sigorta Hukuku, s.371; OMAĞ, Değerlendirme, s.108.

TTK.m.1443 hükmü ile “Teklifin yapılması ile kabulü arasındaki değişiklikler hakkında sözleşmenin kurulmasındaki beyan yükümlülüğüne ilişkin madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.” düzenlemesi getirilmiştir.

TTK.m.1443, teklifin yapılması ile kabulü arasındaki süreçte meydana gelen değişikliklerin bildirimine ilişkin yeni bir düzenlemedir.

Anılan hükümde sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı belirtilmiş olup, sözleşmenin kuruluş aşamalarının birbirinden bağımsız ve farklı zaman dilimleri olması nedeniyle bu ifadenin yerinde olmadığı düşünülmektedir. Zira sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü sözleşmenin kurulması anına kadar yapılmaktadır. Bu hükümde düzenlenen durum ise henüz sözleşmenin kurulmadığı bir andır.

Beyanın Usulü

“Yazılı sorular” başlıklı TTK.m.1436 hükmü ile;

“1. Sigortacı sigorta ettirene, cevaplaması için sorular içeren bir liste vermişse, sunulan listede yer alan sorular dışında kalan hususlara ilişkin olarak sigorta ettirene hiçbir sorumluluk yüklenemez; meğer ki, sigorta ettiren önemli bir hususu kötüniyetle saklamış olsun.

2. Sigortacı, liste dışında öğrenmek istediği hususlar varsa bunlar hakkında da soru sorabilir. Söz konusu soruların da yazılı ve açık olması gerekir. Sigorta ettiren bu soruları cevaplamakla yükümlüdür.” düzenlemesi getirilmiştir.

Maddenin ilk fıkrasında 6762 sayılı TTK.m.1290 hükmündeki liste usulünün tekrarlanmış olduğu görülmektedir.

Sigorta ettiren, sigortacının hazırladığı menfaat hakkında sigorta sözleşmesi açısından önemli olan sorulara gerçeğe uygun cevap vermekle bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş olur. Bu sistem kapsamında listede yer almayan ve dolayısıyla sigorta ettiren tarafından cevaplandırılmayan hususlardan dolayı artık sorumluluk sözkonusu olmaz. Bu sistemin kabul edilmesindeki amaç - kusuru dahi olmadan – sigorta ettirenin temin olunan himayeden mahrum bırakılmamasıdır.

Listede yer almayan soruya ilişkin bir hususun sigortacıdan kötü niyetle saklanmış olması halinde sigorta ettirenin sorumluluğu gündeme gelmektedir. Buna göre sigortacının hazırladığı soru listesinde yer almayan ancak sigortacının sözleşme yapma kararı üzerinde etkili olacak veya sözleşmenin koşullarının daha ağır olmasına sebebiyet verecek olgunun sadece listede yer almaması sebebiyle beyan edilmemesi halinde de beyan yükümlülüğünün ihlal edilmiş olacağı hükme bağlanmıştır. Bu bildirim zorunlu hale getirilmesi önemli bir yeniliktir.

Bu şekilde öngörülen beyan nedeniyle karma sistem sözkonusudur.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, 6762 sayılı TTK.m.1290 hükmünden farklı olarak, sigortacının liste dışında öğrenmek istediği hususlara ilişkin soru sorabileceği ve bu soruların yazılı olması şeklinde yer alan düzenleme yeni bir düzenlemedir. Bu düzenleme rizikolar özelleştikçe, sigortacının değişik sorular sorma ihtiyacının doğal sonucu olup ispat hukuku açısından çok yerindedir. Sigorta ettiren bu şekilde yöneltile soruları yanıtlamaktan kaçınmaz.

Beyan Yükümlülüğünün İhlali

Sözleşmenin yapılmasındaki beyan yükümlülüğünün ihlâl edilmiş olması için sözleşmenin içeriği ile gerçek durum birbirine uymaması gerekmektedir. İhlal, beyan yükümlüsü tarafından bilinen ya da bilinmesi kendisinden beklenen hallerin bildirilmemesi, eksik veya yanlış bildirilmesi ile gerçekleşir.

TTK.m.1438 hükmü ile “Bildirilmeyen veya yanlış bildirilen bir hususun ya da olgunun gerçek durumu sigortacı tarafından biliniyorsa, sigortacı beyan yükümlülüğünün ihlal edilmiş olduğunu ileri sürerek sözleşmeden cayamaz. İspat yükü sigorta ettirene aittir.” düzenlemesi getirilmiştir.

Sigorta ettiren bildirmemiş olsa bile, sigortacı kararına etki edebilecek nitelikteki bilgileri öğrenmişse varılmak istenen amaç gerçekleşmiş olduğundan sigortacının artık beyan yükümlülüğünün ihlaline dayanarak sözleşmeden cayması mümkün değildir.

Her ne kadar madde metninde “sigortacı tarafından bilinmekten” bahsediyor ise de, bu durumun “bilinebilir olmak” şeklinde genişletilmesi gerektiği anlaşılmalıdır.

Sigorta akdinin kuruluşu ve yorumlanmasında asli unsur olan iyi niyeti öne çıkararak ve koruyarak bu hüküm, uygulamada çok sık karşılaşılan ihtilaflara çözüm getiren bir düzenlemedir.

Beyan Yükümlülüğünün İhlalinin Neticeleri

“Yaptırım” başlıklı TTK.m.1439 hükmü ile,

“1. Sigortacı için önemli olan bir husus bildirilmemiş veya yanlış bildirilmiş olduğu takdirde, sigortacı 1440 ıncı maddede belirtilen süre içinde sözleşmeden cayabilir veya prim farkı isteyebilir. İstenilen prim farkının on gün içinde kabul edilmemesi **hâlinde**, sözleşmeden cayılmış kabul olunur. Önemli olan bir hususun sigorta ettirenin kusuru sonucu öğrenilememiş olması veya sigorta ettiren tarafından önemli sayılması durumu değiştirmez.

2. Rizikonun gerçekleşmesinden sonra, sigorta ettirenin ihmali ile beyan yükümlülüğü ihlal edildiği takdirde, bu ihlal tazminatın veya bedelin miktarına yahut rizikonun gerçekleşmesine etki edebilecek nitelikte ise, ihmalin derecesine göre tazminattan indirim yapılır. Sigorta ettirenin kusuru kast derecesinde ise beyan yükümlülüğünün ihlali ile gerçekleşen riziko arasında bağlantı varsa, sigortacının tazminat veya bedel ödeme borcu ortadan kalkar; bağlantı yoksa, sigortacı ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki oranı dikkate alarak sigorta tazminatını veya bedelini öder.” düzenlemesi getirilmiştir.

TTK.m.1439 ile beyan yükümlülüğünün ihlalinin neticelerine ilişkin olarak, kusur, illiyet bağı, ek primle sözleşmeyi devam ettirebilme imkânı ve cayma halinde primin akibeti hususlarında 6762 sayılı TTK.m.1290’ da yer alan eksiklik ve farklılıklar önemli ölçüde giderilmektedir.

6762 sayılı TTK’ nın 1290. maddesindeki sözleşmenin kuruluşundaki ihbar yükümlülüğünün ihlalinde tek yaptırım cayma iken, 1439/1’ de caymanın yanı sıra genel şartlarda yer alan yaptırıma ve uygulamaya paralel olarak prim farkının istenebileceği de öngörülmüştür. Anılan hüküm uyarınca önemli olan hususun sigorta ettirenin kusuru sonucu öğrenilmemesi veya sigorta ettirence önemli olarak nitelendirilmemesi sonucu değiştirmeyecektir.

TTK.m.1439/1 hükmü beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğinin rizikonun gerçekleşmesinden önce öğrenilmesi haline yaptırım getirmektedir.

Rizikonun gerçekleşmesinden önce kusur ve illiyet bağı dikkate alınmadan sözleşmeden cayılabilir. Cayma sadece sözleşme süresi içinde henüz riziko gerçekleşmediği takdirde mümkündür. Kusur ve illiyet bağı aranmamaktadır.

Rizikonun gerçekleşmesinden önce sigortacının ek prim talebinin sigorta ettiren tarafından kabul edilmemesi halinde sözleşmeden cayılmış sayılır.

Doktrinde caymanın hukuki niteliği konusunda tartışmalar yaşanmış olup, bir grup teknik anlamda cayma olduğunu dolayısıyla sözleşmeyi yapıldığı andan itibaren sona erdirdiğini savunurken; bir grup da caymanın fesih gibi düşünülmesi gerektiğini,

yani yapıldığı andan itibaren geleceğe etkili olacak şekilde hüküm sonuç doğuracağını savunmuşlardır.

Bu hüküm ile bu tartışmalara son verilmek istenmiş ve esas olarak mevcut sistem korunmuştur.

Sigortacı cayma hakkını kullandığında sözleşme geçmişe etkili olarak sona erecektir. Böylece taraflar aldıklarını iade edeceklerdir. Sigortacı tazminat ödemişse bunu, sigorta ettiren de ödemişse primini geri alacak, ödememişlerse ifadan kurtulacaklardır.

Ancak sigorta ettiren kötü niyetli olarak ihbar yükümlülüğüne aykırı davranmışsa sigortacı prime de hak kazanacaktır. Zira TTK.m.1441 hükmü ile “Cayma hâlinde, sigorta ettiren kasıtlı ise, sigortacı rizikoyu taşıdığı süreye ait primlere hak kazanır.” düzenlemesi getirilmiştir. Böylelikle kasıt halinde sözleşmenin geçmişe etkili olarak sonuç doğurmasında sigortacının talep edeceği primin rizikoyu taşıdığı müddete ait prim olduğu konusuna açıklık getirilmiştir.

“Caymanın şekli ve süresi” başlıklı 1440. Madde ile,

“1. Caymanın, sigorta ettirene bir beyanla yöneltilmesi şarttır.

2. Cayma, onbeş gün içinde sigorta ettirene bildirilir. Bu süre sigortacının bildirim yükümlülüğünün ihlal edilmiş olduğunu öğrendiği tarihten itibaren başlar.” düzenlemesi getirilmiştir.

Sigortacının cayma hakkını kullanması bir şekle bağlı değildir. Dolayısıyla sözlü de yapılabilir⁹. Ancak daha sonra çıkabilecek uyuşmazlıklar için ispat kolaylığı açısından yazılı yapılmasında her zaman fayda olacaktır. Ancak sigorta sözleşmesinin iki tarafı da tacir ise artık bu cayma beyanının TTK.m.18/3 (=eski TTK.m.20) hükmüne müsteniden noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması zorunludur.

Bu beyanın sigorta ettirene veya yetkili temsilcisine ifası gerekmektedir.

Yeni düzenleme ile 6762 sayılı TTK’ da yer alan bir aylık cayma süresinin on beş güne indirildiği görülmektedir. On beş günlük süre sigortacının gerçek durumu öğrendiği tarihten itibaren başlamaktadır. On beş günlük bu süre hak düşürücü niteliktedir.

Eğer sigortacı on beş günlük süre geçmemesine rağmen durumu öğrendikten sonra primi tahsil ederse veya meydana gelen hasarı tazmin ederse rücu hakkını artık kullanamaz.

“Cayma hakkının düşmesi” başlıklı 1442 hükmü uyarınca;

Cayma hakkı aşağıdaki hâllerde kullanılamaz:

a. Cayma hakkının kullanılmasından açıkça veya zımnen vazgeçilmişse.

b. Caymaya yol açan ihlale sigortacı sebebiyet vermişse.

c. Sigortacı, sorularından bazıları cevapsız bırakıldığı hâlde sözleşmeyi yapmışsa.

Yeni bir düzenleme olan bu hüküm ile yasa koyucunun, tüzel kişi tacir olan sigortacının sigortacılık faaliyetlerinde basiretli şekilde hareket ederek ihlallere neden olmasını engellemeyi amaçladığı düşünülmektedir. Bu husus özellikle (c) bendinde yer alan düzenlemede kendini göstermektedir. Zira verdiği soru listesindeki soruların bazıları cevapsız bırakıldığı halde sözleşmeyi bu haliyle akdeden sigortacının basiretli şekilde hareket ettiğini söylemek ve buna bağlı gündeme gelebilecek olası bir ihlalde cayma hakkını kullanmasına izin vermek yerinde bir çözüm olmayacaktır.

1439/2 hükmü beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğinin rizikonun gerçekleşmesinden sonra öğrenilmesi haline yaptırım getirmektedir.

TTK.m.1439/2 hükmünde rizikonun gerçekleşmesinden sonra kusur ve illiyet bağının varlığına göre yaptırma ilişkin esaslar belirlenmiştir. Rizikonun gerçekleşmiş

⁹ FRANKO, İhbar Mükellefiyeti. s.328; ÖZTAN, s.122.

olduğu hallerde sigortacının tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden bazı koşullarla kurtulması söz konusudur.

- Rizikonun gerçekleşmesinden sonra sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün kasten ihlal etmesi ile rizikonun gerçekleşmesi arasında illiyet bağının bulunması halinde sigortacının tazminat ödeme borcu ortadan kalkar. İlliyet bağının bulunmaması halinde tazminat veya bedelde ödenen prim ile ödenmesi gereken prim oranı dikkate alınarak indirim yapılır.

- Rizikonun gerçekleşmesinden sonra sigorta ettirenin kast derecesinde kusuru yoksa kusurun tazminat veya bedel miktarına veya rizikonun gerçekleşmesine etki edebileceği nitelikte olması halinde kusur oranına göre tazminattan indirim yapılır.

Kast varsa illiyet bağı varsa edimden tamamen kurtuluş, illiyet yoksa kısmen kurtuluş= ödenen prim ile ödenmesi gereken prim arasındaki orana göre.

2. fıkrada kusur varsa kusurun derecesine göre tazminattan indirim yapılması öngörülmüştür.

TTK.m.1437 hükmü ile “Tazminat ve bedel ödemelerinde, bildirilmeyen veya yanlış bildirilen bir husus ile rizikonun gerçekleşmesi arasındaki bağlantı, 1439 uncu maddede öngörülen kurallar uyarınca dikkate alınır.” düzenlemesi getirilmiştir.

6762 sayılı TTK’ nın 1290. maddesi hükmü uyarınca sigortacının beyan yükümlülüğünün ihlali sebebiyle sözleşmeden cayabilmesi için ihlâl ile rizikonun gerçekleşmesi arasında bir illiyet bağının bulunması şartı aranmamaktadır.

TTK.m.1437 hükmü ile tazminat ödemelerinde, gerçekleşen riziko ile gerçeğe aykırı beyan arasında illiyet bağının varlığı şartı getirilmiştir. Yargıtay’ ın sigorta ettiren lehine yorum yaparak aradığı illiyet bağının, anılan hüküm ile düzenlenmiş olması olumlu ve yeni bir düzenlemedir.

Hükmü genel olarak değerlendirdiğimizde; ikinci fıkrada tazminat değil zarar denmesi egrettiği düşünülmektedir. Zira bu zarar, zarar sigortalılarına aittir. Önce tazminat ve bedel denmiş sonra sadece tazminat denmiştir. Bu bir genel hüküm olduğundan her iki bransa da uygulanacağından hükümde her iki ifade de yer almalıdır.

Ayrıca iki farklı yaptırım öngörülmesi yerinde değildir. Ödenen prim ile ödenmesi gereken prim arasındaki oran uygulama bakımından daha uygun niteliktedir.

Rizikonun gerçekleştiği hallerde kast ve kusur aranırken, rizikonun gerçekleşmediği hallerde kusur aranmamaktadır. İki düzenlemenin birbiriyle uyumlu olmadığı düşünülmektedir.

Sonuç olarak ikinci fıkranın ifadesine açıklık kazandırılması ve yaptırımın bir sisteme bağlanması önerilmektedir.

CAN SİGORTALARI

Hayat sigortalılarında sigorta ettirenin beyanlarına göre prim tutarı hesaplanır. Bu nedenle sigorta ettiren başta yaşıyla ilgili bilgiler olmak üzere sağlık durumu gibi konularda doğru bilgi vermek zorundadır.

Aynı yaptırım ancak sigortacı yenilemeler de dahil olmak üzere sözleşmenin yapılmasından itibaren beş yıl geçmişse sigorta ettirenin sözleşmenin yapılması sırasında beyan yükümlülüğünü ihlal etmiş olduğu gerekçesiyle sözleşmeden cayamaz sadece prim farkı isteyebilir meğer ki beyan yükümlülüğü kasıtlı şekilde ihlal edilmiş olsun. (TTK.m.1498/1)

Sigorta ettiren prim farkını ödemeyi kabul etmezse sigortacı riziko gerçekleştiğinde ödenen primler ödenmesi gereken prim arasındaki oranı dikkate alarak sigorta bedelini öder. Ancak risk artışı beyan yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sigortacının teknik esaslarına göre saptanan sınırlarının dışında kalmışsa sigortacı sözleşmeden cayabilir. Yenilenen sözleşmelerde bu süre ilk sözleşmenin yapıldığı tarihten başlar.

SORUMLULUK SİGORTACISININ DOĞRUDAN DAVADA DAYANABİLECEĞİ SAVUNMALAR

Yrd. Doç. Dr. Serdar ACAR*

ÖZET

Yeni Türk Ticaret Kanunu, selefinden farklı olarak, sorumluluk sigortası üzerine detaylı hükümler koymakta ve ayrıca üçüncü kişiye sorumluluk sigortacısına karşı doğrudan dava hakkı tanımaktadır. Her ne kadar sigortacının dayanabileceği ve dayanamayacağı savunmalar üzerine bazı hükümler içeriyor ise de, sigortacının savunmaları ile ilgili genel bir sınıflama bulunmamaktadır. Bundan başka, yeni kanun bazı çelişkili hükümler de içermektedir. Bu mahkemelerin ve avukatların zihninde karışıklıklara yol açabilir. Bu nedenlerle, sorumluluk sigortacısının muhtemel savunmalarını yakından inceleyen bir tebliğ hazırlamak gerekli görülmüştür.

Anahtar kelime: Doğrudan dava

ABSTRACT

The new Turkish Commercial Code, as disinct from it's predecessor, sets detailed rules on liability insurance, and also grants direct action right for the third party against to the liability insurer. Nevertheless it includes some provisions on defences which the insurer may invoke or not, there are not a general categorization related to the insurer's defences. Furhermore, the new code includes some conflicting provisions. This would lead to confusions in the minds of courts and attorneys. On these grounds it is considered necessary to prepare a paper which closely examines possible defences of the liability insurer.

Keyword: Direct action

I. Giriş

1. Sorumluluk sigortası, ülkemizde son yıllarda en hızlı gelişen sigortacılık dalları arasındadır. Önümüzdeki dönemde bu sürecek, doğrudan dava mahkemeleri sıkça meşgul edecek, bu davalar da sigortacının hangi savunmalara dayanabileceği noktasında düğümlenecektir. Kanunda bu savunmalar derli toplu sayılmadığı gibi, üçüncü kişiye tanınan hakkın kendisi üzerine bile önemli tartışmalar açılabilir. Bu nedenle, böyle bir tebliğ konusu seçmekte yarar görülmüştür.

2. 2000'li yılların hemen öncesi ve sonrasında, sigortacılıkta ileri pek çok ülkede sigorta hukuku reformları başlatılmıştır. Gelineen noktada ortak akıl; sorumluluk sigortasında üçüncü kişiye doğrudan dava hakkı tanınması gerektiğini, buna en tutarlı dayanağın açık bir kanun hükmü olduğunu, sigortacının hangi savunmalara dayanabi-

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ve Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, sacar@yalova.edu.tr

leceğinin açıkça sayılması gerektiğini, göstermektedir. Savunmalar için genel kabul gören ayırım da; sorumluluk ilişkisinden doğan savunmalar ve sigorta sözleşmesinden doğan savunmalar ayırımıdır. Bu ikinci gruptaki savunmalar üzerine bazı sınırlamalar konmaktadır. Tebliğimizde, savunmalar bu ayırım doğrultusunda ele alınacaktır. Fakat savunmalara geçmeden önce, yapılacak yorumlarda göz önünde bulundurulması gereken ilkelere ayrıca yer vermek yararlı bulunmuştur. Zira TTK'da konu yoruma oldukça açık hükümlerle düzenlenmiştir.

II. Yorum İlkeleri

A) Yabancı Hukuka Tabi Sorumluluk Sigortaları

3. Bazı sigortalar yabancı sigortacılar tarafından ve/veya yabancı sigortacılar aیت standart kizozlara tabi şekilde yapılır. Bu durumda incelemeye Türk mahkemesinin ve Türk hukukunun yetkili olup olmadığından başlanmalıdır. Burada olumlu bir sonuca varmadıkça, belli bir klozu TTK altında tamamen veya kısmen hükümsüz veya uygulamamaz bulmak gibi, sonraki konular için yapılan yorumlar ölü doğmuş olur. Zira uyuşmazlık Türk hâkiminin önüne gelmez, yapılan yorum da yabancı hâkimin ilgisini çekmez. Bunun yerine, bir Türk yabancı ülke mahkemesine gittiği zaman ne ile karşılaşacağını o hukuka göre açıklamak, pratik açıdan faydalı olur. Yabancı hukuka tabi kılınan sorumluluk sigortaları bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Bu konuda sadece şu hususu belirtmek gerekir: P&I kulüpleri ile sınırlı olmayan yabancı sigortacılar karşı açılacak doğrudan davada, devletler özel hukukunu ilgilendiren önemli ve öncelikli problemler mevcuttur. Bunlar başka bir çalışmamızda ele alınmıştır.

B) Uygulanacak Hükümler ve Bunların Kuvveti

4. Sorumluluk sigortası TTK, 1473-1485'te on üç madde ile düzenlenmiştir. Bu hükümlerin yanı sıra, TTK, m.1485'te atf yapılan toplam elli beş madde daha sorumluluk sigortasına uygulanır. Bunlar; genel hükümler, başkası lehine sigorta, geçmişe etkili sigorta, müşterek sigorta ve zararın gerçekleştiği yerde değişiklik yapmama hakkındadır. Böylece uygulanacak madde sayısı altmış sekize ulaşmaktadır.

5. TTK, m.1486'da üç kategori halinde koruyucu hükümler sayılmaktadır. Birinci fıkrada sayılan hükümlere aykırılık sözleşmeyi geçersiz kılar, ikinci fıkrada sayılan hükümlere aykırı sözleşme hükümleri geçersizdir, üçüncü fıkrada sayılan hükümler sigortalı aleyhine değiştirilemez. "*Koruyucu hüküm*" hukukumuzda yeni bir terimdir. TTK'nın sadece sigorta hukukuna dair altıncı kitabında, 1452, 1486 ve 1520. maddelerde kullanılmıştır. Diğer iki madde de, tıpkı TTK, m.1486 gibi, altıncı kitaptaki bazı maddeleri saymakta ve üç kategori halinde değişik seviyelerde emredicilik içermektedir. Bunlar, kategorisine göre, sigortalı tarafını, her iki tarafı, her iki tarafı ve/veya kamuyu korumaya yöneliktir. Dolayısıyla, koruyucu hüküm terimi, emredici hükümler içindeki daha dar bir kategori olarak kullanılmış gibi görünmektedir. Buna göre, 1452, 1486 ve 1520. maddelerde sayılmamış olan diğer bütün maddeler otomatik olarak yedek hukuk kuralı olarak değerlendirilmemelidir. Bunlar içinde de emredici hükümler bulunabilir. Böyle bir madde için yerleşik yorum kurallarına göre yapılacak bir inceleme ile sonuca varılmalıdır.

6. TTK, m.1485'te atf yapılan elli beş maddeden toplam yirmi dokuz tanesi koruyucu hükümdür. Bunlara aykırılık, yer aldıkları kategoriye göre, TTK, m.1452 ve 1486'daki sonuçları doğurur. Geri kalan yirmi altı tanesi ise koruyucu hüküm değildir. TTK, m.1485 ikinci kategori koruyucu hüküm olduğu için, bu yirmi altı maddeden herhangi birinin sorumluluk sigortasına uygulanmayacağına dair sözleşme hükümleri geçersiz olur. Bununla beraber, kendileri emredici olmadıkları sürece, bu yirmi altı madde sözleşme ile değiştirilebilir. Sorumluluk sigortası için doğrudan konan on üç maddeden ise; TTK, m.1477 birinci kategori, TTK, m.1479, 1480, 1482 ve 1485 ikinci kategori, TTK, m.1474-1476 ise üçüncü kategori koruyucu hükümdür (TTK, m.1486).

Geriye dört madde kalmaktadır. Bunlardan TTK, m.1473 tanım maddesi, TTK, m.1478 ise üçüncü kişiye doğrudan dava hakkı tanıyan maddedir. Dolayısıyla, TTK, m.1478'i bir emredici hüküm olarak vasıflandırmanın mümkün olup olmadığı son derece önem kazanmaktadır.

C) Doğrudan Dava Hakkını Kaldıran veya Sınırlayan Sözleşmeler

7. TTK, m.1478'in bir emredici hüküm olması ile olmaması arasındaki pratik fark, burada üçüncü kişiye tanınan doğrudan dava hakkının sözleşme ile kaldırılması veya sınırlandırmasının mümkün olup olmadığı noktasındadır. Nitekim, bir üçüncü kişiye taraf olmadığı bir sözleşme altında bir takım haklar sağlayan bir kanun 1999 yılında İngiltere'de yürürlüğe konduğunda, sorumluluk sigortacıları hemen aksi yönde açık klozlar kaleme alarak bu hakları kaldırmıştı. Doğrudan dava hakkı tamamen kaldırılmasa bile, çok önemli sınırlamalar konabilir. Sigorta sözleşmesinden doğan savunmalar başlığı altında bunun somut örnekleri incelenecektir.

8. TTK, m.1478 şöyledir:

“Zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir.”

TTK, m.1473/1'e göre ise; *“Sigortacı sorumluluk sigortası ile, sözleşmede aksine hüküm yoksa,... zarar görene,... tazminat öder.”*

9. Görüldüğü üzere, her iki maddede de, kanun koyucu tazminatın üçüncü kişiye ödenmesi kuralını kabul etmiştir. Bununla beraber, mantık ve dil kurallarına göre, iki virgülle ayrılmış *“sözleşmede aksine hüküm yoksa”* ibaresi kendinden sonraki bütün kuralları etkiler. Dolayısıyla, TTK m.1473/1'de, sözleşme ile tazminatın sigortalıya ödenmesinin kararlaştırılmasına izin verilmektedir. Böyle bir hüküm de tazminatın üçüncü kişiye ödenmemesi etkisini doğurur. Çünkü tazminat ödemesi ancak bir kez yapılır. Bu da, söz konusu ibareye dayanarak, TTK m.1478'in sözleşme ile devre dışı bırakılabileceği sonucuna götürür. Kuşkusuz, TTK m.1478 bir koruyucu hüküm olsaydı, böyle olmazdı. Fakat Taslak'ta (m.1456) ikinci kategori koruyucu hüküm olarak sayılan TTK, m.1478, Tasarı'da bir koruyucu hüküm olmaktan çıkarılmıştır. Bu durumda, doğrudan dava hakkının sigorta sözleşmesi ile kaldırılması ya da buna önemli sınırlamalar konmasına izin mi verildiği sorusu gündeme gelmektedir.

10. Tarihi ve amaçsal yorum çerçevesinde, yukarıdaki soru için kayda değer bir bulgu yoktur. Aksine, Taslak ile Tasarı arasında bazı çelişkiler mevcuttur. TTK m.1473/1'deki *“sözleşmede aksine hüküm yoksa”* ibaresinin Taslak'ta bulunmayıp sonradan eklenmesi, TTK m.1478'in ikinci kategori koruyucu hüküm olmaktan sonradan çıkarılması, her iki metinde sorumluluk sigortası için başkası lehine sigortaya (TTK m.1454) atıf yapılmakla birlikte, Tasarı'da farklı olarak bu atfın ikinci kategori koruyucu hüküm olarak güçlendirilmesi, TTK m.1454 madde gerekçesinde başkası lehine sigortanın üçüncü kişi lehine sözleşmenin bir uygulaması olduğu belirtiliyor iken, TTK m.1478 madde gerekçesinde ise bu atfın sorumluluk sigortasını üçüncü kişi lehine sözleşme haline getirmeyeceğinin belirtilmesi, bu kapsamda sayılabilir. Kanaatimizce, TTK m.1473/1'teki ibare ve her iki maddenin de koruyucu hüküm olarak sayılmaması ile böyle bir amaç güdülmüş olmamalıdır. Söz konusu ibare gereksiz olduğu yönünde öğretilde eleştirilmiş olmakla ve bazı yorum güçlüklerine de yol açabiliyor olmakla beraber, zaten emredici olmayan TTK m.1473'ün bu niteliğini vurgulamak için sonradan konmuştur. Maddenin emredici olmaması ise, olay, talep, zarar, vb. çok farklı esaslara dayanan sorumluluk sigortaları için gerekli olan sözleşme özgürlüğünü sağlama amacına yöneliktir. Bunun yanı sıra, doğrudan davayı kaldırma veya sınırlamaya yönelik olduğuna dair herhangi bir bulgu yoktur.

11. TTK m.1478 lafzi yoruma tabi tutulduğunda ise, üçüncü kişiye tanınan hakkın emredici olduğu görülmektedir. Mantık ve dil kurallarına göre *“sigortacıdan*

isteyebilir" ibaresinin doğru yorumu; "üçüncü kişi dilerse tazminatı sigortacıdan ister, dilerse ondan istemez." şeklindedir. İkinci ihtimalde kendisine zarar veren sigortalıdan tazminat isteyecektir. Dolayısıyla, cümle her ne kadar emir kipi ile bağlanmamış ise de, bu tanınan hakkı zayıflatmaya yönelik değildir. Aksine, eğer "ister" kelimesi kullanılsa idi, hükmün sigortacıya başvurma yükümlülüğü getirdiği ve/veya sigortalıya başvurma hakkını kaldırdığı yönünde tartışmalar çıkabilirdi. Madde ile yeni bir hak verilmiştir; bu hakkın süjesi üçüncü kişidir. Eğer cümle aynen korunduğu halde, sigortacı ve/veya sigortalıya bu hakkı kaldırma yetkisi verilmek istenirse, "sözleşmede aksine hüküm yoksa" gibi bir ibare eklemek gerekir. Böyle bir ibare konmamıştır. Maddede sigorta bedeli ve zamanaşımı gibi iki sınırlama konmuş iken, bu yönde bir üçüncü sınırlama metinde yer almamıştır. Diğer taraftan, söz konusu iki sınırlama üzerinden hareket edildiği zaman, sözleşme ile maddeyi değiştirebilmenin mümkün olmadığı, yine anlaşılır. Zamanaşımı kamu düzenine ilişkin olduğu ve kanundaki süreler de kesin olduğu için, sözleşme ile ne zamanaşımına dayanma hakkı üzerinde bir tasarrufta bulunulabilir ne de bu süreler kısaltılabilir veya uzatılabilir. Sigorta bedeli için de sonuç aynıdır. "... sigorta bedeline kadar olan kısmını... isteyebilir" ibaresinin ters yorumu, "sigorta bedelini aşan kısmını isteyemez" şeklindedir. Her iki yoruma göre de, hak üzerine konan tek sınırlama sigorta bedelidir ve bunun içinde kalmak kaydı ile karar verme yetkisi o hakkın süjesi olan üçüncü kişiye aittir. Sigorta bedeli her ne kadar sigorta sözleşmesinin taraflarınca belirleniyor ise de, bu kişilerce üçüncü kişinin sigorta bedelinin belli bir oranı kadar talepte bulunabileceği gibi bir sınırlama konamaz.

12. TTK m.1478 emredici hüküm olarak kabul edildiğinde, bu hükmün ne uygulama alanı ne de içeriği bir sözleşme ile değiştirilebilir. TTK m.1473 her ne kadar bu yetkiyi veriyor gibi görünse de, bir emredici hüküm olmayan bu madde TTK m.1478 ile aynı güçte değildir. Dolayısıyla, kendisinden daha güçlü bir maddenin değiştirilmesine dair bir yetki veremez. Farzı muhal olarak aksi kabul edilse bile, bu da başka bir nedenle yine sağlıksız bir yorum olur. Zira eğer sözleşmede aksine hüküm yoksa, TTK m.1473 uyarınca tazminat üçüncü kişiye ödenir. Bu ihtimalde, sigorta bedeli (TTK m.1473) ile zamanaşımı (TTK m.1482), yine doğrudan dava hakkı üzerindeki kanuni sınırlamalardır. Dolayısıyla, TTK m.1478 üçüncü kişiye hangi sınırlamalara tabi ve nasıl bir hak vermişse, TTK m.1473 aynısını vermiştir. O zaman bu ihtimale göre TTK m.1478 konmakla abesle iştigal edilmiştir. Kanun koyucu tarafından her iki ihtimalde de bir anlam taşımayan bir hüküm konulduğu yerine, yukarıdaki yorumu kabul etmek, daha doğru olur.

D) Doğrudan Dava ve Üçüncü Kişi Lehine Sözleşme

13. TTK m.1454'ün etkisini ele almadan önce, tam üçüncü kişi lehine sözleşme hakkındaki temel kurallara yer vermek, doğru olur. Borçlar hukukunda, eksik üçüncü kişi lehine sözleşme esasır. Sözleşmenin tam üçüncü kişi lehine olduğu ise, tarafların amacı veya örf ve âdetten anlaşılabilir (TBK m.129/2, BK m.111/2) veya kanunla öngörülmüş olabilir. Tam üçüncü kişi lehine sözleşmede; alacaklı, borçlu ve üçüncü kişi arasında, üç köşeli bir ilişki söz konusudur. Alacaklı ile borçlu arasında "karşılık ilişkisi", alacaklı ile üçüncü kişi arasında "kazandırma ilişkisi", borçlu ile üçüncü kişi arasında "edim ilişkisi" vardır. Kazandırma ilişkisi, alacak (credenti), bağışlama (donandi) veya ifa (solvendi) sebebine dayalıdır. Üçüncü kişi lehine sözleşmede, ifa daima üçüncü kişiye yapılır ve tam üçüncü kişi lehine sözleşme söz konusu ise, üçüncü kişi bizzat borçludan ifayı talep hakkına sahiptir. İfayı talep hakkı üçüncü kişiye ait olmakla beraber, karşılık ilişkisinden doğan diğer haklar alacaklı ile borçluya aittir. Zira üçüncü kişi, karşılık ilişkisinin bir tarafı değildir. Dolayısıyla, karşılık ilişkisinin tarafı olan alacaklı, bu ilişkiye son verebilir, borçluyu ibra edebilir, borcun nitelik ve kapsamını değiştirebilir. Bununla beraber, tam üçüncü kişi lehine sözleşmede, alacaklının bu tasarruf hakkı üçüncü kişi ifayı talep hakkını kullanmak istediğini borçluya bildirdiğinde, kalker (TBK m.129/2, BK m.111/2). Bu bildirim borç muaccel olmadan

önce de yapılabilir. Borçlunun üçüncü kişiye karşı hangi savunmaları ileri sürebileceği de son derece önemlidir. Borçlar hukuku öğretisinde, kural olarak, karşılık ilişkisinden doğan bütün savunmaların üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği belirtilmektedir.

14. TTK m.1478'e ait madde gerekçesine göre, TTK m.1454'e yapılan atf sorumluluk sigortasını üçüncü kişi lehine sözleşme durumuna sokmaz. TTK m.1454 madde gerekçesinde ise, başkası lehine sigortanın üçüncü kişi lehine sözleşmenin özel bir uygulaması niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Sorumluluk sigortası için TTK m.1454'e yapılan atf ise ikinci kategori koruyucu hükümdür; dolayısıyla "işbu sigorta sözleşmesine TTK m.1454 uygulanmaz" şeklindeki bir hüküm geçersiz olur. Gerekçenin Taslak için kaleme alınması, gerekçenin metinden üstün olmaması, Tasarı ile TTK m.1454'e yapılan atfın ikinci kategori koruyucu hükümler arasına alınması karşısında, gerekçe yerine kanun metnine öncelik vermek gerekir.

15. Doğrusu, tam üçüncü kişi lehine sözleşme hakkındaki genel kuralların sigorta sözleşmesine ve özel olarak da sorumluluk sigortasına nasıl uygulanacağı, çetin bir konudur. Borçlar hukuku öğretisi, karşılık ilişkisinin sona erdirilmesi, borcun nitelik ve kapsamının değiştirilmesi ve savunmalar konusunda, kanunun ters yorumu yanında (TBK m.129/2, BK m.111/2), temel kural olarak sözleşmenin nisbiliğine dayanmaktadır. Üçüncü kişi karşılık ilişkisine taraf olmadığı için, ifayı talep hakkı dışında, o ilişkiden doğan diğer haklar üzerinde tasarruf edemez. Fakat bir sigorta sözleşmesi söz konusu olunca, menfaat gibi diğer bir temel kural devreye girer. Bütün sigortalar için, menfaat sözleşmenin geçerlik şartıdır (TTK m.1408, 1452). Bu da mal sigortasında, sigorta ettiren konumundaki alacaklıya değil, sigortalı konumundaki üçüncü kişiye aittir. Dolayısıyla, üçüncü kişi lehine sözleşmede alacaklının sahip olduğu haklar esaslı bir daralmaya tabi olur. Diğer taraftan, bir sorumluluk sigortası söz konusu olduğunda, bu kez menfaatin ve üçüncü kişi sıfatının sigortalıya mı yoksa zarar görene mi ait olduğu meselesi ortaya çıkar. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, bu problemler üzerine ileri sürülmüş tatmin edici bir görüş yoktur. Borçlar hukuku öğretisinin bu ayrımlara göre tartışma yapmadan, işveren sorumluluk sigortası, hayat sigortası, kaza sigortası, kaza sebebiyle sorumluluk sigortası, karayolları trafik mali sorumluluk sigortası ve başkasına ait malın sigortası başlıklarını, üçüncü kişi lehine sözleşme olarak vasıflandırdığı, görülmektedir. Böyle olunca, üçüncü kişi sıfatı diğer sigortalarda sigortalıya verilirken, sorumluluk sigortasında ise zarar görene verilmiş olmaktadır.

16. Buna bağlı olarak, sigorta ettiren kendi sorumluluğu için bir sigorta yaptırdığında, menfaat ve sigortalı sıfatının kendisine mi yoksa zarar görene mi ait olduğu problemi ortaya çıkar. Sigorta ettirenin bir başkasının sorumluluğu için sigorta yaptırması ihtimali ileri sürülerek bu problem daha karmaşık hale getirilebilir. Bu tebliğde girilmeyecek olmakla beraber, bu konuda önemli tartışmalar çıkabilecek gibi görünmektedir.

17. Pratik amaçlarla, TTK m.1454'e yapılan atfın pratik sonuçlarına bakmak, bu tebliğe daha uygundur. Kanaatimizce, savunmalar konusundaki genel kabuller nedeni ile, bu atfın doğrudan davada zarar gören üçüncü kişiye sağladığı büyük bir avantaj yoktur. Yerleşik kabullere temel değişiklikler getiren farklı yorumlar yapılmadan, atfın üçüncü kişinin durumuna sağladığı katkı oldukça sınırlıdır. Muhtemelen, kavramın adından hareketle, yapılan atf ile üçüncü kişinin durumunun güçlendirildiği düşünülmüş olmalıdır.

E) Kanuni Şart ve Eksik Teselsül

18. TTK m.1473/1'e göre: "Sigortacı... sigortalının... sorumluluğu nedeniyle zarar görene,... tazminat öder." Buna göre, sigortalının sorumlu olması, sigortacının üçüncü kişiye karşı sorumluluğu için bir "kanuni şart" olarak nitelenebilir. Sorumluluk ilişkisinde sigortalı sorumlu ise sigortacı da sorumludur; sigortalı sorumlu değilse sigortacı da değildir. Kanuni şart hakkında şart hükümleri kıyasen uygulanır. Bu hü-

kümler savunmalarla ilgili problemlere cevap vermekten uzak olmakla beraber, belirli konularda yararlanma imkânı vardır.

19. TBK m.61'e göre; "*Birden çok kişi... aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.*" Üçüncü kişiye karşı, sigortalı sorumluluk ilişkisi nedeni ile sigortacı ise kanun gereğince sorumludur. Buna göre, ikisi arasındaki ilişki eksik teselsül olarak nitelenebilir. Müteselsil sorumlulukta savunmalar düzenlendiği için, aynı kurallar eksik teselsül için de uygulanabilir.

F) Üçüncü Kişinin Bilgi Alma Hakkı

20. TTK'da üçüncü kişiye doğrudan dava hakkı tanınmış ise de, ne bilgi alma hakkına dair usul ve esaslar düzenlenmiş ne de böyle bir hakkın varlığından söz edilmiştir. Hâlbuki bilgi alma hakkı doğrudan davanın temel problemlerinden biridir. Üçüncü kişi, zarar sorumlusunun sigortası olup olmadığını, varsa sigortacının kim olduğunu ve sigortanın hükümlerini (süre, limitler, vb.) bilemez. Bu bilgiye ancak zarar sorumlusu kendisine verdiği ya da talebin halli kapsamında kendisi ile irtibata geçen sigortacı verdiği ulaşabilir. Üçüncü kişi kendisinden talep etse bile, zarar sorumlusu pek çok nedenle bu bilgiyi ona vermektan kaçınabilir. Doğrudan sigortacıdan bilgi istemesi ise, gerek hukuki ve gerekse pratik açıdan, uygun bir çözüm değildir. Bu durumda, bilgi alamayan üçüncü kişi, kanunun kendisine tanıdığı doğrudan dava hakkını kullanamaz. Diğer taraftan, sigorta sözleşmesinden doğan çeşitli borç ve görev ihlallerinin üçüncü kişi açısından hangi sonuçları doğurduğu, üçüncü kişinin ihlâli tamir imkânına sahip olup olmadığı, oldukça kritik konulardır. Bunlar doğrudan bilgi alma hakkına dayalıdır. Böyle bir hak düzenlenmediği için, bu tebliğde üçüncü kişi lehine olan çözümler kabul edilecektir. Fakat *de lege feranda* belirtelim ki, bilgi alma hakkının usul ve esaslarının TTK'da yapılamasa bile murakabe mevzuatında düzenlenmesi zorunludur.

G) Davaya Konu Hak, Dava Hakkı ve Muacceliyet

21. TTK 1473/1'e göre: "*Sigortacı sorumluluk sigortası ile,... sigortalının... sorumluluğu nedeniyle zarar görene,... tazminat öder.*" TTK m.1478'e göre de: "*Zarar gören, uğradığı zararın... tazminini,... doğrudan sigortacıdan isteyebilir.*" İki hükmün birlikte yorumundan; zarar görene bir dava hakkı tanındığı, ayrıca mevcut olmayan bir hak için bir dava hakkı tanınması söz konusu olamayacağına göre, davaya konu edilebilecek bir de hak tanındığı, çıkmaktadır. İki hak arasında bir ayırım yapılması, bunların her ikisinin de aynı tarihte mi doğduğu, farklı tarihlerde doğmasının da mümkün olup olmadığı noktasında pratik önem taşır. Zira bir borcun doğması farklı, dava edilebilir hale gelmesi farklı tarihte olabilir. "*Ecel*" kökünden gelen "*muaccel*" terimi, bir borcun ancak vadesi dolunca talep ve dava edilebilir hale gelmesi anlamı taşır; buna göre borç daha önce dava edilemez (TBK m.90, BK, m.74). Dolayısıyla, iki hak arasındaki bu farka işaretler, sigortacının tazminat ödeme borcunun muaccel olması ile dava hakkının doğacağı, söylenebilir. Bu itibarla, TTK m.1427'nin önemi ortaya çıkmaktadır.

22. TTK m.1427/2'ye göre:

"*Sigorta tazminatı..., rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve her halde 1446 ncı maddeye göre yapılacak ihbardan kırk beş gün sonra muaccel olur.*"

23. Borçlar, bir hesap neticesinde bulunacak ya da gayri muayyen olan vadelere de bağlı olabilir. Wade, anlaşma, işin niteliği veya bir kanun hükmünden doğabilir. Gerçekleşmesi şüpheli olaylara ise şart denir. Buna göre, fıkırdaki bir şartı takip eden bir vade öngörülmüştür. Riziko gerçekleşmedikçe vade işlemez, borç da muaccel olmaz. Riziko gerçekleştikten sonra, TTK m.1446'daki ihbar görevinin yerine getirilmesi ile

vade işlemeye başlar ve (hangisi daha önce ise) sigortacının araştırmaları bitince ya da kırk beş günün sonunda dolar. Bu tarihte borç muaccel olur. Doğrudan dava hakkı da bu tarihte doğar.

24. Genel hükümler arasındaki TTK m.1446/1'e göre: "*Sigorta ettiren, rizikonun gerçekleştiğini öğrenince durumu gecikmeksizin sigortacıya bildirir*". Konuyla ilgili özel hüküm olan TTK m.1475 ise şöyledir:

"(1) Sigortalı sorumluluğunu gerektirecek olayları, on gün içinde, sigortacıya bildirir.

(2) Sigortalı kendisine yöneltilen istemi, aksi kararlaştırılmamışsa derhal sigortacıya bildirir. Bu bildirim üzerine veya zarar görenin sigortacıya doğrudan başvurması halinde 1427 nci madde uygulanır."

25. İkinci fıkranın ikinci cümlesindeki "*bu bildirim*", "*talebin*" bildirilmesini nitelendirmektedir; yoksa ilk fıkraya uyarınca "*olayın*" bildirilmesi hakkında değildir. Buna göre; TTK m.1427'nin harekete geçmesi ve sigortacının borcunun muaccel olması için (hangisi daha önce ise) şu ikisinden birinin gerçekleşmesi gerekir: Üçüncü kişi tarafından yapılan talebi sigortalının sigortacıya bildirmesi ya da üçüncü kişinin doğrudan sigortacıya başvurması. Bununla beraber, fıkraya sonradan eklenen ikinci cümle pek çok tartışmaya sebep olabilecek gibi görünmektedir. Bunlar tebliğimizin dışında tutulmuştur.

26. Dava hakkı muacceliyet ile doğduğundan, en erken TTK m.1475/2 uyarınca sigortacıya sigortalı tarafından yapılan bildirim veya üçüncü tarafından yapılan başvuru tarihinde doğar. Hâlbuki sigortalı, bu bildirim yapmamak ya da geciktirmek sureti ile dava hakkına zarar verebilir. TTK m.1478 gibi emredici bir hükümlerle üçüncü kişiye tanınan hakkı bu şekilde sigortalının iradesine bağlamak, doğru değildir. Üçüncü kişinin doğrudan başvuru yapması da, bilgi alma hakkı düzenlenmediği için, aksayan sistemi çalıştırmak için pratikte yeterli olmaz. Üstelik, söz konusu bildirim veya başvuru derhal yapılırsa bile, dava hakkı doğmadan önce sigortacı kırk beş güne sahiptir. TTK m.1427/2'nin son cümlesi uyarınca, bu süreyi biraz daha uzatmak da mümkün olabilir. Bu süre de, bazı ihtimallerde, bir borç ve görev ihlaline dayalı bir cayma veya fesih sureti ile dava hakkını ortadan kaldırmak için yeterli olur. Bütün bu problemlerden başta, sigortalı kendi yaptığı riziko tanımını üçüncü kişiye karşı ileri sürerek, kanunun ona sağladığı hakları ortadan kaldırmak veya sınırlamak isteyebilir. Zira TTK m.1473 uyarınca, riziko, olay, zarar, talep, ihbar gibi unsurlardan biri veya birkaçı esas alınarak tanımlanabilir. Bunların arasında da çoğu zaman yıllar geçer. Bu durumda, davaya konu hakkın ne zaman doğduğuna karar vermek büyük önem taşır.

27. Kanaatimizce, sigortacının riziko tanımı yerine, olay ve sözleşmelerin kurulma tarihini esas almak daha doğru olur. Buna göre, olay esaslı poliçelerde davaya konu hak olay tarihinde doğar. Olay yerine/yanında farklı bir esasa dayanan poliçelerde ise, olay poliçe süresi içinde gerçekleşmişse olay tarihinde, olay poliçe süresinden önce fakat geçmişe etki (*retro*) tarihi içinde gerçekleşmişse sözleşme kurulduğu tarihte, davaya konu hak doğar. Davaya konu hak doğduktan sonra, sigortacı dava hakkını sınırlayamazdır.

28. Son olarak, zamanaşımı başlangıcını ele almak gerekir. TTK m.1420'teki iki yıllık zamanaşımı "*alacağın muaccel olduğu tarihten*" itibaren işlemeye başlar. Buna göre, TTK m.1475/2'deki sigortalı tarafından yapılan bildirim ya da üçüncü kişinin doğrudan başvurusu üzerine işlemeye başlayacak en geç kırk beş günün sonunda, zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Fakat vadeyi hem sigortalı hem de üçüncü kişinin harekete geçirebilmesi probleme yol açar. Sigortalı bildirimde bulduktan altı ay sonra bu kez üçüncü kişi başvuru yapmışsa, ilk bildirim ile borç muaccel olur. Dolayısıyla, sigortacı altı aydır temerrütte olduğu için bu üçüncü kişinin lehinedir, fakat zamanaşımı süresi altı ay kısaldığı için aleyhinedir. Kanaatimizce, eğer üçüncü kişi önceki tarihte sigortacıya başvurmuşsa, zamanaşımı başlangıcı için bu başvuru esas

alınmalıdır. Sigortalı önceki tarihte bildirimde bulunmuşsa, ancak üçüncü kişinin bundan haberdar olduğu ispatlandığı takdirde, bu bildirim zamanasını başlangıcına esas alınabilmelidir.

III. Sigortalının Savunmaları

29. Sigortalının üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği savunmalar; takas gibi “*kişisel savunmalar*” ve sorumluluk ilişkisinden doğan “*ortak savunmalar*” şeklinde ikiye ayrılabilir. Sigortacı ile sigortalı arasında eksik teselsül (TBK m.61) bulunduğundan, sigortacı kişisel savunmalara dayanamaz; fakat ortak savunmalara dayanabilir (TBK m.164). Kanuni şart görüşü de bu sonucu doğrular. Buna göre, sigortalı üçüncü kişiye karşı sorumlu ise ve sorumlu olduğu ölçüde, sigortacı da sorumludur. Sigortalıyı tamamen veya kısmen sorumluluktan kurtaran savunmalar, sigortacı tarafından da kullanılabilir.

30. Bununla beraber, sigortalı ile üçüncü kişi arasında sorumluluğu değiştiren sözleşmeler yapılmış olabilir. Bunlar, sorumluluğu ağırlaştırabilir veya hafifletebilir, sorumluluk doğmadan önce veya doğduktan sonra yapılmış olabilir. TTK m.1476/4 uyarınca, sigortacının onay vermediği bir sulh onu bağlamaz. Dolayısıyla, sorumluluk doğduktan sonra yapılan sözleşmeler bu kapsama girebilir. Sorumluluk doğmadan önce yapılan ve sorumluluğu hafifleten sözleşmelere ise, sigortacının dayanabileceğini kabul etmek gerekir. Böyle bir sözleşmenin sorumluluğu ağırlaştırması durumunda ise, sigortacı bunu biliyorsa problem yoktur; rizikonun ağırlaştığını düşünüyorsa fazla prim istemiştir. Aksi halde ise, beyan görevi ihlâli söz konusu olabilir; bu kapsamdaki savunmalar diğer başlığın konusudur.

IV. Sigorta Sözleşmesinden Doğan Savunmalar

A) TTK m.1473-1485’te Sayılan Savunmalar

1) Sigorta Bedeli

31. Sigorta bedeli, TTK m.1478’de üçüncü kişiye tanınan doğrudan dava hakkı üzerine konan iki açık sınırlamadan biridir. Buna göre, üçüncü kişi, uğradığı zararın ancak sigorta bedeline kadar olan kısmını sigortacıdan isteyebilir; bunu aşan kısmı isteyemez. Sigortacının bu savunmaya dayanabileceğinde bir tereddüt yoktur. Bununla beraber, sigorta bedeli ile bağlantılı bazı özel durumlara temas etmek gerekir.

32. Eğer somut olayda uygulanacak sigorta bedeli birden çok üçüncü kişiyi tazmin etmek için yeterli değilse, sigortacının bir garame dahilinde tazminat ödemesi söz konusu olur. Bu savunma da üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilir. Bununla beraber, on yıla kadar uzayabilecek zamanasını süreleri dolayısıyla çeşitli güçlükler çıkabileceğine de işaret etmek gerekir. Diğer taraftan, garame aynı olaydan çıkan sorumluluklar için söz konusu olur. Farklı olaylardan çıkan sorumlulukların birbirini etkilemesi ise, kısmi ödemelerin sigorta bedelinden düşülmesi ile ilgili bir konudur. Sorumluluk sigortasında kısmi ödemelerin sigorta bedelinden düşüleceği yönündeki bir sözleşme hükmü, ne TTK m.1428/1 ne de 1452/3’e uygun olur. Böyle bir savunma üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez.

33. Diğer bir konu, sigortacılıkta oldukça sık kullanılmakla beraber, kanunda düzenlenmemiş olan muafiyetlerdir. TTK m.1478’de; “*Zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, ... doğrudan sigortacıdan isteyebilir.*” denilmektedir. Sigorta bedeli, sigortacı ile sigorta ettiren tarafından serbestçe belirlenir. Dolayısıyla hüküm, sigorta sözleşmesinin taraflarına verilen, doğrudan dava hakkını sınırlama yetkisi olarak yorumlanabilir. Bununla beraber, verilen hakkın stüjesi üçüncü kişidir ve sınırlama yetkisi de üst sınırın belirlenmesi hakkındadır. Muafiyetler ise, bu üst sınır içinde konan yeni sınırlamalardır. Madde bir alt sınıra veya bir indirim ölçüsüne yer vermemiştir. Kanaatimizce, dar yorum yaparak, muafiyeti sadece sigortalı ile sigortacı arasında ileri sürülebilecek bir savunma olarak kabul etmek daha doğru olur.

34. Son olarak, mahkeme masraflarının sigorta bedelinden düşülüp düşülmeyeceğine temas etmek gerekir. TTK m.1474/1 ve 1476'nın birlikte yorumuna göre; sigortacı isterse bütün masrafları kendisine ait olmak üzere sigortalıyı savunur, bunu istemediği takdirde ise sigortalı aleyhine kesinleşen tazminatı öder. Her iki madde de üçüncü kategori hükümdür (TTK m.1486/3). Dolayısıyla, mahkeme masrafları sigorta bedelinden hariçtir. Aksi yöndeki bir hüküm ne sigortalıya karşı ne de doğrudan davada üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebilir.

2) Zamanaşımı

35. TTK m.1478'de doğrudan dava hakkına getirilen ikinci açık sınırlama zamanaşımıdır. Doğrudan davada iki tane zamanaşımı süresi vardır: Alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren iki yıl (TTK m.1420) ve her halde sorumluluk doğuran olayın meydana gelmesinden itibaren on yıl (TTK m.1482) içinde dava açılması gerekir.

36. TTK m.1427/2 uyarınca, sigortalı tarafından yapılan bildirim veya üçüncü kişi tarafından yapılan doğrudan başvuru üzerine (TTK m.1475/2), (hangisi daha önce ise) sigortacının araştırmaları tamamlanınca ya da en geç kırk beş günün sonunda, borç muaccel olur. Dolayısıyla, süreci hem sigortalı hem de üçüncü kişi işletmeye başlatabilir. TTK m.1427/2, 1446 ve 1475/2 hükümleri birlikte yorumlanarak, muacceliyete ne anlam verilmesi gerektiği yukarıda açıklanmıştı. Buna göre; eğer üçüncü kişi önceki bir tarihte sigortacıya başvuru yapmışsa, bu tarih esas alınmak sureti ile zamanaşımı başlangıcı belirlenmelidir. Eğer sigortalı önceki bir tarihte sigortacıya bildirimde bulunmuşsa, ancak üçüncü kişinin bundan haberdar olduğu ispatlandığı takdirde, bu bildirim zamanaşımı başlangıcı için esas alınabilmelidir.

3) Sözleşmede Öngörülen Olay

37. TTK m.1473/1'e göre: "*Sigortacı sorumluluk sigortası ile,... sigortalının sözleşmede öngörülen... bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle... tazminat öder.*" Sigortacının üçüncü kişiye karşı sorumluluğu her ne kadar kanundan doğuyor ise de, kanunun bu sorumluluğu sigorta sözleşmesi nedeni yüklemiştir. Buna göre, zarar sorumlusunu sigorta etmemiş olan bir sigortacının üçüncü kişiye karşı sorumlu olmaması ne kadar tabii ise, sigortacının sözleşmede üstlenmediği bir olay için tazminat ödememesi için de durum aynıdır. Dolayısıyla, TTK m.1473 koruyucu ve/veya emredici bir hüküm olmamakla beraber, bu savunma üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilir. Fakat bu konuda iki hususa işaret etmek gerekir:

38. Birincisi, sigortacının özel şartlar yoluyla sözleşmede öngörülen olay kavramını sınırsızca daraltması, sigorta genel şartları ile engellenebilir (SK m.11/1). Genel şartlarda bu kavrama dair üçüncü kişi lehine tanımlamalar yer aldığında, sigortacı zaten bu genişlikte bir teminat sağlamayı sözleşme ile üstlenmiş olur. İkincisi ise, teminatın kapsamı ve istisnaların poliçede açıkça belirtilmesi gerekir; bu konudaki herhangi bir bulanıklığın riski sigortacı üzerindedir (TTK m.1409/2).

4) Sigorta Süresi İçinde Gerçekleşen Olay

39. TTK m.1473/1'e göre:

"Sigortacı sorumluluk sigortası ile, sözleşmede aksine hüküm yoksa,... sigortalının... zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle... tazminat öder."

Madde gerekçesine göre, kanun olay esaslı poliçeleri kural kabul etmiş, fakat hüküm emredici olmadığından, farklı esaslara dayalı sigorta yapılabilmesi için de imkân tanımıştır. Buna göre, olay, zarar, talep ve ihbar gibi unsurların biri veya birkaçını esas alan, farklı esaslı veya karma poliçeler düzenlenebilir. Bunun pek çok faydası vardır. Fakat bu genişlik, aynı zamanda, doğrudan davada ileri sürülebilecek savunma-

lar üzerinde sigortacıya çok geniş bir hareket alanı da tanımaktadır. İyi kaleme alınmış poliçe hükümleri doğrudan dava hakkını etkili şekilde sınırlayabilir.

40. Bu konuda da yine iki hususa işaret etmek gerekir: Birincisi, genel şartlarla sigortacının alanını daraltma ve istisnalardaki bulanıklığı sigortacı aleyhine yorumlama konularındaki açıklama, burada da geçerlidir. İkincisi ise, sigortacı tarafından riziko istisnalarından yararlanmak sureti ile, borç ve görev ihlallerine kanunda bağlanan sonuçların üçüncü kişi aleyhine değiştirilmesi, bu hususlar için kanunda belirlenen hükümler üzerinden yorum yolu ile sınırlanabilir.

5) Sigortalının Kastı ve Geçerli Olmayan Sigorta

41. TTK m.1477'ye göre: “*Sigortacı, sigortalının, sorumluluk konusu olayı kasta gerçekleştirilmesinden doğan zararlardan sorumlu olmaz.*”. Gayet açık olan madde birinci kategori koruyucu hüküm olduğundan (TTK m.1486/1), buna aykırı sözleşmeler geçersizdir. Geçersizlik, üçüncü kişi dahil olmak üzere, herkese karşı ileri sürülebilir. Sigortalının fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin kastını ise, bu kuralın dışında değerlendirmek gerekir (TTK m.1429).

42. TTK m.1404'e göre de “*sigortalının, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı bir fiilinden doğabilecek bir zararını teminat altına almak amacıyla sigorta yapılamaz.*”. Birinci kategori koruyucu hüküm olduğu için, buna aykırı bir sözleşme geçersiz olur. Bu savunma da, yine aynı şekilde, üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilir.

6) Takas

43. TTK m.1480'e göre: “*Sigortacı, zarar görene ödeyeceği sigorta tazminatını, sigorta sözleşmesinden doğan alacakları ile takas edemez.*”. Bu ikinci kategori koruyucu hükümdür; sözleşmeye konulan aksi yöndeki bir hüküm geçersizdir. Madde gerekçesinde, bu yasağın sigortalı açısından ise geçerli olmadığı belirtilmektedir. Eğer sigortalı üçüncü kişiyi tazmin ettikten sonra sigortacıya başvurmuşsa, sigortacı bu aşamada prim alacağı tazminat ile takas edebilir.

7) Bildirim Görevi

44. Sigortalı, sorumluluğunu gerektirecek olayları on gün içinde ve kendisine yöneltilen talepleri ise derhal, sigortacıya bildirmekle yükümlüdür (TTK m.1475). Bunu ihlâl etmenin sonucu tazminatta indirim yapılmasıdır (TTK m.1475/3, 1446/2-3). İndirim için üç şart aranır: (i) Sigortacının rizikonun gerçekleştiğini daha önce fiilen öğrenmemiş olması (TTK m.1446/3), (ii) bildirim yapılması veya geç yapılmasının ödenecek tazminatı artırması, ve (iii) sigortalının kusuru. Gerek TTK m.1446'nın kendisi ve gerekse TTK m.1475/3 ile bu maddeye yapılan atf, üçüncü kategori koruyucu hükümdür. Sigortalı aleyhine değiştirilemez; dolayısıyla aksi yöndeki bir sınırlama üçüncü kişiye karşı da ileri sürülemez.

45. TTK m.1446'nın kendisinin üçüncü kişiye karşı ileri sürülüp sürülemediği konusunda ise, kanaatimizce “*üçüncü kişi lehine yorum*” daha üstün tutulmalıdır. Buradaki görev ihlâlinin sonucu tazminatta indirim ise de, üçüncü kişi tarafından TTK m.1475/3 uyarınca yapılan bir bildirim, böyle bir indirim engel olur (TTK m.1446/3). Böylece, üçüncü kişi, sigortalıya ait ihlâli tamir edebilir. Üstelik bu, sigortacının aleyhine de değildir. Fakat bilgi alma hakkı düzenlemediği için, üçüncü kişi sigortayı ve sigortacıyı bilemeyebilir. Dolayısıyla, bilmediği bir poliçe altında bildirimde bulunabilmesi de mümkün olmaz. Kendisine ait olmayan ve sonuçlarına engel olamayacağı bir ihlâle bağlanan sonuçları üçüncü kişiye yüklemek, amaca, adalete ve menfaatler dengesine uygun görünmemektedir. Bu nedenlerle, TTK m.1475/3 ve m.1446'daki savunma sadece sigortalıya karşı ileri sürülmelidir.

8) Zarar Görenin Bilgi Verme Görevi

46. TTK m.1479'da, sigortacının olayın ve zararın belirlenmesi amacıyla, üçüncü kişiden bilgi alma hakkı düzenlenmiştir. Bu hak bir yandan olayın sigorta kapsamında olup olmadığının tespiti, diğer yandan zararın ve dolayısıyla tazminatın tespitine yönelik ve TTK m.1427 kapsamındaki araştırmalara yardımcı olmak içindir. Üçüncü kişiye de, istenmesi haklı görülebilecek bilgi ve belgeleri, sigortacıya sağlama görevi yüklenmiştir. Bu görevi ihlâlin sonucu, tazminatta indirim yapılmasıdır. Hükme göre; “*sigortacının sorumluluğu, zorunluluk yerine getirilmiş olsaydı ödemek zorunda kalacağı miktarla sınırlıdır.*” Fakat indirim yapılabilmesi için, ihlâlin indirim sonucu doğuracağı hususunun zarar görene yazılı olarak bildirilmesi gerekir.

47. TTK m.1447/1 ise, aynı hususta bu kez sigortalıya görev yükleyen bir hükümdür. Buna göre, sigortalı, rizikonun ve tazminatın kapsamının belirlenmesinde gerekli ve kendisinden beklenebilecek olan her türlü bilgi ve belgeyi makul bir süre içinde sağlamak zorundadır. İhlâlin sonucu ise, ihlâl nedeni ile tazminat artmışsa kusunun ağırlığına göre tazminatta indirim yapılmasıdır (TTK m.1447/2). Sigortalı bir ihlâl içinde olsa bile, aynı bilgi ve belgelerin TTK m.1479 uyarınca üçüncü kişiden elde edilmesi mümkündür. Bu nedenle, bildirim görevinde olduğu gibi, bunun da sadece sigortalıya karşı ileri sürülebilecek bir savunma olduğunu kabul etmek gerekir.

9) Halefiyet Hakkına Zarar Verme

48. TTK m.1481/3'e göre: “*Sigortalı veya zarar gören... [halefiyet] haklarını ihlâl edici şekilde davranırsa, sigortacıya karşı sorumlu olur.*” Taslak'ta sigortacının hem sigortalı hem de zarar görene halef olacağı kabul edilmiş, üçüncü fıkra da buna göre anlamlı idi. Fakat Tasarı ile zarar gören halef olunacak kişiler arasında çıkarıldığı halde üçüncü fıkradaki ibarenin çıkarılmamıştır. Üçüncü kişi kendi sahip olduğu herhangi bir hak üzerinde bir tasarrufta bulunmuşsa, bu hakka halef olamayan sigortacının böyle bir tasarruftan zarar görmesi de söz konusu olmaz. Sigortalının sahip olduğu bir hak üzerinde üçüncü kişinin tasarrufta bulunması da, yine söz konusu olmaz. Dolayısıyla, fıkra doğrudan üçüncü kişi hakkında bir hüküm koyuyor gibi görünse de, öyle değildir.

B) Diğer Görev İhlâlleri

49. Görev ihlâllerinin sigortalı açısından sonuçları TTK'da adil şekilde düzenlenmiştir. Dünyadaki son sigorta hukuku reformlarında kabul gören kusur, nedensellik, oransallık, tamir imkânı gibi prensipler, TTK'da yerini bulmuştur. Kusurlu olmayan, önemsiz veya gerçekleşen rizikoya etkisi olmayan ihlâller sebebi ile sözleşmeden cayma veya teminatın askıya alınması gibi, sigortacı lehine sert sonuçlar yoktur. Bu sonuçlar üçüncü kişi için de aynen geçerli olduğunda, genellikle büyük haksızlıklar çıkmaz. Tamamı üçüncü kategori koruyucu hüküm olan bu sonuçlar, sigortalı ve dolayısıyla üçüncü kişi aleyhine de değiştirilemez.

50. Fakat sigortalı tarafından gerçekleştirilen bir görev ihlâlinin sonuçlarının üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesi, yine de onun aleyhinedir. Bu sonuç çoğu zaman tazminatta indirimdir. Dolayısıyla, bu görev ihlâllerinin sadece sigortalıya karşı mı ileri sürüleceği, yoksa üçüncü kişiye karşı da mı ileri sürülebileceği, oldukça önemlidir. TTK'da bu hususta açık hükümler olmadığı için, yorum yolu ile bir sonuca varmak gerekir. Bu yorumlarda her görevin kendi özellikleri göz önünde bulundurulmalı, sonucun adalete, amaca ve menfaatler dengesine uygun olup olmadığı gözetilmelidir. Buna göre, farklı görevler için farklı sonuçlara varılabilir. Ayrıca, TTK m.1473 uyarınca oldukça çeşitli ve farklı esaslara dayalı poliçeler yapılabileceği için, bu aşamada bütün bu farklılıklar için yeknesak bir çözüm önerebilmek mümkün ve gerekli değildir. Bunun yerine, “*üçüncü kişi lehine yorum*” ve “*üçüncü kişi aleyhine yorum*” için dayanılabilecek esasları belirlemenin daha doğru olacağı düşünülmüştür.

