

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

II/1

Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi

Cilt: II
Sayı: 1
Yıl: 2005



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi

Cilt : II

Sayı : 1

Yıl : 2005



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Editör / Editor

Doç. Dr. Ali Cem Budak, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışmanlar Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Halûk Kabaaliğlı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Belgin Erdoğan, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk Öztek, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Güzel, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zehreddin Aslan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Komisyonu / Editorial Board

Prof. Dr. Abdulkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Marmara Üniversitesi, İİBF

Prof. Dr. Augusto Sinagra, La Sapienza, Roma Üniversitesi

Prof. Dr. Bart de Schutter, Vrije Universiteit Brussel

Prof. Dr. Claudio Grossman, American University, Washington College of Law

Prof. Dr. Erhan Adal, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Ülman, Yeditepe Üniversitesi, İİBF

Prof. Dr. Hayri Domanıç, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Helge Loytved, Universität Bielefeld, Bundessocialgericht, Kassel

Prof. Dr. Michel Waelbroeck, Brüksel Üniversitesi, ULB

Prof. Dr. Nanette Neuwahl, Montreal Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Patrick Hugg, Loyola University School of Law

Prof. Dr. Rayegan Kender, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Köni, Yeditepe Üniversitesi İİBF

Prof. Dr. Ruşen Ergeç, ULB Université Libre de Bruxelles

Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Akile Gürsoy, Yeditepe Üniversitesi

Prof. Dr. Vakur Versan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Volkmar Gessner, Universität Bremen, The Öñati International Institute for Sociology of Law

Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sabih Kanadoğlu, Onursal Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yeditepe Üniversitesi İİBF

Prof. Dr. Vural Savaş, Yeditepe Üniversitesi İİBF İktisat Bölüm Başkanı, Anayasa Mahkemesi eski üyesi

Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Fransızca Kamu Yönetimi Bölüm Başkanı

Prof. Dr. Stefan Talman, Oxford Üniversitesi

Prof. Dr. Don Wallace, Wr., Georgetown Üniversitesi, International Law Institute-Chairman

Prof. Dr. Nuray Ekşi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ralf Alleweldt, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sibel İncoğlu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Hakan Üzeltürk, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. M. Şükrü Alpaslan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. M. Alper Gümüş, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Necla Güney Ağdağ, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Heidelberg Max Planck Institute

Yard. Doç. Dr. Salih Şahiniz, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Sultan Üzeltürk, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Kemal Erol, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayınlanan hakemli bir dergidir.

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınmaz. Bu dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler, yazarlara aittir. Fakülte söz konusu görüşlerden dolayı sorumluluk kabul etmez.

Dergiye yapılan atıflarda "YÜHFD" kısaltması kullanılmalıdır.

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt : 2 Sayı : 1 Yıl : 2005

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU	1
TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNUNDA YAPILMASI GEREKLİ DEĞİŞİKLİKLER	3
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Başkanı	
ADAPTING NATIONAL GOVERNANCE TO EUROPEAN UNION GOVERNANCE: THE NEED TO THINK BEYOND THE FORMAL ACCESSION REQUIREMENTS	19
Jörg Monar, Sussex Avrupa Enstitüsü, Sussex Üniversitesi	
LEGITIMACY AND DEMOCRACY IN THE EU AND THE RECENT CONSTITUTIONAL CRISIS	33
Yrd. Doç. Dr. Çiğdem Nas, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü	
AVRUPA BİRLİĞİ'NDE SULARIN YÖNETİMİ, ORTAK SU POLİTİKASI VE SU ÇERÇEVE DİREKTİFİ	51
Yrd. Doç. Dr. Sevim Budak, İ.Ü.Siyasal Bilgiler Fakültesi, Kentleşme ve Çevre Sorunları Ana Bilim Dalı	
ÖZEL HUKUK	71
DENİZ SİGORTASI VE REASÜRANS HUKUKUNUN GÜNCEL SORUNLARI	73
Prof. Rob Merkin, Southampton Üniversitesi (Çev. Araş. Gör. Mehtap Civar Engin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)	
YABANCI YATIRIMCILARLA YAPILAN “YAP-İŞLET-DEVRET” SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN MİLLETLERARASI TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ	137
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Başkanı	
CORPORATE REORGANIZATION IN TURKISH LAW COMPARED WITH THE UNITED STATES CHAPTER 11	165
Araş. Gör. Efe Direnisa, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	
SERMAYE ŞİRKETLERİ VE KOOPERATİFLERİN UZLAŞMA YOLUYLA YENİDEN YAPILANDIRILMASI	215
Abdülkadir BÖKE	
SERMAYE ŞİRKETLERİ VE KOOPERATİFLERİN UZLAŞMA YOLUYLA YENİDEN YAPILANDIRILMASI PROJESİNİN TASDİKİNİN SONUÇLARI VE MUHTEMEL AKSAKLIKLARA KARŞI ÇÖZÜM ÖNERİLERİ	275
Av. Aydın Çelik	

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI SEMPOZYUMU	311
(27 – 28 Mayıs 2005 günü Yeditepe Üniversitesi'nde düzenlenen Sempozyum'da sunulan tebliğler.)	
BİRİNCİ OTURUM / AÇILIŞ KONUŞMALARI	313
Prof. Dr. Mahmut Birsnel, Dokuz Eylül Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi	
Kazım Kolcuoğlu, İstanbul Barosu Başkanı	
Halim Mete, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Başkan Vekili	
TASARI HAKKINDA GENEL DEĞERLENDİRME	328
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk, Bilkent Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Eski Adalet Bakanı	
TASARI HAKKINDA GENEL DEĞERLENDİRME	341
Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, İstanbul Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi	
TTK TASARISININ TİCARET SİCİLİ, TİCARİ DEFTERLER VE CARİ HESAP HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	353
Doç. Dr. İsmail Kayar, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı	
TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDAKİ TİCARET UNVANINA, İŞLETME ADINA VE HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ	383
Yard. Doç. Dr. N. Ayşe Odman Boztosun, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Akın Ünal, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi	
PROF. DR. HİKMET SAMİ TÜRK, PROF. DR. ERDOĞAN MOROĞLU, DOÇ. DR. İSMAİL KAYAR VE YARD. DOÇ. DR. AYŞE BOZTOSUN'UN TEBLİĞLERİ HAKKINDAKİ SORU VE CEVAPLAR	413
İKİNCİ OTURUM/ AÇILIŞ KONUŞMASI	423
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi	
TÜRK TİCARET KANUNU TASARISININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE ELEŞTİRİLEN HÜKÜMLER	429
Prof. Dr. Hasan Pulaşlı, Çukurova Üniversitesi Öğretim Üyesi	
TÜRK TİCARET KANUNU TASARISININ LİMİTED ŞİRKETE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	449
Doç. Dr. Şükrü Yıldız, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi	
ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU	469
Av. Barbaros Çağa, Çağa Vakfı Başkanı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi	
HİSSEDARLAR SÖZLEŞMESİ	475
Av. Dr. İsmail Esin	
PROF. DR. HASAN PULAŞLI, DOÇ. DR. ŞÜKRÜ YILDIZ, AV. BARBAROS ÇAĞA VE AV. DR. İSMAİL ESİN'İN TEBLİĞLERİ HAKKINDAKİ SORU VE CEVAPLAR	483
ÜÇÜNCÜ OTURUM AÇILIŞ KONUŞMASI	497
İhsan Demirkıran, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Onursal Başkanı	

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA ŞİRKETLERİN YENİDEN YAPILANMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER HAKKINDA GENEL DEĞERLENDİRME	499
Yard. Doç. Dr. Necla Güney Ağdağ, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi	
TİCARİ DEFTERLERLE İSPAT USULÜ KALDIRILMAMALIDIR.	511
Doç. Dr. Ali Cem Budak, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi	
TÜRK TİCARET KANUNU TASARISININ SERMAYE PİYASASINI ETKİLEYEN YÖNLERİ	523
Dr. Çağlar Manavgat, Sermaye Piyasası Kurulu Hukuk İşleri Daire Başkanı	
YARD.DOÇ.DR. NECLA GÜNEY AĞDAĞ, DOÇ.DR ALİ CEM BUDAK VE DR. ÇAĞLAR MANAVGAT'IN TEBLİĞLERİ HAKKINDAKİ SORU VE CEVAPLAR	553
DÖRDÜNCÜ OTURUM:	567
TÜRK TİCARET KANUNU TASARISININ SİGORTA HUKUKU BÖLÜMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ	567
Prof.Dr.Huriye Kubilay, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Ticareti Hukuku Anabilim Dalı Başkanı	
TÜRK TİCARET KANUNU TASARISININ DENİZ TİCARETİ HUKUKU BÖLÜMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ	575
Prof. Dr. Samim Ünan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi	
TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA KIYMETLİ EVRAK HUKUKU KİTABINDA YAPILAN DÜZENLEMELER VE ÖNERİLERİMİZ	585
Yard. Doç. Dr. Şafak NARBAY, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.	
PROF. DR. HURİYE KUBILAY, PROF. DR. SAMİM ÜNAN VE YARD. DOÇ. DR. ŞAFAK NARBAY'IN TEBLİĞLERİ HAKKINDAKİ SORU VE CEVAPLAR	617
İÇTİHAH KRONİĞİ	641
YARGITAY KARARLARI DERGİSİ-2005'TE (No. 1-8) YAYINLANAN YARGITAY KARARLARINDAN SEÇMELER	643
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı	
MEVZUAT KRONİĞİ	665
1.11.2004'TEN 15.08.2005'E KADAR GEÇEN DÖNEMDE YÜRÜRLÜĞE KONAN MEVZUAT VE MEDENİ USUL VE İCRA-İFLAS HUKUKUNA İLİŞKİN YENİ DÜZENLEMELER, KURALLAR, ÇÖZÜMLER	667
Araş. Gör. E. Gökçe Karabel, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi	



JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY

FACULTY OF LAW

Volume : 2 No : 1 Year : 2005

CONTENTS

PUBLIC LAW	1
AMENDMENTS TO BE MADE TO THE ACT ON TURKISH CITIZENSHIP	3
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Marmara University Faculty of Law, Head of Chair for Private International Law	
ADAPTING NATIONAL GOVERNANCE TO EUROPEAN UNION GOVERNANCE: THE NEED TO THINK BEYOND THE FORMAL ACCESSION REQUIREMENTS	19
Jörg Monar, Sussex European Institute, Sussex University	
LEGITIMACY AND DEMOCRACY IN THE EU AND THE RECENT CONSTITUTIONAL CRISIS	33
Asst. Prof. Dr. Çiğdem Nas, Marmara University European Community Institute	
MANAGEMENT OF WATERS, JOINT WATER POLICY AND WATER FRAMEWORK DIRECTIVE IN THE EU	51
Asst. Prof. Dr. Sevim Budak, Istanbul University Faculty of Political Sciences, Department of Urbanisation and Environmental Studies	
PRIVATE LAW	71
CURRENT ISSUES IN MARINE INSURANCE AND REINSURANCE LAW	73
Prof. Dr. Rob Merkin, Southampton University (Translated by Mehtap Civr Engin, Yeditepe University Faculty of Law)	
RESOLUTION OF CONFLICTS ARISING FROM 'BUILD-OPERATE-TRANSFER' CONTRACTS ENTERED INTO WITH FOREIGN INVESTORS BY WAY OF INTERNATIONAL ARBITRATION	137
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Marmara University Faculty of Law, Head of Chair for Private International Law	
CORPORATE REORGANIZATION IN TURKISH LAW COMPARED WITH THE UNITED STATES CHAPTER 11	165
Efe Direnisa, Research Fellow, Yeditepe University Faculty of Law	
REORGANIZATION OF LIMITED LIABILITY COMPANIES AND COOPERATIVES	215
Abdülkadir BÖKE	
EFFECTS OF THE APPROVAL OF THE PROJECT RELATING TO THE REORGANIZATION OF LIMITED LIABILITY COMPANIES AND COOPERATIVES, AND A DISCUSSION ON THE POSSIBLE PROBLEMS	275
Av. Aydın Çelik	

SYMPOSIUM ON DRAFT TURKISH COMMERCIAL CODE	311
(Papers submitted during the symposium held at Yeditepe University on May 27 – 28, 2005.)	
FIRST SESSION/ OPENING REMARKS	313
Prof. Dr. Mahmut Birscl, Emeritus Professor, Dokuz Eylul University	
Kazım Kolcuoğlu, Head of Istanbul Bar Association	
Halim Mete, Vice President, The Union of Chambers and Commodity Exchanges of Turkey	
GENERAL REVIEW OF THE DRAFT CODE	328
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk, Bilkent University, Faculty of Law, Former Minister of Justice	
GENERAL REVIEW OF THE DRAFT CODE	341
Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, Emeritus Professor, Istanbul University, Faculty of Law	
REVIEW OF DRAFT PROVISIONS RELATING TO TRADE REGISTRY, COMPANY BOOKS CURRENT ACCOUNTS	353
Associate Prof. Dr. İsmail Kayar, Erciyes University, Faculty of Law	
REVIEW OF DRAFT PROVISIONS RELATING TO TRADE NAME, COMPANY NAME AND UNFAIR COMPETITION	383
Associate Prof. Dr. N. Ayşe Odman Boztosun, Erciyes University Faculty of Law, Akın Ünal, Lecturer, Erciyes University Faculty of Law,	
DISCUSSIONS ON PAPERS SUBMITTED BY PROF. DR HİKMET SAMİ TÜRK, PROF. DR. ERDOĞAN MOROĞLU, ASSOCIATE PROF. DR. İSMAİL KAYAR AND ASSISTANT PROF. DR. AYŞE BOZTOSUN	413
SECOND SESSION/ OPENING REMARKS	423
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe University, Faculty of Law	
A CRITICAL REVIEW OF DRAFT TURKISH COMMERCIAL CODE	429
Prof. Dr. Hasan Pulaşlı, Çukurova University	
A REVIEW OF DRAFT PROVISIONS RELATING TO LIMITED COMPANY	449
Associate Prof. Dr. Şükrü Yıldız, Atatürk University, Faculty of Law	
BOARD OF DIRECTORS IN JOINT STOCK COMPANIES	469
Av. Barbaros Çağa, Head of Çağa Foundation, Yeditepe University, Faculty of Law	
SHAREHOLDERS AGREEMENT	475
Av. Dr. İsmail Esin	
DISCUSSIONS ON PAPERS SUBMITTED BY PROF. DR. HASAN PULAŞLI, ASSOCIATE PROF. DR. ŞÜKRÜ YILDIZ, AV. BARBAROS ÇAĞA AND AV. DR. İSMAİL ESİN	483
THIRD SESSION/ OPENING REMARKS	497
İhsan Demirkıran, Honorary Chief Justice General Assembly of Civil Chambers of Court of Cassation	

GENERAL REVIEW OF DRAFT PROVISIONS RELATING TO RE-STRUCTURING OF COMPANIES	499
Assistant Prof. Dr. Necla Güney Ağdağ, Yeditepe Üniversitesi, Faculty of Law	
COMMERCIAL BOOKS MUST REMAIN AS ADMISSABLE EVIDENCE	511
Associate Prof. Dr. Ali Cem Budak, Yeditepe Üniversitesi, Faculty of Law	
DRAFT PROVISIONS RELATING TO CAPITAL MARKETS	523
Dr. Çağlar Manavgat, Head of Law Service, Capital Markets Board of Turkey	
DISCUSSIONS ON PAPERS SUBMITTED BY ASSISTANT PROF. DR. NECLA GÜNEY AĞDAĞ, ASSOCIATE PROF. DR. ALİ CEM BUDAK AND DR. ÇAĞLAR MANAVGAT	553
FORTH SESSION	567
A REVIEW OF DRAFT PROVISIONS RELATING TO INSURANCE LAW	567
Prof. Dr. Huriye Kubilay, Dokuz Eylül University, Faculty of Law	
REVIEW OF DRAFT PROVISIONS RELATING TO MARITIME LAW	575
Prof. Dr. Samim Ünan, Galatasaray University, Faculty of Law	
COMMENTS ON DRAFT PROVISIONS RELATING TO NEGOTIABLE INSTRUMENTS	585
Assistant Prof. Dr. Şafak NARBAY, Atatürk University, Faculty of Law	
DISCUSSIONS ON PAPERS SUBMITTED BY PROF. DR. HURİYE KUBİLAY, PROF. DR. SAMİM ÜNAN AND ASSISTANT PROF. DR. ŞAFAK NARBAY	617
CHRONICLE OF CASE REVIEWS	641
SOME DECISIONS RENDERED BY THE COURT OF CASSATION PUBLISHED IN THE CASE REPORTS OF COURT OF CASSATION IN 2005 (No. 1-8)	643
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Head of Chair for Civil Procedural and Insolvency Law	
CHRONICLE OF LEGISLATION	665
THE LEGISLATION ENACTED DURING THE PERIOD BETWEEN 1.11.2004 AND 15.08.2005, AND THE NEW RULES, REGULATIONS AND SOLUTIONS INTRODUCED IN THE AREA OF CIVIL PROCEDURE AND INSOLVENCY LAW	667
E. Gökçe Karabel, Research Fellow, Yeditepe University Faculty of Law	



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), altı ayda bir yayınlanan hakemli bir dergidir.
2. Dergide yayınlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ve çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.
3. Dergimize yayınlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
4. Yazılar Microsoft Word (98 ve üzeri versiyonlar) programında yazılmalıdır.
5. Yazıların teknik formatı şu şekilde olmalıdır:
Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
Metin: Times New Roman, 12 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı
Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı
6. Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adını, ünvanını, çalıştığı kurumunu, açık adresini, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon ve faks numaralarını, e-posta adresini içerir bir bilgi kağıdı da teslim edilmelidir.
7. Her yazı, kaydedildiği bir diskette birlikte (ve başlığının İngilizce çevirisi de eklenmek suretiyle) A-4 boyutunda ve iki nüsha olarak teslim edilmelidir.
8. Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, disketteki biçimiyle “basılmaya hazır olarak” verildiği kabul edilir.
9. Yayın Kurulunda ilk değerlendirilmesi yapılan yazılar, hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, hakemden gelen rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine yada yayımlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda haberdar edilecektir.
10. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, yayın kurulunca, tekrar hakeme gönderilebilir.



KAMU HUKUKU



TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNUNDA YAPILMASI GEREKLİ DEĞİŞİKLİKLER

Prof. Dr. Nuray Ekşi

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

I. DEĞİŞİKLİK YAPILMASINI GEREKTİREN SEBEPLER

Türk Vatandaşlığı Kanununda (TVK¹), muhtelif tarihlerde yapılan değişikliklerde, aralarında bağlantı bulunan maddeler birlikte değerlendirilmemiştir. Bir maddede yapılan değişikliğin bununla bağlantılı diğer maddeler üzerindeki etkisi ele alınmamıştır. Bunun yanı sıra, yapılan son değişikliklere rağmen tıp alanındaki gelişmeler Kanuna yansıtılmamış; taşıyıcı anne-lik vb. konularda çocuğun vatandaşlığının nasıl düzenleneceği konusunda hüküm getirilmemiştir. Ayrıca, TVK'daki bazı maddelerde halen daha kadın erkek eşitliğine aykırı hükümler bulunmaktadır.

Türk Vatandaşlık Kanunu 22.4.1964 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra 1982 yılında idarî yargılama alanında yapılan yasal düzenlemeler dikkate alınarak bunlara paralel bir değişiklik de yapılmamıştır. Bu açıdan, vatandaşlıkla ilgili idarî kararlara ve işlemlere karşı yargı yolunu düzenleyen TVK'daki hükümlerle Bölge İdare mahkemeleri İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri

1 Kanun No: 403 Kabul Tarihi: 11 Şubat 1964 RG: 22.2.1964/11638; 5. Tertip Düstur, C. 3, s. 470.

Hakkında Kanun ile Danıştay Kanununda yer alan hükümler birbiriyle örtüşmemektedir.

TVK'daki bazı maddelerde, kavramların yanlış kullanılması; Kanunun ruhuyla bağdaşmayan maddelerin olması ve bazı maddeler arasındaki çelişkiler de Kanunda değişiklik yapılmasını gerektirmektedir.

Uygulamaya ışık tutmak ve yeni bir vatandaşlık kanununun hazırlıklarının sürdürüldüğü bir dönemde konuyla ilgili çalışmalara katkıda bulunmak amacıyla Türk Vatandaşlığı Kanununda yapılması gerekli olan değişikliklere ilişkin aşağıdaki önerilerin hazırlanmasının faydalı olacağını düşündük.

II. DEĞİŞİKLİK YAPILMASI GEREKLİ OLAN MADDELER

1) Türk Vatandaşlığı Kanununda, Türk vatandaşlığının kazanılmasında üç yol öngörülmüştür: Birincisi kanun yolu ile kazanma; ikincisi yetkili makam kararıyla kazanma ve üçüncüsü seçme yoluyla kazanma. Türk vatandaşlığının kazanılmasını düzenleyen birinci bölümde, "I. kanun yolu ile kazanma" başlığı yanlış anlamaya yol açacak bir ifade içermektedir. Çünkü Türk vatandaşlığının kazanılması ancak kanunda öngörülen şekilde mümkün olduğuna ve bütün kazanma halleri kanun ile düzenlendiğine göre "kanun yolu ile kazanma" başlığının kullanılmaması gerekirdi². Türk vatandaşlığının kazanılması yollarının hepsi kanun ile düzenlendiğine göre, bu kısmın başlığı "kişinin iradesi dışında Türk vatandaşlığının kazanılması" olmalıydı.

2) TVK'nın 1. maddesine göre, Türkiye içinde veya dışında Türk babadan olan ya da Türk anadan doğan çocuklar doğumlarından başlayarak Türk vatandaşdırlar. Bu maddede yer alan "Türk babadan olan" tabiri açık değildir. Çocuğun ana rahmine düştüğü anın mı yoksa çocuğun doğduğu anın mı esas alınacağı tereddüt uyandırmaktadır. Çünkü çocuğun ana rahmine düştüğü an ile doğumu arasındaki süreçte baba Türk vatandaşlığını kaybedebilir. Ya da tersine, çocuğun ana rahmine düştüğü anda babanın yabancı olması fakat doğumu anında Türk vatandaşlığını kazanması mümkün-

2 Ergin NOMER, Vatandaşlık Hukuku, 14. bası, İstanbul 2003, s. 52; Vahit DOĞAN, Türk Vatandaşlık Hukuku, 4. bası, Ankara 2004, s. 41.

dür³. Diğer bir ifadeyle, çocuğun babasına bağlı olarak, Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için, ana rahmine düştüğü anda mı yoksa doğduğu anda mı babasının Türk vatandaşı olması aranılacaktır hususunda TVK'nın 1. maddesine açıklık getirilmesi gerekir⁴.

3) Ayrıca, tüp bebek ve taşıyıcı annelik gibi tıptaki gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan vatandaşlık alanına ilişkin sorunlara TVK'nın hükümleri çerçevesinde çözüm bulmak mümkün değildir. Bu konularda yasal bir düzenlemenin yapılması gerekir.

4) TVK'nın 2. maddesine göre, yabancı anadan evlilik dışında doğan çocuk, nesebinin tashihi, babalığın hükümle tahakkuk etmesi, tanıma yollarından biriyle bir Türk vatandaşına nesep bağı (soy bağı) ile bağlanırsa doğumundan başlayarak Türk vatandaşı olur. TVK'nın 2. maddesinde, çocuğun yaşı üzerinde durulmamıştır. Acaba baba ile çocuk reşit olduktan sonra baba ile arasında nesep bağı kurulmuşsa bu durum vatandaşlık yönünden etkili olacak mıdır?⁵ Eğer, yabancı anadan Türk babadan evlilik dışında doğan ve baba ile nesep bağı kurulan kişiye reşit olmasına rağmen Türk vatandaşlığı 2. maddeye göre verilirse "vatandaşlık kişiye zorla yükletilmemelidir" prensibi ihlâl edilmiş olacaktır. Bu açıdan NOMER'in de ifade ettiği gibi⁶, 2. maddedeki hüküm, çocuğun reşit olmasına kadar olan süreci kapsayacak şekilde düzenlenmeliydi.

5) TVK'da prensip olarak Türk vatandaşlığının kazanılması kan esasına bağlanmışken vatansızlığı önlemek amacıyla 4. maddesinde, toprak ya da ülkesellik esasına da yer verilmiştir. Bu maddeye göre, Türkiye'de doğan ve vatandaşlığını ana ve babasından doğumla kazanamayan çocuklar doğumlarından başlayarak Türk vatandaşlarıdır. Türkiye'de bulunmuş çocuklar, aksi sabit olmadıkça, Türkiye'de doğmuş sayılırlar. Türkiye'de bulunan çocukların Türkiye'de doğmuş sayılacaklarına ilişkin karinenin aksi her türlü delille ispatlanabilir. Türk vatandaşlığının kazanılmasını temin eden bu karinenin aksini ispat için bir sürenin tayin edilmemesini NOMER haklı olarak eleştirmektedir. NOMER'e göre, aslî vatandaşlığın kazanılmasında-

3 NOMER, 54-55.

4 Konuyla ilgili çözüm önerileri için bkz. NOMER, 55.

5 NOMER, 57-58.

6 NOMER, 58.

ki istikrar zarureti dikkate alınarak, karinenin aksini ispatlamayı, makûl ve icaplara uygun düşecek bir süre ile sınırlamak gerekir.

6) TVK'nın 5. maddesinin I. fıkrasına göre, bir Türk vatandaşı ile evlenme, kendiliğinden Türk vatandaşlığını bahşetmez. Ancak, bir Türk vatandaşı ile evlenme nedeniyle Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılar, en az üç yıldan beri evli olmaları, fiilen birlikte yaşamaları ve evliliğin devamı kaydıyla, yurt içinde en büyük mülki idare amirliklerine, yurt dışında ise Türk konsolosluklarına yazılı olarak başvuruda bulunabilirler. Başvuru üzerine İçişleri Bakanlığınca yapılacak inceleme ve soruşturma sonucunda, aranan şartları taşıdıkları anlaşılan kişiler, bu durumun tespitine ilişkin karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanırlar.

Bu madde uyarınca, bir yabancıнын evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanabilmesi, başvuru yapmasına ve yapılan başvuru üzerine kanunda aranan şartların gerçekleştiğinin İçişleri Bakanlığı tarafından tespit edilmesine bağlıdır. O halde, 5. maddenin I. fıkrası içeriği itibariyle, kişinin iradesi dışında kanun gereği kendiliğinden Türk vatandaşlığının kazanılmasını düzenleyen "I". başlık altında yer almamalıydı.

7) TVK'nın 6. maddesinde yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının genel olarak kazanılmasına ilişkin şartlar düzenlenmiştir. Bu maddenin (a) bendinde Türk vatandaşlığına alınmak için başvuran kişi, "kendi millî kanununa, vatansız ise Türk kanununa göre reşit olmalıdır". Reşit olmak (erginlik) ile kastedilen, kişinin fiil ehliyetine sahip olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, kişinin reşit olmasının yanı sıra temyiz kudretine (ayırt etme gücüne) sahip olması da gerekir. Ancak TVK'nın 6. maddesinin (a) bendinde, sanki sadece reşit olmak Türk vatandaşlığının yetkili makam kararı ile kazanılması için yeterli kabul edilmiş gibi bir izlenim verilmiştir. Bu açıdan Kanunun 6. maddesinin (a) bendinin yeniden kaleme alınması ve bu bendeki "reşit olmak" ifadesi yerine "fiil ehliyetine sahip olmak" ifadesinin konulması gerekir.

8) Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması TVK'nın 5. maddesi ile düzenlenmiştir. Yabancılar, Türkiye'de oturmak ve çalışmak için tabi oldukları bürokratik düzenlemeden kurtulmak için evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanıyorlardı. Muvazaalı evliliklere yol açan bir düzenleme getirmesi sebebiyle TVK'nın 5. maddesi 4866 sayılı ve 4.6.2003

tarihli kanun⁷ ile değiştirilmiş ve Türk vatandaşlığını evlenme yoluyla kazanmanın şartları ağırlaştırılmıştır.

Bu maddeye rağmen, TVK'nın 7. maddesinin (b) bendinde de yine Türk vatandaşlığının yetkili makam kararıyla istisnai yoldan kazanılmasına ilişkin ayrı bir hüküm yer almaktadır. TVK'nın 7. maddesinin (b) bendine göre, Türkiye'de 5 yıl ikamet etme ve yerleşme niyeti aranmaksızın bir Türk vatandaşı ile evli olan yabancılar ile bunların reşit çocukları, istekleri üzerine, İçişleri Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla Türk vatandaşlığına alınabilirler. Türk vatandaşı ile evli olmak istisnai yoldan Türk vatandaşlığının kolayca kazanılmasına imkân sağlamaktadır. TVK'nın 5. maddesi bir Türk ile evli olanların Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuru yapmadan önce en az üç yıl süreyle birlikte yaşama, başvuru anında fiilen beraber olma ve evliliğin devamı şartlarını ararken 7. maddenin (b) bendinde bu şartlara yer verilmemiştir. TVK'nın 5. maddesinde değişiklik yapılırken 7. maddenin (b) bendi de dikkate alınmalıydı. Aynı konuda iki ayrı düzenlemeye yer verilmesi doğru değildir. Bir yandan evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin şartlar sınırlandırılırken diğer yandan kanunda yer alan esnek hükümlere dokunulmaması yerinde değildir. Bu sebeple 5. madde ile 7. maddenin (b) bendi birlikte değerlendirilerek tek hüküm halinde yeniden düzenlenmelidir.

9) Üstelik, TVK'nın 5. maddesi ile Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılması zorlaştırılmasına karşın 7. maddenin (ç) bendinde, bir Türk vatandaşı ile evlenme kararıyla Türkiye'de yerleşmiş olan yabancıların, istekleri üzerine, İçişleri Bakanlığının ve Bakanlar Kurulu kararıyla Türk vatandaşlığına alınabilecekleri öngörülmüştür. Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması zorlaştırılırken birlikte yaşamaya evlenmeden daha güçlü bir sonuç bağlamak bir çelişki olarak ortaya çıkmaktadır. Bu çelişkinin giderilmesi ve 5. madde ile 7. maddenin (b) ve (ç) bentlerinin birlikte değerlendirilerek yeniden düzenlenmesi gerekir.

10) TVK'nın 5. maddesinde 2003 yılında 4866 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, mülga metinde yer alan "Türk vatandaşı ile evlenen yabancı kadın" ifadesi kaldırılmıştır. Türk vatandaşı ile evlenen yabancı, ister kadın olsun isterse erkek olsun 5. maddede sayılan şartlarla Türk vatandaşlığına

7 RG 12.6.2003/25136.

ğını kazanabilecektir. TVK'nın 5. maddesine bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanan kişinin bu evlenmeden önceki küçük çocuklarının hangi şartlar altında Türk vatandaşlığını kazanacakları 14. maddede düzenlenmiştir. TVK'nın 14. maddesinde 4866 sayılı Kanun ile herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu maddede 2003 yılında yapılan değişiklikten önceki metne uygun olarak "kadın" ifadesi halen daha yer almaktadır. TVK'nın 14. maddesine göre, evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan kadının, bu evlenmeden önceki küçük çocukları, babanın ölmüş bulunması, babanın belli olmaması, babanın vatansız bulunması, çocuğun vatansız olması, velâyetin anada bulunması hallerinde analarına bağlı olarak Türk vatandaşı olurlar. Aslında bu maddede yer alan "kadın" kelimesi "yabancı" olarak düzeltilmelidir. Aksi halde 5. maddenin kapsamı ile 14. maddenin kapsamı arasındaki bu farklılık kadın erkek eşitliğini sağlayan 5. madde ile tezat oluşturacaktır. TVK'nın 5. maddesi evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan yabancı erkek veya kadını düzenlerken bu maddeye bağlı olarak uygulama alanı bulan 14. madde sadece Türk vatandaşı erkekle evlenen yabancı kadının bu evlilikten önceki küçük çocuklarının durumunu düzenlemektedir. Buna karşın Türk vatandaşı kadınla evlenen yabancı erkeklerin bu evlilikten önceki küçük çocuklarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemektedir.

11) TVK'nın 24. maddesinde, Türk vatandaşlığına alınma kararının iptali düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, vatandaşlığa alınma, ilgilinin yalan beyanı veya önemli hususlar gizlemesi sonucu vukubulmuş ise, vatandaşlığa alınma kararı Bakanlar Kurulunca iptal edilir. İlgilinin Türk vatandaşlığına alınmasından başlayarak beş yıl geçtikten sonra iptal kararı verilemez.

Türk vatandaşlığına alınma kararının iptal edilmesinin sonuçlarını düzenleyen 33. maddenin II. fıkrasına göre, iptal kararının hükümleri geriye yürümez. İptal, hukukî işlemin yapıldığı andan itibaren geçersiz kılınması sonucunu doğurur. Dolayısıyla Kanunun 24. maddesinde kullanılan "iptal" kavramı yerinde değildir. Burada sözü edilen Bakanlar Kurulu tarafından Türk vatandaşlığına alınma işleminin feshedilmesidir. TVK'da kullanılan kavramların diğer hukuk alanları ile bağdaşması ve terim birliğinin sağlanması gerekir. Bu açıdan 24 ve buna bağlı olarak 33. maddede yer alan "iptal" kelimeleri yerine "fesih" konulmalıdır.

12) Türk vatandaşlığına yetkili makam kararı ile alınmanın eş bakımından sonuçları 15. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, vatandaş-

liğa alınma eşin vatandaşlığına tesir etmez, ancak, vatansız kadın, kocasına bağlı olarak Türk vatandaşı olur. Bu maddede yer alan “vatansız olan kadın” ifadesi “vatansız olan eş” ifadesi ile değiştirilmelidir. Amaç vatansızlığı önlemek olduğuna göre, vatansız olan kişinin kadın ya da erkek olması arasında bir ayırım gözetilmemelidir. Ayrıca, madde bu haliyle kadın erkek eşitliğine de aykırıdır.

13) TVK’da 13.2.1981 tarihinde 2383 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle ilk defa çifte vatandaşlık kabul edilmiştir. TVK’nın 22. maddesinin III. fıkrasına göre, başka bir Devletin vatandaşlığını kazanan kişinin Türk vatandaşlığını muhafaza edebilmesi için İçişleri Bakanlığından izin belgesi alması gerekir. Kanun bir yandan çifte vatandaşlığı kabul ederken diğer yandan 19. maddesinde yer alan düzenleme ile adeta çifte vatandaşlığı reddeden bir tutum takınmıştır. Türk vatandaşlığının kanun yolu ile kaybı başlığı altında düzenleme getiren TVK’nın 19. maddesine göre, yabancı ile evlenen Türk kadını kocasının millî kanunu evlenme sebebi ile kocanın vatandaşlığını kadına bahşettiği ve kadın kocasının vatandaşlığını seçtiğini 42. maddede gösterilen şekilde bildirdiği takdirde, Türk vatandaşlığını kaybeder. Kadın kocasının vatandaşlığını belirli şartların gerçekleşmesi ile kazanıyorsa, Türk vatandaşlığı o tarihte kaybedilir.

Bu maddede yer alan, “yabancı ile evlenen Türk kadını kocasının millî kanunu evlenme sebebi ile kocanın vatandaşlığını kadına bahşettiği ve kadın kocasının vatandaşlığını seçtiğini bildirdiği takdirde Türk vatandaşlığını kaybeder” şeklindeki ifadeye kadının Türk vatandaşlığından çıkma talebinin olması halinde Türk vatandaşlığını yitireceği eklenmelidir. Ya da zaten Türk vatandaşlığından çıkma TVK’nın 20-23. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Eğer yabancı ile evlenen Türk kadını, kocasının vatandaşlığını kazandıktan sonra Türk vatandaşlığından çıkmak isterse bunu 20-23. maddeler çerçevesinde gerçekleştirebilir. Yabancı ile evlenen Türk kadınının böyle bir talebi yoksa o zaman Türk vatandaşlığını kaybetmesi değil çifte vatandaşlık durumu söz konusu olacağından Türk vatandaşlığını muhafaza etmek için izin alınması gerekir. Eğer bu izni almaz ise o zaman zaten 25. maddenin (a) bendinde belirtilen şartlarla Türk vatandaşlığını kaybetmesine Bakanlar Kurulu karar verebilecektir. Ancak yabancı ile evlenen kadının herhangi bir talebi olmamasına rağmen, sadece yabancı ile evlenip çifte vatandaşlık kazandı diye Türk vatandaşlığını yitirmesi TVK’nın ruhuna yakındır. Kanun koyucu, 1981 yılında 2383 sayılı Kanun ile TVK’da yapılan değişiklikle çifte vatan-

daşlığı kabul ederken 19. maddede de bir düzenleme yapmalıydı. Kanaatimizce, TVK'nın 20-23. maddeleri ile çifte vatandaşlığı düzenleyen 22/III. karşısında 19. maddenin yürürlükten kaldırılması gerekir.

14) Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığına alınmanın küçük çocuklar açısından sonuçları TVK'nın 16. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede, vatandaşlığa alınmanın çocuklar açısından sonuçları ana ve baba yönünden farklı şekilde düzenlenmiştir. Küçük çocuklar, Türk vatandaşlığına alınan babalarına bağlı olarak Türk vatandaşı olması herhangi bir şarta bağlanmamıştır. TVK'nın 16. maddesinin I. fıkrasına göre, küçük çocuklar Türk vatandaşlığına alınan babalarına bağlı olarak Türk vatandaşı olurlar. Buna karşın, Türk vatandaşlığına alınan kadının küçük çocuklarının analarına bağlı olarak Türk vatandaşı olabilmeleri için bazı şartlar aranmıştır. Bu şartlardan herhangi biri gerçekleşmeden çocukların analarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanmaları mümkün değildir. Türk vatandaşlığına alınan kadının küçük çocukları babanın ölmüş bulunması, babanın belli olmaması, babanın vatansız olması, çocuğun vatansız olması, velâyetin anada bulunması hallerinde çocuğun millî kanunu engel olmadığı takdirde analarına bağlı olarak Türk vatandaşı olurlar.

TVK'nın 16. maddesi kadın erkek eşitliğine aykırıdır. Bu açıdan çocuğun ana ya da babasına bağlı olarak vatandaşlık kazanması aynı şartlara tabi kılınmalıdır.

15) Ayrıca, TVK'nın 16. maddesinin son cümlesinde, çocuğun anasına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için çocuğun millî kanunu engel olmaması da aranılmıştır. TVK'nın 16/son c. maksadını aşan bir ifade içermektedir. Bu cümle, sanki çocuğun millî kanunu, Türk vatandaşlığının kazanılmasını yasaklayıcı bir hüküm içerebilir gibi kalem alınmıştır. Oysa, bu mümkün değildir. Her devlet, egemenliğinin bir simgesi olarak, kimlerin kendi vatandaşı sayılacağını kendi kanunları ile düzenler. Hiçbir devlet diğer bir devletin vatandaşlarını belirleme yetkisine sahip değildir. Bu açıdan çocuğun millî kanununun Türk vatandaşlığının kazanılmasını yasaklayan bir kural öngörmesi söz konusu değildir. TVK'nın 16. maddesinin son cümlesi ile çocuğun millî kanununun, çocuğun Türk vatandaşlığını tanınması kastedilmiştir⁸. Bu sebeple, TVK 16/son cümle "çocuğun Türk va-

8 NOMER, 66.

tandaşlığını kazanmasını millî kanunu tanıdığı takdirde analarına bağlı olarak Türk vatandaşı olurlar” şeklinde değiştirilmesi gerekir.

Ayrıca, 16. maddenin son cümlesinde yer alan “çocuğun millî kanunu” ifadesi ile çocuğun vatandaşı olduğu devletin vatandaşlık kanunu kasdedilmektedir.

16) TVK'nın 25. maddesinin (ç) bendine göre, yurt dışında bulunup da muvazzaf askerlik görevini yapmak veya Türkiye'de savaş ilânı üzerine, yurt dışında bulunup da yurt savunmasına katılmak için yetkili kılınmış makamlar tarafından usulen yapılacak çağrıya mazeretsiz olarak üç ay içinde uymayanların Türk vatandaşlığını kaybetmelerine Bakanlar Kurulu karar verebilir. Usulüne uygun çağrının ne şekilde yapılacağı konusunda 403 sayılı Kanunda bir hüküm yoktur. Bununla beraber, Kanunun uygulanmasına ilişkin Yönetmeliğin 36. maddesinin (ç) bendinde elçilikler, konsolosluklar veya Hükümetçe yetkili kılınmış diğer makamlar tarafından “usulen yapılacak çağrının Türk kanunları ile ilgilinin oturduğu yabancı memleket mevzuatının tespit ettiği şekillerde” olmasından söz edilmiştir. Uygulamada, ilgilinin yurt dışındaki adresinin bilinip bilinmemesi arasında bir ayırım yapılmaksızın askerlik çağrıları Resmi Gazete'de verilen ilânlarla yapılmaktadır⁹. Askerliğe bağlı sebeplerle vatandaşlığın kaybı 25. maddenin (ç) bendinde düzenlenen ve mutlaka usulüne uygun bir çağrının yapılması şartına bağlanan bir yaptırımdır. Ayrıca yurt dışında yaşayan bir kişiye milletlerarası tebligat usullerine göre tebligat yapılması imkânı varken bu imkân kullanılmaksızın Resmî Gazete'de ilân verilmesi kaybettirmeye ilişkin idarî işlemlerde keyfiliğe yol açabilir¹⁰. TVK'nın 25. maddesinin (ç) bendi kapsamında verilen Türk vatandaşlığını kaybettirme kararlarının iptali için çok sayıda dava açılmıştır¹¹. Bu davalarda en çok askerlik çağrılarının şekli tartışılmıştır. Uygulamadaki tereddütleri ve Danıştay kararlarındaki farklılıkları gidermek için 25. maddenin (ç) bendine, yurt dışında bulunan bir kişiye as-

9 Ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray EKŞİ, Danıştay Kararlarında Vatandaşlık Kanununun 25(ç) Bendi Sebebiyle Türk Vatandaşlığının Kaybı, LIX(2001)1-2 İHFM, s. 344; Nuray EKŞİ, Askerliğin Vatandaşlık Üzerindeki Etkisi ve Özellikle Çifte Vatandaşlığa Sahip Kişilerin Askerlik Yükümlülüğü, 2. bası, İstanbul 2005, s. 21.

10 EKŞİ, Danıştay Kararlarında Vatandaşlık Kanununun 25(ç) Bendi, 350.

11 Davalar için bkz. EKŞİ, Danıştay Kararlarında Vatandaşlık Kanununun 25(ç) Bendi, 339 vd..

kerlik çağrısının nasıl tebliğ edileceğine ilişkin açık bir hüküm eklenmesi yararlı olacaktır. Bu hükümde, yurt dışında bulunan kişilere askerlik çağrılarının Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalar ve antlaşma olmaması halinde Tebligat Kanunu ile Tebligat Tüzüğü hükümlerine göre yapılması gerektiği belirtilmelidir.

17) Türk vatandaşlığının seçme yoluyla kaybını düzenleyen 27. maddenin I. fıkrasında "aşağıdaki Türk vatandaşları reşit olmalarından başlayarak iki yıl içinde Türk vatandaşlığından ayrılabilirler" ifadesine yer verilmiştir. Burada yer alan "reşit" kelimesinin "fiil ehliyeti" şeklinde değiştirilmesi gerekir.

18) Türk vatandaşlığının seçme yoluyla kazanılmasını düzenleyen 27. maddenin (a) bendi ise kadın erkek eşitliğine aykırı bir düzenleme içermektedir. Bu bende göre, analarına bağlı olarak doğumla Türk vatandaşı oldukları halde doğumla veya sonradan yabancı babalarının vatandaşlığını kazananlar reşit olmalarından başlayarak iki yıl içinde Türk vatandaşlığından ayrılabilirler. Aynı sonuç, babalarına bağlı olarak Türk vatandaşı oldukları halde sonradan yabancı analarının vatandaşlığını kazananlar açısından öngörülmemiştir. Hüküm, bu içeriği itibariyle kadın erkek eşitliğine aykırıdır.

19) TVK'nın 28. maddesi ile 5. maddesi arasında uyum sağlanmamıştır. 4866 sayılı Kanun ile 5. maddede değişiklik yapılırken 28. maddenin de gözden geçirilmesi gerekirdi. Oysa, 5. maddede değişiklik yapılmış olmasına rağmen bu değişiklik sırasında 28. madde dikkate alınmamıştır. TVK'nın 28. maddesine göre, 5. madde uyarınca evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan kadınlar evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yıl içinde evlenmeden önce sahip oldukları devlet vatandaşlığını muhafaza ettikleri veya bu vatandaşlığa dönebildikleri takdirde Türk vatandaşlığından ayrılabilirler. TVK'nın 28. maddesinde, evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan "kadınlar"dan söz edilmiştir. Hâlbuki 4866 sayılı Kanun ile 5. maddeye yapılan değişiklikle, yabancı erkeklerin de evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasına imkân tanınmıştır. TVK'nın 28. maddesi aynen korunmuş ve bu maddede herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Hal böyle olunca, 5. madde yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan kişiler açısından Türk vatandaşlığının kaybını düzenleyen 28. madde metninin aynen muhafaza edilmesi sebebiyle bir eksiklik ortaya çıkmıştır. Bu sebeple, 28. maddede belirtilen "Türk vatandaşlığını kazanan kadınlar" ifadesinin çıkarılarak yerine

“Türk vatandaşlığını kazanalar” ifadesinin konulması gerekir.

20) TVK'nın 28. maddesine göre, 5. madde uyarınca evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan kadınlar evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yıl içinde evlenmeden önce sahip oldukları devlet vatandaşlığını muhafaza ettikleri veya bu vatandaşlığa dönebildikleri takdirde Türk vatandaşlığından ayrılabilirler. Bu maddede Türk vatandaşlığından ayrılan kadının vatansız kalmasını önlemek için “evlenmeden önce sahip oldukları devlet vatandaşlığını muhafaza ettikleri veya bu vatandaşlığa dönebilmeleri” şartıyla Türk vatandaşlığından ayrılmalarına izin verilmiştir. Amaç vatansızlığı önlemektir. Bu amaç göz önünde bulundurulduğunda kadının hangi devletin vatandaşlığını kazandığına bakılmaması gerekirdi. Oysa, Kanun, kadının evlenmeden önceki vatandaşlığını muhafaza etmesini veya bu vatandaşlığa dönmelerini aramıştır. Böyle bir sınırlamanın getirilmesinin herhangi bir faydası da bulunmamaktadır. Bu sebeple, kadının herhangi bir devletin vatandaşlığını kazanması Türk vatandaşlığından ayrılması için yeterli olarak kabul edilmeliydi.

21) TVK'da vatandaşlıkla ilgili olarak alınan kararlara karşı yargı yolu ayrı bir hükümle düzenlenmiştir. Türk vatandaşlığı hakkında idarî makamlarca her ne şekilde olursa olsun verilen kararlar aleyhine Danıştay'a başvurulabilir (TVK md. 40). Bu hükmün yanı sıra bir kişinin Türk vatandaşlığı ile ilgili olarak tereddüde düşülürse hangi makama başvurulacağı da düzenlenmiştir. TVK'nın 39. maddesinde, bir kimsenin Türk vatandaşı olup olmadığı hakkında Türk makamlarınca tereddüde düşüldüğü takdirde bu hususun İçişleri Bakanlığında sorulması öngörülmüştür. İdarî makamlar dışında adlî makamlar da bir kişinin Türk vatandaşı olup olmadığı hususunda tereddüt edebilirler. TVK'nın 41. maddesine göre, Danıştay dışında herhangi bir Türk yargı organı önünde bir kimsenin Türk vatandaşı olup olmadığı iddia edilir veya ilgili organ tarafından tereddüde düşülürse bu husus İçişleri Bakanlığında sorulur. İçişleri Bakanlığı en geç bir ay içinde kararını bildirir. İçişleri Bakanlığınca verilen kararın dâvaya bakmakta olan mahkemeye taraflara tebliğinden başlayarak bir ay içinde ilgililerce Danıştay'a başvurulmadığı takdirde Bakanlık kararı kesinleşir. II. fıkrada, belirtilen şekilde Danıştay'a başvurulursa, bakılmakta olan dâva, karara kadar durdurulur. Sözü edilen fıkra gereğince yapılan müracaatları Danıştay üç ay içinde kesin olarak karara bağlar.

TVK'nın 40. maddesinde sadece Danıştay'a başvurulabileceğinden söz edilmiştir. Bu maddede, 403 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra muhtelif tarihlerde yapılan değişikliklerle vatandaşlık konusunda İçişleri Bakanlığına verilen yetkiler göz ardı edilmiştir.

Türk vatandaşlığının kazanılması ve kaybı ile ilgili konularda kurucu (ihdasî) karar alma yetkisi Bakanlar Kuruluna verilmiştir. Örneğin, Türk vatandaşlığını başvurunun kabulü veya reddi (TVK md. 6-7-8), Türk vatandaşlığına alınma kararının iptali (TVK md. 24), kaybettirme (TVK md. 25), Türk vatandaşlığından çıkarma (TVK md. 26). Bakanlar Kurulu'nun dışında, belirli maddelerde, İçişleri Bakanlığına bazı konularda yekî yetki verilmiştir. Diğer bir ifadeyle, Türk vatandaşlığı ile ilgili olarak İçişleri Bakanlığı da bazı işlemler yapmaktadır. Bu işlemlerin de dava konusu olması mümkündür.

TVK'nın 5. maddesinde Türk vatandaşları ile evlenen yabancıların Türk vatandaşlığını kazanmak için yapacakları başvuru üzerine İçişleri Bakanlığınca yapılacak inceleme ve soruşturma sonucunda, aranan şartları taşıdıkları anlaşılan kişiler, bu durumun tespitine ilişkin karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanırlar. Türk vatandaşlığına alınmada usulü düzenleyen 11. maddesine göre, Türk vatandaşlığına alınma başvurusu ilgilinin oturduğu yerin en büyük mülki idare amirinin, yabancı ülkelerde Türk konsolosluklarına bir dilekçe ile yapılır. Bu makamlarca hazırlattırılacak dosya, gereği yapılmak üzere İçişleri Bakanlığına gönderilir. Vatandaşlığa alınma dileğinde bulunan kişi hakkında, bu Kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelikle tespit edilecek esaslara göre soruşturma yapılarak gerekli şartların bulunup bulunmadığı araştırılır. Durumları uygun görülenlerin vatandaşlığa kabulü için Başbakanlığa teklifte bulunulur; uygun görülmeyenlerin başvuruları, İçişleri Bakanlığınca reddedilir. Türk vatandaşlığından çıkmayı düzenleyen 4866 sayılı ve 4.6.2003 tarihli kanun ile değişik 20. maddede çıkma izninin İçişleri Bakanlığı tarafından verilmesi öngörülmüştür. Yabancı bir devlet vatandaşlığının yanı sıra Türk vatandaşlığını da muhafaza etmek isteyenlere İçişleri Bakanlığınca izin belgesi verilebilir (TVK md. 22/III). Bu hükümlerin yanı sıra TVK'nın 39 ve 41. maddelerinde de İçişleri Bakanlığına karar alma yetkisi tanınmıştır.

Bakanlar Kurulu tarafından vatandaşlıkla ilgili olarak alınan kararlara karşı Danıştay'a başvurulacağında tereddüt yoktur. Nitekim Danıştay Kanu-

nu'nun 2.6.2000 tarihli ve 4575 sayılı Kanun ile değişik 24. maddesinde ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davalar sıralanmıştır. Bu maddenin 1(a) bendine göre, Danıştay ilk derece mahkemesi olarak Bakanlar Kurulu kararlarına karşı açılacak iptal ve tam yargı davalarını karara bağlar. Danıştay Kanununun 24. maddesinin 1(c) bendinde, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakanlıkların düzenleyici işlemlerine karşı açılacak iptal ve tam yargı davalarını da karara bağlayacağı öngörülmüştür. Ancak dikkat edilirse burada bakanlıkların işlemelerine karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da dava açılabilmesi için işlemin "düzenleyici" nitelikte olması gerekir. 403 sayılı Kanunda İçişleri Bakanlığı tarafından alınan ihzarî kararlara karşı Danıştay'a gidilemeyecektir. Bu kararlara karşı idare mahkemelerinde dava açılacaktır.

AYBAY, TVK'nın 40. maddesinin, 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki kanun hükümleri çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹². Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı davalar Danıştay Kanununun 24. maddesinde belirlendiğine göre, bunlar dışında kalan davalar idare mahkemelerinde görülecektir. Bununla birlikte, Bakanlar kurulu tarafından verilen vatandaşlığa alınma istemlerinin reddi (TVK md. 6-8), Türk vatandaşlığına alınma kararının iptali (TVK md. 24), kaybettirme (TVK md. 25) ve çıkarma (TVK md. 26) kararlarına karşı yine Danıştay ilk derece mahkemesi olarak bakacaktır. Buna karşın TVK'nın 5, 11, 39 ve 41. maddelerinde olduğu gibi bazı maddelerde İçişleri Bakanlığı tarafından yapılacak işlemlerle ilgili olarak açılacak davalar idare mahkemelerinde görülecektir¹³.

DOĞAN/ODABAŞI'na göre, TVK'nın 40. maddesinde yer alan "Danıştay" kelimesinin "idarî yargı" olarak düzeltilmesi daha isabetli olacaktır¹⁴. Çünkü mevcut yasal düzenlemeler karşısında "vatandaşlık hukuku alanında, Bakanlar Kurulu tarafından alınacak kararlara karşı açılacak davalarda Danıştay ilk derece mahkemesi olarak görev yapacaktır. Ancak, İçişleri

12 Rona AYBAY, Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2004, s. 290.

13 AYBAY, 290-291.

14 Vahit DOĞAN/Hasan ODABAŞI, Yargı Kararları Işığında Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku, Ankara 2004, s. 220.

Bakanlığınca alınacak ihzarî nitelikli kararlara karşı açılacak davalarda Danıştay ilk derece mahkemesi olarak görev yapamayacak, idare mahkemeleri bu davalara bakacaktır"¹⁵. Danıştay da muhtelif tarihlerde verdiği kararlarında aynı sonuca varmıştır¹⁶.

ÖZDEN, 2576 sayılı Kanunun 5. maddesinde, özel kanunlarda, Danıştay'ın görevli olduğu belirtilen davalarda idare mahkemelerinin görevli kılındığını; 2576 sayılı Kanun ile Danıştay'ın idarî yargılamada tek mahkeme olmaktan çıkarıldığını; 2576 sayılı Kanunun 5. maddesindeki "özel kanun" ifadesiyle 2576 sayılı Kanundan önce yürürlükte bulunan kanunların kastedildiğini; bu kanunlar arasında TVK'nın da yer aldığını; bu sebeple 1964 yılında yürürlüğe giren TVK'da yer alan ve Danıştay'ı görevli kılan maddelerin yeniden değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁷. ÖZDEN'e göre, İçişleri Bakanlığı tarafından verilen kararlara karşı açılan davalar Danıştay Kanununun 24. maddesinin kapsamı dışında kaldığından TVK'nın 40. ve 41. maddelerindeki "Danıştay"ı "idare mahkemeleri" olarak algılamak gerekir¹⁸.

Kanaatimizce, TVK'nın 41. maddesi İçişleri Bakanlığı tarafından vatandaşlıkla ilgili olarak verilen idarî kararlara karşı idare mahkemelerine başvurulmasının istisnasını oluşturmaktadır. TVK'nın 41. maddesinde, Danıştay dışı yargı organlarının kişinin Türk vatandaşı olup olmadığı konusunda tereddüt etmeleri halinde bu hususun İçişleri Bakanlığında sorulması öngörülmüştür. Bu maddeye göre, Danıştay dışında herhangi bir Türk yargı organı önünde bir kimsenin Türk vatandaşı olup olmadığı iddia edilir veya ilgili organ tarafından tereddüde düşülürse bu husus İçişleri Bakanlığında sorulur. İçişleri Bakanlığı en geç bir ay içinde kararını bildirir. İçişleri Bakanlığınca verilen kararın davaya bakmakta olan mahkeme tarafından taraflara tebliğinden başlayarak bir ay içinde ilgililerce Danıştay'a başvurulmadığı takdirde Bakanlık kararı kesinleşir. Belirtilen şekilde Danıştay'a başvuru

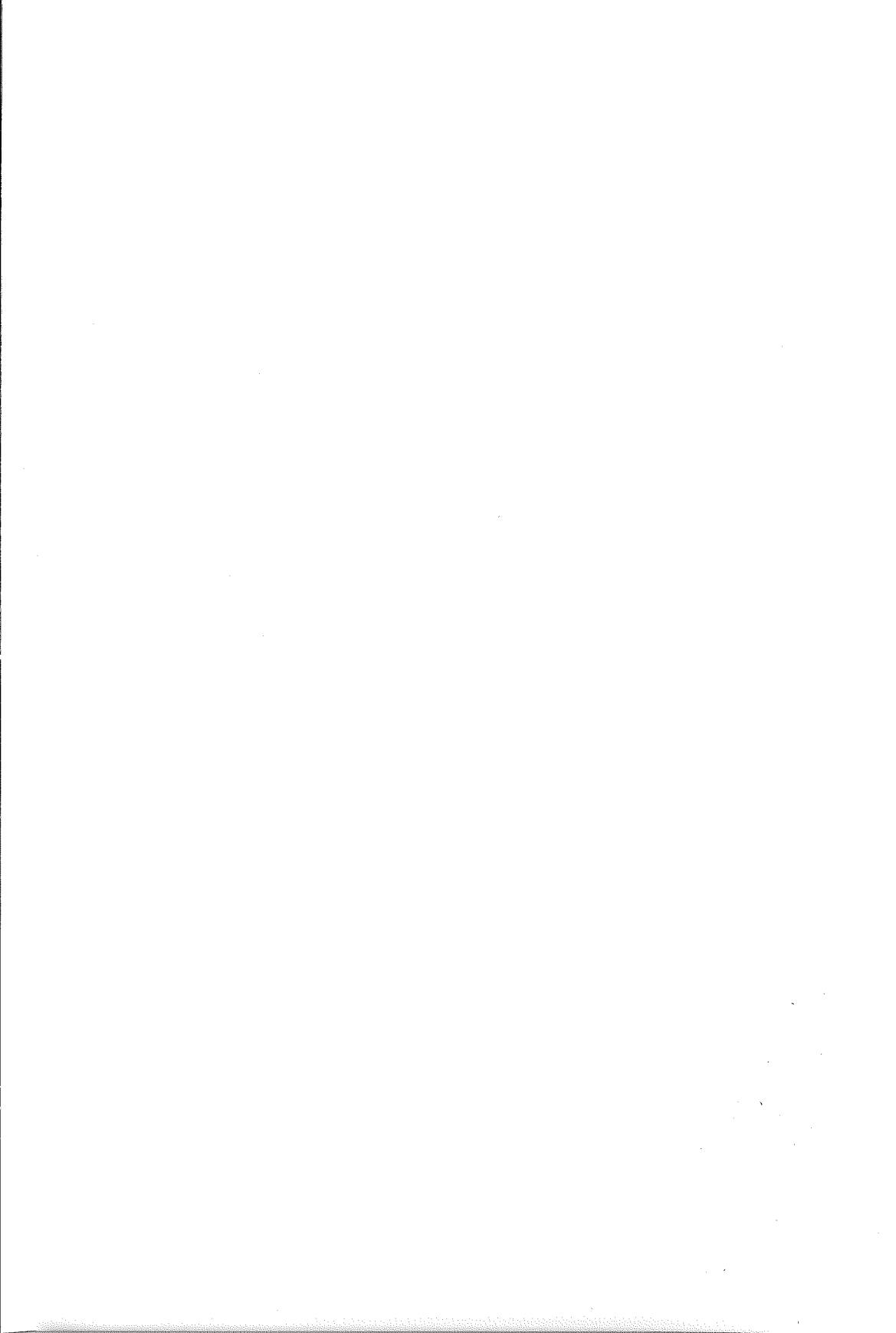
15 DOĞAN, 180-181; DOĞAN/OBAŞI, 220.

16 Kararlar için bkz. DOĞAN/ODABAŞI, 220-225.

17 Bülent ÖZDEN, Vatandaşlık Hakkında Verilen Kararların Yargısal Denetimi ve 2576 Sayılı Yasanın 403 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 40. ve 41. Maddelerine Etkisi, 69(1995)4-6 İBD, 308-310.

18 ÖZDEN, 308-310. ÖZDEN tarafından önerilen TVK'nın 40. ve 41. maddelerine ilişkin metinler için bkz. ÖZDEN, 311.

rulursa, bakılmakta olan dâva, karara kadar durdurulur. Sözü edilen fıkra gereğince yapılan müracaatları Danıştay üç ay içinde kesin olarak karara bağlar. Dikkat edilirse bu madde özel bir düzenleme getirmektedir. Maddenin özelliği sebebiyle, İYUK ve Danıştay Kanunu ile bu maddenin değiştirildiğini iddia etmek mümkün gözükmemektedir.



**ADAPTING NATIONAL GOVERNANCE TO
EUROPEAN UNION GOVERNANCE:
THE NEED TO THINK BEYOND THE FORMAL
ACCESSION REQUIREMENTS**

Jörg Monar

Sussex European Institute

University of Sussex

The previous round of enlargement has shown that candidate countries tend to place the main focus in their preparations for accession on fulfilling the Copenhagen criteria and the adoption and timely implementation of the EU legal acquis. This is perfectly understandable – and, of course, even necessary, as adopting and being able to implement these formal criteria constitutes the crucial test which the candidates have to pass from the EU perspective in order to prove that they are able to assume the obligations of membership.

This process of alignment to the EU acquis generates important Europeanization effects, not only on the legislation, but also on national policies and policy-implementation right down to structural changes to national administrations in order to ensure implementation capabilities. In the last round of enlargement the EU has placed a greater emphasis on implementation capability than ever before, so that the Europeanization pressure on national administrative structures is likely to continue to be high also in the case of the current candidates, potentially even to increase further.

Europeanization of national laws, policies and administrative organi-

sation under the adaptative pressure of the accession process is surely a governance challenge in its own right for the candidate countries. Yet the Europeanization process of national governance does obviously not stop with that but also extends – as Simon Bulmer and Claudio Radaelli have indicated – to policy paradigms, styles, ways of doing things and shared beliefs and norms.¹ All these are also important elements of national governance systems, and in a perspective of accession Europeanization can be regarded as a process of integration of the candidate countries' system of governance. In order to avoid a "misfit" between EU and national governance systems after accession a host of other elements of national governance must not only prepare for and adapt to the requirements of the *acquis* but also to some fundamental characteristics of the EU system of governance which are not formalised accession requirements and are not checked upon by Commission "progress reports". Precisely because of that they sometimes tend to be neglected by governments of accession countries, and this neglect can cause serious Europeanization deficits in the national governance systems for which the candidates (and often also the EU) may have to pay a hefty price later. In the following we will identify some of those characteristics and elaborate why they should be part of any Europeanization strategy of candidate countries already during the accession preparations.

1. Adapting to the political nature of the European construction

The EU governance system is more than a system of codified rules and institutions which produces a number of sectoral policies which are then implemented in a more or less uniform way by its Member States. It has acquired and is driven by a political purpose, a purpose which is best underlined by the "ever closer union" formula of Article 1 TEU and is manifestly aimed at a deepening of political integration. What form this political integration may take at the end and how far it should go is – as we all know – rather controversial, but that there is such a purpose at work is impossible to deny after more than fifty years of integration and as a new treaty estab-

1 See Simon J. Bulmer and Claudio M. Radaelli: *The Europeanization of national Policy?*, Queen's Papers on Europeanization, No. 1/2004, School of Politics and International Studies, Queen's University (Belfast) 2004, p. 4.

lishing a “constitution for Europe” has just been signed on 20 October 2004. It may sound obvious that candidate countries should fully realize this essentially political nature of the construction they are intending to join and actively prepare for it, but unfortunately this has often not been the case.

In order to reduce potential resistance against accession, avoid the polarisation of public debates and not give any potential ammunition to opposition parties many governments of candidate countries have actually presented this European construction to their citizens as something different. The most well-known case is the United Kingdom where both the Conservative Heath Government which led the UK into EC membership in 1973 and the Labour Government under Wilson which carried out the 1975 referendum on EC membership focused the debate on the issue of British membership largely on the economic and financial issues.² As a result the Community appeared as an economic rather than a political construction. The debate was all about joining the “common market”, and still today British politicians and journalists refer occasionally to “our joining of the common market”. Euroscptics in the UK have to some extent a point when they argue today that both the British citizens and even Parliament were misled in the 1970s by a governmental discourse which was all focused on the economic pros and cons of joining the European Community. This original misrepresentation has left a lasting distrust of the European construction (with even a certain sense of betrayal), and none of the British governments have ever been able or willing to fully dispel this distrust. This has cost both British interests and the Union dearly over the last thirty years, because in many cases the UK has not been able to both shape and support the integration process in the way it could have as one of the major Member States if the political nature of the integration process would have been accepted right from the start. The price might still increase: Currently there is a real possibility that the referendum in the UK on the new constitutional treaty could be lost, and a substantial part of the “no” vote will certainly come from those who feel that this European construction has become something

2 See on this focus on economic and financial issues Stephen George: *An Awkward Partner. Britain in the European Community*, Oxford University Press (Oxford) 1998, pp. 46-52, 86-87 and 93-94, and John W. Young: *Britain and European Unity, 1945-1999*, Macmillan (Basingstoke) 2000, pp. 100-120.

what from the British perspective it was never intended to become and should not have become. No British government has ever made a major effort to convince British citizens about the contrary or has even admitted that this European construction has always been and continues to be driven by a political integration dynamic.

Is this sort of at least partial denial of the political nature of the European construction unique to the UK? Not really: In many of the countries which have just joined the EU governments – concerned about politically difficult and risky debates about the loss of sovereignty, national autonomy and “Brussels” interference – have tried to focus the debate on the ideological and emotional issue of “rejoining Europe” or certain economic and financial benefits of EU membership, including the right to free movement. There was little or no general political debate about the political nature and dynamic of the EU. This can to a considerable extent explain why in the year before accession Eurobarometer opinion polls provided substantial evidence that in all of the new Member States a large majority of citizens regarded the Union as a primarily economic construction. Asked, for instance, what it would mean to them “being a citizen of Europe”, 81% of the citizens interrogated in the ten countries which joined in 2004 mentioned the right to work in any country of the EU, but only 35% the right to vote in European Parliament elections, arguably one of the most important political rights of EU citizens³. The low level of awareness of the political dimension was equally discernible as far as the perceived negative effects of EU membership were concerned: Whereas 57% of the citizens interrogated in the ten new Member States said that they were afraid of the financial costs of accession to the EU, issues more related to the political nature of the EU such as “loss of power” of individual Member States or “national identity and culture” were only of concern to 32% or 21% of them respectively.⁴

With the political dimension of the system they were joining having been largely sidelined during the accession process it is hardly surprising

3 European Commission: Candidate Countries Eurobarometer 2003.2 (July 2003), Full Report, p. 109. The opinion polls were carried out in May 2003 when the referenda campaigns were fully under way and the level of knowledge about the EU had already increased.

4 Ibid., p. 112.

that many citizens in the ten new EU Member States did not regard it as particularly important to turn out for voting in the elections to the European Parliament which followed in June 2004 just a few weeks after their accession. Electoral turn-out is a notorious problem in elections to the European Parliament, but with 26.9% the average turn-out in the new Member States was significantly lower than in the fifteen “old” Member States (49.1%), and in some cases new Member States established new EU records in terms of low turnouts, Slovakia with 16.96%, Poland with 20.87% and Estonia with 26.83% being the most notable cases.⁵ While other factors – such as voter apathy on EU issues after the EU accession referenda may also have contributed to these low turnouts – recent research clearly indicates that in the by far biggest of the new Member States, Poland, many citizens simply did not understand the political purpose of these elections and were not interested in the on-going debate on the EU Constitution, arguably one of the most fundamental political issues in the EU at that time.⁶

These are clearly problematic indicators, not only because this points to a low interest in and support for the political development of the EU but also because it bears the risk of a potential backlash against the Union if some of the expected benefits – which are largely on the economic side - do not materialise and if the full costs in terms of loss of sovereignty/autonomy becomes apparent (see below). Such a backlash can easily lead to governments becoming hostage to Eurosceptic tendencies in their own parties and the opposition. In that case the inevitable result will be a loss of negotiation flexibility and an increased obstructionism in the Council, at a considerable cost to both the respective country and the Union.

The only way to try to avoid this is for governments to actively prepare citizens and public opinion for the fact that joining the EU means joining essentially a political system which has acquired many characteristics of a state already, and that this political nature of the system is expanding. This is a “governance” challenge because governance is not only about legal rules, institutions and administration but also about shared beliefs,

5 Results available at: <http://www.elections2004.eu.int/ep-election/sites/en/index.html>.

6 Kenneth Chan: Central and Eastern Europe in the 2004 European Parliament Elections: A Not So European Event, SEI Working Paper No. 81, Sussex European Institute, University of Sussex 2004, pp. 15-16.

public awareness and public support. If national governance is going to be effectively integrated into EU governance then it must also be “Europeanised” in the sense that the full political dimension, rationale and dynamic of the EU governance must penetrate the public understanding and public debate. This can only be achieved if governments systematically confront the public with this part of the European reality, and certainly avoid “hiding” this dimension for the sake of avoiding some more unpleasant debates.

Fostering a political understanding of the European construction is also needed in the case of the public administration. Even in the “old” Member States public officials still often fail to understand the wider European political context in which they have to find compromises on their sectoral/technical issues with counterparts from other Member States. This often enough leads to the type of “last ditch” defence of often purely technical national positions which often seriously delays or even blocks progress at EU level. The risk of officials not seeing (or, worse, denying) that they are part of a European construction of a fundamentally political nature where compromises have to be achieved for the common political “good” of the system and not only for satisfying national interests is far greater in the case of officials who have not yet “learned to live” in the system. This means that officials of candidate countries should be made fully aware of the political nature of the European construction they are going to join in well ahead of accession, and this requires not only training but also governments “impressing” the message on them.

2. Adapting to the loss of sovereignty/autonomy resulting from membership

It is an essential characteristic of the EU system that Member States have transferred part of their sovereign powers to common institutions which exercise real powers in a number of policy-making domains. In addition the vast quantity of legislation emanating from the EU has more and more restricted national autonomy as regards policy-formulation and regulatory measures. The current volume of EU legislation national parliaments have to digest seems to corroborate Jacques Delors’ famous figure of 70%

of the legislation “coming from Brussels” (if not more).⁷ This may, again, sound obvious, but few candidate country governments have been prepared to fully face up to this reality when preparing for accession. In many cases the loss of sovereignty and autonomy has been either denied or minimised – again in order to avoid potentially difficult national debates. One may take a benign view and assume that governments may not be fully aware of the extent of this result of being integrated into the EU governance system, but this argument does not convince: During the negotiations every candidate country government is forced to go through the entire huge *acquis* and should become fully aware of the implications of joining a system which tends to produce more than a thousand pieces of legislation per year, leaving hardly any domain of national policy-making outside of the scope of EU decision-making.

In the latest round of enlargement this game of minimising the consequences EU membership has in terms of loss of sovereignty and national autonomy in the official discourse in order to get “accession” through a sometimes difficult public debate has been played again, with some governments clearly misleading citizens and even parliaments about the inevitable costs of accession in this respect. The result of this is what Jiri Prehe, the former director of the Political Department of Czech President Vaclav Havel and current director of the New York University in Prague has called “Post-EU Depression”, with arguments about a perceived betrayal of national interests and threats to national sovereignty (also through the new EU Constitution) now having a much bigger impact in the domestic debate about the EU than before accession and even – in some cases – contributing to the destabilisation of certain governments.⁸ Quite clearly a full debate about the full implications for national sovereignty and autonomy of joining the EU is in certain cases only fully erupting now, whereas it should have taken place well

7 See on this point the interesting exchange in the British House of Commons Select Committee on Modernisation of the House of Commons regarding the scrutiny of EU legislation on Delors’ estimate and the implications of the growth of EU legislation (“Oral evidence Taken before the Select Committee on Modernisation of the House of Commons”, 5 May 2004, Questions 28-39, <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm200304/cmselect/cmmodern/565/4050504.htm>).

8 Article of 11 November 2004 in the Times of Malta, <http://pda.timesofmalta.com/index.php?id=169647>.

before. The pro-accession governments bear a substantial part of responsibility for this delayed debate, which can be all the more dangerous in terms of a potential backlash against the EU and even a lasting sense of betrayal in some parts of the population.

In this respect, again, an effective Europeanization of the national governance context ahead of accession requires to generate a general understanding that loss of sovereignty/autonomy is an essential part of becoming integrated into the system, that it belongs, so to say, to the “rules of the game” which needs to be put into balance with the clear advantages which accession brings. There should be also no lack of arguments to demonstrate that the much vaunted “national sovereignty” is in these days anyway already limited and eroded in many ways. Accepting the sovereignty and autonomy implications of EU membership requires an adaptation of mentality, not only amongst citizens but also – perhaps even more so – amongst the political elites, the administration and the media. This process of “mental” preparation needs time and should be systematically worked on from early on. To wait until accession and to expose elites, administration, media and public opinion to a potential post-accession shock and depression means taking serious risks.

3. Adapting to the EU as a system of governance by negotiation

Every output of the EU system is ultimately an output arrived at as the culmination of a complex process of negotiation, complex because of the different decision-making procedures, the varying forms of the division of powers and because of negotiations often extending across multiple policy areas. The US administration is often said to abhor the European countries’ preference for deciding on military operations “by committee” – well in EU governance nothing moves without committees. Whether strategic CFSP guidelines, the conclusion of international treaties or technical details regarding tuna preserves are concerned, everything needs to be negotiated and, if at all possible, settled by consensus. This means that the whole system can only effectively function on the basis of a well developed and generally shared compromise culture, where Member States are essentially be prepared to compromise on nearly anything in order to get in the end a deal which they nevertheless find overall satisfactory. National political systems may prepare some countries better than others for this “governance by negotiation” element of

the EU system. The British political system, for instance, where a Prime Minister backed by the often comfortable parliamentary majorities generated by the “first-past-the-post” majority electoral system often enjoys a largely undisputed position as a national leader is clearly less used to “governance by negotiation” at the top-level of policy-making than the German political system where the Federal Government has all the time to take into account the positions of *Länder* governments and where the proportional electoral system often requires the formation of “negotiated” coalition governments.

The full extent to which the EU system is based on governance by negotiation is something which has to be learned and understood by candidate countries. The earlier this is done the better a new Member State will be integrated into the EU governance system. This involves the development of a number of different approaches to the formulation of national positions and the acquisition of special negotiation techniques. This can be partly achieved through careful observation of how the EU works - it is transparent enough for that - but also requires a systematic training policy for the national ministries. The “getting used” to EU governance by negotiation involves, for instance:

- Getting used to think in a trans-sectoral (“cross-departmental”) way and to trade in concessions in one area to buy concessions in other. National officials are normally not used in their national context to the “package deals” which are an essential element of the EU compromise system.

- Getting used to “link in” national and European policy-formulation and to maximise the taking into account of the positions/interests of all other Member States in order to correctly judge negotiation situations and to avoid potential cul-de-sacs at the European level. These are key function of the coordination structures in the capitals (ministers for Europe or other) and of the Permanent Representations, but also require a substantial reorganisation and rethinking of the operation of individual ministries.⁹

9 This point and the previous are essential elements of the Europeanization of national executive structures. Excellent research has been carried out on this issue by the EU supported “Organising for EU Enlargement” project of the Dublin European Institute and University College Dublin. See, in particular, Brigid Laffan: *Managing Europe from home. Impact of the EU on Executive Government. A Comparative Analysis.* OEUE Phase I, Occasional Paper 0.1 -09.03, Dublin, July 2004 (http://www.oeue.net/papers/managing_europe_from_home_impa.pdf).

- Getting used to invest a lot of time and energy in bilateral and multilateral coalition building which should not only take into account other Member States but also, obviously, the Commission, the European Parliament and even individual political groups in the Parliament. This coalition building should use both strategic and temporary alliances, and it requires the build-up of effective channels of communications well below the level of ministers and permanent representatives.

- Getting used to avoid any rash “prejudicing” of national negotiation positions through public statements on unwillingness to compromise in any way. Negotiation outcomes can only be maximised if governments retain a high degree of margin to manoeuvre across policy sectors. A typical example on how not to proceed was provided by the inflexible Polish position on the qualified majority vote definition in the December 2003 IGC summit (sometimes referred to as the “Nice or death” position). Such absolute positions nearly always lead to long-term damage to the national position, and often enough governments – as happened to the next Polish Government – have to compromise at a later stage anyway.

These and many more elements of the EU’s governance by negotiation system belong to the aspects of Europeanization which are not forced upon candidates through any formal rules under the *acquis*. Yet they are essential for effective participation (even survival) in the EU system after accession. Those countries which fail to mentally, training-wise, procedurally and technically prepare in time may have a considerable price to pay well beyond the first months of membership.

4. Adapting to the EU as a multi-level and multi-dimensional system of governance

During the last decade the term “multi-level governance” has become very much *à la mode* in the academic literature on the EU. What it is aimed at to describe is – one has to say - unfortunately not always taken seriously enough by governments of candidate countries. The EU governance system has in fact grown well beyond the original system where all policy outputs were essentially in the hands of national government representatives and the Commission. In several Member States regional actors have increasingly acquired a major influence on European policy-making at the national level, Germany, Belgium, Spain and Italy being the most prominent examples. In addition regional actors have in some cases established quite effective cross-

border cooperation networks which have developed not only an influence on their respective governments but also on the Commission, especially in the regional and structural policy context. To a lesser extent this is also true for local authorities which have also made their voice heard in Brussels in terms of environmental and public procurement legislation, for instance.

Yet EU governance has not only become multi-level it has also become multi-dimensional as even at the EU level the range of actors having an influence on the decision-making process has widened well beyond the Member States and the EU institutions. Both European and national interest groups operate at the EU level, and by using a range of different venues of influence – ranging from national governments and parties over interest group coalitions to the EU institutions themselves - they have become a firmly established part of EU governance. While mono-sectoral groups such as the agricultural interest groups have become the most visible, there are also several major cross-sectoral groups (such as UNICE and ETUC) which have acquired considerable influence, and most recently a more pluralistic and competitive landscape of interest representation has emerged which has very much become an established part of the EU decision-making process.¹⁰ The same applies to private and public companies, some of which (such as major car companies) have developed very effective lobbying techniques.

Many governments of candidate countries have a tendency to neglect this multi-level and multi-dimensional nature of the EU governance system. Normally not because they are not aware of this dimension of EU governance, but because they regard the other national actors involved in these dimensions as unwelcome competitors or even potential “trouble-makers” for the effective representation of national government interests. In the latest EU accession round candidate countries made initially little effort to politically empower their regional and local levels, did so only in the late 1990s at the instigation of the European Commission and then following an often ineffectual “top-down” approach.¹¹ Whereas Czech, Hungarian and Polish

10 On this subject generally see the comprehensive study of Justin Greenwood: *Interest Representation in the EU*, Palgrave (Basingstoke) 2003.

11 See James Hughes/Gwendolyn Sasse/Claire Gordon: *Enlargement and Regionalization: The Europeanization of Local and Regional Governance in the CEE States*, in: Helen Wallace (ed.): *Interlocking Dimension of European Integration*, Palgrave (Basingstoke) 2001, pp. 145-178.

interest groups seem to have become quite active in the EU lobbying landscape well before the accession of their countries,¹² the same cannot be said about all candidate countries, and in most cases governments provided little support for increasing their presence at the EU level. This reluctance to support and even empower local, regional and lobbying actors is clearly mistaken as all these actors should be regarded as a necessary complement to interest representation through national government representatives. A candidate country not being able to use these channels of influence risks to lose out on an important part of the multi-level and multi-dimensional power game which the Union system of governance has become.

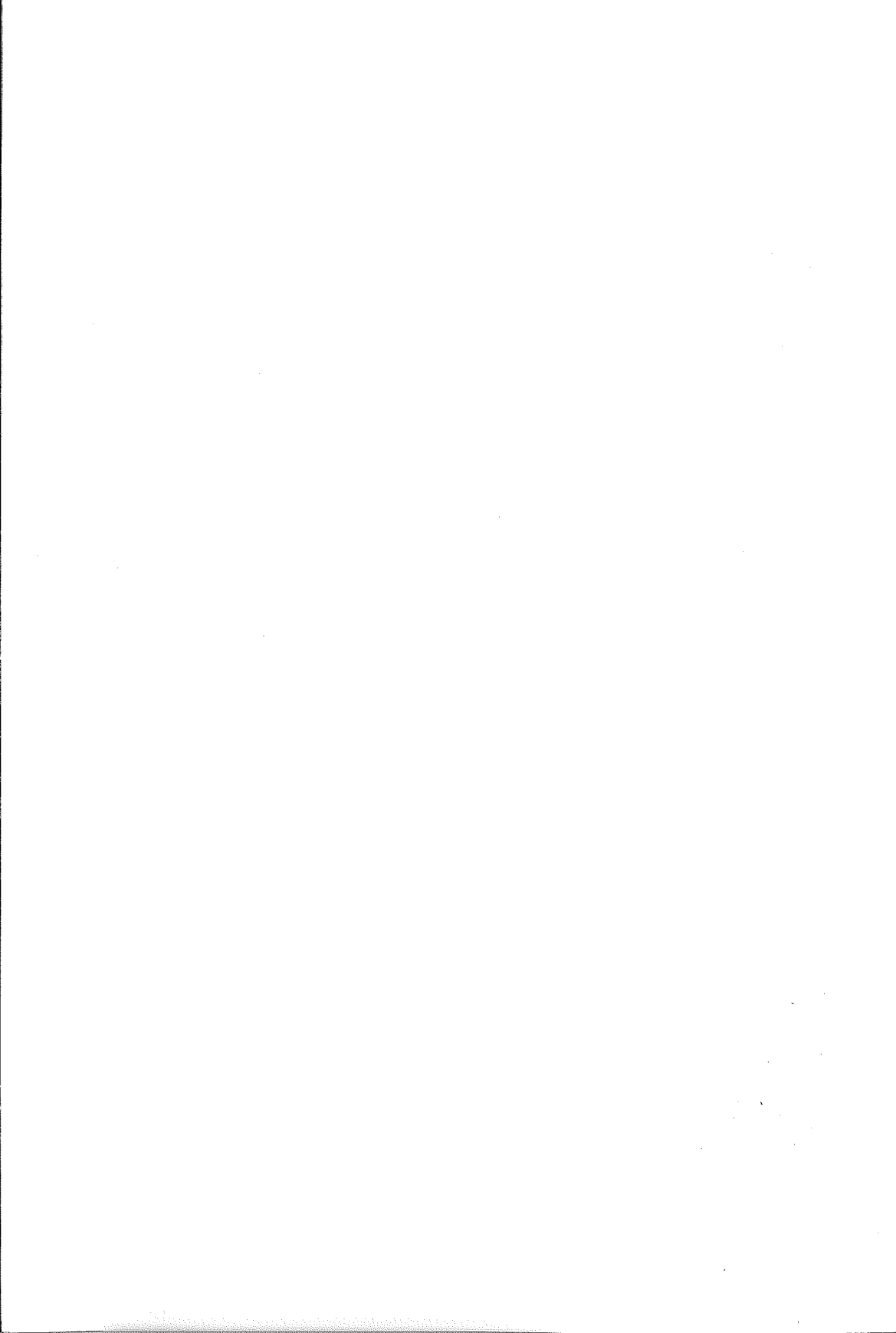
This means that as part of an effective Europeanization process of the national governance context in view of accession national governments should actively encourage and support the European representation potential of regional, local and interest group actors. This should, again, be done well ahead of accession through information sessions, training, potentially even through making available facilities and financial help. In the case of regional and local authorities, quite obviously, governments of candidate countries should have every interest in developing the European governance capabilities of regional and local actors at least as far as their future effective participation in EU regional and structural policy instruments requires. As far as interest groups are concerned candidate country governments should actively encourage them to join European umbrella organisations and increase their network potential at the European level and provide advice to that effect.

5. Conclusions

The EU governance system is not only unique but also probably one of the most complex in the world. In order to avoid a lasting “mismatch” between the national and the European governance systems effective adoption and implementation of the formal EU *acquis* and satisfying the Copenhagen criteria – in spite of the huge task this represents – is clearly not eno-

12 See Christian Lahusen: *Interessensvertretungen bei der Europäischen Union*, in: Werner Weidenfeld/Wolfgang Wessels (eds.): *Jahrbuch der Europäischen Integration*, Europa Union Verlag (Berlin) 2003, p. 311.

ugh. What is required is in addition is a certain – I am not hesitant to say – mental and attitudinal change which includes an in advance acceptance of the full “costs” of accession to an essentially political construction curtailing national autonomy, a preparedness to do things “in a different way” and the capacity to understand and operate at the different levels and in the different dimensions of a complex multi-national system. This cannot be achieved over a night (of accession), and governments in the candidate countries have the crucial responsibility for ensuring that these less obvious and quantifiable challenges of Europeanization in the governance domain are met through timely and steady preparation throughout the pre-accession phase. This may mean for those responsible to confront both the public and national administrations with some less pleasant aspects of participation in the European construction and to take some additional domestic political risks before accession, including that of having to delay joining the EU. Yet the post-accession costs for their countries (and indeed the EU) for not having done so can be far greater, and assuming shorter term responsibilities and risks for the longer term benefit of the country is what ultimately distinguishes statesman from mere politicians.



LEGITIMACY AND DEMOCRACY IN THE EU AND THE RECENT CONSTITUTIONAL CRISIS

Yard. Doç. Dr. Çiğdem Nas

Marmara University European Community Institute

The European integration process had a long historical gestation period since the early Middle Ages. Various writers, philosophers and statesmen from all shades and colors, such as Pierre Dubois, Duc de Sully, William Penn, Abbé de Saint-Pierre, Jeremy Bentham, Saint Simon, Count Coudonhove Kalergi and Aristide Briand, conceived of plans for unification in Europe¹. The common point in these endeavors was that they shared similar motives –i.e. unification to defend Europe against a common enemy, increase the welfare of the continent, aggregate economic benefits- and always based their project on an institutional system. However Europe had to pass through centuries of religious, imperialistic and nationalistic wars culminating in the two world wars of the 20th century. The elites and decision-makers of Europe –limited to Western Europe after the Second World War- came together and joined forces in the aftermath of the Second World War and ignited the integration process that was talked about but could not be realized through the centuries. Based on the creation of a common market and a supranational authority to manage the coal and steel sectors of six West European states the process went on with the Messina conference of 1955 and the signing of the Rome Treaties in 1957. Although an economic integration project the European Communities aimed at attaining perpetual peace and welfare in Europe and creating a bulwark against Soviet influence.

1 See Derek W. Urwin, *The Community of Europe: A History of European Integration since 1945*, (London: Longman, 1991), p.1-4.

The Paris Treaty and the Rome Treaties laid down the legal basis of the three European Communities which stipulated the powers and functions of the institutions, the relations between them, the extent of the competences of the Communities, the policies and their scope as well as the decision-making procedures. While the legal dimension is embodied in the founding Treaties and the legislation adopted by EC institutions, the political nature of the Communities took shape throughout the 1960s and 70s. Relations between the member states and the communities on the one hand and among the institutions themselves on the other crystallized through such developments as the empty chair crisis of 1965 and transition to direct elections for the European Parliament in 1979. The Court of Justice of the EC developed a comprehensive body of case law that shed light on the application and interpretation of EC law. The first major revision of the founding Treaties came about with the Single European Act in anticipation the completion of the single European market. The first amendment was followed by consecutive Treaties; the Treaty on European Union of 1992, Amsterdam Treaty of 1997 and the Nice Treaty of 2001.

The Constitutional Process in the EU

The European Communities were founded upon international treaties like other international organizations as implied above. Thus the EU had the format of an intergovernmental organization although the scope and degree of its delegated powers grew much beyond than a typical intergovernmental organization. Throughout the years economic integration evolved and incorporated a political character. The Treaty on European Union marked an important junction in this process and elevated the Communities to a level beyond the market by incorporating two new pillars, common values and standards, and the notion of European citizenship.

The EU did not have a constitution in the sense that a federation would have. It was generally accepted that the founding treaties of the Communities constituted the constitutional documents of the EU². It was usually

2 In *Les Verts*, the European Court of Justice referred to the EEC Treaty as a 'constitutional charter'; case 294/83, *Les Verts v. European Parliament*, [1986] ECR 1339; [1987] 2 CMLR 343, para.22 cited in Robin C.A. White "Defining a Constitution for the EU", in P. Lynch, N. Neuwahl, W. Rees eds. *Reforming the EU: From Maastricht to Amsterdam*, (Harlow: Longman, 2000), 217-231, p.217.

staunch supporters of Euro-federalism, both individuals and private organizations such as the European Movement that propagated the drafting of a constitution. The 1984 draft treaty on European Union initiated by the leading federalist Altiero Spinelli provided an inspiration for later models. As integration proceeded the need was felt to increase the legitimacy of the EU by basing it on a popularly approved constitution. The constitutional issue rose to a priority position in the agenda of the EU in the 1990s especially after the ruling of the German Constitutional Court on the Maastricht Treaty in 1993. Various legal experts and academics reflected upon the impact of the Maastricht Treaty and the legal status of EU treaties vis-a-vis the national constitutions and fundamental constitutional principles. The general debate revolved around the question: "Does Europe need a constitution and if so how?"

Towards the end of the 1990s, the constitutional debate extended to the political arena. Germany's foreign minister Joschka Fischer mentioned the issue in his speech to the European Parliament in 1999. He linked the issues of institutional reform and the constitution to the future of the EU, the "finality of European integration", rather than addressing the matter purely on a legal basis. Later in his famous speech at the Humboldt University in Berlin in 2000 he elaborated the issue asking the question; "Quo vadis Europa?". According to Fischer, the success of the EU in facing the challenge of enlarging with 10 new member states was dependent on the realization of political integration. He proposed the eventual creation of a 'European federation' which would be based on a "new European framework treaty, the nucleus of a constitution of the federation"³:

This...is my personal vision for the future: from closer cooperation towards a European constituent treaty and the completion of Robert Schumann's great idea of a European federation.

With this advance, Fischer carried the discussion to a new platform, that of the highest decision-makers of the member states. Fischer's words attracted several responses including British Prime Minister Tony Blair's

3 "From Confederacy to Federation - Thoughts on the finality of European integration", Speech by Joschka Fischer at the Humboldt University in Berlin, 12 May 2000; website of the federal foreign Office, <http://www.auswaertiges-amt.de/www/de/infoservice/download/pdf/reden/redene/r000512b-r1008e.pdf>, retrieved on 11.07.2005.

which may be used to outline the alternative view regarding the future of Europe. Tony Blair in a speech he made at the Polish Stock Exchange explained his viewpoint and criticized the excessive emphasis on institutional matters. "The trouble with the debate about Europe's political future is that if we do not take care, we plunge into the thicket of institutional change, without first asking the basic question of what direction Europe should take". He then goes on to express his own alternative conception⁴:

Europe is a Europe of free, independent sovereign nations who choose to pool that sovereignty in pursuit of their own interests and the common good, achieving more together than we can achieve alone. The EU will remain a unique combination of the intergovernmental and the supranational. Such a Europe can, in its economic and political strength, be a superpower; a superpower, but not a superstate.

In the Nice European Council of December 2000, EU leaders decided to give a formal structure to the discussion on the future of Europe with a view to strengthening the legal and institutional framework of the European construction before the impending enlargement. Declaration on the Future of the Union annexed to the Treaty of Nice laid down the principal issues to be addressed: "a more precise delimitation of powers between the EU and the member states, reflecting the principle of subsidiarity"; "the status of the Charter of Fundamental Rights of the EU"; "a simplification of the Treaties with a view to making them clearer and better understood without changing their meaning"; "the role of national parliaments in the European architecture". The Declaration also added that improving "the democratic legitimacy and transparency of the Union and its institutions in order to bring them closer to the citizens of the Member States" was needed.

The first phase of 'the Future of Europe' debate took off with the Laeken Declaration on the Future of the European Union. At the same meeting of the European Council the leaders decided to convene a Convention to be chaired by the former French president Valéry Giscard D'Estaing and made up of representatives of heads of state and governments of the member states and candidate countries, national parliaments, the EP and the European

4 Tony Blair, "Prime Minister's Speech to the Polish Stock Exchange", 06 October 2000, website of the British prime minister's Office, <http://www.number-10.gov.uk/output/page3384.asp>, retrieved on 11.07.2005.

Commission. The Laeken Declaration laid down the basic issue areas that had to be addressed in this debate. According to the Declaration, the Union was at a critical junction of its evolution. One of the main challenges the EU was faced with was to bring the institutions “closer to its citizens” and make them “more efficient and open”. Thus the remoteness and opaqueness of the institutions is seen as a major problem regarding their democratic scrutiny. Another challenge is related to the external role of the EU. The declaration acknowledged that the EU needed to assume a greater responsibility in the “governance of globalization” “within a moral framework”. Citizens are calling for a clear, open, effective and democratically controlled Community which can take action with regard to the daily problems of citizens such as crime, unemployment, economic and social cohesion. Thus based on the need to create the “a democratic and globally engaged Europe”, the declaration sets out the following tasks for the impending reform of the EU: a better division and definition of competence in the EU between exclusive competence of the Union, the competence of the Member States and the shared competence of the Union and the member states, simplification of the Union’s instruments, more democracy, transparency and efficiency in the Union. The Declaration proposed the convening of a convention on the future of Europe to work on the outlined issue areas with a view to the drafting of a constitutional treaty.

Thus the convening of the convention was the first time such a method of was employed. The Convention produced a draft constitutional treaty “Treaty Establishing a Constitution for Europe” which laid the basis of negotiations among the member states in an intergovernmental conference. The ratification process started after the signing of the final document in 29 October 2004. The period of ratification corresponded to a quite difficult and problematic conjuncture in many states of Europe. It came just after the recent enlargement of the EU and discussions about future enlargements including the case of Turkey. Economic difficulties in core countries as France and Germany were in part linked with discussions about the benefits of the Euro. Especially in France there was a perception that the EU was propagating Anglo-Saxon liberalism and threatening the French way of life, ‘French exceptionalism’. Governments in leading countries such as France, Germany and Britain were finding that their popular support was waning. In France it was becoming apparent that president Chirac has lost his appeal

for the majority of the population. Issues like globalization, liberalism, structural unemployment, urban crime, immigration and integration of immigrants, and Islamic fundamentalism were hot topics that were also being exploited by extreme rightist parties all over Europe. In the Netherlands, the murder of the film director, Teo Van Gogh, by a Moroccan immigrant led to racist attacks and a general unrest concerning the status of the Netherlands as an immigrant-receiving country. Thus the general mood in Europe was not really conducive to a calm and rational consideration of the real meaning of the constitutional treaty and its importance for the future of the EU.

In the referenda conducted on May 29 in France and June 1 in the Netherlands the French and Dutch people rejected the Constitutional treaty with 54.8% and 61.7% of the votes respectively. This was a serious crisis in the evolution of the EU showing that the European integration process could not obtain mass support in two of the founding states of the EU. According to a survey "the Dutch are predominantly afraid that the Netherlands will lose its identity in Europe and that the Netherlands will not maintain its influence in the EU". According to opinion polls 78% of the Dutch think that "Brussels should have less of a say on issues close to citizens". 73% think that the EU should be more democratic. According to Eurobarometer, the main reasons for the rejection of the constitution in the Netherlands were lack of information (32%), fear of a loss of national sovereignty (19%), opposition to the government (14%)⁵. In France on the other hand the electorate was mostly skeptical about its negative effect on employment (31%), economic situation in France (26%) followed by the conviction that the constitution was economically too liberal⁶. Thus it may be concluded that the constitutional treaty was perceived quite differently by the electorate, it was not judged on its own merits and was linked with other issues that had a priority for the general public. This situation which brought the future of the constitutional treaty into doubt is the sign of a deeper crisis within the EU that was in the making since the beginning of the 1990s. The roots of the current stalemate may be traced back to issues of identity and community and the democratic deficit.

5 Lisbeth Kirk, "Wallström: Europe needs a Plan D", EU Observer, 02.06.2005.

6 Honor Mahony, "Enlargement played small role in constitution no votes", EU Observer, 27.06.2005.

The Democratic Deficit in the EU

The European integration project aimed at an 'ever closer union among the peoples of Europe' which may be perceived as a process that unifies the participating states and their people in a gradual and step-by-step fashion. Thus from the start it was inherently known that the ultimate aim was a sort of union among the states of Europe but the content and shape of this union was not clear. However as the architect Jean Monnet said the objective was not the creation of an intergovernmental union of states but to integrate further the peoples of Europe: "We are not forming coalitions among states, but union among people"⁷. The right of free movement of workers which was one of the fundamental principles of the EEC, the gradual creation of trans-European associations and networks such as European Trades Union Confederation (ETUC) and the *Union des Industries de la Communauté européenne* (UNICE), educational exchange programmes such as Lingua and Erasmus, and the creation of the area of 'freedom, security and justice' contributed and attested to the mingling of peoples and the intensification of cross-border exchanges. However, still the record of the EU in uniting the people of Europe is at best mixed.

Since the inception of the three communities it has been one of the great puzzles of European integration whether this was to be a union between states or peoples of Europe. While the intergovernmental bargaining and negotiation process in the Council, the creation of the European Council with the 1975 Dublin meeting and the intergovernmental conferences that preceded each Treaty reform gave one the impression that it is the states and primary decision-makers within the states that govern the integration process, other developments such as the direct elections to the European Parliament in 1979, Community-wide programs such as Socrates and the scrutiny function that the EP exerts over the executive implied that the process went beyond merely the creation of a bloc of states. Thus what Peterson called history making decisions were mainly a result of intergovernmental bargaining⁸. However as new approaches to European integration suggest the

7 Speech in Washington, 30 April 1952.

8 John Peterson, "Decision-making in the EU: Towards a Framework for Analysis", *Journal of European Public Policy*, Vol.2, No.1, 69-73 cited in E. Bomberg, A. Stubb, *The EU: How does it work?*, (Oxford: Oxford University Press, 2003), p.10.

process has gone further and succeeded in triggering developments that go beyond an interaction between governmental authorities. The emergence of trans-governmental and trans-national relations created cross-border relations and interactions among both units within the overall state apparatus such as local authorities and ministerial bureaucracies and civil society organizations and associations. As implied by the fusion thesis of Wolfgang Wessels, European integration created close interactions between the EU institutions and member states bureaucracies which would eventually lead to an intermingling of EU and national structures⁹. Each day hundreds of national officials visit the EU capital and engage in interaction and negotiation with each other and EU officials. Thus it is no longer sufficient to try to analyze and explain the EU by intergovernmental or neo-functional theories. Middle range theory, such as neo-institutionalist and governance approaches are instrumental in gaining an insight into the working and progress of European integration.

Going beyond the façade the EU is not only limited to the summit meetings of the leaders of the member states. It incorporates both governmental and non-governmental actors within the decision-making and implementation process. Thus the European integration process succeeded in going beyond a mere international organization among governments and a degree of integration among the peoples of the member states. However this integration is limited to a rigorous interaction and communication among the 'elites' of the countries meaning, functionaries of political parties, state officials and representatives of civil society organizations, the educated segments of the population such as university students and lecturers. Consequently, it may be said that the European integration process mostly concerned the elites and continued until this day through the tacit consent of the citizens of the member states. The governmental elites represented their countries and citizens in the EU and decided on behalf of their citizens through the mandate they held by way of the national vote.

The elaborate decision-making system of the EU did not allow for the direct representation of citizens' preferences and grievances. This brings us

9 Wolfgang Wessels, "Institutions of the EU system : Models of Explanation", in W. Wessels and D. Rometsch eds. *The European Union and Member States*, (Manchester: Manchester University Press, 1996), p.36.

to the phenomenon of the democratic deficit. The EU is inflicted with a lack of democracy. The primary decision-making organ of the EU the Council is made up of ministerial representatives of the Member States. They carry out this function with the power delegated by their voters. However national elections are mostly fought on national issues. A political party that contends for power prepares a political campaign depending on the national political agenda. EU matters account for a tiny portion of the overall electoral agenda except for a very general approach to European integration, i.e. on a pro-EU anti-EU spectrum. Thus the primary decision-making body is made up of national representatives that are at best indirectly responsible for their actions in the EU.

The European Parliament has steadily increased its powers after the implementation of direct elections in 1979. It acquired greater powers in the decision-making process with each Treaty amendment. Thus the EP and the Council of the EU are the co-legislators and the Council as a body that is not directly accountable to the citizens of Europe is not alone in the decision-making process. The European Parliament has added the legislative function to the powers it already had such as the power of scrutiny over the executive. The EP as a directly elected body may be said to represent the citizenry of the EU at large. Hence it may be argued that the people of the member states are represented in the decision-making process through the accountability of the EP and the indirect accountability of the national ministers.

There is another way of looking at this institutional landscape. While it is true that the EP shares powers of decision-making with the Council, it lacks one important prerogative that national parliaments have: the right to initiate legislation and the right to elect a government. In parliamentary systems, the government is made up of members of parliament and takes office upon a vote of confidence by the parliament. Moreover, legislation is prepared in the various committees of the parliament and then subjected to the vote. The EP possesses the power of scrutiny over the executive; it takes a vote for the Commission before each period begins and can oust a commission in case of a breach of its prerogatives. However, it does not have such a power over the Council. It can only direct written and oral questions to members of the Council. Moreover, it has no power to elect an EU government and a single EU government does not exist. What may be seen as an

EU government is made up of several actors each taking responsibility for decision-making and execution of decisions at different stages. Basically the Commission may be denoted the institution that best resembles an EU government. However, the procedure of appointment of the members of the Commission by the member states generates a very important deficiency, the lack of democratic accountability. The fact that the members of the Commission can be scrutinized and even ousted by the EP does not make this any less important. Moreover the Commission has the right of initiative for policies and legislation concerning the first pillar of Community policies. The EP, being the only directly elected body of the EU, cannot exercise this function. It can only do this in the case of own initiative resolutions which are not legally binding.

The EP is a body that represents the citizens of Europe. As noted above, it is the only directly elected institution of the EU and thereby builds its legitimacy upon the will of the people of Europe. However, whether and to what degree the people of Europe attach significance to the EP is a contentious matter. As voter turnout to European elections show, the European voter is mostly apathetic to EP elections and is scarcely aware of the role of the EP within the EU. Thus the EP experiences problems in relating to the average citizen and cannot effectively make use of its direct accountability. European elections, as Reif and Schmitt contended and Simon Hix took up, are called "second order national contests" in the sense that the campaign for electing the members of European parliament is mostly fought on national issues rather than reflecting EU concerns¹⁰. It has been shown that several factors influence the voting pattern: giving a message to the governing party, either rewarding it for its actions or warning it that if it continues the way it did until then, it may lose in the national elections to come; voting for fringe parties that the voter would not normally vote for in national elections; voting for either weak or extravagant figures that they would not normally trust to give office in the national setting. Thus the holding of European elections does not alleviate the problem of democratic deficit.

10 Simon Hix, *The Political System of the EU*, (Houndmills: Macmillan, 1999), 180-84 adopted from K. Reif and H. Schmitt, "Nine Second-order National Elections: A Conceptual Framework for the Analysis of European Election Results", *European Journal of Political Research*, 1980, vol.8, no.1, 3-45.

In a nutshell, the non-election of the European Commission, the indirect mandate the Council has and the relative lack of power of the EP creates a democratic accountability problem in the EU. The average citizen cannot exercise direct control over EU affairs and the functionaries of the EU. The democratic deficit was not considered as a serious issue until recently. The integration project was proceeding quite successfully despite recurrent crises and accidents along the way such as the empty chair crisis and the French veto of British membership in the 1960s, the demise of EMU in the 1970s, the British budgetary rebate problem of the early 1980s. Each time the EC was able to stand on its feet once again and rekindle the quivering fire of integration with a brand new idea. This continued until the 1990s when the new and bold steps in the way of integration began to be put into question by the voters of several Member states. In the same period, being for or anti EU became a high priority item in election campaigns together with other related issues like globalization, immigration and identity. The seriousness of the issue emerged first in the referendum for the Maastricht Treaty held in Denmark and in France. In Denmark it was rejected by 50.7%. In France it was accepted but only by a small margin of the voters, by 51%. The voters were already implying that the new stages in European integration such as the ground-breaking formation of the 'European Union' which stipulated ambitious targets may be more than they could immediately absorb. European integration process which may be likened to national integration and consolidation phases lacked one of the most important bases of the 19th century nation-state, the will of the people.

The EU: Paradox of Identity and Community

The sense of common identity creates an important resource that any polity may draw upon in times of crisis. Any sort of community ranging from a football club to an environmentalist group needs more than a charter or an institutional mechanism. Thus a football club that had a bad year needs a sense of belonging that will maintain the allegiance of its supporters. The need of a common identity is much more prominent in the case of the nation-state. Nation states are based on the sense of national identity and in turn sow a sense of belonging in its citizens through such mechanisms as national education systems, media, sports and other aspects of popular culture.

re. We are through, direct and indirect messages, infiltrated with a sense of national identity and are recurrently reminded of our belonging to a nation¹¹. As Benedict Anderson tells us "...the members of even the smallest nation will never know most of their fellow members, meet them or even hear of them, yet in the mind of each lives the image of their communion"¹².

The EU, technically an international organization, is a cold, soulless, and remote construct that mostly concerned the market and its subjects such as firms and consumers. As the memorable Commission President Jacques Delors once said: "Who falls in love with a common market?". Thus when European integration was only limited to economic integration, it was confined to a transfer of sovereignty regarding the free movement of factors of production and related economic policies. The individual was no more than a source of labour and was given the right to move freely within the Community for employment purposes. However, it was evident from the start that the idea of European integration would not be confined to economic exchanges only. Economic integration would only be the first step of the mammoth task of uniting the continent. The Hague summit of 1969 laid down the aim of deepening which implied the advance of the process to new policy areas, i.e. foreign policy and economic and monetary policy. The Communities passed through several downfalls and resurrections before it could accomplish or come close to accomplishing these goals. It took 32 years since the airing of the first proposal for economic and monetary union—the Werner report—until the actual circulation of the single currency became a reality in 2002. Regarding the other policy areas it cannot be said that the same concrete achievement could be realized. Although the institutional machinery had been developed since Maastricht, national priorities continue to diverge and problems remain regarding the evolution of a truly common foreign and security policy. A third area of cooperation, justice and home affairs, was also included within the remit of European integration which had its roots in the free movement of worker provisions of the Rome Treaty and the various intergovernmental groups that were formed in the 1970s such as the Berne group and the Trevi group.

Political integration could be seriously contemplated only after the ending of the ideological division of Europe which also opened the way for a

11 See Michael Billig, *Banal Nationalism*, (London: Sage, 1995).

12 Benedict Anderson, *Imagined Communities*, (London: Verso, 1991), p.6.

new Treaty that would be the basis for this endeavor. Thus the Maastricht Treaty of 1991 laid down the parameters of the new phase of integration and set the EC on a new course with a political identity based on liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law (article 6 of the TEU) and common policies in non-economic matters. A far-reaching effect of this major development would be that this endeavor transcended any typical international organization and approached a confederation of states with schemes for closer cooperation and integration at varying degrees in almost all policy areas. Thus the member states of the EU were already approaching an advanced stage of integration but the peoples of those states did not really have channels of participation or expression of their demands and ideas regarding this process. Thus the gap between the EU and the citizen became all the more apparent. The creation of European citizenship with the Maastricht Treaty did not contribute much to the solution of this problem.

The acuteness of the issue became apparent in the ratification process of the Maastricht Treaty in the member states. 50.7% of the Danish electorate rejected the Treaty while it was approved in one of the leading countries of Europe, France, only by 51%. These were the first instances when the voter started to voice his/her dissatisfaction with the whole process and used the ballot in an attempt to halt the progress of integration. The Union now surpassing any project the world has known was face to face with a major stumbling block, the will of the citizen. The EU needed to involve the citizen closely into the integration process. However, it could not create the institutional structure and mechanisms required for this purpose.

The derived legitimacy of EU institutions, the lack of an elected EU government, and relative weakness of the European Parliament are the problems that persist in European integration. The EU is still remote from the peoples of the member states. Although a political construction is taking place in Europe, a Europe-wide political community with a sense of identification does not exist. As Eurobarometer surveys show, the citizens of the member states do not have a sense of belonging to Europe but continue to feel allegiance to their nation-states¹³. A Frenchman or Frenchwoman is still

13 According to survey no.61 conducted in February-March 2004 for the EU-15, 41% of the respondents gave the answer "nationality only", 46% "Nationality and European", 6% "European and nationality" and only 4% "European only" to the question "In the near future do you see yourself as...?". Eurobarometer Spring 2004: Public Opinion in the EU, B94.

feeling overridingly French and living within a political community defined by the borders of France which in the logic of the Schengen *acquis* should not have existed. Although the European market does not recognize any boundaries, cognitive borders continue to exist and divide Europe. Leo Tindemans was referring to this problem in his report on European Union as early as 1976.¹⁴:

No one wants to see a technocratic Europe. European Union must be experienced by the citizen in his daily life. It must make itself felt in education and culture, news and communications... It must protect the rights of the individual and strengthen democracy through a set of institutions which have legitimacy conferred on them by the will of our peoples. The image of Europe... must demonstrate to those within and without the solidarity of our peoples and the values of our society.

Europe does not yet command the sense of belonging and allegiance that national identity does. The citizens of Europe still feel, think, and act within the cognitive boundaries of their own nation-states. Although the nation-state has lost its control over the economy, information and movement of people, it still has important tools left to exert its authority. The autonomy of the national market is no longer valid; decisions about investment, production and distribution are now being taken at a global level; the citizens acquire information from a number of sources such as the internet or satellite TV over which the nation-state do not have control; enhanced means of travel and communication has decreased the prerogative of the nation-state to control the movement of people; and national policies have become much more dependent on the actions of global actors including not only other states but also multinational companies, non-governmental organizations, and international organizations. Thus the nation-state is being challenged by globalization not to mention the growing impact of regional or secessionist movements. The nation-state possesses much less authority over the citizen than before. According to William Wallace:

14 Leo Tindemans, European Union: Report by Mr. Leo Tindemans to the European Council, Bulletin of the EC, Supplement 1/76, p.12 cited in Geoffrey Edwards, "The Problems and Possible Future Development of a European Identity in the European Union", P. J. Anderson, G. Wiessala, C. Williams eds. *New Europe in Transition*, (London: Continuum, 2000), 66-80, p.67.

The great achievement of the late-nineteenth-century West European nation-state... was to link accountability, loyalty and legitimacy to authority and power: to tie political community to state power as Hinsley put it. The experience of Western Europe over the past twenty-five years is that this link is now loosening. The nation as a political and social community is disconnecting from the state as provider of security and welfare¹⁵.

Yet there is still no political organization to replace the nation-state. National identity remains strong and commands the allegiance of the general population. As Anthony Smith contends, education systems and mass communications are mainly dominated by the nation-state and the European message cannot reach the citizen¹⁶:

...Until the great majority of Europeans, the great mass of the middle and lower classes, are ready to imbibe these European messages in a similar manner and to feel inspired by them to common action and community, the edifice of 'Europe' at the political level will remain shaky.

The European Union has replaced the nation-state in many areas and taken over national sovereignty through a process of transfer of sovereignty to supranational institutions. Yet the same process did not take place at the level of the political community and identity. The political community is defined at the national level where citizens appoint their legitimate representatives through elections and provide their inputs to the system via political and civil organizations. The elected are accountable to the citizen through the power of the ballot. Thus the leaders of the member states govern on the basis of the consent they acquire through elections and extend this delegated authority to the EU realm. Such a method of governing has been acceptable until recently. However, as integration proceeded into new areas which are highly sensitive the derived legitimacy the EU is based on no longer sufficed to appease the citizen. The EU became a scapegoat for many of the

15 William Wallace "Rescue or Retreat? The Nation-State in Western Europe, 1945-93" in P. Gowan, P. Anderson eds. *The Question of Europe*, (London: Verso, 1997), 21-50, p.45.

16 Anthony D. Smith, "National Identity and the Idea of European Unity", in P. Gowan, P. Anderson eds. *The Question of Europe*, (London: Verso, 1997), 318-342, p.336.

troubles that the citizens of the member states are experiencing such as unemployment, urban crime, and price increases. As the nation-state, in part due to its diminished power to control developments within the national borders, can no longer find a cure for these problems the likely suspect becomes the EU as an outside force that meddles in internal affairs without proper mechanisms of legitimacy and accountability.

As the title of Alan S. Milward's well-known book *The European Rescue of the Nation State*¹⁷ implies, the founding of the European Communities in the 1950s was in a sense a vehicle for the resurrection of the West European nation-state in the aftermath of the destruction of the Second World War and in the changing circumstances of the world. The emergence of two continental super powers and the ending of the West European colonial empires meant that the West European nation-state had to adjust to the realities of the new world conjuncture. In this sense the EC provided for the empowerment of the member states by pooling of resources and the creation of a wider market that would also contribute to maintaining their status in the world. One of the flagship policies of the EC, the common agricultural policy, for example, protected the agricultural producer at the expense of destabilizing world markets.

Today the EU can no longer serve this function of providing a shelter to the member states from the competition and pressures of the wider world. Continuing the example of agriculture, the EU since the Uruguay Round of world trade talks is under pressure to cut and rationalize its agricultural price support mechanisms which it is trying to accomplish in a piecemeal fashion. Similarly environment policy cannot be contained within the EU but has global connotations such as the implementation of the Kyoto protocol. It may be observed that the EU can no longer maintain some of its traditional policies and has to engage in revisions and changes while its success with regard to newer policy areas such as EMU and CFSP is under question. Moreover, it cannot protect the citizens against widespread immigration and movement of people which is seen by a considerable number of member state citizens as a threat to the labor market, internal security and ultimately to national unity and identity. Paradoxically, Europe which does not

17 Alan S. Milward, *The European Rescue of the Nation State*, (London: Routledge, 1999).

elicit a noteworthy sense of identity is perceived as threatening national identity.