51. “Üçüncü kişi aleyhine yorum” şu esaslara dayanabilir: Sigortacının sorumluluğu kanundan doğsa bile, sigorta sözleşmesi sebebiyle ve onun hükümlerine göredir. Sorumluluk sigortası üçüncü kişi lehine sözleşme sayılsa bile, bu sonuç sigorta sözleşmesinden doğan savunmaların üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesine engel olmaz. Sadece bildirimden önceki ihlaller ve bildirimden sonraki ihlaller ayrımı üzerinden, savunmaları sınırlamak belki mümkün olabilir. Görev ihlallerinin sonuçları üçüncü kişi açısından da adil ve amaca uygundur, onu daha fazla korumak menfaatler dengesini sigortacı aleyhine bozar.

52. “Üçüncü kişi lehine yorum” ise şu esaslara dayanabilir: Üçüncü kategori koruyucu hükümler, sigortalı ve dolayısıyla üçüncü kişi lehine değiştirilebilir. Kanun gerek sigortacıyı ve gerekse kamuyu böyle bir değişikliğe karşı koruma gereği duymamıştır. Eğer böyle bir gerek duysaydı, görev ihlalleri üçüncü kategori yerine ikinci kategori koruyucu hükümlerle düzenlenir, böyle yapılıncı da bu sonuçlar sigortacı aleyhine değiştirilemezdi. Üçüncü kişiye doğrudan dava hakkı tanıyan TTK m.1478 ise emredicidir ve üçüncü kategori koruyucu hükümlerden daha güçlüdür. Maddede tanınan hak, bizzat aynı maddede yer alan sınırlamalar dışında (sigorta bedeli, zamanaşımı) ancak en az aynı güçteki bir emredici hükümle (TTK m.1478, 1404, vb.) sınırlanabilir.

1) Sözleşme Yapıldığı Sıradaki Beyan Görevi

53. TTK m.1435 vd. maddelerde beyan görevi yer alır. TTK m.1439’da ihlâlin ne zaman öğrenildiğine göre, sonuçları ikiye ayrılmıştır: Eğer riziko gerçekleşmeden öğrenilmişse, sigortacı sözleşmeden cayabilir. Eğer riziko gerçekleştikten sonra öğrenilmişse, çeşitli ihtimallere göre, sigortacı sorumluluktan tamamen veya kısmen kurtulur. Belirtmek gerekir ki, bunlar pek çok ülkeye nazaran daha adil olan sonuçlardır.

54. Tek esasa dayalı bir poliçede rizikoyu ve dolayısıyla ihlâl uygulamak sonucu belirlemek büyük bir güçlük taşımaz. Fakat karma poliçelerde, sigortacı beyan edilmeyen olayı henüz o olay nedeni ile bir talep yapılmadan önce öğrenebilir. Dolayısıyla, sigortacının ihlâli riziko gerçekleşmeden önce mi yoksa sonra mı öğrendiğine karar vermek gerekir. Açık olan bir riziko tanımının üçüncü kişi açısından adil olmayan sonuçlara yol açması da mümkün olabilir.

55. Olay esaslı poliçelerde, üçüncü kişinin caymadan kötü etkilenme ihtimali zayıftır. Zira tartışılan ihtimalde riziko ve dolayısıyla olay henüz gerçekleşmemiş, doğrudan dava hakkı da henüz doğmamıştır. Kendisi açısından henüz bir olumsuzluk doğmamış olan sigortacının, prim farkı isteyerek sözleşmeyi devam ettirmesi de mümkündür. Talep esaslı poliçelerde ise, beyan edilmemiş bir olayı henüz talep yapılmadan öğrenmiş sigortacı, sözleşmeden caymak isteyebilir. Böyle bir durumda, sigortacı açısından, talep yapılmadığı için riziko gerçekleşmemiş ve dolayısıyla cayma hakkı mevcuttur. Üçüncü kişi açısından ise, olay gerçekleşmiş ve bu olayı da kapsayan talep esaslı bir poliçe yapılmakla, doğrudan davaya konu hak doğmuştur. Tabiatıyla, bu ihtimalde olay, ya poliçe süresi ya da geçmişe etki (retro) tarihi içinde gerçekleşmiş olmalıdır. Kanaatimizce, burada üçüncü kişinin doğmuş olan hakkı, sigortacının kendi yaptığı riziko tanımı gerekçe gösterilerek bertaraf edilememeli, cayma hakkı olmamalıdır. Sigortacı kendi riziko tanımını ileri süremeyince, ihlâl TTK m.1439/1 yerine 1439/2 uygulanır.

56. TTK m.1439/2 açısından, sorumluluk sigortasının hangi esasa dayandığı önemli bir fark çıkarmaz. Sigortacı bu hükme dayanmak istediği zaman, üçüncü kişinin davaya konu hakkı doğmuştur. Dolayısıyla, “üçüncü kişi lehine yorum” veya “üçüncü kişi aleyhine yorum” tercih edilerek yeknesak bir sonuca varılabilir. Kanaatimizce, burada ikinci yorum daha ağır basmaktadır. Üçüncü kişinin aleyhine değiştirilemeyecek TTK m.1439/2’deki sonuçların üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesinde, adalete, amaca ve menfaatler dengesine aykırı bir yön yok gibi görünmektedir. Burada hesaba

katılamayan somut olay gerçeği öyle yapmayı gerektirdiği takdirde, bazı özel sorumluluk sigortaları için üçüncü kişiyi daha fazla koruyan sigorta genel şartları ile dengeyi yeniden sağlamak da her zaman mümkündür.

2) Sözleşme Süresince Beyan Görevi

57. TTK m.1444'te sigortalıya rizikoyu veya mevcut durumu ağırlaştırarak tazminat tutarını artıran davranışlardan kaçınma, rizikoyu ağırlaştıran değişiklikler meydana gelmişse bunu da sigortacıya bildirme görevi yüklenmiştir. İhlâlin sonucu da yine, sigortacının bunu öğrenme zamanına göre ikiye ayrılmıştır: Eğer ihlâl riziko gerçekleşmeden öğrenilmişse, sigortacı ilave prim isteyebilir veya sözleşmeyi feshedebilir (TTK m.1445/1). Eğer riziko gerçekleştikten sonra öğrenilmişse, beyan görevi ihlâli (TTK m.1439/2) ile paralel sonuçlar doğar. TTK m.1445 de üçüncü kategori koruyucu hüküm olduğundan, sigortalı ve dolayısıyla üçüncü kişi aleyhine değiştirilemez. Bu görev ihlâli konusunda da, yukarıdaki açıklama geçerlidir. Tek fark, rizikonun gerçekleşmesinden önce öğrenilen ihlâle cayma yerine fesih sonucu bağlanmasıdır. Bu ileriye etkili sona erme hali ise de, sırf talep esaslı poliçelerde cayma için yukarıda belirtilen sakıncalar burada da söz konusu olabilir.

3) Koruyucu Önlemler Alma Görevi

58. TTK m.1448'de, riziko gerçekleştiğinde veya gerçekleşme ihtimali yüksek olduğunda, zararın önlenmesi, azaltılması ve artmasına engel olunması için gerekli önlemleri alma ve sigortacının bu konudaki talimatlarına uyma görevi sigortalıya yüklenmiştir. Buna aykırılığın sigortacı aleyhine sonuç doğurması halinde ise, kusurun ağırlığına göre tazminattan indirim yapılır (TTK m.1448/2). Bu da üçüncü kategori koruyucu hükümler arasındadır, sigortalı ve dolayısıyla üçüncü kişi aleyhine değiştirilemez.

59. Bu tür tedbirler bütün tarafların lehinedir. Mesela, kolu kötü şekilde kırılan bir işçinin derhal tedavisi yaptırılmadığında, kangren olan kolun kesilmesi söz konusu olabilir. Bu da hem işçinin zararını hem de sigortalının ve dolayısıyla sigortacının zararını artırır. Böyle durumlar için TTK m.1448 sigortalıya herkesin menfaatini koruma görevi yüklemektedir. Fakat ihlâl durumunda üçüncü kişiye ödenecek tazminatı sigortalının kusuru oranında indirim tabi tutmak, adalete, amaca ve menfaatler dengesine pek uygun görünmemektedir. Çünkü sigortalı ne kadar fazla umursamaz davranırsa zarar o kadar artar, fakat üçüncü kişinin alacağı tazminat da o kadar azalır. Dolayısıyla, "üçüncü kişi lehine yorum" tercih edilmeli, bu savunma üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez.

4) Zararın Gerçekleştiği Yerde Değişiklik Yapmama Görevi

60. TTK m.1471 uyarınca, zararın gerçekleştiği yerde, zararın sebebinin ve miktarının belirlenmesine engel olacak veya bunu güçleştirecek değişiklikler yapılamaz. Sigortacının onayıyla, zararı azaltma amacıyla veya zararın tespitinden sonra yapılan değişiklikler, bunun dışındadır. İhlâl halinde kusurun ağırlığına göre tazminatta indirim yapılır. Bu da yine sigortalıya yüklenen bir görevdir ve üçüncü kategori koruyucu hükümdür.

61. Bu görev de bütün tarafların menfaati ilgilendirir ve aynı olayda bir tarafın menfaati ile diğerininki çatışabilir. Bu görev, tazminat tutarının yanı sıra, zararın sigorta kapsamında mı yoksa dışında mı kaldığını belirlemek açısından önemlidir. Bu nedenle, TTK m.1471'e aykırı bir değişiklik, sigortacı ile sigortalı arasındaki bir menfaat çatışması anlamına gelebilir. Mal sigortasına ait bu hükmün ilk ve doğrudan etkisi budur. Fakat sorumluluk sigortasına uygulandığında, menfaat çatışmasına üçüncü kişi de katılır. TTK m.1471 haksız fiilde üçüncü kişinin menfaatini, sert sorumluluk hallerinde ise karşı tarafın menfaatini korur. Bu tersinden söylenirse; TTK m.1471'i ihlâl, haksız fiilde karşı tarafın lehine, sert sorumluluk hallerinde ise üçüncü kişinin lehine

olabilir. Bu sonuç, zararın sebebi ve miktarını ispat yükünün kime ait olduğundan çıkar. Tabiatıyla, sigortacı ile sigortalı, sorumluluk sigortasında daima aynı tarafta değildir, ilk çatışma burada da söz konusu olabilir. Kanaatimizce, taşıdığı bu özellikler nedeni ile, burada da “*üçüncü kişi lehine yorum*” tercih edilmeli, bu savunma üçüncü kişiye karşı ileri sürülememelidir.

C) Prim Ödememe

62. Prim ödememenin sonuçları içinde doğrudan dava ile ilgili olanı; sona ermez. TTK m.1434/2 uyarınca, peşin prim veya ilk taksit ödenmemişse, üç ay hareketsiz kalan sigortacı, bu süre sonunda sözleşmeden caymış addolunur. Sigortacı daha erken caymak istiyorsa, söz konusu üç ay içinde de istediği zaman sözleşmeden cayabilir. Eğer üç aylık süre içinde prim alacağı için dava veya takip başlatırsa, bu karine devreye girmez. Tabiatıyla, üç ay dolmadan veya sigortacı caymadan prim ödendiği takdirde, artık sözleşmeden cayılamaz.

63. Kanaatimizce, bu savunmanın üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesi, adalete, amaca ve menfaatler dengesine aykırı olmaz. Beyan görevi ihlâlindeki caymadan farklı olarak, burada sigortacının sorumluluğu zaten hiç başlamamıştır (TTK m.1421/1). Burada “*üçüncü kişi aleyhine yorum*” tercih edilebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, TTK m.1434/2 ve 1421/1’de sözleşme ile sigortalı ve dolayısıyla üçüncü kişi lehine değişiklik yapılabilir. Dolayısıyla, somut olay gerçeği öyle yapmayı gerektirirse, bazı özel sorumluluk sigortalıları için üçüncü kişiyi daha fazla koruyan sigorta genel şartları ile deneyi yeniden sağlamak da mümkündür.

64. TTK m.1434/3 uyarınca, sonraki taksitler ödenmemiş ise, sigortacı sözleşmeyi feshedebilir. Bu da üçüncü kategori koruyucu hükümdür (TTK m.1452/3) ; sonraki taksitlerin ödenmemesi için fesih yerine cayma kararlaştırılmaz.

65. Olay esaslı poliçeler açısından, fesihte üçüncü kişi aleyhine bir yön yoktur. Talep esaslı poliçeler açısından ise, olay sigorta süresi içinde gerçekleşmiş, talep fesihten sonra yapılmış olabilir. Bu durumda, sigortacı rizikonun talep olduğunu, fesihten sonra gerçekleşen rizikonun kapsam dışında kaldığını ileri sürebilir. Doğrudan dava hakkının talep üzerine TTK m.1427 uyarınca doğduğunu, fesih tarihinde dava hakkının mevcut olmadığını da, buna ilave edebilir. Fakat davaya konu hakkın olay veya sözleşmenin kurulması tarihinde doğduğu, sigortacının kendi riziko tanımı ile bunu bertaraf edemeyeceği, açıklanmıştı. Dolayısıyla, cayma etkisi doğuran böyle bir fesih üçüncü kişiye karşı ileri sürülememelidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, TTK m.1434/3 uyarınca, fesih için sigortacının on günlük bir süre vermesi gerekir ve bu süre içinde prim ödenerek feshe engel olunabilir. Fakat üçüncü kişiye bu imkân da verilmemiştir.

V. Birden Çok Sigortacıya Karşı Dava Açılması

66. Bazı durumlarda, aynı sorumluluk birden fazla poliçe kapsamına girer. Üçüncü kişi, 2010 yılında kullandığı bir ilaçtan dolayı, 2011 yılında kör olmuş, 2012 yılında ilaç firmasına dava açmıştır. İlaç firmasının 2010 yılı için olay, 2011 yılı için zarar ve 2012 yılı için talep esaslı sorumluluk poliçesi varsa, bu poliçelerin üçü de söz konusu sorumluluğu kapsar. Aynı esasa dayanan ve aynı süre için düzenlenmiş iki farklı sorumluluk poliçesi belli bir konuda üst üste biniyorsa, durum yine böyledir. Bundan başka, üçüncü kişiye karşı sorumlu olan birden fazla kişi bulunuyor ve bu kişiler sorumluluk sigortasına sahipse, yine böyle olur. Bütün bu ihtimallerde, üçüncü kişi bu sigortacıların hepsine birden doğrudan dava açabilir.

67. Birden çok sigortacıya karşı doğrudan dava açılırsa, birden çok sigortacı yukarıda açıklanan savunmaları yapar. Bunlar önemli bir fark taşımaz. Fakat bu ihtimale özgü olarak; aşkın sigorta, eksik sigorta ve çifte sigorta savunmaları ileri sürülmek istenebilir. Bunlar, sorumluluk sigortasında “*sigorta değerinin*” söz konusu olup

olmadığı tartışmasına bağlı olan savunmalardır. Bu önemli tartışma bu tebliğin kapsamı dışındadır; burada sadece sonuçlar açıklanacaktır.

68. Kural olarak, sorumluluk sigortasında eksik sigorta kabul edilmemelidir. Buna uygun olarak, eksik sigortaya dayalı bir indirim tabi olmaksızın, üçüncü kişi tazmin edilmelidir. Bir örnekle açıklarsak; eğer sigorta bedelleri sırasıyla 100 + 200 + 300 = 600 TL olan üç sigorta bulunuyor ve üçüncü kişiye ödenecek toplam tazminat 700 TL ise, üç sigortacı 100 + 200 + 300 = 600 TL tazminat ödemelidir. Eksik sigortaya dayalı indirim yapılmamalı, sigortalının cebri icraya konu olabilecek malvarlığı araştırılmamalı, üçüncü kişi toplam sigorta bedelleri nispetinde tamamen tazmin edilmelidir.

69. Kural olarak, sorumluluk sigortasında aşkın sigorta da kabul edilmemelidir. Buna uygun olarak, aşkın sigortaya dayalı bir indirim tabi olmaksızın, üçüncü kişi tamamen tazmin edilmelidir. Yukarıdaki örnek üzerinden açıklarsak, eğer üç sigortanın toplam sigorta bedeli 600 TL ve üçüncü kişiye ödenecek toplam tazminat 500 TL ise, sigortacıların “*nihai sorumluluğu*” şöyle hesaplanmalıdır: $[(500/600 \times 100) + (500/600 \times 200) + (500/600 \times 300)] = 83, 33 + 166, 66 + 249, 99 = 500$ TL. Sorumluluk sigortası da bir zarar sigortası türü olduğu, tazminat zararı aşamayacağı için, nihai sorumluluk 600 TL değil, 500 TL’dir. TTK m.1466/2 uyarınca, sigortalı her sigortacıdan ancak nihai sorumlu olduğu tutarı isteyebilir. Kanaatimizce, sigortacılar arasında eksik teselsül bulunması karşısında, üçüncü kişi her sigortacıyı kendi sigorta bedeline kadar müteselsilen sorumlu tutabilir. TTK m.1466/2 üçüncü kişiye karşı ileri sürülemezdir.

70. Çifte sigortanın sorumluluk sigortasına kıyasen uygulanmasına dair öğretilerdeki görüşlere ise katılmıyoruz. Bu görüşlerin haklı olarak bertaraf etmek istedikleri sakıncalar, zenginleşme yasağı, tazminatın zararı aşması ve aşkın sigorta üzerinden önlenebilir. Böyle bir çözüm, çifte sigortada ortaya çıkabilecek sakıncaları önlemek için TTK m.1467’de kaleme alınan üç ihtimalden birincisi ile de paralel olur. Buna karşılık, sözü edilen sakıncaları bilen kanun koyucunun sorumluluk sigortası için çifte sigortaya atf yapmaması, TTK m.1467’in başka kanunlardan farklı olarak geçersizlik yaptırımı içermesi, böyle bir hükmü genişletmenin kıyas kurallarına uygun olmaması, çifte sigortada mal sigortaları bağlamında kurulan varsayımların sorumluluk sigortasının tabiatına uygun olmaması, TTK m.1467’deki diğer ihtimallerin hem sigortalı hem de üçüncü kişi için hak kaybına yol açması, bizim görüşümüzün dayandığı başlıca gerekçelerdir.

VI. Sonuç

71. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile sorumluluk sigortasının özel olarak düzenlenmesi son derece doğrudur ve çok uzun süredir mevcut bir ihtiyaca cevap verilmesi niteliğindedir. Kanun hükümleri, genel olarak, adil ve dünyada son yıllarda yapılan sigorta hukuku reformlarında kabul gören ilkeleri içermektedir. Üçüncü kişiye doğrudan dava hakkı tanınması da, yine doğru bir tercihtir. Bununla beraber, kurulan sistem çeşitli kusurlar da içermektedir. Bu kusurların bazıları Taslak’tan beri mevcuttur, bazıları da sonradan yapılan ilaveler ve değişikliklerin yol açtığı çelişkilerden kaynaklanmaktadır.

72. Koruyucu hüküm, emredici hükümler içindeki daha dar bir kategoriye ifade için kullanılmış bir kavram gibi görünmektedir. Buna göre, koruyucu hüküm olarak belirlenmemiş maddeler içinde de emredici hükümler olabilir. TTK m.1478 bunlardan biridir; emredici bir hükümdür. Yine de koruyucu hükümler arasından sonradan çıkarılmak sureti ile bu maddenin kuvveti üzerinde bir bulanıklık yaratılması doğru olmamıştır.

73. Taslak ve Tasarı aşamalarında yapılan değişiklikler ve gerekçeler karşılaştırıldığında, sorumluluk sigortasının üçüncü kişi lehine sözleşme sayılıp sayılmaması konusunda önemli çelişkiler vardır. Bunlar olmasa bile, üçüncü kişi lehine sözleşmenin

sigortaya ve özel olarak sorumluluk sigortasına nasıl adapte edileceği, borçlar ve sigorta hukuku öğretisi tarafından ele alınmamış çetin bir meseledir. Kanaatimizce, sorumluluk sigortasını çok farklı bir perspektiften ele almadıkça, yapılan atıf üçüncü kişinin durumunda çok büyük bir iyileşme sağlamamaktadır.

74. Sorumluluk sigortası ve doğrudan dava hakkı için bir özel hüküm bulunmayıp, muacceliyetle ilgili TTK m.1427'nin uygulanması ve yine bu konuda TTK m.1475/2'ye sonradan yapılan ilave, pek çok konuyu tartışmaya açık hale getirmektedir. Dava hakkının ne zaman doğduğu, davaya konu hakkın ne zaman doğduğu, temerrüdün ve zamanaşımının ne zaman işlemeye başlayacağı, borç ve görev ihlallerine uygulanacak yaptırımlar, sigortacının riziko ve zarar tanımlamaları ile üçüncü kişinin haklarını sınırlayıp sınırlamayacağı, bunların başında gelmektedir.

75. TTK m.1473 ile farklı esaslara göre sigorta yapılabilmesi için sigortacıya tanınan geniş hareket alanının pek çok faydası vardır. Buna karşılık, aynı genişlik, iyi kaleme alınmış poliçe hükümleri ile üçüncü kişinin haklarına tehlikeli sınırlamalar getirme imkânı da tanımaktadır. Geleceğe dair zarar sınırlamaları ve sunset süreleri çok tartışma çıkaracak gibi görünmektedir. TTK m.1473 kapsamındaki sakıncalarla ilgili olarak sigorta genel şartlarına da önemli bir rol düşmektedir.

76. Genel hükümlerde yer alan ve genellikle üçüncü kategori koruyucu hükümlerle düzenlenen borç ve görev ihlallerinden hangilerinin üçüncü kişiye karşı ileri sürülebileceği, yoruma oldukça açıktır. Yeni bir kanun ile yeni bir sistem kurulurken, bu konudaki prensibi belirleyen kısa ve genel bir hüküm konması yerinde olurdu.

77. Doğrudan davanın nirengi noktalarından ve TTK'nın da en önemli kusurlarından biri, üçüncü kişinin bilgi alma hakkıdır. Sigorta ve sigortacı üçüncü kişiden gizlenerek doğrudan dava hakkının kullanılması engellenebilir, sistem kolayca tıkanabilir. Borç ve görev ihlallerinin üçüncü kişiye karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği noktasında da, bilgi alma hakkı kritik önem taşır. Bu tebliğde ileri sürülen pek çok konudaki yorum, bilgi alma hakkının bulunmayışına dayanmakta, buna pratik sonuç bağlamaktadır. Fakat murakabe mevzuatı ile bilgi alma hakkına dair usul ve esasların kolayca düzenlenebileceğini düşünüyoruz ve zorunlu bulduğumuz böyle bir sistemin kurulmasını öneriyoruz.

16. OTURUM

TEBLİĞLER

*** KAMBIYO SENETLERİNİN ŞEKİL BAKIMINDAN
GEÇERLİLİĞİNE UYGULANACAK HUKUK: TAMAMLAYICI
KURALDA VATANDAŞLIK FAKTÖRÜ**

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ERKAN

*** YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NDA EŞYA TAŞIMA HUKUKU
ALANINDA GETİRİLEN YENİLİKLER**

Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL

*** HAVA TAŞIMACILIĞINDA MONTREAL SÖZLEŞMESİNİN
YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNİN İÇ HUKUKA ETKİSİ**

Yrd. Doç. Dr. M. Barış GÜNAY

Yrd. Doç. Dr. Muharrem GENÇTÜRK

**# KAMBYO SENETLERİNİN ŞEKİL BAKIMINDAN
GEÇERLİLİĞİNE UYGULANACAK HUKUK: TAMAMLAYICI
KURALDA VATANDAŞLIK FAKTÖRÜ**

*(THE LAW APPLICABLE TO THE FORM IN THE TERMS OF VALIDITY OF BILLS
OF EXCHANGE: CITIZENSHIP FACTOR IN THE COMPLEMENTARY RULE)*

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ERKAN*

ÖZET

Yabancılık unsuru içeren kambiyo senetlerin şekline uygulanacak hukukun tespiti için TTK'da bir düzenleme vardır. TTK m. 767/1'de poliçe ile yapılan taahhütlerin şekli (keşide, ciro, kabul vd.), taahhüdün yapıldığı ülkenin hukukuna tabi olduğu ifade edilmiştir. Bono ve çek için de aynı kuralın uygulanacağı TTK'da düzenlenmiştir. Ancak, kambiyo senedinin şekli geçerliliğine sadece bu kuralın uygulanması, senedin geçerliliğini ortaya koymada bazı problemlere neden olabilir. Bu oluşturabileceği problemleri önlemek için ilgili maddenin devam eden fıkralarında tamamlayıcı kuralara yer verilmiştir. Bu çalışmada, TTK m. 767/3'de ifade edilen --Bir Türkün, yabancı ülkede poliçeyle borçlanması, Türk hukukunun gösterdiği şekle uygun bulunduğu takdirde, Türkiye'de başka bir Türk karşı geçerlidir-- tamamlayıcı kuralının 21. yüzyılda ihtiyaçlara cevap verip vermediği ve yeterince kapsayıcı olup olmadığı değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kanunlar İhtilafı, Uygulanacak Hukuk, Kambiyo Senetleri, Şekil, Tamamlayıcı Faktörler, Vatandaşlık

ABSTRACT

There is a provision in the Turkish Commercial Code (TTK) for the determination of the law applicable to the form of a declaration on bills of exchange which contains a foreign element. In accordance with Article 767/1 of the TTK, the form of a declaration on a bill of exchange (drawn, endorsement, acceptance etc.) is determined according to the law of the country in whose territory the declaration was signed. The same rule is also applicable for a promissory note and a cheque pursuant to the TTK. However, if this rule applies alone without providing any flexibility for the form of declaration on a bill of exchange, then it may cause some problems. Complementary rules in Article 767 of the TTK have been regulated in order to prevent potential problems that may arise. In this paper, the wording of Article 767/3 of the TTK -- a declaration on a bill of exchange given by one Turkish citizen abroad is valid in relation to another Turkish citizen in Turkey provided it satisfies the formal requirements laid down by Turkish Law-- will be critically examined in order to understand whether it is broad enough to cover corporate persons and also fulfill the need of the 21st Century.

Keywords: Conflict of Laws, Applicable Law, Bills of Exchange, Form, Complementary Rules, Citizenship

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

İÇİNDEKİLER

Giriş	751
1 Kambyo Senetlerinde Şekle Dair Hususlar	753
2 Tamamlayıcı Kuralın Kaynağı	754
3 Tamamlayıcı Kurallar	755
3.1 TTK m. 767/3: Lex Forinin Yetkisi.....	755
3.1.1 Kuralın Uygulanabilmesi İçin Gerekli Unsurlar	755
3.1.1.1 Tarafların Türk Vatandaşı Olması	756
3.1.1.2 LRA Kurallarına Göre Geçersiz Olması	757
3.1.1.2.1 Çekler İçin Tanınan Alternatif İmkân	758
3.1.1.3 Yapılan Taahhüdün Türk Mevzuatının Şekil Şartlarına Uygun Olması.....	759
3.1.1.4 Talebin Sadece Türkiye’de Yapılabilmesi	759
4 Kurala Eleştirisel Yaklaşım	759
Sonuç	768

Giriş

Birden fazla hukuk sistemini ilgilendiren hukuki ilişkilerin şekline¹ uygulanacak hukukun tespiti², hukuki işlemin geçerliliği bakımından önemlidir³. Yabancılık unsuru içeren hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukukun tespitinde 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁴ (MÖHUK) m. 7 uygulanır. Bu maddeye göre, bir hukuki işlemin geçerli olabilmesi için, o hukuki işlemin yapıldığı yer hukuku (*Locus Regit Actum*) (LRA) veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin (*Lex causae*) öngördüğü şekle uygun olarak yapılması gerekmektedir⁵. Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK’daki bu genel düzenlemeden farklı olarak kambyo senetlerine ilişkin Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK) özel bir düzenleme yapılmıştır⁶. Hem 6762 sayılı TTK’da⁷ hem de 6102 sayılı TTK’da⁸ poliçe, bono ve çek için “kanunlar ihtilafı” konu başlığı altında şekil kuralları düzenlenmiştir⁹. TTK’nın bu konuda özel kanun olması sebe-

¹ Çalışmamızda geçerlilik (sıhhat) şartı olarak kabul edilen şekil konusu esas alınacaktır. İspat şartı olarak öngörölmüş şekil kuralları dikkate alınmayacaktır.

² DICEY, A.V., Conflict of Laws and Bills of Exchange, (1882) 16 Am. L. Rev. 497, s. 497.

³ DOĞAN, V., Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2010, s. 212.

⁴ R.G. 12.12.2007-26728.

⁵ NOMER, E., Devletler Hususi Hukuku, 19. B., İstanbul 2011, s. 205-206; ÇELİKEL, A./ERDEM, B.B., Milletlerarası Özel Hukuk, 11. B., İstanbul 2012, s. 190 vd.; TEKİNALP, G./UYANIK ÇAVUŞOĞLU, A., Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2011, s. 114; DOĞAN, s. 212.

⁶ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 114.

⁷ R.G. 9.7.1956-9353.

⁸ R.G. 14.2.2011-27846. Bu çalışmada sadece TTK olarak bahsedilen kısaltmalarda ifade edilen 6102 sayılı TTK olacaktır. 6762 sayılı TTK’dan bahsedilirken kanun numarası yanında bahsedilecektir.

⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 194.

biyle, kambiyo senetlerinin şekline¹⁰ TTK'daki hükümler uygulanır. TTK'da hüküm bulunmayan hallerde ise genel kanun olarak MÖHUK'un hükümlerinden yararlanılır¹¹.

Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk bakımından genel kabul gören LRA kuralı, yani hukuki işlemin yapıldığı yer hukuku, kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukuk açısından TTK m.767/1'de korunmuş¹² olmakla birlikte, MÖHUK m. 7'den farklı olarak *lex causae* bir alternatif olarak madde metninde yer almamıştır. Ancak LRA kuralına mutlak şekilde bağlanmanın getireceği muhtemel problemleri önlemek amacıyla, TTK'da ayrıca LRA kuralının istisnası olarak tamamlayıcı kurallar¹³ kabul edilmiştir¹⁴. Ancak kabul edilen bu tamamlayıcı kuralların kapsamı yeterince geniş olmadığı için ortaya birtakım problemler çıkabilmektedir. Örneğin, yurt dışına yapılan bir iş seyahatine beraber giden bir Türk ve Türkiye'de mutad meskeni olan bir yabancı, aralarındaki bir hukuki ilişkiden dolayı Türkün Türkiye'de mutad meskeni olan yabancıya Türk Hukukunun aradığı şartlara göre yurtdışında bir bono düzenlemiştir. Ancak, düzenlenen bono imza yerinin şekil şartlarına uymaması durumunda geçersiz olacak ve Türkiye'de mutad meskeni olan yabancı "Türk" olmadığı için TTK m. 767/3 kapsamında¹⁵ tamamlayıcı kuralların koruması kapsamına giremeyecektir. Türk hukukunu bilerek hareket eden Türkiye'de mutad meskeni olan yabancı kötü niyetli kişiler karşısında korumasız bırakılmış olacaktır.

Çalışmamızda, TTK m. 767/3'te, "Bir Türkün, yabancı ülkede poliçeyle borçlanması, Türk hukukunun gösterdiği şekle uygun bulunduğu takdirde, **Türkiye'de başka bir Türke karşı geçerlidir**" şeklinde düzenlenen tamamlayıcı kuralı inceleyeceğiz. Öncelikle kuralın tarihsel gelişimi incelenecek, daha sonra ise kuralın uygulanabilmesi için gerekli olan unsurlar ele alınacaktır. Son olarak ise kurala eleştirel bir yaklaşımla bakılacak ve tespit edilen sorunlara çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır.

1. Kambiyo Senetlerinde Şekle Dair Hususlar

Bir kambiyo senedine bağlanmış olan hakkın devredilebilmesi için öncelikli olarak o belgenin bir kambiyo senedi olarak değerlendirilebilmesi gerekmektedir. Herhangi bir ülkede düzenlenmiş olan bir belgenin kambiyo senedi olarak kabul edilmesi, belgenin düzenlendiği yer hukukunun o belgeyi geçerli bir kambiyo senedi olarak kabul etmesine bağlıdır¹⁶. Bunun için de belgenin düzenlendiği yer hukukunun aramış olduğu sıhhat şartı olan şekil şartlarının sağlanması gerekmektedir.

Türk hukukunda poliçenin şekline ilişkin unsurlar TTK m. 767'de düzenlenmiştir. TTK m. 778/1 (j) TTK m. 767'ye atıfta bulunarak bononun şekline ilişkin hususları düzenlemiştir. TTK m. 820 ise çekler için şekil konusu hüküm altına almıştır. TTK m. 820/2'de bonoda olduğu üzere TTK m.767/2-3'ün çekler açısından da uygulanabileceğini belirtmiştir¹⁷.

¹⁰ Kambiyo senetlerinin şekli kapsamına sadece senedin düzenlenmesi değil, kabul, ciro ve aval da dâhildir. Bkz. ÖZDEMİR, H., "Kambiyo Taahhütlerinin Şekil Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk", Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 262.

¹¹ YILMAZ, İ., Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Bakımından Çek, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 269.

¹² NOMER, s. 209.

¹³ TTK'nın 767. maddesinin iki ve üçüncü fıkralarında bu maddenin birinci fıkrasına istinaden geçersiz olan poliçeleri şeklen ayakta tutmayı amaçlayan tamamlayıcı kurallara yer verilmiştir. TTK m.778/1 (j) ve TTK 820. maddesinin ikinci fıkrasının TTK'nın 767. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına yapmış olduğu atfı nedeniyle, ilgili fıkralar bono ve çek için de uygulanacaktır.

¹⁴ ÖZDEMİR, s. 263; AYGÜN, M., Milletlerarası Özel Hukukta Kambiyo Senetleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2008, s. 118.

¹⁵ TTK m. 778/1 (j) 'nin TTK m. 767'ye atfı nedeniyle TTK m. 767 burada uygulanır.

¹⁶ DOĞAN, s. 280.

¹⁷ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 114.

2. Tamamlayıcı Kuralın Kaynağı

Daha önceleri bazı ulusal kanunlarda¹⁸ var olan tamamlayıcı kuralın yeknesak bir kural olarak ortaya çıkışı 1930 yıllara dayanmaktadır. 1930 yılında Cenevre’de poliçeler ve bonolar için kanunlar ihtilafı konusunda bir konvansiyon imzalanmıştır¹⁹. Benzer bir düzenleme 1931 yılında çekler için de yapılmıştır²⁰. Bu iki konvansiyon 1934 yılında yürürlüğe girmiştir. Cenevre Konvansiyonlarının hükümleri poliçe, bono ve çeklere ilişkin kanunlar ihtilafı uyumsuzluklarında birçok ülkede uygulanmaktadır²¹. Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri, Kara Avrupası devletlerinin hukuk sistemlerindeki temel farklılıklardan dolayı Cenevre Konvansiyonlarına taraf olmamışlardır²².

Cenevre’de imzalanan bu iki konvansiyonu Türkiye de imzalamış, ancak onaylayarak yürürlüğe koymamıştır²³. Türkiye bu konvansiyonları imzalamamış olmasına rağmen dolaylı olarak bu konvansiyonlarda geçen tamamlayıcı kuralları mevzuatına dâhil etmiştir. Cenevre Konvansiyonlarına istinaden tamamlayıcı hükümler getiren İsviçre BK. m. 1087’deki hüküm 6762 sayılı TTK’da 679. madde, yeni 6102 sayılı TTK’da ise 767. madde olarak düzenlenmiştir²⁴. Diğer bir ifade ile 6102 sayılı TTK’da 6762 sayılı TTK’daki ilgili hüküm korunarak kabul edilmiştir.

6102 sayılı yeni TTK’nın kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukuku düzenleyen hükümleri ile 6762 sayılı TTK’nın ilgili hükümleri arasında içerik olarak bir fark bulunmamaktadır. Sadece, 6102 sayılı TTK’da ilgili hükümler günümüz Türkçesine uygun olarak kaleme alınmıştır.

Kanun koyucu, 6762 sayılı TTK’da bulunan kambiyo senetlerine ilişkin hükümlerin neden hiçbir değişiklik yapılmadan 6102 sayılı TTK’ya aktarıldığını, 6102 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde açıklamıştır. Kanun koyucu, Kara Avrupasında ve Birleşik Krallık’ta kambiyo senetlerine ilişkin düzenlemelerde hemen hemen hiçbir değişiklik ve reform olmadığını belirtmiştir²⁵. Ortaya çıkan yeni bir durum olmamasını gerekçe göstererek, TTK’da bulunan ilgili hükümlerde de içerik açısından hiçbir değişiklik yapmamıştır. Avrupa ve Birleşik Krallık’ta son yıllarda kambiyo senetleri konusunda bir değişiklik yapılmamış olmakla birlikte Kıta Avrupası sistemi ile Anglo Sakson sistemleri arasında önemli farklar vardır²⁶. Bu farklar özellikle tamamlayıcı kurallarda kendisini göstermektedir.

¹⁸ Almanya, Cenevre Konvansiyonu’nun kabulünden önce tamamlayıcı kurallar mevzuatlarında yer almakta idi. Bu kurala göre Alman vatandaşları arasında yabancı bir memlekette yapılan poliçenin yapıldığı yer hukukuna göre geçerli olmasa bile Alman kanunlarına göre geçerli ise geçerli olarak kabul edilmekte idi. Bkz. LYON/CAEN/RENAULT., “Traite de Droit Commercial”, 1901, C. IV, s. 491, ÖZDEMİR’den naklen, s. 270. Cenevre Konvansiyonu’nda kabul edilen kuralın temelini Alman düzenlemesi atmıştır denilebilir.

¹⁹ Convention for the Settlement of Certain Conflicts of Laws in Connection with Bills of Exchange and Promissory Notes, bkz. <http://www.jus.uio.no/lm/treaties.and.organisations/1930s.html> (10 Mayıs 2012).

²⁰ Convention for the Settlement of Certain Conflicts of Laws in Connection with Cheques, bkz. <http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/09/9-03/laws-cheques.xml> (10 Mayıs 2012).

²¹ AYGÜN, s. 83.

²² DEVRES, N.M., (Çeviren), Ticari Senetlerde Kanunlar İhtilafı, Adliye Ceridesi, 193, S.13, s. 785.

²³ Konvansiyonları imzalayan ve yürürlüğe koyan devletler hakkında bilgi almak için bkz. <http://treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=545&lang=en#top> (9 Mayıs 2012).

²⁴ POROY, R./TEKİNALP, Ü., Kıymetli Evrak Hukuku Esasları: 5941 Sayılı Çek Kanununun Yorumu İle, 19. B., İstanbul 2010, s. 241.

²⁵ Bkz. http://www.tobb.org.tr/Documents/ttk/ttk_genel_gerek%C3%A7e.pdf (10 Mayıs 2012).

²⁶ RIEGERT, R.A., Commercial Paper in the Western World: Some Comparative Points, in KING, D. B., Commercial and Consumer Law from an International Perspective: Papers from the Conference of the International Academy of Commercial and Consumer Law, Castle Hofen, Austria, July 17-22, 1984, Fred B Rothman & Co Publishing, 1986, s. 177.

3. Tamamlayıcı Kurallar

Kambyo senetlerinin şekil açısından geçerliliğine uygulanacak hukukun tespiti temel kural LRA'dır. Ancak bu temel kural ile yetinmenin veya çok sıkı sıkıya bağlı kalmanın getireceği sorunları aşmak için tamamlayıcı kurallara yer verilme ihtiyacı doğmuştur. LRA kuralına göre şeklen geçerli olmayan kambyo senetlerinin tedavül kabiliyetini artırmak için, başka hukuk sistemlerine de yetki tanınarak tamamlayıcı kurallar oluşturulmuştur²⁷. Kambyo senetlerinin şekil bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk noktasında LRA kuralının yanında getirilen tamamlayıcı kurallardan birincisi, taahhütlerin bağımsızlığı ilkesinden ortaya çıkan kuraldır. TTK m. 767/2'ye göre, poliçe taahhüdünün yapıldığı ülke hukukuna (LRA kuralına) göre geçersiz olan bir poliçe, daha sonraki bir borçlanmanın yapıldığı ülke hukukuna göre geçerli olursa, ilk borçlanmanın şekil bakımından geçerli olmaması sonraki borçlanmaların geçerliğine hâlel getirmez²⁸. Diğer bir ifade ile bu kuralın uygulanabilmesi için, LRA'ya göre poliçenin şeklen geçerli olmaması, sonraki yapılan taahhüdün yapıldığı yer hukukuna göre önceki taahhüdün geçerli olması ve sonraki taahhüdün yapıldığı yer hukukunun şekil şartlarına uygun olarak yapılması gerekmektedir²⁹. Kural, eleştirilmekle³⁰ beraber, genel olarak kambyo senetlerinin tedavül güvenliğini artırması ve hamilin senetten doğan hakları için müracaat hakkını kullanabileceği kişilerin var olmasını sağlaması açısından yerinde bir düzenleme olarak kabul görmüştür³¹. Diğer tamamlayıcı kural ise çalışmamızın konusunu oluşturan *lex forin*in yetkisini tesis eden vatandaşlık faktörüdür (TTK m. 767/3).

3.1 TTK m. 767/3: Lex Forinin Yetkisi

Kambyo senetlerine ilişkin olarak düzenlenen Cenevre Konvansiyonu Kanunlar İhtilafı Kurallarında, aynı devlet vatandaşlığına tabii kişilerin, milli haklarının aradığı şekil şartlarına uygun olarak yabancı bir ülkede kambyo senedi taahhüdünde bulunabilecekleri (LRA'yı tamamlayıcı bir kural olarak) kabul edilmiştir³². Yukarıda da bahsedildiği üzere, Konvansiyonları Türkiye imzalamasına rağmen, onaylamadığından dolayı tamamlayıcı kural İsviçre BK m. 1087/3'in³³ iktibası yoluyla mevzuatımıza geçmiştir. TTK m. 767/3'de düzenlenen tamamlayıcı kuralının uygulanabilmesi için gerekli olan şartların neler olduğunu inceleyelim.

3.1.1 Kuralın Uygulanabilmesi İçin Gerekli Unsurlar

Kuralın uygulanabilmesi için gerekli olan unsurlar şunlardır:

- Taahhüdünün tarafları Türk vatandaşı olmalı,
- Yapılan taahhüt şekil açısından imza yerinin şekil şartlarına göre geçersiz olmalı,
- Yapılan taahhüt Türk hukukunun aradığı şekil şartlarına uygun olmalı,
- Talep sadece Türkiye'de yapılmalıdır.

²⁷ ÖZDEMİR, s. 267; AYGÜN, s. 121; AYGÜN, M. "Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti", AÜHFĐ, 2012, C. 61, S. 3, s. 951 (AYGÜN, Çek).

²⁸ ÇEKER, M., 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, 2. B, Adana 2011, s. 692-693.

²⁹ ÖZDEMİR, s. 268; AYGÜN, s. 121.

³⁰ Çalışmamızın kapsamını içerisinde olmaması sebebiyle kurala yapılan eleştiriler burada bahsedilmemiştir. Sadece tamamlayıcı kuralın uygulanma şartları burada bahsedilmiştir. Kurala yapılan eleştiriler konusunda bkz. ÖZDEMİR, s. 268-269.

³¹ AYGÜN, s. 122.

³² ÖZDEMİR, s. 271; AYGÜN, s. 122.

³³ İlgili fıkranın Türkçe çevirisi şöyledir: "..., yurtdışında İsviçreli biri tarafından düzenlenen poliçe İsviçre hukukunun aradığı şekil şartlarına uygun ise İsviçre'de başka bir İsviçreliye karşı geçerlidir."

3.1.1.1 Tarafların Türk Vatandaşı Olması

TTK m. 767/3'ün uygulanabilmesi için gerekli unsurlardan bir tanesi, işlemin her iki tarafının da Türk³⁴ olması gerekmektedir. TTK. m.767/3, “*Türkler için konulmuş tek taraflı bir kanunlar ihtilafı kuralıdır*”³⁵. Taraflardan yalnız birinin Türk vatandaşı olması durumunda, bu kuralın uygulanması mümkün değildir. Bu durumda, poliçenin şekline imza yeri hukuku yani LRA uygulanacaktır³⁶. İşlemin her iki tarafının da Türk vatandaşı olması, kuralın uygulanabilmesi için temel faktördür. Ancak akla gelen soru şudur ki; ne zamandan itibaren işlemin taraflarının Türk vatandaşı olması gerekmektedir? Başka bir ifadeyle, poliçe taahhüdünün yapıldığı anda mı iki tarafın da Türk vatandaşı olması gerekir, yoksa poliçenin sonradan bir Türk vatandaşının eline geçmesi durumunda da her iki tarafın Türk vatandaşı olması şartı geçerli mi³⁷?

Kanun metnine baktığımızda, bir Türkün bir Türce poliçe ile borçlanmasından bahsedilmemiştir. Kanunun ifadesinde “bir Türkün, yabancı bir ülkede poliçe ile borçlanması, ... Türkiye’de başka bir Türce karşı geçerlidir.” Bir Türkün yabancı bir ülkede poliçe ile taahhüt altına girmesi gerekmekte; taahhüt altına girdiği kişinin Türk vatandaşı olup olmaması önem taşımamakta; ancak bu poliçe Türk hukukunun gösterdiği şekle uygun olduğu takdirde Türkiye’de başka bir Türce karşı geçerli olacaktır³⁸. Kanun metninden anlaşılan, Türkiye’de hakkın talep edildiğinde poliçenin diğer tarafının da Türk olması gerekmektedir. Aksi halde, TTK m. 767/3 bağlamında bir talepte bulunulabilmesi söz konusu değildir.

Ayrıca, yukarıda ifade edilen soru, Cenevre konferansında Felemenk temsilci tarafından sorulmuş ve cevap yine kendisi tarafından şu şekilde verilmiştir: “*Kambiyo hukukunda muayyen bir kimseye karşı taahhüt alınmaz. Poliçeyi imza eden kimse gayri muayyen bir alacaktır,] her hamile karşı taahhüt altına girmiş oluyor.*”³⁹ Bu gerekçe ile bir senedin sonradan bir Türk vatandaşının eline geçmesi halinde de bu hüküm uygulama alanı bulacaktır. Daha açık bir ifade ile sadece poliçe taahhüdünün yapıldığı sırada keşideci ve lehtarın Türk vatandaşı olması halinde değil; bir Türk vatandaşının keşide ettiği poliçeyi daha sonradan başka bir Türk vatandaşının sahip olması halinde de (poliçenin kendisine ciro edilmesi ile sahip olma) TTK m. 767/3 uygulama alanı bulabilecektir⁴⁰. Verilen bu cevap kambiyo senetlerinin temel özelliğine çok uygundur. Ancak, başka bir soru daha ortaya çıkmaktadır. Bir Türk vatandaşı lehtarın, başlangıçta veya ciro yoluyla poliçe sahip olması ve keşidecinin de Türk vatandaşı olması durumunda TTK. m. 767/3 uygulanabiliyor. Sorumuz, keşidecinin Türk vatandaşı olması gerekli mi? Cirantanın ve ciro edilen kişinin Türk vatandaşı olması ve poliçeye ilişkin talebin Türkiye’de yapılması kuralın uygulanabilmesi için yeterli midir? Özdemir “... sadece, keşideci-lehdar veya **ciranta-ciro edilen** gibi ilişkinin doğrudan taraflarının Türk vatandaşı olması halinde değil, işlemin karşı tarafını teşkil eden yabancıların senedi sonradan bir Türk vatandaşına ciro etmesi halinde de ...hüküm uygulanabilecektir”⁴¹ demektedir. Kanun metnine baktığımızda, kanaatimizce, bu

³⁴ Burada kastedilen “Türk” ırk manasında olmayıp Anayasa m. 66’da ifade edilen Türk vatandaşıdır. Daha detaylı bilgi için bkz. Bölüm 4. Ayrıca Bkz. ÖZEL, S., Anayasa m. 66/1 Hükümünde Yer Alan Türk Tanımı Üzerine Bir Değerlendirme, (2012) İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 2012/6, s. 40-59.

³⁵ ÇELİKEL/ERDEM, s. 194; ÖZDEMİR, s. 272; AYGÜN, s. 123.

³⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s. 194; TEKİLALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 121.

³⁷ ÖZDEMİR, s. 272; AYGÜN, s. 123, AYGÜN, Çek, s. 954.

³⁸ Bkz. Yargıtay 11. HD. 10.06.1976 T., E. 1976/3063 K. 1976/3106, UYAR, T., İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri (İ.İ.Y. 167-170b), 2.B., Manisa 1989, s. 1218-1219; Ayrıca bkz. www.kazanci.com (10 Mayıs 2012).

³⁹ DEVRES, s. 793.

⁴⁰ ÖZDEMİR, s. 272; AYGÜN, s. 123.

⁴¹ ÖZDEMİR, s. 272, Alıntıdaکی koyu yazım, vurgu amacıyla bu çalışmanın yazarı tarafından yapılmıştır. Ayrıca bkz. AYGÜN, s. 123; AYGÜN, Çek, s. 954.

yorum yerindedir. Çünkü kanun koyucu bir Türkün yabancı ülkede poliçeyle borçlanmasından bahsetmiştir. Bu borçlanmada Türkün vasfı keşideci olabileceği gibi ciranta da olabilir. Ancak, bu borçlanmanın mutlaka ve mutlaka yabancı bir ülkede gerçekleşmesi gerekmektedir. Sonuç olarak, ciranta ve ciro ilişkisinde de TTK m. 767/3'ün uygulanabileceğidir.

Değerlendirilmesi gereken diğer bir konu ise tarafın veya tarafların birden çok vatandaşlığı olması durumudur. Eğer tarafın veya tarafların birden çok vatandaşlığı var ve bunlardan biri Türk vatandaşlığı ise, MÖHUK m. 4/1 (b) hükmünce Türk vatandaşlığını esas alarak işlem tesis etmek gerekecektir. Türk vatandaşlığı ile bağının, diğer vatandaşlığına göre zayıf olması durumunda da bir değişiklik olamayacaktır. Bizim için esas olan kişinin Türk vatandaşlığıdır. Bu durumda, eğer her iki tarafın Türk vatandaşı olması kriteri sağlanıyor ise, TTK m. 767/3 uygulanabilecektir⁴².

Tartışılması gereken diğer konu ise vatandaşlığın sonradan değişmesidir. Keşidecinin kambiyo taahhüdünde bulunduğu zaman Türk vatandaşı değilken, sonradan Türk vatandaşı olması durumunda eğer lehtar da Türk vatandaşı ise her iki tarafında Türk vatandaşı olması şartı gerçekleşmiş olmaktadır mıdır? Tam tersi bir durum olarak, keşideci Türk, lehtar poliçeyi elde ettiği tarihte Türk değil, ancak sonradan Türk vatandaşı olur ise her iki tarafın Türk vatandaşı olması şartı gerçekleşmiş olacak mıdır? TTK'da bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda yapılması gereken MÖHUK m. 3'ün değişken ihtilaflar için formüle ettiği çözümün kullanılması olacaktır. MÖHUK m. 3'e göre, aksine hüküm olmadıkça, yetkili hukukun vatandaşlık esasına göre belirlendiği durumlarda dava tarihindeki vatandaşlık esas alınır. Keşideci başlangıçta Türk vatandaşı olmasa bile sonradan Türk vatandaşı olması durumunda poliçe lehtarı da Türk vatandaşı ise kambiyo senedinin taraflarının Türk vatandaşı olması şartı gerçekleşmiş olacaktır. Diğer örnekte olduğu üzere, lehtarın sonradan Türk vatandaşı olması durumunda da aynı cevap geçerli olacaktır. Lehtarın dava tarihinde Türk vatandaşı olması, her iki tarafın Türk vatandaşı olması şartının yerine gelmesi için yeterli olacaktır.

3.1.1.2 LRA Kurallarına Göre Geçersiz Olması

Kambiyo taahhütleri yapıldıkları yer⁴³ hukukunun şekil şartlarına uygun olarak yapılmış ise TTK m.767/3'ün uygulama imkânı yoktur. Zira 3. fıkraya, kambiyo senedini

⁴² MÖHUK m. 4'ün sadece MÖHUK'da öngörülmüş bulunan konular ihtilafı kurallarına uygulanabileceğine ilişkin dar yorum için bkz. ATAMAN-FİGENMEŞE, İ., "Çifte Vatandaşlık halinde MÖHUK'un 4. maddesinin 6 ve c bentlerinin Uygulama Alanı" MHB, 1999-2000, C. 19-20, s. 1-2, (Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan), s. 95-114

⁴³ Kambiyo taahhüdünün yapıldığı yerin tespiti her zaman kolay olmamaktadır. LRA kuralında bazen keşide edilen yerin neresi olduğu tam olarak tespit edilememektedir. Kambiyo taahhüdünün yapıldığı yer ile ifade edilmek istenen nedir? Keşidecinin poliçeyi imzaladığı yer mi yoksa poliçenin lehtara teslim edildiği yer mi? Eğer keşidecinin poliçeyi keşide ettiği yer ise gerçek manada keşide edilen yer mi yoksa poliçeye yazılan keşide yeri mi? Bu sorulara detaylı cevap vermek çalışmamızın kapsamı dışına çıkmamıza neden olacağı için sadece kısaca değineceğiz. Sorular hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, s. 262-267; DEVRES, s. 792; RYDER, F.R./BUENO, A./HEDLEY, R./PHILLIPS, M., Byles on Bills of Exchange: The Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Bank Notes and Cheques, 21.edn., London: Sweet&Maxwell, 1998, s. 356.

İç hukukta bazı yazarlar senedin fiilen düzenlendiği yerin gerçek düzenleme yeri olması gerekirse de senedin keşide edildiği yer olarak ifade edilen veya kanunen keşide yeri sayılan yerin gerçek düzenleme yerinden farklı olmasının senedin kambiyo senedi vasfını etkilemeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. MOROĞLU, E., "Kambiyo Senetlerinde Düzenleme Yeri", Makaleler, İ-

ayakta tutabilmek ve işlem güvenliğini tesis edebilmek için getirilmiş bir düzenlemedir. Kuralın uygulanabilmesi için, poliçenin mutlaka LRA'ya göre geçersiz olması gerekmektedir.

3.1.1.2.1 Çekler İçin Tanınan Alternatif İmkân

Kambiyo senetlerinde şekil açısından temel kural, kambiyo senedi ile yapılan borçlanmaların imzalandığı ülke hukukuna (LRA) tabii olmasıdır. Çeklerde ise, şekle ilişkin hususlarda, LRA kuralının mecburi olarak uygulanmasına alternatif bir düzenleme getirilmiştir. Bu kural, TTK m. 820/1'in ikinci cümlesinde ifade edilmiştir. Bu cümlede, "*Bununla [LRA kuralı ile] beraber, ödeme yeri hukukunun öngördüğü şekle uyulması yeterlidir.*" Kanunda çoklu bir bağlama kuralı ortaya konulmuştur⁴⁴. Hükümden de anlaşılacağı üzere, çeklerin şekline "imza yeri" veya "ödeme yeri" hukuku seçimlik olarak uygulanır⁴⁵. İki hukukun birlikte uygulanması değil, seçimlik olarak uygulanması söz konusudur ve imza yeri veya ödeme yeri hukuklarından birine göre

tambul 2010, s. 510 (MOROĞLU, Düzenleme Yeri) ; KINACIOĞLU, N., Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1993, s. 139. "Böyle bir tutum, keşidecinin senedi düzenleme yeri olarak gösterdiği veya düzenleme yeri sayılacak yerin kanununa tabi tutmak istediği şeklinde yorumlanmalıdır." MOROĞLU, Düzenleme Yeri, s. 510. Kambiyo senetlerinin şekline imza yeri hukukunun uygulanması hükmü emredici nitelikte olması sebebiyle tarafların bir başka hukukun şekil şartlarına tabi olma konusunda anlaşma yapamazlar. Bkz. ÖZDEMİR, s. 262-263. Bu nedenle, katimizce, Moroğlu'nun bakış açısı kabul edilebilir değildir. Ayrıca, özellikle tek bir hukuk sisteminin uygulandığı üniter devlet yapılarında bu durum sorun olmayacaktır. Ancak, gerçek düzenleme yeri ile düzenleme yeri olarak gösterilen yerin farklı hukuk sistemlerine tabi olması veya senedin şeklen geçerliliğine farklı düzenlemeleri ihtiva etmesi durumunda sorun ortaya çıkabilecektir. Poliçe üzerinde keşide yeri olarak belirtilen yerin şekil kurallarına göre geçerli ancak gerçek manada poliçe taahhüdünün yapıldığı yerin şekil kurallarına göre poliçe geçersiz ise durum ne olacaktır? Poliçeyi geçerli mi kabul edeceğiz yoksa gerçek taahhüt yerine göre geçersiz olduğu için geçersiz mi kabul edeceğiz? Nomer, poliçede gösterilen keşide yeri ile gerçek manada imza atılan yani poliçe taahhüdünde bulunulan yer farklı ise gerçek imza yerinin dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz, NOMER, s. 209, dn. 15; DOĞANGÜN, T., Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 144. Özdemir ise bunun adil olmayacağını, zira kambiyo senedine sahip olan herkesin gerçek düzenleme yerini araştırmak zorunda kalacağını haklı olarak ileri sürmüştür ve senedin üzerinde yazan keşide yerinin esas olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz., ÖZDEMİR, s. 266-267. Kanaatimizce, senedin üzerinde yazan yer ile gerçek keşide yerinin farklı olup olmadığı konusu bir ispat sorunudur. Zira aksi ispatlanana kadar poliçenin üzerinde yazılı olan düzenleme yeri senedin düzenlendiği yer olarak kabul edilmelidir ve senedin geçerliliği bu hukuka göre tespit edilmelidir. Senedin üzerinde yazan yer ile gerçek imza yerinin farklı olduğunu iddia eden taraf bunu ispatlayabilir ve imza yerini belirtir ise bu durumda gerçek imza yeri hukukuna göre senedin şeklen geçerliliği tespit edilecektir. İngiliz hukukunda ise durum farklılık göstermekte olup önemli olan senedin yazıldığı ve imzalandığı yer değil senedin hamile teslim edildiği yer o senedin düzenlendiği yerdir. Bkz., RYDER/BUENO/HEDLEY/PHILLIPS, s. 356; Negotiable Instrument and Choice of Law; Principle of Private International Law with Reference to United Kingdom and Indian Laws, s. 6, <http://lawlib.wlu.edu/lexopus/works/864-1.pdf> (10 Mayıs 2012).

⁴⁴ YILMAZ, s. 279.

⁴⁵ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 121; YILMAZ, s. 279.

şekil açısından çekin geçerli olması yeterlidir⁴⁶. Çek ile yapılan taahhütlerin geçerliliğini sağlama amacıyla getirilmiş alternatif bir kuraldır⁴⁷.

3.1.1.3 Yapılan Taahhüdün Türk Mevzuatının Şekil Şartlarına Uygun Olması

TTK m. 767/3 düzenlemesinden istifade edebilmek için poliçenin Türk hukukunun öngördüğü şartlara uygun olarak yapılmış olması gerekir. Türk hukukunda, poliçenin şeklinin unsurları TTK m. 671 ve 672’de; bononun şeklinin unsurları TTK m. 776 ve 777’de; çekin unsurları ise TTK m. 780 ve 781’de düzenlenmiştir. TTK m. 672 ve 777’ye göre vade ve düzenleme yeri istisnaları dışında TTK m. 671’deki zorunlu unsurları içermeyen poliçe ve TTK m. 776’daki şekil zorunluluklarını ihtiva etmeyen bono hukuken poliçe ve bono hükmü kazanamaz⁴⁸. Poliçe ve bononun dolaşım güvenliği nedeniyle TTK’da şekil açısından kabul edilen zorunlu unsurların mutlaka senette bulunması gerekmektedir⁴⁹.

3.1.1.4 Talebin Sadece Türkiye’de Yapılabilmesi

Her iki tarafında Türk vatandaşı olduğu durumlarda TTK m. 767/3’ün uygulanabilmesi için gerekli olan diğer unsur, talebin Türkiye’de yapılmasıdır. Taraflar Türk vatandaşı olsa ve poliçe taahhüdü Türk hukukunun aradığı şekil şartlarına uygun olarak yapılmış olsa dahi, eğer talep Türkiye’de yapılmaz ise kuralın uygulanma imkânı yoktur. Diğer bir ifadeyle, tarafları Türk olan bir poliçede, Türk hamil talebini tamamlayıcı kuralı uygulayan Cenevre Konvansiyonu’na üye yabancı bir devlet mahkemesinde yapsa bile talep yerinde görülmeyecektir. Çünkü, bu durumda, hâkim poliçe taahhüdünün geçerli olup olmadığına LRA’ya göre karar verecektir⁵⁰.

4. Kurala Eleştirel Yaklaşım

Yukarıda ifade edildiği üzere, TTK m. 767/3’ün kaynağını 1930 yılında imzalanmış olan poliçe ve bonolara ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını düzenleyen Cenevre Konvansiyonu’nun 3. maddesinin 3. fıkrası oluşturur⁵¹. Bu fıkra, doktrinde bazı eleştirilere tabi tutulmuştur. Bu eleştiriler üç temel noktada toplanmaktadır. Bunlardan birincisini “aynı senet üzerinde yer alan taahhütlerin şekil bakımından geçerliliklerinin bazıları için LRA kuralına bazılarının ise tarafların millî hukuklarına göre belirlenmesinin, senet borçluları açısından adil olmayan sonuçlara yol açtığı”⁵² eleştirisi oluşturur. Bu

⁴⁶ ÖZDEMİR, s. 274. “Ödeme yeri kanununa tanınan bu seçimlik yetki, bir ödeme aracı olan çeklerin hukuki niteliklerine uygundur ve olayların büyük çoğunluğunda çekin geçerliliğini sağlayacaktır. Şöyle ki, bankaların müşterilerine vermiş oldukları çek karneleri, bu bankaların bulunduğu ülkede yürürlükte olan mevzuata uygun şekilde bastırılır. Çeklerde ödeme, çekin muhatap bankaya ibrazı üzerine, yani bankanın bulunduğu yerde yapılır. Dolayısıyla, çekin ödeme yeri, muhatap bankanın bulunduğu ve çek karnelerini mevzuatına uygun şekilde bastırdığı yerdir. Böylece, ödeme yeri hukukuna tanınan yetki, genellikle, çeklerin şekil bakımından geçerliliğini sağlayacaktır.” ÖZDEMİR, s. 275.

⁴⁷ ÇELİKEL/ERDEM, s. 194; YILMAZ, s. 279.

⁴⁸ MOROĞLU, E., “Bono ve Poliçelerde Yeni Şekil Koşullarının Hukuki Anlamı”, Makaleler, İstanbul 2010, s. 193.

⁴⁹ MOROĞLU, s. 194.

⁵⁰ ÖZDEMİR, s. 273.

⁵¹ <http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/09/9-03/exchange-notes.xml> (10 Mayıs 2012).

⁵² ÖZDEMİR, s. 274; AYGÜN, s. 124. Metinde tırnak içerisinde belirlenen eleştiri dipnotta belirtilen yazarların kendi savundukları görüş değil, eserlerinde değerlendirmeye tabi tuttukları görüştür.

eleştiriyeye katılmak mümkün değildir. Fıkranın uygulama alanına bakıldığında, getirilen kural, LRA kuralına bir alternatif değil sadece yedek bir kuraldır. Başka bir ifadeyle, kambiyo senedinin şeklen geçerli olup olmadığının belirlenmesinde ilk önce ve mutlaka LRA'ya bakmak gereklidir. LRA'ya göre geçersiz olan bir kambiyo senedinin tarafların milli hukukuna göre şekli geçerliliği tespit edilecektir. Getirilen bu düzenlenin temel amacı senedin ayakta tutulması sağlanarak tedavül kabiliyetini artırmaktır. Ayrıca, her zaman, taraflar kambiyo senedi taahhüdünde bulunacakları yerin hukukunu bilemeyebilirler. Belki rakamsal olarak büyük olarak kabul edilebilecek kambiyo senetleri için senedin keşide edileceği yerden bir hukuki destek alınıp, şekil şartlarında hata azaltılabilir veya tamamen önlenir. Ancak, bu husus, her durum için mümkün olmaz. Zira kambiyo senedinin üzerinde yazılı miktar, alınacak hukuk hizmetinin bedeline oranla düşük olabilir veya hukuk hizmeti alınması rakamsal olarak ticari açıdan mantıklı olmayabilir. Bu durumlarda, özellikle lehtari korumak için tarafların bildikleri hukuk olan milli hukuklarının öngördüğü şekle göre yapılan taahhütlerin geçerli sayılması uygun olacaktır⁵³. Kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyetini artırmak için kabul edilen bu kural, sadece tarafların vatandaşlığının bulunduğu devletin mahkemesinde talep edilmesi durumunda geçerli olacaktır. Örneğin, Almanya'da yaşayan iki Türk vatandaşının mobilya fuarı için gittikleri İtalya'nın Milan kentinde düzenlenen poliçenin şeklen İtalyan hukukuna göre geçersiz olduğu durumlarda Almanya'da Alman mahkemeleri önünde poliçenin milli hukuklarına uygun olduğunu ileri süremeyeceklerdir. Alman mahkemesi, poliçenin şekli geçerliliğinde tarafların milli hukukuna değil, LRA'ya bakacaktır. Bu durumda poliçe şeklen geçersiz olacaktır. Ancak Almanya'da yaşayan bu Türk Türkiye'ye gelip Türk mahkemesinden talepte bulunursa ve poliçe Türk hukukunun aradığı şartları taşıyorsa bu poliçe diğer Türk karşı geçerli olmuş olmaktadır. Burada *forum shopping* manevrası devreye girmektedir. Davacı taraf, talebini, talep sonucunun talep edilen ülke mahkemesine göre farklı olması nedeni ile kendisi için en makul sonucu doğuracak ülke mahkemesinde ileri sürecektir. Bu durum, kanunun açık hükmüyle izin verilen bir serbesti olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla, tarafların kambiyo senedinin şekli geçerliliği için yapmış olduğu bu çabayı doğal ve hukuk zemininde karşılamak yerinde olabilir.

Bu kuralın uygulanmasındaki diğer bir zorluk ise birden çok vatandaşlık⁵⁴ durumunda ortaya çıkacaktır. Tarafların aynı ülkenin vatandaşlığına ve tek bir vatandaşlığa sahip olmaları halinde kuralın uygulamasında sorun çıkmayacaktır. Kişinin birden fazla vatandaşlığı olduğu ve yetkili hukukun vatandaşlığa göre tespit edildiği durumlarda sorun ortaya çıkmaktadır. Ancak, bu durumda nasıl hareket edilmesi gerektiğini MÖHUK'da açıklığa kavuşturulmuştur. MÖHUK m. 4/1 (b) 'de birden fazla vatandaşlığa sahip olanların aynı zamanda Türk vatandaşı olması durumunda Türk hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Yukarıda verdiğimiz örneğe tekrar dönersek olursak, hamilin veya poliçe borçlusunun hem Alman hem de Türk vatandaşlığı olduğu durumlarda Türkiye'de talepte bulunulması durumunda Türk vatandaşlığı esas alınacak ve poliçenin geçerliliği bu doğrultuda belirlenecektir. Ancak ilginç durum hem hamilin hem de poliçe borçlusunun aynı ülkelerin çifte vatandaşı olduğu durumda ortaya çıkmaktadır. Örneğin, Almanya'da yaşayan iki Türkün aynı zamanda Alman vatandaşlığına da sahip olduğunu kabul ederse; bu durumda davacı, Cenevre Konvansiyonu ve Alman hukuku⁵⁵ gereğince Almanya'da, TTK m. 767/3 gereğince de Türkiye'de kambiyo senedi şeklen geçerli olarak kabul edilmesi için talepte bulunulabilecektir.

⁵³ ÖZDEMİR, s. 270.

⁵⁴ Her ülke, kendi vatandaşını kendi hukukuna göre kendisi tespit eder.

⁵⁵ Art. 92/3, Wechselgesetz, Ausfertigungsdatum:21.06.1933, bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/wg/gesamt.pdf> (2 Aralık 2012).

İkinci eleştiri ise “*hamilin senet borçlularının millî hukukunu araştırmakla yükümlü tutulmasının, senedin tedavülünü engelleyeceği*”⁵⁶ dir. Bu eleştiriye de katılmak mümkün değildir. Zira hamilin, senet borçlularının milli hukuklarını her zaman araştırma yükümlülüğü yoktur. Çünkü kambiyo senedinin şekil açısından geçerliliğinde temel kural LRA’dır. Eğer bir kambiyo senedi LRA’ya göre geçersiz ise bu durumda kambiyo senedini geçerli hale getirebilmek için senet borçlularının milli hukuklarını araştırmak gerekir. Başka bir ifadeyle, sadece LRA’nın kabulü senedin geçerli olup olmadığını belirlemedeki kolaylık açısından önemlidir⁵⁷. Fakat, senedin ayakta tutularak tedavül kabiliyetinin artırılması noktasından değerlendirildiğinde, tamamlayıcı kurallara yer vermenin önemi ortaya çıkacaktır. Çünkü, LRA’ya göre geçersiz bir senedin geçerli olmadığı ortaya konulduğu zaman tedavül kabiliyetinden söz etmek mümkün olmayacaktır. Zira şeklen geçersiz bir senedin tedavül kabiliyeti de olması düşünülemez. Bu nedenle kambiyo senetlerinin şekil bakımından geçerliliğinde temel kuralın LRA olarak kabul edilmesi çok doğru olmakla birlikte, sadece LRA’yı kabul etmenin, senedin ayakta tutulmasını temin etmek ve tedavül kabiliyetini artırmak açısından doğru olmayacağı kanaatindeyiz.

Üçüncü eleştiri ise “*senet borçlusunun taahhüdünün geçerli olup olmadığına, hamilin vatandaşlığına bağlı olarak değişmesinin kabul edilemeyeceği*”⁵⁸ dir. Bu eleştirinin temel kaynağı, bir kambiyo senedinin geçerliliğinde tek bakılması gereken hukukun senedin imzalandığı yer hukuku olmasına dayanır. Yukarıda da söylendiği üzere, kambiyo senedinin tedavül kabiliyetini artırabilmek için tamamlayıcı kurallar önemli bir fonksiyona sahiptir. Zira tamamlayıcı hükümler sayesinde senedin şekil bakımından geçerliliği sağlanarak, senedin tedavül kabiliyeti artırılmaktadır. Ancak, yapılan bu eleştiriye farklı bir gerekçe ile katılmak mümkündür. Senedin tedavül kabiliyetini artırmak için getirilen TTK m. 767/3 hükmünü sadece hamilin, lehtarın ve keşidecinin veya cirantanın vatandaşlığına bağlı kalarak belirlemek sınırlı bir tamamlayıcı kural vasfını taşımaktadır.

TTK m. 767/3’de yer bulan tamamlayıcı kural, Türkler arasında Türk hukuku düşünülerek yabancı bir ülkede düzenlenmiş ve imza yerine göre geçersiz olan kambiyo senetlerini şeklen geçerli tutarak, hem kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyetini artırır hem de kambiyo senetlerini düzenleyen kişilerin aldatma kastı ile başka bir Türke karşı kambiyo senetlerinin geçersizliği iddiasında bulunmasını önler.

Kısaca, kuralın uygulanması ile üç temel amaca ulaşılabilecektir. Bunlar:

1. Kambiyo senetlerini ayakta tutarak kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyeti artırılmış olmaktadır.
2. Türk hukukunu bilerek işlem tesis eden bir Türkü başka bir Türke karşı koruma altına almaktadır.
3. Kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyetini artırarak ülkede ekonomik kamu düzeninin korunmasını sağlamaktır.

Kuralın konuluş amaçları dikkate alındığında, temel amaç Türk hukukunu bilecek hukuki işlem tesis eden Türk’ü korumaktır. Bu sayede, kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyetini artırılmış ve ülke içerisinde ekonomik kamu düzeni tesis edilmiş olmaktadır. Ancak kanun metninde ifade edilen “Türk” kavramı ile sadece gerçek kişi Türk vatandaşını mı, yoksa gerçek kişi Türk vatandaşı ile birlikte Türk tabiiyetine sahip

⁵⁶ ÖZDEMİR, s. 274; AYGÜN, s. 124. Metinde tırnak içerisinde belirtilen eleştiri dipnotta belirtilen yazarların kendi savdukları görüş değil, eserlerinde değerlendirmeye tabi tuttıkları görüştür.

⁵⁷ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 112.

⁵⁸ ÖZDEMİR, s. 274; AYGÜN, s. 124. Metinde tırnak içerisinde belirtilen eleştiri dipnotta belirtilen yazarların kendi savdukları görüş değil, eserlerinde değerlendirmeye tabi tuttıkları görüştür.

tüzel kişi Türk şirketini de mi kastettiği tam açık değildir. Kanun koyucunun düşüncesini anlayabilmek için yorum yoluna başvurmak gerekecektir. Türk Medeni Kanunu⁵⁹ m. 1’de “Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır” ilkesini ortaya koyarak kanunların lafzıyla ve ruhuyla bir bütün olarak uygulanması gerektiğini ortaya koymuştur. Dolayısıyla tamamlayıcı kuralda ifade edilen “Türk” sözünden ne anlamamız gerektiği üzerinde öncelikle durmakta fayda vardır. “Türk” kavramının sözlük anlamına bakıldığı zaman iki anlam karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan biri vatandaşlık anlamına gelen “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yaşayan halk ve bu halktan olan kimse”⁶⁰, diğeri de ırkı ifade eden Türkçenin değişik lehçelerini konuşan soyu ve bu soydan olan kişiyi ifade eder⁶¹. Kuralda ifade edilen “Türk” kelimesi ile ırk değil, vatandaşlık kavramının ortaya konulduğu aşikârdır⁶². Türkiye Cumhuriyeti Anayasası⁶³ m. 66’da ve diğer birçok maddesinde⁶⁴ “Türk” ifadesi kullanılmıştır ve bu ifadelerin hemen hepsi gerçek kişileri ifade etmiştir. Anayasa m. 66/1-2’de kimlerin “Türk” olduğu ortaya konmuştur. Türk olabilmek için 1. fıkra gereğince Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olmak; 2. fıkraya göre ise Türk ananın veya Türk babanın çocuğu olmak gereklidir. Anayasada Türklük için ifade edilen iki unsurda ancak gerçek kişiler için var olabilecek unsurlardır. Ancak, Anayasa m. 69/10’da hem gerçek kişilerden hem de tüzel kişilerden bahsedilmiştir. Fakat, burada “...Türk uyruklığında olmayan gerçek ve tüzel kişilerden...” ifadesi kullanılarak vatandaşlık yerine uyruk kavramı tercih edilmiş ve ayrıca gerçek ve tüzel kişiler ayrı ayrı belirtilmiştir. Doktrinde “tabiiyet” ve “uyruk” kavramları eş anlamlı olarak kullanılır⁶⁵. Ayrıca, doktrinde bazen tabiiyet kavramı ile vatandaş kavramı da aynı anlamda kullanılmakla⁶⁶ birlikte, tabiiyet kavramının vatandaş kavramından daha geniş bir kapsamı vardır⁶⁷. Tabiiyet, “şahsı veya şeyi devlete bağlayan siyasi ve hukuki bağdır”⁶⁸. Burada

⁵⁹ R.G. 8.12.2001-24607.

⁶⁰ “Türk” kelimesinin sözlük anlamı için bkz. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.508745e8942eb9.31496906 (10 Mayıs 2012).

⁶¹ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.508745e8942eb9.31496906 (10 Mayıs 2012).

⁶² ÖZEL, s. 56. Türk kavramında etnik kökene dayalı bir bağlılığı anlamak günümüz devletler hukukunca kabul gören temel prensiplerine aykırılık teşkil eder. Uluslararası sözleşmelerde etnik kökene dayalı devlete bir bağlılığın olmayacağı ortaya konulmuştur. 1997 yılında Strazburg’da imzalanan “European Convention on Nationality (Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi)”nin 2. maddesinde vatandaş ile ifade edilenin kesinlikle etnik köken olmadığı ifade edilmiştir. Yine, 25 Mart 1999 yılında Strazburg’da yapılan toplantıda kabul edilip 14 Eylül 1999 tarihinde imzalanan “Vatandaşlık Belgesi Verilmesine İlişkin Sözleşme”nin 1. maddesinde açık bir dille vatandaşlık kavramının etnik kökeni ifade etmediğini ortaya koymuştur. Bkz. R.G. 18.03.2004-25406.

⁶³ R.G. 9.11.1982-17863 Mükerrer.

⁶⁴ Örneğin Anayasa m. 41, 59, 62, 67, 70 ve 72.

⁶⁵ DOĞAN, V., 5901 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş Türk Vatandaşlık Hukuku, 10.B., Ankara 2010, s. 22, (DOĞAN, Vatandaşlık) ; TURHAN, T./TANRIBİLİR, F.B., Vatandaşlık Hukuku Ders Notları, Ankara 2010, s. 21.

⁶⁶ Görüşler için bkz. DOĞAN, Vatandaşlık, s. 21-23; ERDEM, B.B., Türk Vatandaşlık Hukuku, 2.B., İstanbul 2011, s. 6; NOMER, E., Türk Vatandaşlık Hukuku, 19. B., İstanbul 2012, s. 15-16, (NOMER, Vatandaşlık).

⁶⁷ TURHAN/TANRIBİLİR, s. 21.

⁶⁸ GÖĞER, E., Türk Tabiiyet Hukuku, 4. B., Ankara 1976, s. 6; DOĞAN, Vatandaşlık, s. 23; TURHAN/TANRIBİLİR, s. 21; ERDEM, s. 6.

yer alan şahıs kavramı içerisinde hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler yer alır⁶⁹. Vatandaş kavramında ise sadece gerçek kişiler dâhil edilir, zira vatandaşlık hukuki bağın yanında devletle siyasi bir bağ da oluşturur⁷⁰. Sonuç olarak denilebilir ki, tabiiyet kavramı ile vatandaş kavramı eş anlamlı olmayıp, tabiiyet vatandaşa göre daha geniş kapsamlıdır⁷¹. Bu bağlamda, Anayasada kullanılan ifadeler göz önüne alındığında, gerçek ve tüzel kişi ayrımı yapılmadan Anayasada kullanılan “Türk” ifadesi sadece gerçek kişi Türk vatandaşını ifade eder.

Bir maddenin, bir kavramın yorumu yapılırken yorum metotlarından sadece birine bağlı kalınmamalı, diğer yorum metotları da kullanılmalıdır⁷². Maddede kullanılan kavram yorumu başlangıç noktasını oluşturur. Buna ilaveten, kuralın özü, yani ruhu neyi ifade etmekte ona da bakılması gerekmektedir⁷³. Amaçsal bir yorum yaparak belki kanun koyucunun tamamlayıcı kuralı tesis etmekteki amacını tespit edebiliriz. Böylelikle kanun koyucunun amacına uygun bir şekilde kuralı uygulayabiliriz. Amaçsal yorum yapılırken toplumun zamanla değişen ve gelişen ihtiyaçlarını en iyi şekilde karşılayabilecek objektif bir anlam verilmeye çalışılır⁷⁴. Böylelikle korunması gereken menfaat ne ise o menfaate en uygun olan anlam tercih edilebilir⁷⁵. Bu doğrultuda bir yorum yapılacak olursa, tüzel kişi tacirlerin günümüzde sıklıkla kambyo senedi düzenledikleri düşünülürse, kuralın konuluş amacına uygun olarak tüzel kişilerin TTK m. 767/3 kapsamında değerlendirilmeleri uygun olacaktır. Genişletici bir yorumla da bu sonuca ulaşmak mümkün olacaktır. Ancak unutulmamalıdır ki “kural hangi menfaati hangi amaçla korumayı amaçlamıştır”⁷⁶. Bu amaca ulaşabilmek için objektif tarihi bir yorum yapmak da gerekecektir. Bunu yaparken kanun koyucunun o kuralı, maddeyi düzenlerken hangi nedenlere dayandığının araştırılması gerekir. 6762 sayılı TTK’nın hazırlanması sırasında zamanın hükümeti tarafından hazırlanan tasarınn gerekçesinde poliçe, bono ve çekler hakkında mevcut olan kanunlar ihtilafı hükümlerinin⁷⁷ yetersiz olması sebebiyle Çeşvre konvansiyonlarında kararlaştırılan esaslara tasarıda yer veril-diği ifade edilmiştir⁷⁸. 6762 sayılı TTK’nın gerekçesinde, kuralın kapsamına sadece

⁶⁹ DOĞAN, Vatandaşlık, s. 23.

⁷⁰ TURHAN/TANRIBİLİR, s. 21.

⁷¹ DOĞAN, Vatandaşlık, s. 22-23. Nomer ise kavramlara farklı bir açıdan yaklaşmıştır. Nomer, tabiiyet kavramı ile vatandaş kavramının tarihsel gelişimini eserinde anlattıktan sonra vatandaş kavramı ile tabiiyet kavramının aynı manaları ifade ettiğini ortaya koymuştur. Birinin diğerin yerine kullanılmasının anlam kargaşasına neden olmayacağını ifade etmiştir. Ancak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında ve Türk Vatandaşlığı Kanununda kullanılan vatandaş tabirinin tercih edilmesi gerektiği yönünde de görüşünü ifade etmiştir. Detaylı bilgi için bkz. NOMER, Vatandaşlık, s. 16.

⁷² AKINTÜRK, T., Medeni Hukuk, 13. B., İstanbul 2008, s. 71; ÖZTAN, B., Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, 35.B., Ankara 2011, s. 138.

⁷³ ÖZTAN, s. 133.

⁷⁴ AKINTÜRK, s. 73.

⁷⁵ AKINTÜRK, s. 73-74.

⁷⁶ ÖZTAN, s. 134.

⁷⁷ Mevcut kanunlar ihtilafı hükümleri ifadesi ile kastedilen 1330 (1915) tarihli Türkiye’de Bulunan Yabancıların Hukuk ve Vazifeleri Hakkında Muvakkat Kanun’un 3. ve 4. maddesidir. Bkz. ELBİR, H.K., Gerekçeli – Notlu – Sistematik Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Mer’iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun ve Alakalı Mevzuat, 2. B., İstanbul 1958, s. 455 ve 470. Muvakkat Kanun için bkz. Düstur, Tertibi Sani, Cilt: 7 s. 458-459.

⁷⁸ Türk Ticaret Kanunu Layihası ve Adliye Encümeni Mazbatası (1/150), S. Sayısı 198, Devre X, İctima 2., s. 39, m. 32/e, bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c012/tbmm10012083ss0198.pdf> (3 Aralık 2012) ; Ayrıca bkz. ELBİR, s. 68.

gerçek kişilerin mi yoksa tüzel kişi tacirlerin de mi gireceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. 6102 sayılı TTK'da ilgili madde metinleri sadece günümüz Türkçesine uygun hale getirildiği için maddeler için detaylı bir gerekçe yazılmamıştır. Ancak şunu söyleyebiliriz ki, tamamlayıcı kural TTK mevzuatına İsviçre Borçlar Kanunu m. 1087/3'ün iktibas edilmesiyle girmiştir. İsviçre'ye de Cenevre Konvansiyonlarından geçmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve Cenevre Konvansiyonlarında "*national*"⁷⁹ ifadesi kullanılmıştır⁸⁰. Bu ifadenin Türkçe karşılığı "vatandaş" dır⁸¹. Bu kavramda, devlet ile hukuki ve siyasi bağ kuran gerçek kişiler ifade edilmektedir. TTK m. 767/3'deki "Türk" ifadesi de İsviçre Borçlar Kanunu ve Cenevre Konvansiyonları ile paralel bir şekilde gerçek kişi Türk vatandaşını ifade etmektedir. TTK'da düzenlenen bir kuralın tüzel kişi tacirleri kapsamamış olması kabul edilmesi zor olsa da, kanaatimizce, kuralın kapsamına ve kaynağına bakıldığı takdirde, sadece Türk vatandaşı olan gerçek kişileri koruma kapsamına aldığı ve Türk tabiiyetine tabi tüzel kişileri geniş ve amaçsal yorum dışında kapsamına almadığı görülecektir. Günlük ticari hayatta tüzel kişi tacirlerin sıklıkla kambiyo senedi kullandıkları ve keşide ettikleri düşünülürken, kuralın geniş ve amaçsal yorumu dışında tüzel kişileri kapsamaması bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla yapılacak bir değişiklik ile tüzel kişi tacirlerin de kuralın kapsamı içerisine alınması gerekmektedir.

TTK m. 767/3'deki düzenleme 1930 yıllardaki Cenevre Konvansiyonundaki yaklaşım ile aynıdır. 1930 yılların ekonomik, sosyal ve insanların mobilize olma şartları düşünüldüğünde yapılan düzenleme gayet yerinde ve uygundur. Fakat 21. yüzyılda, insanların artık doğdukları yerde değil de yaşamak istedikleri yerde yaşadığını düşündüğümüze durum farklılık arz edecektir. Zira bir vakıa olarak, Türkiye'de özellikle batı bölgesinde çok fazla sayıda yabancı yaşamaktadır ve bu kişiler uzun süredir yaşamlarını Türkiye'de ikame ettirmektedirler. Bir başka deyişle, Türk vatandaşı olmayan bu kişiler yerleşmek niyetiyle veya hayatlarını Türkiye'de sürdürmek için Türkiye'de bulunmaktadırlar. Yerleşmek niyetiyle Türkiye'ye gelen ve Türkiye'de oturanların yerleşim yeri Türkiye olacak, ancak yerleşme niyeti yok sadece hayatlarının idame ettirmek üzere buraya gelmiş kişilerin mutad meskenleri Türkiye olabilecektir. Yerle-

⁷⁹ Bkz. Federal Act on the Amendment of the Swill Civil Code (Part Five: The Code of Obligations) of 30 March 1911 (Status as of 1 January 2011), <http://tr.scribd.com/doc/55697597/Code-of-Obligations-en> (10 Mayıs 2012) ; Convention for the Settlement of Certain Conflicts of Laws in Connection with Bills of Exchange and Promissory Notes, bkz. <http://www.jus.uio.no/lm/treaties.and.organisations/1930s.html> (10 Mayıs 2012) ; Convention for the Settlement of Certain Conflicts of Laws in Connection with Cheques, bkz. <http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/09/9-03/laws-cheques.xml> (10 Mayıs 2012).

⁸⁰ İsviçre Borçlar Kanununun Almanca metninde "Schweizer Staatsbürger" ifadesi kullanılmaktadır. Bu ifadenin Türkçe karşılığı "İsviçreli" dir. İsviçreli kavramının içerisinde de sadece gerçek kişi vatandaşlar girmektedir. Bkz. Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Stand am 1. Oktober 2012), <http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/220.de.pdf> (10 Mayıs 2012). Alman Hukukunda ise durum İsviçre ve Türk hukukuna benzerdir. Wechselgesetz m. 92/3'de "inländer" kavramı kullanılmış olup onunda Türkçe karşılığı "yurttaş"tır. Bu kavramda gerçek kişileri ifade eder. Detaylı bilgi için bkz. Wechselgesetz, Ausfertigungsdatum:21.06.1933, bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/wg/gesamt.pdf> (2 Aralık 2012).

⁸¹ Bkz. <http://dictionary.law.com/Default.aspx?searched=national&type=1> (10 Mayıs 2012). "Nationality" kavramı ise bir kişiyi bir millete bağlayan hukuki bağ olarak tanımlanmış ve kazanımı doğumla, evlilikle ve kazanma yolları ile olabileceği ifade edilmiştir. Bkz. CURZON, L.B., Dictionary of Law, 4th ed., London 1997, s. 256.

şim yeri veya mutad meskeni Türkiye’de olan bu kişiler de Türkiye’de ticari hayatın içerisinde bulunmakta ve kambiyo senetlerinin tarafı olabilmektedir. Türkiye’de yaşayan ve yaşamlarını Türk hukukunun şemsiyesi altında devam ettiren bu kişilerin tamamlayıcı kuralların kapsamı alanı dışında bırakılması hakkaniyete uygun düşmediği kanaatini taşımaktayız. Ayrıca, Türkiye’de yaşayan vatansızlar ve mülteciler kesinlikle kuralın koruma kapsamı dışındadır. TTK m. 767/3’ün açık ifadesinde sadece “Türk” denildiği için 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu⁸² m. 28 kapsamında izin alarak Türk vatandaşlığından ayrılmış “mavi kart” sahibi kişiler de muhtemelen koruma kapsamı dışındadır⁸³. Türkiye’de yaşayan mavi kartlılar, vatansızlar ve mülteciler⁸⁴ yabancı bir ülkede bir Türke veya başka bir yabancıya⁸⁵ karşı Türk hukukunu bilerek ve düşünerek kambiyo senedi taahhütü altına girebilirler. Türk hukukunu bilerek ve düşünerek hareket eden bu kişilerinde de kuralın koruma kapsamı içerisine alınması ekonomik kamu düzeni açısından yerinde olacaktır.

Kanaatimizce, Türk vatandaşı olmayıp ülkemizde yaşayan, yerleşim yeri veya mutad meskeni Türkiye olan yabancılardan bu kapsama alınması gerekmektedir. Bu şekilde, kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyeti daha da artırılmış olacaktır. Çünkü Türk hukukunu bilerek kambiyo senedinin tarafı olan daha fazla kişi koruma altına alınmış olacak ve sonuç olarak ülkenin ekonomik kamu düzeninin sağlanmasında daha büyük bir katkı tesis edilmiş olunacaktır.

Cenevre Konvansiyonlarında ve Kara Avrupasında kambiyo senetlerinin LRA’ya göre geçersiz olduğu durumlarda getirilen tamamlayıcı kuralda vatandaşlığın ön plana çıkarılmasının nedeni, milli hukukun genellikle tercih edilen bağlama noktası olması olabilir. Zira vatandaşlık ilişkisi kolay tespit edilebilen, kolay değişmeyen ve bu doğrultuda güven ve süreklilik ifade eden bir bağlama noktasıdır⁸⁶. Ancak, Birleşik Krallık ve ABD gibi birden fazla hukuk sistemi olan⁸⁷ ve göç alan devletler için vatandaşlık ideal bir bağlama noktası olmayabilir. Çünkü bulunduğu ülkenin vatandaşlığına sahip olmadan uzun yıllardır bir ülkede yaşayan kişilerin olabileceği gibi⁸⁸, vatansızlara ve mültecilere uygulanacak milli bir hukukun olmaması da Birleşik Krallığın bağlama noktası olarak vatandaşlık yerine genel olarak yerleşim yerini (ikametgâhi) tercih etmesinin bir nedeni olabilir⁸⁹.

⁸² RG. 12.6.2009-27256.

⁸³ TVK m. 28’de “...bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Milli güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklıdır.” hükmü bulunur. Maddede sayılan istisnalar içerisinde TTK m. 767/3 ile ilgili bir ifade yoktur. Ancak, TTK m. 767/3 açıkça Türk dediği için, Türk olmayıp ayrıcalıklı yabancı olan mavi kartlıların koruma kapsamında olup olmadığı çok tartışmalıdır.

⁸⁴ 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin 18. Maddesinde “Taraf Devletler, ülkelerinde yasal olarak bulunan mültecilere, tarım, sanayi, küçük sanatlar ile ticaret sahalarında kendi işyerlerini açmak ve sanayi, ticari şirketler kurmak haklarıyla ilgili olarak, mümkün olduğu kadar müsait ve her halde genel olarak aynı şartlardaki yabancılara tanıdıklarından daha az müsait olmayan muameleyi uygulayacaklardır.” Bkz. ÇİÇEKLİ, B., Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, Ankara 2009, s. 184.

⁸⁵ Yabancı geniş anlamda kullanılmış olup içerisine yabancı bir ülkenin vatandaşı, vatansızlar ve mülteciler dahil edilmiştir.

⁸⁶ CLARKSON, C.M.V./HILL, J., Jaffey on the Conflict of Laws, Butterworths 2002, s.49; ÇELİKEL/ERDEM, s. 187.

⁸⁷ CLARKSON/HILL, s. 50.

⁸⁸ CLARKSON/HILL, s. 50.

⁸⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 187.

Vatandaşlık, yukarıda da ifade edildiği üzere kolay tespit edilebilen bir bağlama noktası olmakla birlikte, TTK m. 767/3'ün kapsamındaki tamamlayıcı kuralın amaçları doğrultusunda yeterince kapsayıcı değildir. İkametgâh diğer bir alternatif bağlama noktası olmakla beraber, yerleşim yerinin tespitinde zorluklar vardır⁹⁰. Zira yerleşim yerinde iki unsur vardır. Maddi unsur belirli bir süre bir yerde oturmayı gerektirir iken manevi unsur oturduğu yerde yerleşme niyetini beraberinde aramaktadır. Manevi unsurun tespitinde meydana gelebilecek zorluklar ve yerleşmek niyetiyle Türkiye'de bulunmayan kişileri kapsamı dışında bırakması nedeniyle, yerleşim yeri TTK m. 767/3 kapsamındaki tamamlayıcı kural açısından yeterince kapsayıcı değildir. Mutad mesken ise yerleşim yerine göre daha kapsayıcıdır. Zira kişi bir yerde yerleşmek niyetiyle orada oturmuyorsa bile hayatının etkili merkezi olan yaşamını idame ettirdiği yer⁹¹ onun mutad meskenidir. Denilebilir ki *"mutad mesken daha gerçekçidir, ... ikametgahın hemen tayini güçlükleri onda yoktur."* Bu nedenle, insanların istedikleri yerde yaşadıkları bir dünyada, mutad meskenin bağlama noktası olarak kullanılması yerinde olabilir.

Yukarıda açıklanan sebeple TTK m. 767/3'deki kural *"Türkiye'de mutad meskeni olan kişinin, yabancı ülkede poliçeyle borçlanması, Türk hukukunun gösterdiği şekle uygun bulunduğu takdirde, mutad meskeni Türkiye'de olan bir başka bir kişiye karşı geçerlidir"* hükmünün kabul edilmesi düşünülebilir. Ancak, bu hüküm de bazı açılardan yetersiz kalabilecektir. Zira sadece mutad meskeni Türkiye'de olan kişileri kapsama almak da hakkaniyete uygun olmayabilir. Çünkü, yurt dışında yaşayan ve hala yerleşim yeri Türkiye olup mutad meskeni yurt dışında olan sayıları milyonlarla ifade edilen Türk vatandaşlarının TTK m. 767/3'ün koruması dışına çıkarılması anlamına gelir. Çünkü, yurt dışında yaşayan ve mutad meskeni yaşadıkları yer olan bu kişilerin hala bir kısmı kendi aralarında yaptıkları işlemlerde Türk hukukuna göre hareket etmektedirler. Ayrıca, yurt dışında çalışan olarak yaşayan Türk vatandaşlarını kuralın koruma kapsamı dışında bırakmak Anayasa m. 62'de düzenlenen yabancı ülkede çalışan Türk vatandaşlarının "...anavatanla bağlarının korunması... için gerekli tedbirleri alır" hükmüne ters düşer.

Kanaatimizce, yapılması gereken Cenevre Konvansiyonu'nun özelliklerini taşıyan İsviçre Borçlar Kanunu m. 1087/3'deki düzenlemesinden farklı olarak, tamamlayıcı kuralda vatandaşlık unsuruna yer vermeyen bir düzenleme getirilebilir. Bu doğrultuda, Birleşik Krallığın tamamlayıcı kuralları incelenebilir.

Birleşik Krallık, kambiyo senetlerine ilişkin kanunlar ihtilafı problemlerini çözmek için kabul edilen Cenevre Konvansiyonlarını kabul etmemiştir. Birleşik Krallık Cenevre Konvansiyonu yerine kendi özel düzenlemesini muhafaza etmiştir⁹³. Birleşik

⁹⁰ DEVRES, s. 798.

⁹¹ ÖZKAN, I., Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003, s. 41. "Mutad mesken oturmanın süresinden çok oturmanın niteliği ile ilgilidir. Bu fonksiyonel bir bağlanma noktasıdır ve kişinin aktüel menfaatlerinin merkezi hukukunu tespit eder." Bkz., ÖZKAN, s. 33.

⁹² ÖZKAN, s. 32.

⁹³ Birleşik Krallığın bu yaklaşımını diğer İngilizce konuşan ülkeler de takip etmiştir. Bkz., Negotiable Instrument and Choice of Law; Principle of Private International Law with Reference to United Kingdom and Indian Laws, s. 5, <http://lawlib.wlu.edu/lexopus/works/864-1.pdf> (10 Mayıs 2012). Avustralya'da aynı Birleşik Krallık ile benzer bir düzenlemeyi Bills of Exchange Act 1909 (Kambiyo Senetleri Kanunu 1909) 'da Sect.77/a (ii) 'de yapmıştır. Bkz., http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/boea1909148/s77.html (10 Mayıs 2012) ; Hindistan'ın benzer düzenlemesi The Negotiable Instruments Act 1881'in 136. maddesinde

Krallık hukuk sisteminde de kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukukta temel sistem LRA'dır⁹⁴. Hukuki işlemin ayakta tutulması için *favor negotii* ilkesi kapsamında⁹⁵ Birleşik Krallık dışında düzenlenen ve düzenlendiği yer hukukuna göre geçerli olmayan bir kambiyo senedi şekil açısından Birleşik Krallık hukukuna uygun olduğu takdirde ödemenin gerçekleşmesini sağlayabilmek için tüm taraflar açısından Birleşik Krallık'ta geçerli kabul edilmektedir⁹⁶. 1882 yılında kabul edilen Polişe Kanunu (Bill of Exchange Act)⁹⁷ m. 72/1 (b) 'ye göre, Birleşik Krallık dışında düzenlenen ve düzenleme yeri hukukuna göre şeklen geçerli olmayan bir poliçe, şekil açısından Birleşik Krallık hukukuna uygun ise, bu poliçe de, ödemenin sağlanmasını gerçekleştirme için Birleşik Krallık'ta geçerli olarak kabul edilebilir⁹⁸. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, vatandaşlık unsurunun burada kullanılmadığıdır. Yani, LRA kuralına göre şeklen geçersiz olan poliçeyi ayakta tutmak için getirilen tamamlayıcı kural daha kapsayıcı olup vatandaşlık unsurundan bağımsız bir düzenlemedir.

Birleşik Krallığın bu düzenlemesi tamamlayıcı kural için vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken gibi herhangi bir bağlama noktası getirmemesi, kambiyo senetlerinin şeklen geçerliliğine esas olarak uygulanan LRA kuralına getirilen bir istisna olan tamamlayıcı kural vasfını kaybedip, LRA kuralına alternatif bir kural haline gelebileceği düşünülebilir. Kanaatimizce bu yönde bir endişe yersizdir. Çünkü LRA kuralına göre şeklen geçersiz olan bir poliçeye sahip olan bir hamil, elindeki poliçe Birleşik Krallığın şekil şartlarına uyuyor ve hamilin Birleşik Krallıkta lehtara veya cırantaya müracaat hakkı var ise⁹⁹ Birleşik Krallığa giderek ödeme için talepte bulunabilir¹⁰⁰. Bu durumda kambiyo senetlerinin şeklen geçerliliğine esas olarak uygulanan LRA kuralına getirilen bir istisna olan tamamlayıcı kural vasfını kaybedip, LRA kuralına alternatif bir kural haline gelmeyecektir. Ayrıca, kanun koyucunun amacı bir hukuku bilerek ve düşünerek o hukuka göre hareket eden kişileri korumak ve kambiyo senedinin tedavül kabiliyetini artırmak ise burada bir sınır getirip vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken gibi bir bağlama noktası koymak uygun düşmeyecektir. Vatandaşlık unsurundan bağımsız olarak yapılacak bir düzenleme ile tüzel kişi tacirlerin TTK m. 767/3'ün kapsamında olup olmadığı sorunu da ortadan kalkmış olacaktır.

yer almaktadır. Bkz., <http://chddistrictcourts.gov.in/THE%20NEGOTIABLE%20INSTRUMENTS%20ACT.pdf> (10 Mayıs 2012).

⁹⁴ Art. 72/1 of Bills of Exchange Act 1909, bkz., <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/45-46/61/section/72> (10 Mayıs 2012). Ayrıca bkz. RYDER/BUENO/HEDLEY/PHILLIPS, s. 353; Negotiable Instrument and Choice of Law; Principle of Private International Law with Reference to United Kingdom and Indian Laws, s. 3, <http://lawlib.wlu.edu/lexopus/works/864-1.pdf> (10 Mayıs 2012); DICEY, s. 503.

⁹⁵ AYGÜN, s. 79.

⁹⁶ *Lebal v. Tucker* [1867] LR 3 QB 77; *Re Marseilles Extension Railway and Land Co.* (1885) 30 Ch. D. 598.

⁹⁷ Birleşik Krallığın Polişe Kanunu hakkında bkz., <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/45-46/61/contents> (10 Mayıs 2012).

⁹⁸ Bkz., <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/45-46/61/section/72> (10 Mayıs 2012).

⁹⁹ *Wynne v. Jackson* (1826) 2 Russ. 351, Alman hukukuna göre geçersiz olan bir poliçe bir İngiliz firmasına ciro edilmiştir. Daha sonra İngiliz firma başka birine bu poliçeyi ciro ederse, sonraki ciro edilen bu kişi sadece İngiliz ciro edene karşı talepte bulunabilir fakat Alman keşideciye karşı talepte bulunamaz. Daha detaylı bilgi için bkz. RYDER/BUENO/HEDLEY/PHILLIPS, s. 354, dn. 4.

¹⁰⁰ RYDER/BUENO/HEDLEY/PHILLIPS, s. 354.

Sonuç

TTK m. 767/3'e göre, yabancı bir ülkede düzenlenmiş bir kambiyo taahhüdü şekil açısından LRA kuralına uygun olarak yapılmamış olsa dahi, eğer taahhüdün tarafları Türk vatandaşı ve Türk hukukunun aradığı şartları taşıyorsa Türkiye'de şeklen geçerli olarak hüküm ifade edecektir. Ancak, LRA kuralının çok sıkı bir şekilde uygulanmasının getireceği bir takım sakıncaları bertaraf etmek üzere konulmuş olan bu tamamlayıcı kuralın günümüz ihtiyaçlarını karşıladığını söyleyebilmek güçtür.

Cenevre Konvansiyonlarının 1930'larda getirdiği bu hükmün günümüz Türkiye'nin ihtiyaçlarını karşılayıp karşılamadığı; kuralda kullanılan Türk kavramı içerisinde Türk tabiiyetine tabi tüzel kişilerin dâhil olup olmadığı; hükmün konuluş amacı bakımından Türk vatandaşı olmayan Türk Vatandaşlık Kanununun m. 28'de belirtilen mavi kartlıların ve uzun yıllardır Türkiye'de yaşayan yabancıların bu hükmün koruması kapsamında alınmasının bir gereklilik olup olmadığı; yerleşim yeri Türkiye'de olmayan Türk vatandaşlarının bu hükmün korumasından istifade edip edemeyeceği gibi konuların kanun koyucu tarafından dikkate alınması ve mümkün olduğunca geniş kapsamlı bir tamamlayıcı kuralı düzenlemesi gerektiği kanaatini taşımaktayız.

Bu kapsamda TTK m. 767/3'de bir değişiklik yapılması, kanaatimizce, kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyetini daha da artıracaktır. Yapılacak değişiklik ile "Bir Türkün, yabancı ülkede poliçeyle borçlanması, Türk hukukunun gösterdiği şekle uygun bulunduğu takdirde, Türkiye'de başka bir Türke karşı geçerlidir" hükmü yerine, Birleşik Krallığın düzenlemesine paralel olarak vatandaşlık unsurundan bağımsız "Türkiye dışında düzenlenen ve düzenleme yeri hukukuna göre şeklen geçerli olmayan bir poliçe, şekil açısından Türk hukukuna uygun ise, bu poliçe, ödemenin sağlanmasını gerçekleştirme için Türkiye'de geçerli olarak kabul edilir" hükmü kambiyo senetlerinin tedavül güvenliği ihtiyacına binaen tercih edilebilir.

YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NDA EŞYA TAŞIMA HUKUKU ALANINDA GETİRİLEN YENİLİKLER

Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL*

ÖZET

Yeni Ticaret Kanunu (6102 sayılı), 6762 sayılı Ticaret Kanunundan farklı olarak Taşıma İşleri isimli yeni bir kitap meydana getirmiştir. Bu kitap m.850-930'u kapsamaktadır. Bu kitapta genel hükümler, eşya taşıma, taşınma eşyası taşınması, değişik tür araçlarla taşıma ve taşıma işleri komisyoncusu bölümleri yer almaktadır. Eşya taşıma bölümü en önemli bölümdür. Çünkü bu bölüm deniz taşıması hariç olmak üzere bütün taşıma yöntemleri ile eşya taşımalarını düzenlemektedir. Bu bölüm Alman Ticarete Kanunu ve CMR hükümlerini temel almıştır.

Temel olarak eşya taşıma bölümü taşıyıcının sorumluluğu ile ilgilidir. Fakat taşıyıcının sözleşmeden doğan hakları ve borçları, taşıma sözleşmesindeki ikinci derecedeki yükümlülükleri, taşıma senedinin hukuki niteliği, taşıyıcının sorumluluğundan doğan tazminat ve hesaplanması, tazminatın sınırları, sözleşme dışı sorumluluk ve tazminat sınırlamasının kalktığı haller de düzenlenmiştir.

Yeni Ticaret Kanunu bu konularda bir çok değişiklikler yapmıştır. Makalemiz bu değişiklikleri incelemektedir.

Anahtar Kelimeler: Taşıyıcının Sorumluluğu, sorumluluktan kurtulma, taşıyıcının yardımcılarından doğan sorumluluğu, fiili taşıyıcı, teslimde ödeme, taşıma sözleşmesinde tarafların borçları, taşıyıcının tazminat sorumluluğu.

ABSTRACT

The New Commercial Code (6102 numbered) is a new book which name "Carriage Affairs" as different from 6762 Numbered Commercial Code. This covers 850-930 articles. The Book has sections including general articles, good carriage, household goods carriage, multimodal carriage and freight forwarder. The good carriage section is the most important. Because this section covers all transport on merchandise except see carriage. This section is based on German Commercial Code forth book and CMR.

Basically, Carriage Goods Section deals with carrier liability. But It also regulates carrier subsidiary performances, carriage contractual rights and obligations, nature of transport bill, compensation and it's count of compensation, compensation limits, non contractual liability, statute of limitation .

The New Commercial Code has several changes in this subjects. My article involves this changing analyse.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Keywords: *Carrier Liability, Exclusion of responsibility, carrier responsibility from agent and servant, actual carrier, cash on delivery, obligations of parts on carriage contract, carrier's compensation liability.*

I. Giriş

13.01.2011 tarihinde kanunlaşan 6102 sayılı TTK'nın, 6762 sayılı TTK'da yer alamayan dördüncü kitabı "Taşıma İşleri"dir. Bu başlık altında altı kısma yer verilmiştir. Bu kısımlardan, "Eşya Taşıma" başlıklı ikinci kısım, 856 ile 893.maddeler arasında düzenlemiştir.

6102 sayılı TTK'nın eşya taşıma hükümleri, Alman Ticaret Kanunu'nun (HGB) yine dördüncü kitabının ilk kısmında § 407-450 arasında yer alan hükümleri esas almıştır.

HGB'nin, 25 Haziran 1998'de kanunlaşan, Alman Taşıma Hukuku Reform Kanunu (*Transportrechtreformgesetz*) ile yenilediği hükümleri, Karayoluyla Uluslararası Eşya Taşımaya İlişkin Konvansiyon (CMR) hükümlerini temel alarak yapılan bir düzenlemedir. Bu açıdan 6102 sayılı TTK'daki eşya taşıma hukuku hükümleri de CMR temellidir. Ancak HGB, CMR'nin ulusal hukukta uygulanmasında ortaya çıkan hususlara ilişkin doktrin ve yargı kararlarını da göz önüne alarak bir kanunlaştırmaya gitmiş, bu da CMR'den bazı açılardan farklı bir düzenlemenin oluşmasına yol açmıştır. Aynı zamanda, düzenlemenin iç hukuka yönelik olması CMR'nin kanunlar ihtilafı kaideleri çerçevesinde iç hukuka bıraktığı hususların, HGB tarafından ayrıca düzenlendiği de görülmektedir.

Ayrıca HGB, taşıma hukukuna ilişkin bazı konvansiyon hükümlerini de göz önüne alarak, CMR'den farklılaşmıştır.

6102 TTK'da taşıma hukukuna ilişkin hükümler de, HGB düzenlemesini mehz aldığı için, CMR'den HGB'in farklılaştığı yönler, 6102 sayılı TTK için de söz konusudur.

6102 sayılı TTK m.852'de, eşya taşıma hükümlerinin deniz, demir ve hava yoluyla taşıma ile posta idaresine ilişkin özel hükümler saklı olmak şartıyla uygulanacağı ortaya konulmuştur. Bu bakımdan eşya taşıma hükümlerinin özel kanun hükümleri olmadıkça bahsedilen taşıma şekillerindeki eşya taşımalarına uygulanacaktır.

Bu çerçevede 6102 sayılı TTK'da eşya taşıma hükümlerini, HGB ve CMR hükümleri ile birlikte değerlendirerek ele alınması gereklidir.

Eşya taşıma hükümlerinde temel konu taşıyıcının sorumluluğu olmakla birlikte, taşıyıcının yan edim yükümlülükleri, taşıma sözleşmesinden doğan karşılıklı haklar ve borçlar, taşıma senedinin hukuki niteliği, sorumluluktan doğan tazminat ve hesaplanması, sorumluluktaki sınırlamayı ortadan kaldıran haller, sözleşme dışı sorumluluk halleri ve zamanaşımı, bu sorumluluk konusuna bağlı olarak düzenlenen ana konular mahiyetindedir.

Bu konularda 6102 sayılı TTK, 6762 sayılı TTKya nazaran oldukça farklı hükümler ortaya koymuştur. Bununla birlikte eşya taşıma hükümlerinde bunların dışında da pek çok yenilik vardır. Ancak burada en temel hususlara değinmek zorunda kaldık.

II. Taşıyıcının Sorumluluğu

Biraz önce de değindiğimiz üzere eşya taşıma hükümlerinin esas noktası, taşıyıcının sorumluluğu bahsidir. 6102 sayılı TTK'nın 875.maddesinde, 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak taşıyıcının ziya ve hasar sorumluluğu ile gecikme sorumluluğunu aynı ilkelere bağlamış, sorumluluğun hukuki niteliğini, yumuşatılmış kusursuz

sorumluluğa dönüştürmüştür¹. Oysa 6762 sayılı TTK m.781'de zıya ve hasar sorumluluğu kusur sorumluluğu iken, 780.maddede düzenlenen gecikme sorumluluğu, kusursuz sorumluluktu².

Bu çerçevede taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasında genel sebepler ve özel sebepler ayrımı yapılmış, taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasında genel bir sebep olarak mücbir sebepten daha geniş nitelikte olan taşıyıcının kaçınamayacağı sonuçlarını önleyemeyeceği olay kavramına yer verilmiştir. Özel sebepler ise, taşıyıcının sadece zıya, hasar ve gecikmede ispatlayarak sorumluluktan kurtulmada ileri sürebileceği, aradaki illiyet bağıni ispatlamasına gerek olmayan durumlardır. Bu düzenlemelerin özelliği, hepsinin taşıma esasında, eşyanın zıya ve hasara uğramasına yol açabilecek kuvvetle muhtemel tehlike oluşturan veya taşıyıcı dışında kaynaklanan olaylar olması ve genel kuraldan farklı olarak zıya ve hasarın bu nedenlerden herhangi birinden doğduğunu kanıtlayan olayları ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmesidir. Bu sistem, deniz ticaret hukukunda da düzenlenmiş olan taşınan eşyanın zıya, hasar ve gecikmeye uğramasında taşıyanın, zararın 6102 sayılı TTK m. 1182'de belirtilen özel deniz tehlikelerinden doğduğunu ispatlaması hâlinde, bir karine oluşması ve bu karinenin ancak eşya ile ilgili şahsın çürütmesi hâlinde taşıyanın sorumlu sayılacağı ilkesine benzetilmektedir.

Oysa 6762 sayılı TTK m.781'de sorumluluk kusur sorumluluğu olduğu için, taşıyıcının kusursuzluğu ispatlaması sorumluluktan kurtulması için yeterli iken, gecikme sorumluluğunda taşıyıcı gecikmenin gönderen ve gönderilenin fiillerinden veya mücbir sebepten doğduğunu ispat edemediği takdirde sorumluluktan kurtulmaktaydı.

Bunun yanında 6102 sayılı TTK m.874 eşyanın zamanında teslim edilmemesine bağlı bir zıya karinesi ve bununla ilişkili olmak üzere tazminat talep hakkına sahip olacak kişinin zıya karinesine bağlı haklarını da düzenlemiştir. Hükme göre, "Eşya, taşıma süresini izleyen yirmi gün içinde teslim edilmezse, hak sahibi ona zayı olmuş gözıyla bakabilir. Sınır ötesi taşımalarda bu süre otuz gündür." Hak sahibi, eşyanın zıyaı dolayısıyla tazminat talep eder ve bunu alırsa, bunun ödenmesi sırasında, eşyanın daha sonra bulunması hâlinde, derhâl kendisine haber verilmesini isteyebilir. Böyle bir durumda eşyanın bulunduğu haberini aldıktan itibaren otuz gün içinde, gerektiğinde giderler indirilmek suretiyle, tazminatı geri ödeyerek eşyanın kendisine teslimini isteyebilir. Taşıma ücretini ödeme yükümlülüğü ile tazminat hakkı saklıdır.

¹ Doktrinde CMR m.17 ve HGB § 425'de yer alan sorumluluğa ilişkin düzenlemenin, hukuki niteliğinde tartışma vardır. Bazı yazarlar bu yumuşatılmış kusursuz sorumluluk görüşünü savunmaktadırlar. Bu yönde, Arkan Sabih; Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1982, s.44, Clarke Malcolm; International Carriage of Goods by Road: CMR, Fifth Edition, London 2009, s.185, Glöckner Herbert; Leitfaden zur CMR, 8.Auflage, Berlin 2005, s.143-144, Hill, D.J./Messent, A.D.; CMR: Contracts For The Carriage of Goods by Road, London 1995, s.69, Kaya Aslan; Karayolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Uygulanma Şartları ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları, Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998 s.325, Koller Ingo; Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschäft, 6. Auflage, München 2007, s.1274. Diğer görüşte olanlar ise özen borcu ağırlaştırılmış, ispat külfeti tersine çevrilmiş kusur sorumluluğu olduğunu ileri sürmektedirler. Bu yönde; Akıncı Ziya; Karayolu İle Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Ankara, 1999. s.87, Aydın Alihan; CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar Ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, İstanbul 2002, s.35, Heuer Klaus; Die Haftung des Franchtführers nach dem Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr, Hamburg 1975, s.58.

² Arkan; Sorumluluk, s.94.

Eşyanın, tazminatın ödenmesinden sonra bulunması halinde, hak sahibi bundan haberdar edilmesini istemediği veya bulunma haberinden sonra eşyanın teslimine ilişkin istem hakkını ileri sürmediği durumlarda, taşıyıcı, eşya üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilme hakkı kazanmaktadır.

1. Sorumluluktan Kurtulmada Genel Sebepler

A. Taşıyıcının Kaçınamayacağı Sonuçlarını Önleyemeyeceği Sebepler

Taşıyıcının sorumluluğuna dair 6102 sayılı TTK m.875, taşıyıcının eşyada meydana gelen ziya, hasar ve gecikmede taşıma konusu eşyayı gönderenden teslim alınmadan, gönderilen veya hak sahibi kişiye teslim etmesine kadar geçen süre zarfında sorumlu olduğunu belirttikten sonra, 876.maddede sorumluluktan kurtulma üst başlığı altında taşıyıcının özeni başlığı ile bir hükme yer vermiştir.

6102 sayılı TTK m.876'daki kural uyarınca, taşıyıcının ziya ve hasardan doğan sorumluluktan kurtulması için, ortaya çıkan bu ziya ve hasarın göstermesi gereken en yüksek özeni göstermesine rağmen kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği sebeplerden ileri geldiğini ispatlaması gereklidir. Bunun yanında, taşıyıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için taşıma süresi dâhilinde eşyayı korunması yolunda bütün özenin gösterildiğinin ispatlanması dışında, bundan önce ve beraber olarak ziya ve hasara yol açan bu kaçınmadığı ve sonuçlarını önleyemediği somut olayı da ispat etmesi gerekmektedir.

Aynı kavram CMR m.17/2'de ve HGB § 426'da yer almaktadır. Daha önce de değindiğimiz üzere, 6102 sayılı TTK'da eşya taşıma hükümleri 1998 tarihli Alman Taşıma Hukuku Reform Kanunu (TRG) ile değişen HGB hükümleri ve dolayısıyla da CMR hükümleri esas alınarak düzenlenmiştir.

Taşıyıcıdan beklenecek en yüksek özen, ideal bir taşıyıcının standartlarında, taşıyıcıda aranan tecrübe çerçevesinde ortalama bir dikkat, beceri ve basiret, gün içinde mümkün olacak uygun hareket ve çevikliğe göre davranmasıdır.³ Buna göre taşıyıcı gerektiğinde ikinci taşıma güzergâhının belirlenmesi veya taşıma organizasyonuna ait gerekli güvenlik önlemlerini almak yükümlülüğündedir.⁴ İdeal bir taşıyıcıdan kasıt ise, taşıma açısından uygun genel bir tecrübeye sahip, mümkün olan tehlikeli durumları ortadan kaldıran bir taşıyıcı olmasıdır.⁵

Taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasında, 6102 sayılı TTK m.876'da yer verilmiş kavram olan taşıyıcının kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği durumlar, mutlak anlamda anlaşılması gereken olaylar değildir. Geniş bir yorumla mümkün olan, beklenebilir bütün özenin gösterilmesine karşın zararın önüne geçilemediği her hâlin önlemezlilik ve kaçınılmazlık içine girdiği kabul edilmektedir.⁶ Çünkü bazen taşıyıcının yolculuk sırasında farklı davranışlarda bulunması ve tedbirler alması bu tip durumların ortaya çıkmasının önlenmesinde etkili olabilir. Ancak, taşıyıcının bu eşyaya zarar verici durumu öngörebilmesi normalde beklenmez.⁷ Taşıyıcının, 6102 sayılı TTK m.876'da öngörülmesi kaçınılmaz ve sonuçları önlenemez sebeplere dayanmasında, bu durumları ispatlamak külfeti vardır ve bunda da, belirli bir durumun olduğunu ya da belirli bir şeyin eşyaya zarar verdiğini ispatlamak zorundadır. Taşıyıcının uygun bir ispat ortaya koyamaması, sorumlu olmaya devam etmesine neden olur.

³ Koller, s.389. Bu konuda dört etken üzerinden yapılan değerlendirme için bkz. Clarke, s.234 vd.

⁴ BGH 01.12.2005 tarih I ZR 108/04 sayılı kararı, www.bundesgerichtshof.de [21.03.2012]

⁵ BGH 17.03.1992 tarih I ZR 62/91 sayılı kararı, VersR 1992, s. 714.

⁶ Kaya; II, s. 254.

⁷ Akinci, s. 102.

Söz konusu kavram mücbir sebepten ayrı ve daha geniş bir kavram olarak anlaşılması gerekir. Özellikle de mücbir sebepte esas olan dıştan gelme özelliğinin burada olmadığı söylenmelidir. Taşıyıcının kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği olaylarda gösterilen özen, en üst düzeyde dikkati içermeli buna rağmen sonuç önlenememiş değildir. Taşıyıcının basiretli bir taşıyıcının göstermiş olduğu özeni göstermesi, sorumluluktan kurtulmasına yetmez.⁸

Her ne kadar hükmün gerekçesinde, HGB § 426'da yer alan büyük bir özen gösterilmesi ifadesinin hukukumuzda kullanılmayan, bilinmeyen bir ölçü olduğu, bu sebeple anılan ölçünün kanuna yansıtılmadığı belirtilmekle birlikte, maddede kullanılan kavramın taşıyıcının en yüksek özeni denilerek aslında hukukumuz açısından tedbirli bir taşıyıcı kavramından farklı bir kavramın ortaya konulduğu bellidir. Gerekçede yargıcın "tedbirli" kavramını titiz bir anlayışla yorumlaması hükmün amacına uygun düşer şeklindeki ifade de kanımızca madde hükmü ile bağdaşmamaktadır.

B. Diğer Genel Sebepler

6102 sayılı TTK m.875/2'ye göre taşıyıcı, eşya ilgili kişiler olan gönderen ve gönderilenin bir davranışı veya eşyaya özgü ayıplardan zarar kaynaklandığı takdirde, sorumluluktan kurtulabilecek ya da bunların zararın doğmasında hangi ölçüde etkili olduklarına göre tazminat borcu açısından yapılan hesaplama da bir indirimde gidilebilecektir. Hâlbuki 6762 sayılı TTK'da sadece ziya ve hasar sorumluluğuna ilişkin 781.maddenin ikinci fıkrasının 2.ve 3.bentlerinde eşyada zaten mevcut noksan ve ayıplardan yahut eşyanın mahiyetinden veya ambalajın fena yapılması ile gönderen ve gönderilenin fiillerinden yahut verdikleri emir ve talimatın tatbikinden meydana geldiği ispat edildiği takdirde sorumluluktan kurtulacağından bahsedilmiştir⁹. Gecikme sorumluluğu ise biraz öncede değindiğimiz üzere kusursuz sorumluluk nedeniyle, sorumluluktan kurtulmak ancak gönderen veya gönderilenin fiillerinden ya da mücbir sebepten doğduğunu ispatlandığını takdirde mümkündür.

Bu anlamda taşıyıcının, ziya ve hasar açısından tam veya kısmi olarak bu sebeplere dayandığı ispatlaması, tam veya kısmi şekilde sorumluluktan kurtulmasını sağlar.¹⁰ Bu husus m.875/2'de açıkça "tazminat borcunun doğmasında ve kapsamının belirlenmesinde, bu olguların ne ölçüde etkili olduğu dikkate alınır" şeklinde belirtilmiştir. Oysa 6762 sayılı TTK açısından böyle bir hüküm yoktu ve sorumluluktan kurtulma hâllerinin etkisi, BK m.44 hükmü uygulanarak tazminatta indirim ile şeklinde ortaya çıkıyordu.

Taşınan her eşya, kendine özgü nitelikleri veya taşınmak üzere tesliminden önce var olan kendine has ayıptan dolayı, taşıma sırasında ziya ve hasara uğramış olabilir.

6102 sayılı TTK m.875/2 uyarınca eşyadaki özel ayıp¹¹ taşıyıcının sorumluluğu nedeniyle taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasına neden olabilmektedir. Eşyadaki özel

⁸ Arkan; Sorumluluk, s.44, Aydın, s.70, Heuer, s.52, Clarke, s.233. Kavramın tedbirli bir taşıyıcıdan beklenecek özen ölçüsü olması gerektiği yönünde, Karan Hakan, CMR Şerhi, Ankara 2011, s.320-321.Yargıtay'da CMR'ye yönelik kararlarında basiretli bir taşıyıcının göstermesi gereken özen mefhumuna göre değerlendirme yapmaktadır. Bu yönde, Y.11.HD. 20.04.2000 tarih 2000/2114 E. 2000/3241 K. ve 19.02.2008 tarih 2007/201 E. 2008/1874 K. sayılı ilamları.www.kazanci.com [10.02.2012].

⁹ Doktrinde sorumluluğun kusur sorumluluğu olduğu için, bu hususların maddede yer almasının bir anlam taşımadığı da ifade edilmekteydi, Arkan; Sorumluluk, s.112.

¹⁰ Akıncı, s.96, Glöckner, s. 144.

¹¹ 6102 sayılı TTK m.875/2, ATK § 425/2'deki gibi eşyanın özel bir ayıbı (*ein besonderer Mangel*) kavramını kullanırken, CMR m.17/2 eşyanın kendisindeki kötüleşme (*inherent vice*) tabiri kullanılmaktadır. Ayıp kavramı, kusura nazaran daha geniş nitelik arz ettiğinden ve mad-

ayıp doktrinde, eşyaların kendisindeki bazı kusurlar veya uygunsuzluklar yüzünden taşınırken ortaya çıkan hasar ve ziya veya normal taşıma olayının içinde eşyaların doğasındaki uygunsuzluğu sonucu ortaya çıkan kötülükler olarak tanımlanmaktadır¹².

Eşyaya hasa kusur dışında gönderen ve gönderilenin bir davranışının ziya ve hasar ya da gecikmeye yol açması da taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasına veya sorumluluk nedeniyle hesaplanacak tazminatın indirilmesine yol açmaktadır. Gönderen ve gönderilenin davranışı kavramı için, onların meydana getirdiği bir fiil ya da verdikleri talimatlar girer. Gönderen ve gönderilenin fiilleri ise, eşyanın ambalajının yetersiz olması, yükleme ve boşaltmanın gereken biçimde yapılmaması veya eşyaya ilişkin yeterli bilgi verilmemesi şeklinde ortaya çıkabilir.

2. Sorumluluktan Kurtulmada Özel Sebepler

6102 sayılı TTK m.878'de düzenlenen hâllerden birinden ziya ve hasar ve gecikmenin doğması durumunda, taşıyıcı sorumluluktan kurtulur. Burada, taşıyıcının 6102 sayılı TTK m.875/2'den farklı olarak, mevcut durumun varlığı ve zararlar durum arasındaki uygun illiyet bağımlı değil, sadece zararın sayılan hâllerden birinin varlığından doğduğunu ispatlaması yeterlidir. Zira bunun ispatlanması bir karine meydana getirmekte ve zararın bu hâllerden birinden meydana gelmediğini ispatlamak eşya üzerinde tasarruf hakkı sahibine düşmektedir. Bu özel risklere bağlı sorumluluktan kurtuluş CMR m.17/4'den alınmışsa da, CMR'de sadece ziya ve hasar sorumluluğu için öngörülmüş bu haller HGB § 427'deki gibi, TTK m.878'de de gecikme sorumluluğu için de öngörülmüştür. Bunun yanında CMR'de altı bent halinde sayılmış bu hâllere, TTK m.878'de bent (g) olarak "27/10/1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu ile diğer kanun ve düzenlemelerde yer alan hükümlerin taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasını haklı gösterdiği hâller" de eklenmiştir. 6762 sayılı TTK'da ise böyle bir özel haller kavramı bulunmamaktaydı.

CMR m.17/4'de ve HGB § 427'de altı bent olarak sayılan ve 6102 sayılı TTK 878.maddede de bulunan haller ise;

a) Sözleşme veya teamüle uygun olarak üstü açık bir aracın kullanılmış olması yahut güverteye yükleme yapılması, b) Gönderen tarafından yapılan yetersiz ambalajlama, c) Eşyanın gönderen veya gönderilen tarafından işleme tabi tutulması, yüklenmesi veya boşaltılması, d) Eşyanın; özellikle kırılma, paslanma, bozulma, kuruma, sızma, olağan fire yoluyla kolayca zarar görmesine yol açan doğal niteliği, e) Taşınacak paketlerin gönderen tarafından yetersiz etiketlenmesi, f) Canlı hayvan taşınmasıdır.

6012 sayılı TTK 878.maddenin birinci fıkrasında yer alan yedi bentte ilişkin olarak, bazı bentlerde yer alan özel sorumluluktan kurtulma hallerinin, CMR m.18'de yer alan bu sorumluluktan kurtulma durumlarının uygulanma şartlarını ile birlikte ortaya koymuştur. Taşıyıcı bu sayılan nedenler vaki olduğunda sorumluluktan kurtulmak için bu özel durumları ileri süremez hâle gelmektedir. Bu hususlar her bir özel sebebe ilişkin olmak üzere, maddenin iki ile beşinci fıkraları arasında yer almıştır. Burada özel durumlardan maddenin (a), (d) ve (f) bentlerine ilişkin hususlar yer almaktadır.

denin de amacı bunu gerektirdiğinden, eşyanın özel ayıbb kavramının doğru olduğunu düşünüyoruz.

¹² Hill/Messent, s.74-75, Kaya, Arslan;Taşıyıcının Karayolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Sözleşmede (CMR) Öngörülen Sorumluluğunun Esasları (II), İÜHFM, Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'na Armağan Sayısı, C. LVI, S. 1-4, İstanbul 1998, s.253-254, Koller, s.382-383. Kavramın bir eşyanın bulunduğu türün ortak özelliklerinden farklı özellikler taşıması, aynı nitelikteki diğer eşyalarla kıyaslandığında bir noksanlık veya bir kusur olduğu yönünde, Aydın, s.65.

Üstü açık araç kullanılması açısından, m. 878/2'ye göre, "Herhangi bir zararın hâl ve şartlara göre birinci fıkrada öngörülen bir sebebe bağlanmasının muhtemel bulunduğu durumlarda, o zararın bu sebepten ileri geldiği varsayılır. Birinci fıkranın (a) bendinde öngörülen olağanüstü zıya veya hasar hâlinde bu karine geçerli olmaz."

878.maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, "Zıya, hasar veya gecikme, gönderenin eşyanın taşınmasına ilişkin özel talimatlarına taşıyıcının uymamasından ileri gelmişse, taşıyıcı birinci fıkranın (a) bendine dayanarak sorumluluktan kurtulamaz."

6102 sayılı TTK m.878/4'e göre ise, "Taşıyıcı, sözleşme uyarınca eşyayı sıcağa, soğuğa, ısı değişikliklerine, neme, sarsıntılara ya da benzer etkilere karşı özel olarak koruma yükümlülüğü altında ise, birinci fıkranın (d) bendine ancak, hâl ve şartlara göre, özellikle de gerekli donanımın seçimi, bakımı ve kullanımına ilişkin kendisine düşen tüm önlemleri almış ve özel talimatlara uygun davranmış bulunması hâlinde dayanabilir."

Hükmün son fıkrasında da canlı hayvan taşınmasına ilişkin olarak, taşıyıcının bu özel sorumluluktan kurtulma haline, ancak hâl ve şartlara göre kendisine düşen tüm önlemleri almış ve özel talimatlara uygun davranmış bulunması hâlinde dayanabileceği ortaya konulmuştur.

3. Yardımcılardan Doğan Sorumluluk

6102 sayılı TTK m.879 hükmü, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere CMR m.3 hükmünün paralelinde bir düzenlemedir. Aynı zamanda hükmeye tekabül eden düzenleme, HGB § 428'dir. 6102 sayılı TTK m.879, "Yardımcıların kusuru" başlığı altında iki adet yardımcı kavramına yer vermiştir. Bunlardan biri kendi adamları, diğeri ise taşımının yerine getirilmesi için yararlandığı kişilerdir.

6102 sayılı TTK bakımından taşıyıcının, kendi adamlarının ve taşımının yerine getirilmesi için yararlandığı kişilerin fiil ve ihmallerinden kendi fiil ve ihmali gibi sorumlu olduğu, 879.maddede ortaya konulmuştur. 6102 sayılı TTK m.879'un ifadesiyle, taşıyıcının yardımcıların fiil ve ihmalleri kendi fiil ve ihmali hükmündedir. Bu açıdan, 879.madde gereğince taşıyıcının sorumlu tutulabilmesi için, yardımcıların kusurunun olması aranmaz. Yani taşıyıcının yardımcıların meydana getirdikleri bir davranış kusurlu bir davranış olmasa bile, taşınan eşyada zıya ve hasar oluşturuyorsa taşıyıcı sorumlu olacaktır.

Oysaki 6762 sayılı TTK m.782'de taşıyıcının kullandığı kimselerin veya mahiyetinde çalışanların kusurları kendi kusuru hükmündedir demiş, bu kişilerin ancak kusurlu olmaları halinde sorumluluğun doğabileceğini kabul etmiştir. Aynı zamanda, hükümdeki yardımcıları kavramı terminolojik olarak aynı olsa bile, içerik olarak farklıdır. Taşıma sözleşmesinin ifasını üstlenen işletmede görev yapan bütün kişiler, bu anlamda taşımının gerçekleştirilmesine doğrudan doğruya katılan araç şoförü veya istifleme ve boşaltma yapanlar olarak sayılabilir. İşletmede görev alan ambar memurları, bekçiler de taşımaya görev icabı katılıyorsa taşıyıcının kendi adamlarıdır. Buna karşılık 6762 sayılı TTK m.782'den farklı olarak sözleşmenin ifasıyla ilgisi bulunmayan taşıyanın büro personeli veya idari görevle görevlendirilmiş muhasebeci veyahut temizlikçiler 6102 sayılı TTK m.879 b. (a) 'ya göre taşıyıcının kendi adamları sayılmazlar¹³.

¹³ 6762 sayılı TTK m.782 açısından aksi yönde, bkz. Arkan; Sorumluluk, s.97. Yargıtay'a göre taşıyıcının aracının şoförünün taşıma akdini yapması hâlinde dahi, bu akit araç sahibini bağlayacağından, husule gelen zararlardan TTK m.782'ye göre sorumlulukları icap etmekteydi. TD. 19.11.1971 tarih E. 1970/2626 K. 1971/253 sayılı kararı, Doğanay İsmail; TTK Şerhi, C.2, Ankara 2004, s. 1785 dn.754.

Taşıma işinin icrasının tevdi edildiği akdi müessil de (TBK m.40), bu anlamda, taşıyıcının kendi adamı kabul edilecektir. Buna karşın, doktrinde çoğunlukla kabul edildiği üzere, kanuni müessilin, yani, taşıyıcının kanuni temsilcisinin, taşıyıcının mahiyetinde çalışan kimse sayılmasına olanak yoktur. Bunlar hakkında, 6098 sayılı TBK. 116 uygulama alanı bulacaktır¹⁴.

6102 sayılı TTK m.879'un gerekçesinde hükmün kaynaklarının CMR m.3 ve ATK § 428 olduğunu söylediğini belirtmiştik. Bununla beraber hükmün içeriği ile CMR ve ATK düzenlemeleri ele alındığında, ihmal kavramının madde de yer alması kanımızca doğru gözükmemektedir. Zira her iki düzenlemede de ihmal kavramına yer verilmemektedir. CMR m. 17/2-3'de ihmal karşılığı olarak kullanılan *neglect'e* karşılık 3.maddede *omissions* terimi kullanılmıştır. *Omissions* terimi ihmal karşılığı olarak düşünülebilse de, burada olumsuz bir davranışta bulunmayı, maddede geçen *acts* terimi ise yardımcının aktif bir davranışı ifade eder mahiyettedir. HGB § 428'de ise, 6102 sayılı TTK m.879'a ihmal olarak çevrilen kavram *Unterlassung* ibaresidir. Bu kavram ihmal anlamına geldiği gibi, yapmama, kaçınma ve sarfınazar etme manalarına da gelmektedir. Yani bu anlamda eylemsizlik söz konusudur. Doktrine baktığımızda ise, söz konusu kavramın HGB § 428'de de olumsuz bir davranışta bulunma olarak temel alındığı anlaşılmaktadır¹⁵. Bu yönden TTK m.879'daki ihmal teriminin yanlış olduğunu ve metinde yer almaması gerektiği, kanaatindeyiz¹⁶.

Yine 6102 TTK m.879'daki başka bir ibare yanlış, yardımcılardan görevlerini yerine getirme sırasındaki fiillerinden taşıyıcının sorumlu olduğudur. Oysa gerek CMR, gerekse HGB § 428'deki ibare görevlerinin alanı içindeki fiilleri nedeniyle taşıyıcının sorumluluğudur ki, yardımcı şahsa verilen görev ile zarar arasında yapılmakla yükümlü olunan görev dâhilinde ve görev ister doğrudan ister dolaylı olarak verilsin sorumluluğu doğacaktır¹⁷.