At the beginning of a new century Europe is going through profound changes. The change in the international system, recent events as the September 11 bombings and the Iraq war altered the established facts of the international system. With the effects of globalization, goods, capital, information and human beings have begun to move at a greater pace thus making traditional borders meaningless. The world as we know it is no longer existent. Change has its winners as well as its losers. Those without a decent standard of living, workers without jobs, the less skilled and less well-off who cannot enjoy the fruits of technological advancement, faster transportation or easier communication, feel threatened by these developments. Globalization, large-scale immigration, the incidence of living side-by-side with different cultures, lack of effective policies of coexistence and integration alienated segments of the population to their home country and the system they live in. The general mood was a sense of being assailed by forces and events one has little control over.

Under these conditions the EU, like other organizations and states, is struggling to adapt to global developments by extending its borders and deepening the process of integration. The recent debate about the final shape of European integration produced a halfway document that could not introduce extensive changes or correct such issues as the democratic deficit. It just brought some moderate solutions. The prospect of a deepening union of states that extend its borders to less wealthy countries to the East further threatened the sense of security that traditional borders and national markets supplied. Thus Europe of the future can be contemplated and optimistically anticipated only by those who have to gain from this development like those that are well-educated, those who speak foreign languages, and those who have adequate sources of income. The EU which may be seen as a political organization based on the experiences of the past but adjusted to the future will most probably find a way out of this crisis. But it should be underlined that a Union that wishes to extend the degree of integration and cooperation should also be able to devise appropriate mechanisms to involve the citizen into the system and acquire the allegiance of the people. It is high time that the EU should start to take action regarding the *demos* of Europe. The voice of Europe cannot be heard, its shape is not visible, and the road

it is taking is foggy. A Europe that cannot articulate a vision for the people, define its external role as a global actor and inspire a sense of purpose is a Europe that will undoubtedly have problems in acquiring the support and allegiance of the people.

AVRUPA BİRLİĞİ'NDE SULARIN YÖNETİMİ, ORTAK SU POLİTİKASI VE SU ÇERÇEVE DİREKTİFİ

Yard. Doç. Dr. Sevim Budak

İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Kentleşme ve Çevre Sorunları Anabilim Dalı

1.GİRİŞ

Sular hukuki olarak düzenleme konusu edilmek istendiğinde, yeraltı ve yüzey suları, tatlı ve tuzlu sular olarak farklı şekillerde karşımıza çıkmakta ve yeknesak bir politika ile ortak hukuk kuralları tesis etmemizi zorlaştırmaktadır. Günümüze kadar sular yaşamımızda oynadığı rollerin çeşitliliğine dayalı bir biçimde ve farklı şekillerde yönetilmiş ve düzenleme konusu edilmiştir. Her ülkenin hukukunda suları korumaya yönelik yüzlerce hukuki metinle karşılaşmakta, yine suları kimin yönettiği incelendiğinde birbirleriyle çatışan ya da yarışan yetkilerle donanmış merkezi ya da yerel onlarca idari makam ile karşılaşmaktadır.

Bugün su ekosistemlerini oluşturan farklı çevrelerin fiziksel olarak birbirlerine sıkı sıkıya bağımlı olduğu ortaya çıkmıştır. Bu gerçek, su kaynaklarının birbirleriyle uyumlu bir şekilde yönetimini zorunlu kılmaktadır. Bugüne kadar farklı şekilde yönetilmeleri ve farklı kullanımlara uğramaları nedeniyle sular, hem kirlenme hem de aşırı tüketim sorunu ile karşı karşıyadır. Burada kirlenme ve aşırı tüketimin dünya su kaynakları açısından yarattığı sorunların boyutlarının hangi noktada olduğu sorusu, okuyucuyu ra-

kamlara boğmamak açısından incelenmeyecektir¹. Çalışmamızda iki farklı türde sorunun mevcut olduğu ve çözüm gerektirdiği verili bir şekilde kabul edilmektedir. Bu noktada soruna hukuki ve yönetsel açıdan yaklaşılacaktır.

Konuyu bu şekilde ele aldığımızda ise yukarıda da değindiğimiz geniş bir çalışma alanı ile karşılaşmaktadır. Çünkü su kirliliğinin önlenmesi ve suların daha rasyonel ve hakkaniyete uygun şekilde kullanılmasının sağlanmasında çeşitli ülkelerinin meseleye çok farklı şekillerde yaklaşmakta oldukları görülür.² Bu nedenle çalışma sahamızı daha daraltma ihtiyacı duyduk ve Avrupa Birliği ile sınırladık. Avrupa Birliği'nde ise, üye devletler tek tek incelendiğinde, suları nasıl kullandıklarına bağlı olarak farklı yönetim modelleri geliştirdikleri, bu farklılıkların özellikle içme sularının daha da çok kirlenmesine ve aşırı tüketilmesine yol açtığı görülmektedir³. Bunun nedeni Avrupa Birliği dahilindeki akarsuların birden fazla ülkeden geçmesi ve göllerin birkaç üye devlete kıyılarının olmasıdır. Bu gerçek karşısında Avrupa Birliği'nde su kaynaklarının ortak yönetimi gerekli olmuştur.⁴ Bunun yanında önemli bir etken daha vardır, o da Birlik dahilinde ortak su politikasının geliştirilmesinde Komisyonun su kullanan büyük girişimler arasındaki rekabetin bozulmasının önlenmesi isteğidir.⁵ Aşağıda Avrupa Birli-

- 1 Konuyla ilgili olarak bkz. Dünyada Su Sorunları ve Stratejileri, Ed. Aziz Koluman, ASAM Yayınları, Ankara, 2002; Ahmet Alpaslan / Nilgün Harmancıoğlu: "Türkiye'de ve Dünyada Su Politikaları", III.Ulusal Hidroloji Kongresi Bildiriler Kitabı, 27-29 Haziran 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, s.111-118; Dursun Yıldız, Akdeniz Havzası'nda Su Sorunları ve Türkiye, TMMOB İMO Ankara Şubesi, Ankara, 2003; Konuralp Pamukçu, Su Politikası, Bağlam Yayınları, İstanbul, 2000.
- 2 Dünyadaki su kaynaklarının yönetimi için bkz. Su Havzaları Kullanımı ve Yönetimi, 8. Beş Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu, DPT Yayını, Ankara, 2001; Sevim Budak: "Karşılaştırmalı Hukukta Su Kaynaklarının Korunması ve Denetimi". Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:17-18, sayı:1-2, 1997-1998, s.81; John McCormick: Environmental Policy in the European Union, Palgrave, China, 2001, s.195-196.
- 3 David Stanners / Philippe Bourdeau: Europe's Environment: The Dobrí_ Assessment, European Environment Agency, Copenhagen,1995. Bu rapor biri 1998 diğeri 2003 yıllarında olmak üzere iki kez revize edilmiştir. Web sayfası olarak bkz. <http://reports.eea.eu.int/92-8265405-5/en/page005new.html> 3.8.2005.
- 4 Nicholas Moussis: Avrupa Birliği Politikalarına Giriş Rehberi, Mega Press, İstanbul, 2004, s.348.
- 5 Ibid.

ği'nin üye devletler için geliştirmiş olduğu su yönetimi mekanizmasını saptamayı amaçladık. Bugüne kadar yapılan çalışmalarda⁶ genelde Türk su hukununun ve yönetim modelinin AB'ye uyumu araştırılmıştır. Bu yazıda farklı bir yöntemle hareket edeceğiz. Öncelikle suların yönetiminde Avrupa Birliği'nin geliştirmiş olduğu politik yaklaşımları ve hukuki yöntemleri, ilkeleri ve yönetsel modeli inceleyecek ve ikinci olarak kısaca geliştirilmiş olan bu modelin Türkiye için uygunluğunu değerlendirmeye çalışacağız.

2. Avrupa Birliği'nde Suların Korunması

Avrupa Birliğinde suların korunmasına ilişkin düzenlemeler üç farklı aşamada gelişmiştir. Bunlardan su kirliliğinin kontrolü AB çevre politikasının en eski ve en gelişmiş sektörlerinden biridir. Bu sektördeki düzenlemelerin Birliğin ilk çevre hukuku tedbirleri olduğunu söylenmektedir.⁷

Avrupa Birliği'nde suların korunmasına ilişkin ilk düzenlemeler 70'li yılların ürünüdür ve Birliğin Birinci Çevre Eylem Programının çizdiği çerçevede ele alınmıştır⁸. İlk Eylem Programı suyu öncelikli olarak ele alınması gereken bir eylem alanı olarak tanımlamıştır. Ancak bu aşamada (1973-1980) geliştirilen ilk tedbirlerin suların çevresel bir bileşen olarak korunması amacından çok, insan sağlığının korunmasına yönelik kaygılarla şekillendiği ifade edilmektedir.⁹ Bu noktada Birlik dahilinde suların korunması politikasının öncelikle su kalite kriterlerinin oluşturulmasına odaklandığı görülmektedir. Su kalite kriterleri dediğimizde ikili bir yapı ile karşılaşırız. Getirilecek kriterler ilk olarak insan sağlığına (çevre sağlığına değil) zarar vermemeyi sağlayacak; ikinci olarak da kirlenmenin kümülatif etkilerini sınırlamak için gerekli asgari kalite gereksinimini tanımlayacaktır. Bu aşamada Birliğin koruma hedefleri üç noktada özetlenebilir:

-
- 6 Avrupa Birliği'nde ve Türkiye'de Çevre Mevzuatı, TÇV Yayını, Ankara, 2001, ss.266-268; Avrupa Birliği'nin Çevre Politikası ve Türkiye'nin Uyumu, İKV Yayını, İstanbul, 2001, ss.156-162.
- 7 Astrid Epiney: Umweltrecht in der Europaeischen Union, Carl Heyman Verlag, Köln, Berlin, Bonn,München, 1997,s.219.
- 8 Avrupa Birliği'nin Çevre Politikası ve Türkiye'nin Uyumu, İKV yayını, İstanbul, 2001, s.56.
- 9 McCormick, op.cit., s. 196.

1. Kirliliklerin azaltılması ve engellenmesi yoluyla suyun kalitesinin korunması,
2. Kaynakların etkin şekilde kullanılması ve su temininin güvence altına alınması,
3. Su ile ilgili verilerin toplanması.

Bu hedeflere ulaşmada kullanılan yöntemler açısından Birliğin iki farklı yol izlediği ve buna bağlı olarak direktifler çıkardığı görülmüştür. Birliğin kullandığı birinci yöntem yukarıda da kısaca değindiğimiz suların kalitesinin korunması ve iyileştirilmesinde su kalitesini esas alan düzenlemelerin kabul edilmesidir. Burada Birlik, suların kullanım şekline bağlı olarak farklı kalite standartları tespit etmekte ve suların kullanımını ya da kullanım şekline bağlı olarak farklı sınır değerler hesaplamaktadır. İkinci yöntem olarak Birlik sulara yapılan deşarjları esas alan düzenlemeler kabul etmiştir. Bu tip düzenlemelerde belirli tehlikeli maddelerin sulara deşarjının yasaklanması ya da sınırlandırılması söz konusudur.

80'li yıllara gelindiğinde suların korunması ile ilgili çalışmalara kısa bir ara verildikten sonra 1988 yılından 1995 yılına kadar sürecek ikinci safhaya geçilmiştir. Birlik sularının korunmasına yeni bir ivme vermek bakımından 1988 yılında Frankfurt'ta Bakanlar seviyesinde bir toplantı gerçekleştirilmiş ve toplantıda o zamanki adıyla Topluluk Su Politikası'nı yeniden ele almak, yapılması gerekli işler hakkında öneriler geliştirmek ve kapatılması gereken açık noktaları tespit etmek amaçlanmıştır.¹⁰ Yine bu dönemde emisyon sınır değerlerine ilişkin mevcut düzenlemeler gözden geçirilmiş ve gerekli sıkılaştırma ve iyileştirmeler yapılmış; farklar kapatılmaya çalışılmıştır. Özellikle çeşitli kaynaklardan sulara bırakılan kirletici maddeler için maksimum değerler oluşturulmaya çalışılmıştır.

Bu dönemin önemli bir özelliği 1987 yılında Tek Senet değişikliği ile Avrupa Topluluğunu kuran Roma Anlaşması'na çevrenin korunması ile ilgili açık hükümlerin (bunlar 130R, 130S ve 130T maddeleridir) konulmuş olmasıdır. Bu yeni yasal temele dayalı olarak sulatrın korunması hukuku daha da gelişecektir. Burada önemli bir yaklaşım değişikliği de kendini gösterecektir. O da şudur: Yeni çıkartılacak yönergeler bundan böyle sadece in-

10 McCormic, op.cit., s.201.

san sağlığının korunmasına değil, çevrenin bir bütün olarak korunmasına hizmet edecek şekilde kaleme alınacaklardır. Etkin bir su korumasının olabilmesi için emisyon sınır değerleri ile su kalite kıstaslarının bir arada değerlendirilmesi (buna entegre-birleştirilmiş yaklaşım adı verilecektir) gerekecektir. Burada ayrıca "hassas bölgeler" ile "daha az hassas bölgeler" ayrımı karşımıza çıkacaktır.

Nihayet üçüncü aşamada (1996-), Topluluk su politikasının şekillenmesinde organların kökten değişikliğe gittiği görülmektedir. Bu çok normaldir. Çünkü, yapılan tüm çalışmalara ve Ren ve Tuna nehirlerinin su kalitesinde görülen önemli gelişmelere rağmen, Avrupa Birliği'nin su kaynaklarının yönetimi hala çok kritik bir konu oluşturmaya devam etmektedir. Birlik tarafından yapılan bir çalışmaya göre¹¹ Avrupa nehirlerinin üçte biri düşük ya da orta kaliteye sahiptir ve ciddi kirlenme etkilerine açıktır. Yüzeysel sularının %20'si ciddi kirlilik tehdidi altındadır. Kentleşme ve sanayileşmenin yoğun olduğu bölgelerin aşağı yukarı %60'ında, yer altı suları aşırı kirlenmiştir. Avrupa sulak alanlarının yarısında aşırı kirlenmeden kaynaklanan sorunlar baş göstermektedir. Yine Birlik dahilinde tarımsal alanların hemen hemen üçte birinde mevcut suların, içme suları normlarının üzerinde nitrat konsantrasyonu içermekte olduğu görülmektedir.

Avrupa Birliği'nin suların korunmasına ve yönetimine yönelik politikasının bu son dönem itibarıyla gösterdiği değişikliklere baktığımızda, bu politika alanının küresel bir karakter kazanmaya başladığı görülmektedir. Bunu da sürdürülebilir su yönetimi yaklaşımı ile kaleme alınmış 2000/60 sayılı Su Çerçeve Yönergesi¹² ile dile getirmişlerdir. Bu konuya aşağıda yeniden değinilecektir.

3. AB Su Politikası ve Hukukunda Kısa Kronolojik Gelişmeler

Avrupa Birliği'nde suları korumaya yönelik ilk düzenleme, ki buna ilk dalga demektirler, 1975 yılında içme suyu temin etmek için kullanılan nehir ve göllerin hangi standartlarda olması gerektiğine ilişkin kıstasları belir-

11 LIFE FOCUS/ Water an essential Resource, LIFE and the New European Water Policy, Luxemburg, Office for Official Publications of the European Communities, 2002, s.2.

12 Su Çerçeve Direktifi OJ L 327, 22.12.2000.

lemek amacıyla hazırlanmıştır¹³. 1980'de ise içme sularının kalite hedeflerini belirleyen bir başka direktif ile pekiştirilmiştir¹⁴. Bu iki direktifi, su ürünlerine ilişkin iki direktif¹⁵ ile yüzme suları ve yeraltı suları hakkında diğer iki direktif¹⁶ izlemiştir. Bu yıllarda suların korunması konusunda bir başka temel direktif ise Tehlikeli Atıklar Direktifi'dir¹⁷. Avrupa Birliği'nde suları korumayı amaçlayan çalışmaların ikinci safhasında ise 1991 yılında çıkartılan iki önemli direktif ile daha karşılaşırız. Bunlar;

- Kentsel atıksuların arıtılması hakkında direktif¹⁸ ile,
- Nitrat (tarımsal kökenli kirleticiler) direktifidir¹⁹.

Son aşamaya gelindiğinde ise Komisyon'un 1996 ve 1998 yıllarında iki yeni düzenleme daha yaptığı görülür. Bunlardan en önemlisi 1998 tarihli yeni içme suyu direktifidir. Komisyon bu direktifte su kalite kıstaslarını gözden geçirmiş, gerektiği yerlerde de standart sıkılaştırması yoluna gitmiştir. Komisyon 1996 yılında büyük endüstriyel tesislerden kaynaklanabilecek kirlenmelere atıfta bulunan entegre kirlilik ve bunu önlemeye yönelik denetimleri içeren bir başka direktif²⁰ daha kabul etmiştir.

Yukarıda sözü edilen düzenlemeler incelendiğinde Avrupa Birliği organlarının suların korunmasına yönelik tedbirler alırken "komuta-kontrol" felsefesi yaklaşımını benimsediğini ortaya koymaktadır. Buna karşın 70'li yıllarda çıkarılmış bütün bu standart saptama ve denetleme kuralları, tüm sıklıklarına rağmen, Avrupa coğrafyasındaki suların (özellikle de içme suyu olarak kullanılmakta olanların) kalitelerinde bir iyileşme sağlamamıştır²¹.

13 OJ L.194 25.7.1975, s.34.

14 OJ L.229 30.8.1980, s.11.

15 OJ L.281,10.11.1979 OJ L222 14.08.1978.

16 OJL31 5.2.1976, s.1 ve OJ L.20 26.11.1980, s.43.

17 OJ L129 18.5.1976, s.23.

18 OJ L135 30.5.1991, s.40.

19 OJ L375 31.12.1991, s.1.

20 Kısa adı SEVESO Direktifidir. OJ L10, 14.1.1997.

21 1995 yılında Avrupa Çevre Ajansı, Avrupa Birliği dahilinde çevrenin durumu hakkında güncelleştirilmiş bir rapor yayımlamış ve ilgili raporunda niceliksel hem de niteliksel olarak Topluluk sularının korunması gereğine dikkatleri çekmiştir. Bu raporun güncellenmiş nihai hali için bkz.

http://reports.tr.eea.eu.int/report_2003_0617_15096/tr/TR_WIR_www.pdf

Dahası 1995 yılında Kuzey Avrupa'da sıkça karşılaşılan su baskınları, yine aynı yıl Güney Avrupa'da görülen su kıtlıkları Birlik Konseyi'nin Komisyon'a bir çağrıda bulunmasını gerektirmiştir.²² Bu çağrıda Konsey Komisyon'dan Birliğin su politikası üzerinde kökten değişiklikler yapmasını istemiştir.

1995'in ortalarında Avrupa Birliği Komisyonu, suların korunması hakkında komuta ve kontrole dayalı politikanın yanında daha kapsamlı bir politika belirlemek gerektiğini dile getiren bir Bildiri yayımlamıştır²³. Komisyon, İçme suyu direktifi ile kentsel atıkların arıtılması hakkındaki direktifin o dönemde Avrupa su politikasının mihenk taşı olduğu kanaatindeydi. Bu direktifler sayesinde, vatandaşlar suyun kalitesi hakkında çevresel bir bilinç geliştirmiş ve suyla ilgili konularda kendilerinin de birer "taraf" olduklarının farkına varmışlardır. Bu nedenle Komisyon, Bildirisinde yeni Avrupa su politikasının, açık konsültasyon usulünü kullanarak ve tüm tarafların katılımı da sağlanarak geliştirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bundan sonra Komisyon, yeni su politikasını geliştirebilmek için hazırladığı taslağını Konsey, Avrupa Parlamentosu ve ilgili tüm taraflara, yani bölgesel ve yerel yönetimlere, su kullanıcılarına ve Sivil toplum kuruluşlarına yollamış, kendisine ulaşan görüşleri değerlendirmek amacıyla 1996 yılının Mayıs ayında Brüksel'de halka da açık iki günlük bir su konferansı tertiplemiştir. Üye Devletlerden, bölge ve yerel idarelerden, uygulamacı örgütlerden, su tedarik eden örgütlerden, sanayi, tarım kesiminden, tüketicilerden ve çevreci derneklerden toplam 250 civarında katılımcı konferansta bir araya gelmiştir. Konferansın sonunda alınan kararlar geniş kapsamlı bir uzlaşmanın sonucudur. Tüm katılımcılar suya dair mevcut sorunları gidermek için tek bir çerçeve düzenlemenin gerektiği noktasında görüşbirliğine varmışlardır.²⁴

Komisyon'un bundan sonraki adımı Birlik ülkeleri için geçerli bir "Su Çerçeve Direktifi" taslağı geliştirmek şeklinde olur. Taslak Direktif, bir takım anahtar noktaları bir araya getirmektedir. Öncelikle Direktif ilk kez suların korunmasında tüm suları yani, yüzeysularını, yeraltı sularını ve kıyıları kapsayacak entegre bir çerçeve geliştirmiştir. Yani suların korunmasında parçalı yapıdan bütüncül bir yapıya geçilmiştir. İkinci olarak tüm sular için

22 Mc Cormick, op.cit., s.203.

23 Bildirinin içeriğine aşağıda değinilecektir.

24 Mc Cormick, op.cit., s.204.

“iyi durumda” statüsüne ulaşmak belli bir takvime bağlanmıştır. Üçüncü olarak, su yönetimi havza esasına bağlanmıştır. Dördüncü olarak, sulara bırakılacak kirletici maddeler için deşarj sınır değerleri ile kalite standartlarını birleştiren yeni bir koruma yöntemi uygulamaya koyulmuştur. Bu korumayı sağlamak için koruma kuşaklarının (zonlar) oluşturulması istenmiş; özellikle Avrupa ülkeleri için temel içme suyu kaynağı teşkil eden yeraltı sularına doğrudan yapılacak deşarjlar yasaklanmış ve bu suların izleme altına alınmaları hükme bağlanmıştır. Beşinci olarak vatandaşa daha yakın kararlar almak olarak ifade edebileceğimiz bir süreç kabul edilmiştir. Son olarak, uygulamaya daha elverişli ve daha kolay anlaşılır bir yasal düzenleme üretmek amaçlanmıştır. Bunlara aşağıda daha ayrıntılı değinilecektir.

4. Avrupa Birliği Su Politikasının Ana Hatları

Avrupa Birliği'nde suların korunması konusunda ortak bir politika vardır. Bu ortak politikanın hedefi su kaynaklarının idaresi bakımından “şeffaf, etkili ve entegre bir politika” geliştirmektir. Komisyon'un 21 Şubat 1996 tarihli Birliğin su politikasının esaslarını saptayan Bildirgesinde²⁵ entegre politika geliştirilecek alanlar tek tek saptanmıştır. Buna göre;

1. İçme suyu temininde kullanılan sularda,
2. İnsan tüketiminden ziyade diğer birtakım iktisadi gereksinimler dolayısıyla kullanılan sularda,
3. Su çevresinin korunmasına ilişkin alanlarda,
4. Doğal afetlerden doğabilecek zararların sınırlandırılması alanlarında entegre politika geliştirmek gerekmektedir.

Komisyon yine aynı kararında su kirliliğinin kaynaklarına değinmiştir. Öyle ki, sular tek bir kaynaktan kirlenebilir, farklı ve yaygın kaynaklardan kirlenebilir, endüstriyel nitelikli ya da gemi kaynaklı kazalar neticesinde kirletilebilir, asitleşme nedeniyle kalitesini kaybedebilir ve de yosunlaşma nedeniyle kirlenebilir. Tüm bunlar bakımından belli ilkelere dayalı bir ortak su politikası tesis edilmelidir. Bunlar Avrupa Topluluğunu Kuran Roma Anlaş-

25 Daha sonra bu Bildirge bir Komisyon taslağına dönüşecektir. Bkz. OJ C 184 17.6.1997, s.20.

masının 174'üncü maddesinde de dile getirilen ilkelerdir; buna göre:

1. Herşeyden önce Birliğin su politikası “yüksek bir koruma” hedefine sahip olmalıdır.
2. İhtiyatlı olmalı ve önlemek ilkelerine dayanmalıdır.
3. Suyu kirleten ve su çevresine zarar veren herşeyle öncelikle kaynağında mücadele etmeyi amaçlamalıdır.
4. Bütün bu ilkelere göre hareket edildi ama yine de kirlenme meydana geldiyse, bunun zararını da kirlenene yükleyecek mekanizmalar oluşturulmalıdır. “Kirlenen öder.”
5. Birlik organları, Birliğin diğer politika alanlarında (rekabet, ticaret, tarım, ulaştırma, enerji, balıkçılık gibi) tedbir üretirken suların korunmasını da göz önünde bulundurmalıdır.
6. Sular korunacaksa bilimsel ve teknik açıdan uygulanabilir en iyi teknoloji (Best Available Technology: BAT) kullanılmalıdır.
7. Birliğin bölgelerindeki farklı su çevrelerindeki koşullara dayalı olarak tedbirler üretilmelidir. Buna göre “hassas yöreler” gerekirse Birliğin ortak standartlarından daha sıkı deşarj ve yapılaşma koşul ve standartlarına tabi tutulabileceklerdir.
8. Suların korunmasında fayda maliyet analizi yapılmalıdır.
9. Suları koruma adına Birlik organları tarafından tedbirler alınırken Birliğin iktisadi ve sosyal gelişimi bir bütün olarak değerlendirilmelidir.
10. Suların korunması için uluslararası işbirliği geliştirilmelidir.
11. Birlik ve Üye Devletler arasında suların korunması konusundaki yetki paylaşımında suları kim daha iyi ve daha etkin şekilde koruyacak tedbirler getirmeyi sağlayabilecekse, o seviyeden hareketle tedbirler geliştirilmelidir. Yetki ikamesi ilkesi denilen bu ilke ile suların korunmasında ne Birlik organları ne de Üye Devletler tek başlarına tedbir alabileceklerdir. Burada suları kimin daha iyi ve etkin şekilde koruyabileceği konusunda bir ciddi bir değerlendirme yapmak gerekecektir.

Birlik dahilindeki suların korunmasında mevcut düzenlemelerin daha

rasyonel hale getirilmesi ve kirlenmenin Birlik sınırları içerisinde denetimi ve izlenmesinin iyileştirilebilmesi için Komisyon aynı tarihli raporunda su kaynakları konusunda bir çerçeve direktifin çıkarılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu direktif içerisinde yukarıda saydığımız hedef ve ilkeler yer alacak, ortak kavram açıklamaları bulunacak, suların korunması konusunda yeknesak hükümler getirecek ama buna karşılık kendisinden önce çıkan Topluluk direktiflerinin düzenleme alanına müdahale etmeyecektir. İlgili direktif Üye Devletlerden su havzalarında oluşturulacak su yönetim şeklinin entegre şekilde planlanmasını da talep edecektir. Direktif uyarınca bir komite oluşturulacak ve bu komite ilgili Direktifin uygulanmasını denetleyip güncel hale getirilmesine çalışacaktır.

Komisyon'un bu bildirgesinden sonra Avrupa Parlamentosu ve Konsey arasında tartışma ve görüşmelerden sonra "ortak karar alma prosedürü" uyarınca 2000 yılında Avrupa Birliği Su Çerçeve Yönergesi²⁶ yasal hale gelerek yürürlüğe girmiştir.

5. Avrupa Birliği Su Çerçeve Yönergesi ve Getirdiği Temel İlke ve Hedeflerin Değerlendirilmesi

5.1 Genel olarak

Direktifin hükümlerini incelemeye geçmeden önce şu tespitleri yapmakta yarar vardır: 2000/60 sayılı Su Çerçeve Direktifi, bugüne kadar geliştirilmiş suları korumaya dönük düzenlemelerden büyük bir fark taşımaktadır. Herşeyden önce Avrupa'da su kaynaklarının *sürdürülebilir* kullanımını hedeflemektedir, ancak bundan da önemli olarak hem üye devletlerde hem de aday ülkelerde su kaynaklarının kullanılması ve yönetiminde doğrudan ya da dolaylı alakası olan tüm kişilere uygulanacak olan hükümler getirmektedir.

Direktif, deniz sularının dışındaki sulara uygulanacaktır. Bunlar, yüzeysuları, yeraltı suları, kıyılar ve sınıraşan sular olarak belirtilmiştir.

Direktifin en esaslı kısmını nehir havzaları için entegre bir yönetim planı getirmiş olması oluşturmaktadır. Bu entegre havza planı, önceden tanımlanmış coğrafi bir bölgeye dayalı olarak ve nehrin kaynağına yakın yer-

26 OJ L 327 22.12.2000, s.1.

deki sular ile nehrin aktığı yerdeki suların kalitesi üzerinde uygulama olanağı verebilecek şekilde işleyecektir. Hedef 2015 yılına kadar Avrupa Birliği'nin tüm su kaynaklarının bu Direktifin tanımladığı “iyi-kaliteli su statüsü” ne ulaştırılmasıdır. Üye Devletler bu süreçte önemli bir rol oynamaktadırlar. Üye Devletlere düşen rol “nehir havzası otoritelerini” tanımlamak, her bir havza otoritesi için de koruma programları içeren “havza yönetim planı” kabul etmektir. Yine Direktif, Avrupa’da su kaynaklarının ve ekosistemlerinin gelecekteki yönetimi hakkında çok önemli düzenlemeler içermektedir. Bu Direktif, sanayi ve tarımda zehirli kimyasal maddelerden arındırma programları başlatacaktır. Bu maddelerin başında Atrazin, Kurşun, Kadmiyum, Civa ve Nikel gelmektedir²⁷.

Bu toplu açıklamadan sonra Çevre Çerçeve Direktifin incelenmesine geçelim.

5.2. Direktifin Temel Hükümleri

23 Ekim 2000 tarihli Direktif 26 madde ve 11 Ek'ten oluşmaktadır. Direktifin başlangıç kısmında suların korunması bakımından önem taşıyan ifadeler yer almaktadır. Direktif başlangıç kısmında önemli bir tespit yapılmaktadır. Şöyle ki, Direktif'in genel politik yaklaşımına göre: “*Su, alışılmış ticari bir mal değildir. Aksine, korunması, savunulması ve uygun şekilde muamele edilmesi gereken doğal bir mirastır.*”

Bu Direktifin amacı da bu mirası gerektiği gibi koruyabilmek için lazım gelen tedbirlerin bir an önce çıkarılmasını sağlamaktır. Bu amacı biraz daha açarsak şunları görürüz:

- Tüm yüzey sularının halihazırdaki durumunun daha da kötüleşmesini engellemek ve bu suları temizlemek, iyileştirmek, iyi bir ekolojik potansiyele ve iyi bir kimyasal yapıya dönüşmelerini sağlamak,
- Tehlikeli maddelerin sulara dökülmesini ya da bırakılmalarını sınırlamak,
- Yeraltı sularını korumak, iyileştirmek, sağlıklı hale getirmek, kirliliğini ve kötüye gidişini engellemek, yeraltı suyu çıkarmak ile bu suların yeniden dolmasını temin etmek arasında bir denge kurmak,

27 LIFE Focus, op.cit., s. 3.

- Koruma kuşakları altına alınmış bölgeleri (havzalar, doğal sitler) korumak.

Direktif'e göre, hert bir üye devlet, suların korunması için tek bir yönetsel sistem geliştirecektir. Direktif Üye Devletlere su yönetiminin tek bir sistem olarak en iyi kurulabildiği model olan "*havza esaslı yönetim modeli*"ni önermektedir. Burada yönetsel yahut politik sınırlara göre belirlenmiş bir yönetimden ziyade, doğal, coğrafi ve hidrolojik özelliklere göre oluşturulacak tek bir birimden söz edilmektedir. Bu yaklaşımın en iyi örnekleri olarak da Ren, Maas ve Schelde nehir havzalarında geliştirilmiş olan yönetim modelleri gösterilmektedir. Bu nehirler aynı zamanda Üye Devletlerin milli sınırlarını aşan nehirlerdir. Hatta bunlardan Ren Nehri, Birliğin sınırlarının da ötesine geçmektedir. Direktifin 3. maddesinde Üye Devletlerden kendi egemenlik alanlarına giren su havzalarını belirlemeleri ve her bir su havzası için bu direktifin hedeflerine odaklanmış yetkili bir havza yönetimini 2003 yılı sonuna kadar oluşturmaları istenmektedir. Direktife göre, küçük havzalar daha büyük havzalarla birleştirilebilecek ve komşu küçük havzalar için tek bir havza yönetimi oluşturabilecektir.

Direktif'in 4'üncü maddesine göre, her bir nehir havzasında 2009 yılı sonuna kadar "*havza temelli bir yönetim planı ve programı*" hazırlamak, bu plan kapsamında Direktifin öngördüğü tedbirleri geliştirmek ve her altı yılda bir güncelleştirmek gerekmektedir. Yine bu hükümlerle bağlantılı olarak 6. maddedeki düzenlemeye göre Üye Devletler, havzalarda koruma kuşakları ilan edebileceklerdir. Bunu ise Direktifin yürürlüğe girişinden itibaren 4 yıl içerisinde gerçekleştirmek zorundadırlar.

Yine Direktifin 7'inci maddesi, Üye Devletleri içme suyu elde etmek amacıyla kullanılacak olan suları tespit etmeye ve 80/778 sayılı İçme Suları hakkındaki Direktif hükümlerine uygunluklarını güvence altına almaya davet etmektedir. Direktifte suların korunmasına ilişkin kıstasların belirlenmesi ve iyi durumda olduklarına dair değerlendirmelerin yapılabilmesi için bir süre (15 yıl) tanınmıştır. Keza Direktif bu tür değerlendirmelerin Topluluk ve Üye Devletler arasında işbirliği içinde gerçekleştirilmesi gerektiğini de vurgulamaktadır.

Direktif'te koruma altına alınacak olan sulara ilişkin olarak bir dizi kategori geliştirilmiştir. Bunlardan Avrupa seviyesinde anahtar konumda olan sular şunlardır:

1. genel olarak korunması gereken sular,
2. tek kalmış ve değerli habitatlara sahip ve bu nedenle özel olarak korunması gereken sular,
3. içmesuyu kaynağı olarak kullanılan ya da kullanılma niteliğinde olan sular ve
4. yüzülecek sular.

Direktifte, tüm bu koruma kategorileri için her bir su havzasında entegre koruma tedbirleri geliştirmek gerektiği de vurgulanmaktadır.

5.3.Entegre Yaklaşım

Direktife göre, kirlilik yükünün azaltılması ve önlenmesi için Birlik su politikası “entegre” yani birleştirilmiş tedbirlere dayandırılmalıdır. Bu şu anlama gelmektedir: Su politikanızı hem kirlenmeyi emisyon-deşarj sınır değerleri belirlemek yoluyla kaynağında önlemeye çalışmanız gerekecektir, hem de su kaynağınızın topyekun korunmasına imkan verecek şekilde çevre kalite kıstasları belirlemeniz sizden istenecektir. Bu maksatla, Birlik hukuku kapsamında belirli kirletici maddeler ya da madde grupları için ortak çevre kalite kıstasları ya da normları ile emisyon-deşarj sınır değerleri bir arada getirilmeli ve bunların asgari standartları saptanmalıdır.

Buna karşılık Üye Devletler su kaynaklarının hassasiyet derecesine göre Birliğin saptadığı asgari standartların üzerine her zaman çıkabileceklerdir. Yani standartları sıkılaştırabileceklerdir. Keza yine Direktife göre, suları en çok kirleten zararlı ve zehirli kimyasal maddeler için öncelikli sınır değerleri de tespit etmek gerekecektir.

Bu yapılacaklara ilave olarak tüm yüzey sularını kapsayacak şekilde “iyi ekolojik statü” ile “iyi kimyasal statü” olmak üzere iki tip değerlendirme kategorisi saptamak gerekecektir. İyi ekolojik statüde olmanın ne anlama geldiği ilgili Direktifin V. Ek’inde tanımlanmıştır. İyi kimyasal statüde olmak demek, Avrupa seviyesinde kimyasal maddeler için getirilmiş tüm kalite standartlarına uyumlu olmak anlamına gelmektedir.

Direktif’te ayrıca koruma altına alınması gereken sulardan söz edilmektedir. Bu sular bakımından kullanılacak kriterlere her yerde değil, sadece bu özel alanlarda müracaat edilecektir. Ayrıca farklı kriterlerin uygulanması gereken nehir havzalarında aynı amaca hizmet etmesi gereken koruma

kuşakları oluşturmak ve bunlar için “yüksek seviyeli” standartlar tespit etmek gerekecektir.

Çerçeve Direktif havza koruma planı yapılmasını da hükme bağlamıştır. İlgili Plan aslında, belli bir zaman aralığında havza için ulaştırılması gereken hedeflere nasıl ulaşılabileceğinin detaylı bir şekilde hesaplanmasıdır. Burada Direktif en ilgi çekici yanını ortaya koyan bir yaklaşımı dile getirir. Madde 14'e göre havza koruma planları hazırlanırken ya da mevcut planlar güncelleştirilirken, ilgili tüm tarafların, yani vatandaşların, su kullanıcıların ve sivil toplum kuruluşlarının bilgi gereksinimlerinin karşılanması ve konsültasyon sürecine aktif katılımlarının sağlanması gerekmektedir. İlgili madde kapsamında ayrıca suların korunması konusunda çalışan kişi ve kurumlar arasında bilgi ve deneyimlerin paylaşılmasına yardımcı olmak amacıyla bir bilgi ağı oluşturmak gerektiği ve bunu da Birliğin gerçekleştireceği hükme bağlanmıştır²⁸.

Yine Direktif Üye Devletlerden 2010 yılına kadar su kaynaklarını verimli şekilde kullanmaya hizmet edecek ve su kullanıcılarının ise bu korumaya yeterli şekilde katılımlarını sağlayacak bir “su fiyatlandırma politikası” saptamalarını istemektedir. Bu sonuca ulaşmak için Direktif, evsel, endüstriyel ve tarımsal olmak üzere kullanıma bağlı su birim ücreti belirleyen bir sistem getirmektedir.

Son olarak suların korunması bakımından anlam taşıyan bir başka düzenleme 23. madde kapsamında dile getirilmiştir. Bu maddeye göre ilgili Direktifin uygulanması için çıkartılan iç hukuk hükümlerini ihlal edenlere karşı müeyyideler getirilmelidir. Bu yaptırımlar, etkili, ölçülü ve caydırıcı olmalıdır.

5.4. Avrupa Birliği Suların Politikasının Kapsamı Dışında Kalan Konular.

Herşeyden önce Avrupa Birliği belgeleri ;

1. Suların kimin mülkiyetinde (kamu-özel mülkiyet) daha iyi korunacağına dair bir şey söylememektedir. Bunu Üye Devletlerin kendi ulusal düzenlemelerindeki esaslara bırakmış görünmektedir.

28 Bu ağ bugün oluşturulmuştur. Avrupa Çevre Ajansı tarafından koordine edilen su veri ve bilgi toplama ağının adı EUROWATERNET'dir.

2. Öncelikle Direktif, su koruma havzalarının korunmasında esas olarak neler yapılması gerektiğini söylememekte, daha çok sonuç, yani suların temiz statüsüne ulaşması konusu üzerinde ısrarla durmaktadır. Ancak bu noktada Çerçeve Direktifin kendinden önce çıkarılan su koruma direktifleriyle birlikte düşünülmesi gerekir.
3. Su kaynaklarının yönetimini havza esasına bağlamakla beraber, havza teşkilatlanmasının yapısı hakkında bir hüküm içermemektedir. Buna göre havza yönetimleri, merkez teşkilatların su ve havza esaslı bölge yahut taşra örgütlenmeleri olabileceği gibi, yerel teşkilatların su ve havza esaslı ad-hoc örgütlenmeleri şeklinde de organize edilebilecektir. Önemli olan yönetsel sınırlardan ziyade kaynağın korunmasına hizmet edecek ekolojik sınırının nerede başladığını doğru tespit edebilmektir.

Gelecekte havza yönetimleri için örnek bir model oluşturmak gerektiğinde ve Birlik, kendi yetkisiyle bu alanda bir Topluluk tedbiri almak istediğinde Roma Anlaşması'nın 175/2'inci fıkrası karşısına çıkacaktır. Bu hükme göre, su kaynaklarının yönetimi alanındaki tedbirleri Konsey ancak "oybirliği" prosedürüne dayalı olarak alabilir. Yani bu noktada Üye Devletlerin buna ikna edilmeleri gerekir ki bu, bugün çok zor görünmektedir.

6. Türkiye Açısından Kısa Bir Değerlendirme

Türkiye'nin de üyesi olduğu Avrupa Çevre Ajansının Geçici İcra Direktörü Gordon McInnes, Avrupa'da Su Kaynakları, Göstergeler Bazında Hazırlanan Değerlendirme Özeti²⁹ isimli çalışmanın Önsözü'nde aday ülkeler için şu değerlendirmeyi yapmaktadır: "Avrupa Birliği'ne üyelik başvurusunda bulunmuş olan ülkelerde sanayi ve tarım sektörleri pazar ekonomisine geçiş sürecinde oldukça geri kalmıştır. Bu ülkelerde tarımsal faaliyetler AB Üye Ülkelerinde olduğu kadar yoğun değildir. AB'ye üyelik başvurusunda bulunmuş olan ülkelerin tarımsal üretimlerinde AB seviyesini yakalamayı arzu etmeleri halinde su kalitesi bozulacak, su miktarı azalacak, yüzey suları ile yeraltı sularının nitrat konsantrasyonları ve Avrupa Denizlerinin nitrat yükü artacaktır. Bu nedenle AB'ye üyelik başvurusunda bulun-

29 Bkz. Avrupa Çevre Ajansı web sayfası Kopenhag, 2003, s.5

muş olan ülkelerin ekonomilerinin, bu ülkelerin su kaynaklarının kalitesinin ve miktarının gelecekte korunabilmesi için gereken önlemlerin alınması ve uygulanması paralelinde kalkındırılmaları gerekir „.

Yine aynı değerlendirme raporunda Avrupa Birliği'nde özellikle içme ve kullanma esaslı suların miktar ve kalitelere ilişkin bilgiler verildikten sonra, Birliğin özellikle Kuzey ülkeleri bakımından su miktarından çok suların kalitesinin daha fazla önem arz ettiği ifade edilmektedir. Birliğin turizm bakımından gelişmiş Güney Batı ülkeleri açısından ise su miktarı ayrı bir önem taşımaktadır. Bu bölgelerde su tüketimi fazla buna karşılık su miktarı kıttır. Ülkemiz açısından ise Türk Dışişleri yetkililerinin yaptığı sözlü bir değerlendirme³⁰ anlam ifade etmektedir. Bu değerlendirmeye göre Avrupa Birliği Türkiye ile uyum programı çerçevesinde Su Çerçeve Direktifinin yasalaştırılması konusunda ısrar etmekte, Türkiye ise Ulusal Programında ilgili Direktifin hükümlerini ancak tam üyelikten sonra yerine getireceğini taahhüt etmektedir. Bunun nedeni Avrupa Birliği'nin gerekleri ile Türkiye'nin gereklerinin birbirinden farklı olmasıdır. Yine değerlendirmeye göre, AB ülkeleri için suyun miktarı değil kalitesi önemli iken Türkiye açısından kaliteden çok nicelik önem arz etmektedir.

Bu değerlendirmelerden çıkarılacak sonuçlar şunlar olabilir:

Şimdiye kadar söylenenlerin aksine³¹ Türkiye “su fakir” bir ülkedir. Su kıtlığı çekmektedir. Su sorununu sadece bu perspektiften değerlendirsek, su kalitesini artırmaya yönelik bir mantıkla hazırlanmış Avrupa Birliği Su Çerçeve Direktifi ve onu tamamlayan diğer direktifler Türkiye'nin su kıtlığı sorununu tam anlamı ile çözemez. Ancak Türkiye'nin hem su kıtlığı hem de su kirlenmesi sorununu birlikte yaşadığı düşünülürse, Direktifin hükümleri Türkiye açısından anlam ifade etmeye başlayacaktır. Yine Direktif, önerdiği ekolojik bazlı havza yönetim örgütü ve bu örgüt eliyle paydaşlara da danışılarak yapılacak havza planları yardımıyla Türkiye'de suların idaresinde (merkez-yerel örgütlenme) yaşanmakta olan çok başlılık ve yetki karmaşası sorununun giderilmesine yardımcı olabilir. Suların korunmasında kamunun her aşamada kararlara katılımının sağlanması da uygulamanın

30 Bu değerlendirme TEMA Vakfının 18-19 Aralık 2004 tarihlerinde Ankara'da gerçekleştirdikleri Su Çalıştayı'nda dile getirilmiştir. Su Çalıştayı'nın deşifreleri TEMA Vakfı tarafından yayıma hazırlanmaktadır.

31 Aksi görüşte olan pek çok bilim adamı vardır.

2. Öncelikle Direktif, su koruma havzalarının korunmasında esas olarak neler yapılması gerektiğini söylememekte, daha çok sonuç, yani suların temiz statüsüne ulaşması konusu üzerinde ısrarla durmaktadır. Ancak bu noktada Çerçeve Direktifin kendinden önce çıkarılan su koruma direktifleriyle birlikte düşünülmesi gerekir.
3. Su kaynaklarının yönetimini havza esasına bağlamakla beraber, havza teşkilatlanmasının yapısı hakkında bir hüküm içermemektedir. Buna göre havza yönetimleri, merkez teşkilatların su ve havza esaslı bölge yahut taşra örgütlenmeleri olabileceği gibi, yerel teşkilatların su ve havza esaslı ad-hoc örgütlenmeleri şeklinde de organize edilebilecektir. Önemli olan yönetsel sınırlardan ziyade kaynağın korunmasına hizmet edecek ekolojik sınırının nerede başladığını doğru tespit edebilmektir.

Gelecekte havza yönetimleri için örnek bir model oluşturmak gerektiğinde ve Birlik, kendi yetkisiyle bu alanda bir Topluluk tedbiri almak istediğinde Roma Anlaşması'nın 175/2'inci fıkrası karşısına çıkacaktır. Bu hükme göre, su kaynaklarının yönetimi alanındaki tedbirleri Konsey ancak "oybirliği" prosedürüne dayalı olarak alabilir. Yani bu noktada Üye Devletlerin buna ikna edilmeleri gerekir ki bu, bugün çok zor görünmektedir.

6. Türkiye Açısından Kısa Bir Değerlendirme

Türkiye'nin de üyesi olduğu Avrupa Çevre Ajansının Geçici İcra Direktörü Gordon McInnes, Avrupa'da Su Kaynakları, Göstergeler Bazında Hazırlanan Değerlendirme Özeti²⁹ isimli çalışmanın Önsözü'nde aday ülkeler için şu değerlendirmeyi yapmaktadır: "Avrupa Birliği'ne üyelik başvurusunda bulunmuş olan ülkelerde sanayi ve tarım sektörleri pazar ekonomisine geçiş sürecinde oldukça geri kalmıştır. Bu ülkelerde tarımsal faaliyetler AB Üye Ülkelerinde olduğu kadar yoğun değildir. AB'ye üyelik başvurusunda bulunmuş olan ülkelerin tarımsal üretimlerinde AB seviyesini yakalamayı arzu etmeleri halinde su kalitesi bozulacak, su miktarı azalacak, yüzey suları ile yeraltı sularının nitrat konsantrasyonları ve Avrupa Denizlerinin nitrat yükü artacaktır. Bu nedenle AB'ye üyelik başvurusunda bulun-

29 Bkz. Avrupa Çevre Ajansı web sayfası Kopenhag, 2003, s.5

muş olan ülkelerin ekonomilerinin, bu ülkelerin su kaynaklarının kalitesinin ve miktarının gelecekte korunabilmesi için gereken önlemlerin alınması ve uygulanması paralelinde kalkındırılmaları gerekir „.

Yine aynı değerlendirme raporunda Avrupa Birliği'nde özellikle içme ve kullanma esaslı suların miktar ve kalitelerine ilişkin bilgiler verildikten sonra, Birliğin özellikle Kuzey ülkeleri bakımından su miktarından çok suların kalitesinin daha fazla önem arz ettiği ifade edilmektedir. Birliğin turizm bakımından gelişmiş Güney Batı ülkeleri açısından ise su miktarı ayrı bir önem taşımaktadır. Bu bölgelerde su tüketimi fazla buna karşılık su miktarı kıttır. Ülkemiz açısından ise Türk Dışişleri yetkililerinin yaptığı sözlü bir değerlendirme³⁰ anlam ifade etmektedir. Bu değerlendirmeye göre Avrupa Birliği Türkiye ile uyum programı çerçevesinde Su Çerçeve Direktifinin yasalaştırılması konusunda ısrar etmekte, Türkiye ise Ulusal Programında ilgili Direktifin hükümlerini ancak tam üyelikten sonra yerine getireceğini taahhüt etmektedir. Bunun nedeni Avrupa Birliği'nin gerekleri ile Türkiye'nin gereklerinin birbirinden farklı olmasıdır. Yine değerlendirmeye göre, AB ülkeleri için suyun miktarı değil kalitesi önemli iken Türkiye açısından kaliteden çok nicelik önem arz etmektedir.

Bu değerlendirmelerden çıkarılacak sonuçlar şunlar olabilir:

Şimdiye kadar söylenenlerin aksine³¹ Türkiye “*su fakir*” bir ülkedir. Su kıtlığı çekmektedir. Su sorununu sadece bu perspektiften değerlendirsek, su kalitesini artırmaya yönelik bir mantıkla hazırlanmış Avrupa Birliği Su Çerçeve Direktifi ve onu tamamlayan diğer direktifler Türkiye'nin su kıtlığı sorununu tam anlamı ile çözemez. Ancak Türkiye'nin hem su kıtlığı hem de su kirlenmesi sorununu birlikte yaşadığı düşünülürse, Direktifin hükümleri Türkiye açısından anlam ifade etmeye başlayacaktır. Yine Direktif, önerdiği ekolojik bazlı havza yönetim örgütü ve bu örgüt eliyle paydaşlara da danışılarak yapılacak havza planları yardımıyla Türkiye'de suların idaresinde (merkez-yerel örgütlenme) yaşanmakta olan çok başlılık ve yetki karmaşası sorununun giderilmesine yardımcı olabilir. Suların korunmasında kamunun her aşamada kararlara katılımının sağlanması da uygulamanın

30 Bu değerlendirme TEMA Vakfının 18-19 Aralık 2004 tarihlerinde Ankara'da gerçekleştirdikleri Su Çalıştayı'nda dile getirilmiştir. Su Çalıştayı'nın deşifreleri TEMA Vakfı tarafından yayıma hazırlanmaktadır.

31 Aksi görüşte olan pek çok bilim adamı vardır.

gerçekleşmesinde olmazsa olmazlardan biridir.

Bu noktaya kadar Su Çerçeve Direktifi, sunduğu idari model ile Türkiye'nin sularını korumaya yardımcı olabilir. Ancak Direktifte hükme bağlanmış uluslararası havza yönetimi modeli Türk Dışişleri yetkililerini rahatsız etmektedir. Bu konuya değinmekte fayda vardır.

İlgili Direktifin 3. maddesinin 3. fıkrasına göre Üye Devletler birden fazla Üye Devletin toprakları üzerine yayılmış, örneğin Ren, Tuna gibi nehirlerin havzalarını uluslararası nehir havzası olarak ilan edecekler, ilgili Üye Devletlerin talebi üzerine Komisyon bu tip uluslararası havza örgütlenmelerinin tesis edilmesini kolaylaştırmak için faaliyete geçecektir. Yine her bir Üye Devlet, bir uluslararası nehir havzasının kendi egemenlik sahasına düşen kısmında bu Direktifin hükümlerinin uygulanmasını sağlayacak, yetkili idari makamların tespit edilmesi de dahil olmak üzere, uygun idari düzenlemeleri çıkartacaktır. Yine Direktifin 4'üncü fıkrasına göre, uluslararası nehir havzalarında, ilgili Üye Devletler Direktifin 4. maddesinde belirtilen çevre koruma hedeflerine ulaşabilmek için gerekli koordinasyonu birlikte oluşturacaklar ve yine bu amaca ulaşmak için uluslararası anlaşmalardan doğan mevcut yapıları kullanabileceklerdir. İlgili Üye Devletlerin talebi üzerine Komisyon, tedbir alınmasını kolaylaştırıcı faaliyetlere girişebilecektir. Keza 5. fıkraya göre bir nehir havzasının Avrupa Birliği'nin sınırları ötesine uzanması halinde, ilgili Üye Devlet ya da Devletler bu Direktifin hedeflerini tüm su havzası üzerinde gerçekleştirebilmek için Birliğe Üye olmayan ilgili devletlerle gerekli koordinasyonu oluşturmaya gayret edeceklerdir. Üye Devletler bu Direktifin hükümlerinin kendi egemenlik sahaları içerisinde uygulanmasını temin edeceklerdir.

Bu hükümler karşısında, Türkiye'nin kendi sınırları içerisinde doğan veya sınırlarını aşan nehirler bakımından geliştirdiği tezlere kısaca değinmek gerekir. Türk Dışişleri bu nitelikteki sular için uluslararası hukukta kullanılmakta ve Helsinki Konvansiyonu ile de kabul edilmiş bir terim olan "uluslararası su yolu" terimi yerine "sınıraşan sular" terimini yerleştirmeye çalışmaktadır. Sınıraşan sular terimi uluslararası hukukta sadece sınırdaş ülkeleri vurgulamakta, uluslararası su yolu terimi özellikle paydaş olmayan bir ülkenin olaya müdahale etmesini engellemek için bilinçli olarak kabul edilmemektedir. Yine Türkiye'nin bu nitelikteki sular için kaynakların hakkaniyete uygun olarak paylaşılması rejimini getiren Helsinki Anlaşmasını

kabul etmediği ve şimdiye kadar mutlak hakimiyet rejimini (Harmon Doktrinini ABD de savunmaktadır) savunduğu bilinmektedir. Buna karşılık Türk Dışişleri yetkililerinde son zamanlarda, Avrupa Birliği organlarının da ısrarıyla, bir yumuşama görülmektedir³². Türkiye'nin sınıraşan sular politikasının rijitliğinin kalktığı ifade edilmektedir. Sürdürülebilir bir su yönetimine geçileceği, Harmon Doktrinini uygulama lüksümüzün olmadığı vurgulanmaktadır. Yine havza yönetiminde entegre bir yaklaşımın gerekli olduğu, yukarı ve aşağı havzanın bütün boyutlarıyla yönetilmesi gereğine işaret edilmektedir. Yalnız bu noktada Türk Dışişleri yetkilileri çözüm geliştirebilmek için halklar ve ülkeler arasında *güven bunalımının* kaldırılması gerektiğine dikkatleri çekmektedirler ki, konunun can alıcı yanı kanaatimizce buradadır.

Türkiye ilgili Direktifi iç hukukuna olduğu gibi aktarırsa, Birliğe "Tam Üye" olmadan istediği miktarda kullandığı su kaynakları üzerindeki mutlak egemenlik yetkisini kendinden başka bir ülkeye, Birlik organlarına, daha kötüsü Birliğin (Yunanistan gibi) ilgili Üye Devlet ya da Devletlerine kaptıracağını düşünmektedir. Zaten Ulusal Program'da da ilgili Direktifin hükümlerinin ancak tam üye olduktan sonra yerine getirilebileceği vurgulanmıştır. Kaliteli içme suyu temin etmek gelecek elli yılın milletlerarası mücadele alanlarından birini oluşturacak belki savaş nedeni olacaktır. Türkiye bunun farkındadır. Su diğer pek çok yoksul ülkede olduğu gibi Türkiye'de de kıt ve kirlidir. Avrupa Birliği organlarının Su Çerçeve Direktifi vasıtasıyla Türkiye'yi zorlaması ne kıt olan kaynağın daha tasarruflu ve hakkaniyete uygun olarak kullanılmasını sağlayacak ne de suyun kalitesinin artırılmasına hizmet edecektir.

Burada Avrupa Birliği organlarına Roma Anlaşması'nın 175. maddesinin 2. fıkrasını hatırlatmakta fayda vardır. İlgili hükme göre Avrupa Birliği organlarının üye devletlerin su kaynaklarının miktarına ilişkin yönetimini ya da bu kaynakların doğrudan yahut dolaylı olarak ulaşılabirliğini etkileyecek tedbirleri oybirliğini tesis etmeden alamayacağı Nice Anlaşması ile de teyid edilmiştir. Buna göre suyun ne miktarda ve hangi alanlarda ve nasıl kullanılacağına ilişkin yetkileri Üye Devletlerinden alamayan Birliğin, aday ülke Türkiye'den bu konuda tavizlerde bulunmasını beklememesi gerekir. Ancak mutlak yetkilerini korumaya devam edecek olan Türkiye'nin

32 Su Çalıştayında yapılan açıklamalara dayalı olarak bu değerlendirme yapılmıştır.

su kaynaklarını dilediğince kirletmesi de daha fazla devam ettirilebilecek bir politika değildir. Avrupa Birliği Su Çerçeve Direktifinin havza korumaya yönelik modeli dikkatlice incelenmek, ülke şartlarına uydurulmak ve uluslararası havza yönetimi modeli de dışarıda bırakılmak şartıyla iç hukumuza aktarılabilmesi kanaatindeyiz.



ÖZEL HUKUK



DENİZ SİGORTASI VE REASÜRANS HUKUKUNUN GÜNCEL SORUNLARI

*Profesör Rob Merkin
Southampton Üniversitesi; Barlow Lyde & Gilbert*

*Çev: Araş. Gör. Mehtap Civar Engin
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

A: SİGORTALININ AZAMI İYİ NİYET YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sözleşme öncesi yükümlülük

Bu bağlamda en önemli gelişme, “ikna/teşvik” (inducement) unsurunun öne çıkmasıdır.

İlk sigortalının ciddi hata içeren beyanlardan kaçınması ve temel gerçekleri açıklaması gerekliliği, 1906 Deniz Sigorta Yasası bölüm 18 ve 20 içinde temel kural olarak yer alır. Herhangi bir biçimde prim hesaplama veya söz konusu riski kabul veya reddetme konusunda “basiretli sigortacının kararı üzerinde etkili olabilecek” nitelikte olan gerçekler temel nitelik taşır. Lordlar Kamarası, *Pan Atlantic Insurance v Pine Top Insurance* [1994] 3 All ER 581 davası içinde bir gerçeğin temel olup olmadığı konusuna, bunun basiretli bir sigortacı çıkarı veya onun kararını etkileme açısından yaptığı etkinin belirlenmesi gibi oldukça kapsamlı bir süreci içerdiğini dile getirmektedir.

Pan Atlantic davası içinde asıl sorun, asıl sigortacıyı sözleşme yapmasında etkisi olabilecek ikincil nitelikteki bir testi yasal olarak temel nitelik testi ile birlikte uygulanmasıydı. Lord Mustill, Lord Lloyd’a şiddetle karşı çıkarak, davada bir “ikna karinesi” (presumption of inducement) olduğunu ve bu nedenle de nesnel, temel nitelikteki kanıtlama çabasının, gerçekte asıl sigortacının etki altında kaldığı varsayımını içerdiğini öne sürüyordu. Lord Mustill’in yaklaşımının kabul edilmesi durumunda, bunun bir kural olmak-

tan çok bir istisna olduğu daha açıkça anlaşılır. Aynı durum *Assicurazioni Generali v Arab Insurance Group* [2003] Lloyd's Rep IR 131 davası içinde Temyiz Mahkemesi (Court of Appeal) tarafından düzenlendi. Burada sorun, retrosesyonun Munich Re'nin reasüransa taraf olması ile ilgili bir yanlış anlaşılma nedeniyle, bir retrosesyon anlaşmasını imzalama zorunluluğundan kaçınma olanağına sahip olup olmadığıydı. Gerçekte, Munich Re, reasüransın sadece bir esasının tarafı idi. Temyiz Mahkemesi, beyan yanlış olmuş olsa bile, bunun için bir ikna yoktur, bir ikna olması için, belirli bir sigortacı veya reasürörün sözleşmeye katılmasında etkili olan *belirli* değil *herhangi* bir neden olmalıydı, dedi. Sigortacının herhangi bir durumda aynı koşullar altında sözleşmeye taraf olacağı kanıtlanabilmiş olsaydı, yanlış beyan veya beyanda bulunmama ne kadar temel bir easta da olsa, bir sözleşmenin akdi için etkili bir neden olmazdı ve sigortacı veya reasürör sözleşmeden cayma hakkına sahip olamazlardı. İkna ile ilgili ilkeler aşağıda verilen şekilde özetlenebilir:

1. Bir sigorta veya reasürans sözleşmesinden cayabilmesi için sigortacı veya reasürör bir dizi olasılıklar dengesi içinde sözleşmeye temel bir konuda yanlış beyan veya beyanda bulunmama sonucu ikna edilmiş olduğunu kanıtlamalıdır.
2. Yasada, sigortacı veya reasürörün bir sözleşme yaparken temel bir konuda yanlış beyan veya beyanda bulunmama sonucu etki altında kaldığı varsayımı yoktur.
3. Yine de, belirli sigortacı veya reasürörün bu konuda bir kanıt ileri sürmemiş olmasına rağmen gerçekte kendisinin böyle bir etki altında kalmış olduğu düşünülebilir.
4. Bir ikna durumunun kanıtlanması için sigortacı veya reasürör, yanlış beyan veya beyanda bulunmamanın katılmış olduğu sözleşme kayıt ve koşullarının kabul edilmesinde etkili unsur olabileceğini göstermesi gerekir. En azından, söz konusu yanlış beyan veya beyanda bulunmama bağlamında, sözleşmeye bu koşullar ile girmeyecek olmasını gösterebilmelidir. Öte yandan, böyle davranmasında tek etkili nedenin bu olduğunu kanıtlanmasına gerek yoktur.

Burada davaların etkisi, sigortacıdan etki altında kalmış olduğunu göstermesinin istenmesi ile ortaya çıkar, böylelikle karşı tarafça da sorgula-

nabilir (kuşkusuz, dikkatsizliği dışında (*Marc Rich & Co AG v Portman* [1996] 1 Lloyd's Rep 430). Bir kanıt gösterebiliyorsa, bunu yapmalıdır ve ya bunu başaramazsa, o zaman ikna durumu ortadan kalkacaktır. Bir ikna varsayımının etkili olmadığına ilişkin kanıtın verilemediği ve gerçekte böyle bir etkinin söz konusu olabileceği tek durum pazara uygun olarak sözleşme yapmanın davaya konu edilebilen bir ya da daha fazla sigortacının bulunduğu fakat diğerlerinin buna imkanının olmadığı açık piyasa sözleşmeleridir (bkz: *St Paul Fire & Marine Co (UK) Ltd v McConnell Dowell Constructors Ltd* [1995] 2 Lloyd's Rep 116; *Toomey (of Syndicate 2021) v Banco Vitalicio de Espana SA de Seguros y Reaseguros* [2004] Lloyd's Rep IR 354).

İkna, sadece temel bir gerçeğin etkisini araştırmakla sınırlı kalmaz; ama aynı zamanda bir beyanda bulunmamanın sonuçlarını da ele alır. Beyan durumunun farklı sonuçlara yol açabileceği kanıtlanabilir ve bunun sonucunda da eğer sigortacıların kararının değişmeyecek olduğu kanıtlanırsa durumunda, bu gerçeğin temel nitelik taşımadığı gösterilmiş olur. Bu husus *Drake Insurance plc v Provident Insurance plc* [2004] Lloyd's Rep IR 277 (ayrıntı için aşağıdaki tartışmaya bakınız) davası için temel olan yaklaşım idi. Yargıç Rix ve Yargıç Clarke (Yargıç Pill aleyhte) eksiksiz beyan olması durumunda ne olacağının göz önünde bulundurulması gereğinin yasal olduğunu düşünüyorlardı. Farklı koşullara rağmen benzer bir durum *Bonner v Cox* [2004] EWHC 2963 (Comm) ile bağlantılı olarak gündeme geldi. Burada, reasürörlerin sigortalı aracısının reasürörleri bir zarardan haberdar etmemesi sonucunda kısmen kabul edilmiş bir sigorta poliçesinden çekilme doğrultusunda etki altında kaldığını ileri süremeyeceği öngörülmüştü.

Sözleşme sonrası yükümlülük

Burada önemli olan husus, sözleşme yapıldıktan sonra da sigortalının sigortacıya ihbarda bulunmak görevi devam etmektedir.

Bu görevin yasal temeli, 1906 Deniz Sigorta Yasası bölüm 17 içinde ana hatları ile verilmekteydi. Bu yaklaşımın günümüzde kabul edilmeye başlanması *Black King Shipping v Massie, The Litsion Pride* [1985] 1 Lloyd's Rep 473 davası ile oldu. Burada yanlış beyan veren sigortalının yol açtığı bir zarar kesintisiz iyi niyet görevinin ihlali olduğu kabul edildi ve sigortacının sözleşmeden rücu hakkı olduğu kabul edildi (avoided ab initio). Yargıç Hirst, bu kararını bir dizi ilkeye temellendirir:

- (a) 1906 Deniz Sigorta Yasası bölüm 17 salt sözleşme öncesi konularla sınırlı tutulmamıştır;
- (b) mahkemenin oluşan bir kaza sonrasında bir deniz sigortalısından sigortacıların geminin evraklarını talep hakkını içeren çeşitli durumlar söz konusudur (*China Traders Insurance Co v Royal Exchange Assurance Corpn* [1898] 2 QB 187; *Leon v Casey* [1932] 2 KB 576) – Yargıç Hirst bunu azami iyi niyet gösterme görevi ile ilişkilendirmektedir;
- (c) kimi durumlarda sigortalı haklarını kullanma amacıyla, sigortacılara yaptığı bildirim ve bunun karşılığında talep edilen ilave primi ödeyerek sigorta sözleşmesinin geçerli olacağı kabul edilir (*Overseas Commodities v Style* [1958] 1 Lloyd’s Rep 546; *Liberian Insurance Agency v Mosse* [1977] 2 Lloyd’s Rep 560).

Bu gerekçelerin hiç biri özellikle de ikna edici değildir. (a) ile verilen gerekçede, 1906 Deniz Sigorta Yasası içinde sayfa 17-20 arasındaki bölüm başlığı “Açıklama ve Beyan” ile ilgili olduğu göz ardı edilir, dolayısı ile, sözleşme öncesi hususlarla ilgili sorunların ele alındığı tartışmalıdır ve gerçekten de Yargıç Hirst tarafından önerilen biçimde 1906 Yasası öncesinde bir yasa düzenlemesi yoktur. Gerekçe (b) bir iyi niyet ilkesi uygulamasından çok esas olarak bir prosedür ile ilgili bir husustur ve *Manifest Shipping Co Ltd v Uni-Polaris Shipping Co Ltd, The Star Sea* [2001] Lloyd’s Rep IR 247 içinde de Lordlar Kamarası tarafından bu şekilde değerlendirilmiştir (Ama Mart 2002 itibarı ile yürürlükte olan CPR r 62 içindeki gemi evrakları kuralının yeniden düzenlendiğine dikkat ediniz). Gerekçe (c) ilke olarak kabul edilebilir, zira bu yaklaşım söz konusu kapsam dışı tutulan klotlar sigortacı açısından kapsamın genişletilmesi bağlamında bir karar sürecine tabi olurlar ve bunlar ilk sözleşme öncesi görev kapsamına giren yeni sigortalar olarak kabul edilebilir. Kısaca, kesintisiz görev ile ilgili somut bir temel yoktur.

Öte yandan, kesintisiz iyiniyet (sigorta sözleşmelerinde zımni olarak yer alan koşul) ile bağlantılı yasal temel, daha önce uzun süre açık olduğu gibi (Lordlar Kamarası’nın *Pan Atlantic v Pine Top* içinde vurguladıkları gibi) azami iyi niyet görevinin sözleşmenin şartlarından biri olduğu söylenemez ve *sözleşmeden bağımsız* olarak söz konusu olduğu yasal esasa dayandırılmaz. Lordlar Kamarası, *The Star Sea* davası içinde kaçınılmaz olarak *The*

Litsion Pride kararını bozmuştur. Yasal olarak iyi niyet sorumluluğu bölüm 17'den ve cayma ile sözleşmenin ihlali durumunda geçerli sözleşme ilkelelerinden ayrılmıştır. Hileli taleplerin tazmin edilmemesi ilkelerini esas aldığı sürece, bu karar, gerçek duruma bakıldığında kuşkulu idi, zira, gerçek tazminat talebi, kapsam dışı bir klos kapsamındaki gemi ile ilgili oluşan bir zarar ile ilgili geçerli nitelik taşımaktaydı. Lord Hobhouse yine de sonucun ayrıntılarına değinilmediği, başka mesnetlere dayandırılabilceği görüşündeydi.

The Star Sea davasında Lordlar Kamarası, dava sırasında sigortalının poliçe üzerindeki yanlış beyanların sigortacılara cayma hakkı verip veremeyeceği ile ilgili olarak çok sığ bir konu ile karşı karşıya kalmıştı. Lordlar Kamarası, konunun ancak hileli bir tazminat talebi olması durumunda ele alınabileceğini, oysa bu hilenin sigortacılar için yeterli gerekçe oluşturmadığına karar verdi. Bunun ötesinde, karar çelişkiliydi. Lord Hobhouse, herhangi bir kesintisiz iyiniyet varlığını inkar noktasına yaklaşmış ve her durumda bu görevin: (a) hile, ve (b) dava başlangıcı öncesinde yapılan beyanlarla sınırlı olduğunu ileri sürmüştü. Hemen her durumda kesintisiz görev olacağını ve daha en başından itibaren caymanın "haksız olduğunu" düşünüyordu. Lord Scott'ın önerileri de az çok aynı doğrultuydu.

Sorun ancak daha sonraki Temyiz Mahkemesi kararlarında açıklığa kavuşturuldu. *K/S Merc-Skandia XXXXII v Certain Lloyd's Underwriters* [2001] Lloyd's Rep IR 802 içinde Temyiz Mahkemesi, sorumlu sigortacıların bir üçüncü şahısça getirilen tazminat talebine karşı tasarlanmış, sigortalının hileli beyanı sorunu ile karşı karşıya idi. Temyiz Mahkemesi adına konuşan Yargıç Longmore, sözleşme sonrası koşullarda tarafların haklarının esas olarak yasal kurallar değil, sözleşmelere bağlı olduğunu ve buna bağlı olarak sözleşmedeki duruma bakılması gerektiğini belirtti. Yargıç Longmore'a göre, ayrıca hileli tazminat talepleri ile ilgili yasa, kesintisiz azami iyiniyet görevinin bir parçasını oluşturmuyordu. İlk sigortalının kesintisiz azami iyi niyet görevinin, sigortacının bilgi alma hakkının sözleşme ile belirlenmiş olduğu durumlarda, geçerli olduğuna ve bu koşulun sigortalının poliçe ile sağlanan haklarını reddedecek şekilde getirilmiş olduğuna hükmetti. Kısaca, kesintisiz azami iyi niyet görevi, sigortacıların bir sözleşmeyi açık bilgi hükmünün ihlali nedeniyle iptal edilmiş olarak kabul etmeleri hakkına bir alternatiften başka bir şey değildi. Böyle bir durumun olamayacağından hareketle (bizzat *K/S* içindeki gerçeklerin gösterdiği gibi) kesintisiz görev göz ardı edildi.

Bunun ardından *Agapitos v Agnew* [2002] Lloyd's Rep IR 573 içinde, hileli tazminat talebinin kesintisiz azami iyi niyet görevinden çok bir sözleşme veya genel poliçe hükümlerine tabi olduğu belirtildi.

B: SİGORTACILARIN AZAMI İYİ NİYET GÖREVİ

1906 Deniz Sigorta Yasası Bölüm 17 içinde, azami iyi niyet görevinin karşılıklı olduğu belirtilir, ancak bunun dışında Yasa içinde sigortacının bu görevinin kapsamı yer almaz. Sözleşme öncesi görev kapsamı ile bağlantılı olarak sağlanan telafi bağlamında cayma hakkı dışında pek fazla bir hüküm yer almıyor ve bu da sigortalı yararına pek bir şey getirmiyor. Bununla bağlantılı olası örnekler arasında, bazı risklerin sigortalıya kapsam içinde olmadığı halde içinde imiş gibi gösterilmesi, veya sigortacının beyan ettiği risklerin gerçekte olmaması verilebilir.

Ancak son zamanlarda İngiltere mahkemelerinde görülen davalarda sigortacılar için azami iyi niyet görevi konusu gündeme getiriliyor ve önlem olarak caymadan çok sorumluluk inkarının engellenmesi getiriliyor. Öyle görünüyor ki, ABD'den farklı olarak, iyiniyet sorumluluğunun ihmali zararı artırmasa da, tazminat talepleri işlemlerinde azami iyi niyet görevi de gündeme gelecek. Bu davaların kökeni, bir sigortalının tazminat talebinin ele alınması sırasında, sorumlu sigortacıdan kendisi için olduğu kadar sigortalı çıkarına davranmasının istenmesinde (yani, poliçe limitlerinin üzerinde bir toplam bedel belirlenmemesi) anlayışında yatar: bu *Groom v Crocker* [1939] 1 KB 194 davasında aynen bu şekilde belirtilmişti.

K/S Merc-Skandia XXXXII v Certain Lloyd's Underwriters [2001] Lloyd's Rep IR 802 davasında Yargıç Longmore, *Groom* davasından hareketle, sigortacıların sigortalının çıkarlarını göz önünde bulundurmakta azami iyi niyet görevi ile sorumlu olduğunu belirtti.

Gan Insurance Company Ltd v. Tai Ping Insurance Company Ltd (Nos 2 and 3) [2001] Lloyd's Rep IR 667 davasında konu, bir reasürans anlaşması içinde sigortacının bir uzlaşmaya varma konusunda karar verebilme yetkisi sağlayan tazminat talebi kontrol klozu (claims control) idi. İlk başta bu yetkinin makul olarak kullanılması kabul edilmişti (reasürörlerin %98'i uzlaşmayı onaylamış, %2'si reddetmişti). Temyiz Mahkemesi bunu değiştirdi, ama çoğunluğun görüşü (Sir Christopher Staughton aleyhte) sigortacıların

rastgele değil, haklı gerekçelere göre davranmaları gerektiği ve bizatihi anlaşma koşulları dışında bir başka nedenle böyle bir uzlaşmayı reddetmemeleri gerektiği idi. Temyiz Mahkemesi, bunu bir zımnî koşul olarak kabul etmesine rağmen, sonuç hemen hemen aynı idi.

Strive Shipping Corporation v Hellenic Mutual War Risks Association [2003] Lloyd's Rep IR 669 davasında sigortalının gemisi esrarengiz bir biçimde kaybolmuştu. Sigortacılar geminin batırılmış olduğunu ileri sürerek sorumluluğu reddettiler, ayrıca sigortalının daha önce hiçbiri için tam açıklama getirilmemiş dört gemisinin kaybolduğu gerçeğini gizlediğini ileri sürerek poliçe sorumluluğundan caydılar. Duruşma sırasında sigortacılar hile konusunda başarısız oldular, ama azami iyi niyet savunmasını sürdürdüler. Yargıç Colman, sigortalıya önceki olaylarla ilgili herhangi uygun olmayan bir durum olup olmadığını kanıtlamasına izin verdi. Sigortalı, bir dizi kanıt niteliğindeki belgeler ile, mahkemeyi daha önceki kayıplarda herhangi bir kuşkulu durum olmadığına ikna etti. Yargıç Colman, poliçenin düzenlenmesi sırasında, daha önceki kayıplarla ilgili koşulların temel nitelikte kabul edilebilir olmasına karşın, sigortalının kusursuzluğunu kanıtlaması, sigortacıların poliçeden caymasının için temel nitelik gerekçesi olarak gösterilmesini engelledi. Yargıç Colman, kararına iki gerekçe göstermekteydi. Birincisi, azami iyi niyet görevinin ihlali ile ilgili yeterli kanıt gösterilememiş olması durumunda, böyle bir talebin mahkemece kabul edilmesi söz konusu olmazdı. İkincisi, mahkeme tarafından temelsiz olduğu belirlenen iddialara temellendirilmiş talepte bulunması dolayısı ile sigortacılar, bizatihi kendilerine düşen azami iyi niyet görevini ihlal etmiş durumdaydılar. İşte bu nedenle karar, poliçenin düzenlendiği tarihte temel nitelik taşıyor görünmesine karşın daha sonra duruşma sırasında veya sigortacının gerekçe olarak gösterdiği aşamada böyle olmadığı kanıtlanmış gerekçelere dayanmasını engelleyen adil bir engel olması gerektiği önerisini destekliyor. Bu genellikle sigortalı tarafından elde edilen bilgi, suç isnatları ve dürüst olmama kuşkusu için geçerlidir. Burada üzerinde durulan husus, Yargıç Colman'ın temel nitelikte olan bir hususun açıklanması gerektiği hususuna katılması, ama sorumluluktan caymak için sadece gerekçe göstermekle kalmayıp kanıtlanması gerektiğidir. Yargıç Colman tarafından öngörülen her iki olası sınırlamalar aşağıda verilen kararlar içinde göz önünde bulundurulmuştur.

Brotherton v Aseguradora Colseguros SA [2003] Lloyd's Rep IR 758 davasında Yargıç Colman'ın mahkemenin poliçeden cayma talebini geri çe-

virebileceği önerisini Temyiz Mahkemesi kabul etmedi. Bu davada, davalılar bir Kolombiya bankası sigortacıları idi. Reasürans, Londra'da davacı reasürörler ile birlikte 7 Aralık 1997 ile (uzatma sonrası) 31 Ocak 1999 tarihi arasında geçerli olacak şekilde düzenlenmişti. Reasürans sona erdikten sonra, reasürörler, banka başkanı hakkında 1997 yılı içinde çeşitli iddiaların medyada yer aldığını fark etmişlerdi: en başta hazırlanmış bir rapora göre banka, başkan tarafından kontrol edilen bir şirkete ödemeler yapmıştı ve daha sonra yine bankatarafından, başkanın ve dört meslektaşının hileli işlemler yapmış olmaları nedeniyle görevlerinin askıya alınmış olduğuna ilişkin bilgi verilmekteydi. Reasürörler policeden cayma yoluna gittiler ve sorumlu olmadıklarını beyan amacıyla yasal girişim başlattılar. Sigortacılar, raporlarda yer alanlar ne kadar doğru olsa ve temel nitelik taşısalar da, bunların yanlış olduğuna ilişkin mahkemeye kanıt sunarak savunma yoluna gittiler. Temyiz Mahkemesi, banka başkanının suçsuz olduğunu kanıtlayan belgeleri kabul etmedi; zira, raporlarda yer alanlar doğru olsun olmasın, bunlar sigorta geçerliliği ve uzatılması esnasında temel nitelik taşıyan gerçeklerdi. Temyiz Mahkemesi, belirli bir gerçeğin temel olmasının ve bunun söz konusu sigortacılar için ikna oluşturmasının, ancak riskin belirlenmesi sırasında değerlendirilmesi ilkesini teyit etti. Temyiz Mahkemesi, sigortacıların gerekçe gösterdikleri temel gerçeklerin, duruşma sırasında verilecek kanıtlarla bunların temel gerçek ve ikna olmadığı doğrultusunda çürütülmesi sonucunda sigortacıların sorumluluktan kurtulup kurtulamayacakları konusu üzerinde ayrıntılı olarak duracaktı. Temyiz Mahkemesi, gerçekte sorumluluktan caymanın bir kendini savunma olduğunu ve bir mahkeme yardımı veya önlemi gerektirmediğini düşünüyordu. Bu nedenle, reasürörler, policeden cayma talebinde bulduklarında, bu yürürlüğe girer ve mahkeme bunu geri çeviremez. Temyiz Mahkemesi, ayrıca mahkeme öncesinde sigortacıların cayma talebinde bulunmamış ve bunu mahkeme sırasında yapmış olmaları durumunda bile, mahkemenin gerçeklerin temel nitelikte olmadığına ilişkin kanıtları kabul ederek böyle bir caymayı geri çevirme hakkı olmadığını düşünüyordu. Temyiz Mahkemesi'nin geçerli bir cayma talebine karşı müdahaleci yaklaşımı reddetmesi, Yargıç Mance'ın sigortacıların esas aldığı temel gerçeklerin daha sonraki bir aşamada gerçek olup olmadığına ilişkin dava içinde dava için gerekçe oluşturabileceğini göz önünde bulunduran yaklaşımı ile desteklenecekti. Yargıç Mance, ayrıca, dava içinde dava masraflarının kime ait olacağına da belli olmadığına işaret etti: ilk bakışta, si-

gortalı cayma için bir gerekçe olmadığını kanıtlamış olduğunda, ödemenin sigortacı sorumluluğunda olduğu gibi görünse de, durum tamamen farklı biçimde olabilir, sigortacı, sigortanın başlangıcında temel nitelik taşıyan bir bilgi açıklanmamış olsa bile, bir mini-dava masraflarından pek ala sorumlu tutulabilirdi.

Ancak hemen sonra *Brotherton* kararı ertesinde farklı kişilerden oluşan Temyiz Mahkemesi, *Drake Insurance Co v Provident Insurance Co* [2004] Lloyd's Rep IR 277 davasında kötü niyetle yapılan bir caymanın geçersiz olduğuna hükmetti. Dava, iki motor sigortacısının bir tazminat talebine katılım oranları ile ilgiliydi. Her iki sigorta da, sürücünün üçüncü şahıslara karşı olan kişisel sorumluluğuna karşı sigorta sağlanmıştı. Davalılar, sürücünün kocası olan sigortalılarının yenileme sırasında sigortalının aşırı hız cezası almış olduğunu beyan etmemiş olmaları gerekçesine dayanarak poliçeyi yenilemekten kaçınmışlardı: davalılar tarafından benimsenen sigorta ilkesine göre, bu olay için öngörülen puanlar, sigortalının karısının karıştığı daha önceki olaylar ile bağlantılı puanlarla birlikte, davalıların yenileme için daha yüksek bir prim ödemesi gerektiği noktasına ulaşmış bulunmaktaydı. Cayma sonrasında, sigortalının karısının karıştığı kazanın onun hatasından kaynaklanmadığı ve bununla bağlantılı herhangi bir puan verilmemesi gerektiği belirlendi: dolayısıyla sigortacılar yenileme sırasında prim yükseltemezlerdi. Tazminat talebini karşılayan davacılar, gerekçe olarak gösterilen gerçeklerin temel nitelik taşımadığını duruşmada kanıtlanması üzerine mahkemenin bir caymaya izin vermemesi gerektiği doğrultusunda *Strive Shipping* davasını ileri sürdüler. Yargıç Rix ve Yargıç Clarke, sigortacıların bir ikna bulunmadığı gerekçesi ile cayma haklarına sahip olmadığı görüşündeydiler: kaza ile ilgili hüküm giyme beyanı verilmiş olsaydı, sigortacılar daha yüksek prim talep ederdi ve bu noktada kazanın sigortalının hatasından kaynaklanmadığı ortaya çıkardı ve sonuçta aynı prim talebi yapılmış olurdu. Ancak çoğunlukla dile getirilen husus şu oldu: sigortacılar kesintisiz azami iyi niyet görevi sorumluluğundadır ve bu görev onları cayma aşamasında kanıtlanmamış gerçeklere dayanarak cayma hakkı vermez veya en azından bu gerçeklerin çürütülmüş olduğunu görmezlikten gelmiş olmaları durumunda onların caymaya sığınmamalarını gerektirir. Yargıç Moore-Bick tarafından belirlenen ve sigortacıların olayla ilgili gerçek ve "tartışmasız" bilgiye sahip olmamaları ve buna bağlı olarak kesintisiz azami iyi niyet görevini ihlal etmemeleri hususları çoğunlukla kabul görmüş-

tür. Aleyhte olan Yargıç Pill ise, sigortacıların kesintisiz azami iyi niyet görevi gerçek veya tartışmasız bilgi ile sınırlı olmadığını, söz konusu iyi niyetin bir cayma sonrası sigortalı için makul araştırma yapılmasını gereğini de içerdiği görüşündedir: *Drake v Provident* davasında böyle olmuş olsaydı, o zaman Yargıç Pill'in görüşü kaza ile ilişkili gerçek konum gün ışığına kavuşurdu ve bu caymanın mesnetsiz olduğu açıklıkla görülebilirdi. *Drake v Provident* davasının sonucu, temel nitelik ve ikna hususlarının başlangıçta değerlendirilmesi gerektiği, öte yandan sigortacıların bir gerçeğin temel nitelik taşıdığı veya kendilerini etkilediğini bilmeleri veya biliyor olmaları durumunda yaptıkları cayma talebinin onların kesintisiz azami iyi niyet görevini ihlal anlamını taşıyacağı doğrultusundadır. Bu husus, sigortacıların kesintisiz görevi bağlamında aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınıyor.

Eagle Star Insurance Co Ltd v Cresswell [2004] EWCA Civ 602 davasında, reasürans anlaşması koşullarına göre, reasürörler, sigortalının uzlaşma teklifini kabul edecekler, ancak poliçe kapsamında bir sorumluluk için şu ön koşullar yer alacaktı (a) herhangi bir risk sonrası yedi gün içinde reasürörlere bilgi verilecek, ve (b) tazminat talebi ile ilgili uzlaşma görüşmelerinde reasürörler ile işbirliği yapılacaktı. Bundan sonra yazılı form üzerinde şu değişiklik yapıldı: tazminat talebi üzerinde işbirliği üzeri çiziliyor, bunun yerine daktilo ile bir dizi kloz yazılıyordu. Bu klozlar, herhangi bir uzlaşma öncesinde reasürörlerin onayının alınması gerektiğini belirtiyordu. Bunun yanı sıra, aynı zamanda aşağıda verilen ifadelerle bir tazminat talebi kontrol klozu vardı:

- (a) Bir risk oluşumu veya tazminat talebi hakkında bilgi edinir edinmez 7 gün içinde reasürörlere bildirimde bulunulacaktı.
- (b) Reasürörler, poliçe doğrultusunda yapılacak uzlaşma görüşmelerini yürütme hakkına sahip olacaktı. Bu koşullar altında yukarıda verilen denetimlere sahip olunmadığında, reasürörler herhangi bir tazminat talebi doğrultusunda sorumluluk taşımayacaktı.

Şirketin olayın ortaya çıkışı ile birlikte risk veya tazminat talebi bildiriminde bulunmamasının ciddi bir husus olduğu belirtilmiyor, ancak daha sonra Şirket, işbu çerçevede bir tazminat ödenmesi sonrasında yasal hakların baki olduğu ile tehdit ediliyordu.

Sorun, (b) ile belirtilen koşulların reasürörlerin sorumluluğu ile bağ-

lantılı bir ön koşul olup olamayacağı, yani reasürörlerin denetimi ele almayı seçerek ödeme sorumluluğunu üstlenmeyebilmeleri ile ilgiliydi. (a)'nın bir ön koşul olmadığı açıktı; ve Yargıç Morison, (b)'nin de ilk elde bir çok nedenle bir ön koşul olamayacağını düşünüyordu: (1) tarafların aynı klotun iki kısmının birbirinden farklı işlevlere sahip olmasını amaçladığını öngörmek için yeterli sebep bulunmuyordu; (2) kullanılan ifade açık olmalıydı; (3) iptal edilen ödeme güclüğü maddesi durumu açıklıyordu, ama taraflar bundan vazgeçmişlerdi; (4) sigortalı üzerinde herhangi bir sorumluluk yüklenmiyordu, bu nedenle, reasürörler haklı idiyse, bu onlara kontrol haklarını kullanmama karşılığı ödememe inisiyatifi veriyordu – en mantıklı değerlendirme ile klotun sigortalıya reasürörleri engellememe borcu yüküyor olduğu idi. Temyiz mahkemesi kararı bozdu. İlk husus, daktilo ile yazılan klotların baskılı olanlara öncelik taşıdığı idi, bu esas olarak genel kabul gören bir husustu. Temyiz Mahkemesi, reasürörlere bir uzlaşma doğrultusunda onay gerektiğini belirten kontrol klotu, klotun bir ön koşul olmadığını ispat edebilmiş olması durumunda sigortalının tazminat talebi karşılığında zararının telafisini engellemeyecek olduğunu (aynen *Scor* davasında olduğu gibi), bunun sadece uzlaşma klotuna bağlı kalmayı esas almayı engelleme etkisi olabileceğini kabul etti. Tekrar tazminat talebi kontrol klotu (b) ele alındığında, Temyiz Mahkemesi, klot içindeki iki cümleyi ayrı ayrı ele aldı. Temyiz Mahkemesi'nin, birinci cümlede oybirliği ettiği husus şuydu: “Sigortacıların poliçe doğrultusunda yapılacak herhangi bir tazminat talebi ile bağlantılı uzlaşma görüşmelerini denetleyecek olması” reasürörlere uzlaşma görüşmelerinin denetimini ele alma sorumluluğu getirmekten çok, bunu yapabilme hakkı ile ilgilidir. Ancak burada, reasürörlerin denetimi ne zaman almaya yetkili olduğu konusunda uzlaşmazlık çıktı. Sigortalı, klotun bir seçenek sağlar nitelikte olduğunu, bunun paragraf (a) ile belirtilen bir zarar bildirimini sonrasında (en azından makul bir zamanda) uygulanması gerektiğini ve bundan sonra denetim hakkının kaybolduğunu ve bu nedenle reasürörlerin sigortalının yaptığı uzlaşmayı kabul etmesi gerektiğini ileri sürdü. Temyiz Mahkemesi, reasürör yorumunu tercih etti ve reasürörlerin görüşmelerin ne zaman başladığına ilişkin bilgi sahibi olmaya hakları olduğunu ve böylelikle reasürörlerin bu noktada görüşmelerin nasıl yürütülmesi gerektiğine karar verebileceklerini; bunun sonucunda klotun bir seçenekten çok bir tahsis etme niteliğinde olduğuna hükmetti. Sigortalının yorumu, reasürörler için bir bilinçli tercih yapma imkanını neredeyse tümüyle dışlıyor-

du, zira böyle bir bildirim kadar olayla ilgili tam bir bilgi edinilmesi adeta imkansızdı. Yargıç Longmore'un yaptığı gözlem, konu ile ilgili karar vermeksizin bir kuşku belirtmek ile sınırlı kaldı: kloz reasürörlere görüşmelerin sigortalının uygun mütalaa ettiği bir aşamadan önce başlatılmasını dikte etme olanağı veriyordu.

Paragraf (b) içindeki ikinci cümle ile ilgili ikinci sorun, "Bu koşullar altında yukarıda verilen denetimlere sahip olunmadığında, reasürörler herhangi bir tazminat talebi doğrultusunda sorumluluk taşımayacak" ile ilgiliydi. Temyiz Mahkemesi, paragrafın birinci cümlesi ile uyumlu olarak "bu koşullar altında" ifadesinin, reasürörlerin görüşmelerin denetimi üstlenmeyi tercih ettiği anlamında değil, ama tazminat talebi doğrultusunda görüşmelerin başlaması durumunu kastettiğine hükmetti. İfadenin bu şekilde açıklığa kavuşturulması sonrasında, "yukarıda verilen denetimlere sahip olunmadığında, reasürörler herhangi bir tazminat talebi doğrultusunda sorumluluk taşımayacak" ifadesi kaçınılmaz olarak klozda da ifade edildiği gibi bir ön koşul niteliğinde idi. İfadenin daha açık olmasını sağlayacak "ön koşul" kelimesinin bulunmaması, Temyiz Mahkemesi tarafından bu sonuca varmak açısından bir mahzur oluşturmadı. Soruna bir başka açıdan yaklaşıldığında, tazminat talebi ile ilgili görüşmelerin başlaması sonrasında, reasürörler bu görüşme üzerinde denetim yetkisine sahip olmazlarsa, reasürans sigortalılarının sigorta tazminatı ödenmeyecekti: bu sigortalının reasürörlere uzlaşma görüşmelerini bildirmesi (zımnî koşul doğrultusunda) gerekliliğinden çok, reasürörlerin katılmaması durumunda bir tazminat için getirilen mutlak bir engelleme ile bağlantılı bir husustu.

Bu arada Temyiz Mahkemesi bir başka husus, yani reasürörlerin sadece "denetimi üstlenmiyorum" diyebildiği bir formül ile bir tazminat talebi işbirliğinin pratikte nasıl uygulanabilir olacağı hususunu da ele aldı. Kullanılan ifade içinde bir ön koşul anlamı çıkıyorsa, ve reasürörler rahatlıkla denetimi üstlenmeyebiliyorlarsa, sigortalı baştan kaybetmiş demektir; zira tanım gereği sigortalının yaptığı uzlaşma, reasürörler için bağlayıcı olmayacaktır. Bu açıdan ele alındığında, yani reasürörler sınırsız hak sahibi olduğunda, o zaman reasürörler bir anlaşmayı üstlenmeme konusunda mutlak bir inisiyatife sahipler demektir. Yargıç Rix'e göre bu sorunun iki çözüm yolu vardı: İlki feragat idi, böylelikle uygun koşullar altında reasürörlerin katılmayı reddetmesi, sigortacının vardığı uzlaşmayı koşulsuz kabul ettiği şeklinde yorumlanmalıydı. Bu yaklaşım kabul görmedi, zira bir feragatin gö-

rüşmelere katılmayı kabul etmeme şeklinde yapılamayacağı düşünülüyordu. İkinci çözüm, Temyiz Mahkemesi'nin çoğunluğunun teklifi (Sir Christopher Staughton tarafından şiddetle karşı çıkılan) doğrultusunda karar alındığı *Gan v Tai Ping (Nos 2 and 3)* kararı ile bağlantılı idi. Bu karar içinde yer alan zimni bir koşul ile reasürörlerin bir tazminat talebi hükmü doğrultusunda kendi inisiyatiflerini (*Gan* davasında, bir uzlaşmaya olur vermeleri) kötü niyet, keyfi olarak ve rastgele kullanmamaları öngörülüyordu. *Gan* davasında da vurgulanmış olduğu gibi bu bir makul olanı belirleme ile bağlantılı değildi (öneri ilk önce *Gan* davasında getirildi, ama Temyiz Mahkemesi reddetti), reasürörlerin tazminat talebinin içeriğinden çok diğer hususları da göz önüne alıp almadığının belirlenmesine odaklanıyordu. Yargıç Rix bunu biraz daha geliştiriyor ve Yargıç Longmore'in *K/S Merc-Skandia XXXXII v Lloyd's Underwriters* [2001] Lloyd's Rep IR 802 içinde önerdiği gibi, "reasürörlerin iyi niyet konusunda her bakımdan yasal sorumluluğu olduğunu" belirtiyordu. Bu nedenle, poliçede yer alan ifadeye bakılmaksızın, reasürörlerin şu yada bu nedenle bir tazminat talebi ile ilgili inisiyatifleri sınırsız olamazdı.

WISE Underwriting Agency Ltd v Grupo Nacional Provincial SA [2004] EWCA Civ 962 davasında zengin turistlerin uğrak yeri olduğu bilinen Cancun, Meksika'ya yapılan bir transit teslimat ile bağlantılı bir sigorta sözleşmesi yapılmıştı. İspanyolca'dan çevrilmiş olarak reasürörlere Londra'da verilen teklifte, her türlü kol, masa, duvar, vs. saati yerine sadece "saat" (clock) kelimesi kullanılmıştı. Gerçekten de, sigortalıya çok değerli Rolex kol saatleri gönderilmişti ve gönderilen bütün mallar çalınmıştı. Reasürörler, Rolex saatlerinin yer aldığı beyan edilmemiş olduğu gerekçesi ile reasüranstan caymak istediler. Asliye mahkemesi Yargıç Simon, bunun temel bir gerçek olduğuna ve reasürörler için bir ikna bulunduğu hükmetti: beyanın temel nitelik taşıdığı hususu temyiz edilmedi ve Temyiz Mahkemesi ikna gerekçesini onayladı. Temyiz Mahkemesi'nin çoğunlukla aldığı kararda, reasürörlerin poliçeden cayabileceklerini öğrenmelerinden sonra kabul ettiğini, ama sonuç ile ilgili olarak yani reasürörlerin kargo içinde Rolex saatlerin varlığının beyan edilmesinden feragat edip etmedikleri ile ilgili olmadığı, sözonusu durum için daha kapsamlı bir değerlendirme yapmayı tercih ettiklerine hükmetti. Sigortalının gerekçesi, saatlerin varlığı ile ilgili yapılabilecek bir beyanın, reasürörleri bu bağlamda aynı zamanda kol saatlerinin varlığı ile ilgili değerlendirme yapma olasılığını göz önünde bu-

lundurmalarını gerektirdiği, ve reasürörlerin daha kapsamlı bir inceleme yapmamış olmalarının feragate yol açtığı idi. Temyiz Mahkemesi, feragat gerekçesini çoğunlukla reddetti, ama sorunun tartışılması ciddi bir ilkesel uzlaşmazlığa yol açtı.

Çoğunluğun ve bu arada Yargıç Longmore ve Peter Gibson'un görüşü, reasürörlerin kendilerine yapılan beyanı esas alabilecekleri ve daha ayrıntılı gerçeklerin olduğuna ilişkin açık belirtinin olmadığı durumlarda, sigortalının beyan ettiği risklerin ötesini araştırmanın reasürörlerin görevi olmadığı idi. Yargıç Longmore'un yaklaşımı, iki aşamalı araştırma gerektiği doğrultusunda idi:

- (a) adil olmayan bir risk beyanı varlığı, ve
- (b) eğer varsa, bunun reasürörlere yapılan bir beyan sonrasında, makul bir reasürörün (sigortacının) en azından yapılan beyanın doğru olup olmadığı

konusunda kuşku duymasına yeterli olabilecek endişeye düşürüp düşürmeyeceği. Yargıç Longmore'a göre, işin en başında olası adil olmayan beyan olarak tanımlanan durum var idiyse, ancak bunun için ele alınan hususlar "sigorta konusu sözleşmeye özgü, normal olaylar" olması durumunda bir feragat olabilirdi, ve bu nedenle sigortacılar, "eğer bunun sigortacılarla yapılan bir beyan sonrasında, makul bir sigortacının en azından yapılan beyanın doğru olup olmadığı konusunda kuşku duymasına yeterli olabilecek endişeye düşürüp düşürmeyeceği durum" yoksa sigortacıların herhangi bir şekilde ilave soru sorma sorumluluğunda olmadığı doğrultusunda idi.

Yargıç Peter Gibson, bunu şu şekilde teyit ediyordu:

"Mahkeme, reasürörler için bir kuşku duymaları durumunda araştırma yapmaları ve belirsiz durumlarda temel bilgileri bulmaları gerekliliğini öngörerek sigortalıların risk konusunda adil bir beyanda bulunma görevini göz ardı etmelerine imkan vermemelidir."

Basiretli bir sigortacı için bir saat beyanı ile olası bir Rolex kol saati kuşkusu uyandırılmasının mümkün olmadığı hususu üzerinde görüş birliğine varılmış ve böylelikle bir feragat yapılamayacağı kabul edilmiş ve benzer şekilde, sadece Cancun'un yüksek sınıflara mensup turistik yer olması gerçeği basiretli bir sigortacı için daha kapsamlı bir araştırma yapması için yetmeyeceği kabul edilmiştir.

Yapılan analiz ve varılan sonuca itiraz eden Yargıç Rix, iki farklı konuya işret eder. İlki, tam beyan ve feragat kavramlarının ayrı ayrı ele alınmasının mümkün olmadığı idi. Yetkililerle yaptığı uzun görüşmeler sonrasında Yargıç Rix, sigortalının tam beyanda bulunması gerektiği, bu arada olağan dışı ve özel gerçeklerin de beyan sorumluluğunda olduğuna hükmetti. Yargıç Rix, çoğunluğun iki-aşamalı yaklaşımına katılmadı ve bizatihi riskin kendisi ile bağlantılı bir adil beyan olup olmaması sorununun daha kapsamlı sorun olan riskin belirlenmesini çarpıtan olağan dışı ve özel açıklanmamış gerçekler kalıp kalmadığı sorununu içerdiği yaklaşımını tercih etti.

Yargıç Rix gerekçesini şu şekilde özetlemekteydi:

Soru şudur: acaba, sigortacı diğer önemli gerçeklerin varlığı konusunda böyle bir durumu ortaya çıkartacak düzeyde soruşturmaya tabi tutulmuş mudur? Böyle bir test, fiili sigortacı değil, ama basiretli bir sigortacı esas alınarak uygulanmalı ve sadece sigortacıya sigortalının fiili beyanı sırasında söylenenlerin yanı sıra, onun bildiği veya bilmesi gereken hususlar, yani onun 18(3)(b) ile ilgili bilgileri referans alınarak yapılması gerekir. Basiretli bir sigortacı her ne kadar bir dedektif değilse de, yine de belirli ölçüde bir akıl sahibidir. Açık olasılıklar onu soruşturma yapmaya itmeyecek veya olağan dışı veya özel bir durumun açıklanmaması bir ifşa etmeme anlamını taşımayacaktır. Adil olma anlayışı, bütün bunların üzerinde gelir ve aynı zamanda sigortalı olacak kişinin beyanı başlamış olsa bile her iki taraf için de geçerlidir.

Yargıç Rix, tarafların karşılıklı olarak azami iyi niyet göstermeleri sorumluluğundan oldukça etkilenmişti ve bu durumda sigortacıların bir cayma durumunda, onlara adil davranma zorunluluğu getiriyordu. Burada söz konusu olan ilke şuydu:

Asıl sorun bir “tam” beyandan feragat değil, ama daha çok her iki taraf açısından ele alındığında, beyan adil olmayacak veya sigortacı için kendisinin soruşturmaya mecbur tutulması ve kendisinin tatmin edilmesi gerekçesi ile bir cayma arayışı içinde olması adil olmayacaktır.

Bu testlere bakarak Yargıç Rix, olağandışı veya alışılmadık gerçeklerin dava edilmiş olduğu konusunda ikna olmadı. Sigortalı konumunda olan bir kişinin değerli saatler satmasında olağanüstü bir şey yoktu ve gerçekten böyle bir şey beklenebilirdi. Basit bir soru bu sorunu çözebilirdi ve bu adımı atamayan reassürörler policeden cayamazlardı.

C: ARACILARIN DEĞİŞEN ROLLERİ

Aracılar (*brokers*), İngiliz yasalarında düzensiz bir konuma sahiptir. Kabul görmüş değerlendirmeler şunlardır:

- (a) aracı, sigortacılar arasında çok esas olarak sigortalı acentesidir (*agent*) ve buna bağlı olarak sigorta sözleşmesinin sahibi (*cover holder*) olsalar bile sigortacı menfaatini koruma konumunda değillerdir,
- (b) aracı sağladığı hizmetler karşılığında ücretini sigortacıdan alır.

Son zamanlarda bu her iki değerlendirme de inceleme altına alınmıştır.

Aracı Acenteliği/Temsil Yetkisi

Aracı, sigortalı acentesidir, bu nedenle aracının elde ettiği bilgi veya paranın sigortacılar arasında aktarılmış olduğu kabul edilmez (ancak 1906 Deniz Sigortası Kanunu 53. Bölümünde aracının prim ödemesi gerektiği istisnasına dikkat ediniz – Bkz: *Heath Lambert Ltd v Sociedad de Corretaje de Seguros* [2004] Lloyd's Rep IR 905). Ancak zamanla aşağıda verilenler kabul edilir hale gelmiştir: (1) herhangi bir çıkar çatışması olduğunda veya sigortacı tam ve bilgili olarak onay vermişse, aracı sigortacı acentesi olabilir ve (2) bazı durumlarda aracının ikili (“ortak”) acente olarak her iki taraf adına (bağımsız) davranması söz konusu olabilir. Prim ödeme bağlamında bkz: *J A Chapman & Co Ltd v Kadirga Denizcilik Ve Ticaret* [1998] Lloyd's Rep IR 377, *Heath Lambert*, ile bağlantılı benimsenen öneriler şimdilerde, aracının esas olarak sigortalı acentesi olduğu, ama bunun belirli durumlarla ilgili olarak tersine işleyebileceği kabul edilebilir.

Şimdilerde acente aracılı eleştiri konusu edilmektedir. Bu kural *Roberts v Plaisted* [1989] 2 Lloyd's Rep 341 içinde Temyiz Mahkemesi tarafından eleştirilmiştir. House of Lords in *Forsakrings Vesta v Butcher* [1989] 1 All ER 402 tarafından hizmet verme kavramından çok, aracılar için “Pazar yaratma” (market-making) rolü belirlenmiştir.

Aneco Reinsurance Underwriting Ltd v Johnson & Higgins Ltd [2002] Lloyd's Rep IR 91 davasında Lordlar Kamarası, Syndicate için bir reasürans sigorta sözleşmesi sağlayacak bir aracının, reasürörlere karşı, onlara tavsiyede bulunma nedeniyle üstlenmiş olduğu sorumluluk gereği, aracı tarafından düzenlenecek bir retrosesyon hizmetini vermek durumunda olduğu ifade edilmiştir. Bu tanım gerçeklere saygı bağlamında tartışmalı bir karardır, ancak söz konusu ilke açıktır.

HIH Casualty and General Insurance Co v Chase Manhattan Bank [2003] Lloyd's Rep IR 230 içinde, Lordlar Kamarası, bir sigortalıya hizmet veren bir aracının, sigortalıya karşı azami iyi niyet gösterme sorumluluğunda olduğu ve ihmali veya kastî bir yanlış beyan ile bağlantılı bir zarardan sorumlu tutulabilir olduğuna hükmetti. 1906 Deniz Sigortası Kanunu 19. Bölüm, acentenin sigortacıya aşağıdaki hususları açıklaması gerektiğini belirtir:

- (a) kendisinin bildiği bütün önemli durumların yanı sıra, acentenin sigorta kapsamı içinde yapacağı normal faaliyetler kapsamında bilmesi gereken veya kendisine iletilmekte olan bütün bilgiler, ve
- (b) sigortalının açıklamak durumunda olduğu bütün önemli bilgilerin yanı sıra, kendisine daha sonra gelen bilgiler de ayrıca iletilecektir.

Lordlar Kamarası, 19. Bölüm ile belirtilen iyi niyet görevinin, sigortalının sorumluluğundan tümüyle farklı olduğunu eklemektedir. *HIH* ile ilgili önemli olan husus, sigortalının ciddi bir konuda açıklama sorumluluğunu kaldıran bir klotun (*clause*), sigortalının aracısını kapsamamasıdır; aracının görevi bağımsızdır ve böyle bir istisna onu kapsamayacaktır. Lordlar Kamarası, aracının bir ihmali durumunda bile, aracının açıklama sorumluluğundan feragat edilebilir olduğunu kabul etti. Lord Scott daha da ileri giderek sigortalıyı yanlış beyan veya beyanda bulunmama sonucu koruyan klotun, bir aracının hileli durumu için de geçerli olabileceğini önermişse de bu öneri Lord Hobhouse tarafından geri çevrilmiştir. İlk görüş, aracının bir çok durumda bağımsız bir acente olduğu ve bir aracı hileli davranışının, kendisinin aracılık yaptığı taraflar arasında neden paylaşılır olmayacağına temellendirilmiştir. İkinci görüş ile, bu geleneksel anlayışı geri çevirmekte ve aracının sigortalının bir acentesi olduğuna ve belirli koşullarda aracının sigortacıya karşı da sorumlulukleri olduğunu ve esas olarak aracının sigortalının acentesi olduğu temel kuralını göz ardı etmenin mümkün olmadığına temellendirilmiştir. Modern anlamda aracılardan her iki taraf adına belirli işlevleri yerine getirdiği, bazı durumlarda bir acente için verilen tanımlardan farklı davranabildikleri önerilebilir ki, bu durum Lord Scott tarafından ticari gerçeklik ile teyit edilmektedir.

Sphere Drake Insurance Ltd v Euro International Underwriting Ltd [2003] Lloyd's Rep IR 525 içinde, sigortacının sözleşmeyi yapan asıl sigor-

tacı acentesi ile birlikte bir sigorta hizmeti veren aracı Thomas J. sigortacıya karşı itibari sorumluluklarını ihlal ederek asıl sigortacı acentesine bilgi yardımı vermekten sorumlu tutulmuştur. Aracıların sigortacılara hizmet verme sorumluluğunda olmadığı kabul edilmiştir. Bu durum Morison J in *Bonner v Cox Dedicated Corporate Member Ltd* [2004] EWHC 2963 (Comm) ile bağlantılı olarak belirlenmektedir.

Komisyon

Aracı ücretinin sigortacı tarafından ödenmesi genel kuralı, yayınlanmış *Carvill America Inc v Camperdown UK Ltd*, September 2004 kapsamında belirsizliğe girmiştir. ABD’li sigortacılar, XL, Carvill America’yı bir aracılık hizmeti vermekle görevlendirmiştir. Görevlendirme yazısında Carvill, ücretinin geleneksel anlayışa uygun olarak tümüyle reasürörler tarafından ödeneceği belirtilmiştir. Karşılıklı reasürans anlaşmaları biçimindeki sigorta sözleşmesi Carvill UK tarafından 13 Avrupalı reasürör ile birlikte, Temmuz 1999 itibarı ile yürürlüğe kondu ve 2003 yılı sonunda yenilendi. Anlaşmalar içinde hakemlik klotları vardı. Brüt primler Carvill’e ödendi, aracılık düşüldükten sonra net primler reasürörlere aktarıldı. Komisyon miktarı konusunda uzlaşmazlık çıktı ve XL, Carvill ile olan anlaşmasını 13 Ağustos 2003 tarihi itibarı ile sona erdirdi. Bundan sonra primler Carvill’e ödenmedi ve Carvill herhangi bir komisyon almadı. Carvill, Avrupalı reasürörler aleyhine, çoğunluğu 2003 yılına ait olan 4,7 milyon \$ komisyon ücreti için İngiltere’de mahkemeye başvurdu. Carvill, gerekçe olarak XL’nin kendilerine prim ödemelerinden sorumlu olduğunu ve Londra piyasalarında olduğu gibi, kendisine reasürör tarafından bir komisyon ödenmesi bilgilerini içeren mektubu gösterdi. Bunun ardından XL, diğerleri arasında söz konusu şirketin komisyon alamayacağına ilişkin Connecticut’ta bir dava başvurusunda bulundu. Öte yandan Carvill America da Connecticut’ta kendi adına ödenmemiş komisyon alacakları için XL aleyhine ABD içindeki faaliyetlerle bağlantılı dava açtı: Bundan sonra Carvill, reasürörlerin Avrupa içindeki komisyonlarıyla ilgili bir sorumlulukla karşı karşıya kalmaları durumunda, XL’nin ödeme sorumluluğunun tartışılır olması gerekçesi ile XL davasına katılma izni aldı. XL müdahil taraf ile mücadele etti ve bu iznin iptaline çalıştı. HHJ Havelock-Allan QC, XL aleyhine davanın iptali istemini geri çevirdi. Zira, XL’nin Carvill’e karşı sorumluluğu olduğuna ilişkin ciddi iddialar vardı. Söz konusu sözleşme, reasürörlere yapılan prim ödemeleri konusunda kesin bir açıklık içermiyordu ve her halükarda sözleşme Con-

necticut yasalarına tabi idi ve Connecticut yasalarınca nasıl yorumlanması gerektiği belli değildi. Reasürörlerin prim sorumluluğuna sahip olduğu bir reasürans piyasası ile ilgili gelişmiş adet ile ilgili bir açıklık yoktu. Sigorta piyasasında bu konuda söz konusu olan açık bir hüküm yoktu, reasürans niteliğinde herhangi bir kurum olmadığı gibi, sigortacılar veya reasürörlerin komisyon ödeme yasal sorumluluğu konusunda yargıda bulunacak bir teamül (authority) da yoktu.

D: REASÜRÖRLERİN ZARARLARA KARŞI SORUMLULUĞU

Reasürans zararları

Reasürans kapsamında, reasürans sağlanan kişi adına söz konusu olan tarihte üstlenilen sorumluluk ve reasürans sağlanan kişinin kendisine sigorta sağlayan kişiye ödeme yaptığı tarihe kadar devam eden ve himaye altına alınan riziko anlaşılır. En son net zarar klozları – “ve fiilen ödenmesi gereken” ilave standart zarar tanımlamasının bu durumu etkiliyor olup olmadığı açık değildir. İki asliye mahkemesi (First Instance) kararında, *Home v Mentor* [1989] 1 Lloyd’s Rep 473 ve *Re A Company No 0013734 of 1991* [1992] 2 Lloyd’s Rep 413, kelimelere karine (*prima facie*) anlamı verme konusunda belirgin bir isteksizlik vardır ve bu durum reasürörleri sigortalının iflası durumunda zor durumda bırakmaktadır. Lordlar Kamarası, *Charter Re v Fagan* [1996] 3 All ER 46 içinde, Mance J ve Temyiz Mahkemesi (2:1) kararlarını teyit etmiş ve sorumluluğun yeterli olduğunu belirleyen karine kuralını değiştirmediğini öngörmüştür. Bu durum bütün yargılama sistemlerinde (*jurisdiction*) aynı değildir. *Cleaver and Bodden v Delta American Reinsurance Co* [2002] Lloyd’s Rep IR 167 içinde, New York yasalarına bağlı bir reasürans sigortası içinde yer alan bir tasfiye hükmü altında, retrosesyon yapanın (*retrocedent*) iflası durumunda, retrosesyoncuların (*retrocessionaires*) ödeme sorumluluğu kadar ödeme yapmaları öngörülür. Privy Council, New York yasaları doğrultusunda, geri retrosesyoncuların ödeme sorumluluğunu, ancak retrosesyon yapan reasürörün kendi poliçe sahiplerini tazmin etmiş olması kanıtını kabul etmiş, ancak buna rağmen tasfiye klozunun ödeme kuralını değiştirme etkisi olduğunu ve geri retrosesyoncuların, retrosesyon yapanın poliçe sahiplerine karşı olan sorumluluğunu ispat etmesi durumunda ödeme sorumluluğunda olduğu görüşünü sürdürmüştür. Bu şekilde, geri kalan reasürörler oluşan, ancak bildirilmeyen (IBNR) ve ret-

rosasyon yapanın borcu ile ilgili gelecekte olası tazminat talepleri biçiminde de olsa, kanıt niteliğinde olan zarara karşı sorumluluk almışlardır. Bu durum gelecekte bir zamanda IBNR'in bir kısmını oluşturacak bir ödeme yapılması talebinde bulunulmadığı halde böyle olmuştur.