Yardımcılar, 6102 sayılı TTK 879.maddeye göre sanki kendileri taşıyıcıymış gibi davranmalı ve eşyaya özen göstermelidirler. Bu bakımdan zararı engellemek ve kaçınmak noktasında taşıyıcının göstermek zorunda olduğu dikkat ve özeni gösterme mükellefiyetinde olduklarından, bu dikkat ve özeni göstermemeleri sonucu ortaya çıkan zıya ve hasar taşıyıcının sorumluluğunu doğuracaktır¹⁸.

4. Fiilî Taşıyıcının Sorumluluğu

Fiilî taşıyıcı, gönderenle taşıma sözleşmesini akdeden taşıyıcının, taşımanın bir kısmı ya da tamamı için taşıma işini devrettiği, taşıma sözleşmesine yabancı üçüncü kişi niteliğindeki taşıyıcı olarak tarif edilebilir.¹⁹ Fiilî taşıyıcıyı, eşyanın taşınması tamamen kendisine bırakılan alt taşıyıcılar ya da müteakip taşıyıcı olarak ayırabiliriz. TTK m.888, taşıma hukukuna ilişkin uluslararası konvansiyonlarda²⁰ ve bu konvansi-

¹⁴ Arkan; Sorumluluk, s.97, Tandoğan Haluk; Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s.439.

¹⁵ Koller, s.447-448,

¹⁶ Benzer yönde; Yeşilova Ecehan; Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının Ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu (CMR madde 3, 34), Ankara 2004 s.76.

¹⁷ Hill/Messent, s.29, Yeşilova; Yardımcılar, s.83.

¹⁸ BGH 04.03.2004 tarih I ZR 200/01 sayılı kararı, TranspR 2004, s.460-462.

¹⁹ Knorre, Jürgen/Demuth, Klaus/Reinhard, Th. Schmid: Handbuch Des Transportrechts, München 2008, s.17, Koller, s.527.

²⁰ Hamburg Kuralları m.10, Varşova Konvansiyonu m.30.

yon hükümlerinin iç hukuka alınması sonucu ortaya çıkan düzenlemelerde²¹ var olan modern bir sorumluluk düzenlemesini Türk hukukuna getirmektedir.

6102 sayılı TTK m.888 anlamında, birden fazla hukuki niteliği olan sorumluluk doğabilir. Eşyalar fiilî taşıyıcı tarafından taşınırken, fiilî taşıyıcının sorumluluğu asıl taşıma sözleşmesine dayalı bir sorumluluk iken, asıl taşıyıcının sorumluluğu eşyayı koruma borcuna (6102 sayılı TTK m.875/1) dayalı bir sorumluluk olduğu gibi, eşyaları devralan fiilî taşıyıcının sorumluluğu sözleşme dışı bir davranış olarak da ortaya çıkabilir. Fiilî taşıyıcının sorumluluğu, sözleşme benzeri (*quasi-contractual*) ve sui generis bir niteliktedir²². Ayrıca 6102 sayılı TTK m.888, eşyanın fiilî taşıyıcılar tarafından taşınırken zarar görmüş olmasını yeterli saymış, taşıma sözleşmesinin tarafı tarafından taşıma yaparken zararın meydana gelmiş olmasını aramamıştır²³.

5. Ödemeli Teslim Halinde Sorumluluk

6102 sayılı TTK m.872 ile CMR 21. maddede yer alan teslimde ödeme şartlı taşıma ve buna bağlı taşıyıcının sorumluluğu uluslararası olmayan taşımalarda da uygulanabilir hale gelmiş olmaktadır. 872.maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi, CMR m.21 hükmünün mevzuatımızda düzenleniş hali olup, esasen mehazı HGB § 422'dir.

872/1'e göre, "Eşyanın gönderilene teslimi, kararlaştırılan bedelin ödenmesi şartına bağlanabilir. Bu hâlde, ödeme nakden veya nakde eş değer bir ödeme aracı ile yapılmalıdır."

Burada taşıma sözleşmesinin tarafları olan taşıyıcı ve gönderen arasında ödemeli teslimin kararlaştırılabileceğini hükme bağlamıştır. Bu kararlaştırma taşıma sözleşmesinde olabileceği gibi, taşıma sözleşmesi yapıldıktan sonra da olabilir. Bu anlaşma ile ödeme karşılığında teslim, taşıyıcının taşıma sözleşmesinden doğan borçları dışında, taşıma sözleşmesine bağlı yan edim yükümlülüğü haline gelir²⁴.

Taşıyıcının ödemeyi tahsil etme yükümlülüğü, taşıma sözleşmesinin akdedilmesi esnasında kararlaştırılabileceği gibi daha sonra gönderenin bir talimatı sonucunda da ortaya çıkabilir. Eşyanın ödeme karşılığında teslim edileceği sözlü veya yazılı olarak kararlaştırılabilir²⁵.

TTK m.872/1 c.2'de ise "nakit ya da ona eşdeğer nitelikte" bir ödeme aracından bahsedilmiştir. Burada nakit ödeme yapıldığı durumlarda bir sorun olmayacağı açıktır. Ancak, bono, çek gibi bir kambiyo senedi açısından durumun ne olacağı belirli değildir. Doktrindeki görüşe göre burada hangisinin ödeme yerine geçeceği hususunu yerel mahkeme ortaya koymalıdır²⁶.

Konumuz açısından eşdeğer nitelik kavramının karşılıksız kalmayacağını taahhüt edilmiş olması ile tahsilâtın tehlikeye düşmemiş olduğudur. Bu nedenle, söz konusu şekilde teyit edilmiş çekler için "nakde eşdeğer" olduğu kabul edilmelidir.

TTK 872/2 bakıldığında taşıyıcının alacaklıları ile ilgili de bir düzenleme bulunmaktadır. Her ne kadar yapılan tahsilât aktarılan kadar taşıyıcıda bulunsa da, taşıyıcının alacaklıları alacaklarını bu meblağdan karşılayamayacaktır. Madde metninde

²¹ LuftVG § 49a, HGB § 664.

²² Kehl F. Michael; Die Haftung des Unterfrachtführers im Straßengüterverkehr, Münster 2004, s.52.

²³ Kehl, s.52, Koller, s.535.

²⁴Seven Vural; Karayoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Ödeme Karşılığı'nda Teslim Şartı'ndan Doğan sorumluluğu, Legal Hukuk Dergisi, S.46, 2006, s.3336.

²⁵ Seven, 3368, Yeşilova Aras Ecehan; Uluslararası Karayolu İle Yük Taşımacılığında Teslim Süresinin Aşılması Ve Teslimde Ödeme, Ankara 2010, s.75.

²⁶ Yeşilova; Teslimde Ödeme, s.70.

açıkça “ taşıyıcının alacaklıları bakımından gönderene geçmiş sayılarak” denmekte ve düzenleme altına alınmaktadır.

872/3 ise, “Eşya, bedeli tahsil edilmeden gönderilene teslim edilirse, taşıyıcı, bundan doğan zarardan, gönderene karşı kusuru bulunmasa bile, eşyanın tesliminde ödenmesi gereken tutarla sınırlı olarak sorumludur” şeklindedir. Sorumluluk için, taşıyıcının kendine verilen talimatı gereği gibi yerine getirmemiş olması gerekmektedir. Her ne kadar söz konusu ifade CMR metninde yer almamakta ise de, ATK § 422’de “..auch wenn ihn kein Verschulden” şeklinde aynen düzenlenmektedir.

Burada kusursuz sorumluluk söz konusu olması nedeni ile taşıyıcı teslimde ödeme ile taşıma sözleşmesine ek bir yükümlülük üstlenmişse, bunun yerine gelmesi halinde kusuru olmadığını ispat etse dahi sorumluluktan kurtulamayacaktır. Burada, kusursuz sorumluluğun tercih edilme nedeni gönderenin güvenlik menfaati olarak belirtilmektedir²⁷.

III. Gönderenin ve Taşıyıcının Sözleşmeden Doğan Hak ve Yükümlülükleri

6102 sayılı TTK Eşya taşıma hükümlerinde taşıma sözleşmesinin tarafları olan taşıyıcı ve gönderenin sözleşmeden doğan temel edimler dışındaki hak ve yükümlülüklerinde kapsamlı değişiklikler yapmış, 6762 sayılı TTK’da da yer alan bazı hak ve yükümlülüklerde ise, içeriği açıklayıcı ve genişletici düzenlemeler meydana getirmiştir.

1. Gönderenin Hak ve Yükümlülükleri

Taşıyıcı ve gönderenin taşıma sözleşmesindeki ana edim yükümlülükleri dışında, tali edim yükümlülükleri de ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve 6762 sayılı TTK’da yer almayan bazı tali edim yükümlülükleri getirilmiştir. Taşıma sözleşmesindeki menfaatlerin dengelenmesi ilkesi üzerinden ortaya konulan bu tali edim yükümlülükleri karşılıklı olarak taraf menfaatlerini karşılar niteliktedir.

A.Gönderenin Hakları

a) Gönderenin Taşıma Sözleşmesini Fesih Hakkı

TTK m.865 uyarınca, gönderen taşıma sözleşmesini her zaman feshedebilir. Bunun taşıyıcının riziko alanına giren bir sebepten kaynaklanması mümkün olabildiği gibi, şart da değildir, Hatta taşınacak eşyaların yüklenmesinden sonra dahi fesih mümkündür. Ancak buna karşı taşıyıcının da bazı hakları söz konusudur. 6102 sayılı TTK’da taşıma sözleşmesinin gönderen tarafından feshi özel olarak düzenlenmiştir. Taşıma sözleşmesi ani edimli sözleşme olduğu için buradaki ibare, teknik anlamda feshi değil; sözleşmeden dönme anlamına gelmektedir. Gönderen taşıma sözleşmesini tamamen (TTK m. 865) veya kısmen (TTK m. 866) feshedebilir. Eşyanın bir kısmının taşınmasını talep edilmesi halinde taşıma sözleşmesi kısmen feshedilmiş olmaktadır. Gönderen taşıma sözleşmesini taşıyıcının riziko alanında yer alan sebeplerden ötürü haklı sebebe dayanarak feshedebilir. Aynı zamanda gönderen haklı bir sebebe dayanmadan taşıma sözleşmesini her zaman feshedebilir (TTK m. 865/1).

b) Kısmi Taşımayı İstem Hakkı

6102 sayılı TTK m.866, taşıyıcının, taşınması kararlaştırılan eşyanın tamamı yüklenmiş olmasa bile, gönderenin istemi üzerine yola çıkmak zorunda olduğunu, ancak buna karşı taleplerde bulunabileceğini öngörmüştür. Böylece gönderenin talebi üzerine taşıyıcı eşya tam olarak yüklenmese bile, yüklenmiş olan eşyayı taşımak zorundadır.

²⁷ Yeşilova; Teslimde Ödeme, s.112.

c) Emir, Talimat ve Tasarrufta Bulunma Hakkı

TTK m.868, gönderenin taşıyıcıya, taşımanın yapılması için emir ve talimat ve reabileceği gibi, taşımanın durdurulması, eşyanın geri getirilmesi, başka bir varma veya teslim yerine götürülmesi ya da başka bir gönderilene teslim edilmesi şeklinde tasarruflarda da bulunabileceğinden bahsetmektedir. Ancak taşıma senedi düzenlenmiş ve her iki tarafça imzalanmışsa, gönderen, taşıma senedinde öngörölmüş olması şartıyla, ancak kendisine ait olan nüshayı ibraz ederek tasarruf hakkını kullanabilir. 6762 sayılı TTK m.773 ile 775 arasında emre göre hareket, bildirim yükümlülüğü ve icra mükellefiyeti başlıkları altında düzenlenmiş hükümlerin yerine getirilen 6102 sayılı TTK m.868, emir talimat ve tasarrufların içeriği, bunların kullanılabilme zamanı ve taşıma senedinin bunlar üzerindeki etkisini göstermek bakımından daha ayrıntılı olarak sevk edilmiş bir maddedir.

B. Gönderenin Yükümlülükleri

a) Refakat Belgeleri Verme Yükümlülüğü

TTK m.860'a göre, gönderen, eşyanın tesliminden önce, resmî nitelik taşıyan, özellikle gümrük işlemleri için gerekli bulunan bilgileri taşıyıcıya vermek ve söz konusu belgeleri taşıyıcının tasarrufuna bırakmak zorundadır. Hükümün kaynağı CMR m.11 ve HGB § 413'dür. Gerekçede hüküm düzenlenirken HGB § 413'ün gösterdiği sınırların esas alındığı belirtilmiştir.

b) Tehlikeli Eşya Hakkında Bilgi Verme Yükümlülüğü

TTK m.861' göre, tehlikeli eşya taşınacaksa gönderen, taşıyıcıya zamanında açık, anlaşılabilir içerikte ve yazılı şekilde, tehlikenin türü ve gerekiyorsa alınması gereken önlemler konusunda bildirimde bulunmakla yükümlüdür. Hükümün kaynağı CMR m.22 ve HGB § 410'dur. 6762 sayılı TTK'da yer almayan ve taşıma hukuku açısından önemli bir yükümlülüğü ortaya koyan bir madde olarak yeni kanunda sevk edilmiştir.

c) Ambalajlama ve İşaretleme Yükümlülüğü

TTK m.863'e (HGB § 412) göre, eşyanın niteliği, kararlaştırılan taşıma dikkate alındığında, ambalaj yapılmasını gerektiriyorsa, gönderen, eşyayı zıya ve hasardan koruyacak ve taşıyıcıya zarar vermeyecek şekilde ambalajlamak zorundadır. Ayrıca gönderen, eşyanın sözleşme hükümlerine uygun şekilde işleme tabi tutulabilmesi için işaretleme gerekiyorsa, bu işaretleri de koymakla yükümlüdür.

C. Taşıyıcının Hakları

a) Ek Ücret İsteme Hakkı

TTK m.863'de kararlaştırılmışsa veya kararlaştırılmış olmasa bile sözleşme hükümlerine dayanarak veya kendi risk alanından kaynaklanmayan nedenlerle makul yüklenme veya boşaltma süresinden daha fazla beklerse, bekleme ücreti isteyebilir.

TTK m.865 uyarınca, gönderenin sözleşmeyi feshetmesi halinde kararlaştırılan taşıma ücreti ile bekleme ücretinden ve tazmini gereken giderlerden, sözleşmenin feshi sonucunda tasarruf ettiği giderlerin veya başka bir şekilde elde ettiği veya kötüniyetli olarak elde etmeyi ihmal ettiği menfaatlerin indirilmesiyle kalan tutarı veya kararlaştırılan taşıma ücretinin üçte birini, isteyebilir.

TTK m.866'ya göre de, kısmi taşımanın gönderen tarafından talebi halinde, sözleşmede kararlaştırılmış olan taşıma ücretinin tamamını, doğmuş bekleme ücretini, eksik yüklenme sebebiyle yapmak zorunda kaldığı giderleri ve uğradığı zararı talep edebilir. Bu husus bakımından yüklenme süresine uyulmaması hallerinde TTK m.869'a göre taşıyıcı sözleşmede kararlaştırılmış olan taşıma ücretinin tamamını isteyebilir.

Böylece 6762 sayılı TTK'da yer almayan, gerekli bir hususa 6102 sayılı TTK'da değinilmiş olmaktadır.

b) Eşyayı Boşaltma Hakkı

TTK m.861/2 uyarınca taşıyıcı, eşyayı teslim alırken tehlikenin türünü bilmiyorsa veya kendisine herhangi bir bildirimde bulunulmamışsa, gönderene karşı herhangi bir tazmin yükümlülüğü doğmaksızın, tehlikeli malın boşaltulmasını, depolanmasını, geri taşınmasını veya gerektiğinde imhasını ve zararsız duruma getirilmesini sağlama hakkı vardır.

TTK m.869/3'e göre ise, taşıma ve teslim engelinin vaki olduğu hallerde, 868.madde kapsamında uyması gereken talimatları uygun bir süre içinde alamazsa, tasarruf hakkı sahibinin menfaatine en iyi görünen tedbirleri almakla yükümlüdür. Taşıyıcı, eşyayı, boşaltıp saklayabilir.

D. Taşıyıcının Yükümlülükleri

a) Refakat Belgelerini Kullanma Yükümlülüğü

TTK m.860/2'ye göre, taşıyıcı, kendisine verilen belgelerin zıyaından, hasardan veya yanlış kullanılmasından doğan zararlardan sorumludur. Bu sorumluluktan ancak zıya, hasar veya yanlış kullanma taşıyıcının kaçınamayacağı ve sonuçlarını önlemeyeceği durumlardan kaynaklanmış olması halinde kurtulabilir. Burada taşıyıcının sorumluluğu, eşyanın zıyayı hâlinde ödenecek miktarla sınırlanmıştır.

b) Emir ve Talimatlara Uyma Yükümlülüğü

TTK m.868 uyarınca gönderilen veya eşya ulaştığında gönderilen tarafından verilen talimatlara, gönderenin bu tür emir, talimat ve tasarrufları, taşıyıcının işletmesi için sakıncalıysa veya diğer gönderenlerin ve alıcıların gönderileri için bir zarar tehdidini beraberinde getirmediği uymakla yükümlüdür. Aynı zamanda TTK m.869, taşıyıcının eşyanın teslim edilmesi gereken yere ulaşmasından önce, taşımanın sözleşmeye uygun olarak yapılamayacağı anlaşılırsa veya eşyanın teslim edileceği yerde teslim engelleri çıkarsa, taşıyıcı, tasarruf hakkına sahip olan kişiden talimat almak zorunda olduğunu belirtmiştir.

IV. Taşıma Senedi

6102 sayılı TTK m.856 ile 858 arasında düzenlenen taşıma senedi, 6762 sayılı TTK'dan tamamen farklı bir biçimde ele alınmıştır.

Taşıma senedinin 6102 sayılı TTK m.857'de yazılı tüm kayıtları içermesi söz konusu olsa bile, artık 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak, kıymetli evrak niteliği yoktur. Oysa 6762 sayılı TTK m. 771/1'in son cümlesinde taşıma senedinin emre yazılı olması hâli ortaya konulmuş, 6762 sayılı TTK'ya göre iki nüsha olan taşıma senedinde, taşıyıcının imzaladığı nüshanın ciro ve senedin teslim edilmesiyle, eşyanın mülkiyetini geçireceği öngörülerek, taşıma senedinin 6762 sayılı TTK m.769'daki tüm hususları içeriyorsa kıymetli evrak niteliğine sahip olduğunu kabul edilmişti.²⁸ Bu bakımdan 6762 sayılı TTK açısından taşıma senedinin kıymetli evrak niteliğinin esas fonksiyonu, düzenlenmesi sonrası taşıyıcıda bulunmakla, nama yazılı olan, taşıyıcının imzasını içeren kıymetli evrak niteliğini haiz taşıma senedi, devir beyanı yanında evrakın zilyetliğinin devrinin yapılmasıyla eşyanın zilyetliğini taşıyıcıya geçirmektedir.²⁹

²⁸ Arkan; Türk Ticaret Kanunu'nun Taşıma Senetlerine ve İlmühaberlere İlişkin Hükümleri Üzerine Bir İnceleme, BATIDER 1978, C. IX, S.4, s.1038.

²⁹ Arkan; Taşıma Senetleri, s.1039.

6102 sayılı TTK m.856/1'e göre ise, yapılacak bir taşımada taraflardan birinin talebi üzerine, 6102 sayılı TTK m.857'de belirtilen kayıtları içeren bir taşıma senedi üç özgün nüsha hâlinde tanzim edilecek taşıma senedinin bir nüshası gönderende kalırken, diğer nüshalarından biri taşıyıcıda kalmakta, diğer nüsha ise eşyaya eşlik etmektedir. Hâlbuki 6762 sayılı TTK m.771/1 taşıma senedinin iki nüsha olarak düzenlenmesini öngörmekteydi.

6102 sayılı TTK m.858'e göre, taşıma senedinde taşıma sözleşmesinin tarafları olan gönderen ve taşıyıcının imzaları bulunacaktır. Bununla ilişkili olarak, taşıma senedinin tanzim edilmiş nüshaların altına imza atanlar için delil niteliği dışında, bir taşıma sözleşmesi yapıldığı ve bu sözleşmenin hükümlerini ortaya koyan aksi ispat edilinceye kadar var kabul edilen bir durum söz konusu olur³⁰.

6102 sayılı TTK'da düzenlenen taşıma senedi, m.858 hükümleri çerçevesinde sadece taşıma sözleşmesinin yapıldığına, içeriğine ve eşyanın teslim alındığına dair kanıt meydana getirir³¹.

Buna karşılık, maddenin ikinci fıkrasına göre eşyanın ve ambalajının, eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığı sırada dış görünüşü bakımından iyi durumda bulunduğu ve taşınan paketlerin sayısının, işaret ve numaralarının taşıma senedinde yer alan kayıtlara uygun olduğuna karinedir.

Bundan başka maddenin üçüncü fıkrası taşıyıcı tarafından eşya üzerinde, net olmayan ağırlık, beyan miktarı ve paketlerin içeriği bakımından yapılan inceleme neticesi taşıma senedine yazılmışsa, taşıyıcının bu kayıtlara uygun bir eşya taşıması yaptığına da karine oluşturmaktadır.

Bunun anlamı herhangi bir kontrol yapılmaksızın taşınan eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alınması ve taşıma senedine yazılması hâlinde de, bu durum taşıyıcı aleyhine karine oluşturur³².

III. Yükleme ve Boşaltma Yükümlülükleri

6762 sayılı TTK'da yükleme boşaltmanın kimin tarafından yapılacağına dair herhangi bir açıklık yoktu. Bu açıdan doktrindeki görüşler genellikle yabancı hukuklardaki görüşleri esas alarak şekillenmişti.³³ Bunun yanında bir başka görüş ise, eşyaların yüklenmesinde olayın özelliklerinin dikkate alınması, parça hâlinde taşıma olsa bile, eşyanın nitelik ve özelliklerinin bir tarafça bilinmesine bağlı olarak, bu borcun o tarafa

³⁰ Aynı şekilde, CMR m.9/1.

³¹ 6102 sayılı TTK m.858/1, karine değil, kanıt oluşturacağından bahsetmektedir. Bununla birlikte, gerek hükmün lafzı gerek mehz CMR m.9/1 ve gerekse buradaki ispat kuvveti, bunun fiili karine niteliğinde olduğunu göstermektedir. Bir görüşe göre de, kanun koyucu özel bir koşul vakia öngörmeden, taşıma senedine ispat değeri yüklemiş, böylelikle hâkimin bu belgenin içeriğini kendi serbest takdir yetkisine göre değerlendirmesi imkânını ortadan kaldırmış ve aksi ispat edilinceye kadar, taşıma senedinin içeriğini doğru kabul ederek hüküm vermesi sağlanmıştır. Bu bakımdan burada bir karine yoktur. Yeşilova Ecehan; CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti, DÜHFD, C.7, S.1, İzmir 2005, s.253.

³² Koller, s.116.

³³ Yabancı hukukta, daha çok parça hâlindeki eşyaların taşıyıcı, büyük ve istifleme yönünden arabacı doldurabilecek eşyaların ise gönderen tarafından yüklenmesi gerektiği kabul edilmektedir Aydın, s.37-38, Aksi yönde Arkan; Sorumluluk, s.54. Bu kurala rağmen, bazı yabancı hukuklar yüklemenin her zaman için taşıyıcının sorumluluğunda olan bir yükümlülük olduğunu söylemektedirler. Fransız, İspanyol ve Belçika hukukunda da bu yönde görüş bulunmaktadır; Akıncı, s.89, Belçika hukuku açısından; Liboution, Jacques; Liability of The CMR in Belgian Case Law, International Carriage of Goods, London 198, s.88.

herhangi bir kural olmaksızın geçmelidir demektedir³⁴. Genelde eşyanın nitelik ve özellikleri hakkında bilgiye sahip olan gönderen olmaktadır. Bunun yanında, bu görüş yüklemde kullanılacak özel aletlerin bir tarafta olması durumunda da yüklemenin o tarafın borcu olduğunu kabul etmektedir.

6102 sayılı TTK m.863 ise yükleme ve boşaltma başlığı altında bu hususu hükme bağlamış durumdadır. Hükümün birinci fıkrasına göre, sözleşmeden, durumun gereğinden veya ticari teamülden aksi anlaşılmadıkça; gönderen, eşyayı, taşıma güvenliğine uygun biçimde araca koyarak, istifleyerek yüklemek ve aynı şekilde boşaltmak zorundadır.

Fıkranın ikinci cümlesinde ise, taşıyıcının yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmasını sağlama yükümlülüğünün olduğu belirtilmiştir. Hüküm aynen HGB § 412/1'den alınmıştır. Burada kanun, taşınacak eşyaların gönderenin, eşyaların taşıma sırasındaki zarar görmesini engelleyecek biçimde paketlenmesi, istiflenmesi ve yüklenmesinde en iyi bilgi sahibi kişi olduğundan yola çıkarak böyle bir düzenleme yapmıştır³⁵. Bir görüşe göre de, hüküm uyarınca yükleme ve istiflemeyen gönderenin sorumlu tutulması uygun bir çözüm tarzıdır. Zira taşıyıcıyı yükleme ve istifleme ile yükümlü kılmak hayatın olağan akışına terstir³⁶. Bu durumda TTK m.863.maddenin açık hükmü karşısında taşıyıcının eşyaların teslim alınması sonucu sorumluluğunun başlaması yüklemeyen sonra söz konusu olacaktır. Maddede yer alan yükleme ve istifleme, gönderene yüklenmiş bir borç mahiyetindedir ve taşıma sözleşmesi ile bu borcu yerine getirme zorunluluğu doğar. Buna karşılık hükümün ikinci cümlesi ise, yükleme ve istiflemeye taşıma açısından nezaret etmeyi her zaman için taşıyıcının görevleri içine giren bir yükümlülük olarak saymıştır³⁷.

Yükleme gibi boşaltma da, 6102 sayılı TTK 863.maddeye göre, gönderen veya gönderilenin üzerindedir. Her ne kadar maddede boşaltma yükümlülüğü gönderene düşen bir yükümlülük olarak ortaya konulmuşsa da, 6102 sayılı TTK m.871/1 hükmü uyarınca uygulamada bu gönderilen tarafından yerine getirilecek bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁸ Gönderilen tarafından yapılan boşaltma işleminde ise taşıyıcının nezaret yükümlülüğü aynı yüklemeye olduğu gibi var olacaktır. Taşıyıcı tarafından bu yükümlülüğü bakımından, boşaltmanın güvenli bir şekilde yerine getirilmesi için aracın uygun şekilde açılması ve uygun pozisyonda park edilmesi, eşyaların boşaltılmasında özel bir araç kullanılacaksa boşaltmaya uygun ortamın sağlanması gereklidir.³⁹

6102 sayılı TTK m.863, aslında yükleme ve boşaltmayı taşıyıcının yükümlenmesi yönünden üç farklı durumu mümkün kılmaktadır. Bunlar yükümlülüğün sözleşme ile kararlaştırılmış olması, durumun gereğinden anlaşılması ve ticari teamülün var olmasıdır. Bu hallerde yükleme ve boşaltma yükümlülüğü taşıyıcıya ait olacak ve taşıyıcının zıya, hasar ve gecikme sorumluluğu da, 6102 sayılı TTK m.875/1 uyarınca bu ameliyeleri yerine getirmeye başladığı andan itibaren var olacaktır.

³⁴ Heuer, s.62. Nitekim Yargıtay, 6762 sayılı TTK'yı uygularken aynı yönde düşünerek; özel aletlerin kullanılmasını veya kullanım için taşıma sözleşmesinin taraflarının anlaşmalarını ayrı bir akit olarak kabul etmeyip, taşıma sözleşmesinin içinde olduğunu telâkki etmekteydi. Atabek Reşat; Eşya Taşıma Hukuku, İstanbul 1960, s. 132 ve s. 131 dn.10'da anılan Yargıtay kararları.

³⁵ Neufang Detlef/Vlader Huber; Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr-Wer ist verantwortlich? Transportrecht, Heft 9, September 2002, s.327, Koller, s.144.

³⁶ Aydın, s.38.

³⁷ Koller, s.145.

³⁸ Neufang/Vlader, s.328.

³⁹ Neufang/Vlader, s.329, Koller, s.157-158.

IV. Tazminatın Hesaplanması

1. Hesaplama Yöntemi

6102 sayılı TTK m.880/1 uyarınca, taşıyıcı eşyanın tamamen veya kısmen zıyanından dolayı tazminat ödemekle sorumlu tutulduğu takdirde, bu tazminat eşyanın taşınmak üzere teslim alındığı yer ve zamandaki değerine göre hesaplanır.

Burada taşınan eşya aynı olsa bile üretim yeri, kalitesi ve bunun gibi nitelikleri dolayısıyla ortaya çıkan farklardan belirlenecek tazminatın tayini değiştiği için, eşyanın taşıyıcıya teslim yerinin esas alındığını söyleyebiliriz. 6762 sayılı TTK m.785'den farklı olarak taşınan eşyanın gönderilene teslim edildiği yer değil, gönderenden taşıyıcının teslim aldığı yere göre eşyanın değerinin saptanmasının esas alınması, daha uygun ve taşıyıcıyı koruyucu bir düzenlemedir.

Hesaplama bakımından eşyanın değeri, 6102 sayılı TTK m.880/3'e göre ise, piyasa fiyatına göre, bu yoksa aynı tür ve nitelikteki malların cari değerine göre belirlenir. Bu hesaplamanın yapılması için, eşyanın tür ve niteliğinin belli olması gerekecektir.⁴⁰ Çünkü eşyanın tür ve niteliği, borsada kaydı olan bir eşya olduğu takdirde, piyasa fiyatı borsa fiyatına göre, bu yok ise, normal piyasa fiyatlarına göre belirlenmesi gerekir. Bunun belirlenmesinde de, eşyanın niteliği asıldır. 6762 sayılı TTK m.785, bundan farklı olarak zıyadan doğan tazminatın ancak taşıma senedine geçirilen değere, böyle bir değer geçirilmemiş ise, aynı cins ve vasıftaki eşyaların gönderilene teslim edileceği yerdeki değerine bağlı olarak hesaplanacağını kabul ediyordur.

Ancak TTK m.880/3 c.son, piyasa fiyatı açısından bir karine koymuştur⁴¹. Buna göre, eşya taşınmak üzere teslimden hemen önce satılmışsa, satıcının faturasında taşıma giderleri mahsup edilerek gösterilen satış bedelinin piyasa fiyatı olduğu varsayılacaktır.

Taşınan eşyanın borsa değeri, o eşya ile ilgili borsa kaydına ve taşıyıcı tarafından taşınmak üzere teslim alınan yerdeki borsa fiyatına göre belirlenir. Ancak fiyatın hesaplanmasında illa taşıyıcıya teslim edildiği yerde bir borsanın bulunması zorunluluğu söz konusu değildir. Asıl olan, eşyanın teslim edilen yerde eşyaya ilişkin işlemlerde belli olan borsa rayicinin ele alınmasıdır. İlgili ticaret veya emtia borsasının başka bir yerde olması, taşıyıcıya taşınmak üzere teslim edildiği yerde bu borsanın verdiği rayiç değerinin kabulü hâlinde, tazminatın buna göre saptanmasını engellemez.

Piyasa değerinin tespit edilemediği ahvalde, taşıyıcı tarafından taşınmak üzere teslim alınan mahâl ve zamandaki geçek değerinin bulunması için eşyanın, türü ve niteliğine bakılarak da piyasa fiyatı ortaya çıkartılabilir. Çünkü piyasa fiyatı aslında ticari olarak aynı kalite ve çeşitte düzenli olarak satılan bir eşyanın ortalama fiyatıdır⁴².

Piyasa fiyatı hesaplanırken, gönderen tarafından yapıldığı takdirde, ambalajlama ve yükleme masrafları da dâhil edilmelidir⁴³.

Ticari hayatta, ticari nitelikteki eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığı yerde birden fazla piyasa fiyatı olabilir. Bu eşyanın ticari standardına göre ortaya çıkar. Böyle bir durumda, piyasa fiyatı tazminat talebinde bulunan bakımından zıya ve hasara uğrayan eşyanın ticari standardına göre satış fiyatı olarak belirlenecektir⁴⁴.

Eşya kısmi zıya uğrarsa, bu takdirde de, kaybolan kısmın değeri taşıyıcının aleyhine tazminat olarak hesaplanacaktır. Mamafih, taşınan eşyanın parça parça ol-

⁴⁰ Arkan; Sorumluluk, s. 153.

⁴¹ Koller, s.451.

⁴² Arkan; Sorumluluk, s. 154, Heuer, s.119, Koller, s.451.

⁴³ Koller, s.451 dn.2'deki OLG Hamburg 15.01.1998 tarihli kararı.

⁴⁴ BGH 27.02.2003 tarih I ZR145/00 sayılı kararı, TranspR 2003, s.298.

makla beraber, bütünlük arz etmesi, eşyada kısmi değil tam zıya yönünden bir tazminat hesaplamasına yol açar⁴⁵. Kısmi zıyaa yönelik hesaplamada zıyaa uğrayan kısmın bütün eşyada hangi oranda değer kaybına yol açtığı ele alınmaz. Sadece zıyaa uğramış kısmın değeri tespit edilir⁴⁶. Buna karşılık 6762 sayılı TTK'da kısmi zıya ve bu zıya halinde tazminat hesaplamasının nasıl yapılacağı belirtilmemiştir. Bu nedenle doktrin tam zıya haline ilişkin hükmün, kısmi zıya halinde orantılı olarak uygulanacağını kabul ediyordu⁴⁷.

Ancak burada önemli bir husus, 6102 sayılı TTK m.883 uyarınca, taşıyıcının 880.madde uyarınca zıya ve hasardan dolayı sorumlu olarak tazminat yükümlülüğü doğması hâlinde, taşıma ücretine hak kazanamamasıdır. Madde taşıyıcının taşıma ücretini geri vereceğinden bahsetmektedir. Gönderen tarafından taşınan eşyaların taşıyıcıya teslimi sırasında aynı zamanda taşıma ücretinin ödenmesi ilkesine bağlı olarak böyle bir hüküm konulmuş olup, esasen taşıma ücretinin ne zaman ödendiğinin bir önemi yoktur⁴⁸. Hâlbuki 6762 sayılı TTK'da tam zıya veya kısmi zıya halinde taşıyıcının taşıma ücretinin ne olacağına ilişkin bir hüküm yoktur. Bu konuda taşıma ücretinin istenilebileceği BK m.96 hükmü uyarınca kabul edilirken⁴⁹, bazı görüşler ise istenme imkanı olmadığı yönünde oluşmuştur⁵⁰.

Eşyanın hasara uğramasında, 6102 sayılı TTK m.880/2'ye göre eşyanın taşıyıcı tarafından taşınmak üzere teslim alındığı yer ve zamandaki hasardan önce var olan değeri ki; bu m.880/3 'de piyasa değeri veya cari değeri olarak gösterilmiştir, hasar oluştuktan sonra elde kalan değer arasındaki fark tazmin edilecektir. 6102 sayılı TTK m.880 uyarınca tazmin edilecek bu değer de, TTK m.883'e göre zıya durumundaki gibi tazminatın ödenmesi dışında taşıma ücreti, gümrük vergisi gibi kalemlerin gönderilene iade edileceğinden bahsedilmiştir. Ancak hükmün ikinci cümlesine göre, hasar hâlinde yapılacak bu ödemeler 880/2 çerçevesinde belirlenen tazminat miktarına uygun olarak indirilir⁵¹. Hasar hâlinde de tazminatın saptanmasında kuşkusuz 6102 sayılı TTK m.882 hükmü dikkate alınacaktır.

Bunun yanında 6102 sayılı TTK m.875 uyarınca gecikme halinde, tazminat gecikme süresiyle orantılı olarak taşıma ücretinin indirilmesi gerekir. Aynı husus, 6762 sayılı TTK m.780/1'de yer alıyordu. Ancak 6762 sayılı TTK m.780, gecikme müddeti-

⁴⁵ Arkan; Sorumluluk, s. 155.

⁴⁶ Aydın, s.117, Koller, s.460.

⁴⁷ Arkan, s.157-158.

⁴⁸ Koller, s.476.

⁴⁹ Arkan, s.157, Çağa Tahir/Kender Rayegan; Deniz Ticaret Hukuku, Navlun Mukaveleleri, 9.Baskı, İstanbul 2008, s.224-225.

⁵⁰ Eşyanın taşıyıcının sorumluluğunda iken zarar görmesi hâlinde, taşıma ücretinin istenip istenememesine ilişkin olarak 6762 sayılı TTK'da hüküm olmadığı için konu doktrinde tartışılmış ve taşıma ücretinin istenemeyeceği yolunda da görüş oluşmuştur. Okay Sami; Deniz Ticaret Hukuku II, İstanbul 1971, s. 15. Kanımızca, TTK m.880'de bu yönde bir hüküm getirilmeseydi bile, 6098 sayılı TBK m.112 ve m. 136 (BK m.96 ve 117) uyarınca bir tarafın borcunun ifasının imkansızlaşmasının, kusur olsun veya olmasın karşı tarafı da her zaman için borçtan kurtaracağı ilkesi göz önüne alınmalıdır. Yani, borçtan kurtulan tarafın alacağı edimi isteyemeyeceği, sadece ikisi arasındaki farkın bir tazmin mükellefiyetini doğurması gerekeceği, burada da uygulanabilir. Buna göre de, taşıyıcının bu hâllerde de ücretini isteyememesi gerekirdi.

⁵¹ Buna karşılık CMR m.25 açısından hasar hâlinde böyle bir durum söz konusu değildir. Yani hasara ilişkin olarak CMR'de iade olunacak masraflar yoktur. 6102 sayılı TTK m.883'de yer alan hüküm ATK § 432'den geçmiş olup, Alman Hukukunda başkaca zararların da tazmin edilmesi ilkesi çerçevesinde kabul edilmiştir. Koller, s.479-480.

nin sözleşme ile belli edilmiş müddetin iki katını aştığı halde taşıma ücretinin tamamen ortadan kalkacağını ve bu yüzden doğan zarardan taşıyıcının sorumlu olacağını öngörürken, 6102 sayılı TTK m.882 gecikmeden doğacak sorumluluğun taşıma ücretinin üç katı ile sınırlı olduğunu belirtmiştir. Buna göre, gecikmeye bağlı olarak taşıma ücreti tamamen ortadan kalkacağı gibi, bundan doğacak zararlarda tasarruf hakkı sahibi taşıma ücretinin üç katına kadar tazminat isteyebilir. Hâlbuki bu konuda 6762 sayılı TTK'da bir sınırlama olmadığı gibi, taşıma ücretinin tamamen ortadan kalkması ise, ancak gecikme süresinin sözleşme ile belirlenen sürenini iki katını aşması haline bağlanmıştı.

2. Tazminatın Sınırlanması

Öngörülen sınırlama, 6102 sayılı TTK m.882/1'de⁵² ziya hâline münhasır olmak üzere,⁵³ TTK'nın koyduğu esaslar dâhilinde hesaplanan tazminatın her zaman için eksik brüt ağırlığın kilogramı başına 8, 33 Özel Çekme Hakkını (SDR)⁵⁴ aşamamasıdır. 6102 sayılı TTK m.882/1 ve CMR m.23/3'de belirtilmiş olan brüt ağırlık, toplam ağırlık olup, eşyanın net ağırlığı ile paket ve varsa palet ile destek ağırlığını da içine alır. Bundan dolayı sorumluluk limiti tespit edilirken taşıma senedinde kayıtlı toplam ağırlık esas alınacaktır⁵⁵.

6762 sayılı TTK m.785/1'in ilk cümlesinde ziyadan doğan tazminatta, taşıma senedine belirlenmiş bir değer geçirilmesi veya taşıyıcının kendisine gönderen tarafından bildirilen değeri kabul etmesi durumlarında tazminat bu değerlere göre belirlenmekteydi. Kural olarak, eşyanın fiyatının piyasa fiyatı esas alınarak hesaplandığı ve buna göre bir tazminatın takdir edildiği dikkate alındığında, taşıma senedine geçirilen bu değer veya taşıyıcı tarafından kendine bildirilerek kabul edilen değer, piyasa değerinden daha yüksek olması mümkündür⁵⁶. Bu konuda, kanunun tam bir açıklıkla meseleyi hâlettğini söylemek zordu ve hatta kanunun burada sustuğu kabul edilmekteydi⁵⁷.

6102 sayılı TTK böyle bir düzenleme getirmemiştir. Ancak bunun TTK m.882'deki sorumluluk sınırlarının her zaman uygulanacağı anlamını taşımadığını belirtmeliyiz. 6102 sayılı TTK için, belli bir değer taşıma senedine geçirilmesi ve bunun taşıyıcı tarafından kabulü şartı kaldırılmıştır. Tarafların sözleşme ile taşıyıcının sorumluluk sınırlamasını her zaman gerçekleştirmesi mümkündür. Bu husus TTK m.888/2'deki taşıyıcının gönderen ve gönderilenle sorumluluk sınırı genişleten sözleşmeler yapabileceği hükmünden de anlaşılmaktadır.

TTK m.857 uyarınca taşıma senedine yazılacak kayıtlarda eşyanın değeri sadece (1) bendi uyarınca teslimde ödemeli satışlarda söz konudur. Bu durumda dahi taşıyıcının sorumluluk sınırlarından yararlanması kanun hükümlerine göre zorunludur. Ancak

⁵² Aynı yönde, CMR m.23/3.

⁵³ Hasar hâlinde tazminat miktarında sınırlama, CMR m. 25/2 (a) ve (b) bentlerinde belirtildiğinden, bu düzenleme hasar için geçerli değildir. Buna karşılık 6102 sayılı TTK m.882/2, hasar sorumluluğunu ziya sorumluluğu ile beraber düzenlemiştir.

⁵⁴ Special Drawing Rights.

⁵⁵ Kaya; II, s.263, Thume, Heinz Karl: Kommentar zur CMR, 2.Auflage, Heidelberg 2007, s.622. Fakat paketlenmemiş eşyalarda brüt ağırlık, toplam parçaların eşya ağırlığıdır, Glöckner; Leitfaden, s. 180.

⁵⁶ Arkan; Sorumluluk, s. 162.

⁵⁷ Doktrine göre, bu durum gönderene gerçek zararın üzerinde bir meblağ sağlamasına karşın, kanun koyucunun amacı olan taşıma akdinin iyi niyetli olarak ifasının sağlanamayıp, taşıyıcı tarafından zarara yol açılması hâlinde süratle gönderenin zararının karşılanması ve gönderenin zararın ispatlanmasındaki külfetini kısmen ortadan kaldırmaya hizmet ediyordu. Atabek; Eşya Taşıma, s.264.

taşıyıcının bu konuda önceden ve sonradan sorumluluğu genişletilmesine ilişkin anlaşma yapması mümkündür.

3. Tazminatı (Sorumluluğu) Sınırlama Hakkının Kaybı

6102 sayılı TTK m.886 “Sorumluluğu sınırlama hakkının kaybı” başlığı altında, zarara taşıyıcının kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlemiş bir fiilinin veya ihmalinin sebebiyet vermesi veya taşıyıcının yardımcılarının bu benzer davranışları yapması durumunda, taşıyıcının sorumluluktan kurtulma hâllerinden ve sorumluluk sınırlamalarından yararlanamayacağını kabul etmiştir.

6102 sayılı TTK’nın madde gerekçesinde, hükmün kaynaklarının CMR m.29 ve ATK § 435 olduğu, Taşıma İşleri kitabındaki genel hükümler kısmında yer alan zamanlaşımını düzenleyen m.855/5, taşıma işleri komisyoncusundan talepler bakımından zamanlaşımını düzenleyen m.930, deniz taşımalarında taşıyanın sorumluluğunu düzenleyen m.1187 ve yolcu taşımalarında yolcunun uğradığı zararlardan sorumluluğun sınırlanması hakkının ortadan kalkmasını düzenleyen m.1267’ye paralel bir düzenleme yapıldığı belirtilmektedir.

Gerekçede ayrıca, “pervasızca ve zararın muhtemelen gerçekleşebileceği bilinçle hareket” ibaresinin birlikte tek bir kavram olarak değerlendirilmesi gerektiği, bunun kasta eşdeğer kusur olarak yorumlanmasının lazım olduğu açıklanmaktadır.

Yine gerekçede, belirtildiği üzere, hükmün temel kaynağı CMR m.29/1’deki ibaredir ve Türkçe’ye CMR’nin Türk hukukunda kabulü ile geçmiştir.

Esasen buna benzer bir düzenleme 6762 sayılı TTK m.786/3’de de bulunmaktadır. Hüküm, “Zarar, taşıyıcının ağır kusuru veya hilesinden doğmuş olduğu takdirde yukarıki fıkrada anılan halde veya bu maddenin birinci fıkrası veyahut 785 inci maddede ki tazminatlar yerine tam tazminat istenebilir” demektedir. Türk hukukunda 6762 sayılı TTK bakımından doktrine göre, kusur kategorilendirmesi ve TTK m.786/3’deki ibare, CMR m.29’deki kasta eşdeğer kusur kavramının ağır ihmal olarak yorumlanması sonucuna ulaşılmasına yol açmıştır.

6762 sayılı TTK m.786/3, 785 ve 786.maddelerde yer alan taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılan hükümlerin uygulanmayacağı ve tam tazminatın istenebileceği durumları, taşıyıcının ağır kusur ve hilesi olarak ortaya koymuştur. Doktrinde, kanun koyucunun aralarında fark yokmuşçasına birçok maddesinde olduğu gibi, bu maddede de hileden söz ettiği, aslında burada kastı ifade etmek istediği, ağır kusurla anlatmak istediğinin ise ağır ihmal olduğu belirtilmektedir⁵⁸. Ancak 6102 sayılı TTK ile artık bu görüşün geçerliliği kalmamıştır. Artık CMR’de yer alan hükümle beraber, TTK m.886’daki pervasızca hareket kavramı birlikte değerlendirilerek, kanımızca her somut olayda ağır ihmal dışında farklı bir kusur kavramının, kasta eşdeğer kusuru olduğunun kabul edilmesi gerektiği görülmelidir. Yani 6762 sayılı TTK’daki ağır ihmal kavramı kasta eşdeğer kusuru her zaman karşılamaz ve bu kavramın somut olaya göre belirlenmesi gerekir. Bu konuda Yargıtay uygulaması yol gösterici olacaktır. Ancak Yargıtay’ın CMR’yi uygularken 29.maddedeki kasta eşdeğer kusur kavramını da ağır ihmal olarak algıladığını belirtmek lazımdır.

⁵⁸ Arkan; Sorumluluk, s.166, 6762 sayılı TTK m.786 baz alınarak kavramın ağır ihmal olarak yorumlanmayacağı yönünde, Karan, s.735.

V. Zamanaşımı

6102 sayılı TTK sadece eşya taşımaları için değil, taşınma eşyası taşıması ve yolcu taşıması olarak belirteceğimiz diğer taşımalar içinde ayrıntılı bir zamanaşımı hükmü koymuştur.

6102 sayılı TTK'nın 855.maddesinin birinci fıkrasında, “Bu kitap hükümlerine tabi taşımalarda, yolcunun bir kaza sonucu ölmesi veya bedensel bütünlüğünü zedeleyen bir zarara uğraması hâlinde istem hakları on yılda; diğer zararlarda ise bir yılda zamanaşımına uğrar” denilerek, eşya taşıma sözleşmelerinden doğan talepler için kısa bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, zamanaşımının hangi tarihten başlayacağına dair olmak üzere, eşya taşımalarında bu tarihin gönderilene teslimine bağlandığı açıkça bildirilmiştir. Haksız fiilden doğan talepler de, 6102 sayılı TTK m.885 uyarınca yine aynı bir senelik zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

Zamanaşımının ne zaman başlayacağı da aynı maddede eşyanın teslimi⁵⁹ esas alınarak ortaya konulmuştur. Buna karşın, tam zıya hâli bundan müstesnadır. Zira 6102 sayılı TTK m.855/2'ye göre tam zıyaa ilişkin taleplerde bu süre, teslim edilmesi gereken tarihten itibaren başlayacaktır. Elbette ki; teslimin hiç mümkün olamayacağı tam zıya hâline, böyle bir istisnanın konulması tabiidir.

Bunun yanında, gönderen tarafından verilen bir talimatla taşımının durdurulması ve eşyanın iadesi istenirse, zamanaşımı yine eşyanın gönderilene fiilen teslim edilmesi gereken tarih olacaktır⁶⁰. Tek bir seferde taşınması gereken eşyanın parça olarak taşınması durumunda ise, son parçanın teslim edildiği tarihten itibaren zamanaşımı işleyecektir⁶¹. Kısım kısım taşıma üzerinde anlaşılırsa, her giden ve ulaşan parça için, ayrı zamanaşımı süreleri işleyecektir⁶².

6102 sayılı TTK m. 869/3 uyarınca, taşıyıcının tasarruf hakkını haiz kişi hesabına saklanması için eşyayı tevdi etmesi hâlinde, gönderilene zararara muttali olduğu söylenemeyecektir. Ancak, eşyanın tevdi edildiği gönderilene bildirilmiş veya gönderilence malum olmuş ise, eşyanın gönderilen tarafından tetkik ve muayenesi mümkün olduğu surette, tevdi edilen kişiye teslim veya keyfiyetin gönderilene ihbarı tarihi, zamanaşımı başlangıcı olacaktır⁶³.

Zamanaşımının tazminat taleplerinde, birden fazla taşıyıcının bulunması hâlinde nasıl uygulanacağına gelince; 6102 sayılı m.888'e göre, ilk taşıyıcının tazminat davasına muhatap olması ve tazminatı ödemesi hâlinde kendisine karşı talepte bulunulan taşıyıcının aradaki taşıyıcılara rücu ederek bu ödemeyi talep etmesi ise 6102 sayılı TTK m.855/3'e tabi olacaktır. Bu hükme göre, rücu haklarına ilişkin zamanaşımı rücu alacaklısının, zararı ve rücu borçlusunu öğrendiği tarihten itibaren üç ay içinde zarar hakkında rücu borçlusuna bildirimde bulunması şartıyla, rücu alacaklısına mahkeme kara-

⁵⁹ Teslim, gönderen veya gönderilene eşyanın zilyetliğinin intikal ettirilmesi olarak anlaşılmalıdır. Mamafih, eşyaların ardiyeye alınması ile de nakliye mukavelesi sona erer ve taşıma akdinden müstakil bir ardiye akdi vücut bulursa, bu da zamanaşımının başlaması anlamında bir teslim sayılır.

⁶⁰ Arkan; Sorumluluk, s.211.

⁶¹ Atabek, s.324-325. Aynı yönde; Y.TD. 13.5.1960 tarih E.864 K.1505 sayılı kararı, Doğanay, s. 1731 dn.632.

⁶² “Eşya taşımalarında bir yıllık zamanaşımı süresi, son partinin gönderilene teslimi tarihinden başlar” TD. 13.11.1967 tarih E.2936 K.4025 sayılı karar, Eriş, Gönen: Açıklamalı-İçtihatlı-Uygulamalı Kara Taşıma Hukuku, Ankara 1996 s.191.

⁶³ Yazgan Sıtkı; Taşıma Akitlerinde Zamanaşımı, Banka Ticaret Hukuku ile İlgili İncelemeler, Ankara 1972, s. 111.

rının kesinleştiği günden, kesinleşmiş mahkeme kararı olmayan hâllerde ise, rücu alacaklısının borcu ifa ettiği tarihten itibaren işlemeye başlar⁶⁴.

6102 sayılı TTK m.855, sürenin hesaplanması yönünden ayrı bir durum öngörmediğinden, 6102 sayılı TTK m. 1 yollamasıyla zamanaşımının hesaplanmasında, 6098 sayılı TBK hükümleri uygulama alanı bulur. Buna göre, 6098 sayılı TBK m. 151 uyarınca zamanaşımında sürenin başladığı ilk gün hesaba katılmayıp, son gün bir tatil gününe rastlarsa, tatilin bitimini izleyen ilk iş günü sonunda süre, TBK m.93 hükmü gereğince dolacaktır. Zamanaşımının durması ve kesilmesi yönünden ise TBK m. 154 ve 155'e bakılacaktır. Bunun yanında, m.855'de öngörülen süre bir hak düşümü süresi olmadığından TBK m. 161 dâhilinde, sürenin dolup dolmadığı, hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde tutulamaz. Ayrıca, 6102 sayılı TTK m.6 uyarınca da zamanaşımı süresi hakkında taraflarca artırma ve azaltma yönünde bir değişiklik yapılamayacaktır.

6102 sayılı TTK 855/4.maddesinde zamanaşımı süresinin iki şekilde uygulanmayacağından bahsetmiştir. Bunlardan birincisi, gönderilen veya gönderilenin defi olarak kullanmak, diğeri ise, m.855/5'de yer alan eşyanın ziya ve hasarının taşıyıcının kast veya pervasızca bir davranış dolayısıyla böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiil veya ihmalden dolayı eşyanın ziya ve hasara uğradığının anlaşılması durumudur.

6102 sayılı TTK m.855/4'e göre; gönderen veya gönderilen taşıyıcıya karşı haklarını, bir yıl içinde ve 6102 sayılı TTK m.18/3'e uygun şekilde istemiş olmak⁶⁵ şartıyla defi olarak her zaman ileri sürebileceğini ortaya koymuştur. Buna 6102 sayılı TTK m.889 uyarınca eşyanın kabulü ile gönderen veya gönderilen aleyhine karinenin oluşmaması olması hâlini de ekleyebiliriz. Bu hüküm gereğince, bir yıllık zamanaşımı süresi dolmuş dahi olsa, maddedeki şartlar yerine getirildiği takdirde, ziya, hasar taşıyıcının talep ettiği ücret alacağına karşı takas beyanı olarak ileri sürülebilecektir⁶⁶. Hükümden de anlaşıldığı üzere, hakkın sözle istenmiş olması durumunda, 6102 sayılı TTK m.18/3 hükmü de göz önüne alındığında, ispat imkânı olmayacaktır⁶⁷.

Doktrindeki bir düşünceye göre, 6102 sayılı TTK m.855/4'e karşılık gelen 6762 sayılı TTK m.767/4'e ilişkin olarak taşıyıcının ücret alacağının daha uzun bir zamanaşımı süresine bağlanması hâlinde, uygulama olanağı bulacaktır. Eşyanın teslimi takip eden bir yıl içinde taşıyıcı tarafından taşıma ücretine ilişkin bulunulmayan taleplerin daha sonra direkt olarak, bu hükümden bağımsız, zamanaşımı savunması ile karşılaşıcağından bu nedenle de pratikte hükümün uygulama kabiliyetinin pek fazla olmadığı ileri sürülmüştür⁶⁸. Gerçekten, takas talepleri dışında gönderen ve gönderilene karşı bir yıl geçtikten sonra, taşıyıcı tarafından ileri sürülen taleplerin genel zamanaşımı savunması ile karşılaştığı da Yargıtay kararları ile de teyit edilmiştir⁶⁹.

⁶⁴ Bu yönde, Yargıtay, 6762 sayılı TTK'ya ait bir kararında; taşıma akdinden doğan ziya ve hasarın vuku bulduğu tarihi esas alarak, bunun meydana geldiği tarihte başlamasını kabul etmiştir Y.TD. 7.3.1973 tarihli E. 1971/5941 K. 1972/1109 sayılı karar. Yargıtay daha önceki kararlarında ise, 818 sayılı BK m.128'i esas alan kararlar vermiştir. 27.11.1978 tarih E.5867 K.5270 sayılı kararında, yine, BK. 128 muvacehesinde karar verilmiştir, Eriş, s. 195. Ancak Yargıtay'ın bu konudaki kararları istikrar bulmamıştır. Bkz. 11.HD. 08.12.1992 tarihli E.4477 K.11239 sayılı kararı, Eriş, s.210. Yeni düzenleme bu çelişik kararları ortadan kaldıracaktır.

⁶⁵ 6102 sayılı TTK m.18/3'e göre "Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya diğer elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır." Ancak, hükümde gösterilen ihbar ve ihtarların yapılma yöntemleri, artık geçerlilik şartı değil, ispat şartıdır.

⁶⁶ Arkan; Sorumluluk, s.214.

⁶⁷ 6762 sayılı TTK açısından, geçerli olmayacağı yönünde, Doğanay; TTK Şerhi, s.1731.

⁶⁸ Arkan; Sorumluluk, s.214.

⁶⁹ Bu yönde; Y.11.HD. 23.03.1976 tarihli E. 1592 K.1512 sayılı kararı, Eriş, s. 194.

6102 sayılı TTK m.855/4 hükmü, esasta gönderen ve gönderilene bir yıl içinde kendisine karşı taşıma sözleşmesiyle ilgili taleplere karşı defa hakkı vermekte olup, bu hakkın sadece defa olarak ileri sürülmesi her zaman için mümkündür. Yoksa söz konusu hüküm, gönderen veya gönderilenin davacı olduğu durumlarda bir talep hakkına ilişkin değildir. Davacı gönderen veya gönderilenin bu defa hakkına dayanarak bir yıldan sonra ileri süreceği taleplerde, taşıyıcının zamanaşımı iddiası bakımından bir etkide bulunmaz⁷⁰.

6102 sayılı TTK m.855/5'e göre ise taşıyıcının kastı veya kasta eşdeğer kusur olarak da tarif ettiğimiz pervasızca davranışı dolayısıyla eşyaların ziya ve hasara uğraması hâlinde, taşıyıcının sorumluluğu bu hüküm uyarınca üç yıllık zamanaşımı süresine tâbi olacaktır. Yani bu durumlarda taşıyıcı bir yıllık zamanaşımın süresinin geçtiği iddiasında bulunamaz. Bu süre, 6102 sayılı TTK m.879 uyarınca taşıyıcı yardımcılarını ve taşımanın yerine getirilmesi için yararlanılan kişiler içinde geçerlidir.

Taşıyıcının, bir yıllık kısa zamanaşımı süresini, kendi aleyhine dava açılmasını önlemek maksadıyla oyalama ve savsaklama ile geçiştirdikten sonra, açılan davada ileri sürmesi de, kanımızca TMK m.2'ye göre hakkın kötüye kullanılması kabul edilir ve bunu ileri süren davacı tarafından da ispatlanabildiği⁷¹ takdirde, bu süre söz konusu davada göz önüne alınmaz⁷². Mamafih, davacı olan gönderen veya gönderilenin taşıyıcının yaptığı uzlaşma teklifleri üzerinde müzakerelerde bulunarak bir yıllık süreyi geçirdikten sonra davada taşıyıcının oyalama yoluna başvurduğunu ispatlayamamaları zamanaşımında TMK m.2 ye dayanmalarına engel olur⁷³.

SONUÇ

6102 sayılı TTK'nın Taşıma İşleri kitabında yer alan Eşya Taşımaya ilişkin hükümler, uluslararası ve ulusal hukukta var olan son düzenlemelerin iç hukuka bir yansımadır. Yeni düzenlemeler, 6762 sayılı TTK'da yer alan pek çok eksik düzenlemeyi ortadan kaldırmayı veya Yargı kararları ile doldurulmak zorunda kalınan boşlukları ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır.

Bu yönde pek çok olumlu düzenlemenin eşya taşıma hukuku hükümlerine girdiği söylenebilir. Taşıma hukukunda ziya, hasar ve gecikme sorumluluğunun aynı ilkeleri bağlanması, sorumluluğun belli bir miktarla sınırlanması, sınırlamanın taşıyıcının kasten veya pervasızca yaptığı bir davranışla eşyaya zarar verdiği hallerde uygulanmaması veya bu hallerde tazminat talepleri bakımından zamanaşımının uzaması, yükleme ve boşlatma yükümlülüklerinin kimde olduğunun bir ilkeye bağlanması, taşıma sözleşmesinde tarafların asli borçları yanında var olan yükümlülüklerinin açık bir şekilde ortaya konulması bunlara gösterilebilecek örneklerdir.

Bununla birlikte, hükümlerin kısmen eleştirilebilecek yönleri de bulunmaktadır. Mesela hükümlerde tamamen HGB'ye bağlı kalmanın ne kadar doğru olduğu tartışılabilir. Bunun yanında bazı ifadelerin HGB'de yer aldığı şekilden farklı bir biçimde tercüme edildiği ve yorum yanlışlıklarına yol açabileceği göz ardı edilmemelidir. Ayrıca çok nadiren de olsa mehzadan ayrılmış (örneğin TTK m.878/b.g gibi) ancak bu ayrılmanın da tam bir gerekçesi ortaya konulamamıştır. Aynı zamanda konulan bu tip hükümlerin ne kadar gerekli olduğu da soru işaretidir.

Ancak genel olarak düzenlemenin uluslararası taşıma hukukuna ilişkin kurallara uyumlu bir nitelik taşıdığı, AB açısından özellikle de taşıma hukukuna yönelik direktifler bakımından gerekli olduğu söylenebilir.

⁷⁰ Y.11.HD. 01.12.1987 tarih E.6433 K.6708 sayılı karar, Eriş, s.204-205.

⁷¹ Y.11.HD. 30.09.1994 tarih E.4413 K.6956 sayılı karar, Eriş, s.214.

⁷² Atabek, s.326.

⁷³ Arkan; Sorumluluk, s.215.

KAYNAKÇA

- Akıncı Ziya** : Karayolu İle Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Ankara, 1999.
- Arkan Sabih** : Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1982.
- Arkan Sabih** : Türk Ticaret Kanunu'nun Tasıma Senetlerine ve İlmühaberlere İlişkin Hükümleri Üzerine Bir İnceleme, BATİDER 1978, C. IX, S.4
- Aydın Alihan** : CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar Ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, İstanbul 2002.
- Atabek Reşat** : Eşya Taşıma Hukuku, İstanbul 1960.
- Clarke Malcolm** : International Carriage of Goods by Road: CMR, Fifth Edition, London 2009.
- Çağa Tahir/**
- Kender Rayegan** : Deniz Ticaret Hukuku, Navlun Mukaveleleri, 9.Baskı, İstanbul 2008.
- Doğanay İsmail** : TTK Şerhi, C.2, Ankara 2004.
- Eriş Gönen** : Açıklamalı-İçtihatlı-Uygulamalı Kara Taşıma Hukuku, Ankara 1996
- Glöckner Herbert** : Leitfaden zur CMR, 8.Auflage, Berlin 2005.
- Hill, D.J./**
- Messent, A.D.** : CMR: Contracts For The Carriage of Goods by Road, London 1995.
- Heuer Klaus** : Die Haftung des Frachtführers nach dem Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr, Hamburg 1975.
- Karan Hakan** : CMR Şerhi, Ankara 2011.
- Kaya Aslan** : Karayolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslar arası Sözleşmenin Uygulanma Şartları ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları (I), Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998.
- Kaya, Arslan** : Taşıyıcının Karayolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Sözleşmede (CMR) Öngörülen Sorumluluğunun Esasları (II), İÜHFİM, Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'na Armağan Sayısı, C. LVI, S. 1-4, İstanbul 1998.
- Kehl F. Michael** : Die Haftung des Unterfrachtführers im Straßengüterverkehr, Münster 2004.
- Knorre Jürgen/Demuth Klaus/**
- Reinhard Th. Schmid:** Handbuch Des Transportrechts, München 2008.
- Koller Ingo** : Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschäft, 6. Auflage, München 2007.
- Neufang Detlef/**
- Vlader Huber** : Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr-Wer ist verantwortlich? Transportrecht, Heft 9, September 2002.
- Seven Vural** : Karayoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımlarında Taşıyıcının Ödeme Karşılığı'nda Teslim Şartı'ndan Doğan sorumluluğu, Legal Hukuk Dergisi, S.46, 2006.
- Tandoğan Haluk** : Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.
- Thume Heinz Karl:** Kommentar zur CMR, 2.Auflage, Heidelberg 2007.

- Yeşilova Ecehan** : CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti, DÜHFD, C.7, S.1, İzmir 2005.
- Yeşilova Ecehan** : Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının Ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu (CMR madde 3, 34), Ankara 2004.
- Yeşilova Aras Ecehan** : Uluslararası Karayolu ile Yük Taşımacılığında Teslim Süresinin Aşılması ve Teslimde Ödeme, Ankara 2010.
- Yazgan Sıtkı** : Taşıma Akitlerinde Zamanaşımı, Banka Ticaret Hukuku ile İlgili İncelemeler, Ankara 1972.

HAHA TAŞIMACILIĞINDA MONTREAL SÖZLEŞMESİNİN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNİN İÇ HUKUKA ETKİSİ*

Yrd. Doç. Dr. M. Barış GÜNAY**
Yrd. Doç. Dr. Muharrem GENÇTÜRK***

ÖZET

Montreal Sözleşmesi, Türkiye için 26 Mart 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türk Sivil Havacılık Kanunundaki atflar sebebiyle Sözleşmenin hükümleri yurtiçi havayolu taşımaları bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Çalışma, Sözleşmenin yurtiçi havayolu taşımalarına etkilerini ve Sözleşme ile getirilen yenilikleri incelemektedir.

Anahtar Kelimeler: 1999 Tarihli Montreal Sözleşmesi, Türk Sivil Havacılık Kanunu.

ABSTRACT

Turkey has become a party to the Montreal Convention and it has come into force for Turkey on 26 March 2011. Provisions of the Convention will also be applicable to Turkish domestic air carriage as a result of the references made in the Turkish Civil Aviation Act. This article focuses on the effects of the Convention to Turkish domestic air carriage and it also briefly examines the changes brought by the Convention.

Keywords: Montreal Convention 1999, Turkish Civil Aviation Act.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale, 10-12 Mayıs 2012 tarihinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken" isimli Sempozyumda Yrd. Doç. Dr. M. Barış Günay tarafından sunulan tebliğin Yrd. Doç. Dr. Muharrem Gençtürk'ün katkılarıyla genişletilmiş halidir.

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

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

I. GİRİŞ

1929 tarihli Varşova Sözleşmesinin (VS) yerine geçmek üzere hazırlanan “Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme”¹ (MS) 28 Mayıs 1999 tarihinde Montreal’de imzalanmıştır. MS’nin Sözleşme’nin yürürlüğünü düzenleyen hükmü (MS 53/6) uyarınca, 30’ncu devletin onay tarihinden 60 gün sonra, yani 4 Kasım 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise 26 Mart 2011 tarihi itibarıyla MS’ye taraf olmuştur².

MS’de genel olarak, VS’nin temel yapısı korunmuştur³. Bu bağlamda MS’nin özellikleri ve temel felsefesi, geniş oranda VS’den alınmıştır⁴. MS’nin temel ilkelerine baktığımızda, iki önemli anlayış göze çarpmaktadır. İlki, müşteri menfaatinin korunması ve adil tazminat ilkesidir. İkincisi, menfaatlerin adil bir şekilde dengelenmesini sağlamaktır⁵.

Türkiye’nin MS’ye taraf olması, Türkiye’deki yurtiçi havayolu taşımalarının hukuki durumu bakımından da önemli değişiklikler getirmektedir. Zira Türk Sivil Havacılık Kanununun (TSHK) ⁶ 106. ve 124. maddelerinde, yurtiçi havayolu taşımalarına Türkiye’nin taraf olduğu Sözleşmelerdeki hükümlerin de belirli sınır ve şartlara tabi olarak uygulanması gerektiği düzenlenmiştir. Bu çalışmada, TSHK’nın 124. maddesi gereği yurtiçi havayolu taşımaları bakımından doğrudan uygulama alanı bulan ve iç hukukumuz açısından da bir nevi örtülü değişiklik niteliği taşıyan MS tarafından getirilen yenilikler ele alınacaktır.

II. YURTIÇİ HAVAYOLU TAŞIMA SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER

Yurtiçi havayolu taşımalarına TSHK hükümleri öncelikle uygulanır. TSHK’da hüküm bulunmayan hallerde Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası havayolu taşıma sözleşmelerine ilişkin konvansiyonlardaki hükümler ve bunlarda da uygulanacak bir hüküm bulunmaması halinde TTK hükümleri uygulanır (TSHK m.106). Bununla birlikte TSHK’nın 106. maddesi, yurtiçi havayolu taşımalarının tabi olabileceği mevzuatın belirlenmesi bakımından bir anlam ifade etmekteyse de, uygulanacak hükümleri açıkça belirlemekte yetersiz kalmaktadır. *İlk olarak*, taşıyıcının sorumluluğu sözleşmeye dayanan bir sorumluluk olduğu için TSHK hükümlerinden önce emredici hükümler ve sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekir⁷. *İkinci olarak* söz konusu hüküm, Tür-

¹ MS’nin tarihi gelişimi ile ilgili olarak bkz. Batra J.C., Modernization of the Warsaw System-Montreal 1999, 65 Journal of Air Law and Commerce 429, 1999-2000, s. 433 vd.

² Türkiye, Varşova Konvansiyonu ve onu değiştiren protokollerden; La Haye Protokolü ve 4 Nolu Montreal Protokolüne taraftır. Öte yandan 2 Nisan 2009 tarihinde, “Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme’nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” TBMM’de kabul edilmiş ve 14 Nisan 2009 tarihinde 27200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye’nin Konvansiyona taraf olma isteğine ilişkin belgeler ise 25 Ocak 2011 tarihinde Uluslararası Sivil Havacılık Örgütüne (ICAO) verilmiştir. Böylece taraf olma koşullarının tamamlandığı 26 Mart 2011 tarihi itibarıyla, Türkiye MS’ye taraf olmuştur.

³ Batra, s.437.

⁴ Cheng B., A New Era in the Law of International Carriage by Air: From Warsaw (1929) to Montreal (1999), 53 Int’l & Comp. L. Q, 833, 2004, s.845.

⁵ Konvansiyonun dibaçe kısmında bu ilkelere açıkça vurgu yapılmıştır.

⁶ 14.10.1983 tarihinde kabul edilen 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu.

⁷ Bülent Sözer, Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Hava Yolu İle Yük Taşıma Sözleşmesi, İkinci Baskı, İstanbul, 2009, s.107 vd.; Sami Karahan, Ticari İşletme Hukuku, 23. Baskı,

kiye'nin taraf olduğu uluslararası konvansiyonlara atf yapan tek hüküm değildir. Zira TSHK'nın 124. maddesi de taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılması hususunda uluslararası konvansiyonlarda yer alan hükümlere atf yapmaktadır.

1. Emredici Hükümler

Yukarıda da ifade edildiği gibi yurtiçi havayolu taşıma sözleşmelerinde yer alan kayıt veya şartlar emredici hükümlere aykırı olamazlar⁸. Dolayısıyla yurtiçi havayoluyla taşımalarında emredici hukuk kuralları, TSHK'da yer alan tamamlayıcı ve yorumlayıcı hükümlerden önce uygulama alanı bulur. Bu çerçevede ne TSHK'daki bütün hükümlerin emredici olduğu, ne de yurtiçi havayolu taşımalarına uygulanacak emredici hükümlerin sadece TSHK'nda yer alanlardan ibaret olduğu ifade edilebilir. Daha doğru bir ifadeyle emredici hükümler, Anayasa da dâhil olmak üzere, ilgili mevzuatın bütünü içinde yer alabilir⁹. Bununla birlikte havayolu taşıma sözleşmelerini düzenleyen mevzuat, genellikle taşıyıcı ile sözleşmenin diğer tarafı arasındaki menfaat dengesini sağlamak amacıyla emredici hükümlerden oluşmaktadır (TSHK 125; VS m.23; CMR¹⁰ m.41; MS m.26).

2. Sözleşme Hükümleri ve Genel İşlem Şartları

Taşıma sözleşmesinin taraflarının sözleşmede belirlediği şartlar, emredici hükümlerden hemen sonra uygulama alanı bulur¹¹. İrade serbestisinin uygulandığı özel hukuk ilişkilerinde sözleşmelerle öngörülen kayıtların önemli bir yeri olmasına rağmen, hava taşıma sözleşmelerine ilişkin gerek iç hukukumuz gerekse uluslararası konvansiyonlar, taşıyıcı ile sözleşmenin diğer tarafı (yolcu, gönderen, gönderilen) arasındaki menfaatleri dengeleyerek dağıtma gayreti içindedirler. Bu nedenle söz konusu mevzuata öngörülen sorumluluk sınırlarını taşıyıcı lehine azaltan veya sorumluluğu bütünüyle ortadan kaldıran sözleşme kayıtları hükümsüzdür (TSHK m.125; VS m.23; CMR m.41; MS m.26). Başka bir ifadeyle havayolu taşıma sözleşmelerine ilişkin mevzuattaki hükümler genellikle taşıyıcı aleyhine emredicidirler.

Öte yandan havayolu taşıma sözleşmelerine ilişkin sözleşme kayıtlarının genellikle genel işlem şartları niteliğinde olduğu ifade edilebilir. Ayrıca Uluslararası Hava Taşıma Birliği¹² (IATA- *International Air Transport Association*) ile Amerikan Sivil Havacılık Kurumu (*Civil Aeronautics Board*) arasında yapılan 1966 tarihli *Montreal Inter-carrier Agreement*¹³ ile IATA tarafından 1995 yılında IATA taşıyanları arasında yolcu sorumluluğuna ilişkin anlaşmalar da (*IATA Inter-carrier Agreement on Passenger Liability*)¹⁴ genel işlem şartı¹⁵ niteliğindedir¹⁶.

Konya, 2012, s.65; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 16. Baskı, Ankara, 2012, s.89 vd.; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, 14.Bası, İstanbul 2012, s.107 vd.; Bozkurt Bozabalı B., Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2010, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s.78 vd.

⁸ Sözer, s.108; Arkan, s.90; Poroy/Yasaman, s.107.

⁹ Sözer, s.108; Arkan, s.89-90; Poroy/Yasaman, s.107.

¹⁰ Convention On The Contract for The International Carriage Of Goods By Road.

¹¹ Sözer, s.108; Poroy/Yasaman, s.107; Arkan, s.90; Bozkurt Bozabalı, s.78.

¹² IATA hakkında geniş bilgi için bkz. <http://www.iata.org>.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt Bozabalı, s.50 vd.

¹⁴ Ayrıca 2 Nisan 1996'da Hükümlerin Uygulanmasına Dair Anlaşma (Measures of Implementation Agreement) yapılmıştır. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt Bozabalı, s.58 vd.

¹⁵ Bu anlaşmaların genel işlem şartı niteliği ile ilgili olarak bkz. Bozkurt Bozabalı, s.52 ve s.60.

3. Türk Sivil Havacılık Kanunu

Tarafların kendi aralarında yapmış oldukları sözleşme hükümlerinde uyumsuzluğun çözümünde uygulanacak herhangi bir hüküm yoksa üçüncü sırada, TSHK'nın tamamlayıcı ve yorumlayıcı nitelikteki hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁷.

TSHK, yurtdışı havayolu taşımacılığı bakımından özel hükümler niteliğindedir. Daha doğru bir ifadeyle yurtdışı havayolu taşımacılığı konusu olduğunda, TSHK hükümleri, taşıma sözleşmelerine ilişkin diğer mevzuatta yer alan hükümlere göre öncelikli olarak uygulanır.

4. Uluslararası Sözleşmeler

Yukarıda da ifade edildiği üzere TSHK'da hüküm bulunmayan hallerde, yurtdışı havayolu taşımacılığı hakkında Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası havayolu taşımacılığını düzenleyen konvansiyonlardaki hükümler uygulanır¹⁸. Bununla birlikte MS'nin, Türkiye açısından yürürlüğe girmesinden önceki (26 Mart 2011) durum ile yürürlüğe girmesinden sonraki durum arasında önemli farklar vardır. MS'nin yürürlüğe girmesinden önce TSHK'da hüküm bulunmayan hallerde 1929 Varşova Sözleşmesinin 1955 Lahey Protokolü ve 4 Numaralı Montreal Protokolü ile değiştirilmiş şeklinin uygulama alanı bulacağına herhangi bir kuşku bulunmamaktadır¹⁹. MS'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte Türkiye'nin birden fazla Konvansiyona taraf olduğu düşünülürse, TSHK'da hüküm bulunmayan hallerde, son taraf olunan metin olmasından dolayı MS'nin uygulanacağı sonucuna varılabilir. Bununla birlikte fikri karışıklığa neden olabilecek birkaç noktaya işaret edilmesi yerinde olabilir. İlk olarak MS, Varşova/Lahey sistemini değiştiren bir protokol değil, bağımsız bir uluslararası sözleşmedir²⁰. İkinci olarak, MS Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir; ama Türkiye hala Varşova Sözleşmesi, Lahey protokolü ve 4 nolu Montreal protokolüne taraftır²¹. Söz konusu Sözleşme ve protokollerin hükümleri birbirinden farklı olduğuna göre, bir uyumsuzluk halinde, TSHK'da hüküm bulunmayan hallerde hangi metnin uygulama alanı bulacağı sorunu ortaya çıkabilir. Bu nedenle Anayasanın 90. maddesinin 5 fıkrasının hatırlanması, sorunun çözümü açısından yerinde olabilir. Söz konusu hükme göre usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Kanun hükmünde olduğuna göre, "önceki kanun-sonraki kanun" ilişkisiyle TSHK'nın 106. ve 124. maddeleri gereğince, son kabul edilen uluslararası konvansiyon olarak MS'nin uygulanması gerektiği sonucuna varılabilir. Anayasa Mahkemesine göre de "Özel kanunlardan yürürlük tarihine

¹⁶ Bu anlaşmaların TSHK m.124/2'de geçen "anlaşma" olduğuna ilişkin olarak bkz. Sözer, s. 220.

¹⁷ Sözer, s.109; Arkan, s.90; Poroy/Yasaman, s.107; Bozkurt Bozabalı, s.78.

¹⁸ Sözer, s.110; Bozkurt Bozabalı, s.78.

¹⁹ Ülgen H., Hava Taşıma Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1987, s.34.

²⁰ MS'nin dibacesinde açıkça taraf devletlerin yeni bir Konvansiyon hazırlamak istedikleri ifade edilmiştir.

²¹ Varşova Konvansiyonu, kural olarak taraf iki devlet arasındaki havayolu taşımacılığına uygulanır (VS m.1/2). Buna göre Konvansiyon, taşımanın yapıldığı devletlerin ortak taraf olduğu metniyle uygulama alanı bulur. Örneğin Türkiye ile Konvansiyonun sadece 1929 tarihli metnine taraf bir ülke arasındaki havayolu taşımacılığına, Lahey ve 4 nolu Montreal protokolü ile değişik metin değil, 1929 tarihli orijinal (ilk) metin uygulama alanı bulur (Bkz. Gençtürk Muharrem, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, Genel Kavramlar, Gecikmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul, 2006 s.65; Özdemir Türkay, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, Zıya ve/veya Hasar Sorumluluğu, İstanbul, 2006 s.42 vd.; Kırmızı Ahmet, Hava Yolu İle Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, 1990, s.42 vd.).

göre önceki ve sonraki kanun hükümleri arasında çelişme bulunursa veya öncekinin ele aldığı konuyu sonraki kanun yeni baştan düzenlerse sonraki kanun, önceki kanunu üstü kapalı olarak yürürlükten kaldırır²². Dolayısıyla en son kabul edilen Sözleşme olarak MS'nin, TSHK'daki söz konusu atıflar gereği uygulanması fikri ağır basmaktadır (TSHK 106). Bu çerçevede yaşanabilecek belirsizliğin tümden bertaraf edilmesi bakımından, TSHK'da yapılacak özel bir düzenlemeyle konunun açıklığa kavuşturulması daha uygun olabilir.

5. Türk Ticaret Kanunu

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanununda (TTK) taşıma işleri ayrı bir kitap (Dördüncü Kitap) haline getirilmiştir. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TK) 764. maddesinin kaynaklık ettiği, TTK'nın m.852'nci maddesine göre deniz, demir ve hava yoluyla taşıma ve posta idaresine ilişkin özel hükümler saklı tutulmaktadır. Bu hüküm, yurtiçi havayolu taşımalarına uygulanacak mevzuatı düzenleyen TSHK m. 106 ile anlam bakımından uyumaktadır. Başka bir ifadeyle TSHK'da bir hüküm bulunduğu takdirde, TTK'nın Dördüncü Kitabından yer alan hükümlerin uygulanması mümkün değildir. TTK'nın Dördüncü Kitabı, hem özelde karayolu taşımalarını düzenlemekte, hem de genelde taşıma işlerine ilişkin en genel hükümleri içermektedir²³.

TTK m.852 ile TSHK m.106 birlikte değerlendirildiğinde, uluslararası sözleşmeler de hüküm bulunmayan hallerde TTK hükümlerinin uygulanması gerekir. Bununla birlikte doktrindeki bir görüşe göre²⁴ TSHK'daki açık atfa (m.106) rağmen, TTK hükümlerinden önce Borçlar Kanunu uygulama alanı bulmalıdır. Buna göre taşıma hukukunda, genel hükümler olarak nitelendirilebilecek bir kısım mevcut olmadığından dolayı bir üst kaynağa, yani Borçlar Kanununa gidilmesi uygun olur. Taşıma sözleşmesi esas itibariyle istisna akdi olduğuna göre, TSHK'da hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunundaki istisna akdini düzenleyen hükümler uygulanmalıdır. İstisna akdine ilişkin hükümlerin de yetersiz kalması halinde ise Borçlar Kanununun genel hükümlerinin uygulanması gerekir. Borçlar Kanunundaki hükümlerin taraflar arasındaki ihtilafa uygulanması mümkün olmadığı takdirde, TTK'ya gidilmesi gerekir. Söz konusu yazar, TTK'daki hükümlerden hangisinin uygulanması gerektiği hususunda ise denizyolu ile taşımayı düzenleyen hükümlerin, TTK'nın diğer hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanması gerektiğini savunmaktadır²⁵. Zira 6762 sayılı TTK'nın 762-807 maddeleri uygulama alanı bulamaz; çünkü TTK'nın 764. maddesinde (YTTK'nın m.852'nci maddesi) açıkça deniz, demir ve hava yoluyla taşıma ve posta idaresine ilişkin özel hükümlerin saklı tutulduğu ifade edilmektedir²⁶. Dolayısıyla TSHK m.106'da yapılan atfın denizyolu ile taşımayı düzenleyen hükümlere yapıldığını ve öde deniz yolu ile taşımaya ilişkin hükümlerin hava yoluyla taşımaya ilişkin sorunlara uygulanmasının daha uygun olduğu ifade edilmiştir²⁷.

Katıldığımız diğer görüşe göre Kanunda açıkça ifade edildiği üzere uluslararası sözleşmede hüküm yoksa TTK hükümleri uygulanır. Zira havayoluyla taşımaya ilişkin özel hükümleri içeren TSHK, açık bir atf yaparak kendisinde ve uluslararası konvansiyonlarda hüküm bulunmayan hallerde, TTK hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür. TTK hükümleri genel hüküm olarak değil, atf gereği uygulanan hükümlerdir.

²² 18.7.1966 tarih ve 12351 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

²³ Ülgen, Hava Taşıma Sözleşmesi, s.5-6; Gençtürk, s.11.

²⁴ Sözer, s.116 vd.; Konu ile ilgili bilgi için bkz. Bozkurt Bozabalı, s.81 vd.

²⁵ Sözer, s.119.

²⁶ Sözer B., Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun Hükümlerine Göre Taşıyanın ve İşletenin Sorumluluğu, Batider, Aralık 1984, C.XII, S.4 (Batider 1984), s.16.

²⁷ Sözer, s.119.

Dolayısıyla açık bir hüküm varken yorum yapılması, ancak amaçsal yorum yapılmasının zorunlu olduğu hallerde mümkün olabilir. TTK içinde ise denizyolu ile taşımaları düzenleyen hükümler değil, kara taşımalarına ilişkin hükümler öncelikli olarak uygulanmalıdır²⁸. Zira TTK m.852 (TK m. 764) 'de özel hükümler saklı tutulduğuna göre, kara taşımalarına ilişkin bu hükümler genel hüküm niteliğindedir²⁹. TTK'nın yürürlüğe girmesi (01.07.2012) nedeniyle katıldığımız görüşün daha da güçlü bir şekilde savunulabilir hale geldiğini ifade edebiliriz. Zira dördüncü kitabın başlığı tüm taşıma türlerini kapsayacak genişlikte "Taşıma İşleri" olarak ifade edilmiştir. İkincisi taşıma işleri, bir "ticari işletme faaliyetidir" (TTK m.850/3). Özellikle havayolu taşımalarında kullanılan araçların maliyeti ve havayolu şirketlerinin hacmi dikkate alındığında, havayolu taşımaları bakımından aksi yönde bir ihtimalden dahi söz edilemez. Bu nedenle TTK m.1/2 gereği, TTK hükümlerinin ve hatta ticari nitelikteki örf ve âdetin dahi BK hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanması gerekir. Üçüncüsü TSHK'nın yürürlüğe girmesinden önce Türk Hukukunda havayolu taşımalarına ilişkin özel hükümler bulunmadığı için TK'nın 762 vd. hükümlerinin uygulandığı ifade edilmektedir³⁰. Dolayısıyla TTK'nın Dördüncü Kitabındaki hükümlerin, genel hüküm niteliği taşımaları bakımından herhangi bir değişiklik yoktur. Son olarak TTK'nın 852. maddesinin (TK 764), Adalet Alt Komisyonunda görüşülmesi sırasında, Tasarıda olmayan "demiryolu" taşımacılığına ilişkin hükümler de saklı tutulan hükümler arasına dâhil edilmiştir. Bu değişikliğin gerekçesinde, demiryolu taşımacılığına ilişkin özel hüküm bulunmayan hallerde, taşıma işlerine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı açıkça ifade edilmiştir³¹.

TTK'da hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunundaki hangi hükümlerin uygulanması gerektiği hususunda öncelikle taşıma sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda benimsenen görüşe göre çözüm önerilerinin de değişebileceğini ifade edebiliriz. Bu koşullar altında havayoluyla yurtiçi yolcu taşımalarına vekâlet sözleşmelerine ilişkin hükümler, eşya taşımalarına ise istisna sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması yerinde olur³². Yolcu taşımalarında taşıma işleri komisyonculuğunun kabul edilmemiş olmasını (TTK m.917; TK m.808), bu görüşümüze dayanak olarak gösterebiliriz. Bu hükümlerin uygulamaya yansımaları ise yolcu biletlerinde taşıyıcının açıkça belirtilmiş olması gereğidir. Başka bir ifadeyle uygulamada "bilet komisyoncusu" veya "seyahat acenteleri" olarak adlandırılan ve taşıyıcı adına yolcu bileti veren işletmeler, taşıma işini fiilen gerçekleştirecek taşıyıcının kendileri tarafından sonradan belirlenmesini (TTK m.918), yani yolcunun taşınmasını taahhüt eden (üstlenen) bilet düzenleyemezler. Bu durum, istisna sözleşmelerinden farklı olarak, yolcu taşıma sözleşmelerinin, bir sonuç taahhüdünden ibaret olmadığını göstermektedir.

III. KONVANSİYONLARIN YURTIÇİ HAVAYOLU TAŞIMALARINA DOĞRUDAN UYGULANMASI (TSHK m.124)

1. Doğrudan Uygulanmanın Kapsamı

TSHK'nın 124. maddesine göre "taşıyıcının sorumluluğunu sınırlandırması," 1929 tarihli VS ve bu Sözleşmeyi değiştiren Türkiye'nin katıldığı sözleşme ve protokollerin hükümlerine göre belirlenir (TSHK m.124/I). Bu hüküm uluslararası Sözleşmelerde yer alan hükümlerin boşluk doldurucu nitelikte ve dolaylı olarak uygulanma-

²⁸ Ülgen H., Hava Taşıyıcısının Sınırlı ve Sınırsız Sorumluluğu Hakkında, Prof.Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s.480; Ülgen, Hava Taşıma Sözleşmesi, s.36.

²⁹ Ülgen, Hava Taşıma Sözleşmesi, s.36; Gençtürk, s.11.

³⁰ Ülgen, Hava Taşıma Sözleşmesi, s.5-6.

³¹ Bkz. Mutlu Dinç, Yeni Türk Ticaret Kanunu 2011, Ankara, 2011, s. 717, m.852'ye ilişkin dn.2.

³² Ülgen, Hava Taşıma Sözleşmesi, s.8-9; Gençtürk, s.13, 22.

sını değil, bilakis TSHK’da hüküm bulunmasına rağmen bunlara aykırı olan Sözleşme hükümlerinin doğrudan doğruya ve öncelikli olarak uygulanması gerektiğini düzenlemektedir. Hükme göre yurtiçi havayolu taşımalarına doğrudan doğruya uygulanacak Sözleşme hükümleri, “*taşıyıcının sorumluluğunu sınırlandırması*”na ilişkin olanlarla sınırlıdır. Bununla birlikte bu hükmün anlamının ve kapsamının tartışmaya yer veremeyecek şekilde belirlenmesi kolay değildir. Zira “*taşıyıcının sorumluluğunu sınırlandırması*”nı, sadece sorumluluk sınırını tayin eden hüküm/hükümler şeklinde anlamak mümkün olduğu gibi; sorumluluğun konusu, sebepleri, sınırlandırılması, sınırsız sorumluluk, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler gibi, taşıyıcının sorumluluk miktarının belirlenmesine hizmet eden tüm hükümler şeklinde geniş yorumlamak da mümkündür.

Türkiye bakımından yürürlükte bulunan uluslararası Sözleşmelerdeki “*taşıyıcının sorumluluğunu sınırlandırması*”na ilişkin hükümlerin yurtiçi havayolu taşımalarına doğrudan uygulanması sorunu ve bunun kapsamı, TSHK’nın 126. maddesi bağlamında, doktrinde ilk kez Ülgen tarafından ele alınmıştır³³. TSHK m.126 yurtiçi havayolu taşımalarında taşıyıcının sınırsız sorumluluğunu düzenleyen bir hükümdür. Buna göre zararın, taşıyıcının veya yardımcılarının, zarar vermek kastıyla veya zararın doğması ihtimalini bilerek dikkatsizce yaptıkları bir hareket veya ihmal sonucunda meydana geldiği ispat edildiği takdirde, TSHK’da öngörülen sorumluluk sınırları uygulama alanı bulmaz. VS’nin 4 Nolu Montreal Protokolü ile tadil edilmiş metninin 25. maddesine göre, sorumluluk sınırlarının kalkmasına ya da sınırsız sorumluluğa ilişkin hükümler, sadece yolcu ve bagaj taşınması bakımından geçerlidir. Başka bir ifadeyle söz konusu hükme göre yük taşınmasında, taşıyıcının sorumluluğu daima sınırlı sorumluluk esasına göre belirlenmelidir. Dolayısıyla 4 Nolu Montreal Protokolünün Türkiye bakımından yürürlüğe girmesinden sonra³⁴ havayoluyla yurtiçi eşya taşımaları ile yurtdışı eşya taşımaları arasında bir farklılık oluşmuştur³⁵. MS’e baktığımızda da durum bundan farklı değildir. Söz konusu Sözleşmeye göre, sınırsız sorumluluk hali sadece yolcunun ölümü, cismani zarara uğraması ve gecikmesi ile bagajın zıyayı, hasarı ve gecikmesine münhasır olarak düzenlenmiştir (MS m.21, 22/5). Dolayısıyla MS’nin uygulama alanına giren yük taşımalarında taşıyıcının sorumluluğu daima sınırlı iken (MS m.22/5), TSHK kapsamındaki havayolu taşımalarından belirli koşulların gerçekleşmesi halinde sınırsız hale gelebilir (TSHK m.126). Bu durumda uluslararası konvansiyonların, yurtiçi havayolu taşımalarına doğrudan uygulanmasına ilişkin hükmün kapsamının açık bir şekilde belirlenmesi zorunluluğu ve ortaya çıkabilecek sorunların bazılarını aşağıdaki gibi ele almamız mümkündür.

1. Çözülmesi gereken ilk sorun TSHK’da açık bir düzenleme varken, aksine hükümler içeren uluslararası Sözleşmelere başvurulmasının mümkün olup olmadığıdır. Bir görüşe göre³⁶ “*taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılması bakımından*” VS sisteminde “*sadece 22. maddenin göz önünde tutulması doğru olmaz. Sınırlı sorumluluğun kalktığı ve yerine sınırsız sorumluluğun kaim olduğu hallerde de sonuç itibariyle sınırlı sorumluluk ile ilgilidir*”. Bu nedenle “*TSHK m.124/1’deki atıf sadece VS’nin 22. maddesine değil, aynı zamanda 24., 25. ve 25a. maddeleri oluşturan sisteme yöneliktir.*” Bu yoruma göre TSHK m.124’teki atfın, sadece sorumluluğun sınırlandırılması bakımından değil; sorumluluğun ortaya çıktığı haller (MS m.17, m.18, m.19), sorumluluğun kalktığı haller (MS m.20), sorumluluğa ilişkin zamanaşımı ve ihbar süreleri bakımından da (MS m.35) geçerli olduğunu kabul edebilir miyiz, şeklinde bir soru da akla gelebilir.

³³ Bkz. Ülgen, Kapsüz Armağanı, s. 485 vd.

³⁴ 4 Nolu Montreal Protokolünün onaylanmasının uygun bulunmasına dair Kanun 21.04.1993 tarih ve 21559 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

³⁵ Ülgen, Kalpsüz Armağanı, s.485.

³⁶ Ülgen, Kalpsüz Armağanı, s.486-487.

Soruna aksi yönde bir düşünceyle bakarsak, yani TSHK m. 124'de yer alan atfın, bu şekilde geniş değil, dar yorumlanması gerektiği savunulabilir mi? Bu soruya olumlu cevap vermeyi gerektirecek nitelikte kanunda dayanak bulmak da mümkündür. Zira TSHK'da gerek eşya taşımaları gerekse yolcu taşımaları bakımından, taşıyıcının sorumluluk miktarı düzenlenmemiş ve bu hususta uluslararası konvansiyonlara atf yapılmıştır. Sınırlı sorumluluk sistemine ilişkin diğer hükümler ise TSHK'da yer almıştır. Ayrıca Kanun koyucu bu yöndeki iradesini "*taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılması*" şeklinde açıkça ifade etmiştir. Bununla birlikte bu çözümün de kendine göre eksik tarafları vardır. Örneğin TSHK m.106'da kanunda hüküm bulunmaması halinde uluslararası konvansiyonlara zaten açık bir atf yapılmışken, aynı atfın 124. maddede tekrar edilmesi, izaha muhtaçtır. Zira kanun koyucunun boşluk doldurucu nitelikte ikinci bir atf yapması, abesle iştigal etmesi anlamına gelir. Öte yandan bu fikir kabul edildiğinde, havayolu taşıyıcısının sorumluluğu açısından yurtiçi ile yurtdışı taşımaları arasında farklılıklar oluşacaktır. Yurtiçi ile yurtdışı taşımaları arasında oluşan böyle bir farkın yerinde olmadığı savunulabilir. Dolayısıyla gerek atfın kapsamı, gerekse yurtiçi ve yurtdışı havayolu taşımalarında taşıyıcının sorumluluğu bakımından bir farkın olup olmadığının TSHK'da yapılacak açık bir düzenlemeyle çözümlenmesi en doğru yöntem gibi görünmektedir.

2. İşaret edilmesi gereken ikinci husus TSHK m.124'ün kaleme alınış biçimidir. TSHK m.124'e göre taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılması, 12 Ekim 1929 tarihli Varşova Sözleşmesi ve bu Sözleşmeyi değiştiren Türkiye'nin katıldığı "sözleşme ve protokollerin" hükümlerine göre belirlenir. Bu ifadedeki "bu Sözleşmeyi değiştiren" ifadesine "*ve onun yerine geçmek üzere hazırlanan*" (TTK m.1328³⁷) şeklindeki ifade-nin eklenmesi daha uygun olacaktır.

2. Yurtiçi Havayolu Taşımaları Üzerindeki Etkisi Yönünden Montreal Sözleşmesinin Getirdiği Değişiklikler

Yurtiçi havayolu taşımaları bakımından uluslararası Sözleşmelerin uygulanması söz konusu olduğuna göre ülkemiz mevzuatı açısından nispeten yenilik arz eden MS ile getirilen değişikliklere de değinilmesi gerekir. Burada özellikle MS tarafından getirilen yeniliklerin, yurtiçi havayolu taşıyıcısının sorumluluğunun sınırlandırılması (TSHK m.124) bakımından getirdiği değişiklikler ele alınacağından, öncelikle Sözleşmenin 17-22. ve 24. maddelerinde yer alan hükümlerin irdelenmesi gerekir.

a. Sorumluluk Sınırlarının Revize Edilmesi

MS'nin havayolu taşıyıcının sorumluluğu bakımından getirdiği ve yurtiçi havayolu taşımalarını etkileyebilecek en önemli değişikliklerden birisi Sözleşmenin 24. maddesinde yer almaktadır. Buna göre Sözleşmede öngörülen sorumluluk limitleri beş yılda bir gözden geçirilerek, belirli usul ve koşullara uygun olarak revize edilebilir. Nitekim bu hüküm gereği, eşya taşımada ziya, hasar ve gecikmeye ilişkin 17 ÖÇH'lik sorumluluk sınırı (MS 22/3), 19 ÖÇH'ye; yolcu taşımalarında gecikmeden doğan zararlara ilişkin 4.150 ÖÇH (MS 22/1) olan sorumluluk sınırı, 4.694 ÖÇH'ye; bagaj taşımada ziya ve hasara ilişkin 1000 ÖÇH olan sorumluluk sınırı (MS 22/2), 1.131 ÖÇH'ye; ölüm ve cismani zararlara ilişkin 100.000 ÖÇH olan ilk basamak sorumluluk sınırı (MS 21/1), 113.100 ÖÇH'ye çıkarılmıştır. Söz konusu reviziyona konu olan sorumluluk sınırları 30.12.2009 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir³⁸. Bundan böyle hem yurtiçi hem de yurtdışı havayolu taşımaları bakımından taşıyıcısının sorumluluk sınırlarının dinamik bir yapıya kavuşturulduğu ifade edilebilir.

³⁷ 1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlandırılmasına İlişkin Sözleşmeye yapılan atf için benimsenen ifade daha uygundur.

³⁸ Bkz. LE 3/38.1-09/87, 04. 11. 2009 [http://folk.uio.no/erikro/WWW/cog/087e.pdf] (26.11.2012) ; Birinci Uzun T., Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, 2012, s.150, dn.612.

b. Eşya/Yük Taşıyıcısının Ziya, Hasar ve/veya Gecikme Nedeniyle Sorumluluğu

Gönderen, yükün varma yerinde tesliminde özel menfaat beyanında bulunmadığı ve bunun için gerektiğinde ek bir ücret ödemediği sürece, eşyanın ziya ve/veya hasara uğraması halinde her kilogram başına taşıyıcının sorumluluğu, 19 ÖÇH ile sınırlıdır (MS m.22/3). Söz konusu hükmün tamamı incelendiğinde de eşya taşımalarında taşıyıcının sorumluluğu bakımından 4. Nolu Montreal Protokolüyle değişik (1975) VS'den temelde bir farklılığın olmadığı anlaşılmaktadır³⁹. Esasında MS'nin eşya taşımalarında hava taşıyıcısının sorumluluğuna ilişkin hükümleri, 1975 tarihli 4 Nolu Montreal Protokolünden alınmıştır⁴⁰. Bu durumun doğal sonucu veya delillerinden biri de MS'ye göre eşya taşımalarında havayolu taşıyıcısının sorumluluğunun daima sınırlı olması, başka bir ifadeyle sınırsız sorumluluğun sadece yolcu ve bagaj taşımaları bakımından söz konusu olmasıdır⁴¹.

MS'nin gerek ulusal gerekse uluslararası eşya taşımalarında uygulanması bakımından dikkat edilmesi gereken hususlardan biri Türkçe resmi çeviride, eşya taşımalarında hava taşıyıcısının gecikmeden doğan sorumluluk sınırının belirtilmemiş olmasıdır. Bununla birlikte bu durum, taşıma hukukuna ilişkin konvansiyonlarda sıklıkla rastlanan tercüme hatalarından biri⁴² olmaktan öte bir anlam ifade etmemektedir. Zira orijinal metinlere göre eşya taşımalarında taşıyıcının sorumluluğunun miktarına ilişkin 19 ÖÇH'lik sınır, hem ziya ve/veya hasar hem de gecikmeden doğan sorumluluklar bakımından geçerli toplam bir üst sınırı ifade eder (MS m.22/3).

c. Yolcu Taşıyıcısının Ölüm veya Cismani Zarar Nedeniyle Sorumluluğu

Hava taşıyıcısının yolcu taşımalarına ilişkin sorumluluk süreci ise TSHK ile örülmektedir. Buna göre sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için kazanın hava aracının içinde ya da herhangi bir iniş veya biniş (*embarking or disembarking*) faaliyeti⁴³

³⁹ 1929 Varşova Konvansiyonunda yük taşımalarında hava taşıyıcısının sorumluluğu, kilogram başına 250 Poincaré Frank ile sınırlandırılmış ve bu miktar Lahey Protokolü (1955) ile de muhafaza edilmiştir.

⁴⁰ Bkz. Dempsey/Milde, *International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999*, Montreal, 2005, s.196-197; Gençtürk, s.220-221 ve dn.79; Sözer Bülent, *Havayolu İle Yapılan Uluslararası Taşımalarda Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen Varşova/La Haye Sistemi'nin Tadiline İlişkin 1999 Montreal Sözleşmesi*", *Batider*, C.XXI, S.1, 2001, (s.141-192), (Montreal), s.167.

⁴¹ MS'nin bu hususu düzenleyen hükmü (MS m.22/5) 4. Nolu Montreal Protokolünün IX. maddesiyle değişik Varşova Konvansiyonunun 25. maddesinden aynen alınmıştır (Birinci-Uzun, s.157).

⁴² CMR'deki tercüme hataları ve doğru tercüme önerileri için bkz. Abuzer, *Kendigelen/Alihan Aydın, Karayolu ile Uluslar arası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma (CMR) - Resmi Çeviriye İlişkin Sorunlar ve Bir Serbest Çeviri Denemesi*", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002, (s.495-525) s.495-525; Abuzer, *Kendigelen/Alihan Aydın, Bibliyografyalı-Notlu-İçtihatlı Taşıma Hukuku Mevzuatı*, İstanbul, 2001 (Mevzuat), s.131 vd.; Arslan Kaya, *Kara Yolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (CMR) Uygulanması Şartları ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları (I)* ", Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yay. No.715, (s.311-333) s.313, dn.6.

⁴³ Burada da resmi çevirinin yük taşımalarında kullanılan "yükleme veya boşaltma faaliyeti" kavramını kullandığını, oysa yolcular, herhangi bir yükleme aracı veya yükleyiciye ihtiyaç duymaksızın kendi irade ve fiilleriyle söz konusu faaliyetleri gerçekleştirdikleri dikkate alınarak, yolcu taşımalarında inmek veya binmek fiilleri kullanılmaktadır.

sırasında meydana gelmiş olması gerekir (MS m.17/1; TSHK m.120)⁴⁴. Bununla birlikte MS'de esaslı sayılabilecek en önemli değişiklikler, yolcunun ölümü ve yaralanması halinde hava taşıyıcısının sorumluluk sınırına ilişkin hükümlerle getirilmiştir⁴⁵.

1. Her şeyden önce ölüm ve cismani zararlardan dolayı hava taşıyıcısının miktar ile sınırlı sorumluluk (sınırlı şahsi sorumluluk) sistemi terk edilmiştir⁴⁶. Dolayısıyla havayolu taşıyıcısı, hem ulusal hem de uluslararası havayolu taşımaları bakımından geçerli olmak üzere, yolcunun ölümü ve cismani zararlarından dolayı meydana gelen bütün zararlardan (sınırsız şahsi sorumluluk) kural olarak sorumludur (MS m.21/1-2; TSHK m.124/1).

2. MS, yolcu taşımalarına ilişkin getirdiği iki basamaklı sorumluluk sistemiyle (*two tier*) de VS ve Protokollerinden ayrılmaktadır (MS m.21)⁴⁷. Bu sisteme göre yolcunun ölümü ve bedensel zarar görmesi halinde taşıyıcının ilk basamaktaki sorumluluğu, mutlak sorumluluk prensibine yaklaşmaktadır⁴⁸. Şöyle ki; ilk basamaktan kaynaklanan ve her bir yolcu için 113.000 ÖÇH olan sorumluluğu yönünden taşıyıcı sorumluluktan kurtulma veya sınırlandırma hakkı imkânına sahip değildir (MS m.17/1 ve m.21/1). Sorumluluktan kurtulma imkânı, yalnızca ilk basamak sınırını (113.000 ÖÇH) aşan miktarlar bakımından söz konusu olabilir (MS m.21/2-a ve b). İlk basamak için taşıyıcı mücbir sebepleri dahi ileri süremez⁴⁹; sadece müterafık kusura dayanabilir (MS m.20)⁵⁰. Öte yandan ilk basamaktan sorumlu tutulabilmesi için taşıyıcının kusurlu olması veya bunun davacı tarafından ispat edilmesi şart değildir. Daha doğru bir ifadeyle taşıyıcının ilk basamaktaki sorumluluğu kusursuz sorumluluk ilkesine dayanır.

3. Söz konusu sorumluluk sistemi, her iki basamak bakımından geçerli olmak üzere Varşova sisteminde benimsenen gerçek zararın tazmin edilmesi ilkesinden ayrılmıştır. Buna göre taşıyıcının, ancak davacı tarafından ispat edilebilen gerçek zararın tazmin etmesi söz konusu olabilir. Kısaca 113.000 ÖÇH'lik sınır, bir üst sınır olup, maktu bir tazminat ödemesi değildir⁵¹.

4. Taşıyıcının ikinci basamaktaki sorumluluğu ise hem kusur ilkesine dayanır, hem de sınırsızdır. Bununla birlikte taşıyıcının sınırsız sorumluluğunu gerektiren kusurunun ispatı bakımından VS sisteminden sapıldığı savunulabilir. Zira genel olarak taşıma hukukunda ve VS'de taşıyıcının sınırsız sorumluluğuna neden olan kusurunun tespiti bakımından ispat yükü gören/davacı üzerindedir (TSHK m.126; VS m.25; CMR m.29; CIM m.44; TTK m.886). Buna karşılık MS'de taşıyıcının ikinci basamaktan sorumluluğuna sebep olan kusurunun tespiti bakımından ispat yükünün kimin üzerinde olduğu belirsiz olduğunun ileri sürülmesine rağmen⁵², ispat yükü taşıyıcı üzerinde

⁴⁴ VS'ye göre taşıyıcının sorumluluk süreci hakkında bkz. Kırman, s.67 vd.; Ülgen, Hava Taşıma Sözleşmesi, s.161.

⁴⁵ Yolcu taşımalarında sorumluluk hükümleri 1995 IATA Intercarrier Agreement'teki "two tier" sisteminden esinlenerek düzenlenmiştir (bkz. Gençtürk, s.6 ve dn 36 ile s.221 ve dn.79).

⁴⁶ Birinci-Uzun, s.149.

⁴⁷ Birinci-Uzun, s.149.

⁴⁸ Moore L., The New Montreal Liability Convention, Major Changes in International Air Law: An End to the Warsaw Convention, Tulane Journal of International & Comparative Law, Vol.9, 2001, s. 227.

⁴⁹ Taşıyıcının, hava türbülansı gibi olayları bahane ederek sorumluluktan kurtulmasını engellemek amacıyla mücbir sebep savunmasının kabul edilmemesine ilişkin bkz. Dempsey/Milde, s.168.

⁵⁰ Dempsey/Milde, s.179.

⁵¹ Dempsey/Milde, s.182.

⁵² Batra, s.442.

birakılmıştır⁵³. Taşıyıcının ikinci basamaktan kaynaklanan sorumluluğunu önleyebilmesi için zararın kendisinin veya yardımcılarının kusuruna dayanmadığını veya sadece bir üçüncü kişinin kusuru sonucu meydana geldiğini ispat etmesi gerekir (MS m.21/2 a-b)⁵⁴.

5. İkinci basamaktaki sorumluluğun temeli olan kusurun tanım ve türü bakımından da değişiklik vardır. Varşova ve Varşova-Lahey sisteminden farklı olarak, sınırsız sorumluluğun dayanağı olan pervasızca davranış kusuru (*wilfull misconduct*) (VS m.25) yerine “*kusur ya da diğer yanlış bir fiil ya da ihmal*” kusuru kavramı (MS m.21/2-a ve b) kabul edilmiştir⁵⁵. Dolayısıyla MS m.21’e göre bedensel bütünlüğe gelen zarar, Sözleşmede tanımlanan kusur nedeniyle meydana gelmişse sorumluluk sınırsızdır. Diğer bir deyişle taşıyıcının kastı veya pervasızca davranış kusurundan oluşan iki tür ağır kusurunun ispat edilmesi koşuluyla sınırsız sorumluluğu kabul eden VS’deki anlayış terk edilmiş ve yerine sadece taşıyıcının kusurunu yeterli gören sistem getirilmiştir.

d. Bagaj Taşınması Nedeniyle Sorumluluk

Havayolu taşıyıcısının bagaj taşınmasından doğan sorumluluk sebepleri ve süreci bakımından MS ile TSHK arasında herhangi bir fark olmadığı ifade edilebilir. Buna göre taşıyıcı, kontrol edilmiş bagajın hava aracı içinde meydana gelen olaylar nedeniyle veya taşıyıcının sorumluluğu altındayken ziya ve/veya hasara uğraması ya da gecikmesi halinde sorumludur (MS m.17/2, 19; TSHK m.121/1-2).

Bagaj taşınmasında taşıyıcının sorumluluğu bakımından VS ile TSHK’de benimsenen “*tescil edilmiş bagaj*” kavramı yerine “*kontrol edilmiş bagaj*” kavramı kullanılmıştır. Bu yeni kavramın, teknolojik gelişmelere ve günün şartlarına daha uygun olduğu ifade edilebilir⁵⁶.

aa. Kontrol Edilmiş Bagaj Nedeniyle Sorumluluk

Kontrol edilmiş bagaj, taşıyıcı tarafından yolcuya bagaj tanımlama kuponu (etiketi)⁵⁷ verilen eşyalardır (MS m.3/3). Buna göre havayolu şirketinin elemanları tarafından tartı vb. işlemleri yapıldıktan sonra, kupon verilerek yolcudan teslim alınan veya el bagajı olarak yolcuya teslim edilen bagaj, kontrol edilmiş bagaj olarak nitelendirilebilir. Bu nedenle MS tarafından benimsenen “*kontrol edilmiş bagaj*” kavramı ile VS tarafından benimsenen “*tescil edilmiş bagaj*” kavramı arasında herhangi bir fark olmadığı sonucuna ulaşılabilir.

VS ile MS arasındaki farklılardan biri de bagaj taşınmasında sorumluluk sınırına esas alınan ölçü birimi bakımındandır. VS’de taşıyıcının “*tescil edilmiş*” bagaj için sorumluluğu, “*kilogram başına 250 Frank*” ile sınırlıdır (VS m.22/2). Buna karşılık MS’ye göre kontrol edilmiş bagajın ziya ve/veya hasar ya da gecikmesinden⁵⁸

⁵³ Cheng, s.849.

⁵⁴ Moore L., The New Montreal Liability Convention, Major Changes in International Air Law: An End to the Warsaw Convention, Tulane Journal of International & Comparative Law, Vol.9, s.227-228. Bu ispatın taşıyıcı için oldukça güçlük arz edeceği konusunda bkz. Dempsey/Milde, s.182.

⁵⁵ Cheng, s.849.

⁵⁶ Zira günümüzde bagajın tescil edilip edilmemesi bakımından yolcunun herhangi müdahalesi söz konusu olamaz. Bu durum tamamen taşıyıcı firmanın iç işleyişi ile ilgili bir karar olarak görünmektedir.

⁵⁷ Bagaj tanımlama kuponunda hangi bilgilerin bulunması gerektiği açık değildir. Uygulamada kalkış ve varış yerleri, uçuş numarası gibi hususlar bulunmaktadır (Dempsey/Milde, s.89).

⁵⁸ Burada da orijinal metinde olmasına rağmen, Türkçe resmi çeviride “*gecikme*” ibaresi yer almamıştır.

kaynaklanan zararlardan dolayı taşıyıcının sorumluluk sınırı, “her yolcu için” 1.131 ÖÇH’dir (MS m.22/2).

Kontrol edilmiş bagajın kaybolduğu, taşıyıcı tarafından kabul edilirse veya ulaşması gereken tarihten itibaren 21 gün içinde teslim edilmese yolcu, bagajının zayı olduğu gerekçesiyle taşıma sözleşmesinden doğan haklarını kullanabilir (MS m.17/3).

Kontrol edilmiş bagajın ziya ve/veya hasarı halinde, taşıyıcının sorumsuzluk sebepleri bakımından da MS ile TSHK arasında farklılıklar bulunmaktadır. VS ile TSHK’ye göre taşıyıcı, kendisinin veya yardımcılarının zararı önlemek için gerekli bütün tedbirleri aldıklarını veya bu tedbirleri alma imkânı olmadığını ispat ederse sorumlu olmaz (VS m.20; TSHK m.123). MS’de ise bagaj taşınmasında sorumsuzluk sebepleri, yolcu ve eşya taşımalarında sorumsuzluk sebeplerinden ayrı ve farklı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre zarar bagajın kendi kusurundan, kalitesizliğinden veya kötüliğünden kaynaklanıyorsa taşıyıcı sorumlu olmaz (MS m.17/2).

bb. Kontrol Edilmemiş Bagaj Nedeniyle Sorumluluk

Kontrol edilmemiş bagajın ziya ve/veya hasarından doğan zararlar söz konusu olduğunda ise taşıyıcının sorumluluğu kusur ilkesine dayanır. Buna göre “*Kişisel eşyalar dâhil olmak üzere, kontrol edilmemiş bagajların olduğu durumlarda*”, zarar taşıyıcının ya da yardımcılarının kusuruna bağlı olarak meydana gelmiş ise taşıyıcı sorumludur (MS m.17/2- son cümle).

Kontrol edilmemiş bagajdan dolayı taşıyıcının sorumluluğuna esas tutulan kusur bakımından ispat yükünün kimin üzerinde olduğu belirli değildir. Taraflar arasındaki ilişkinin taşıma sözleşmesine dayandığı kabul edilirse ispat yükünün taşıyıcı üzerinde olduğu sonucuna varılmalıdır. Buna karşılık taşıyıcının kontrolünden geçmemiş ve muhtemelen ondan habersiz olarak uçağa alınan el bagajı ve kişisel eşyalar açısından taraflar arasında sözleşme ilişkisinin kurulmadığı ve ilişkinin haksız fiil hükümlerine tabi olduğu kabul edilirse, ispat yükünün yolcu üzerinde olduğu kabul edilmelidir⁵⁹.

Kusur bakımından ispat yükünün taşıyıcı üzerine olduğu kabul edilse dahi kontrol edilmiş bagaj sorumluluğu ile kontrol edilmemiş bagaj sorumluluğu arasındaki nitelik farkı, ispat yükünün kapsamı bakımından da önem arz eder. Buna göre kontrol edilmiş bagaj sorumluluğu söz konusu olduğunda, yolcunun, zararın taşıyıcının sorumluluk süreci içinde meydana geldiğini ispat etmesi yeterlidir. Bundan sonra kontrol edilmiş bagaja dair sorumluluktan kurtulmak isteyen taşıyıcının, MS tarafından sınırlı sayılı şekilde belirlenmiş olan sorumsuzluk sebeplerinden birinin gerçekleştiğini ispat etmesi gerekir (MS m.17/2 - ikinci cümle). Oysa kontrol edilmemiş bagaj sorumluluğundan kurtulmak isteyen taşıyıcının, zararın kendisinin veya yardımcılarının kusurundan doğmadığını ispat etmesi yeterlidir (MS m.17/2 - son cümle). Yani bu halde, taşıyıcının sorumsuzluk sebepleri sınırlı sayıda değildir.

Kontrol edilmemiş bagaj nedeniyle taşıyıcının sorumluluk süreci MS’de açıkça belirlenmemiştir. Dolayısıyla kontrol edilmiş bagaj dolayısıyla taşıyıcının sorumluluk sürecini düzenleyen hükümlerin, kıyasen kontrol edilmemiş bagaj sebebiyle de uygulanması gerekir.

⁵⁹ Dempsey/Milde, ayrıntıya girmeksizin kontrol edilmemiş bagajdan dolayı sorumlu tutulabilmesi için davacı tarafın, zararın taşıyıcının kusurundan doğduğunu ispat etmesi gerektiğini ileri sürer (Dempsey/Milde, s.123).

e. Gecikme Zararları Nedeniyle Sorumluluk

MS’de havayolu taşıyıcısının yolcu, bagaj ve eşya taşımada gecikmeden doğan zararlardan sorumluluğu ortak bir hükümle düzenlenmiştir. Buna göre taşıyıcı gecikmeden kural olarak sorumlu olmakla birlikte, eğer kendisinin veya yardımcılarının zarardan kaçınmak için gerekli bütün önlemleri aldıklarını veya bu türden önlemlerin alınmasının mümkün olmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulur (MS m.19). Görüldüğü gibi gecikme zararlarından sorumluluk ve kurtuluş sebepleri bakımından VS ve TSHK ile MS arasında bir farklılık bulunmamaktadır⁶⁰. Dolayısıyla TSHK’nın 122. maddesi ile yalnızca gecikmeden doğan sorumlulukla sınırlı olmak üzere 123. maddesi, halen yürürlüğünü devam ettirmektedir.

f. Müterafık Kusur

MS, VS’de olduğu gibi müterafık kusuru bir sorumluluktan kurtulma sebebi olarak düzenlemiştir (MS m.20). Söz konusu hüküm, aynı konuyu düzenleyen VS’nin 21. maddesindeki hükümden daha ayrıntılı olmasına rağmen, temelde bir farklılık bulunmamaktadır. Bununla birlikte VS’nin 21. maddesindeki iç hukuka (*lex fori*) yapılan gereksiz atıf⁶¹ kaldırılmış ve müterafık kusura ilişkin hükmün bütün sorumluluk hallerinde (ölüm, cismani zarar, gecikme, ziya ve hasar) uygulanacağı açıkça hükme bağlanmıştır. TSHK’da benzer bir hüküm bulunmadığından 106 ve 124. maddelerdeki atıflar nedeniyle MS’deki müterafık kusura ilişkin hükümler yurtiçi havayolu taşımalarına da uygulanmalıdır.

IV. SONUÇ

TSHK kapsamında gerçekleştirilen yurtiçi havayolu taşıma sözleşmelerine uygulanacak hükümler bakımından Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası havayolu taşımalarını düzenleyen konvansiyonlardaki değişikliklerin büyük önemi bulunmaktadır. Zira TSHK’nın 106. maddesine göre Kanunda hüküm olmayan hallerde ve 124. maddesine göre de “taşıyıcının sorumluluğunun sınırlanması” hususunda Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası konvansiyonlardaki hükümler uygulanır. Bu bakımdan Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası konvansiyonlarda bulunan ve “taşıyıcının sorumluluğunun sınırlanması” hakkındaki hükümlerin uygulanması için TSHK’da hüküm bulup bulunmamasının bir önemi yoktur. Daha doğru bir ifadeyle Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası konvansiyonlardaki söz konusu hükümler, sonraki kanun olarak TSHK hükümlerini değiştirebilmektedir.

TSHK kapsamındaki taşıma sözleşmelerine uluslararası konvansiyonlardaki hükümlerden sonra uygulanması gereken iç hukuk hükümlerinin belirlenmesi hususunda doktrinde yaşanan tartışma bakımından TTK’nın yürürlüğe girmesi önemlidir. Kanaatimizce TSHK ve TTK’ya göre uluslararası konvansiyonlarda hüküm bulunmayan hallerde yurtiçi havayolu taşıma sözleşmelerine taşıma işlerini düzenleyen ve TTK’nın Dördüncü Kitabında yer alan hükümlerin uygulanması gerekir (TSHK m.106; TTK m.850/3 ve m.852).

⁶⁰ Havayolu taşımalarında gecikmenin genellikle hava koşulları ve uçuş güvenliği ile ilgili olmasından dolayı genellikle gecikmeden doğan sorumluluğun ağırlaştırılmasına sıcak bakılmamaktadır. MS’nin yukarıda anılan hükmü de bu düşüncenin ürünü olarak herhangi bir değişiklik getirmemiştir.

⁶¹ VS m.21’deki “*Kendi kanunlarının hükümlerine göre...*” ifadesinin gereksizliği ile verilmesi gereken anlamı için bkz. Özdemir, s.263; Ayrıca farklı görüşler için bkz Gençtürk, s.177, dn.271; Kırman, s.122 vd.

Havayolu taşıma sözleşmeleri hakkında Türkiye'nin taraf olduğu son konvansiyon MS'dir. MS'nin VS sisteminde yer alan hükümlerden ayrıldığı noktalar, anılan atflarla sınırlı olmak üzere (TSHK m.106, 124) yurtiçi hava taşıma sözleşmeleri bakımından da geçerlidir.

MS, özellikle sorumluluk sınırlarının belirli usul ve şartlara uyularak güncellenmesine imkân vermesi, yolcu taşımalarında iki basamaklı sorumluluk sistemini getirmesi, bagaj taşımalarında kg esasına dayalı sorumluluk sınırını terk ederek yolcu başına sorumluluk sınırı belirlemesi ve kontrol edilmemiş bagajdan sorumluluğu düzenlemesi gibi hususlarda getirdiği yeni hükümlerle yurtiçi havayolu taşımaları bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

17. OTURUM

TEBLİĞLER

*** 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNUNDA RÜÇHAN HAKKI
KONUSUNDA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER**

Prof. Dr. Şükrü YILDIZ

*** KAYDI SİSTEME İLİŞKİN 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU
HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Yrd. Doç. Dr. Mücahit ÜNAL

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNUNDA RÜÇHAN HAKKI KONUSUNDA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

Prof. Dr. Şükrü YILDIZ*

I. Genel Olarak

Rüçhan hakkı, pay sahibinin anonim şirketteki pay oranının korunabilmesini sağlamak amacıyla kabul edilmiş bir pay sahipliği hakkıdır. Bu hak sayesinde pay sahibi dış kaynaklardan yapılan sermaye artırımını sonucu çıkarılacak yeni payları, payları ile orantılı olarak alma hakkına sahip bulunmaktadır.

6762 sayılı TTK m. 394’de sadece bir maddede ve esas sermaye sistemi dikkate alınarak düzenlenen yeni pay alma (rüçhan hakkı), 6102 sayılı TTK’da daha kapsamlı ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yeni TTK, rüçhan hakkını esas sermaye artırımında (TTK m.461), kayıtlı sermaye sisteminde (TTK m. 460) ve şartlı sermaye sisteminde (TTK m. 465, 466 ve 467) olmak üzere çeşitli maddelerde hüküm altına almıştır.

Diğer yandan yeni TTK, rüçhan hakkı ile ilgili olarak 6762 sayılı TTK döneminde ortaya çıkan sorunları ve eksiklikleri giderici hükümler getirmiştir. Ayrıca yeni TTK’daki rüçhan hakkı ile ilgili yeni hükmün bir diğer amacının, AB 2. Nolu şirketler Hukuku Yönergesinin, rüçhan hakkı ile ilgili 29. madde hükmüne uyum sağlamak olduğu anlaşılmaktadır.

Gerçekten de 6762 sayılı TTK m. 394’de rüçhan hakkı, “yeni pay alma hakkı” kenar başlığı altında “Umumi heyetin esas sermayesinin artırılmasına müteallik kararında aksine şart olmadıkça pay sahiplerinden her biri yeni hisse senetlerinden şirket sermayesindeki payı ile mütenasip miktarını alabilir. İdare meclisi, pay sahiplerine verilecek senetlerin ihraç bedellerini gazetelerle ilan eder. Bu hususta yapılacak ilanlarda pay sahiplerinin yeni pay alma haklarını kullanabilmeleri için tayin olunacak müddet 15 günden aşağı olamaz” şeklinde düzenlenmişti.

Bu hüküm hakkın kısıtlanmasına imkan vermesine rağmen kısıtlama şartlarının ne olacağı konusunda açıklık taşımadığı için pek çok tartışma ve farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden oluyordu. Zira madde metninde hakkın esas sözleşme ile kısıtlanıp kısıtlanamayacağı, genel kurulun bu hakkı kaldırması ya da sınırlandırabilmesi için bu hususun gündemde açıkça gösterilmesinin gerekip gerekmediği, hakkın sınırlandırılmasında genel kurulun uymakla yükümlü olduğu ilkelerin olup olmadığı, kısıtlama kararında gerekli olan nisapların ne olduğu, hakkın kullanılabilmesi için yönetim kurulu tarafından yapılacak ilanların hangi gazetelerde nasıl ilan edileceği ve pay sahibi tarafından kullanılmayan hakkın devredilip devredilemeyeceği konusunda tartışmalar bulunmaktaydı.

Yeni TTK özellikle, esas sermaye sisteminde yer verdiği m.461 hükmü ile belirtilen sorunların pek çoğuna çözüm getirmiş bulunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, yeni TTK hakkı ifade etmek üzere, 6762 sayılı TTK’dan farklı olarak, bir yenilik olarak rüçhan hakkı terimini kullanmıştır¹. Bu terimin kullanma gerekçesi olarak, rüçhan hakkı teriminin uygulamada yaygınlık kazandığı hu-

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

¹ Kanunun, Tasarı olarak kamuoyuna sunulduğu Şubat 2005 Tasarısında m.461 kenar başlığı “Yeni Pay Alma Hakkı (Rüçhan Hakkı) şeklindeydi.

susu gösterilmiştir. Bununla birlikte kanun rüçhan hakkı kavramı yanında (TTK m. 461, m.465/1-d, m.478/2, m. 460/2), bazı maddelerinde, yeni pay alma hakkı kavramına da yer vermiştir (TTK m.460/4, 461/3, 503).

Çalışmada, 6762 sayılı TTK m. 394 uygulamasında, ortaya çıkan sorunların, yeni TTK m. 461'de nasıl düzenlendiği, eksik ve tartışmalı konuların yeni düzenlemeye rağmen varlığını koruyup korumadığı, AB'nin 2 Nolu Şirketler Hukuku Yönergesi m. 29 hükmüne uyum sağlanıp sağlanmadığı hususları üzerinde durulacaktır.

Rüçhan hakkı 461 maddede

“3. Rüçhan hakkı

MADDE 461 - (1) Her paysahibi, yeni çıkarılan payları, mevcut paylarının sermayeye oranına göre, alma hakkını haizdir.

(2) Genel kurulun, sermayenin artırımına ilişkin kararı ile paysahibinin rüçhan hakkı, ancak haklı sebepler bulunduğu takdirde ve en az eşas sermayenin yüzde altmışının olumlu oyu ile sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir. Özellikle, halka arz, işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınması ve işçilerin şirkete katılmaları haklı sebep kabul olunur. Rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasıyla, hiç kimse haklı görülmeyecek şekilde, yararlandırılmaz veya kayba uğratılmaz. Nisaba ilişkin şart dışında bu hüküm kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararına da uygulanır. **Yönetim kurulu, rüçhan hakkının sınırlandırılmasının veya kaldırılmasının gerekçelerini; yeni payların primli ve primsiz çıkarılmasının sebeplerini; primin nasıl hesaplandığını bir rapor ile açıklar. Bu rapor da tescil ve ilân edilir**.*

(3) Yönetim kurulu yeni pay alma hakkının kullanılabilmesinin esaslarını bir karar ile belirler ve bu kararda pay sahiplerine en az onbeş gün süre verir. Karar tescil ve 35 inci maddeki gazete ile tirajı en az elli bin olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan bir gazetede ilân olunur. Ayrıca şirketin internet sitesine konulur.

(4) Rüçhan hakkı devredilebilir.

(5) Şirket, rüçhan hakkı tanıdığı paysahiplerinin, bu haklarını kullanmalarını, nama yazılı payların devredilmelerinin esas sözleşmeyle sınırlandırılmış olduğunu ileri sürerek engelleyemez.”

Şeklinde hüküm altına alınmıştır. Hükmün yeni kanuna konuluş sebepleri ise kapsamlı bir gerekçe ile açıklanmıştır². Gerekçeden de, madde metninden ve gerekçe-

* TBMM tarafından f.2'ye eklenen son cümlelenin gerekçesi; hüküm şeffaflık ilkeleri bağlamında ve AB yönergeleriyle uyum sağlamak amacıyla kaleme alınmıştır.

² **Gerekçe/Madde 461** - Paysahibinin yeni pay alma hakkı, paysahibini koruyucu kurallar konularak yenileştirilmiştir. Ayrıca, kapalı şirketlerin de kayıtlı sermaye sistemini kabul edebilecekleri gözüne alınarak yönetim kuruluna yönelik hükümlere yer verilmiş, rüçhan hakkını kullanma süresini belirlemeye yetkili organ gösterilmiş ve payın devrinin kısıtlandığı hallerde, bunun yeni pay alma hakkının sınırlandırılması için bir bahane olarak kullanılmasına olanak verilmemiştir. Yeni payları almada paysahibinin önceliğini vurgulamak amacıyla, kenar başlıkta, uygulamamızda yaygınlık kazanmış bulunan "rüçhan" hakkı kelimesine de yer verilmiştir. Eşit işlem ilkesinin (Tasarı m. 357) ağırlığını duyurduğu maddeye bazı hükümlerin de İsv. BK m. 652b esin vermiştir.

Birinci fıkrâ: Birinci fıkrâ her paysahibinin mevcut katılma oranına göre pay alma hakkı bulunduğunu, 6762 sayılı Kanunun 394 üncü maddesine nazaran daha açık bir ifadeyle belirtmektedir. Yeni pay alma hakkının belirlenmesinde itibarî değer esas alınır.

İkinci fıkrâ: İkinci fıkrâ yeni pay alma hakkını güçlendiren, dolayısıyla paysahibini koruyan dört ilkeye yer vermektedir: (1) **Mevcut hükmün aksine Tasarıya göre rüçhan hakkı esas sözleşme ile sınırlandırılmaz ve kaldırılamaz. Yeni sisteme hakim olan düşünce bu hakkın kaldırılmamasının, hatta sınırlandırılmamasının gerekli olduğu bu yola ancak**

den de açıkça anlaşılacağı üzere m.461 mehası, 1992 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun 652d maddesidir.

İstisnaen gidilebilmesidir. İstisnanın uygulanması söz konusu ise, genel kurul somut olayın özelliklerine göre kararını vermelidir. Esas sözleşmede yer alacak ve hakkı kaldırmaya ya da sınırlandırmaya olanak veren genel bir hüküm bu temel düşünce ile çelişirdi.

(2) Bu hak ancak haklı sebeplerin varlığında kaldırılabilir veya sınırlandırılabilir. Haklı sebepler sınırlı sayı (numerus clausus) değildir. Tasarıda yer alan örnekler, haklı sebeplerin bu örnekler çerçevesinde belirlenmesini gerekli kılmaz. Şirketin finansal menfaatleri, ödeme dar boğazından kurtulma, teknoloji alınması gibi sebeplerde haklı niteliktedir. Tasarının örnekleri bir işletmenin, işletme kısımlarının, iştiraklerinin devralınması gibi yapısal değişikliklerle işçilerin şirkete katılmalarının sağlanmasına yöneliktir. (3) Bir diğer güçlü koruyucu hüküm ikinci fıkranın üçüncü cümlesinde yer alır. Yeni pay almanın kaldırılması veya sınırlandırılması, pay sahibi olsun olmasın (haklılık temeli olmadan) bazı kişilerin yararlandırılmasının ve bazı pay sahiplerinin kayba uğratılması amacı ile kullanılamaz. Söz konusu kuralla bazı pay sahiplerinin aleyhine yapılan grup içi yapısal değişikliklerin ve pay oranlarının sulandırılmasının önlenmesi amaçlanmıştır. Bu hüküm ayrıca, eşit işlem, hakların sakınılarak kullanılması, çoğunluk gücünün haklılıkla sınırlandırılmış bulunduğu ilkelerine açıkça vurgu yapmaktadır. (4) Ağırlaştırılmış nisap ise önleyici niteliği ile bir azlık hakkı oluşturmaktadır.

Yukarıdaki 1-3 üncü ilkelere kayıtlı sermayeyi kabul etmiş kapalı şirketlerde yönetim kurulu da uymak zorundadır. Bu konuda SerPK'da yer alan ilkelerin saklı olduğu şüphesizdir.

Üçüncü fıkra: Üçüncü fıkra sadece onbeş günlük süreyi belirlememekte, aynı zamanda yönetim kuruluna bir anlamda emir vermektedir. Yönetim kurulu onbeş günlük kullanma süresini vererek görevini kanuna uygun olarak yerine getirmiş olmaz. Kurulun hakkın "kullanılabilmesi"ne elverişli olan süreyi vermelidir.

Dördüncü fıkra: Bu fıkra bazı tereddütleri ortadan kaldırmak ve bazı hukuka aykırı uygulamalara engel olmak amacıyla öngörülmüştür.

Beşinci fıkra: Bir anonim şirketin hisse senetlerinin (payların) devrine kısıtlamalar getirirken gözetildiği menfaat ile pay sahibinin yeni pay alma hakkından doğan menfaati karşılaştığında, rüçhan hakkı tercih edilir. Hüküm bu ilkeyi bir taraftan koymakta bir taraftan da ilkenin uygulama alanını sınırlandırmaktadır. Bu tercih ilkesi sadece pay sahibi olarak rüçhan haklarını korur; tercih ilkesinden pay sahibi olmayıp devraldığı rüçhan haklarını kullanan kişiler yararlanamaz. Bu husus beşinci fıkrada "şirket rüçhan hakkı tanıdığı" ibaresi ile ifade edilmiştir. Pay sahibi olmayan herhangi bir kişinin devren haiz olduğu rüçhan haklarını kullanmasına Tasarı 491, 492 ve 493 üncü maddelere konulmaları olanağı tanınmış bulunan bağlama hükümlerine dayanılarak engel olunabilir.

[ADALET KOMİSYONU GEREKÇESİ: Alt Komisyonca Tasarının 461 inci maddesinde aşağıdaki gerekçelerle değişiklik yapılmış; yapılan değişiklikler Komisyonumuzca da kabul edilmiştir; ayrıca, maddede Komisyonumuzca redaksiyon yapılmıştır:

"Maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde "esas sermayenin yüzde altmış" ibaresine "en az" ibaresi eklenerek oran netleştirilmiş; ayrıca, "ve" kelimesi anlam ve amaca daha uygun olduğu için "veya" yapılmıştır. Ayrıca mevcut üçüncü fıkra genişletilmiştir. Geniş içeriğe uygun olarak yeniden kaleme alınan fıkrada yönetim kurulunun rüçhan haklarının kullanılması esaslarını gösteren bir karar almasını; bu kararı tescil ve 35 inci maddedeki gazete ile tirajı en az elli bin olan ve yurt düzeyinde dağıtım yapan bir gazetede ilân ettirmesini ve ilanını ayrıca şirketin internet sitesine koyulmasını öngören bir hüküm konulmuştur. Çünkü, pay sahiplerinin bazılarının gizlenerek sermayenin artırılması olaylarına uygulamada, haklarında önlem alınmasını gerektirecek yoğunlukta rastlanmaktadır."]

I. Hakkın Kaldırılması veya Sınırlandırılması

A. Rüçhan Hakkının Esas Sözleşme ile Sınırlandırılıp Sınırlandırılmayacağı

Yeni TTK m. 461, AB'nin 2 Nolu Şirketler Hukuku m. 29/4 ve Alman AKTG m. 153/3'de olduğu gibi, açık bir ifade ile rüçhan hakkının esas sözleşme ile kaldırılmayacağını hüküm altına almamış, 1992 tarihli İsviçre BK m. 652d de olduğu gibi "Genel kurulun, sermayenin artırımına ilişkin kararı ile pay sahibinin rüçhan hakkı, ancak haklı sebepler bulunduğu takdirde ve en az esas sermayenin yüzde altmışının olumlu oyu ile sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir." Kuralını getirmiştir.