Reasürans sigortalısının genel hukuk karşısındaki hakları

Lord Mustill tarafından *Hill v. Mercantile and General Reinsurance Co plc* [1996] 3 All ER 865 içinde genel ilkeler belirtilmiştir. Bu karar esas olarak getirilen sulh anlaşması ile ilgili uygun bir tanımlama getirilmesi amacını taşımaktadır, ancak Lord Mustill temel kuralı geliştirerek reasürör'ün sigortalıyı sadece (a) zarar ile ilgili ifadenin poliçede yer alması ve (b) zararın reasürans tarafından oluşturulan sigorta sözleşmesi ile bağlantılı olduğunda tazmin edileceğini belirtir. (b) gerekliliği yasaları ilgilendirir. (a) gerekliliği ise tersine, yine yasayı ilgilendirse de, tarafların karşılıklı sulh anlaşması ile çözümlenebilir ve pratikte bu bir uzlaşma klozu ile düzenlenir. Reasürans sigortalısının ilk poliçe hamiline olan sorumluluğu üç nedenden kaynaklanır: yargı aracılığıyla, hakem takdiri ile ve bağlayıcı bir hüküm ile.

Yargı kararı söz konusu olduğunda *Commercial Union Assurance Co v. NRG Victory Reinsurance Ltd* [1998] 2 Lloyd's Rep 600 içinde Temyiz Mahkemesi'nden bir sigortalı ile poliçe hamili arasında bir yabancı mahkemede dava sürerken varılan bir uzlaşmanın sigortacı için bağlayıcı olup olmadığını belirlemesi istenmiştir. Temyiz Mahkemesi, bunun sigortacıyı bağlamayacağını öngörmüştür. Bu yargısında, ilk önce Temyiz Mahkemesi, sigortalının sorumluluğu hakkında bir yargı ve takdir yapacak olan yabancı mahkemenin ek bir reasürör uzlaşmazlığı içinde belirlenmesi gerektiğini öngörmüştür. Temyiz Mahkemesi'ne bir yabancı mahkeme kararının sigortalı için ilk sigorta ile bağlantılı sorumluluğunun bir kanıtından başka bir şey olamayacağı ve özellikle İngiliz yasalarına tabi bir sigorta sözleşmesi olduğu ve sigortalı sorumluluğunun belirlenmesi yetkisinin İngiliz yasalarına göre İngiliz mahkemesinde olduğu belirtilmiştir. Potter LJ bu görüşü aşırı olarak değerlendirir:

Kanımca, sorun reasürans sözleşmesi açısından ne anlam taşıyacağı açısından ele alınırsa daha kolay çözülür, bu da, aksi durumda bir hüküm olmadığında, sigortacı bir yetkili yabancı mahkeme kararını reasürans sigortalısının ilk sigortalıya karşı olan sorumluluğunun bağlayıcı olduğu şeklinde yorumlayacak, bu ancak yukarıda verilen sınırlar

içinde temyiz edilebilecektir.

Temyiz Mahkemesi tarafından bir reasürans anlaşması içindeki zımni koşulların yürürlüğü hakkında dört özel durum belirlenmiştir:

- (1) Yabancı mahkeme, İngiliz mahkemesi nazarında, yetkili olmalı ve yabancı mahkemenin sadece karar vermekle kalmayıp, aynı zamanda kendi yerel kuralları doğrultusunda gerekli yetkiye de sahip olmalıdır. İstisnai de olsa, bir İngiliz mahkemesinin bir yabancı mahkeme kararını kabul etmemesi durumunu gerektirecek koşullar söz konusudur.
- (2) Bu karar, yabancı mahkemeden sigortalının mahkeme duruşmalarından hariç tutulduğu sözleşme hükmü, yani hakemlik klozu ile bağlantılı bir ayrıcalık hükmü veya bir başka hüküm uyarınca alınmış değildir. İngiltere mahkemelerinden bu koşullarda yanlış yabancı mahkeme kararlarının 1982 Medeni Usulü ve Yargılama Kanunu (Civil Jurisdiction and Judgments Act), s. 32 (Civil Jurisdiction and Judgments Act, 1982) uyarınca kabul edilmemesi isteniyordu.
- (3) Sigortalı gerekli bütün savunmayı yaptı. Açıkça, sigortalı kendisi için bir temerrüt uygulamasına izin vermiş veya savunma yapmadan alıkonmuşsa, sigortalıdan zarar kanıtlanması istenemez.
- (4) Karar açıkça bir dayatma değil. Bütün bunun anlamı, Temyiz Mahkemesi tarafından vurgulanmadı; oysa İngiltere yasalarına tabi sigorta sözleşmesinde, açık bir yasa kusuru bulunan yabancı mahkeme duruşmalarında çözümlenen hususların yeniden mahkemece ele alınmasına dair bazı hükümler bulunabilirdi.

Hakem kararı ile ilgili olarak yasalarda şu belirtiliyor: Hakemlere sunulan belgeler ve verilen hüküm, taraflar ve hakemler arasında gizlidir ve bizzat hükmün kendisi üçüncü şahsın yasal hakları üzerinde herhangi bir etki yapmaz. Ancak, hakemlik hükmü her şeye rağmen üçüncü şahıslar için bir yasal etki yapacaktır ve genel kaniye göre – kanıtlanmamış da olsa – sigortacı, sigortalı tarafından başlatılan hakemlikte kendini yeterince savunmuş ve hakemler tarafından sorumlu addedilmişse, bu hüküm sigortalının sorumluluğu ile ilgili yeterli kanıttır ve sigortacı bu hüküm doğrultusunda sigortalıyı tazmin etmelidir. Durum tersi olmuş olsa, sigortacı reasürans

amacıyla verilen hükmün yeniden ele alınmasını talep etmiş olsaydı ve sigortalı aleyhine sigorta tazminat talebi ile ilgili olduğu kadarıyla, hakemler karar vermiş ve bunların kararı sadece olağanüstü durumlarda temyiz edilebilir olsaydı, o zaman sigortalı içinden çıkılmaz bir durumda olurdu. Bu sorunu hiç kuşkusuz ticari uygulamaya aykırı olmaksızın çözümlenmenin bir yolu, sigortacının hakem kararına uyacağını içeren sigorta sözleşmesi ile bağlantılı bir hakemlik klozu içeren bir reasürans kararının zımni nitelik taşıyacağını öngörmektir. Zımni bir hüküm lehine, reasürörün hakemlerin kesinlikle yasalara uygun bir sonuca varabileceği riskini kabul etmiş olmaları gerekliliği üzerinde tartışılabilir.

Uzlaşma ile bağlantılı olarak, böyle bir uzlaşma sigortalının ilk poliçe hamili karşısında bağlayıcı olabileceği açıktır, reasürör üzerinde etkili değildir ve ilk poliçe hamiline ödeme yapma sorumluluğu doğrultusunda yasal veya hakemlik kararı veya bir başka şekilde reasürör için kabul edilebilir bir karar ile ispatı sigortalı sorumluluğudur. Bu nedenle sigortalı, aşağıdakileri ispatlayamaz:

- (1) poliçe hamilinin zarara uğramış olduğu,
- (2) zararın esas olarak sigortalıdan kaynaklandığı
- (3) sigortalının poliçe hamili talebi karşısında savunmasız olduğu, ve
- (4) uzlaşma miktarının, sigortalının yasal sorumluluğu üzerinde olmadığı

bu nedenle de, reasürör *ex gratia* ödeme yapma sorumluluğunda değildir, hatta reasürör sorumluluğu üstlense veya sigortalı yasal sorumlulukla karşılaştığını ispat etse bile, reasürör miktara karşı itiraz hakkına sahip olur. Sigortalının bir uzlaşma gerekçesi olarak yasal sorumluluğunu kanıtlanması gerekliliği kesindir ve bu durum *Commercial Union Assurance Co v. NRG Victory Reinsurance Ltd.* içinde Temyiz Mahkemesi'nin verdiği karar ile gösterilmiştir. Bu davada, davacı reasürans sigortalısı, Exxon Valdez gemisi sorumlu sigortacılarından biri idi. Gemi 1989 yılında battı ve bilindiği gibi bir deniz kirliliğine yol açtı. Bunun üzerine sigortalı mal sahipleri, başta temizleme maliyetleri olmak üzere, yoğun bir sorumluluk altına girdi. Sorumluluk sigortasının sözleşmesi, İngiltere yasalarına tabi olacak şekilde bir kurumsal küresel "ilave" poliçesi tarafından himaye altına alınmıştı. Reasürörlere karşı mal sahibi şirketin tescil edildiği Teksas mahkemelerinde mal

sahipleri tarafından dava açıldı. Konu, sigorta konularında eğitim almamış ve jüri tarafında olan bir hakimin önüne getirilecekti. Sigortalı, yerel avukatların önerisi doğrultusunda, tazminat talepleri ile uzlaşmaya varılması ve konunun mahkemeye intikal ettirilmemesine karar verdi. Sigortalı, poliçenin kaleme alınış biçimine göre, duruşmanın İngiltere Ticaret Mahkemeleri (English Commercial Court) önüne getirilmiş olması durumunda savunma olanaklarının çok kuşkulu olabileceğini kabul ederken, yerel mahkeme jürisinin sigortalılardan çok poliçe hamillerine yakınlık duyduğu, özellikle sigortalının esas olarak teknik savunma taktiklerine güvendiği önemle vurgulandı. Reasürörün böyle bir deneyimi vardı ve bir kaza ile bağlantılı olarak daha sonra başlatılan ve mal sahibi ve sigortalının yer aldığı bir duruşmada, sigortalının oldukça güvenilir bulduğu savunmayı jüri dikkate almadı ve mal sahiplerine destek verdi. Bu nedenlerle, sigortalı mal hamilleri ile toplam 300 milyon \$ uzlaşmaya vardı. Bu tazminat talebinden önemli ölçüde düşüktü ve ayrıca sigortalıya, jürinin muhtemelen aleyhine sonuçlandıracağı sorumluluk yanı sıra, olası bir örnek hükmü de önlemiş olmaktaydı. Burada bütün mesele, savunma masraflarının da uzlaşma ile bağlı olup olmayacağıdır. Reasürans içinde bir sulh anlaşması hükmü yoktu, bu nedenle bütün sorun sigortalının iyi niyet ve ticarî ilkeler çerçevesinde uzlaşma yapıp yapmadığı idi, yoksa yasa karşısında sigortalı zararını kanıtlamış olup olmadığı ile bağlantılı değildi.

Sigortalı, ABD'li avukat Mr Reasoner, yeminli ifadesi doğrultusunda zararı kanıtlamış olduğunu ileri sürdü. Avukatın verdiği yeminli ifadede, jürinin sorumluluktan cayma için poliçenin kaleme alınış tekniklerini yaygın olarak kullanan bir sigortacıya karşı iyi niyet beslemeyeceği konusunda kesin yargılar yer alıyordu. Asliye yargıcı Clarke, ilk bakışta, bunu yeterli gördü, zira reasürans sigortalısının sorumluluğunun bir İngiltere Ticaret Mahkemeleri içinde uygulanabilir şekilde sadece bir İngiltere yasaları ile bağlantılı bir husus olmayacağı düşünülmeli ve bunun pek ala Teksas'ta olduğu gibi, uzman olmayan bir yargıç ve jüri önüne getirilebilir olduğunu belirtmişti. Bu gerekçe Temyiz Mahkemesi tarafından reddedilecek ve reasürans sigortalısının zararının kanıtlanmamış olduğunu tescil edecekti. Yargıç Potter, Yargıç Lord Woolf ve Yargıç May'ın da katıldığı gibi, yasalar doğrultusunda sigortalının zararını kanıtlaması gerektiğine karar verdi ve reasürörün iyi niyet çerçevesinde makul bir uzlaşmaya tabi olmasını reddetti. İngiltere yasalarının ilk poliçe ile bağlantılı olarak yetkili olduğu düşünülürse,

İngiltere yasalarının kesin uygulanması ve bir yerel avukatın salt “gözlemlerini” göz ardı etmek gerekirdi. Yeminli ifade, “kanıtların sigorta sözleşmesi kapsamında gerçek yasal sorumluluğu gösterip göstermediği üzerinde durmamıştı”, ama buna rağmen sonuçlarına reasürörler itiraz etmemişlerdi. Bu kararın sonucu, bir sulh anlaşması veya benzer bir klotun olmadığı koşullar altında, sigortalı tarafından iyi niyet veya ticari amaçları öngörmeyen bir uzlaşma, böyle bir uzlaşma reasüröre uygulanacak sorumluluktan daha fazlasından kaçınılması anlamını taşıyacağı ispat edilmiş olsa bile, reasürör için bağlayıcı nitelik taşımayacaktır. İlk bakışta, bu sonucun cazip olmadığı düşünülür, ancak burada iki husus üzerinde durulmalıdır: Bu sonuca yol açan bir sulh anlaşması klotunun olmaması, muhtemelen tarafların bilinçli bir kararıdır ve kara sigortası sözleşmesi yapan sigortacının, göstereceği çabalar sigortacının yararına olsa bile, sigortalının bir zarardan kaçınma veya azaltma sırasında üstlendiği masraflarını tazmin etmeye sorumlu olmadığına dair İngiltere yasalarının genel kuralı ile uyumlu bir karardır.

Bunun sonucunda *King v Brandywine Reinsurance Co (UK) Ltd* [2004] EWHC 1033 (Comm), [2005] Lloyd’s Rep IR (yayınlanacak) davasında, reasürans sigortalısı ilk poliçe ile bağlantılı olarak bir sorumluluğun olduğu ve reasürörler aleyhine tazminat talebinin göz ardı edildiğini gösterme çabasına boşuna girmiştir.

Sulh anlaşması (Follow the Settlements)

İçtihatların (*common law*) değiştirilmesi ile ilgili ilk girişimler, “ödeme almak için ödeme yap” deyiminin kullanılması ile başlatıldı. Bu durum müteaddit defalar gözlenmişti. Başlangıçta, *Chippendale v Holt* (1895) 65 LJQB 104, duruşmasında Yargıç Mathew reasürörün reasürans sigortalısına yasal olarak tazmin sorumluluğu, ancak reasürans sigortalısının ilk sigortalıya karşı yasal sorumluluğu olduğu durumlarla sınırlı olduğunu düşünüyordu. Bu nedenle reasürans sigortalısı için sağlanan savunma, aynı şekilde sigortalıya karşı reasürör için de sağlanıyordu ve bu reasürörün anlaşma doğrultusunda sigortalıya karşı sahip olabileceği savunma hakkı ile bağlantılı olmaksızın böyle idi. Ayrıca, sigortalı esas olarak kendisinin yasalar çerçevesinde sorumlu olmasının, reasürörün sorumluluğu için yeterli olmadığını düşünüyordu. Bu yaklaşım, *Merchants’ Marine Insurance Co Ltd v Liverpool Marine and General Insurance Co Ltd* (1928) 31 Ll LR 45 davası içinde Temyiz Mahkemesi tarafından teyit edildi. Ancak daha sonraki davalarda

da, sorumluluk ile miktar arasında bir ayırım getirildi. *Western Assurance Co of Toronto v. Poole* [1903] 1 KB 376 davasında Yargıç Birgham şöyle diyecekti: “Sorumluluk olduğu sürece, bunun fiili miktarının belirlenmesinde iyi niyetli yapılan bir hata bunun ödenmemesi için bir karine oluşturmaz”. Bu, “ödeme almak için ödeme yap” (pay to be paid) yaklaşımı idi. Bu yaklaşım, Yargıç Scrutton tarafından *Gurney v. Grimmer* (1932) 44 Ll LR 189 davasında sorgulanıyordu. Yargıç Bigham’ın bunu “nerede çıkardığını” bilmiyorum dedi. Ne var ki, aynı durum *Hong Kong Borneo Services Ltd v. Pilcher* [1992] 2 Lloyd’s Rep 593 davasında onaylanacaktı.

Bütün bunlar, “sulh anlaşması” ile yeni bir formülün getirilmesine yol açtı. *Excess Liability Insurance Co Ltd v. Mathews* (1925) 31 Com Cas 43 davasında anlaşma formülü “sulh anlaşması” olacaktı. Davacı reasürans sigortalısı, Macaristan’daki fabrika kârlarını yangına karşı sigorta etmişti. Reasürans, davalı Lloyd’s underwriters’ten temin edilmişti. Ağustos 1914’te, İngiltere ile Macaristan arasında savaş ilan edildi, bir sonraki ay fabrika yandı. 1920 yılında İngiltere ile Macaristan arasında, bu ülkeler arasında yaşayanlar arasında varılan ticari anlaşmalara tekrar yürürlük tanındı. Sigorta anlaşması, bu kapsam içinde yer alıyordu. Bundan sonra, sigorta poliçesi kapsamında fabrika sahipleri tarafından getirilen tazminat talebi sigortalı tarafından reddedildi, ancak daha sonra bunun %65’i oranında bir uzlaşma sağlandı. Bundan sonra davalı sigortalı, sigorta sözleşmesi kapsamında Lloyd’s underwriters’ten tazminat talebinde bulundu. Ana sigortacının, “ödeme almak için ödeme yap ve sulh anlaşması” ilkelerine uyması isteniyordu. Yargıç Branson’a göre, sigortalının ödeme sorumluluğu, yasal ödeme sorumluluğu ile bağlantılıydı, şimdi, üzerinde tartışılacak sorun, yeni formülün sigortalıya sulh anlaşması ile ilgili bir tazminat talebi hakkı sağlayıp sağlamayacağı idi. Buna karar verirken, reasürörün sigortalıyı tazmin sorumluluğunda olduğu açıktı. Mahkeme, yasal sorumluluk esasına temellendirilecek sulh anlaşması, sigortalı tarafından bir hile söz konusu değilse ve sigortalı, zararın oluşmaması veya asgari düzeyde oluşması için gerekli bütün ticari önlemleri almış idiyse, reasürör için bağlayıcı olmalıydı.

İlk tereddütlere rağmen, bu yaklaşım *Insurance Co of Africa v. Scor (UK) Reinsurance Co Ltd* [1985] 1 Lloyd’s Rep 312 davasında Temyiz Mahkemesi tarafından teyit edildi. Scor ile bağlantılı ilk sigorta, Eski Gümrük Binası olan ve Monrovia’da yer alan ambar içindi. Sigortalı, binayı Liberya hükümetinden kiralayan African Trading Co (Liberia) Ltd (ATC) şir-

ketti. Tesis içindekiler için sigorta bedeli 3,000,000 \$, prim %1 idi. Sigortacı, ICA, Londra piyasasındaki sorumluluklerinin %98,6'sını sigorta ettirmişti. Scor en önde gelen reasürör idi. Reasürans hükümlerine göre, Scor ICA ile "sulh anlaşması" yaptı. 7 Şubat 1982 tarihinde ambar yangın sonucu yıkıldı. Resmi yetkililer, yangını söndürme sırasında bir dizi ihmallerde bulundu ve yangın sonucu harabe haline gelen bina, tehlike yarattığı gerekçesi ile ordu tarafından yıkıldı. Liberya'daki bir ekspertiz firması, yangın ile ilgili bir rapor düzenledi ve ATC'nin yangın ile ilgili kusurlu kabul edilemeyeceğini, ATC'nin kayıplarının sigorta poliçesinin her iki maddesi doğrultusunda, poliçe limitlerinin üzerinde olduğunu belirtti. Aynı durum, ICA'nın ABD'deki kardeş kuruluşu tarafından Monrovia'ya gönderilen bir başka ekspertiz firması tarafından da teyit edildi. Bunun sonucunda, Nisan 1982 tarihinden itibaren ICA poliçenin her iki maddesi içinde yer alan zarar ödemesine hazırlanmaya başladı. Zira, o zamana kadar diğer sigortacılar ATC'ye ödeme yapmışlardı ve her halükarda, ATC ile ICA arasında varılan anlaşma, tazminat talebinden sonraki altmış gün içinde zarar tazminini gerektirmekteydi.

Daha sonraki aşamada, Scor, Liberya'dan gönderilmiş bir dizi imzasız mektup aldı. Mektupta, ambarları, bir ordu mensubu ile birlikte ATC yetkilisinin yakmış olduğu, ICA'nın Liberya'daki üst yöneticilerden bu konuda sessiz kalması için önemli ölçüde rüşvet aldığı, ve ilk ekspertizin bu hileli işlem ile bağlantılı olarak sigortadan alınacak paranın %10'unu aldığı belirtiliyordu. Bunun üzerine Scor ICA'ya tazminat talebi karşısında ödeme yapma yetkisini vermedi ve kendi araştırma ekibini Liberya'ya gönderdi. Scor, ayrıca bu konuda ICA'ya herhangi bir açıklama yapmadığı gibi, imzasız mektupta rüşvet aldığı ileri sürülen ICA üst yöneticisinden de söz etmedi. Sonuçta, ICA'nın ana şirketi, ICA'ya Scor kontrol elemanları ile işbirliği yapmama talimatı verdi. Bundan sonra Scor, ATC'ya yapılacak ödemelerle bağlantılı olarak ICA'nın zararını tazmin etme doğrultusunda herhangi bir ödeme yapmayacağını ICA'ya bildirdi. Bu arada, bir hile kuşkusu dışında hala kesin nedeni ICA'ya belirtilmemişti. Bu aşamadan sonra ATC, ilk poliçeyi esas alarak ICA'ya karşı Liberya'da yasal işlemleri başlattı. ICA, Scor tarafından yapılan incelemede yer almamış olduğu için, savunmasını bir hile olduğu üzerine yapamadı. Mahkeme, ICA hakkında tazminat talebi miktarı olan 3.500.000 \$, genel hasarlar ((İngiltere'de bilindiği şekli ile temerrüt) için 600.000 \$ ve mahkeme masrafları olarak da 58.000 \$ ödemeye

hükmetti. ICA, İngiltere mahkemelerinde bu miktar ile bağlantılı olarak Scor aleyhine dava açtı. Bu arada şunu da belirtmek gerekir ki, Yargıç Leggatt, Eski Gümrük Binasının yıkılması ile bağlantılı olarak herhangi bir hileli durum olmadığı konusunda bir karara varmıştı. Temyiz Mahkemesi de bu kararı incelemeye değer bulmamıştı.

Scor'un doğrudan ATC'ye ödeme yapma yetkisi yoktu. Scor ile bağlantılı ortaya çıkan temel sorun, "sulh anlaşması" klozunun Scor'ı ICA'ya ödeme yapması için yetip yetmeyeceği idi. Temyiz Mahkemesi, oybirliği ile, Yargıç Stephenson'un eski teamüllere uygun "ödeme almak için ödeme yap" ilkesi üzerinde ayrıntılı bir çalışma yaparak kararını verdi ve aşağıda verilen ve daha bağlantılı olarak şu sonuçlara vardı:

Bu davada ICA, ATC'nin tazminat talebi doğrultusunda Liberya mahkemesi tarafından ödeme yapmasına karar verilmiştir. ICA'nın iyi niyetle davranmamış olduğu veya ATC ile danışıklı davranmamış olduğunun veya söz konusu olan zararın önlenmesi veya azaltılması için gerekli her türlü önlemin alınmamış olduğunun belirlenmiş olması dışında, Scor bu durumda ICA'ya ödeme yapmalıdır. Burada, Yargıç Bigham'ın Poole davasında şimdiye kadar itiraz edilmemiş formülüne bağlı kaldım. Sulh anlaşması klozu yürürlüğü ile ilgili olarak öngörülen teamüllerden vardığı sonuçlara tam olarak katılıyorum.

Yargıç Robert Goff, Yargıç Fox'un da onay verdiği şekilde, daha önceki teamülleri inceledi ve *Excess Liability Insurance Co v. Mathews* davası içinde yer alanların mevcut durum ile bağlantılı olarak örnek oluşturamayacağını, zira, burada anlaşma içinde aynı zamanda "ödeme almak için ödeme yap" yanı sıra, "sulh anlaşması" formülü bulunmaktaydı, oysa Scor ile ilgili olarak ilgili kloz içinde sadece "sulh anlaşması"ndan söz edilmekteydi. Yargıç Robert Goff bu tartışmayı "gerçekçi olmayan" biçiminde tanımlıyor ve tek başına "sulh anlaşması" ile, reasürans piyasasında istenen etkinin yaratılabildiği ve bu bağlamda *Chippendale v. Holt* davasının bozulduğunu ileri sürüyordu. Yargıç Robert Goff'nin genel yaklaşımı ve bunlar için gerekçeleri, şu şekilde açıklanmaktaydı:

Verdiğim kararda, sigortacılar için sulh anlaşması klozunun reasürörler için bağlayıcı etkisi sigortacıların kendi sigortalıları ile bir tazminat doğrultusunda uzlaşmaları durumunda reasürörler sigortacıya tazminat vermeyi kabul ederler; yeter ki kendileri ister bir kabul, isterse

bir uzlaşma amacıyla bir tazminat talebini kontrol etme veya etmekle sorunlu görsünler ve talebin yasal reasürans kapsamında düzenlenen politika kapsamında ve taleple ilgili düzlemde sigortacı dürüst davranmış ve bir uzlaşmaya varmak için gerekli bütün çabaları almış olsun. Bu kurgu bana Yargıç Branson'un *Excess Liability Insurance Co v. Mathews* içindeki yaklaşımı ile uyumlu görünüyor. Bu klozu, reasürörlerin sigortacı tarafından getirilen bir talebe bunun reasürans poliçesi kapsamında olmadığına ilişkin itiraz etmelerini önler olarak değerlendirmiyorum, ancak Yargıç Bigham ile anlaşma ile bağlantılı olarak, ben bu klozun reasürörlerin dürüst olmaları yanı sıra, aynı zamanda sigortacıların basiretli olmalarını öngördüğünü ve aynı zamanda sigortacıların da hem dürüst hem de uygun ve basiretli davranmış olmaları gerektiğini içerdiğini düşünüyorum. Ancak bunun daha güçlü bir koşul olarak yorumlanamayacağını ve sigortacılara daha fazla sorumluluk getirdiğini düşünmüyorum.

Yargıç Robert Goff'ın *Scor* davasındaki kararı, sigortalının kendi sigortalısı ile vardığı uzlaşma ile bağlantılı reasürörden tazminat alması öncesinde uyması gereken iki koşul olduğu gerçeğini vurgulamıştır. Bunlardan ilki, tazminat talebi sırasında sigortacı basiretli davranmış olmalıdır. İkincisi ise, yasalar çerçevesinde tazminat talebinin reasürans anlaşması ile kaplanan risk içinde yer alıyor olmasıdır.

Kısım I: uygun ve basiretli davranış

Bütün sulh anlaşmalarının iyi niyetli ve basiretli bir biçimde varılması ile bağlantılı *Scor* gerekliliğini yerine getirmek için sigortalının tam olarak hangi adımları atması gerektiği üzerinde çok az tartışılmıştır. Burada çok durumda reasürans anlaşması taleplerde işbirliği veya taleplerin kontrolü hükmü yer alır. Bunun etkisi, sigortalının nasıl davranması gerektiği ile ilgili olarak reasüröre daha fazla veya daha az yönlendirme olanağı sağlamak olur. Ancak böyle bir hüküm olsa bile, sigortalının iyi niyet ve basiretli davranmış olması gerekir. Esas olarak sigortalının kendi konumu ile ilgili göz önünde bulundurması gereken iki husus var: sorumluluk getiren ilk poliçenin kaleme alınışı ve ilk poliçenin geçerli olduğu olayların belirlenmesi ve zarar miktarının belirlenmesi.

Bunların ilki ile ilgili olarak, sigortalı poliçe ile bağlantılı makul bir değerlendirme ile standart bir sulh anlaşması hükmü öngörmelidir (*Municipal*

Mutual Insurance Ltd v. Sea Insurance Co Ltd [1996] LRLR 265). Yine de kimi durumlarda konuya vakıf avukatın yasal danışmanlığı gerekli olabilir.

Gerçeklerin belirlenmesi biraz daha öznel bir çaba niteliğindedir. *Charman v. Guardian Royal Exchange Assurance plc* [1992] 2 Lloyd's Rep 607 davasında sigortalılar Lloyd's Underwriters, sigortalının zararını tespit için bir ekspertiz tayin ettiler ve sigortalının 99,5 milyon \$ tazminatı üstlendiğini belirlediler ve buna razı geldiler. Yargıç Webster'e göre, *Scor* testi için, Lloyd şunları yapmak zorunda kalmıştı:

- (a) ekspertiz tayini sırasında, kimin atanması konusunda basiretli davranmak ve atanan eksperin bu konuda gerçekten yetenekli olduğundan emin olmak;
- (b) bir anlaşmaya varmadan önce, bunun basiretli bir biçimde düzenlenmiş olduğundan emin olmak;
- (c) rapor düzenlendikten sonra, sigortalı ile rapor ışığında basiretli bir biçimde görüşmeye oturmak.

Yargıç Webster, reasürans sigortalılarının her birini bunları tek tek yerine getirmekle sorumlu tuttu.

Gan Insurance Co Ltd v Tai Ping Insurance Co Ltd (No 3) [2002] Lloyd's Rep IR 612 davası içinde tazminat miktarı sorun olmuştu. Dava, Tayvan'da bir bilgisayar kartı fabrikasındaki yangın ile ilgiliydi. Davalı sigortalı, yerel bir şirketti ve bir uzlaşmaya vardıldıktan sonra, reasürörlerden tazminat talebinde bulundu. İçlerinden biri dışında bütün reasürörler bunu kabul etti. Karşı çıkan reasürör, işbirliği sorumluluğu gibi çeşitli ihlal gerekçesine başvurdu ve ayrıca sigortalının çok çabuk uzlaşmaya vardığını, oysa miktarın daha düşük tutulabileceğini ileri sürdü. Bu iddia gerçekte doğrudu. Biraz daha yakından incelendiğinde, uzlaşma miktarının azami seviyenin üzerinde olduğu anlaşılacaktı. Temyiz Mahkemesi'nden bu konuda kesin bir karar alması istenmedi. Zira sorun, karşı çıkan reasürörün gerekçesinin tutarlı olup olmadığı ile ilgiliydi. Ne de olsa, reasürörlerin kabul edeceği tazminat miktarı ile davacı reasürans sigortalısı tarafından uzlaşmaya varılan miktar arasında bir fark olması önemliydi ve bu durum Yargıç Mance tarafından da bu şekilde belirtilmişti. Verilen karardan da anlaşılacağı gibi, reasürans sigortalısının daha yüksek bir rakam üzerinde uzlaşmaya varmış olması yapılan tazminat talebi miktarı ile bağlantılı olmasından çok

başka harici koşullar, yani, bir hükümet baskısı veya sigortalı ile iyi ilişkilerin sürdürülmesi isteği, vs. o zaman sigortalının tazminat talebi ile bağlantılı olarak iyi niyetle ve basiretli davranmış olduğu söylenebilirdi.

Kısım II: Reasürans koşullarına uygun zarar

Yargıç Robert Goff, *Scor* içinde, sulh anlaşması klozu çerçevesinde tazminat ile bağlantılı ikinci bir gereklilik getiriyor: zarar, yasal olarak, Reasürans poliçesi ile kapsanan risk kapsamında olmalıdır. Bu nedenle, reasürans anlaşması ile neyin anlaşıldığı sorununu ayrıca ele almak gerekecektir. Reasürans ilk poliçe ile aynı koşulları içermiyor ise, ve her iki sözleşmenin de birbiriyle uyumlu olmasını gerektirecek bir durum olmadığına göre, o zaman *Scor* testinin ikinci kısmının, sigortalı zararını kapsıyor olup olmadığını belirlemek için Reasürans anlaşmasının ne anlama geldiği üzerinde ayrıca durulması gereği açıktır. Ancak daha yaygınlıkla Reasürans sözleşmesi ve ilk poliçe aynı anlama gelecektir. Açıkça anlaşıldığı gibi, her iki sözleşmede de az çok aynı kelimelerin kullanılması yorumlamada bir tutarlılık sağlayacaktır. Farklı kaleme alınmış olsalar bile, bir çok durumlarda “sırt sırta (*back-to-back*)” kapsam varsayımı da bizi aynı kapıya çıkaracaktır. Birbiri ile ilişkili” kapsam varsayımı Lordlar Kamarası’nın *Axa Reinsurance (UK) Ltd v. Field* davasındaki oransal Reasürans için geçerli olacaktır. Burada reasürör, sigortalı tarafından kabul edilen riski az çok taşımakta, ama sigortalı ve reasürör tarafından kabul edilen riskler arasında zorunlu bir bağlantı olmamasına rağmen reasürör, oransal olmayan Reasürans üzerinde çok az veya hiç bir role sahip değildir ve bu nedenle ilk poliçe koşulları ile Reasürans koşulları arasında zorunlu bir bağlantı yoktur. Bu nedenle Lordlar Kamarası, *Axa* ile ilgili ilave zarar Reasürans anlaşması içindeki “olay” ile ilk poliçe içindeki “olayların nedeni” koşulları bir araya getirilse bile bunlar zorunlu olarak aynı anlama gelmeyebilir kararı vermiştir.

Bir çok durumda her iki sözleşmede de aynı riskler himaye altındadır ve buradan da sigortalının, kendi sigortalısına verilen kapsam dışında bir sorumluluğu kabul etmesi gerçekte Reasürans anlaşması dışında gelişen bir durum olduğu sonucuna varılır. Ayrıca buradan, reasürans sigortalısının kendi sigortalısına karşı sorumluluğu bir mahkeme kararı ile belirlenmişse, reasürörün Reasürans poliçesi altındaki sorumluluğu de otomatik olarak oluşmakta olduğu sonucu çıkar. Asıl güçlük, reasürans sigortalısının sorumluluğunun yasalarda belirlenmiş olmaması, ama sigortalının haklı olarak

kendi sigortalısına karşı sorumluluğunun olduğu durumlarda, bu durumun yasal olarak reasürör için sigortalıya karşı bir sorumluluk yaratacağını düşünmesi ile çıkar. Bu durum, ilk sigortalı lehine bir hakem kararı olduğu veya reasürans sigortalısının, sözleşmenin kaleme alınış biçiminin böyle bir sorumluluk için yeterli olduğu doğrultusunda ikna edici bir yasal danışmanlık aldığı durumlarda da olabilir. *Scor* bu açıdan soruyu ele almıyor ve bu durum ilk defa, Yargıç Evans tarafından *Hiscox v. Outhwaite (No 3)* [1991] 2 Lloyd's Rep 524 bağlamında ele alınıyor. Bu dava 1985 yılında reasürans sigortalısı ve ilk sigortalı arasında varılan 'Wellington Anlaşması' ile bağlantılı ortaya çıktı. Karar, bir dizi ABD mahkemelerince alınmış, sigortalı, ürünleri nedeniyle yol açtığı ileri sürülen asbest ile bağlantılı hastalıktan sorumlu tutulmuştu. Wellington Anlaşması altında reasürans sigortalıları ilk sigortalıya karşı sorumluluğunu kabul ettiler ve karşılıklı anlaşmaya vararak birbirlerine karşı tazminata katılma talebinde bulunmadılar. Reasürörlere Wellington Anlaşması bildirildi ve bundan sonra söz konusu olan Reasürans anlaşmasının Wellington Anlaşması için bir tazminat ödemesi gerekliliğini içerip içermediği konusunda sigortalılar ve reasürörler arasında anlaşmazlık çıktı. Bir başka sorun, ilk biçimi ile Reasürans anlaşmasının Wellington Anlaşması ödemeleri kapsayıp kapsamadığı idi. Bu husus, söz konusu ödemelerin sorumluluk ile bağlantılı yasal düzenleme olduğu durumlar ile yasal düzenlemelerin olmadığı durumlarla bağlantılı olarak açıkça dile getirilmekteydi. Reasürans klotunda, cl.7., koşullar şunlardı:

Sigortalı, işbu Anlaşma ile bağlantılı bütün hususlarda elinden gelen gayreti gösterecektir. İşbu çerçevede, sigortalı tarafından ister bir uzlaşma, ister bir *ex gratia* veya bir başka şekilde yapacağı bütün uzlaşmalar, koşulsuz olarak reasürörler için bağlayıcı olacaktır.

Dava, bu ifadenin bir "sulh anlaşması" klozu niteliğinde olduğu esası üzerinde yürütüldü. *Hiscox* içinde yer alan bir başka özellik, sigorta ve Reasürans, Reasürans anlaşması içinde bir birleştirme klozu doğrultusunda aynı metin yer almaktaydı.

Karşı gerekçeler şunlardı: Sigortacılar, kendileri tarafından makul ve basiretli bir biçimde üstlenilen herhangi bir tazminat talebinin, yasalarda bu konuda tam olarak ne olduğuna bakılmaksızın reasürörler için bağlayıcı olduğunu ileri sürdüler. Reasürörler, sigortacının yasal sorumluluk dışında yapacağı hiç bir ödemenin Reasürans kapsamında olmadığını ileri sürdüler.

Yargıç Evans, gerçeğin bu ikisinin ortasında bir yerde olduğunu düşünüyor: reasürörler yasalarda yer alan ve tartışmalı sorunlarla bağlantılı olarak makul uzlaşma yapmakla sorumludurlar, ancak bir iyi niyet, makul veya basiretli bir biçimde yapılmış da olsa, zarar ilk poliçe kapsamı içinde olup olmadığına bakılmaksızın sigortalının yaptığı her türlü ödemeye karşı genel bir sorumlulukları yoktur. Yargıç Evans, *Scor* etkisini şu şekilde özetliyordu:

Kanımca, reasürör her zaman Reasürans sözleşmesi kapsamı ile bağlantılı bir konuyu gündeme getirme hakkına sahiptir ver Reasürans sözleşmesi içine “sulh anlaşması” koşulu olsa bile, yürürlükteki sigorta ötesinde bir risk varlığı söz konusu olduğunda böyle bir konuyu gündeme getirmesi daha da haklılık kazanır. Buradan hareketle, esas olarak sigortalıya karşı yasal zorunluluk olmadığı halde, makul ve basiretli ödeme yapılmış olsa bile, kendisinden yapılmış bir ödeme için talepte bulunan sigortalıya karşı reasürörün elindeki tek savunma silahı da budur. Ancak bunun bir şartı var. . . Sigortalının yaptığı bir sulh anlaşması ile bağlantılı olarak söz konusu olan tazminat talebi bir mahkeme önüne getirildiğinde, bu tazminat talebinin mahkeme tarafından geri çevrilme ihtimaline bakılmaksızın, bu tazminat ilk sigorta kapsamı içinde yer alıyorsa bu durum muhtemelen reasürör için bağlayıcıdır demektir.

Bu ilkelerden hareket ederek Yargıç Evans, sigortalı olmayan kişilere Wellington Anlaşması altında ödeme yapan sigortalının yaptığı tazminat talebinden reasürörün sorumlu olmadığını belirten hakem kararını destekledi.

Yargıç Evans'ın *Hiscox* davası içindeki gerekçesi, tarafların ihtiyaçları arasında bir uzlaşma arar: reasürans sigortalısı, yapılan sözleşme çerçevesinde yasal sorumlulukleri karşılığında gerekli her türlü adımları atmış ve reasürör de Reasürans sözleşmesinden kaynaklanan yasal sorumluluk üstlenmiştir: ancak sigortalının vardığı uzlaşma, üstlenilen sorumluluk üzerine temellendirilmiştir. Bu formülde açık olan husus şudur: *Scor* ikinci kısmı, göz ardı edilmiştir, zira Reasürans anlaşması ve ilk poliçe aynı koşulları içeriyor olarak yorumlanmıştır. Bu durumda, sigortalının ödemelerini yapmak için yasal bir sorumluluk taşıyıp taşımadığına bakmaksızın uzlaşmaya varmış olduğunu kanıtlamak reasüröre kalmaktadır ve bu nedenle, Reasürans anlaşması içinde yasalar doğrultusunda kapsam sorunu gündeme gelmektedir.

Hiscox kararı içindeki gerekçenin *Scor kararı* içindeki ikinci kısım için olumsuz olduğu düşünülebilir. Ne de olsa, sigortalı fiili sorumluluğa bakmaksızın uzlaşmaya varmışsa, o zaman iyi niyetle veya basiretli davranmamış, veya *ex gratia* ödeme yapmış demektir. Eğer durum buyorsa, o zaman tazminat talebi, bizatihi sulh anlaşması ile bağlantılı olarak düşecektir ve bu nedenle Reasürans içinde yer alan hükümleri dikkate almaya gerek kalmayacaktır. Bu değerlendirme, Lordlar Kamarası tarafından *Hill v. Mercantile and General Reinsurance Co plc* kararında desteklenmiştir. Hill 1990 yılında Irak'a yapılan müdahale sırasında Kuveyt havalimanında aralarından biri İngiltere Havayollarına ait olan onbeş uçak çalıştırmakta idi. Irak uçaklara el koydu ve uçaklar Kuveyt'ten Irak'a götürüldü. Bu uçaklardan sekizi geri getirildi. Geri kalan uçaklar, 1991 Körfez Savaşı sırasında tahrip edildi. Uçaklar, 1990 yılında bir yerel sigorta şirketi KI tarafından sigortalanmış daha sonra da davacı tarafından temsil edilen bir grup ile Lloyd's ile bir dizi işlemler sonucunda 'LMX spiral', içinde Reasürans sözleşmesi yapmıştı. Buna karşılık davalı, sorumluluğu davacı retrosesyonerlere devretmişti. Devretme anlaşması, "ilk poliçe kayıt ve koşulları çerçevesinde" olmak kaydıyla, davalının sulh anlaşması doğrultusunda bağlayıcı nitelik taşıyordu... ve Reasürans kayıt ve koşullarına uyulması gerekiyordu. KI, tazminat talebi kontrol klozu doğrultusunda reasürörler önerileri ile, zararın 1990 yılında oluşan tek bir olay ile sınırlı kalması ve bütün zararın bu olay ile bağlantılı olacağı kaydı ile Kuveyt Havayollarına karşı 300 milyon \$ sorumluluğu geçici olarak kabul etti. Davalılar, altı Kuveyt uçağı ve bir İngiliz uçağının 1990 değil, 1991 yılında hasar gördüğünü, sigortalı uçakların her birindeki hasarın devir anlaşması uyarınca tek bir "olay" olduğunu, bunun zararın tek bir tazminat talebi altında toplanmasını engellediğini ileri sürerek sorumluluğu kabul etmediler. Davalı buna davalıya karşı bir özet deklarasyon kararı alma girişimi ile yanıt verdi. Sorun, davalıların savunmalarının tartışılabilir olup olmadığı ile ilgili idi.

Hill davasının ilk duruşmasında Yargıç Rix, iki-kısımlı *Scor* yaklaşımı izleyerek reasürörlerin savunmalarını yasal olarak retrosesyon anlaşmasının kapsamı ve anlamı üzerinde etkili olması açısından tartışılabilir olarak kabul etti. Bunlar, retrosesyon ile himaye altında olan dönem ve bir toparlayıcı faktör olarak "olay" kelimesinin anlamları ile ilgiliydi. Yargıç Rix, ayrıca retrosesyon anlaşması içinde kullanılan sulh anlaşması klozu yetersiz olmamasına rağmen, zarar her iki sözleşme koşulları kapsamında olması

şeklinde iki koşula bağlıydı ve bu koşulların davanın normal *Scor* uygulaması dışına çıkarıp çıkarmadığı tartışmalıydı. Savunmanın tartışmalı olduğu görüşüyle Yargıç Rix, özet kararı geri çevirdi. Öte yandan Yargıç Rix'in, savunmada bulunduğu bir başka tartışılabilir durum daha vardı: Sulh anlaşması klozu uzlaşma ile ilgiliydi, öte yandan Yargıç Rix, KAC'ın ilk sigortalılarının geçici sorumluluk kabulünün bu tür bir uzlaşma anlamına gelmemesine rağmen, sorumluluk kabulü ile ilgili bir adım niteliğinde olduğunu düşünmekteydi. Bu husus, daha sonra *Hill* içinde Lordlar Kamarası tarafından göz ardı edildi, zira sulh anlaşması klozu içinde sözü edilen uzlaşmanın davacı geri çekilen ve onun reasürörleri arasında olduğu düşünüldü. Ancak, sorumluluğun herhangi bir şekilde kabulünden çok asıl olanın kanıtlanmış bir uzlaşma olması gerektiği doğrultusundaki Yargıç Rix'in üzerinde durduğu husus teyit edildi ve gerçekten davacıların poliçe sahiplerine olan sorumluluğunu kabul etmesi ile ilgili belirsizlik, Lordlar Kamarası tarafından bir sulh anlaşması klozunun sonucu olarak değerlendirildi.

Temyiz Mahkemesi Yargıç Rix'in kararını bozdu ve özet kararın davacı lehine verilebileceğine hükmetti. Temyiz Mahkemesi, reasürans ile verilen bir kapsam içinde yer alan bir tazminat talebinin olduğu durumlarda reasürörün reasürans sigortalısının tazminat talebi ile ilgili iyi niyet veya basiretli davranışını sorgulamasını engellediğini düşünmekteydi. Bu gerekçe, *Scor* içinde ikinci kısmı geçersiz kılıyor ve sigortalının bir sulh anlaşması klozu doğrultusunda tazminat talebine yol açacak gerçekleri belirleme Reasürans kapsamını uygun bir şekilde oluşturma olanağı veriyordu. Temyiz Mahkemesi, ayrıca anlaşmanın lafzının – davacıların sulh anlaşmalarının sorumluluğunu 'orijinal poliçe kayıt ve koşulları doğrultusunda ve söz konusu Reasürans kayıt ve koşulları doğrultusunda' olmakla sınırlayan- açıkça *Scor*'u kanunlaştırdığını ve reasürörlerin, sigortalıların iyi niyet ve basiretli kararlarının tazminat talebi için yeterli olduğunu ve tazminat talebi ile bağlantılı uygun poliçeyi oluşturmasını kabul etmesini gerektiğini düşünmekteydi.

Hill kararında Temyiz Mahkemesi'nin analizleri, Reasürans ve sigortanın aynı hükümler içerdiği *Scor* ikinci kısmını yeterince devre dışı yapacağı görülecektir: bu yaklaşımda bütün mesele, reasürans sigortalısının ilk sigortalı ile iyi niyetli ve basiretli bir uzlaşmaya varmış olmasıdır. Bu yaklaşım diğer davalara da uygulanmıştır. *Axa Reinsurance (UK) Ltd v. Field* davasında Temyiz Mahkemesi, *Hill* davasında Yargıç Hirst'in ilk kararını

benimsemiştir. Ancak Axa’da bu husus biraz farklı getirilmiştir. Yine *Baker v. Black Sea and Baltic General Insurance Co* [1995] LRLR 261 davasında Yargıç Potter, Agent Orange’ savaş nedeniyle söz konusu olabilecek bir sigortadan istisnası olmayacak bir reasürans uzlaşmasının reasürör tarafından kabul edilmesini düşünmekteydi. Varılan uzlaşmalar, ABD’li avukatlar tarafından sağlanan ayrıntılı yasal danışmanlığı esas almıştı ve Yargıç Potter’e göre, uzlaşmaların iyi niyetle ve basiretli olarak yapılmış olması ve Reasürans içinde ilk poliçe koşullarının yer alması nedeniyle, sigortalının sorumluluk üstlenmesini kabul etmesinin reasürör için bağlayıcı olduğunu ve yine Scor ikinci kısmının bağımsız bir etkisi olmadığı idi.

Hill için Lordlar Kamarası’na *Scor*’un ikinci kısmı ile bağlantılı kesin bir yol gösterici anlam temin etme umuduyla yapılan başvuru sonuç vermeyen bir girişim oldu. Lordlar Kamarası, Temyiz Mahkemesi’nin özet kararını geri çevirdi ve davalı savunmasının tartışılabilir olduğunu, bunun ancak davanın baştan ele alınması ile çözümlenebileceğini ve davalının sorumluluk üstlenmesindeki izlediği yol için yeterli kanıt olmaması nedeniyle, davalı ve sigortalı arasındaki sulh anlaşmasının sağlanmış olup olmadığına belirsiz olduğuna hükmetti. Bu bulgular, davanın düşmesi için yeterliydi, ama Lordlar Kamarası, - Lord Mustill’in yaptığı ve bütün diğer Lordların katıldığı konuşmasında belirtildiği gibi - sulh anlaşması klozunun oluşturulması üzerinde bazı genel gözlemler yapmayı tercih etti.

Lord Mustill’in ilk önerisi, söz konusu ilke ile bağlantılı ciddi bir sorun olmadığı idi, ama, iki açık kural söz konusuydu:

- (1) “Zarardan, sigorta poliçesi kapsamı ve daha sonra Reasürans ile yeniden oluşturulan kapsam içinde yer almadıkça, reasürör sorumlu tutulamaz.”
- (2) “Taraflar, bu gerekliliklerin nasıl karşılanacağını belirlemede kendi iradeleri ile karar verirler”. Her halükarda sorun, taraflar karşılıklı çıkarlarından nasıl taviz vereceklerini belirleyecek sulh anlaşması klozunun kaleme alınması, bir başka deyişle, reasürans sigortalısı, reasürörün oluşan zarar ile bağlantılı ikinci bir araştırılma yapılmasından kaçınmak ve öte yandan reasürör ise kendisinin üzerinde kontrol sahibi olmayacağı bir uzlaşma ile Reasürans anlaşması koşullarının ihlal edilmemesi ile ilgilidir.

Lord Mustill sorunun farklı Reasürans biçimlerinin doğasından kaynaklanan ve birbirleri ile uzlaşmaz bir birliktelik içinde bulunan talepler arasında bir denge bulunması çabasında yattığına deyindir. Bu bağlamda, Lord Mustill, sigortalı ile reasürörün deyim yerinde ise “risk-ortaklığı” (*co-adventure*) olarak tanımlandığı Reasürans ile diğer biçimdeki reasürörler arasındaki ayrıma işaret eder. “Risk-ortaklığı içinde Lord Mustill, “katılımcı” (olasılıkla oransal) Reasürans ile, sigortalının büyük ölçüde muhafaza hakkının olduğu ihtiyari Reasürans tanımlamaları getiriyor. Bu gibi durumlarda, reasürans sigortalısının iyi niyet ve basiretli biçimde varılan bir sulh anlaşması reasürör için uzlaşmanın gerek ihtiyaren ve gerekse reasüransın ilk poliçe ile aynı koşullara sahip olduğu bir Reasürans anlaşması ile bağlantılı olarak bağlayıcı olduğu anlaşılacaktır.

Lord Mustill daha büyük sorunlar doğuran iki ayrı durumu örnekler:

- (1) Yapılan her iki poliçenin de aynı olmadığı durumlar. Burada, kapsam açısından belirgin farklı koşullar söz konusudur ve tarafların zımnen, ilk poliçe kapsamında ortaya çıkan hususların belirlenmesinin Reasürans kapsamındaki sorunların çözümü üzerinde zorunlu bir etki yapmayacağını kabul etmiş oldukları sonucu çıkar.
- (2) *Retrocession* olduğu durumlar. Burada retrosesyoner *retrocessionaire* ve sigortalı arasında karşı karşıya gelme durumu var ve böyle bir durumda, uygun olmayan bir sulh anlaşması klozu retrosesyonerin sorumluluğunun hiç tanımadığı biri ile bağlantılı olduğu sonucu çıkar.

Sigorta ve reasüransın “sırt sırta (*back-to-back*) olduğu bu gibi durumlarda *Scor* ikinci kısmı ile ilgili teamül (authorities) uyumlaştırılması ile ilgili bir girişim *Assicurazioni Generali SpA v CGU General Insurance plc* [2004] Lloyd’s Rep IR 457 ile yapıldı. Davacı, Pirelli’ye yüksek yoğunluklu denizaltı güç kablolarını zarara karşı sigortalayan bir Kanada sigorta şirketi CIC ile kota paylaşım anlaşmasında %100 reasürör konumundaydı. Davalı, aşağıda verilen koşullar çerçevesinde, sorumluluğunun yüzde 80’ini devretmişti:

Orijinalindeki gibi: Taraflar, aksi belirtilmiş olmasına karşın, işbu reasüransın orijinal poliçe veya poliçelerde yer alan aynı özel veya bir başka şekildeki koşul, kloz ve kayıtlara tabi olduğu ve bundan böyle

Sigortalı'nın ex-gratia ve/veya uzlaşma dışı ödemeleri dışında, yaptığı bütün tazminat ödemelerini koşulsuz olarak karşılayacağını beyan eder.

Orijinal poliçe içinde söz konusu olabilecek bir sapma ve/veya kaydırma veya uzatma bunun içinde yer alacaktır.

Pirelli'nin kablolarından birinin tazminat talebi davacı tarafından karşılammıştı. Davalılar, CIC'in Pirelli'ye karşı uygulayabileceği zarar adedi dahil, bir dizi güvenli tasarım kriteri, kusurlu işçilik, vs. gibi bir dizi uygulayabileceği koşulları gündeme getirmediği gerekçesi ile sigortalının zararını tazmin etmeye yanaşmadı. Davacı, özet karar için dava açtı. Davacı, Reasürans klozu için davacı yararı açısından azalan sırada üç olası yorum getiriyordu:

- (1) davalılar, davacı tarafından iyi niyet ve basiretli bir biçimde gerçekleştirilmiş ve içinde herhangi bir ex gratia içermeyen bir sulh anlaşması ile bağlantılı yaptığı ödemelerle ilgili olarak sorumludurlar, ve ancak bu şekilde ilgili sigorta ve retrosesyon koşulları sağlanmış olur;
- (2) iyi niyet ve basiretli olmayan veya uzlaşma dışı bir ödeme hariç, davacının yaptığı bütün sulh anlaşmaları davalı için bağlayıcıdır. Bunun için davacının yapılan tazminat talebinin söz konusu olan risk kapsamı içinde olduğunu kabul etmesi ve sulh anlaşmasının iyi niyet ve basiretli olarak yapılması yeterlidir. Burada, (1) e göre farklı olan durum şudur ki, davacı tazminat talebi ile ilgili varılan anlaşmanın temelini ispat edecektir.
- (3) aşağıda verilen koşullar altında davacı tarafından yapılmış bütün uzlaşmalar davalıları bağlar: (a) davacı, tazminat talebinin yasal olarak Reasürans ile kapsanan risk altında olduğunu kabul etmesi ve (b) tazminat talebi üzerinde anlaşma sırasında, davacıya karşı iyi niyetle davranacak ve uzlaşmanın sağlanması için gerekli her türlü adımı atacaktır.

Davalılar ise, aşağıda verilen durumlar dışında sorumluluk altında olmayacağını belirtiyorlardı: (a) zarar doğrudan yasal olarak sağlanan kapsam içinde kalacak ve davacı uzlaşmayı iyi niyet ve basiretli olarak yapmış olacak ve (b) zarar yasal olarak retrosesyon içinde yer alacaktır. Bu anlayış,

sulh anlaşması klotunu : *Scor* birinci bölümü, davalı için ancak davacı iyi niyet ve basiretli olarak sulh anlaşmasına varmış olduğunu ispat eder ve bu şekilde davalıların poliçenin ruhuna uygun olarak yorumlanmasına imkan sağlar ve *Scor* ikinci kısmı içinde yer alan diğer yasal savunmalarına imkan verildiği ölçüde bağlayıcı olacağı şeklinde yorumlama çabasını sergiliyordu.

Duruşma hakimi, Yargıç Evans'ın *Hiscox v Outhwaite (No 3)* içindeki kararını izleyerek doğru yaklaşımın davacının üçüncü alternatif içinde sergilediği yaklaşım olduğunu belirtti ve özet karara onay verdi.

- (1) ihtimal, davalıları varılan anlaşmanın ilk poliçe kapsamı içinde olduğunu göstermesi talebinde bulunma ve davacıdan uzlaşmanın iyi niyet ve basiretli biçimde yapılmasını talep etme hakkından yoksun tuttuğu için geri çevrilmişti.
- (2) ihtimal de benzer şekilde davalılara iyi niyet ve basiretli davranma ilkesi çerçevesinde davalılara sağlanan korumayı göz ardı ediyordu. Davalıların kabul ettiği durum ise, davacının orijinal sigorta ile bağlantılı fiili sorumluluk ispatı gerektirdiği için *Scor* ile uyumlu değildi.
- (3) ihtimal ise, bu nedenle en doğru yaklaşımdı.

Yargıç, (3) olasılığının nasıl uygulanacağını da inceledi. Reasürans sigortalısı, tazminat talebini ele alırken bunun ilk poliçe kapsamı içinde yer aldığı belirlenmesinde iyi niyet ve basiretli davranmak ve uzlaşmayı *ex gratia* veya uzlaşma dışında bir ödeme yapmamış olmakla, *Scor* birinci kısmı karşılanmış olmaktadır. Reasürans sigortalısının tazminat talebini ilk poliçe kapsamı içinde çözümlenmiş olması esasına göre *Scor* ikinci ayağı otomatik olarak karşılanmış olmaktadır. Bu nedendir ki, davalılar için *Scor* ikinci kısmı altında poliçenin doğru yorumlanması veya doğrudan kapsam çerçevesinde davacı için söz konusu olabilecek olası bir savunmanın varlığı savunmaları söz konusu olamazdı. Bu nedenle anahtar soru, tazminat talebinin davacı tarafından hangi yasal temelde çözümlendiğini belirlemektir. Mahkeme, bunun ilk sigortalının tazminat talebine vermiş olduğu temel ile aynı olmadığını, ancak asıl gereken şeyin davacının "zararının belirlenmesi, olayın oluşumu, nedenleri, bunların tazminat talebi yapılması üzerinde etkili olabilecek ilgili sigorta sözleşmesi koşulları" gibi hususların, karar verme sürecinin bir parçasını teşkil ettiğini ve davacının zararın ilk po-

liçe kapsamında oluştuğu sonucuna vardığını göstermesidir. Durum böyle ise, o zaman davacıya iletilen zarar ilk poliçe kapsamında ve sonuçta Reasürans ve retrosesyon kapsamında olacaktır.

Yargıç, bu yorumun retrosesyon ve reasüransın sırt sırta olduğu durumlarda retrosesyonun bağımsızlığı konusunda sakıncalı olduğunu kabul ediyordu; zira, retrosesyon, esas itibarı ile tazminatın sigortalı tarafından ödendiği durumu anlatmaktadır. Ancak kimi zaman, belirtilen bu davadaki davalının iyi niyet ve basiretli davranılmış olması durumunda bile kendi poliçesindeki esasları öne sürme yetkisine sahip olduğu durumlar vardır. Bu durum, örneğin, davacının geçerli sözleşme veya ilave-sözleşme içindeki savunma hakkından vazgeçtiği veya *Hiscox v Outhwaite (No 3)* davasında olduğu gibi, sigortalının ödemeleri yasal yorumdan farklı olarak ilk poliçe kapsamında kabul ederek ödediği durumda karşılaştırılabilir. Ancak davacı, ilk poliçe kapsamında yer alan tazminat talebi ile bağlantılı iyi niyet ve basiretli davranma ve herhangi bir ex gratia olmaması halinde davalılar, retrosesyon içeriğine güvenerek tazminat talebinin esas aldığı temeli sorgulayamayacaklardır. Gavin Kealey QC, eğer davalılar, retrosesyon çerçevesinde kapsam ile bağlantılı olarak davacının esas aldığı temeli sorgulayabilmiş olsalardı, o zaman sırt sırta gelmiş kapsam ve uygun olmayan sulh anlaşması sorumluluğu ilkeleri bundan zarar görmüş olacağı gerekçesini ileri sürerek bu yorumu destekler.

Temyiz Mahkemesi, asliye mahkemesi kararını desteklemiş, ama gerekçeyi kısa tutmuştur. Yargıç Evans'ın *Hiscox v Outhwaite (No 3)* içinde yapmış olduğu incelemeyi az çok esas alan bir ön karar veya Yargıç Tuckey, sigortalının Reasürans sözleşmesi kapsamı ve ilk poliçe koşulları ile reasüransın aynı olup olmadığı konusunu her zaman sorgulayabileceğini teyit etmektedir. Reasürans sigortalısı tarafından kabul edilmiş olan bir tazminat talebinin fiilen veya tartışmalı biçimde reasürans kapsamı içinde olsa bile Scor testinin ikinci kısmı karşılanmış olur: bu analiz, ilk sigortalının tazminat talebinin ilk poliçe kapsamında olduğu konusunda kanıt ibraz etmesinin gerekliliğini ortadan kaldırır (zira sigortalı bu bağlamda sadece iyi niyet ve basiretli davranmak durumundadır) ama yine de durum Scor ikinci kısmı için tartışmalıdır.

Uygun sulh anlaşması klozları

Hill içindeki sulh anlaşması klozu iki belirgin koşul açısından uygun-

dur. Davalılar, davacının aşağıda verilen koşulları karşılayan sulh anlaşmasına uymak zorundadırlar:

(a) 'ilk poliçe kayıt ve koşullarına uygun', ve

(b) 've Reasürans kayıt ve koşullarına uygun'.

Aslıye Yargıcı Rix, Hill kararı içinde, bu koşulların sulh anlaşması klozu kapsamı açısından yasal olarak sorun yarattığını belirtti. Yargıç Rix, özellikle, birinci koşulun, davacıyı gerçekleştirilen herhangi bir sulh anlaşmasının ilk poliçe ile uyumlu olup olmadığını göstermek için kullanılabilceğinin kuşkulu olduğunu düşünmekteydi. Yargıç Rix'e göre, böyle bir yorum, sulh anlaşması klozu ile öngörülen etkinin yaratılmasında olumsuz bir etkiye yol açabileceğini, yine de bu yorumun göz ardı edilemeyeceğini belirtiyordu. Yukarıda belirtildiği gibi, Temyiz Mahkemesi Yargıç Rix'in yaklaşımına karşı çıkmış ve bu koşulların sadece sulh anlaşması klozunun bir beyanından öteye gitmediğini ve onun yorumunda herhangi bir etki yapmadığını ileri sürmüştü.

Lord Mustill, her iki koşul da 'kayıt ve koşullarına uygun' kelimelerini içerdiğini ve bu sözlerin bir tarafta tazminat talebine yol açan koşullar ve diğer tarafta da sözleşmenin uygun düzenlenmesi arasında bir ayırım oluşturma amacıyla olduğunu ve koşulların bunlardan sadece ilkini esas aldığını belirtir. Bu nedenle, davacıya yöneltilen tazminat talebi 'somut gerçeklere dayalı' (yani, talep gerçek zararı yansıtır) olsa da, bu koşullar davacıyı sigorta veya Reasürans kapsamında olsa bile, sözleşme içinde uygun bir şekilde kapsanmış olduğunu belirtilenler dışındaki zararlarla uğraşma zahmetinden kurtarmaktadır. Lord Mustill'in sözleriyle:

Taraflar arasında varılan anlaşmaları, en içten ve dürüst nitelikte yasalar çerçevesinde olsalar bile, reasürörlerin üstlenmediği veya reasürans sigortalısının üstlenmediği sorumluluklara yol açacak şekilde yorumlanmasını önlemek amacıyla, [sözleşmelerin] yeniden kaleme alınması gerekir: ve, bu koşulların da böyle bir durumu önlemek için getirilmiş olduğunu düşünüyorum.

Lord Mustill, Yargıç Rix'ten farklı olarak bu yorumun söz konusu koşulların sulh anlaşması klozunu zayıflatmadığını ve bu klozun hala davalıların her iki sözleşme koşullarına uygun olan sulh anlaşmasına uyması doğrultusunda etkili olduğunu düşünmektedir. Lord Mustill yine de böyle bir

düzenlemenin çok sakıncalı olacağını ve LMX sarmalı bağlamında belirsizliği artıracığını, bunun için tartışma konusu sözleşmenin spiralin başında olmasının yeteceğini, görüyordu; ancak buna vereceği yanıt, kullanılan ifadenin doğal sonucu şeklinde olacaktır.

Diğer ifade biçimleri

Farklı ifade biçimleri durumu daha da karmaşık hale getirebilecektir. *Charman v Guardian Royal Exchange Assurance plc* [1992] 2 Lloyd's Rep. 607 içinde C tarafından temsil edilen Lloyd's underwriters, bir Amerikan petrol rafineri şirketi adına faaliyete ara vermek ile ilgili bir sigorta yaptırmış, aynı anda GRE ile ihtiyari Reasürans anlaşması yapmıştır. Poliçe içinde GRE'nin "sorumlu olsun olmasın" Lloyd'un "sulh anlaşmasını" kabul edeceğini belirtiyordu. Lloyd ile ilk sigortalı arasında yapılan bir sulh anlaşmasına GRE, bunun iyi niyet ve basiretli olmadığını gerekçe göstererek karşı çıktı. Yargıç Webster, GRE'nin bu konuda ileri sürdüğü gerekçeleri kabul etmedi ve Lloyd'un zararı tazmin etmesine hükmetti. Duruşmalar sırasında dile getirilen sorunlardan biri, "sorumlu olsun olmasın" ifadesinin GRE'nin bu sorumluluğu üzerinde bir etki yapıp yapmayacağı idi. Lloyd, bu ifadenin GRE için söz konusu olabilecek herhangi bir savunma olasılığını ortadan kaldırdığını ve kendilerinin sigorta edilen şirket ile varılan uzlaşmanın içeriği ne olursa olsun, GRE'nin mutlak sorumlu olduğunu ileri sürüyordu. Yargıç Webster'e göre, işin aslı bu değildi ve "sorumlu olsun olmasın" ifadesi zaten Scor içinde yer alan bir hükümdü. Aynı yaklaşım Yargıç Evans tarafından *Hiscox v Outhwaite (No 3)* [1991] 2 Lloyd's Rep 524 içinde benimsendi. Burada da "sorumlu olsun olmasın" ifadesi vardı. Ancak bu Scor testinin her zamankinden farklı bir biçimde uygulanması için yeterli olmadı.

Assicurazioni Generali SpA v CGU General Insurance plc [2003] Lloyd's Rep IR 737 davasında retrosesyonerlerin sorumluluğu "ex-gratia ve/veya sözleşme dışı ödeme dışında [sigortalının] vardığı uzlaşmaların sorgusuz sualsiz kabulü" olarak belirlenmiştir. Davacı retrosider, "sorgusuz sualsiz" ifadesinin, retrosederin iyi niyet ve basiretli sorumluluğunu kaldırdığını ve kendisine sunulan herhangi bir uzlaşmanın retrosesyonerler için bağlayıcı olduğunu ileri sürdü. Yüksek Mahkeme Yargıçı Gavin Kealey Q.C., bunu kabul etmedi ve bu ifadelerin herhangi bir hüküm taşımadığını ileri sürdü:

"Sorgusuz sualsiz" ifadesi, davalılar için izlemesi gereken yöntemi tanımlama veya belirleme açısından yetersizdir, yani, genel hüküm ni-

teliginde değildir; olsa olsa sulh anlaşmalarının nasıl kabul edileceğini tanımlayabilir... “Sorgusuz sualsiz” ifadesi, davalıların sorumluluğu ile bağlantılı olan veya bir sulh anlaşması sırasında her türlü iyi niyet ve basiretli davranışın izlenmesine amir olan zımnî ve aynı zamanda önemli Genel ilkelerini göz ardı ettiği biçiminde yorumlanamaz. Tam tersine, görebildiğim kadarı ile davalıların kendi çıkarlarının bu tür genel hükümlere bağlı olduğu koşullar altında, zımnî olarak belirtilen sorumluluk bir başka şekilde ortaya çıkanlara kıyasla daha fazla önem taşır. Eğer davalılara bu şekilde sağlanan koruma olanağı kapatılmak isteniyorsa, o zaman daha açık ve daha kesin ifadeler kullanılmalıdır. Bana öyle geliyor ki, kullanılan kelimeler, söz konusu uygun ve iyi niyet ve basiretli adımların atılmış olduğu varsayımını öngörüyor.

Başvuru üzerine Temyiz Mahkemesi, “sorgusuz sualsiz” ifadesi üzerine mahkemenin verdiği kararın kloz anlamına herhangi bir katkı yapmadığını, sigortalının haklarını değiştirmekten çok onları açıklığa kavuşturduğu yargısını destekledi Yargıç Tuckey, yine de açık ifadelerin Scor ikinci kısmı üzerinde etkili olabileceğini, böylelikle reasürörlere, reasürans içinde yer alan ifadelere bakılmaksızın sulh anlaşmalarına uymalarını sağlayabileceğini kabul eder.

Karşı-talep saklı tutulan uzlaşmalar

Sigortalı ve sigortalı arasında varılan uzlaşma miktarı, genellikle reasürans sigortalısının ilk sigortalıya karşı olan haklarını da veren genel bir değerdir ve genellikle bu kapsamda, ödenmemiş primler konusunda hükümleri de içerir. Böyle bir durumda nasıl bir senaryo ile karşılaşıldığı sorunu, reasürörün varılacak bir uzlaşma kapsamında bazı zarar veya karşı talep ile ilgili sahip olacağı haklarla bağlantılıdır. Tarafların karşılıklı taleplerini içeren genel bir uzlaşma ile bağlantılı olarak ilk sigortalı ve reasürans sigortalısı arasında anlaşmaya varılmış ve Reasürans kapsamı içinde yer alan ve olmayan zarar belirtilmişse, o zaman reasürans sigortalısı, varılan sulhun makul olduğu, zira, bunun sigortalının doğrudan poliçe çerçevesinde sorumluluğunu aşmadığını ileri sürerek, reasürörden tazmin talebinde bulunabilir. Aynı ilkenin, varılan anlaşmanın bir tazminat talebi ve karşı talepler arasında bir uzlaşma niteliğinde olduğu göz önünde bulundurularak geçerli olduğu düşünülebilir. Ancak, *Lumberman's Mutual Casualty Co v Bovis Lend*

Lease Ltd [2004] EWHC 2197 (Comm) davasında Yargıç Colman, bunun ancak varılan anlaşmada tazminat talebi ve karşı taleplerin parasal karşılıklarının belirlenmesi ile mümkün olduğuna karar vermiştir. *Lumberman* davası bir sorumluluk poliçesidir; sigortalı yüklenici, işverene karşı, sözleşme gereği toplam 38.000.000 sterlin tazminat talebinde bulunur. İşveren, sözleşmenin ihlali gerekçesi ile ilk değeri 100.000.000 sterlin, daha sonra da alternatif 75.000.000 seviyesinde karşı talepte bulunur. Taraflar bir sulh anlaşmasını yaparlar ve bu çerçevede kesin ve son ödeme olarak sigortalı 15.000.000 sterlin tazminata hak kazanır. Uzlaşmada, bu rakamın nasıl belirlendiği açıklanmamıştır. İlk sigortalı, sigortacılarına karşı 20.000.000 sterlin tazminat talebinde bulunur. Gerekçe olarak bu rakamın işveren sorumluluk seviyesini yansıttığı ifade edilir (tazminat talebi başına poliçeden düşülen miktar hariç). Poliçede bir sulh anlaşması klozu yer almaz ve sigortacılar tazminatı reddederler. Kapsam sorunu dışında, Yargıç Colman için sorun, sigortalının işverene karşı sorumluluğunu belirlemiş ve hesaplamış olup olmadığıdır. Bir uzlaşmanın tek başına sigortacıları bağlayıcı olması için yeterli olmadığı kabul edilir ve sorumluluk poliçeleri ve Reasürans uygulamalarında söz konusu olan genel ilkelere göre, ilk sigortalının kendi zararını tanımlaması ve hesaplaması gerekir. Tarafların uzlaşmadıkları husus şudur; ilk sigortalının, kendi sorumluluğunu kanıtlaması ancak uzlaşma sağlandıktan sonra söz konusu olur, sigortacılar ise, sigortalı sorumluluğunu rakamsal olarak belirtmeyen bir uzlaşma sorumluluk poliçesi kapsamında potansiyel sorumluluğu başlatması için yeterli olmaz. Yargıç Colman sigortacılarına katılır. Yargıca göre, uzlaşma, sigortalının sorumluluğunu belirlemiyor ve kuruşlandırmıyor, sadece taraflar arasında uzlaşmazlığı çözümlenecek şekilde sözleşme için sigortalının yapmış olduğu ödemeleri belirtiyordu. Yargıç Colman iki aşamalı süreç öngörüyordu: (a) bir mahkeme kararı, hakemlik takdiri veya varılan bir uzlaşma ile sigortalının sorumluluğunun belirlenmesi ve hesaplanması, ve (b) sigortacının sorumluluğunun kanıtı. Bu bir mahkeme kararı, hakemlik takdiri ile otomatik olarak sağlanır, ancak bir uzlaşma durumunda yasal kanıt gerektirir. Bu davada Yargıç Colman, sigortalının (a) açısından yetersiz ve sigortalı sorumluluğunu belirlemeyen uzlaşmanın sorumluluğu belirlediği veya kuruşlandırıldığı söylenemez olduğunu düşünüyordu. Dolayısıyla, sigortalı için (b) aşamasına geçilmesi ve işveren adına herhangi bir miktar ile bağlantılı yasal bir sorumluluğun varlığını göstermek söz konusu olamazdı.

Böyle bir yaklaşımın ticari olmadığı ve çok fazla teknik olduğu ileri sürülebilir. Tarafların karşılıklı taleplerinin olduğu durumlarda, genellikle herhangi bir tarafın sorumlu olduğuna ilişkin bir ifade yer almaksızın genel bir uzlaşmaya varılır ve üzerinde uzlaşmaya varılmış çeşitli taleplerle bağlantılı herhangi bir rakamsal ifade yer almaz. Sigortalının bir uzlaşma içinde üzerinde sorumluluğun belirtilmiş olduğu miktarların ifade edilmesi zorunluluğu, taraflar arasında bir uzlaşmaya varma çabalarını sekteye uğratmakta ve ticari uygulamalara aykırı nitelik taşımaktadır. Ayrıca, sigortalının uzlaşma içinde talep ettiği miktarı belirtmesi doğrultusunda zorunlu teknik önlemi almaması, onun yasal olarak zararını kanıtlamasını da engelleyecek düzeyde önemli sonuçlar doğurması tuhaftır. Belirtilecek herhangi bir rakam yasal açıdan geçerlilik kazanacaktır ve bu nedenle, böyle bir rakamın yer almayor oluşunun böyle bir temel soruna yol açmasını anlamak zordur. Her ne kadar karar ilk sigorta ile bağlantılı ise de, bu durum açıkça Reasürans için de geçerli olacaktır ve bu bakımdan sigortalı için ciddi sorunlar doğuracaktır. Bu durum, özellikle Reasürans içinde herhangi bir sulh anlaşması klozu olması durumunda daha belirgindir, ancak sözleşme içinde böyle bir kloz olmadığına da durum değişmez zira burada, böylesine bir uzlaşmanın sigortalının zararını belirlemede yetersiz olduğu düşünülmektedir. Buna bağlı olarak, ortada sulh anlaşmasının uygulanacağı herhangi bir miktar yoktur. Öte yandan, bir uzlaşmazlık olmaması için bir ödeme yapan sigortalının, kendi sorumluluğu doğrultusunda sigortacıardan bir tazminat temin edemeyeceği (bkz: *Corbin v Payne* 1990, yayınlanmamış), doğrultusunda bir içtihat var, ama *Lumberman's* ile bağlantılı durumun bundan çok farklı olduğu, zira burada sigortalı aleyhine bir tazminat talebi olduğu, fakat bu talepte miktar belirtilmediği ifade edilmektedir.

E: SİGORTA EDİLEBİLİR MENFAAT VE P&I KLÜPLERİ

Sigorta edilebilir menfaat ilkesi

Bir sigorta sözleşmesinin belli bir menfaat esasında yapılması ilkesi, on sekizinci yüzyıldan bu yana İngiltere yasaları içinde yer almıştır ve esas olarak varlık veya insan yaşamı üzerinden sigorta geliri temin edilmesi tehlikesini önlemek ve sigorta poliçesi sahiplerinin sırf bu sigortaları yüzünden karşılaşabilecekleri risklerden korunmak amacını taşır. Bu doğrultuda ilk yasal uygulama 1745 Deniz Sigortası Yasası (Marine Insurance Act)dır. Bu

yasa ile, sigortalının bir kazancı olmayan durumlarda sigorta yapılması yasaklanmıştır. 1745 Deniz Sigortası Yasası, daha sonra hayat ve ilgili poliçeleri de içine alacak şekilde 1774 Hayat Sigorta Yasası'na (Life Insurance Act) göre genişletilmiştir.

Menfaat sigortası üzerindeki çağdaş yasalar, içtihatlar ve yasal ilkelerden oluşan karmaşık bir yapı sergiler ve aşağıda verilen şekilde özetlenebilir.

Hayat sigortaları 1774 Hayat Sigortası Yasasına tabidir. Bu yasa, mahkemelerce yorumlandığı biçimiyle aşağıdaki özelliklere sahiptir:

- (a) sigortalı, poliçenin düzenlendiği tarihte sigortalı kişi (riziko şahsı) ile bağlantılı sigorta edilebilir bir çıkar ilişkisi içinde olmalıdır, aksi taktirde poliçe geçersizdir (bölüm 1). Ancak ölüm tarihinde sigortalının sigorta edilebilecek bir kazancı olması gerekmez, zira sonuçta sözleşme bir tazminat değil, bir yatırım amacını taşımaktadır;
- (b) sigortalı, poliçe kapsamında poliçenin başladığı tarih itibarı ile beirlenecek menfaat miktarına hak kazanır (bölüm 3);
- (c) poliçede yer alan bütün lehdarların adları poliçede belirtilmiş olmalıdır (bölüm 2), ancak bu hüküm 1973 Sigorta Şirketleri Yasası (Insurance Companies Act) bölüm 50 ile yumuşatılmıştır, böylelikle bu gereklilik, lehdarın poliçede tanımlanan grup içinde yer alması yeterli görülmüştür.

Deniz poliçesi, 1906 Deniz Sigortası Kanunu'na tabidir. Böylelikle;

- (a) sigortalının fiili sigorta edilebilir bir kazancı veya böyle bir menfaat ile ilgili makul bir gerekçesi olmalıdır. Poliçe düzenlendiğinde, bu koşullara uyulmamış olması, bunun bir kumar veya bahis olduğu şeklinde yorumlanır ve sigorta geçersiz olur (bölüm 4);
- (b) sigortalı, sigorta kapsamı olay ile ilgili olarak ancak sigorta edilen ile ilgili bir olay ortaya çıktığında sigorta ile ilgilenmelidir (bölüm 6), zarar tarihinde bir çıkarı yoksa, o zaman bölüm 6 ile sözü edilen içtihat ilkesine göre, bir tazminat talebinde bulunamaz.

Diğer poliçeler, ve mülkiyet ve sorumluluk kapsamı için özel bir yasal durum yoktur, ancak ilkeler deniz sigortaları ile olanlarla aynıdır.

- (a) 1845 Kumar Yasası bölüm 18, kumar veya bahis amacını taşıyan

sözleşmeleri geçersiz kılar; fiili bir çıkarı ve bu doğrultuda makul bir beklentisi olmayan bir kişi için düzenlenen bir poliçe bu hüküm ihlal niteliğini taşır.

- (b) sigortalı, bir olayın meydana geldiği tarihte, sigortalanan menfaat ile bağlantılı olarak bir çıkara sahip olmalıdır ve tazminat talebi ile bağlantılı içtihat ilkelerine göre, ancak bu fiili zararı kadar tazminata hak kazanabilir.

Sigortalananabilir menfaat tanımı

1906 Deniz Sigortası Kanunu bölüm 5(2) esasına göre alınan *Lawrence J in Lucena v Craufurd* (1806) 2 Bos & PNR 269, kararında sigortalananabilir menfaat şu şekilde tanımlanır:

[sigortalının] kazancının sağlanacak güvenlik açısından, veya sigortalanan varlığın yerine ulaştırılmasından, veya kaybolmamasından veya zarara uğramamasından, veya alıkonmamasından veya herhangi bir şekilde sorumluluk üstleneceğiherhangi bir yasal veya adil bir ilişki içinde olduğurisk altındaki sigortalananabilir varlığı.

En son teamüllerde, sigorta anlaşmaları ile kendini gösteren çağdaş piyasa düzenlemeleri, bir zamanlar yapılan sigortalananabilir menfaat ile bağlantılı tanımlamaların biraz daha geniş bir anlam kazanmasını gerekli bulmuştur. Bu çağdaş yaklaşım, *Feasey v Sun Life Insurance of Canada* [2003] Lloyd's Rep IR 637 içinde Temyiz Mahkemesi tarafından sergilenmiş, burada tarafların bir ticari ilişkiye girmiş olmaları sebebiyle, böyle bir ilişkinin desteklenmesi ve onun teknik temellerinin sürekli kılınması için ilave düzenlemeler gerektiği belirtilmiştir. Yargıç Waller, *Feasey* ile ilgili kararında, sigortalananabilir menfaat ile ilgili sorun hakkında üç durum söz konusu olmaktadır:

- (1) Birinci sorun, sigorta poliçesinin konusudur. Bu sorun, poliçenin tam olarak neyi sigortaladığını ortaya koymak ile ilgilidir.
- (2) İkinci sorun, sigortalının poliçe konusu ile ilgili kazancının ne olduğudur. Bu soru, yasaları ilgilendirmektedir. Mahkeme olası bir menfaat sınırlarını belirler ve ayrıca sigortalının bununla ilgili bir kazancı olduğunu teyit eder.
- (3) Üçüncü sorun, poliçenin sigortalının sigortalananabilir kazancını

kapsıyor olup olmadığıdır. Bu sorun da, yine poliçenin kaleme alınışı ile ilgilidir. Burada, poliçenin gerçekten sigortalının sigortalanabilir kazancını mı, yoksa bir başka menfaati mi kolladığı üzerinde durulacaktır.

Sigortalanabilir menfaat ile bağlantılı çok çeşitli durumlar olabilir. Her ne kadar sigortalanabilir kazancın varlığı ile ilgili temel husus olsa da sorun, sigortalının bahis oynamadığının belirlenmesi ile çözümlenmiş olmaz.

Bir varlık söz konusu olduğunda, bu varlıkla ilgili bir menfaat sigortalanabilir menfaat kapsamındadır. Bu menfaat kapsamında mülkiyet, zilyet veya garanti söz konusu olabilir. Bir varlık satın almaya karar veren biri, aynı zamanda bu varlık üzerinde bir sigortalanabilir menfaat sahibidir. Buradan, ancak belirli bir sigortalanabilir menfaat olduğu ve aynı varlık üzerinde farklı menfaatlerin söz konusu olabildiği sonucu çıkar. Bizatihi *Feasey* ile bağlantılı olarak bir varlığın hasarı ile zarara uğrayacak birinin bu varlıkla ilgili sigortalanabilir kazanca sahip demektir (bir varlık üzerinde faaliyet göstermesi işini üstlenen bir yüklenici örneğinde olduğu gibi). Bir varlığı kendi ihmali sonucu zararı veya ziyanından bir sorumluluk ile karşılaştıracak biri, bir sorumluluk poliçesi amaçları doğrultusunda bir sigortalanabilir kazanca sahiptir ve bu varlık üzerinde bir poliçe edinme için yeterli bir gerekçeye sahiptir. Ancak *Feasey* ile bağlantılı üçüncü ilke altında, böyle bir sorumluluğun bu varlık ile ilgili olup olmadığı hususu, poliçenin kaleme alınışı ile ilgilidir.

Hayat sigortası ile ilgili olarak, kişinin kendi ve eşinin yaşamı ile ilgili sınırsız sigortalanabilir menfaati olduğu kabul edilir. Bunun dışındaki aile veya dostluk ilişkileri, sigortalanabilir menfaat sağlamaz. Ancak poliçe hamili, sigortalanmış bir başka kişinin yaşamı ile bağlantılı fiili bir mali çıkarıya sahip olduğunu kanıtlayabilir. Ticari ilişkiler, sigortalanabilir menfaat ilişkisi yaratabilir; örneğin, bir alacaklı, borçlusu üzerinde bir sigortalanabilir menfaat sahibidir; bir çalışan, işverenine karşı bir sigortalanabilir menfaat sahibidir ve bir işveren, işçisinin yaşamı ile ilgili bir sigortalanabilir menfaat sahibidir. Bir başkasının ölümü veya yaralanması ile bağlantılı bir sorumluluk ile karşı karşıya olan bir kişi, bu sorumluluğu karşılığında normal bir sorumluluk poliçesi yaptırabilir, bu durumda, kişinin söz konusu kişi adına sigorta yaptırması mümkün olabilir. Bu durum *Feasey* davası içinde

ele alınmıştır. Bu husus bir sonraki bölümde ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Tek bir poliçe bağlamında farklı menfaatler sigortalanmışsa, bu bir birleşik sigortadır ve her bir sigortalının kendi çıkarı ile ilgili olarak sigortacı ile ayrı ayrı sözleşme yaptığı kabul edilir. Bu menfaat ayrımı, bir zarar durumunda, her bir sigortalının sigortacılara karşı ayrı ayrı tazminat talebi yapabilmesi şeklinde tezahür eder. Menfaat ayrımı ilkesi, sigortacılara sigortalılar arasından bazılarına karşı savunma yapabilmesi (yani, poliçe koşullarına aykırılık) anlamını taşır.

Reasürans sözleşmesi altında sigortalanabilir menfaat

Reasürans anlaşmaları, tazminat anlaşmalarıdır ve buradan da sigortalının bir reasüransı teyit edecek bir sigortalanabilir menfaat olması gerektiği sonucu çıkar. Bir çok durumda, reasürans sigortalısının sigortalanabilir menfaati, ilk sigortalılarla yapılan sigorta anlaşmalarında sigortacının karşı karşıya kaldığı sorumluluk ile ilgilidir. Bu durumu 1906 Deniz Sigortası Kanunu bölüm 9(1) çerçevesinin oluşturmuş olduğu anlaşılır:

Bir deniz sigortası kapsamında bir sigortacı risk altında olan bir sigortalanabilir menfaate sahiptir ve bunu sigortalayabilir.

Reasürans sözleşmeleri, bu nedenle reasürans sigortalısının sorumluluğu ile bağlantılı olarak kapsam ve koşullarını belirlemek üzere düzenlenir. Bazı Reasürans anlaşmaları, reasürörlerden bir talepte bulunulması için, ilk sigortalıya ödeme yapılmış olmasını şart koşar. Ancak bu böyle olsa bile, reasürans sigortalısının bir sigortalanabilir menfaat sahibi olmasına yol açan durum, ilk sigortalının bir tazminat talebinde bulunması durumunda bir ödeme yapma sorumluluğunda olmasıdır.

Her ne kadar Reasürans anlaşmalarında genellikle sorumluluk ödenecek miktar cinsinden belirtiliyorsa da, ilke olarak Reasürans anlaşmasının ilk poliçe kapsamında sigorta konusu üzerinde bir zarara yol açan böyle bir olayın ortaya çıkması ile birlikte ödeme yapılmamasını gerektiren bir durum yoktur. Bu gerçekte sözleşmenin oluşturulması ile ilgili olan davalarda dolaylı bir destek görmektedir. Bir davada mahkeme, bir inşaat işi ile ilgili bir malik menfaati poliçesinde yüklenicinin söz konusu taahhüt ile ilgili sigortalanabilir menfaati olduğuna hükmeder. Zira, onun bir ihmali, iş üzerinde bir zarara yol açacak ve bundan kendisi zarar görecektir. Böyle bir durum sonrasında belki de işini kaybetme durumu ile karşı karşıya kalabilecektir

(*National Oilwell (UK) Ltd v Davy Offshore Ltd* [1993] 2 Lloyd's Rep 582; *Deepak Fertilisers v ICI Chemicals* [1999] 1 Lloyd's Rep 387). Temyiz Mahkemesi, *Feasey* davasındaki gerekçeyi teyit etmiştir.

Feasey v Sun Life Insurance of Canada [2003] Lloyd's Rep IR 637, in 1994 Syndicate 957 davasında Lloyd's P&I Club, Steamship Mutual kurumunu üye gemi sahiplerini gemileri ile ilgili olabilecek kişisel yaralama ve ölüm ile bağlantılı sigorta sağlar. Eylül 1994'te Lloyd's, 1995 yılı risk derecelendirmesinde değişiklik yapacağını düşünür. Bu değişiklik sonucunda, Reasürans amaçları doğrultusunda, yaralanma veya hastalıkla bağlantılı sorumluluk poliçeleri artık kişisel kaza sigortası kapsamından çıkartılmakta ve önemli kayıtların getirildiği uzun vadeli sorumluluk kapsamı içine alınır. Kişisel kazalar, ancak sabit menfaat esası üzerinde ödeme yapıldığında kısa vadeli sınıflaması içine alınır, ödenecek miktar, yaralanma veya hastalık derecesine bağlanır ve söz konusu olacak miktarın makul bir sürede takdir edileceği kabul edilir. Risk sınıflamalarında bu değişiklik Steamship adına hareket eden Syndicate 957 ve aracılarını kişisel kaza Reasürans programı uygulamaya iter. Bu çerçevede Syndicate, Steamship'in gemi sahibinin gemisi içinde bir personel veya kişi yaralanma veya ölümü ile bağlantılı kanıt belgeleri ibrazından itibaren sabit bir tazminat ödemesi yapacaktır: Steamship'den gemi sahiplerine tazminat ödeme sorumluluğu kanıtı gerekmemektedir. Bu çerçevede Lloyd's risk sınıflaması amaçları doğrultusunda yapılan çalışmalar kişisel kaza kapsamı içinde kalmaya devam edecektir. Her ne kadar Reasürans içinde Steamship'in üyelerine karşı olan sorumluluğundan söz edilmiyor ise de, yapılacak ödemelerin hesaplama yöntemi, Steamship tarafından yapılacak ödemelerin toplamının, Steamship'in Syndicate'den alacağı miktarlara az çok eşit olacak şekilde düzenlenmiştir. Herhangi bir eksiklik olduğunda ise, Steamship bir başka kaynaktan Reasürans takviyesi alacaktır. Syndicate sorumluluğunu davalı sigortalılara devreder. Uzlaşmazlık çıkar ve davalılar Syndicate'in sorumluluğunu kabul etmez. Davalılar tarafından öne sürülen gerekçelerden biri, Syndicate tarafından Steamship adına düzenlenen reasüransın Steamship üyelerinin çalışanlarının yaşam sigortaları üzerinde kişisel kaza sigortaları ile ilgili olduğu ve bu nedenle, 1774 Hayat Sigortası Yasasına tabi olduğu ve ancak Steamship'in bu tür kişiler üzerinde sigortalanabilir menfaate sahip olmadığıdır. Reasürans geleneksel sorumluluk biçiminde düzenlenmiş olsa idi, bu durumda Steamship'in kendi sorumluluğu üzerinde sigortalanabilir menfaate sahip olacağı

hususunda bir itiraz getirilmemişti.

Temyiz Mahkemesi, (Waller, Dyson kabul, Ward ret), Syndicate'nın gerekli sigortalanabilir menfaate sahip olduğu ve bu sigortalanabilir menfaatin Reasürans kapsamında olduğuna hükmetti.

- (1) Mahkeme için bir ticari sözleşmeningeçerliliğinin kabul edilmesi hiç uygun olmazdı.
- (2) Poliçe, hayat sigortası olması dolayısı ile 1774 Hayat Sigortası Yasasına tabi idi. Steamship'in bahis amacıyla olmadığı açıktı, ancak bu durum, 1774 Hayat Sigortası Yasası açısından yeterli değildi: aynı zamanda Steamship'in sigortalanabilir menfaate sahip olduğu teyit edilmeliydi.
- (3) Steamship üyelerine karşı sorumluluğu dolayısı ile bir sigortalananabilir menfaate sahipti. Ancak, sigortalanabilir menfaat açısından temin edilebilir klas, bir başka sigortalanabilir menfaat biçimine olanak tanımıyordu. Davada sigortalının Reasürans amaçları sigortalı tarafından sigortalanan kişilerin özel hayat sigortalarında sigortalanabilir menfaati olmaması tartışılır bir durum olmasına rağmen, burada durum farklıydı: poliçe, uzun bir dönem içinde birden fazla hayat sigortasını içeriyordu ve bu durum kişilerin hayatları ile ilgili maddi bir menfaat demektir ve 1774 yasasını uygundur. Bir reasüransa mesnet oluşturacak gerekli sigortalanabilir menfaat, bunun Steamship'e ait bir sorumluluk olup olmamasına bağlı olmaksızın bizatihi vardı.
- (4) Steamship'in normal bir sorumluluk poliçesi ile Reasürans hakkına sahip olabilir oluşu, farklı bir biçimde Reasürans yapılmasını yasa dışı kılmazdı. Poliçenin amacı, Steamship'i bir sigortalı olarak kendi denetimi altındaki üyelerin zararına karşı kapsam sağlamaktı ve söz konusu durum ile ilgili reasüransın Steamship'i kişilerin yaşamları ile ilgili kendi maddi menfaatini Reasürans yapmasından alıkoyacak kadar özel bir durum oluşturmuyordu.
- (5) Reasürans, poliçe tarihinde sigortalının kendi menfaati karşılığı tazminat almasını engelleyen 1774 yasası bölüm 3 altında geri çevrilemedi. Steamship'in gerçekte Reasürans miktarından daha fazla ödeme yapma sorumluluğunda olduğu görülüyordu ve bu ne-

denle, Steamship kendi üyelerine yapmak zorunda kalacağı miktarlardan daha fazlasını talep etmiyordu.

Feasey kararında, bir sigortalının sigortalanabilir menfaati genel olarak onun ilk poliçe sahiplerine karşı olası bir sorumluluğu olarak değerlendirilirken, aynı zamanda ilk sigorta konusu ile bağlantılı olarak bir Reasürans oluşturmanın da pek ala mümkün olduğunu gösterir. Eğer durum bu ise, sigortalının sigorta konusu ile ilgili yürürlükteki kurallara uygun bir sigortalanabilir menfaate sahip olması gerekir. Bu durum *Re London County Commercial Reinsurance Office* [1922] 2 Ch 67 içinde açıkça görülür. Bu vaka, bir reasüransın tasfiyesi kapsamında tazminat talebinin kabul edilebilir olduğu ile ilgiliydi. Reasürör, “31 Mart 1918 tarihinde veya öncesinde İngiltere ve Almanya arasında barış ilan edilmemiş olması durumunda” sigortalıya ödeme yapılmak üzere bir deniz sigortası Reasürans sözleşmesi ile ilişkili ilk poliçe kapsam eşleştirmesi yapmak durumundaydı. Poliçenin bir onur poliçesi olacağı ve sigortacılar poliçe menfaat kanıtı (ppi) esasına göre ödeme yapacaklardı ve bu nedenle ödeme bir menfaate bağlı veya menfaat olmaksızın yapılacaktı. Sorun, böyle bir reasüransın sigortalanabilir menfaat kurallarına uygun olup olmadığı idi. Yargıç Lawrence bunun yasal olmadığını ve böyle bir durumda tazminat talebi ispatının kabul edilemeyeceğini düşünüyordu.

- (1) Her ne kadar ilk poliçenin deniz poliçesi olacağı söylenmiş idiyse de, bu 1906 Deniz Sigortası Kanunu ile bağlantılı bir denizcilik riski ile bağlantılı değildi ve yasalara tabi tutulamazdı.
- (2) İlk poliçe belli bir olay üzerine oturtulmuştu ve bu nedenle 1774 Hayat Sigortası Yasası bölüm 1 kapsamındaydı.
- (3) Ne var ki ilk poliçe, 1774 Yasası doğrultusunda yasa dışıydı, zira sigortalı barış uzlaşma yapılmasından sigortalanabilir bir menfaate sahip değildi. Poliçenin onur poliçesi olması onun 1774 Yasası karşısındaki durumunu değiştirmiyordu, zira asıl olan sigortalının bir menfaati olup olmaması söz konusuydu.
- (4) Bunun sonucunda ilk sigorta yasal değildi, sonuç olarak Reasürans belli bir ölçüde yasa dışı ve geçersiz idi.

F: P&I CLUBS'TAN ÜÇÜNCÜ ŞAHİS TAZMİNAT TALEPLERİ

1930 Üçüncü şahıslar (Sigortacılara Karşı Haklar) Yasası (Third Parties Act): tarihçe

1930 Üçüncü şahıslar (Sigortacılara Karşı Haklar) Yasası ilk olarak 1930 Yol Trafik Yasası kapsamında zorunlu motor sigortası getirilmesi ile bağlantılı bir ek niteliğinde yasalaştırıldı ve üçüncü şahıslara üçüncü şahıslar lehine bir yargı kararı çıkartamayan bir sigortalının sorumluluk sahibi sigortacılara karşı olan haklarını düzenlemekteydi. 1930 yılında yasadan öngörülen amaç, tedbirsiz sürücü kurbanı olan bir kişinin sürücüyü dava edebilmesi ve daha sonra sürücünün iflası durumunda bunu sigortalıya karşı yürürlüğe sokabilmesi idi. Bu önlem, asliye mahkemesinin *Hood's Trustees v Southern Union General Insurance Co of Australasia* [1928] Ch 793 ve *Re Harrington Motor Co* [1928] Ch 105 ile bağlantılı olarak aldığı iki kararla bağlantılı idi. Her iki kararda, bir sigorta poliçesi hasılatı içinde müflis bir sigortalının üçüncü şahıslara karşı sorumluluğu ile bağlantı yapılabilecek ödemenin onun sadece üçüncü şahıslara karşı değil, ama alacağı karşılıksız olan alacaklılara dağıtılacak genel varlığı kapsamında olduğu düşünülmekteydi. Bundan sonraki 1934 Yol Trafik Yasası, üçüncü şahısların dikkatsiz sürücülerin, sürücü müflis olsun olmasın, (bu hüküm, yukarıda tartışıldığı gibi, 1988 Yol Trafik Yasası (The Road Traffic Act) bölüm 151 içinde hala var) araç sigortacılarına karşı sahip olduğu hakları içermekteydi ve 1930 Üçüncü şahıslar (Sigortacılara Karşı Haklar) Yasası (Third Parties [Rights Against Insurers] Act) yerine geçiyordu. Bu yasa gerçekte iptal edilmedi, ancak bir zararı karşılayacak varlığı olmayan bir sigortalı ile bağlantılı verilen hükmün uygulanmasında bir yöntem olarak her türden sorumluluk sigortası kapsamında yaygın olarak kullanılmaktadır.

1930 Yasası (değişik) bölüm 1 aşağıdaki hususları kapsar:

- (1) Herhangi bir sigorta sözleşmesi altında herhangi bir kişi (bundan böyle sigortalı) üçüncü şahıslara bir zarar ile ilgili bir sorumluluk altına girdiğinde,
 - (a) sigortalı iflas eder veya alacakları adına bir düzenleme veya borç yapılandırmaya giderse, veya,
 - (b) sigortalı, bir şirket olduğunda, kendisi hakkında bir tasfiye kararı verilmişse veya şirket adına gönüllü bir tasfiye kararı kabul edil-

mişse, veya şirket bir devir teslim işlemine tabi tutulur veya şirket faaliyetleri veya taahhütleri doğrultusunda bir idareci veya bir müdür atanırsa veya belli bir borç ile bağlantılı verilen bir garanti doğrultusunda varlıklarına el konursa, veya 1986 İflas Yasası Kısım I altında yer alan bir öneri doğrultusunda gönüllü bir düzenlemeye tabi olduğunda;

eğer olay öncesi ve sonrasında, sigortalı fiilen yukarıda belirtilen bir sorumluluk ile karşı karşıya kalırsa, söz konusu olan sorumluluk ile bağlantılı sigorta sözleşmesi doğrultusunda sigortacıya karşı hakları, herhangi bir Yasa veya bir yasal hüküm doğrultusunda aksi belirtilmiş olmasına rağmen, böyle bir sorumluluğun oluştuğu üçüncü şahıs adına aktarılır ve tescil edilir.

- (2) Herhangi bir kişinin varlığına 1986 İflas Yasası bölüm 421 doğrultusunda yer alan hüküm ile tedbir konmuş olduğunda, iflas içinde kanıtlanabilir herhangi bir borç (İskoçya'da, bir haciz ile bağlantılı kabul edilen tazminat talebi) ölen bir kişinin bir sigorta sözleşmesi hükümleri doğrultusunda bir üçüncü şahsa olan sorumluluğu ile bağlantılı ise, bu ölen borçlunun böyle bir sorumluluk ile bağlantılı sigortalı nezdinde sahip olduğu bütün haklar, aksi belirtilmiş olmasına rağmen, borçlu kişinin alacaklısı adına aktarılır.
- (3) Bu Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra, sigortalının üçüncü şahıslara karşı sorumluluğu doğrultusunda yapılan sigorta sözleşmeleri, eğer doğrudan veya dolaylı olarak madde (1) altında yer alan paragraf (a) veya paragraf (b) ile belirtilen olayların meydana gelmesi durumunda veya herhangi bir kişinin varlığının 1986 İflas Yasası bölüm 421 doğrultusunda bir düzenlemeye tabi olması ve bunun 1914 İflas Yasası bölüm 130 altında söz konusu varlık ile ilgili bir hükme yol açması durumunda sözleşmeden caymak veya tarafların sahip olacakları hakları değiştirmek amacını taşır olduğunda, bu sözleşmeler geçersizdir.
- (4) Bu bölüm altında (1) veya (2) alt bölümleri doğrultusunda yapılan bir transfer sonrasında sigortacı, bu Yasa bölüm üç hükümlerine tabi olacak şekilde, aynı sigortalının sahip olduğu sorumlulukleri üstlenecektir, ancak;

- (a) sigortacının sigortalıya karşı sorumluluğu, sigortalının üçüncü şahıslara sorumluluğundan fazla ise, bu Yasa sigortalının bu fazla kısım ile ilgili sigortacıya karşı hakları üzerinde bir hüküm taşımaz, ve
- (b) sigortacının sigortalıya karşı sorumluluğu sigortacının üçüncü şahıslara sorumluluğundan az ise, bu Yasa üçüncü şahısların aradaki fark için sigortalıya karşı hakları üzerinde bir hüküm taşımaz.
- (5) İşbu Yasa amaçları doğrultusunda, herhangi bir sigorta sözleşmesi ile sigortalı olan bir kişi ile bağlantılı “üçüncü şahıslara karşı sorumluluk” (liabilities to third parties) terimi, bu kişinin bir başka sigorta sözleşmesi içinde sigortacı sıfatı ile olan sorumluluğunu içermez.
- (6) İşbu yasa, aşağıda verilenlere uygulanmaz;
- (a) şirketin gönüllü olarak yeniden yapılanma veya bir başka şirket ile birleşmesi amacıyla tasfiyesi, veya
- (b) 1925 İşçi Tazminat Yasası bölüm 7 alt bölüm (1) ve (2) kapsamında olan durumlar.

Bu Yasa, bölgesel kapsam konusunda hüküm içermez ve Yasa uygulamasının İngiltere veya bir başka yasal sisteme tabi olup olmadığı veya tasfiye uygulamalarının İngiltere’de başlatılması gerekip gerekmediği belirsizdir. ikinci durum, belki biraz daha açıktır, zira, 1930 Yasası, iflas yasasının bir parçası olarak tasarlanmıştır.

1930 Yasasının kapsamı

1930 yasası, aşağıda verilen koşullar yerine getirildiğinde, üçüncü şahısların sigortalının sigortacılarına karşı sahip olduğu hakları içerir.

İlk önce, altbölüm 1(5) ile Reasürans sözleşmelerinin geçersiz olduğu belirtiliyorsa da; sigortalının sorumlulukleri için garanti getiriyor olmalıdır. Buna bağlı olarak 1930 Yasası, sigortalıya müflis bir sigorta şirketi nedeniyle reasürörlere karşı dava açmak için kullanılamaz. Dikkatsizlikle bağlantılı sorumlulukları içeren poliçeler kapsam içindedir. *Tarbuck v Avon Insurance Co* [2002] Lloyd’s Rep IR 393 içinde, Yasanın akdi sorumluluk içeren bir poliçe için uygulanamayacağı öngörülmüştür: burada sigortalının bir avukata ödeme sorumluluğu söz konusu idi ve avukatın bu borcunu sigortalının

yasal masraf sigortacısından tazmin edemeyeceği hükmüne varıldı. *T&N Ltd v Royal and Sun Alliance plc* [2004] Lloyd's Rep IR 144 içinde, Yasanın bir sözleşme bağlamında gönüllü üstlenilmiş bir sorumluluğa uygulanamayacağı öngörüldü. Bu durumda, sigortalı sorumluluğu, sigortalıya sigortacılar tarafından bir geri ödeme tazminat talebi yöneltildiğinde, sigorta hasılatlarının bir kısmını işverenin sorumluluk sigortacılarına geri ödemesi içindi (bu yukarıda belirtilen işveren sorumluluğu davalarında poliçe fazlalarını önlemek için kullanılan bir yöntem). Ne var ki bu davalar *Re OT Computers* [2004] EWCA Civ 653 ile bağlantılı Temyiz Mahkemesi tarafından geri çevrilir. Burada sigortalı, müşterilerine uzatılmış garanti koruması teklif eden bir bilgisayar teslimatçısı idi. Müşterilere bilgisayar almaları için finans sağlayan bir finansman şirketi de, söz konusu uzatılmış garanti ile bağlantılı müteselsil ve müşterek sorumluluk almıştı. Teslimatçı iflas etti ve finans şirketi tazminat talepleri ile karşılaştı ve müşterilerin teslimatçıya yönelttiği tazminat taleplerini üstlenmek durumunda kaldı. Finans şirketi, 1930 Yasası doğrultusunda teslimatçı şirketin sorumluluk sigortacılarından ödeme arayışına girdi. Temyiz Mahkemesi, sigortanın bir kusur ile bağlantılı sorumluluklardan çok sözleşme ile bağlantılı sorumluluklara karşı korunma amacıyla tasarlanmış olmasına rağmen Yasanın kapsamında olduğuna hükmetti ve Temyiz Mahkemesi, bundan sonra Yasanın bir hasar veya bir borç ile bağlantılı olarak sigortalının yüklendiği ihtiyari sorumluluklar dahil, her türlü sorumluluğu kapsadığını beyan etti.

İkinci olarak, sigortalı ile bağlantılı olarak bölüm 1(1) ile belirtilen şekilde bir iflas durumu söz konusu olmalıdır. 1930 Yasası bölüm 3A ile bu bölüm, sınırlı sorumlu ortaklıkları da kapsayacak şekilde genişletildi ve böylelikle bir gönüllü tasfiye için verilen karara atıflar, bir gönüllü tasfiye yapıyor olduğunun belirlenmesine atıf olarak kabul edildi. 1930 Yasası, üçüncü şahıslar sigortalı aleyhine bir karar almadan önce sigortalının iflas etmesi veya daha önce iflas etmiş bir sigortalının bir hüküm doğrultusunda borcunu ödememesi ve kendisi hakkında bir üçüncü şahısça iflas işlemleri başlatılmış olması durumları için de kullanılabilir.

Üçüncü olarak, üçüncü şahıslar, bir mahkeme kararı, bir hakem takdiri veya bir bağlayıcı beyan doğrultusunda sigortalının sorumluluğunu belirlemiş ve hesaplamış olmalıdır. İlk sigortalının iflası ile sigortalının sorumluluğunun belirlenmesi ve kuruluşlandırılması arasındaki dönemde üçüncü şahısların sigortacılara karşı hak sahibi olduğu kabul edilir. Bu nedenle, bu

dönemde sigortacılara tazminat talebi yöneltilemez ise de, yine de üçüncü şahısların belirli hakları vardır. Bu dönemde, özellikle:

- (a) üçüncü şahıs, poliçenin zararı karşılıyor olduğu beyanını talep edebilir,
- (b) üçüncü şahıs sigortalıdan ve sigortacıdan sigorta bilgileri talep edebilir (aşağıya bakınız)
- (c) sigortacılar poliçe kapsamında sigortalının hakları üzerinde bir değişiklik yapamaz ve böyle bir durum, üçüncü şahsın sahip olduğu hak üzerinde etki yapmaz (bu durum *Centre Reinsurance International Co and another v Curzon Insurance Ltd* [2004] EWHC 200 (Ch) ile bağlantılı öngörülmüştür).

Üçüncü şahsın sigortacıdan tazminat talebinde bulunma hakkı, sigortalının sorumluluğunun belirlenmesi ve kuruşlandırılması ile tahakkuk eder. *Post Office v Norwich Union Fire Insurance Society* [1967] 1 All ER 577 içinde, sigortalı çalışanları ihmal sonucu davacı varlığına zarar vermişti. Davacı derhal tazminat için sigortalının sorumluluk sigortacısına karşı yasal başvuruda bulundu. Temyiz Mahkemesi, davanın olgunlaşmadığını ve bunun ancak davacının sigortalının sorumluluğunun belirlenmesi ve kuruşlandırılması sonucunda yapılabileceğini belirtti. *Post Office* ilkesi ile, sigortalının dava edilmesinin zorunlu olduğu kastedilir. Bir davada, sigortalı şirketin ticaret sicilinden kaydı silinmişti, bu nedenle tüzel kişiliği sona ermişti. Üçüncü şahısların 1985 Şirketler Yasası (Companies Act) bölüm 651 kapsamında yasal başvuru için şirketin tüzel kişiliğe sahip olması gerekiyordu. Mahkeme, şirketin yeniden tescil edilmesi kararı verecekti, ancak 1980 Sınırlama Yasası (Limitation Act) doğrultusunda işlem yapılabilmesi için zaman aşımına uğramamış olması gerekiyordu. Bu nedenle, Bölüm 651 şirketin iflas ettikten sonra ancak iki yıl içinde yeniden kurulabilir olarak düzenlenen hüküm değiştirilerek, 1989 Şirketler Yasası geriye doğru işletilecek hüküm Bölüm 651 içine dahil edildi. Değiştirilen biçimi ile, kişisel zarar tazminat talebi ile bağlantılı durumlarda şirketin yeniden kurulması için getirilen zaman sınırlaması kaldırıldı ve sadece bu sınırlama, bazı diğer durumlar için bırakıldı. Bölüm 651 içindeki düzenleme, Lordlar Kamarası'nın *Bradley v Eagle Star Insurance Co* [1989] 2 WLR 568 davası ile ilgili verdiği karar nedeniyle oldu. Burada tasfiye edilen bir şirketin dava edilemeyeceği kararı çıktı, ancak tescilli ise üçüncü şahıslar bir sorumluluk başvuru-

rusu yapabilirlerdi ve 1930 Yasası doğrultusunda şirketin sorumluluk sigortacılarından tazminat talebinde bulunabilirlerdi.

1930 Yasası doğrultusunda sigortacılara karşı bir tazminat talebinde bulunulabilmesi için sigortalının sorumluluğunun belirlenmesi ve kuruluşlandırılması ilkesi, aynı zamanda yapılan birden fazla tazminat talebinin poliçe kapsamında temin edilebilecek miktardan fazla olması durumunda bu tazminat taleplerinde bir sıralama yapılmasında da kullanılır. *Cox v Banksi-de Members Agency Ltd* [1995] 2 Lloyd's Rep 437 içinde Yargıç Phillips, böyle bir sıralamanın "tepeyi tırmanan ilk" ilkesine göre olabileceğini, böylelikle sigortalı aleyhine karar çıkartan ilk kişinin 1930 Yasası doğrultusunda sigorta hasılatları üzerindeki taleplerde ilk sırayı alacağına hükmetti. Yargıç Phillips, "tepeyi tırmanan ilk" sıralamanın bir ilkeye dayanmadığının farkındaydı, ancak buna alternatif atama yaklaşımının 1930 Yasası ilkelerine aykırı ve bu şekilde ilk sırada yer alan ödeme yapılmaksızın diğerlerinin beklemek durumunda kalacağı nedeniyle ciddi gecikmelere yol açabileceği mahzurları nedeniyle kabul etmedi. Ödeme yapılamaması durumu ile ilgili olarak bölüm 1(4), üçüncü şahısların sigortalı hakkında ilgili iflas usulleri doğrultusunda hakkını arayabileceğine yer vermektedir.

Üçüncü şahıs hakları

1930 Yasası bölüm 1(1) içinde, 1930 Yasası gereklerini üçüncü şahısların bir sorumluluk ile bağlantılı sözleşme kapsamında sigortacılar karşısındaki hakları, herhangi bir Yasa veya bir başka uygulamada böyle bir sorumluluk oluşan taraflara transfer edilecek ve tescil edilecek olduğunu belirtir. Yasa bu şekilde çeşitli biçimlerde bir temlik veya borç sorumluluğu şeklinde üçüncü şahısları sigortalının haklarından yararlandırır.

Burada temel husus, bir sigorta kapsamında yapılacak tazminat talebi amaçları doğrultusunda üçüncü şahısların sigortalı olarak kabul edilmekte olduğudur. Bu nedenledir ki, sigortacıların sigortalıya karşı sahip olduğu her türlü hak da üçüncü şahıslar için geçerlidir ve özellikle: azami iyi niyet sorumluluğu ihlali ile bağlantılı haklar, poliçe koşullarına uyulmaması nedeniyle tazminat talebine karşı ödeme yapmama hakkı ve sigortalı tarafından ödenmemiş olan prim ödemelerini üçüncü şahıslardan talep etme hakkı. Buradan, sigortacının bir tazminat talebine karşı geçerli bir gerekçesi varsa ve potansiyel davacı üçüncü şahıslara sigortalıya karşı bir savunma yapma niyetinde olmadıklarını belirttikleri takdirde, o zaman sigortacıların

bu davranışı sigortalıyı hedef almadığı için sigortalı açısından bir feragat söz konusu olamaz. Bu görüş *Spriggs v Wessington Court School Ltd* [2004] Lloyd's Rep IR davasında dile getirilmiştir (yayınlanacak). Üçüncü şahıslar buna karşı en fazla sigortacının kendilerine karşı olan sorumluluğu inkarı engellemek (*estoppel*) olduğunu ileri sürebilirler, ancak bunun olabilmesi için üçüncü şahısların sigortacılara güvenmiş olmaları gerekir.