Hüküm bu şekilde olmasına rağmen, madde gerekçesinde, hiçte madde 461 metnine ve kanunun diğer maddelerine (m.478/2, m.503) uygun olmayan bir şekilde, "İkinci fıkraya yeni pay alma hakkını güçlendiren, dolayısıyla pay sahibini koruyan dört ilkeye yer vermektedir: (1) **Mevcut hükmün aksine Tasarıya göre rüçhan hakkı esas sözleşme ile sınırlandırılmaz ve kaldırılamaz. Yeni sisteme hakim olan düşünce bu hakkın kaldırılmamasının, hatta sınırlandırılmamasının gerekli olduğu bu yola ancak istisnaen gidilebilmesidir. İstisnanın uygulanması söz konusu ise, genel kurul somut olayın özelliklerine göre kararını vermelidir. Esas sözleşmede yer alacak ve hakkı kaldırmaya ya da sınırlandırmaya olanak veren genel bir hüküm bu temel düşünce ile çelişirdi.**" Açıklamasına yer verilmiştir. Bu açıklamanın, yeni TTK yı açıklamak için yayınlanan eserlerde de etkili olduğu ve yeni TTK 'nın pay sahibinin rüçhan hakkının esas sözleşme ile kısıtlanamayacağı kuralını getirdiğini görüşlerinin savunulmasında etkili olduğu anlaşılmaktadır³.

Oysa, 6102 sayılı 461/2'de olduğu gibi, 6762 sayılı TTK'nun 394 maddesi de "**Umumi heyetin esas sermayenin artırılmasına müteallik kararda aksine şart olmadıkça**, pay sahiplerinden her biri yeni hisse senetlerinde şirket sermayesindeki payı ile mütenasip miktarını alabilir." Kuralını koymuştur.

Bu kurala göre, rüçhan hakkının esas sermaye artırımının yapıldığı genel kurul toplantısında kaldırılabilirliği ve sınırlandırılabilirliği anlaşılmaktaydı. Ancak, bu hakkın esas sözleşme hükmü ile sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı madde metninde açıkça düzenlenmediği⁴ gibi, hakkın sınırlandırılmasında, hangi nisabın olması gerektiği, hakkı sınırlandıran genel kurul çoğunluğunun uyması gerekli olan kıstasların bulunup bulunmadığı hususları kanunda açık bırakılmıştı.

Buna karşılık 1936 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun rüçhan hakkını düzenleyen 652 maddesi "**Esas sözleşmede veya esas sermayenin artırılması kararında aksine düzenleme getirilmedikçe**, her pay sahibi yeni hisse senetlerinin halen sahip olduğu payları ile orantılı bir kısmını talep etmeye yetkilidir." Kuralını getirerek bu hakkın esas sözleşme hükmü ile de kaldırılabilmesini hüküm altına almıştı.

Hatta 1936 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun 656 maddesinde ilk esas sözleşmede ya da esas sözleşmenin sonradan değiştirilmek suretiyle "yeni paylardan öncelikle alma hakkı imtiyazı veren, imtiyazlı pay çıkartılabilmesine veya m. 657/3 uyarınca esas sözleşmeye hüküm koymak şartı ile yeni çıkartılacak hisse senetlerini alma hakkı tanınan, intifa senetleri çıkartılarak pay sahiplerinin rüçhan haklarının esas sözleşme hükümleri ile kısıtlanabileceğini m. 652 uygun olarak öngörülmüştü.

³ Abuzer Kendigelen; Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, sh. 315; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu "Ticari İşletme" ve "Ticaret Şirketlerine" Getirilen Yenilikler, İstanbul Ticaret Odası Yayını, İstanbul 2012, sh.25.

⁴ 6762 sayılı TTK m. 516/2, limited şirketlerde ortakların rüçhan hakkının şirket sözleşmesi veya artırma kararı ile kaldırılabilirliğini "Artırılan kısım için yeni ortak alınabilir. Şu kadar ki, mukavelede veya artırım kararında aksine hüküm olmadıkça, her ortak sermayesi nispetinde sermayenin artırılan kısmına iştirak etme hakkını haizdir." Kuralını getirerek açıkça kabul etmişti.

İsviçre Borçlar Kanununun anonim şirketlere ilişkin hükümleri 1991 yılında değiştirildi. Değiştirilen maddelerden birisi de, pay sahibinin rüçhan hakkını düzenleyen, 652. maddeydi.

Rüçhan hakkı 1991 tarihli yeni Borçlar Kanununun 652b maddesinde;

“1-Her pay sahibinin, yeni ihraç edilen payların, halen sahip olduğu payları ile orantılı kısmı üzerinde talep hakkı vardır.

2- Pay sermayesinin artırımı hakkındaki genel kurul kararı yeni pay alma hakkını, sadece önemli sebeplerle kaldırabilir. Önemli sebepler olarak bir işletmenin tamamının veya bir kısmının ya da k atılımların devralınması veya işçilerin ortaklığa katılması sayılabilir. Yeni pay alma hakkının kaldırılması yoluyla hiç kimse objektif olmayan bir tarzda yarar sağlayamaz veya zarara uğratılamaz.

3- Şirket, yeni pay alma hakkı tanıdığı pay sahibinin bu hakkını kullanmasına esas sözleşmede nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması sebebini göstererek engel olmaz.”

Şeklinde düzenlenmişti. İsviçre kanun koyucusu, rüçhan hakkının esas sözleşme hükmü ile sınırlandırılabilceğini açıkça düzenleyen kuralı yukarıdaki şekilde kaldırmıştı. Ne var ki, İsviçreli esas sözleşme hükmü ile rüçhan hakkı imtiyazı veren (OR m 654, 656/1) veya rüçhan hakkı tanınan intifa senedine ilişkin hükümlere (OR m. 657/2) hiç dokunmamışlar, bir ölçüde 6762 sayılı kanun dönemindeki, Türk hukukunda var olan hukuki duruma ulaşmışlardır. İsviçre hukukunda söz konusu olabilecek bu paradoks, 1995 yılında savunduğum doktora tezimde dile getirilip eleştirilmişti⁵.

Hemen belirtelim ki, Türk hukukunda, rüçhan hakkının esas sözleşme ile sınırlandırılmasına ilişkin açık bir hüküm, İsviçre BK m. 652’de olduğu gibi, bulunmadığı için, konu doktrinde tartışıldı ve çoğunluk, 6762 sayılı TTK m. 401 ve 403 hükmünü dikkate alarak, anonim şirketin ilk esas sözleşme ile ya da esas sözleşmesini sonradan değiştirerek pay sahiplerinin rüçhan hakkını, rüçhan hakkı imtiyazı veren paylar veya yeni pay alma hakkı tanınan intifa senedi çıkartarak kısıtlayabileceği görüşü çoğunluk tarafından kabul ediliyordu.

Ne var ki, yeni TTK’da rüçhan hakkı konusunda, ortaya çıkabilecek sorunlar irdelenmeden AB’nin Şirketler Hukukuna ilişkin 2 Nolu Yönergesinin 29/4 yer alan **“Yeni pay alma hakkı şirket esas sözleşmesiyle ya da kuruluş anlaşmasıyla kısıtlanamaz ve yok edilemez. Kısıtlama veya yok etme ancak genel kurul kararıyla yapılabilir..”** kuralını almak yerine, kendi içinde sorunlu olan İsviçre BK m. 652d hükmü mehz alınmıştır.

Bu değişiklik, mevcut kanun zamanında var olan tartışma ve belirsizliği gidermemektedir. Zira yeni TTK m. 478/2’de esas sözleşme ile rüçhan hakkı imtiyazı veren imtiyazlı pay çıkartılması ve m.503’de ise yeni pay alma hakkı veren intifa senedi çıkartabilme imkanı, yani esas sözleşme ile pay sahibinin yeni pay alma hakkını kaldırma veya sınırlandırma imkanı halen varlığını sürdürmektedir⁶.

Bu hususun varlığı, Tasarının kamuoyuna sunulduğu ve buna ilişkin ilk bilimsel toplantının yapıldığı 13 Mayıs 2005 tarihinde dile getirilip eleştirilmesine rağmen⁷, bu

⁵ Yıldız Şükrü, Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, İstanbul, 1996, sh.17-18.

⁶ Diğer yandan kanun koyucu, rüçhan hakkının esas sözleşme ile sınırlandırılmasını limited şirketler için ise açıkça kabul etmiştir. Yeni TTK m. 591/1 de **“şirket sözleşmesinde veya artırım kararında aksi öngörülmemişse**, her ortak esas sermaye payı oranında, esas sermayenin artırılmasına katılma hakkına sahiptir.” Kuralı ile benimsenmiştir.

⁷ Şükrü Yıldız; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferans Bildiriler, Tartışmalar, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Anonim ve Limited Şirkete İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Ankara-13-14 Mayıs 2005, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, sh.91-92.

haklı eleştiriler, bilim komisyonu ile TBMM Adalet Komisyonu tarafından dikkate alınmayarak, anılan sorunlu metnin kanunlaştırılması sağlanmıştır.

Bu nedenle, hukukumuzdaki tartışma yeni hükme rağmen halen varlığını sürdürecektir. Hatta yeni hükme rağmen, kanun yürürlüğe girdikten sonra da rüçhan hakkı imtiyazlı pay veya intifa senedi çıkartılması yolu ile kısıtlanabilecektir.

Bu durumun ise AB şirketler hukukuna uyumlu olmadığı, kanunun hedefinin bu noktada gerçekleştirilmemiş olduğu sonucuna götüreceği açıktır. Yapılması gereken hem 461 maddeye hakkın esas sözleşme ile kısıtlanamayacağı kuralını koymak, hem de TTK m. 478/2 ve m. 503 hükmünde yer alan yeni pay alma hakkı tanınacağına ilişkin hükümleri, madde metninden çıkartmak olmalıdır⁸.

Bu değişiklikler yapılmadığı sürece, anonim şirketler, 6762 sayılı TTK zama-nında esas sözleşmeleri ile oluşturdukları rüçhan hakkı imtiyazı veren payları veya yeni pay alma hakkı veren intifa senetlerini, 6103 sayılı Uygulama Kanununun 22. maddesine⁹ göre, m.461'in gerekçesine rağmen, değiştirmek zorunda kalmayacaklardır. Hatta, yeni TTK yürürlüğe girdikten sonra da mevcut AŞ'ler esas sözleşmelerini değiştirerek, yeni kurulacaklar ise ilk esas sözleşmeye hüküm koymak suretiyle, rüçhan hakkı imtiyazı veren paylar veya intifa senetleri çıkartmak suretiyle, pay sahiplerinin rüçhan haklarını kısıtlayabileceklerdir.

B. Genel Kurul Kararı ile Sınırlandırma Şartları

a. Zamanı

Yürürlükteki kanunda olduğu gibi, yeni TTK m.461/2'de, anonim şirketin menfaatleri, sosyal düşünceler ve gereklilikler haklı gösterdiğinde, genel kurulun esas sermaye artırımına ilişkin genel kurul toplantısında, eşit işlem ilkesine uyularak pay sahi-binin rüçhan hakkının sınırlandırılmasına izin vermiştir.

Bu nedenle genel kurul her toplantısında değil, sadece esas sermaye artırımını yaptığı toplantısında rüçhan hakkını sınırlandırabilecektir.

b. Sınırlandırma gerekçesi

Yeni TTK m. 461/2, bir yenilik olarak rüçhan hakkının sınırlandırılması ya da kaldırılmasının haklı sebeplerin varlığında mümkün olduğunu belirterek, mevcut TTK m. 394'de bulunmayan, önemli bir yenilik getirmiştir. Ayrıca madde hakkın sınırlandırılması ya da kaldırılmasıyla hiç kimsenin haklı görülmeyecek şekilde yararlandırılmayacağı veya kayba uğratılamayacağı kuralını da koymuştur. Madde metninde haklı sebepler, "**Özellikle, halka arz, işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınması ve işçilerin şirkete katılmaları haklı sebep kabul olunur.**" İfadesi ile örnek kabilinden gösterilmiştir. Genel kurulun rüçhan hakkını sınırlandırma veya kaldırma kararı, yeni TTK m.357 temel bir ilke olarak benimsenen eşit işlem ilkesine ile m. 445 ifade edilen dürüstlük kuralına uygun bulunmalıdır. Ayrıca sınırlandırma için gösterilen sebeplerin gerçekten haklı bir sebep olup olmadığına, açılan iptal davasında mahkemeler karar verecektir.

⁸ Aynı görüşte, Erdoğan Moroğlu, TTK Tasarısı Hakkında Değerlendirme ve Öneriler, 5. baskı, İstanbul 2007, s. 253; Sevgi Epçeli; Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Yeni Pay Alma Hakkı İle İlgili Olarak Getirdiği Düzenleme Eleştiriler ve Öneriler, İstanbul Barosu Dergisi 2010, C.84, S.6, sh.3605.

⁹ 6103 sayılı UyK. M. 22 "Anonim şirketler esas sözleşmelerini, limited şirketler şirket sözleşmelerini, yayımı tarihinden itibaren on sekiz ay içinde Türk Ticaret Kanunu ile uyumlu hale getirirler. Bu süre içinde gerekli değişikliğin yapılmaması halinde, esas sözleşmedeki düzenleme yerine Türk Ticaret Kanununun ilgili hükümleri uygulanır."

c. Sınırlandırma Konusunun Gündemde Yer Almasının Gerekli Olup Olmadığı

6762 sayılı TTK m. 394 'de yer almayan ve mevcut kanun döneminde tartışmalara neden olan bu husu yeni TTK m. 461'de de eksik bırakılmıştır. Zira, pay sahipleri açısından öne her fırsatta ifade edilen rüçhan hakkının sınırlandırılma veya kaldırılması için bu hususun gündemde açıkça gösterilmesinin gerekli olduğunun belirtilmesi önemli bir eksikliklerdir.

Bununla birlikte yeni TTK m. 413 de, 6762 sayılı TTK m. 369 da olduğu gibi, gündeme bağlılık ilkesini benimsemiştir. Anılan madde 413 f.2 hükmüne göre "gündemde bulunmayan konular genel kurulda müzakere edilemez ve karara bağlanamaz. Kanuni istisnalar saklıdır." Kuralını getirmiş ayrıca "yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi yıl sonu finansal tabloların müzakeresi maddesi ile ilgili sayılar." Kanundaki istisnalardan birisi de gösterilmiş ve yeni TTK m. 364 kuralla uyumu sağlanmıştır. Gündeme bağlılık ilkesinin bir diğer kanuni istisnası yeni TTK m. 438 de özel denetçi talebi konusunda getirilmiştir.

Oysa yeni TTK da, rüçhan hakkının sınırlandırılması için gündemde madde olmasına gerek olmadığına ilişkin kanuni bir istisna getirilmemiştir. Bu nedenle, yeni TTK ile birlikte m. 413/2 hükmü gereğince, hakkın sınırlandırılmasının genel kurulda görüşülebilmesi için konunun gündemde açıkça gösterilmesi şarttır.

6762 sayılı TTK m.394 döneminde savunulan ve Yargıtay kararlarına da yansıyan "rüçhan hakkının sınırlandırılması ya da kaldırılması konusunun sermaye artırımı kararının doğal ve zorunlu bir sonucu olduğu, bu nedenle sınırlandırılma ya da kaldırılmasının ayrıca gündemde gösterilmesinin zorunlu olmadığı" görüşü etkisini kaybetmiş olacaktır.

Bununla birlikte, bu hususun madde metninde açıkça gösterilmesi, hem ileride doğacak tartışmaları önlemesi hem de hakkın pay sahipleri tarafından daha iyi kullanılması açısından, daha uygun olurdu. Ne var ki, anılan husus özel olarak hüküm altına alınmak yerine genel kurallara bırakılmıştır.

d. Nisap

TTK m. 394 deki hükmün aksine, yeni TTK m.461/2, genel kurulun rüçhan hakkını sınırlandırması veya kaldırmasına dair alacağı kararda uygulanacak nisabı açıkça göstermiştir. Bu maddeye göre, hakkın genel kurulda kaldırılması veya sınırlandırılabilmesi için esas sermayenin % 60'nın böyle bir öneriye olumlu oy vermesi zorunludur. Bu nisap esas sözleşme hükmü ile azaltılamaz.

Bu düzenleme, mevcut TTK m. 394'deki bir eksikliği ve doktrindeki tartışmaları sona erdirmiş, ayrıca AB'nin 2 Nolu Şirketler Hukuku Yönergesinin 29/4 maddesi ile bu maddenin atfı yaptığı 40. Maddeye uyum sağlamış olmaktadır¹⁰.

¹⁰ Madde 40: Üye devletlerin yasalarında, 29 (4) ve (5), 30, kararların, menkul kıymetlere veya temsil edilen taahhüt edilmiş sermayeye bağlı oyların üçte ikiden az olmayan bir çoğunluğu ile alınması gerektiği öngörülmelidir.

2. Bununla birlikte, üye devletlerin mevzuatı, taahhüt edilmiş sermayenin en azından yarısının temsil edilmesi halinde paragraf 1'de belirtilen oyların basit çoğunluğunun yeterli olduğunu öngörebilirler.

II. Hakkın Kullanılması

Nisbi ve şahsi bir hak olan rüçhan hakkının, pay sahipleri tarafından kullanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Sermaye artırımı kararı ile soyutluktan çıkıp somut hakka dönüşen hak pay sahibi istediği takdirde kullanılabilen bir hak karakterindedir. Bu nedenle hakkın somut hale geldiğini pay sahiplerine bildirmek, hak sahipleri açısından çok önemli olduğu gibi, pay sahibinin bu hakkı kullanıp kullanmayacağı hususunun şirket tarafından bilinmesi de çok önemlidir.

Bu nedenle yeni TTK m. 46/3 de “Yönetim kurulu yeni pay alma hakkının kullanılabilmesinin esaslarını bir karar ile belirler ve bu kararda pay sahiplerine en az onbeş gün süre verir. Karar tescil ve 35 inci maddedeki gazete ile tirajı en az elli bin olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan bir gazetede ilân olunur. Ayrıca şirketin internet sitesine konulur.” hükmünü getirmiştir. Somut hale gelen hakkın kullanılması pay sahibinin tek taraflı irade beyanı ile olur ve bu husus şirketin kabulüne bağlı değildir. Ancak, yeni payların alınması için gerekli olan paranın belirlenen sürede belirlenen bankaya veya şirkete yatırılması gereklidir.

A. Süre

Maddede ifade edilen en az 15 günlük kullanma süresi verilmesi gereği, 6762 sayılı TTK m. 394 ve AB 2 Nolu Şirketler Hukuku Yönergesi ile uyumlu bulunmaktadır. Yönetim kurulu tarafından, hakkın kullanımı için verilen bu sürenin 15 günden az olmaması gerekmektedir. Ancak yönetim kurulu bu süreyi isterse daha da uzatabilir. Hatta şartlar gerektiriyorsa 15 günden daha fazla süre vermesi de gerekebilir. Bu sürenin bir hak düşümü süresi olduğu doktrin ve Yargıtay içtihatlarında açıkça benimsenmiştir. Yapılan ilan tarihlerinin birbirinden farklı olması halinde, süre kararın son ilanından itibaren işlemeye başlayacaktır¹¹. Belirlenen süre geçtikten sonra yönetim kurulu kullanılmayan rüçhan haklarına karşılık gelen payları istediği kişiye satma hakkına sahiptir. Anılan durumda, mevcut kanun m. 394 de olduğu gibi, yeni TTK m. 461 de de bir açıklık olmamasına rağmen, diğer pay sahiplerinin kanundan doğan bir öncelik hakları bulunmamaktadır.

B. İlan

Buna karşılık yeni TTK, mevcut m. 394’ün ilana ilişkin açık olmayan hükmünü daha anlaşılır bir şekilde ifade ederek var olan tartışmalara son vermiştir. Zira m. 394 de “ İdare meclisi pay sahiplerine verilecek senetlerin ihraç bedellerini gazetelerle ilan eder” şeklinde düzenlenmiştir. Madde metnindeki “gazeteler” ibaresi ise, doktrinde ve Yargıtay kararlarında TTSG de ilanı da gerektirip gerektirmediği konusunda tartışma çıkarmıştı. Oysa yeni TTK açıkça, rüçhan hakkının kullanılabilme esaslarını içeren yönetim kurulu kararının tescil ve 35. Maddedeki gazete ile traşı en ve az elli bin olan yurt düzeyinde dağıtımı yapılan bir gazetede ilan edilmesi şartını aramıştır. Kanun ayrıca, bu kararın, yeni TTK m. 1524 gereğince açılması zorunlu olan şirketin internet sitesinde de yayınlanmasını gerekli kılmıştır.

Yönetim kurulunun rüçhan hakkının kullanılma esaslarını belirlediği kararında, ihraç bedellerinin de gösterilmesi herhalde zorunludur.

¹¹ Epçeli, sh.3601.

IV. Hakkın Devri

6762 sayılı TTK döneminde, sermaye artırımı kararı ile şirkete karşı kullanılabilen somut ve bağımsız bir hakka dönüşen rüçhan hakkının, paydan ayrı olarak satım, bağışlama yolu devredilebileceği veya mirasçılara devredileceği kabul edilmişti. Ancak mevcut payların ve pay senetlerinin devrinin esas sözleşme ile yasaklanmış ya da şirketin muvafakatine bağlı olduğu durumlarda yasağın rüçhan hakkının devrini de kapsayıp kapsamadığı tartışılmıştı.

Konu doktora tezinde üç durum birbirinden ayrılarak incelenmiş ve çözümler önerilmişti. - Buna göre mevcut paylar bağlı nama yazılı olmamasına rağmen, yeni çıkartılacak paylar bağlı nama yazılı ise, yeni pay alma hakkının sınırlandırılması artırılmış şartlar altında geçerlidir.

- Eski paylarda bağlam olmasına rağmen, yeni çıkartılan paylarda bağlam yoksa, o zaman yeni pay alma hakkının devrinin sınırlandırılması mümkün değildir. Zira böyle bir durumda ortaklık yeni ihraç ettiği ve bağlam getirmediği paylar bakımından bu payların pay sahiplerinin kişiliği ile bağlı olmadığını kabul etmiştir.

- Hem mevcut eski paylar hem de sermaye artırımı nedeni ile yeni çıkartılan paylara bağlam getirilmişse, bu durumda yeni pay alma hakkının devri de sınırlandırılmış olmaktadır. Anılan durumda ortaklığın arzu etmediği üçüncü kişileri pay sahibi olarak kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Hak devr edilmiş olsa bile ortaklık devre muvafakat etmediği sürece, devir alan kişi yeni pay alma hakkını kullanamayacaktır¹².

Yeni TTK m. 461/4, rüçhan hakkının devredilebileceğini açıkça hükme bağlamıştır. Aynı ca maddenin 5. fıkrasında, yukarıda belirttiğim sorunu çözmek için, ancak açık ve anlaşılır olmayan bir şekilde "Şirket, **rüçhan hakkı tanıdığı pay sahiplerinin**, bu haklarını kullanmalarını, nama yazılı payların devredilmelerinin esas sözleşme ile sınırlandırılmış olduğunu ileri sürerek engelleyemez" kuralı ile çözmeye çalışmıştır. Fıkra ile ilişkin gerekçede ise "Bir anonim şirketin hisse senetlerinin (payların) devrine kısıtlamalar getirirken gözettiği menfaat ile pay sahibinin yeni pay alma hakkından doğan menfaati karşılaştığında, rüçhan hakkı tercih edilir. Hüküm bu ilkeyi bir taraftan koymakta bir taraftan da ilkenin uygulama alanını sınırlandırmaktadır. Bu tercih ilkesi sadece paysahibi olarak rüçhan haklarını korur; tercih ilkesinden paysahibi olmayıp devraldığı rüçhan haklarını kullanan kişiler yararlanamaz. Bu husus beşinci fıkroda "şirket rüçhan hakkı tanıdığı" ibaresi ile ifade edilmiştir. Paysahibi olmayan herhangi bir kişinin devren haiz olduğu rüçhan haklarını kullanmasına Tasarı 491, 492 ve 493 üncü maddelerle konulmaları olanağı tanınmış bulunan bağlama hükümlerine dayanılarak engel olunabilir." Açıklaması yapılmıştır.

Buna göre, mevcut eski payları bağlı nama yazılı olmayan bir anonim şirket sermaye artırımı sonucu bağlı nama yazılı pay oluşturmuş ise, mevcut rüçhan hakkı sahibinin bu hakkını oluşturulan yeni bağlam gerekçe göstererek, kullanmasına engel olamayacaktır.

Buna karşılık, hem eski hem yeni paylar bağlamlı, ya da eski pay bağlamlı olmamasına rağmen yeni bağlamlı oluşturulmuş ise, pay sahibinin rüçhan hakkı bulunmasına rağmen, bu hakkı devir yetkisi olmayacak dolayısıyla, rüçhan hakkını devralan ancak esas sözleşmede gösterilen şartları taşımayan üçüncü kişiler devraldığı rüçhan hakkını kullanarak pay sahibi sıfatını kazanamayacaktır. Bunların pay sahibi olabilmesi için anonim şirketin devre muvafakat etmesi gerekecektir.

Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi, madde metni bu açıklamaları teyit edecek açıklıkta kaleme alınmamış, gerekçede de konuya ilişkin yeterli açıklamaya yer verilmemiştir.

¹² Yıldız, Yeni Pay Alma Hakkı, sh. 255-256.

“KAYDI SİSTEME İLİŞKİN 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yrd. Doç. Dr. Mücahit ÜNAL*

ÖZET

Sermaye Piyasası Kanunu'na 1999 yılında “Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi” başlıklı 10/A maddesinin eklenmesi ile birlikte, sermaye piyasası araçları açısından hukuki olarak kaydi sisteme geçilmiştir. Sistemi yürütecek olan Merkezi Kayıt Kuruluşu'nun kurulması ve sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi (borsada işlem gören anonim şirket paylarının kaydileştirilmesi – 28.11.2005) ile birlikte de kaydi sistem fiili olarak uygulanmaya başlamıştır.

Kaydi sistem, esas itibarıyla, Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenmiştir (SPKn m.10/A). Halka açık anonim şirketlerin borsada işlem gören payları da kaydi sistem kapsamında olmasına rağmen, 6762 sayılı TTK'da kaydi sistem hakkında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. 6102 sayılı TTK'da ise, kaydi sisteme ilişkin bazı hükümler yer almaktadır.

Bu çalışmada 6102 sayılı TTK'da yer alan kaydi sisteme ilişkin hükümlerin incelenmesi amacıyla hazırlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kaydi Sistem, Kaydileştirme, 6102 sayılı TTK, Sermaye Piyasası Araçları, Merkezi Kayıt Kuruluşu.

ABSTRACT

Book – Entry system has been came into force legally by the adding of article 10/A of Stock Exchange Act (SEA) with the topic of “Dematerialization of Securities” in 1999. With the constructing of Central Registry Agency which will conduct the system and dematerialization of Securities (Dematerialization of joint-stock corporation’s Publicly–Traded Shares – 28.11.2005), application of book – entry system has been started actively.

Book – Entry system has essentially been regulated in the Stock Exchange Act (Article 10/A of SEA). Even though the joint-stock corporation’s Publicly–Traded Shares are included in book – entry system, there is no provision about book – entry system in TCC Law No 6762. However, there are some provisions related to book – entry system in TCC Law No 6102.

This study has been prepared in order to analyze the provisions of TCC Law No 6102 related to book – entry system.

Keywords: *Book – entry System, Dematerialization, TCC Law No 6102, Securities, Central Registry Agency.*

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. TEMEL KAVRAMLAR

A. Kaydileştirme

Kaydileştirme¹ kavramı, dar ve geniş anlamda olmak üzere iki farklı şekilde kullanılmaktadır².

Dar anlamda kaydileştirme, sadece bazı sermaye piyasası araçlarının³ fiziki olarak senet⁴ üzerine basılmasından vazgeçilerek, bu sermaye piyasası araçlarına karşılık gelmek üzere elektronik ortamda⁵ kayıtlar oluşturulmasını kapsayacak şekilde kullanılmaktadır⁶. Dolayısıyla sermaye piyasası araçlarının fiziki olarak tecessüm ettikleri senetlerin imha edilmesi ve imha edilen bu senetlere karşılık elektronik ortamda kaydi sermaye piyasası aracı oluşturulması işlemine kaydileştirme ismi verilmektedir⁷. Dar anlamda kaydileştirme kavramı, hem fiziki olarak senet üzerine basılmış sermaye piyasası araçlarının sonradan elektronik ortama aktarılarak kaydi hale getirilmesini hem de yeni ihraç edilen sermaye piyasası araçlarının doğrudan elektronik ortamda kaydi olarak ihdas edilmesini kapsamaktadır.

Geniş anlamda kaydileştirme ise, sermaye piyasası araçlarının elektronik ortamda kaydi hale getirilmesi yanında merkezi saklama kuruluşlarının da içerisinde yer aldığı kaydi sistemi ve kaydi sermaye piyasası araçları ile bu kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin hakları ve hukuki işlemleri kapsayacak şekilde kullanılmaktadır⁸.

Bu çalışmada kullanılan kaydileştirme kavramı ile dar anlamdaki kaydileştirme kastedilmektedir. Geniş anlamdaki kaydileştirme yerine ise, merkezi saklama kuruluşları ile kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin hakların kullanılması ve hukuki işlemlerin yerine getirilmesini de kapsayacak şekilde “kaydi sistem” kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

¹ “Kaydileştirme” kavramı, uluslararası literatürde “*Dematerialization*” olarak anılmaktadır.

² **Bjerre/Rocks**, s. 2 – 3; **IOSCO**, s. 6; **SIFMA**, s. 3.

³ Tanımda bazı sermaye piyasası araçları ifadesinin kullanılmasının sebebi kaydileştirmenin her zaman tüm sermaye piyasası araçlarını kapsamamasıdır. Bunun sebebi bazen kaydi sermaye piyasası aracının özelliği, bazen de kaydileştirmeye ilişkin hukuki düzenlemeler olabilir. Kaydileştirilebilecek sermaye piyasası araçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ünal**, s. 201 vd.

⁴ Buradaki senet kavramı, üzerine yazı yazılabilen her türlü materyali kapsayacak şekilde geniş anlaşılmalıdır. Kıymetli evraktaki senet kavramının da üzerine yazı yazılabilecek ve imza atılabilecek (mikrofilm, disket, çip ve hatta veri tabanı dahil) her türlü materyali kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerektiği yönünde bkz. **Poroy/Tekinalp**, N. 16.

⁵ Sermaye Piyasası Kanunu’nun 10/A maddesinin 2. fıkrasında kayıtlara ilişkin olarak, “*Kayıtlar, Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından, bilgisayar ortamında, ihraççılar, aracı kuruluşlar ve hak sahipleri itibariyle tutulur*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümde kayıtların tutulacağı yer bilgisayar ortamı olarak gösterilmiştir. Ancak kanaatimizce tanım yapılırken “bilgisayar ortamı” yerine “elektronik ortam” kavramının kullanılması tercih edilmelidir. Çünkü kaydi sermaye piyasası araçlarının bilgisayar ortamı dışında başka elektronik ortamlarda da tutulabilmesi mümkündür. Nitekim elektronik ortam, bilgisayar ortamını da kapsayan bir üst kavram niteliğindedir. Kayıtların tutulması açısından elektronik ortam kullanımı için bkz. **Erginçan/Yayla**, s. 158; **SPK**, s. 18; **Urkan**, s. 41.

⁶ **SIFMA**, s. 3; **Guynn**, s. 13; **Loader**, s. 201.

⁷ **Cyntia**, s. 170; **Norman**, s. 11; **Mooney/Kinami**, s. 517; **Micheler**, s. 359.

⁸ **IOSCO**, s. 6; **Bjerre/Rocks**, s. 2 – 3.

B. Kaydi Sistem

Kaydi sistem⁹, sistem kapsamındaki sermaye piyasası araçlarının¹⁰ fiziki olarak senet üzerine basılması yerine, elektronik ortamda¹¹ kaydi olarak oluşturulduğu¹², bu araçların ve bu araçlara ilişkin hakların merkezi saklama kuruluşu nezdinde tutulan hesaplarda kayden izlendiği ve bu araçlara ilişkin hukuki işlemlerin merkezi saklama kuruluşu nezdindeki hesaplar üzerinde kaydi olarak yapılan değişiklikler yoluyla gerçekleştirildiği merkezi bir saklama sistemidir¹³.

Kaydi sistem kapsamındaki sermaye piyasası araçları (kaydi sermaye piyasası araçları), genel itibariyle, fiziki olarak senet üzerine hiç basılmamakta, kaydi olarak elektronik ortamda (kaydi sistemdeki hesaplarda) oluşturulmaktadır. Kaydi sisteme geçilmeden önce fiziki olarak senet üzerine basılmış sermaye piyasası araçları ise, kaydıleştirilerek elektronik ortama (kaydi sistemdeki hesaplara) aktarılmakta ve bunlara ilişkin fiziki senetler imha edilmektedir. Bu nedenle kaydi sistem kapsamındaki sermaye piyasası araçları sadece elektronik ortamda kaydi olarak varlık göstermektedir. Kaydi sistemde, elektronik ortamda kaydi olarak oluşturulan ve saklanan sermaye piyasası araçlarına ilişkin işlemler de kaydi olarak yapılmaktadır¹⁴. Bu sermaye piyasası araçlarına ilişkin işlemler, kaydi sistemdeki hesaplar üzerinde kaydi olarak yapılan değişiklikler yoluyla gerçekleştirilmektedir.

Kaydi sistem kapsamındaki sermaye piyasası araçlarının varlığını ispat edecek herhangi bir senet veya fiziki bir materyal bulunmadığı için kaydi sistem, “varakasız (senetsiz – evraksız) sistem” ya da “materyalsiz sistem”¹⁵ olarak da isimlendirilmektedir¹⁶. Kaydi sistem, sermaye piyasası araçlarının saklanması açısından geliştirilmiş en son sistemdir. Diğer bir ifade ile kaydi sistem, sermaye piyasası araçlarının saklanmasıyla ilişkin rasyonalizasyon çalışmalarının günümüz itibariyle ulaştığı son aşamadır¹⁷.

⁹ “Kaydi Sistem” kavramı, uluslararası literatürde “*Dematerialised System*” veya “*Book – Entry System*” olarak anılmaktadır. Bkz. **Norman**, s. 311.

¹⁰ Kaydi sistem kapsamındaki sermaye piyasası araçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ünal**, s. 201 vd.

¹¹ Sermaye Piyasası Kanunu’nun 10/A maddesinin 2. fıkrasında kayıtlara ilişkin bilgi verilirken, “*Kayıtlar, Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından, bilgisayar ortamında, ihraççılar, aracı kuruluşlar ve hak sahipleri itibariyle tutulur*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümde kayıtların tutulacağı yer bilgisayar ortamı olarak gösterilmiştir. Ancak kanaatimizce tanım yapılırken “bilgisayar ortamı” yerine “elektronik ortam” kavramının kullanılması tercih edilmelidir. Çünkü kaydi sermaye piyasası araçlarının bilgisayar ortamı dışında başka elektronik ortamlarda da tutulabilmesi mümkündür. Nitekim elektronik ortam, bilgisayar ortamını da kapsayan bir üst kavram niteliğindedir. Kayıtların tutulması açısından elektronik ortam kullanımı için bkz. **Ergincan/Yayla**, s. 158; **SPK**, s. 18.

¹² Kaydi olarak oluşturulma kavramı ile hem yeni ihraç edilen sermaye piyasası araçlarının kaydi sistemde ihdas edilmesi hem de daha önce fiziki olarak senet üzerine basılan sermaye piyasası araçlarının kaydıleştirilerek kaydi sisteme aktarılması kast edilmektedir.

¹³ **Alberta**, s. 28; **Norman**, s. 311; **Mooney/Kinami**, s. 522 – 523; **Potter/McLean**, s. 213; **Rassnick**, s. 611; **Thevenoz**, s. 403.

¹⁴ **Story**, s. 928; **Micheler**, s. 359; **Rassnick**, s. 611.

¹⁵ Nitekim kaydi sistemin uluslar arası literatürdeki isimlerinden bir tanesi “materyalsiz sistem” manasına da gelen “*Dematerialised System*”dir.

¹⁶ **Rasor**, s. 862; **Turanboy**, s. 43.

¹⁷ Aynı yönde bkz. **Ergincan**, Dünya ve Türkiye, s. 175; **Ergincan**, Merkezi Kayıt Kuruluşu, s. 10; **Yayla**, s. 104; **Haselçin**, s. 160.

C. Borsada İşlem Gören Anonim Şirket Payları

Borsada işlem gören anonim şirket pay senetleri, sermaye piyasası araçlarının kaydedilmesi çerçevesinde 28.11.2005 tarihinde topluca kaydedilmiştir. Dolayısıyla borsada işlem gören anonim şirket payları, kaydi sistem kapsamında olup, kaydi pay olarak nitelendirilmektedir¹⁸.

Kaydi paylar (kaydi anonim şirket payları), fiziki olarak bir senet üzerine basılarak tescüm etmeyen, Sermaye Piyasası Kurulu'nca kaydedilmesine karar verilerek kaydi sisteme aktarılmış veya kaydi olarak kaydi sistemde ihdas edilmiş ve kaydi sistem kapsamında elektronik ortamdaki hesaplarda kaydi olarak saklanan ve izlenen anonim şirket paylarıdır¹⁹.

Kaydi anonim şirket payları, kural olarak, anonim şirket pay senetleri ile aynı özelliklere sahiptir. Kaydi anonim şirket payları ile anonim şirket pay senetlerinin içerdiği ve sahiplerine tanındıkları haklar da aynıdır. Aralarındaki tek fark, kaydi anonim şirket paylarının fiziki olarak senet üzerine basılmaması ve buna bağlı olan sonuçlarıdır²⁰.

Kaydi anonim şirket paylarının bu özelliğine dikkat çekmek için fiziki olarak senet üzerine basılan anonim şirket payları için "pay senetleri" kavramı kullanılmaktadır. Fiziki olarak senet üzerine basılmayan kaydi sisteme aktarılan veya kaydi sistemde ihdas edilen anonim şirket payları için ise, "kaydi paylar – kaydi anonim şirket payları" kavramı kullanılmaktadır. Borsada işlem gören anonim şirket payları ile kastedilen de kaydi anonim şirket paylarıdır.

Kaydi anonim şirket payları, çıplak paylar gibi senede bağlanmamış pay niteliğinde olup²¹, kıymetli evrak özelliği taşımaktadır²². Ayrıca kaydi anonim şirket payları

¹⁸ Sermaye Piyasası Kanunu'na 1999 yılında "Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydedilmesi" başlıklı 10/A maddesi eklenerek sermaye piyasası araçları ve burada bir sermaye piyasası aracı olan anonim şirket pay senetleri açısından "hukuki olarak" kaydi sisteme geçilmiştir. SPKn m.10/A, Geçici 6. Madde uyarınca kaydi sistemi yürütmekle görevli Merkezi Kayıt Kuruluşu'nun kurulduğu 21.09.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Nihayet Ekim 2005 tarihinde kaydi sistemin teknik alt yapısı tamamlanmış ve 28.11.2005'de İMKB'de işlem gören anonim şirketlere ilişkin pay senetleri topluca kaydedilmiştir. Böylece "fiili olarak" da kaydi sisteme geçilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal, s. 152 vd.

¹⁹ Soderquist/Gabaldon, s. 2; Guynn, s. 13; Guttman, s. 735; Harris/Mooney, s. 837; Alberta, s. 138 – 139.

²⁰ IOSCO, s. 6; Bjerre/Rocks, s. 6 – 7; Guttman, s. 734 – 735; Guynn, s. 13 – 14.

²¹ Ergincan/Yayla 154. Çıplak paylar gibi kaydi anonim şirket paylarının da senede bağlanmamış pay niteliğinde olduğu, bu nedenle çıplak paylara ilişkin hüküm ve kuralların, mahiyetine uygun düştüğü oranda ve kıyasen kaydi anonim şirket paylarına da uygulanabileceği yönünde bkz. Ünal, s. 352

²² Senet unsurunun kıymetli evrakın zorunlu bir unsuru olup, kıymetli evraktaki irade beyanının taşıyıcısı olduğu, bu irade beyanı taşıyıcısının, ispat vasıtası olarak kullanılacak maddi bir varlığa sahip olması ve belli bir dayanıklılık göstermesi gerektiği; kıymetli evraktaki senet unsurunun maddi varlığa sahip olması ve belli bir dayanıklılık göstermesi şartıyla kâğıt dışında başka bir irade beyanı taşıyıcısıyla da sağlanabileceği; bu çerçevede elektronik ortamdaki kayıtların da maddi varlığa sahip olduğu ve bu kayıtların kıymetli evraktaki senet unsurunu gerçeğe taşıyan (kağıtsız) bir irade beyanı taşıyıcısı olduğunun kabul edilmesi gerektiği; dolayısıyla kaydi anonim şirket paylarının da kıymetli evrak özelliği taşıdığı yönünde bkz. Ünal, s. 348.

hukuki anlamda eşya olarak kabul edilmekte²³ ve eşya sınıflandırmaları içerisinde taşınır eşya kategorisinde değerlendirilmektedir²⁴.

II. KAYDI SİSTEME İLİŞKİN 6102 SAYILI TTK HÜKÜMLERİ

Kaydi sistem, esas itibariyle, Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenmiştir (SPKn m.10/A). Halka açık anonim şirketlerin borsada işlem gören payları da kaydi sistem kapsamında olmasına rağmen, 6762 sayılı TTK'da kaydi sistem hakkında herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. 6102 sayılı TTK'da ise, kaydi sisteme ilişkin bazı hükümler yer almaktadır. Bu hükümlerden bazıları doğrudan, bazıları ise dolaylı olarak kaydi sistem ile ilgilidir. Doğrudan ilgili olanlar kaydi sistemden açıkça bahsetmekte, dolaylı olanlar ise kaydi sistemden açıkça bahsetmemekle birlikte kaydi sisteme ilişkin bazı düzenlemeler getirmektedir.

Doğrudan kaydi sistem ile ilgili hükümler;

1) Genel Kurula Katılmaya Yetkili Olan Pay Sahiplerine ilişkin 415. maddenin 2. fıkrası

2) Hazır bulunanlar listesine ilişkin 417. maddenin 1. ve 5. fıkraları

3) Bildirime ilişkin 431. maddenin 1. fıkrası

4) Bildirme yükümüne ilişkin 496. madde

5) Pay defterine ilişkin 499. maddenin 5. fıkrası

Dolaylı olarak kaydi sistem ile ilgili hükümler;

1) Red Sebeplerine ilişkin 495. maddenin 1. ve 3. fıkraları

2) Hakların Geçişine ilişkin 497. maddenin 1. ve 2. fıkraları

Dolayısıyla kaydi sisteme ilişkin doğrudan ve dolaylı olmak üzere 7 maddede toplam 10 hüküm bulunmaktadır.

Söz konusu hükümlerin büyük bir çoğunluğu, kaydi sistem açısından tam anlamıyla yenilik sayılabilecek nitelikte değildir²⁵. Bu hükümler, ancak Ticaret Kanunu açısından yenilik sayılabilecek niteliktedir. Çünkü kaydi sistem, Sermaye Piyasası Kanunu ile düzenlenmiş olup, Ticaret Kanunu açısından yenilik sayılabilecek söz konusu hükümlerde yer alan kuralların büyük bir çoğunluğu, hâlihazırda Sermaye Piyasası Kanunu ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelik ve tebliğlerde yer almaktadır. 6102 sayılı TTK ile getirilen söz konusu hükümlerin büyük bir çoğunluğu, Sermaye Piyasası Kanunu ile Ticaret Kanunu arasında var olan bazı uyumsuzlukları ortadan kaldırmak amacı ile getirilmiştir²⁶.

Öte yandan, 6102 sayılı TTK'da, Sermaye Piyasası Kanunu ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan yönetmelik ve tebliğlerdeki hükümlere göre farklı düzenleme ve

²³ Kaydi anonim şirket paylarının, 1) fiziki olarak senet üzerine basılarak tecessüm etmeseler de maddi bir varlığa sahip oldukları, bu maddi varlığın elektronik ortamdaki hesapta yer alan kayıt ile oluştuğu; 2) kaydi anonim şirket paylarının üzerlerinde hâkimiyet (egemenlik) kurulmaya elverişli değerler oldukları ve üzerlerinde hâkimiyet kurulmasına elverişli olan elektrik enerjisi, atom enerjisi, su ve havagazı gibi değerlerin de taşınır eşya olarak kabul edilebildiği; 3) bu payların iktisadi bir değere sahip oldukları ve eşyaya ilişkin maddilik, hâkimiyete elverişlilik, kişilik dışılık ve iktisadi değer gibi tüm unsurları taşıdıkları yönünde bkz. **Ünal**, s. 350 – 351.

²⁴ Aynı yönde bkz. **Öztaş**, s. 336; **Turanboy**, s. 51; **Özkul**, s. 15; **Haselçin**, s. 80; **Yalın**, s. 40; **Vural**, s. 20.

²⁵ Aynı yönde bkz. **Manavgat**, Tasarı, s. 525.

²⁶ TTK ile getirilen hükümlerin bir kısmının amacının, Ticaret Kanunu ile Sermaye Piyasası Kanunu arasındaki hüküm farklılıklarını ortadan kaldırmak olduğu yönünde bkz. **Tekinalp**, Sermaye Piyasası, s. 21.

ifadelere yer verilmiş olması, çeşitli problemlerin ortaya çıkmasına neden olabilecek niteliktedir. Bu nedenle sadece 6102 sayılı TTK'nın, önemli olarak kabul ettiğimiz veya problem oluşturabileceğini düşündüğümüz ya da mevcut düzenlemelerle uyuşmayan bazı hükümleri üzerinde durulacaktır.

A. Genel Kurula Katılmaya Yetkili Olan Pay Sahiplerine İlişkin 415. Madenin 2. Fıkrası

6102 sayılı TTK'nın 415. Maddesinin 2. Fıkrasına göre;

“ (2) *Hazır bulunanlar listesinde adı bulunan senede bağlanmamış payların, ilmuhaberlerin nama yazılı payların sahipleri ve Sermaye Piyasası Kanununun 10/A maddesi uyarınca kayden izlenen pay sahipleri veya anılanların temsilcileri genel kurula katılır. Gerçek kişilerin kimlik göstermeleri, tüzel kişilerin temsilcilerinin vekâletname ibraz etmeleri şarttır*”.

TTK'ya göre; pay defterine kayıtlı çıplak pay sahipleri ile nama yazılı payların sahipleri ve borsada işlem gören anonim şirketlerin pay (kaydi pay) sahipleri; gerçek kişi iseler kimlik göstererek, tüzel kişi iseler, vekaletname ibraz ederek genel kurul toplantısına katılabileceklerdir (TTK m.415/2). Hamiline yazılı pay senedi sahipleri ise, genel kurulun toplantı gününden en geç bir gün önce bu senetlere zilyet olduklarını ispatlayarak alacakları giriş kartını ibraz ederek genel kurul toplantısına katılabileceklerdir²⁷ (TTK m.415/3). Bunların dışında, genel kurula katılma ve oy kullanma hakkı, pay sahibinin payların sahibi olduğunu kanıtlayan belgeleri veya pay senetlerini şirkete, bir kredi kuruluşuna veya başka bir yere depo edilmesi şartına bağlanamayacaktır (TTK m.415/4).

TTK m.415'e göre değerlendirildiğinde tüm kaydi pay sahipleri (bu payların nama yazılı veya hamiline yazılı olmasına bakılmaksızın), kimliklerini veya vekaletnamelerini göstererek genel kurul toplantısına katılabileceklerdir. Bunun dışında söz konusu kişilerin genel kurul toplantısına katılmaları için ekstra bir belge sunmalarına veya paylarını herhangi bir yere depo etmelerine gerek olmayacaktır. Ancak TTK m.417/1'de “Yönetim kurulu, Sermaye Piyasası Kanununun 10/A maddesi uyarınca genel kurula katılabilecek kayden izlenen payların sahiplerine ilişkin listeyi, Merkezi Kayıt Kuruluşundan sağlayacağı “pay sahipleri çizelgesi”ne göre düzenler” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm TTK m.415/1'de yer alan “Genel kurul toplantısına, yönetim kurulu tarafından düzenlenen “hazır bulunanlar listesi”nde adı bulunan pay sahipleri katılabilir” hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, kaydi pay sahiplerinin genel kurul toplantısına katılabilmeleri için MKK'dan sağlanacak pay sahipleri çizelgesinde isimlerinin bulunması da gerekmektedir.

Ayrıca TTK m.417/5'e göre; “*Sermaye Piyasası Kanununun 10/A maddesi uyarınca kayden izlenen paylara ilişkin pay sahipleri çizelgesinin Merkezi Kayıt Kuruluşundan sağlanmasının usul ve esasları, gereğinde genel kurul toplantısının yapılacağı gün ile sınırlı olmak üzere payların devrinin yasaklanması ve ilgili diğer konular Sermaye Piyasası Kurulu tarafından bir tebliğ ile düzenlenir*”. Bu hüküm nedeniyle SPK tarafından düzenlenecek bir tebliğle, kaydi payların genel kurul toplantı günü ile sınırlı olarak devrinin yasaklanması ve ekstra prosedürlerin düzenlenmesi mümkündür.

Nitekim Kaydileştirme Tebliği'nin 18. Maddesi çerçevesinde; 1) İhraççı şirketler genel kurul toplantısından 15 gün önce toplantı tarihini MKK'ya bildirmeli, 2) Genel kurul toplantısına katılmak isteyen kaydi pay sahipleri, çağrı merkezi, internet, alo

²⁷ Hamiline yazılı pay senedi sahiplerinden, giriş kartının verilmesinden sonraki bir tarihte hamiline yazılı pay senedini devraldığını ispatlayan kişiler de genel kurul toplantısına katılabilecektir (TTK m.415/3).

MKK, sms veya hesaplarının bulunduğu üyeye iletecekleri talep aracılığıyla payları üzerine blokaj (genel kurul blokajı) koydurmalı 3) Blokaja ilişkin belge MKK tarafından ilgili üyeye ve ilgili üye aracılığıyla pay sahibine verilmeli 4) MKK ayrıca ihraççı şirkete bloke edilen payların miktarını ve sahiplerini gösteren bir liste göndermeli 5) İhraççı şirket MKK tarafından düzenlenen blokaj belgeleri ile yine MKK tarafından kendisine gönderilen listeyi karşılaştırarak kaydi pay sahiplerini genel kurul toplantısına almalıdır.

TTK m.417/5'te yer alan "...ve ilgili diğer konular Sermaye Piyasası Kurulu tarafından bir tebliğ ile düzenlenir" ifadesi nedeniyle pay sahiplerinin genel kurul toplantılarına katılmaları açısından Kaydileştirme Tebliğindeki ek kurallara da uyulması gerekmektedir. Bu nedenle kaydi pay sahipleri açısından genel kurula katılmayı kolaylaştıran TTK hükümleri ile genel kurula katılmak için ekstra prosedürler getiren Kaydileştirme Tebliği hükümleri birbiri ile çelişmektedir. Bu nedenle ekstra prosedürler getiren Kaydileştirme Tebliği hükümleri değiştirilmeli ve MKK'dan sağlanan pay sahipleri çizelgesinde ismi bulunan herkes ilgili belgesini (kimlik veya vekaletname) göstererek genel kurul toplantısına katılabilmelidir. Bununla birlikte sadece genel kurul toplantısının yapılacağı gün ile sınırlı olmak şartıyla kaydi paylar için devir yasağı getirilmesi mümkün olabilmelidir.

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde değerlendirildiğinde TTK ile yapılan değişikliklerle kaydi pay sahipleri açısından genel kurul toplantılarına katılma prosedürünün kolaylaştırıldığı söylenebilir. Ayrıca TTK ile genel kurul toplantılarına katılma prosedürü açısından paylar arasında var olan nama yazılı ve hamiline yazılı şeklindeki ayırım, kaydi paylarla sınırlı olmak üzere kaldırılmıştır. Bu çerçevede payların genel kurul toplantısından bir hafta önce şirkete tevdi ve giriş kartı almak gibi genel kurul toplantılarına katılmayı zorlaştıran prosedürler kaydi paylar açısından kaldırılmıştır. Hem nama yazılı hem de hamiline yazılı kaydi pay sahiplerinin herhangi bir ayırım yapılmaksızın daha kolay bir şekilde genel kurul toplantısına katılması sağlanmıştır.

B. Bildirime İlişkin 431. Maddenin 1. Fıkrası

6102 sayılı TTK'nın 431. Maddesine 1. Fıkrasına göre;

"(1) 428 inci maddenin birinci ve ikinci fıkralarında öngörülen temsilciler ile tevdi eden temsilcileri, kendileri tarafından temsil olunacak payların sayılarını, çeşitlerini, itibar değerlerini ve gruplarını şirkete bildirirler. Bu bildirimde, Sermaye Piyasası Kanununun 10/A maddesi uyarınca kayden izlenen paylarla ilgili olarak bu Kanunun 417 nci maddesinin ikinci fıkrasındaki tebliğ hükümleri de uygulanır. Aksi hâlde, o genel kurulda alınan kararlar, genel kurula yetkisiz katılmaya dair hükümler çerçevesinde iptal edilebilir".

Bu hüküm kaydi sisteme ilişkin nitelikli bir değişiklik ve yenilik getirmemekte, sadece kaydi sisteme ilişkin bir tebliğe gönderme yapmaktadır. Hükümde yapılan göndermenin amacı, TTK hükümlerinin kaydi sistemin işleyiş kuralları ile uyumlu olmasıdır²⁸. Bu yönüyle söz konusu hüküm olumlu bir düzenleme getirmektedir. Ancak hük-

²⁸ TTK m.431'de yapılan değişikliğe ilişkin Adalet Komisyonu raporuna göre; "Alt Komisyonca, Tasarının 431 inci maddesinde aşağıda belirtilen gerekçelerle değişiklik yapılmış; yapılan bu değişiklik Komisyonumuzca da kabul edilmiştir: Yakın bir tarihte faaliyete geçen Merkezi Kayıt Kuruluşu ile bu maddede öngörülen bildirim bağılantılandırılmasının amaca daha uygun olacağı düşünülmüştür. Gerçekten temsilcilerin şirkete yaptıkları bildirim, kayden takibi yapılan paylarda Merkezden alınacak bilgilerle doğruluklarının denetlenmesi hem kolaylık hem de güven sağlar. Böyle bir denetimle mükerrer ve gerçeğe uymayan temsiller kolayca tespit edilebilir. Kayden takip edilmeyen paylarda yönetim kurulu bu incelemeyi kendi imkânlarıyla fazla bir güçlük karşılığında yapabilir."

mün gönderme yaptığı TTK m.417/2’de kaydi sisteme ilişkin bir tebliğden söz edilmemektedir. TTK m.431’in sözünü ettiği kaydi sisteme ilişkin tebliğ 417. Maddenin 2. Fıkrasında değil, 5. Fıkrasında yer almaktadır. Dolayısıyla TTK m.431’de yapılan gönderme hatalıdır²⁹. Bu hatanın sebebi, TTK’ya ilk Tasarı aşaması ile kanunlaşma aşaması arasında eklenen ilave fıkralardır. Hem 2005 yılında Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan hem de 2007 yılında Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen tasarı metninde TTK m.417 toplam iki fıkradan oluşmaktadır. TTK m.417’nin 2005 tarihli metninde söz konusu tebliğden hiç söz edilmemiş; 2007 tarihli metninde ise söz konusu tebliğe 2. Fıkra yer verilmiştir.

Bu çerçevede değerlendirildiğinde TTK m.417’nin metnine ilave fıkralar eklenirken, 431. Maddede 417. Maddeye yapılan göndermenin düzeltilmesinin unutulduğu söylenebilir. Kanaatimizce 431. Maddede yer alan hatalı gönderme, 431. Maddedeki hükmün değiştirilmesi ile ortadan kaldırılmalıdır. Değişiklik, 431. Maddedeki göndermenin 417. Maddenin 5. Fıkrasına yapılması şeklinde olabileceği gibi, doğrudan ilgili SPK Tebliğine gönderme yapılması şeklinde de olabilir³⁰.

C. Bildirme Yükümlüğüne İlişkin 496. Madde

6102 sayılı TTK’nın 496. Maddesine göre;

“ (1) Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsada satılmaları hâlinde, Merkezî Kayıt Kuruluşu, Sermaye Piyasası Kurulunun düzenlemelerine uygun olarak devreden kimliğini ve satılan payların sayısını şirkete bildirir veya şirketin bu bilgilere teknik erişimini sağlar”.

Bu hüküm ile nama yazılı payların borsada satılması halinde MKK’na iki farklı alternatifli olan bir yükümlülük yüklenmiştir³¹. Bu alternatiflerden birincisi, borsada devredilen nama yazılı kaydi payları “devreden kişinin kimliğini” ve “satılan payların sayısını” şirkete bildirmek; ikincisi ise, borsada devredilen nama yazılı kaydi payları “devreden kişinin kimliği” ve “satılan payların sayısı”, bilgilerine ihraççı şirketin erişimini sağlamaktır. MKK’nun söz konusu alternatiflerden herhangi birisini yerine getirmesi, yükümlülüğünü ortadan kaldırmaktadır³². Ayrıca hangi alternatif yerine getirilirse getirilsin, yapılan işlemler Sermaye Piyasası Kurulu’nun düzenlemelerine uygun olmalıdır.

İhraççı şirketler, MKK nezdinde tutulan kaydi sistemin üyesi olup, kaydi sistemi kullanabilmekte ve kaydi sistemdeki bilgilere ulaşabilmektedirler. Diğer bir ifade ile

²⁹ Aynı yönde bkz. **Kendigelien**, s. 284 dn.116.

³⁰ Bu tebliğin sunulduğu tarihle (12.05.2012) yazılı hale getirildiği tarih arasında, yukarıda belirttiğimiz görüş doğrultusunda 6335 sayılı (ve 26.06.2012 tarihli) Kanun m.40/17 ile TTK m.431 değiştirilmiş ve TTK m.431’de yer alan “ikinci” ifadesi “beşinci” olarak düzeltilmiştir. Böylece isabetli bir şekilde TTK m.431’deki atf, TTK m.417/5’e ve bu maddedeki tebliğe yapılır hale gelmiştir.

³¹ Aynı yönde bkz. **Tekinallp**, Yeni Bağlam Sistemi, s. 70 – 71; **Kendigelien**, s. 352. Alternatifli bir yükümlülüğünün getirilmesinin sebebinin katı bir bildirim anlayışının Merkezi Kayıt Kuruluşu yönünden güçlükler yol açabileceği endişesi olduğu yönünde bkz. **Tekinallp**, Yeni Bağlam Sistemi, s. 71

³² Tasarı halindeyken 496. maddeye göre; MKK’nın hem devreden kimliğini hem de satılan pay senetlerinin sayısını şirkete bildirmesi gerektiği yönünde bkz. **Pulaşlı**, Oy Hakkının Kullanılması, s. 793. Adalet komisyonu aşamasında kabul edilen metinde MKK’ya hem bildirim hem de teknik erişimi sağlama yükümlülüğü ayrı ayrı yüklenmişken, kanunun görüşülmesi aşamasında verilen bir önerenin kabulü sonucu bu iki yükümlülüğün “veya” bağlacı ile seçimlik hale dönüştürüldüğü yönünde bkz. **Kendigelien**, s. 352.

ihraççı şirketlerin kaydi sistemi kullanarak hükümde MKK'na bildirme yükümü olarak verilen bilgilere ulaşmaları mümkündür. Ayrıca borsada işlem gören ve günde birçok kez el değiştirmesi mümkün milyonlarca paya ilişkin her devir işlemine ait bilgilerin MKK tarafından ihraççı şirkete bildirilmesi oldukça güçtür. Her devre devir işlemine ait söz konusu bilgilerin ihraççı şirkete bildirilmesi teknik olarak mümkün olsa bile, buna gerek yoktur. Çünkü ihraççı şirket, sistemdeki bilgilere ulaşabilmektedir. Bu nedenle birinci alternatifte yer alan bildirme yükümünün, kaydi sistemin işleyişine uygun olmadığı gibi, böyle bir bildirimde gerek de olmadığı kanaatindeyiz.

Öte yandan hükümde MKK için düzenlenen bildirme yükümünün şekli ve mahiyeti de tam olarak belirlenmemiştir. Bildirim ile kastedilen, Tebligat Kanunu çerçevesindeki bildirim ise, MKK'nın bu yükümün altından kalkması mümkün değildir. Ancak bildirim ile kastedilen payların devrine ait bilgilerin kaydi sistemdeki ihraççı alt hesaplarına yansıtılması ise, kaydi sistem bu bildirmiyi halihazırda gerçekleştirmektedir. Nitekim TTK m.496'da bildirim ve teknik erişimin Sermaye Piyasası Kurulu'nun düzenlemelerine uygun olarak yapılacağı hüküm altına alınmıştır³³. Dolayısıyla bu şekilde değerlendirildiğinde hükümde yer alan düzenlemeyi bir yenilikten çok, bir uyumlaştırma gayreti olarak kabul etmek gerekir.

Ayrıca MKK'nın ihraççı şirketin erişimini sağladığı (ihraççının ilgili alt hesabına yansıttığı) bilgiler arasında, hükümde yer aldığı gibi sadece devreden kimliği ve satılan payların sayısı değil, devralanın kimliği de yer almaktadır. Çünkü TTK m.496'nın amacı, pay defterinin gerçek durumu yansıtmasını sağlamaktır³⁴. Pay defterinin gerçek durumu yansıtılması içinse, şirketin devreden yanında devralanın kimlik bilgilerini de bilmesi ve pay defterine geçirmesi gerekmektedir. Ayrıca devreden kimlik bilgileri ihraççı şirket tarafından zaten bilinmektedir. Önemli olan devredenden ziyade devralanın, diğer bir ifade ile yeni pay sahibinin (veya payları devralan eski pay sahibi olan kişinin) kimlik bilgileridir. Nitekim payları devralan yeni pay sahibinin şirkete ortak olup olamayacağının veya payları devralan eski pay sahibinin şirketteki ortaklık oranının belli bir yüzdeyi geçip geçmediğinin şirketçe değerlendirilebilmesi için devralanın kimliğinin şirket tarafından bilinmesi gerekmektedir. Öte yandan devralan kişinin kimlik bilgilerinin şirket tarafından bilinmesi, payın sahibine verdiği hakların kime ait olduğu ve kim tarafından kullanılacağı açısından da önemlidir.

Bu çerçevede değerlendirildiğinde hükümde yer alan düzenleme (TTK m.496) ; *“Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsada satılması halinde Merkezi Kayıt Kuruluşu, Sermaye Piyasası Kurulu'nun düzenlemelerine uygun olarak devreden ve devralanın kimliği ile satılan payların sayısını ilgili ihraççı alt hesabına yansıtır ve ihraççı şirketlerin kaydi sistemi kullanarak bu bilgilere teknik erişimini sağlar”* şeklinde değiştirilmelidir.

Nitekim TTK'nın 497. Maddesinin 1. Fıkrasında borsaya kote nama yazılı paylarda paydan kaynaklanan hakların devralana geçme zamanı, devrin borsada ve borsa dışında yapılmasına göre farklı şekilde düzenlenmiştir. Bu şekilde bir farklılığa gidilmesinin sebebi de borsada yapılan devirden kaydi sistem aracılığıyla ihraççı şirketin haberdar olması, borsa dışında yapılan devirden ise, ihraççı şirketin ancak kendisine bildirim yapılması halinde haberdar olmasıdır. Dolayısıyla TTK m.497'de yer alan hüküm de ihraççı şirketin kaydi sistemi kullanarak devre ait bilgilere ulaşabileceği konusundaki TTK m.496'ya ilişkin yukarıda ortaya koyduğumuz görüşü desteklemektedir.

³³ **Tekinalp**, Yeni Bağlam Sistemi, s. 70.

³⁴ Bkz. TTK m.496 Madde Gerekçesi

D. Hakların Geçişine İlişkin 497. Maddenin 1. ve 2. Fıkrası

6102 sayılı TTK'nın 497. Maddesinin 1. ve 2. Fıkrasına göre;

“(1) Borsaya kote nama yazılı paylar **borsada** iktisap edildikleri takdirde, paylardan kaynaklanan haklar payların devri ile birlikte devralana geçer. Borsaya kote nama yazılı payların, **borsa dışında** iktisap edilmeleri hâlinde, söz konusu haklar, pay sahipliği sıfatının şirket tarafından tanınması için, devralanın şirkete başvurusunda bulunmasıyla devralana geçer.

(2) Devralan, şirket tarafından tanınuncaya kadar, paylardan doğan, genel kurula katılma ve oy hakkını ve oy hakkına bağlı diğer hakları kullanamaz. Tüm diğer pay sahipliği haklarının, özellikle rüçhan hakkının kullanılmasında, iktisap eden herhangi bir sınırlamaya tabi değildir”.

TTK m.497/1'de borsaya kote nama yazılı kaydi payların devrinde hakların devralana geçişi, bu payların borsada ya da borsa dışında iktisap edilmelerine göre ayrı ayrı düzenlenmiştir³⁵. Buna göre; borsaya kote nama yazılı kaydi payların borsada iktisap edilmeleri halinde, bu paylardan kaynaklanan tüm malvarlığına ve yönetime ilişkin haklar payların devri ile birlikte devralana geçmektedir (TTK m.497/1). Borsaya kote nama yazılı kaydi payların, borsa dışında iktisap edilmeleri hâlinde ise, bu paylardan kaynaklanan (tüm malvarlığına ve yönetime ilişkin) haklar, pay sahipliği sıfatının şirket tarafından tanınması için, devralanın şirkete başvurusunda bulunmasıyla devralana geçmektedir (TTK m.497/1).

Öte yandan TTK m.497/2'de devralanın, şirket tarafından tanınuncaya kadar, paylardan doğan, genel kurula katılma ve oy hakkı ile oy hakkına bağlı diğer hakları kullanamayacağı; tüm diğer pay sahipliği haklarının (özellikle rüçhan hakkının) kullanılmasında ise, herhangi bir sınırlamaya tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir³⁶. Ancak bu hükmün borsaya kote nama yazılı kaydi payların iktisap şekillerinden (borsada veya borsa dışında iktisaptan) hangisine uygulanacağına ilişkin bir kurula söz konusu düzenlemede yer verilmemiştir. TTK m.497'nin madde Gereğesinde ise; nama yazılı paylar, ister borsada ister borsa dışında iktisap edilmiş olsunlar, şirket devralanı pay defterine kaydetmediği sürece genel kurula katılma ve oy hakkı ile oy hakkına bağlı hakların kullanılamayacağı, malvarlıksal hakların işe herhangi bir sınırlamaya bağlı olmaksızın kullanılabileceği açıklaması yer almaktadır³⁷.

³⁵ Aynı yönde bkz. TTK m.497 Madde Gereğesi

³⁶ Borsaya kote nama yazılı paylardan kaynaklanan hakların payların devri ile birlikte devralan geçtiği; ancak oy hakkı ile buna bağlı hakların pay sahipliği sıfatının şirket tarafından tanınuncaya kadar donduğu yönünde bkz. **Pulaşlı**, Şerh, C. II, s. 1515.