Bu ilkenin kapsamı, Lordlar Kamarası'nın *The Fanti and the Padre Island* [1990] 2 All ER 705 için verdikleri kararda görülebilir. Bu dava, "ödeme almak için ödeme yap" (pay to be paid) klozu ile ilgilidir. Burada sigortalıların sigortalıya ödeme yapma sorumluluğunun doğması için, sigortalının üçüncü şahısa ödeme yapmış olması gerekir. Açıkça, bu tür bir klot, 1930 Yasası aleyhine işler. İlk sigortalı ödeme yapmışsa, üçüncü şahıs için 1930 Yasasına başvurmak ihtiyacı doğmaz, ama sigortalı ödeme yapmamışsa, o zaman üçüncü şahsın bu yasadaki faydalanması imkansız hale gelir. Lordlar Kamarası, yine de üçüncü şahsın sigortalıdan daha iyi durumda olmayacağını ilkesini benimsemiş ve üçüncü şahsın 1930 Yasasından yararlanamayacağına karar vermiştir. Bu tür bir klotun sadece P&I Clubs tarafından çıkartılan deniz poliçesi için kullanışlı olduğu anlaşılıyor ve her halükarda, kişisel yaralanma tazminat talepleri uygulamasından çok kargo sorumluluk taleplerinde işe yarar.

Sigortacıların haklarının değiştirilmesi, ancak sigortalının genel poliçe çerçevesinde bir tazminat alma hakkını doğuracak şekilde bir sorumluluk altına girmiş olması, yani, sigortalı kastî davranmış veya tazminat talebi sadece bir suç unsuru bağlamında yapılabildiği durumlarda mümkündür. Yargıç Mance, *Total Graphics Ltd v AGF Insurance Ltd* [1997] 1 Lloyd's Rep 599 davasında bir genel poliçe savunması, sigortalıya tazminat için getirilen bir kişisel engel niteliğini taşıyacak ve üçüncü şahıs, böyle bir kastî veya yasa dışı davranış içinde yer almadığı sürece 1930 Yasasından yararlanabilir olduğunu önermektedir.

Sigortacılara dava açılması sırasında üçüncü şahıs, sigortalı tarafından yapılacak tazminat talepleri için geçerli aynı sınırlama süresine, yani, sigortalı sorumluluğun oluşması ve kuruşlandırılmasından sonra altı yıla tabidir. Bu süre, sigortalının iflası ile başlatılmaz, ancak iflas tarihi, 1930 Yasası doğrultusunda fiili veya potansiyel başvuru için kullanılabilir. Üçüncü şahısların karşılaşacağı asıl tehlike, sigortalının sorumluluğunun belirlenmesi

ve kuruşlandırılması sonrasında, sigortalının sigortacı aleyhine poliçe doğrultusundaki yasal başvurusu sonucunu beklemektir. Bu yasal süreç, sigortalı için verilen hüküm tarihinden sonra altı yıl içinde sonuçlanmazsa, ve sigortalı iflas ederse, üçüncü şahıs için sigortacılara tazminat talebi yönlendirmek mümkün olmaz. Altı yıllık süre sona erdiğinde, üçüncü şahıs artık sigortalı için açılan davayı sigortacı aleyhine yönlendiremez, zira, artık karşısında muhatap kalmamıştır. Bu durum *Lefevre v White* [1990] 1 Lloyd's Rep 569 içinde şu şekilde çözümlendi: Eğer sigortalı sorumluluğunun belirlenmesi ve kuruşlandırılması sonrasında iflas etmemiş olsa, o zaman üçüncü şahıs davayı sigortacıya yönlendirmek için yeterli zamana sahip olacaktır. Karar aldırın üçüncü şahıs için bir çözüm, eğer hala durum ortada kalmıyorsa, sigortacı aleyhine bir iflas davası başlatmak için bu kararı kullanmak ve böylelikle 1930 Yasası doğrultusunda dava açma hakkını elde etmeye çalışmaktır.

Böyle olduğunda artık sigortacı, bir iflas durumunda, bölüm 1(3) ile verilen biçimde “doğrudan veya dolaylı olarak sözleşmeden caymak veya tarafların haklarını değiştirmek” niteliğinde bir poliçe hükmünü esas alamayacaktır. Bu engelleme, sadece sigortalının yasal haklarının böyle bir iflas nedeniyle değiştirilmiş olmasında geçerlidir: sigortalının müflis olup olması ile bağlantılı geçerli, ancak sadece bir iflas durumunda pratik bir kıymet taşıyan bir poliçe koşulu bölüm 1(3) içinde yasa dışı kabul edilmez. *The Fanti and the Padre Island* [1990] 2 All ER 705 davasında bir “ödeme almak için ödeme yap klotu” bölüm 1(3) ile çelişmez, zira, bu klot altında sigortalı her durumda tazminat alabilmesi ön koşulu olarak üçüncü şahıslara ödeme yapmakla sorumlu kılınmıştır: bu klotun sigortalının müflis olması durumunda bir anlam taşıması ve üçüncü şahısa bir ödeme sağlayamaz olması ve bu nedenle tazminatını kaybedecek olması, onun sözleşme hakları üzerinde bir değişiklik olarak kabul edilmez. İflas durumu için geçerli her koşul sigortalının haklarında bir değişiklik yaratır biçiminde algılanmaz. *Centre Reinsurance International Co and another v Curzon Insurance Ltd* [2004] EWHC 200 (Ch) davasında işveren sorumluluk poliçesi içinde yer alan bir tazminat talebi kontrol klotu, sigortalı iflası durumunda sigortacıların sigortalıya yöneltilecek her türlü tazminat talebinde kontrol hakkına sahip olacağı belirtilmekteydi. Bu durum Yargıç Blackburne tarafından bölüm 1(3) içinde yer almayan bir koşul olarak kabul edildi, zira sigortalı aleyhine üçüncü şahsın bir tazminat talebi yapma hakkı bir kontrol transferi ile

çalışmamasıdır.

Benzer şekilde, sigortalının ve sigortacıların üçüncü şahısların haklarını kısıtlamaya matuf karşılıklı anlaşmaya varmalarında bazı sınırlar vardır. Bölüm 3 içinde şunlar yer alır:

Sigortalı iflas etmiş veya sigortalının bir şirket olması durumunda, bir tasfiye kararı, veya bir tedbir kararı verilmiş veya bir gönüllü tasfiye kararı geçmiş ve şirket ile bağlantılı olarak üçüncü şahıslara karşı sorumluluk oluşması sonrasında veya tasfiye işlemi sonrasında veya tedbir uygulama gününde, duruma göre sigortacı ve sigortalı arasında yapılacak herhangi bir anlaşma yanı sıra herhangi bir feragat, temlik veya bir başka türlü önlem, veya belirtilen tarihlerden sonra sigortalıya yapılacak ödemeler, işbu Yasa doğrultusunda üçüncü şahıslara transfer edilen haklar açısından geçersizdir ve bunlara öncelik taşıyamaz, ancak bu haklar, söz konusu olabilecek bir anlaşma, feragat, temlik, veya herhangi bir başka önlem veya ödeme ile aynı haklar ve önceliklere sahip olacaktır.

Bölüm 3 sadece sigortalının iflası sonrasında yapılan anlaşmalarla ilgilidir: sigortalı ile sigortacılar arasında iflas öncesinde varılan bir anlaşma dışlanmaz. Bu durum *Normid Housing Association Ltd v Ralphs* [1989] 1 Lloyd's Rep 265 içinde, üçüncü şahsın sigortalı aleyhine almış olduğu kararın yürürlüğe sokma açısından çok ciddi sonuçlara yol açmış olsa bile böyle yorumlanmıştır.

Bilgi sağlama

1930 Yasası bölüm 2 içinde üçüncü şahısların sigortalının sigorta hi-mayesi hakkında bilgi edinme hakkından söz edilir. Bu bilgi sayesinde üçüncü şahıslar sigortalı için alınan kararın sorumluluk poliçesi kapsamında geçerli olup olmadığına karar verebilirler. Bölüm 2 değişik biçiminde şunlar yer alır:

- (1) Herhangi bir kişi iflas eder veya alacakları ile bir yapılanma veya düzenlemeye gider veya herhangi bir kişinin varlığı üzerinde 1986 İflas Yasası bölüm 421 hükümleri doğrultusunda bir düzenlemeye gidilir veya bir şirket hakkında bir tasfiye kararı verilir, gönüllü bir tasfiye kararı alınır veya şirkete bir idari tedbir uygulanır veya şirket faaliyetleri veya sorumlulukluları için tam yetkili bir memur ve-

ya müdür atanır veya şirketin varlıkları, bir varlık üzerinden belirlenen bir faiz esasında teminat altına alınmış bir senet sahipleri adına devir alınmış olursa, müflis, borçlu, ölen bir borçlu veya tasfiye eden şirket kişisel temsilcisi, ve duruma göre, bir iflas, yedi emin, tasfiye memuru, devir alan memur, hükümet memuru veya müdür veya bir varlık sahibi olan bir kişi, iflas eden, borçlu, önel borçlu veya sorumluluk altındaki şirket üçüncü şahıslara işbu Yasa doğrultusunda bir hak transfer edilmiş ve sağlanmış olup olmadığının belirlenebilmesi için gerekli olan bilgiler sağlanacak, ve eğer böyle bir hak varsa, bunların yürürlüğü doğrultusunda herhangi bir sigorta sözleşmesi içinde eğer böyle bir hüküm doğrudan veya dolaylı olarak yer alıyorsa, bunun ortadan kaldırılması ve bilgi sağlanmasının önüne geçilmesi için söz konusu olabilecek herhangi bir girişim, hüküm veya uygulama yasalar karşısında geçerlilik taşımayacaktır.

- (1A) bu bölüm (1) bölümü içinde atıf yapılan yedi emin içinde, 1986 İflas Yasası Kısım I veya Kısım VIII altındaki amaçlarla yer alan bir gönüllü düzenleme gözetmeni da dahildir.
- (2) bu bölüm (1) alt bölümü uyarınca herhangi bir kişiye verilen bilgi üçüncü şahıslara işbu Yasa ile belirli bir sigortacı aleyhine bir hak transfer edilmiş olduğu doğrultusunda ise, söz konusu sigortacı, yine bu bölüm içinde sözü edilen kişilerin üstlenmiş olduğu sorumluluğu taşıyacaktır.
- (3) Bu bölüm içinde belirtilen bilginin sağlanması görevi kapsamında bütün sigorta sözleşmeleri, prim alındıları ile söz konusu görev verilen kişinin uhdesinde ve yetkisinde olan ilgili bütün diğer dokümanlar yer alacak ve bunların incelenmesi ve kopyalarının alınmasını içerecektir.

Bunun yasal uygulaması şöyledir: üçüncü şahıs ilk önce bilgileri sigortalı veya iflas işlemlerinden sorumlu olan ve (altbölüm 1 ile) sigortalının tabi olduğu iflas işlemlerinden sorumlu kişiden talep eder. Bundan sonra, altbölüm (2) uyarınca, üçüncü şahıs sigortacıya yönelebilir. Sağlanan bilgi üçüncü şahısa geçerli bir polişe olup olmadığı, bu kapsamda sigortacının savunma yapıp yapamayacağı ve primlerin ödenip ödenmediğine ilişkin değerlendirme imkanı verecektir. Bölüm 2 yorumu ile ilgili iki dava, *Nigel*

Upchurch Associates v. Aldridge Estates Investment Co. Ltd [1993] 1 Lloyd's Rep 535 ve *Woolwich Building Society v. Taylor* [1995] 1 BCLC 132, bu bölümün yetersiz olduğunu ortaya koymuştur. Davaların her birinde, gerekçeler farklı da olsa, bölüm 2'nin sadece üçüncü şahısların sigortalı hakkında bir karar aldırması durumunda geçerli olacağı ileri sürüldü. Bu davalar Temyiz Mahkemesi tarafından *Re OT Computers* [2004] EWCA Civ 653, [2004] Lloyd's Rep IR (yayınlanacak) ile bağlantılı olarak geri çevrildi. Temyiz Mahkemesi, üçüncü şahısların sigortalı ile bağlantılı bölüm 2 altındaki haklarının sigortalının iflası ile doğduğunu, bu ise, İflas Yasası bölüm 1 doğrultusunda üçüncü şahısların belirli hakları temin etmiş olduğunu ileri sürdü. Temyiz Mahkemesi, bunun dışındaki yorumların müflis davalı tarafından yasal duruşmaları tam bir piyango niteliğine dönüştüreceğini belirtti.

1930 Yasasının reformu

Temmuz 2001'de Taslak Komisyonu, 1930 Yasası üzerine bir reform teklifi ve bir taslak yasa hazırladı. Bu yasanın yakın bir gelecekte yürürlüğe gireceğine ilişkin bir belirti yok. Yasa içinde yer alan bazı öneriler, 1930 Yasasını Taslak Komisyonu önerilerine uygun yorumlayan Mahkemeler tarafından zaten yürürlüğe sokulmuş durumda. Yasa taslağının en önemli özellikleri şunlar;

- Yasanın uygulandığı durumlar genişletilmekte, bunlar arasında yeniden yapılanma, 1986 İflas Yasası doğrultusunda gönüllü kişisel düzenleme ve geçici tasfiye memuru atamaları yer almakta.
- Yasa, ihtiyari sorumluluk içeren poliçeleri içerecek şekilde genişletiliyor (yukarıda belirtilen şekilde *Re OT Computers* davasında alınan karar gibi).
- Üçüncü şahısların sigortalının sorumluluğunun belirlenmesi ve kuruşlandırılması sonrasında sorumluluğunun tevsiki için sigortalının dava edilmesi ve ancak bundan sonra sigortacıların dava edilmesi kaldırılıyor. Bunun yerine, üçüncü şahıslar sigortacılara karşı dava açacak, bu kapsamda sigortalı sorumluluğu ve poliçe kapsamı ortaya konacak. Bu şekilde, poliçe ile ilgili uzlaşmazlıklar ön çözüm içinde halledilmiş olacak, böylelikle zaman alıcı sorumluluk duruşmalarından kaçınmak mümkün olacak, ve sicilden kaydı

silinmiş şirketler, sorumluluğun tesisi için yeniden sicil yenileme işlemine gerek duyulmaksızın bu ön çözüm içine dahil edilebilecekler. *Lefevre v White* (yukarıda belirtilen) davasında olduğu gibi zamanaşımı sorunları kaldırılacak ve üçüncü şahıslar için tek zamanaşımı sigortalı ile ilgili olacak.

- Üçüncü şahıslar, duruşmalar başlamak üzereyken sigortalı ve sigortacılardan sigorta hakkında bilgi temin edebilecekler (yukarıda belirtilen *Re OT Computers* davasında alınan karar gibi).
- Sigortacı sorumluluğu, yani bir tazminat talebinde bulunma için koşul olarak bulunması gereken poliçe koşulları, üçüncü şahıslarca yerine getirilebilecek ve “ödeme alma için ödeme yap” klozları ölüm veya kişisel yaralanma hariç deniz sigortaları dışında izin verilmeyecek.
- Belirli bir miktar sigorta fonu için birden fazla tazminat talebi olduğunda, başvuru sırası esas alınacak.
- İlk sigortalı iflas ettikten sonra, sigortacılarla sigortacı sorumluluğu üzerinde etki yapacak bir anlaşma yapamayacak.
- Yasal uygulama, sigortalı iflasının İngiltere iflas yasaları doğrultusunda olmuş olduğunda geçerli olacak. Sigorta poliçesi için geçerli Yasa uygulaması için belirleyici nitelik taşımayacak.



YABANCI YATIRIMCILARLA YAPILAN
“YAP-İŞLET-DEVRET” SÖZLEŞMELERİNDEN
DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN
MİLLETLERARASI TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ

Prof. Dr. Nuray Ekşi

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

I. “Yap-İşlet-Devret” Sözleşmelerinin Ortaya Çıkışı ve Bu Sözleşmelerde Tarafların Tahkimi Tercih Nedenleri

Avrupa ülkelerinde 1800’lerde demiryolları, elektrik, gaz üretim ve dağıtım sistemleri, su ve aydınlatma tesisatları “imtiyaz” usulüyle yapılmış ve işletilmiştir. Özel kişi olan imtiyazcı, kendi sermayesiyle veya sağladığı kredilerle tesisleri inşa etmiş; bu tesisleri kâr ve zararı kendisine ait olmak üzere 30-50 yıl işletmiş; işletme süresi dolduktan sonra tesisi bedelsiz olarak idareye devretmiştir¹. I. Dünya Savaşı’ndan sonra imtiyaz usulünün yerini “emanet” usulü almış ve bu usulün yanı sıra kamu iktisadî teşebbüsleri kurulmuştur. Kamu iktisadî teşebbüslerinin verimsiz olmaları ve kamu maliyesine önemli yük getirmeleri nedeniyle Avrupa’da 1970’lerden itibaren yeniden imtiyaz usulüne dönmüştür². Osmanlı döneminde etkili bir şekilde uygulanan imtiyaz usulü, Cumhuriyet döneminin başlarında terk edilmiştir. Kamu hizmetleri, ya emanet usulüyle bakanlıklar ve mahallî idareler tarafından yerine getirilmiş ya da bu hizmetleri yerine getirecek kamu iktisadî

1 GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C. II, Bursa 2003, s. 396.

2 GÖZLER, (dn. 1), 396-397; TAN Turgut, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Dünü Bugünü, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000, C. I, Ankara 2000, s. 455.

teşebbüsleri kurulmuştur³.

1980'li yıllardan sonra, özellikle de yabancı sermayenin kabulü konusunda, yeni bir modelden söz edilmeye başlanmıştır. Büyük miktarda sermaye ile yeni teknoloji gerektiren, uzun vadeli yatırım yapılmasını hedefleyen yap-işlet-devret modeli, aslında idare hukukunda "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi" olarak adlandırılan bir idarî sözleşmedir⁴.

Yap-işlet-devret modeli, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap İşlet Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir⁵. Ayrıca, 3996 sayılı Kanun'da öngörülen yatırım ve hizmetlerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketleri vasıtasıyla gerçekleştirilmesindeki usul ve esaslar, bu şirketlerde aranılacak özellikler, sözleşmelerin kapsamı, yatırım sonucu oluşacak mal ve hizmetlerin ücretlerinin belirlenmesinde uygulanacak kriterler 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile düzenlenmiştir⁶.

Yap-işlet-devret formülü DURAN⁷ tarafından şu şekilde tanımlanmaktadır: "Yap-işlet-devret, bir kamu hizmeti veya bayındırlık işinin özel teşebbüs tarafından masrafları karşılanarak kurulmasını, belirli bir süre işletilmek suretiyle yatırılan sermayenin, amortisman ve kâr gerçekleştirildikten sonra, tesisin ve yönetimin bedelsiz olarak ilgili kamu idare veya kuru-

3 GÖZLER, (dn.1), 397-398.

4 Ayrıntılı bilgi için bkz. TAN, (dn. 2), 455-456; ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004, s. 257-260; GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 8. bası, Ankara 2003, s. 319-324; EKŞİ Nuray, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon ICSID, AVRASYA GÜNLERİ Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukukî İhtilâfların Çözümlemesi Sempozyumu Bildiriler Panel 18-19 Haziran 1998, İstanbul 1999, s. 145-151; SAYMAN Yücel/EKŞİ Nuray, Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında Yatırım İhtilâflarının Tahkim Yolu ile Çözümü, AVRASYA GÜNLERİ-Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukukî İhtilâfların Çözümlemesi Sempozyumu-Bildiriler Panel 18-19 Haziran 1998, İstanbul 1999, s. 120.

5 RG 13.6.1994/21959. Bu Kanun'un 2. ve 5. maddelerinde 4493 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmıştır. 4493 sayılı Kanun'un metni için bkz. RG 22.12.1999/23914.

6 Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap İşlet Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında 3996 Sayılı Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Bakanlar Kurulu Kararı: RG 1.10.1994/22068.

7 DURAN Lutfi, Yap-İşlet-Devret, XLVI(1991)1-2 ASBF, s. 150.

muna devir ve teslimini sağlayan bir rejimdir"⁸.

3996 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (a) bendine göre, yap işlet devret modeli, ileri teknoloji ve yüksek maddî kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini ifade eder.

Yap-işlet-devret sözleşmesi için uygulamada kullanılan belirli bir standart şekil bulunmamaktadır. Sözleşmenin içeriği, tarafları ve kullanılan şekil yatırımcının yerli veya yabancı olmasına göre farklılık göstermektedir⁹. Sözleşmenin süresi kırkdokuz yıldan fazla olamaz (3996 sayılı Kanun md. 7). EMEK'e göre, yap-işlet-devretin Türkiye uygulamasında tek bir modelden bahsetmek doğru değildir¹⁰. Bu konuda farklı uygulamalar bulunmaktadır. "Özellikle belediyeler yap-işlet-devret modelini kullanarak kendi bütçe imkânlarıyla gerçekleştiremedikleri metro, raylı sistem, ticaret merkezi gibi hizmetler gerçekleştirmişler, bunun yanında bu yöntemden iş hanı, otogar, konut inşaatı, gazino, otel, motel ve eğlence merkezlerinin yapımı için de yararlanmışlardır"¹¹

"Yap-işlet-devret" ile "yap-işlet" ve "anahtar teslim" usullerini birbirinden ayırmak gerekir. Yap-işlet-devrette yatırım, sözleşmede kararlaştırı-

8 Benzer diğer bir tanım için bkz. GİRİTLİ İsmet/BİLGEN Pertev/AKGÜNER Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 2001, s. 852; BİLGEN Pertev, Yap İşlet Devret Sözleşmeleri Hakkında, (1990)3 Kamu Hukuku Bülteni, s. 6; SİRMEN Lâle, Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu-19 Haziran 1996 Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını No: 308, s. 11; VARLIER Oktay, Türk Ekonomisinde Yap-İşlet-Devret Modelinin Önemi, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu-19 Haziran 1996- Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını No: 308, s. 4.

9 POLATKAN Vahit, Yap İşlet Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim, Ankara 2000, s. 59.

10 EMEK Uğur, Ek ve Değişiklikleri ile Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve Kamu Hizmeti İmtiyazı Mevzuatı Kanunlar, Bakanlar Kurulu Kararları, Yönetmelikler, Anayasa Mahkemesi Kararları, Yayın No: DPT 2659, Ankara 2002, s. 3.

11 EMEK, (dn. 10), 3.

lan süre sonunda tamamıyla idareye geçmektedir. Yap-işlette ise, işletme süresi sonunda işletilen yatırımın ya yatırımcının mülkiyetinde kalacağı ya da işi yaptıran idareye teslim edileceği kararlaştırılmaktadır¹². Anahtar teslim sözleşmesinde¹³ yatırım, iş sahibi adma ve bedel karşılığında yapılmakta, yatırım tamamlandıktan sonra işletmesi ve mülkiyeti idareye ait olmaktadır. Anahtar teslim modelinin aksine, yap-işlet-devret ve yap-işlette, yatırımın maliyeti tamamen yatırımcının üzerindedir. Yatırımcı, yaptığı masrafları ve yatırım bedelini, yatırımını işleterek karşılamaktadır. Ayrıca, yatırımdan elde edeceği kârı da ürettiği mal veya hizmeti idareye veya hizmetten yararlananlara satarak elde etmektedir¹⁴. O halde, "maddî kaynakları yeterli olmayan veya yeterli olup da bu kaynakları başka alanlarda harcamayı düşünen idare, büyük proje ve tesislerin yapımı için ya yap-işlet-devret ya da yap-işlet modelini seçmektedir. Buna karşılık, maddî kaynakları yeterli olan veya kredi alma imkânları bulunan idare, gerçekleştirmek istediği yatırım ve projeler için anahtar teslimi usulünü seçerek, yani tesis ve yatırımı bizzat finanse ederek" yatırımcılara yaptırmaktadır¹⁵.

3996 sayılı Kanun'da, yap-işlet-devret sözleşmesinin "idare tarafının" Yüksek Plânlama Kurulu tarafından belirleneceği ifade edilmiştir. İdare ile yap-işlet-devret sözleşmesi yapacak şirketin Türk kanunlarına göre kurulan anonim şirket veya yabancı sermaye mevzuatı hükümleri

12 KAPLAN İbrahim, Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Finans Modelleri ve Sözleşmeleri, XX(1998)4 BATİDER, s. 12-13; YERLİKAYA Gökhan Kürşat, Yap-İşlet-Devret Modeli Hukukî Mahiyeti ve Vergilendirme, Ankara 2002, s. 38-39.

13 İdare hukuku doktrininde kamu hizmetinin görülüş usulü olarak "anahtar teslimi" kavramını karşılayacak şekilde "iltizam usulü" kavramı kullanılmaktadır. Kamu hizmetinin belli bir bedel karşılığında özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesi olarak ortaya çıkmış bulunan iltizamın zamanla, farklı bir anlam daha kazandığını ve idare için gerekli altyapı tesisleri ile inşaatların da bu usule göre yaptırıldığını; imtiyaz usulü ile aralarındaki farkın birinin sadece inşaat diğerinin ise işletmeyi de kapsamasında görüldüğünü ifade etmektedir. Dolayısıyla, uygulamada anahtar teslimi olarak da anılan iltizam, idarenin ihtiyacı olan altyapı ve inşaat işlerini yapmak için başvurduğu usullerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır [ÖZAY, (dn.4), 247-248].

14 KAPLAN, (dn. 12), 12-13; POLATKAN Vahit, Yap İşlet Devret, Ankara 1997, s. 88-89; ZABUNOĞLU Yahya, Bir İdarî Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000, C. I, Ankara 2000, s. 491.

15 KAPLAN, (dn. 12), 12.

uyarınca Türkiye’de faaliyetine izin verilen kuruluş olması aranmıştır (3996 sayılı Kanun md. 3)¹⁶. Mülga 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu’na (YSTK) ilişkin Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı’nda (YSÇK), yap-işlet-devret projelerini yürütmek üzere kurulacak şirketlerin anonim şirket statüsünde olacakları ifade edilmişti (YSÇK md. 2). 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu¹⁷, 6224 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmıştır. Bu Kanun’un 5. maddesinin (c) bendine göre, 6224 sayılı Kanun’a yapılan atıflar, 4875 sayılı Kanun’un ilgili hükümlerine yapılmış sayılır. O halde, 3996 sayılı Kanun’da YSTK’ya yapılan atıflar, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununa yapılmış sayılacaktır. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği, yabancı yatırımcıların kurabilecekleri veya iştirak edebilecekleri şirketlerin türlerini genişletmiştir. Yönetmeliğin 9. maddesine göre, yabancı yatırımcıların kurabilecekleri veya iştirak edebilecekleri şirketler, TTK’da düzenlenen şirketler ile BK’da düzenlenen adî şirketlerdir. Adî ortaklık, konsorsiyum, iş ortaklığı, ortak girişim gibi isimler altında sözleşmeye dayalı olarak kurulan ve TTK’da düzenlenen şirketlerin belirgin niteliklerini taşımayan ortaklıklar, yabancı sermaye mevzuatı açısından adî ortaklık sayılırlar. Böylece, Yönetmeliğin 9. maddesi ile yabancı yatırımcıların kuracakları veya iştirak edecekleri şirketlerin anonim veya limited şirket olmasına ilişkin sınırlama kaldırılmıştır. TTK’da düzenlenen kollektif ve komandit şirketler ile anonim ve limited şirketlerin yanı sıra, kullanılan isim ne olursa olsun her türlü adî şirket yabancı sermaye ile kurulabilir veya kurulmuş şirketlere iştirak edilebilir.

Yap-işlet-devrette, etki ve sonuçları yönünden en önemli sorun uyumsuzlukların çözüm yeridir¹⁸. Yabancı şirketlerin ve milletlerarası kuruluşların, Türkiye’de gerek kamu gerekse özel kuruluşlarla yaptıkları sözleşmelerde uyumsuzlukların genellikle tahkim yolu ile çözümleneceği kararlaştırılmaktadır. Bu şekilde, tahkim şartı vasıtasıyla kamu hizmeti ve bayındır-

16 Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu hükümlerine uygun olarak, yabancı sermaye ile kurulan şirketler de Türk şirketi sayıldıklarından, 3996 sayılı Kanun’un yaptığı ayırımın pratik bir önemi bulunmamaktadır.

17 4875 sayılı Kanun için bkz. RG 17.6.2003/25141. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği için bkz. RG 20.8.2003/25205.

18 DURAN, (dn. 7), 163-164.

lık imtiyazlarının yabancı sermayeye veya yerli-yabancı şirket ortaklıklarına verilmesini konu alan sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların özellikle milletlerarası tahkim kuruluşlarında çözümü taraflarca kabul edilmiş olmaktadır¹⁹.

Yatırım sözleşmelerinin konusunu oluşturan işlerin malî değeri çok yüksektir. Bu sözleşmeler uzun bir zaman dilimine yayılmaktadır. Diğer bir ifade ile söz konusu sözleşmelerin yerine getirilmesi oldukça uzun bir süre almakta ve bir çok teknik hüküm ile dokümanı içermektedirler. Bu yönleriyle bakıldığında ihtilâfların devlet yargısı yerine ihtisas sahibi kişilere çözdürülmek istenmesi, oldukça mantıklı bir tutum teşkil etmektedir. Bu uzun zaman dilimi içinde siyasî, politik ve ekonomik gelişmeler nedeniyle çeşitli hukukî sorunların ortaya çıkma riski vardır. Bu hukukî sorunların idare mahkemelerince çözümüne yabancı yatırımcılar sıcak bakmamaktadırlar. Bunun en önemli sebebi, idare mahkemelerinin bu nitelikteki yatırım ihtilâflarını çözmede yetersiz kalacağı düşüncesidir. Aynı zamanda Türk idare mahkemelerinin genellikle Türk tarafa sempati ile yaklaşacakları inancı da yabancı yatırımcıların mahkemeye başvurmaktan kaçınmalarına neden olmaktadır²⁰.

II. Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerinde Uluslararası Tahkim Sürecini Başlatma Çalışmaları Ve Bu Çalışmalara Karşı Anayasa Mahkemesinin Tutumu

3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun, 1994 yılında yürürlüğe girmiştir. Kanun, köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, haberleşme, fabrika vb. tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, yeraltı ve yerüstü otoparkı, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesine olanak sağlayacak şekilde yap-işlet-devret sözleşmelerinin kapsamını genişletmiştir²¹. Yap-İşlet-Devret Kanunu'nun 5. maddesi, kamu

19 DURAN, (dn. 7), 164.

20 SAYMAN/EKŞİ, (dn. 4), 120-121.

21 Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (RG 22.12.1999/23914), yap-işlet-devret sözleşmelerinin kapsamına elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaretini de eklemiştir.

hizmetlerini gerçekleştirmeye yönelik yatırım sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi haline getirmiştir. Amaç, Danıştay tarafından bu sözleşmeler için yapılan ödenetimi bertaraf etmek ve bu sözleşmelerdeki tahkim şartının geçerli olup olmadığı hususunda, özellikle de yabancı yatırımcılar tarafından, duyulan endişeleri ortadan kaldırmaktır²².

Ancak, 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesine²³ karşı açılan iptâl davasında, Anayasa Mahkemesi bu maddeyi Anayasa'ya aykırı bulmuş ve iptâl etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, 3996 sayılı Yasa ile düzenlenen yap-işlet-devret yöntemi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olmasına rağmen, 2. madde ile bu sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi kapsamında alınarak Danıştay ödenetimi dışına çıkarılmak istenmesi doğru değildir. Kanun'un 5. maddesinde, bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri olduğunun açıklanmasının temel nedeni de yine bunları Danıştay'ın ödenetimi dışında tutmaktır.

Kararı eleştiren GÖZLER, Fransa'da tahkim yasağı kuralına muhtelif kanunlarla istisnalar getirildiğini, mahkemelerin tahkim yasağını uluslararası ticarî ilişkiler alanında uygulamadığını²⁴; Türkiye'de ise, Anayasa Mahkemesi²⁵ ve Danıştay'ın iptal kararları yüzünden idarî sözleşmeler açısından 1999 yılına kadar tahkim yolunun kapatıldığını ifade etmiştir. GÖZLER'e göre, Anayasa'da tahkimi yasaklayan bir kural olmadığından, 1999

22 Çünkü yabancı şirketler ve ortaklıklar, yabancı finansör banka ve kuruluşlar bu sözleşmelere tahkim şartının konulmasını istemektedirler (KAPLAN İbrahim, Alt Yapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli, Ankara Sanayi Odası Yayını No: 42, Ankara 1998, s. 52).

23 RG 13.6.1994/21959.

24 Fransız hukukunda imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenip çözümlenemeyeceği konusundaki mahkeme kararları, doktrindeki görüşler ve yasal düzenlemeler hakkında bkz. LAIDIE Yan, Kamu Hizmetlerindeki İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000, C. I, Ankara 2000, s. 482-490.

25 İdarî uyuşmazlıkların kanunla adli yargının görev alanına dahil edilip edilemeyeceği konusunda doktrindeki görüşler ve özellikle Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlar ile bu kararların değerlendirilmesi hakkında bkz. YASİN Melikşah, Anayasa Mahkemesi'nin İdarî Yargının Görev Alanı Sorununa Yaklaşımı, Yıldızhan YAYLA'ya Armağan, İstanbul 2003, s. 567-575.

yılından önce dahi kanunla idarî sözleşmelerden doğan davaların tahkim yoluyla çözümü öngörülebilirdi²⁶.

Anayasa Mahkemesi'nin iptâl kararından sonra, devlet veya devlet kuruluşları ile yabancı yatırımcı arasındaki yatırım sözleşmeleri yeniden tam anlamıyla idare hukuku sözleşmesi haline dönüşmüştür²⁷. İdare hukuku alanındaki sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesine göre, idarî yargı yerleri yetkilidir.

Anayasa Mahkemesi kararından sonra yap-işlet-devret sözleşme modelinde uyuşmazlıkların çözümü usulü olarak tahkime yer verilip verilmeyeceği ciddi tereddütlere yol açmıştır.

Aynı şekilde, bu karardan sonra, yabancı yatırımcılar idare ile sözleşme yapmakta çekimserlik göstermeye başlamışlardır. Üstelik Danıştay, sözleşme tasarılarını ödenetimden geçirirken, bu tasarılar da yer alan tahkim

Anayasa Mahkemesi, bir çok kararında, yasama organının, idarî yargının görev alanını belirleme ve idarî yargının görevine giren bir uyuşmazlığı adli yargının görev alanına dahil etme konusunda yetkisinin olmadığını ifade etmiştir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, idare hukuku alanına giren sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabi tutarak idarî yargı denetiminin dışına çıkaran kanun hükümlerini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir (Anayasa Mahkemesi E. 1994/43, K. 1994/42-2, T. 9.12.1994: RG 24.1.1995/22181; Anayasa Mahkemesi E. 1994/71, K. 1995/23, T. 28.6.1995: RG 20.3.1996/2258). Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi 15.5.1997 tarihli kararında (Anayasa Mahkemesi E. 1996/72, K. 1997/71, T. 15.5.1997: RG 1.2.2001/24305), "haklı bir nedenin" ve "kamu yararının" varlığı hallerinde "yargılamanın bütünlüğünü bozmamak" kaydıyla bazı idarî uyuşmazlıkların yasa koyucu tarafından adli yargının görev alanına dahil edilebileceği sonucuna varmıştır [YASİN, (dn. 25), 569-575]. Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili muhtelif kararlarını değerlendiren YASİN, Yüksek Mahkemenin, 15.5.1997 tarihli kararında, esas olarak "yargı ayrılığı" ilkesine bağlı kalarak, yasama organına karşı idarî yargının görev alanını koruma amacıyla olduğunu, ancak hem Anayasa'da idarî uyuşmazlıkların hangi yargı yerinde çözümleneceğine ilişkin açık bir düzenlemenin olmamasından kaynaklanan belirsizliği hem de idarî yargının mevcut yapısını dikkate alarak, bazı idarî uyuşmazlıkların, adli yargı alanına dahil edilebileceğini kabul ettiği sonucuna varılabileceğini ifade etmektedir [YASİN, (dn. 25) 575].

26 GÖZLER, (dn. 1), 209.

27 GÜNDAY Metin, Alt Yapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli, Ankara Sanayi Odası Yayını No: 42, Ankara 1998, s. 14; VARLIER, (dn. 8), 5.

şartlarını metinlerden çıkarmaktaydı²⁸. Yap-işlet-devret sözleşmelerinin Danıştay'ın ön incelemesinden geçirilmeksizin imzalanmaları halinde, yetki ve şekil açısından sakat olacakları ve iptal edilebilecekleri ifade ediliyordu²⁹. Ayrıca bu sözleşmelerin tahkim şartıyla, idarî yargının ve Danıştay'ın görev alanı dışına çıkarılmalarının Anayasa'ya aykırı olduğu belirtiliyordu³⁰. Bu durum yabancı şirketlerin ve onlara kredi sağlayan kuruluşların şikayetlerine yol açmaktaydı³¹.

III. Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü Konusunda Mevcut Hukukî Durum

A. Milletlerarası Antlaşmalar

Yabancı sermaye yatırımlarının korunması ve teşvik edilmesi amacıyla Türkiye, ilk defa 1963 yılında Almanya ile bir antlaşma yapmıştır. Daha sonra 1988 yılında İslam Konferansı Teşkilatına Üye ülkelerle yaptığı antlaşmayı, 1989 yılından itibaren ardarda imzaladığı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması antlaşmaları takip etmiştir³². İkili antlaşmalar hemen hemen aynı içeriğe sahiptir. Yatırıma ev sahipliği yapan ülke ile yabancı yatırımcı arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların nasıl çözümleneceğini düzenleyen hükümler

28 TAN Turgut, İdare Hukuku İlkeleri Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu-19 Haziran 1996 Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını No:308, s. 39; GÜLTEKİN, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu-19 Haziran 1996-Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını No: 308, s. 74-75.

29 POLATKAN, (dn. 14), 165-166 ; BİLGİN, bu sözleşmelerin Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesinin yanı sıra Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanunu Muvakkat'in 9. maddesi gereğince bir kanunla onaylanmalarının zorunlu olduğunu; bu iki şartın yerine getirilmemesinin yap-işlet-devret sözleşmesinin yetki unsurunu sakatlayacağını, hatta hükümsüzlüğü sonucunu doğuracağını savunmuştur (BİLGİN Pertev, Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri, Devlet Denetleme Kurulu ve Yürütmenin Durdurulması Hakkında, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, II. Kitap Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, s. 800).

30 POLATKAN, (dn. 14), 165-166.

31 GÜNDAY, (dn. 25), 15; GÜNDAY, (dn. 4), 318.

32 Antlaşmaların yapıldığı ülkeler ve metinleri için bkz. NOMER Ergin/EKŞİ Nuray/ÖZTEKİN Günseli, Milletlerarası Tahkim, 2. bası, İstanbul 2003, s. 255-573.

de, adeta birbirinin tekrarı durumundadır. İkili yatırım antlaşmalarının önemli bir özelliği, uyuşmazlık halinde tahkim merkezlerine başvurunun, ev sahibi devletin ihtiyarına bırakılmayıp, zorunlu hale getirilmiş olmasıdır³³. Başvurulacak tahkim merkezleri ICSID, UNCITRAL ve ICC olarak belirlenmiştir.

Türkiye, söz konusu ikili antlaşmaların yanı sıra ICSID³⁴ ve MIGA³⁵ ya da taraftır. Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon³⁶ ile yatırım anlaşmazlıklarının çözümü için uluslararası bir merkez kurulmuştur. Merkezin amacı, antlaşmada yer alan hükümler doğrultusunda taraf devletler³⁷ ile diğer taraf devletlerin vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların uzlaştırma ve tahkim yolu ile çözümü için çalışmaktır³⁸. Yabancı yatırımcının, yatırım yapacağı ülke mahkemelerine karşı güvensizliği veya tereddüdü ICSID tahkimi ile giderilmiş ve kendisine, bir devlete karşı onunla eşit mücadele yapacağı bir ortam sunulmuştur. Aynı şekilde, yatırıma ev sahipliği yapacak ülke, yabancı sermayeyi bir yandan çekmek isterken, diğer yandan kendi menfaatlerinden taviz vermeyeceği bir sisteme kavuşmuştur³⁹. Tarafların menfaat eşitliği tahkime başvuru, hakem heyetinin oluşumu, kararın sonuçları ve icrası aşamalarının hepsinde temin edilmiştir⁴⁰. ICSID, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde uzlaştırma (conciliation), tahkim veya uzlaştırmanın başarısız olması halinde bunu takiben

33 TAN Turgut, İdare Hukuku ve Tahkim, 32(1999)3 Amme İdaresi Dergisi, s. 15.

34 RG 6.12.1988/20011.

35 RG 6.12.1988/20011.

36 Konvansiyon, İngilizce adının (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States) kısaltması olan "ICSID" veya imzalandığı yer olması nedeniyle "Washington Konvansiyonu" olarak da anılmaktadır.

37 ICSID üyeliği bütün ülkelere açıktır. Dünya Bankası grubunun üyesi diğer kuruluşlarda olduğu gibi ICSID'e üye olmak için IMF ve Dünya Bankası üyesi olmak zorunlu değildir (EGİLMEZ A. Mahfi, IMF Dünya Bankası ve Türkiye, İstanbul 1997, s. 119).

38 Konvansiyon'un hazırlık çalışmaları için bkz. HERGÜNER Ümit, International Centre For Establishment of Investment Disputes: Its Establishment and Jurisdictional Capacity, (1985)1 MHB, s.9-10; COLLIER John/LOWE Vaughan, The Settlement of Disputes in International Law Institutions and Procedures, Oxford 2000, s. 59-60.

39 REED Lucy/PAILSSON Jan/BLACKABY Nigel, A Guide to ICSID Arbitration, Kluwer Law International 2004, s. 3; EKŞİ, (dn. 4), 146.

40 EKŞİ, (dn. 4), 146.

tahkime gidilmesi şeklinde alternatif metodlar öngörmüştür. Bu usullerden birini başlatan taraf devlet olabileceği gibi, yatırımcı da olabilir. Kural bu olmakla beraber, olayların çoğunda davacı yabancı yatırımcıdır. Ev sahibi ülkenin tahkimi başlatmasına az rastlanmaktadır⁴¹. ICSID tahkimi için üç temel şart aranmaktadır. Bunlar tarafların rızası, tarafların kimliği ve ihtilâfın türüdür⁴². Taraflar tahkim iradelerini muhtelif şekillerde beyan edebilirler⁴³. İrade beyanının yanı sıra, tarafların kimliği de ICSID tahkimi için önem taşımaktadır. Taraflardan birinin devlet, diğerinin yabancı bir devletin vatandaşı olması gerekir. Ev sahibi ülke ile vatandaşları arasındaki uyuşmazlıklar ICSID'e götürülemez. ICSID tahkimi için diğer önemli bir şart, uyuşmazlığın yatırımdan kaynaklanmasıdır. Konvansiyonda, "yatırım" kavramı tanımlanmamıştır. ICSID tahkimine geleneksel yatırım uyuşmazlıklarının yanı sıra, yeni yatırım türleri olan teknoloji transferi ve hizmet sektörüne ilişkin sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklar için de başvurulmaktadır⁴⁴. Bu güne kadar ICSID tahkimine götürülen uyuşmazlıklar, bankalar, kimyasal fabrikalar, inşaat şirketleri, yiyecek üretim teşebbüsleri, oteller, hukuk büroları, madencilik girişimleri, karşılıklı fonlar, liman işletmeleri, hapishaneler, radyo istasyonları, geçiş ücreti yollar, kamu iktisadi teşebbüsleri ile ilgilidir. Bu da göstermektedir ki, ICSID'e sunulan uyuşmazlıklar sadece hacim olarak değişmemekte, aynı zamanda ekonominin bir çok sektörüne de ulaşmaktadır⁴⁵. Bugüne kadar Türkiye'ye karşı ICSID'de iki dava açılmış-

41 EKŞİ, (dn. 4), 146; DOLZER Rudolf Dispute Settlement Mechanism in the IMF, the World Bank and MIGA, Adjudication of International Trade Disputes in International and National Economic Law, Edt. Ernst-Ulrich Petersmann/Günter Jaenicke, Fribourg 1992, s. 145.

42 ŞANLI Cemal, Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 2. bası, İstanbul 2002, s. 385-387; REED /PAILSSON/BLACKABY, (dn. 37), 14; Alan REDFERN/Martin HUNTER/Murray SMITH, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 2nd ed., London 1991, s. 47; ERDOĞAN Feyiz, Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2004, s. 172-173.

43 Ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, (dn 4), 146-147; SACERDOTI G., Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection, 269(1997) Recueil des Cours, s. 418; SCHREUER H. Christoph, The ICSID Convention A Commentary, Cambridge 2001, s. 241-385.

44 SMITH/PECHOTA V., International Arbitration Treaties, London 1998, s. 121; REDFERN/ HUNTER/SMITH, (dn. 42), 47-48.

45 EKŞİ Nuray, İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Uyarınca ICSID Kurallarında Tahkim Deneyimi, 1(2002)1-2 İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 86; SCHREUER, (dn.43), 138.

tır. Henüz bu davalar sonuçlandırılmamıştır⁴⁶.

Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Antlaşması (MIGA⁴⁷) ile yatırımları garanti altına alacak bir kuruluş oluşturulmuştur. Kuruluşun amacı, üye ülkeler arasında ve özellikle kalkınmakta olan üye ülkelere, verimli amaçlara yönelik yatırım akışını temin etmek; yatırımcıların, bir ülkedeki yatırımları nedeniyle maruz kalabilecekleri ticarî olmayan risklere karşı garanti sağlamaktır. Yabancı yatırımcı MIGA'ya başvurarak yapacağı yatırımın garanti altına alınması talebinde bulunabilir. MIGA'nın garanti verebilmesi için, yatırımın gelişmekte olan bir ülkede yapılması gerekir (md. 14). Ayrıca yatırımcının ve yatırımın MIGA'nın 12-13. maddelerinde aranan şartlara uygun olması gerekir. Garanti altına alınan riskler, Antlaşmanın 11. maddesinde dört başlık altında toplanmıştır: Döviz transferi riskleri, kamulaştırma ve benzeri tedbirlerden kaynaklanan riskler, ev sahibi ülkenin yatırımcı ile yaptığı sözleşmeyi ihlâl etmesi riski, ev sahibi ülkede savaş ve kargaşa hali. Bazı zararlar garanti kapsamı dışında tutulmuştur. Yatırımcının kabul ettiği veya kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararlarla MIGA ile garanti sözleşmesi yapılmadan önce ev sahibi devletin yol açtığı zararlar, MIGA'nın sağladığı garantiye dahil edilmemiştir.

MIGA'nın yatırım garantisi verebilmesi için, yatırımcının bir ön başvuruda bulunması gerekir. Ön başvurusunu yapan yatırımcı, yatırıma ilişkin bütün çalışmalarını tamamladıktan sonra garanti almak için niha-

46 PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey (Case No. ARB/02/5). Subject Matter: Electric power generating station Project; Date Registered: May 2, 2002; Date of Constitution of Tribunal: October 25, 2002; Composition of Tribunal: President Francisco Orrego Vicuña (Chilean); Arbitrators L. Yves Fortier, CC QC (Canadian), Gabrielle Kaufmann-Kohler (Swiss); Status of Proceeding: Pending (the Tribunal issues its Decision on Jurisdiction on June 4, 2004); Published Decisions: An electronic text of the Decision on Jurisdiction of June 4, 2004, is provided by International Law in Brief at <http://www.asil.org/ilib/psegdecision.pdf> 31.01.2005.

Motorola Credit Corporation, Inc. v. Republic of Turkey (Case No. ARB/04/21). Subject matter: Cellular telecommunications network; Date Registered: December 28, 2004; Status of Proceeding: Pending (Tribunal not yet constituted) [<http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm> 31.01.2005]

47 Multilateral Investment Guarantee Agency. MIGA'nın kuruluşu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SHIHATA IFI, The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the Legal Treatment of Foreign Investment, 203(1987)III Recueil des Cours, s. 107 vd..

î başvuruda bulunur⁴⁸. Yatırım anlaşması ve buna ilişkin borç anlaşmaları Konvansiyonda aranılan şartlara uygunsuzsa MIGA, garanti sözleşmesi çerçevesinde yatırımdan kaynaklanan riskleri garanti altına alır. Ancak MIGA'nın yabancı yatırımcıyla garanti sözleşmesi imzalamasından önce yatırıma ev sahipliği yapan ülkenin onayını alması gerekir. Riskin gerçekleşmesi halinde, MIGA yatırımcının garanti altına alınan risklerden doğan zararlarını öder⁴⁹.

B. Mevzuatta Yapılan Değişiklikler

1. Mevzuat Değişikliklerine Yol Açan Sebepleri

Türkiye'de yatırım yapmak isteyen özellikle Avrupa Birliği üyeleri ve Amerika Birleşik Devletleri, aslında sadece kamu imtiyaz sözleşmeleri açısından 1999 yılından önce mevcut yasal düzenlemeleri dikkate alarak milletlerarası tahkim alanında Türkiye'de reform yapılması ihtiyacını dile getirmekteydiler. Aslında, sorun devletin taraf olduğu yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözümü hususunda Türk mevzuatının gerekli esnekliğe sahip olmamasından kaynaklanıyordu. Bu sorunun yeni bir kanun yapılarak çözümlenmesi mümkün değildi. Sorunun çözümü için, başta Anayasa olmak üzere İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda ve Danıştay Kanunu'nda değişiklik yapılması gerekiyordu. Nitekim, 1999 yılından itibaren yapılan yasal değişikliklerle, devletin veya devletin kurumlarının taraf olduğu yatırım uyuşmazlıkları için başvurulacak milletlerarası tahkimin önündeki yasal engeller kaldırılmıştır.

Gerek Türk doktrininde ileri sürülen görüşler⁵⁰ gerekse yabancı yatırı-

48 EĞİLMEZ, (dn. 35), 116.

49 SHIHATA, (dn. 47), s. 228-229; EĞİLMEZ, (dn. 35), 116; TİRYAKİOĞLU Bilgin, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara 2003, s. 155-156..

50 SAYMAN/EKŞİ, (dn. 4), 119-122; SAKMAR Atâ/EKŞİ Nuray, Fransız Örneği Işığında Kamu Kuruluşlarının Taraf Olduğu Sözleşmelerin Tahkime Elverişliliği Sorunu, AVRASYA GÜNLERİ-Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukuki İhtilafların Çözümlemesi Sempozyumu-Bildiriler Panel 18-19 Haziran 1998, İstanbul 1999, 137-141; ŞANLI Cemal, Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar, AVRASYA GÜNLERİ-Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukuki İhtilafların Çözümlemesi Sempozyumu-Bildiriler Panel 18-19 Haziran 1998, İstanbul 1999, s.125-133; ŞANLI Cemal, Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar, Ankara Sanayi

rım ve finans çevrelerinin konuyla ilgili tutumları, imtiyaz sözleşmeleri açısından uluslararası tahkim yolunu açacak düzenlemelerin yapılması sürecini başlatmıştır. Aslında iç hukukta uluslararası tahkim prosedürünü engellediği ileri sürülen hükümlere rağmen Türkiye iki ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında uluslararası tahkimi kabul etmiştir. İç hukuktaki hükümlerde herhangi bir revizyon yapmadan yatırım antlaşmaları ile uluslararası tahkimin kabul edilmesi de tereddütler yaratmıştır⁵¹. 1999 yılına kadar olan süreçte, Türkiye'nin bir çok devletle imzaladığı yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine ilişkin antlaşmalar ile yine Türkiye'nin taraf olduğu ICSID, yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözümünü düzenliyordu. Bu antlaşmalarda yer alan ve yatırım uyuşmazlıklarının milletlerarası tahkim yolu ile çözümünü düzenleyen hükümlerin Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırı olduğu hususunda tereddüt yoktu. Uygulama bakımından, milletlerarası antlaşmalara öncelik verilse bile, Anayasa'da yer alan bazı hükümlerle olan çelişkinin nasıl giderileceği sorunu da ayrı bir önem taşımaktaydı. Milletlerarası antlaşmaların Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine⁵² göre, en doğrusu imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkimle

Odası Yayını No: 42, Ankara 1998, s. 38 vd..

KAPLAN, yap-işlet-devret sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünde, Anayasa değişikliğine ihtiyaç göstermeyen, iki aşamalı bir sistemin getirilmesini savunmuştur. KAPLAN'a göre, gerek yap-işlet-devret gerekse yap-işlet modeli ile ilgili uygulama sözleşmeleri bir yasa ile tüm aşamaları kapsayacak şekilde düzenlenmelidir. Sözleşme paketinde yer alan inşaat aşamasıyla ilgili sözleşme açısından tahkim şartı kabul edilmeli; işletme aşaması ile ilgili sözleşme kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğundan tahkim şartı kabul edilmemelidir [KAPLAN, (dn. 12), 41].

- 51 1999 yılından önce, yap-işlet-devret sözleşmelerindeki tahkim şartlarının Anayasa'nın 125. ve 155. maddeleri ile İYUK ve Danıştay Kanunu'na aykırı olduğu; bu nedenle tahkim şartlarının sözleşmelerden çıkarılması gerektiği Danıştay tarafından ifade ediliyordu. İYUK ile Danıştay Kanunu'nun söz konusu hükümlerine milletlerarası antlaşmalarla değişiklik getirildiği kabul edilerek milletlerarası tahkime gitme konusundaki tereddütler giderilebilirdi.
- 52 Milletlerarası antlaşmaların Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davası açılması mümkün olmamakla beraber, Anayasa Mahkemesi bir kararında antlaşmalara ilişkin onay kanunlarının Anayasa'ya uygunluk açısından denetime tabi olduğunu belirtmiştir. İslâm Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Anlaşmasının Onaylanması Hakkında 3.8.1999 tarihli ve 4163 sayılı Kanun'un iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi şu sonuca varmıştır: "...bir uluslararası

çözümü için hukukî birliği sağlayacak düzenlemeler yapmaktı.

Milletlerarası tahkim alanındaki yasal düzenlemeler bakımından 1999 yılı bir dönüm noktasını oluşturmaktadır. 1999 yılında başta Anayasa olmak üzere İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nda, Danıştay Kanunu'nda ve 3996 sayılı Kanun'da değişiklikler yapılmıştır. Değişikliklerin temel amacı, iç hukukta milletlerarası tahkim yolunu tıkayan hükümleri bertaraf etmektir.

1999 yılında milletlerarası tahkim ile ilgili olarak atılan bu adımları, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu izlemiştir⁵³. 21.6.2001 tarihinde kabul edilen 4686 sayılı Kanun 5.7.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu değişikliklerden sonra ortaya çıkan durumu GÖZLER şu şekilde özetlemektedir: Türkiye'de artık devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, kamu hizmetlerini özel kişilere gördürmek üzere imtiyaz sözleşmeleri yapabilirler. İdare ile özel kişiler arasında yapılan imtiyaz sözleşmeleri idare hukukuna tabidir. Bununla beraber, imtiyaz sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıkların çözümü için tahkim anlaşması yapılabilir. Tahkim kararlaştırılmamış ise, imtiyaz sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar idarî yargının görev alanına girerler. Ayrıca, idare ve özel kişi, bir kamu hizmetinin görülmesi için özel hukuk sözleşmesi de yapabilirler. Bu durumda, sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olur ve uyumsuzluklar için tahkim anlaşmasının yapılması mümkün olduğu gibi anlaşmanın yokluğu halinde taraflar kural olarak

anlaşma TBMM'nin bir yasayla uluslararası anlaşmayı uygun bulmasıyla yürürlüğe girmez. Bu, yalnızca bir yasa olarak Resmî Gazete'de yayımlanır ve ekinde uluslararası anlaşma yoktur. Çünkü, uluslararası anlaşma, Anayasanın 104. maddesine göre, Cumhurbaşkanı tarafından onaylanır ve yayımlanır. Bu da bir Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile yapılır. Cumhurbaşkanı onaylı ve Bakanlar Kurulu Kararnesinin Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra, uluslararası anlaşma "yürürlüğe girmiş" olur ve Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki güvenceye kavuşur. Artık bundan sonra o uluslararası anlaşma yasa hükmündedir ve hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamaz. Dava konusu yasa ise sadece bir "uygun bulma" yasasıdır. Henüz usuller tamamlanmamış olduğu için yürürlüğe girmemiştir ve bu nedenle Anayasa'da belirlenen çerçeve içinde Anayasal denetime tabidir..." Anayasa Mahkemesi, E.1996/55, K.1997/33, T.27.2.1997: RG 24.3.2001/24352, s. 35-56.

53 RG 5.7.2001/24453. Kanun'un 18. maddesinde, bu Kanun'un yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği ifade edilmiştir.

adlî yargıya başvurabilirler⁵⁴.

1. Anayasa'da Yapılan Değişikler

Konuyla ilgili çalışmalar önce Anayasa'da yer alan ve uluslararası tahkimi engellediği kabul edilen hükümlerde değişiklik yapılmasıyla başladı. 4446 sayılı ve 13.8.1999 tarihli Anayasanın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun⁵⁵ ile Anayasa'nın 47. maddesi ile 125. maddesinin birinci fıkrasına bir hüküm eklenmiş ve 155. maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmiştir.

4446 sayılı Kanunla, Anayasa'nın 47. maddesinin önceden "devletleştirme" olan kenar başlığı "devletleştirme ve özelleştirme" şeklinde değiştirilmiştir. Anayasa'nın 47. maddesinin II. fıkrasından sonra gelmek üzere iki fıkra daha eklenmiştir. Eklenen ilk fıkra, özelleştirmeye ilişkin esas ve usullerin kanunla gösterileceğine ilişkindir. İkinci ek fıkraya göre, devlet kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenecektir.

4446 sayılı Kanunla 125/I. maddeye eklenen hükme göre, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime sadece yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.

Anayasa'nın 155. maddesinde yapılan değişikliklerle, Danıştay'ın kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmesi öngörülmüştür.

2. Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun

Anayasa'da yapılan değişiklikten sonra, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine ilişkin sözleşme yapılırken uyulması gereken ilke ve esas-

54 GÖZLER, (dn. 1), 409.

55 RG 14.8.1999/23786.

ları belirlemek amacıyla bir kanun çıkarılmıştır. Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun⁵⁶ dokuz esas ve bir geçici maddeden oluşmaktadır. Sadece yabancılik unsuru taşıyan imtiyaz sözleşmelerine ilişkin tahkim sözleşmesi yapılırken uyulması gerekli ilke ve esasları düzenlemektedir. Kanun geçmişe etkili değildir. Bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine ilişkin olarak başlatılmış projeler ve işler, tâbi oldukları usul ve esaslara göre sonuçlandırılır. Ancak kesinleşmiş mahkeme kararı ile iptal edilenler hariç, Kanun'un yürürlüğünden önce başlatılan proje ve işlere de bu Kanun hükümlerinin uygulanmasına, işi yapan firmanın başvurusu ve idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilir (geçici madde 1).

Geriye dönük olarak tahkim anlaşmasının yapılabilmesi için, yap-işlet-devret sözleşmesinin tahkim şartı konulmaksızın yapılmış olması gerekir. Ayrıca, 4501 sayılı Kanunun yayımlandığı tarih olan 22.1.2000 tarihinden itibaren bir aylık süre içinde başvurunun yapılmış olması gerekir. Başvuru üzerine nihaî karar Bakanlar Kurulu tarafından verilecektir. "Bakanlar Kurulu söz konusu kararı vermeden önce, idare ile sermaye şirketi arasında daha önce tahkim şartı (veya) tahkim sözleşmesi olmaksızın yapılmış bulunan imtiyaz sözleşmesini, uluslararası finansman temini kriterleri ve idarenin yürürlükteki tahkim kapsamında yapılmış benzer şekildeki uygulama sözleşmelerini de dikkate almak suretiyle yapacağı bir incelemeden sonra bir karar verme durumunda(dır). Bakanlar Kurulu bu incelemelerden sonra müracaatları yerinde bulmak suretiyle geriye dönük olarak tahkimin yapılmasına karar vermesi durumunda bu karar Resmî Gazete'de yayımlanır, kararın yayım tarihinden itibaren ise özel hukuk hükümlerine göre kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi (üç aylık süre içinde) yeniden düzenlenir. Bu üç aylık sözleşme süresi, tarafların mutabakatı ile ancak üç ay daha uzatılabilir. Bakanlar Kurulu'nun geriye dönük olarak tahkimin yapılmasına veya yapılmamasına (ilişkin) olarak vereceği karar idarî mahiyette bir karar olduğundan Danıştay'da dava konusu yapılabilir"⁵⁷.

Bu Kanuna göre, yabancılik unsuru taşıyan imtiyaz sözleşmelerinden

56 RG 22.1.2000/23941.

57 POLATKAN, (dn. 9), 569-570.

doğan uyuşmazlıklar ad hoc tahkime veya kurumsal tahkime götürülebilir (md. 2/a).

Taraflar tahkim anlaşmasını iki şekilde yapabilirler. Ya imtiyaz sözleşmesine konulan tahkim şartı şeklinde ya da imtiyaz sözleşmesinden ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir. Taraflar tahkim yerini belirlemede serbesttirler. Hakemlerin Türkiye’de toplanması öngörülebileceği gibi yabancı bir ülkede de toplanmaları kararlaştırılabilir. Taraflar uyuşmazlığın Türk hukukuna veya yabancı hukuka göre çözümlenmesi konusunda anlaşma yapabilirler (md. 3/a-b).

Tahkim şartında veya sözleşmesinde, tahkim yoluyla çözümlenecek uyuşmazlıklar, uygulanması istenilen tahkim kuralları, tahkim yeri, hakem ya da hakem kurulunun seçimi ve sayısı, nitelikleri, hakem kurulunun yetkisi, hakem kurulunun yargılama usulü, yargılamada kullanılacak dil, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddî hukukun seçimi, tarafların delil ikamesi, bilirkişilerin seçimi, uyuşmazlığın diğer tarafa ne şekilde bildirileceği, bildirim süresi, tahkim süresi, hakem kurulunun delil toplama yetkisi ve usulü, hakem ücreti, yargılama giderleri, vekalet ücreti ve benzeri konular ayrıntılı olarak düzenlenir (md. 4/II). Bu Kanun’un ve milletlerarası antlaşmaların eksik kaldığı veya düzenleme getirmediği konularda HUMK ve MÖHUK’da yer alan hükümler uygulanacaktır (md. 6). Ayrıca, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 1. maddesinin IV. fıkrasında, 4501 sayılı Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesinin de bu Kanun’a tabi olduğu ifade edilmiştir.

3. Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁵⁸

4492 sayılı ve 18.12.1999 tarihli Kanunla Danıştay Kanunu’nun ve İYUK’un bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. 4492 sayılı Kanunla 23/d maddesi değiştirilerek Danıştay’ın kamu hizmetleri ile ilgili şartlaşma ve sözleşmeler hakkında düşüncesini bildireceği ifade edilmiştir. Böylece, Danıştay’ın “inceleme” yetkisi “düşünce bildirmek” şekline dönüştürülmüştür. Danıştay’ın bu konudaki görüşünü bildireceği süre sınırlandırılmış-

58 RG 21. 12. 1999/23913.

tır. Danıştay'ın bu sözleşmelerle ilgili görüşünü işin gelişinden itibaren iki ay içinde bildirmesi zorunludur.

Danıştay'ın görüşünün olumsuz olmasının hukukî sonucunun ne olacağı 4492 sayılı Kanun'da düzenlenmemiştir. TAN'a göre, Danıştay tarafından bildirilen görüşe idare uymak zorunda değildir⁵⁹. Danıştay'ın görüşünün hukukî bir sonucu olmayacaksa, o zaman bu durum imtiyaz sözleşmelerinde Danıştay'ın aradan çıkarılması olarak yorumlanabilir⁶⁰.

4492 sayılı Kanun'da, tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri için idare mahkemelerine başvuru yolu kapatılmıştır.

4. Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun⁶¹

Yukarıda açıklandığı gibi, 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmişti. Fakat uluslararası tahkimi engelleyen iç hukuk hükümlerinde yapılan değişikliklerden sonra iptal edilen 5. maddede, Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla yeniden devreye girmiştir. 3996 sayılı Kanun'a değişiklik getiren bu düzenlemeye göre, Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir. Ayrıca, 3996 sayılı Kanun 2. maddesine "haberleşme" kelimesinden sonra gelmek üzere "elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti" de eklenmiş ve böylece Kanun'un uygulama alanı genişletilmiştir.

5. Milletlerarası Tahkim Kanunu

Türkiye'nin, yabancı yatırımcı ve yabancı şirketleri daha fazla çekmek istemesinin, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun hazırlanmasına etki eden faktörlerin başında geldiği ifade edilmektedir⁶². Kanun'un

59 TAN, (dn. 31), 22.

60 YERLİKAYA, (dn. 10), 159.

61 RG 22.12.1999/23914.

62 Kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ Nuray, Milletlerarası Tahkim

Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, (2003)1-2 MHB Gülören Tekinalp'e Armağan, s. 295-338; NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN, (dn. 32), 23-36; Ziya AKINCI,

uygulama alanına yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar girmektedir. 4686 sayılı Kanun'un uygulanabilmesi iki zorunlu unsurun bir araya gelmesine bağlıdır:

-Uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması,

-Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi veya kanunun taraflar veya hakemlerce seçilmiş olması.

Dikkat edilirse ilk şart alternatifi olmayan, mutlaka bulunması zorunlu olan bir unsurdan söz etmektedir. Buna karşılık ikinci şart kendi içinde alternatifli bir düzenlemeye sahiptir. Yabancılık unsurunu gerçekleştiren haller Kanun'da sayılmıştır. 4686 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre, aşağıda belirtilen hallerden herhangi birinin varlığı uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir. Bu haller şunlardır:

-Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin⁶³ ya da iş yerlerinin ayrı devletlerde bulunması,

-Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanılarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden başka bir devlette bulunması,

-Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması,

-Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması,

Milletlerarası Tahkim, Ankara 2003, s. 47 vd.; PEKCANITEZ Hakan, Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukukî Koruma Önlemleri, Milletlerarası Tahkim Semineri 10 Mart 2003 ICC Türkiye Millî Komitesi Yayını, Ankara 2003, s. 115-163.

63 "Olağan oturma" kavramı yerine, Türk hukukunda MÖHUK ile yasal bir kavram olarak kullanılmaya başlayan "mutad mesken" kavramının kullanılması daha uygun olurdu.

-Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 2. maddesinin son fıkrası, yabancılık unsurunun tayininde 4501 sayılı Kanun hükümlerini saklı tutmuştur. Çünkü, Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uygulanması Gereken İlkelere Dair 4501 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, bu Kanun'un uygulanması bakımından yabancılık unsuru tanımlanmıştır⁶⁴.

Ayrıca, herhangi bir tereddüt olmaması için, Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uygulanması Gereken İlkelere Dair 4501 sayılı Kanun'un kapsamına giren sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünün 4686 sayılı Kanun'a tabi olduğu açıkça ifade edilmiştir.

6. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu

4875 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (e) bendinde, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü ile ilgili bir hüküm getirilmiştir. Bu bende göre, özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için, görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla millî veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir.

IV. Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi

Türk hukukunda, özellikle 1999 yılından itibaren, başta Ana/yasa olmak üzere yapılan muhtelif değişiklikler ve yabancı sermaye mevzuatındaki yeni düzenlemelerin yanı sıra taraf olduğumuz antlaşmalar kapsamında ya-

64 Yabancılık unsuru, sözleşmeye taraf kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin aktedilmesinin gerekli olması hallerinden birini ifade eder (4501 sayılı Kanun md. 2-c).

bancı sermaye yatırımlarından doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yolu ile çözümünün önündeki engeller kaldırılmış gözükmektedir. Bununla beraber, kamu kurum ve kuruluşlarının yabancı yatırımcılarla yaptığı yap-işlet-devret sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar açısından bir geçiş süreci yaşandığı da bir gerçektir. Bu geçiş süreci içinde aşağıda başlıca beş başlık altında toplanan konular üzerinde durulmasının faydalı olacağı inancındayız:

1. 1999-2000 yıllarında yapılan yasal düzenlemelerden önce ne Anayasa'da ne de idare hukukunda yap-işlet-devret sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesini engelleyen açık bir hüküm bulunmuyordu. Bununla beraber Anayasa'nın 125 ve 155. maddeleri ile İdari Yargılama Usulü Kanunu ve Danıştay Kanunu karşısında, yap-işlet-devret sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünün mümkün olmadığı genel olarak kabul ediliyordu. Bu yöndeki Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın tutumunu eleştiren ŞANLI, Türkiye'nin yatırım anlaşmalarıyla idare ile yapılan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğini kabul ve taahhüt ettiğini; kamu kurumlarının veya Türk mahkemelerinin Devletin anlaşma ile kabul ettiği bir düzenlemeyi yok saymasının uluslararası hukuk bakımından kabul edilemez olduğunu; Devletin taraf olduğu anlaşmalarla uyuşmazlıkların çözüm yöntemi olarak kabul ettiği bir usulü mahkemelerin reddetmelerinin, ülke bakımından skandal olacağını ifade etmiştir⁶⁵. Üstelik, yap işlet devret sözleşmelerinin hazırlık aşamasında, "*idarî sözleşmelerde mahkeme seçiminin mümkün olmadığı anlayışına bağlı kalınarak herhangi bir tahkim klozu konmasa dahi, ihtilâf halinde yabancı yatırımcı, mensup olduğu ülke ile Türkiye arasındaki iki taraflı yatırım antlaşmasına istinaden her zaman antlaşmada belirtilen kurumlarda tahkime gidebilir. Başvurulan tahkim kurumu, 3996 sayılı Yasayı değil bu konudaki uluslar arası antlaşmayı esas alacağından davada kendisini yetkili görecek ve yatırımcının başvurusu üzerine Türkiye de söz konusu tahkim kurumunun yetkisini kabul etmek zorunda kalacaktır. Bu sebeple 3996 sayılı Yasa kapsamındaki sözleşmeler bakımından, sözleşmenin hazırlık veya öninceleme safhasında tahkime müsaade edilmemesi pratik bakımdan önem taşımamaktadır*"⁶⁶.

Kanaatimizce, 1999-2000 yıllarında yapılan yasal düzenlemelerden önce, İdari Yargılama Usulü Kanunu ve Danıştay Kanunu'nda yer alan milletlerarası tahkim yoluna başvurmayı engelleyen hükümler Türkiye'nin ta-

65 ŞANLI, (dn. 48), 131.

66 ŞANLI, (dn. 48), 133.

raf olduğu yatırım antlaşmaları ile değiştirilmişti. Bu sonuca Anayasa'nın 90. maddesi ve 244 sayılı Kanun'un hükümlerine göre varmak mümkündür. Anayasa'nın 90/V. maddesine göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir⁶⁷. 244 sayılı Kanun'un 2. maddesinde ise, milletlerarası antlaşmaların onaylama veya bu antlaşmalara katılma, onaylama ve katılmanın bir kanunla uygun bulunmasına bağlı olduğu ifade edilmiştir. Demek ki, prensip olarak, milletlerarası antlaşmalar onay kanunu ile iç hukuka aktarılırlar ve iç hukukun bir parçasını teşkil ederler. Diğer bir ifadeyle, Anayasa'nın 90. maddesi ve 244 sayılı Kanun'un 2. maddesinde öngörülen prosedüre uyularak iç hukukla bütünleştirilen milletlerarası antlaşmalar TC için bağlayıcılık kazanırlar. Söz konusu prosedüre uygun olarak iç hukuka aktarılmayan milletlerarası antlaşmalar, iç hukukun bir parçasını teşkil etmezler. Dolayısıyla Türk mahkemeleri tarafından dikkate alınmazlar⁶⁸. Anayasa'nın 90. maddesinin IV. fıkrasında, *Türk kanunlarına*

67 Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olmasının anlamı ve konuyla ilgili doktrindeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal BAŞLAR, *The Implementation of International Law in Turkish Municipal Law*, 34(2002)51 *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, pp. 65-71.

68 Türkiye'de usulüne uygun olarak yürürlüğe girmemiş bir antlaşma Türkiye açısından bağlayıcılık kazanmamıştır. Bununla beraber, bir milletlerarası antlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce bu antlaşmanın uygulanmasını taraflar kabul edebilirler. Bu durumda tarafların yollamada bulunduğu metin hukukî açıdan Anayasa'nın 90. maddesi anlamında bir milletlerarası antlaşma metni olarak uygulanmayacaktır. Söz konusu metin tarafların yollamada bulunması ile aralarındaki sözleşmenin bir parçası haline gelmiştir. Diğer bir ifadeyle, milletlerarası antlaşmanın metninde yer alan bütün kurallar adeta sözleşmeye tek tek yazılmış gibi sonuç doğuracak, sözleşmenin birer hükmü haline gelecektir. Mahkeme de bunları sözleşmenin hükümleri olarak uygulayacaktır. Nitekim, Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı Hakkında Konvansiyonun (CMR-Convention Relativ au Contrat de Transport des Marchandise par Route), Türkiye tarafından onaylanmasından önce (Onay Kanunu için bkz. RG 14.12.1993/21788; Konvansiyonun metni için bkz. RG 4.1.1995/22161) taraflar, aralarında çıkacak uyumsuzluklara Konvansiyonun uygulanacağını kararlaştırmaktaydılar. Yargıtay bir kararında (11. HD, E.1340, K.3332, T.2.6.1987: ERİŞ Gönen, Açıklamalı İçtihatlı Uygulamalı Kara Taşıma Hukuku, Ankara 1996, s. 36; ERİŞ Gönen, Açıklamalı İçtihatlı Kıymetli Evrak ve Taşıma, Ankara 1988, s. 963), "CMR antlaşmasına Türkiye katılmamış olsa bile taraflar sözleşme ile anılan antlaşmanın uygulanmasını kabul etmiş iseler, CMR antlaşması tarafları bağlar ve taraflar arasında uygulanır" sonucuna varmıştır (EKŞİ, *Nuray Kanunlar İhtilâfı Alanında "Incorporation" (1999-2000) 1-2 MHB, Aysel ÇELİKEL'e Armağan, İstanbul 2001, s. 285-289*).

değişiklik getiren her türlü antlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır. Birinci fıkra hükmünde, yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır. Anayasa'nın 90. maddesinin IV. fıkrası hükmünde, antlaşmalarla Türk kanunlarına değişiklik getirilebileceği, ancak bu antlaşmanın bir kanunla onaylanması gerektiği ifade edilmiştir. Anayasa'nın yanı sıra, 244 sayılı Kanun'un 2. maddesinin II-III-IV. fıkraları ile 3. maddenin VI. fıkrasında "*Türk kanunlarına değişiklik getirmemek*" ifadesi kullanılmıştır. 244 sayılı Kanun'da, Türk kanunlarında değişiklik getiren antlaşmaların onaylanması için bu konuya ilişkin bir kanunun yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Bazı hallerde onaylama veya katılmayı uygun bulmak üzere kanun yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu haller 244 sayılı Kanun'un 2. maddesinin III. ve IV. fıkralarında belirtilmiştir. 244 sayılı Kanunun 2. maddesinin III. fıkrasına göre, milletlerarası bir antlaşmaya dayanılarak Bakanlar Kurulunca yapılan uygulama antlaşmalarından *Türk kanunlarında değişiklik getirmeyenleri* onaylamak veya bunlara katılmak için, bunların konusu iktisadî, ticarî veya teknik münasebetlerin dışında kalma veya süresi bir yılı aşsa veya Devlet maliyesi bakımından bir yüklenmeyi gerektirse veya kişi hallerine veyahut Türk vatandaşlarının yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunsa dahi, onaylama veya katılmayı uygun bulmak üzere kanun yapılması zorunluluğu yoktur. 244 sayılı Kanun'un 2/IV. maddesine göre, kanunun verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulunca yapılan iktisadî, ticarî, teknik veya idarî antlaşmalardan *Türk kanunlarına değişiklik getirmeyenleri* onaylamak veya bunlara katılmak için, bunların süresi bir yılı aşsa veya Devlet maliyesi bakımından bir yüklenmeyi gerektirse veya kişi hallerine veya Türk vatandaşlarının yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunsa dahi, onaylama veya katılmayı uygun bulmak üzere kanun yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. 244 sayılı Kanun'un 2. maddesinin gerek III. ve gerekse IV. fıkralarından açıkça anlaşılacağı üzere, milletlerarası antlaşmalarla Türk kanunlarında değişiklik getirmek mümkündür. 244 sayılı Kanun'un 3. maddesinin VI. fıkrasında hangi antlaşmaların yayınlanmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Bu fıkra, *Türk kanunlarına* değişiklik getirmeyen antlaşmaların yayınlanmasının zorunlu olmadığı belirtilmiştir. Hükmün yorumundan, Türk kanunlarında değişiklik yapan milletlerarası antlaşmaların yayınlanmasının zorunlu olduğu sonucuna varılabilecektir. Anayasa'nın 90/IV-V. maddesi ile 244 sayılı Ka-

nun'un 2 ve 3. maddelerinde yer alan bu ifadeler karşısında, kanaatimizce milletlerarası antlaşmalarla Türk kanunlarını değiştirmek mümkündür. Milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğuna ilişkin Anayasa'nın 90. maddesi hükmü de bu görüşü teyit etmektedir. Nitekim, Yargıtay bir kararında⁶⁹ hangi koşullarda olursa olsun, Türk kanunlarında değişiklik getiren her türlü antlaşmanın hüküm ifade edebilmesi için, mutlaka TBMM tarafından onaylanması ve bu onaylamanın kanunla yapılması zorunluluğu bulunduğu ifade etmiştir. Danıştay da⁷⁰, milletlerarası antlaşmalarla Türk kanunlarında değişiklik getirilebileceğini belirttiikten sonra, antlaşmanın ticarî ve teknik bir konuya ilişkin olmasının onay zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağını ifade etmiştir. Yukarıda açıklandığı gibi, bazı antlaşmalar açısından onay kanunu aranılmamaktadır. Ancak eğer antlaşma Türk kanunlarında değişiklik getirmişse, içeriği ne olursa olsun, mutlaka TBMM tarafından bir kanunla onaylanması gerekir. Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım

69 10. HD, E.12170, K., T. 6.12.1994: "...bir antlaşmanın bağlayıcı ve Türk mahkemelerinde dikkate alınabilmesi için Anayasa'nın 90 ve 244 sayılı Yasanın 2. maddesindeki koşulları içermesi zorunludur. Bu alanda ana kural, Türkiye Cumhuriyeti'nin yabancı devletle ve milletlerarası kuruluşlarla yapacağı antlaşmaların hüküm ifade edebilmesi veya kanun gücü taşıyabilmesi için TBMM ...(tarafından) ..bir kanunla onaylanma zorunluluğunu kabul eden kuraldır. Bu tür bir onaylamanın olmadığı veya yöntemince antlaşma yürürlüğe konmadığı sürece bağlayıcı durumdan söz edilemez...Anayasanın 90 ve 244 sayılı Yasanın 2. maddesinin kabulüne göre, bir antlaşmanın TBMM onayına gerek kalmaksızın hüküm ifade edebilmesi için, bu antlaşmanın milletlerarası bir antlaşmayı uygulama antlaşması olması veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan antlaşmalar, devlet maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartı ile yayınlanma ile yürürlüğe konulabilirse de bu durumda dahi bu antlaşmaların iki aylık süre içinde TBMM'nin bilgisine sunulması zorunluluğu bulunmaktadır. Bununla birlikte, hangi koşullarda olursa olsun, Türk kanunlarında değişiklik getiren her türlü antlaşmanın hüküm ifade edebilmesi için mutlaka TBMM tarafından onaylanması ve bu onaylamanın kanunla yapılması zorunluluğu bulunmaktadır..." Aslan GÜNDÜZ, Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar, 3. Bası, İstanbul 1998, s. 155-158.

70 Danıştay 7. Daire, E. 1967/485, K. 1967/1667: (1967)115-118 Danıştay Kararları Dergisi, s. 283-286; Danıştay Dava Daireleri, E. 1976/456, K. 1977/254, T. 13.5.1977: Danıştay Dava Daireleri Kurulu Kararları I. Kitap (1965-1978), Ankara 1981, s. 290-292.

antlaşmalarının onaylanması kanunla uygun bulunmuş ve ayrıca antlaşmalar Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. İki taraflı yatırım antlaşmaları Anayasa ve 244 sayılı Kanun'da aranılan şartlara uygun olarak iç hukuka aktarılmıştır.

2. Türkiye, 1999 yılında yapılan yasal değişikliklerden önce ikili yatırım antlaşmalarında milletlerarası tahkim iradesini beyan etmiştir. 1999 yılından önce, yap-işlet-devret sözleşmelerindeki tahkim şartları, Danıştay tarafından sözleşmelerden çıkarılmaktaydı. Acaba, tahkim şartı içermeyen ve 1999 yılından önce yapılan yap-işlet-devret sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar açısından ikili yatırım antlaşmasındaki tahkim iradesi yeterli sayılacak mıdır? Yatırım uyuşmazlığının ICSID tahkim merkezine götürülmesi halinde, bu soruya olumlu yanıt verilecektir. Devletler ile diğer devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözümünde, ICSID'in 25. maddesine göre tarafların iradelerini yazılı olarak beyan etmeleri esastır⁷¹. Devlet, ICSID tahkimine ilişkin iradesini muhtelif şekillerde ortaya koyabilir. Devlet ile yatırımcı arasında yapılan yap-işlet-devret sözleşmesinde ICSID tahkimi öngörülebilir. Devlet, tahkim iradesini diğer devletlerle yaptığı yatırımların korunması ve teşviki antlaşmalarına konulacak hükümlerle de beyan edebilir. Türkiye, taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarının hemen hepsinde yatırım uyuşmazlıklarının ICSID tahkim merkezinde çözümlenmesini kabul etmiştir⁷².

3. Diğer bir sorun, 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanunun geçici 1. maddesinden kaynaklanmaktadır. Bu maddeye göre, Kanun'un yürürlüğünden önce başlatılan proje ve işlere de bu Kanun hükümlerinin uygulanmasına, işi yapan firmanın başvurusu ve idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilir (geçici madde 1). Acaba, yabancı yatırımcı, sözleşmenin milletlerarası tahkime açık olması için müracaatta bulunmuş, fakat idare cevap vermemiş ise durum ne olacaktır? İdare hukukunda yer alan zimmî red prensibini burada uygulamak keyfiliğe yol açar mı?

4501 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi, yatırımcıya bir aylık süre

71 EKŞİ, (dn. 4), 146-147.

72 NOMER/EKŞİ/GELGEL, (dn. 32), 87 vd..

içinde başvuru hakkı tanımıştır. Bu süre hak düşürücü süredir. Başvurunun bu süre içinde yapılmaması halinde, 4501 sayılı Kanun'un hükümlerinden yararlanmak mümkün olmayacaktır. Görevli şirketin ilgili idareye başvurusu üzerine, ilgili idare söz konusu projeye ilişkin sözleşmede yer almayan, ancak bir aylık süre içinde yapılan tahkim talebini Bakanlar Kurulu'na götürmek zorundadır. İlgili idarenin tahkimi kabul etmek veya reddetmek yetkisi bulunmamaktadır. Burada idareye belli bir yönde davranma yükümlülüğü getirildiği için, ilgili idarenin bağlı yetkisi söz konusudur. İlgili idare, bu başvuruya rağmen şirketin müracaatını Bakanlar Kurulu'na götürmez ise, yatırımcı şirketin hangi hukukî yollara başvuracağını üzerinde durulması gerekir. "Bilindiği üzere, idare yalnız işlem yapmakla hukuku çiğnemez, işlem yapması gereken veya eylemde bulunması gereken durumlarda susmakla, gerekli işlemi yapmamakla da hukuka aykırı davranmış olabilir. Kamu hukukunda yetki, yalnız hukuksal bir olanak değil, aynı zamanda hukuksal bir yükümlülüktür. Özellikle buradaki gibi bağlı yetki alanında bu yükümlülük daha açıktır. Yükümlülüğünü yerine getirmeyen idare, hukuka aykırı davranmış olur"⁷³. Dolayısıyla, ilgili idarenin şirketler tarafından yapılan müracaatları Bakanlar Kurulu'na götürmemesi ve bu konuda sessiz kalması zımnî rettir.

Görevli şirketin idareye başvurması ve idarenin bu başvuruyu Bakanlar Kurulu'na intikal ettirmesi işleminin hukukî niteliğinin tespiti önem taşımaktadır. İş yapan şirketin talebi doğrultusunda kanunun yürürlüğünden önce başlatılan proje ve işlere de bu kanun hükümlerinin uygulanmasına ilişkin kararı verme işlemi, bir birleşme (zincir) işlemdir. Birleşme işlemler birden fazla işlemin yapılması ile oluşan idarî işlemlerdir. Bu işlemler, ayrılabilir işlem kuramı gereğince tek tek de dava konusu edilebilir. Ayrılabilir terimi, "birden çok işlemin yapılması ile gerçekleşen aşamalı idarî muameleler, yani karar alma sürecinde yer alan çeşitli işlemlerden birinin ondan ayrılarak başlı başına yürütülebilirlik niteliği kazanıp genellikle idari bir yargı yeri önünde çözümlenecek türden, bir uyuşmazlığa konu olmasını anlatmak için kullanılır"⁷⁴. Burada sonuçta oluşan işlem, Bakanlar Kurulu kararı olmakla birlikte, bu kararın oluşması için öncelikle ilgili idarenin kendisine yapılan müracaatı Bakanlar Kurulu'na iletmesi gerekir. İşte ilgili ida-

73 GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN Turgut, İdare Hukuku, C. 2, Ankara 1999, s. 286.

74 ÖZAY, (dn. 4), 512.

renin bu müracaatı iletmemesi halinde zımnî reddin söz edebilir ve dolayısıyla zımnî red işlemi dava konusu edilebilir. Ayrıca, Bakanlar Kurulu'nun, ilgili idarenin başvuruyu kendisine ilemesine rağmen herhangi bir işlem tesis etmemesi halinde de zımnî red söz konusu olabilecektir. Kanaatimce burada, yasada, ilgili idarenin sessiz kalması veya olumsuz bir işlem tesis etmesi halinde, doğrudan Bakanlar Kurulu'na başvuru yetkisinin tanınması gerekirdi. Çünkü tahkim talebini kabul veya reddetme yetkisi Bakanlar Kurulu'na aittir.

4. Bazı yatırım antlaşmalarında, milletlerarası tahkim yoluna başvurunun ön koşulu olarak yatırımın fiilen başlamasından söz edilmiştir. Eğer yatırım fiilen başlamamışsa, bu durumda, söz konusu ikili yatırım antlaşması çerçevesinde antlaşmada öngörülen kurumsal tahkim merkezlerinden birine başvurulamayacaktır. Kamu kurum veya kuruluşu ile yabancı yatırımcı arasındaki yap-işlet-devret sözleşmesinin yürürlüğe girmesi, yatırımın fiilen başlaması için yeterli midir? Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden önce başlatılan ve yürürlüğe girmesinden sonra devam ettirilen fizibilite çalışmaları, arazi tahsisi için girişimler vb. yatırımın fiilen başlamış sayılması için yeterli midir? Bu soruya verilecek cevap, her somut olayda, yap-işlet-devret sözleşmesinde yer alan hükümlere göre değişebilecektir.

CORPORATE REORGANIZATION IN TURKISH LAW COMPARED WITH THE UNITED STATES CHAPTER 11

Araş. Gör. Efe Direnisa

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Türkçe Özet

Ülkemizde 2004 yılında 5092 Sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunumuza eklenen 'Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması' sistemi ödeme güçlüğü içindeki işletmelerin borçlarını tekrar yapılandırarak ulusal ekonomiye kazandırma amacına hizmet etmektedir. Aynı şekilde, bir çok Latin Amerika ve Asya ülkelerinde de son yıllarda yaşanan ekonomik krizlere cevap olarak bu tür kanunlar yürürlüğe konulmuştur. Tüm bu kanunların kabul edilmesinde iki neden bulunmaktadır. Bunlardan ilki ekonomik krizler, diğeri ise yine ekonomik ve sosyal nedenlerden dolayı dünyada değişen iflas hukuku anlayışı çerçevesinde bir şirket kurtarma ve rehabilitasyon kültürünün geliştirilmeye çalışılmasıdır.

Gerek 5092 Sayılı Kanun, gerekse diğer ülkelerde kabul edilen benzer kanunlarda, Amerikan Chapter 11 (11. Bölüm) sistemi örnek alınmıştır. Dünyadaki ilk şirket kurtarma kanunlarından biri olan Chapter 11 sistemi kendi içinde bazı alt ayırımlara tabi tutulmuştur. Oldukça karmaşık yapısı, çok uzun sürmesi ve maliyeti yüksek olması gerekçeleriyle özellikle uygulamada pre-packaged (önceden kabul edilmiş) ve pre-negotiated (önceden müzakere edilmiş) Chapter 11 planları kabul edilmiştir. İşte bu noktada ülkelerin çoğu daha kolay anlaşılabilir bu alt uygulamaları iktibas etmişlerdir. Ülkemizde ise, bu uygulamalardan pre-packaged; yani önceden oylanıp, kabul edilerek mahkemeye sunulan planları içeren bir sistem benimsenmiş-

tir. Bizim sistemimizi ve Chapter 11 sistemini diğer şirket kurtarma sistemlerinden ayıran en önemli temel özellik, sosyal ve kültürel dayanakları olan iflas hukukunu sadece alacaklıları tatmin etme aracı olmaktan çıkaran fel-sefeleridir.

Bu makalede, yeni şirket kurtarma sistemimiz, hem klasik Chapter 11 sistemi hem de önceden kabul edilmiş Chapter 11 planları ile kıyaslanacaktır. Bunu yaparken, tüm şirket kurtarma sistemleri için ortak olan temel kriterler kullanılacaktır. Yer yer iki sisteme has özellikler de değerlendirilecektir. Yeni sistemimizin, önceden kabul edilen Chapter 11 planları ile aynı özelliklere sahip olmasına rağmen, yine de arada bazı farklılıkların olduğu bu araştırma sonucunda ortaya çıkacaktır. Sistemimizin kendine has özellikleri, Chapter 11 sisteminde yer alıp da bizim sistemimiz altında çözülen sorunlar ve bizim sistemimize has sorunlar da incelenecektir. Bunun dışında, yeni sistemimizin, uygulanması esnasında ortaya çıkabilecek bazı sorunlar ve yeni şirket kurtarma hukukumuzun getirileri, emsali olan önceden müzakere edilmiş Chapter 11 planlarının avantajları ve dezavantajları incelenerek ortaya konacaktır.

A. INTRODUCTION

In calling for a modern revision and reform of bankruptcy law in Turkey, a set of innovative provisions concerning *restructuring* were introduced in 2004. This new regime is a product of judicial parallelism between different countries. The United States, Chapter 11 reorganization system is employed as a model in affirming a rehabilitation approach to the resolution of problems experienced in financially distressed companies. From the viewpoint of Turkey, an important movement towards creation of a rescue culture has commenced recently in the light of developments that have international dimensions. The Chapter 11 regime is a mature system; therefore it is possible to make various considerations about its operation. On the contrary, it is difficult to assess the efficiency of the new regime in Turkey. To date, there is no experience available with this new legislation. Primary parties involved in the restructuring process need time to familiarize with this new regime. The courts will play a great role in practice as to the progress of the new regime.

This paper is based on comparison of the Turkish restructuring and the

US Chapter 11 reorganization regimes. In order to understand the two systems better, in the first place, legislative schemes and underlying philosophies of two systems will be described. The Turkish system, however, is based on the so-called *pre-packaged* Chapter 11 plans, not on the *traditional* Chapter 11 procedure. Therefore, secondly, the restructuring regime will be compared with the traditional Chapter 11 regime as well as with pre-packaged plans, under certain procedural aspects. Finally, the focus of attention will turn to a different issue, which is the efficiency assessment of the Turkish restructuring scheme as a result of comparison with the traditional Chapter 11 regime and particularly with the pre-packaged Chapter 11 plans. This part will also consider briefly the extent to which the new restructuring regime might generate special problems that are not present in the Chapter 11 regime.

Although there is no data or statistics available for the new restructuring regime, a theoretical and doctrinal analysis of both systems will be made. These findings will be stimulated by a functional approach, which reflects Chapter 11 practice.

B. STATUTORY SCHEMES

1. Legislative History in Turkey

The enforcement and bankruptcy system in Turkey is principally regulated by the *Code of Enforcement and Bankruptcy*, Act No. 2004 ('the CEB'), which came into force on 4th of September, 1932 and published in the Official Gazette numbered 2128 on 19th of June, 1932. This code mainly originates from the Swiss Federal Law on Debt Collection and Bankruptcy. During years 2003 and 2004, several amendments were made to the CEB by the Law No.4949 and by the Law No.5092.

In terms of reorganization, the legal focus is based on the piecemeal fashion of a number of different processes. Among these regimes, *basic concordat* (composition) the CEB articles 285–308; *concordat after bankruptcy* the CEB article 309; *composition with the creditors for the transfer of assets* the CEB articles 309/a–309/l; *adjournment of bankruptcy* the CEB articles 179–179/b; *restructuring of capital companies and cooperatives by conciliation* ('restructuring') the CEB articles 309/m–309/ii; *extension of*

maturity in extraordinary circumstances the CEB articles 317–329/a; are regulated in the CEB. The *Act for Restructuring the Debts to the Financial Sector Act No. 4743*, was put into effect on 31st of January, 2002 to strengthen the financial condition of firms affected negatively by the economic crisis. Private workouts, which are named as *private concordat*, are available under legal jurisprudence as well.

The restructuring scheme, which is also used in these practices, is introduced on 12th of February 2004 by the Law No.5092¹, which inserted a new chapter concerning restructuring within the CEB. Shortly thereafter on 17 April 2004, the Restructuring Regulation ('RR') was issued by the Ministry of Justice in order to elaborate the details of implementation of restructuring.

2. Legislative History in the United States

In the US, bankruptcy law is governed by the Bankruptcy Code, which is involved in Title 11 of the US Codes and adopted by Congress in 1978. Title 11 is divided into several chapters. Among those chapters, Chapter 11 is the cornerstone of reorganization processes. In terms of economic progress and stability in economy, Chapter 11 regime was a novel addition facilitating rehabilitation of financially distressed entities. Other alternatives of reorganization are out of court oriented instruments; non-bankruptcy *workouts*; *pre-packaged* and *pre-negotiated* chapter 11 plans.

C. ECONOMIC AND OTHER CAUSES OF ADOPTION IN TURKEY

From the legal perspective, the CEB was short of effective rehabilitation schemes. Concordat regime, on several aspects was far from meeting with the needs of the firms.² The need for creation of a *modern rescue culture* entailed introduction of new regimes. This policy is a result of new

1 Available on <http://www.tbb.org.tr/english/banking_legislation.htm> (1 June 2005).

2 AC Budak (ed) Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, Şirket Kurtarma Hukuku ve Banka Alacaklarının Cebri İcra Yoluyla Tahsili (İstanbul Sanayi Odası ve Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü İstanbul 1993) 78.

trend in the world, which is follows from saving companies as a going concern and protecting community interest and national economy.

From the economic perspective, the big financial crisis in 2001 triggered the amendments. With occurrence of the crisis, even economically viable entities went bankrupt. New economic reform programme was introduced. Under which, fiscal, monetary and exchange rate policies were regulated and structural reforms were commenced in all areas of the economy.

The immediate necessity for an effective and efficient rescue regime to address the needs of distressed firms subsequently resulted in acceptance of a number of new provisions, which built up the new rescue regime. The International Monetary Fund (IMF) and the World Bank ('WB') had a great impact on those amendments.

While, the Ministry of Justice was working on the new restructuring regime, the WB had taken the lead in area of bankruptcy reform and it had provided technical assistance, particularly with the recommendations that are contained in the WB's *Insolvency and Creditor Rights Systems Report on the Observance of Standards and Codes (ROSC)*.³

D. UNDERLYING PHILOSOPHIES OF BOTH SYSTEMS

At the systems level, the main objectives of the both bankruptcy systems are essentially at odds. Turkish bankruptcy system reflects the general view taken by the other European countries. It introduces a creditor-oriented bankruptcy system, which aims to satisfy creditors in the first place. This goal replicates the *communitarianism* that is found in the European countries, whilst the US system adopts the philosophy of *individualism*.⁴ However, the movement towards a *rescue culture* in the light of new developments in the world may alter the former policy considerations. Undoubtedly, the notion of *saving* economically viable businesses as a going concern; saving jobs, local and social costs, will create new attitudes towards the new reforms.

³ Available on <<http://www.worldbank.org.tr>> (1 June 2005).

⁴ See, for example, 'Corporate Rehabilitation Proceedings in the US and Germany' (2003) 12 *International Insolvency L Rev* 11, 34.

From the cultural perspective, in Turkey, as similar to the English system, bankruptcy is regarded as a *disgrace* and the social attitude is inclined to *punish risk takers*, while under the US system, bankruptcy is viewed as a *misfortune* rather than a wrongdoing.⁵ This divergence is likely to disappear in the future, since the introduction of *debtor in possession* under the restructuring process, may strike a fair balance between the interests of creditors and the financially distressed debtor.

E. PROCEDURAL PROVISIONS OF THE SYSTEMS COMPARED

1. Initiation of the Rescue Process

(a) Analysis of eligibility

The first difference between the two systems is related to the determination of entities that are capable of filing for reorganization or restructuring. Under the CEB article 309/m, a capital company or a cooperative can file for restructuring except for banks and insurance companies. Banks and insurance companies are subject to their own special laws. This position is apparent in article 309/t/2: 'Banks and insurance companies may not act as a debtor in the restructuring of capital companies and cooperatives by conciliation'.

In terms of determining the meaning of a *capital company*, the Corporation Tax Act ('CTA') article 2 brings the general rule, under which *joint-stock companies*, *limited companies* and *limited partnerships* are regarded as capital companies. The related substantive provisions of the Turkish Commercial Code ('CC') are applicable to those types of companies. In the CC article 269, *joint-stock companies*; in article 503, *limited companies* and in article 476, *limited partnerships* are regulated.

There is no provision governing foreign incorporated companies among the CEB restructuring provisions. Article 154/2 of the CEB, which governs the competence of courts in terms of foreign companies, applies to

5 G Moss 'Chapter 11: An English Lawyer's Critique' (1998) 11 *Insolvency Intelligence* 17, 18; BG Carruthers and TC Halliday *Rescuing Business* (Calerendon Press Oxford 1998) 246; JL Westbrook 'Comparison of Bankruptcy Reorganization in the US with Administration Procedure in the UK' (1990) 6 *ILP* 86, 143.

liquidation cases and it cannot be applied to restructuring cases—that are regulated by specific provisions—by analogy. However, within the meaning of article 2 of the CTA foreign companies, which are established in accordance with the applicable provisions of the CC, fall within the scope of *capital companies* under Turkish law. Therefore, foreign companies may benefit from the restructuring provisions.

Similarly, in principle, according to 11 USC 109(b) and (d) insurance companies and banks are ineligible to reorganize under Chapter 11. Holding companies for banks or insurance companies may become Chapter 11 debtor in some cases. 11 USC 109(a) states that: '[O]nly a person that resides or has a domicile, a place of business, or property in the United States, or a municipality, may be a debtor under this title'. These requirements—except for *place of business*—do not comply with the requirements of the CEB. Firstly, under the CEB, only capital companies and cooperatives may reorganize; individual traders remain out of the scope of the process. In addition, the CEB does not set out any such criterion of *having property*; it brings only the *principal place of its business* criterion for an application. Having property in Turkey is not adequate to fulfil eligibility requirements under the CEB. Furthermore, with the principal place of business rule, it may not be possible for a foreign company to enter into the restructuring process unless it has a principal place of its business in Turkey.

(b) Grounds for petition and solvency requirements

So far as the voluntary or involuntary petitions are concerned, there is a great divergence between the two systems. Under the CEB system, only the debtor himself can resort to the restructuring process. This is apparent in article 309/m, which states that a capital company or a cooperative, itself may commence the proceedings. Hence, unlike the Chapter 11 system, involuntary application is not given effect under the CEB system. According to the CEB article 309/m and 11 USC 301, the eligible debtor may commence a voluntary case. However, 11 USC 303 permits commencement of involuntary filings by the creditors.⁶

6 'Chapter 11 is, however, to English eyes highly sympathetic to the debtor, almost always started by a voluntary petition by the debtor ...', V Finch Corporate Insolvency Law Perspectives and Principles (Cambridge University Press Cambridge 2002) 196.

There is no requirement of being insolvent for filing under Chapter 11. Indeed, any solvent and eligible debtor may obtain Chapter 11 relief according to 11 USC 109. Although Chapter 11 does not include any express financial standards, particularly, in practice the debtor must be in 'financial difficulty' and 'be capable of reorganizing', otherwise, its creditors may challenge the application on the grounds of good faith.⁷ Thus, bankruptcy courts in the United States have a wide discretionary power while deciding the legitimacy of such kind of cases. Principle of good faith is accepted under the CEB system as well. In the approval hearing, if the court concludes that the debtor did not act in good faith in his application, it may dismiss the application.

In order to prevent possible abuses of the restructuring system at the outset, the CEB adopted a more different approach than the Chapter 11, but similar to most of the other rescue systems. Pursuant to article 309/m:

'A capital company or a cooperative, which is *insolvent in repayment of its overdue monetary debts* or of which *assets and receivables are not sufficient to pay its debts and liabilities* or which is *under impending and imminent danger in terms of insolvency*, may apply for a restructuring by conciliation' (emphasis added).

Article 309/m anticipates three statutory prerequisites and the debtor should suffer at least one of them in order to benefit from protection of restructuring provisions. The first criterion is a cash-flow test, whilst the other is a balance-sheet test. Article 3 of the RR classifies and helps assessing those requirements by providing explanations with regard to each special case. The last requirement of the CEB article 309/m, *under impending and imminent danger in terms of insolvency* is of great importance for an objective of the rehabilitation at an early stage. Explanation for this requirement under article 3 of the RR sets out the criterion of *inevitably happen in the near future*, which can be used for the proof of an impending insolvency. Undoubtedly, it may be easier to rescue a business, at a stage before it becomes insolvent.

7 LM LoPucki and GG Triantis 'A Systems Approach to Comparing U.S. and Canadian Reorganization of Financially Distressed Companies' (1994) 35 Harvard International Law Journal 267, 282, fn 44.

'[E]ase of entry prioritizes the formal proceedings over private workouts'.⁸ As a functional analysis, the CEB system encourages private workouts by setting out statutory prerequisites for entry into the proceedings; therefore, it tries to make formal proceedings a last resort. On the other hand, the Chapter 11 system encourages formal proceedings by means of setting no criteria for the entry into proceedings.

If creditors file an involuntary liquidation petition against the debtor, 11 USC 709(a) provides that 'the debtor may convert a case under this chapter to a case under chapter 11, 12, or 13 of this title at any time'. The CEB gives no answer to the same question. Although there is no such provision concerning *conversion* in the CEB, the aim of restructuring scheme is to prevent businesses from liquidation and encourage the continuation of them. There is no limiting provision in the CEB for this attempt. That is to say, it may be possible for the debtor to convert liquidation into rehabilitation process, if he can be able to fulfil the requirements of restructuring process. In practice, logically, this may happen in the early stages of a liquidation case.

2. Debtor in Possession

(a) Effects on board of directors, disqualification and appointment of trustee

A remarkable convergence of the two rehabilitation systems can be observed on the issue of management during the process. With some exceptions, existing management of the debtor company remain in place and they continue to run the business in accordance with the rescue plan. Managers who retain the control of the business, is called *debtor in possession* ('DIP').⁹ DIP in a traditional Chapter 11 case has same powers similar to the trustee in bankruptcy; such as the right to sell and lease property, right to borrow money; also, it enjoys the same strong-arm powers as the trustee and it may resist any effort to *lift the automatic stay*.¹⁰ Debtor in the CEB has

8 P Wood Principles of International Insolvency (Sweet and Maxwell London 1995) 186.

9 American Law Institute International Statement of United States Bankruptcy Law (Juris Publishing New York 2003) 29.

10 DG Baird TH Jackson and BE Auerbach Problems, and Materials on Bankruptcy (3rd edn Foundation Press New York 1999) 60.

similar powers as the debtor in pre-packaged plans; he has the ability to make any transaction falls within the scope of the restructuring plan. Similar to pre-packaged plans, he is not furnished with strong-arm powers and he cannot reject executory contracts.

Under 11 USC 1104, in case of exceptional circumstances such as fraud, dishonesty, incompetence, gross mismanagement or if appointment is in the interests of creditors, it is possible to appoint a *trustee in bankruptcy*. However, this rarely happens in Chapter 11 cases.

Furthermore, under 11 USC 1104(c), if the court does not order the appointment of a trustee it may appoint an *examiner* to conduct an investigation of the debtor. According to 11 USC 1106, the *examiner* appointed by the court has an overall monitoring function during the process. However, the court may confer special powers upon the examiner within the meaning of 11 USC 1106(b).

The CEB anticipates two different officers (auditors) who may be appointed in the interim and in consummation periods. In contrast to traditional Chapter 11 system, the CEB restructuring scheme is composed of two stages: firstly the transition (interim) period before the approval of the plan by the court; and secondly, the consummation period of restructuring that occurs after the approval. The CEB article 309/ö/2 authorizes the court and the parties for appointment of *transition period auditors*. Article 309/p/2 has principles governing appointment of *project auditors* during the period of consummation.

Transition period auditors have more powers when compared to project auditors. Under the CEB article 309/ö/2, they *personally manage and direct or supervise and audit the activities and operations of the debtor*, which makes them closer to the Chapter 11 trustee. However, appointment of a Chapter 11 trustee is an 'all-or-nothing proposition; rarely does the official share authority with the debtor's management'.¹¹ Therefore, unlike the transition period auditor, the trustee does not share his power with the debtor.

11 LM LoPucki (n 7) 304, 305.

The CEB article 309/p/2 clearly states that the project auditor has *only* powers of *audit, inspection* and *reporting* the results to the creditors. He does not share any managerial powers; he is not capable of taking or contributing any decisions taken by the board of directors. In this sense, he has the same statutory powers as a Chapter 11 *examiner*. However, 11 USC 1106(b) authorizes the judge to give managerial powers to the examiner.

The RR brings that the auditors will be selected among *Sworn-in Certified Public Accountants*. In the Chapter 11 practice, trustees are usually professional managers in connection with the related business or lawyers.¹² The CEB 309/ö/2 and 309/p/2, state that the powers of the both auditors will be determined by a regulation. However the RR article 19, only states that those powers *will be determined by the bankruptcy judge*. If the auditor is appointed by agreement of the parties, his powers will be explained in the restructuring project. In terms of classifying the powers expressly as in Chapter 11, both the CEB and the RR are in silence.

As the last issue, Chapter 11 permits appointment of only one trustee or examiner. Conversely, the CBE permits appointment of one or more *transition period auditor*. It is possible to appoint one or more *project auditor* as well. However, the court *ex officio* may appoint *only one* auditor in the consummation period. Article 19 of the RR permits appointment of *only one* project or transition period auditor. This provision is on face in conflict with the CEB. Therefore, it should be interpreted in compliance with the CEB and *only one* phrase should be read as *one or more*.

(b) Replacement of the management

The extra-legal mechanisms in the United States allow creditors force the managers to resign and the turnover rate of management is higher than the rate at which the court replaces the managers.¹³ Since, capital sources in

12 In general, lawyers including workout specialists administrate US bankruptcy process. When the management is replaced, the new management is usually composed of professional managers with a working knowledge of the related industry, JR Franks and WN Torous 'Lessons from a Comparison of U.S. and U.K. Insolvency Codes' in J Bhandari and L Weiss (eds) *Corporate Bankruptcy: Economic and Legal Perspectives* (Cambridge University Press Cambridge 1996) 459.

13 *ibid*; LM LoPucki and WC Whitford 'Corporate Governance in the Bankruptcy Reorganization of Large Publicly Held Companies' (1993) 141 *University of Pennsylvania L Rev* 669, 737.

the United States are very wide, different classes of creditors exercise various degree of control over the entire process. However, in Turkey role of big banks may shape the entire process. Their effect and pressure in the enactment stage of the restructuring law makes it easier to predict their possible stress over the restructuring process. Therefore, the extra-legal mechanisms in Turkey, which may have the pressure to replace the management, will be composed of big banking bodies.

Under the CEB, the first option is to permit the debtor to run the business alone. The second option is to appoint an auditor who will share the management with the debtor in the transition period. As a third option, the same auditor may take over the control of the whole company like the Chapter 11 trustee. Furthermore, in the CEB there is no limiting provision that prohibit the transition period auditor to employ the debtor while running the business. The key issue is that only the transition period auditor may share important managerial powers with the debtor. Project auditor; however, possess restricted powers when compared to the transition period auditor. The bankruptcy judge cannot confer administrative mandate upon the project auditor. This answer stems from both the CEB article 309/p/2 and the intention of the lawmaker in the legislative statement of article 309/p. In the consummation period, the debtor will not share any of his managerial powers with any auditor, since the project auditor has merely monitoring function.

(c) Special powers of the DIP

Subject to the court approval, in a *traditional Chapter 11 case* the debtor may reject, assume or assign executory contracts or leases under 11 USC 365. These circumstances are governed by detailed provisions. In a *pre-packaged plan*, however, this is not possible. Similarly, the CEB does not contain any provision in relation to those special situations. For achievement of the restructuring objective, there might be a necessity of continuation of certain supply contracts, which are breached by the debtor before the confirmation of the project. The CEB article 309/ö/6 states that suppliers of goods and services, such as raw materials, are accepted in the scope of *financial instruments*, which the debtor may resort. The same article authorizes the court to take all measures immediately for the survival of the entity. In the light of those provisions, it can be said that the court may require a supplier to continue to supply important goods and services. However, the court

should contemplate the conditions strictly, in order to protect the supplier.

Conversely, it can be argued that the restructuring project is on the table, and it has been already negotiated. The debtor should have reached an agreement with his suppliers before the filing. This reflects the position under the pre-packaged Chapter 11 plans.

Under Chapter 11, *preferences*¹⁴ and *fraudulent transfers*¹⁵ are subject to elaborate provisions. Both the CEB regime and the pre-packaged Chapter 11 plans do not provide recovery for preferences or avoidance of fraudulent transfers.

3. Automatic Stay on Legal Proceedings and the moratorium period

So far as the efficiency of a rescue system is concerned, an automatic stay and subsequently a moratorium, which provides a respite and relief for the debtor, are of crucial importance. Subject to some exceptions, under a traditional Chapter 11 case the automatic stay prohibits all actions against the debtor company, at the time of filing for bankruptcy or reorganization. All individual actions, either by judicial or self-help will halt, even if the creditors do not have knowledge about the filing. Automatic stay affects all secured and unsecured creditors. The main provision of automatic stay is 11 USC 362 and violation of automatic stay is sanctioned under 11 USC 362(h).

The CEB system and pre-packaged Chapter 11 plans do not provide an automatic stay on legal proceedings, especially on negotiations of the restructuring plan. The court may exercise its powers for issuing interim injunctions in order to achieve the objective of an automatic stay under the

14 '[P]ayments and transfers made in the run-up to bankruptcy in favour of a particular creditor which were designed to prefer him over other creditors' are called as preferences, RM Goode Principles of Corporate Insolvency Law (2nd edn Sweet and Maxwell Bodmin 1997) 386. Under Chapter 11, transfers within 90 days prior to the filing generally regarded as preferences and the debtor may avoid such transfers under 11 USC 547.

15 Fraudulent transfers occur within one year prior to the filing and they are subject to 11 USC 548. If certain requirements are met, the debtor may avoid such transfers as well.

CEB. This may solely happen with the *filing of a plan*. Unlike the traditional Chapter 11 system, under the CEB and pre-packaged Chapter 11 plans, the debtor may file for reorganization, if he has a plan, which is previously negotiated and accepted by the majority of affected or impaired creditors.

It should be noted that, according to the CEB article 309/ö/3, the court may issue interim orders only for to prevent actions of the affected creditors. However, the CEB article 309/ö/2 provides that '[The] court will immediately take all actions and measures deemed necessary and fit by the court for protection of the properties of the debtor and for activities and operations of the debtor'. In the light of the latter provision, it can be said that, the court has the power to prohibit any new legal actions and execution proceedings and to stop pending proceedings that are commenced not only by the affected creditors but also by *the other creditors*. Therefore, the court may constitute a broad *stay*, including a stay for all actions of all creditors.

The CEB *moratorium* (grace period) begins with the filing of a restructuring process and the court interim orders. A *stay* (discretionary interim orders of the court) may be available for the CEB debtor, if he can be able to file an accepted plan.

Pursuant to the CEB article 309/ö/3, a stay on legal proceedings¹⁶ is in the discretion of the court; neither filing of the petition itself nor does the court approval of the project automatically stay individual actions by the creditors. There is a need for a court order, which will be an interim injunction. In a traditional Chapter 11 case both automatic stay and interim court-order process is possible to ensure a healthy negotiation period particularly for the debtor. 11 USC 105(a) contains a broad provision with respect to the power of courts in any bankruptcy proceeding including Chapter 11: 'The court may issue any order, process, or judgment that is necessary or appropriate to carry out the provisions of this title ...'. In addition to the broad reach of automatic stay on legal proceedings, the court retains the authority of giving any necessary order. Solely the latter is accepted under article 309/ö of the CEB.

The initial objective of the traditional Chapter 11 system is to provide a degree of relief to the debtor in order for the negotiations to begin. Thus,

16 Foreclosure proceedings, attachment proceedings under the CEB art 206 and the like.

the debtor will have a breathing space while an orderly rehabilitation plan can be arranged since the stay prevents a race to the court among the creditors, which attempt to realize their claims.¹⁷ Automatic stay helps preserving firm value during reorganization.¹⁸ Therefore, the debtor will have a chance to reorganize without any pressure of the creditors; all kind of litigations against him will stop.

Even if the debtor who filed a pre-packaged plan under Chapter 11 may benefit from automatic stay *at the time of filing*, this does not appear to be the main function of the automatic stay. The rationale of automatic stay is to prevent litigation before the commencement of negotiations stage.

Finally, as a universally accepted rule, a stay or moratorium does not apply to claims against third parties, such as guarantors or banks that has issued letters of credit for the account the debtor.¹⁹ This rule, subject to some exceptions, reflects the position under the both systems.

4. The Plan of Rehabilitation

(a) Preparation of the plan

So far as the preparation of the plan is concerned, under 11 USC 1121(b) the debtor in a traditional Chapter 11 case has an exclusive right to propose a reorganization plan within 120 days of filing. This period is called *debtor's exclusivity period* and it may subject to some extensions under 11 USC 1121(d). In any event, if the debtor files a plan in 120 days, this period extends to 180 days in order to receive votes of the creditors. Pursuant to 11 USC 1121(c), *creditors, the trustee or other interested parties* may file a plan if certain requirements are met. When these parties gain the right of filing a reorganization plan, this may give rise to competition of more than one plan and the court may approve only one of them.²⁰

17 Wood (n 8) [11–11]; T Jackson 'Bankruptcy, Non-bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain' (1982) 91 Yale Law Journal 857, 862.

18 LoPucki (n 7) 288.

19 Wood (n 8) 202.

20 Baird (n 10) 570, 'if no plan satisfies the requirements for confirmation, the court can permit the debtor or other proponent to try again'.

11 USC 1121(a) authorizes the debtor to file a *pre-packaged plan*, which is pre-negotiated and accepted by the creditors, with the petition. Under the CEB article 309/m, the debtor should submit a restructuring project, which is discussed and accepted by required majority of the affected creditors, with the petition as well. Both preparation and confirmation by the creditors under pre-packaged plans and the CEB occur without any judicial intervention. To some extent, it is entirely based on an *indefinite period*, subject to discretion of the debtor.

In traditional Chapter 11 cases during the exclusivity period, the debtor can file a number of different proposals of reorganization plan, until one of them is approved by the court and the creditors. The CEB and pre-packaged plans are at odds with this practice; only one plan, which is accepted by the affected or impaired creditors, can be filed with the restructuring petition. If a pre-packaged plan is dismissed, the court may refer the debtor to re-solicit and re-negotiate, which in turn results in conversion to a traditional Chapter 11 case. Since, in this case the re-negotiation and the re-solicitation will occur after the filing and will subject to traditional Chapter 11 procedure. Under the CEB regime, the court may accept or dismiss the plan. There is no re-solicitation and re-negotiation option available for the debtor. If the plan does not meet requirements of acceptance, the court will dismiss the case. Therefore, it cannot refer the debtor to re-negotiation or re-solicitation.

(b) Classification of claims and equity interests

In both systems, the proponent of the reorganization plan for the purposes of distribution and voting may allocate the claims into different classes. If a plan is accepted by the majority of creditors in a class, this event constitutes a presumption that the plan is in the interest of the whole creditors in the same class and for that reason it provides adequate ground to impose the plan even on dissenters.²¹ Under Chapter 11 regime, it is common for the debtors deliberately attempt to create classes that may serve a favorable function in voting stage.²² Therefore, a fair classification is of great

21 American (n 9) 58.

22 'There are no statutory rules for the establishment of classes and so there is the potential for the proponent of the plan to engineer the classes and thus manipulate the outcome of the voting on the plan', A Belcher Corporate Rescue (Sweet and Maxwell London 1997) 18.

importance that may affect whole process, including voting. Both regimes do not have precise criteria for the classification. Nevertheless, there are some limitations over the discretion of the debtor. In the first place, both 11 USC 1123(a)(4) and the CEB article 309/n(1) and (7) bring the requirement of *equal treatment* of the creditors holding similar claims. According to 11 USC 1122(a), claims that are *substantially similar* to the other claims or interests of such class will be placed within the same class. The CEB article 309/n adopts the *substantially similar* test as 11 USC 1122(a), yet it shifts the test a degree further by adding the requirement of being *greatly similar*. It is observable that both tests are short of clarity.

In terms of secured and unsecured claims, The RR article 6(a) sets out a general rule that *similar claims* should be placed in the same class. This principle ordinarily reflects the position of the unsecured claims, which will likely be placed in the same class. The requirement of at least one class of impaired claims that may accept the plan (11 USC 1129(a)(10)) does not exist under the CEB. This requirement to some extent alters the general rule of situating unsecured claims in the same class under the Chapter 11 practice.²³ Contrary to the Chapter 11 debtor, there is no incentive for the debtor in the CEB to draft different classes for unsecured claims.

The RR article 6(d),(e) and (f), includes specific rules, for secured claims. However, merely subsection (f) is mandatory in nature; if there are *more than one* secured claims against the same collateral, those claims should be placed in the same class. Under Chapter 11, secured claims should share the same priority against the same collateral in order to be placed in the same class.²⁴ Otherwise, they enjoy separate classes.

The Chapter 11 classification rules are stricter when compared to the CEB. The rules of classification under the RR are of guideline in nature. The debtor may draft broader secured and unsecured classes in the light of those flexible requirements. Moreover, the debtor may have the incentive to create broad classes, which will increase the likelihood of acceptance of the project by the creditors. Thus, the flexibility of the classification

23 American (n 9) 59.

24 Baird (n 10) 575.

doctrine under the CEB compensates for the lack of a cramdown process.²⁵ The debtor can minimize the veto power of the creditors, by drafting broad classes.

In both systems the creditors can object to the classification at the confirmation hearing. 11 USC 1128(b) confers the right of objection upon the creditors. Similarly, the CEB article 309/p/1 provides the ground for objection and the RR states that the objections to classification will be considered by the court as objections to the plan itself. In order to approve the plan, courts of the both systems should be satisfied that the each creditor of a class is given equal treatment and the classification drafted in good faith. An unfair classification is sufficient for rejection of the whole plan.

(c) Elements of the plan

So far as the elements of the plan is concerned, both systems include similar regulations as to the context of the plan. They provide great flexibility over financial restructuring of the company by means of various ways. The plan may contain changes in financial and business structure, sale of assets, cancellation of debts, modification of liens, curing or waiving defaults, closure of some branches, changes in the amount, maturity or interest of an outstanding debt and the like.²⁶ Moreover, the systems facilitate issuance of new securities in order to replace existing claims. It is possible to issue new debts or to convert claims into equity interests as well. By converting debts into equity interest, it is possible to make some creditors owners of the company²⁷, which is the prominent mechanism of Chapter 11.

(d) The acceptance of the plan by the creditors

(i) Disclosure statement and adequate information

In order to get the confirmation of the creditors in a traditional Chapter 11 case, the debtor firstly should file a reorganization plan in 120 days

25 LoPucki (n 7) 324; the cramdown process is discussed under subchapter f(ii) of this paper.

26 American (n 9) 57.

27 JL Westbrook 'Chapter 11 Reorganization in the United States' in H Rajak (ed) *Insolvency law* (Sweet and Maxwell London 1993) 352.

of filing the petition and at the same time, he should file a *disclosure statement*. According to 11 USC 1125(a)(1) the disclosure statement should include *adequate information* concerning the debtor's financial position and the reorganization plan. If the court approves the disclosure statement, the debtor will send out this statement with the plan of reorganization to all creditors who are entitled to vote on the plan.

The CEB contains a provision regarding *adequate protection and disclosure statement* in article 309/o/5. The debtor, with his restructuring petition should submit evidences and explanations, which indicate that the creditors were *sufficiently informed*. It is evident from the provision in question that submission of such documents enables the court to protect rights of affected creditors by examining the negotiations process and considering whether the affected creditors had received proper notice.

Similar to the CEB, under pre-packaged plans, the adequate protection occurs before filing. Pursuant to 11 USC 1126(b)(1), the adequacy of disclosure should be in compliance with any applicable non-bankruptcy law. If there is no such law, it should be in accordance with the 11 USC 1125(a). Therefore, adequacy of disclosure in connection with solicitation, which is occurred before filing, is wholly subject to court inspection, as in a traditional Chapter 11 case.

(ii) Solicitation Process

After sending the disclosure statement and the reorganization plan by *mail* (Federal Rules of Bankruptcy Procedure (FRBP 3017)) to the claimholders the debtor will seek for the required number of votes in favour of the plan, in order to take the plan before the court for approval. Since the reorganization plan divides the claims of creditors into different classes, the required majority of votes should be calculated for each class separately. Pursuant to 11 USC 1126(c), the plan receives approval if it has been affirmed by creditors, which hold at least *two-thirds* in amount and more than *one-half* in number of the allowed claims of each class. 11 USC 1126(d) provides that equity interest class is deemed accepted the plan if at least *two-thirds* in amount of the allowed equity interests vote in favour of the plan.

According to 11 USC 1126(f), only creditors and classes whose interests are *impaired* are entitled to vote. So that, only the creditors, whose claims *are involved in a class and impaired*, has a voting right under Chapter 11 procedure. This is same under the pre-packaged plans.

The CEB article 309/m/3 suggests that the required majority 'is in excess of at least half of the total number of *the voting creditors* affected from the project and is in excess of at least two-thirds of the total amount of claims and receivables of *the voting creditors* and is required for acceptance and approval of the project. If the project contains more than one class of creditors, each class of the creditors must have accepted and approved the project with the required majority'. Parallel to the Chapter 11 process, the required majorities are considered by the votes of creditors that *actually vote*. By the same token, the required number of creditors and amount of claims are identical in both systems. However, in contrast to Chapter 11, shareholders are wiped out from the voting process, so that they do not have a right of voting under the CEB.

Similar to its counterpart, under the CEB system, the debtor should inform the claimholders by a disclosure statement, including adequate information about claims, creditors, debtor's history and financial position and other required elements (necessary documents). Furthermore, the debtor should attach the restructuring project to the necessary documents in question and a ballot to return in order to collect votes of the creditors. Akin to Chapter 11 procedure, under the RR article 10, the debtor may send those documents through mail; but it should be by *registered and reply paid* mail. However, it should be noted that such way of sending the documents is open to abuses by the debtor. The debtor may not put some necessary documents in the envelope while sending.²⁸ The debtor may send through notary public (as certificate of acknowledgment) as well. In practice it is usual to post that sort of documents on a public web site in Chapter 11 cases.

The RR includes detailed provisions concerning the solicitation process.²⁹ The RR article 11 states that upon the choice of the debtor, the solicitation can be made either in a meeting or alternatively by sending the votes by registered and reply paid mail. The debtor should invite each of the affected creditors separately and give them reasonable opportunity to vote, in advance of the voting deadline. Similarly under the pre-packaged plans,

28 AC Budak 'Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu ile İlgili Usullerin Amacı Işığında İcra ve İflas Kanunu'ndaki 5092 Sayılı Kanun Değişikliği' (paper presented at the İstanbul Barosu Meslek İçi Eğitim Seminerleri - 2 Conference 8 May 2004) 18.

29 cf the RR articles 10,11,13 with FRBP rules 3017 and 3018.

FRBP 3018(b) states that the plan should be transmitted to *impaired creditors* and a *reasonable time* should be given for voting.

According to the RR article 13, solicitation is administrated and monitored by a *voting agent* appointed by the debtor or the creditors. There is no such an agent appointed under Chapter 11. In both systems, solicitation can be made either at a voting assembly convened for that purpose or by mail; but under the traditional Chapter 11 system the solicitation executed in cooperation with the court. The court fixes the deadline for the voting and supervises in all steps (FRBP 3017(c)). Conversely, under the CEB and pre-packaged plans, the debtor makes all of the arrangements. Undoubtedly, that much flexibility may result in abuses. The debtor may give importance to creditors, which are beneficial for him; he may provide others with insufficient information.

It should be noted that under pre-packaged plans of Chapter 11, solicitation is usually subject to non-bankruptcy laws, such as Federal Securities Laws; rarely subject to Chapter 11 (11 USC 1126(b), FDRY 3018).

(e) Confirmation of the plan by the court

(i) Application to the court

Judicial force to the plan is given by the courts. Under the traditional Chapter 11 procedure, the court may fix a date for the hearing on confirmation, on or before approval of the disclosure statement (FRBP 3017(c)). When the debtor gets the approval of the creditors, he will submit the plan to the court in order to commence confirmation proceedings.

In the absence of a separate disclosure statement trial under the CEB, the application for restructuring itself contains filing of a plan as well; hence, upon the main filing, the court fixes the date of confirmation hearing. Under pre-packaged plans, it may possible to arrange a combined hearing for confirmation of disclosure statement and the plan.

The CEB 309/6/1 states that, the court, upon application and during the interim period, should establish a hearing date to be held within 30 days of the application. As in Chapter 11 cases, the court should announce the application (including time and date of the trial) and serve it upon creditors. The notice period with regard to confirmation is usually 25 days under traditional Chapter 11 cases and pre-packaged plans.

Both article 309/ö/2 of the CEB and the RR article 18/2; provides that the court may hold an initial hearing before the actual hearing date. This is a sort of pre-trial hearing (preliminary hearing), which is unfamiliar to Turkish civil procedure law, may serve little useful function.³⁰ This hearing is not related to confirmation; it is for the issuance of interim orders.

(ii) Best interests of creditors test

According to 11 USC 1129(a)(7), *best interests of the creditors test* entails that each individual dissenting impaired claimholder or equityholder of a class (even if that class affirmed the plan) should 'receive or retain under the plan on account of such claim or interest property of a value... that is not less than the amount that such holder would so receive or retain if the debtor were liquidated under chapter 7'. The court will make liquidation analysis in order to determine whether such objecting creditors are receiving at least as much as they would receive under the plan if the company had been liquidated. Chapter 11 system is justified by its 'capacity to preserve a debtor's going-concern surplus, the amount which the firm's value as a whole exceeds the sum of its parts'; therefore, best interests of creditors test offers that a creditor cannot be compelled to accept less than the return he would have enjoyed in liquidation.³¹

The CEB allows for a similar result in article 309/p/1: '[The] amount to be received under the project by each creditor who has refused the project will at least be equal to the amount to be received by that creditor as a result of liquidation/winding up upon bankruptcy...'. Moreover, the legislative statement of the same provision highlights the importance of protecting the interests of dissenting creditors.

The only diversity between the two systems is that whilst the court in Chapter 11 theoretically should make a liquidation analysis even if no creditor raise objection; under the CEB there is a need for objection in order for the liquidation analysis to be undertaken. Nevertheless, it is unlikely a complete investigation will be made in a Chapter 11 case, in which no objection exists.³²

30 Budak (n 28) 27.

31 DG Baird (n 10) 613.

32 American Law Institute (n 9) 61.

(iii) Feasibility test

Pursuant to 11 USC 1129(a)(11), in order for the court to confirm the plan, the court should be satisfied that the plan not be 'followed by the liquidation; or the need for further financial reorganization, of the debtor'. This will be determined by the court, with regard to various types of evidence; such as testimony of the debtor, the documents demonstrating the debtor's financial status, experts and any other relevant evidence. The court should be persuaded that the plan has a chance of success, even if there is no objection raised by the creditors. A company should not gain edge on its other competitors in the same industry. Although this test is *subjective*, the court may compare the capital structure of the reorganized firm with other similar firms in the same industry and if the plan leaves a firm highly leveraged relative to other firms, such plan may not be feasible under Chapter 11 procedure.³³

An express provision regarding feasibility test is not found under the CEB. However, the test is accepted impliedly in article 309/p/1 of the CEB, where the court may approve the project if the conditions and requirements in articles 309/m and 309/o are met. The CEB article 309/o lists the documents, which the debtor should submit to the court together with his application. Among those documents; under article 309/o(2) documents showing the debtor's financial standing, under article 309/o(3) documents demonstrating that the plan will enable the debtor to become financially solvent; and finally under article 309/o(9) financial analysis reports that are issued by a sufficiently qualified independent audit firm are of great relevance for the court to decide feasibility of the project. Although, article 309/p only seeks for the submission of those documents, it does in fact impliedly burden the court to carry out an investigation over the documents in question in order to establish whether or not they show the reality. Solely submission of such papers is not adequate to meet confirmation requirements within the meaning of article 309/p.

In addition, article 309/p/1 states that the court should hear transition period audit, officials of the debtor, and the creditors who are present in

33 DG Baird *The Elements of Bankruptcy* (3rd edn Foundation Press New York 2001) 203.

the hearing. Testimony of those parties will help the court to come to a conclusion about the feasibility of the project.

(f) Dissenting creditors against confirmation of the plan

(i) In General

So far as the position of the dissenters is concerned, in both systems, the basic way to prevent the plan from non-acceptance is binding the dissenters by the votes of majorities. This concept makes a rehabilitation plan different from an ordinary contract, where all of the parties' consent is necessary.

(ii) Cramdown process

According to 11 USC 1129(a)(8), in order for the plan to be confirmed, it should be accepted by each *class of claims*. Cramdown process is employed for imposing a plan on a dissenting *class* of creditors. Within the meaning of 11 USC 1129(b), the court may impose the plan on dissenting class of creditors, if the plan *does not discriminate unfairly*, and is *fair and equitable*, with respect to each class of claims or interests. Besides such *fair and equitable test*, for secured creditors 11 USC 1129(b)(2)(A); for unsecured creditors 11 USC 1129(b)(2)(B) bring special additional requirements. The legislative statement of 11 USC 1129 describes the relationship between best interests of the creditors test and cramdown rules as: '[T]he members of a class that has rejected the plan be protected by the best interest of creditors test for those rare cramdown cases where a class of creditors would receive more on liquidation than under reorganization of the debtor'. This statement clearly demonstrates that, although best interest test includes indirectly an *imposition* of the plan if the requirements are fulfilled, it applies only individual claims and it is also the most important protection device employed for the rights of creditors.

Under the CEB, with regard to *dissenting class* of creditors, however, there are no special cramdown rules. The CEB article 309/m/3 states that 'if the project contains more than one class of creditors, each class of the creditors must have accepted and approved the project'. Therefore, in the absence of a cramdown process, the restructuring process will fail to accomplish unless all of the *creditor classes* confirm the project with the required voting majorities. Furthermore, the project should be accepted prior to the

filing. After the filing there will not be a problem of dissenting classes, since if a class dissents, this will be a ground for non-approval.

In terms of pre-packaged Chapter 11 plans, principally there is no need for a cramdown process. Merely in *pre-negotiated* plans, which were partially accepted by the creditors, may give rise to cramdown issues.

(iii) Affected creditors and unimpaired creditors

The cramdown process is for binding dissenting class of creditors. If it is not possible to impose the plan by means of cramdown, the debtor may try to pay the dissenters in full and exclude them from the reorganization procedure. This is called as leaving the creditors *unimpaired*. 11 USC 1124 expressly carves out the meaning of *impaired interest*; if an interest is altered as paying less or by means of any other modification that puts the claimholder on a disadvantageous position, may result in impairment. However, Chapter 11 plans are generally directed to all creditors.³⁴ Plan proponent should take into account all creditors and their various interests.

The CEB restructuring process largely based on consensus and agreement. In this sense, it is much more flexible than the Chapter 11 system. The debtor can easily direct his plan only to the creditors, who are deemed appropriate by the debtor for a successful rehabilitation. Article 309/m/2, confers this right upon the debtor by defining the *affected creditor concept*: 'the term "creditors affected from the project" refers to the creditors whose receivables, rights or interests will be restructured by and under the restructuring project'. The rationale behind this notion is that, in the absence of a cramdown process against the dissenting creditors, the debtor has a right of excluding possible dissenters *easily* while preparing the restructuring project. So that, such creditors cannot block the process.

Under the RR article 5/1 the creditors who are solicited for the negotiation process should be regarded as affected creditors under the process. Such an important provision would have been placed not in the RR but in the CEB.

In pre-packaged Chapter 11 plans, similar to the CEB, it is easier to leave some potential dissenters unimpaired. Since pre-packaged plans are

34 LoPucki (n 7) 329.

not as comprehensive as traditional Chapter 11 plans.

Both unaffected and unimpaired creditors will be paid in full; however they must act in accordance with the plans and show respect to the reorganization processes.

(g) The legal repercussions of confirmation

Effects of confirmation are regulated under 11 USC 1141. Provisions of a confirmed plan bind all related parties, including dissenters. The confirmation discharges the debtor from any debt and he is responsible for only new obligations specified in the plan.

Identically, under the CEB, the project will have its effects and implications when the court renders its confirmation judgement and the terms of the project will prevail over all agreements with the creditors affected from the project (article 309/r/1). The debtor should fulfil his obligations in accordance with the conditions contemplated in the project.

In terms of *consummation* of the plan, the debtor will carry out the plan and comply with any orders of the court (11 USC 1142). As explained above, under the CEB, it is possible for the court to appoint a *project auditor* for the consummation purposes. Although there is no such an officer employed under Chapter 11, a plan administrator is usually appointed under the reorganization plan.

5. Financing of the Business During Rehabilitation Process

Lenders in the US are keen to provide loans in traditional Chapter 11 cases, due to strong statutory protections.³⁵ Pursuant to 11 USC 364(a), during the moratorium the debtor may obtain unsecured credit and incur unsecured debt *in the ordinary course of business*, without court approval. In order to obtain secured credit the debtor needs to take the court's permission under 11 USC 364(c). The same section authorizes debtor to obtain secured credit, if it is unable to obtain unsecured credit for him. Such credit enjoys *priority* over all pre-petition unsecured claims and administrative claims as well. It may be given as a lien on unencumbered property or a junior lien upon property that is already encumbered.

35 Westbrook (n 27) 354.

According to the CEB article 309/n(4), the restructuring project may contain provisions regulating whether or not the debtor will have recourse to the financial sources such as credits. The debtor before the approval of the plan, if it is necessary for continuing the business, may obtain financial aid, including credits. However, such security firstly should be established on the unencumbered assets. This requirement does not exist under 11 USC 364(d).

When compared to the traditional Chapter 11 process, there is no *super-priority* rule under the CEB. Yet, this might be possible under the terms of the restructuring project. Similarly, there exists no such a rule under pre-packaged plans, since the plan is accepted before filing.

F. EFFICIENCY ASSESSMENT OF TURKISH SYSTEM

1. Some Problems of Chapter 11 that are Solved under the CEB

There is no experience so far under the CEB, in order to analyse empirically the duration of restructuring. However, with regard to short time limits and rapid nature of pre-packaged Chapter 11 plans, it can be suggested that restructuring duration is likely to occur faster than ordinary Chapter 11 cases.

One argument suggests that, super-priority funding during a traditional Chapter 11 case may give rise to a competitive advantage to the debtor company.³⁶ This is not true of the CEB and pre-packaged plans, due to the absence of any *statutory* super-priority rules.

Seeking the appointment of an examiner by the opponents of the pre-packaged plan may also delay completion of the proceedings.³⁷ Under the CEB this problem is solved by the article 309/ö/2, which confers discretionary power on the court to decide upon the request of creditors.

The traditional Chapter 11 process has wider application than the

36 Franks (n 12) 463.

37 SH Case and MA Harwood 'Current Issues in Pre-packaged Chapter 11 Plans of Reorganization and Using the Federal Declaratory Judgement Act for Instant Reorganizations' [1992] Annual Survey of American Law 75, 79.

CEB by means of embracing individual traders and bringing loose criteria for the application. In Chapter 11 cases, particularly large businesses may accomplish reorganization.³⁸ By restricting the process solely to the capital companies and cooperatives under the CEB, the lawmaker intended only *large businesses* to benefit from the process. There is a convergence between the systems with regard to large companies.

2. Special Problems of the CEB

(a) Effects of adjournment of the bankruptcy

There is an imperative need to build bridges between restructuring and adjournment of the bankruptcy schemes. The CEB articles 179–179/b, provide 5 years of grace period for the insolvent debtor. Such regulation provides enormously beneficial consequences for the debtor, which cannot be viewed as prudent concessions. From the viewpoint of the debtor, this *status-quo* eliminates the debtors' incentives to commence restructuring proceedings. This can merely be cured by modification of related provisions. There is a need for altering the beneficial view of the adjournment scheme and making it inferior to restructuring regime.³⁹

(b) Effects of previously negotiated and accepted plan

Time of negotiations stage generates one of the most controversial parts of the restructuring process. Since, negotiation after the occurrence of the insolvency leads to significant pitfalls. A reorganization scheme should offer a degree of relief for the debtor by eliminating any threats of actions against his assets, in order to confer adequate bargaining power upon the debtor to compel the creditors to agree. There are usually many creditors holding dissimilar interests, which cannot conveniently coordi-

38 Since the Chapter 11 regime is too long and costly for small companies and the statistics reveal that the Chapter 11 regime produce a higher success rate for large companies, Finch (n 6) 201.

39 For a more comprehensive discussion see S Altay 'İflasın Erteleme Hakkındaki Yeni Hükümlerin Yeniden Yapılandırılma Kurumları Üzerindeki Olumsuz Etkisi ve Çözüm Yolları' in Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan (Vedat Kitapçılık İstanbul 2004) 656.

nate their collection efforts.⁴⁰ Furthermore, when the insolvency occurs, it may create a public perception that the firm is not successful and such a bias may frustrate attempts of the debtor to compromise with the creditors. Since, all creditors may try to enforce their rights and exercise their legal remedies.

It may be easy for the debtor to persuade creditors, suppliers and customers to a pre-packaged plan under Chapter 11. However, the same situation may cause serious troubles under the CEB. Since, being insolvent is considered by most of the creditors somehow economic death of the debtor.⁴¹ This cultural difference necessitates automatic stay device in order to enable negotiations.

(c) Creditors' committees

Chapter 11 authorizes the formation of official creditors' committees, which may monitor the debtor and may *assist negotiations* by representing most of the creditors in a traditional Chapter 11 case. In the absence of formal committees under the CEB, *unofficial creditors' committees*⁴² may take place; otherwise, it will be difficult to convince creditors who have different competing claims. In pre-packaged plans, unofficial committees are usually appointed. Under 11 USC 1102(b)(1), if such committees were fairly chosen and are representative, they may continue working as official committees after the commencement of the case.

3. Reflections of Pre-packaged Plans

(a) Advantages of pre-packaged plans

The rationale behind this type of proceedings is to assist the financially troubled entity to emerge from the bankruptcy shortly after the Chapter 11 plan is filed. Some firms follow this route in order to 'combine the low

40 FH Buckley (ed) *The Fall and Rise of Freedom of Contract* (Duke University Press London 1999) 287.

41 Bankruptcy 'traditionally meant the economic death of the debtor' in Germany as well, Schwehr (n 4) 11.

42 In Canada, in the absence of official creditors' committees, formation of the unofficial creditors' committees is usual as well, LoPucki (n 7) 306.

administrative costs [including legal and accounting fees] of a workout with the nonunanimity requirements of tax benefits of Chapter 11'.⁴³ Favourable tax treatment⁴⁴ is available under the CEB article 309/u as well.

The debtor with a pre-packaged plan has the ability to bind dissenters and obtain a discharge under the 11 USC 1141(d) as in a traditional Chapter 11 case, while at the same time avoiding costs and delays which can arise from the solicitation of votes during a traditional Chapter 11 case.⁴⁵ This streamlined process can lessen deterioration of the debtor's business, it brings more certainty and predictability that the debtor will not enter into bankruptcy; it is easier to run business and the debtor will have more control all over the negotiations.⁴⁶

(b) Disadvantages of pre-packaged plans

Pre-packaged plans are more appropriate for companies, which are seeking for simple relief altering the rights of major economic creditors such as lenders and public debtholders, since pre-packaged plans do not contain important features of traditional Chapter 11 that enable a company to restructure its operations such as the *automatic stay* and *rejection of burdensome contracts*.⁴⁷ This legal position is same under the CEB, since the CEB debtor cannot benefit neither from an automatic stay, nor from power of rejecting executory burdensome contracts. Pre-packaged plans 'reduce the need for judicial involvement', but such private negotiations 'carry their own potential risks'.⁴⁸

Although it is argued that pre-packaged plans provide quick and inexpensive relief from *asbestos litigations* in the US, such cases have drawn vigorous objections by the creditors on the grounds that some creditors trea-

43 Franks (n 12) 459.

44 PB Geilich 'Essentials of Bankruptcy Tax Law' (1992) 66 ABLJ 323.

45 Norton BankrL and Practice 2d, s 86:1 (available on Westlaw).

46 SE Mayerson 'Current Developments in Prepackaged Bankruptcy Plans' (2002) 838 PLI/Comm 337, 341.

47 Case (n 37) 86.

48 DA Skeel 'Corporate Anatomy Lessons' (2004) 113 Yale Law Journal 1519, 1574, 'There is a danger that the parties represented at the bargaining table will favor themselves in the restructuring at the expense of other interested parties'.

ted more favourably or the plan violates the Code.⁴⁹ By way of example if the court finds that the disclosure statement is insufficient, the debtor will redistribute the disclosure statements and repeat the solicitation process, which will result in potentially long delays in confirmation.⁵⁰ *In re Southland Corp*⁵¹, the judge described the pre-packed plan as a 'Russian Roulette' for the proponent. The judge did not accept pre-petition solicitation and required the debtor re-solicit after the filing. This extended the time and increased expenses.

Furthermore, trade creditors may refuse to provide credit during the solicitation and the pre-packaged plan is a streamlined procedure, the judge has very little information in order to interpret the plan in case of any subsequent issues of interpretation.⁵²

It should be noted that, under the CEB system, the court might dismiss or accept the case. There is no such a re-negotiation or re-solicitation process, which the court may refer the debtor. Unlike the Chapter 11 system, the restructuring provisions do not confer this power upon the court. Therefore, re-negotiation and re-solicitation will not be a problem under the CEB practice.

G. CONCLUSION

This paper demonstrated that the two systems share the same objective, however there are significant procedural divergences involved in their operation. The CEB system attempted to cure the deficiencies of Chapter 11 regime, by means of adopting different approaches to the similar issues. The theoretically less costly and rapid pre-packaged filing regime was taken as a model for the new regime. However, this model regime is problematic as well. The debtor may be deprived of the benefits of a pre-packaged plan on a number of occasions, which may present under the CEB regime. Moreo-

49 MD Plevin and RT Ebert 'Pre-packaged Asbestos Bankruptcies: A Flawed Solution' (2003) 44 South Texas L Rev 883, 923.

50 *ibid* 888.

51 124 BR 211 (Bankr ND Tex 1991) 225-27.

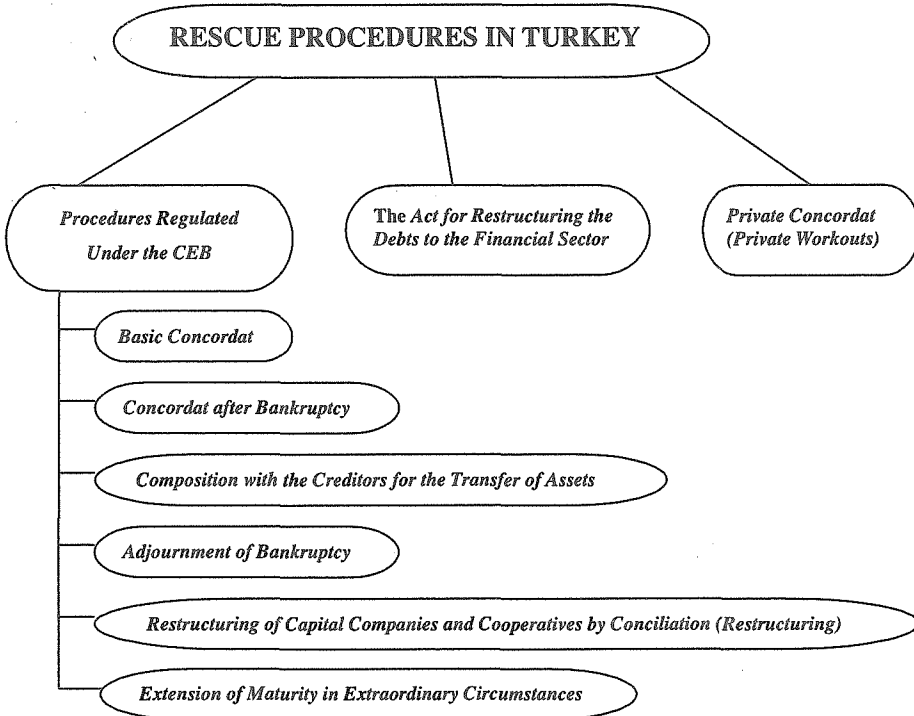
52 Mayerson (n 46) 343.

ver, Chapter 11 pre-packaged plans are appropriate for companies which have sound business operations: '[A] streamlined vehicle to fix the balance sheet while not disturbing the fundamental businesses'.⁵³ Although this has not proven to be the case to date, under the CEB, it is likely to happen in the future. Yet, this does not make the new regime a futile attempt. There are many entities facing short-term financial distress or otherwise economically viable businesses. It is possible to isolate the problems with the necessary experience and expertise. In the future; obstacles will be surmounted by the lawmaker and practice of the courts. This regime is establishment of a new rescue culture in accordance with the new trends of international community. Undoubtedly, it will result in more controversial enactments akin to the traditional Chapter 11 system.

The restructuring process took place in response to the need for a modern bankruptcy regime, which facilitates an advanced rescue culture. The Turkish system was not wholly unfamiliar with the concept of rehabilitation, yet the outmoded perceptions, which shaped concordat regimes have been left. This paper focused on merely one rescue regime in Turkey. There is a need for detailed comparative analysis of other regimes as well. In the future, the importance given to each of these rescue devices will reflect the development level in the ambit of the rehabilitation law in Turkey.

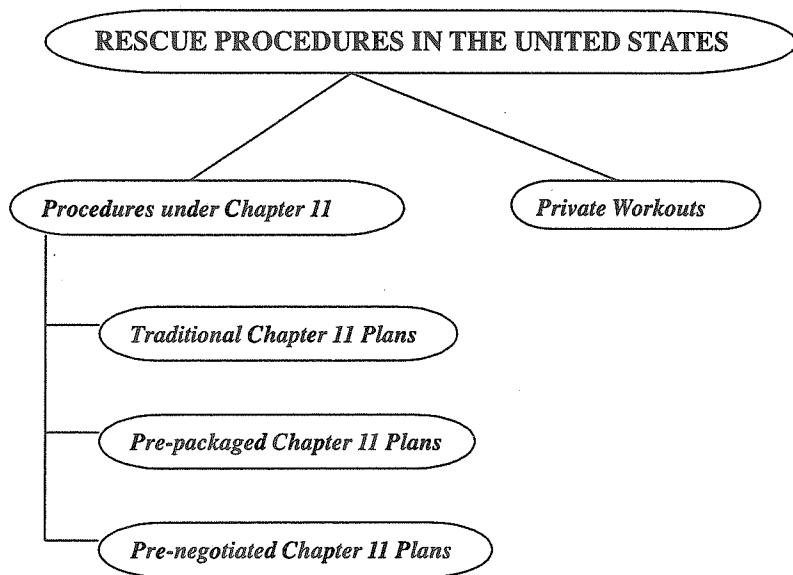
53 *ibid* 344.

APPENDIX A: RESCUE PROCEDURES IN TURKEY



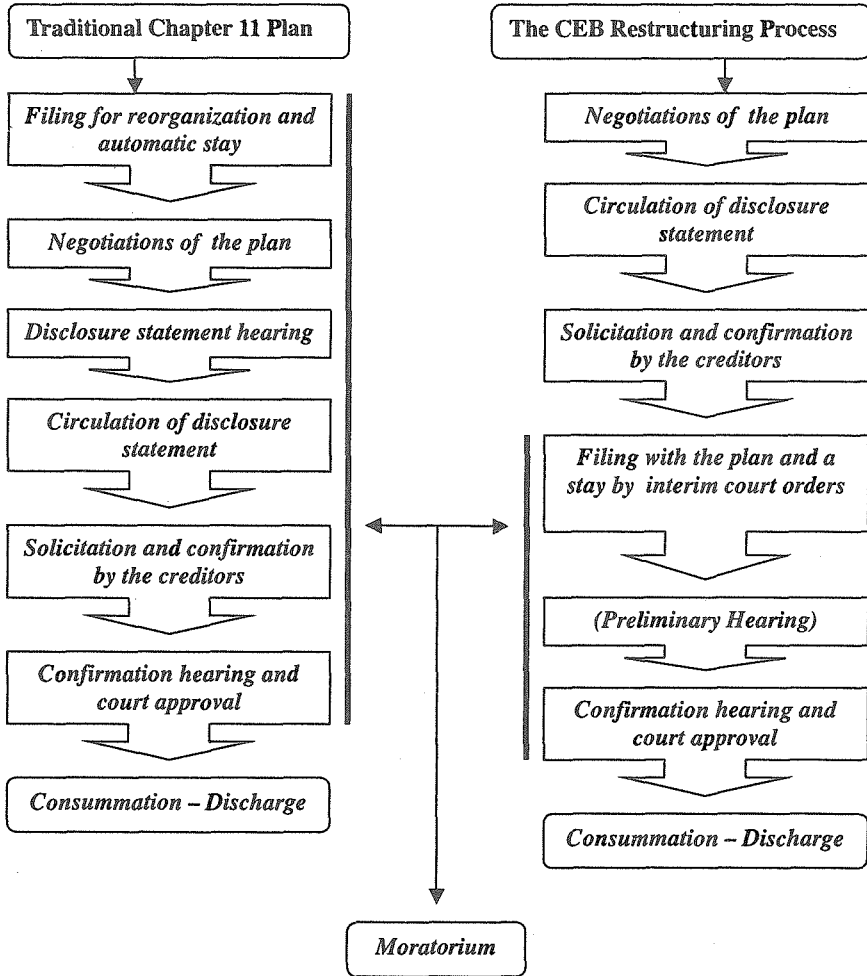
- *Basic Concordat* the CEB articles 285–308
- *Concordat After Bankruptcy* the CEB article 309
- *Composition with the Creditors for the Transfer of Assets* the CEB articles 309/a–309/l
- *Adjournment of Bankruptcy* the CEB articles 179–179/b
- *Restructuring of Capital Companies and Cooperatives by Conciliation (Restructuring)* the CEB articles 309/m–309/ü
- *Extension of Maturity in Extraordinary Circumstances* the CEB articles 317–329/a
- *The Act for Restructuring the Debts to the Financial Sector* Act No. 4743
- (Private Workouts) *Private Concordat*

APPENDIX B: RESCUE PROCEDURES IN THE UNITED STATES

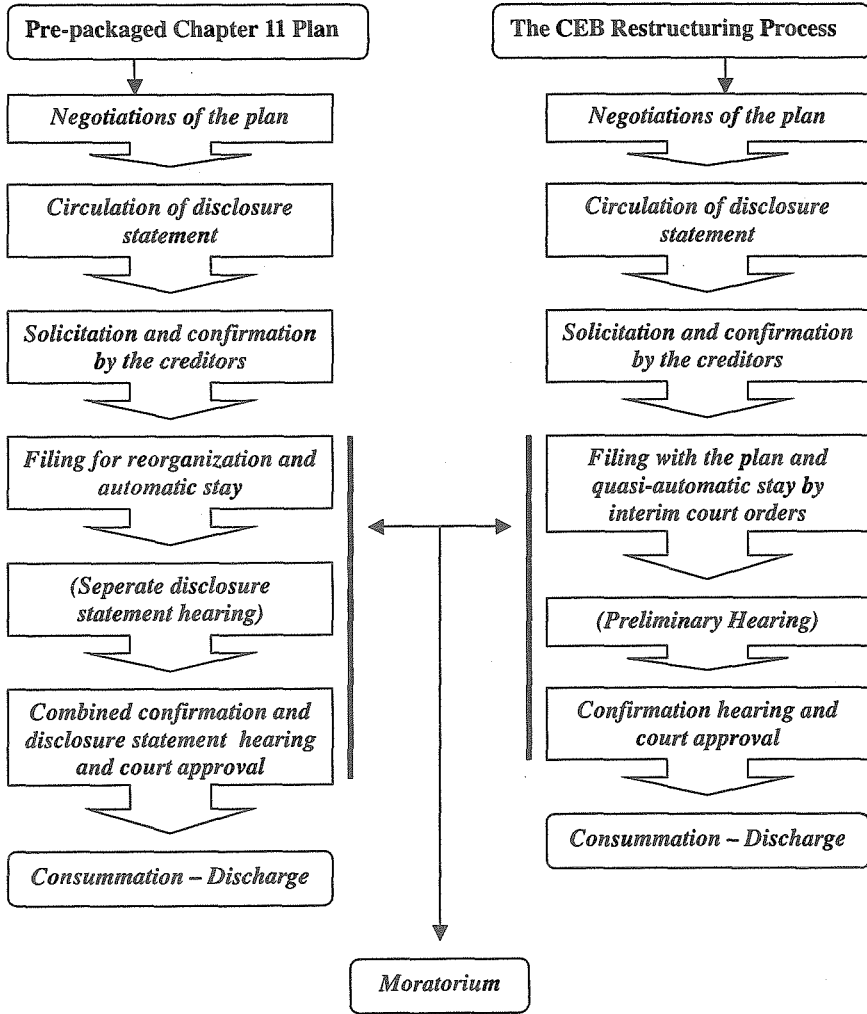


- Traditional Chapter 11 Plans
- Pre-packaged Chapter 11 Plans
- Pre-negotiated Chapter 11 Plans
- Private Workouts

**APPENDIX C: THE CEB RESTRUCTURING REGIME
COMPARED WITH TRADITIONAL CHAPTER 11 PLANS**



APPENDIX D: THE CEB RESTRUCTURING REGIME COMPARED WITH PRE-PACKAGED CHAPTER 11 PLANS



APPENDIX E: TOTAL BANKRUPTCY FILINGS IN THE UNITED STATES

Total Bankruptcy Filings by Bankruptcy Chapter Years Ended March 31, 2000-2005				
Chapter				
Year	7	11	12	13
2005	1,141,715	7,115	189	441,838
2004	1,176,654	11,649	573	465,878
2003	1,135,436	10,722	632	464,369
2002	1,059,777	11,477	389	433,107
2001	904,397	10,139	248	393,033
2000	908,802	10,071	739	381,568

Business and Non-Business Filings Years Ended March 31, 2000 -2005			
Year	Total	Non-Business	Business
2005	1,590,975	1,559,023	31,952
2004	1,654,847	1,618,062	36,785
2003	1,611,268	1,573,720	37,548
2002	1,504,806	1,464,961	39,845
2001	1,307,857	1,271,865	35,992
2000	1,301,205	1,263,096	38,109

NOTE: These statistics are available on
http://www.uscourts.gov/Press_Releases/news61005.html

APPENDIX F: STATISTICS CONCERNING THE COMPANIES IN TURKEY

2. Number of kind companies and cooperatives, CUMULATIVE TURKEY

Value: YTL

(January-May 2005)

Economic activities	Newly established		Changing their legal status			Capital increasing		Capital decreasing		Liquidated	
	Number	Capital	Number		Capital(Newly)	Number	Capital	Number	Capital	Number	Capital
			Old	Newly							
General Total	20 659	3 284 439 573	88	88	438 245 818	12 408	11 473 948 677	7	19 777 448	3 497	19 520 003
Joint Stock company	1 261	1 461 408 862	22	62	347 309 308	2 557	8 275 439 583	4	19 197 948	397	18 513 354
General partnership	7	198 500	5	-	-	39	9 333 938	-	-	81	15 181
Limited partnership	-	-	-	-	-	-	-	-	-	6	6
Limited liability company	18 666	1 820 466 948	61	26	90 936 510	9 810	3 189 158 656	3	579 500	2 871	991 320
Cooperative	725	2 365 263	-	-	-	2	16 500	-	-	142	142

SIS, Established and liquidated companies, May 2005

1. Number of kind companies and cooperatives, TURKEY

Value: YTL

(May 2005)

Economic activities	Newly established		Changing their legal			Capital increasing		Capital decreasing		Liquidated	
	Number	Capital	Number		Capital(Newly)	Number	Capital	Number	Capital	Number	Capital
			Old	Newly							
General Total	3 921	508 728 969	10	10	9 662 687	1 616	2 617 579 237	1	5 000	596	7 338 702
Joint Stock company	242	154 466 000	1	9	9 607 687	475	2 248 133 320	1	5 000	64	7 253 153
General partnership	4	78 500	-	-	-	4	5 165 000	-	-	11	10 010
Limited partnership	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Limited liability company	3 456	353 935 530	9	1	55 000	1 137	364 280 917	-	-	492	75 510
Cooperative	219	248 939	-	-	-	-	-	-	-	29	29

SIS, Established and liquidated companies, May 2005

5. Number of compare companies and cooperatives, CUMULATIVE TURKEY

(January-May 2005)

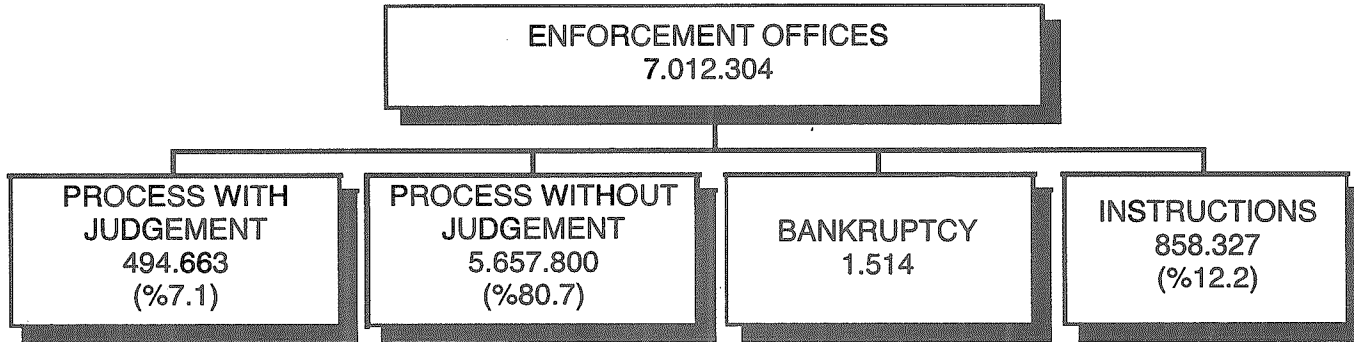
Economic activities	2004		2005		Percentage change	
	opened	closed	opened	closed	opened %	closed %
General Total	17 411	2 741	20 659	3 497	18.7	27.6
Agriculture, hunting and forestry	415	19	339	18	-18.3	-5.3
Fishing	24	5	29	4	20.8	-20.0
Mining and quarrying	154	15	167	15	8.4	-
Manufacturing industries	4 202	692	4 003	786	-4.7	13.6
Electricity, gas steam and hot water supply	80	1	107	1	33.8	-
Construction and public works	1 969	436	2 680	561	36.1	28.7
Wholesale and retail trade; repair of motor vehicles motorcycles and personal and household goods	5 770	889	6 788	1 277	17.6	43.6
Hotel and restaurants	590	57	662	53	12.2	-7.0
Transportation, storage and communication	1 449	193	1 888	253	30.3	31.1
Financial-mediator institution activities	388	80	435	105	12.1	31.3
Immovable, renting and working activities	1 452	209	2 297	250	58.2	19.6
The administrative activities of a government, defence obligatory social security	19	3	-	-	-	-
Education	303	30	410	30	35.3	-
Health jobs and social services	371	91	540	120	45.6	31.9
Other social, societal and individual services activities	225	21	314	24	39.6	14.3

SIS, Established and liquidated companies, May 2005

NOTE: These statistics are available on <<http://www.die.gov.tr/ENGLISH/>>

APPENDIX G: WORKLOAD OF ENFORCEMENT OFFICES

DISTRIBUTION OF CASES IN ENFORCEMENT OFFICES (2000)



CASES OF ENFORCEMENT OFFICES

(1/1/2000 - 31/12/2000)

TYPES OF CASE	COURT CASES			FINALIZED			POSTPONED UNTIL NEXT YEAR	RATIO OF ADJUDICATED CASES	M
	CASES FROM LAST YEAR	NEW CASES	TOTAL	CONCLUDED	NOT PROSE- CUTED	TOTAL			
PROCESS WITH JUDGEMENT	257892	240028	497920	74334	119758	194092	303828	39,0	466
PROCESS WITHOUT JUDGEMENT	2653844	3023698	5677542	509526	1557987	2067513	3610029	36,4	443
BANKRUPTCY	1011	504	1515	359	100	459	1056	30,3	773
INSTRUCTIONS	447311	415000	862311	69054	303877	372931	489380	43,2	428
TOTAL	3360058	3679230	7039288	653273	1981722	2634995	4404293	37,4	443

M: AVERAGE PROCESS PERIOD (DAILY)

CASES EXECUTED, ADJUDICATED AND LEFT OVER AT THE ENFORCEMENT OFFICES

(1999-2000)

TYPE OF CASE	COURT CASES			FINALIZED			CASES LEFT OVER		
	1999	2000	INC. %	1999	2000	INC. %	1999	2000	INC. %
PROCESS WITH JUDGEMENT	452381	497920	10,1	194489	194092	-0,2	257892	303828	17,8
PROCESS WITHOUT JUDGEMENT	4477752	5677542	26,8	1823908	2067513	13,4	2653844	3610029	36,0
BANKRUPTCY	1492	1515	1,5	481	459	-4,6	1011	1056	4,5
INSTRUCTIONS	748485	862311	15,2	301174	372931	23,8	447311	489380	9,4

DISTRIBUTION AND REFERENCE YEARS OF CASES ENTERED TO ENFORCEMENT

OFFICES ACCORDING TO THE YEARS IN THE TABLE BELOW

(1986-2000)

YEARS	PROCESS WITH JUDGEMENT		PROCESS WITHOUT JUDGEMENT		BANKRUPTCY		INSTRUCTIONS		TOPLAM		D	M
		D		D		D		D		D		
1986	480943	100	2417030	100	1907	100	625022	100	3524902	100	431	
1987	452051	94	2438242	101	1858	97	624630	100	3516781	100	394	
1988	454326	94	2601437	108	2385	125	648600	104	3706748	105	386	
1989	434006	90	2725928	113	1680	88	643480	103	3805094	108	427	
1990	452258	94	3066734	127	1765	93	643324	103	4164081	118	414	
1991	444865	92	3657632	151	1615	85	665644	106	4769756	135	427	
1992	438806	91	3818894	158	1507	79	662890	106	4922097	140	429	
1993	449944	94	3883937	161	1399	73	650522	104	4985802	141	406	
1994	441866	92	4220866	175	1333	70	665786	107	5329851	151	409	
1995	422864	88	3892525	161	1694	89	607884	97	4924967	140	443	
1996	395736	82	3525965	146	1601	84	541774	87	4465076	127	424	
1997	414746	86	3430624	142	1574	83	526069	84	4373013	124	413	
1998	428184	89	3782196	156	1513	79	593383	95	4805276	136	401	
1999	452381	94	4477752	185	1492	78	748485	120	5680110	161	416	
2000	497920	104	5677542	235	1515	79	862311	138	7039288	200	443	

M: AVERAGE PROCESS PERIOD (DAILY)

D: REFERENCE YEAR 1986=100

NOTE: These statistics are available on <<http://www.adli-sicil.gov.tr/ISTATIST.HTM>>

APPENDIX H: DOCUMENTS RELATED TO TURKISH ECONOMY AND REFORM OF BANKRUPTCY

(*) 2005 International Monetary Fund

May 2005 IMF Country Report No. 05/163

July 16, 2004 July 30, 2004 January 29, 2001

Turkey: 2004 Article IV Consultation and Eighth Review Under the Stand-By Arrangement and Request for Waiver of Nonobservance of Performance Criterion—Staff Reports; Staff Supplement; Public Information Notice and Press Release of the Executive Board Discussion; and Statement by the Executive Director for Turkey

[Page 32]

52. Greater emphasis needs to be placed on judicial reform. In particular, problems have arisen with the scope of judicial review of actions of the BRSA and SDIF concerning the banking sector and, more broadly, in the area of bankruptcy and commercial proceedings. On several occasions, administrative courts have overturned BRSA decisions with respect to insolvent banks relying on broad judicial review powers. These court actions make it difficult for BRSA to fulfil its supervisory mandate. The lack of judicial predictability is now extended to the government's ability to sell assets, bringing its privatization program into question. While the authorities have taken steps to address some of these problems in the recently adopted Bankruptcy Law and in the new draft Law on Credit Institutions, the authorities recognize the need for more fundamental judicial reform to support the functioning of Turkey's market economy, and they are of the view that such reform would best be undertaken as part of EU accession.

(*)Available on <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2005/cr_05163.pdf>

() Turkey—Letter of Intent**

Ankara, April 5, 2003

1. **The new Government is determined to strengthen and implement the ongoing economic reform program of Turkey.** After the November 3rd elections, Turkey's 58th Government won the vote of confidence in Parliament and took office on November 28, 2002. Financial markets reacted favorably to the election of a strong single-party government, helping to reinforce trust in Turkey's economic prospects. The decision of the European Union leaders at the Copenhagen Summit in December also provided impetus to stabilization and reform efforts on the way to full membership of the European Union. In the early part of 2003, the 58th Government established the main policy framework for the completion of the fourth review under the Stand-By Arrangement. Building on this progress, the reshuffled Government which won the vote of confidence in Parliament on March 23, 2003 will expeditiously continue with program implementation.

[...]

26. **We will also be taking the following measures to support the rapid resolution of the overhang of nonperforming assets of the banking sector:**

- **The Ministry of Justice has prepared a package of comprehensive reforms of the Execution and Bankruptcy Act.** These reforms are aimed at creating an effective bankruptcy system that will provide appropriate incentives for voluntary workouts in good faith. The early elections prevented us from meeting the structural benchmark on enacting these reforms by end-January 2003. The Ministry of Justice has since reviewed the comments received on the package, and the Government submitted the package to Parliament on March 25, 2003. We expect Parliament to pass the reforms by end-May 2003, meeting the structural benchmark with delay.

- **The Istanbul Approach for corporate debt restructuring is progressing gradually.** Since July 2002, 216 applications have been made, 96 restructuring agreements have been concluded, and US\$3.6 billion of corporate debt has been restructured as of end-January 2003. The reform of the Execution and Bankruptcy Act will further improve the effectiveness and the pace of the debt restructuring process.

(*) [Annex B page 123]**

Action	Type 1/	LOI	Status
Corporate debt restructuring			
62. Introduce in January 2002 a voluntary market-based framework, (the "Istanbul Approach") for dealing case-by-case with multicreditor exposures to large and medium-size borrowers		36	<i>Done</i>
[...]			
[Page 124]			
68. (a). The Ministry of Justice to prepare an action plan based on the findings of a World Bank Report on Standards and Codes (ROSC) on Turkey's insolvency regime and form a Commission to prepare necessary amendments to the Bankruptcy Law		37	<i>Done</i>
(b). The Ministry of Justice to produce a package of comprehensive reforms of the Execution and Bankruptcy Act by September 31, 2002	BM	16 of June LOI	<i>Done.</i> A draft legislation to amend Execution and Bankruptcy Act was submitted to CoM on March 7, 2003.
(c). Enactment of the reforms of the Execution and Bankruptcy Act by end-January 2003.	BM	16 of June LOI	<i>Ongoing.</i> Reforms were submitted to Parliament on March 25, 2003. Passage expected by end-May 2003.

1/ PA indicates a prior action, PC a performance criterion, and BM a structural benchmark.

2/ Unless otherwise noted, paragraph numbers refer to January 18, 2002 Letter of Intent.

(**) Available on <<http://www.imf.org/External/NP/LOI/2003/tur/01/index.htm>>

(***) Available on <<http://www.imf.org/External/NP/LOI/2003/tur/01/040503.pdf>>

(*) Document of May 2 1 2004 The World Bank

INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT PROGRAM DOCUMENT FOR A PROPOSED THIRD PROGRAMMATIC FINANCIAL AND PUBLIC SECTOR ADJUSTMENT LOAN IN THE AMOUNT OF US\$1 BILLION TO THE REPUBLIC OF TURKEY

[Page 13]

11. TURKEY'S FINANCIAL SECTOR REFORM PROGRAM

A. Introduction

37. In the aftermath of the November 2000 and February 2001 banking crises, the Government is committed to accelerating and widening the scope of its financial sector reform efforts to consolidate confidence in the banking system and place it on a sustainable path towards competitiveness at the international level and EU accession. The experience in other crisis countries has shown that banking crises resolution takes time. Accordingly, the Government structured its financial sector reform program in two phases, with the first focussing primarily on implementation of urgent banking system reform and restructuring efforts, and the second phase on the medium term broad based financial sector development agenda. The first phase was virtually completed with World Bank support under PFPSAL and PFP-SAL 11. Implementation of the second phase has now begun with support of PFPSAL 111.

38. The current phase of the program will (i) bring Turkey's legal and regulatory framework for banking up to Basel/EU and international best practice standards and ensure effective enforcement of all regulations, (ii) restructure the state banks in order to privatize them, and (iii) improve creditor rights and the regime for corporate insolvency. The program will include reforming non-bank financial intermediaries and capital markets at a later stage.

[...]

[Page 20]

F. Execution and Bankruptcy Act

61. The program appreciates that a better functioning banking sector requires a legal framework that addresses creditor rights, formal corporate insolvency and restructuring systems to allow for improved credit risk management practices. An Execution and Bankruptcy Act (EBA) that conforms with international best practice would assist in increasing private sector's access to credit and facilitating that productive assets in the economy be allocated to their most efficient uses.

62. In December 2003, amendments to the Execution and Bankruptcy Act (EBA) were enacted to introduce pre-packaged options and to complement earlier amendments enacted in July 2003 (meeting a second tranche condition for PFPSAL 11). The regulations for the amended EBA were published in April 2004 and will be implemented effectively

(* Available on <http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDS_IBank_Servlet?pcont=details&eid=000012009_2004082410044>

ABBREVIATIONS

CEB	Code of Enforcement and Bankruptcy 1932
CC	Turkish Commercial Code 1956
CTA	Corporation Tax Act 1949
DIP	Debtor in possession
FRBP	Federal Rules of Bankruptcy Procedure (2004)
IMF	The International Monetary Fund
US	The United States
USC	The United States Bankruptcy Code 1978
ROSC	Report on the Observance of Standards and Codes
RR	Regulation on Restructuring of Capital Companies and Cooperatives by Conciliation 2004
WB	The World Bank

BIBLIOGRAPHY

1. TEXTS

American Law Institute *International Statement of United States Bankruptcy Law* (Juris Publishing New York 2003).

DG Baird *The Elements of Bankruptcy* (3rd edn Foundation Press New York 2001).

DG Baird TH Jackson and BE Adler *Cases, Problems, and Materials on Bankruptcy* (3rd edn Foundation Press New York 2001).

A Belcher *Corporate Rescue* (Sweet and Maxwell London 1997).

J Bhandari and L Weiss (eds) *Corporate Bankruptcy: Economic and Legal Perspectives* (Cambridge University Press Cambridge 1996).

FH Buckley (ed) *The Fall and Rise of Freedom of Contract* (Duke University Press London 1999).

AC Budak (ed) *Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, Şirket Kurtarma Hukuku ve Banka Alacaklarının Cebri İcra Yoluyla Tahsili* (İstanbul Sanayi Odası ve Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü İstanbul 1993).

BG Carruthers and TC Halliday *Rescuing Business* (Calerendon Press Oxford 1998).

V Finch *Corporate Insolvency Law Perspectives and Principles* (Cambridge University Press Cambridge 2002).

RM Goode *Principles of Corporate Insolvency Law* (2nd edn Sweet and Maxwell Bodmin 1997).

Norton Bankruptcy Law and Practice 2d (available on Westlaw).

H Rajak (ed) *Insolvency law Theory and Practice* (Sweet and Maxwell London 1993).

P Wood *Principles of International Insolvency* (Sweet and Maxwell London 1995).

2. ARTICLES

S Altay 'İflasın Ertelenmesi Hakkındaki Yeni Hükümlerin Yeniden Yapılandırılma Kurumları Üzerindeki Olumsuz Etkisi ve Çözüm Yolları' in *Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan* (Vedat Kitapçılık İstanbul 2004).

AC Budak 'Ödeme Güçlüğü veya Ödeme Aczi İçindeki İşletmelerin Kurtarılması' in AC Budak (ed) *Şirket Kurtarma Hukuku ve Banka Alacaklarının Cebri İcra Yoluyla Tahsili* (Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü İstanbul 1993).

AC Budak 'Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu ile İlgili Usullerin Amacı Işığında İcra ve İflas Kanunu'ndaki 5092 Sayılı Kanun Değişikliği' (paper presented at the İstanbul Barosu Meslek İçi Eğitim Seminerleri – 2 Conference 8 May 2004).

SH Case and MA Harwood 'Current Issues in Pre-packaged Chapter 11 Plans of Reorganization and Using the Federal Declaratory Judgement Act for Instant Reorganizations' [1992] Annual Survey of American Law 75.

JR Franks and WN Torous 'Lessons from a Comparison of U.S. and U.K. Insolvency Codes' in J Bhandari and L Weiss (eds) *Corporate Bankruptcy: Economic and Legal Perspectives* (CUP Cambridge 1996).

PB Geilich 'Essentials of Bankruptcy Tax Law' (1992) 66 *American Bankruptcy Law Journal* 323.

T Jackson 'Bankruptcy, Non-bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain' (1982) 91 *Yale Law Journal* 857.

LM LoPucki and GG Triantis 'A Systems Approach to Comparing U.S. and Canadian Reorganization of Financially Distressed Companies' (1994) 35 *Harvard International Law Journal* 267.

LM LoPucki and WC Whitford 'Corporate Governance in the Bankruptcy Reorganization of Large Publicly Held Companies' (1993) 141 *University of Pennsylvania Law Review* 669.

SE Mayerson 'Current Developments in Prepackaged Bankruptcy Plans' (2002) 838 *PLI/Comm* 337.

G Moss 'Chapter 11: An English Lawyer's Critique' (1998) 11 *Insolvency Intelligence* 17.

MD Plevin and RT Ebert 'Pre-packaged Asbestos Bankruptcies: A Flawed Solution' (2003) 44 *South Texas Law Review* 883.

B Schwehr 'Corporate Rehabilitation Proceedings in the US and Germany' (2003) 12 *International Insolvency Law Review* 11.

DA Skeel 'Corporate Anatomy Lessons' (2004) 113 *Yale Law Journal* 1519.

JL Westbrook 'Comparison of Bankruptcy Reorganization in the US with Administration Procedure in the UK' (1990) 6 *Insolvency Law and Practice* 86.

JL Westbrook 'Chapter 11 Reorganization in the United States' in H Rajak (ed) *Insolvency law Theory and Practice* (Sweet and Maxwell London 1993).

SERMAYE ŞİRKETLERİ VE KOOPERATİFLERİN UZLAŞMA YOLUYLA YENİDEN YAPILANDIRILMASI

Abdülkadir BÖKE*

A. GİRİŞ

Sermaye şirketleri (anonim, limited, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler), ticaret şirketi olduğundan (TTK m.136) ve tacir sayıldıklarından (TTK m.18) iflâsa tabidirler.² Sermaye şirketleri açısından pasifin aktifinden fazla olması veya ödeme aczî içinde bulunulması durumu iflâs nedeni oluşturur. Zira sermaye şirketlerindeki sorumluluk şirketin sermayesi tutarında olup, alacağını şirket mevcudundan alamayan alacaklının ortaklara müracaat hakkı bulunmamaktadır. Buna göre borca batık durumdaki bir sermaye şirketinin alacaklıları ticaret mahkemesine başvurarak İİK m.179/I c.1 gereği şirketin iflâsını talep edebilirler. Şirketin yetkili organları da, şirketin pasifinin aktifinden fazla olduğunun anlaşılması halinde mahkemeye başvurarak şirketin iflâsını istemek zorundadırlar.³ Aksi durum ilgili kişilerin cezai ve hukuki sorumluluklarını gerektirir.

İflâs takibi ile amaçlanan borçlunun malvarlığından arta kalanları, işletmenin tümüyle devri, malvarlığına dahil olan malların tek tek satılması yolları ile paraya çevirmek ve tasfiye sonucunda elde edilen geliri alacaklılar arasında eşit olarak dağıtmaktan ibarettir. İflâs tasfiyesi sonucu elde edilen bedel çoğunlukla alacaklıların taleplerini karşılamaya yeterli olmayaca-

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Halen Türk Silahlı Kuvvetleri mensubu.

2 Kuru, Baki: İcra İflâs Hukuku El Kitabı, Ankara 2004, s.987(KURU-El Kitabı)

3 Bkz. İİK m.154, TTK m.324/II, Kooperatifler K. m.63/II

ğundan alacaklılar ancak belirli bir oranda tatmin edilebileceklerdir. Uygulamada genellikle iflâs taleplerinin % 80'lik bölümünde, borçlunun kalan malvarlığı iflâs tasfiye masraflarını bile karşılamadığından iflâs takibine geçmeye dahi imkan kalmamaktadır.⁴

Ticari işletmeler ekonominin vazgeçilmez aktörleridir. Ekonominin sağlıklı işleyebilmesi için herşeyden önce işletmelerin çalışmaları, borçlarını ödeyebilecek ve alacaklarını tahsil edebilecek durumda olmaları lâzımdır. Zor durumda bulunan şirketler için etkili bir çıkış yolu sağlayarak veya onların yeniden yapılandırılmalarına olanak vererek ticari yükümlülüklerin yerine getirilmesindeki aksamalardan kaynaklanan sakıncaların en aza indirgenmesini ve böylece ticari ilişkilerin ve finansal sistemin istikrar içinde devam edip gelişmesini sağlamak kanun koyucunun görevidir. Bu husus ülkenin ekonomik hayatında hayati bir rol oynar.⁵

İflâs kurumunun bu acizliği karşısında ve yukarıda belirtilen ekonomik gerekçelerle pek çok ülkenin aciz hukukunda klasik yöntemlerin ötesinde yenileştirme çabaları ve yeni arayışlar görülmüştür. Bu arayışların temelinde, ekonominin temel taşlarından olan sermaye şirketlerinin çeşitli sebeplerle düştükleri ödeme aczi durumu nedeniyle hem ülke ekonomisine yüklerini azaltmak hem de alacaklıların tatminini kolaylaştırmak düşüncesi yatmıştır. Ülkemizde de 1987 yılında 3332 sayılı "Sermaye Piyasasının Teşvîki, Sermayenin Tabana Yaygınlaştırılması ve Ekonomiyi Düzeltmede Alınacak Tedbirler ile Kurumlar Vergisi, Vergi Usul Kanunu ve Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 2002 yılında 4743 sayılı Malî Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun gibi çeşitli düzenlemeler yapılmış ancak bu kanunların hiçbirisinden başarılı ya da en azından kalıcı sonuçlar alınmamıştır.

İşte 12.2.2004 tarihli ve 5092 sayılı yasa ile, muaccel para borçlarını ödeyemeyecek durumda olan ya da mevcut ve alacakları borçlarını karşılamaya yetmeyen veya böyle bir tehlikeyle karşı karşıya kalması kuvvetle muhtemel olan sermaye şirketleri veya kooperatiflerin kanun tarafından ön-

4 Henckel, Wolfram: Batı Alman Aciz Hukukuna İlişkin Reform Planları İflâs Hukukunda Önerilen Değişiklikler (Çev. S.Mücahit Tanriverdi), Hukuk Araştırmaları Dergisi, Marmara Hukuk Fakültesi Yayını, C.3, S.2, İstanbul 1989 s.49-56

5 5092 sayılı Kanun Hükümet Gereğesinden alınmıştır.

görülen oranlarda alacağına sahip alacaklıların çoğunluğuyla borçlarının yeniden yapılandırılması konusunda uzlaşma imkanı getirilmesinin nedeni, yukarıda da bahsedildiği üzere ekonominin sağlam temeller üzerinde seyri maksadıyla gerekli hukuki alt yapının sağlanmasıdır.

Bu kanunla ulaşılmak istenen temel amaç; ödeme aczi içinde olan fakat ekonomik hayatini kaybetmemiş işletmeleri tasfiyeden kurtarıp “yeni yapılandırarak” ilk planda alacaklıların ve daha genel olarak ülke ekonomisinin yararlarını azami ölçüde korumak şeklinde özetlenebilir.

Burada üzerinde durulması gereken konulardan biri de “ticari borç” ve “ödeme aczi” kavramlarıdır. Zira her iki kavramda ticaret hayatında en çok karşılaşılan kavramlardandır. Bu kavramların tanımı iyi yapılmadan yeniden yapılandırma kurumunun anlaşılması güçtür.

I. TİCARİ BORÇ VE ÖDEME ACZİNİN ANLAMI

1. Ticari Borç ve Finansman Kavramları :

Bir işletmenin faaliyetlerini sürdürebilmesi, başarılı olabilmesi için tüketicilerin arzu ettikleri nitelikte mal veya hizmet üretmesi ve bu işletmeye fon sunanlara da yeterli düzeyde getiri sağlaması gerekmektedir. İşletmelerin faaliyete başlayabilmeleri, varlıklarını sürdürebilmeleri ve büyüyebilmeleri için çeşitli varlıklara ve bu varlıkların finansmanına ihtiyaçları vardır.

Sahip olunacak varlıkların miktarı, çeşitliliği doğal olarak işletmenin niteliğine bağlı olarak değişecektir. İşletmeler faaliyet özelliklerine bağlı olarak çok sayıda kısa ve uzun vadeli reel ve finansal varlıklara yatırım yapmak durumundadırlar. Yatırılan sermayenin sağlayacağı faydalar, gelecekle ilgili ve kesin olarak bilinemediğinden riskleri de içerir. Bunun yanında uzun vadeli yatırımların sürdürülebilmesi belli oranda stoklama yapılmasına da bağlıdır. Stoklamanın genellikle hem hammadde, hem yarı mamul hem de nihai mamul olarak yapılması söz konusudur. Yine işletmenin pazar payını genişletmek adına vadeli satışlara yönelmesi de alacaklara bağlanan fon miktarının artmasına neden olacaktır. İşte işletmenin hayatta kalabilmesi ve büyüyebilmesi bakımından gerekli olan tüm bu faaliyetlere ya özkaynaklarla ya da borçlanma yoluyla kaynak sağlanabilir. İki kaynak arasında temel farklılık, borçlanma durumunda işletmelerin zarar bile etseler faiz ve

anapara ödeme yükümlülüğü altında olmalarıdır. Genelde borçla finansmanın en önemli avantajı faizin gider olarak vergiden düşülebilmesidir.

İşletme finansmanının yönetimi, gerekli sermayenin ne kadarının borçla ne kadarının öz sermaye ile finanse edileceği yanında, borçlanmanın ne kadarının kısa vadeli ne kadarının uzun vadeli olacağına da karar vermedir. Kısa ve uzun vadeli finansman, bankalardan ya da finansman bonusu, tahvil gibi finansal varlıklarla tasarruf sahiplerinden sağlanabilir. İşletmenin niteliğine, ekonomik koşullara bağlı olarak çeşitli finansman seçeneklerinin maliyeti ve riski farklılık gösterebilir. Finansal yönetime düşen görev, çeşitli seçenekleri risk ve maliyet açısından karşılaştırarak işletmeye en uygun gelecek bir bileşimi oluşturmaktır.⁶

İşletmeler tamamen özsermaye ile çalışmak istediklerinde, eğer özsermayelerini istedikleri kadar arttırma imkanına sahip değillerse –ki çoğunlukla bu mümkün değildir- işlerini büyütemez, kârlı yatırım fırsatlarını değerlendiremezler. Bu nedenle gerektiğinde borçlanma yoluna giderler. Ancak bu borçlanmanın da bir sınırı vardır. Borçlanma oranı (kaldıraç oranı) olarak nitelendirilen bu oran toplam borçlanmanın işletmenin pasifi toplamına oranlanmasıyla bulunur. Gelişmiş ülkelerde işletmelerin borçlanma oranının (kaldıraç oranı) % 50'nin altında olması arzulanırken ülkemiz gibi gelişmekte olan ülkelerde bu oran % 70'lere çıkmaktadır.⁷

2. Ödeme Aczi Kavramı :

Yukarıda izah edildiği şekilde ticaret hayatında “borçlu” olmak son derece olağan bir ekonomik hadisedir. Yine bunun gibi borçlarını ödeyemeyecek duruma düşmekte, borçlu olmanın doğal sonucu sayılmalıdır. Çok ke-re bu durum bir hesapsızlık veya sorumsuzluk sonucu değil, ticaretin tabiatından kaynaklanan rizikonun sonucu olarak ortaya çıkar.

Borca batıklık genellikle şirketin mevcut ve alacaklarının şirketin borçlarını karşılayamaması şeklinden tanımlanmaktadır.⁸ Bir başka ifadey-

6 Aydın, Nurhan: Finansal Yönetim, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2004, s.1-20

7 Coşkun, Metin: Finansal Analiz, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2004 s.51

8 Atalay, Oğuz: Anonim Şirketlerin İflâsı, İzmir 1996, s.50 (ATALAY-A.Ş.)

le aktifin pasifi karşılamaya yeterli olmaması söz konusudur.⁹ Bu hal pozitif hukuk metinlerinde de “şirketin aktiflerinin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmemesi” (TTK m. 324/2), TTK m. 546 ve 446/II’de “şirket borçlarının mevcudundan fazla tutması”, Kooperatifler Kanunu m. 63/I ve İİK m. 345/a’da “mevcudun borçları karşılamaması”, İİK m.179’da “şirketlerin borçlarının mevcut ve alacaklarından fazla olması”, Sermaye Piyasası Kanunu m.46/h’de ise “mali durumun taahhütleri karşılamayacak kadar zayıflaması” şeklinde ifade edilmektedir.¹⁰ Borca batıklık olgusunun, “borca batıklık bilançosu” ile tespit edilmesi zorunludur. Bu bilançonun, aktiflerin bilanço tarihi itibarıyla gerçek ve fiili satış değerlerinin gözönünde tutulması suretiyle hazırlanması gerekmektedir.¹¹

Bir işletmenin ödeme aczi içinde olması demek ise, o işletmenin, mevcut ve alacaklarının borçlarını vadesinde ödemeye yetmemesi¹² demektir. Yani borçlunun aktifleri pasiflerini karşılamaya yetmesine karşın, muaccel ve vadesi yakın borçlarını ödeme yeteneğinden yoksun bulunmasını ifade eder. Bu bağlamda, borçlunun üst üste senetlerinin protesto olması, işçi ücretlerini, vergi borçlarını vb. süreklilik gösteren bir biçimde ödeyememesi, aciz halinin somut örneklerini oluşturan olgulardır.¹³ Borca batıklık ve ödeme güçlüğü içine düşme hali farklı kavramlardır. Ödeme güçlüğü içine düşmüş olma hali için şirketin malvarlığı durumuna bakılmaz. Şirket, muaccel borçlarını, ödeme araçlarındaki geçici olmayan bir yoksunluktan ötürü ödeyememektedir. Oysa borca batıklık halinde şirketin tüm aktifi (alacaklar, ödeme araçları, diğer malvarlığı unsurları) muaccel olsun veya olmasın şirketin bütün borçlarını karşılamaya yetmemektedir.¹⁴

9 Altay, Sümer: İflasın Ertelenmesi Hakkında Yeni Hükümlerin Yeniden Yapılandırma Kurumları Üzerindeki Olumsuz Etkisi ve Çözüm Yolları, Prof.Dr.Ergun ÖZSUNAY’a Armağan, İstanbul 2004, Vedat Kitapçılık s.625-658 (Altay-Yeniden Yapılandırma)

10 Kaya, Arslan: Borca Batık Anonim Şirketin İflasının Ertelenmesi, Prof.Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65 Yaş Armağanı, İstanbul 1999, s.279-304

11 Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2003, 9.Baskı,

No: 1464-1466

12 Bkz. İİK m. 179, TTK m 324/II

13 Altay, Sümer: Türk İflas Hukuku, İstanbul 2004, Cilt I, No : 313 (Altay-İflâs)

14 Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özkan, Meral/Özekes, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2004, s.324

Ödeme aczi içindeki işletmenin geri dönülmez bir şekilde tasfiyeye (iflâsa) sürüklenmesi mümkün olduğu gibi, sermaye yapısının iyileştirilerek (mesela yeni hisse senetleri ihraç ederek veya verimli bir şekilde işletilemeyen bazı malların elden çıkartılması suretiyle) ya da kredi olanaklarından yararlanarak mali durumunu düzeltmesi mümkündür.¹⁵

3. Finansal Başarısızlık Nedenleri

Bir işletmenin ödeme güçlüğü haline düşmesinin çok belirgin sebepleri vardır. Bu sebepler; kötü işletmecilik, yetersiz yönetim, dengesiz ticari faaliyet ve çevre etkenlerindeki değişimler olarak sıralanabilir.¹⁶ Bütün bu etkenler dışında hileli bir durum da şirketi veya kooperatifi ödeme aczi içine sokabilir. İşletmelerde yaşanan başarısızlıklar kârlılığın giderek azalması ve likidite sorunlarının ortaya çıkması, finansal yükümlülüklerin yerine getirilememesi sonuçlarını oluşturmaktadır. İşletmede planlamanın yetersiz olması nedeniyle ihtiyaç ve kaynaklar arasında dengesizlik oluşmaktadır. Ayrıca uygun vade yapısının kullanılmayışı da önemlidir. Aşırı büyüme sonucu borçlanmanın artması, özkaynakların azalması, riski azaltmak amacıyla faaliyetlerde çeşitlendirme yapılmayışı, yönetim süreci çerçevesinde koordinasyonun yeteri kadar yapılamaması, yeni ürün ve pazarlar için çalışmaların yeteri kadar olmaması gibi sebepler işletmeleri başarısızlığa sürüklemekte ve sonuç olarak ödeme güçlüğü haline sokmaktadır.¹⁷ Yine ekonominin konjonktürel dalgalanmaları da, örneğin pazar daralması, tüketicimin azalması, enflasyon, döviz kurlarındaki ani hareketler, borsadaki spekülasyonlar, ürün/fiyat rekabeti gibi piyasa kaynaklı veya borçlanma maliyetlerinin yükseltilmesi, vergilerin artırılması gibi kamusal kaynaklı finansal başarısızlık sebeplerindedir.

Aslında bir şirketin ödeme aczi içine düşeceği, bu şirketin bilançola-

15 Budak, Ali Cem: Ödeme Güçlüğü veya Ödeme Aczi İçindeki İşletmelerin Kurtarılması ve Türk Konkordato Hukuku, Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İstanbul 1993 (BUDAK-İşletmelerin Kurtarılması) s.70

16 Budak-İşletmelerin Kurtarılması,s.69- Campbell C/Underdown B., Corporate Insolvency in Practice An Analytical Approach, Londra 1991'den naklen)

17 Doğanay, Murat; Finansal Başarısızlık ve Likidite, AÜSBF.İşletme Bölümü Çalışma Toplantıları, 2004/3

rının incelenmesi sonucu öngörülebilir bir durumdur. Bilanço ve malî tabloların incelenmesi sonucu belirli hesaplamalarla şirketin malî durumunun ne kadar güçlü olduğu hesaplanabilmektedir.

II. YENİDEN YAPILANDIRMA KAVRAMI

Sermaye şirketleri için söz konusu olan “sınırlı sorumluluk” müessesesi, yatırımcıların ticarete ayırdığı sermaye ile kişisel malvarlığını birbirinden ayırıp, ticari teşebbüs dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluğu sermaye ile sınırlayarak, söz konusu teşebbüsün borca batması tehlikesi karşısında sadece yatırımcıyı koruma işlevini görür. Buna karşılık iflâs hukuku, hem borçlunun hem de alacaklının korunması gayesine hizmet eder. Bir başka ifadeyle ticaret şirketlerinin iflâsı, borçlunun borca batık malvarlığının en elverişli şekilde paraya çevrilmesi ve alacaklılar arasında adil bir şekilde paylaşılmasının sağlanmasından ibaret olan bir amaca, alacaklıların korunmasına hizmet eder.

Ancak 1980’li yıllardan itibaren A.B.D’den başlayıp Avrupa’ya yayılan yeni bir anlayış bu geleneksel anlayışı değiştirmiştir. Bu yeni yaklaşım, mümkün ve faydalı olan hallerde aciz halindeki ticaret şirketlerinin, tasfiye edilmeyerek, ticari faaliyetlerini ve varlıklarını sürdürmelerinin sağlanmasında iflâs hukukunun amaçlarından biri olarak görmektedir. Gerçekten ticari faaliyet içindeki bir işletmenin, o güne kadar kurmuş olduğu ticarî ilişkileri, işletmecî kadrosu, eğitilmiş işgücü ve müşteri çevresi gibi unsurları ile ifade ettiği ekonomik değer (going concern value=işletme değeri), bu işletmeye ait mal ve alacakların “haraç-mezat” satılması ile elde edilecek bedelden (tasfiye değeri) daha fazladır.¹⁸

Halbuki müflis şirkete ait malvarlığının, iflâs hukukunun geleneksel düzenlemesi altında (esasen tasfiyeye göre düzenlenmiş olan paraya çevirme usulü içinde) “bir ticarî işletmenin devri” şeklinde bütün olarak satılması kolay değildir. Diğer yandan böyle bir paraya çevirme usulüne, müflis işletme-

18 Budak Ali Cem.: ABD Hukukunda Şirket Kurtarma, İstanbul Sanayi Odası Dergisi, Aralık 1991, s.159-166 (BUDAK-ABD’de Şirket Kurtarma); Budak, Ali Cem: Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu İle İlgili Usullerin Amacı Işığında İcra Ve İflas Kanunu’ndaki 5092 Sayılı Kanun Değişikliği, İstanbul Barosu Meslek İçi Seminerleri-2, 8.5.2004, İstanbul, s.8-35 (BUDAK-Seminer)

nin çok büyük olduğu hallerde piyasa koşulları (yeterli talebin/paranın olmayışı) elvermeyeceği gibi, işletmenin nisbeten küçük olduğu ve bizzat pay sahipleri tarafından işletildiği hallerde de cebri satış sonucunda işletmecilerin değişecek olması “işletme değeri”nin muhafazası amacına ulaşılmasını büyük ölçüde engeller.¹⁹ Zira iflâs tasfiyesi uzun sürmekte ve alacaklıların yeterli ölçüde tatmin edilmelerini sağlamamaktadır. Özellikle, tasfiye sürecinde masaya dahil mal ve hakların parça parça satılması, iflâs alacaklılarının ancak tasfiye değerinden küçük bir pay elde etmeleri sonucunu doğurmaktadır.²⁰ Bu nedenle yeniden yapılandırma kurumunun uygulanabilmesi için, borçlu şirketin kurtarılabilir bir durumda olması ve alacaklıların bu kurumun uygulanması halinde, borçlu şirketin iflâsı ihtimalinde elde edeceklerinden daha fazlasına sahip olacaklarının öngörülmesi gerekmektedir.²¹

Bu noktada ödeme aczi içindeki işletmenin mevcut tüzel kişiliğinin ayakta tutularak, bu işletmenin taşıdığı “işletme değeri”nden alacaklıların istifade edebileceği başka bir usule ihtiyaç bulunmaktadır ki, bu yeni usul “şirketin yeniden yapılandırılması” usulüdür.

Bir ülkenin iflâs hukuku sistemi verimli olmayan işletmelerin tasfiyesine, buna karşılık rehabilite olabilecek firmaların ise yaşamaya devam etmesine hizmet etmelidir. Öyle bir kanun olmalıdır ki, iflâsların mümkün mertebe bir an önce açılmasını sağlamalı (zira daha çok gecikirse borçlunun ileride kurulabilecek iflâs masasına koyacak bir şeyi kalmayacaktır); ancak, aynı zamanda öyle hükümler getirecek ki, o ortamda takibi yapılan borçlu veya iflâsı istenen borçlu, şayet özellikle ülkemizde gördüğümüz gibi konjonktürel sebeplerle o aciz haline düşmüşse, iyileştirilmeleri sağlanarak hem borçlunun hem de alacaklıların menfaatleri korunmuş olacak.²²

19 Henckel, Wolfram: a.g.e. s.2 sütun 4

20 Taşpınar, Sema: Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 12, Sayı 2, Sayfa 49-92, Ankara Aralık 2003, (TAŞPINAR-Adi Konkordato)

21 Westbrook, Lawrence: ABD Şirket Kurtarma Usulü Kanunu-Şirketlerin “Going Concern” Olarak Alacaklılara Karşı Korunması (Çev.Ali Cem Budak), Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İstanbul 1993, s.1-31(WESTBROOK-Going Concern)

22 ATALAY, Oğuz: İflâsın Ertelenmesi, Konkordato Hukukundaki Değişiklikler, Bankacılar Dergisi, Aralık 2003, s.99-106 (ATALAY-İflâs)

Başarılı bir iflâs hukuku sisteminde; ödeme güçlüğü ile karşılaşılacak hallerde yaşama kabiliyeti olan ve olmayan firmalar birbirinden ayrılabilir, şirketin kurtarılması söz konusu ise bunun için ihtiyaç duyulan finansmanın sağlanmasını mümkün kılacak mekanizmalar mevcut olmalı ve iflâstan etkilenen her kesime mesela alacaklarından ziyade işlerini kaybetmek endişesinde olan işçilere söz hakkı tanınmalıdır.²³

Ekonomik düzende rekabet edemeyen işletmeler ve girişimciler daima mevcut olacaktır. Alacaklı ile borçlu arasındaki hassas dengeyi gözeterek, öngörülebilir ve şeffaf bir icra iflâs hukuku, bu işletmeler ve girişimciler, yatırımcılar için etkili bir çıkış yolu sağlayarak veya onların yeniden yapılandırılmalarına imkân tanıyarak ve böylece de ticarî yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden kaynaklanan sakıncaları en aza indirgeyerek, ticarî ilişkilerin ve finansal sistemin istikrar kazanmasında hayati bir rol oynar.

Sosyal ve ekonomik koşullardaki değişiklikler nedeniyle, aslında ekonomik hayatlarını devam ettirmeleri mümkün olan bazı ticarî işletmeler, borçlarını ödeyemedikleri veya mal varlıkları borçlarını karşılayamadığı için ekonomik varlıklarını yitirme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu tehlike, iyi niyetli borçluları olduğu kadar alacağını tahsil edememe durumuyla karşı karşıya kalan alacaklıları ve en önemlisi, işini kaybetme riskine maruz kalan işçileri de tehdit etmekte; bu tehdit ve durum, sonuçta, bölgesel ve millî ekonomiyi de etkilemektedir. Bu gibi durumlarda, ekonomik varlığını devam ettirebilme ihtimali olan işletmelerin mal varlığını koruyucu önlemler almak veya yeniden yapılandırılmalarını sağlamak, alacaklıların ve borçluların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini düzenlemek herkesin yararına.²⁴

İşte bu amaca ulaşmak, İcra ve İflâs Kanununun bu amaca ulaşmasını zorlaştıran bazı yönlerini düzeltmek ve boşluklarını doldurmak, kötü niyetli kişilerin İcra ve İflâs Kanunundaki bu boşluklardan yararlanma girişimlerini önlemek, uygulamadaki duraksamaları gidermek maksadıyla 12.2.2004 tarihli ve 5092 sayılı yasa ile İcra ve İflâs Kanunumuza yapılan değişiklik-

23 Atiyas, İzak: Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu ile İlgili Uygulama Örnekleri Paneli, İstanbul 1993 (Çeviren Ali Cem Budak) (ATİYAS-Panel)

24 Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 22. Dönem 2. Yasama Yılı 52. Birleşim 12/Şubat/2004 Perşembe'den alınmıştır.

lerle yepyeni bir kavram olan “uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma” hukukumuzda girmiştir.

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma, malî durumu bozulmuş olan, bir başka ifadeyle muaccel para borçlarını ödeyemeyecek durumda olan veya mevcut ve alacakları borçlarını karşılamaya yetmeyen ya da bu hallerden birine düşme tehlikesiyle karşı karşıya kalması kuvvetle muhtemel olan bir sermaye şirketi veya kooperatifin, alacaklıları ile bir yeniden yapılandırma projesi çerçevesinde anlaşması temeline dayalı olarak iflâstan kurtulması ve faaliyetlerine devam edebilmesine imkan tanıyan bir iyileştirme yöntemidir. Bu anlamda tamamen yepyeni bir kurum olarak hukukumuzda girmiştir. Bu kurum, her ne kadar Kanunda konkordato hükümlerini izleyen maddelerde düzenlenmiş ise de konkordatonun bir türü olmadığı gibi, külli bir takip ve tasfiye usulü de değildir.²⁵ Bu yeni yaklaşım, ödeme aczi içinde olan fakat ekonomik hayatini kaybetmemiş işletmeleri tasfiyeden kurtarıp yeniden örgütleyerek ilk planda alacaklıların ve daha genel olarak ülke ekonomisinin yararlarını azami ölçüde korumak şeklinde formüle edilebilir. Bu kapsamda sadece şirketin borçları değil, gerektiğinde yapısal anlamda şirketin kendisinin de yeniden yapılanması söz konusu olabilecektir.

Yeniden yapılandırma kurumunun amacı; şirket ile alacaklıları arasında şirketin ödeme güçlüğü sorununu çözmeye yönelik bir anlaşmaya varılmasını sağlamaktan ibarettir. Dolayısıyla yapılacak yeniden yapılanma anlaşması; alacaklıların, alacaklarının tamamını değil ama daha az bir kısmını almaya razı olmalarına ve ödemenin esas sözleşmelerde öngörülmüş olduğundan daha uzun bir vadede yapılmasına yönelik olacaktır. Bu şekilde iflâs sonrası “hiçbir şey” elde edememektense yeniden yapılandırma ile öngörülenden daha uzun bir vadede bile olsa alacağın bir kısmının tahsili söz konusu olabilecektir.

1800'lü yıllarda Amerikan özel demiryolu şirketlerinin Avrupa'dan alınan borçları iç savaş nedeniyle ödeyememesi üzerine, demiryollarının tamamlanması amacıyla “hakkaniyet hukuku” olarak yargı kararlarıyla başlayan bu kurum, 1850'li yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde (A.B.D.) yazılı hukuk kuralı haline getirilmiştir.²⁶ Esasen üzerinde hala tartışmalar

25 Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes; a.g.e s.431

26 Aksoyoğlu, Necati; İcra İflâs Hukukunda Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma, İktisadi Araştırmalar Vakfı Yayını, İstanbul 2004

sürmekte ve değişik ülkelerde farklı uygulamalar göze çarpmaktadır.

A.B.D uygulamasında 11.Bölüm hakkındaki eleştirilerin büyük bölümü, şirketlerin bir müddet sonra tekrar iflâsa sürüklendikleri iddiasına dayandırılmaktadır. Yine bu şirketlerin bir bölümü bir proje onaylatmakta başarılı olamamaktadırlar. Bununla birlikte uygulama büyük şirketlerde küçük şirketlere oranla daha başarılı sonuçlar vermektedir.²⁷

İngiltere’de ise 1982 yılında hazırlanan bir rapor²⁸ sonucu, güç durumdaki işletmelerin kurtarılmasına yönelik olarak aciz hukukunda kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Hazırlanan bu raporda , “iyi bir modern aciz hukukunun amaçlarının neler olması gerektiği” hususunda yorumlar da yapılmıştır. Raporda belirtilen bu ilkeler özellikle krediye dayalı serbest pazar ekonomisi uygulayan ülkeler açısından genel geçer olması bakımından önemlidir. Raporda bir işletmenin başarısızlığa uğrayarak borç ödeme acizine düşmesinin, sadece işletmenin işleri ile yakından ilgili kimseler üzerinde değil stoklar, müşteri çevresi, üretim tesisleri, işçiler ve hatta bölge halkı üzerinde olumsuz etkileri olacağından bahsedilmekte ve halkın menfaatlerinin bir teşebbüsün yaşamaya devam etmesinden yana olduğu hallerde, kısa dönemde kârlılığa geçirilmesi mümkün olmayan teşebbüslerin kurtarılması için mekanizmalar gerektiği ifade edilmektedir.²⁹

Almanya’da 1979 tarihli İflâs Kanununda iflâsı önleyici herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak ödeme güçlüğü içine düşmüş şirketlere uygulanacak iflâs ve konkordato usullerinin alacaklıların tatmin edilmesine yetmemesi ile bunların ekonomi üzerindeki yüklerinin ağırlaşması neticesinde 1978 yılında ödeme güçlüğü alanındaki hukuki düzenlemeleri yapmak üzere bağımsız bir komisyon göreve çağırılmıştır. Komisyonun uzun süreli çalışmalarını müteakip 1999 yılında yapılan düzenlemelerle “şirket kurtarma” usulü Alman hukukuna da girmiştir.

27 Westbrook-Going Concern: s.30

28 Report of The Review Committee on Insolvency Law and Practice (1982) Majesty’s Stationary Office, Cmnd. 8558

29 Clarke, Alison; İngiliz Hukukunda 1986 Aciz Hukuku Kanunundan Sonra Şirket Kurtarma ve Yenidenörgütlenme, (Çeviren Ali Cem Budak), Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme

Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İstanbul 1993, s.41

İsviçre’de, 1889 tarihli Federal İcra-İflâs Kanunu’nda, iyileştirme ve borçların ödenmesinde yeni olanakların sağlanması bakımından eksikliklerin olduğu eleştirileri üzerine 1976 yılında toplanan uzmanlar kurulunun uzun çalışmaları sonucu 1994 yılında değişikliğe gidilmiştir. Bu değişiklikler, tam anlamıyla ABD hukuku benzeri bir uygulama getirmemekle birlikte bu konuda esneklikler getirmiştir.³⁰

Ülkemizde son yıllarda ardı ardına yapılan değişikliklerle iflâs hukukunda yepyeni ve devrim niteliğinde düzenlemeler getirilmiştir. İflâsın ertelenmesi ve konkordato gibi kurumlar ödeme gücünü içine düşmüş işletmelerin ekonomiye kazandırılması ve alacaklıların menfaatlerinin korunması açısından işler hale getirilmiştir. Yine “İstanbul Yaklaşımı” olarak da adlandırılan 4743 sayılı Malî Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile ekonomik konjonktürdeki dalgalanmalar nedeniyle zor duruma düşen 300’e yakın şirketin borçları yeniden yapılandırılmıştır. 5092 sayılı kanun ile getirilen bu yeni düzenleme ise, bütün bunların bir karması gibi görünmekle birlikte yararlanacak olan borçlular, sürecin başlama şekli ve uygulanacak usul ve esaslar açısından önemli farklılıklar içermektedir.³¹

B. YENİDEN YAPILANDIRMA PROJESİNİN HAZIRLANMASI

I. GENEL OLARAK

Sermaye şirketi veya kooperatifin, muaccel borçlarını ödeyemeyecek durumda olması veya şirketin mevcut ve alacaklarının borçlarını karşılamaya yetmemesi veya şirketin bu hallerden birine düşme tehlikesiyle karşı karşıya kalmasının kuvvetle muhtemel bulunması³² nedenleriyle malî durumu bozulan ve uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmadan yararlanmak isteyen bir sermaye şirketi veya kooperatif, borçlarını hangi koşullarda ödeyebileceğini, bu ödemeyi sağlayacak finansal araçlara hangi yoldan sahip olacağını, işletmesinde ve yönetiminde ne gibi değişiklikler yapacağını, malî bün-

30 Taşpınar, Sema: İsviçre Federal İcra İflâs Kanununda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış, 75.Yaş Günü İçin Prof.Dr.Baki Kuru Armağanı, TBB Yayını, Ankara 2004, s.599-669

31 Budak-Seminer, s.8-11

32 Bkz. YYYön.m.3 /a, b, c

yenin güçlendirilmesi, verimlilik ve kârlılık için hangi tedbirleri alacağını, hazırlayacağı bir “yeniden yapılandırma projesi” ile ortaya koymalıdır.³³

Yeniden yapılandırma süreci, sermaye şirketi veya kooperatifin yetkili kurullarınca borçlulara yönelik bir başvuru ile başlayacaktır. Dünyadaki başka örneklerinden farklı olarak, bizim hukukumuzda bu usule sadece borçlunun kendisinin başvurabilmesi öngörülmüştür. Oysa konkordatoda, Kanun alacaklıların da konkordatoya müracaat etmesine imkân vermektedir.³⁴ Bu başvurunun içeriğini işletmenin malî durumu ile ilgili ayrıntılı bilgileri içeren raporlar ile birazdan ayrıntılı biçimde incelenecek olan diğer belgeler oluşturacaktır.

Proje, borçlu tarafından önerilen bir uzlaşma plânıdır. Dolayısıyla eldeki veriler doğrultusunda alacaklıya bir takım alternatifler sunacaktır. Bu noktada borçlu tarafından hazırlanan yeniden yapılandırma projesi, alacaklılarla müzâkere edilerek nihai hâle getirilecektir. Böylece ortaya çıkan metin borçlu ile alacaklı arasındaki bir uzlaşma metni olacaktır.

Projeyi hazırlayan şirket veya kooperatif, projeyi müzâkere edeceği ve projenin kabulü için oylarına başvuracağı alacaklıları İİK 309/n maddesinde ve Yönetmeliğin 6 ncı maddesinde belirtilen hükümlere uymak kaydıyla serbestçe belirleyebilir. Yine şirket veya kooperatif bazı alacaklıların borçlarında hiçbir değişiklik yapmaksızın aynı miktarda ve daha önce kararlaştırılan vadelerde ödeme yapmayı vaat edebilir. Bu tür alacaklılara “projeden etkilenmeyen alacaklılar” denir. Talepte bulunacak şirket veya kooperatif, projeden etkilendirmeyi düşündüğü alacaklıları arasında da eşit davranmak zorunda değildir.³⁵ İcra İflâs Kanununun 309/n maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, projede birden fazla alacak sınıfı yer alabilir. Sınıflar, alacağın niteliğine göre tespit edilir. Yeniden yapılandırmada, sadece aynı grupta yer alan alacaklılar arası eşitlik ilkesi benimsenmiştir. Ancak her bir grupta yer alan alacaklıların, diğer gruplardaki alacaklılar ve projeden etkilenmeyen alacaklılara nasıl bir ödeme teklifinin yapıldığından haberdar olmaları gereklidir. Aynı şekilde proje, aynı sınıfta olup da etkilenen alacaklılar arasında ayırım veya hakkaniyete uygun olmayan çözüm içeremez.

33 Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes; a.g.e s.433

34 BUDAK-Seminer, s.11

35 Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes; a.g.e s.433

Burada projeden etkilenecek alacaklılar, yeniden yapılandırma projesi ile alacakları, hakları veya menfaatleri yeniden yapılandırılacak alacaklıları ifade eder.³⁶ Borçlu, projeyi müzâkere edeceği ve projenin kabulü için oylarına başvuracağı alacaklıları, kanun ve yönetmelikte belirtilen hükümlere uymak koşuluyla serbestçe belirler. Böylece, borçlunun bir kısım alacaklılarla ilişkilerini sürdürürken diğer bir kısım alacaklılar arasında borçlarını yeniden yapılandırmak için uzlaşabilmesi mümkün kılınmaktadır.³⁷ Müzâkerelere davet edilen alacaklılar, “projeden etkilenen alacaklılar” sayılır.³⁸ İcra İflâs Kanununun 309/n maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, projede birden fazla alacak sınıfı yer alabilir. Sınıflar alacağın niteliğine göre tespit edilir. Yeniden yapılandırmada sınıflar arasında eşitlik zorunlu olmakla birlikte aynı sınıftaki alacaklılar arasında bir eşitlik söz konusudur. Burada alacaklı her bir grup için ayrı bir ödeme plânı teklif edebilir. Bu sayede borçluların bu kurumdan daha kolay yararlanmaları ve sistemin daha işlevsel olması sağlanmıştır.³⁹ Ancak A.B.D. uygulamasında da itirazların çoğunlukla sınıflandırma üzerine olduğu dikkate alındığında yeniden yapılandırmada alacaklıların sınıflandırılmasının suistimallere uğrayabileceği, projenin onaylanmasını geciktirebileceği ve alacaklılar gruplarından birinin dahi projeyi onaylamaması halinde projenin uygulamaya konulamayacağı riskini de gözönünde bulundurmak gerekmektedir.

Projeyi hazırlayacak olanlar sermaye şirketi veya kooperatif adına temsil ve idareye yetkili organlardır. Yani anonim şirketler ile kooperatiflerde yönetim kurulu, limited şirketlerde şirket müdürü, şirketin tasfiye halinde olması halinde tasfiye memurları müracaata yetkili ve görevlidirler. İflâs ve konkordato prosedürlerinden farklı olarak, alacaklılar şirket veya kooperatifin yeniden yapılandırılmasını talep edemezler. Projenin hazırlanmasına da iştirak edemezler. Şirket veya kooperatif, projenin içeriğini tespit etmek ve hazırlamak konusunda tam bir serbestiye sahiptir. Kuşkusuz birden fazla proje hazırlanarak bunların alacaklılar ile müzâkere edilmesi de mümkündür.

36 Bkz. İİK. m. 309/m.II

37 Kuru, Baki/ Yılmaz, Ejder/Arslan, Ramazan: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2004, s.738 (Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra)

38 Bkz. YYYön. m.5

39 Kuru/ Yılmaz/Arslan-İcra: s.738

Bir işletmenin, mevcut veya beklenen bir ödeme güçlüğünün bertaraf edilerek sağlığına kavuşturulması, bir dizi tedbirin planlı bir şekilde uygulanması ile mümkün olur. İlk olarak işletmenin başarısızlık sebepleri ve mevcut durumu (mali durumu, insan kaynakları, piyasa pozisyonu vs.) tahlil edilerek, ilgili şirketin tasfiyeden kurtularak yaşatılması imkanının bulunup bulunmadığı belirlenmelidir. Daha sonra ise ilk sırada “acil önlemler” diye isimlendirilebilecek bir dizi tedbir ile, şirketin kısa vadedeki borç ödeme yeterliliği sağlanmalıdır. Bu önlemler nakit girişinin arttırılmasına yönelik olacaktır. Yine stokların paraya çevrilmesi ve şirketi ödeme güçlüğü haline sokan yapısal sorunların çözümlenmesi maksadıyla uzun vadeli iyileştirme stratejilerinin uygulamaya konulması gibi bir takım tedbirlerin alınması gereklidir.⁴⁰

Şirket yeniden yapılandırma projesinde, yeniden yapılandırmayı sağlayacak kısa ve uzun vadeli bir takım tedbirlere yer vermek zorundadır. Bu düzenlemeler⁴¹:

- 1) Sermaye yapısının yeniden düzenlenmesi,
 - Borçlara karşılık hisse senedi verilmesi; özsermaye artarken sabit ödeme yükü azalmaktadır.
 - Sermaye artırımı; cazip ortaklık imkanlarıyla sermayenin arttırılması da bir alternatiftir.
 - Tahvil faizlerinin anlaşma sağlanarak düşürülmesi,
 - İmtiyazlı hisse senetlerinin adi hisse senetleri ile değiştirilmesi; kârdan pay almaya öncelikli olan imtiyazlı hisse senetleri değiştirilerek sabit ödeme yükünden kaçılabilir.
 - Hisse senetlerinin nominal değerinin düşürülmesi,
- 2) Borç vadelerinin uzatılması konusunda alacaklılarla anlaşmaya varılması,

40 Budak, Ali Cem: Ödeme Güçlüğü veya Ödeme Aczi İçindeki Kurtarılması ve Türk Konkordato Hukuku

İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu

İstanbul 1993 (BUDAK-Konkordato) s.72

41 Doğanay: a.g.e. s.7-8

- 3) Borçların konsolidasyonu ve refinansman (Borçların uzun vadeye yayılması, uygun kaynak temini),
- 4) Alacaklıların alacaklarından vazgeçmeleri,
- 5) Alacaklıların borçlu işletmeyi yönetmeleri,
- 6) Konkordato,
- 7) İşletmenin hukuki şeklinin değiştirilmesi ,
- 8) Kullanılmayan varlıkların satılması,
- 9) Yeni işletmelerle ortaklık yapılması,
- 10) Küçülme .

II. ALACAKLILARIN SINIFLANDIRILMASI

Yeniden yapılandırma projesinin en önemli şartı bu projenin alacaklılar tarafından kabul edilmiş olmasıdır. Borçlu, alacakların nitelikleri itibarıyla alacaklıları sınıflandırabilse de her bir alacaklı grubunun projeyi kanunda ve yönetmelikte belirtilen oranda oy çokluğu ile onaylaması gerekmektedir. Aksi takdirde proje yürürlüğe giremez.

Projeden etkilenen alacaklılar terimi yeniden yapılandırma projesi ile alacaklıları, hakları veya menfaatleri yeniden yapılandırılacak alacaklıları ifade eder (İİK m 309/m.II). Borçlu projeyi müzâkere edeceği ve projenin kabulü için oylarına başvuracağı alacaklıları ilgili kanun ve yönetmelikte yer alan hükümlere uymak koşuluyla serbestçe belirler. Alacaklı sınıflarının nasıl yapılacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu husus borçlunun takdirine ve dürüstlük kuralına bırakılmıştır.⁴² Müzâkerelere davet edilen alacaklılar “projeden etkilenen alacaklılar” sayılır. (YYYön. m.5.I)

Hukuki nitelikleri büyük ölçüde birbirine benzer olan alacaklıların aynı sınıfta yer almaları şartıyla, proje alacaklıları birden fazla grup içinde gruplandırılabilir (İİK m.309/n.II). Alacaklı grupları alacağın niteliğine göre tespit edilir. Sınıflandırmada şu ilkeler esas alınır:⁴³

42 Budak-Seminer, s.13

43 Bkz. YYYön.m.6

- Esas itibarıyla benzer alacaklılar aynı sınıfta gösterilir. Benzer alacaklıların farklı sınıflar içerisinde yer alabilmesi için kabul edilebilir ekonomik veya ticari sebepler bulunmalıdır.⁴⁴ Örneğin teminatlı alacaklılar, teminatsız alacaklılar ve rüçhanlı alacaklılar ayrı sınıfları oluşturacaktır. Hatta eğer teminatlar arasında fark varsa bunlar da kendi aralarında sınıflandırmaya tabi tutulabilecektir. Teminatsız alacaklılar da örneğin; şirket çalışanları ayrı bir sınıf altında, kredi alacaklıları ayrı bir sınıf altında, şirkete mal ve hizmet sağlayan alacaklılar ayrı bir sınıf altında, şirketten alacaklı tahvil sahipleri ayrı bir sınıf altında, pay sahipleri ayrı bir grup altından toplanabilir.⁴⁵
- Bir alacaklı, alacaklarının niteliği gereği birden fazla alacaklı sınıfında yer alabilir ve niteliği farklı olan her bir alacağı için proje üzerinde ayrı ayrı oy kullanır. Sınıflandırma alacağın niteliğine göre yapıldığına göre, örneğin şirketten hem teminatlı hem de teminatsız alacağı olan bir alacaklı hem teminatlı hem de teminatsız alacaklılar grubunda yer alacak ve bu alacaklı her bir sınıf içinde ayrı ayrı oylamaya katılacaktır.
- Projeden etkilenen alacaklıların teminatlı ve teminatsız alacaklılardan oluşması halinde projede teminatlı ve teminatsız alacaklılar için ayrı sınıflar bulunmalıdır.
- Bir alacağın teminat altına alındığı rehinli malın üzerinde başkaca bir rehin veya başka bir mükellefiyetin bulunmadığı durumlarda o alacak için ayrı bir sınıf oluşturulabilir.
- Bir alacağın birden fazla rehin ile teminat altına alındığı veya aynı malların üzerinde başka rehinlerin bulunduğu hallerde, bu alacak aynı anda farklı sınıflar içerisinde değerlendirilebilir. Ancak bu alacağın tabi olacağı şartlar, o sınıftaki diğer tüm teminatlı alacaklıların öncelik ve dereceleri açısından hakkaniyete uygun olmalıdır.

44 Kuru -El Kitabı, s.1351 dn.8

45 Westbrook-Going Concern s.20

- Birden çok alacak tek bir mal ile teminat altına alınmış ise, alacakları bu mal ile temin edilmiş olan tüm rehinli alacaklar aynı sınıfta yer alır.
- Rehlinli mal üzerinde uygun surette yapılan değer tespiti sonucu rehinli malın değeri teminatlı bir alacağın yalnızca bir kısmını karşılıyor ise rehlinle karşılanmayan kısım teminatsız alacak olarak sınıflandırılır.

Proje aynı sınıfta olup da etkilenen alacaklılar arasında ayırımı veya hakkaniyete uygun olmayan çözüm içeremez. Şu kadar ki, ayırımdan veya hakkaniyete uygun olmayan çözümden etkilenen alacaklıların tümü bu durumu açıkça kabul edebilir. Projenin birden fazla alacaklı sınıfı içermesi halinde her alacaklı sınıfının kendi içinde projeyi gerekli çoğunluk ile kabul etmiş olması gereklidir. (İİK m.309/m.III c.2)

Burada yapılan sınıflandırmanın herşeyden önce rasyonel ve adil olması gereklidir. ABD uygulamasında örneğin şirkete hammadde temin eden alacaklının diğer teminatsız alacaklılardan farklı bir sınıf altında toplanmasına izin verildiği görülmektedir. Zira bu tür alacaklıların işletmenin geleceği için ifade ettiği önem, planda farklı muameleye tabi tutulmalarını ve ayrı bir grup olarak oylama yapmalarını haklı göstermektedir.⁴⁶ Yine işçi alacaklarının nitelikleri itibarıyla (sosyal önemi, iflas ihtimalinin gerçekleşmesi halinde imtiyazlı muamele göreceği vs. sebeplerle), ayrı bir sınıf teşkil etmesi mümkündür.⁴⁷ Ancak alacaklıların sınıflandırılması kötü niyetli borçluların suistimaline de açık bir durumdur. Şöyle ki kötünietli borçlu sunî bir takım alacaklılar sınıfları yaratmak ve bunların alacaklarına öncelik tanımak suretiyle diğer alacaklıları zarara uğratabilecektir. Zira alacaklı sınıflarının meydana getirilmesinde şirket yetkili organlarına kanun ve yönetmelik sınırları içerisinde geniş takdir hakkı tanınmıştır. Bilinçli olarak verilen bu takdir hakkı, iyiniyetli borçluya bu kurumdan daha kolay yararlanma im-

46 Westbrook, Jay Lawrence : ABD'de 11.Bölüm Yeniden Örgütlenme Usulü (Çeviren Ali Cem Budak)

İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu

İstanbul 1993 (WESTBROOK-11.Bölüm), s.285

47 Budak-Seminer, s.13

kanı tanıdığı gibi sistemin daha işlevsel olmasına da imkan sağlamaktadır. Ancak kötü niyetli borçlunun bu imkanı kötüye kullanması da pekâla mümkün olabilecektir. Bu noktada projenin takdiki aşamasında alacaklılar sınıflandırmasının, eğer alacaklılar sınıflandırmasında açık bir kötüniyet itirazı yoksa ve benzer durumdaki alacaklılar için farklı ödeme oranları yaratan bir durum söz konusu değilse mahkemece onaylanması uygun bir hâl tarzı olarak görülmektedir.

III. YENİDEN YAPILANDIRMA PROJESİNİN İÇERİĞİ

Yeniden yapılandırma kurumunun amacı; ödeme aczi içinde olan fakat yaşama kabiliyetini yitirmemiş işletmelerin iflâsa sürüklenmekten kurtarılıp yeniden yapılandırılması ve böylece uzun vadede hem alacaklıların azami ölçüde tatmininin hem de milli servetin korunmasının sağlanmasıdır.

Mali durumu bozulan ve uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmadan yararlanmak isteyen bir sermaye şirketi veya kooperatif, borçlarını hangi koşullarda ödeyebileceğini, bu ödemeyi sağlayacak finansal araçlara hangi yoldan sahip olacağını, işletmesinde ve yönetiminde ne gibi değişiklikler yapacağını, mali bünyesinin güçlendirilmesi, verimlilik ve kârlılık için hangi tedbirleri alacağını, hazırlayacağı bir yeniden yapılandırma projesi ile ortaya koymalıdır.⁴⁸

Proje, yeniden yapılandırma kurumunun en önemli safhasıdır. Zira öyle bir proje hazırlanmalıdır ki, bu proje sonunda alacaklılar kısmen veya tamamen alacaklarına kavuşabilirken şirket veya kooperatif de ödeme güclüğü halinden kâr eder veya en azından vadesi gelen borçlarını ödeyebilir hale gelmelidir.

Hiç kuşkusuz yeniden yapılandırma projesi gerçekçi verilere dayanmalı ve ulaşılması mümkün hedefler içermelidir. Bu husus şirketin yeniden yapılandırılmasının dolayısıyla şirketin “kurtarılmasının” ve alacaklıların “tatmininin” en önemli dayanak noktasıdır.

Ödeme güclüğü içine düşmüş bir işletmenin sağlıklı bir yapıya kavuşturularak ödemeler dengesini kurabilmesi için uzun vadeli ve planlı bir işletme politikasına yani bir nevi “tedavi programına” ihtiyaç vardır. Bu poli-

48 Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes; a.g.e s.433

tikaların başlangıç noktası ise “teşhis”in doğru konulması yani finansal analizlerin doğru yapılmasıdır. Bundan sonrasında ise ; finansal plânlama ve kontrollerin, kısa ve uzun vadedeki finansman gereklerinin, bütçe disiplinine ilişkin plânların, nakit ve borç yönetimine ilişkin ilkelerin, alacak ve stok yönetiminin, risk değerlendirmelerinin iyi hesaplanıp, yeniden yapılandırma projesine ilave edilmesi gerekmektedir.

İşte proje bu noktada şirketin veya kooperatifin ticarî itibarını yeniden tesis edecek aynı zamanda alacaklılara karşı yükümlülüklerin yerine getirilmesi bakımından bir dizi çareleri içeren bir yol haritası anlamına gelmektedir. Dolayısıyla yeniden yapılandırma projesi bir takım ekonomik ve malî önlemleri içeriği gibi yapısal değişimleri de içerebilecektir. Kanunun isminin “yeniden yapılandırma” olmasının gerekçesi ve sonucu da bu hususu desteklemektedir. Bu anlamda yeniden yapılandırma projesi hem alacaklıları tatmin etmeli hem de gerçekçi tedbirlerle hedefleri içermelidir.