³⁷ Bu tür bir hükme varılmasının sebebi TTK m.497 Madde Gereğesinde; “oy ve ona bağlı hakların şirket üzerindeki hakimiyet ile doğrudan ilgili bulunması, buna karşılık pay senetlerine yatırım yapan kişinin malvarlıksal hakları kazanmasının gerekliliği” şeklinde açıklanmıştır. Ayrıca TTK m.497 Madde Gereğesinde “Her iki halde de, birinci fıkrada kullanılan “haklar” terimi ile “oy hakkı ile ona bağlı hakların kullanılması” dışındaki haklar kastedilmiştir. Her iki geçiş anında da oy hakkı ile (genel kurula katılma, konuşma, öneride bulunma gibi) ona bağlı haklar kullanılamaz; yoksa bunlar devredende kalmış değildir. Bu varsayımında oy ve ona bağlı haklar yönünden hukukî durum şöyledir. Oy ve ona bağlı haklar devralana geçmiştir. Ancak devralan sadece bu hakları kendisi şirket tarafından tanınuncaya kadar kullanamaz. Devredende ise devrolunan pay senetlerinden doğan hiçbir hak kalmamıştır. Birinci fıkrada istisnaya işaret edilmeksizin “haklar” denilmiş olmasının sebebi devredende hiçbir hakkın bulunmaması, hiçbir hakkın onda kalmamış olmasıdır. Hakların geçmesi hisse senetlerinin mülkiyetinin geçmesi anlamındadır” ifadelerine yer verilmiştir.

Gereğede yer alan söz konusu açıklamaya rağmen, YTTK m.497/2 hükmünün sadece nama yazılı kaydi payların “**borsa dışında**” iktisabı halinde uygulanması gerektiği; nama yazılı kaydi payların “**borsada**” iktisabı halinde ise genel kurula katılma hakkı ile oy hakkını ve oy hakkına bağlı diğer hakların kullanılması için devralanın pay defterine kaydedilmesine ve şirket tarafından tanınmasına gerek olmadığı kanaatindeyiz³⁸. Çünkü TTK m.497/2 hükmü ve TTK m.497'nin Madde Gereğesinde yer alan söz konusu açıklama, Sermaye Piyasası Mevzuatı ile uyumsuz, iki ön kabulden hareket etmektedir³⁹. Bu ön kabuller; 1) Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların da pay defterine kaydedilmesinin zorunlu olduğu (diğer bir ifade ile nama yazılı kaydi paylara ilişkin pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için pay defterinde kayıtlı pay sahibi olunmasının zorunlu olduğu) ve 2) Borsaya kote edilmiş anonim şirket payları açısından nama yazılı ve hamiline yazılı şekilde bir ayrımın söz konusu olduğudur.

Hâlbuki nama yazılı payların pay defterine kaydını düzenleyen TTK m.499'da borsaya kote edilmiş nama yazılı anonim şirket paylarının (nama yazılı kaydi payların) pay defterine kaydedileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Hatta TTK m.499'un 5. Fikrasındaki “*Merkezî Kayıt Kuruluşu tarafından kayden takibi yapılan nama yazılı paylara ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri ile ilgili diğer düzenlemeler saklıdır*” hükmü ile borsaya kote edilmiş nama yazılı anonim şirket paylarına ilişkin SPK hükümleri saklı tutulmuştur⁴⁰. Saklı tutulan hükümlerden SPK m.10/A/6'da ise, payların devrinin, Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde anonim şirket tarafından pay defterine kaydında, ilgililerin başvurusuna gerek kalmaksızın, MKK nezdinde ihraççılar itibariyle tutulan kayıtların esas alınacağı hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre; payları borsaya kote edilmiş anonim şirketlerde pay sahiplerinin tespiti açısından MKK tarafından tutulan kayıtlar esas alınmalıdır⁴². Diğer bir ifade ile payları borsaya kote edilmiş anonim şirketlerde pay sahibinin ve paya bağlanan hakları

³⁸ Aksi yönde bkz. **Kendigelen**, s. 352 – 353; **Pulaşlı**, Şerh, C. II, s. 1470, 1514; **Tekinalp**, Yeni Bağlam Sistemi, s. 69, s. 73 – 74; **Altaş**, s. 265; **Sevi**, s. 261 – 262.

³⁹ TTK m.497 ikinci fıkra gereğesine göre; “*Nama yazılı pay senetleri ister borsada, ister borsa dışında iktisap edilmiş olsunlar, şirket devralanı pay defterine kaydetmediği sürece oy ve ona bağlı haklar kullanılamaz. Buna karşılık malvarlıksal haklar herhangi bir sınırlamaya bağlı olunmaksızın kullanılabilir. Bunun sebebi oy ve ona bağlı hakların şirket üzerindeki hakimiyet ile doğrudan ilgili bulunması, buna karşılık hisse senetlerine yatırım yapan kişinin malvarlıksal hakları kazanmasının gerekliliğidir.*”

⁴⁰ Bu hükümden senede bağlanmamış hamiline yazılı payların da kayden takip edilmeye başlamalarından itibaren artık hamiline yazılı paylara pay defterinde yer verilmeyeceğinin anlaşılması gerektiği yönünde bkz. **Tekinalp**, Yeni Bağlam Sistemi, s. 93.

⁴¹ Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A maddesinin 6. fıkrasında “Ticaret Kanunu'nun 417. maddesi” hükmüne gönderme yapılmıştır. Ancak bu gönderme, 6762 sayılı ETK'ya yapılan bir göndermedir. 6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte söz konusu fıkradaki göndermeden 6102 sayılı TTK m.499'un anlaşılması uygun olur. Çünkü 14.01.2011 tarih ve 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (RG. T. 14.02.2011, S.27846) m.7 nedeniyle, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A maddesindeki 6762 sayılı ETK'nın 417. maddesine yapılan gönderme, yürürlüğe girmesiyle birlikte 6102 sayılı TTK'nın 499. maddesine yapılmış sayılacaktır. 6103 sayılı Kanun'un Yollamalar başlıklı 7. maddesi şu şekildedir: “*Bu Kanunun ve Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesiyle, 6762 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılan veya değiştirilen maddelerine diğer mevzuat tarafından yapılmış bulunan yollamalar, Türk Ticaret Kanununda o maddeleri karşılayan hükümler varsa onlara yapılmış sayılır. Aksi hâlde, hâkim 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 1 inci maddesini uygular. Birinci cümle hükmü, esas sözleşmeler dahil, her çeşit sözleşme, taahhütname, beyan ve benzeri metinlerdeki eski hukuka yapılmış olan yollamalar için de geçerlidir.*”

⁴² Aynı yönde bkz. **Narbay**, s. 160 – 161.

kullanacak kişinin tespit edilmesinde esas alınacak kayıtlar, pay defterinde yer alan kayıtlar değil, MKK tarafından tutulan kayıtlardır⁴³. Bu yüzden söz konusu hüküm ile birlikte, anonim şirketlerde nama yazılı paylara ilişkin tasarruf işlemi yapmaya yetkili kişinin belirlenmesinde pay defteri kayıtlarının doğru olduğuna ilişkin karine⁴⁴, payları borsaya kote edilmiş (kaydi sisteme tabi) anonim şirketler açısından ortadan kalkmıştır⁴⁵. Dolayısıyla TTK m.497/2 hükmü ve TTK m.497 Madde Gereğesinde yer alan açıklamaya ilişkin (Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların da pay defterine kaydedilmesinin zorunlu olduğu, diğer bir ifade ile nama yazılı kaydi paylara ilişkin pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için pay defterinde kayıtlı pay sahibi olunmasının zorunlu olduğu şeklindeki) birinci ön kabul ortadan kalkmakta ve geçerliliğini yitirmektedir.

Ayrıca pay devrinin pay defterine kaydı, nama yazılı paylar açısından geçerli olup, hamiline yazılı paylar açısından geçerli değildir. Kaydileştirme Tebliği Geçici m.4'de ise, borsada işlem gören anonim şirket paylarının farklı nevilere ayrılmaması durumunda, söz konusu payların MKK tarafından nevilere ilişkin bir ayırım yapılmaksızın izleneceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme nedeniyle borsada işlem gören anonim şirket payları açısından söz konusu olan nama yazılı ve hamiline yazılı şeklindeki nevi ayırımı, MKK'nın yaptığı işlemler açısından fiilen ortadan kaldırılmıştır⁴⁶. Bunun bir sonucu olarak da nama yazılı kaydi payların borsada devrinde, devir işleminin geçerli olması için anonim şirkete başvurulmasına ve devir işleminin pay defterine kaydedilmesine gerek yoktur⁴⁷. Dolayısıyla TTK m.497/2 hükmü ve TTK m.497 Madde

⁴³ Kaydi sistemdeki kaydın tasarruf işlemi yapabilecek yetkiliyi göstermek konusunda karine teşkil ettiği yönünde bkz. **Tekinalp**, Nama Yazılı Kaydi Paylar, s. 541; **Ergincan/Yayla**, s. 153.

⁴⁴ Anonim şirketlerde nama yazılı paylara ilişkin tasarruf işlemi yapmaya yetkili kişinin belirlenmesinde pay defteri kayıtlarının doğru olduğuna ilişkin karine bulunduğu yönünde bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, N. 1131. Ayrıca bkz. 11. HD. T. 30.12.1985, E. 1985/7302, K. 1985/7377 (Batider, C. XIII 168).

⁴⁵ Aynı yönde bkz. **Narbay**, s. 161.

⁴⁶ Kaydileştirme Tebliği'nin Geçici 4. maddesinin 2. fıkrasına göre; "...*İMKB Takas ve Saklama Bankası A.Ş. nezdinde mislen saklamada tutulmakta olanlar dâhil borsada işlem gören anonim ortaklık hisse senetlerinin farklı nevilere ayrılmaması durumunda, söz konusu paylar Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından nevilere ilişkin bir ayırım yapılmaksızın izlenir*". Bu hüküm ile birlikte anonim şirket payları arasında var olan nama yazılı ve hamiline yazılı şeklindeki nevi ayırımı ortadan kaldırılmıştır. Ancak anonim şirket payının nevi ne olursa olsun, Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından aralarında herhangi bir ayırım yapılmaksızın izleneceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla kaydi sisteme tabi anonim şirketlerin payları açısından söz konusu olan nama yazılı ve hamiline yazılı şeklindeki ayırım, Merkezi Kayıt Kuruluşu'nun yaptığı izleme faaliyeti ve kaydi sistemde yapılan işlemler açısından, fiilen ortadan kaldırılmıştır. Söz konusu düzenlemeyi takiben, Kaydileştirme Tebliği'nin Geçici 4. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "...*paylarını aynı türe...*" ve "...*nevi ayırımına gitmeyecekleri...*" ifadelerinden, kaydi anonim şirket payları açısından nama yazılı ve hamiline yazılı şeklindeki ayırımın kabul edildiği ve fakat Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde yapılan işlemler açısından bu tür bir nevi ayırımı yapılmadan işlemlerin yerine getirileceği anlaşılmaktadır. Bu düzenlemenin esas amacı ise, kaydi sisteme tabi anonim şirket payları açısından fiilen ortadan kaldırılan nama yazılı ve hamiline yazılı şeklindeki ayırım nedeniyle ortaya çıkabilecek problemleri engellemeye yönelik tedbirler almaktır. Dolayısıyla senede bağlanmadan kaydi sistemde takip edilen kaydi anonim şirket payları nama yazılı veya hamiline yazılı olabilir. Ancak kaydi anonim şirket paylarının nevi ne olursa olsun kaydi sistem işlemleri yapılırken bunlar arasında herhangi bir ayırım yapılmayacaktır. Bkz. **Ünal** 217 vd.

⁴⁷ Aynı yönde bkz. **Ünal**, s. 237; **Manavgat**, Kaydi Sistem, s. 184 – 185; **Haselçin**, s. 151; **Ayhan**, s. 132; **Sevi**, s. 289 – 290. Aksi yönde bkz. **Narbay**, s. 249. Ayrıca bkz. **Tekinalp**, Nama Yazılı Kaydi Paylar 542.

Gereğesinde yer alan açıklamaya ilişkin (Borsaya kote edilmiş anonim şirket payları açısından nama yazılı ve hamiline yazılı şeklinde bir ayırımın söz konusu olduğu şekildeki) ikinci ön kabul de ortadan kalkmakta ve geçerliliğini yitirmektedir.

TTK m.497/2 hükmü ve TTK m.497 Madde Gereğesinin hareket ettiği iki ön kabulde ortadan kalktığına ve geçerliliğini yitirdiğine göre, söz konusu maddenin getirdiği düzenlemenin ve gerekçede yer alan açıklamanın dayanaksız kaldığı söylenebilir. Dolayısıyla TTK m.497/2'nin getirdiği düzenlemeye ve TTK m.497 Madde Gereğesinde yer alan açıklamaya itibar edilmemesi gerekmektedir.

Öte yandan TTK m.417/1'e göre; yönetim kurulu, Sermaye Piyasası Kanununun 10/A maddesi uyarınca "genel kurula katılabilecek kayden izlenen payların sahipleri"ne ilişkin listeyi, Merkezi Kayıt Kuruluşundan sağlayacağı "pay sahipleri çizelgesi"ne göre düzenlemelidir. Diğer bir ifade ile kaydi paylar açısından genel kurula katılacakların (dolayısıyla genel kurulda oy hakkını ve oy hakkına bağlı diğer hakları kullanacakların) listesi, anonim şirket pay defterine göre değil, MKK nezdinde tutulan kaydi sistemdeki bilgilere göre hazırlanmalıdır⁴⁸. Nitekim bu durum, TTK m.417/5'de kaydi paylara ilişkin pay sahipleri çizelgesinin MKK'dan sağlanmasının usul ve esaslarının Sermaye Piyasası Kurulu tarafından bir tebliğ ile düzenleneceği belirtilerek de açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca Yargıtay içtihatlarına göre; pay defterindeki kayıtlar ile hazır bulunanlar çizelgesindeki kayıtların birbiri ile çelişmesi durumunda, hazır bulunanlar çizelgesindeki kayıtlara üstünlük tanınmalıdır⁴⁹. Dolayısıyla borsaya kote edilmiş kaydi anonim şirket paylarının sahiplerinin belirlenmesi açısından Sermaye Piyasası Kurulu düzenlemeleri ve MKK nezdinde tutulan kaydi sistem kayıtları, pay defteri kayıtlarına göre önceliklidir. Nitekim Kotasyon Yönetmeliği⁵⁰ m.6'ya göre de menkul kıymetlerin borsada satılmış olması halinde, pay sahipliğine ilişkin olarak Merkezi Kayıt Kuruluşu kayıtları esas alınmalıdır.

Payları borsaya kote edilmiş anonim şirketlerde "hazır bulunanlar listesi" MKK'dan sağlanan pay sahipleri çizelgesine göre hazırlandığına (TTK m.417/1) ve genel kurul toplantısına da yönetim kurulu tarafından düzenlenen bu "hazır bulunanlar listesi"nde adı bulunan pay sahipleri katılabildiğine (TTK m.415/1) göre; payları borsaya kote edilmiş anonim şirketlerde kaydi pay sahiplerinin genel kurul toplantısına katılabilmeleri (ve genel kurulda oy hakkını ve oy hakkına bağlı diğer hakları kullanabilmeleri) için pay defterine kayıtlı olmalarına gerek yoktur. Dolayısıyla TTK m.417/1 ve 5 ile TTK m.415/1 hükümlerinden hareket edildiğinde de yukarıda belirttiğimiz aynı sonuca ulaşılmaktadır.

Yukarıda yaptığımız açıklamalardan bağımsız olarak TTK m.330'da yer alan "Özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır" şeklindeki hükümden hareket edildiğinde de aynı sonuca ulaşılabilecektir. Çünkü payları borsaya kote edilmiş anonim şirketler, Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerine tabidir. Sermaye Piyasası Kanunu ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan mevzuata göre ise, (yukarıda yapılan açıklamalarda da yer aldığı üzere) payları borsaya kote edilmiş anonim şirketlerde kaydi pay sahiplerinin genel kurulda oy hakkını ve oy hakkına bağlı diğer hakları kullanabilmeleri için pay defterine kayıtlı olmalarına gerek yoktur.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde değerlendirildiğinde; borsaya kote edilmiş nama yazılı kaydi payların "**borsa dışında**" devrinin anonim şirket tarafından onay-

⁴⁸ TTK m.426 Madde Gereğesinde de pay sahipliği sıfatının pay defteri dışında diğer delillerle de ispatlanabileceği ve MKK kayıtlarının niteliği ve bu yönden değerlendirilmesinin öğretisi ile yargıya ait bir temel sorun olduğu belirtilmektedir.

⁴⁹ 11. HD. T. 08.11.1982, K. 1982/2970, E. 1982/4443 ve 11. HD. T. 22.01.1986, K. 1986/6361, E. 1986/81 (Tekinalp, Yeni Bağlam Sistemi, s. 99, dn. 6.)

⁵⁰ Sermaye Piyasası Kurulu'nun yayınladığı İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Kotasyon Yönetmeliği (RG. T. 24.06.2004, S. 25502)

lanmaması halinde, pay sahipliği sıfatının şirket tarafından tanınması için devralanın şirkete başvuruda bulunmasıyla, (borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların aksine⁵¹), payların mülkiyeti ve paylardan kaynaklanan haklar devralana geçer. Ancak devralan, pay sahipliği sıfatı şirket tarafından tanınuncaya kadar, paylardan doğan genel kurula katılma ile oy hakkını ve oy hakkına bağlı diğer hakları⁵² kullanamaz; tüm diğer pay sahipliği haklarını⁵³ ise kullanabilir (TTK m.497/2).

Nama yazılı kaydi payların “**borsada**” iktisabı halinde ise, payların mülkiyeti ve paylardan kaynaklanan haklar payların devri ile birlikte devralana geçer (TTK m.497/1). Bu paylardan kaynaklanan (genel kurula katılma hakkı ile oy hakkını ve oy hakkına bağlı diğer haklar dâhil) hakların kullanılması için devralanın şirket tarafından tanınmasına ve pay defterine kaydedilmesine gerek yoktur⁵⁴. Diğer bir ifade ile TTK m.497/2 hükmü, sadece TTK m.497/1’in ikinci cümlesi için geçerli olup, birinci cümlesi için geçerli değildir.

SONUÇ

Kaydi sisteme ilişkin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin getirdiği yeniliklere ve bu hükümlere ilişkin değerlendirilmelere ilgili başlıklar altında ayrıntılı olarak değinilmiştir. Bu nedenle sonuç bölümünde öncelikle yapılan önemli tespitlere sıra numarası altında yer verilecek; daha sonra ise ortaya çıkacağını düşündüğümüz sorunların temelinde yatan neden ile buna ilişkin çözüm önerilerinden bahsedilecektir.

1. TTK ile yapılan değişikliklerle kaydi pay sahipleri açısından genel kurul toplantılarına katılma prosedürü kolaylaştırılmıştır. Ayrıca TTK ile genel kurul toplantılarına katılma prosedürü açısından paylar arasında var olan nama yazılı ve hamiline yazılı şeklindeki ayırım, kaydi paylarla sınırlı olmak üzere kaldırılmıştır. Bu çerçevede payların genel kurul toplantısından bir hafta önce şirkete tevdi ve giriş kartı almak gibi genel kurul toplantılarına katılmayı zorlaştıran prosedürler kaydi paylar açısından kaldırılmıştır. Böylece hem nama yazılı hem de hamiline yazılı kaydi pay sahiplerinin, herhangi bir ayırım yapılmaksızın, daha kolay bir şekilde genel kurul toplantısına katılmaları sağlanmıştır.

2. TTK m.431’deki 417. Maddenin 2. Fıkrasına yapılan gönderme hatalıdır. Bu hata TTK m.431’in değiştirilmesi ile ortadan kaldırılmalıdır. Bu değişiklik, 431. Maddedeki göndermenin 417. Maddenin 5. Fıkrasına yapılması şeklinde olabileceği gibi, doğrudan ilgili SPK Tebliğine gönderme yapılması şeklinde de olabilir.

3. TTK m.496’da yer alan “ (1) *Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsada satılmaları hâlinde, Merkezî Kayıt Kuruluşu, Sermaye Piyasası Kurulunun düzenlemelerine uygun olarak devreden kimliğini ve satılan payların sayısını şirkete bildirir veya şirketin bu bilgilere teknik erişimini sağlar*” şeklindeki düzenleme; “*Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsada satılması halinde Merkezî Kayıt Kuruluşu, Sermaye Piyasası Kurulu’nun düzenlemelerine uygun olarak devreden ve devra-*

⁵¹ Borsaya kote edilmemiş nama yazılı pay senetlerinin devrinde, anonim şirket bu devre onay vermedikçe payların mülkiyeti ve paylara bağlı tüm (malvarlığına ve yönetime ilişkin) haklar, devralana geçmez, devredende kalır (TTK m.494/1).

⁵² Oy hakkına bağlı diğer haklar kapsamına; genel kurulu toplantıya çağırma hakkı, toplantılara katılma hakkı, öneride bulunma hakkı, özel denetim isteme hakkı ile bilgi alma ve inceleme hakkı girmektedir.

⁵³ Tüm diğer haklar kapsamına; kar payı hakkı, tasfiye payı hakkı, bedelsiz payları edinme hakkı ve yeni payları edinmede rüçhan hakkı girmektedir.

⁵⁴ Aksi görüş belirten *Sevi*’ye göre; 6102 sayılı TTK borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar bakımından farklı bir yol izleyerek, payın mülkiyetinin ve paya bağlı hakların devralan tarafından kazanılması ile devralanın söz konusu hakları kullanabilmesi olanağını birbirinden ayırmıştır. Bkz *Sevi*, s. 259.

lanın kimliği ile satılan payların sayısını ilgili ihraççı alt hesabına yansıtır ve ihraççı şirketlerin kaydı sistemi kullanarak bu bilgilere teknik erişimini sağlar” şeklinde değiştirilmelidir.

4. Borsaya kote edilmiş nama yazılı kaydi payların “**borsa dışında**” devrinin anonim şirket tarafından onaylanmaması halinde, pay sahipliği sıfatının şirket tarafından tanınması için devralanın şirkete başvuruda bulunmasıyla, payların mülkiyeti ve paylardan kaynaklanan haklar devralana geçer. Ancak devralan, pay sahipliği sıfatı şirket tarafından tanınmaya kadar, paylardan doğan genel kurula katılma ile oy hakkını ve oy hakkına bağlı diğer hakları kullanamaz; tüm diğer pay sahipliği haklarını ise kullanabilir (TTK m.497/2). Nama yazılı kaydi payların “**borsada**” iktisabı halinde ise, payların mülkiyeti ve paylardan kaynaklanan haklar payların devri ile birlikte devralana geçer (TTK m.497/1). Bu paylardan kaynaklanan (genel kurula katılma hakkı ile oy hakkını ve oy hakkına bağlı diğer haklar dâhil) hakların kullanılması için devralanın şirket tarafından tanınmasına ve pay defterine kaydedilmesine gerek yoktur. Diğer bir ifade ile TTK m.497/2 hükmü, sadece TTK m.497/1’in ikinci cümlesi için geçerli olup, birinci cümlesi için geçerli değildir.

6102 sayılı TTK’nın kaydi sisteme ilişkin getirdiği hükümler açısından ortaya çıkabilecek sorunların temelinde, TTK’daki kaydi sisteme ilişkin hükümlerin İsviçre’den alınmış olması yatmaktadır⁵⁵. Çünkü kaydi sistem ve kaydi paylar, Sermaye Piyasası ve Borsa Mevzuatı kapsamında olup, Türk Sermaye Piyasası ve Borsa Mevzuatı ile İsviçre Borsa Mevzuatı arasında en küçük bir benzerlik bulunmamaktadır⁵⁶. Buna rağmen ve Sermaye Piyasası Mevzuatında mevcut çeşitli düzenlemeler olmasına rağmen, TTK ile kaydi sisteme ve kaydi paylara ilişkin çeşitli yeni hükümler getirilmiş ve bu hükümler İsviçre’den alınmıştır. Dolayısıyla kaydi sisteme ilişkin Sermaye Piyasası Mevzuatı ile TTK hükümleri birbiri ile çelişmektedir. Bu çelişki, bazı hükümlerin oluşturulması sırasında yapılan değişikliklerle ortadan kaldırılmış, ancak bazı hükümlerde (TTK m.497 gibi) hala varlığını devam ettirmektedir⁵⁷.

Söz konusu sorunun iki farklı şekilde çözülebileceği kanaatindeyiz. Birinci çözüm yolu; halka açık anonim şirketlere ve payları borsaya kote edilmiş anonim şirketlere ilişkin (zorunlu olanlar dışındaki) tüm hükümlerin TTK’dan çıkartılması ve bu hükümlerin sadece Sermaye Piyasası Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan mevzuat ile düzenlenmesi şeklinde olabilir. İkinci çözüm yolu ise, TTK’da kaydi sisteme ilişkin yer alan hükümlerin Sermaye Piyasası Mevzuatına göre gözden geçirilerek bu mevzuatla uyumlu hale getirilmesi şeklinde olabilir.

Kanaatimizce; halka açık anonim şirketlerin ve payları borsaya kote edilmiş anonim şirketlerin Sermaye Piyasası Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan mevzuat ile düzenlenmesi daha doğru olacaktır. Bu çerçevede TTK’daki (zorunlu olanlar dışındaki) halka açık anonim şirketlere ve payları borsaya kote edilmiş anonim şirketlere ilişkin düzenlemeler çıkartılmalıdır. Diğer bir ifade ile TTK, karışıklıklara, farklı anlaşılmalara ve mevzuat uyumsuzluklarına meydan vermemek için özel bir Kanun olan Sermaye Piyasası Kanunu’nun kapsamına giren konularda, mümkün olduğunca, düzenleme getirmemelidir.

⁵⁵ En çok sorun oluşturabilecek hükümlerden biri olan TTK m.497, İsviçre Borçlar Kanunu (Schweizerisches Obligationenrecht) ’nun 685f hükmünden alınmıştır.

⁵⁶ Bkz. **Tekinalp**, Yeni Bağlam Sistemi, s. IX.

⁵⁷ Türk Ticaret Kanunu’nun (Tasarısının) Sermaye Piyasası Kanunu, sermaye piyasası ve piyasasının aktörlerini hakkında bazı özel hükümler içerdiği ve bunların bir kısmının TTK (Tasarı) ile Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) arasındaki hüküm farklılıklarını ortadan kaldırarak hukukumuzda anonim şirketleri ilgilendiren konularda iki değişik düzenlemenin bulunmasının doğurabileceği sakıncaları önleme veya en aza indirmeye yönelik olduğu yönünde bkz. **Tekinalp**, Sermaye Piyasası, s. 21.

KAYNAKÇA

- Alberta** : Law Reform Institute: Transfers of Investment Securities, June 1993.
- Altaş, Soner** : Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketler, Ankara 2011.
- Ayhan, Hatice Ebru** : Borsada Hisse Senedi Alım Satım Sözleşmesi ve Hakkın İntikali, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara 2008.
- Bjerre, Carl S./**
- Rocks, Sandra M.** : The ABCs of the UCC, Article 8: Investment Securities, 2004.
- Cyntia,**
- Teo Tsu Min** : The Multi-tier Contest - Competing Priorities in an Indirect Holding System, Company and Securities Law Journal, May 2003, C. XXI, S. 3, s. 168 vd.
- Ergincan, Yakup/**
- Yayla, Ümit** : Hisse Senetlerinin Kaydileştirilmesi Sonrası Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Oy Hakkının Kullanılması, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2004, s. 143 – 160.
- Ergincan, Yakup** : Hisse senetlerinin Kaydileştirilmesi, Dünya ve Türkiye Uygulaması, Geleneksel Finans Sempozyumu Bildirileri 2004, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü & Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Yüksekokulu, s. 170 – 177. (Dünya ve Türkiye)
- Ergincan, Yakup** : Merkezi Kayıt Kuruluşu, Kıymetli evrakın senet unsurunun bertaraf edilmesi ve payların MKK tarafından izlenmesi, Kurumsal Yatırımcı Dergisi, Nisan – Mayıs – Haziran 2009, s. 10 vd. (Merkezi Kayıt Kuruluşu)
- Guttman, Egon** : Toward the Uncertificated Security: A Congressional Lead for States to Follow, Washington and Lee Law Review, Summer 1980, C. XXXVII, S. 3, s. 717 vd.
- Guynn, Randall D.** : Modernizing Securities Ownership, Transfer and Pledging Laws, UK 1996.
- Harris, Steven L./Mooney,**
- Charles W.** : Negotiability, Electronic Commercial Practices, And A New Structure For The UCC Article 9 Filing System: Tapping The Private Market For Information Technology, Idaho Law Review, 1995, C. XXXI, s. 835 vd.
- Haselçin, İbrahim** : Türk Hukukunda Kaydi Sistem, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2006.
- IOSCO** : Towards A Legal Framework for Clearing and Settlement in Emerging Markets, 1997.
- Kendigelen, Abuzer** : Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler, ve İlk Tespitler, İstanbul 2011.
- Loader, David** : Clearing, Settlement and Custody, UK 2008.
- Manavgat, Çağlar** : Sermaye Piyasası Kanununun 10/A Maddesi Hükmüne Göre Kaydi Sistemin Esasları, AÜHFD, 2001, C. L, S. 2, s. 159 vd. (Kaydi Sistem)
- Manavgat, Çağlar** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri, Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C. II, S. 1, s. 523 vd. (Tasarı).

- Micheler, Eva** : Farewell Quasi-Negotiability? Legal Title and Transfer of Shares in a Paperless World, *The Journal of Business Law*, London 2002.
- Mooney, Charles W/**
- Kinami, Atsushi** : Transfer, Pledge, Clearance and Settlement in the Japanese and United States Government Securities Markets, *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, Fall/Winter, 1991, s. 517 vd.
- Narbay, Şafak** : Anonim Ortaklıkta Pay Defteri, Ankara 2003.
- Norman, Peter** : Plumbers and Visionaries Securities Settlement and Europe's Financial Market, England 2007.
- Özkul, Levent** : Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş ve Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi, SPK Denetleme Dairesi, SPK Yeterlilik Etüdü, İstanbul 2003.
- Öztan, Fırat** : Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1997.
- Poroy, Reha/**
- Tekinalp, Ünal** : Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2006.
- Poroy, Reha/**
- Tekinalp, Ünal/**
- Çamoğlu, Ersin** : Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2003.
- Potter, Hamilton/**
- McLean, David L.** : Introduction to Book Entry Transfer of Securities, *Business Lawyer*, 1972 – 1973, C XXVIII, s. 209.
- Pulaşlı, Hasan** : Türk Ticaret Kanununa ve Tasarıya Göre Anonim Şirket Genel Kurullarında Oy Hakkının Kullanılması, Prof.Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 785 vd. (Oy Hakkının Kullanılması)
- Pulaşlı, Hasan** : Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2011. (Şerh, C. II)
- Rasor, Paul B.** : A Critical Look at Secured Transactions under Revised UCC Article 8, *Florida State University Law Review*, Winter 1987, C. XIV, s. 859 vd.
- Rassnick,**
- Leopold S.** : Certificateless Deposits and Transfers of Securities In The Federal Reserve System, *Business Lawyer*, January 1971, C. XXVI, s. 611 vd.
- Sevi, Ali Murat** : Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara 2012.
- SIFMA** : Securities Industry Immobilization & Dematerialization Implementation Guide, 2008.
- Soderquist, Larry D./**
- Gabaldon, Theresa A:** Securities Law, US 2007.
- SPK** : Sermaye Piyasası Araçları, SPK Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları – 2, Ankara 2010.
- Story, Shawn M.** : The Practitioner's Guide to Uncertificated Securities Under the Revisions to Article 8 in Georgia, *Mercer Law Review*, Spring 1992, C. XLIII, s. 927 vd.
- Tekinalp, Ünal** : Nama Yazılı Kaydi Payların Devrinde Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kayıtlarının Etkisi ve Niteliği, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 537 vd. (Nama Yazılı Kaydi Paylar)

- Tekinalp, Ünal** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına ve Sermaye Piyasası Kanununa İlişkin Hükümleri, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans, 16 – 17 Aralık 2008 Ankara, s. 21 vd. (Sermaye Piyasası)
- Tekinalp, Ünal** : Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, İstanbul 2012
- Thevenoz, Luc** : Intermediated Securities, Legal Risk and the International Harmonization of Commercial Law, Stanford Journal of Law, Business & Finance, Spring 2008, C. XIII, s. 384 vd.
- Turanboy, Asuman** : Varakasız Kıymetli Evrak, Ankara 1998.
- Urkan, Ercan** : Kaydileştirilen Halka Açık Anonim Ortaklık Pay Senetleri Üzerinde Aynı Hak Tesisi, SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara 2005.
- Ünal, Mücahit** : Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi, Ankara 2011.
- Vural, Aslı** : Türk Hukuk Sistemi Çerçevesinde Menkul Kıymetlerin Kaydileştirilmesi, SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara 1999.
- Yahn, Pınar** : Sermaye Piyasalarında Menkul Kıymet Kaydileştirilmesi ve Türkiye Uygulaması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü, Sermaye Piyasası ve Borsa Ana Bilim Dalı, İstanbul 2006.
- Yayla, Ümit** : Merkezi Kayıt Kuruluşu ve Kaydi Sistem, Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Bankacılık Dergisi, 2009, S. 71, s. 104 vd.

18. OTURUM

TEBLİĞLER

*** ANONİM ORTAKLIKLARIN HAKLI NEDENLE FESHİ**

Prof. Dr. Ayşe SÜMER

*** LİMİTED ŞİRKETTE ORTAĞIN ORTAKLIKTAN
ÇIKMASI VE ÇIKARILMASI**

Yrd. Doç. Dr. Ayşe ŞAHİN

*** 6103 SAYILI TTK UYGULAMA KANUNU HÜKÜMLERİNİN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

Doç. Dr. Adnan DEYNEKLİ

ANONİM ORTAKLIKLARIN HAKLI NEDENLE FESHİ

Prof. Dr. Ayşe SÜMER*

ÖZET

6102 sayılı TTK ile ilk defa Türk hukukunda azınlık pay sahiplerine haklı nedenlere dayanarak anonim ortaklığın feshini isteme yetkisi verilmiştir. Böylece kişi ortaklıklarına özgü kavram olan haklı nedenin sermaye ortaklığı olan anonim ortaklıklarda uygulanması gündeme gelmektedir. Eski TTK'da azınlık hakları sisteminin iyi işleyememesi, formaliteler içermesi, hakların kullanımını güçleştirdiği yönünde eleştiriler bulunmaktaydı. Bu anlamda haklı nedenle fesih, çoğunluk gücüne karşı azınlık pay sahiplerini koruyucu, son derece güçlü bir silah olarak değerlendirilmektedir. Diğer yandan TTK m. 531'deki düzenleme şekline göre haklı nedenle fesih davası açılması halinde hakime alternatif çözümler üretebilme imkanının da tanınmış olması, sisteme fesih sonucundan ziyade ortaklıktaki sıkıntıları ve çekişmeleri çözümlene fonksiyonunu da yüklenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Haklı sebeple fesih, anonim ortaklıkların feshi, azınlık hakları, ortaklıktan çıkarılma.

ABSTRACT

In Turkish Commercial Code of 6102, right to wind up a company on just and equitable basis is regulated for corporations for the first time . The right to wind up a company on just and equitable basis is a strong instrument that protects the minority of shareholders' rights. But beyond this, in section 531 of Turkish Commercial Code , the judge is allowed to choose other alternatives to solve the problem in the company, including the discharge of the shareholder who sues the company.

Keywords: Termination of corporations, just and equitable reason, minority rights, discharge of the shareholders.

* Marmara Üniversitesi İşletme Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Giriş

Anonim ortaklıkların haklı nedenle fesih, Türk Hukukuna 6102 sayılı TTK ile giren yeni bir kavramdır. Azınlık haklarından biri olarak tanınan haklı nedenle fesih isteme hakkı, TTK'daki düzenleniş biçimiyle anonim ortaklık ortağının ortaklıktan çıkarılması sonucunu da içinde barındırmaktadır.

Fesih davaları TTK'nın uygulamaya girmesiyle gelecek günlerde epeyce tartışma konusu olacak, pek çok sıkıntılı ortaklık ilişkisinde menfaat ihtilaflarının halli için çözüm yolu olarak dikkat çekecektir.

Çoğunluk ilkesine göre yönetilen anonim ortaklıklarda küçük pay sahiplerinin korunması, karşılıklı menfaatlerin dengelenmesi anonim ortaklıklar hukukunun önemli bir problemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Eski TTK'da azınlık hakları sisteminin gereği gibi çalışmadığı, tanınan azınlık haklarının uygulanmasının ve gerçek bir sonuca ulaşmanın son derece zor olduğu bilinmektedir. Bu noktada, ortaklığa karşı fesih davası açma hakkının tanınmasının azınlık pay sahiplerini çoğunluğun keyfi veya kötü yönetimine karşı koruyacak önemli bir imkan olduğu görülmektedir. Bu Tebliğde, TTK m. 531'de bir azınlık hakkı olarak öngörülen haklı nedenle fesih hakkının, Türk Hukukundaki yeri ve azınlık hakkı olarak önemi değerlendirilecektir.

1. Haklı neden, haklı nedenle fesih ve ortaklık sözleşmelerinde uygulanması

Haklı nedenle fesih ile mevcut bir hukuki ilişkiye son verilmektedir. Fesih, sürekli bir borç ilişkisinin geleceğe etkili olarak (*ex nunc*) sona ermesini sağlayan bozucu yenilik doğuran bir haktır¹. Haklı nedenle fesih hemen bütün sürekli borç ilişkilerinde taraflara verilen bir sona erdirme hakkıdır.

Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde en adil edimler dengesi bile, bazen tarafların kusuru olsun veya olmasın bozulabilir. Hukuk sistemi, taraflardan biri için çekilmez hale gelen olguların varlığı halinde, sözleşmeyi bozma yetkisini taraflara tanımaktadır. Gerçekten de başlangıçta uzun zaman dilimi içinde bir hukuki ilişkiyi sürdürmek üzere yapılan sözleşmelerde, zaman içinde tarafların beklentileri değişebilir, taraflar üzerilerine düşen yükümlerini yerine getirmede zorlanabilirler ya da piyasa şartları değişebilir, sonuçta sözleşmeyi sürdürmenin anlamı kalmayabilir. Hiç kimseden zoraki olarak bir borç ilişkisini sürdürmesi beklenemeyeceği açıktır, bu yönü ile kişilik hakkının korunması için de taraflara fesih imkanı tanınmaktadır.

Haklı neden, her somut olayda ayrı değerlendirilen, temeli MK m. 2'deki dürüstlük kuralında bulunan bir kavramdır. Kusura bağlı değildir, ancak yerleşik yargı kararlarında, kusuru olan tarafın haklı nedene dayanarak iddiada bulunamayacağı, haklı nedene dayalı bir sonucu talep edemeyeceği kabul olunmaktadır. Haklı nedenle bir sözleşmeye son verebilmek için o ilişkinin taraflar için çekilmez olması, sözleşmeyi sürdürmenin yararsız kalması gerekir.

O halde ortaklık sözleşmelerinde haklı nedenle fesih için nasıl bir fiili durum aranacaktır? Soruya cevap verebilmek için, ortaklık sözleşmesinden beklenen menfaatleri değerlendirmek gerekir. Tek kişilik anonim ortaklıklarda haklı nedenle fesih uygulanmayacağından burada en az iki ortaklık ortaklıklarının durumunu ele alacağız.

Ortaklık sözleşmesinin temelindeki esas, kazanç elde etmek üzere bir araya gelmektir. Bu amaca ulaşmak için en temel ortaklık biçiminde ortaklar emek ve sermayelerini bir araya getirirler. Ortaklık sözleşmelerinde ortak bir amaç uğruna birlikte çalışma yani '*affectio societatis*' düşüncesi bulunmaktadır. Bu ilke küçük, özellikle kişi ortaklıklarda daha güçlü iken, çok ortaklı anonim şirkette etkili değildir. Anonim ortaklıklarda haklı nedenle fesih kurumunun temeli, ortağın sadakat borcundan kaynaklanmaktadır.

¹ **Rona Serozan**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 121, **İlhan Ulusan**, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlandırılması Sorunu, İstanbul, 1984, s. 74.

Eski TTK'da haklı nedenle fesih ve çıkarma, kişi ortaklıkları ve kişisel özelliklerin de bulunduğu karma bir ortaklık olan limited ortaklıklar için düzenlenmiştir. Sermaye ortaklığı olan anonim ortaklıklarda kişi ortaklıklarına özgü bir kurum gibi gözükken haklı nedenle fesihe eski TTK'da yer verilmemiştir.

Diğer yandan, çeşitli ülkelerde anonim ortaklığın haklı nedenle feshinin istenebileceği düzenlenmiştir. Aşağıda daha ayrıntılı inceleyeceğimiz İsviçre BK'dan başka, Fransa'da ve Anglo Sakson hukukunda da haklı nedenle fesih kurumu mevcuttur. İngiltere'de azınlık pay sahiplerinin haklarına zarar verecek şekilde davranışlarda bulunduğu halde haklı nedenle ortaklığın feshinin istenebileceği 1948 tarihli Companies Act'de düzenlenmiş olup 1985 revizyonunda ve 1986 tarihli Insolvency Act'de yer almıştır. ABD'de bazı eyaletlerde azınlık hakkı olarak bazı eyaletlerde de münferit pay sahiplerine anonim ortaklığın haklı nedenle feshini isteme hakkı tanınmıştır². Alman Hukukunda ise haklı nedenle fesih düzenlenmemiştir.

2. Türk Hukukunda Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Fesih

2.1 Eski TTK 'da AOnun Haklı Nedenle Fesih

İsviçre BK m.736'da anonim ortaklıklarda esas sermayeyi temsil eden 1/5 azınlık gurubuna haklı nedenlerle anonim ortaklığı fesih imkanı tanınmış iken bu hüküm 1957'de kabul edilen TTK'ya alınmamıştır.

TTK'da haklı nedenle feshine dair İsviçre BK'nın hükmünün alınmaması Türk doktrininde yorumlanmış ve buradaki boşluğu olumlu olarak nitelendirme veya MK m. 1'den yararlanma olanağı bulunup bulunmadığı tartışılmıştır³.

Doktrinde baskın olan görüş, anonim ortaklığın bir sermaye ortaklığı olması dolayısıyla haklı nedenler olsa bile feshin istenemeyeceği şeklindedir⁴. Bizim de içinde olduğumuz yazarlar, kanunun feshi yasaklamış olduğunu, anonim ortaklığın sona erme nedenlerini düzenleyen Eski TTK m. 434'de haklı nedenle fesih kurumunun yer almadığını ileri sürmektedirler. Eski TTK m. 434 de anonim ortaklığın sona erme nedenleri tahdidi olarak sayılmış olup bunlar arasında haklı neden gösterilmemiş olduğundan, kanunun haklı nedenle fesih yasakladığı anlaşılmaktadır.

Diğer yandan farklı görüşteki yazarlar, anonim ortaklıklarda da ortakların haklı nedene dayanarak fesih hakkına sahip oldukları savunmaktadır.⁵ Bu görüştekiler, haklı nedenle fesih konusunda bir kanun boşluğu bulunduğunu, ve MK m. 1 'e göre hakim in hukuku yaratabileceğini belirtmektedirler⁶.

Eski TTK'nın 60 yıllık uygulamasında Yargıtay anonim ortaklıklarda, haklı nedenle fesih isteminin yerinde olmadığı şeklinde tutarlı bir tavır göstermiştir. Yüksek Mahkeme, TTK'da bu konuda açık bir düzenleme bulunmadığı ve haklı sebeple fesih

² **Mustafa Can**, ABD Ortaklıklar Hukukunun Tasarı TTK'daki Ortaklıklar Hukukuna Etkileri, Ankara, 2009, s.114

³ **TEKİNALP/Poroy/Çamoğlu**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2005, s.821.

⁴ **Halil Arslanlı**, Anonim Şirketler, C. IV-V, İstanbul, 1961 s. 166; **Oğuz İmregün**, Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989, s. 324; **Ünal Tekinalp**, "Otuz Yıllık Uygulamanın Işığında Azınlık Hakları Sisteminin ve Uygulamasının Değerlendirilmesi", Türk Ticaret Kanunu'nun 30. Yıl Semineri, İstanbul, 1988, s.241; **Tuğrul Ansay**, Yargıtay Uygulamasında Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, 1981, s. 63; **Erdoğan Moroğlu** "Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenle Fesih," Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s. 468.

⁵ **Ersin Çamoğlu**, Kolektif Ortaklıkta Haklı Sebep Kavramı ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması, İstanbul, 2008, s. 63.

⁶ Tartışmalar için bkz. **Ayşe Sumer**, Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, 1991, s.78 - 83.

kurumunun bir sermaye ortaklığı olan anonim ortaklığın bünyesine uygun düşmediği gerekçesiyle anonim ortaklığın haklı sebeple feshinin talep edilemeyeceği görüşünü benimsemiştir.⁷ Ancak esas sözleşme ile fesih hakkının tanınması, imkan dahilinde görülmektedir.⁸

Anonim ortaklıkların sona erme nedenlerini düzenleyen TTK m. 434'nın 6.fıkrasında, “ Esas mukavele ile bir fesih sebebi tayin edilmiş ise onun tahakkuku” belirtilmiştir. Buna göre, anonim ortaklık esas sözleşmesine, pay sahiplerinin anonim ortaklığın haklı nedenle feshini dava edebileceği, şeklinde bir hüküm konulması mümkündür. Doktrinde de esas sözleşmeye hüküm koymak suretiyle anonim ortaklığın haklı nedenlerle feshinin istenebileceği konusunda görüş birliği bulunmaktadır.⁹

2.2. TTK İlk Taslakta Haklı Nedenle Fesih Düzenlemesi (1985)

1990 yılında kaleme aldığımız doktora tezinde incelediğimiz TTK tasarısının ilk şeklinde, bugünkünden farklı olarak esas sermayenin 1/5ini temsil eden pay sahiplerine haklı nedenle fesih için mahkemeye başvurma hakkı tanınıyordu. Ayrıca, azınlığın mahkemeye başvurmadan önce teminat gösterme şartı da bulunmaktaydı.

1985 tarihli taslakta, şirkete karşı fesih davası açıldığını ortaklara bildirimini takip eden üç ay içinde çoğunluktaki pay sahipleri tarafından rayiç bedel ödenerek davacı azınlık payları satın alınacağı düzenlenmiştir.

Davalı ortaklığın tebligatı aldıktan itibaren 10 gün içinde durumu pay sahiplerine bildireceği, ayrıca fesih davasının açıldığı Ticaret Sicili Gazetesi ile en yüksek tirajlı iki gazetede ilan edileceği belirtilmişti. İlk taslakta, davayı erteletmek için, esasa girilmeden önce üç aylık bir süre taraflara verilmiş olup bu süre içinde payların devri gerçekleşmezse Mahkemenin işin esasına girerek fesih kabul veya reddedeceği düzenlenmişti.

6102 sayılı TTK m. 531'in eski taslakta farklı olmasında, şüphesiz İsv. BK daki 1992 revizyonu ve dünyadaki gelişmelerin gözetildiği anlaşılmaktadır.

2.3. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi

6102 sayılı TTK m. 531, “Haklı Nedenle Fesih” başlığını taşımaktadır, hükmünde:

‘Haklı sebeplerin varlığında, sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden paysahipleri, şirketin bulunduğu yerdeki Asliye Ticaret Mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilirler. Mahkeme fesih yerine davacı pay sahiplerine paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir’.

Hükümün bu şekilde düzenlenmesi ve hakime fesih dışında başka çözümler üretme imkanı tanınmasında İsv BK'daki 1992 değişikliği nazara alınmıştır. Ayrıca davacı azınlık gurubunun esas sermayeye oranında, halka açık anonim ortaklıklar için % 5 oran, Adalet Komisyonunun kabul ettiği metne eklenerek bu şekli ile kanunlaşmıştır.

⁷ Çamoğlu, s. 67.

⁸ Yar. 11. HD., E. 1979/2160, K. 1979/3061, 7.6.1919 Tarihli karar için bkz. Yargıtay Kararlar Dergisi, C. VI, S. 11, Kasım 1980, s. 1516 - 1519.

⁹ Arslanlı, s.166-167; Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Arasında Genel Kurul Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul, 1962, s. 79, 80-82; Tekinalp, Önemli Sebep, 325; Moroğlu, Haklı Neden, s. 472; Sumer, s. 88.

TTK m. 531'deki hakkın niteliği: TTK m. 531daki fesih davası TTK'daki en önemli yeniliklerden biridir. Haklı nedenle fesih talep hakkı, her şeyden önce bir azınlık hakkı olarak tanınmıştır. Böylece çoğunluk gücü karşısında küçük pay sahipleri ellerinde bir silaha kavuşmuş olmaktadır. Azınlık haklarının tümü gibi bu hak da kanunun emredici hükmü ile düzenlenmiştir. Pay sahipleri için haklı nedenle fesih talep edebilmek vazgeçilmez bir haktır. Ortaklık sözleşmesine haklı nedenle fesih yasaklayan hüküm konulamaz.

Acaba sözleşmeye haklı nedenle fesih kısıtlayan hükümler konulabilir mi? Örneğin dava açma süresi kısıtlanır mı ya da haklı neden olacak somut olaylar tek tek gösterilebilir mi? Kanımca kısıtlamalar fesih hakkının ihlali anlamına geleceğinden sözleşmeye alınmamalıdır. Sadece haklı neden sayılabilecek bazı durumlar örnek olarak sözleşmeye konulabilir.

3. Fesih davası ve sonuçları

3.1. Fesih Davası

Azınlık gurubu davacıdır: TTK m 531'e göre haklı nedenle fesih davasını açmaya, kapalı ortaklıklarda esas sermayenin onda birini halka açık anonim ortaklıklarda yirmide birini temsil eden azınlık pay sahipleri yetkilidir. İsv BK. da 1992'de yapılan yapılan değişiklik ile dava açma için gerekli azınlık oranı 1/10 a düşürülmüştür. Bizde de ilk tasarıdaki 1/5 oran, son tasarıda İsv BKdaki değişikliğe uygun hale getirilmiştir.

Kanunun gerekçesinde haklı nedenle fesih bir azınlık hakkı olarak tanıdığı belirtilmektedir. TTK'da anonim ortaklıklarda esas sermayenin onda birini temsil eden pay sahiplerine tanınan azınlık hakları, 4487 SK ile değişik SerPK m. 11/8 hükmüne göre, HAAO'larda ödenmiş sermayenin en az yirmide birini temsil eden pay sahiplerine tanınmaktadır. Halka açık anonim ortaklıklarda haklı nedenle fesih talep hakkı diğer azlık hakları ile paralel olarak 1/20'ye indirilmiştir.¹⁰

Belirtilen 1/10 oranı bir ortak tek başına sağlayabileceği gibi birden fazla ortak bir araya gelerek gereken asgari oranı oluşturabilirler. Diğer azınlık haklarında olduğu gibi, esas sözleşme ile Tasarı m. 531'deki hakkın kullanılması için daha düşük bir oran da benimsenebilir.

Esas sözleşme ile dava açmaya yetkili olan azınlık gurubunun oranı değiştirilebileceği Gerekçede gösterilmiştir. Acaba esas sözleşme ile bu oran artırılabilir mi? Kanımca kanunda vazgeçilmez hak olarak düzenlenen haklı nedenle fesih hakkını kısıtlayan sözleşme hükümlerinin geçersiz olması azlık hakkının kısıtlanmaması gereklidir, bu nedenle sözleşmeye 1/10 ve HAAOlarda 1/20 den daha fazla oranda sermayenin temsil olunmasına yönelik hükümlerin geçersiz sayılması gerekir. Ancak azınlık pay oranının sözleşme ile hafifletilmesi, hatta tek ortağa dahi fesih davası açma hakkının sözleşme ile tanınabileceği görüşündeyim.

Teminat şartı yoktur: Azınlık gurubu, fesih davasını açarken herhangi bir teminat göstermek zorunda değildir. Eski TTKda azınlık haklarının kullanılması için dava şartı olarak pay senetlerinin mahkemeye tevdi 6102 sayılı TTKda terk edilmiştir.

Davalı ortaklıktır: Fesih davasında, husumet anonim ortaklık tüzel kişiliğine yöneltilecektir. Davada ortaklığı yönetim kurulu temsil eder. Şartlara göre, mahkeme dava sırasında anonim ortaklığı temsil etmesi için kayyım tayin edebilmelidir. Zira, haklı nedenler bizzat yönetim kurulunun fiillerinden kaynaklanabilir, davanın seyri sırasında belge ve delillere ulaşmak için kayyım tayini önemli olacaktır.

¹⁰ Bu konuya Moroğlu tarafından dikkat çekilmiş olup kanunun son şeklinde HAAOlara için azlık oranı indirilmiştir. (Erdoğan Moroğlu, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme Ve Öneriler, İstanbul 2005, s. 16, aynı yönde Ayşe Sumer Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi, Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi Yıl 2010, C. XXVIII, S. 1, s. 171 vd.

3.2. Fesih Davasının Sonuçları

3.2.1. Fesih Talebinin Kabulü/Reddi

Haklı neden olabilecek olaylar: Fesih davası açılması üzerine, Mahkeme somut olayda haklı neden olup olmadığını araştırıp karar verecektir. Kanunda haklı neden tanımlanmamış, örnekler de gösterilmemiş, bu kavramın niteliklerinin gösterilmesi ve tanımlanması yargı kararlarıyla öğretiyeye bırakılmıştır.

Belirtelim ki haklı neden, her olayda ayrı değerlendirilecek, Hakimın takdir yetkisini kullanarak hüküm altına alabileceği somut olaylardır. Hakimlerimiz, MK m. 2'nin uygulama esasları ile şahıs ortaklıkları için Yargıtayın örnek kararlarından yararlanabilirler. TTKda tek kişilik ortaklıklara da yer verildiğinden gelecek günlerde 5 kişiden az ortaklı anonim ortaklıklara rastlanılacaktır.

Haklı neden şahıs ortaklığında kişisel ilişkilerden bile doğabilir, Yargıtay'ın ortakların boşanmalarını haklı neden saydığını biliyoruz. Halka açık çok ortaklı bir anonim ortaklıkta elbette boşanma veya geçimsizlik fesih nedeni olamayacaktır, çok ortaklı şirketlerde azınlık haklarının ihlali, bilgi alma hakkının engellenmesi, kar dağıtımama, haklı neden sayılabilecektir.

İsviçre'de genel kurulun pek çok kez kanuna aykırı şekilde toplantıya çağırılması, azınlık hakları ve bireysel hakların devamlı olarak ihlali, özellikle bilgi alma ve inceleme haklarının engellenmesi, ortaklığın sürekli zarar etmesi, dağıtılan kar paylarının düzenli azalması, haklı neden sayılmıştır. Buna karşılık varsayımlar ve olumsuz beklentiler haklı neden sayılmamıştır¹¹.

ABD'de de ortaklığın kötü yönetilmesi, pay sahipleri arasında anlaşma ve uzlaşma imkansızlığı, anonim ortaklığın amacını gerçekleşmesinin imkansızlaşması halinde fesih davası açılabilir¹².

Hakim fesih talep eden ortağın veya ortakların menfaati ile fesih halinde zedelenmesi muhtemel bütün menfaatleri karşılaştırılmalıdır. Diğer taraftan, Hakim bu değerlendirmeyi yaparken fesih davası açmanın davacı ortaklar için en son çare olup olmadığını da denetlemelidir. Örneğin çekişmeyi yaratan genel kurul kararı aleyhine iptal davası açma imkanı varsa veya ortaklık esas sözleşmesinde başka bir hukuki olanığın kullanılması mümkün iken bu yola gidilmeden fesih davası açılması, davanın reddini gerektirebilir¹³.

Ancak diğer yollara başvurulmadan fesih davasının açılmış olması, davanın dinlenmesine engel değildir, başka bir deyişle diğer yollara başvurulması dava şartı olamaz, sadece Hakimın takdirini etkileyebilir. Bu nedenle fesih davasının ikincil dava ve son çare olduğu da söylenebilir.

Fesih kararı: Haklı nedenle fesih davası açma hakkı, azınlığın çoğunluk gücüne karşı korunması amacıyla sağlanan bir azınlık hakkıdır. Azlığa bu hakkın tanınması yeterince korkutucudur, dava fesih talebiyle açılır ama gerçekte davanın menfaat ihtilafının çözümünü sağlaması beklenmektedir. Haklı nedenle fesih hakkı, uygulanmasıyla değil uygulanma tehlikesinin varlığıyla azlığı korumaya hizmet etmekte, çoğunluğun haklarını kötüye kullanılmaması açısından caydırıcı rol oynamaktadır¹⁴.

Ekonomik düzen içinde çok önemli bir yer tutan anonim ortaklığın feshi, talep sahibi olan azınlık ortaklar yararına, çoğunluk için de cezalandırmaya benzer bir anlam taşıyabilir. Fesihle birlikte ortaklıkta çalışanların işine son verilecek, üretim duracak,

¹¹ Gerekçe m. 531.

¹² **Can**, s. 114

¹³ **Çamoğlu**, s. 70.

¹⁴ **Aytekin Çelik**, Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, Ankara, 2012, s. 274.

sosyal ve ekonomik sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bu nedenle fesih her zaman en son çare olarak düşünülmesi, fesih kararı verilirken, işletmenin faaliyet göstermesinde yararı bulunan diğer menfaat sahiplerinin (stakeholders) çıkarlarının da değerlendirilmesi ve dikkate alınması şarttır¹⁵.

Mahkeme davacıların ileri sürdüğü nedenleri yeterince haklı bularak, başkaca çare olmadığı değerlendirilerek ortaklığın feshine karar verirse, ortaklık tasfiye sürecine girecektir. Mahkemenin kararı bozucu yenilik doğuran bir karar olduğundan ileriye doğru hüküm ifade edecektir. Şüphesiz fesih, ağır bir sonuçtur. Mahkemenin fesih kararı tüm pay sahiplerini etkileyecektir. Tasfiye sürecinin sonunda, ortaklar tasfiye bakiyesinden yararlanma hakkına sahiptir. Davacılar, tasfiye sonucunu bekleyip, geriye bir şey kalmışsa, tasfiye bakiyesinden pay alabileceklerdir.

Fesih talebinin reddi: Mahkemenin haklı nedenlerin varlığı konusunda yeterli kanaat edinmemişse, davayı reddedeceği söylenebilir. Haklı neden olacak olaylar, başka bir deyişle ortaklık içinde çıkar çatışması mevcut olduğu kanaatine ulaşırsa, hakim TTK m.531'deki yetkilerini kullanarak, çözüm üretecek, çözümleri uygun bulunup uygulanmazsa fesih yoluna gidilecektir.

3.2.2. Davacıların Paylarının Satın Alınarak Ortaklıktan Çıkarılmaları Kararı

Davacı paylarının satın alınması: TTK m. 531'de, hem davacıların menfaatlerinin korunması hem de ortaklığın fesih sonucundan kurtarılması için Hakime davayı kabul veya red dışında seçenekler de tanınmaktadır. Mahkeme fesih talebini kabul veya reddetmek dışında, davacılar paylarının gerçek değerinin ödenmesi ve bunların ortaklıktan çıkarılmasına da karar verebilecektir. Haklı nedenle feshi istemenin bir sonucu, pay sahibini ortaklıktan çıkarılmasıdır.

Doktrinde bazı yazarlar, bunun ortağın çıkarılması anlamı taşıdığını ileri sürmekte iken¹⁶, bazı yazarlar da ortağı çıkma hakkı olduğu görüşündedir. Madde metninde 'çıkartılma' sözcüğü kullanıldığından kanımca pay sahiplerinin 'çıkartılması' teriminin kullanılması daha uygun olacaktır. Ancak buradaki çıkartılma, sermaye payının ödenmemesi nedeniyle ortağın çıkarılmasından farklıdır.

Gerçekten de özellikle kapalı şirketlerde yönetime katılacak kadar fazla oy sahibi olmayan ortaklar bazen sıkıntıya düşmektedirler. Bu ortakların sahip oldukları sermayeye oranlı oy miktarları, yönetime seçilmelerini mümkün kılmamaktadır. Diğer yandan, hisse devri suretiyle ortaklıktan ayrılmak için ortağın bir alıcı bulması, bu alıcının da rayiç değeri ödemesi gereklidir. Elbette borsaya kote edilmiş HAAO'lar bakımından durum daha basittir, zira rayice göre pay senetlerinin satışı mümkündür. Kapalı ortaklıklarda payların rayiç değerle satımının gerçekleşmesi, haklı nedenle fesih davasında mümkündür. Ancak bu sonuca her zaman ulaşılmayacaktır, fesih davası fesih talebiyle açılmakla birlikte, Hakim feshi kabul veya reddedebileceği gibi, davacının paylarının satın alınmasına, veya uygun olan başka bir çözüme de karar verebilecektir.

Kanımca pay sahiplerinin ortaklıktan ayrılmak ve paylarının rayiç değerini tahsil etmek için her zaman fesih davasına başvurmaları pratik değildir, zira mahkeme uygun olan başka bir çözüme de hükmedebilir, davayı reddedebilir, sonuçta tazminat ödenmek durumunda da kalınabilir. Onun için ilk bakışta görüldüğü kadar kolay başvurulacak bir dava türü olmadığını belirtmek isterim.

Payların gerçek değerleri: Mahkeme, davacılar paylarının gerçek değerinin ödenmesini sağlamak için öncelikle gerçek değeri tespit edecektir. Payların gerçek

¹⁵ Hasan Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012, s. 833.

¹⁶ Çelik, s. 279.

değeri, TTK m. 531'e göre karar tarihine en yakın tarihteki değere göre tespit olunacaktır. Bu kısım Adalet Komisyonu tarafından maddeye eklenmiştir.

Adalet Komisyonu aşamasında kanunun bir çok hükmüne benzer nitelikte ibareler eklenmesinin temel gerekçesi, sadece zaman içindeki değer artışlarından pay sahibinin de yararlanmasını sağlamaktır. Ne var ki maddenin lafzı bu amacın tam aksine bir sonucun doğumuna yol açacak niteliktedir¹⁷. Hemen akla gelen şey, bir halka açık anonim ortaklıkta fesih davası açıldığının borsa bülteninde/internet sayfasında duyurulacağı, davanın seyri sırasında payların değerinin düşme ihtimalinin olacağı ve davacıların zararının ortaya çıkması ihtimalidir. Dava tarihi itibarıyla rayiç değer tespiti yapılması hakkaniyete ve davanın amacına daha uygun olacaktır.

Pay bedellerinin ödenmesi: Davacıya paranın kimin tarafından ve nasıl ödeneceği, bu payların geçici olarak ortaklık tarafından iktisap edilip edilmeyeceği yargı kararlarına ve öğretici görüşlerine göre belirlenecektir¹⁸.

6102 sayılı TTK m. 379 kapsamında anonim ortaklık kendi paylarını iktisap edebilir. Buna göre, ortaklığın esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşmayacak miktarda paylarını ivazlı olarak kabul edebilmektedir, esas sermayenin onda birini aşan payın ortaklıkça devralınması yasaktır.¹⁹ TTK m.379'daki payları satın alabilme işleminin yapılması için yönetim kuruluna genel kurulda 5 yıllık dönemler için yetki verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda her 5 yılda bir yönetim kurulunun yetkilendirilmesi gerekir²⁰.

Diğer yandan çoğunluk pay sahiplerini aynı fiyattan payların satın alınmasını davacı pay sahiplerine önerme hakkının bulunup bulunmadığı da maddede açık değildir²¹. Bir varsayım olarak, fesih davasını açan azınlık grubunun % 10 değil % 15 olduğunu düşünelim, şu halde daha önce, işlemlerde % 10 luk pay iktisabı sınırını dolduran ortaklık payları satın alamayacaktır. Çoğunluk pay sahipleri veya üçüncü kişilerin payları satın alma taleplerinin Mahkemeye sunulması halinde, hakim bu konuda karar verebileceği açıktır. Zira, maddede uygun olan tüm çözümlere karar verme yetkisi bulunmaktadır. Bu halde hakim çoğunluk ortaklarına davacı ortakların paylarını satın alma imkanı tanımalıdır.

Davacılar a ait paylar devredildikten sonra, davacıların ortaklıkla bağı kalmayacak, ortaklıktan ayrılmış olacaklardır. Böylece, tasfiyeyi beklemeden paylarını Mahkemenin belirlediği değer üzerinden çoğunluk ortaklara veya ortaklığa satmış, ortaklık ilişkisini bitirmiş olmaktadır.

3.2.3. Uygun Düşen ve Kabul Edilebilir Diğer çözümler

İsv BK'daki 1992 revizyonunda, hakime fesih yerine uygun çözüme karar verebilme imkanı tanınmıştır. TTK m. 531 e göre, Mahkeme, fesih yerine davacıların paylarının devri veya 'uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme' karar verebilir. Bu hüküm ile fesih davasına bakan Hakime geniş takdir hakkı tanınmaktadır.

¹⁷ **Abuzer Kendigelen**, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler Yenilikler Ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s.378.

¹⁸ Gerekçe m. 531.

¹⁹ TTK m 379: (1) Bir şirket kendi paylarını esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşacak olan miktarda, ivazlı olarak iktisap veya rehin olarak kabul edemez.

²⁰ TTK komisyonunda kabul edilen metinde yetki süresi 18 ay iken, TBMM 18 aylık sürenin AB mevzuatında 5 yıla çıkarılması nedeniyle değişiklik maddeye yansıtılmıştır (Gerekçe).

²¹ **Şükrü Yıldız**, 'TTK Tasarısına Gore Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi', Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 1199.

Madde gerekçesinde, ‘şirketin feshini haklı kılan sebeplerin bulunmasına rağmen, yaşatılmasının ekonomik ve rasyonel açıdan daha doğru olacağına kanaat getiren mahkeme, şirketi feshetmek yerine, fesih talebinde bulunan pay sahiplerinin paylarının gerçek değerinin ödenmesine ve kendilerinin şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir’ dendiikten sonra, ‘veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözümü karara bağlama’ insiyatifinin tamamen mahkemeye ait olduğunu belirtmektedir. Örneğin, fesih davası şirketin kar dağıtmaması nedeni ile açılmış ise mahkeme kar dağıtımına karar verebilir. Ortaklar arasındaki çekişmeyi gidermek için şirketin bölünmesine, yeni ortak alınmasına karar verebilir.

İsviçre doktrininde duruma uygun düşen ve kabul edilebilir çözüm örnekleri, kar dağıtma zorunluluğu, sermaye srtırımı, muhalif pay sahiplerinin temsilcilerinin yönetim kuruluna alınması, bir iştirakin bölünmesidir²².

Bu noktada ortaya çıkacak tartışmada, Mahkemenin anonim ortaklık yetkili organlarının yerine karar vermesinin değerlendirilmesi gerekir.

3.3. Fesih Davasında Usul Ve Zamanaşımı

Haklı nedenle fesih hakkı, azınlığa tanınan en kuvvetli haktır. Deyim yerinde ise iki ucu keskin bir kılıç gibidir, bir yandan çoğunluk iradesi karşısında yeterince korunamayan hakları ihlal edilen küçük pay sahipleri korunmak isterken, ekonomik bir yapıyı oluşturan anonim ortaklığın karşısında tehdit olarak yer almaktadır. Böyle bir yola keyfi ‘haklı’ sayılamayacak nedenlerle başvurmak, ağır sonuçlara yol açabilecektir. Bu yüzden bir yandan azınlığı korurken bir yanda çoğunluk ve sosyo-ekonomik menfaatler de gözetilmelidir. Fesih davasının önemi ve etkisi gözönünde bulundurularak maddede dava hakkının kötüye kullanılmasının önlenmesi bakımından davacıların ortaklığa verdikleri zararlardan sorumlu tutulacaklarına ve muhtemel zararlar için mahkemece davacılardan uygun teminat isteneceğine ilişkin bir hükme yer verilmesinin yararlı olacağı belirtilmiştir²³.

Davacıların fesih davası açmakla paylarını kaybetme ihtimalinin bulunduğunu da unutulmamalıdır. Mahkeme, davacıların paylarının payıç bedelle satın alınmasına karar verirse davacılar ortaklık sıfatlarını kaybedecektir. Bu düzenleme ile dava sırasında teminat istenmesine gerek kalmadığı görüşümdedir. Mahkemenin fesih yerine ortaklıktan çıkarılmaya karar vermesi ihtimalinin fesih davasının keyfi uygulamalarını engellemede etkili olacağı düşüncesindedim.