Yeniden yapılandırma projesi, ödeme gücü içindeki şirket veya kooperatif ile alacaklılar arasında bir uzlaşma planıdır. Zira şirketin iyileştirilmesi için alınacak tedbirler ve borçlarının yeniden yapılandırılması konusunda varılan uzlaşma, alacaklılar ile şirket arasında tartışılıp olandıktan sonra kesinleşecek ve yapılan anlaşma artık projeden etkilenen bütün alacaklıları bağlayacaktır.

Borçlu tarafından hazırlanacak ve onay için asliye ticaret mahkemesine sunulacak yeniden yapılandırma projesi şu hususları içermelidir⁴⁹:

1. Projeden etkilenen alacaklıların tabi olacağı koşullar ve benzer alacaklılara sahip olan alacaklılar arasında eşitliğin ne şekilde sağlanacağı:

Proje bir uzlaşma planı olduğundan, doğal olarak alacaklıların bir kısım alacağından fedakârlık etmesini ve/veya bu alacaklarının vadesinin uzaması hususunu da içerecektir. Borçlu ile alacaklının proje üzerinde uzlaşmaya varmaları, alacaklının projede belirtilen miktar haricinde kalan tutarı “ibara” ettiği anlamına gelecektir.

Yukarıda izah edildiği üzere borçlu hazırladığı projede alacaklıları sınıflara ayırabilir. Bu sınıflandırma alacağın niteliğine göre borçlu tarafından serbestçe yapılır. Her bir sınıf için teklif edilen borç tutarı, ödeme plânu, va-

49 Bkz. İİK m.309/n

de ve ödeme şeklinin projede belirtilmesi gereklidir. Yine projede, alacaklıların sınıflandırılmasının hangi usulde yapıldığı, sınıflandırmada hangi kriterlerin gözönüne alındığı hususları da yer alacaktır.

Konkordatoda mevcut olmayan bu imkân, borçluya prosedürü başarıya ulaştırmak bakımından önemli bir avantaj sağlamaktadır. Şöyle ki, borçlu şirket veya kooperatif; ortak özelliklerine göre, alacaklar arasında dilediği şekilde gruplar oluşturabilmek imkânına sahiptir. Bu bağlamda borçlu, istediği alacakları, teşkil ettiği sınıfların dışında da tutabilme yetkisiyle donatılmıştır. Buna göre; borçlunun projeye dahil sınıflar içine yerleştirdiği alacaklar “projeden etkilenen alacaklar” biçiminde tanımlanmaktadır. Projenin müzâkeresine ve oylamasına doğal olarak projeden etkilenen alacaklılar katılacaktır. Proje dışında bırakılan alacaklılar yönünden yeniden yapılandırma projesi hiçbir hüküm ve etkiye sahip olmayacaktır. Alacaklıların sınıflara ayrılmasında, “alacaklı” değil, “alacak” esas olduğundan, bir alacaklının muhtelif sınıflara giren alacaklarının bulunması halinde, bu alacaklı çeşitli sınıflara dahil olan her bir alacağı için ayrı ayrı oy kullanmak yetkisine sahip olacaktır.⁵⁰

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma sürecini mahkemeye müracaat ederek başlatmak suretiyle, takipleri durdurmak pozitif hukukumuzda mümkün değildir. Bu sürecin mahkemeye müracaat safhasından önce yasanın gösterdiği esaslar çerçevesinde işletilmesi ve yeniden yapılanma projesinin gerekli çoğunluk tarafından onaylanması durumunda, yeniden yapılandırma projesi (İİK m.309/n) ve başvuruya eklenecek belgelerle birlikte borçlunun muamele merkezinin tabi olduğu asliye mahkemesine tekemmül etmiş işlemlere istinaden başvurulması gerekmektedir. (İİK m.309/o ve 309/ö)⁵¹

Alacaklı ile borçlu arasında müzâkere edilen projenin uzlaşma sonucu mahkemenin tasdikine sunulmasını müteakip mahkeme, 6183 sayılı Kanun’a göre yapılan takipler, haciz yoluyla yapılan takipler ve iflâs takiplerinin durdurulmasına, yeni icra takibi yapılmasının etkilenen alacaklılar için yasaklanmasına, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının uygulanmamasına ara dönem için karar verir⁵². Çünkü, yeniden yapılandırmanın temel

50 Altay-Yeniden Yapılandırma s.639

51 Altay-Yeniden Yapılandırma: s.638

52 Bkz.İİK m.309/ö

mantığı alacaklıların takiplerinden borçluyu yeniden yapılandırma sürecinde korumak, mal varlığının parçalanmasını engellemektir. Gerçekten, her bir alacaklı münferit takip yapıp işletmenin bir unsurunu koparıp götürürse geriye işletmeyi devam ettirecek mal varlığı kalmayabilir. İşte bunu engellemek için mal varlığının muhafazası esastır. Bunu sağlamak için de takiplerin durdurulması bir zorunluluktur. Mahkemenin projeyi onaylaması ile birlikte projenin tüm hüküm ve sonuçları doğmuş olur. Ancak, alacaklılar takip yoluyla hak arayamadıkları için, zamanaşımının işlenmesi de tabii ki bu süre içinde duracaktır.

2. Projenin borçlunun taraf olduğu sözleşmelere etkisi :

İİK m. 309/r gereği, projenin koşulları, projeden etkilenen alacaklılarla yapılmış olan tüm sözleşme hükümlerinden önce gelir. Dolayısıyla projeden etkilenip etkilenilmediğine bakılmaksızın borçlunun taraf olduğu tüm sözleşmelerde projenin tadiline veya feshine yol açabilecek veyahut borçlunun yeniden yapılandırma yoluna başvurmasının temerrüt hali oluşturacağına ya da akde aykırılık teşkil edeceğine ilişkin hükümler bulunması halinde, bu hükümler borçlunun yeniden yapılandırma yoluna başvurması durumunda uygulanmaz.⁵³ Bu husus, yeniden yapılandırma projesinin maddi hukuka etkisi ile ilgili önemli bir meseleyi içermektedir. Bu bağlamda, özellikle vadesi gelmemiş veya sürekli edimler içeren sözleşmeler ve kira ilişkileri önem arz etmektedir. Örnek olarak finansal kiralama sözleşmelerinde, ekonomik bakımdan bir finansman ve bir faiz ödeme olmasına rağmen, hukuken kiralanan mallar finansal kiralama şirketinin mülkiyetinde kalmaktadır. Böyle bir durumda istihkak taleplerinin nasıl değerlendirileceğine dair kanun maddeleri arasında bir hüküm mevcut değildir.⁵⁴ Keza, yeniden yapılandırma prosedürü öncesinde doğmuş olup da, bu prosedürün başladığı sırada henüz tamamen ifa edilmemiş bulunan sözleşmelerin mukadderatının ne olacağı konusunda yasal düzenlemelere ihtiyaç bulunduğu muhakkaktır.⁵⁵

Bu yönüyle bakıldığında kanunun bu hükümlerinin hukuki istikrar ve güvenlik ilkelerini oldukça zorladığını söylemek mümkündür. Mukayeseli

53 Bkz. YYYön. m.309/r

54 Budak-Seminer-102

55 Altay-Yeniden Yapılandırma: s.640

hukukta, çeşitli iflâs hukuku sistemlerinin sözleşmelerle ilgili olarak benimzedikleri düzenlemelerin ortak noktası, her hukuk sisteminin iflâs öncesi sözleşmeleri “kazançlı sözleşmeler-kazançlı olmayan sözleşmeler” şeklinde bir ayırımı tabi tutmasıdır. İflas kanunlarının çoğu, iflâs idaresine “kârlı sözleşmeleri” ayakta tutarak bunlardan faydalanmak, ama “kârlı olmayan sözleşmeleri” geçersiz kılarak bu sözleşmelerden doğan alacakların adi bir iflâs alacağı mertebesine indirmek yetkisini vermektedir.⁵⁶

Projede yer alan koşullar, borçlunun projeden etkilenen alacaklılar ile önceden yaptığı (kredi sözleşmeleri, ipoteğe ilişkin resmi senetler ve hatta 4773 sayılı yasa çerçevesinde imzalanarak yürürlüğe giren, bu nedenle de yeni krediler, mal ve haklar üzerinde tasarrufların da sözkonusu olduğu finansal yeniden yapılandırma sözleşmeleri dahil) tüm sözleşmelerden önce gelecektir. Sözleşmeler arasında çelişki bulunması halinde projede düzenlenen hükümler uygulanacaktır.

Bu bağlamda borçlu önceden teminatla güvence altına alınmış olmayan sözleşmelerde, kendi tercihine göre sözleşmeyi feshedebilecek ya da üstlenebilecektir. Kuşkusuz prosedür öncesinde, karşılıklı edimlerin ifa edildiği durumda veya borçlunun kendi edimini yerine getirmiş olduğu halde, akdin feshi yoluna gidilmesi mümkün olmayacaktır. Yukarıdaki hüküm, borçlunun belirtilen hususlar çerçevesindeki irade beyanlarını kapsayacaktır. Kanımızca bu konuda, iflâsın sözleşmelere etkisi hakkındaki ilke ve kuralların kıyas yoluyla uygulanması isabetli olacaktır.⁵⁷

3. Projenin borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisine etkisi :

Projenin müzâkere edilmesini müteakip mahkemeye sunulması ile mahkeme borçlunun veya alacaklılardan birinin talebi üzerine, başvuru hakkında verilecek nihai kararın verilmesine kadar geçecek olan dönem için borçlunun malvarlığını korumaya yönelik ve borçlunun faaliyetleri bakımından gerekli gördüğü tedbirleri derhal alır (YYYön. m.309/ö). Mahkeme bu dönem için bir veya birkaç ara dönem denetçisi de tayin edebilir. Ara dönem denetçisi projenin reddine veya tasdikine ilişkin kararın verilmesine kadar borçlunun faaliyetlerinin sevk ve idaresini bizzat üstlenir veya bu faaliyetleri denetler. Projenin mahkemece tasdikini müteakip ise proje denet-

56 Westbrook-11.Bölüm, s.279

57 Altay-Yeniden Yapılandırma, s.640

çisi, ara dönem denetçisinin görevlerini üstlenecektir.

Projede borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi ve sınırlarının da belirtilmesi gerekmektedir. Yeniden yapılandırma süreci içinde gerektiğinde borçlu şirkete ait bazı taşınmazların elden çıkartılması, ekonomik ömrünü tamamlamış makina ve cihazların değiştirilmesi vb. tedbirlere başvurmak zorunda kalabilir. Finansman kaynağının kullanılabilmesi için teminat verilmesi gerekebilir. Projede borçlunun mevcut malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin ne şekilde kullanılabileceğinin açıkça belirtilmesi gereklidir. Borçlu malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf yetkisini kullanabilmelidir. Elbette bu yetki mutad işlerle sınırlı olmalıdır. Mutad işlerin dışındaki işler için mahkemece tayin edilen ara dönem denetçisi ve proje denetçisinin onayının alınması gereklidir. Mahkeme eğer ara dönem denetçisini borçlunun tüm faaliyetlerinin sevk ve idaresini üstlenmekle görevlendirdiyse artık denetçinin onayı olmaksızın mutad işlerde dahi tasarruf yetkisinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

4. Borçların yeniden yapılandırılması için gerekli görülüyorsa, borçlunun kredi gibi finansman kaynaklarına başvurup başvuramayacağı :

Borç ödemedен aciz haline düşmüş bir şirket veya kooperatif, yeniden yapılandırma prosedürüne girse dahi şirket veya kooperatifin kısa vadeli risklerini azaltabilmesi için yeni finansmana ihtiyaç duyması kaçınılmazdır. Bu finansman, menkul ve gayrimenkul satışı gibi kaynaklardan temin edilebileceği gibi yeni bir kredi sağlanması yoluyla da temin edilebilir.

Şüphesiz, yeni bir kredi borçlunun üzerine yeni risklerin yüklenmesi anlamına gelir. Kredi verenler ise kredi için yeni teminatlar isteyeceklerdir. Diğer taraftan verilen kredinin firmanın toplam değerini arttırmak ve borçlarını çevirmek maksadıyla kullanılması gerekmektedir. Aksi takdirde yeniden yapılandırma projesi bir anlam ifade etmeyecektir. İşte bu riske rağmen yeni kredilerin sağlanmasındaki zorunluluk nedeniyle kanun koyucu tarafından projenin hazırlanmasında kredi finansmanına ilişkin hususların açıkça düzenlenmesi hususu öngörülmüştür. Bir finansman kaynağının kullanılabilmesi için teminat verilmesi gerektiğinde bu teminat öncelikle borçlunun daha önce üzerinde rehin tesis edilmemiş taşınır veya taşınmaz malları üzerinde sağlanacaktır. Finansman kaynağı terimi, borçluya hammadde gibi işletmenin faaliyet gösterebilmesi için gerekli mal ve hizmetleri sağlayanları da kapsar (YYYön.m.309/ö). Bu suretle kredi borçları, prosedürün

takip masrafları ile birlikte, şirketin rehinli malvarlığı üzerinden öncelikle tatmin edilmek konusunda alacaklılarına bir imtiyaz hakkı sağlamaktadır.

5. Borçlunun işletmesinin kısmen ya da tamamen devri, diğer şirket veya şirketlerle birleşmesi, sermaye yapısının veya ana sözleşmesinin değiştirilmesi, borçlu işletmenin yönetiminde yer alacak kişilerin belirlenmesi, borçların vadelerinin uzatılması, faiz oranlarının değiştirilmesi, menkul kıymet ihracı gibi projenin uygulanabilirliğini sağlayabilecek yöntemler:

Bu bentte yazılı işlemler, borçlu şirketin yeniden yapılanmasını ve sağlığına kavuşmasını sağlamaya yönelik etkili önlemlerdir. Bu çerçevede yeniden yapılandırma süreci, malî yapısı bozulmuş olan bir organizma konumunda bulunan şirketin, zarara yol açan faaliyetlerinden arındırılmış, yüksek kapasiteyle çalışan bir işletmeye dönüştürülmesini amaçlamaktadır. Bu itibarla, borçlu ortaklığın malî açıdan güçlendirilmesi bu ortaklığın işletmekte olduğu ticari işletmenin yeniden yapılandırılmasını da içerir. Hükümde belirtilen bu önlemler, tüketici bir şekilde sayılmamıştır. Ticari işletmede ve ortaklık yapısında amaca uygun olarak gerçekleştirilecek her türlü yapısal operasyon, yeniden yapılandırma sürecine katkı sağlayabilir. Bu bakımdan ticari işletmenin kısmen veya tamamen devri, bölünmesi, başka bir ticari işletmeyle birleştirilmesi, bazı şubelerin kapatılması veya başka bir şekilde “küçültülmesi” yeniden yapılandırma sürecine işlerlik kazandırabilir. Pay sahipleri, yeniden yapılandırma sürecinden sonraki faaliyet alanını dikkate alarak, borçlu ortaklığın ana sözleşmesini değiştirmek suretiyle yeni faaliyet konularına yönelebilirler. Yine özellikle likidite sıkıntısı sebebiyle yeniden yapılanma ihtiyacını duyan şirketlerde, şirketin mevcut varlıklarına dayanarak menkul kıymet ihraç edilmesi, bu menkul kıymetlerin halka arz edilmesi ve bu yolla finansman sağlanması, oldukça etkin yöntemler olarak göze çarpmaktadır.⁵⁸

Diğer taraftan, işletmenin yeniden yapılandırılmasına ilişkin tedbir ve tasarruflar ile borçların vadelerinin uzatılması, faiz oranlarının değiştirilmesi gibi borçların yeniden yapılandırılması hakkındaki tedbirler de, özellikle borçlu ortaklığın likidite sıkıntısının giderilmesine hizmet edecektir. İşletmenin yeniden yapılandırılması sürecinde borçlu, çoğunlukla işletmenin belirli bölümlerini kapatarak satar. Bazı işçileri işten çıkarır. İşletmenin yerini

58 Altay-Yeniden Yapılandırma, s.641

değiştirir ve işçi sözleşmelerini yeniden müzâkere eder. Borçlu işletmenin olağan ticari faaliyeti içinde kalan işleri görmek bakımından mahkemenin iznine muhtaç olmamakla birlikte, önemli malları satmak ve devretmek gibi tasarruflar bakımından mahkemenin iznini almak zorunda olup, alacaklıların da böyle bir iznin verilmesine itiraz etmek hakları vardır.⁵⁹ Diğer yandan borçlunun tüm alacaklıların ortak rehni niteliğindeki işletmeye ait nakit üzerinde tasarruf edebilmesi de somut olayın özelliklerine göre mahkemenin müsaade almasını gerektirmektedir.

Amerikan usulünde yaygın şekilde uygulanan yöntemlerden biri, “borçların sermayeye dönüştürülmesi” olarak adlandırılan uygulamadır. Burada borçlu işletme alacaklılarına, alacaklarına karşılık gelmek üzere hisse senedi vermek, daha evvel alacaklı olanları hissedar haline getirmek gibi öneriler sunmakta, böylelikle şirketin sermaye yapısında yer alan öz kaynak-dış kaynak dengesizliğini ortadan kaldırmak amaçlanmaktadır.⁶⁰

6. Tasdik kararından sonra projenin uygulanmasının kim tarafından ve nasıl denetleneceği (Ara dönem denetçisi ve proje denetçisinin kim olacağı):

Projenin müzâkeresini müteakip mahkemeye sunulmasından sonra mahkemece, yeniden yapılandırma projesinde öngörüldüğü takdirde alacaklılar ve borçlu tarafından anlaşarak seçilmiş ve projenin tasdikine veya reddine ilişkin kararın verilmesine kadar borçlunun faaliyetlerinin sevk ve idaresini bizzat üstlenecek ya da bu faaliyetleri denetleyecek, gerekli bilgi ve tecrübeye sahip, işin gerektirdiği niteliklere sahip bir veya birkaç ara dönem denetçisi tayin edebilir. Projenin mahkemece tasdikini müteakiben de bir proje denetçisinin atanması gereklidir.

Ara dönem ve proje denetçileri işin niteliği ve görevin ifası için lazım gelen vasıflara sahip yeminli malî müşavirler arasından seçilir. Projede denetçinin görevleri belirlenebilir, sorumlulukları da verilen görevlere göre tespit edilebilir. Denetçilerin bağımsız ve tarafsız olmaları, etkilenen alacaklılar veya borçlu ile aralarında bir menfaat ilişkisinin bulunmaması gereklidir. Aksi projede öngörülmediği takdirde, ara dönem denetçisi, tasdik kararı ile birlikte proje denetçisi olarak da atanabilir. Proje denetçisinin kim

59 Westbrook-11.Bölüm s.270

60 Budak-Seminer-22

olacağı ve ücreti tasdik edilen projede belirlenmemişse, bu hususlar projenin tasdikinin görüşüldüğü mahkeme tarafından belirlenir. Proje denetçisinin ücreti, göreve atanan kişinin piyasadaki o nitelikte uzman kişinin alacağı ücret esas alınarak harcayacağı emek ve mesaiye göre mahkemece belirlenir.⁶¹

7. Projeyi reddeden alacaklının alacağının, bu alacaklı projede kendi sınıfı için öngörülen haktan daha azını açıkça kabul etmediği sürece, nitelik itibariyle benzerlik gösteren alacaklarla eşit muameleye tabi olacaktır :

Bu hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere, projeyi reddeden alacaklı, alacağının dahil olduğu sınıf bakımından öngörülen haktan daha azını açıkça kabul etmiş olmadıkça, nitelik itibarıyla benzerlik gösteren alacaklarla eşit koşullara tabi tutulacaktır.

IV. ALACAKLILARIN BİLGİLENDİRİLMESİ USULÜ :

1. Başvuru Kararı :

Şirket veya kooperatif yetkili organlarınca, bilançoların, malî akış tablolarının ve diğer değerlendirme belgelerinin değerlendirilmesi neticesinde İİK md. 309/m'deki şartların oluşması halinde alınacak bir kararla, yeniden yapılandırma için alacaklılara başvuru konusunda süreç başlamış olacaktır.

Yukarıda belirtilen koşulları taşıyan ve yeniden yapılandırmaya gereksinim duyan şirket veya kooperatif, şirket veya kooperatifin borçlarının çevrilebilir ve yeniden kâr eder bir hale gelebilmesi için alınacak somut önlemleri ayrıntılı bir şekilde gösteren bir proje ile alacaklılarına başvurarak yeniden yapılandırma isteminde bulunacaktır. Yeniden yapılandırma istemi sadece borçlu sermaye şirketi veya kooperatifin yetkili organlarına tanınmış bir haktır. Bunun dışında alacaklıların veya şirket pay sahiplerinin ya da denetim organının şirketin borç ödemediği aczi nedeniyle yeniden yapılandırılması talebinde bulunmaları mümkün değildir.

2. Bilgilendirme :

Projeden etkilenen alacaklıların tespitini müteakip, anonim şirket veya kooperatif, projeden etkilenen alacaklılarını yeniden yapılandırma pro-

61 Kuru B.: a.g.e. s.1359 dn.16

jesini müzâkere etmek için toplantıya davet eder. Davet iadeli taahhütlü mektup veya noter ihbarnamesi gibi tebligâtın yapıldığını kanıtlamaya elverişli uygun araçlarla yapılır (YYYön. m.7). Borçlu, projenin oylanması için alacaklıları davete ilişkin olarak projeden etkilenen alacaklılara proje hakkında karar vermelerine olanak sağlayacak gerekli bilgiyi de içeren belgeleri, alacaklıların proje hakkında karar vermelerine ve zamanında oy kullanmalarına imkan vermek amacıyla oylama tarihinden makul bir süre önce projeden etkilenen alacaklıların her birine gönderir.⁶² Alacaklılara davetiye ile birlikte gönderilecek belgeler şunlardır:⁶³

- a. İcra ve İflâs Kanununun 309/n maddesindeki unsurları içeren ve borçlu tarafından usulüne uygun olarak imzalanmış ve mühürlenmiş proje, alacaklıların bu proje çerçevesinde tâbi oldukları şartları gösteren beyan ve borçlunun bu projeyi akdedmeye yetkili olduğunu ispatlayan evrak.
- b. Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasına Dair Yönetmeliğin 8 nci maddesinde sayılan ve mevcut en son finansal tablolar ile yeniden yapılandırılan işletmeye ilişkin finansal tahminleri gösteren bağımsız bir denetim kuruluştan tarafından hazırlanmış rapor özeti.

Borçlunun, Yeniden Yapılandırma Yönetmeliğinin 8 nci maddesi uyarınca alacaklılarına göndereceği “Mali Durumu Gösterir Belgeler” aşağıda belirtilmiştir. Bu rapor ve tablolar, aynı zamanda İcra ve İflâs Kanununun 309/o maddesinin ikinci fıkrası uyarınca asliye ticaret mahkemesine yapılacak başvuruda ayrıntılı bilanço, gelir tablosu ve defterlerinin vaziyetini bildiren cetvele ek olarak sunulur.⁶⁴

- aa. En son denetçi veya denetim kurulu raporu. Eğer rapor yoksa, şirketin neden denetlenmemiş olduğuna ilişkin borçlu tarafından düzenlenen rapor.
- bb. Başvuruda bulunan borçlu, ilgili mevzuat gereğince bağımsız dış denetim yaptırmak zorunda ise son denetime ilişkin rapor.

62 Kuru, Baki: a.g.e. s.1352 dn.10

63 Bkz. YYYön.m.7

64 Bkz. YYYön. m.8

cc. Son üç yıla ait finansal tablolar. Şirket veya kooperatif üç yıldan daha kısa bir süre önce kurulmuşsa, kuruluşundan itibaren düzenlenen tüm finansal tablolar.

dd. Borçlunun aktiflerinin durumunu gösteren ve aktifinde yer alan her bir mal veya mal grubunun tarifini, defter değerini, tahmini piyasa değerini, değerlendirmede temel alınan usul ve esasları, üzerinde bulunan rehin hakkını veya üçüncü kişinin zilyedliğinde olanları ve rehinli alacaklıların veya üçüncü kişi zilyedlerin adlarını ve adreslerini de içeren karşılaştırmalı bir değerlendirme tablosu. (Örnek-1)

c. Yönetmeliğin 9 ncu maddesine göre hazırlanmış fizibilite iflâs analiz raporu özeti. Rapor, Alacaklılara gönderilen diğer bilgi ve belgelere eklenmek üzere, bir bağımsız denetim kuruluşu tarafından hazırlanmış, projenin uygulanabilirliğine ilişkin değerlendirmelerin yer aldığı bir fizibilite ve iflâs analizini içerir. Fizibilite ve iflâs analizi raporu hazırlanırken aşağıdaki hususlar da dikkate alınır.⁶⁵

aa. En son denetim raporları,

bb. Nakit akışına ilişkin tahminler

cc. Kâr tahminleri,

dd. Yeniden yapılandırma sürecinde sağlanacak finansman,

ee. Yönetimin plân ve tahminlerinin makul olup olmadığı,

ff. Yönetimin etkinliği.

İflâs analizi raporunda ayrıca projeye göre alacaklıların ellerine geçecek miktar ile borçlunun iflâsı halinde ellerine geçmesi beklenen muhtemel miktar da karşılaştırmalı olarak gösterilir.

Karşılaştırmalı iflâs analizi hazırlanırken, şirketin varlıklarının güncel satış değerleri üzerinden mal esasına göre hazırlanacak bilançodaki aktiflerin cebri tasfiyede ulaşacağı miktar hasılat olarak tahmin edilmesi ve bu gün mevcut olan alacaklara iflâs tasfiyesindeki dağıtımına göre, alacaklıların ellerine geçecek olan miktarın ne olduğu tespit edilmelidir.

65 Bkz. YYYön.m.9

Karşılaştırma yapılırken şirketin derhal iflâsına karar verilmesi durumundaki dağıtımına göre alacaklıların ellerine geçecek olan garamme payı ile yeniden yapılandırma projesinin tasdik edilmesi durumunda ellerine geçecek olan toplam meblağlar ortaya konulmalıdır.

İflâs analizi, büyük oranda tahmini bir hesaplamaya dayanmaktadır. Ancak bu tahmin yapılırken, mevcut malların ekspertiz değerlerinden hareket edilerek objektif değerlere yakın tahminlerde bulunulmalıdır.⁶⁶

Buradaki bağımsız denetimden maksat; mali tablolarının, genel kabul görmüş muhasebe kavram, ilke ve standartlarına uygunluğu ile bilgilerin doğruluğunun ve gerçeği dürüst bir biçimde yansıtır yansıtmadığının, denetçiler tarafından denetim ilke ve kurallarına göre, defter, kayıt ve belgeler üzerinden incelenmesini ve tespit edilen sonuçların rapora bağlanmasını ifade eder.

- d. Alacakların sebeplerini, niteliğini ve miktarını sınıflarına göre ayrı ayrı gösteren alacaklı listesi veya listenin dağıtım için fazla kalbarık olması durumunda özeti.
- e. Projeden etkilenen ve etkilenmeyen tüm alacaklıları gösteren, etkilenen alacaklılar ile nitelik itibarıyla büyük ölçüde benzer olup da projeden etkilenmeyen alacaklıları da kapsayan, borçlunun etkilenen alacaklılarının proje dahilinde ellerine geçecek miktarın da yer aldığı, Yönetmeliğin 5 nci maddesi uyarınca hazırlanmış çizelge.
- f. İşletmeyi finansal zorluğa düşüren faktör ve nedenleri gösteren açıklama.
- g. Yeniden yapılandırma yoluyla finansal darboğazı atlatmaya yönelik stratejiyi gösteren plan.
- h. Projenin uygulanmasına yönelik şartlar.
- ı. Gerekli finansmanın temin edilebileceğine ilişkin beklentiler ve şartları.
- i. Vergi yükümlülükleri.

66 Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes; a.g.e s.437

- j. Projenin başarısız olmasına yol açabilecek ekonomik, siyasi, hukuki, ticari, vergi riskleri gibi riskler ve engeller.
- k. Yönetmeliğin 11 nci maddesi uyarınca hazırlanmış oylama davetiyesi.

C. PROJENİN ALACAKLILARLA MÜZÂKERESİ VE OYLAMA

I. PROJENİN MÜZÂKERESİ

Yukarıda açıklanan esaslara uygun olarak hazırlanmış olan yeniden yapılandırma projesi, projeden etkilenen alacaklıların proje hakkında doğru ve sağlıklı karar verebilmelerine imkan sağlamak üzere alacaklıların bilgisine sunulur.

Kendilerine uygun yollarla yeniden yapılandırma projesi tebliğ edilen projeden etkilenen alacaklılar, bu projeyi inceledikten sonra, projeyi sunan borçlu şirket veya kooperatifin, projeyi sunuş yazısında belirteceği süre içinde projeyi kabul edip etmediğini bildirmelidir. Ancak bu süre hak düşürücü bir süre değildir. Verilen süre içinde veya en geç mahkemeye başvuru tarihine kadar açık bir şekilde onay verilmemesi durumunda, o alacaklının projeyi reddetmiş olduğu kabul edilir ancak gerekli çoğunluğun hesabında dikkate alınmaz. Alacaklı, şayet projeyi kabul yönünde oy kullanmış ise, bu beyanını içeren, imzası ve tarihi noterlikçe onaylı tutanağı da teslim etmelidir.⁶⁷

Borçlu, projeden etkilenen alacaklıları projenin müzâkeresi ve oylaması için toplantıya çağırabilir. Ancak bu zorunlu değildir. Eğer müzâkere için toplantı yapılacaksa, projeden etkilenen alacaklılar bu toplantıya belirlenen sınıflar halinde davet edilirler. Her bir sınıf, kendisi için belirlenen şartlar dahilinde projeyi müzâkere eder ve oylar. Eğer toplantı yapılmayacaksa yani oylama posta yoluyla yapılacaksa postadaki olası gecikmelerin dikkate alınarak makul sürelerin öngörülmesi uygun olacaktır. Bu husus özellikle çok uluslu veya sınırötesi işlem yapan işletmeler açısından büyük önem taşımaktadır.

Projenin oylanmasında gerekli çoğunluk, oylamaya katılan ve proje-

67 Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özkes; a.g.e s.438

den etkilenen alacaklıların sayı itibariyle yarısının aşılması ve bu oyun, oy kullanan alacaklıların alacaklarının en az üçte ikisini oluşturması halinde sağlanır.⁶⁸ Projenin birden fazla alacaklı sınıfı içermesi halinde, proje her alacaklı sınıfı içinde ayrı ayrı oylanır. Projenin kabul edilmiş sayılması için her alacaklı sınıfı tarafından ayrı ayrı gerekli çoğunluk sağlanarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, gerekli çoğunluğun hesabında, proje hakkında karar vermelerine olanak sağlayan yeterli bilgilendirmenin iadeli taahhütlü mektup ya da noter ihbarnamesi gibi uygun araçlarla yerine getirilmesine rağmen oy kullanmayan alacaklıların dikkate alınmayacağıdır. Bu hüküm, alacaklıların borçlunun kendilerine göndermiş olduğu projeye ilgisiz kalmalarının sonucunu düzenleyerek alacaklıları sürece katılmaya teşvik etmektedir.⁶⁹

II. PROJENİN OYLANMASI TOPLANTISINA DAVET VE OYLAMA

1. Davet :

Borçlu şirket veya kooperatif, projeden etkilenen alacaklıların tespitini müteakip, bu alacaklıları yeniden yapılandırma projesinin müzâkeresi maksadıyla toplantıya davet eder. Bu davet, Yönetmeliğin⁷⁰ Örnek-2 formuna uygun “oylama davetiyesini” içerir ve iadeli taahhütlü mektup veya noter ihbarnamesi gibi tebligatın yapıldığını kanıtlamaya elverişli uygun araçlarla⁷¹, alacaklıların proje hakkında karar vermelerine ve zamanında oy kullanmalarına imkan vermek amacıyla oylama tarihinden makul bir süre önce projeden etkilenen alacaklıların her birine gönderilir.⁷² İİK m.309/o/5 gereği borçlunun projeden etkilenen alacaklılara oylama davetiyesi ve davetiyeye eklenmesi gerekli belgeleri uygun vasıtalarla tebliğ ettiğinin, projeyi inceleyecek asliye ticaret mahkemesi tarafından re’sen incelenmesi gerekmektedir.

68 Bkz. İİK m.309/m. III

69 Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes; a.g.e s.439

70 Yönetmelik tabiri, Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasına Dair Yönetmelik için kullanılmıştır.

71 Bkz. İİK m.309/o/5

72 Bkz. YYYön. m.10/I

2. Oylama Davetiyesi⁷³ :

Oylama davetiyesi, alacaklının alacağıının sınıfını ve miktarını, oylamanın posta yoluyla veya bu amaç için yapılacak bir toplantıda gerçekleştirileceğini, oylamaya ilişkin usulü, hangi tarihe kadar oy verilebileceğini, oylama görevlisinin adını ve unvanını ve davetiyeye eklenen tüm belgelerin bir listesini içerir.

Borçlunun oylama için toplantı yapmayı öngördüğü hallerde, toplantının günü, saati ve yeri davetiyede açıkça belirtilir. Borçlu, oylama için toplantı yapılmasını öngörmediği takdirde, alacaklıların, hangi tarihe kadar ve ne suretle oy kullanabilecekleri davetiyede açıkça belirtilir.

Alacaklılar, proje üzerinde bizzat veya bir vekil aracılığıyla oy kullanabilirler. Davetiyede, tüm vekaletnamelerin Yönetmeliğin Örnek-3 formuna uygun şekilde hazırlanması ve vekalet veren alacaklı ile vekilinin imza sirkülerinin forma eklenmesi ve oylama görevlisine oy pusulası ile birlikte verilmesi gereği belirtilir.

Davetiyede, alacaklının toplantıya katılmaması veya süresi içinde davetiyede belirtilen usule uygun olarak oy kullanmaması durumunda, projenin tasdiki için gereken çoğunluğun hesabında dikkate alınmayacağı ve gerekli çoğunluk sağlandığı takdirde, oylama sonucu ile bağlı olacağı da ihtaren bildirilir.

3. Oylama Davetiyesine Eklenecek Belgeler :

Yukarıda "Bilgilendirme" başlığı altında incelenen belgelerin oylama davetiyesine eklenmesi gerekir. Tekrar etmek gerekirse bu belgeler; İİK m.309/n gereğince hazırlanmış proje, Yönetmeliğinin 7, 8 ve 9 ncu maddelerindeki usule göre hazırlanmış olan ve projeden etkilenen alacaklılara bildirilmesi gereken rapor ve belgeler ile oy pusulasıdır.⁷⁴

4. Oylama Toplantısı :

Borçlu tarafından projenin müzâkeresi ve oylanması için bir toplantı

73 Bkz. YYYön. m.11

74 Bkz. YYYön. m.12

öngörüldüğü takdirde davetiyeyi ve ekli belgeleri alan projeden etkilenen alacaklılar, oylama davetiyesinde belirtilen gün, saat ve yerde toplanırlar. Toplantıya gerekli nitelikleri haiz bir oylama görevlisi başkanlık eder. Oylama görevlisi borçlunun tayin edeceği bir noter veya alacaklılar yahut borçlu tarafından daha sonra İİK m.309/ö uyarınca proje denetçisi olarak görev yapmak üzere seçilmiş üçüncü bir kişi olabilir. Oylama görevlisi, hazîrun cetvelini tutmak, oy pusulalarını toplamak, oylamanın sonucunu kağıda dökmek ve asliye ticaret mahkemesine sunulacak olan oylama sürecini ve sonucunu gösteren raporu hazırlamak suretiyle oylama sürecini denetlemek ve idare etmekle görevlidir.⁷⁵

Alacaklılar vekilleri aracılığı ile de oy kullanabilirler. Bu takdirde vekaletnamede, alacaklının ve vekilinin adı, soyadı, unvanı ve adresi de yer alır. Vekaletnamenin davetiyede belirtilen gün, saat ve yerde yapılacak toplantıda oylanacak yeniden yapılandırma projesine ilişkin olarak verildiğine dair açık bir ifade bulunmalıdır.⁷⁶

Oylama sonucu tanzim edilecek hazîrun cetveli aşağıdaki bilgileri içerir.⁷⁷

- a. Oylamaya katılan alacaklının adı veya unvanı,
- b. Alacaklı vekil aracılığı ile oy kullanmışsa, vekilin adı,
- c. Alacaklının alacağıın miktarı,
- d. Varsa, alacaklının alacağıın dahil olduğu sınıf,
- e. Alacaklının veya vekilinin imzası.

Yeniden yapılandırma projesinin kabulü için gerekli çoğunluk daha önce de belirtildiği üzere; projeden etkilenip oylamaya katılan alacaklıların sayı itibariyle en az yarısını aşan ve oy kullanan alacaklıların en az üçte ikisini oluşturan çoğunluktur. Projeden etkilenip onay veren (projeyi kabul eden) alacaklıların, bu kabul beyanlarını içeren bir tutanak düzenlenir. Bu tutanaktaki imzalar ve tarih, noterlikçe onaylanır (İİK m.309/o/6) Oylama görevlisi İİK 309/o maddesinin (8) numaralı bendi uyarınca, asliye ticaret

75 Bkz. YYYön. m.13

76 Bkz. YYYön. m.15

77 Bkz. YYYön. m.14

mahkemesine oylama sürecine ilişkin ayrıntıların bildirilmesi amacıyla verilecek olan oylama sürecini ve sonucunu gösteren bir rapor hazırlar. Rapor da Örnek-5'de yer alan bilgiler bulunur. Oylama görevlisi oylamaya ilişkin olarak uygun bulduğu diğer bilgilere de raporunda yer verebilir. Hazırın cetveli ile oy pusulaları rapora eklenir (YYYön. m.17). Oylama toplantısında yukarıda belirtilen çoğunluk sağlanamazsa, yeniden yapılandırma projesi reddedilmiş sayılır ve borçlu şirket veya kooperatif asliye ticaret mahkemesine yeniden yapılandırma için başvuramaz. Bu halde borçlu İİK m.179-179/b gereği iflâsın ertelenmesini isteyebilir⁷⁸

Yönetmelik, oylama toplantısı yapılmadan posta yoluyla oylamayı da düzenlemektedir. Yönetmeliğin 16 ncı maddesi uyarınca; borçlunun oylamayı posta yolu ile ancak oy pusulalarını toplamaya aracılık edecek diğer yöntemleri de sınırlamadan yapmaya karar verdiği hallerde, oylama davetiyesinde oyların gönderileceği adres ve oyların tebellüğ edileceği son tarih de açıkça belirtilmelidir. Yönetmeliğin 10 (davet), 11 (oylama davetiyesi), 12 (oylama davetiyesine eklenecek belgeler), 13 (oylama toplantısı) ve 15 nci (vekaleten oy) maddeleri posta yolu ile oylama usulü için de geçerlidir. Ayrıca, aslen oy kullanan alacaklı oy pusulasına noter onaylı imza sirküleri de ekler. Oylama görevlisi Yönetmeliğin 13 ncü maddesinde belirtilen usulde hazırın cetveli tutar ve cetvelin beşinci sütunüne oyların alındığı tarihi kaydeder. Posta yolu ile oylama, ilgili diğer kanun ve yönetmeliklerdeki hükümler ile de uygunluk içerisinde gerçekleştirilir.⁷⁹

D. YENİDEN YAPILANDIRMA PROJESİNİN TASDİKİ İÇİN TİCARET MAHKEMESİNE BAŞVURULMASI :

Yukarıda açıklanan işlemler, icra takibine başlamış veya başlamak üzere olan alacaklılarla borçlu arasında mahkeme dışı iletişim ortamındaki müzâkere sürecini oluşturmaktadır. Yeniden yapılandırma prosedürünün başarılı olması, bu ilk müzâkere aşamasının kusursuz ve eksiksiz biçimde tamamlanması, nihayet alacaklılar ile borçlunun uzlaşmaya varmasına bağlıdır. ABD Hukuku uygulamasında da, uyuşmazlıkların pek çok defa projenin müzâkeresi safhasında ortaya çıktığı, projenin alacaklıların önemli bir kıs-

78 Kuru (el kitabı) : a.g.e. s.1356

79 Bkz. YYYön. m.16

mı tarafından onaylanmasının projenin başarıya ulaşmasını kolaylaştıran bir olgu olduğu ifade edilmektedir. Yine İngiliz Hukuku uygulamasında yeniden yapılandırma prosedürüne giren pek çok şirketin müzâkere aşamasını geçemediği belirtilmektedir.⁸⁰

Bu ilk aşamanın sonuçlandırılmasını müteakip artık ikinci aşama olan asliye ticaret mahkemesine başvuruya sıra gelir. Asliye ticaret mahkemesine borçlu şirket veya kooperatif yetkili organları vasıtasıyla başvurabilir. Görevli ve yetkili mahkeme şirket veya kooperatifin muamele merkezinin tabi olduğu asliye ticaret mahkemesidir.

Mahkemeye müzâkere edilmiş ve projeden etkilenen alacaklılar tarafından gerekli çoğunluk sağlanarak kabul edilmiş olan yeniden yapılandırma projesi ve ekleriyle birlikte başvurulması gerekmektedir. (İİK m.309/m.I) Yeniden yapılandırma prosedürüne başvuran sermaye şirketi veya kooperatif yukarıda niteliğini açıkladığımız yeniden yapılandırma projesine İİK m.309/o ve Yönetmeliğinin 8 ve 9 ncu maddelerinde gösterilen belgeleri de eklemek zorundadır. Bunlar esas itibarıyla, borçlu şirket veya kooperatifin mali durumunun aydınlatılmasını öngören ve şirketin yeniden ödeme kabiliyetine kavuşacağını kuvvetle muhtemel gösteren malî dokümanlardır. Örneğin; bağımsız bir denetim kuruluşu tarafından hazırlanması gereken finans analiz raporu, firmanın en son denetim raporları, nakit akışına ilişkin tahminler, kâr tahminleri, sağlanacak finansman, yönetim plan ve tahminlerinin makul olup olmadığı, yönetimin yetkinliği ve bu veriler gözönünde tutularak, alacaklıların iflâs tasfiyesine göre daha iyi bir düzeyde tatmin edilmelerinin mümkün olduğunu gösteren iflâs analiz raporu (YYYön. m.9), ayrıntılı bilanço, defterlerin vaziyetini bildiren cetvel, gelir tablosu ve borçlunun malî durumu açıklayıcı bilgi ve belgelerin de projeye eklenmesi öngörülmüştür. (İİK m.309/o, b.II)

Yukarıda belirtilen borçlu şirket veya kooperatifin malî durumunu yansıtan ve yapılanmaya ilişkin projeksiyonları içeren daha çok maliye, muhasebe, işletme disiplinlerini ilgilendiren ve bağımsız denetim kurumları tarafından objektif kriterlere göre hazırlanması gereken belgeler sistemin belkemiğini oluşturmaktadır. Bu nedenle, uzlaşma yoluyla yeniden yapılanma prosedürüne başvurma aşamasından önce malî uzmanlarla hukukçuların

80 Westbrook-11.Bölüm, s.268; Clarke, a.g.e. s.45

uyumlu bir ortak çalışma içinde olmaları gerekmektedir.⁸¹ Bu malî dokümanların yanısıra, projeye ilişkin noterlikçe onaylanmış oy tutanaklarının (YYYön. m.14), başvuru öncesi müzâkere sürecini tanımlayan ve projeden etkilenen alacaklıların proje hakkında karar vermelerine olanak sağlayan yeterli bilgilendirmenin iadeli taahhütlü mektup ya da noter ihbarname-si gibi uygun araçlarla yerine getirildiğini gösteren delilleri de içeren açıklamaların (YYYön. m.7, 8, 9, 12), projeden etkilenen ve etkilenmeyen alacaklılar listesinin, projeye göre alacaklıların eline geçecek miktar ile borçlunun iflâsı hâlinde alacaklıların eline geçebilecek muhtemel miktarı karşılaştırmalı olarak gösteren belgenin, sayı ve meblağ itibariyle çoğunluk koşulunun gerçekleştirildiğine ilişkin cetvelin (YYYön. m.17) de eklenmesi zorunludur.

E. YENİDEN YAPILANDIRMADA GÖREVLİ ORGANLAR İLE BUNLARIN DİĞER İFLÂS ORGANLARIYLA MUKAYESESİ :

I. Görevli Organlar :

Yeniden yapılandırma kurumu, yepyeni bir kurum olarak İcra İflâs Hukukumuzda girmiştir. Kendine has özelliklere sahip bu kurum resmi ve özel bazı organları içermektedir. Bu organlar, kurumun başarıya ulaşmasında denge unsurunu oluştururlar. Zira iyi hazırlanmış bir yeniden yapılandırma projesi ile yeniden yapılandırmada görevli organların iyi çalışması, borca batık durumdaki bir şirketin yeniden yaşama dönmesini sağlayacağı gibi, tam tersine iyi hazırlanmamış bir proje ile görevli organların iyi çalışmaması aslında hiç bir umut taşımayan ve iflâs etmesi gereken bir şirketin zorla yaşatılmasına sebep olabilecektir.

Yeniden yapılandırma süreci içerisinde görevli organları; asliye ticaret mahkemesi, projeden etkilenen alacaklılar, bağımsız denetim kuruluşu, ara dönem denetçisi ve proje denetçisi olarak sıralayabiliriz. Şimdi bunları sırasıyla inceleyelim;

1. Asliye Ticaret Mahkemesi :

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında, asliye ticaret mahkemesi, iflâsta ve konkordatoda olduğu

81 Altay-Yeniden Yapılandırma, s.643

gibi birinci derecede görevli ve yetkilidir.⁸² Muaccel para borçlarını ödeyemeyecek durumda olan veya mevcut ve alacakları borçlarını karşılamaya yetmeyen ya da bu hallerden birine düşme tehlikesiyle karşı karşıya kalması kuvvetle muhtemel olan bir sermaye şirketi veya kooperatif, önceden müzâkere edilmiş ve projeden etkilenen alacaklılar tarafından gerekli çoğunluk sağlanarak kabul edilmiş olan yeniden yapılandırma projesi ile birlikte, muamele merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma için başvurabilir.(İİK m.309/m.I) Mahkeme, başvuru üzerine ara dönemde mahkemece yapılacak işlem ve alınacak tedbirlere hükmeder (İİK m.309/ö). Asliye ticaret mahkemesi, başvurunun incelemesini müteakip tasdik veya red kararı verir (İİK m.309/p). Mahkemenin verdiği tasdik kararı, projeden etkilenen alacaklılarla yapılmış olan tüm sözleşme hükümlerinden önce gelir (İİK m. 309/r). Mahkeme yeniden yapılandırmanın gerekli durumda feshine veya tadiline karar verebilir (İİK m.309/s, ş). Nihayet mahkeme, borçlunun projeden doğan yükümlülüklerini tamamen veya kısmen zamanında yerine getirmemesi halinde gerekli muhafaza tedbirlerinin alınmasına ve borçlunun iflâsına karar verebilir (İİK m.309/t).

2. Projeden Etkilenen Alacaklılar :

Yukarıda ifade edildiği gibi borçlu, projeyi müzâkere edeceği ve projenin kabulü için oylarına başvuracağı alacaklıları, kanun ve yönetmelikte belirtilen hükümlere uymak koşuluyla serbestçe belirler. Böylece, borçlunun bir kısım alacaklılarla ilişkilerini sürdürürken diğer bir kısım alacaklılar arasında borçlarını yeniden yapılandırmak için uzlaşabilmesi mümkün kılınmaktadır. Müzâkerelere davet edilen alacaklılar, “projeden etkilenen alacaklılar” sayılır. Projeden etkilenen alacaklılar, yeniden yapılandırma projesi ile, alacakları, hakları veya menfaatleri yeniden yapılandırılacak alacaklılardır (İİK m.309/m.II).

Bu yola başvuran sermaye şirketi veya kooperatifin alacaklılarının özellikle projeden etkilenenlerin, kararlarının yeniden yapılanmada belirleyici etkisi vardır. Daha önce de ifade edildiği gibi, alacaklıların projeye verecekleri destek, yeniden yapılandırmanın temel taşlarındandır. Mümkün olan en fazla sayıda alacaklının oyuyla kabul edilmiş bir yeniden yapılan-

82 Kuru/Yılmaz/Arslan-İcra; s.738

dırma projesinde itiraz o derece az olacak buna mukabil başarı da o derece yüksek olacaktır.

Yine alacaklılar, mahkemeden projenin tasdikine kadar ki ara dönem için borçlunun malvarlığını korumaya yönelik tedbirlerin alınmasını, borçlunun sevk ve idaresini bizzat üstlenecek ya da bu faaliyetleri denetlemek üzere kendilerinin seçtikleri veya mahkemece seçilecek bir ara dönem denetçisinin tayinini isteyebilirler (İİK m.309/ö.II). Projenin tasdikini müteakip, projenin yerine getirilmesine ilişkin esasları denetleyip, alacaklılara durumunu düzenli olarak rapor edecek bir veya birkaç proje denetçisi seçebilirler veya bu denetçilerin mahkemece atanmasını talep edebilirler (İİK m.309/ö.III).

Projenin ihlali halinde, hakları ihlal edilen alacaklılar borçlu ile projenin tadili konusunda müzâkereye girişebilirler (İİK m.309/ş). Borçlunun projeden doğan yükümlülüklerini tamamen veya kısmen zamanında yerine getirmemesi halinde alacaklılar, mahkemeden borçlunun malvarlığı üzerinde gerekli muhafaza tedbirlerinin alınmasını ya da borçlunun iflâsını isteyebilirler (İİK m.309/t).

3. Bağımsız Denetim Organı :

Borçlunun (sermaye şirketi veya kooperatifin) ödeme kabiliyetine kavuşabileceğini ve projede yer alan koşullara uymasının mümkün olduğunu gösteren finansal analiz raporunu hazırlayacak olan bağımsız denetim kuruluşunu da (İİK m.309/o, bent 9), yeniden yapılandırmada görevli organlar arasında saymak gerekir.⁸³

Bağımsız denetim kurumunun özelliği herhangi bir alacaklı grubunun ya da borçlunun menfaatini gözetmeksizin, objektif olarak değerlendirme yapması, alacaklı ile borçlu arasındaki dengeyi adil bir şekilde gözetmesi olacaktır. Üstelik çok karmaşık bir işlem olan finansal tabloların, malî analizlerin, fizibilite analizlerinin ve yeniden yapılanmaya ilişkin stratejik plân ve tahminlerin hazırlanması gibi hayati bir faaliyetin, bu konunun uzmanı olmayanlar tarafından hazırlanması pek mümkün de gözükmemektedir. Kuşkusuz oldukça malîyetli olacak bu işlem özellikle küçük işletmeler açısından külfetli olsa da yeniden yapılandırmanın “olmazsa olmaz” aşamasıdır.

83 Kuru/Yılmaz/Arslan-İcra: s.739

4. Ara Dönem Denetçisi :

Yeniden yapılandırma başvurusunu inceleyen ticaret mahkemesi, alacaklılar ve borçlu tarafından seçilmiş, atanmasından projenin tasdikine veya reddine ilişkin kararın verilmesine kadar borçlu şirket veya kooperatifin faaliyetlerinin sevk ve idaresini bizzat üstlenecek ya da bu faaliyetleri denetleyecek bir veya birkaç ara dönem denetçisi atayabilir. Alacaklılar ve borçlunun ara dönem denetçisi seçmedikleri veya seçemedikleri hallerde, mahkeme, gerekli görüyorsa ara dönem denetçisini re'sen de atayabilir (İİK m.309/ö.II, YYYön. m.19).⁸⁴

Ara dönem denetçisi, işin niteliği ve görevin ifası için lazım gelen vasıflara sahip yeminli malî müşavirler arasından seçilir. Denetçilerin bağımsız ve tarafsız olmaları, etkilenen alacaklılar veya borçlu ile aralarında bir menfaat ilişkisinin bulunmaması gereklidir (YYYön. m.19).

5. Proje Denetçisi :

Asliye ticaret mahkemesi, yeniden yapılandırmanın tasdiki kararı ile birlikte, borçlu ve alacaklıların görüşünü de dikkate alarak veya re'sen projenin yerine getirilmesini denetleyip alacaklılara düzenli olarak rapor verecek bir veya birkaç proje denetçisi atayabilir (İİK m.309/p.II, YYYön.m.19).

Proje denetçisi de ara dönem denetçisi gibi, işin niteliği ve görevin ifası için lazım gelen vasıflara sahip yeminli malî müşavirler arasından seçilir. Projede denetçinin görevleri belirlenebilir, sorumlulukları da verilen görevlere göre tespit edilebilir. Denetçilerin bağımsız ve tarafsız olmaları, etkilenen alacaklılar veya borçlu ile aralarında bir menfaat ilişkisinin bulunmaması gereklidir (YYYön. m.19).

II. Yeniden Yapılandırma Kurumu İçinde Görevli Organları Diğer İflâs Organlarıyla Mukayesesi :

İflâs organları, iflâs hukukuna ilişkin işlemlerin yapılması ile görevli ve yetkili organlardır. Cüzî takibin aksine küllî takip olan iflâsta resmi organların yanı sıra bazı özel iflâs organları da bulunmaktadır. Resmi iflâs or-

84 Kuru/Yılmaz/Arslan-İcra: s.739

ganları; ticaret mahkemesi, savcı ve adalet müfettişleri iken özel iflâs organları; birinci alacaklılar toplanması, iflâs idaresi, ikinci alacaklılar toplanması ve iflâs bürosudur.⁸⁵

Yeniden yapılandırma kurumu her ne kadar Anglo-Sakson hukukuna ait bir kurum olsa da, bünyesinde yer alan organlar bizim de dahil olduğumuz Kıt'a Avrupa'sı Hukuk Sistemlerinde uygulanan iflâs hukuku kurumları ile benzer özellikler taşımaktadır. Şüphesiz ki iflâs organlarının amaçları ile yeniden yapılandırma kurumu organlarının amaçları birbirinden farklıdır. Bu yüzden benzerliklerin yanında farklılıkların da olması kaçınılmazdır. Çalışmamızın bu bölümünde, her iki kurum içinde yer alan bu organları nitelikleri itibariyle uyuştukları ölçüde birbirleri ile mukayese etmeye çalışacağız.

1. Projeden Etkilenen Alacaklılar ile Müzâkere - Alacaklılar Toplanması

İflâs prosedürü içinde alacaklılar toplanması, iflâs tasfiyesinin yönünü ve esaslarını tespit eden (karara bağlayan) en yetkili bir iflâs organıdır.⁸⁶ Alacaklılar toplanması, borçlu hakkındaki iflâs tasfiyesine katılan alacaklılardan teşekkül eden, kanunun öngördüğü yetersayılar sağlandığı takdirde toplanan ve kanun tarafından kendisine verilen hak ve yetkileri kullanarak tasfiyenin tamamlanmasına yönelik kararlar alan bir iflâs organıdır.⁸⁷

Daha basit bir anlatımla alacaklılar toplanması, iflâs alacaklılarından teşekkül eden, iflâs masasının idare ve tasfiyesi için gerekli kararları vermek amacıyla toplantı yapan bir iflâs organıdır.⁸⁸

Buradan hareketle alacaklılar toplanmasının hukuki niteliğini de gözönünde tutarak işlevlerini sıralamak gerekirse; resmi bir niteliği olmamakla birlikte resmi bir işlev gören ve icra mahkemesinin denetim ve gözetimi altında çalışan, iflâs masasına giren malların idaresi ve paraya çevrilmesi konusunda geniş yetkilere sahip olan, bu yetkilerinin bir kısmını doğrudan

85 Deliduman, Seyithan: İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s.27

86 Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra: s.601

87 Deliduman, a.g.e. s.42

88 Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, C.IV, İstanbul 1997 (Kuru-İcra IV) s.3156; Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra s.601

doğruya bir kısmını ise kendi seçtiği organ olan iflâs idaresi eliyle kullanan kendine özgü bir iflâs organıdır.

Alacaklılar toplanması, birinci alacaklılar ve ikinci alacaklılar toplanması olarak ikiye ayrılır. Birinci alacaklılar toplanması, kanunen kendilerine tanınan kendi kendini yönetme imkanını, hangi çerçevede kullanacağını belirler. Tasfiyeyi büyük ölçüde gerçekleştirecek organ olan iflâs idaresi üyelerini seçmenin yanında, iflâs idaresinin tasfiyeyi yaparken, bir başka ifade ile, masayı idare ederken ve masa mallarını paraya çevirirken yapacağı işlemlere de, verdiği kararlarla yön verir ve etki eder.⁸⁹ İflasın tasfiyesi için acele kararları verir (İİK m.224/I), ayrıca müflis konkordato teklif ederse tasfiyeyi tatil edebilir (İİK m.224/II). İkinci alacaklılar toplanması ise, iflâs masası üzerinde doğrudan tasarruf edebilen, iflâs idaresini bağlayıcı kararlar vererek iflâs tasfiyesinin gerçekleştirilmesini sağlayan ve iflâs tasfiyesinin bundan sonraki aşamasını çok büyük ölçüde düzenleyen bir organdır.⁹⁰ İkinci alacaklılar toplanmasına alacakları kısmen veya tamamen (sıra cetveline) kabul edilmiş olan iflâs alacaklıları ile sıra cetveline itiraz davası açmış olan iflâs alacaklılarından İİK m.235'e göre katılmalarına karar verilmiş olanlar davet edilir (İİK m.237/I, c.2.) Alacakları tamamen reddedilmiş olan alacaklılar toplantıya katılamaz.⁹¹

Buraya kadar ki açıklamalar doğrultusunda iflâs idaresindeki alacaklılar toplanması ile yeniden yapılandırmadaki alacaklılar ile müzâkereyi karşılaştırmak gerekirse;

Her ikisi de resmi bir organ olmamakla birlikte iflâsta alacaklılar toplanması, şirketin iflâsına ilişkin görevleri yerine getiren, tasfiyeyi düzenleyen bir organ olmasına karşın yeniden yapılandırmada alacaklılar müzâkeresi, şirket veya kooperatif yetkilileri ile alacaklıları arasındaki bir uzlaşma müessesesidir. Alacaklılar müzâkeresinde alacaklılar, şirket veya kooperatif yetkilileri tarafından sunulan projeyi ya reddeder ya kabul ederler. Yeterli çoğunlukla kabul edildiği takdirde proje, tasfiyeyi değil borçların yeniden yapılandırılmasını amaçlar.

Alacaklılar toplanması, sürekli bir organ olarak kanunen kendisine ta-

89 Deliduman, a.g.e. s.44

90 Deliduman: a.g.e. s.45

91 Kuru/Yılmaz/Arslan-İcra: s.645

nın yetkilerin bir kısmını doğrudan doğruya, bir kısmını ise kendi seçtiği iflâs idaresi organı vasıtasıyla kullanan bir organ iken, yeniden yapılandırma alacaklılar müzâkeresi, bir kez toplanan ve bu toplantıda projeyi müzâkere edip oylayan bir organdır. Her ne kadar, alacaklılar müzâkeresinde, denetim ve idare görevleriyle görevlendirilecek olan ara dönem denetçisi ve proje denetçisi seçilmesi de söz konusu ise de her iki kurumun işleyişi, görev ve sorumlulukları arasında büyük fark vardır. Şöyle ki; alacaklılar toplanması, kendi seçtiği iflâs idaresinin verdiği raporu ve yaptığı açıklamayı dinledikten sonra, iflâs idaresini görevinde bırakmak isteyip istemediği hakkında bir karar verir (İİK m.238/II) ve kararını icra mahkemesine bildirir (İİK m.227/II). Bundan başka alacaklılar toplanması, iflâs masasının menfaati için gerekli gördüğü diğer bütün hususlar hakkında da karar verir (İİK m.238/II). Görüldüğü üzere alacaklılar toplanması, iflâs prosedürü içinde tasfiyeye ilişkin olarak her türlü kararı verebilecek yetki ve sorumluluğa sahiptir. Oysa yeniden yapılandırmada alacaklılar ile müzâkere de borçların nasıl ve ne şekilde ödeneceği konusunu borçlu tespit etmekte, alacaklılar ise bunu kabul ya da red konusunda pasif bir yetkiyi haiz olmaktadır. Alacaklılar tarafından seçilen ara dönem ve proje denetçilerinin ise işin niteliği ve görevin ifası için lazım gelen vasıflara sahip yeminli malî müşavirler arasından seçilmesi, bağımsız ve tarafsız olmaları, projeden etkilenen alacaklılar veya borçlu ile aralarında bir menfaat ilişkisinin bulunmaması gereklidir (YYYön. m.19).

2. İflâs İdaresi – Ara Dönem Denetçisi ve Proje Denetçisi :

İflâs idaresi, alacaklılar toplanması tarafından seçilen bir organdır.⁹² Üç kişiden oluşur. Yeterli bilgi ve tecrübeye sahip altı aday arasından seçilir. İflâs idaresi üyeleri, alacaklılar arasından seçilebileceği gibi, yeterli bilgi ve tecrübeye sahip üçüncü kişiler arasından da seçilmesi mümkündür.

İflâs idaresi, müflisin veya alacaklıların temsilcisi değildir. İflas idaresi, iflâs masasının kanuni mümessilidir (İİK m.226/I). Bir başka ifadeyle iflâs masasının bir organıdır. Kanun, iflâs masasını adeta bir tüzel kişi farzetmekte (fakat, iflâs masasının tüzel kişiliği yoktur.) ve “iflâs idaresi, masanın kanuni mümessilidir” demektedir. Bununla, iflâs idaresi müflis ve ala-

92 Yılmaz, Ejder: İflas İdaresi, Ankara 1976, s.48

caklılardan soyutlanmakta ve iflâs idaresinin, iflâs masasının bir organı olduğu belirtilmektedir. Buna göre; iflâs masasının idare ve tasfiyesi için gerekli bütün işlemlerde (mesela dava takip etmek, yeni davalar açmak, sözleşme yapmak) masayı iflâs idaresi temsil eder. Bütün alacaklılar anlaşsa bile, iflâs masasını dışarıya (üçüncü kişilere) karşı temsil edemezler.⁹³

Ara dönem denetçisi, alacaklılar ve borçlu tarafından seçilmiş, atanmasından projenin tasdikine kadar veya reddine ilişkin kararın verilmesine kadar borçlu şirket veya kooperatifin faaliyetlerinin sevk ve idaresini bizzat üstlenecek ya da bu faaliyetleri denetlemek üzere tayin edilir. Alacaklılar ve borçlunun ara dönem denetçisi seçemedikleri veya seçemedikleri hallerde, mahkeme gerekli görüyorsa, ara dönem denetçisini re'sen de atayabilir (İİK m.309/ö.II, YYYön. m.19). Görüldüğü üzere ara dönem denetçisi, iflâs idaresinden farklı olarak, sadece alacaklılar tarafından değil, alacaklı ile borçlu arasında bir uzlaşma ile seçilen bir organdır. Yine ara dönem denetçisi iflâs idaresinden farklı olarak zorunlu bir organ değil, kanun ve yönetmeliğin lafzından anlaşıldığı üzere gerek görüldüğü takdirde tayin edilebilecek ihtiyari bir organdır.

Yine ara dönem denetçisinin daha önce de belirtildiği üzere, işin niteliği ve görevin ifası için lazım gelen vasıflara sahip yeminli malî müşavirler arasından seçilmesi, bağımsız ve tarafsız olmaları, projeden etkilenen alacaklılar veya borçlu ile aralarında bir menfaat ilişkisinin bulunmaması gereklidir(YYYön. m.19) Bu yönüyle de iflâs idaresinden ayrılır.

Bununla birlikte ara dönem denetçisi de, projenin tasdiki veya reddi kararının verilmesine kadar şirketi sevk ve idare ile görevlendirildiği üzere bu süre zarfında şirketi temsile de yetkili olacaktır. Bu bakımdan iflâs idaresi ile ara dönem denetçisi arasında bir benzerlik bulunmaktadır. Yine, iflâs idaresinin “iflâs masasının menfaatlerini gözetmek zorunluluğu” nedeniyle müflis ve alacaklıların yararlarını tarafsız bir şekilde gözetmek yükümlülüğü⁹⁴, ara dönem denetçisinin bağımsız ve tarafsız olma yükümlülüğü ile benzeşmektedir.

Proje denetçisi ise, yeniden yapılandırma kararının tasdiki ile birlikte,

93 Kuru/Yılmaz/Arsan-İcra: s.623; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özkes; a.g.e s.420

94 Yılmaz- İflâs İdaresi s.54

borçlu ve alacaklıların görüşü de alınmak suretiyle veya re'sen asliye ticaret mahkemesi tarafından atanan bir organdır. Proje denetçisinin esas görevi, projenin yerine getirilmesini denetleyip alacaklılara düzenli olarak rapor vermektir. Proje denetçisinin şirketin sevk ve idaresinde doğrudan doğruya bir yetkisi bulunmamaktadır.

3. Bağımsız Kurum Denetçisi – Bilirkişi :

Hukukumuzda yeni bir kavram ve kurum olarak giren yeniden yapılandırma aynı zamanda yeni bir tartışmayı da gündeme taşımıştır. Bu tartışma, borçlu tarafından hazırlanacak projenin en önemli unsurlarından birisi olan “bağımsız denetim raporu”nun hukuki niteliği üzerinedir.⁹⁵ Bağımsız denetim kuruluşları, özel bir kuruluş olarak kurulan, uluslararası standartlara göre muhasebe denetimi yapan, şirketlerin malî tablolarını ve bilançolarını tarafsız ve etki altında kalmadan hazırlayarak bunları ilgilere sunan kuruluşlardır.

Bilirkişi ise bir davada çözümü hakim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşüne başvurulmuş üçüncü kişidir. (HUMK m.275) Bilirkişi görüşüne başvurulmuş husus hakkında (hakim tarafından bilinmeyen) özel ve teknik bilgisine dayanarak inceleme yapar ve vardığı sonuçları (görüşünü, mütalaasını) mahkemeye bildirir. Başka bir deyişle, bilirkişi, özel ve teknik bilgisinin yetmediği hallerde, hakime yardım eder.⁹⁶

Hakimin hakkında hüküm verdiği her konuda bilgi sahibi olması mümkün değildir. Buna rağmen, hakim, hakkında hiç veya yeterli bilgi sahibi olmadığı pek çok konuda açılan davalarda bir karar (hüküm) vermek zorundadır (bkz. HUMK m. 573/6, 574; TCK m. 231). İşte, bu zorunluluğun (görevin) yerine getirilebilmesi için, hakim, hakkında karar vermek zorunda olduğu uyumsuzluğun temelini oluşturan vakıaların (olgu ve olayların) saptanması, aydınlatılması ve değerlendirilmesinde kendi bilgi ve deneyiminin yeterli olmadığını saptayınca, bu bilgi eksikliğini tamamlamak zorun-

95 Kuru, Baki; Aksoyoğlu, Necati; Öztek, Selçuk: İcra İflâs Kanunu'nda Değişiklikler (Seminer-Tartışmalar), İstanbul 2004, İktisadi Araştırmalar Vakfı Yayını, s.120-144

96 Kuru, Baki/Yılmaz, Ejder/Arslan, Ramazan: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 11.Baskı, Ankara 1999, s.408 (Kuru/Yılmaz/Arslan-Usül)

da kalacaktır. Bunun için kendisine bu konuda yardım eden olmalıdır. Bu konuda yardımcı, öncelikle, dava malzemesini hazırlayan taraf veya taraflar olacaktır. Ancak, çoğu zaman, tarafların açıklamaları hakimın hükme varmasına yararlı olsa bile yeterli olmayabilecektir. İşte bu durumda hakim, vakıaların saptanması, aydınlanması ve değerlendirilmesinde (onlardan sonuçlar çıkarılmasında) yararı olan tarafın ya da tarafların talebi üzerine veya uyuşmazlığı bir kararla sonuçlandırmak zorunda olan kişi olarak kendinden (re'sen) "bilirkişinin" yardımını isteyecektir.⁹⁷

Bir kişinin belli bir konuda uzman olup olmadığını belirlemede son söz hakimindir. Ancak bu husus resmi bilirkişiler dışındaki bilirkişilerin seçimi için söz konusudur. Çünkü, bu husus için resmi bilirkişiler varsa, ancak bunlar arasından seçim yapılabilir (HUMK m.276/II). Bir husus için hükümet (kanun) tarafından belirlenmiş resmi bilirkişiler varsa, hakim, bilirkişileri bunlar arasından seçmelidir (HUMK. m.276/II; karşı CMUK m.66/II).⁹⁸

Buraya kadar ki açıklamalardan bilirkişinin, özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda hakim tarafından atanacağını ve eğer varsa resmi kurumlardan yoksa hakim tarafından belirlenecek özel kişilerden olacağı anlaşılmaktadır. Bu durumda; yeniden yapılandırma prosedüründe, borçlu tarafından hazırlattırılarak mahkemeye sunulan özel denetim kuruluşu raporunun, bilirkişi raporu olarak nitelendirilmesi mümkün görülmemektedir. Bu husus raporun içeriğine alacaklılar tarafından itiraz edilmesi halinde bir sorun olarak karşımıza çıkacaktır.

Bu noktada işletmenin durumunu ortaya koyacak bağımsız denetim kurumu raporlarının önemine de değinmekte fayda vardır. Borçlunun ödeme kabiliyetine kavuşacağını ve projede yer alan koşullara uymasının mümkün olduğunu gösteren bağımsız denetim kuruluşu raporudur. Başvuruyu değerlendirecek mahkeme için en önemli dayanak oluşturacak bu rapor aynı zamanda, başvuru gerekçesinin doğruluk derecesi ile alacaklıları, bunların alacak tutarlarını, alacağın kaynaklarını ve güvencelerini, projeye göre alacaklıların eline geçecek miktar ile borçlunun iflâsı halinde alacaklıların

97 Arslan, Ramazan: Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu - 5. oturum

98 Kuru/Yılmaz/Arslan-HUMK s.412

eline geçebilecek muhtemel miktarı gösteren karşılaştırmalı tabloyu da içermelidir. Aksi halde yargıcın bu hususları klasik bilirkişilik kurumu içerisinde çözme olanağı da yoktur.⁹⁹ Zira; söz konusu bilirkişinin yapacağı iş, sadece bir bilançoda aktiflerin ve pasiflerin durumunu özetlemek yani statik bir bilanço analizi değil, dinamik bir bilanço analizi yapmak, bir nakit akış tablosu çıkarmak ve bir projeksiyon hazırlamaktır ki bu da ancak bağımsız denetim kuruluşları gibi kuruluşların yapabileceği tespitlerdir.

Bağımsız denetim raporunun başarısı yeniden yapılandırmanın da başarısı olacaktır. Zira geçmişte ülkemizde de TTK md. 324'ün uygulanmasında, yetersiz bilirkişi incelemeleri ve raporları sonucu aslında iflâs etmesi gereken işletmelerin gereksiz yere yıllarca yaşatılmaya çalışması sonucu alacaklıların zararlarının katlanarak arttığı örnekler de mevcuttur.¹⁰⁰

ABD ve İngiltere'de yeniden yapılandırma uygulamalarında bağımsız muhasebe kuruluşlarına başvurulmaktadır. Hatta İngiltere'de, bağımsız denetim kuruluşları şirkete kayyım olarak atanabilmekte ve yeniden yapılandırma prosedürü bu kayyım denetim kuruluşları tarafından yürütülmektedir.¹⁰¹

SONUÇ :

Yeniden yapılandırma kurumunun amacına ulaşması, borçlunun alacaklılarla uzlaşmasına bağlıdır. Alacaklıları uzlaşmaya yönleltmek için ise uygun bir hukuki zeminin oluşturulması gerekmektedir. Bu uygun ve elverişli platform ABD iflâs mevzuatında¹⁰² borçlunun uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma amacıyla mahkemeye başvurduğu anda ayrıca bir karar veril-

99 AKSOYOĞLU Necati; İcra İflâs Hukukunda Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma, İktisadi Araştırmalar Vakfı Yayını İstanbul 2004, s.124

100 NERAD Hasan, Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu ile İlgili Uygulama Örnekleri Paneli, İstanbul 1993, s.251

101 Clarke, Alison: Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu İle İlgili Uygulama Örnekleri Paneli, İstanbul 1993 (Çeviren Ali Cem Budak), s.233

102 Detaylı bilgi için bkz. Blum, Brian A.: The Goals And Process of Reorganizing Small Businesses in Bankruptcy, The Journal of Small and Emerging Business Law, Summer 2000, s.184 vd.

mesine gerek olmaksızın (ipso jure) takiplerin durması ve bir moratoryum ilan edilmesiyle gerçekleşmektedir.¹⁰³ Artık prosedürün devamı boyunca, mevcut borçlar için yeni bir takip de yapılamamaktadır. Bu bakımdan alacaklıların alacaklarının rehinle temin edilmiş olup olmaması bir önem taşımaz.¹⁰⁴ Bu sayede alacaklılar soruna soğukkanlı bir biçimde sağduyunun ışığı altında yaklaşabilmekte ve uzlaşma müzâkereleri fevkalade verimli bir ortam içinde gerçekleştirebilmektedir. Yeniden yapılanmaya ilişkin müzâkere sürecinin borçlunun mahkemeye başvurmasından önce bir ön hazırlık niteliğinde olmak üzere başlatılması halinde, takipler durmamakla birlikte herhangi bir alacaklı bu varsayımda takip yoluna başvurmayı veya daha önce başlattığı takibi sürdürmeyi düşünmemektedir. Bunun nedeni, herhangi bir alacaklının mahkeme öncesindeki müzâkere sırasında takip yapmaya kalkışması halinde borçlunun derhal mahkemeye başvurarak, müzâkere sürecinin mahkeme gözetiminde, resmen başlamasını sağlamak suretiyle, icra takiplerini felce uğratmak olanağına sahip bulunmasından kaynaklanmaktadır. Takiplerin, başvuru anında durması bir yandan alacaklıların eşit işlem görmesine, diğer yandan da borçlunun yeniden yapılandırma sürecine daha en başından güçlü bir şekilde girmesine hizmet etmektedir.¹⁰⁵

ABD İflâs Yasasına hakim olan bu sistem, kanunumuza alınmamıştır. Şöyle ki, İİK m.309/m ve 309/o hükümlerine göre, hukukumuzda borçlu şirket veya kooperatif yeniden yapılanma sürecini mahkeme dışında başlatmak ve gerekli oy çoğunluğunu sağlayarak sonuçlandırdıktan sonra mahkemeye başvurmak zorundadır. Ancak; borçlu müzâkere edilmiş ve oylanarak kabul edilmiş olan yeniden yapılanma projesini mahkemeye sunmuş olmak koşuluyla, takiplerin ve takipleri etkileyen davaların hakim in oluşturacağı ihtiyati tedbir kararıyla durdurulması mümkün olabilecektir. Oysa borçlunun ödeme güçlüğü içine düştüğü ve borçlarını ödeyemeyeceği anlaşıldığı takdirde alacaklılar arasında bir yarış ortaya çıkmaktadır. Alacaklıların arasında böyle bir yarış ortaya çıkınca da borçlunun durumu daha da kötüleşmektedir. O yüzden ödeme güçlüğü içine düşen işletmeler bakımından ilk ihtiyaç, alacaklıların baskısından bir süre kurtulmaktır. Buna bulunan çare de bir müddet icra takiplerini durdurmak, işletmelere “moratoryum” di-

103 Westbrook-going concern: s.12

104 Budak-Şirket Kurtarma: s. 162

105 Westbrook-going concern: s.12

yebileceğimiz, cüzi icra takiplerini askıya alan geçici bir koruma süresi tanımaktır.¹⁰⁶ Bununla birlikte mahkemenin vereceği takiplerin ve davaların durdurulması kararı, yalnızca projeden etkilenen alacaklılar için söz konusu olacaktır. Açıklanan bu durum, yeniden yapılanma müessesinin deyim yerindeyse “doğarken ölmesi” anlamını taşımaktadır.¹⁰⁷ Zira takiplerin durmaması nedeniyle, müzâkere sürecinin sağlıklı bir biçimde cereyan etmesi ne ve gerekli çoğunluğun sağlanmasına kanımızca olanak yoktur. En iyimser yaklaşımla; münferit birkaç girişimin başarılı olabilecek, bu koşullar altında söz konusu hükümlerin hayata geçirilmesi oldukça zor olacaktır.¹⁰⁸ Dolayısıyla kondordatoda olduğu gibi¹⁰⁹, başvuruya birlikte rehinli alacaklar hariç olmak üzere 6183 sayılı kanuna göre yapılan takiplerde dahil olmak üzere evvelce başlamış bütün takiplerin durması ve yeniden yapılandırma süreci içinde başkaca takip yapılamaması, projenin uygulanabilir olması açısından büyük önem arz etmektedir.

Teminatlı alacaklıların (rehinli alacaklılar, mülkiyeti muhafaza kaydından yararlanan alacaklılar vs.) ve özellikle alacakları bir rehin hakkı ile temin edilmiş alacaklıların durumuna gelince; pek çok ülke mevzuatında rehinli alacaklılar için benimsenen temel prensip, bu tür alacakların, şirket kurtarma planından etkilenmemesidir. Rehlinli alacaklının alacağıının, borçlu şirketin malları üzerinde doğrudan doğruya bir aynı hak ile güvence altına alınmış olduğu fikrine dayanan bu prensip, sözkonusu alacaklıya rehinli

106 Budak-Seminer, s.12

107 Altay-Yeniden Yapılandırma: s.637.

108 Altay-Yeniden Yapılandırma: s.637; Budak-Seminer, s.12

109 Erman, E.Sabri: Konkordato Mühletinin Kapsamı ve Takibi Önleyici, Zamanaşımını Durdurucu Sonuçları, AD. 1975/5-6, s.430-440; Berkin, Necmettin: İflâs Hukuku Dersleri, İstanbul 1972 s.360-361; Postacıoğlu, İlhan: İflas Hukuku Esasları-Konkordato, s.39-42; Kuru, Baki: İflâs ve Konkordato Hukuku, Ankara 1971 (Kuru-İflâs), s.425-426; Muşul, Timuçin: Teorik ve Uygulamalı İcra ve İflâs Hukuku, C.II, s. 198-200; Çetinkaya, Mehmet: Konkordato Mühleti İçinde İhtiyati Haciz İstenebilir mi? İflas Davası Açılabilir mi?, TBB. 1991/3, Ankara, s.376-380; Tanrıver, Süha; 4949 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun Adi Konkordato İle İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, S.51, Ankara 2004, s.67-90; Altay, Sümer; Konkordato Hukukundaki Değişiklikler, İstanbul Barosu Meslek İçi Eğitim Seminerleri-2, 8.5.2004, İstanbul, (Altay-Seminer) s.25

alacağı herhangi bir indirim veya ertelemeye tabi tutulmaksızın vadesinde ve tam olarak ödenmesi¹¹⁰ ile rehinli alacaklının şirket lehine tesis edilen takip yasağından etkilenmemesi¹¹¹ sonucunu doğurur.

İİK m. 309/r gereği, projenin koşulları, projeden etkilenen alacaklılarla yapılmış olan tüm sözleşme hükümlerinden önce gelir. Dolayısıyla projeden etkilenip etkilenilmediğine bakılmaksızın borçlunun taraf olduğu tüm sözleşmelerde projenin tadiline veya feshine yol açabilecek veyahut borçlunun yeniden yapılandırma yoluna başvurmasının temerrüt hali oluşturacağına ya da akde aykırılık teşkil edeceğine ilişkin hükümler bulunması halinde, bu hükümler borçlunun yeniden yapılandırma yoluna başvurması durumunda uygulanmaz.¹¹² Bu yönüyle bakıldığında kanunun bu hükümlerinin hukuki istikrar ve güvenlik ilkelerini oldukça zorladığını söylemek mümkündür.

A.B.D. uygulamasında da en çok itirazların sınıflandırma üzerine olduğu dikkate alındığında yeniden yapılandırmada alacaklıların sınıflandırılmasının suistimallere uğrayabileceği, projenin onaylanmasını geciktirebileceği ve alacaklılar gruplarından birinin dahi projeyi onaylamaması halinde projenin uygulamaya konulamayacağı riskini de gözönünde bulundurmak gerekmektedir. Ayrıca projenin yürürlüğe girebilmesi için her bir alacaklı sınıfının projeyi onaylaması zorunluluğu, sınıflar arasında bir “pazarlık” konusunu da gündeme getirebilecektir.

Özellikle vadesi gelmemiş veya sürekli edimler içeren sözleşmeler ve kira ilişkileri açısından yeniden yapılandırma projesi özel bir önem arz etmektedir. Keza, yeniden yapılandırma prosedürü öncesinde doğmuş olup da, bu prosedürün başladığı sırada henüz tamamen ifa edilmemiş bulunan sözleşmelerin mukadderatının ne olacağı konusunda yasal düzenlemelere ihtiyaç bulunduğu muhakkaktır.

Proje dışında bırakılan alacaklılar yönünden yeniden yapılandırma projesi hiçbir hüküm ve etkiye sahip olmayacaktır.

Dikkat edilmesi gereken hususlardan birisi de, oylamada gerekli ço-

110 Bkz. İİK m.303/II

111 Bkz. İİK m.289/2

112 Bkz. YYYön. m.309/r

ğunluğun hesabında, proje hakkında karar vermelerine olanak sağlayan yeterli bilgilendirmenin iadeli taahhütlü mektup ya da noter ihbarnamesi gibi uygun araçlarla yerine getirilmesine rağmen oy kullanmayan alacaklıların dikkate alınmayacağıdır. Bu hüküm, alacaklıların borçlunun kendilerine göndermiş olduğu projeye ilgisiz kalmalarının sonucunu düzenleyerek alacaklıları sürece katılmaya teşvik etmekle birlikte kötü niyetli borçlu tarafından suistimale de açıktır. Örneğin, kötü niyetli borçlunun alacaklılara yeterli bilgiyi içermeyen zarfları göndermesi pekala mümkündür.¹¹³ Dolayısıyla oylamaya katılmasına imkan verilmemiş olan kimseler, oylamaya davet usulüne uygun yapılmadığı için gereği gibi yapılmadığı için yahut yapılmak istenmediği için mağdur durumda kalabileceklerdir. Diğer taraftan oyların posta yolu ile kullanılması durumunda, özellikle oylama görevlisinin noter olmaması durumunda “imzalı ve tarihli” oylama tutanaklarının nasıl tutulacağı konusunda bir açıklık yoktur. Bu mektupların oylama görevlisinin yazıhanesine gelmesi durumunda veya adi postayla gönderilmesi halinde, gönderilme tarihleri ve imzaların sıhhatleri konusunda tereddütler söz konusu olabilecektir. Bu gibi hallerde uygulanacak prosedürde de açıklık bulunmamaktadır.¹¹⁴ Kanaatimizce; bu tür suistimallerin önlenmesi açısından borçlu tarafından, oylama davetiyesi ve davetiyeye eklenecek belgelerin makul bir süre öncesinden noter marifetiyle alacaklıya gönderilmesinin ayrıca hususun tam olarak yerine getirildiğinin mahkemece tasdik safhasında gözönünde bulundurulmasının faydalı olacağı, ayrıca oylama tutanaklarına ilişkin olası itirazların sonuçlandırılması açısından imzalı ve tarihli oylama tutanakları konusunda ve özellikle oylamanın internet yoluyla yapılması haline ilişkin olarak tereddütleri giderecek şekilde açıklayıcı düzenlemelere ihtiyaç olduğu değerlendirilmektedir.

Bugün için gelinen noktada, iflâsın ne alacaklıları ne de iflâstan etkilenen diğer şahısları tatmin edici bir çözüm yolu olmadığı kesindir. İflas ancak hiç bir çarenin kalmadığı durumda başvurulabilecek bir yol olmalıdır. Zira, iflâsın ülke ekonomisine, istihdama ve sermaye birikimine verdiği zararlar ülkemizin yakın geçmişi içinde çok bilindik bir gerçek olarak ortaya çıkmıştır.

113 Budak-Seminer, s.18.

114 Budak-Seminer, s.13-25.

İflas hukuku alanında modern hukuk dünyasına hakim olan yeni anlayış; ekonomik varlığını sürdürebilme yeteneğine sahip olan işletmelerin borca batık duruma ya da aciz haline düşmeleri halinde, iflâsa mahkum edilmek suretiyle ticari yaşamdan silinmelerinin ve bundan doğacak ağır ekonomik, malî, hukuki ve hatta siyasi sonuçların önlenmesini sağlamayı amaçlamaktadır.¹¹⁵ Bu düşüncenin ışığı altında; ABD İflâs Kanununun 11.Bölümünde (Chapter 11) yer alan hükümler, İflâs hukukunda yeni bir uzlaşma kurumu olarak yaşama geçirilmiştir. İngiliz-Amerikan Hukukundan esinlenen bu görüş, zamanla Kıt'a Avrupa'sı hukuk sistemlerini de etkilemiş ve bunun sonucunda uzlaşma temeline dayalı borçların yeniden yapılandırılmasına ilişkin hükümler halihazırda Alman, İsviçre ve Fransız hukuk sistemlerinde de yer almıştır. Ülkemizde de bu gelişmelere paralel ve kaçınılmaz olarak 5092 sayılı kanunla sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmaları kurumu kabul edilmiştir.

Yeniden yapılandırma kurumu, uygulandığı ülkelerde, yapılan pek çok eleştiriye rağmen, iflâs kurumunun ciddi bir alternatifi olarak ekonomide ve istihdamda, sanayi hayatında ve kişiler arası borçlanma ilişkilerinde verimli sonuçlar doğurmaktadır. Yeniden yapılandırma kurumu ağır bir prosedür ve bu prosedür içinde önemli ve karmaşık analiz ve ekonomik yapılandırma tedbirlerini içermektedir. Sistemin ciddi kriterlere dayalı analizleri gerektirmesi, projenin kabulüyle ilgili koşulların ağırlığı gibi hükümler doğrultusunda, kötü niyetli ve bünyesi yeniden yapılandırmaya uygun olmayan şirket ve kooperatiflerin başarılı olmaları pek mümkün gözükmemektedir.

Yukarıda ifade etmeye çalıştığımız yeniden yapılandırma kurumu, yine ifade etmeye çalıştığımız eksik hususlarına rağmen hukuk mevzuatımızda alması gereken yeri almıştır. Kanun uygulamada görülen aksaklıklar doğrultusunda mutlaka bazı yeni düzenlemelere maruz kalacaktır. Ancak yapılması gereken bu kurumu işlevsel hale getirmektir.

Son olarak, yeniden yapılandırma kurumunun işleyişi ile ilgili olarak bir endişeyi de dile getirmek isteriz. İcra İflas Kanunu'ndaki son değişiklik-

115 Pekcanitez, Hakan: İcra Hukukunda Yapılan Yeni Düzenlemeler, Bankacılar Dergisi, S. 47, s.83 İstanbul 2003; Budak-İşletmelerin Kurtarılması, s.344-345

lerle, hukukumuzda daha önce de yer alan ancak işlevsel olmayan “ıflâsın ertelenmesi” ve “konkordato” kurumlarının hayata geçirilmesi konusunda önemli düzenlemeler yapılmıştır. Yine “mal varlığının terki suretiyle konkordato” kurumu icra ıflâs sistemimiz içine monte edilmiştir. Esasen ıflâsın ertelenmesi, yeniden yapılanma ve konkordato kurumlarının amaç bakımından teoride birleştikleri ortak nokta; ekonomik varlığını sürdürme potansiyeline sahip olan aciz halindeki veya borca batık durumdaki şirketlerin rehabilite edilerek iktisadi fonksiyonlarını sürdürmelerinin sağlanmasına yöneliktir. Bu nedenle; bu üç kurumun birbirinin önünü tıkamayıp, tam tersine, hukuk hayatındaki fonksiyonlarını uyum içinde yerine getirmelerinin sağlanması ülke ve ilgililerin menfaatlerinin korunması açısından oldukça önemlidir.

Ancak bu noktada; basit bir muhasebe raporuna¹¹⁶ dayanılarak tesis edilen ıflâsın ertelenmesi kararıyla bütün takipleri durdurmak imkanı mevcut iken, aciz halindeki veya borca batık durumdaki hiçbir borçlu şirketin, uzlaşma yoluyla borçların yeniden yapılandırması kurumuna başvurmasının tasavvur edilemeyeceği konusundaki eleştirilere¹¹⁷ katılmamak mümkün değildir. Kanaatimizce de, bireysel çıkarını gözönünde tutmak durumunda olan borçlulardan, kendilerini haksız bir biçimde de olsa rahatlatacak, basit ve kolay işleyen bir prosedür varken, çok daha ağır koşulları ve denetim mekanizmalarını içeren yeniden yapılanma yoluna başvurmalarını beklemek çok gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Zira ıflâsın ertelenmesine ilişkin hükümler uygulamada; ince ve objektif denetim mekanizmalarını içermeleri itibarıyla hukuki düşünceye ve adalete çok daha iyi hizmet edeceği muhakkak olan Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma kurumunun, hukuk yaşamımızdaki fonksiyonlarını gerçekleştirmesini ciddi anlamda engelleyecektir.¹¹⁸

Yasa koyucunun bu üç kurumun fonksiyonunu çok iyi bir biçimde ele

116 Türk, Ahmet: Sermaye Ortaklıkları ve Kooperatiflerin Borca Batıklık Nedeniyle İflâsı ve İflâsın Ertelenmesi Konusunda İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi ve Öneriler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1, İzmir 2004, s.295-333 ; Atalay, Oğuz: İflâsın Ertelenmesi, 75. Yaş günü için Prof. Dr.Baki Kuru Armağanı, TBB Yayını, Ankara 2004, s.58

117 Altay-Yeniden Yapılandırma: s.655

118 Altay-Yeniden Yapılandırma: s.655

arak, birbirlerini engellemeyecek önlemleri alması, kurumlardan beklenen faydanın sağlanması ve takip hukukumuzdaki engellerin kaldırılması açısından çok büyük önem taşımaktadır.

Yine, yeniden yapılanma kurumunun başarısını olumsuz etkileyeceği değerlendirilen yukarıda belirttiğimiz mahzurların, uygulamadan örneklerin de dikkate alınmasıyla giderilmesinin kurumun başarısına katkı sağlayacağı değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

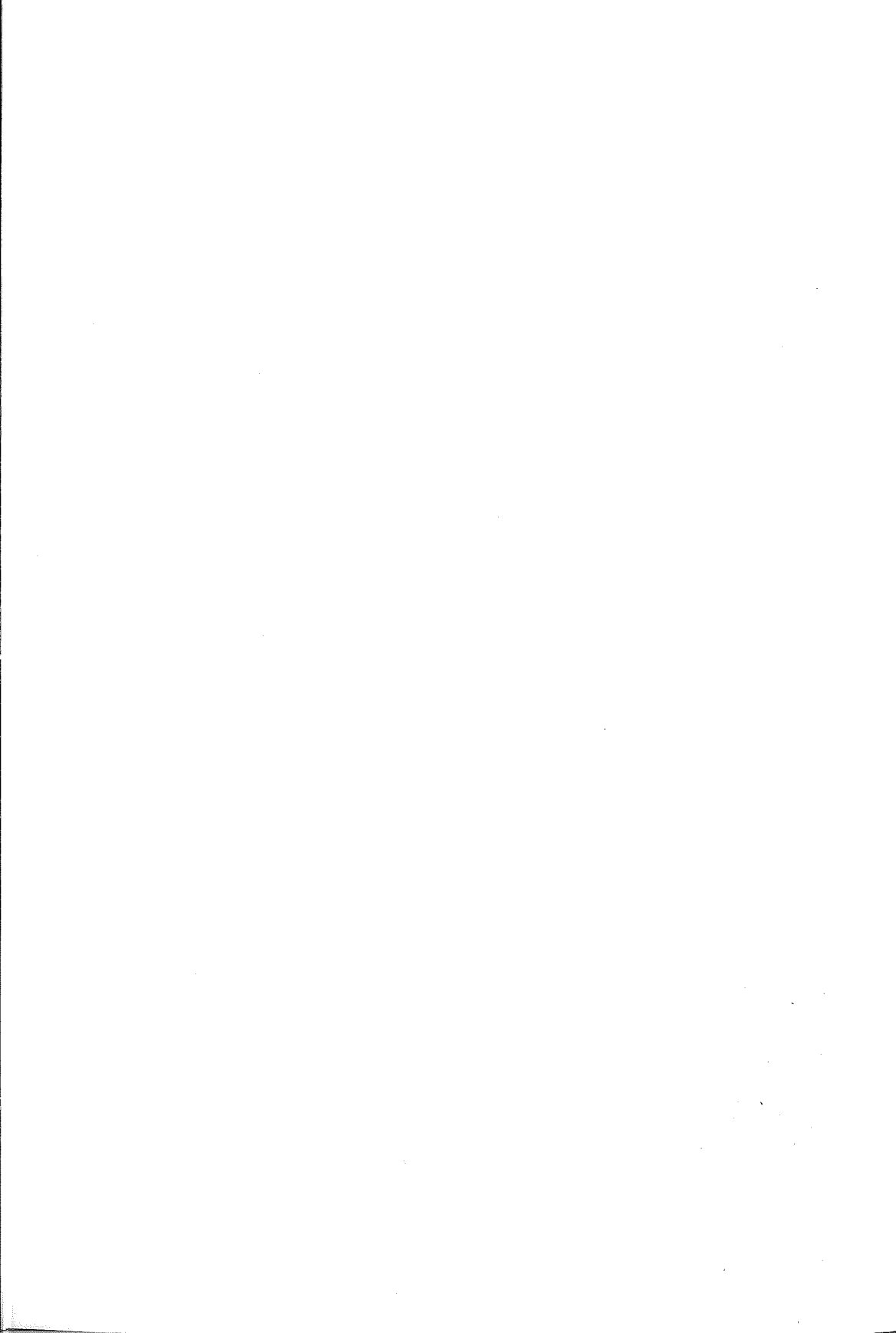
- AKSOYOĞLU, Necati : İcra İflâs Hukukunda Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma, İktisadi Araştırmalar Vakfı Yayını İstanbul 2004
- ALTAY, Sümer : İflâsın Erteleme Hakkında Yeni Düzenlemelerin Yeniden Yapılandırma Kurumları Üzerindeki Olumsuz Etkisi ve Çözüm Yolları, Prof.Dr. Ergun ÖZSUNAY'a Armağan, İstanbul 2004, Vedat Kitapçılık (ALTAY-Yeniden Yapılandırma)
- ALTAY, Sümer : Türk İflâs Hukuku, İstanbul 2004, C I, No : 313 (ALTAY-iflâs)
- ALTAY, Sümer : Konkordato Hukukundaki Değişiklikler, İstanbul Barosu Meslek İçi Eğitim Seminerleri-2, İstanbul, 8.5.2004 (Altay-Seminer)
- ARSLAN, Ramazan : Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu - 5. Oturum
- ATALAY, Oğuz : İflâsın Erteleme, Konkordato Hukukundaki Değişiklikler, Bankacılar Dergisi, Aralık 2003, s.99-106 (ATALAY-İflâs)
- ATALAY, Oğuz : İflâsın Erteleme, Prof.Dr.Baki KURU Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004 (ATALAY-Armağan)
- ATALAY, Oğuz : Anonim Şirketlerin İflâsı, İzmir 1996 (ATALAY-A.Ş.)
- ATİYAS, İzak : Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu ile İlgili Uygulama Örnekleri Paneli, İstanbul 1993 (ATİSAY-Panel)
- ATİYAS, İzak : Türkiye'de Şirketlerin Yeniden Yapılandırılması ve Tasfiyesi Politikaları, (Çeviren Fulya Soytürk) İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu İstanbul 1993 (ATİYAS-Yeniden Yapılandırma)

- AYDIN, Nurhan : Finansal Yönetim, Anadolu Üniversitesi Yayınları
Eskişehir 2004
- BERKİN, Necmettin : İflâs Hukuku, İstanbul 1972
- BİRSEL, Mahmut T. : Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda Ödeme Güçlüğü
İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu ile İlgili
Uygulama Örnekleri Paneli, İstanbul 1993
- BUDAK, Ali Cem : Ödeme Güçlüğü veya Ödeme Aczi İçindeki
Kurtarılması ve Türk Konkordato Hukuku
İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme
Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu
İstanbul 1993 (BUDAK-Konkordato)
- BUDAK, Ali Cem : ABD Hukukunda Şirket Kurtarma
İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme
Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu
İstanbul 1993 (BUDAK-Şirket Kurtarma)
- BUDAK, Ali Cem : ABD Hukukunda Şirket Kurtarma, İstanbul Sanayi
Odası Dergisi, Aralık 1991, s.159-166 (BUDAK-
ABD Hukukunda Şirket Kurtarma)
- BUDAK, Ali Cem : Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu
İle İlgili Usullerin Amacı Işığında İcra ve İflas Kanunu'
ndaki 5092 Sayılı Kanun Değişikliği, İstanbul Barosu
Meslek İçi Eğitim Seminerleri-2, İstanbul, 8.5.2004
(BUDAK-Seminer)
- CLARKE, Alison : İngiliz Hukukunda 1986 Aciz Hukuku Kanunundan
Sonra Şirket Kurtarma ve Yenidenörgütlenme,
(Çeviren Ali Cem BUDAK), Türk, İngiliz ve ABD
Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve
Banka İlişkileri Sempozyumu, İstanbul 1993
- COŞKUN, Metin : Finansal Analiz, Anadolu Üniversitesi Yayınları,
Eskişehir, 2004
- ÇETINKAYA, Mehmet : Konkordato Mühleti İçinde İhtiyati Haciz İstenebilir
mi? İflas Davası Açılabilir mi?, TBBD. 1991/3,
Ankara, s.376-380
- DELİDUMAN, Seyithan : İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması, Seçkin
Yayınları, Ankara 2002

- DOĞANAY, Murat : Finansal Başarısızlık ve Likidite, AÜSBF İşletme Böl. Çalışma Toplantıları, 2004/3
- ERMAN, E.Sabri : Konkordato Süresinin Kapsamı ve Takibi Önleyici Zaman Aşımını Durdurucu Sonuçları, Adalet Dergisi Ankara 1975
-II-
- HENCKEL, Wolfram : Federal Almanya'da Şirket Kurtarmaya İlişkin Yeni Düzenleme (Çeviren: M.TANVERDİ) İstanbul Ticaret (İstanbul Ticaret Odası Haftalık Gazetesi) Sayı 1530-1533 (14 Ekim-4 Kasım 1988)
HENCKEL-Şirket Kurtarma)
- HENCKEL, Wolfram : Batı Alman Aciz Hukukuna ilişkin Reform Planları İflâs Hukukuna Önerilen Değişiklikler. (Çeviren : M.TANVERDİ) Hukuk Araştırmaları (Marmara Ü. Hukuk Fakültesi Yayını) Cilt : 3, Sayı 2 (Nisan-Haziran 1988) s.49-56
- KAYA, Arslan : Borca Batık Anonim Şirketlerin İflâsının Ertelenmesi Prof.Dr.Erdoğan MOROĞLU'na Armağan, İstanbul 1999
- KURU, Baki : İcra ve İflâs Hukuku, C.IV, İstanbul 1997
(KURU-İcra-IV)
- KURU, Baki : İcra İflâs Hukuku El Kitabı, Ankara 2004
(KURU-El Kitabı)
- KURU, Baki : İflas ve Konkordato Hukuku, Ankara 1971 (Kuru-İflas)
- KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E. : İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları Ankara 2004 (KURU/ARSLAN/YILMAZ-İCRA)
- KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E. : Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları Ankara 199(KURU/ARSLAN/YILMAZ-USUL)
- MUŞUL, Timuçin : Teorik ve Uygulamalı İcra ve İflâs Hukuku C.II İflâs Hukuku
- NERAD, Hasan : Türk, İngiliz, ABD Hukukunda Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu İle İlgili Uygulama Örnekleri Paneli, İstanbul 1993
- ÖZTEK, Selçuk : Türk Hukukunda ve Uygulamasında Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu: İmkanlar, Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri, İngiliz ve ABD

- Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu İstanbul 1993
- POSTACIOĞLU, İlhan : İflas Hukuku Esasları-Konkordato, s.39-42
- PEKCANITEZ, Hakan : 4949 Sayılı Kanun'la İcra Hukukunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 49, Sayfa 137-158 Ankara 2003 (PEKCANITEZ-4949)
- PEKCANITEZ, Hakan : Anonim Ortakların İflâsı İzmir 1991 (PEKCANITEZ-İflâs)
- PEKCANITEZ, Hakan : İcra Hukukunda Yapılan Yeni Düzenlemeler Bankacılar Dergisi, S.47 Aralık 2003, İstanbul (PEKCANITEZ-Yeni Düzenlemeler)
- PEKCANITEZ, H/ATALAY, O./ ÖZEKES, M/SURGURTEKİN, M. : İcra ve İflâs Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2004
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2003
- TANRIVER, Süha : 4949 Sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Adi Konkordato ile İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti Ve Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Sayı 51, Sayfa 67-90, Ankara Mart-Nisan 2004
- TAŞPINAR, Sema : Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanununda Yapılan Değişiklikler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 12, Sayı 2, Sayfa 49-92, Ankara Aralık 2003, (TAŞPINAR-Adi Konkordato)
- TAŞPINAR, Sema : İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanununda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış, 75.Yaş Günü İçin Prof.Dr.Baki KURU Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, (TAŞPINAR-İcra iflâs)
- TERCAN, Erdal : İflâsın Sözleşmelere Etkisi
- TÜRK, Ahmet : Sermaye Ortaklıklarının ve Kooperatiflerin Borca Batıklık Nedeniyle Yeniden Yapılandırılması, İcra Kanununda Yapılan Son Değişiklikler ve Öneriler Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1 İzmir 2004

- ÜSTÜNDAĞ, Saim : İcra ve İflâs Kanununun Dünü ve Bugünü, İstanbul 1990 (ÜSTÜNDAĞ-İcra-İflâs)
- ÜSTÜNDAĞ, Saim : Yürürlükten Kalkmış Olan 3332 Sayılı Şirket Kurtarma Kanunu ve Başarısızlık Sebepleri İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu İstanbul 1993 -IV-
- WESTBROOK, Jay Lawrence : ABD Şirket Kurtarma Usulü Kanunu, Şirketlerin “Going Concern” Olarak Alacaklılara Karşı Korunması (Çeviren Ali Cem BUDAK), Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu İstanbul 1993 (WESTBROOK-Going Concern)
- WESTBROOK, Jay Lawrence : ABD’de 11.Bölüm Yeniden Örgütlenme Usulü (Çeviren Ali Cem Budak) İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu İstanbul 1993 (WESTBROOK-11.Bölüm)
- YILMAZ, Ejder : İflâs Hukukunda Yapılan Değişiklikler, İktisadi Araştırmalar Vakfı Yayını, İstanbul 2004
- YILMAZ, Ejder : İflâs İdaresi, Ankara 1976 (YILMAZ-İflâs İdaresi)



SERMAYE ŞİRKETLERİ VE KOOPERATİFLERİN UZLAŞMA YOLUYLA YENİDEN YAPILANDIRILMASI PROJESİNİN TASDİKİNİN SONUÇLARI VE MUHTEMEL AKSAKLIKLARA KARŞI ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Av. Aydın Çelik*

GİRİŞ

12.02.2004 tarih ve 5092 sayılı “İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 8. maddesi uyarınca, İcra ve İflas Kanunu’nun onikinci babının başlığı “Konkordato İle Sermaye Şirketleri¹ ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması” olarak değiştirilmiş ve İİK’na, 309/1 maddesinden sonra gelmek üzere “IV. Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması” üst başlığı altında 309/m ile 309/ü maddeleri eklenmiştir.

Özellikle borca batık durumdaki sermaye şirketi veya kooperatiflere iflâs yolu ile son verilmesi, sadece bu ortaklıkların ekonomik faaliyetlerini sürdürmemelerini değil, aynı zamanda oradaki istihdamın ve ekonomideki katma değerinin de yok edilmesine yol açmaktadır. Dahası, iflas eden sermaye veya kooperatife bağlı işletmelerin de bundan zarar görmesi ve hatta onların da iflas etmesi sonucu ortaya çıkabilmektedir. Yine iflas tasfiyesi-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi doktora öğrencisi.

1 Sermaye ortaklığı ve şahıs ortaklığı ayırımı ortakların hak ve borçlarının belirlenmesinde sermaye unsuru ve kişisel unsurların ağırlığı ile sorumluluk kıstasından hareketle yapılan bir ayırımdır. Bu ayırma göre, anonim, limited ve paylı komandit ortaklığı sermaye ortaklıkları olarak kabul edilmektedir (Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2003, no. 35a). Bununla birlikte, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasına, birer sermaye şirketi olan bankalar ve sigorta şirketleri borçlu sıfatı ile başvuramazlar (İİK. m. 309/t, II).

nin, pahalı bir tasfiye usulü olması ve yavaş işlemesi nedeniyle pek çok alacaklının alacağıının çok az bir bölümünü tahsil edebilmesini mümkün kılmaktadır. Bu nedenlerle son yirmi yıl içinde iflâs yolu çok tartışılmış ve iflas yerine bazı alternatif yollar araştırılmıştır². Sonuç itibariyle iflasın ertelenmesi ve malvarlığının terki suretiyle konkordato gibi yeni düzenlemele-
rin yanı sıra, sözkonusu yasal düzenleme ile de şirketlerin yeniden yapılan-
dırılması kurumu düzenlenmiştir³.

Amerika Birleşik Devletleri hukuk sisteminde ortaya çıkan ve Avrupa hukukunda da benimsenen yeniden yapılandırma kurumu; aciz halinde ve ya borca batık durumdaki sermaye şirketlerinin iyileşme potansiyeline sahip olmaları halinde, iflastan kurtarılarak ekonomik yaşamlarını sürdürmelerine olanak sağlanması düşüncesine dayanmaktadır⁴. Yeniden yapılanma kuru-

- 2 Hakan Pekcanitez, “Yeniden Yapılandırma Projesinin Tasdiki ve Uygulaması”, İcra İflas Kanunundaki Değişiklikler Çerçevesinde Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Borçlarının Yeniden Yapılandırılması, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2004-68, İstanbul 2004, s.34; Selçuk Özbek. “Türk Hukukunda ve Uygulamasında Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu: İmkanlar, Aksaklıklar, Çözüm Önerileri”, İBD., C. 69, S. 10 (1993), s.741.
- 3 Bununla birlikte ayrıca, iktisadi bunalım zamanlarında Bakanlar Kurulu’nun kararıyla bir “fevkalade hal” ilan edilebiliyo ve bu fevkalade hal boyunca ödeme güçlüğü içindeki işletmeler, mahkemeye başvurup kendilerine bir türlü moratoryum imkânı tanınmasını talep edebiliyorlar. Fevkalade hallerde mühlet adını taşıyan bu usul de İcra ve İflas Kanunumuzun 317 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş. Yine kabul edilen “Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun” (Resmi Gazete 31 Ocak 2002, sayı 24657) uyarınca mali sektörden bankalar, özel finans kurumları ve onun gibi kuruluşların borçlarının yeniden yapılandırılmasıyla ilgili hükümler içeriyor.
- 4 Ali Cem Budak, “Amerika Birleşik Devletleri Hukuku’nda Şirket Kurtarma”, Türk, İngiliz ve ABD Hukuklarında İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İstanbul Sanayi Odası-Marmara Üniversitesi AT Enstitüsü Sempozyumu, İstanbul 1993, s.344; Ali Cem Budak, “Ödeme Güçlüğü İçindeki Şirketlerin Rehabilitasyonu İle İlgili Usullerin Amacı Işığında İcra ve İflas Kanunu’ndaki 5092 Sayılı Kanun Değişikliği”, Yayınlanmamış Konferans Metni, s.2-3; Seyithan Deliduman, “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması”, Yasa Hukuk Dergisi, Yıl 27, S. 255, s.48; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 17. Baskı, Ankara 2004, s.737, dn.1; Sümer Altay, “İflasın Ertelenmesi Hakkındaki Yeni Hükümlerin Yeniden Yapılandırılma Kurumları Üzerindeki Olumsuz Etkisi ve Çözüm Yolları”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, s.635.

mu ile birlikte, işletmenin yeniden yapılandırılarak varlığını ve faaliyetlerini sürdürmesi sağlanmaktadır. Böylece, işletmedeki işçilerin çalışma olanağından yoksun kalmamaları, sektörün diğer firmalarının iflasta karşılaştığı zararlardan korunması ve ulusal ekonominin iflasın oluşturacağı zararlardan kurtarılması amaçlanmış bunun sonucu olarak, alacaklıların da, iflasa göre, çok daha elverişli bir düzeyde tatmin edilmeleri istenmiştir⁵. Yeniden yapılanma kurumuyla alacaklıların iflâsa göre daha iyi bir şekilde alacaklarını elde etmeleri veya yeniden yapılanan şirkete pay sahibi olmaları sağlanmak⁶ istendiğinden, yeniden yapılandırma kurumunun uygulanabilmesi için, borçlu şirketin kurtarılabilir bir durumda olması ve alacaklıların bu kurumun uygulanması halinde, borçlu şirketin iflası ihtimalinde elde edeceklerinden daha fazlasına sahip olacaklarının tespit edilmesi gerekir (İİK. m. 309/p, D).

Şirketlerin kurtarılmasını amaçlayan kurumlardan birisi olan iflasın ertelenmesi kurumu, sadece ve sadece sermaye şirketleri bakımından borca batık olma hali için söz konusu iken (İİK. m. 179), uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma üç nedenle istenebilmektedir⁷: Borçlunun borçları ödeyemeyecek durumda olması, yani aciz hali⁸; mevcut ve alacaklıların borçlarını karşılamaya yetmeyecek oluşu, yani borca batık olma hali bir başka de-

5 Budak, s.345-346.

6 Jay Lawrence Westbrook (Çev. Ali Cem Budak), "ABD Şirket Kurtarma Usulü Kanunu - Şirketlerin 'Going Concern' Olarak Alacaklılara Karşı Korunması", Türk, İngiliz ve ABD Hukuklarında İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İstanbul Sanayi Odası-Marmara Üniversitesi AT Enstitüsü Sempozyumu, İstanbul 1993, s.12.

7 Bununla birlikte konkordatoya başvuru açısından bir sınırlama getirilmemiştir. Her borçlu konkordato talebinde bulunabilir (İİK. m. 285/1). İİK. m. 286 hükmüne göre, "İcra mahkemesi borçluyu ve talepte bulunmuş ise alacaklıyı dinledikten sonra borçlunun durumunu, malvarlığı ve gelirlerini, taahhütlerini yerine getirmesine engel olan sebepleri ve konkordatonun başarı ihtimalini göz önünde tutarak, projenin alacaklıları zarara sokmak kastından arı olup olmadığına göre konkordato talebinin uygun olup olmadığına karar verir".

8 Doktrinde bu kavram, borçlunun, ödeme araçlarından yoksunluğu nedeniyle, derhal ödenmesi gereken para borçlarını ödemek konusundaki süreli iktidarsızlığı olarak tanımlanmaktadır (Bilge Umar, "Aciz Hali-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düşüğü Bir Yanlışlık", YTHFD, C. I, S. 1, 2004, s.320).

yişle pasiflerin aktiflerden daha fazla olması⁹ ve son olarak bu hallerden birine düşme tehlikesinin kuvvetle muhtemel olması¹⁰ durumudur (İİK. 309/m). Ancak, iflasın ertelenmesinin kolay olması yanında alacaklıların muvafakatının alınmasına da gerek olmaması, hatta mahkemenin hiç duruşma yapmadan ve alacaklılara haber vermeden iflasın ertelenmesine karar verebilmesine imkan tanınması karşısında, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma kurumunun, tercih edilmeyecek kadar pahalı, zor ve bu nedenle ölü bir kurum olarak kanunda yer alacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir¹¹.

Çalışmamızın amacı, hukukumuza yeni girmiş olan yeniden yapılandırma kurumu projesinin tasdikinin sonuçlarını ortaya koymaktır. Ancak mahkemenin projeyi tasdik kararından önce geçecek süreci ve bu süreçle birlikte oluşabilecek muhtemel aksaklıkların da tespiti yoluna gidilecek ve zaman zaman bu kurum ile konkordato ve iflasın ertelenmesi kurumu arasında bağlantı kurularak, doğabilecek muhtemel aksaklıklar için çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda, “Mahkemenin Tasdik Kararının Aşamaları” başlığı altında ilk bölümde, yeniden yapılandırma projesinin hazırlanması, mahkemeye başvuru ve mahkemenin inceleme aşamalarına anahatlarıyla değineceğiz. Çalışmamızın esasını oluşturan ve “Projenin Tasdikinin Sonuçları” başlığı taşıyan ikinci bölümde ise, projenin tasdikiyile birlikte ortaya çıkan belli başlı sonuçları ele alacağız. Nihayet çalışmamızı

9 Kişi, böyle bir duruma düşmüş bulunduğu halde, henüz bir tek ödemesinden bile geri kalmamış, hatta eli altındaki nakit mevcuduna göre veya eşinde dostundan borç alabilmekte olması sayesinde, vadesi gelen eski borçlarını ödeyebilecek durumda dahi olabilir (Umar, s.317).

10 Borçlunun, “muaccel para borçlarını ödemeyecek durumda olması” ve “mevcut ve alacakların borçları karşılamaya yetmemesi” koşullarından birine düşme tehlikesi ile karşı karşıya kalmasının kuvvetle muhtemel olması, bu durumlardan birinin yakın zamanda ve kaçınılmaz suretle gerçekleşmesi ihtimaline göre tespit edilir (Yönetmelik. m. 3/V).

11 Eleştiriler için bkz., Pekcanitez, s.37 ve s.41. ABD hukukunda yeniden yapılanma talebinde bulunmak için hiçbir şart öngörülmemiştir. Bununla birlikte, makul bir başarı umudu olmadığı halde veya kötü niyetle yapılmış olan bir talep, erken bir aşamada reddedilebilir (Jay Lawrence Westbrook (Çev. Ali Cem Budak), “Amerika Birleşik Devletleri’nde 11’inci Bölüm- Yeniden Örgütlenme Usulü”, Türk, İngiliz ve ABD Hukuklarında İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İstanbul Sanayi Odası-Marmara Üniversitesi AT Enstitüsü Sempozyumu, İstanbul 1993, s.268 ve 272).

zın son bölümünde, projenin feshi, tadili ve ihlali hususları üzerinde duracağız.

I. MAHKEMENİN TASDİK KARARININ AŞAMALARI

A. PROJENİN HAZIRLANMASI

Bir sermaye şirketi ya da kooperatifin yeniden yapılanmasına ilişkin prosedürün harekete geçirilebilmesi için öncelikle, aciz veya borca batıklık durumunun söz konusu olması veya bu hallerin gerçekleştirilmesinin güçlü bir olasılık oluşturması gerekir (İİK.m.309/m). Bu durumda borçlu, 309/n maddesine uygun bir proje oluşturmalıdır¹². Bu projede özellikle hem borçlunun mali durumu hakkında bilgi sahibi olmayı sağlayıcı açıklamalar, hem de projenin nasıl bir iyileşme sunacağı ve bunun dayanakları yer almalıdır.

Borçlunun hazırladığı yeniden yapılanma projesini, alacaklılarla müzakere etmesi ve projenin alacaklıların gerekli çoğunluğu tarafından kabul edilmesi gerekir (İİK. m. 309/m, I). İİK. m. 309/m, III hükmüne göre, “*gereklili çoğunluk*’ terimi, *projeden etkilenip oylamaya katılan alacaklıların sayı itibarıyla en az yarısını aşan ve oy kullanan alacaklıların alacaklarının en az üçte ikisini oluşturan ve projenin kabulü için gerekli olan çoğunluğu ifade eder. Projenin birden fazla alacaklı sınıfı içermesi hâlinde, her alacaklı sınıfının kendi içinde projeyi gerekli çoğunluk ile kabul etmiş olması gerekir*”¹³. *Altay*’a göre, bir alacaklının alacaklarının niteliğine göre oluşturulan sınıfların birkaçında yer alan alacağı varsa, bu alacaklı her bir sınıftaki alacağı için ayrı ayrı oy kullanacağından, yasadaki “*alacaklıların sayı itibarıyla en az yarısını aşan*” ibaresinin “*alacakların sayı itibarıyla en az yarısını aşan*” biçiminde anlaşılması gerekir¹⁴.

12 Projenin hazırlanması süreci, alacaklılar ile borçlu şirket arasında oldukça uzun ve kapsamlı bir müzakere sürecini gerektirmektedir. ABD uygulamasında, alacaklıları temsilen bir alacaklılar komitesi ve hisse senedi sahiplerini temsilen bir pay sahipleri komitesi kurulması yaygındır. Bu komiteler borçlu ile alacaklılar arasında yapılan müzakerelerde ve özellikle yeniden yapılanma projesinin görüşülerek kabul edilmesinde önemli bir rol oynar (Budak, s.351).

13 Konkordato bakımından şu hükme yer verilmiştir: “Konkordato, kaydedilmiş olan alacaklıların yarısını ve alacakların üçte ikisini aşan bir çoğunluk tarafından imza edilmiş ise kabul edilmiş sayılır” (İİK. m. 297/1).

14 *Altay*, s.639.

Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Sözkonusu nisaplar projenin kabulü için gerekli olan nisaplardır. Bu nisapların hesaplanmasında alacaklıların her bir alacak sınıfı için kullandığı oyların sayısı değil, bizzat alacaklı sayısı dikkate alınır. Bir başka deyişle, projenin kabulü için, hem kişi sayısı hem de alacak oranı bakımından bir çoğunluk öngörülmüştür. Üç ayrı sınıfta oy kullanılması durumunda projenin kabulü için öngörülen “*en az yarısını aşan çoğunluk*” bakımından üç değil, sadece bir kişi esas alınır. Yazarın görüşü bir an için kabul edilirse, sınıf oluşturulmaması durumunda projenin kabulü için öngörülen her iki nisap bakımından da alacaklıların esas alınması gibi anlamsız bir durum ortaya çıkmaktadır.

Gerekli çoğunluğun hesabında, proje hakkında karar vermelerine olanak sağlayan yeterli bilgilendirme uygun araçlarla yapılmasına rağmen, oy kullanmayan alacaklılar dikkate alınmayacaktır (Yönetmelik. m. 11/4). Bu hüküm, alacaklıların, borçlunun kendilerine göndermiş olduğu projeye ilgisiz kalmalarının sonucunu düzenleyerek alacaklıları sürece katılmaya teşvik etmektedir¹⁵.

Oyların toplanması ve değerlendirilmesi için bir oylama görevlisinin tayin edilmesi gerekir. Oylama görevlisi bir noter olabileceği gibi alacaklılar veya borçlu tarafından seçilmiş bir üçüncü kişi de olabilir (Yönetmelik. m. 13). Ancak özellikle borçlu tarafından seçilmiş bir kişinin oylama işlemlerine sıhhatle nezaret edilebileceğinden şüphe edilebileceği kuşkusuzdur¹⁶. Yine oylamaya davetin noter veya iadeli taahhütlü mektupla yapılabileceği öngörülmüştür (Yönetmelik. m. 7). İadeli taahhütlü mektupla yapılan oylamaya davet, çok sağlıklı bir yol olmayabilir. Çünkü gönderilen zarfın boş çıkma ihtimali olduğu gibi yeniden yapılandırma projesinin ayrıntılarını da içermeyebilir¹⁷.

Yeniden yapılandırma kurumu, hukukumuz açısından yeni bir sisteme yer vererek, borçlunun alacağın niteliğine göre çeşitli sınıflar oluşturmasına imkan sağlamıştır. Getirilen düzenlemeye göre borçlu bütün alacaklılarla uzlaşmak zorunda olmayıp, sadece projeden etkilenen alacaklılarla uzlaş-

15 Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Özkan Meral Sungurtekin/ Muhammet Özkes, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2004, s.439.

16 Budak, Şirketlerin Rehabilitasyonu, s.7.

17 Budak, Şirketlerin Rehabilitasyonu, s.8.

ması yeterlidir. Bu durumda borçlunun bir kısım alacaklılarla işlerini sürdürürken diğer bir kısım alacaklılarla borçlarını yeniden yapılandırmak için uzlaşabilmesi mümkün kılınmaktadır. Ayrıca borçlunun benzer alacağa sahip alacaklılar arasında alacaklı sınıfları oluşturması da mümkündür. Ancak bu durumda her alacaklı kategorisinin projeyi gerekli çoğunlukla kabul etmesi gerekmektedir¹⁸.

ABD hukukunda bu konuda genel kural, projenin tasdik edilebilmesi için, bütün alacaklı sınıfları tarafından kabul edilmiş olması gerekir. Bununla birlikte hakları zarara uğramayan bir alacaklı sınıfı, yani yeniden yapılanma olmasa idi sahip bulunacağı haklarını genel olarak koruyan bir alacaklı sınıfı oy verme hakkından mahrumdur ve bu nitelikteki bir alacaklı sınıfının projeyi kabul etmesine ihtiyaç yoktur. Menfaatleri zedelenen bütün alacaklı sınıfların ise projeyi kabul etmeleri gereklidir. Ancak “susturma kuralı” bu kuralın istisnasını teşkil etmektedir. Bu kurala göre, bazı durumlarda, proje en az bir alacaklı sınıfı tarafından kabul edilirse, reddeden alacaklı sınıflarca da kabul edilmiş varsayılır. Susturulan alacaklının haklarının korunması için ise, “*menfaatlerin en iyi şekilde korunması*” ve “*uygulanabilirlik*” kısıtları uygulanır.

Menfaatlerin en iyi şekilde korunması kriterine göre, projeye muhalif kalmış olan bir alacaklı, en azından, borçlu işletmenin iflas etmesi halinde alacağının ne kadarını elde edebilecekse, proje uyarınca da o kadar pay elde edebilmelidir. Uygulanabilirlik kriterine göre ise, borçlunun, proje uyarınca yaptığı vaatleri gerçekleştirebilmesi makul bir düşünüşe göre mümkün olmalıdır¹⁹. Sonuç itibariyle ABD iflas hukukunda mahkemenin projenin tasdik etmesi için aranan şartları düzenleyen 1129 hükmüne göre, projenin mahkemece tasdik edilebilmesi için, genel olarak projenin alacaklı sınıfları arasında ayırım yapmaması bir başka deyişle “*adil ve eşit*” olması gerekir²⁰.

ABD hukukunda sözkonusu olan bu çözüm tarzının, İİK. m. 309/m, III’te yer alan “*her alacaklı sınıfının kendi içinde projeyi gerekli çoğunluk*

18 Bkz., maddeye ilişkin Hükümet gerekçesi, dn. 2.

19 Westbrook, Yeniden Örgütlenme, s.270-271 ve 284.

20 İsmail Kayar, Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997, s.137.

ile kabul etmiş olması gerekir” hükmü karşısında, hukukumuz açısından da benimsenmesi mümkün değildir. Bu nedenle hukukumuz açısından, bir sı-
nıfta kabul edilmeyen projenin, uygulama alanı bulmaması gibi bir sonucun
ortaya çıkması durumu sözkonusu olmaktadır. Böyle bir sonucun alacaklı-
lar tarafından keyfi ve kötüye kullanılabilmesi, böylece projenin hayata ge-
çirilmesinin engellenebilmesi mümkündür.

Uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma projesini kabul etmeyen ala-
caklılar farklı işlemlere tabi tutulamaz. Bu nedenle projeden etkilenen ala-
caklıların tabi olacağı koşullar ve benzer alacaklılara sahip olan alacaklılar
arasında eşitliğin ne şekilde sağlanacağına ilişkin hususlar mahkemeye ve-
rilen belgelerden açıkça anlaşılmalıdır. Bunun yanında projenin borçlunun
taraf olduğu sözleşmelere etkisinin ne olacağı da açıklanmalıdır. Yine pro-
jenin borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisine etkisi de belirtilme-
lidir (İİK. m. 309/n).

Tasdik kararından sonraki en önemli aşama, projenin uygulanmasıdır.
Dolayısıyla projeyi uygulayacak ve denetleyecek kişilerin kim olduğu son
derece önemlidir. Bu nedenle alacaklılarla bu yönde bir uzlaşma sağlanmış-
sa bunun da mahkemeye sunulması gerekir (İİK. m. 309/n).

B. MAHKEMEYE BAŞVURU

Borçlu sermaye şirketi veya kooperatif, önceden müzakere edilmiş ve
alacaklıların gerekli çoğunluğu tarafından kabul edilmiş yeniden yapılandır-
ma projesi ile birlikte, muamele merkezinin bulunduğu yerdeki asliye tica-
ret mahkemesine başvurarak, uzlaştırma suretiyle yeniden yapılandırmayı
talep edecektir (İİK. m. 309/m, I).

Borçlu mahkemeye yaptığı başvurusunda yeniden yapılandırma için
başka bir şirketle birleşme, sermaye yapısının değiştirilmesi, ana sözleşme-
nin değiştirilmesi gibi değişiklikleri de eklemelidir. Borçlunun durumunun
iyileşmesi için borçlarının vadeleri uzatılmış ya da faiz oranları değiştiril-
miş ise, bu değişiklikler de proje ile birlikte mahkemeye sunulmalı ve ayrı-
ca projede yer almalıdır (309/n).

Borçlu projeden etkilenen ya da etkilenmeyen alacaklıların bir listesi-
ni de mahkemeye vermelidir. Başvuru öncesi müzakere sürecini tamamla-
yan ve projeden etkilenen alacaklıları proje hakkında karar vermelerine ola-

nak tanıyan yeterli bilgilendirmenin iadeli mektup ya da noter ihbarnamesi gibi uygun araçlarla yerine getirildiğini gösteren delilleri de içeren açıklamanın mahkeme başvurusuna eklenmesi gerekir²¹. Borçlu başvuru öncesinde bu alacaklılara durumu iadeli taahhütlü mektup ya da noter ihbarnamesi gibi uygun araçlarla gönderdiğini kanıtlamalıdır. Projeden etkilenen ve onay veren alacaklıların bu beyanlarını içeren imzası ve tarihi noterlikçe onaylı tutanaklar da başvuru belgeleri arasında yer almalıdır²². Ayrıca projeye göre alacaklıların eline geçecek miktar ile borçlunun iflası halinde alacaklıların eline geçebilecek muhtemel miktar karşılaştırmalı olarak yine mahkemeye sunulmalıdır (İİK. m. 309/o).

İİK. m. 309/o, 9 hükmü uyarınca, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin finansal analiz raporlarının bağımsız denetim kuruluşları aracılığı ile hazırlanması gerekir. Uzlaşma suretiyle sermaye şirketlerinin yeniden yapılandırılması yoluna başvuracak sermaye şirketi veya kooperatifin, mutlaka bir bağımsız denetim kuruluşundan bu finansal analiz raporunu alması ve mahkemeye sunması gerekir. Bu zorunluluk uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma yolunun ucuz ve basit bir yol olmadığını göstermektedir²³. Bu başvuru üzerine mahkeme, başvurudan itibaren otuz gün içinde gerçekleşecek olan duruşmanın gününü belirler. Bu duruşmanın amacı, tüm dilekçe, itiraz ve delillerin ivedilikle toplanmasıdır (Yönetmelik. m. 18, II).

-
- 21 Projeden etkilenmeyen alacaklıların projeden haberdar edilmelerine gerek yoktur (Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin/Özekes, s.438).
- 22 Buradan çıkan anlama göre, projenin, konkordatoda olduğu gibi (İİK m. 294/3) katılmak isteyenler tarafından sonradan da imzalanması mümkündür. Ancak Yönetmelik. m. 16 hükmüne göre, alacaklıların oylarını postayla da bildirebilecekleri öngörülmüştür. Bu durumda, özellikle oylama görevlisinin noter olmadığı durumlarda, noter tarafından imzalı ve tarihi onaylı tutanakların tutulması mümkün görülmemektedir. Yönetmelik hükümleri dikkate alındığında madde 309/o'nun 6. bendinin nasıl uygulayacağı belli değildir (Budak, Şirketlerin Rehabilitasyonu, s.11).
- 23 Pekcanitez, s.37. Bununla birlikte bağımsız bir denetim kuruluşunun işin içine girmesi nedeniyle prosedürü bir parça disipline etmesi bakımından bir yararın varlığından da sözedilebilir. Yine, açıklığa kavuşturulmuş olmamakla birlikte, bağımsız denetim kuruluşundan kastedilen, herhalde SPK Mevzuatı (Seri/10 - no. 19 sayılı tebliğ) manasında bağımsız denetim kuruluşu sayılan kuruluşlar olduğu söylenebilir (Budak, Şirketlerin Rehabilitasyonu, s.12).

C. MAHKEMENİN İNCELEMESİ

Mahkeme, borçlunun projenin tasdikine ilişkin başvurusunu İİK. m. 288 hükmünde gösterilen usule göre ilanen duyurur. Ayrıca, bu ilan metni projeden etkilenip, adresi bilinen tüm alacaklılara tebliğ edilir. Yapılacak olan ilan ve tebligatta, başvurunun kapsam ve sonuçları, başvuru dosyasının hangi tarihten itibaren nerede görülebileceği ve itirazların ileri sürülebileceği duruşmanın günü ve saati gösterilir (İİK. m. 309/ö, I).

Mahkeme inceleme aşamasında, bazıları zorunlu ve bazıları da ihtiyari olmak üzere, tedbir niteliğinde birtakım ara kararlar verir (İİK. m. 309/ö). Bunları şu şekilde sıralayabiliriz.

1. Borçlunun Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması

Mahkeme borçlunun ve alacaklılardan birinin talebi üzerine, başvuru hakkındaki nihai kararın verilmesine kadar geçecek olan dönem için borçlunun malvarlığını korumaya yönelik ve borçlunun faaliyetleri bakımından gerekli gördüğü tedbirleri derhal alır. Bunun için mahkeme tespit edilen duruşma gününü beklemeksizin ayrıca bir duruşma günü tayin ederek karar verebilir (İİK. m. 309/ö, II). Bununla birlikte mahkeme, kendisine sunulan belgelerden, bir duruşma günü tayin etmesi halinde, duruşmaya kadar geçecek süre içinde, gerekli alacaklılar çoğunluğu tarafından kabul edilmiş olan projenin uygulanmasını tehlikeye düşürecek bir tehdidin varlığına kanaat getirirse, dosya üzerinden de ihtiyati tedbirlere karar verebilir²⁴.

Anılan hüküm (İİK. m. 309/ö, II), borçlunun tasarruf yetkisini sınırlayan işlemleri açıkça belirtmemiş ve mahkemenin “*borçlunun malvarlığını korumaya yönelik ve borçlunun faaliyetleri bakımından gerekli gördüğü*” bütün tedbirleri alabileceğini belirtmiştir. Bu tedbirler, borçlunun malları üzerinde tasarruf yetkisinin kısıtlanması, bazı işlemleri yapmasının önlenmesine yönelik olabileceği gibi, bazı işlemlerin yapılmasının tamamen yasaklanması biçiminde de olabilir.

Alınacak tedbirler konusunda, yeniden yapılanma projesinin mahkemece tasdik edilmeden önceki ara dönemiyle benzerlik göstermesi açısından, konkordato mühletinin borçlu bakımından sonuçlarını düzenleyen İİK.

24 Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özekes, s.439.

m. 290 hükmü yol gösterici olabilir.

Mahkemenin, alınması gereken tedbirler bakımından, sunulan projeye bağlı olarak birtakım hususları gözden kaçırabilmesi olası bir durumdur. Bu nedenle konkordatoda olduğu gibi en azından birtakım işlemlerin (rehin tesis etme, kefil olma, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatının kısmen dahi olsa devri veya sınırlandırılması, ivazsız tasarruflar) mahkemenin iznine bağlanması yerinde olurdu.

2. Ara Dönem Denetçisinin Atanması

Mahkeme projenin tasdiki talebi hakkında bir karar verinceye kadar borçlunun faaliyetlerinin sevk ve idaresini bizzat üstlenecek ya da bu faaliyetleri denetleyecek olan gerekli bilgi ve tecrübeye sahip bir veya birkaç ara dönem denetçisi tayin edebilir. Ara dönem denetçisi projeye göre uzman kişilerden atanmalıdır. Alacaklılar ve borçlunun ara dönem denetçisi seçtikleri ya da herhangi bir denetçi üzerinde anlaşmaya varamadıkları, ancak şartların ara dönem denetçisi atanmasını gerekli kıldığı hallerde, mahkeme niteliği ve yetkileri yönetmelikle belirlenen bir veya birkaç ara dönem denetçisini kendiliğinden atayabilir (İİK. m. 309/ö, II). Bunun için mahkeme tespit edilen duruşma gününü beklemezsizin ayrıca bir duruşma günü tayin ederek karar verebilir (İİK. m. 309/ö, II).

Proje denetçisinin kim olacağı ve alacağı ücret tasdik edilen projede belirlenmemişse, bu hususlar projenin tasdikinin görüşüldüğü mahkeme tarafından belirlenir. Proje denetçisinin ücreti belirlenirken, sözkonusu nitelikleri taşıyan piyasadaki uzman kişinin alacağı ücret, harcayacağı emek ve mesaisi gözönünde bulundurulur (Yönetmelik m. 19, V). Ara dönem denetçisi, işin niteliği ve görevin ifası için lazım gelen vasıflara sahip yeminli mali müşavirler arasından seçilir (Yönetmelik. m. 19/III)²⁵. Çünkü işletme ve proje daha çok işin finansman yönüyle ilgilidir ve bu görevi yeminli mali müşavir yerine getirebilir²⁶.

25 Bununla birlikte doktrinde, denetçinin tüzel kişiler arasından da seçilebileceği savunulmaktadır (Pekcanitez/ Atalay/Sungurtekin/Özekes, s.444).

26 Pekcanitez, s.40.

3. Takiplerin Durması

Mahkeme projeden etkilenen alacaklıların başlattıkları takiplerin ve bu takiplerle ilgili davaların Amme Alacaklıların Tahsil Usulü Hakkındaki Kanuna göre yapılan takipler ve davaları da kapsayacak bir şekilde durdurulmasına karar verecektir. Bu süre içinde yeni icra takipleri yapılamayacak, ihtiyati tedbir uygulanamayacak, ihtiyati haciz kararı da verilemeyecek ve buna bağlı olarak da zamaşaşımı ve hak düşürücü süreler de işlemecektir (İİK. m. 309/ö, III).

Kuru'nun haklı olarak ifade ettiği gibi, sözkonusu hüküm yeniden yapılandırma projesinden etkilenmeyecek olan alacaklılar bakımından uygulanmaz²⁷. Ticaret mahkemesinin bu yetkisi, sadece projeden etkilenen alacaklıların borçluya karşı başlattıkları takipler, davalar, ihtiyati tedbirler ve ihtiyati hacizler içindir. Bu nedenle, ticaret mahkemesi, projeden etkilenmeyen alacaklıların başlattıkları takiplerin ve açtıkları davaların durdurulmasına, yeni icra takibi yapmalarının yasaklanmasına, aldıkları ihtiyati ted-

27 Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2004, s.1360, dn. 18 ve s.1362, dn. 22. Aynı yönde görüş için bkz., Altay, s.639. Buna karşılık, kural olarak, tasdik edilen konkordato, alacakları mühlet kararından önce veya komiserin onayı olmaksızın konkordatonun tasdikine kadar doğmuş bütün alacaklar için mecburidir (İİK. m. 303). Borçlunun konkordato mühletinden sonra doğan alacakları konkordato kapsamı dışındadır ve bunlara karşı her türlü icra takibi yapılabilir (Oğuz Atalay, "Konkordato Hukukundaki Değişiklikler", Bankacılar Dergisi, Aralık 2003, S. 47, s.5). Konkordatonun mecburi olması, konkordato kapsamında olan alacakların, konkordato da belirlenmiş olan usul ve esaslar çerçevesinde, ödenmesi anlamına gelir. Bir başka deyişle, artık bu alacağın icra takibi konusu yapılamaması, ancak konkordato hükümlerince tatmin edilmesi söz konusudur (Mikdat Güler-Mahmut Kabakçı, "Adi Konkordatoda Rehinli Alacakların Hukuki Durumu", İBD., C. 78, S. 2004/1, s.99). Ancak bu durumda dahi, rehinli alacaklar ve devlet alacakları bu usul ve esaslar dışında tutulmuştur (İİK. m. 206, 82). Bununla birlikte, malvarlığının terki suretiyle konkordatoda, borçlunun konkordato mühleti içinde yaptığı işlemler bakımından, komiser bunlara izin vermemişse, bunlar sonucunda gerçekleşen borçlar mühletten önceki borçlar gibi garameye iştirak ettirilir, komiserin izniyle bir borç gerçekleşmişse bunlar garameye iştirak ettirilmez, bu borçlar diğer borçlardan önce ödenir. Çünkü bu borçlar bir çeşit masa borcudur. Eğer bu borçlara öncelik tanınmazsa, borçlunun konkordato mühleti içinde kredi bulması çok zor olurdu. Ancak bu durumda komiser keyfi davranmamalı, yapılacak borçlanma malvarlığının iyileştirilmesi yönünde de buna izin vermelidir (Seyithan Deliduman, Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato, İBD., C. 78, S. 2004/3, s.1047 vd.).

bir ve ihtiyati haciz kararlarının uygulanmamasına karar veremez. Bunun sonucunda, projeden etkilenmeyen alacaklıların icra takiplerine devam etmek ve yeni icra takibi yapmak suretiyle, borçlu şirketin mallarını haczet-tirmeleri ve sattırmaları mümkündür. Böyle bir sonuç, yeniden yapılandırma projesinin başarı ile uygulanmasını engelleyebilir ve zorlaştırabilir²⁸.

ABD iflas hukukunda, sözkonusu takiplerin durması için borçlunun uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma amacıyla mahkemeye başvurması yeterlidir. Mahkemeye başvuru için, borçlunun yenide yapılanma projesini hazırlayıp alacaklıların onayından geçirmesine gerek yoktur. Borçlunun başvurusu ile birlikte takipler durmakta ve borçlu bundan sonra yeniden yapılanma projesinin onayı için alacaklılarla uzlaşma yoluna gitmektedir. Takiplerin başvuru anında durması, bir yandan alacaklıların eşit işlem görmesine, diğer yandan da borçlunun yeniden yapılandırma sürecine daha en başından güçlü bir şekilde girmesine yol açmaktadır²⁹.

Konkordatoda ise, konkordato mühletinin ilanı ile birlikte takiplerin ve bunlarla ilgili davaların durması kendiliğinden gerçekleşmektedir. Mahkemenin bu yönde karar almasına gerek yoktur. Konkordato mühletinin amacı, borçlunun teklif ettiği konkordatonun alacaklılar tarafından incelenmesi ve mahkemenin tastiki için bir imkan sağlanmasıdır. Bu süre içinde gerek adi ve gerekse malvarlığının terki suretiyle konkordatoda, borçlunun icra ve iflas takibi baskısından kurtarılarak (İİK. m. 289) konkordatodaki tahhütlerini yerine getirmesi amaçlanmaktadır. Buna karşılık aynı zamanda borçlunun tasarruf yetkisi kısıtlanarak mal kaçırma gibi kötü niyetli davranışlarının önlenmesine bir tedbir öngörülmüştür³⁰ (İİK. m. 290). Böylece, mühlet aşamasında, borçlunun daha etkin bir şekilde denetlenmesine imkan sağlanmıştır³¹.

28 Kuru, s.1360, dn. 18 ve s.1362, dn. 22.

29 Westbrook, Alacaklılara Karşı Korunma, s.12.

30 Baki Kuru, İcra Ve İflas Hukuku, Cilt: 4, İstanbul 1997, s.3632; Timuçin Muşul, Teorik ve Uygulamalı İcra ve İflas Hukuku II İflas Hukuku, İstanbul 2002, s.198. İsviçre hukukunda da aynı durum söz konusudur. Bkz., Sema Taşpınar, "İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.664.

31 Talih Uyar, "4949 Sayılı ve 17.07.2003 Tarihli 'İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Getirdiği Yenilikler", TBB, S. 49, Kasım-Aralık 2003, s.203.

Buna karşılık yeniden yapılanma kurumunda, borçlu şirket veya kooperatifin, yeniden yapılanma sürecini mahkeme dışında başlatması ve gerekli oy çoğunluğunu sağlayarak sonuçlandırdıktan sonra mahkemeye başvurusu gerekir. Ancak bu aşamadan sonra, takiplerin ve takipleri etkileyen davaların mahkemenin vereceği ihtiyati tedbir kararıyla durdurulması mümkün olabilir. Mahkemenin tedbir niteliğindeki ara kararı olmadan takiplerin durması sözkonusu değildir. Müzakere safhasının sağlıklı bir şekilde yürütülmesini ve gerekli çoğunluğun sağlanabilmesini mümkün kılmadığı gerekçesiyle hukukumuzdaki yeniden yapılandırma kurumunun bu özelliği haklı olarak eleştirilmektedir³².

Gerçekten de yeniden yapılanma sürecinin mahkemenin dışında başlaması nedeniyle, projeden haberdar olan alacaklıların, proje dışında kalmak ve alacaklarına biran önce kavuşmak amacıyla, icra takiplerine devam etmek ve yeni icra takibi yapmak suretiyle borçlunun mallarını haczettirmeleri ve sattırmaları mümkündür. Ayrıca, takiplerin bu süreç içinde durmaması nedeniyle, bir yandan alacaklıların eşit işlem görmesine, diğer yandan da borçlunun yeniden yapılandırma sürecine daha en başından güçlü bir şekilde girmesini engellemektedir. Bu bakımdan konkordatoda olduğu gibi, yeniden yapılanma sürecinin mahkemeye başvuruya başlatılması ve bu başvuruya birlikte takiplerin durması daha yerinde bir düzenleme olurdu. Böylece, borçlunun teklif ettiği projenin alacaklılar tarafından incelenmesi ve mahkemenin tasdiki için bir imkan ve ayrıca projenin hazırlanma süresi içerisinde, borçlunun icra ve iflas takibi baskısından kurtarılması sağlanmış olurdu.

Yine, yeniden yapılandırma kurumundan farklı olarak, konkordatoda, rehinli mallar açısından bir takım sonuçlar öngörülmüştür. Sözkonusu sonuçları düzenleyen İİK. m. 289/II ve IV hükmüne göre: *“Mühlet sırasında taşınır veya taşınmaz rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir; ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez.*

Konkordato aksine hüküm içermediği takdirde mühlet, rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz işlemlerini durdurur”.

32 Altay, s.637; Budak, Şirketlerin Rehabilitasyonu, s.7

Böylece, borçlunun konkordato süreci içinde, işletmenin devamı için önemli derecedeki malların borçlunun elinde kalması imkanı yaratılmış; ancak diğer taraftan rehlin paraya çevrilmesi takibinin satış aşamasına kadar getirilmesi imkanı tanınarak, konkordato mühletinden bir sonuç alınamaması durumunda, rehinli alacaklıların daha fazla vakit kaybı önlenmiş olacaktır³³.

Rehinli mallar açısından ayrıca, konkordatoda, şu hükme yer verilmiştir: “*Konkordatoyu tasdik eden hâkim, borçlunun talebi üzerine, tasdik kararından itibaren en fazla bir yılı geçmemek ve erteleme süresince işleyecek olup mevcut rehinle karşılanamayan faizler teminatlandırılmak kaydıyla, rehinli taşınır veya taşınmazın konkordato talebinden önceki bir alacak nedeniyle satışını erteleyebilir*” (İİK. m. 298/a).

Bu hükmün, iyiniyetli borçluların konkordatosunun başarıya ulaşması ve tüm alacakların tatmin edilmesi bakımından önemli olduğu savunulmaktadır³⁴. Erteleme imkanının tanınmaması durumunda borçlu, konkorda-

33 Uyar, s.202. Rehlinli alacak, bir aynı hakla teminat altına alındığından, bu hakkın herkese karşı ileri sürülebilmesi nedeniyle, korunmak istenen menfaat gözönünde bulundurulduğunda konkordato mühleti içinde rehinli alacakların etkilenmemesi gerekir. Eski düzenlemede, rehinli alacaklar bakımından bir istisna söz konusu değildir. Bu değişikliğin amacı, konkordato taahhütlerini yerine getirmek isteyen iyiniyetli borçlu ile rehinli alacaklının menfaatinin denkleştirilmesidir. Bu düzenlemenin konkordatonun başarıya ulaşması bakımından, borçlunun rehinli alacaklının sınırsız olarak takibi karşısında korunması gereği nedeniyle, yerinde olduğu söylenebilir. Bununla birlikte rehinli alacaklı için yaratılan olumsuz durum, diğer alacaklılardan farklı olarak kendi alacağı bakımından faizin işlemiş olmasıyla giderilmeye çalışılmıştır (Güler-Kabakçı, s.94-95). Rehlinli alacağa, konkordato mühleti içinde faizin işlemesi daha önce de kabul edilmekle birlikte, 4949 sayılı yasayla bu durum açıkça düzenlenmiştir. Buna karşılık, alacağı aynı hakla temin edilen rehinli alacaklının hakkının, bu düzenlemeyle, zedelendiği de açıktır. Bu durum, rehlin temin edilmiş alacaklar bakımından, rehlin sınırsız ve mutlak bir hak sağlayıp sağlamadığı tartışmasını da beraberinde getirecektir.

Kanaatimizce, bu düzenleme, borçlunun elinde bulunan rehinli mallar (ipotek ve ticari işletme rehni durumlarında) açısından bir katkı sağlayabilir. Bu durumda borçlu ellinde bulunan rehinli malları bir süre için işleyebilmekte ve böylece konkordatoda taahhüt ettiklerini yerine getirme imkanına kavuşmaktadır. Bununla birlikte, uygulanması çok az olan teslim şartlı rehinde muhafaza tedbirlerinin alınamaması ve paraya çevirme işlemlerinin yapılamaması anlamsız kalmaktadır.

34 Güler-Kabakçı, s.100.

tonun ona sağladığı karın önemli bir kısmını, mühletin sona ermesiyle birlikte rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe kaldığı yerden devam etme imkânına kavuşan alacaklının tatmin edilmesinde kullanmaya mecbur kalacağı söylenebilir. Ancak diğer taraftan rehinli mal zaman içinde değerini yitireceğinden, rehinli alacaklı bakımından, sakıncalı bir sonuç ortaya çıkabilir. Bu nedenle rehinli alacaklılara sürece iştirak etme ve görüşlerini bildirme hakkı verilmiştir. Ayrıca rehinle karşılanamayan erteleme süresince işleyecek faiz alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebileceklerdir³⁵. Dahası rehinli alacaklıların verilen erteleme kararının belirli şartlar ileri sürerek kaldırılmasını isteyebileceklerdir (İİK. m. 298/a, son).

Aynı şekilde, rehinli mallar bakımından da, konkordatodakine benzer bir hüküm öngörülmemesi bir eksiklik olarak gözükmektedir. Böylece, ara dönem ve projenin uygulanma süreci içinde, işletmenin devamı için önemli derecedeki malların borçlunun elinde kalması imkanı sağlanmamıştır. Yine rehinli malların satışı bakımından erteleme imkanının tanınmaması nedeniyle borçlu, yeniden yapılanma projesiyle elde edeceği karın önemli bir kısmını, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla rehinli alacaklının tatmin edilmesinde kullanmaya mecbur kalacağı söylenebilir. Borçlunun işletmesinin dokusunun, özünün muhafaza edilmesine ve ekonomik yönden durumunun düzelmesine imkan veren³⁶ ve bu nedenle borçlunun rehinli mallarını da bir süre için işletmesine olanak tanıyarak projenin başarıya ulaşmasını sağlamaya yarayan konkordatodaki rehinli mallara ilişkin düzenlemelerin de yeniden yapılanma projesi bakımından da öngörülmesi yerinde olurdu.

Bununla birlikte borca batık durumdaki bir sermaye şirketi, mahkemeden öncelikle iflasın ertelenmesini isteyebilir. İflasın ertelenmesi, yeniden yapılandırma projesine nazaran, kolay olduğu gibi, bunun için alacaklıların onayının alınmasına da gerek yoktur. Hatta mahkeme, hiç duruşma yapmadan ve alacaklılara haber vermeden iflasın ertelenmesine karar verebilir³⁷. Mahkemenin iflasın ertelenmesine karar verebilmesi için, sadece

35 Uyar, s.205.

36 Öztek, s.738.

37 Eleştiriler için bkz., Pekcanitez, s.37 ve s.41. ABD hukukunda yeniden yapılanma talebinde bulunmak için hiçbir şart öngörülmemiştir. Bununla birlikte, makul bir başarı umudu olmadığı halde veya kötü niyetle yapılmış olan bir talep, erken bir aşamada reddedilebilir (Westbrook, Yeniden Örgütlenme, s.268 ve 272).

borçlunun sunduğu iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olması yeterlidir (İİK. m. 179). İflas kararıyla birlikte takiplerin ve rehinlerin paraya çevrilmesi kendiliğinden durduğundan (İİK. m. 179b), borçlunun verilen iflasın ertelenmesi kararıyla iflasın ertelendiği süre içinde (İİK. m. 179/b, IV) yapılacak icra ve iflas takipleri baskısından kurtulması ve yeniden yapılandırma projesini hazırlaması daha kolay olur.

İflasın ertelenmesi kararı için iflasın ertelenmesi süresi içinde alacaklılarla müzakere edilip yeniden yapılandırma projesi onayı alınır ve iflasın ertelenmesinde atanan kayyım, yeniden yapılandırma sürecinin başarıya ulaşacağı konusunda mahkemeye rapor verirse, iflasın ertelenmesi süresi yeniden yapılandırma sürecinin mahkeme tasdiğiyle sonuçlanmasına kadar uzatılabilir. Bu süreç olumlu sonuçlanır, yani yeniden yapılandırma projesi mahkeme tarafından tasdik edilirse, bu durumda mahkeme proje denetçisinin atanmasına karar vererek iflasın ertelenmesi kararını kaldırır³⁸. İflasın ertelenmesi kurumunun yarattığı bu imkan konkordato açısından da uygulanabilir³⁹.

Borçlu yeniden yapılanma projesini hazırlamadan önce, iflasın ertelenmesini isteyerek takiplerin durdurulmasını sağlayabilir ve böylece projenin hazırlanması için zaman kazanabilir. Ancak iflasın ertelenmesinin istenebilmesi için borçlunun borca batık olması gerekir. Borca batık olmayıp da, vadesi gelen borçlarını ödeyememek anlamında aciz halinde bulunan borçlu iflasın ertelenmesi yoluna başvuramaması nedeniyle, bu durumdaki bir borçlunun gerek yeniden yapılanma projesi ve gerekse konkordato bakımından, iflasın ertelenmesinin sağladığı bu imkandan yararlanması mümkün değildir. Dolayısıyla aciz halindeki ya da iflasın ertelenmesi talebi reddedilen bir borçlu bakımından yeniden yapılandırma projesi için takiplerin durmaması nedeniyle sözkonusu olan sakıncaların devam ettiği açıktır.

4. Mahkemenin Tasdik Kararı

Mahkeme, borçlunun yeniden yapılandırmaya iyiniyetle başvurduğu-

38 Atalay, s.52.

39 İİK. m. 309/k hükmünün ikinci fıkrasında yer alan, “konkordato mühletinin verilmesi veya mühletten önce bu Kanuna göre vuku bulan iflasın ertelenmesi...” ifadeleri de bu sonucu desteklemektedir.

nu, İİK. m. 309/m ilâ 309/o maddelerindeki şartların yerine geldiğini ve projeyi reddetmiş olan her alacaklının projeye eline geçecek miktarın en az iflâs tasfiyesi sonunda eline geçecek miktara eşit olduğunu tespit ettiği takdirde, en geç otuz gün içinde başvurunun tasdikine, aksi halde reddine karar verir (İİK. m. 309/p, I)⁴⁰. Tasdik veya red kararının tebliğinden itibaren on gün içinde borçlu ve tasdik duruşması sırasında itirazda bulunmuş olan alacaklılar kararı temyiz edebilirler. Bu konudaki temyiz incelemesi ivedilikle yapılır ve verilecek karara karşı, karar düzeltme yoluna başvurulamaz. Tarafların itirazı ve temyiz maktu harca tâbidir (İİK. m. 309/p, III, IV).

Mahkemenin, duruşmadan sonra otuz gün içinde oluşturacağı kararın açıklanması yönünden, duruşma yapıp yapmamak hususunda takdir yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır. Altay'a göre, bu hükümde öngörülen süreler bağlayıcı olmayıp, temenni niteliğindedir. Çünkü, mahkemenin incelenmesini tamamlayamaması halinde, makul aralıklarla birkaç duruşma daha yapabileceğini kabul etmek gerçeğe uygun bir durum olur. Yine, projenin onanmasına ilişkin duruşmaya katılmamakla birlikte onama talebine müdahale dilekçesiyle itiraz etmiş bulunan alacaklıların ileri sürdükleri itirazlarının da mahkemece incelenerek karara bağlanması ve bu durumdaki alacaklıların temyiz yetkisine sahip olduklarının kabulü gerekir. Kanunumuzdaki "*duruşmada hazır bulunan*" ibaresi söylemine bağlı kalınmadan amacına göre yorumlanmalıdır⁴¹.

Tasdik kararı ile, mahkeme, yeniden yapılandırma projesini (İİK. m. 309/n) kabul eder. Yeniden yapılandırma projesi, tüm hüküm ve sonuçlarını, başvurunun tasdikine ilişkin kararın verildiği andan itibaren doğurmaya başlar (İİK. m. 309/r).

40 Yukarıda da belirttiğimiz gibi, ABD uygulanmasında alacaklıların korunması bakımından mahkemece, "menfaatlerin en iyi şekilde korunması" ve "uygulanabilirlik" kriterleri gözönünde bulundurulur. ABD iflas hukukunda mahkemenin projenin tasdik etmesi için aranan şartları düzenleyen 1129 hükmüne göre, projenin mahkemece tasdik edilebilmesi için, genel olarak projenin alacaklı sınıfları arasında ayırım yapmaması, adaletli ve eşit olması gerekir (Bkz., "Projenin Hazırlanması" başlığı altındaki açıklamalar).

41 Altay, s.646-647.

II. PROJENİN TASDİKİNİN SONUÇLARI

A. PROJE DENETÇİSİNİN ATANMASI

Mahkeme, tasdik kararı ile birlikte, borçlu ile alacaklıların bu konudaki görüşlerini de dikkate alarak, yetkileri sadece projenin yerine getirilmesine ilişkin esasları denetleyip alacaklılara durumu düzenli olarak rapor etmekten ibaret olan bir veya birkaç proje denetçisi tayin edebilir. Borçlu ve alacaklılar, denetçi seçmedikleri ya da herhangi bir denetçi üzerinde anlaşmaya varamadıkları takdirde, mahkeme, nitelikleri ve görev alanı yönetmeyle belirlenen bir denetçiyi re'sen atayabilir (İİK. m. 309/p, II). Ara dönem denetçisi ve proje denetçisi hakkında İcra ve İflas kanununun 334/a maddesi uygulanır (İİK. m. 309/t, III).

Her ne kadar hükmün lafzından mahkemenin sadece bir denetçi atayabileceği anlamı çıkıyor olsa da, kanaatimizce, projenin niteliğine bağlı olarak mahkeme, ara dönemde olduğu gibi, borçlu ve alacaklıların proje denetçisi seçmemeleri ya da denetçi üzerinde uzlaşmamaları durumunda, birden fazla denetçi atayabilir. Bununla birlikte, ara dönem denetçisine, borçlunun faaliyetlerinin sevk ve idaresini bizzat üstlenme ya da bu faaliyetleri denetleme yetkisi tanınırken (İİK. m. 309/ö, II); proje denetçisine sadece projenin yerine getirilmesine ilişkin esasları denetleme ve alacaklılara durumu düzenli olarak rapor etme yetkisinin tanınması (İİK. m. 309/p, II) anlaşılabilir bir durum değildir. Oysa projenin uygulanma aşaması daha önemlidir. Bu nedenle projeden etkilenen alacaklıların hak ve menfaatlerini daha iyi korumak için, projenin niteliğine göre, proje denetçisinin yetkilerinin daha da artırılması gerekebilir.

İflaşın ertelenmesi durumunda atanan ve İİK. m. 179/a hükmünde öngörülen kayyım ile yeniden yapılandırma proje denetçisi arasında nitelik olarak genel anlamda bir fark yoktur⁴². Her ikisi de sözkonusu kurumları denetleyen ve uygulanmasını sağlayan kişilerdir. Ancak proje denetçisi kay-

42 ABD hukukunda 1930'lardan itibaren uygulanan sistemde, kayyım atanması büyük işletmeler için uygulanan bir yöntem iken; küçük şirketlerin yeniden yapılandırma taleplerinde, bu işletmelerin yönetimi, şirketin önceki yöneticilerine "yeddi emin borçlu" olarak bırakılıyordu. Kayyımın atanması sisteminin olumsuz sonuçlar doğurması karşısında, 1978'de sistem, bütün şirketlerin eski yönetimlerini işbaşında kalmasına imkan verecek şekilde değiştirilmiştir (Westbrook, Alacaklılara Karşı Korunma, s.24-25).

yıma nazaran daha daha aktif ve görev süresi daha uzundur. Çünkü atanan kayyımın, tasfiyeyle ya da belli bir dönemle ilgili görev süresi son derece sınırlıdır. Buna karşılık proje denetçisi, 5 hatta 10 yıl gibi bir süreyle şirketi sürekli denetleyen bir kişi olabilir. Yine niteliği bakımından da proje denetçilerinin uzman ve yeminli mali müşavirlerin arasından seçilmesi öngörülmüştür (Yönetmelik, m. 19/III). Halbuki kayyımda veya konkordato komiserinde böyle bir özel uzmanlık aranmamıştır⁴³. Kayyım ile proje denetçisi arasındaki bir başka fark da yetki açısındandır. Proje denetçisinin yetkileri sadece projenin yerine getirilmesine ilişkin esasları denetleyip alacaklılara durumu düzenli olarak rapor etmekten ibaret iken, kayyımın yetkisi ise daha geniştir. Mahkeme, yönetim organının yetkilerini tümüyle elinden alıp kayyıma verebileceği gibi, yönetim organı karar işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına da bağlayabilir⁴⁴. Nihayet başka bir fark olarak da konkordato komiserlerinin Türk vatandaşı olmaları gerektiğine ilişkin düzenlemegörülebilir (İİK. m. 287). Ancak proje denetçilerinin de yeminli mali müşavir olmaları gerektiğinden böyle bir farkın varlığını kabul etmek zordur.

Proje denetçisi olarak atanan yeminli mali müşavir, bazı durumlarda tek başına yeterli olmayabilir. Birden fazla kişi atandığında da onların içinde projenin niteliğine göre bir başka meslek; örneğin bir işletmeci veya bir hukukçunun bulunması daha uygun olurdu. Çünkü her proje farklı öneri ve beklentileri beraberinde getirir⁴⁵.

Borca batık bir durumda olan bir sermaye şirketi veya kooperatifin, mahkemedен, öncelikle iflasın ertelenmesine karar verilmesini isteyebileceğini daha önce belirtmiştik. Bununla birlikte, iflasın ertelenmesi süresi içinde alacaklılarla müzakere edilip yeniden yapılandırma projesi onayı alınır sa ve iflasın ertelenmesinde atanan kayyım, yeniden yapılandırma sürecinin başarıya ulaşacağı konusunda mahkemeye rapor verirse, iflasın ertelenmesi süresi yeniden yapılandırma sürecinin mahkeme tasdikiyle sonuçlanmasına kadar uzatılabilir. Bu süreç olumlu sonuçlandığında, yani yeniden yapılandırma projesi mahkeme tarafından tasdik edilirse, bu durumda mahkeme

43 Pekcanitez, s.51-52.

44 Oğuz Atalay, "Sorular/Cevaplar", İcra İflas Kanunundaki Değişiklikler Çerçevesinde Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Borçlarının Yeniden Yapılandırılması, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2004-68, İstanbul 2004, s.52.

45 Pekcanitez, s.52.

proje denetçisinin atanmasına karar vererek iflasın ertelenmesi kararını kaldırır. Mahkemenin bu kararıyla birlikte, kayyımın görevleri sona erer ve atanmışsa proje denetçisinin görevi başlar⁴⁶.

Borçlu ve alacaklılar proje denetçisini denetleme hakkına sahiptirler. Proje denetçisinin görevini layıkıyla yerine getirmediğini tespit etmeleri halinde; işler kötü gitmişse projenin feshini; işlerin iyiye gitmesi halinde ise denetçisin değiştirilmesini mahkemeden isteyebilirler⁴⁷.

B. TEDBİR NİTELİĞİNDEKİ KARARLARIN SÜREKLİ HALE GELMESİ

Daha öncede ifade ettiğimiz üzere, yeniden yapılandırma projesine başvurulması halinde, ara dönemde, mahkemece birtakım işler yapılmakta ve tedbirler alınmaktadır. Mahkeme, projeden etkilenen alacaklıların borçluya karşı başlattıkları takiplerin ve bu takiplerle ilgili olan davaların, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipleri ve davaları da kapsayacak şekilde durdurulmasına, yeni icra takibi yapılmasının etkilenen alacaklılar için yasaklanmasına, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının uygulanmamasına ara dönem için karar verebilir. Bu durumda, bir takip muamelesiyle kesilebilen zamanaşımı ve hak düşürücü süreler işlemez (İİK. m. 309/ö, III).

Tasdik kararı ile, mahkemenin vermiş olduğu takiplerin ve davaların durdurulması, yeni takip yapılmasının yasaklanması ve ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacizlerin uygulanmamasına ilişkin ara kararlar, artık sürekli olarak devam eder⁴⁸. Yani daha önce tedbir niteliğinde verilmiş olan bu kararlar artık projenin bir parçası haline gelmekte ve ancak projenin feshi (İİK. m. 309/s) durumunda ortadan kaldırılmaları mümkün hale gelmektedir⁴⁹. Mah-

46 Atalay, Cevaplar, s.52.

47 Pekcanitez, s.53.

48 Bununla birlikte, başvurunun tasdiki talebinin reddine ilişkin mahkeme kararının verilmesi hâlinde, mahkemece verilmiş tedbirler kalkar, durmuş olan dava ve takiplere devam edilir (İİK. m. 309/r, IV).

49 Buna karşılık konkordato açısından, “konkordatonun tasdiki konkordato mühletlerinden evvel vazolunupta henüz paraya çevrilmemiş olan hacizleri hükümden düşürür” hükmüne yer verilmiştir (İİK. m. 304).

kemenin, tasdik kararında bu konuyu açıkça belirtmesinde fayda vardır⁵⁰. Mahkemenin tasdik kararında bazı değişiklikler yapması mümkündür. Ayrıca, tasdik kararında, bu konuyla ilgili olarak ve yeniden yapılandırma projesinin uygulanması için bir süre belirlemesi de gerekir⁵¹.

C. PROJE HÜKÜMLERİNİN ÖNCELİKLE UYGULAMA ALANI BULMASI

Projenin koşulları, projeden etkilenen alacaklılarla yapılmış olan tüm sözleşme hükümlerinden önce gelir (İİK. m. 309/r, I, c.2). Borçlu sermaye şirketi veya kooperatif ve (projeyi reddedenler dahil) projeden etkilenen tüm alacaklılar, projede öngörülen esaslar çerçevesinde yeniden yapılandırma projesi ile bağlıdır⁵². Projede alacaklılar ile borçlu arasında netür bir uzlaşma sağlanmış ise, bu uzlaşma ve anlaşma, daha önce kendileriyle yapılmış olan bütün sözleşme hükümlerinden önce uygulanır. İki sözleşme arasında bir çelişki, bir aykırılık varsa, projenin hükümleri uygulanır⁵³.

Projeden etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın, borçlunun taraf olduğu sözleşmelerde projenin tadiline veya feshine yol açabilecek veyahut borçlunun yeniden yapılandırma yoluna başvurmasının temerrüt hali oluşturacağına ya da akde aykırılık teşkil edeceğine ilişkin hükümler bulunması hâlinde, bu hükümler borçlunun yeniden yapılandırma yoluna başvurması durumunda uygulanmaz (İİK. m. 309/r, III). Bir başka deyişle, tarafların yaptıkları sözleşmeye borçlunun yeniden yapılandırma yoluna başvurmasının temerrüt hali oluşturacağına ya da akde aykırılık teşkil edeceğine ilişkin hükümler konulmak istenirse, bu hükümler geçersiz olacaktır⁵⁴. Kararın temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay'ca bozulması halinde, proje uygulanması kendiliğinden durur ve bozma kararına kadar yapılan işlemler geçerliliğini muhafaza eder (İİK. m. 309/r,

50 Kuru, 2004, s.1361.

51 Kuru, 2004, s.1361.

52 Kuru, s.1361.

53 Pekcanitez, s.41.

54 Pekcanitez, s.41.

II)⁵⁵. Bu bakımından Yargıtay'ın bozma kararı ileriye yönelik hüküm ifade eder. Böyle bir sonuç, projenin feshini düzenleyen İİK. m. 309/s hükmüyle de uyumludur. Gerçekten de anılan hüküm projenin, iptalini değil, feshini düzenleyerek projenin fesih kararına kadar uygulanan hükümlerinin geçerli olmasını sağlamıştır. Projenin iptali düzenlenmiş olsaydı, iptal kararı geriye doğru hüküm ifade ettiğinden, iptal kararına kadar gerçekleşen projenin hüküm ve sonuçlarının geçersizliği sözkonusu olacaktı.

D. BORÇLUNUN KISITLANMIŞ OLAN TASARRUF YETSİNİN KISITLI OLARAK DEVAM ETMESİ

Borçlu yeniden yapılandırma projesini hazırlarken, projenin borçlunun taraf olduğu sözleşmelere ve malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisine etkisini de belirtmesi gerektiğini (İİK. m. 309/n, 2-3) daha önce ifade etmiştik. Yine mahkemenin borçlunun ve alacaklılardan birinin talebi üzerine, başvuru hakkında verilecek nihai kararın verilmesine kadar geçecek olan dönem için borçlunun malvarlığını korumaya yönelik ve borçlunun faaliyetleri bakımından gerekli gördüğü tedbirleri alacağını ve bunun için tespit edilen duruşma gününü beklemeksizin ayrıca bir duruşma günü tayin ederek karar verebileceğini (İİK. m. 309/ö, II), bu tedbirlerin borçlunun malları üzerinde tasarruf yetkisinin kısıtlanması, bazı işlemleri yapmasının önlenmesine yönelik olabileceği gibi, bazı işlemlerin yapılmasının tamamen yasaklanması şeklinde de olabileceğini belirtmiştik.

Dolayısıyla borçlu, malvarlığı üzerinde ne suretle tasarruf etmek istediğini yeniden yapılandırma projesinde belirterek; projeden etkilenen alacaklıların oylarına sunmakta, projeyi tasdik eden mahkeme de ayrıca, borçlunun tasarruf yetkisi ile ilgili olarak, gerekli gördüğü tedbirleri de almak-

55 Dolayısıyla, genel kural uygulanacak ve temyiz, kendiliğinden icrayı durdurmaya caktır (HUMK. m. 443). Ancak, tehiri icra kararının alınabilip alınamayacağına, alınabileceksen, teminat tutarının nasıl hesaplanacağına ilişkin bir hüküm öngörülmüştür. Kanaatimizce, bu konuda tehiri icra kararı alınmaz. Çünkü, yasal düzenlemenin temel amacı, şirketlerin yeniden rehabilite edilerek ekonomik varlıklarını sürdürmelerine olanak tanımadır. Bu bakımdan kanun koyucu, tasdik kararıyla birlikte projenin mümkün olduğunca uygulanmasını istenmiş ve projenin uygulanmasının ancak Yargıtay'ın bozma kararı üzerine durdurulabileceğini açıkça hüküm altına alma gereği duymuştur.

tadır. Altay'a göre, borçlu tasarruf yetkisini belirlerken proje denetçisi olarak atanan kişinin, yapılacak işlemlerdeki yetkisinin kapsamını da belirtilmesi gerekir⁵⁶.

Borçlunun yeniden yapılanma projesi ile mahkemeye başvurması ile birlikte, mahkemenin gerekli gördüğü konularda kısıtlanmış olan borçlunun tasarruf yetkisi, mahkemenin projeyi tasdik etmesi halinde yine kısıtlı olarak devam eder. Bununla birlikte, borçlunun birtakım faaliyetlerinin sevk ve idaresini bizzat üstlenen bir veya birkaç ara dönem denetçisinin atanmış olması durumunda bunların yetkisi projenin tasdiki ile birlikte sona erer (İİK. m. 309/ö, II). Projenin tasdikiyle birlikte atanan proje denetçisinin yetkisi, sadece projenin yerine getirilmesine ilişkin esasları denetleyip alacaklılara durumu düzenli olarak rapor etmekten ibaret olduğundan, daha önce borçlunun birtakım faaliyetlerinin sevk ve idaresini bizzat üstlenen ara dönem denetçilerinin bu görevi proje denetçisine verilemez. Dolayısıyla, ara dönem denetçisinin yürüttüğü faaliyetlerin sevk ve idaresi borçluya geçecek ve bu nedenle borçlunun tasarruf yetkisi artabilecektir. Bu bakımdan mahkeme, tasdik kararıyla birlikte kısıtlı olan borçlunun tasarruf yetkisini yeniden gözden geçirmeli ve gerekli gördüğü tedbirleri almalıdır.

Borçlunun tasarruf yetkisinin ne kadar kısıtlanması gerektiği hususunda bir açıklık olmamakla birlikte, işletmenin olağan ticari faaliyeti içerisinde kalan işleri görmek bakımından mahkemenin iznine ihtiyaç duyulmaması gerekir. Bununla birlikte, konkordatoda olduğu gibi, en azından rehin tesis etme, kefil olma, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatının kısmen dahi olsa devri veya sınırlandırılması, ivazsız tasarruflar mahkemenin iznine bağlı olarak yapılabileceğinin kabulü gerekir. Alacaklıların böyle bir iznin verilmesine itiraz etme hakları olduğu açıktır⁵⁷. Diğer yandan borçlunun tüm alacaklıların ortak rehni niteliğindeki işletmeye ait nakit üzerinde tasarruf edebilmesi de, somut olayın özelliklerine göre mahkemeden izin alınmasını gerektirmelidir⁵⁸.

56 Altay, s.640; Westbrook, Yeniden Örgütlenme, s.270-279.

57 Westbrook, Yeniden Örgütlenme, s.270

58 Westbrook, Yeniden Örgütlenme, s.278-279; Altay, s.642.

E. PROJENİN SÖZLEŞMELERE ETKİSİNİN İFLAS VE KONKORDATONUN SÖZLEŞMELERE ETKİSİYLE BENZERLİK GÖSTERMESİ

Konkordatonun tasdikinden sonraki bütün yeni sözleşmeler ve bu sözleşmelerden doğan borçlar genel hükümlere tabi olup tamamının ödenmesi gerekir. Bu alacaklar tasdik edilen konkordatodan etkilenmez. İflas, konkordato ve uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma kurumları birbiriyle bu anlamda benzerlik göstermektedir⁵⁹.

Projenin koşulları, sadece projeden etkilenen alacaklılarla yapılmış olan sözleşme hükümlerinden önce uygulanabileceğinden (İİK. m. 309/r, I, c.2), iflastan farklı olarak, proje dışında bırakılan alacaklılar ve sözleşmeler yönünden yeniden yapılandırma projesi hiçbir hüküm ve etkiye sahip değildir⁶⁰. Bununla birlikte, proje dışında kalmakla birlikte, tarafların yaptıkları sözleşmeye borçlunun yeniden yapılandırma yoluna başvurmasının temerrüt hali oluşturacağına ya da akde aykırılık teşkil edeceğine ilişkin hükümler konulmuş ya da konulmak istenirse, bu hükümlerin geçersiz sayılacağını öngören hüküm (İİK. m. 309/r, III) bu kurala istisna teşkil eder. Dolayısıyla, proje dışında bırakılan alacaklar ve sözleşmeler bakımından yeniden yapılandırma yoluna başvurmanın temerrüt hali oluşturacağına ya da akde aykırılık teşkil edeceğine ilişkin hükümlerin geçersiz olması dışında, proje hiçbir hüküm ve etki doğurmamaktadır.

59 Genel itibarıyla mukayeseli hukukta iflas hukuku sistemleri, iflas öncesi sözleşmeleri “kazançlı sözleşmeler ve kazançlı olmayan sözleşmeler” şeklinde ayırma tabi tutmaktadır. İflas kanunları da, çoğunlukla, iflas idaresine kazançlı sözleşmeleri ayakta tutarak bunlardan faydalanma buna karşılık kazançlı olmayan sözleşmeleri adi iflas alacağı mertebesine indirme yetkisi vermektedir (Westbrook, Yeniden Örgütlenme, s.279). Dolayısıyla borçlu önceden teminatla güvence altına alınmış olmayan sözleşmelerde, kendi tercihinin göre, sözleşmeyi feshedebilecek ya da üstlenebilecektir. Kuşkusuz prosedür öncesinde, karşılıklı edimlerin ifa edildiği durumda veya borçlunun edimini yerine getirmiş olduğu hallerde, akdin feshi yoluna gidilmesi mümkün değildir. Altay’a göre, bu konuda, iflasın sözleşmelere etkisi hakkındaki ilke ve kuralların kıyas yoluyla uygulanması isabetli olur (Altay, s.640).

60 Altay, s.639. aBkz., Kuru, s.1360, dn. 18 ve s.1362, dn. 22. Konkordato açısından da bu görüş yönünde bir düzenleme öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemeye göre: “Konkordatoya muvafakat etmiyen alacaklı müşterek borçlulara ve borçlunun kefillerine ve borcu tekeffül edenlere karşı bütün haklarını muhafaza eder”.

Borçlu yeniden yapılandırma projesini hazırlarken, projenin borçlunun taraf olduğu sözleşmelere etkisini de belirtmesi gerektiğinden (İİK. m. 309/n, 2-3), borçlunun belirttiği sınırlar çerçevesinde hareket etmesi gerekir. Borçlu şirket ya da kooperatif, projenin tasdikinden sora yapacağı işlemler bakımından proje denetçisine tabidir. Proje denetçisinin ciddi şekilde borçlunun durumunu denetlemesi ve işlerin kötüye gitmesi halinde, mahkemeye başvurarak tasdik kararının kaldırılması ve borçlunun hemen iflasına karar verilmesini istemesi gerekir⁶¹.

Projenin mahkemede onaylanması ile borçlu şirket, proje uyarınca ödemeyi taahhüt ettikleri dışındaki bütün eski borçlardan ibra edilmiş olur; bu kuralın istisnası yoktur. Borçlulardan ibra yetkisi, şarta bağlı veya müeccel bütün borçlar için de geçerlidir⁶².

F. BİRTAKIM HARÇ VE VERGİLERİN İSTİSNA TUTULMASI

“Harç, vergi istisnaları ve teşvik belgeleri” başlığını taşıyan İİK. m. 309/u hükmüyle, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasını kolaylaştırmak amacıyla birtakım vergi istisnaları ve teşvik belgelerinde süre uzatımı imkânı getirilmiştir.

Tasdik edilen proje hükümleri uyarınca uygulamaya konulan işlemlerin gerçekleşmemesi hâlinde dahi, sözkonusu hüküm uyarınca uygulanmış istisnalar geri alınmaz (İİK. m. 309/u, IV). Kanaatimizce, bu sonuç, kararın temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay’ca bozulması halinde, projenin uygulanması kendiliğinden duracağını ve bozma kararına kadar yapılan işlemlerin geçerliliğini koruyacağını düzenleyen İİK. m. 309/r, II ile projenin fesihini düzenleyen İİK. m. 309/s hükmüyle de uyumludur. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, her iki hükümde de, projenin uygulanmasına yönelik verilecek bir olumsuz mahkeme kararına kadar yapılan işlemlerin geçerliliği korunmak istenmiştir. Bununla birlikte, Yargıtay’ın bozma kararına kadar ya da, projenin İİK. m. 309/s hükmüne göre feshedilmesi durumunda, fesih kararına kadar, proje hükümleri uyarınca uygulamaya konulmayan işlemler

61 Pekcantez, s.48-49.

62 Westbrook, Yeniden Örgütlenme, s.272; Altay, s.647.

bakımından, İİK. m. 309/u hükmünün öngördüğü istisnaların uygulanması söz konusu değildir.

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma projesine göre borçları yeni bir itfa plânına bağlanan borçlular tarafından alınmış olan teşvik belgelerinin süreleri ile ihracat taahhüt süreleri, projeler ile belirlenen süreler kadar uzatılmış sayılır (İİK. m. 309/u, V). Bununla birlikte, yine, projenin onaylanması kararının Yargıtay’ca bozulması ya da projenin feshedilmesi durumunda, sözkonusu teşvik belgelerine ve ihracat taahhütlerine ilişkin süreler uygulanır. Dolayısıyla bu gibi hallerde öngörülen sürelerin proje ile belirlenen süreler kadar uzaması sözkonusu değildir.

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasının uygulanması sırasında aranacak noter onaylı belgelere ilişkin noter harcı maktu olarak alınır (İİK. m. 309/u, VI).

III. PROJENİN FESHİ, TADİLİ VE İHLALİ

A. FESHİ

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında, konkordatonun feshini düzenleyen İİK. m. 307 ile 308/1 hükümleri kıyasen uygulanır. Yeniden yapılandırmanın tamamen feshine karar verilir ve bu karar kesinleşirse, durum mahkemece İİK. m. 288’de öngörülen usule göre ilânen duyurulur. İlândan itibaren on gün içinde, projeden etkilenen alacaklılar tasdik kararını vermiş olan mahkemeden borçlunun derhal iflâsına karar verilmesini isteyebilirler (İİK. m. 309/s).

İİK. m. 307 hükmüne göre, “kendisine karşı konkordato şartları ifa edilmeyen her alacaklı konkordato mucibince iktisap etmiş olduğu yeni hakları muhafaza etmekle beraber konkordatoyu tasdik eden mahkemeye müraacaatla kendisi hakkında konkordatoyu feshettirebilir. Fesih talebi üzerine verilecek hükmün tebliğinden on gün içinde temyizi kabildir”.

Dolayısıyla projeden etkilenen her alacaklı (İİK. m. 309/m, II), kendisi açısından projenin şartlarının yerine getirilmediğini iddia ederek, projenin feshedilmesi için, projeyi onaylayan mahkemeye başvurabilir. Bununla birlikte başvuruda bulunan alacaklının, proje uyarınca elde ettiği yeni haklar devam eder.

Yine İİK. m. 308/1 hükmüne göre, “her alacaklı suiniyetle⁶³ muallle bulunan bir konkordatonun feshini tasdik kararını vermiş olan mahkemeden istiyebilir”. Dolayısıyla bu hükme göre, bir alacaklının projenin feshini isteyebilmesi için, İİK. m. 309/m, II hükmüne göre projeden etkilenen bir alacaklı olması gerekmez. Projenin kötü niyetle hazırlandığını öne sürmesi yerlidir.

Altay’a göre, mahkemece onanan yeniden yapılandırma projesinin ihlali halinde, İİK m. 307 hükmünün uygulanacağını öngörülmesi; İİK. m. 309/t hükmüyle bağdaşmamaktadır. Çünkü bu ihtimalde proje denetçisi, borçlu veya projeden etkilenen alacaklılar projenin ihlal edildiğini mahkemeye bildirecek ve mahkeme ihlal olgusunu saptadığı takdirde, borçlunun derhal iflasına karar verecektir. İİK. m. 309/t hükmünün bu düzenlemesi karşısında; alacaklının İİK. m. 307’ye göre kendi alacağı bakımından, mahkemece onanan projenin feshini istemesinin öngörülmesi anlamsız ve kanunun amacına aykırıdır. Buna karşılık, İİK. m. 308’e yapılan yollamanın yerinde olduğu kuşkusuzdur.⁶⁴

Gerçekten de, projenin ihlali halinde projeden etkilenen alacaklılara da mahkemeye başvuru hakkını düzenleyen İİK. m. 309/t hükmü karşısında, İİK. m. 307 hükmüne yapılan yollama gereksiz görünmektedir. Her ne kadar İİK. m. 307 hükmü, İİK. m. 309/t hükmünden farklı olarak, başvuruda bulunan alacaklılar bakımından proje uyarınca elde ettikleri yeni hakların devam edeceğini öngörmüşse de; Yargıtay’ın bozma (İİK. m. 309/r, II) kararı veya projenin feshine (İİK. m. 309/s) kadar proje nedeniyle oluşan hüküm ve sonuçlar geçerliliklerini koruyacağından, yine de İİK. m. 307 hükmüne yapılan yollamanın gereksiz olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, kanaatimizce, her iki hüküm arasında yine de fark bulunmaktadır. Şöyle ki, İİK. m. 307 hükmü uyarınca alacaklı sadece kendi alacağı bakımından projenin feshini isteyebilecekken; İİK. m. 309/t hükmü

63 Bu duruma, konkordato dışında yapılan vadeleri batıl sayan İİK. m. 306, iflas ve konkordato işlerinde özel yarar sağlayanların cezasını düzenleyen İİK. m. 333 ve konkordato veya sermaye şirketleri ile kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında yetkili kimseleri hataya düşüren ya da konkordato veya uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma koşullarına uymayan borçlunun cezasını düzenleyen İİK. m. 334 hükmü örnek gösterilebilir.

64 Altay, s.648.

uyarınca projenin bir bütün halinde feshini isteyebilir. Bu nedenle İİK. m. 307 uyarınca alacaklı projenin sadece kendi alacağı için feshini ister ve bu fesih nedeniyle projeden etkilenen diğer alacaklıların alacakları etkilenmezse; mahkeme sadece başvuruda bulunan alacaklının alacağı bakımından projeyi feshedebilecek ve böylece projenin diğer alacaklılar bakımından devamını sağlayabilecektir.

Rehinli alacaklılar bu projeden etkilenmeseler bile, alacaklarını alamamışlarsa, borçlunun projesinin feshini ve iflasına karar verilmesini isteyebilirler. Bu bildirim üzerine mahkeme borçlunun malvarlığının korunabilmesi için, malvarlığı üzerindeki tasarrufları önleyici tedbirler de dahil olmak üzere, gerekli muhafaza tedbirlerini alır ve bir duruşma gününü tayin ederek İİK. m. 288’de öngörülen usulle ilan eder. Mahkeme projeden etkilenen veya etkilenmeyen alacaklıların itirazlarını inceledikten sonra, borçlunun yükümlülüklerini kısmen veya tamamen yerine getirmediğini, projenin uygulanmayıp, tadilinin de mümkün olmadığını tespit ederse, derhal borçlunun iflasına karar vermelidir⁶⁵.

B. TADİLİ

Projenin uygulanması süreci içinde, bazı şeylerin önceden tahmin edilmesi mümkün olmadığı gibi beklenmedik bazı gelişmeler de yaşanabilir. Bu durumda projenin tadili gerekebilir. İİK. m. 309/ş hükmüne göre, *“projenin bir kısmının ihlali halinde, bu ihlal sadece bazı alacaklıları etkiliyorsa, bu alacaklıların borçlu ile projenin tadili konusunda anlaşmaları halinde, tadil edilmiş proje mahkemeye sunulur ve değiştirilmiş halinin tasdiki talep edilir. Projenin devamı için bu değişikliğin yapılması zorunlu ise ve tadil edilmiş proje hakları ihlal edilmiş olan alacaklıları projeden etkilenen diğer alacaklılardan daha uygun bir duruma getirmiyorsa, mahkeme tadil edilmiş projeyi tasdik eder. Yeniden yapılandırma projesinin tasdikine ilişkin usul, projenin tadili hakkında da uygulanır”*.

Dolayısıyla projenin tadilinin istenebilmesi için, projenin ihlalden dolayı alacakları etkilenen kişilerle borçlunun anlaşması gerekir. Projenin tadilinden etkilenmeyen, örneğin proje uyarınca alacağını alan alacaklılar

65 Pekcantez, s.43.

ya da projenin tadili sadece bir sınıfın (İİK. m. 309/n, II) alacağını etkilemesi durumunda değer sınıflardaki alacaklılar, projenin tadili bakımından herhangi bir rol oynamazlar. Bununla birlikte, projenin ihlali alacağını henüz alamayan ve projeden etkilenen tüm alacaklıları etkiliyorsa projenin tadili talep edilemez. Bu durumda proje denetçisi, borçlu ya da alacaklılar İİK. m. 309/t hükmüne dayanarak mahkemeye başvurarak borçlunun iflasına karar verilmesini sağlayabilirler.

İİK. m. 309/ş hükmünün lafzı yorumundan tadilin, ancak projenin ihlali ve hatta “kısmen” ihlali halinde yapılabileceği anlamı ortaya çıkmaktadır. Ancak, Budak’ın haklı olarak belirttiği gibi, tadil için mutlaka ortada bir ihlalin olması gerekmez. Projenin ihlali halinde bu yola müracaat edilebileceği gibi, alacaklılarla borçlu arasında yeniden bir mutabakat sağlanmış olması ve mahkemenin tasdikinin yeniden sağlanması şartıyla, projenin ihlal edilmediği hallerde de tadil edilmesi, ihtiyaçlara göre düzenlenmesi, değiştirilmesi de mümkündür⁶⁶.

Projenin mahkemece onaylanabilmesi için, projenin ihlalinden dolayı alacakları etkilenen alacaklılar ile borçlunun anlaştıkları değişikliğin; projenin devamı için zorunlu olması ve projenin ihlalinden dolayı alacakları etkilenen alacaklıları diğer alacaklılardan daha uygun bir duruma getirmemesi gerekir. Örneğin, tadilden önceki proje uyarınca bütün alacaklılar, alacaklarının yüzde sekseninin ödeneceği öngörülmüşken, tadil kararında projenin ihlalinden dolayı alacakları etkilenen alacaklılara bu oranın üzerinde ödeme yapılacağı öngörülemez⁶⁷.

Yeniden yapılandırma projesinin tasdikine ilişkin usul, projenin tadili hakkında da uygulanacağından (İİK. m. 309/ş), onaylama duruşmasında mahkeme, proje denetçisini, borçlu işletmenin yetkililerini ve duruşmada hazır bulunan alacaklıları da dinler (İİK. m. 309/p, I). Projenin tadiline ilişkin tasdik veya red kararının tebliğinden itibaren on gün içinde borçlu ve tasdik duruşması sırasında itirazda bulunmuş olan alacaklılar kararı temyiz edebilirler. Bu konudaki temyiz incelemesi ivedilikle yapılır ve verilecek

66 Budak, Şirketlerin Rehabilitasyonu, s.16.

67 Nitekim konkordato açısından da benzer bir hüküm öngörülmüştür. Bun göre: “Borçlu tarafından konkordato şartlarından fazla olarak alacaklılardan birine yapılan her vait hükme hacet kalmaksızın batıldır” (İİK. m. 306).

karara karşı, karar düzeltme yoluna başvurulamaz. Tarafların itirazı ve temyiz maktu harca tâbidir (İİK. m. 309/p, III, IV).

C. İHLALİ

İİK. m. 309/t hükmüne göre, “borçlunun projeden doğan yükümlülüklerini tamamen veya kısmen zamanında yerine getirmemesi hâlinde durum proje denetçisi, borçlu veya projeden etkilenen alacaklılar tarafından projeyi tasdik etmiş olan mahkemeye bildirilir. Aynı hak, projenin tasdikinden önce borçluya teminat mukabili veya teminatsız olarak kredi gibi finansman kaynağı yaratıp bundan kaynaklanan alacağını kısmen veya tamamen elde edemeyen alacaklı için de söz konusudur. Bu bildirim üzerine mahkeme, borçlunun malvarlığının korunabilmesi için, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruflarını önleyici tedbirler de dahil olmak üzere, gerekli muhafaza tedbirlerini alır ve bir duruşma günü tayin ederek İİK. m. 288’de öngörülen usule göre ilânen duyurur. Mahkeme, projeden etkilenen veya etkilenmeyen alacaklıların vakî itirazlarını inceledikten sonra, borçlunun yükümlülüklerini kısmen veya tamamen yerine getirmediğini, projenin uygulanmayıp tadilinin de söz konusu olmadığını veya finansman alacaklısının alacağını tamamen ya da kısmen elde edemediğini tespit edince derhal borçlunun iflâsına hükmeder”.

Hükümden de anlaşıldığı üzere, mahkemenin borçlu aleyhine iflasa karar verebilmesi için öncelikle, projenin borçlunun yükümlülüklerini kısmen veya tamamen yerine getirmemesi nedeniyle ihlal edilmiş olması ve bu ihlal nedeniyle projenin tadilinin de söz konusu olmaması gerekir. Projenin tadilinin mümkün olduğu hallerde mahkeme iflas kararı veremez.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yeniden yapılandırma kurumu, hukukumuz açısından yeni bir sisteme yer vererek, borçlunun alacağın niteliğine göre çeşitli sınıflar oluşturmaya imkan sağlamıştır. Getirilen düzenlemeye göre borçlu, bütün alacaklılarla uzlaşmak zorunda olmayıp, sadece projeden etkilenen alacaklılarla uzlaşması yeterlidir. Bu durumda borçlunun bir kısım alacaklılarla işlerini sürdürürken diğer bir kısım alacaklılarla borçlarını yeniden yapılandırmak için uzlaşabilmesi mümkün kılınmaktadır. Bununla birlikte, İİK. m. 3097m, II-

I'te yer alan "her alacaklı sınıfının kendi içinde projeyi gerekli çoğunluk ile kabul etmiş olması gerekir" hükmü nedeniyle, bir sınıfta kabul edilmeyen projenin, uygulama alanı bulmaması gibi bir sonucun ortaya çıkması durumu sözkonusu olmaktadır. Böyle bir sonucun alacaklılar tarafından keyfi ve kötüye kullanılabilmesi, böylece projenin hayata geçirilmesinin engellenebilmesi mümkündür.

Alınacak tedbirler konusunda, yeniden yapılanma projesinin mahkemece tasdik edilmeden önceki ara dönemiyle benzerlik göstermesi açısından, konkordato mühletinin borçlu bakımından sonuçlarını düzenleyen İİK. m. 290 hükmü kıyas yoluyla esas alınarak, konkordatoda olduğu gibi en azından birtakım işlemlerin (rehin tesis etme, kefil olma, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatının kısmen dahi olsa devri veya sınırlandırılması, ivazsız tasarruflar) mahkemenin iznine bağlanması gerekir.

Yeniden yapılanma kurumunda, borçlu şirket veya kooperatifin, yeniden yapılanma sürecini mahkeme dışında başlatması ve gerekli oy çoğunluğunu sağlayarak sonuçlandırdıktan sonra mahkemeye başvurması gerektiğinden, müzakere safhasının sağlıklı bir şekilde yürütülmesi ve gerekli çoğunluğun sağlanabilmesi zorlaşmaktadır. Yine projeden etkilenmeyen alacaklıların başlattıkları takiplerin ve açtıkları davaların durdurulmasına, yeni icra takibi yapmalarının yasaklanmasına, aldıkları ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının uygulanmamasına karar verilemeyeceğinden, yeniden yapılandırma projesinin başarı ile uygulanması engellenebilir ve zorlaştırılabilir.

Bu bakımdan konkordatoda olduğu gibi, yeniden yapılanma sürecinin mahkemeye başvuruyla başlatılması ve bu başvuruyla birlikte takiplerin durması daha yerinde bir düzenleme olurdu. Böylece, borçlunun teklif ettiği projenin alacaklılar tarafından incelenmesi ve mahkemenin tasdiki için bir imkan ve ayrıca projenin hazırlanma süresi içerisinde, borçlunun icra ve iflas takibi baskısından kurtarılması sağlanmış olurdu.

Aynı şekilde, rehinli mallar bakımından da, konkordatoda olduğu gibi, bir hüküm öngörülmemesi bir eksiklik olarak gözükmektedir. Böylece, ara dönem ve projenin uygulanma süreci içinde, işletmenin devamı için önemli derecedeki malların borçlunun elinde kalması imkanı sağlanmamıştır. Yine rehinli malların satışı bakımından erteleme imkanının tanınmaması nedeniyle borçlu, yeniden yapılanma projesiyle elde edeceği karın önem-

li bir kısmını, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla rehinli alacaklının tatmin edilmesinde kullanmaya mecbur kalacağı söylenebilir. Borçlunun işletmesinin dokusunun, özünün muhafaza edilmesine ve ekonomik yönden durumunun düzelmesine imkan veren ve bu nedenle borçlunun rehinli mallarını da bir süre için işletmesine olanak tanıyarak projenin başarıya ulaşmasını sağlayan konkordatoadaki rehinli mallara ilişkin düzenlemelerin de yeniden yapılanma projesi bakımından da öngörülmesi yerinde olurdu.

Borçlu yeniden yapılanma projesini hazırlamadan önce, iflasın ertelenmesini isteyerek takiplerin durdurulmasını sağlayabilir ve böylece projenin hazırlanması için zaman kazanabilir. Ancak iflasın ertelenmesinin istenebilmesi için borçlunun borca batık olması gerekir. Borca batık olmayıp da, vadesi gelen borçlarını ödeyememek anlamında aciz halinde bulunan borçlu iflasın ertelenmesi yoluna başvuramaması nedeniyle, bu durumdaki bir borçlunun gerek yeniden yapılanma projesi ve gerekse konkordato bakımından, iflasın ertelenmesinin sağladığı bu imkandan yararlanması mümkün değildir. Dolayısıyla aciz halindeki ya da iflasın ertelenmesi talebi reddedilen bir borçlu bakımından yeniden yapılandırma projesi için takiplerin durmaması nedeniyle sözkonusu olan sakıncaların devam ettiği açıktır.

Nihayet, uzlaşma suretiyle sermaye şirketlerinin yeniden yapılandırılması yoluna başvuracak sermaye şirketi veya kooperatifin, mutlaka bir bağımsız denetim kuruluşundan bir finansal analiz raporu alması ve mahkemeye sunması gerekmesi nedeniyle, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma yolunun pahalı bir yol olmasına neden olmaktadır.

Bütün bu olumsuzluklar nedeniyle yeniden yapılanma kurumunun işletilebilmesi çok zor görünmektedir. Bu nedenle birçok bakımdan konkordatoyla benzerlik gösteren bu kurumun öngördüğü alacağın sınıflara ayrılması sistemini konkordato açısından da düzenleyerek, yeniden yapılandırma kurumunun kaldırılması gerektiği görüşündeyiz.

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
BanK	: Bankalar Kanunu
C.	: Cilt
HUMK	: Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
s.	: sayfa
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
Yönetmelik	: Sermaye Şirketleri Ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasına Dair Yönetmelik
YTHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

KAYNAKÇA

Altay, Sümer : “İflasın Ertelenmesi Hakkındaki Yeni Hükümlerin Yeniden Yapılandırılma Kurumları Üzerindeki Olumsuz Etkisi ve Çözüm Yolları”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004.

Atalay, Oğuz : “Sorular/Cevaplar”, İcra İflas Kanunundaki Değişiklikler Çerçevesinde Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Borçlarının Yeniden Yapılandırılması, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2004-68, İstanbul 2004. (Cevaplar)

Atalay, Oğuz : “Konkordato Hukukundaki Değişiklikler”, Bankacılar Dergisi, Aralık 2003, S. 47.

Budak, Ali Cem : “Amerika Birleşik Devletleri Hukuku’nda Şirket Kurtarma”, Türk, İngiliz ve ABD Hukuklarında İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İstanbul Sanayi Odası-Marmara Üniversitesi AT Enstitüsü Sempozyumu, İstanbul 1993.

Budak, Ali Cem : “Ödeme Güçlüğü İçindeki Şirketlerin Rehabilitasyonu İle İlgili Usullerin Amacı Işığında İcra ve İflas Kanunu’ndaki 5092 Sayılı Kanun Değişikliği”, Yayınlanmamış Konferans Metni. (Şirketlerin Rehabilitasyonu)

Deliduman, Seyithan : “Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması”, Yasa Hukuk Dergisi, Yıl 27, S. 255.

Deliduman, Seyithan : “Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato”, İBD., S. 2004/3, C.78.

Güler, Mikat / Kabakçı, Mahmut : “Adi Konkordatoda Rehinli Alacakların Hukuki Durumu”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 78, Sayı: 2004/1.

Kayar, İ. : Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997.

Kuru, Baki : İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2004. (2004)

Kuru, Baki : İcra ve İflas Hukuku, C.IV., İstanbul 1997.

Kuru, Baki /Arslan, Ramazan /Yılmaz, Ejder : İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 17. Baskı, Ankara 2004.

Maşul, Timuçin : Teorik ve Uygulamalı İcra ve İflas Hukuku II İflas Hukuku, İstanbul 2002.

Öztek, Selçuk : “Türk Hukukunda ve Uygulamasında Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu: İmkanlar, Aksaklıklar, Çözüm Önerileri”, İBD., C. 69, S. 10 (1993).

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Eersin : Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2003.

Pekcanitez, Hakan : “Yeniden Yapılandırma Projesinin Tasdiki ve Uygulaması”, İcra İflas Kanunundaki Değişiklikler Çerçevesinde Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Borçlarının Yeniden Yapılandırılması, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2004-68, İstanbul 2004.

Pekcanitez, Hakan /Atalay, Oğuz /Sungurtekin, Özkan Meral /Özekes, Muhammet : İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2004.

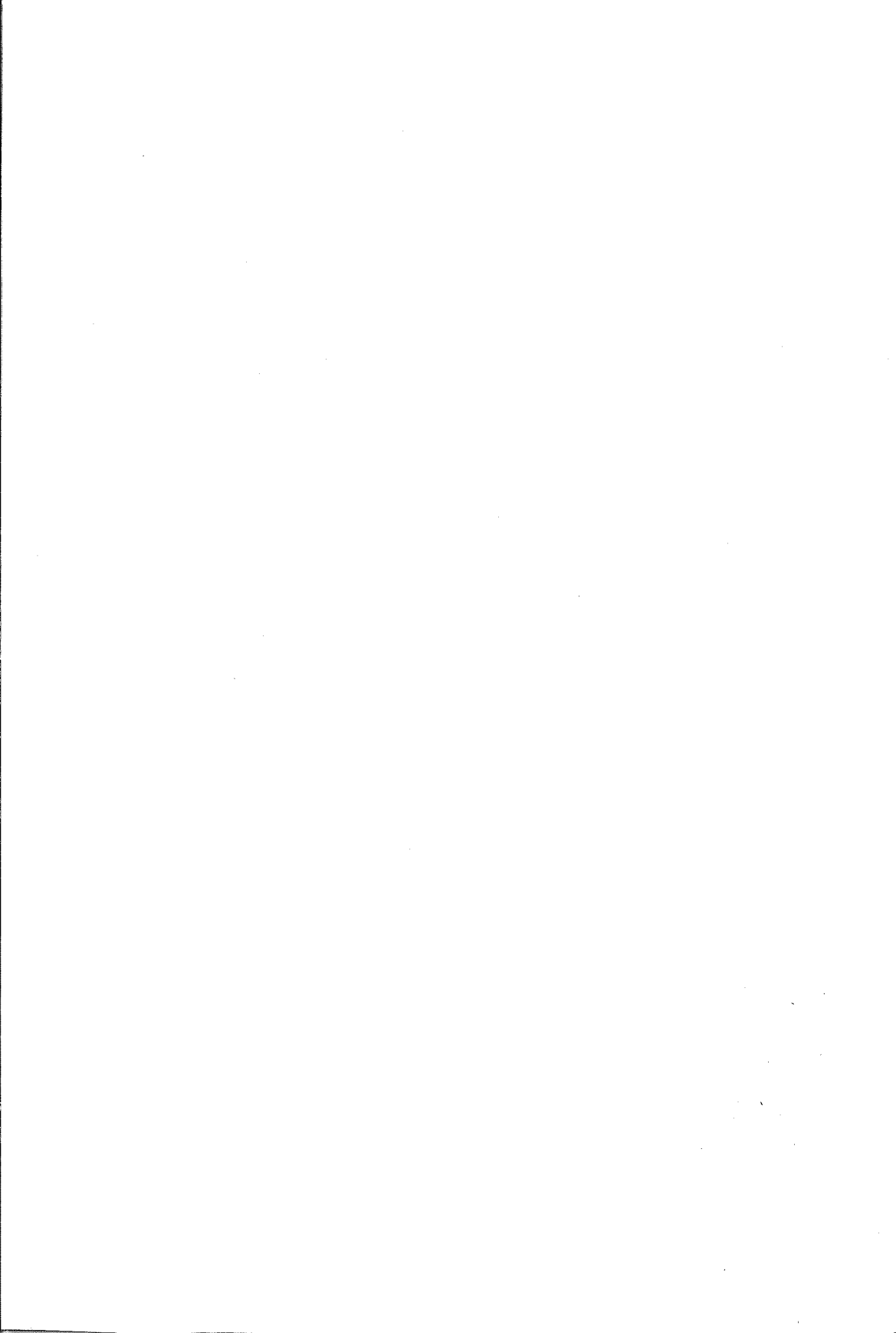
Taşpınar, Sema : “İsviçre Federal İcra ve İflas Kanununda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004.

Umar, Bilge : “Aciz Hali-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düştüğü Bir Yanlılık”, YTHFD, C. I, S. 1, 2004.

Uyar, Talih : “İcra ve İflas Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Getirdiği Yenilikler”, TBBD, Y.16, S. 9, Kasım/Aralık 2003-Özel Sayı.

Westbrook, Jay Lawrence (Çev. Ali Cem Budak) : “ABD Şirket Kurtarma Usulü Kanunu-Şirketlerin ‘Going Concern’ Olarak Alacaklılara Karşı Korunması”, Türk, İngiliz ve ABD Hukuklarında İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İstanbul Sanayi Odası-Marmara Üniversitesi AT Enstitüsü Sempozyumu, İstanbul 1993. (Alacaklılara Karşı Korunma)

Westbrook, Jay Lawrence (Çev. Ali Cem Budak) : “Amerika Birleşik Devletleri’nde 11’inci Bölüm-Yeniden Örgütlenme Usulü”, Türk, İngiliz ve ABD Hukuklarında İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İstanbul Sanayi Odası-Marmara Üniversitesi AT Enstitüsü Sempozyumu, İstanbul 1993. (Yeniden Örgütlenme)



TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI SEMPOZYUMU*

**27 – 28 Mayıs 2005 günü Yeditepe Üniversitesi'nde
düzenlenen Sempozyum'da sunulan
tebliğler ve soru-cevap tutanakları***

**(*) Tebliğler, sempozyumdaki sırasına göre sıralanmıştır ve
27 – 28 Mayıs 2005 tarihindeki hukuki durumu yansıtmaktadır.**



BİRİNCİ OTURUM AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. Erhan ADAL

(Yeditepe Üniversitesi Öğretim Üyesi, Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı)

Sayın katılımcılar, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumu”na hoşgeldiniz. Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Prof. Dr. Haluk KABAALİOĞLU’nun rahatsızlığı nedeniyle açılış konuşmasını ben, dekan yardımcısı Prof. Dr. Erhan ADAL yapmak üzere huzurlarınızda bulunuyorum.

Avrupa Birliği müktesebatı birçok konuda ticaret hukuku alanında değişikliği gerektirmiştir. İşte bundan hareket eden ve Sayın Hikmet Sami Türk’ün zamanından başlayan ve beş seneyi aşkın bir zamandır hazırlanmakta olan bir tasarı, bugün sizin kıymetli tartışmalarınız ve değerlendirmelerinize sunulmuştur. Bildiğiniz gibi Türk Ticaret Kanunu’nun hem yürürlükteki hem tasarıdaki birinci maddesi “bu Kanun’un, Türk Medeni Kanunu’nun ayrılmaz bir parçası” olduğunu söylemiştir. Öyleyse bugün yapacağımız bütün sizlerin katkılarıyla beraber ortaya çıkacak olan tablonun, Türk hukuk hayatına, özellikle ticaret hukuku hayatına hayırlı olmasını dilerim. Bundan sonraki konuşmayı İstanbul Barosu’nun Sayın Başkanı Kazım Koluçuoğlu Beyefendi’nin yapmasını bekliyorum. Buyurun Sayın Başkan söz sizin.

Kazım KOLCUOĞLU

İstanbul Barosu Başkanı

Sayın Bakanım, Sayın Rektör Yardımcım, çok değerli Ticaret Mahkemesi Başkanlarım, değerli meslektaşlarım, hepinizi saygıyla selamlıyorum. Bugün burada iki gün devam edecek olan, temel yasalarımızdan birisini tartışacağız, Türk Ticaret Yasa Tasarısının üzerinde tartışma yapacağız. Hepiniz biliyorsunuz çok kısa dönem içerisinde çok önemli yasaların çıkarılması, bazılarının tasarı halinde görüşülmeye açılması gerçekten bu konuda hukukçuların, baroların, hukuk fakültelerinin devamlı çalışması, üretmesi ve bu konudaki eleştirel bakışlarını ortaya koyması ve değişiklikleri önermesi bakımından büyük önem taşıyordu. Ama hepiniz de biliyorsunuz ki, çok önemli iki, hatta üç temel yasa olan, Anayasa'dan sonra gelen kamu hukuku alanında Türk Ceza Yasası, CMK dediğimiz Ceza Muhakemeleri Yasası ve Ceza İnfaz Yasası çok kısa zamanda belki de meclisten geçti, ama üzerinde önemli tartışmalar yapılması gerektiği düşüncemizi ve bu konudaki görüş ve tartışmalara açık olarak kamuoyunda beraberce yapabilmek, eksikliklerinin giderilmesini sağlamak, bunların daha çağdaş ve daha açık bir yasa haline getirilmesini, dönüştürülmesini sağlamak bakımından önemli çalışmalar yaptık. Bu çalışmalarımızı üniversitelerimizle paylaştık ve bugün olduğu gibi çok değerli bilim adamlarımızla, uygulayıcı olan hukukçularla birlikte bu daha henüz yasalaşmadan bu tasarılar üzerinde görüş ve düşüncelerimizi olabildiğince kısa zamanda, çünkü çok süratle meclisten ve komisyonlardan geçirildiği için yetiştirmeye çalıştık. Ancak 17 Aralık'ın, tarihimizde milat olarak kabul edilmesi nedeniyle, bu tarihe bu yasaların yetiştirilmesi bakımından yapılan acelecilik sonucunda bu görüş ve düşüncelerimizi, bizim gibi diğer kuruluşların ve örgütlerin görüş ve düşüncelerini maalesef bu yasaya katma olanağını bulamadık. Yasa yayınlandı, yürürlük tarihi 1 Nisan olarak tespit edildi ve o arada bu yasanın yine tartışmaya açılması, eksikliklerinin giderilmesi konusundaki önerilerimizi kitaplaştırdık, dağıttık, çok değerli milletvekillerimize ulaştırdık, komisyon üyelerine ulaştırdık ve orada bu değişikliklerin yapılması konusundaki önerilerimizi yeniledik; ama maalesef o 1 Nisan'a kadar olan süreçte bunların yerine getirilmesi olanağı olmadığını gördük. 1 Nisan'da yürürlüğe girecek olan ya-

sanın, 1 Haziran'da yürürlüğe girmesi konusunda 2 aylık bir erteleme yapıldı. Bu ertelemenin de yine bu değişiklikleri yapabilme, yanlışları düzeltebilme ve aynı zamanda çağdaş nitelik taşıyan insan hak ve özgürlüklerini çok yakından ilgilendiren, Anayasa'dan sonra gelen bu yasalarda bazı değişiklikler yapılması, ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü ve diğer insan haklarıyla ilgili bölümlerinde yapılan değişiklik önerilerimiz maalesef sadece bizim değil, basın kuruluşları da dahil olmak üzere meclise iletildi, hatta biz barolar olarak komisyonda 3 defa gittik, bu görüşlerimizi, düşüncelerimizi aktardık, komisyon başkan ve üyeleriyle görüştük, hatta zaman zaman milletvekillerimize bu önerilerimizi yazılı olarak ulaştırdık, ama bu 2 aylık sürecin maalesef ileriye doğru değişimler ve gelişimler açısından kullanılması gerekirken, hükümetimiz kendisi de cesaret edemedi herhalde, milletvekillerine sunmuş olduğu değişiklik tasarısıyla CMK'da 35 değişiklik önerisiyle karşımıza çıktılar ve bu 35 değişiklik önerisi ileriye doğru değil, biz nasıl yaptık da bu kadar farklı şeyler söyledik, aman bunları biraz daha kısalm diyen, maalesef biz daha iyileştirme beklerken bu yasaların daha kötüleştirilmesi ve aynı zamanda savunma hakkı ve adil yargılanma hakkını adeta zedeleyecek nitelikte önemli değişikliklerin önerildiğini gördük. Buna karşı da tepkilerimizi gösterdik, gittik 10 tane baro başkanı ile birlikte yine komisyonu ziyaret ettik, bunların yanlış olduğunu söyledik, hepsi bize hak verdiler, ama maalesef öyle bir hareketi de gördük ki, herkes hak veriyor, ama değiştirilmesi, düzeltilmesi konusunda bir şey söylediğiniz zaman diyorlar ki "valla bizim gücümüzü aşar". "Peki kimin gücüyle beraber olur?" dediğiniz zaman, onlar da "valla bunlar getiriliyor, götürülüyor, bilmiyoruz yani fazla da dokunulmuyor" gibi bir yanıtla karşı karşıya kaldık. Şimdi onun için, bu süreçleri geçen örgütler olarak yine temel yasa niteliğini taşıyan Türk Ticaret Yasası ve Borçlar Yasası da aynı şekilde belki ekonomik hayatımızı, sosyal hayatımızı çok yakından ilgilendiren iki temel yasa, bu yasalar üzerinde de önemle durulması gerektiğini düşünüyoruz, o nedenle biz yine üniversitelerle birlikte bu yasaların, hem biraz evvel sizlere dağıtıldı, çok değerli hocamız Erdoğan Moroğlu hocamızın önemli çalışmalarıyla, değerlendirmeleriyle ve İstanbul Barosu'nun da katkılarıyla hazırladığımız bu kitapçığı, bir tartışmanın başlangıcı olarak sizlere sunmayı düşündük ve sunduk ve bundan sonra zannediyorum belki burada zaman da kalmadı, 24 Mayıs'a kadar bize süre verdiler maalesef, bunlar süreli tartışma tarihleri belirleyerek gönderiyorlar, bir buçuk ay içerisinde yapılabilecekler bunlar;

ama henüz komisyona tam olarak gelmediği için belki yararı olabilir, bu tartışmalarımızın sonuçlarını yine değerlendirmek suretiyle üyelere ulaştırma-ya çalışacağız.

Ama belki burada biraz daha başarılı oluruz; çünkü bunlar çok kamu hukuku alanını ilgilendirmedeği için, biraz daha duyarlı davranabilirler diye düşünüyoruz. Onun için bu toplantıyı bu amaçla düzenledik ve bundan sonra da bunları devam ettireceğiz, çok değerli üniversitelerimizin hukuk fakülteleriyle bu konuda İstanbul Barosu olarak önemli iş birlikleri yaparak çalışmalarımızı yürütüyoruz. Bu değerli Yeditepe Üniversitesi'nin, değerli Hukuk Fakültesi dekan ve yardımcılara ve öğretim üyelerine ve çok değerli rektörümüze bu nedenle teşekkür etmek istiyoruz; çünkü her zaman bizim bu çalışmalarımızın müşterek olarak yapılması konusunda bütün olanaklarını bizlere açıyorlar. İstanbul'da 11 hukuk fakültesi var, bu fakültele- rin hepsiyle ayrı ayrı bu düzey içerisinde önemli işbirliklerimiz oluyor ve böylece görüşlerimizi ve düşüncelerimizi meslektaşlarımızla, uygulayıcılarla, hatta bilim adamlarımızla paylaşıyoruz ve sonuçlarını kısa zamanda yazılı hale dönüştürmek suretiyle yetkililere ulaştırmak ve görüşlerimizi onlara aktarmak olanağını buluyoruz. Evet, bu toplantıya katılarak çok değerli katkılarıyla bizlere bilgilerini paylaşacak olan çok değerli öğretim üyelerine ve katılımcılara ve aynı zamanda meslektaşlarıma teşekkür etmek istiyorum baro adına ve bu toplantının bu amaçlarla başarılı geçmesini diliyorum. Hepinize saygılar sunuyorum.

Halim METE

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Başkan Vekili

Sayın Bakanım, Sayın Rektör yardımcısı, Değerli Hocalarım, İstanbul Barosu'nun değerli Başkanı, Sayın konuklar. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin düzenlediği, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı konulu sempozyumda, Birliğimiz adına şahsıma konuşma ve konuya ilişkin fikirlerimizi açıklama fırsatı tanındığı için, düzenleyicilere teşekkürlerimizi sunar, hepinizi saygılarımla selamlarım. Ayrıca iş dünyası olarak bizi yakından ilgilendiren bu Kanun'la ilgili bu sempozyumu düzenleyen İstanbul Barosu'na, Sayın Başkanına ve Hukuk Fakültesi Sayın Dekanı Haluk Kabaalioğlu dostuma da teşekkürlerimi sunuyorum.

1 Ocak 1957 tarihinde yürürlüğe giren 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, dönemin yaklaşımlarını iyi bir şekilde yansıtan, sorunlara güvenilir ve işlerliği olan çözümler getiren, ticaret, endüstri ve hizmet sektöründe ülkemizin gereksinimlerini karşılayan ve menfaatler dengesini, hak ve adalete uygun tarzda kuran bir kanundu. Ülkemiz ekonomik kalkınmasına gerekli hukuki desteği sağlamış, hukuk düzeninde bir temel kanun konumunu kazanmıştır. Ancak 6762 sayılı Kanun'un uygulandığı 20.yüzyılın ikinci yarısında, bir ticaret kanunu için önemli sayılabilecek olayların cereyan ettiğini gözledik. Önce Avrupa Ekonomik Topluluğu, sonra Avrupa Topluluğu ve bugünkü Avrupa Birliği'nin kurularak küresel ekonomik, ticari ve siyasi bir güç haline gelmesi, NAFTA gibi bölgesel birliklerin faaliyete geçmesi, Dünya Ticaret Örgütü'nün kurulması ve bu örgütlerin maddi hukuk kurallarını koymak suretiyle uluslararası hukuk normları yaratması, elektronik ticaretin ve işlemlerin hem ticareti hem de bilgi alıp vermeyi kökten etkilemesi, internetin günlük hayatın her alanında kullanılabilir hale gelmesi, iki taraflı dış ticaretin çok taraflı uluslararası ticarete dönüşmesi gibi gelişmeler ve örgütlenmeler, kendi teorilerini ve düzenlemelerini de beraberinde getirmiştir. Özellikle Avrupa Birliği üyesi ülkelerin kanunları, sözü edilen hızlı değişme ve gelişmelere paralel olarak sürekli bir değişim yaşamıştır. Dünyadaki son elli yıl, hem yeni konuların kanunlaştırıldığı, hem de temel kanunların sıkça değiştirildiği bir dönem olmuştur. 6762 sayılı Kanun'da ise bu elli yıl

içinde söz konusu gelişmelerin zorunlu kıldığı değişiklikler maalesef yapılamamıştır. Ülkemiz 1960'lardan beri Avrupa Birliği'nin, yani Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun ve Avrupa Topluluğu'nun ortak üyesidir. Ortak üyelik ile başlayan hukuki uyumun sağlanması yükümlülüğü, Gümrük Birliği ile somutlaşmış ve Türkiye rekabet ve mülkiyet hukukuna ilişkin düzenlemeler başta olmak üzere, çeşitli ulusal hukuki düzenlemelerini, Avrupa Topluluğu düzenlemeleri ile uyumlaştırmaya başlamıştır. Avrupa Birliği üye adaylığı, Avrupa Birliği müktesebatının Türk hukukuna aktarılması zorunluluğunu da getirmiştir. 2003/ 5930 sayılı ve 23.6.2003 tarihli Avrupa Birliği Müktesebatının üstlenilmesine ilişkin Ulusal Program ve buna ilişkin karar, Avrupa Birliği'ne tam üyelik süreci içerisinde kısa ve orta vadede gerçekleştirilmesi öngörülen çalışmaları kapsamakta, bu çalışmaların genel çerçevesini ortaya koymaktadır. Müzakere sürecinde Avrupa Birliği'nin ticari işletme, şirketler, taşıma ve sigorta hukukuna ilişkin yönergeleri doğrultusunda, Türk Ticaret Kanunu'nun değiştirilmesi gerekli hale gelmiştir. Bu gereklilik çerçevesinde, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı taslağının hazırlanmış olduğunu memnuniyetle tespit etmiş bulunuyoruz.

Sayın hocalarım, saygıdeğer konuklar, Adalet Bakanlığı'nca oluşturulan bir komisyonca hazırlanmış ve bugün bilim adamları hocalarımız tarafından değerlendirilecek olan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı taslağına ilişkin önemli gördüğümüz bazı hususları görüş ve değerlendirmelerinize sunmak istiyorum. Taslağına göre, ticari işletme ile esnaf işletmeleri arasındaki sınır, Bakanlar Kurulu'nca yürürlüğe konulacak kararnamede belirlenecektir. Bakanlar Kurulu'nun bu ayırımı ilişkin hadleri yüksek belirleyip işletme defteri tutan bazı tacirleri, esnaf statüsüne sokma olasılığı mevcuttur. Bu riski ve muhtemel uyuşmazlıkları önlemek için, tasarının 11. ve 15. maddelerinde yer alan ticari işletme ve esnaf tanımları ayrıntılı biçimde düzenlenmeli, ticari işletme tanımında "işlerinin hacim ve önemi, ticari muhasebeyi gerektiren" ibaresinin eklenmesi yararlı olacaktır kanaatindeyiz. Zira ticari işletme, bu Kanun'un temeli, yani merkezi bir kavramdır. Bu belirleyici niteliği ile ticari işletme kavramının tasarıda iyi tanımlanması zarureti vardır. Ticari yaşamda açıklık ve şeffaflığın artırılması önem arz etmektedir. Bu amaçla tasarıda ticaret sicilinin iyi düzenlenmesi, olumlu ve olumsuz işlevlerinin iyi belirlenmesi, görünüşe güven ilkesi gereği ilan edilen içerik ile tescil edilen husus arasındaki çelişkinin 3.kişileri etkilememesi gerekir. Bu işleri gerçekleştirecek sicil kayıtları, ticaret odalarında tutulacak, Türkiye çapın-

da sicil kayıtlarına elektronik ortamda ulaşılabilme imkanını sağlamak üzere, bu kayıtların düzenli bir tarzda depolandığı bir bilgi bankası Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesinde kurulacaktır. Nitekim bunun alt çalışmaları da bitmek üzeredir. Bilgi bankasına giriş serbest olacağı için, herkes kayıtları denetleyebilecektir. Böylece aleniyetle gerçek anlamda şeffaflık gerçekleştirilecek, kayıtlardaki aykırılıkların ve düzensizliklerin önüne geçilebilecektir. Bu çerçevede tasarı taslağındaki düzenlemelerden görünüşe güvene ilişkin 37.madde net olarak anlaşılammaktadır. Maddenin son cümlesinin” meğer ki yanlışlığı bilmiyor olsun” şeklinde yeniden düzenlenmesi veya meri Kanun’un “sicile itimat” başlıklı 39.maddesindeki düzenlemeye tasarı metninde aynen yer verilmesinin daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

Malumlarınız olduğu üzere, ticaret hayatının esası, ticari işletme, ticari işletmenin de en önemli unsurlarını, ticari defterler, ticari belgeler ve finansal tabloların düzenlenmesi teşkil etmektedir. Dolayısıyla bu konudaki düzenlemeler çok önem arz etmektedir. Bu bağlamda tutulması gereken defterler ve düzenlenmesi zorunlu belgeler, temel kanun olan Ticaret Kanunu’nda yer almalıdır. Ticaret Kanunu dışındaki özel kanunlarda, örneğin Vergi Usul Kanunu’nda bu tür düzenlemelere yer verilmemelidir. İdare herhangi bir nedenle, tutulması zorunlu olan defterlerin cins ve adedini değiştirmemelidir. Keza idare düzenlenmesi zorunlu belgelerde de bu yönde bir değişikliğe gidememelidir.

Tasarıda tutulması zorunlu defterler belirtilmeyip, bu belirlemenin Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu’nca yapılması öngörülmüştür. Taslağın 64. maddesinde tutulması zorunlu defterler olarak, yevmiye defteri, defteri kebir, envanter defteri, demirbaş ve amortisman defteri de sayılmalıdır.

Ticari işletmenin finansal tablolarından olan bilançoda yer alan duran ve dönen varlıklar, borçlar, sermaye ve dönem ayırıcı hesaplara ilişkin kalemlerin değerlendirme ilkeleri ve değerlendirme ölçütleri ayrıntılı olarak Ticaret Kanunu’nda düzenlemeli, Vergi Usul Kanunu’nda da yer alan konuya ilişkin hükümler, mükerrerliğin önlenmesi amacıyla, Vergi Usul Kanunu’ndan ayıklanmalıdır.

Gerçek ve tüzel kişilerin gerek ticari defterlerini tutarken, gerek münferit ve konsolide finansal tablolarını düzenlerken, Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından yayınlanan Türkiye muhasebe standartlarına ve

kavramsal çerçevede yer alan muhasebe ilkelerine aynen uymak ve bunları uygulamak zorunda oldukları hükme bağlanmıştır. Türkiye muhasebe standartlarının, uluslararası standartlara uygun hale getirilmesi, olumlu bir düzenleme olmakla birlikte, bu standartların uygulanması için bir geçiş dönemi öngörülmesi ve standartların öncelikle büyük şirketler için uygulanması, ileriki yıllarda orta ve küçük boy işletmelere kademeli olarak uygulanması daha uygun olacaktır kanaatindeyiz.

Ülkemizdeki binlerce KOBİ'nin sözü edilen muhasebe standartlarına tabi tutulması, bu standartları uygulamakla yükümlü olanların eğitimi sorununu da gündeme getirecektir. Eğitim konusunun ihmal edilmesi halinde, bir geçiş süreci tanınacak olsa dahi, önemli aksaklıklar yaşanılması kaçınılmaz olacaktır. Dolayısıyla KOBİ'lerin geçiş süreci boyunca bazı standartları uygulamaktan muaf tutulmaları veya KOBİ'ler için basitleştirilmiş bir standart seti hazırlanmasının gerektiğini düşünüyoruz.

Tasarının "suçlar ve cezalar" yan başlıklı 562. maddesinde de 88. maddeye aykırı hareket etmenin müeyyidesi olarak yüz günden üçyüz güne kadar adli para cezası getirilmiştir. 88. maddeye aykırı hareket etmenin yaptırımını zaten kendi içinde mevcut olup, dolayısıyla para cezası yaptırımının tasarıdan çıkarılması uygun olacaktır. Zira muhasebe standartlarına uyulmaması halinde, vergi idaresi, standartlara uygun düzenlenmemiş bilanço kârına itibar etmeyecek, mali tablolar yeminli mali müşavir ve bağımsız denetim kuruluşlarınca tasdik edilmeyecek, bu bilançolara sahip şirketlerin hisse senetleri borsaya kote olunamayacak, bankalardan kredi alınamayacak, bilançolar yurtdışında kabul göremeyecek, ortaklar kar dağıtımına itiraz edeceklerdir. Dolayısıyla ilgili maddelerde bu doğrultuda değişikliklere gidilmesinin zorunluluğu olduğuna inanıyoruz.

Ticaret Kanunu ve Vergi Usul Kanunu uygulamalarından dolayı mükerrer ceza verilmesinin önüne geçilmelidir. Örneğin tek düzen muhasebe hesap planına uyulmaması halinde, tasarıdaki düzenlemeye göre, üçyüz güne kadar adli para cezası verilebilir iken, aynı fiil için Vergi Usul Kanunu'nun 353/6. maddesine göre de 2700 YTL özel usulsüzlük cezası kesilmektedir. Belirtilen sebeplerle ceza hükümlerini içeren bentler tek tek ele alınıp mükerrer cezalar kaldırılmalıdır. Ayrıca tasarıda öngörülen cezalar yüksek olup, küçük, orta ve büyük boy işletmeler için cezalar derecelendirilmelidir.

Değerli konuklar. Meri Kanun ticaret şirketlerinin şirket ana sözleşmesinde yazılı işletme konusunun çerçevesi içinde kalmak kaydıyla hak iktisap edebilecekleri ve borç yüklenebilecekleri hükmünü içermektedir. Bu hüküm gereğince işletme konusu dışında yapılan işlemler “yetki dışı işlemler” olduğu için yok sayılmaktadır. AB’nin 1968 tarihli şirketlere ilişkin bir yönergesinde, üye ülkelerin “yetki dışı işlem” yapma kuralının kabulü öngörülmekteydi. Bu düzenlemeyle üçüncü kişilerin korunması amaçlanmış, temsile yetkili kişilerin şirket adına yaptıkları işlemlerin şirketi bağlayacağı öngörülmüştür. Ülkemizde de meri Kanun’un “hükmi şahısların ehliyeti” yan başlıklı 137. maddesinde düzenlenmiş bulunan “yetki dışı işlem yapma” kuralı, tasarı taslağının anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin yetkisinin kapsam ve sınırlarını düzenleyen 371. maddesi ile kaldırılmıştır. Oysa bu düzenlemenin anonim şirketler kısmında değil, bütün şirketlere şamil olacak biçimde, “genel hükümler” kısmında düzenlenmesinin daha yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

Saygıdeğer konuklar, saygıdeğer dinleyenler. Tasarıda şirketlerin devir ve birleşmeleri, bölünmeleri ve tür değiştirmeleri, ayrıntılı bir şekilde ve Avrupa Birliği yönergelerine uygun olarak düzenlenmiştir. Yeni hükümlerle sadece yapısal değişikliklerin güvenli ve basit işlemler zinciri içinde gerçekleşmeleri sağlanmakla kalınmamış, aynı zamanda alacaklılar ve diğer hak ve menfaat sahipleri de korunmuştur. Ancak birleşme, devir ve bölünme işlemlerinin tasfiyesiz gerçekleştirileceği açıkça belirtilmediği için, önemli bir eksiklik oluşmuştur. Taslakta bu konunun vurgulanması gerektiğine inanıyoruz.

6762 sayılı Kanun’un anonim şirketlerin kurulmasına ilişkin sistemi, zaman içinde çeşitli nedenlerle bozulmuş, maddelerin büyük çoğunluğu çeşitli kanun değişiklikleriyle uygulanamaz olmuştur. Kanun’un tedrici kuruluş hakkındaki hükümleri, bu tür kuruluş için başvurulmadığından hiç uygulanmamıştır. 559 sayılı Kanun Hükmündeki Kararname ile, kuruluşun bir aşamasını oluşturan mahkeme onayı şartı kaldırılmış, kurulmamış sayılma hükmü de ilga edilmiştir. Bu değişiklikler nedeniyle Kanun’un bazı hükümlerinde boşluklar oluşmuştur. Tasarı, kuruluşta kurucu işlem sistemini net bir şekilde düzenlemiş, halka açılmayı işleyebilir bir sisteme bağlamıştır.

Buna karşılık anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin en az yarısının yüksek okulu mezunu olması şartı oldukça ağırdır. Bu düzenlemenin

halka açık olmayan anonim şirketler için yumuşatılması gerekmektedir. Zira ülkemizde küçük sermaye ile kurulan ve aile şirketi niteliğinde olan anonim şirketlerde yöneticilerin en yarısının yüksek okul mezunu olması şartı getirilmesi, ülke gerçeklerine uygun olmayıp, girişim özgürlüğünü kısıtlayıcı niteliktedir. Bu düzenleme esnetilmelidir, hatta kaldırılmalıdır.