Fesih davası, davalı ortaklığın bulunduğu yerde açılacaktır, TTK m 531 de Asliye Ticaret Mahkemelerinin görevli olduğu hükmolunmuştur. Basit yargılama usulüne tabiidir.

Fesih davasının usul hukuku bakımından bir sonucu da taleple bağlılık ilkesinin istisnalarından birini oluşturmasıdır. Hakim, uygun olan çözümleri bulurken tarafların talepleri ile bağlı kalmamaktadır.

Kanunda haklı nedenle fesih davası açılması için özel bir zamanaşımı öngörülmemiştir. Genel hüküm olan BK m. 126/4 uyarınca 5 yıllık zamanaşımı uygulanacaktır. Esasen azınlığın eline verilen bu kadar etkili ve önemli bir silahın keyfi kullanılmasını engellemek için kısa bir zamanaşımı süresi, örneğin haklı neden oluşturabilecek maddi vakıaların oluşundan itibaren iki yıllık süre ile sınırlama yapılması uygun olacaktı.

²² ÜnalTekinalp, Tek Kişilik Anonim Ortaklık, İstanbul 2011, s. 192

²³ Moroğlu, TTK Tasarısı, s. 163.

Sonuç

TTK m. 531'de düzenlenen haklı nedenle anonim ortaklığın feshi, kişi ortaklıklarına özgü olan bu kurumun sermaye ortaklığı olan anonim ortaklıklara uyarlanmasıdır. Haklı nedenle fesih, bütün süreli borç ilişkilerinde taraflara hukuki ilişkiye son verme imkanı tanyan, bir anlamda kişilik haklarını koruyan imkandır.

Anonim ortaklıklar sermaye ortaklığı olup, haklı nedenle fesihnin uygulama alanı ve amacı kişi ortaklıklarından farklıdır. Burada amaç, çoğunluk iradesi ve keyfi yönetimine karşı azınlık pay sahiplerinin korunması ve çıkar çatışmalarının önlenmesidir.

Haklı nedenle fesih davasında, azınlık gurubunun haklarının korunması ile anonim ortaklığın ekonomik ve sosyal durumunun korunması, aralarındaki menfaat dengesinin kurulmasında mahkemelerimizin değerlendirmesi önem kazanmaktadır. Hakim, her somut olayda haklı nedenlerin varlığını takdir edecek, haklı nedenin var olmasına rağmen bazı durumlarda anonim ortaklığı fesihten kurtarmak için açık uçlu bırakılan 'çözümleri' bulacaktır.

Sonuç olarak, bütün güçlülere rağmen, anonim ortaklıkların haklı nedenle fesihini istemenin çoğunluk gücüne karşı azınlığın elinde çok önemli bir güç olduğu ve Türk Hukuk uygulamasında Mahkemelerimizin örneklerinden yararlanarak menfaatler dengesine uygun çözümler yaratabileceği inancımı taşımaktayım.

Sorular:

1) Azınlık oranının düşürülmesi konusunda maddenin lafzının düşürülmeye izin verdiği ifade ettiniz. "en az" ifadesi lafız olarak düşürme değil arttırmaya imkan verdiği şeklinde anlaşılmaz mı? Diğer azınlık hakları açısından amaçsal yorum yapılarak oranın düşürülebileceği ileri sürülmektedir. Ancak fesih hakkı gibi şirkete sona erdirecek bir hakkın daha düşük oranda paya sahip olan azınlığa tanınması menfaatler dengesine aykırı olmaz mı?

6102 Sayılı TTK m. 340'da, anonim ortaklıkların esas sözleşmelerinde 'Bu kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir' hükmü bulunmaktadır. TTK 340'daki emredici hükümler çerçevesinde TTK m 531'deki azınlığın dava açmadaki sınırının esas sözleşmeyle değiştirilip değiştirilemeyeceği tartışılmıştır. TTK m. 531'de tanınan dava hakkının azınlık hakkı olduğu açıktır. Azınlık hakları sisteminde de amaç hakların kullanılmasını kolaylaştırmak, azınlığın gücünü desteklemek olduğunda, maddeyi amaca göre yorumlarsak, kanımca esas sözleşmeyle 1/10 oranının altında azınlık pay sahiplerine de fesih davası açma imkanı düzenlenebilir. Diğer yandan TTK m 531 gerekçesinde, 'esas sözleşmeyle daha düşük bir oranın öngörülebileceği' belirtilmekte, gerekçe de görüşü esteklemektedir.

Soruda belirtildiği gibi 'en az' sözcüğünün oranı düşürme değil tam tersine arttırmaya izin verildiği şeklindeki yorumu, anonim ortaklıklarda azınlık hakları teorisine ters düşer, zira azınlık haklarının kullanılmasında zorlaştırıcı ağırlaştırıcı değil kolaylaştırıcı yönde yorumlar ve uygulamalar benimsenmiştir, genel kurul yetersayılarında olduğu gibi...

Sorunun son kısmında, fesih gibi önemli bir sonuca götürecektir hakkın kullanımında daha düşük oranda paya sahip olan azınlığa tanınmasının menfaatler dengesine aykırı olacağı belirtilmektedir. Sunumda da belirtildiği gibi fesih davası, fesih talebiyle açılır, azınlığa çok güçlü bir silah olarak verilmiştir ancak fesih talebinin kabulü ve feshe karar verilmesinden ziyade azınlığın sorunlarına çözüm amaçlanmaktadır. Yararlanamada değerlendirilen olaylar, ortaklık içindeki, çıkar çatışmalarını halledebilecek başka bir çare kalmayınca feshe karar verilecektir, Hakime menfaat çözümünü sağlayacak pay devri veya diğer çözümler bulma yetkisi de tanınmıştır. Fesih talebiyle mahkemeye başvuran pay sahipleri paylarını kaybetme tehdidi altında da bulunmaktadır.

Bu yüzden küçük oranda pay sahiplerinin gereksiz fesih davaları açamayacakları, sonuçta paylarını yitirme tehlikesinin de bulunduğu düşünüyorum.

2) 5 kişiden oluşan bir AŞ'te bir pay sahibinin sürekli şirkete zarar verici davranışları nedeniyle 4 pay sahibi haklı nedenle fesih davası açtığında, mahkeme davacılar yerine şirkete zarar veren ve haklı sebebi oluşturan pay sahibinin çıkarılmasına karar verebilir mi?

Her şeyden önce ortak sayısı değil esas sermaye payına bağlı olarak düşünmek gereği anonim ortaklıkların en önde gelen ilkelerindedir. Soruda esas itibarıyla sorulmak istenen husus, 'dava açan azınlık pay sahibinin değil çoğunluktaki pay sahibinin çıkarılmasına' karar verilip vertilmemesi ise, TTK m 531 kapsamında hakimın uygun ve kabul edilebilir diğer bir çözüme de karar verebileceğinin hükmedildiği gözetilerek, olumlu yanıtlanabilir. Yani Hakim sermaye oranı düşük olan davacı azınlık pay sahibi yerine ortaklıkta hakim durumda olan çoğunluk pay sahiplerinin devrine teorik olarak karar verebilmelidir. Ancak bu çözümün uygun ve kabul edilebilir olduğu söylemek güçtür.

3) GK tarafından uzun yıllar kar dağıtılmaması yönünde karar verilmesi AŞ'in haklı sebeple feshini talep için örnek dedik. Peki "şirketin devamlı gelişimi için edinilen karın kanuni yedek akçe olarak ayrılması" kararının uzun yıllar üst üste alınması halinde bu durum gerçekleşir mi? Örneğin kaç yıl boyunca böyle kararlar alırsa bu sonuç doğar? İsviçre hukukunda örnekler var mıdır?

Anonim ortaklıkta uzun yıllardır kar dağıtmama durumunda karın dağıtılmama nedenini de değerlendirerek kanımca kar elde ettiği halde dağıtmama durumunun nazara alınması gerekir. Elbette kar elde etmeyen ortaklığın kar dağıtılması/dağıtmaması halinde hüküm uygulama alanı bulamayacaktır. İsviçre'de '10 yılı aşkın sürede çoğunluğun gücünü kötüye kullanması' halinde Mahkemenin davayı kabul ettiği durumlar mevcuttur. Ancak özel olarak, kar dağıtmama olayının kaç yıl gerçekleşmesi gereği konusunda kesin bir kural bulunmamaktadır. Belki Türk hukukunda Sermaye Piyasası Mevzuatında oysuz paylara oy hakkı tanınması sonucunu doğuran 3 yıllık kar dağıtmama süresi benimsenebilir. Hakim somut olaya göre kar dağıtmama olgusunun haklı neden sayılıp sayılmayacağına karar verecektir.

4) TTK 531. Maddede düzenlenen dava türü bakımından;

* İflas erteleme süreci itibarıyla dava açılan şirketin dava tarihinden sonra İİK 179. Madde kapsamında iflas erteleme sürecine girmesi ya da iflas sürecine girmesi halinde hakim; feshi mi tercih edecektir yoksa yine maddenin devamında yer alan "karar tarihine en yakın gerçek değerlerinin" ödenmesi yolunu tercih edebilecek midir? Bu olasılıkla ilgili İsviçre hukukunda emsal örnekler var mıdır?

* Bu madde bakımından TMK 2. Madde dışında başkaca hangi ölçütler uygulanabilir?

İflas erteleme davası teknik sonuçları olan bir davadır, haklı nedenle fesih ise tali bir davadır, yani diğer yollar tüketildikten sonra başvurulması gerekir, gerçi iptal veya sorumluluk davası açılması dava şartı değildir ama fesih son çare olup olmadığını Hakim denetleyecektir. Bu nedenle iflas erteleme davası açılmış ise, iflas erteleme davasını bekletici mesele sayılarak, fesih davasına bakabilmek için iflas erteleme sonulandırılmasının beklenmesi gerektiğini düşünüyorum. Şayet iflas kararı verilirse zaten fesih davası konusuz kalacaktır.

Haklı nedenle fesih davasının temelini oluşturan haklı neden kavramı dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır. Sözleşme ilişkisine devamı imkansız kılan olayların haklılığında, dürüstlük kuralındaki objektif ölçüt uygulanacaktır. Kanunda başka ölçüt gösterilmemiştir ama örnek olarak kolektif ortaklıklar ve limited ortaklıklarda fesih ve çıkarma nedeni olarak süregelen uygulamalardan, somut olaylara uygun düştüğü ölçülerde yararlanılacağı kanaatindeyim.

LİMİTED ŞİRKETTE ORTAĞIN ORTAKLIKTAN ÇIKMASI VE ÇIKARILMASI

Yrd. Doç. Dr. Ayşe ŞAHİN*

ÖZET

Bu incelemenin amacı, özellikle TTK ile gelen değişiklikleri ve bunlara bağlı olarak ortaya çıkması muhtemel hukuki sorunları ele almaktır. Bu sebeple konu, TTK hükümleri ışığında kanun sistematığı esas alınarak, “ortağın çıkması”, “çıkma katılma”, “ortağın çıkarılması” ve “ayrılma akçesi” şeklinde, dört ana başlık altında incelenmiştir. 6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu (ETTK) m.551’de tek maddede düzenlenen “ortağın şirketten çıkması ve çıkarılması” konusu, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) 638-642. maddelerinde, beş maddede, oldukça ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. TTK’da ortağın şirketten çıkması konusunda, ETTK’da da yer alan “sözleşmesel çıkma hakkı” ve “haklı sebeple çıkma davası” aynen korunmuş, çıkma konusunda yenilik olarak çıkma davasında ihtiyati tedbir talep etme olanağı öngörülmüştür. Çıkma konusunda öngörülen bir diğer önemli yenilik “çıkma katılma” kurumunun oldukça ayrıntılı biçimde düzenlenmiş olmasıdır. Ortağın şirketten çıkarılması ile ilgili olarak gelen önemli yeniliklerden biri, haklı sebeple çıkarma davasının yanı sıra, “sözleşmesel çıkarma” olanağının düzenlenmiş olmasıdır. Ayrıca TTK’da yenilik olarak, kolektif ortaklıkta olduğu gibi, çıkarılan ortağa çıkarma kararına karşı iptal davası açma hakkı tanınmıştır. TTK’nun çıkma ve çıkarmaya ilişkin hükümlerinde öngörülen önemli bir başka yenilik, ayrılma akçesinin hesaplanma ve ödenme biçiminin ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş olmasıdır.

ABSTRACT

The purpose of this article, is to examine in particular the changes brought by the New Turkish Commercial Code and is to address the legal issues likely to arise in relation to these. In this aspect, the subject will be treated under four main headings which are "partner's exit", "participation to ongoing exit", "partner's expulsion" and "calculation and payment of the allowance" based on the systematics of the Turkish Commercial Code. In the Former Turkish Commercial Code "the exit and the expulsion of the partner from the limited liability company" was regulated only in one article, while in the New Turkish Commercial Code, the issue is regulated in a manner quite detailed, in articles 638-642. There are several amendments on the exit right of the partner. The main change is that the New Code envisages the right to request a preliminary injunction during the case. Another important change on the exit right, is that "the institution of participation of others to ongoing exit" is regulated quite detailed. Besides these changes, the Former Turkish Commercial Code system based on both "contractual right to exit" and "law suit of exit based on just motifs" is exactly preserved. One of the major changes with respect to expulsion of the partner, is that the company has been given the possibility to regulate in the company agreement a "contractual exclusion of the partner". In addition, the expelled partner has been given the right to file a law suit for the annulment against the exclusion decision issued on the partner. Another important amendment is that the calculation and payment of an allowance to the outgoing partner for his shares, is regulated in detail.

Keywords: Exit right, expulsion of the partner, limited liability company, participation to ongoing exit, calculation and payment of the allowance

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

• 6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu (ETTK) m.551’de tek maddede düzenlenen “ortağın şirketten çıkması ve çıkarılması” konusu, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) 638-642. maddelerinde, beş maddede, oldukça ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.

• TTK’nun limited şirkette ortaklıktan çıkması ve çıkarılmasına ilişkin 638-642. hükümlerinin kaynağını İBK 822-825a hükümleri oluşturmaktadır.

• TTK’da ortağın şirketten çıkması konusunda, ETTK’da da yer alan “sözleşmesel çıkma hakkı” ve “haklı sebeple çıkma davası” aynen korunmuş, çıkma konusunda yenilik olarak çıkma davasında ihtiyati tedbir talep etme olanağı öngörülmüştür. Çıkma konusunda öngörülen bir diğer önemli yenilik “çıkılmaya katılma” kurumunun oldukça ayrıntılı biçimde düzenlenmiş olmasıdır.

• Ortağın şirketten çıkarılması ile ilgili olarak gelen önemli yeniliklerden biri, haklı sebeple çıkarma davasının yanı sıra, “sözleşmesel çıkarma” olanağının düzenlenmiş olmasıdır. Ayrıca TTK’da yenilik olarak, kolektif ortaklıkta olduğu gibi, çıkarılan ortağa çıkarma kararına karşı iptal davası açma hakkı tanınmıştır.

• TTK’nun çıkma ve çıkarmaya ilişkin hükümlerinde öngörülen önemli bir başka yenilik, ayrılma akçesinin hesaplanma ve ödenme biçiminin ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş olmasıdır.

• TTK’nun limited şirkette ortağın çıkmasına ve çıkarılmasına ilişkin 638 ve 640. madde hükümleri özellikle, bir ortağın çıkması veya çıkarılması konularında ortaklar arasında anlaşma sağlanamadığında uygulanma alanı bulacaktır. Ortaklar arasında, bir veya birden fazla ortağın ayrılması konusunda birlik varsa, ortaklık sözleşmesinde çıkma veya çıkarma düzenlenmemiş olsa dahi, tüm ortakların ortağın ayrılması konusunda alacaklıları oybirliği kararı ile ortağın şirketten ayrılması mümkündür.

• Bu incelemenin amacı, özellikle TTK ile gelen değişiklikleri ve bunlara bağlı olarak ortaya çıkması muhtemel hukuki sorunları ele almaktır. Bu sebeple konu, TTK hükümleri ışığında kanun sistematigi esas alınarak, “ortağın çıkması”, “çıkılmaya katılma”, “ortağın çıkarılması” ve “ayrılma akçesi” şeklinde, dört ana başlık altında incelenmiştir.

I. ORTAĞIN ŞİRKETTEN ÇIKMASI

• Ortağın limited şirketten çıkması, TTK’nun 638 ve 639. maddelerinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Ortağın çıkması ilgili olarak ETTK m.551’de söz konusu olan ikili sistem aynen devam etmektedir. Ortak, şirket sözleşmesinde öngörülen sebeplere dayalı olarak çıkma hakkını kullanabilir veya haklı sebeplere dayalı olarak mahkemen çıkmasına izin verilmesini talep edebilir.

• Çıkılmaya ilişkin TTK hükümleri ile gelen yenilikler, yukarıda belirtildiği üzere ihtiyati tedbir talep etme olanağının ve çıkılmaya katılmanın düzenlenmiş olmasıdır.

• TTK’da öngörülen bir başka yenilik, çıkma hakkının esas sözleşmede düzenlenmesi durumunda ayrılma akçesinin serbestçe düzenlenmesine imkan tanınmış olmasıdır (TTK 641/2).

• Ortaklıktan ayrılmak isteyen ortak, esas sözleşmede çıkma sebepleri öngörülmemişse veya öngörülmesine karşın başkaca haklı sebepler bulunduğu takdirde TTK 638/2 gereğince haklı sebeple çıkma davası açma olanağına sahiptir. Davanın maddi hukuka ilişkin koşulu haklı sebeplerin bulunmasıdır. TTK 638/2 hükmü, davanın koşulları ve haklı sebep kavramının temel unsurları ve genel ilkeleri konusunda bir değişiklik getirmemektedir. Haklı sebepler, kolektif ortaklıklarda kavramı düzenleyen TTK 245’de öngörülen temel kıstaslar ışığında belirlenecektir.

• TTK, esas sözleşme ile ortak değişikliğinin güçleştirilmesine olanak sağlamaktadır. Şöyle ki esas sözleşmede pay devri tamamen yasaklanarak veya genel kurulun devre onay vermeyi reddetmesi yoluyla bu amaca ulaşılabilir. Ortak değişikliklerinin bu şekilde sınırlandırıldığı hallerde, ayrılmak isteyen ortaklar, haklı sebeple çıkma davası açabilecekler midir? TTK bu soruyu, mehz İBK 786/3 hükmünden alınmış olan TTK 595/5 ile çözümlenmektedir. TTK 595/5 uyarınca, “ortaklık sözleşmesinde pay devri yasaklanmış” veya “genel kurul devre onay vermeyi reddetmişse”, ortağın TTK 638/2 gereğince haklı sebeple çıkma davası açma hakkı saklıdır. Bu hükümden öncelikle şu sonuç çıkmaktadır; pay devrinin yasaklanmış olması veya genel kurulun devre onay vermeyi reddetmiş olması ortağın, haklı sebeple çıkma davası açmasına engel değildir.

• Bundan başka düzenleme biçimi ayrıca, hükümden belirtilen hallerin haklı sebep örneği olarak mı öngörüldüğü sorusunu akla getirmektedir. İsviçre hukukunda “pay devrinin yasaklanmış olması” veya “genel kurulun devre onay vermeyi reddetmiş olması”, per se haklı çıkma sebepleri olarak kabul edilmektedir. Kanaatimizce TTK 595 ile izlenen amaç, bu iki olguyu per se haklı sebep olarak düzenlemek değil, devir yaşağı varsa, ortağın dava açarak ayrılma olanağının bulunduğunu belirtmektir.

• Haklı sebeple çıkma davasına ilişkin TTK 638/2’de öngörülen asıl yenilik, ihtiyati tedbir talep etme olanağının tanınmış olmasıdır. İkinci fıkranın ikinci cümlesi, İBK 824’den alınmış, yeni bir hükümdür. TTK’daki bu yeni düzenleme ile tedbir talep etme olanağı, yalnızca çıkma davası bakımından öngörülmüştür. Buna karşılık mehz düzenleme tedbir talep etme olanağı, çıkma ve çıkarma davaları bakımından ortak hüküm olarak öngörülmüştür.

• Kanaatimizce tedbir talep etme olanağının, mehz düzenlemede olduğu gibi, çıkma ve çıkarmaya ilişkin ortak hükümler arasında düzenlenmesi daha yerinde olurdu. Her ne kadar haklı sebeple çıkarma davasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ilgili hükümleri uyarınca ihtiyati tedbir talep edilmesi olanağı bulunsa dahi, tedbir talep etme olanağının ortak hükümlerde düzenlenmesi amaca daha uygundur. Çıkma davası bakımından tarafların ihtiyati tedbir talep etmek konusunda söz konusu olan korunmaya değer menfaatleri, haklı sebeple çıkarma davası bakımından söz konusu olmaktadır.

II. ÇIKMAYA KATILMA

• Limited ortaklıkta ortağın çıkmasına ve çıkarılmasına ilişkin hükümler arasında en önemli yeniliklerden biri TTK 639’da düzenlenen çıkmaya katılma kurumudur. Hüküm, İBK 822a’dan alınmıştır.

• TTK m.639’da katılma hakkının kullanılmasında takip edilecek usul, katılma şartları ve katılmada esas alınacak prensipler olmak üzere, çıkmaya katılma kurumunun birçok cephesi oldukça ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.

• TTK 639 gereğince ortaklardan biri, şirket sözleşmesindeki hükme dayalı olarak çıkma hakkını kullandığı takdirde veya haklı sebeple çıkma davası açtığı takdirde, diğer ortaklar çıkma talebinde bulunabilirler veya davaya katılabilirler.

• Bu kurum ile ilk başta ortağın, çıkma hakkını kötüye kullanması ve ortaklık ile diğer ortakların zarar görmesi önlenmek istenmiştir.

• Çıkmaya katılma eşit işlem prensibi temeline dayanmaktadır. TTK 639/3 gereğince “çıkma tüm ortaklar, esas sermaye payları ile orantılı olarak eşit işleme tabi tutulurlar”.

• TTK 639/2 a gereğince, çıkmaya katılmanın maddi hukuka ilişkin koşulu, katılmak isteyen ortağın, sözleşmede öngörülen veya haklı sebeple fesih davası çerçevesinde söz konusu olan “haklı sebepleri”, kendisi açısından ileri sürmesinin mümkün olmasıdır.

- Örneğin ortaklıkta kâr elde edilmesine karşın uzun yıllar kâr dağıtılmaması yönündeki haklı sebep, çoğu zaman çıkma davası açan ortak dışında kalan diğer ortaklar bakımından geçerli olacaktır. Bu durumda dava açan dışında kalan diğer ortaklar, aynı sebebe dayalı olarak, açılmış olan çıkma davasına katılabileceklerdir.

- Ancak TTK 639/2 a'nın şirket sözleşmesinde öngörülen "haklı sebebin" katılmak isteyen ortak yönünden geçerli olması gerektiği yönündeki ifade biçiminden, ortağın şirket sözleşmesindeki hükme dayanarak çıkmaya katılmak istemesi durumunda, şirket sözleşmesinde öngörülen sebebin mutlaka haklı sebep niteliği taşıması gerektiği anlamı çıkmaktadır. Hüküm bu haliyle sözleşmesel çıkma hakkına katılmayı haklı sebepler ile sınırlandırmaktadır. Doktrinde haklı olarak, buradaki "haklı sebep" ifadesinin "çıkma sebebi" olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir¹. Şirket sözleşmesinde yer alan çıkma sebeplerine dayalı olarak çıkmak için bu sebeplerin ayrıca haklı sebep olarak nitelendirilmesi gerekli değildir. Hüküm, sözleşmedeki çıkma koşulları kendileri bakımından gerçekleşen diğer ortakların, çıkmaya katılmalarına imkân tanınacak şekilde yorumlanmalıdır. Hükümün, katılma hakkını "haklı sebep" kavramı ile sınırlandırması amaca uygun değildir.

- Bu bağlamda davaya katılacak ortakların ortaklık sözleşmesindeki aynı çıkma sebebini veya aynı haklı sebebi ileri sürmelerinin zorunlu olup olmadığı sorunu gündeme gelmektedir. Ortaklık içinde birden fazla haklı sebep gerçekleştiğinde, kendisi bakımından başka bir haklı sebep gerçekleşen bir ortak, bu sebebe dayalı olarak çıkmaya katılma hakkını kullanabilecek midir? Hükümün gerekçesinde bu sorunun çözümlenünün yargı kararları ile öğretiyeye bırakıldığı belirtilmiştir. Kanaatimizce "ortak haklı sebeplerin" veya "ortak sözleşmesel sebeplerin" bulunması, çıkmaya katılmanın zorunlu koşulu olarak görülmemelidir. Çıkmaya katılma kurumunun amacı, özellikle ayrılma akçesinin hesabı ve ödenmesi bakımından eşit bir uygulama yapılmasıdır (TTK 639/3). Yoksa haklı sebeplerin eşit olması gerekmemektedir. Bu sebeple önemli olan, katılan her bir ortağın çıkmasına olanak sağlayan bir haklı sebebin veya sözleşmesel sebebin kendisi açısından gerçekleşmiş olmasıdır.

- Çıkmaya katılmanın, usule ilişkin koşulu, bir aylık hak düşürücü süre içinde ortaklarca katılma talebinin yapılmasıdır. Çıkmaya katılmak isteyen ortaklar, bir aylık hak düşürücü süre içinde, çıkmaya katılacaklarını müdürlere bildirmelidirler veya haklı sebeple çıkma davası açmalıdırlar. Bir aylık süre, haberin kendilerine ulaştığı andan itibaren başlar (TTK 639/2).

- Eşit işlem prensibi, çıkmaya katılan ortaklara ödenecek ayrılma akçelerinin aynı şekilde hesaplanmasını, hesaplamada aynı ölçülerin esas alınmasını gerektirir. Ayrılma akçelerinin ve payın gerçek değerinin hesabında ortaklığın aynı değerinin esas alınması gerekir. Eşit işlem prensibi ödeme aşamasında da dikkate alınmalıdır. Prensip gereğince katılma kurumu çerçevesinde ayrılan ortakların talep hakları, sıralama bakımından eşittir ve ödemede ortaklardan birine öncelik verilmesi mümkün değildir. Prensip, bir aylık katılma hakkını kullanma süresi dolmadan, ilk olarak bildirimde bulunan veya dava açan ortağa ödeme yapılmasına engel olur.

¹ Bu görüşte **Kendigelen Abuzer**, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, sh.490 dph.115; Benzer şekilde **Taşdelen Nihat**, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih, Ankara 2012, sh.174.

III. ORTAĞIN ÇIKARILMASI

• Ortak sıfatının ortaklık tarafından zorunlu olarak sona erdirilmesi anlamına gelen çıkarma, çıkma ve çıkmaya katılmanın ardından TTK m.640²’da düzenlenmiştir.

• TTK 640/1 ile çıkarmaya ilişkin olarak gelen önemli yenilik, genel kurul kararı ile çıkarmanın ortaklık sözleşmesinde düzenlenmesine olanak sağlanmış olmasıdır. ETTK’da sözleşmesel çıkarmaya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Çıkarma olanağının ortaklık sözleşmesinde öngörülmesinin mümkün olup olmadığı konusunda doktrinde görüş ayrılıkları bulunmaktaydı.

• Bir başka yenilik, genel kurulun sözleşmedeki sebeplere dayalı olarak aldığı çıkarma kararına karşı ortağa iptal davası açma hakkı tanınmış olmasıdır (TTK 640/2).

• Bu durumda yeni düzenleme gereğince çıkarma iki şekilde gerçekleştirilebilir. Ortak, şirket sözleşmesinde yer alan çıkarma sebeplerine dayalı olarak genel kurul kararı ile veya haklı sebeplere dayalı olarak mahkeme kararıyla çıkarılabilir.

• TTK 640/1’de düzenlenerek sözleşmesel çıkarma yasal sınırlamalara tabi tutulmuştur. Sözleşmesel çıkarma olanağına ilişkin ilk sınırlama, çıkarmanın ancak belirli bazı sebeplere bağlı olarak düzenlenebilecek olmasıdır. TTK 640/1 gereğince şirket sözleşmesinde, bir ortağın genel kurul kararı ile şirketten çıkarılabileceği sebepler öngörülebilir. Örneğin TTK 613’de öngörülen sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi veya rekabet yasağına riayet edilmemesi gibi ortaksal yükümlülüklerin ihlali çıkarma sebepleri olarak düzenlenebilir.

• Ortaklık sözleşmesinde, belirli bazı sebeplere bağlı olmaksızın koşulsuz çıkarmanın veya haklı sebeplerle çıkarmanın öngörülmesi mümkün değildir.

• Düzenleme ile öngörülen ikinci sınırlama, çıkarma kararının genel kurulda alınmasıdır. Sözleşmesel çıkarma olanağı ancak genel kurul kararı ile hüküm ifade edecek şekilde düzenlenebilir. Ortaklık sözleşmesinde müdürlere veya ortaklardan birine çıkarma konusunda karar alma yetkisi tanınması mümkün değildir.

• Haklı sebeplerle çıkarma davası ise TTK 640/3’de, temel esaslarda değişiklik olmadan ETTK 551/3’ye çok benzer şekilde düzenlenmiştir. Davanın maddi hukuka ilişkin koşulu olan haklı sebeplerin varlığında, ortaklığın haklı sebeple çıkarma davası açma olanağı bulunmaktadır.

• Ancak davanın açılabilmesi için, genel kurulda ortağın çıkarılması için mahkemeden talepte bulunulması konusunda karar alınması gerekmektedir (TTK 616/1, 1). Bu noktada genel kurul kararına ilişkin olarak öngörülen yenilik, genel kurul kararının tâbi olduğu nitelikli yeter sayının daha farklı tanımlanmış olması ve ağırlaştırılmış olmasıdır.

• Genel kurulun çıkarmaya ilişkin kararları için ağırlaştırılmış yeter sayı öngörülmüş olmasının, özellikle iki kişilik limited ortaklıklar bakımından sonuçları bulunmaktadır. Yargıtay’ın iki kişilik limited ortaklıklarda yerleşmiş uygulaması, ortaklardan birinin ETTK 551 uyarınca açtığı haklı sebeple çıkma ve çıkarma davalarını reddetmek yönündedir². Yargıtay’ın iki kişilik limited ortaklıklarda çıkma ve çıkarma davalarını reddetmesinin gerekçelerinden biri, genel kurulda alınacak çıkarma davası açılması konusundaki kararın tabi olduğu ağırlaştırılmış nisabın, ortaklık adına dava

² Yargıtay’ın iki kişilik limited ortaklıklarda çıkarma talebinde bulunulamayacağını belirttiği kararları için bkz. Y.11.HD., E 2009/8949, K 2011/4974, 25.4.2011 t. kararı; Y.11.HD., E.1991/3056, K.1991/6358, 29.11.1991 t. kararı (kazanci.com.tr).

Yargıtay’ın iki kişilik limited ortaklıklarda çıkma talebinde bulunulamayacağını belirttiği kararları için bkz.Y.11.HD., E 2008/8642, K 2010/150, 11.1.2010 t. kararı; Y.11.HD., E.2003/13520, K.2004/7211, 28.6.2004 t. kararı; Y.11.HD., E.2002/54, K.2002/3894, 25.4.2002 t. kararı; Y.11.HD., E.1980/208, K.1980/3285, 20.6.1980 (kazanci.com.tr).

açmak isteyen tek ortak tarafından tek başına alınmasının mümkün olmamasıdır. TTK 621/h gereğince, gerek sözleşmesel gerek haklı sebeple çıkarma durumunda, genel kurul kararı, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bulunması halinde alınabilir. Başka deyişle TTK'da ağırlaştırılmış yeter sayı, oy çoğunluğu ve sermaye çoğunluğu esas alınarak belirlenmiş olduğundan, oy ve sermaye çoğunluğunu elinde bulunduran tek ortak tarafından kararın alınması mümkün olabilecektir. Buna karşılık sermaye olarak azınlık durumundaki ortağın böyle bir olanağı bulunmayacaktır.

IV. AYRILMA AKÇESİ

- Ayrılma sonucunda, ortak sıfatının sona ermesi bir yandan bu sığfata bağılı hak ve borçların sona ermesine, diğery yandan ayrılan ortağın ayrıılma akçesinin ödenmesini talep hakkının doğmasına yol açmaktadır.

- Ayrılma akçesinin hesaplanma şeklinin ETTK'da düzenlenmemiş olması önemli bir eksiklikti. TTK 641 ve 642'de ayrıılma akçesinin hesaplanma ve ödenme şekli ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

- TTK 641'in getirdiğı yenilik, ayrıılma akçesini talep hakkının açıkça tanınmış olması ve ayrıılma akçesinin hesaplama ölçüsünün belirtilmiş olmasıdır.

- Takip eden TTK 642, ETTK 551/4'e benzer şekilde, ayrıılma akçesinin ödenmesinde ortaklığın başvurabileceğı kaynakları düzenlemektedir.

- TTK 642'nin asıl olarak getirdiğı yenilikler, ayrıılma akçesinin muaccel olduğu zamanın belirtilmiş olması, ayrıılma akçesi alacağıının diğery alacaklar arasında sıralamada yerinin belirlenmiş olmasıdır.

- TTK'nun ayrıılma akçesinin hesaplanması ve ödenmesine ilişkin 641 ve 642. maddeleri, hem haklı sebeple çıkma hem çıkarma davalarında, hem de çıkma ve çıkarma taleplerinin ortaklık sözleşmesindeki hükme dayalı olarak ileri sürüldüğü halde uyulanacak ortak hükümler olarak düzenlenmiştir.

- TTK 641 gereğince ayrıılma akçesinin ayrılan ortağın esas sermaye payının "gerçek değerine uyması" gerekmektedir. Ayrılma akçesinin belirlenmesinde gerçek değer esası, daha önce TTK'da öngörülmemiştir. Ancak doktrin ve Yargıtay kararlarında, ayrıılma akçesinin sermaye payının gerçek değerinin karşılığı olarak hesaplanması gerektiğı kabul edilmektedir.

- Esas sermaye payının "gerçek değerine uyan" ifadesinin anlamı ve gerçek değer nasıl hesaplanacağı ve belirleneceğı hükümde veya gerekçede açıklanmamıştır. Hükümün gerekçesinde ibarenin en azından bilanço değerini ifade ettiği belirtilmiştir. "Gerçek değerine uyan" ifadesinin yorumu öğreti ve yargı kararlarına bırakılmıştır.

- Bu durumda payların gerçek değerinin hangi değeri ifade ettiği sorusunu cevaplandırmak gerekir. Payların gerçek değerine uyan ayrıılma akçesinin hesaplanabilmesi için, ortaklığın gerçek değerinin hesaplanması yani TTK'daki ifade şekliyle ortaklığın "yaşayan şirket değeri"nin, işletme finansmanı alanındaki ifade şekliyle "işleyen teşebbüs değeri"nin tespit edilmesi gerekir. Gerçek değer tasfiye değerinden farklıdır. Ortak ayrılmasına karşın ortaklık devam ettiği için, ortaklığın tasfiye bilançosuna göre tespit edilen tasfiye değeri, yaşayan şirket değerinden daha düşüktür. Bu sebeple çıkma ve çıkarma durumlarında şirketin tasfiye değerini ortaya koyan tasfiye bilançosu değil, yaşayan şirket değerini gösteren özel bir bilançonun hazırlanması ve ortaklığın yaşayan şirket değerinin hesaplanması gerekir.

- Ayrılma akçesinin ödenmesi konusunda TTK 642, TTK m.551/f.4'e benzer şekilde, ortaklığın başvurabileceğı yöntemleri belirlemekte ve üç farklı yol öngörmektedir. Hükme göre ayrıılma akçesi; şirketin kullanılabilir öz kaynaklarından, ayrılan kişinin esas sermaye payı devredilerek veya esas sermaye azaltılmak suretiyle ödenebilecektir.

• TTK ile ETTK’de öngörülen ödeme yöntem ve kaynakları aynıdır. Ancak yöntemlerin uygulanma sırası değişmiştir. ETTK’ya göre kural olarak sermaye azaltılması yoluna başvurmak gerekir. Oysa TTK’da sermaye azaltılması, sıralamada en son gelmektedir. Sermayenin korunması prensibi yönünden bakıldığında, ayrılma akçesinin öncelikle payların üçüncü kişilere devredilmek yoluyla paraya çevrilmesi, bu mümkün olmuyorsa öz kaynaklardan ödenmesi daha uygun olduğundan, sermaye azaltılmasının kural olmaktan çıkarılması ve son sıraya alınması yerinde olmuştur.

• Ayrılma akçesinin ödeneceği kaynakları öngören TTK 642’nin getirdiği asıl yenilik, ayrılma akçesinin muaccel olduğu zamanın düzenlenmiş olmasıdır. Madde bir yandan ödeme kaynaklarını göstermekte diğer yandan da ayrılma akçesinin muaccel olduğu zamanı belirlemektedir.

• TTK 642 ayrılma akçesinin, kural olarak ayrılma ile muaccel olması esasını öngörmektedir. Ancak bu genel kuralın geçerli olması yani alacağın ayrılma ile muaccel olması için her ödeme biçimi bakımından farklı şartlar öngörülmüştür.

• TTK 642/1, b gereğince ayrılma akçesi payların üçüncü kişilere devri yoluyla ödenecekse, ayrılma akçesi, ancak ayrılan kişinin esas sermaye payları “devredilebiliyorsa” ayrılma ile muaccel olur. Başka deyişle alacak, payların devredilebilir olduğu andan itibaren muaccel hale gelir.

• TTK 642/1, a gereğince ayrılma akçesinin ortaklığın kullanılabilir öz kaynaklardan ödenmesi ihtimalinde, ayrılma akçesinin ayrılma ile muaccel olması için, şirketin kullanılabilir öz kaynak üzerinde tasarruf ediyor olması yani yeterli miktarda öz kaynağa sahip olması gerekmektedir.

• TTK 642/1, c gereğince, kullanılabilir öz kaynak tutarı, ayrılma akçesini karşılamaya yetmiyorsa, ödeme için, sermayenin azaltılması gerekir. Bu durumda ayrılma akçesi esas sermaye ilgili hükümlere göre azaltılmışsa, ayrılma ile muaccel olur. Hüküm gereğince sermaye azaltılması kararı ticaret siciline tescil edildiği andan itibaren muaccel hale gelir.

• TTK 642/3, ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmına ilişkin bazı kurallar öngörmektedir. Hüküm gereğince “*ayrılan ortağın ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmı, şirkete karşı, bütün alacaklılardan sonra gelen bir alacak oluşturur*”. Hüküm, muaccel hale gelmeyen ve ödenmeyen ayrılma akçesinin ortaklığın tasfiyeye girmesi durumunda diğer alacaklara göre ödeme sırasını belirlemektedir.

• TTK 642/3 gereğince alacağın ödenmeyen kısmı, ancak yıllık raporda kullanılabilir öz kaynak tutarının tespiti ile muaccel hale gelecektir. Bu şekilde ayrılma akçesi, alacağı yasal olarak vadeye bağlanmıştır. Faaliyet dönemi sonunda öz kaynaklar belirleninceye kadar ödememe olanağı tanınarak şirket korunmuştur.

SONUÇ

Kişisel unsurlar temeli üzerine kurulan ve pay devrinin oldukça güç olduğu limited ortaklıkta ortakların ayrılma koşullarının ve ayrılma akçesinin 6102 sayılı TTK’da beş ayrı maddede ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş olması oldukça yerinde bir yaklaşımdır. Bu şekilde ETTK dönemindeki eksikliklerin büyük bir çoğunluğu giderilmiştir.

TTK’nun çıkma ve çıkarmaya ilişkin hükümlerini değerlendirdiğimiz bu çalışmamızda belirli bazı sonuçlara varmış bulunmaktayız. Öncelikle çıkmaya katılma kuru ile ilgili olarak, TTK 639/2 a’nın şirket sözleşmesinde öngörülen “haklı sebebin” katılmak isteyen ortak yönünden geçerli olması gerektiği yönündeki ifade biçimi, sözleşmedeki çıkma koşulları kendileri bakımından gerçekleşen diğer ortakların, çıkmaya katılmalarına imkân tanınacak şekilde yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Sözleşmedeki çıkma sebeplerinden birinin gerçekleşmiş olması, çıkmaya katılma için yeterlidir. Ayrıca haklı sebep koşulunun gerçekleşmesi gerekli değildir.

Çıkmaya katılma kurumunun işletilebilmesi için, daha sonra katılacak ortakların, ortaklık sözleşmesindeki aynı çıkma sebebine veya aynı haklı sebebe dayanması gerekli değildir. Kanaatimizce “ortak haklı sebeplerin” veya “ortak sözleşmesel sebeplerin” bulunması, çıkmaya katılmanın zorunlu koşulu değildir. Önemli olan, katılan her bir ortağın çıkmasına olanak sağlayan bir haklı sebebin veya sözleşmesel sebebin kendisi açısından gerçekleşmiş olmasıdır.

TTK 638/2’de yalnızca haklı sebeple çıkma davası bakımından öngörülen ihtiyati tedbir talep etme olanağının, hem çıkmaya katılma durumunda hem de haklı sebeple çıkarma davasında, davanın taraflarına tanınması gerektiği kanaatindeyiz.

TTK 640/1’de şirket sözleşmesinde, bir ortağın genel kurul kararı ile şirketten çıkarılabileceği sebeplerin öngörülebileceği belirtilmekle, sözleşmesel çıkarma yasal sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bu durumda ortaklık sözleşmesinde koşulsuz çıkarma veya haklı sebeple çıkarma öngörülmesi mümkün değildir. Genel kuruldan başka bir organ veya kişiye bu konudaki karar yetkisi bırakılamaz.

Ayrılma akçesinin belirlenmesinde gerçek değeri esas Kanunda yerini almıştır. TTK 641/1 gereğince, ayrılma akçesinin ayrılan ortağın esas sermaye payının “gerçek değerine uyması” gerekmektedir. Payların gerçek değerine uyan ifadesinin anlamı gerekçede öğreti ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Payların gerçek değeri, şirketin gerçek değerini, başka deyişle yaşayan şirket değerinin hesaplanmasını gerektirir. Payların esas sermayeye oranı esas alınarak, yaşayan şirket değerinin paylara karşılık gelen kısmı belirlenmelidir. Elde edilen ham değere, imtiyaz veya ikincil yükümler gibi payın değerini artıran veya azaltan değerleri eklemek veya çıkartmak gerekir. Bu şekilde payların gerçek değerine uyan değer belirlenebilecektir.

6103 SAYILI TTK UYGULAMA KANUNU HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Adnan DEYNEKLİ*

6102 sayılı Türk Ticaret Kanun'un yürürlüğe girme tarihi 01.07.2012 olarak kabul edilmiştir. (m.1534) Ancak 6102 sayılı TTK ve 6103 sayılı yürürlük Kanununda bazı maddelerin farklı tarihlerde yürürlüğe gireceği kabul edilmiş, 26.06.2012 tarihli 6335 sayılı Kanunla bazı maddelerin yürürlük tarihleri değiştirilmiştir.

1- Yürürlüğe Giren Hükümler

a-) 6102 sayılı TTK'nun geçici 2. ve geçici 3. madde Hükümleri

6102 sayılı TTK 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecekken kanunun bazı hükümlerinin daha önce yürürlüğe gireceği kabul edilmiştir. 6102 sayılı TTK'nun 1534 maddesine göre geçici 2. ve geçici 3. madde kanunun yayımı ile birlikte yürürlüğe girer.

Kanun 14.02.2011 tarihli Resmi Gazetede yayımlandığından geçici 2. ve geçici 3. madde 14.02.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Her iki hüküm de anonim şirketlerinin denetlemesi ile ilgilidir. Denetlemeye ilişkin 6102 sayılı TTK.'nun 397-406 maddelerinin yürürlük tarihi 01.01.2013 olarak kabul edilmiştir. (TTK m. 1534/4). Gereken geçici 2. ve geçici 3. maddeleri neden yayım tarihinde yürürlüğe sokulmak istendiği anlaşılamamaktadır. Geçici 2. ve geçici 3. madde 26.06.2012 tarihli 6335 sayılı Kanunun 43. maddesi ile yürürlük kaldırılarak hata giderilmiştir.

b-) TTK'nun 479. maddesinin 3. Fıkrası Hükümü

6102 sayılı TTK'nun 479. maddesi oyda imtiyazlı paylarla ilgilidir. Oyda imtiyazın uygulanamayacağı konulara ilişkin TTK'nun 479. maddesinin 3. fıkrası TTK.'nun yayımı tarihinden 1 yıl sonra uygulanacağı Yürürlük Kanununun 28/5 maddesi ile hüküm altına alınmıştır.

Bu hükümden dolayı TTK'nun 479. maddesinin 3. fıkrası 14.02.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Esas sözleşme değişikliği, işlem deneticilerinin seçimi ibra ve sorumluluk davalarının açılmasında 14.02.2012 tarihinden itibaren oyda imtiyaz kullanılmayacaktır. Yürürlük Kanunu'nun 28/5 maddesi 6335 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve TTK'nun 479. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendinin Kanunun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden 1 yıl sonra uygulanacağı kabul edilerek yürürlük tarihi 01.07.2013 olarak değiştirilmiştir. Esas sözleşme değişikliği, ibra ve sorumluluk davalarının açılmasında 01.07.2013 tarihinden itibaren oyda imtiyaz kullanılmayacaktır.

2- Yürürlük Tarihi 14.08.2012 Olan Hükümler

Anonim şirketler esas sözleşmelerini ve limited şirketler şirket sözleşmelerini kanunun yayımı tarihinden itibaren 18 ay içinde TTK ile uyumlu hale getireceklerdir. Bu süre 14.08.2012 tarihinde dolmaktadır. Öngörülen tarihe kadar değerli değişikliklerle

* Yargıtay19. Hukuk Dairesi Üyesi

rin yapılmaması halinde, esas sözleşmedeki ve şirket sözleşmesindeki düzenleme yerine TTK'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır. Yürürlük Kanununun 22/1. maddesi 26.06.2012 tarihli 6335 sayılı Kanunla değiştirildi ve anonim şirket esas sözleşmeleri ve limited şirket sözleşmelerinin yürürlük tarihinden (01.07.2012'den) 12 ay içinde uyumlu hale getirileceği kabul edildi. Bu süre 01.07.2013 tarihinde dolmaktadır.

Sanayi ve Ticaret Bakanlığı süreyi ancak 1 yıla kadar uzatabilir (Yürürlük Kanunu m.22)

Anonim şirketlerde oy haklarını belirleyen 6102 sayılı TTK'nun 434 ve 435 maddeleri hükümleri kanunun yayımı tarihinden itibaren 18 ay sonra yürürlüğe girer (Yürürlük Kanunu m. 28/1) Bu hüküm uyarınca 6102 sayılı TTK'nun 434 ve 435 maddeleri 14.08.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. 6335 sayılı Kanunun 44. maddesi ile Yürürlük Kanununun 28/1. maddesi değiştirildi ve bu hükmün 01.07.2013 tarihinde yürürlüğe gireceği kabul edildi.

3- Yürürlük Tarihi 01.01.2013 Olan Hükümler

a-) Türkiye Muhasebe Standartlarına uyulmasına ilişkin 6102 sayılı TTK'da yer alan tüm hükümler ;(m.67,88,398,402,403,510,514,515,517,1534, geçici madde 1 ve geçici madde 6) 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecektir. (TTK. m. 1534/2)

b-) Anonim şirketlerin denetimine ilişkin 6102 sayılı TTK'nun 397 - 406 maddeleri hükümleri 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girecektir. (TTK m. 1534/3)

4- Yürürlük Tarihi 14.02.2013 Olan Hüküm

Şirketler topluluğuna ilişkin olarak karşılıklı iştirakta oy haklarının kullanılmasına sınırlama getiren TTK'nun 201/1. maddesi hükmünün sadece oy hakkı bakımından öngördüğü sınırlama TTK'nun yayımı tarihinden iki yıl sonra yürürlüğe girecektir. (Yürürlük Kanununun m.19.) Bu tarih 14.02.2012'tür.

Diğer haklarla ilgili sınırlamalar TTK'nun yürürlüğe girmesiyle yani 01.07.2012 tarihinde uygulanmaya başlanacaktır.

5-Yürürlük Tarih 31.03.2013 Olan Hüküm

6102 sayılı TTK'nun 400. maddesinde öngörülen denetçi, TTK'nun 397. maddesine göre denetime tabi tutulan şirketlerin yetkili organı tarafından en geç 31.03.2013 tarihine kadar seçilmelidir. Bu süreye kadar denetçi atanmayan şirketlere mahkemece atama yapılacaktır. (TTK geçici madde 6/2). Mahkemenin denetçi atanmasına ilişkin kararı kesindir. (TTK m. 399/6)

6-Yürürlük Tarihi 01.07.2013 Olan Hüküm

İnternet sitesi açma zorunluluğu ile ilgili 6102 sayılı TTK'nun 1524. maddesi 01.07.2013 tarihinde yürürlüğe gireceği kabul edilmiştir. (TTK m. 1534/1)

6335 sayılı Kanunla 1524. madde değiştirilmiş ve geçici 8. madde kabul edilmiştir.

6102 sayılı TTK'nun 397. maddesinin 4. fıkrası uyarınca denetime tabi olan sermaye şirketleri, Kuruluşlarının tescilinden itibaren üç ay içinde bir internet sitesi açmak zorundadır. (TTK m. 1524/1)

6335 sayılı Kanunla kabul edilen geçici 8. maddeye göre denetime tabi sermaye şirketlerinden internet sitesine sahip olanlar ve olmayanlar 01.07.2013 tarihinden itibaren üç ay içinde internet sitesi açmak ve bu sitenin bir bölümünü şirketçe yapılması gereken ilanların yayımlanmasına özgülemek zorundadır. Geçici 8. madde ile getirilen bu düzenlemenin 6102 sayılı Kanunun yürürlüğü girdiği 01.07.2012 tarihinden önce

kurulan sermaye şirketleri mi yoksa 1524. maddenin yürürlüğe girdiği 01.07.2013 tarihinden önce kurulan sermaye şirketleri mi kastedildiği anlaşılamamaktadır. Ayrıca TTK'nun 1524. maddesi ile geçici 8. maddesi 01.07.2012 tarihinden 01.07.2013 tarihine kadar kurulan denetime tabi sermaye şirketleri yönünden çalışmaktadır.

7- Yürürlük Tarihi 01.01.2014 olan Hüküm

6102 sayılı TTK'nun 39. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci, üçüncü ve dördüncü cümleleri 01.01.2014 tarihinde yürürlüğe girer. (TTK. m. 154/5).

8- Yürürlük Tarihi 14.02.2014 Olan Hüküm

Anonim ve limited şirketler, TTK'nun yayımı tarihinden itibaren 3 yıl içinde sermayelerini TTK'nun 332 ve 580 maddelerinde öngörülen tutarlara yükseltmek zorundadırlar. Burada öngörülen süre 14.02.2014 tarihinde dolacaktır. Öngörülen sürede sermaye artırımında bulunmayan anonim ve limited şirketler sürenin sonunda infisah etmiş sayılırlar. (Yürürlük Kanununun m. 20/1) Gümrük ve Ticaret Bakanlığı süreyi birer yıl olarak en çok iki defa uzatabilir. (Yürürlük Kanunu m.20/4)

9- Yürürlük Tarihi 01.07.2014 Olan Hüküm

6102 Sayılı TTK'nun 202. maddesinin 1. fıkrasına göre hakim şirket, hakimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamaz. Hakim şirketin bu hükme aykırı davranması nedeniyle bağlı şirketin 01.07.2012 tarihinden önce bir kaybı olursa, bağlı şirket bu zararı kanunun yürürlüğünden itibaren iki yıl içinde denkleştirmelidir. (Yürürlük Kanunu m.18) 01.07.2014 tarihine kadar denkleştirme yapılmazsa bağlı şirketin her pay sahibi TTK'nun 202. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde öngörülen dava haklarını kullanabilir.

10- Yürürlük Tarihi 01.07.2015 Olan Hüküm

6102 sayılı TTK'nun 358 maddesinde anonim şirketlerde pay sahiplerinin, 644. maddesinde limited şirket ortaklarının şirkete karşı borçlanmaları yasaklanmıştır. Aynı Kanunun 562. maddesinde yasağı ihlal edenler hakkında cezai müeyyide uygulanacağı kabul edilmiştir.

Anonim şirketlerde pay sahiplerinin ve limited şirketlerde ortakların şirkete borçlanma yasağına aykırı davranışlarını kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 3 yıl içinde nakit ödeme yaparak tasfiye etmeleri zorunludur. (Yürürlük Kanunu m.24) Borçlanma yasağına aykırı davranışın giderilmesi için öngörülen süre 01.07.2015 tarihinde dolmaktadır. Borcun kısmen veya tamamen başkası tarafından üstlenilmesi, borç için kambiyo senedi verilmesi, ödeme planı yapılması ve benzeri yollara başvurulması tasfiye anlamına gelmez.

Tasfiye süresinin geçmesinden sonra, şirketlerin alacaklıları, alacakları için borçlu olan pay sahibini veya limited şirket ortağını takip edebilir. Yürürlük Kanununun 24. maddesi 6335 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

11- Yürürlüğe İlişkin Genel Hükümler

a-) 6762 sayılı TTK'nun Uygulanacağı Haller

6103 sayılı Yürürlük Kanununda aksi öngörülmemiş ve farklı bir düzenleme getirilmemişse 6102 sayılı TTK'nun yürürlüğe girdiği tarihten önce meydana gelen olayların hukuki sonuçlarına, bu olaylar hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse o kanun hükümleri uygulanır.

6102 sayılı TTK'nun yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşmiş hukuki fiillerin bağlayıcılıkları ve hukuki sonuçları gerçekleştikleri tarihte yürürlükte olan 6762 sayılı TTK hükümlerine tabi olacaktır.

Hükümde yer alan bağlayıcı kelimesi hukuki işlemler için, hukuki sonuçları ibaresi ise haksız fiiller için kullanılmıştır.

6103 sayılı Yürürlük Kanunu'nun 2/b maddesindeki hukuki fiiller insanın fiiliyle meydana gelen davranışları ifade ettiğinden hukuki işlemleri ve haksız fiilleri kapsar. 6762 sayılı TTK yürürlükte iken yapılan hukuki işlemler ve meydana gelen haksız fiiller 6102 sayılı TTK'nun yürürlüğe girmesinden sonra da 6762 sayılı TTK hükümlerine tabi olmaya devam eder.

b-) 6102 sayılı TTK'nun Uygulanacağı Haller

aa- 6102 sayılı TTK'nun Yürürlüğe Girmesinden Sonra Meydana Gelen Olaylar
6102 sayılı TTK'nun yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelen olaylara bu kanun hükümleri uygulanır. (Yürürlük Kanunu m. 2/1-c)

6762 sayılı TTK yürürlükte iken meydana gelmeye başlamış, ancak yeni kanun zamanında tamamlanarak sonuçlarının yeni kanun zamanında doğurmuş bulunan hukuki olaylara da yeni kanun uygulanacaktır.

bb- Kanunla Düzenlenen İlişkiler

6103 sayılı Yürürlük Kanunu'nun 3. maddesinde tarafların iradelerinden bağımsız olarak kanunla düzenlenen hukuki ilişkilere 6762 sayılı TTK hükümleri yürürlükte iken kurulmuş olsalar bile, 6102 sayılı TTK hükümleri uygulanır. Kural olarak kazanılmış haklar kanun değişikliğinden etkilenmezler. Buna karşılık kanuni düzenlemelerden elde edilen yani kanuni kurumlardan kaynaklanan haklar, kazanılmış hakların aksine, kanun değişikliği karşısında korunmazlar.

Örneğin 6762 sayılı TTK'nun 548/2. maddesi uyarınca ortak sayısı yirmiden az olan limited şirketlerde müdür sıfatı bulunmayan ortaklar 818 sayılı EBK'nun 531. maddesinde öngörülen kişisel denetim hakkını kullanabilir. 6102 sayılı TTK'nun 635. maddesinin atf yaptığı anonim şirketle ilgili 399. ve devamı maddelerde bağımsız denetçiye ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Limited şirket ortakları 6762 sayılı TTK zamanında bir olay nedeniyle kişisel denetleme haklarına ilişkin bir istemde bulunamazlar. Zira 6102 sayılı kanuna göre bu istemi denetçiler yapabilir.

cc- Beklenen Haklar

6103 sayılı Yürürlük Kanunu'nun 3. maddesi kapsamında bulunan kanunla düzenlenen ilişkiler haricinde 6762 sayılı TTK yürürlükte iken kazanılmış haklar 6102 sayılı TTK'nun yürürlüğe girmesinden sonrada korunur.

6762 sayılı kanun yürürlükte iken gerçekleşmiş olup da 6102 sayılı TTK'nun yürürlüğe girdiği tarihte henüz herhangi bir hak doğmamış olaylara 6102 sayılı TTK hükümleri uygulanır. Beklenen, haklar, bekleyene herhangi bir hak sağlamaz. Zira kanun değişikliği yapıldığında hak henüz sahibine bağlanmamış ve onun hakkı olmamıştır.

6762 sayılı TTK yürürlükte iken kazanılmış haklar kanun değişikliğinden etkilenmezler. Yeni kanun kişilerin kazandığı hakları ortadan kaldıramaz ve değiştiremez. Aksine yapılacak düzenlemeler hukuki güvenliği ortadan kaldıracığından Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur.

Kazanılmış haklara ilişkin kuralın istisnaları da vardır. Örneğin kamu düzeni ve genel ahlak kurallarına aykırılık oluşturan kazanılmış haklar korunmaz (4722 sayılı Yürürlük Kanunu m.3)

c- Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler

6102 sayılı TTK'nun yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış olan süreler 6762 sayılı TTK hükümlerine tabi olur.

Örneğin ticari satımlarda ayıp iddiasına dayanarak açılacak davalarda zamanaşımı süresi 6762 sayılı TTK'nun 25. maddesine göre 6 aydır. 6102 sayılı TTK'nun 23/1-c maddesinin atf yaptığı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasında zamanaşımı süresi 2 yıl olarak kabul edilmiştir. Zamanaşımı süresi 6762 sayılı TTK yürürlükte iken işlemeye başlamışsa 6 ay olarak uygulanacak, 6102 sayılı TTK yürürlükte iken işlemeye başlamışsa 2 yıl olarak uygulanacaktır.

Zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle ilişkin kesilme, durma, yeniden başlama ve hesaplama konusunda yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 6102 sayılı TTK hükümleri uygulanır.

d- Yollamalar

6103 sayılı Yürürlük Kanununun ve 6102 sayılı TTK'nun yürürlüğe girmesiyle, 6762 sayılı kanunun yürürlükten kaldırılan veya değiştirilen maddelerine diğer mevzuat tarafından yapılmış bulunan yollamalar, 6102 sayılı TTK'da o maddeleri karşılayan hükümler varsa, onlara yapılmış sayılır. (Yürürlük Kanunu m.7) Bu hüküm esas sözleşme dahil diğer sözleşmeler, taahhütname, beyan ve benzeri olan metinlerdeki 6762 sayılı TTK'ya yapılan yollamalar hakkında da uygulanır.

Yollama yapılan hüküm 6102 sayılı TTK'da bulunmuyorsa hakim, örf ve adet hukukuna göre bu da yoksa kanun koyucu gibi karar verir. (4721 sayılı TMK m.1)

12- Yürürlüğe İlişkin Özel Hükümler**a- Deniz Ticaretine ve Deniz Sigortalarına İlişkin Hukuk Davaları**

6762 sayılı TTK'nun 4/3. maddesi uyarınca kurulmuş bulunan denizcilik ihtisas mahkemesinin görülmekte olduğu davalar, 6102 sayılı TTK'nun yürürlüğe girmesinden 1 ay içinde, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından görevli kılınacak asliye ticaret mahkemesine devredilir. (Yürürlük Kanununun m.8/1)

b- Bileşik Faiz

6762 sayılı TTK'nun 8/2. maddesi uyarınca faizin ana para eklenecek tekrar faiz yürütülmesi öngörülmuş tarafları tacir olmayan cari hesap sözleşmeleri, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten üç ay içinde değiştirilir. Bu süre 01.10.2012 tarihinde dolmuştur. Ancak açıklanan tarihe kadar değiştirilmeyen sözleşmelerdeki bileşik faizle ilgili hükümler yazılmamış sayılır. Bileşik faize ilişkin düzenleme sözleşmeden çıkarılıncaya kadar (01.10.2012'e kadar) geçen sürede işlemiş bulunan bileşik faiz borçludan istenebilir.

c- Acenteye İlişkin Rekabet Yasağı Sözleşmesi

6102 sayılı TTK'nun 123. maddesinde düzenlenen rekabet yasağı anlaşması ile ilgili hüküm, kanunun yürürlüğe girmesinden (01.07.2012'den önce) yapılmış olup da devam etmekte olan acentelik sözleşmelerine de uygulanır. (Yürürlük Kanunu m.14) Kanunun yürürlüğünden önce acentelik sözleşmesi feshedilmişse 6102 sayılı TTK'nun 123. maddesi uygulanmaz.

d- Ultra Vires Kuralı

Ticaret şirketlerinin hak ehliyeti 6762 sayılı TTK'nun 137. maddesinde düzenlenmiştir. 6102 sayılı TTK'nun aynı konuyu düzenleyen 125. maddesi önceki düzenlemeden ayrılmıştır. 6102 sayılı TTK'nun 125/2. maddesine göre ticaret şirketleri

TMK'nun 48. maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilirler ve borçları üstlenebilirler. Görüldüğü gibi 6102 sayılı TTK'nun 125. maddesi ile ticaret şirketlerinin hak ehliyetini sınırlayan 6762 sayılı TTK'nun 137. maddesinde düzenlenen ultra vires kuralını kaldırmıştır. Yeni hüküm en önemli sonucu ticaret şirketinin iştiğal konusu dışında yaptığı işlemlerin şirketi bağlayacak olmasıdır. Yürürlük Kanununun 15. maddesinde ultra vires kuralına ilişkin yeni hükmün derhal uygulanacağı kabul edilmiştir. Şirket sözleşmelerinde veya esas sözleşmelerinde 6762 sayılı Kanunun 137. maddesine uygun olarak şirketini hak ehliyetinin şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede yazılı işletme konusu ile sınırlı olduğunu belirten hükümler 01.07.2012 tarihinden itibaren yazılmamış sayılır. (Yürürlük Kanun m.15)

e- Şirket Topluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılması

6102 sayılı TTK'nun 202/1. maddesine göre şirket topluluğunda hakim şirket, hakimiyetini bağlı şirketi kayba uğratabacak şekilde kullanamaz. Hakimiyet nedeniyle bağlı şirkette zarar meydana gelirse bu zararı denkleştirmelidir. 6102 sayılı TTK'nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinde bağlı şirketin bir kaybı veya kayıpları varsa, bu kayıp veya kayıplar 01.07.2012 tarihinden itibaren 2 yıl içinde denkleştirilir. (Yürürlük Kanunu m.18) Bu düzenleme uyarınca hakim şirket bağlı şirketi kanunun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden önce zarara uğratmışsa, bu zarar 01.07.2014 tarihine kadar denkleştirilmelidir. Denkleştirmenin yapılmaması halinde 6102 sayılı TTK'nun 202/1-b maddesinde öngörülen dava hakları 01.07.2014 tarihinden itibaren kullanılabilir.

f- Asgari Sermaye

Anonim ve limited şirketler, 6102 sayılı Kanunun yayımı tarihinden (14.02.2011) itibaren üç yıl içinde sermayelerini anılan Kanunun 332. ve 580. maddelerinde öngörülen tutarlara yükseltmesi gerekir. (Yürürlük Kanunu m.20/1) Hükümde öngörülen süre 14.02.2014 tarihinde dolmaktadır. Bu süreye kadar asgari sermaye Kanunda öngörülen tutarlara yükseltilmemişse şirket infisah etmiş sayılır.

g- Esas Sözleşme

Anonim şirketler esas sözleşmelerini ve limited şirketler şirket sözleşmelerini, yürürlük tarihinden itibaren 12 ay içinde 6102 sayılı TTK ile uyumlu hale getirmeleri gerekir. (Yürürlük Kanunu m.22/1) maddede öngörülen süre 01.07.2013 tarihinde dolacak olup, bu süre içinde gerekli değişikliklerin yapılmaması halinde esas sözleşmedeki ve şirket sözleşmesindeki düzenleme yerine 6102 sayılı TTK hükümleri uygulanır. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı maddede öngörülen süreyi ancak 1 yıla kadar uzatabilir.

h- Oy Hakkı ve Oyda İmtiyazlı Paylar ile Nama Yazılı Payları Devredilmelerinin Sınırlanması

Türk Ticaret Kanununun 434 ve 435 inci maddeleri, anılan Kanunun yayımı tarihinden itibaren onsekiz ay sonra yürürlüğe girer.

6762 sayılı eski Kanun zamanında ve Türk Ticaret Kanununun kabul edilmesinden en az bir yıl önce esas sözleşme hükmü ile bazı pay gruplarına tanınmış olan yönetim kurulu üyeliği için aday gösterme hakkı, Türk Ticaret Kanununun 360 ıncı maddesinin birinci fıkrasındaki sınırı aşsa bile müstesna hak sayılır.

Türk Ticaret Kanununun 479 uncu maddesinin birinci fıkrasına aykırı esas sözleşmeler, anılan Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç yıl içinde, anılan fıkra hükmüne uygun hâle getirilir.

Türk Ticaret Kanununun 479 uncu maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen sınırı aşan sayıda oyda imtiyaz öngören esas sözleşme hükümleri, Türk Ticaret Kanununun

yayımlı tarihinden itibaren üç yıl içinde, anılan fıkraya uyarlanır veya mahkemeden anılan fıkrada öngörülen karar alınır.

Türk Ticaret Kanununun 479 uncu maddesinin üçüncü fıkrası, anılan Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl sonra uygulanır.

Bu maddenin birinci ve üçüncü fıkralarında yapılması şart koşulan sürede gerekli esas sözleşme değişikliklerinin ve uyarlamaların gerçekleştirilmemesi hâlinde, oyda imtiyazı düzenleyen esas sözleşme hükümleri, birinci ve üçüncü fıkralarda belirtilen sürenin dolduğu tarihte kendiliğinden geçersiz hâle gelir ve esas sözleşmede öngörülen oya ilişkin imtiyazların tümü kanunen sona erer.

Nama yazılı payların devrini, red sebeplerini göstererek veya göstermeyerek sınırlandırmış bulunan anonim şirketler, Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde, esas sözleşmelerini değiştirerek, Türk Ticaret Kanununun 492 ilâ 498 inci maddelerine uyarlamak zorundadır; aksi hâlde, bu sürenin dolmasıyla tüm sınırlamalar geçersiz hâle gelir. (Yürürlük Kanunu m.28)

SONUÇ

6102 sayılı TTK ile bazı yeni kurumlar kabul edilmiş, ultra vires, imtiyazlı, nama yazılı paylar gibi konularda 6762 sayılı Kanundan farklı düzenlemeler kabul edilmiştir. Tacirlerin ve ticaret şirketlerinin yeni hükümlere uyum sağlayabilmeleri için intikal hükümleri getirilmiş, bazı hükümlerin yürürlüğü ileri tarihlere ertelenmiştir. 6102 sayılı TTK ve 6103 sayılı Yürürlük Kanunundaki bazı hükümler 6335 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve yürürlükle ilgili yeni düzenlemeler yapılmıştır. Bu çalışmada 6102 sayılı TTK'nun yürürlüğü ile ilgili hükümler ana hatlarıyla incelenmeye çalışılmıştır. Tacirler ve ticaret şirketleri belli bir süreye kadar yapmaları gereken işlemleri bu süreye kadar yapmaları uygun olur. Aksi halde haklarında dava açılacağı gibi şirketin münfesih olma sonucu ortaya çıkar. Bu nedenle özellikle ticaret şirketlerin yürürlük listesi çıkarıp kontrol etmelerinde fayda bulunmaktadır.