Diğer taraftan değerli konuklar, tasarı taslağının karayolu taşımacılığına ilişkin olarak getirdiği düzenlemeler hakkında da bir uyarımız olacaktır. Şöyle ki: 4925 sayılı Karayolları Taşıma Kanunu ve Karayolları Taşıma Yönetmeliği, sermaye miktarı, sözleşme türleri, işlemlerin faturalandırılması gibi konularda yaptırım getirmektedir. Ticari faaliyetleri düzenleyen diğer mevzuatın, Türk Ticaret Kanunu ile uyumsuz olmaması, kanunlar arası ihtilaf doğduğunda Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin temel alınması gerekmektedir. Dolayısıyla tasarı ile getirilen düzenlemeler doğrultusunda, konuya ilişkin diğer mevzuatın da uyumlaştırma çalışmalarını paralel biçimde yürütmek yararlı olacaktır kanaatindeyiz.

Tasarıda deniz ticarete ilişkin düzenlemeler hakkında da bazı görüşlerimizi de çok kısaca belirtmek istiyorum. Vaktinizi aldım, biliyorum ama bunlar bugün burada söylenmesi gereken önemli, ticaret dünyasını birebir ilgilendiren konulardır. Tasarının 965. maddesiyle daha önceden yürürlüğe konulmuş olan 5136 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un hükümleri değiştirilmektedir. Buna göre ilgili madde metninden "yurtdışında cebri icra yoluyla bir yabancıya satılarak veya başka bir surette Türk bayrağını çekme hakkını zayi ederse" ifadesi çıkarılmış ve düzenleme eski haline getirilmiştir.

Geminin cebri icra yoluyla yabancı bir şahsa satılması halinde, tasarıнын 1366. maddesinin ikinci fıkrasının saklı olduğu hükmü düzenlenmiştir. Ancak 1366. madde ile getirilen "satış bedeli icra dairesine ödendiği anda, ipotek alacaklısının rızasıyla alıcı tarafından yüklenenler dışında, gemi üzerindeki bütün ayni ve şahsi haklar, külfetler ve takyitler sona erer" şeklindeki hakkın, geminin bir Türk tarafından cebri icra yoluyla satın alınması halinde de geçerli olacağına madde metninde açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

Yine ilgili maddenin üçüncü fıkrasının son cümlesinde, cebri icra yurtdışında vuku bulmuş ise, 1328. maddenin üçüncü fıkrası hükmünün saklı olduğu belirtilmiştir. Buna göre yurtdışında cebri icra yoluyla satış ha-

linde, arttırmayı yapan merci tarafından bu satıştan otuz gün önce arttırmanın gemi siciline tescil olunmuş alacaklılara bildirimde bulunulması öngörülmüştür. Ancak Yargıtay'ın birçok kararında da belirtildiği gibi, cebri icra her devletin kendi egemenlik yetkisine dayanarak yaptığı bir işlemdir. Yurtdışındaki icra organlarına, Türk siciline kayıt olmuş alacaklılara haber verme yükümlülüğünü getirmek mümkün değildir. Bu halde cebri icranın gerçekleştirildiği yer ve ülke hukukuna müdahale edilmiş olacaktır. Başka bir devletin icra organını bu konuda yükümlülük altına sokmak imkansızdır, diğer ülke hukuklarına müdahale anlamını taşır. Kaldı ki geminin satışının alacaklılara bildirilmesi için Türk Gemi Sicili ile yazışmaların yapılması, bu yazışmalar sonucunda tebligatın alacak hakkı sahiplerine gönderilmesi işlemleri uzun zaman alacaktır. Geminin tutuklu kaldığı limanın şartları ile teamülleri ve ülkenin içinde bulunduğu durum, geminin bu kadar uzun bir zaman boyunca atıl kalmasına yol açabilir veya geminin yok pahasına satılması sonucunu dahi doğurabilir.

Tasarının 1013. maddesinin ilk iki fıkrası Türk Ticaret Kanunu'nun 877. maddesi ile benzerdir. Ancak TTK 877. maddesinde ve MK'nda bu nevi ipotek için "kanuni ipotek" ibaresi geçmekte ise de, tasarıya bu terim alınmamıştır. Ancak tasarının inşa halindeki gemiler için düzenlenmiş diğer maddelerinde, örneğin tasarının 987. ve 1371. maddelerinde "kanuni ipotek" teriminin kullanıldığı görülmektedir. Terim birliğinin sağlanması açısından, 1013. maddede "ipotek" teriminin yerine, "kanuni ipotek" terimi kullanılmalı ve bu maddeye ilişkin gerekçe de düzeltilmelidir.

Tasarının 1155. maddesiyle sürastarya ücreti konusu yeniden düzenlenmiş ve sürastarya süresinin kullanımı alacaklı temerrüdü olarak kabul edilmiştir. Meri Türk Ticaret Kanunu'nun düzenlemesinde ve buna bağlı olarak hukuk doktrininde ise bu durum farklıdır. Buna göre, sürastarya süresinin kullanılması sözleşme ile taşıtana bahşedilmiş (ücret karşılığı) olan bir haktır, dolayısıyla sürastarya ücretinin ödenmesi için alacaklı temerrüdünün varlığı ya da bunun ispatı gerekmektedir.

Bunun yanında yükleme limanında tahakkuk eden sürastarya ücretinin borçlusunun taşıtan olduğu açık bir şekilde ortaya konulmakta ve bu suretle bunun boşaltma limanında gönderilenden talep edilmesi güçleştirilmektedir. Bu hususa bir denge getirebilmek için ise, yükleme limanında tahakkuk eden sürastarya ücreti ödenmeden veya yeterli güvence verilmeden

taşıyanın gemiyi yola çıkarmak zorunda olmadığı ifade edilmiştir. Ancak bu hüküm denizciliğin gerekleri ile taban tabana zıt olup, uygulanabilir bir vasfı bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile sürastarya ücretini alamadım diye geminin yola çıkmasını engellemek, taşıyana yarardan çok zarar getirecektir. Ayrıca bu suretle kaybedilecek sürenin vasfı hakkında da tasarıda boşluk bulunmaktadır. Zira yükleme tamamlandığına göre, bu süre zarfında taşıyanın gecikmeden kaynaklanan zararlarını talep edebilecek olması gerekmektedir. Ancak bu da uygulama bakımından imkansızdır. Zira taşıyanın bunu da tahsil edememesi durumunda akıbet hiç bir suretle belli değildir. Bunun yanında “yeterli güvence” kavramı son derece müphem olup, taraflar arası uyumsuzlukların artmasına sebep olacaktır. Zira taşıyan böyle bir durumda, banka teminat mektubu talep edecek, bu ise genellikle taşıtan tarafından kabul edilmeyecektir. Dolayısıyla tamamen uygulamanın gereklerine aykırı olan bu hüküm, büyük sıkıntılar doğmasına neden olacaktır.

Yalnız fıkra gibi iki olaydan bahsedeceğim, gümrük mevzuatını ve Türk Ticaret Kanunu’nu ilgilendirdiği için, denizcilikle ilgili. Türk armatörü bir gemi satın alıyor. Japonya’dan satın alıyor. Oradan bayrak şahadetnamesi ile Türk bayrağı çekiyor, ismini değiştiriyor. Oradan yükü yüklüyor ve Avustralya’ya gidiyor, üç senelikle de bir sözleşme yapıyor, oraya taşıma yapmak için. Ama altı ay sonra, gemiye bir alıcı talip oluyor ve gemiyi satmak zorunda. Geliyoruz, Türk mevzuatı diyor ki: Hayır, buna bayrak şahadetnamesi ile bayrak çektiniz, gemi Türkiye’ye gelmek zorunda, o bayrak şahadetnamesini değiştirmek zorundayız, Türkiye’ye geldikten sonra ancak buna satış yapabilirsiniz diyorlar. Bu birinci örnek. Fıkra gibi bir olay. İkincisi, yine, tabii bu örnekler niye bugün için önemli? Şartlar zaman içinde o kadar değişmiş ki, Türk Ticaret Kanunu yapıldığı zaman böyle bir durum yoktu, yani orada aldığı zaman küçük gemi alınıyordu, Türkiye ile çalışıyordu, öyle 3. ülkelerde çalışılan bir durum yoktu. Yine başka bir şey. Yine bildiğiniz gibi Türk tersaneleri, yabancı armatörlere son yıllarda çok fazlasıyla, bu yapılan gemilerin üçte ikisi ihraç ediliyor, 1 milyar dolarlık gemi ihraç ediliyor. Türk tersanesinde bir gemi ihraç maksadıyla yapılıyor, bitiyor gemi, geliyor yabancı armatör ona yabancı bayrağı çekiyor, bizim tabirimizle “büyük kabotaja” geçiyor gemi, parası transfer olacak ki gemi kalksın, ama diyor ki mevzuatımız yine, bu gemi Türk sularını terk etmeden para buraya gelmez. Ya gemi Türk sularını terk edene kadar batarsa, birşey olursa ne olacak? Evet, bu mevzuatların, bu toplantılar-

la tartışılarak yeniden düzeltilmesi lazım. Türk Ticaret Kanunu'nun değişikliğine çok önem veriyoruz.

Saygıdeğer konuklar, Türk Ticaret Kanunu tasarısı taslağına ilişkin Birliğimizin görüşlerini ayrıca Adalet Bakanlığı'na ayrıntılı şekilde bildirdik ve bildirmeye de devam ediyoruz. Bu çalışmalardan sonra, beni sabırla dinlediğiniz için teşekkürlerimi sunar, saygılarımı sunarım.



BİRİNCİ OTURUM BİRİNCİ BÖLÜM GENEL DEĞERLENDİRME KONUŞMALARI

Prof. Dr. Mahmut BİRSEL (Oturum Başkanı): Sayın Baro Başkanım, Yeditepe Üniversitesi'nin Sayın Rektör Yardımcısı, Yargıtay'ın değerli Onursal Başkan ve üyeleri, hakimler, değerli meslektaşlarım, öğretim üyeleri, seçkin dinleyiciler ve öğrenciler. Ticaret hukukunun iki büyük zirvesi ya da bu dağ silsilesinin iki büyük tepesinin arasında ben oturduğum için, büyük onur duyuyorum. Ayrıca da bazı hazırlıklarla beraber gelmemin nedeni de, eksikliğimi hiç olmazsa kitaplarla gidermeye çalışmak. Şimdi yeni Türk Ticaret Kanunu'nun tasarısı üzerinde Sayın Bakanım, kanun yapma tekniği ve gerek yasama gerekse hükümet nezdindeki çalışmalarıyla ve bilimsel çalışmalarıyla tanıdığımız Prof. Türk ve yine ticaret hukuku alanında İstanbul Üniversitesi'nin ticaret hukuku kürsüsünde çok önemli çalışmalar yapan Sayın Prof. Moroğlu'nun bu görüşlerine, Sayın Prof. Türk'ün açıklamalarıyla başlamak istiyorum.

TASARI HAKKINDA GENEL DEĞERLENDİRME*

Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK

Bilkent Üniversitesi Anayasa ve Ticaret Hukuku

Anabilim Dalları Öğretim Üyesi,

Eski Adalet Bakanı

Sayın Başkan, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin Sayın Başkan Vekili, İstanbul Barosu'nun değerli Başkanı, değerli hâkimler, değerli meslektaşlarım,

Türkiye Cumhuriyeti'nin ilânından sonra lâik temeller üzerinde büyük bir hukuk devrimi gerçekleştirilmiştir. Bu dönemde büyük temel kanunlar çıkarılmış, diğer alanlarda yine lâik temellere dayalı çeşitli kanunlar yürürlüğe konmuştur. Ancak bunların büyük bir bölümü, zaman içinde, değişen koşullara cevap veremez duruma gelmiştir. O nedenle bir bölümü, zaten Cumhuriyet'in 10. yılından itibaren değişiklik çalışmalarına konu olmuştur. Bunlardan biri de Ticaret Kanunu idi. Ticaret Kanunu, 1956'da yerini Türk Ticaret Kanunu'na bırakmıştır. 1 Ocak 1957'den itibaren o Kanun yürürlüktedir.

Bu arada 1951'den itibaren Türk Medenî Kanunu üzerinde yapılan değişiklik çalışmaları da, elli yıl sonra, 2002 yılında, yeni Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle sonuçlanmıştır. Aslında Türk Medenî Kanunu, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu, hem nitelikleri itibariyle, hem onları birbirlerine bağlayıcı hükümleriyle bir bütündür. O nedenle Türk Medenî Kanunu yenilendikten sonra, Borçlar Kanunu üzerindeki çalışmalar da hızlandırılmıştır. Şimdi o konuda da yeni bir tasarı, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı olarak hazırlanmış bulunmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı üzerindeki çalışmalar da, şimdi, bu gün üzerinde tartışacağımız bir aşamaya gelmiş bulunmaktadır. Bu konudaki ça-

* Ses kaydından deşifre edilmiştir.

lışmalar, 10 şubat 2000 gnt, Adalet Bakanı olarak benim Türkiye'nin ticaret hukuku alanındaki en seçkin uzmanlarını bir araya getiren Komisyon'un çalışmalarını açış konuşmamla başlamıştır. Bu konuşmada özellikle şimdi küreselleşen bir dünyayla bütünleşmek isteyen, Avrupa Birliği'ne ye olmak isteyen Türkiye için, artık üçüncü binyıl koşullarına uygun, 21. yüz-yıl Türkiyesi'ne lâyık yeni bir Türk Ticaret Kanunu yapılması gerektiği taraflımdan ifade edilmiştir. Ancak bu konuda nasıl bir yöntem izleneceği, yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nda bu değişimin gereklerine uygun kapsamlı bir değişiklik yapmanın mı yeterli olacağı, yoksa Türk Ticaret Kanunu'nun tümüyle yenilenmesinin mi uygun olacağı konusu, Komisyon'un değerlendirmesine bırakılmıştır.

Komisyon, beş yıldan beri bu konuda yaptığı çalışmaları, şimdi tartışma konusu olan Tasarı'yla belli bir aşamaya getirmiş bulunmaktadır. Bu Tasarı, temelde, yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu modelini benimsemiştir. Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nda olduğu gibi, bir "Başlangıç" ve çeşitli kitaplardan oluşan ve "Son Hükümler"le sonuçlanan bir sıra izlenmiştir; ancak kitap sayısı artmıştır. Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nda var olan Ticarî İşletme, Ticaret şirketleri, Kıymetli Evrak, Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku kitapları yanına, araya, Taşıma İşleri kitabı girmiştir. Aslında bu konudaki düzenlemeler, yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nda Kıymetli Evrak kitabı içinde yer alıyordu ve orada taşıma senedi vesilesiyle taşıma konusu da düzenleniyordu. şimdi bu düzenlemeler, isabetli olarak ayrı bir kitap durumuna getirilmiştir.

Tasarı, 1514 madde ve bir geçici maddeden oluşmaktadır. Çeşitli konularda yeni düzenlemeler getirilmiştir. Bu arada birleşme, bölünme ve tür değiştirme, ayrıntılı bir düzenleme konusudur; şirketler topluluğuyla ilgili olarak hukukumuzda ilk kez yeni hükümler getirilmektedir. Sigorta Hukuku kitabında sağlık, hastalık sigortaları düzenlenmektedir. "Son Hükümler" arasında elektronik işlemler ve bilgi toplumu hizmetleri gibi bazı yeni düzenlemeler yer almaktadır.

Ancak Tasarı, yürürlükteki Kanun'da yer alan bazı düzenlemelere artık yer vermemektedir. Örneğin ticaret işleri tellllığı, taşıma işleri komisyonculuğu, yangın sigortası, karada ve iç sularda taşıma rizikolarına karşı sigorta, denizcilik rizikolarına karşı sigortalar gibi çeşitli sigorta türleri, artık bu Kanun Tasarısı'nda yer almamaktadır. Bu Tasarı'nın birçok olumlu

yönü olduğu gibi, olumsuz yönleri de bulunmaktadır.

Bir defa bu Tasarı üzerinde yıllardan beri büyük bir özveriyle çalışan Komisyon Başkanı Sayın Prof. Dr. *Ünal Tekinalp* ve alt komisyon başkanları ile bütün Komisyon üyelerine, burada içtenlikle teşekkür etmek istiyorum. Ancak amaç, biraz önce de işaret edildiği gibi, 21. yüzyıl Türkiye'si'ne lâyük yeni bir Türk Ticaret Kanunu yapmaktır. O nedenle bu Tasarı'nın eksik ve hatalı yönlerini belirtmek, sanıyorum ki, şimdi öncelikli bir görevdir. Çünkü bugüne kadar, gerek Sayın Komisyon Başkanının, gerek Sayın Adalet Bakanımızın yaptığı bazı açıklamalar, bu Tasarı'nın sür'atle Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmak istendiğini göstermektedir. Oysa Tasarı, henüz bu olgunluğa ulaşmış değildir. O nedenle bunları tek tek belirtmek gerekir. Tabii, burada bir bildiri süresi içerisinde, ancak sınırlı bir ölçüde bu yerine getirilebilecektir. Her konuşmacı, sanıyorum ki, bu konudaki eleştirilerini ifade ederken, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun en mükemmel duruma getirilmesine katkıda bulunma çabası içerisinde olacaktır. Benim de burada yapacağım eleştiriler, bu amaca yöneliktir. Bu konudaki çalışmalarını başlatan eski Adalet Bakanı olarak, bu Tasarı'nın gerçekten 21. yüzyıl Türkiye'si'ne lâyük bir kanun olarak yürürlüğe girmesi, sanıyorum ki, herkesten çok, hepimiz adına beni memnun edecektir. Çünkü bu, hiçbirimizin kişisel bir çabası değil, ama hepimizin katkıda bulunmak durumunda olduğu ve görevlerimiz dolayısıyla belli bir dönemde, belli bir işlevle kendimize düşeni yapmaya çalıştığımız önemli bir çalışmadır.

Şimdi, önce bu Tasarı'daki yasa tekniğiyle ilgili bazı noktalara değinmek istiyorum. Tasarı'nın yürürlükteki Kanun'a göre dikkati çeken bir özelliği, maddelerde fıkra numaralarının kullanılmış olmasıdır. Aslında Türk hukuk sisteminde bu, 1980'lerde idarî yargıyla ilgili mevzuatta benimsenen, ama daha sonra terk edilen, fakat son zamanlarda Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ceza ve Tedbirlerin İnfazı Hakkında Kanun gibi bazı kanunlarda benimsenen bir yöntem. Başka bazı ülkelerde de böyle bir yöntem var. Örneğin Almanya'da, İngiltere'de böyle bir yöntemin uygulandığını görüyoruz. Fakat bizde diğer kanunlarımızda ve yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu gibi bu Tasarı'nın da ayrılmaz parçası olduğunu ifade ettiği yeni Türk Medenî Kanunu'nda ve Borçlar Kanunu Tasarısı'nda bu yöntem benimsenmiş değil. Anayasa'mızda da böyle bir yöntem uygulanmış değil. Üstelik, böyle bir sistemi uygulayan başka ülkelerden farklı olarak, bazen tek bir fıkradan, tek bir cümleden oluşan maddelerde dahi fıkra numarası

verildiğini görüyoruz. Gerekçe, ileride değişiklik yapılırsa, yeni fıkralar eklenirse şimdiden hazırlıklı olmak. Ticaret hukukunda basiretli bir tacir ölçüsü geçerlidir. Basiretli bir yasa koyucu ölçüsünü de uygulayacak olursak, belki böyle bir öngörülü yasa koyucu olarak hareket etmenin yerinde olacağı düşünülebilir. Ama böyle bir durum ortaya çıktığı zaman, bu fıkra numaralarını o zaman vermekte hiçbir sıkıntı olmaz. Gerçi böyle bir yöntemin olumlu tarafı olarak, belki bazı uzun maddelerde fıkra numaralarını saymanın güçlüğü karşısında, bu numaraları hemen görmemiz gibi bir kolaylık sağlaması gösterilebilir. Ama öbür yandan bu yöntem, Kanun'u ağırlaştırmaktadır. Kanun içerisinde bent ve alt bent numaraları ile yollamalarda karışıklığa yol açabilecek niteliktedir. O nedenle bu yöntemin terk edilmesi, hem Anayasa'mıza, Anayasa'mızın sistemine, hem Türk Medenî Kanunu ve yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı sistemine uygun olacaktır. Bu bakımdan, sanıyorum ki, bu yöntemin değiştirilmesi yerinde olacaktır.

Bazı konular, Tasarı'da uygun yerde düzenlenmemiştir. Bu, yasa tekniği bakımından söylediğim bir nokta. Örneğin defter tutma yükümlülüğüyle ilgili ceza hükümlerinin, normal olarak, ticarî defterlerle ilgili hükümlerin sonuna gelmesi gerekirdi. Ama böyle yapılmamış. Bu konudaki hükümler, başka bir bağlamda, 562. maddede anonim ortaklıkların sonundaki ceza hükümleri arasında yer almıştır.

Ticaret davalarındaki yargılama usulü, "Başlangıç"ta ticarî davalarla ilgili hükümler arasında yer almıyor. Bu, yürürlükteki Kanun'da olduğu gibi, "Son Hükümler" arasında, 1499. maddede yer almaktadır. Aslında bu son hükümlerin çoğu, Kanun Tasarısı'nın ilgili kitaplarına taşınması gereken hükümler niteliğindedir.

Bu arada, bazı konularda yürürlükteki Kanun'da da görülen isabetsiz yerde düzenlemeler devam etmektedir. Örneğin "Sermayenin kaybı ve borca batık olma durumu"yla ilgili 376 - 378. ve "Şirketin kendi paylarını iktisap ve rehin olarak kabul etmesi" ile ilgili 379- 389. maddeler, anonim ortaklık yönetim kurulunun görevleri arasında düzenlenmektedir. Yönetim kurulunun çeşitli görevleri vardır; ama sözü edilen maddelerin konuları itibariyle daha uygun bir yerde düzenlenmesi gerekirdi.

Sigorta Hukuku kitabında, gerek 1430. maddede, gerek 1464. maddede "Koruyucu Hükümler" yer alıyor. Bu maddelerde bazı hükümlere aykırı sözleşmelerin geçersiz olduğu, bazılarında kanun hükümlerinin uygulanaca-

ğı belirtiliyor. Bunların yürürlükteki Kanun'da olduğu gibi, "Genel Hükümler" arasında, 1430. maddede bir araya toplanması uygun olacaktır.

Kanun Tasarısı, yazılışı bakımından önemli birtakım yönleriyle dikkati çekmektedir. Her şeyden önce Tasarı'da bir dil, üslûp ve terim birliğinin sağlanamadığı görülmektedir. Öyle ki, ayrı ayrı komisyonlarca hazırlanan ayrı kitaplar arasında, hatta bazen aynı kitabın çeşitli bölüm ve ayrımları arasında, hatta bazen aynı madde içinde bile bu birliğin sağlanmadığını görüyoruz. Birkaç örnek vermekle yetineceğim. Örneğin 43 ve 124. maddelerde "kooperatif şirket" terimi kullanılmaktadır. Oysa başka bazı maddelerde 137 ve 181. maddelerde olduğu gibi-"kooperatif" sözcüğü kullanılıyor. Türkçe'de "kooperatif" isimdir; bunun sıfat olarak kullanılmasına gerek yoktur. Nitekim Kooperatifler Kanunu'muz var. Üstelik şimdi unvan zorunluğu olarak, bütün bu kooperatiflere "kooperatif şirket" unvanı verilmesi hükme bağlanmaktadır. Bütün kooperatifler, unvanlarını değiştirmek zorunda kalacaklardır.

Unvanla ilgili hükümler arasında 44. maddede, donatma iştirakinin ortaklarından "müşterek donatan" olarak söz edilmektedir. Ama doğrudan doğruya donatma iştirakiyle ilgili hükümlerde, 1065-1067. maddelerde, 44. maddeden farklı olarak, "paydaş donatan" terimi kullanılmaktadır. Donatma iştirakinde paylı mülkiyet vardır; ancak Kanun'da terim birliğinin sağlanması gerekir.

Kanun'un bazı hükümlerinde "yargıç" sözcüğü, bazı hükümlerinde "hâkim" sözcüğü kullanılmaktadır. Örneğin haksız rekabetle ilgili hükümler arasında 56 ve 59. maddelerde bu farklılık dikkati çekmektedir.

Kanun Tasarısı, birleşme, bölünme ve tür değiştirmeyle ilgili hükümlerin başında 135. maddede bir "Kavramlar" listesi vermektedir. Sanki Kanun'un içinde ayrı bir kanun düzenler gibi, ticaret şirketleri için "ortaklık" teriminin kullanılacağını belirtmektedir. Pekâlâ "şirket" sözcüğü de kullanılabilir. Benim tercihim, hepsi için "ortaklık" teriminin kullanılmasıdır. Ama Kanun'un diğer hükümlerinde "şirket", burada "ortaklık" sözcüğünün kullanılması, açıklanması zor bir durumdur. Yine bu hükümlerde "devreden ortaklık" için kararlı bir sözcüğün kullanılmadığını görüyoruz. Bazen "devralınan", bazen "devrolunan", bazen "iltihak eden ortaklık" deniyor. Oysa kaynak İsviçre Kanunu'nda bu konuda tek bir terim kullanılmaktadır: "Devreden ortaklık" (*übertragende Gesellschaft*). Aslında "birleşme" için de,

Kanun'un bazı hükümlerinde bu sözcük, diğer bazı hükümlerinde ise, örneğin 1501. maddenin 6. bendinde "birleştirme" sözcüğü kullanılmaktadır.

Bazen aynı madde içerisinde, örneğin 940. maddede, Türk bayrağını çekme hakkı ve yükümlülüğüyle ilgili olarak, ortaklıklarda bazen "çokluğun", bazen "çoğunluğun" Türklerde olması gerektiği ifade edilmektedir. Burada da tek bir sözcüğün benimsenmesi gerekir.

Bu örneklerden de anlaşılacağı gibi, terim birliği, ifade birliği, kanunlarda son derece önemli bir konudur. Bir kanunun baştan sona kadar, eğer arada bir anlam farkı yoksa, en azından bir nüans yoksa, aynı kavram için aynı terimi, aynı sözcüğü kullanması zorunludur. Bu yapılmadığı takdirde, farklı yorumlar, farklı uygulamalar ortaya çıkabilir. Buna meydan vermemek gerekir.

Kanun Tasarısı'nın yazılışıyla ilgili olarak dikkati çeken başka bir nokta, bazı maddelerde şimdiki zaman kipinin kullanılmasıdır. Oysa kanunlar geniş zaman kipiyle yazılır. Bunun nedeni, kanunların koydukları normların kalıcı, sürekli, genel ve soyut normlar olmasıdır. Oysa Tasarı'nın birçok maddesinde şimdiki zaman ve bazen geçmiş zaman kipinin kullanıldığını görüyoruz. Örneğin 82. maddenin 3. fıkrası (b) bendinde "getirilebiliyor olsun" deniyor. Bunları tek tek maddeleri söyleyerek çoğaltmak istemiyorum. Sadece madde numaralarını söyleyeyim. Örneğin 122 maddenin 1. fıkrasının (a) ile (c) bentleri, 208. madde, 377. maddenin 1., 380. maddenin 1., 393. maddenin 1. fıkraları gibi. Bunların hepsinde, "yapılıyor, ediliyor ise" gibi ifadeler kullanılıyor. Oysa bunların "yapılırsa, edilirse" gibi geniş zaman kipiyle yazılması gereklidir.

Kanun Tasarısı'nda sistem tutarsızlıkları görülmektedir. Biliyorsunuz, yeni Türk Ceza Kanunu'yla adlî para ceza sistemi getirilmektedir. Bunun için, hükümlünün ekonomik durumuna, sosyal durumuna uygun ceza yaptırımını uygulanabileceği gerekçe olarak belirtilmiştir. Aslında klâsik sistemde de alt ve üst sınırları belirtilmiş para cezaları bakımından, pekâlâ yine aynı sonuca varılabiliirdi. Ama Almanya gibi bazı ülkelerde uygulanan "gün temeline dayalı para cezası sistemi", yeni Türk Ceza Kanunu'yla benimsenmiştir. Klâsik para cezası sistemi ise, Kabahatler Kanunu'nda devam etmektedir. O, idarî para cezası niteliğine dönüştürülmüştür. Yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda da adlî para cezası sistemi benimsenmiştir. Türk Ceza Kanunu'yla uyum sağlanması bakımından bunun uygun olduğu söylenebilir;

ama bu, tutarlı bir biçimde uygulanmamıştır. Çünkü Kanun'un bazı maddelerinde, örneğin 33. maddenin 2. fıkrasında, "200 liradan 4.000 liraya kadar" biçiminde klâsik para cezası sistemi öngörülmüştür. Bazı maddelerde ise adlî para cezası sistemi benimsenmiştir. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 52. maddesinde düzenlenen ve aksi Kanun'da öngörülmedikçe 5 ilâ 730 gün arasında değişen bu adlî para cezası sisteminde, aslında alt ve üst sınırların belirli olması gerekir. Çünkü ne kadar gün para cezasına hükmedilecekse, o günlerin de ayrı bir tarifesi var Ceza Kanunu'nda. Her gün için ne kadar para cezası verileceği bu tarifeye göre belirlenecek. Maalesef Türk ceza hukukuna böyle karmaşık bir sistem getirilmiş bulunmaktadır. Ticaret Kanunu Tasarısı'nda ise, adlî para cezası uygulanan hükümlerinden bazılarında para cezasının miktarının belirtilmediği görülmektedir. Sadece adlî para cezası verileceği söylenmektedir. Örneğin 62. maddenin 1. fıkrası ile 2. fıkrasında böyle yapılmıştır. Bazı maddelerde ise sadece üst sınır belirtilmiştir. Örneğin 38. maddenin 1.fıkrasında "30 güne kadar" ya da 562. maddenin 1. fıkra (a) bendinin 6. alt bendinde "200 güne kadar" denmiştir. Oysa ceza hukukunun, Anayasa'mızın 38. maddesinde de ifade edilen bir temel ilkesi var: "Kanunsuz suç olmaz, kanunsuz ceza olmaz." O bakımdan burada verilecek olan adlî para cezasının da kaç gün olduğu, alt ve üst sınırlarıyla belirtilmek gerekir. Nitekim bazı maddelerde alt ve üst sınır belirtilerek bu yola gidilmiştir.

Sistem değişikliğinden kaynaklanan başka bir düzenleme farkı: Unvanla ilgili olarak Tasarı'nın 44. maddesinin 2. fıkrasında deniz ticaretinde kullanılan gemi adının da unvanda yer alması düzenleniyor. Bu, yürürlükteki Kanun'un 46. maddesinde de böyle. Oysa yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısı gemi tanımını değiştirdiği gibi, donatma iştiraki tanımını da değiştirmiştir. 1064. maddeye göre, donatma iştirakinde bir geminin menfaat sağlamak amacıyla suda kullanılması söz konusudur. Böylece Kanun Tasarısı'nın iki ayrı kitabında, donatma iştirakinin kullandığı gemi bakımından farklı tanımlar verilmiştir.

Para birimi bakımından, biliyorsunuz, Türkiye, 2004 yılı sonunda çıkarılan 5083 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para Birimi Hakkındaki Kanun'a göre, artık "Yeni Türk Lirası" kullanılmaktadır. Oysa Kanun Tasarısı'nda bazen -33. maddede olduğu gibi- "lira" sözcüğünün kullanıldığını görüyoruz; ama onun dışında hep "Türk Lirası" kullanılmış. Oysa "Türk Lirası", Yeni Türk Lirasını ifade etmez. Ama bazı hükümlerde doğru adı kul-

lanılmamakla birlikte, fiilen Yeni Türk Lirası üzerinden rakam konduğunu görüyoruz. Örneğin anonim ve limited şirketler için 50.000 Türk Lirası asgarî sermaye öngörülmüş. 50.000 Yeni Türk Lirası olması gerekir. Bazı hükümlerde yine “Türk Lirası” kullanılıyor, değer olarak da fiilen eski Türk Lirası ile ilgili rakamlar kullanılmış. Örneğin 1501. maddede küçük ve orta büyüklükteki işletme ve şirketler için 6 milyon-12 milyon Türk Lirası, 20 milyon-50 milyon Türk Lirası gibi. Böylece para sistemi bakımından da Kanun’un kendi içindeki uyumunun sağlanması gerekmektedir.

Öte yandan Tasarı’da Anayasa’ya aykırı bazı hükümler dikkati çekmektedir. Bunların içinde yasama yetkisinin devri niteliğinde, hatta egemenliğin devri niteliğinde birtakım hükümler var. Örneğin 64. maddede ticarî defterlerle ilgili hükümler arasında bu tür hükümler bulunmaktadır. Yeri gelmişken söyleyeyim: Hemen her maddede “Türk Muhasebe Standartları”ndan söz edilmektedir. Bu, gereksiz bir tekrardır. Bunda ısrar ediliyorsa, bunun tek bir maddede belirtilmesi yeterli olur. Anayasa’ya aykırılığa gelince, burada yapılan şu: Yasa koyucu ticarî defterler hakkında bazı hükümler koyacak; ama 64. maddenin 5. fıkrasına göre, bunlar ikinci plânda uygulanacak olan hükümler. Bu fıkrada deniyor ki: “Bu kısımda öngörülen hükümler ile ticarî defterleri doğrudan ve dolayısıyla ilgilendiren bu Kanunun diğer hükümleri, Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarıyla uyumlu Türkiye Muhasebe Standartlarında aksi öngörülmemişse ve bu standartların izin verdiği ölçüde uygulanırlar.” Yani Türkiye Büyük Millet Meclisi bir kanun yapacak, ama ondan sonra Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından çıkarılacak olan, üstelik Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarından çeviri yoluyla Türk hukukuna aktarılacak olan standartlar izin verdiği ölçüde uygulanacak. Bunu herhangi bir yasa koyucunun kabul etmesi mümkün müdür? Böyle bir şey olamaz. Bu, yasama yetkisinin, hatta egemenliğin devri niteliğindedir. Böyle bir şeyin kabulü mümkün değildir. Bu, Anayasa’mızın 7. maddesine göre, yasama yetkisinin devri niteliğindedir.

Tasarı’da çeşitli konuların tebliğ ile düzenlenmesi öngörülmektedir. Örneğin 64. maddenin 3. ve 6. fıkralarında böyledir. Bizim hukukumuzda Anayasa’da öngörülen idarenin yaptığı düzenlemeler arasında tüzük ve yönetmelik var. Biliyorsunuz, Anayasa’nın 124. maddesine göre Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarındaki kanunların uygulama şekliyle ilgili olarak yönetmelikler çıkarabilirler. Bunların yönetme-

lik şeklinde çıkarılması gerekir. Anayasa'mızın öngördüğü düzenleme biçimi budur. Ayrıca Tasarı'nın çeşitli maddelerinde çeşitli kurumların idarî düzenlemeler yapabileceği belirtilmektedir. Bunlar da doğru değildir, Anayasa'ya aykırı düşmektedir.

Tasarı'da dolaylı olarak diğer kanunları kaldıran hükümlere yer verildiğini görüyoruz. Örneğin birleşme, bölünme ve tür değiştirme ile ilgili giriş maddesi konumundaki 134. maddede deniyor ki, (Özellikle ikisini sayacağım): “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un, Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ve diğer kanunların, aşağıdaki hükümlere aykırı olmayan hükümleri saklıdır”. Kaynak İsviçre Birleşme Kanunu'na baktığımız zaman, bu konuda Kartel Kanunu'nun saklı olduğu belirtilmektedir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, konuyu başka bir açıdan düzenlemektedir; Özelleştirme Kanunu da konuyu başka bir açıdan düzenlemektedir. Burada ise özel hukuk açısından düzenlemeler yapılmaktadır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri, –eğer Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'ndaki hükümler esas alınacak olursa– onlara aykırı hüküm niteliğinde olabilir. O nedenle, burada dolaylı bir yürürlükten kaldırma söz konusudur. Böyle bir yöntemin benimsenmesi doğru değildir, uygun değildir.

Başka bir örnek, Kanun Tasarısı'nın sonunda, 1509. maddede yer alıyor. Orada deniyor ki: “Bu Kanun'da yer alan bütün tanımlar ve kanunî terimler aynı kavramlar için, diğer kanunlar farklı tanımlar ve terimler kullanmış olsalar da, o kanunlar için de geçerli tanımlar ve terimlerdir.” Şimdi düşününüz: Türk Medenî Kanunu'nda bazı tanımlar yapılmış ve Tasarı'da kullanılmış ya da biraz önce saydığımız kanunlar veya başka kanunlarda bazı tanımlar yapılmış ve Tasarı'da kullanılmış. Onlarla uyum sağlama zahmetine girilmeksizin bu Kanun Tasarısı'nda verilen tanımlar esas kabul edilmiş, bu Tasarı anlamında tanım olmasıyla da yetinilmemiş, onlar için de geçerli tanım olarak kabul edilmiştir. Hukukumuzda ortaya çıkabilecek karmaşayı tasavvur edebiliyor musunuz?

Tasarı'da birçok ifade ve imlâ yanlışları var. Örneğin 83. maddenin 2. fıkrasında “muhakemeye muhtaç davalar”dan söz edilmektedir. Belli ki burada bir yazım hatası var; her hâlde bu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 226-239. maddelerinde düzenlenen “muhasibeye muhtaç davalar”, başka bir deyişle, “muhasibeyi gerektiren davalar” anlamında kullanılmıştır.

İmlâ yanlışları bakımından, özellikle bir tanesi beni çok rahatsız etti. Örneğin 339, 349 ve 351. maddelerde “ayın sermaye” ya da “ayın devir alınma”, nedense uzatma işaretiyle (î) olarak yazılmış. Ayın yapmıyoruz burada, ayın sermaye koyuyoruz veya ayın devralıyoruz.

Tasarı’da çeşitli yollama yanlışları var. Hatta bazen öyle ki, kendisini dahi uygulanamaz hale getirecek yollama yanlışları var. Örneğin 182. maddenin 4. fıkrasında deniyor ki: “Bu madde uyarınca yapılacak tür değiştirmelerine 180 ilâ 191. madde hükümleri uygulanmaz.” 182. madde de bu “ilâ”nın içinde. Yani koyduğu hükmü hemen anında kaldıran bir düzenleme. Bunlara dikkat edilmesi gerekir.

195. maddenin 6. fıkrasında “195 ilâ 209. madde hükümleri ile şirketler topluluğuna ilişkin diğer hükümler”in de uygulanacağı belirtiliyor. Bu Kanun Tasarı’sında “şirketler topluluğuna ilişkin diğer hükümler” bulunmamaktadır.

400. maddenin 1. fıkrasının (f) bendinde “...beşinci bende göre denetçi olamayacak ...”, (g) bendinde, “birinci ilâ altıncı bentlerde yer alan şartları taşıdığı için denetçi olamayan bir denetçinin nezdinde çalışıyorsa” biçiminde madde içi yollamalar var. Oysa bu maddede bent numarası yok, bentler harfle gösterilmiş. Belli ki kastedilen, (e) bendi ve (a) ilâ (f) bentleri. Nitekim bir tanesi düzeltilmiş; (h) bendinin sonunda, “(h) bendindeki yasağın kaldırılması” ifadesi kullanılıyor. Belli ki bu fıkralara numara verilmesi sonradan yapılmış, ama acele ile her tarafı düzeltilmeden Tasarı bu şekliyle ortaya çıkmış bulunmaktadır. Bu da Tasarı’nın hazırlanmasında, bu aşamaya getirilmesinde biraz aceleci davranıldığını göstermektedir.

Başka bir örnek: 930. maddenin 1. fıkrasında zamanaşımı ile ilgili olarak “Bu bölümde yer alan hükümlerden doğan talepler ve haklar bir yılda zamanaşımına uğrar” deniyor. Oysa burada “bölüm” değil, “kısım” söz konusu; çünkü bu hüküm, 6. kısımda yer alıyor.

Tasarı’da eksik kalmış, düzenlenmemiş çeşitli konular da var. Örneğin 85. maddede, ticarî defterlerin incelenmesiyle ilgili olarak, “mirasa, mal ortaklığına ve şirket tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıklar”dan söz ediliyor. Mal ortaklığı, ya evlilik birliğindeki bir mal rejimidir ya da aile mal ortaklığı vardır. Evlilik birliğiyle ilgili olduğunu kabul edersek, diğer mal rejimleri bakımından acaba gerekli değil mi? Neden diğer mal rejimlerine, o arada edinilmiş mallara katılma rejimine yer verilmemiş? Yeni Türk Medenî Ka-

nunu'nun en önemli yeniliklerinden biri bu. Aslında genel olarak “mal rejimleri dolayısıyla” biçiminde bir ifade kullanmak gerekirdi.

124. maddede yürürlükteki Kanun'un 136. maddesindeki bir eksiklik sürdürülüyor: “Komandit şirket”. Bununla iki türlü şirket kastediliyor: Biri adi komandit, diğeri sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket. Aslında her ikisinin ayrı ayrı belirtilmesi gerekirdi.

Limited şirketlerle ilgili olarak 574. maddede 50 ortak sınırı, üst sınır olarak devam ediyor. Bu, yürürlükteki Kanun'da da var. Fransa'da da böyle bir sınır var, orada 100 ortak sınırı var. Aslında bu, İngiliz hukukundan gelen, İngiliz hukukunda “*private company - public company*” ayrımında kullanılan bir sistemdi. Tasarıda bu sınır devam etmektedir. Fakat eğer 50'yi aşacak olursa ne olur? Bununla ilgili bir açıklama yok. Gerekçeye baktığınız zaman, “Bu konuda içtihat karar verecektir” deniliyor. Yani bu sorunun çözümü yargıya bırakılmış. Böyle bir durumda acaba bu şirketin dağılması mı gerekir, yoksa tür değiştirmesi mi gerekir? Örneğin anonim şirkete dönüşmesi mi gerekir? Bunun açıklıkla belirtilmesi gerekir. Nitekim yeni Fransız Ticaret Kanunu'nda bu konuda, şirketin ya dağılmış sayılacağı ya da bir başka şirket türüne dönüştürülmesi gerektiği hükme bağlanmaktadır. Dolayısıyla burada da bunun açıklanması gerekir.

Ticaret ortaklıklarının birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi yanında, malvarlığı devrinin de düzenlenmesi gerekirdi. Anlaşıyor ki bu konuda Borçlar Kanunu'nun 179 ve 180. maddeleriyle yetinilmiştir. İsviçre Birleşme Kanunu ile bizim 180. maddenin kaynağı olan 182. madde kaldırılmış, 179. maddenin karşılığı olan 181. maddede düzenleme yapılmış olmakla birlikte; ayrıntılı olarak malvarlığı devri, yeni Birleşme Kanunu'nda düzenlenmiştir. Almanların bu konudaki yeni kapsamlı kanunu olan “*Umwandlungsgesetz*”, yani Dönüşüm Kanunu'nda da bu konu, –öteden beri olduğu gibi– ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Sanıyorum ki, şirketlerin malvarlığı devrinin de düzenlenmesi yararlı olacaktır.

1505. maddedeki çağdaş teknolojilerin kullanılmasıyla ilgili yeni hükümler arasında “Elektronik ortamda yönetim kurulu ve genel kurul” düzenlenmiş; ancak kooperatiflere yer verilmemiştir. Oysa kooperatifler, ülkemizde çok önemli. Çok ortaklı, binden fazla ortağı olan, üyesi olan kooperatifler bulunmaktadır. O nedenle bu hükümde kooperatiflere de yer verilmesi uygun olacaktır.

Bütün bunlar, genel olarak değindiğim noktalar. Aslında yerindeliği, uygunluğu tartışılabilir çeşitli hükümler var; bunlar arasında birkaçı üzerinde duracağım, daha sonraki tartışmalar sırasında da fırsat buldukça görüşlerimi ifade edebileceğimi düşünüyorum. Anonim şirketler ile limited şirketler için 50.000 Türk Lirası, aslında Yeni Türk Lirası asgarî sermaye öngörülmüştür. Biliyorsunuz, hâlen 50.000 Yeni Türk Lirası anonim şirketler için, 5.000 Yeni Türk Lirası ise limited şirketler için geçerli olan rakamlardır. Umuyorum ki, Alman hukukundan esinlendiği anlaşılan bu düzenlemenin nasıl uygulanacağı, Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'da belirtilecektir. Türkiye'de oldukça yaygın bir ortaklık tipi olan limited şirketlerin bu 45.000 Yeni Türk Lirası, yani eski rakamlarla 45 milyar Türk Lirası tutarındaki sermaye farkını nasıl kapatabilecekleri ciddi merak konusudur. Bu hüküm, Türkiye'de limited şirketler alanında bir depreme yol açabilir. Acaba bu hükmü koyan arkadaşlar bunu düşünmüşler midir?

Ayrıca bütün sermaye şirketleri için –ki, bunun içerisinde Tasarı'nın yaptığı “sermaye şirketi” tanımına göre anonim şirket, limited şirket, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket yer alıyor– bunların hepsi için kamuyu aydınlatma ilkesi adına, web sayfası kurmak gibi, çeşitli ilânlar yapmak gibi yükümlülükler getirilmektedir. Acaba bunların maliyeti hesaplanmış mıdır? Acaba küçük ve orta ölçekli şirketler, KOBİ'ler bunun altından kalkabilirler mi? Onlara nasıl bir yük getirdiğimizin farkında mıyız? Ve bunda bir yarar var mıdır? Dar bir çevrede kalması gereken, ortaklık çevresinde kalması gereken bir işlem için çeşitli ilân yükümlülükleri getirmenin anlamı var mıdır? Bunların tartışılması gerekir.

Yeni Kanun Tasarısı anonim ortaklıklarda kuruluştan itibaren tek ortaklı şirket modelini benimsemiştir. Bu da Alman hukukundan esinlenmiş görünmektedir. Ama bu konuda başka seçenekler de var. Örneğin İsviçre'ye baktığımız zaman, orada yönetim kurulunu oluşturmak için gerekli asgarî sayıda üye kadar ortak aranmaktadır; bu da “üç” üye, dolayısıyla “üç” ortak demektir. Fransa'ya baktığımız zaman “yedi” ortak arıyor; yani bizde kooperatiflerde olduğu gibi, Fransa'da ve bizde derneklerde olduğu gibi. Aslında ortaklıklar, toplu girişim örgütleridir. Şüphesiz bireysel girişim özgürlüğü de var, ama toplu girişim özgürlüğü de var. Bu özgürlüğün kuruluştan itibaren bire indirgenmesi, bence tartışılmalıdır. Kuruluştan zaten birtakım saman adamlar kullanılmaktadır. Bunu engellemek için ne yapılabilir? Ge-

tirilen hüküm, kapitalizmin, kapitalist sistemin, hatta tekelleşmenin vurgulanması yolunda bir düzenlemedir. Oysa Anayasa'mızın 167. maddesine göre devlet, tekelleşmeyi önlemek durumundadır. Bütün sermayenin tek elde toplanmasını şimdiye kadar biz, patolojik bir olay olarak anlatırdık. Ortaklıklar hukukundaki patolojik bir olayı şimdi baştan itibaren yasallaştırıyoruz. Bunun yararlı olup olmadığı üzerinde tartışmakta yarar var. Tek ortaklı anonim ortaklığı kabul ederken bir tutarsızlık örneği olarak yarı yarıya bir anonim ortaklık olan sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıkta –eskiden olduğu gibi– beş ortak koşulunu koruyoruz. O zaman bir komandite ortak, yani sorumluluğu sınırsız ortak; bir de taahhüt ettiği paylarla sınırlı sorumlu olacak komanditer ortak, yani anonim ortaklıktaki pay sahibi yerine bir ikinci ortak yeterli olurdu. Neden bu yapılmadı? Doğru olan, bu ortaklıkların bireysel sorumluluğu sınırlamaya yönelik araçlar değil, aslında toplu girişimcilik örgütleri olduğunun göz önünde bulundurulmasıdır.

Tasarı'nın yeni hükümleri arasında Sayın Halim Mete'nin de Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği adına değindiği bir konu var: Yönetim kurulunda üyelerin yarısı için yüksek öğrenim koşulu olacak. Acaba Cumhurbaşkanı mı seçiyoruz? Devlet dairelerine memur mu alıyoruz? Bu, girişim özgürlüğüne aykırıdır, ülke gerçeklerine ters düşmektedir. Kamu hizmeti niteliği taşıyan bazı anonim ortaklıklara yönetim kurulu üyesi, ilgili kamu kuruluşları tarafından atanabilmektedir, onlar için aranabilir; ama diğer yönetim kurulu üyeleri için böyle bir koşul aramak, sanıyorum ki doğru değildir.

Şimdi burada bu zaman sınırlaması içinde örnek olarak değindiğimiz bazı eksiklikler, yanlışlıklar dikkati çekmektedir. Bu bakımdan Tasarı'nın daha olgunlaştırılması için, sanıyorum ki, en başta Komisyon'un alt komisyonları ile toplanarak ve Borçlar Kanunu Komisyonu ile de bir araya gelerek, Tasarı üzerinde biraz daha çalışması gerekir. Ben bu konuda çalışan, Komisyon'da ve alt komisyonlarda görev alan arkadaşlarımızın şevkini kırmak istemiyorum. Onların başarısını en çok isteyen insanım. 1956'da dönemin Adalet Bakanı Prof. Dr. Hüseyin Avni Göktürk, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nı Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunarken "Böylece beşerî eserlerde istihali mümkün olan mükemmellyette bir eser vücuda gelmiştir" demişti. Bugün Komisyon'da özveriyle görev yapan arkadaşlarımızın Türkiye için 21. yüzyıla lâyık yeni bir Türk Ticaret Kanunu Tasarısı hazırladıkları sözünün tarihe geçmesini de aynı ölçüde istiyorum. Bu düşüncelerle hepimizi saygıyla selâmlıyorum.

TASARI HAKKINDA GENEL DEĞERLENDİRME*

Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU

İstanbul Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi

Teşekkür ediyorum. Sayın Başkan, değerli dinleyiciler, ben toplantıya katılan mümtaz kişilikleri ayrı ayrı saymaktan çekindim, çünkü protokol hatası yapabilirim diye düşündüm, onun için Sayın dinleyiciler olarak selamlamayı tercih ettim; anlayışla karşılamlarını rica ederim. Bildiğiniz gibi Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Mart başında kamuoyuna sunuldu ve oldukça kısa bir sürede görüşlerin bildirilmesi istendi. Bu kısa süre içerisinde, ben, ancak, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının başlangıç hükümlerini, ticari işletme kitabını, ticaret ortaklıkları kitabını ve son hükümlerini inceledim. Aşağı yukarı 650 maddeyi inceledim ve bunlarda gördüğüm aksaklıkları, düzeltilmesi gereken noktaları bir kitap haline getirdim. Buna seviniyorum, çünkü bu gibi toplantılarda tüm aksaklıkları ifade edebilecek bir zaman, doğal olarak bulunamıyor. O nedenle sadece örneklerle yetinebiliyoruz. Bugün de belli ana başlıklar üzerinde durarak, bu başlıklarla ilgili örneklerle yetineceğim. Ayrıca benden önce konuşan, değerli Prof. Türk'ün konuşmalarına katılıyorum, benim işimi biraz daha kolaylaştırdılar; çünkü vereceğim örneklerin önemli bir kısmına kendileri de değindiler.

Tasarının ilkin şekil bakımından irdelenmesi gerekir, diye düşünüyorum. Şekil deyince de evvela dil ve ifade. Hakikaten tasarının dili ve ifadesi, en hafif ifadeyle, yeterli değildir. Her ne kadar Gerekçede “arı ve güzel bir Türkçe ile yazılmasına özen gösterilmiştir” denilmekte ise de arı veya güzel bir Türkçeyi bulmak oldukça zor. Bir yerde “tahsis” bir yerde “özgülenme”, bir yerde “muamele” yerine “işlem”; fakat onu takiben “eylem” denecekken “fiil”, bir yerde “şirket” bir yerde “ortaklık”, bir yerde “nevi” bir yerde “tür” gibi, Türkçe bakımından kabul edilemeyecek bir özensizlik göze çarpıyor. Terimler bakımından da öyle. Mesela aklıma geldi, 1505. maddede “Bakanlar Kurulu Tüzüğü” diye bir ifade. Bildiğiniz gibi Anayasa-

* Ses kaydından deşifre edilmiştir.

mız'ın 115. maddesine göre tüzük zaten Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanır. Belki “Bakanlar Kurulu Yönetmeliği” olabilir, “Bakanlar Kurulu Tüzüğü” diye bir tabir yok. Bir yerde zannediyorum, yanlış hatırlamıyorsam 429. maddenin kenar başlığı “tevdi temsilcisi” deniliyor. “Tevdi temsilcisi” olmaz, bu Türkçe açısından yanlış, belki “mudi temsilcisi” olabilir. Eğer bunu çok Arapça buluyorsanız, o zaman “saklatan temsilcisi”. Borçlar Kanunu Tasarısında vedia akdi için “saklama sözleşmesi” deniyor. “Saklayan-saklatan” sözcükleri kullanılıyor, ondan yararlanarak “saklatan temsilcisi” veya hiç olmazsa “tevdi eden temsilcisi” diyebiliriz. Yine, azınlık pay sahipleri için “azlık” sözcüğü kullanılıyor. Şimdi “azlık” diye bir sözcük yok, ben Türk Dil Kurumu'nun Türk Dil Derneği'nin, Ali Püsküllüoğlu'nun ansiklopedik sözlüklerine baktım, “azlık” diye bir sözcük yok. Tasarının her yerinde “azlık” diye geçiyor. “İcap” ve “teklif” sözcükleri arka arkaya kullanılıyor. Biraz Fecri Ati edebiyatını hatırlatır şekilde “asker ü leşker” der gibi, hepsi “öneri” anlamına gelen iki sözcük arka arkaya tekrarlanıyor. Bunları çoğaltmak mümkün. Sayın Türk de başka örnekler verdiler. Ben sözü bu konuda uzatmak istemiyorum. Kısaca, Tasarı Türkçe bakımından yeterli değildir. İfade ise daha da bozuktur. Aşağı yukarı tasarının en azından benim okuduğum 650 maddesinin yüzde doksanı yeniden kaleme alınmak gerekir; o derece ifade bozuklukları var. Özellikle tercüme kokan maddelerin ifadeleri hakikaten çok bozuk. Dil konusuna, ifade konusuna bu kadar değinmekle yetineceğim.

İkinci üzerinde duracağım konu Kanun'un sistematığıdır. Kanun'da sistematik hakikaten bozuk ve yetersizdir. Bu bozukluk hem madde kapsamında ve hem de kısımların, bölümlerin düzenlenmesinde açıkça görülüyor. Bir örnek vermem gerekirse: Birinci kitap “Ticari işletme”, arkasından “genel olarak” diye bir başlık var ve “tacir” geliyor ve tacirden hemen sonra da ticari işletmenin tanımı geliyor. Halbuki kitabın adı “Ticari işletme”; binaenaleyh tanımını da yapıyorsunuz, o zaman ticari işletme genel hükümler başlığı altında Ticari işletmenin tanımından sonra ticari işletmenin kuruluşu, ticari işletmenin teşkilatı yâni şubesi vesaire, ticari işletmenin devri, ticari işletmenin kiralanması, ticari işletmenin rehni yer almalıdır. Bunların bir çoğu özel kanunlarla da düzenlenmiş. Ticari işletmenin bir bütün olarak düzenlenmesi ve belki esnaf işletmesiyle sağlıklı bir ayrımını sağlayacak, kanun güvencesi sağlayacak, bu konuda Sayın Mete'nin de işaret ettikleri gibi bir ayrı maddenin yine burada yer alması gerekirdi. Halbuki ticari işlet-

meden sonra tacire atlanıyor ve ticari işletmeyle ilgili bazı hükümler tacir ve ticaret unvanıyla ilgili hükümlerin arasına dağınık serpiştirilmiş görünüyor. Aslında halihazır Kanunumuz'da da bu sistemsizlik, sistem bozukluğu vardır. Ama madem yeni bir kanun yapıyoruz, o zaman eski Kanun'un aksayan yanlarını da gidermemiz gerekirdi. Diğer bir örnek: fatura ve teyit mektubu. Şimdiki Kanun'da da tacir olmanın hükümleri arasında düzenlenmiş, aynen bu sistemle yeni Tasarıya alınmış. Fatura ve teyit mektubu genellikle tacirlerle ilgili belgelerdir; binaenaleyh ticari defterleri siz ayrı bir kısım olarak düzenlediğiniz zaman ve o ticari defterlerle ilgili düzenlemeler arasında ticari belgelerden de söz etmiş olmanıza göre, bu iki ticari belgeyi de yine ticari defterler kısmında düzenlemek gerekirdi ve ilgili kısmın başlığı o zaman "Ticari Defterler" değil, "Ticari Defterler ve Belgeler" olur idi. Diğer bir konu birleşme, bölünme ve nevi değiştirmeye ilgili. Tasarının 134 ilâ 194. maddeleri arasında yani 60 maddede düzenlenen bu konular, adeta kanun içinde kanun gibi. Sayın Türk de söylediler. Bu bölümde kullanılan terminolojinin ne anlama geldiğine dair bir 135 inci madde var. Halbuki baktığımız zaman, bu maddede bütün Ticaret Kanunu'ndaki terminoloji için geçerli olabilecek açıklamalar var. Bunun yerine maddede belirtilen kavramları söz konusu maddelere işlemek mümkün. Bu da bir sistemsizlik oluşturuyor. İkincisi, bu 60 maddede düzenlenen birleşme, bölünme, nevi değiştirmenin her biri ayrı, hatta birbirinin aksi kurumlar gibi görünse de, bu kurumlarda korunacak çıkarlar dengesi aynıdır. Birleşmede de, bölünmede de çıkarları korunacak alacaklılar vardır, çıkarları korunacak pay sahipleri vardır, çıkarları korunacak şirket tüzel kişiliği vardır. Bu nedenle, bunların hepsinin birleştirilip bir sistem içinde ifade edilmesi gerekirdi. Yani bu 60 maddede fazla zorlanmadan 30 maddeye indirmek mümkündür; hem de Bankalar Kanunu'nun destan gibi meşhur maddeleri gibi değil, çok doğal, olması gereken hacimde maddeler halinde 30 maddeye indirmek mümkündür; çünkü tekrar oluşturan birçok hüküm var; aynı çıkarlar dengesini birleşme bakımından, aynı çıkarlar dengesini bölünme bakımından, tür değiştirme bakımından ayrı ayrı düzenliyor. Sistemsizliğin maddeler arasında da olduğunu söyledim. Bir örnekle yetineceğim. 128. maddede ortaklığa taşınmaz malın sermaye olarak konmasından söz ediliyor. Bir kere, "Taşınmaz mal veya sınırlı ayni hakkın" demek lazım. Şimdi eğer şirkete bir taşınmaz veya sınırlı ayni hak koyuyorsanız, bunu usulünce kıymet takdir ettirerek ana sözleşmede koyduğunuzu taahhüt ettiğiniz anda, Tapu Kanunu'nun aradığı

resmi şekil gerçekleşmiş sayılıyor. 128. maddede tasarruf işlemi belirttiğim taahhüt işleminin önüne geçirilmiş. Bu örnekleri onlarca çoğaltabilirsiniz. Anonim ortaklıklarla ilgili olarak da iki örnek vermek isterim. Yönetim kurulu üyelerinin ibraları. Biliyorsunuz ibra sorumlulukla birlikte düşünülmesi gereken bir hukuk kurumu. Sorumlu olan kişilerin ibraları söz konusu olur. İbra, açık (doğrudan) ibra veya kapalı ibra şeklinde olur. Eğer genel kurul bilânço kâr ve zarar hesabını kabul etmişse, şimdiki Kanun'un 380. maddesine göre bu aynı zamanda yönetim kurulu üyelerinin ibrası anlamına gelir. Ama bunun yanında bir de bağımsız gündem maddesiyle bir ibra kararı alınabilir. Doğrudan ibra, bizim Ticaret Kanunumuz'da açık bir şekilde düzenlenmemiş; sadece 374. maddemizde, oydan yoksunlukla ilgili maddede, bir yönetim kurulu üyesinin kendisinin ibrasıyla ilgili bir kararda oy hakkından yoksun olduğu belirtiliyor. Buradan da çıkıyor ki, doğrudan ibra da tabii söz konusudur ve geçerlidir. Ama Kanunumuz bunu düzenlenmemiş. Bu eksikliğin faturasını ağır ödedik. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi "bilanço gereken açıklığı içermiyorsa, ibra geçerli değildir" hükmünü ısrarla yalnız örtülü ibra için değil, açık ibra için de uyguladı. Bunu önlemek, bu yanlış gidermek gerekirdi, açık ibra ve örtülü ibranın ayrı ayrı düzenlenmesi gerekirdi, bu yapılmamış. Tasarının genel kurul ile ilgili kısmında yürürlükteki Kanun'da olduğu gibi, örtülü ibra düzenlenmiş, ondan sonra açık ibranın bir fıkrası olabilecek "ibranın geri alınamaması" hükmü de bu sefer olması gereken yerde, doğru yerde, idare meclisi üyelerinin sorumluluğuna ilişkin kısımda düzenlenmiş; yani ibra iki parça halinde, birisi genel kurul hükümleri arasında, birisi olması gereken yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu kısmında, ama eksik yer almış. Bildiğiniz gibi 2001 banka krizini takiben, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, banka yöneticilerinin ibralarını geçmişe etkili olarak, onlarca yıl öteye götürecek şekilde kaldırdı. Bu uygulama hukuk kamuoyunda "ibra keyfi bir işlem değildir, menfi bir borç ikrarıdır; binaenaleyh ibrayı yapan şirket bu beyanıyla bağlıdır; bunu bir genel kurul kararıyla geriye dönük olarak kaldırmanız, bu işlemi hukuki müeyyidesi olmayan, keyfi bir işlem haline dönüştürür; bu geçersizdir" denildi. Tasarı, isabetli bir şekilde açık ibra kararlarının geri alınamayacağını hükme bağlamakla beraber, bundan önce açık ibranın ne olduğunu düzenlemiyor.

Diğer bir sistemsizlik genel kurul kararları aleyhine açılacak iptal ve butlanın tesbiti davalarına ilişkin düzenlemede görülüyor. Şimdiki Kanunumuz'da sadece iptal edilebilirlik düzenlenmiştir; ama gerek öğretide gerekse

uygulamada genel kurul kararlarının batıl olabilecekleri de kabul ediliyor. Şimdi Tasarıda açıkça genel kurul kararlarının butlanı da düzenlenmiş. Bunun iptal hükümlerinin başına veya sonuna getirilip, bununla ilgili iptal hükümlerine yollama yapmak gibi basit bir düzenleme yapılabilecekken, iptal hükümleri ikiye bölünerek arasına butlan sokulmuş, ondan sonra da müşterek hükümler, çeşitli hükümler diye karmakarışık bir düzenlemeye gidilmiş. Halbuki butlan davasında iptal davasıyla ilgili uygulanacak hükümler belli. Butlan davasının açıldığıнын ilanı, butlan davası sonucunda verilecek hükmün etkisi ve butlan davası açılması dolayısıyla şirketin uğrayacağı zararlar için teminat gösterilmesi. Bu üç nokta için “iptal hakkındaki hükümler, butlan hakkında da uygulanır” denilse, mantıklı bir düzenleme olacak.

Üzerinde durmak istediğim üçüncü konu, Borçlar Kanunu tasarısını hazırlayan komisyon ile bu tasarımı hazırlayan komisyon aynı zamanlarda çalışmış olmalarına rağmen, aralarında bir koordinasyonun kurulamamış olmasıdır. Bu husus kullanılan terminolojinin farklılığından ve Borçlar Kanunu Tasarısında yer alması gereken hükümlerin Ticaret Kanunu Tasarısında, Ticaret Kanunu Tasarısında yer alması gereken hükümlerin Borçlar Kanunu Tasarısında yer almasından açıkça anlaşılmaktadır. Bu da doğru olmamıştır; bu nedenle, Tasarı eğer yeniden gözden geçirilecek ise herhalde Borçlar Kanunu komisyonunun çalışmalarının da birlikte mütalaa edilmesi ve bir örnek düzenlemelere gidilmesi, özellikle aynı terminolojinin kullanılmasına dikkat edilmesi gerekmektedir. Bu noktada ilave edeceğim diğer bir husus, Borçlar Kanunu’nun Türk Ticaret Kanunu’na göre daha genel bir kanun olduğudur. Onun için zaten tasarıda da Borçlar Kanunu’nun maddelerine yollamalar yapılmaktadır. Bu durum gözönünde tutulursa, herhalde Borçlar Kanunu’nun, Ticaret Kanunu’ndan önce kanunlaştırılmasında yarar var diye düşünüyorum.

Üzerinde durmam gereken diğer bir husus, Tasarıda, özel ticari kanunlarla gerekli uyumun sağlanamamış olmasıdır. Sayın Türk de bu konuda örnekler verdi, bende size sunmak isterim. Bir kere en başta Sermaye Piyasası Kanunu’yla gerekli uyum sağlanamamıştır. Tasarınının 552. maddesinde tahvil veya diğer menkul kıymet çıkarılması veyahut hisse senedi satılması suretiyle halktan izinsiz para toplanıyor ise, bu takdirde SPK’nın Ankara Ticaret Mahkemesi’ne müracaatla tedbir kararı isteyebileceği öngörülmüş ve bu tedbir kararı için teminat gerekmediği gibi ikincil düzenlemeler yapılmış. Halbuki Sermaye Piyasası Kanunumuz’un 22. maddesinin (b) bendin-

de kamu yararı bulunduğu hallerde, halka açılmaların kamu erki kullanılarak Sermaye Piyasası Kurulu tarafından geçici olarak durdurulabileceği hükmü vardır. 46 ncı maddesinde de bu yönde bir hüküm yer almaktadır. Şimdi SPK özerk bir kamu idaresidir, sermaye piyasasını düzenlemek ve denetlemekle görevlendirilmiştir. Sermaye piyasası mevzuatına aykırı bir davranış olursa, bunu kamu erkini kullanarak engellemesi kadar doğal bir şey yoktur. Engellenen kişinin idari yargıya başvurması yolu açıktır. Şu halde 552. madde ile SPK'nın, izinsiz halka açılan, halktan para toplayan kim-selerin arkasından mahkemelere giderek tedbir kararı almaya çalışması, amaca uygun değildir; burada kamu erkini kullanarak bunu önleyebilmelidir. Nitekim bu önleme yetkisi Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22 (b) ve 46 ncı maddelerin de düzenlenmiş olduğu halde bu hükümlerden habersiz olarak 552. maddede "SPK mahkemeden tedbir ister, bu tedbir de şöyle alınır" gibi uzun düzenlemelere gidilmiş.

Diğer bir husus şudur: 1982 yılında sermaye piyasası ve halka açık ortaklıklar ile ilgili düzenleme yapılırken iki ihtimal söz konusu idi: Ya mevcut Türk Ticaret Kanunu'nun anonim ortaklıklara ilişkin hükümleri değiştirilebilirdi veya özel bir kanun çıkarılabılırdı. Türk Ticaret Kanunu'nun anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerinin değiştirilmesinin zorluğu, sermaye piyasasının Türkiye'de yeni oluştuğu ve gelişmelere açık olması nedeniyle sık sık değişiklikler yapılması gerekebileceği; düzenlemelerin belli bir istikrar kazanmasını takiben bir şekilde Türk Ticaret Kanunu'na aktarılabileceği gibi düşüncelerle konunun özel bir kanunla düzenlenmesi yoluna gidildi ve Sermaye Piyasası Kanunu yürürlüğe konuldu. Bu tercihin doğal sonucu olarak Sermaye Piyasası Kanunu'nda hem özel hukukla ve özellikle halka açık anonim ortaklıkla ilgili düzenlemelere ve hem de kamu idaresinin "düzenleme ve denetleme" yetkisine ilişkin düzenlemelere yer verildi. Görüşümce, sağlıklı ve normal olan Sermaye Piyasası Kanunu'nda sadece idarenin bu düzenleme ve denetleme yetkilerinin yer alması; özel hukuka ilişkin, özellikle halka açık anonim ortaklıklarla ilgili maddi hukuk kurallarının Türk Ticaret Kanunu'nda yer almasıdır. Tasarıda idarenin yani SPK'nın düzenleme ve denetim yetkisiyle ilgili maddelere yer verilmesi ve Türk Ticaret Kanunu'nda yer alması gereken maddelerin Sermaye Piyasası Kanunu'nda bırakılması doğru olmamıştır. Bir örnek vermek gerekirse, 1507. maddede kurumsal yönetim ilkelerini belirleme konusunda SPK'ya düzenleme yetkisi veren madde Türk Ticaret Kanunu'nda yer alıyor. Biraz önce hatalı bir dü-

zenleme olduğunu belirttiğim 552. maddedeki hüküm de aslında Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer alması gereken hükümdür. Yani, Tasarı'da "Sermaye Piyasası Kanunu'nun hükümleri saklıdır" denilmekle Sermaye Piyasası Kanunu adeta bir yana bırakılmış, bir yeni kanun hazırlanırken, yan kanunlarla ilgili hangi hükümlerin ana kanunda ve hangilerinin özel kanunda yer alması gerekeceği konusuna fazla özen gösterilmemiştir. Aynı durum faiz konusunda da var. 8. maddede "ticari işlerde faiz serbestçe belirlenebilir" dendiikten hemen sonra "temerrüt faizi konusunda ilgili mevzuat hükümleri uygulanır" denilmiş. Peki temerrüt faiziyle ilgili olarak ilgili mevzuat hükümleri uygulanır da, ana para faiziyle ilgili olarak ilgili mevzuat hükümleri uygulanmaz mı? Faizin serbestçe belirleneceği hususunda madde koydunuz; tamam, ana para faizinin serbestçe belirlenmesi yoluna gidilmemiş ise, bundan sonra kanundaki hükümlerin geçerli olması gerekmez mi?

Yan kanunlardan Fikir ve Sanat Eserleri Hakkındaki Kanun'la da gerekli uyum sağlanmamıştır. Bildiğiniz gibi Fikir ve Sanat Eserleri Hakkındaki Kanun'un 76. maddesi 2000 yılında değiştirilerek Adalet Bakanlığı tarafından fikri haklar mevzuatı için bundan doğan ihtilaflara bakacak ihtisas mahkemeleri kurulması öngörülmüştür ve bu mahkemeler çalışıyor; ama Tasarıya bakarsanız 4. maddenin (d) bendinde bu fikri haklar mevzuatıyla ilgili davaların ticari davalar olduğu söyleniyor. Şimdi bu yürürlüğe girse 76. maddede öngörülen ihtisas mahkemeleri ticaret mahkemesi midir? Değil midir? Görev ayrımı, işbölümü ayrımı, hangisi olacak gibi birçok ihtilafla yol açabilecek bir düzenleme getirilmiş oluyor. Bu konudaki örnekleri çoğaltmak mümkün, ama diğer konulara değinebilmek için bunları geçiyorum izninizle, ilgi duyanlar İstanbul Barosunun Tasarı hakkında raporu olarak yayınlanan "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirmeler - Öneriler" adlı kitabıma bakabilirler.

Tasarıda çok dikkati çeken yanlış ve gereksiz düzenlemeler var. Sayın Türk de işaret ettiler, Anayasa'ya aykırı düzenlemeler var. 64. maddenin 5. fıkrasında Türkiye Muhasebe Standartları Kurumu yasama organının önüne geçirilmekte ve aldığı kararlarla Türk Ticaret Kanunu'nun ticari defterlere ilişkin hükümlerini değiştirebilmesi öngörülmektedir ki, bu, her şeyden önce, Anayasamız'ın 87. maddesinde "kanunları koymak, değiştirmek, kaldırmak TBMM'nin yetkisindedir" diyen hükmüne aykırı, normlar hiyerarşisine aykırı ve kuvvetler ayrılığı ilkesini düzenleyen tüm Anayasa hükümlerine aykırı bir düzenlemedir. Enteresan bir hüküm de 210. maddede yer alı-

yor. Bu da yan kanunlarla ilgili gerekli özenin gösterilmediğinin bir başka örneği. Anılan madde ile ilgili olarak Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü'nün düzenlediği sempozyumdaki eleştirim Danıştay 1. Daire Başkanlığı'nın dikkatlerini çekmiş, istediler ayrıca yazılı olarak gönderdim. 210. maddenin 3. fıkrasında şöyle bir hüküm var: Sermaye şirketlerine ilişkin düzenlemeler ile genel nitelikte veya kişilere özgü karar ve işlemlere karşı tarihlerinden itibaren 1 ay içinde Danıştay'da iptal davası açılabilir. Bakınız Bakanlıkların ve diğer idarelerin tebliğ, yönetmelik, kararname gibi genel nitelikteki düzenlemelerine karşı açılacak iptal davası Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinin (b) bendine göre Danıştay'da açılır. Fakat idarenin "kişilere özgü" kararları için Danıştay'da değil, 2776 sayılı Kanun'un 5. maddesinde açıkça belirtildiği gibi idare mahkemelerinde açılır. Sözgelimi, bir izin talebine karşılık bakanlık izinden imtina ederse, izinden imtina kararının iptaline ilişkin dava Danıştay'da değil idare mahkemesinde açılır. Tasarıda 2776 sayılı Kanun hükmü gözden kaçırılmıştır. Fakat, yanlışlık burada bitmiyor. "Danıştay'da iptal davası açılır" dedikten sonra, "iptal davasının usulünü, süreleri de belirleyerek bir yönetmelikle düzenlemeye Danıştay yetkilidir" hükmüne de yer verilmiş. Anayasa'nın 142. maddesine göre mahkemelerin işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir. Tasarıda 142. madde hükmü gözden kaçırılarak mahkemelerin işleyişi ve usulüyle ilgili düzenlemelerin Danıştay tarafından bir yönetmelikle yapılacağı ifade ediliyor. Bu Anayasa'nın 142. maddesine açıkça aykırıdır. Tabii buna bağlı olarak 333. maddede de 210. maddeye yollama yapılıyor ki bu da hatalıdır. 210. maddenin 3. fıkrası hükmünün tasarıdan çıkarılması gerekmektedir.

Diğer üzerinde durmak istediğim bir konu da tasarının 335. maddesi hükmüdür. Bu hükümde anonim şirketin ana sözleşmesinin düzenlenip, kurucular tarafından imzalanıp, imzaların noterce onanmasını takiben şirketin kurulacağı kabul ediliyor ve "tüzel kişilik kazanmasına yönelik hükümler saklıdır" deniyor. Bu "ön şirket" veya "kuruluş şirketi" denilen Alman sisteminin Türkiye'ye getirilmesinin hatalı olması bir yana, getirilen düzenleme vahim çelişkiler oluşturmaktadır. Alman hukukunda "ön şirket" veya "kuruluş şirketi" denilen ve Temyiz Mahkemesinin içtihadından kaynaklanan görüşe göre, şirket kurmak üzere kurucular bir ana sözleşme imzalayınca bunların niyeti anonim ortaklık kurmak, limited şirkete limited ortaklık kurmak; binaenaleyh bunların oluşturdukları ön şirkete de anonim ve limited ortaklık hükümleri tüzel kişilikle ilgili, ehliyetle ilgili hükümler hariç,

aynen uygulanmalıdır. Bir görüşür kabul edilebilir. Fakat bu görüşü kabul ettiniz mi, ön şirketin iktisap ettiği bütün hakların ve yüklendiği borçların tüzel kişilik kazanmakla herhangi bir devir işlemine tabi olmaksızın kendiliğinden tüzel kişiye geçtiğini de kabul etmeniz gerekir. Bizim halihazır düzenimizde anonim ortaklık tüzel kişilik kazanıncaya kadar olan hukuki ilişkiler adi ortaklık hükümlerine tabidir. Bu husus yürürlükteki Borçlar Kanunumuz'un 520. maddesinin 2. fıkrasında hükme bağlanmış ve yeni Borçlar Kanunu Tasarısının 625. maddesinin 2. fıkrasında aynı düzenleme benimsenmiştir. Şu halde, siz ön şirket görüşünü kabul edip onu düzenlediğiniz zaman, bir kere Borçlar Kanunu'nun şimdiki 520. maddesinin 2. fıkrasının "eğer bir şirket ticaret şirketlerinin vasfını haiz değilse bu bab ahkamına tabi adi şirket addolunur" hükmüyle açıkça çelişkili bir düzenleme getiriyorsunuz. İkincisi bu ön şirket sistemini kabul ettiğiniz zaman, kurulan şirket tüzel kişilik kazanan şirket ile ayniyet ifade ettiği için ikisi arasında malların devri gibi kuruluştan sonra bir takım hakların, borçların şirkete devri veya şirket tarafından kabulü gibi bir düzenlemeye artık ihtiyaç kalmaması lazım. Tasarıda hem kuruluş şirketi sistemi kabul edilmiş ve hem de 355. maddede malların intikaline ilişkin özel düzenlemelere yer verilerek açıkça çelişkili bir düzenleme yapılmıştır.

Üzerinde önemle durmak istediğim diğer bir madde, Tasarınının 340. maddesidir. Anonim ortaklıklarla ilgili olan bu maddede birden çok yanlış bir arada yapılmış. Sözkonusu maddenin birinci cümlesi hükmüne göre, «anasözleşme bu kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça cevap verilmişse sapabilir». Yani şimdiye kadar bir anonim şirket anasözleşmesi düzenlerken sözleşme özgürlüğü çerçevesinde emredici hükümlere, ahlaka, adaba, kamu düzenine aykırı olmamak koşuluyla düzenlemeler yapabiliydiniz. Şimdi bu sınırlamanın, yani Borçlar Kanunu'nun 19. ve 20. maddesindeki sınırlamanın yanında bir de "kanunda açıkça cevaz verilmiş olma" gibi bir sınırlama getiriliyor. Bu sınırlama, sağlıklı bir sınırlama değildir. Bir kere, bütün hayat olaylarını önceden görerek acaba hangilerini açıkça kanunda öngörelim diye düzenleyebilmeniz mümkün değil. İkincisi böyle bir sınırlama, anonim şirketler hukukunun gelişmesini engelleyebilecek olan, ihtiyari düzenlemelere imkan vermeyen bir düzenlemedir. Adeta, anonim ortaklık hukukuna çelik korse giydirmektedir. Buna hiç gerek yoktur, çok hatalı bir hükümdür, mutlak tasarıdan çıkartılmalıdır. 340. maddenin son cümlesine göre de bu Kanunla diğer kanunlar-

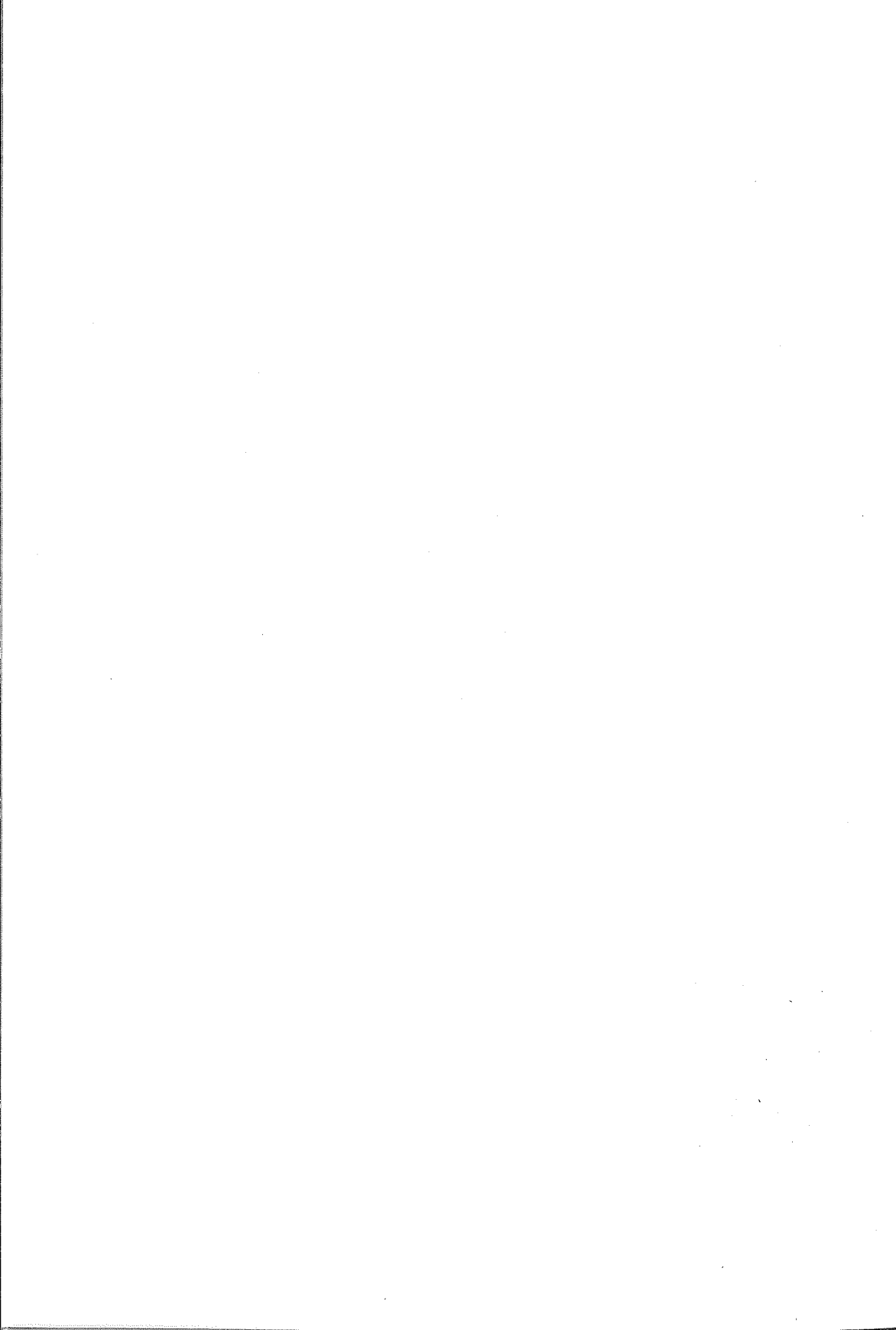
daki düzenleme çelişirse, bu Kanun'un hükümleri üstün tutulur. Bildiğiniz gibi hukukun çok temel ilkelerinden biri de, özel hükmün genel hükmü sınırladığıdır. Eğer özel bir düzenleme yapılıyorsa genel düzenleme yeterli olmadığı için veya ondan sapılması adil ve gerekli olduğu için yapılıyor. Söz konusu düzenleme “özel hüküm öncelikle uygulanır” kuralına aykırı bir düzenlemedir. Ayrıca bu düzenleme tasarının 330. maddesinin “özel kanunlara tabi anonim şirketlere kanunlarındaki hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır; yani özel düzenlemeler öncelikle uygulanır” diyen hükmü ile de açıkça çelişkilidir. Gerçekten, tasarının 340. maddesinde “eğer özel düzenleme ile genel düzenleme çelişirse genel düzenleme uygulanır gibi, tamamen çelişkili bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Üzerinde önemle durmak istediğim bir diğer nokta, tasarıda yapılan bazı düzenlemelerin mevcut şirketlerde ortaklar arasında kurulmuş çıkarlar dengesini zedeleyecek düzenlemeler olmasıdır. Örneğin, yukarıda üzerinde durduğum 340. maddede ihtiyari düzenlemeler sadece Borçlar Kanunu 19. ve 20. maddeleriyle sınırlı değil. Ayrıca bu Kanun'da açıkça cevaz verilmiş olmak koşuluyla da sınırlı olunca, mevcut anasözleşmelerdeki belki ortaklar arasındaki hayati çıkarlar dengesini düzenleyen bir çok hüküm, “kanunda açıkça cevaz verilmiş değildir” diye, geçersiz olacaktır. Yine, Tasarıda TTK.'nin 338. maddesinde yer alan anasözleşme değişikliğine ilişkin nisapların durup dururken değiştirilmiş olması da mevcut 90.000 anonim şirketin anasözleşmelerini ve ortakları arasında mevcut çıkarlar dengesini altüst edecek ve birçok uyumsuzluklara yol açacak bir değişikliktir. Keza, yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nun her paya en az bir oy hakkı tanıyan sisteminin değiştirilmesi ve bunun yerine “paysahiplerinin oy haklarının paylarının toplam itibari değerleriyle orantılı olması” esasının getirilmiş olması da, gereksiz bir değişiklik olması yanında, halen yurdumuzda mevcut olan anonim ortaklıkların anasözleşmelerinin oy hakkına ilişkin düzenlemelerinin ve ortaklar arasında mevcut çıkar dengelerini alt üst edecek olması bakımından da çok sakıncalıdır.

Bir iki aksaklığa daha sabrınıza sığınarak değinmek istiyorum. Tasarıda tek kişi ortaklığı düzenlenmiş, fakat tek kişi ortaklığının birlikte getirdiği diğer zorunlu düzenlemeler yapılmamış. Tek kişi ortaklığının kabul edildiği yerde, bunun birlikte getirdiği düzenlemelerle birlikte tek kişinin haksız olarak sınırlı sorumluluğun arkasına sığınmasını önleyecek diğer bazı düzenlemelerin de yapılması gerekirdi. Yurdumuzda halen şirketi kâr

ederken kârları cebine indirip, zarar etme, batma noktasına gelince palamarı çözüp “ne bulursanız alın” diyerek kaçan bir sürü kişi var. Bunlara karşı madem tek ortaklı şirket düzenini kabul ediyorsunuz, o zaman tek ortağın sorumluluğunun genişlediği veya sınırsız hale geldiği durumların da düzenlenmesi ve suistimallerin önlenmesi gerekirdi, bu yapılmamış. Tek kişilik yönetim kurulu öngörülmüş, bu öngörüldükten hemen sonra kategorik olarak şirketin en az iki yönetim kurulu üyesinin imzası ile temsil edileceği ifade edilmiş, hiç olmazsa «tek kişilik yönetim kurulu durumu hariç» diyerek onu çıkarmak gerekirdi.

Nihayet, tasarıda “müktesep ve vazgeçilmez haklar” diye yine iki kavrama yer verilmiş. Bu müktesep haklar kavramı menşei olan İsviçre’de yanlış anlaşılıp yanlış yorumlandığı ve bu yanlışların içinden çıkılamadığı için 1991 yılında kaldırılmıştır. Naçizane ben 30 sene 40 sene önce bu müktesep hak hükmü yanlış bir hükümdür. Yanlış yorumlamalara ve yanlış uygulamalara neden oluyor diye yazdım. İsviçre’de kanundan çıkardılar, bizde hala ısrar ediliyor. Bu demektir ki bugüne kadarki yanlış uygulamalar hatalı içtihatlar sürecektir. Bu yetmemiş, onun yanına bir de “vazgeçilmez hak” diye, neden gereksinim duyulduğu açıklanamayan yeni bir kavram ilave edilmiş. Gerekçeye baktığım zaman “bu da müktesep haklar gibi ona benzer bir haktır” deniliyor. Ancak, adı bile müktesep hakla uzaktan yakından ilgisinin bulunamayacağını ifade ediyor. Gerçekten, müktesep hakların ayırıcı niteliği, sahibinin kendi arzusuyla müktesep hakkından vazgeçebilmesidir. Vazgeçilmez hak ise adıyla sanıyla vazgeçilemez olduğunu kendisi söylüyor, buna göre müktesep hak ile vazgeçilmez hak arasında benzerlik bulmak mümkün değil. Ayrıca, tasarıda müktesep ve vazgeçilmez hakka aykırılığın yaptırımının ne olduğunun ve bunun hangi şartlarla ileri sürüleceğinin belirtilmemiş olması da önemli bir eksikliktir. Nedir buna aykırılığın müeyyidesi, o müeyyide de belirtilmemiş. Teşekkür ederim.



BİRİNCİ OTURUM İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISININ TİCARET SİCİLİ, TİCARİ DEFTERLER VE CARİ HESAP HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. İsmail KAYAR

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku

Anabilim Dalı Başkanı

I - GİRİŞ

Bu çalışmanın amacı, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Ticaret Sicili, Ticari Defterler ve Cari Hesaba ilişkin hükümlerinin incelenmesi ve değerlendirilmesidir. Tasarının hükümleri TTK hükümleriyle karşılaştırılacak, yeni hükümler sisteme uygunlukları açısından değerlendirilecek ve bazı maddelerle ilgili olarak değişiklik önerileri getirilecektir. Çalışmanın nihai amacı, yasalaşma sürecinde olan TTK Tasarısının söz konusu hükümlerinin daha mükemmel şekilde yasalaşmasına küçük de olsa katkı sağlamaktır.

Ciddi, uzun ve nitelikli bir çalışma sonucunda ortaya konulan TTK Tasarısı'nın birçok yönden reform niteliğinde, başarılı düzenlemeler getirdiğini bir veri olarak kabul etmekteyiz. Ancak, bu çalışmada bir yandan Tasarının bazı hükümlerine yönelik eleştirilere yer vereceğiz, diğer yandan da mevcut TTK hükümlerinin değiştirilmesine veya düzeltilmesine yönelik görüş ve önerileri ortaya koymaya çalışacağız.

II - TİCARET SİCİLİ

1 - Temel Değişiklik ve Yenilikler

Ticaret sicili, tasarının Ticari İşletme kitabının İkinci Kısımında 24 ila 38. maddeler arasında düzenlenmektedir. Gerek tasarıda gerek TTK'da tica-

ret siciline 25 madde ayrılmış olmakla birlikte bazı maddeler birleştirilmiş ve ilave bazı maddeler getirilmiştir.

Tasarının Genel Gerekçesinde, Avrupa'da ticaret hukuku alanındaki reform konuları kapsamında ticaret sicili ile ilgili olarak şöyle denilmektedir: *"Avrupa ülkelerinde ticaret sicili reformu şu noktalara odaklanmıştır: (a) Ticaret sicilinin kütük şeklinde değil de elektronik ortamda tutulması ve buna bağlı olarak, tescile dayanak oluşturan belgelerin aynı ortamda dosyalanması ve saklanması Avrupa'da yaygınlık kazanmıştır. Almanya, İsviçre, Fransa ve İsveç bu konuda örnek olarak gösterilebilir. (b) Aleniyetin artırılması ile ticaret sicilinin olumlu ve olumsuz işlevi genişletilmiş ve geliştirilmiştir. (c) Görünüşe güven kurumu, ticaret sicilinin merkezi haline gelmiştir. Gelişmede AET'nin 68/151 sayılı birinci yönergesi etken olduğundan bu reform genel niteliktedir. Kabul edilen ilkeler gereğince, ilan edilen içeriyle tescil edilen husus arasındaki çelişki üçüncü kişileri etkileyemez, bu farklılık üçüncü kişilere ileri sürülemez. Üçüncü kişi ilana dayanabilir"*¹.

Genel Gerekçenin, Tasarının Kitaplarına Göre Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler başlığı altında ticaret sicili ile ilgili olarak tescil ve ilana tabi hususların depolandığı bilgi bankası kurulması, ticaret sicilinin tutulmasından doğan zararlardan devletin sorumluluğunun yeniden düzenlenmesi ve görünüşe güven ilkesinin kabul edildiği belirtilmiştir².

Tasarının genel gerekçesindeki bilgilere göre, ticaret sicilinde yapılan yenilik ve değişiklikler üç başlık altında toplanabilir:

- 1 - Tescil ve ilana tabi konuların düzenli olarak depolandığı ve elektronik ortamda kullanıcılara sunulabildiği bir bilgi bankasının kurulması,
- 2 - Ticaret sicilinin tutulmasından doğan zararlardan devletin sorumluluğu hakkındaki hükümlerin yeniden sisteme alınması,
- 3 - Tescil ve ilana tabi hususların yanlış ilanı halinde görünüşe güven ilkesinin kabul edilerek hukuki işlemlerde sicilin olumlu etkisinin genişletilmesi.

1 Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2005, s. 346.

2 TTK Tasarısı, s. 365.

2 - Tasarının Ticaret Sicili İle İlgili Maddeleri ve Değerlendirilmesi

A) Örgüt

I - Genel olarak

MADDE 24. - (1) Ticaret sicili, ticaret ve sanayi odaları veya ticaret odaları veya sanayi odaları tarafından tutulur. Oda bulunmayan ya da yeterli örgütlenmesi olmayan odaların bulunduğu yerlerde ticaret sicili, Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca belirlenecek bir oda tarafından tutulur.

(2) Ticaret sicilinde tescil ve ilâna tâbi kayıtların düzenli olarak depolandığı ve elektronik ortamda sunulabilen bilgi bankası, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde kurulur.

(3) Ticaret sicili memurluğunun kurulmasında aranacak şartlar ile odalar arasında sicil işlemleri konusunda gerekli işbirliğinin sağlanmasına ilişkin esaslar, Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.

TTK. m. 26'da ticaret sicilinin ticaret ve sanayi odasına veya ticaret odası bulunan yerlerde kurulacağı açıkça, bunlardan birine bağlı olarak kurulacağı ve hangi odaya bağlı olarak kurulursa sicilin o oda tarafından tutulacağı ise örtülü şekilde düzenlenmiştir. Tasarı ticaret sicilinin nerede ve hangi odaya bağlı olarak kurulacağını değil hangi oda tarafından tutulacağını belirtmektedir. Oysa sicilin nasıl ve nereye bağlı olarak kurulacağı daha önemlidir. Ticaret sicili ilgili oda içinde ayrı ve önemli bir teşkilattir. Madde metninden, odaların rutin işleri arasında bunlara ek olarak ticaret sicilini de tutuvereceği izlenimi doğmaktadır. Ayrıca sicil hangi odaya bağlı olarak kuruluyorsa o oda tarafından tutulacağı tabiidir.

Tasarının madde gerekçesinde "6762 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesinin birinci fıkrası hükmünün ilk cümlesi ticaret sicilinin kimin tarafından tutulacağı konusunda bir açıklık içermiyordu" denmektedir, oysa tasarıda da sicilin nereye bağlı olarak kurulacağı konusunda açıklık yoktur. Bu bakımdan TTK. M. 26/I'in ilk cümlesi daha başarılı olup meramını daha iyi anlatmaktadır. Çünkü, önce sicil teşkilatı kurulur, sonra sicil kayıtları tutulur.

Madde gerekçesinde TTK'nın bu hükmünün yanlış anlaşılmalara sebep

olduğu ve amaca en uygun çözüm getirildiği ifade edilmekte ise de, tasarının düzenlemesi madde gerekçesinde ortaya konulan soruna çözüm getirmemektedir. Kanun ile tasarı arasındaki fark “yürütülür” ve “tutulur” farkıdır. Ticaret veya sanayi odası bulunmayan ya da yetersiz olan yerlerde, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının hangi odaya bu görevi vereceği konusunda, TTK’da da tasarıda da bir netlik yoktur. Bu odanın esnaf odası mı yoksa mimar ve mühendis odası mı olduğu konusundaki belirsizlik aynen devam etmektedir.

Madde gerekçesinde, tasarı’nın ticaret sicilini tutma görevini öncelikle sanayi ve ticaret odasına, bunlar ayrıysa ticaret odasına verdiği belirtilmektedir. Öncelikle, maddenin ilk cümlesinden bu sıra anlaşılıyor, çünkü her biri veya edatıyla bağlıdır. Diğer yandan, sanayi odasına hangi durumda görev düşeceği belli değildir. Çünkü genellikle odalar ya ticaret ve sanayi odası şeklinde birleşik olarak ya da ticaret odası ve sanayi odası şeklinde ayrı olarak kurulmaktadır. Ticaret odası olmayıp da sanayi odası kurulan bir yer yoktur. Tasarının düzenlemesine göre sanayi odasına bağlı olarak ticaret sicili kurulma ihtimali yok gibidir. Ayrıca, ticaret ve sanayi odalarının ayrı olduğu illerde bu işin hangisine ait olduğu yönünde Bakanlığa da bir yetki verilmemiştir.

“Oda bulunmayan ya da yeterli örgütlenmesi olmayan odaların bulunduğu yerlerde” ibaresi yerine “Bir yerde oda bulunmuyor veya bulunanların teşkilatı yetersiz ise “ ibaresi getirilmelidir.

Tasarının 24. maddesinin 2. fıkrası Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde tescil ve ilâna tâbi kayıtların düzenli olarak depolandığı ve elektronik ortamda sunulabilen bilgi bankası kurulmasını öngörmektedir. Tescil ve ilana tabi hususların elektronik ortamda bir bilgi bankası halinde tutulması olumludur. Tasarının ruhuyla ve teknolojik gelişmelerle uyumludur. Madde gerekçesinde şöyle denilmektedir: “Bilgilere elektronik ortamda ulaşılabilmesi ile sadece bilgi toplumunun gereklerinden biri yerine getirilmiş olmayacak, aynı zamanda geniş aleniyetle gerçek anlamda şeffaflık gerçekleştirilerek kayıtlardaki yolsuzlukların, aykırılıkların ve düzensizliklerin de önüne geçilebilecektir... Bilgi bankasındaki kayıtlar üçüncü kişilere ileri sürülmek gibi hukukî bir gücü ve etkiyi haiz değildir... Sistemin yerleşmesi ve işleyiş kurallarının tam olarak ortaya çıkması halinde bir kanun değişikliğiyle bilgi bankasına hukukî işlevler de tanınabilir”³.

3 TTK Tasarısı, s. 414.

Kanaatimizce, ticaret sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulması sistemine hemen geçilmelidir. Ticaret sicilinin bağlı olduğu odaya ve ülke çapında da TOBB'ne bu görev yüklenebilir. Bir yıl gibi bir geçiş süreci öngörülerek gerekli hazırlıkların yapılması sağlanabilir. Türkiye'de borsa şirketlerinin hisse senetleri ve yatırım fonu katılma belgeleri elektronik ortamda artık kayden izlenmektedir. Diğer yandan tasarı ile bütün sermaye şirketlerine bir web sayfası hazırlama yükümlülüğü (m. 1502) ve genel kurul toplantılarını internet üzerinden yapılması imkanı gibi daha ileri adımlar atılırken ticaret sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulması ve izlenmesinin ertelenmesi tutarlı değildir. Ticaret ve sanayi odalarının imkanları bunun gereklerini yerine getirecek düzeydedir. Sonuç olarak, sicil kayıtlarıyla ilgili bilgi bankasına bir geçiş sürecinden sonra hukuki işlevler bu yasa değişikliğiyle yüklenmelidir. Çünkü ticaret sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulması ve isteyen herkesin bunlara ulaşabilmesi hem güvenlik hem de aleniyetin sağlanması bakımından da yararlıdır.

II - Yönetim

MADDE 25. - (1) Ticaret sicili, ticaret sicili müdürü tarafından yönetilir. Ticaret sicili müdürü, Ticaret Sicili Tüzüğünde belirlenen nitelikleri haiz kişiler arasından oda meclisi tarafından Sanayi ve Ticaret Bakanlığının uygun görüşü alınarak atanır. Sicil müdürlüğünün iş hacmine göre aynı usulle yeteri kadar müdür yardımcısı görevlendirilir.

(2) Ticaret sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet ve ilgili oda müteselsilen sorumludur. Devlet ve atamaya yetkili kurum zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu eder. Ticaret sicili müdürü ve yardımcıları ile diğer personeli, görevleriyle ilgili suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır ve bunlara karşı işlenmiş suçlar kamu görevlisine karşı işlenmiş sayılır.

(3) Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, ticaret sicili müdürlüklerinin faaliyetlerini her zaman denetlemeye ve gerekli tedbirleri almaya yetkilidir. Ticaret sicili müdürlükleri, adı geçen Bakanlıkça alınan tedbirlere ve verilen talimatlara uymakla yükümlüdür.

Birinci fıkrada ticaret sicili memuru, ticaret sicili müdürü olarak, yardımcısı da, müdür yardımcısı olarak değiştirilmektedir. Bu değişiklik esas

itibariyle olumludur.

İkinci fıkrada sicilin hatalı tutulmasından doğan zararlardan dolayı devletin sorumluluğu yeniden düzenlenmektedir⁴. Ancak eskisinden farklı olarak, artık sicil odaya bağlı olduğu için Devlet ile odanın müteselsil sorumluluğu getirilmektedir.

Ticaret sicilinin tutulmasından doğan zararlar yerine “hatalı tutulmasından” doğan zararlar denilmelidir.

Devletin, sorumluluk bakımından işin içinde olması gerekir. Çünkü, hem sicil müdürü ve yardımcıları STB’nin “uygun görüşü” alınarak atanıyor hem de bu bakanlığın denetim ve gözetim görevi var. Ancak Tasarının 1510. maddesi gereği madem ki ticaret sicili harçlarının yarısı ilgili odaya gelir kaydedilecek, zararlardan da öncelikle oda sorumlu olmalıdır. (harcın Jiğer yarısı da devlete gidiyor?) Ancak, sicil kayıtlarının hatalı tutulmasından doğan zararlardan Devlet ve ilgili odanın müteselsil sorumlu olması zarar görenler bakımından olumlu ise de bu zarar ödendikten sonra ilgili oda ile devletin zararı paylaşması bakımından sorunlar çıkacaktır. Ticaret sicilinin doğrudan Adalet Bakanlığına bağlı olarak çalıştığı ve devlet memurları tarafından yönetildiği zamanda olduğu gibi zararlardan devletin ilk derecede sorumlu tutulması tartışılabilir. Çünkü odalar Kamu Kurumu Niteliğinde Meslek Kuruluşudur.

4 Ticaret sicili 1995 yılına kadar, Adalet Bakanlığı’na bağlı olarak asliye hukuk(veya asliye ticaret) mahkemesi nezdinde kurulmakta ve çalışmaktaydı. Buna bağlı olarak, TTK. m. 27’de sicil kayıtlarının hatalı tutulmasından doğan zararlardan dolayı devletin sorumluluğu açıkça düzenlenmişti. 559 sayılı KHK ile ticaret sicilinin odalara bağlı olması ve ticaret sicilinin tutulmasından doğan zararlardan devletin sorumlu tutulacağına dair hüküm kaldırılınca sicil kayıtlarının hatalı tutulmasından doğan zararlardan devletin sorumlu olup olmayacağı hususunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Söz konusu düzenlemelerden sonra doktrindeki hakim görüş sicil kayıtlarının tutulmasından doğan zararlardan artık devletin sorumlu tutulamayacağı yönündedir. (POROY/YASAMAN, s. 138 ve 149; ARKAN, s. 230 ve 239 dn. 2). Diğer yandan farklı gerekçelerle de olsa ticaret sicili kayıtlarının tutulmasından devletin sorumlu tutulabileceği de ileri sürülmüştür. Örnek olarak bkz. KARAHAN, s. 103. Kanaatimizce TTK’nın mevcut haliyle de sicil kayıtlarının tutulmasından doğan zararlardan sicilin bağlı olduğu odanın yanı sıra devletin de sorumluluğu vardır. Ayrıntılı gerekçeler için bkz: İsmail KAYAR, Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2004. s. 167-170. Korkut ÖZKORKUT, ???

Sicil kayıtlarının hatalı tutulmasından doğan zararlardan öncelikle ilgili oda sorumlu tutulmalıdır. Bunu teminen ya devletin yalnızca odadan tahsil edilemeyen zararlar bakımından sorumluluğu kabul edilmeli ya da tasarıda olduğu gibi odanın ve devletin müteselsil sorumluluğu temelde kabul edildikten sonra odanın (ve memurun) kusuru nispetinde devletin ödediği zararlar bakımından odaya rücu edeceği açıkça belirtilmelidir. Devletin yalnızca kusuru bulunan görevlilere rücu edeceğini belirtmek yeterli değildir.

İkinci fıkranın 2. cümlesinde “Devlet ve atamaya yetkili kurum” yerine devlet ve sicilinin bağlı olduğu oda” denilmelidir. Sicil müdürü ve yardımcıları STB’nin uygun görüşü alınarak oda meclisi tarafından atandığına göre “atamaya yetkili kurum” ibaresi tartışmalara sebep olacaktır. Görüş alınmakla birlikte atamaya yetkili yer ilgili oda meclisidir. Sorumluluk bakımından bu husus açıkça belirtilmelidir.

III - Ticaret Sicili Tüzüğü

MADDE 26. - (1) Ticaret sicili müdürlüğünün örgütlenmesi, sicil defterlerinin tutulması ile tescil zorunluluğunun yerine getirilme usul ve esasları, sicil müdürlerinin kararlarına karşı itiraz yolları, sicil müdür ve yardımcıları ile diğer personelde aranacak nitelikler, disiplin işleri ile bu hususla ilgili diğer esas ve usuller bir tüzükle düzenlenir.

Metindeki sicil müdür ve yardımcıları ibaresi sicil müdürü ve yardımcılarını şeklinde olmalıdır.

B) Tescil

I - Şartları

1. Talep

MADDE 27. - (1) Ticaret siciline tescil, kural olarak talep üzerine yapılır. Şu kadar ki, resen veya ait olduğu makamın bildirmesi üzerine yapılacak tesciller hakkındaki hükümler saklıdır. Tescil anının tayininde harç makbuzunun tarihi esas alınır. 34 üncü madde hükümleri saklıdır.

İstisnaları vurgulamak üzere “kural olarak” ibaresi eklenmiştir.

Maddenin son cümlesinde tescil anının belirlenmesine yönelik bir ifade yer almaktadır. Ancak bu cümlede hem tescil anının (gününün değil) be-

lirlenmesinden söz edilmekte hem de “harç makbuzunun tarihi esas alınır” denilmektedir. Ya tescil “günü” denmeli, ya da yalnızca “harç makbuzundaki tarih ve saati”nin esas alınacağı kabul edilmelidir. Özellikle tescilin kurucu etkiye sahip olduğu durumlarda, tescil gününün yanı sıra tescil anı da önemli olabilir. Yapılacak bu değişikliğin yanı sıra alt düzenlemelerle harç makbuzlarına tarihten başka saat yazılması da sağlanmalıdır.

2. İlgililer

MADDE 28. - (1) Tescil talebi ilgililer, temsilcileri veya hukukî halefleri tarafından yetkili sicil müdürlüğüne yapılır.

(2) Bir hususun tescilini istemeye birkaç kimse zorunlu veya yetkili olduğu takdirde, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, bunlardan birinin talebi üzerine yapılan tescil hepsi tarafından istenmiş sayılır.

İkinci fıkranın sonundaki “...bunlardan birinin talebi üzerine yapılan tescil hepsi tarafından istenmiş sayılır” ibaresi “...bunlardan birinin talebi üzerine tescil yapılır” şeklinde değişmelidir. Çünkü, ilgililerden birinin tescil talebinde bulunmaya yetkili olduğunu belirtmek yeterlidir. Tescilin diğerleri tarafından da “istenmiş sayılması” anlamsız bir ifadedir.

3. Talebin şekli

MADDE 29. - (1) Tescil talebi dilekçe ile olur.

(2) Dilekçe sahibi hüviyetini ispat etmek zorundadır. Dilekçedeki imza noterlikçe onaylanmışsa, ayrıca kimliği ispata gerek yoktur.

Birinci fıkra “Tescil talebi dilekçeyle yapılır” şeklinde olmalıdır.

2. Tescile davet ve ceza

MADDE 33. - (1) Tescili zorunlu olup da kanunî şekilde ve süresi içinde tescili istenmemiş olan veya 32 nci maddenin üçüncü fıkrasındaki şartlara uymayan bir hususu haber alan sicil müdürü, ilgilileri, belirleyeceği uygun bir süre içinde kanunî zorunluluğu yerine getirmeye veya o hususun tescilini gerekli kılan sebeplerin bulunmadığını ispat etmeye davet eder.

(2) Müdürce bildirilen süre içinde tescil talebinde bulunmayan ve kaçınma sebeplerini de bildirmeyen kimse, sicil müdürünün önerisi üzerine, sicilin bulunduğu yerde ticarî davalara bakmakla görevli asliye

hukuk mahkemesi kararıyla ikiyüz liradan dörtbin liraya kadar para cezasıyla cezalandırılır.

(3) Süresi içinde kaçınma sebepleri bildirildiği takdirde, sicil bulunduğu yerde ticarî davalara bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesi, evrak üzerinde inceleme yaparak tescili gerekli olan bir hususun bulunduğu sonucuna varırsa, bunun tescilini sicil müdürüne emreder, aksi takdirde tescil talebini reddeder.

(4) Mahkemenin bu madde gereğince vereceği kararlar aleyhine ilgililer ve sicil müdürü tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde kanun yoluna başvurabilirler. Bu başvuru yürütmeyi durdurur.

(5) İlgililerin para cezasına ait mahkumiyet kararlarına karşı kanun yoluna başvurabilmeleri için hükmolunan parayı mahkeme veznesine yatırmış veya aynı miktarda güvence göstermiş olmaları şarttır.

Maddede para cezasının artırılması, temyiz yerine kanun yoluna başvurulabileceğinin belirtilmesi ve para cezasının hapse çevrilemeyeceğine ilişkin hükmün çıkarılması dışında değişiklik yoktur. Bu değişiklikler olumludur. Ancak, esas itibariyle TTK 35'in tekrarı olan bu hükümde ilave bazı düzeltmelerin daha yapılması gerekir.

Sicil memurunun tescile davet yazısını alan ilgili kişi üç türlü davranabilir: 1 - Tescil talebinde bulunmak, 2 - Kayıtsız kalmak 3 - Kaçınma sebeplerini bildirmek. Birinci durumu Kanun'da belirtmeye gerek yok. İkinci durum ikinci fıkrada belirtiliyor, ancak TTK'nın eksikliği tasarıda aynen korunmuş durumda. Tescil talebinde bulunmayan ve kaçınma sebeplerini de bildirmeyen kimseye sicil müdürünün teklifiyle para cezası verilir. Cezaya ek olarak tescil yapılacak mı? Tescilin yapılıp yapılmayacağına kim karar verecek. Kanaatimizce para cezasına mutlaka hükmedilecektir, ama bunun yanı sıra sicil müdürünün tescilin gerektiği yönündeki görüşünün doğru olup olmadığı da değerlendirilerek bir red veya tescil kararı verilmelidir. Ret kararı bile verilse para cezasına hükmedilmesinin sebebi sicil memurunun davetine ilgisiz kalmaktır. Kaçınma sebeplerini bildirme ihtimali üçüncü fıkrada düzenlenmiştir.

Üçüncü fıkra da tıpkı TTK gibi eksik ve yetersizdir. Kaçınma sebeplerinden sicil müdürü ikna olmazsa mahkemeye başvuracak, mahkeme de ya tescile ya talebin reddine karar verecektir. Kanaatimizce mahkeme tescille karar verirse ikinci fıkradaki para cezasına da hükmedebilmelidir. Tescil

davetine kayıtsız kalma durumunda kesin verilecek para cezası burada mahkemenin takdirine bağlı olmalıdır. Zira, çok basit ve inandırıcı olmaktan uzak bir kaçınma sebebi bildirilmesi halinde mahkeme hem tescile hem de cezaya hükmedebilmelidir. Aksi takdirde tescil davetine sicil harçlarını yüksek bulduğum için olumsuz yanıt verdiğini bildiren kimseye karşı yalnızca tescil kararı alınabilecek, ceza verilemeyecektir.

İkinci fıkrada “sicil müdürünün önerisi üzerine ... cezalandırılır” yerine TEKLİFİ üzerine denilmelidir. Teklif, tavsiye, telkin Yerine toptan ÖNERİ kullanılıyor. Teklif ile öneri her zaman aynı şey değil.

Madde gerekçesi hatalı kaleme alınmıştır. TTK'nın, 35 inci maddesinin son fıkrasındaki “Bu maddeye göre hükmolunan para cezaları hapse çevrilemez.” hükmüne tasarıda yer verilmemiştir. Yargıtay içtihatlarına göre, bu maddede öngörülen para cezasının disiplin cezası niteliğinde kabul edilmesi sebebiyle, bu cezanın ödenmemesi halinde hapis cezasına dönüşürülemeyeceğini belirtmek için kullanılan “ödenmediği hallerde paraya çevrilmesi mümkün bulunmadığından” şeklindeki ibare “ödenmediği hallerde hapse çevrilmesi mümkün bulunmadığından” şeklinde olmalıdır.

3. İtiraz

MADDE 34. - (1) İlgililer, tescil, değişiklik veya silinme talepleri üzerine, sicil müdürlüğünce verilecek kararlara karşı, tebliğlerinden itibaren sekiz gün içinde sicilin bulunduğu yerde ticarî davalara bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesine dilekçe ile itiraz edebilirler.

(2) Bu itiraz mahkemece belge üzerinden incelenerek karara bağlanır. Şu kadar ki; sicil müdürünün kararı, üçüncü kişilerin sicilde kayıtlı bulunan hususlara ilişkin menfaatlerini ihlâl ettiği takdirde, itiraz edenle üçüncü kişi de dinlenir. Gelmezlerse belge üzerinden karar verilir.

(3) 33 üncü maddenin dördüncü fıkrası hükmü bu halde dahi uygulanır.

2 - Bu itiraz mahkemece belge üzerinden incelenerek karara bağlanır yerine evrak üzerinde şeklinde kalmalı. Belge ve evrak aynı şey değildir. İtiraz değerlendirilerken incelenecek olan, tek belge değildir. Evrak hem kelime anlamıyla çoğul hem de dosya muhteviyatı anlamında kullanılan bir terimdir. Diğer yandan Tasarının 33/3. maddesinde evrak üzerinde denilmektedir. Birbirini izleyen iki madde arasında uyum sağlanması bakımından da bu düzeltmenin yapılması gerekir.

III - Alenîyet

MADDE 35. - (1) Tescil işleminin dayanakları dilekçe, beyanname, tüm senetler, belgeler ve ilânları içeren gazeteler, üzerlerine sicil defterinin tarih ve numaraları yazılmak suretiyle saklanır.

(2) Herkes ticaret sicilinin içeriğini ve dairede saklanan tüm senet ve belgeleri inceleyebileceği gibi bunların onaylı suretlerini de isteyebilir. Bir hususun sicilde kayıtlı olup olmadığına dair onay belgesi de istenebilir.

(3) Tescil edilen hususlar, kanun veya tüzükte aksine bir hüküm bulunmadıkça ilân olunur.

(4) İlân, bütün Türkiye'ye ait sicil kayıtlarının ilânına özgü Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi ile yapılır.

- 1- Fıkra bugünkü Türkçeye dönüştürülmüş ise de ifade bozukluğu vardır. "Tescil işleminin dayanakları dilekçe, beyanname... yerine "tescil işleminin dayandığı dilekçe, beyanname..." şeklinde olmalı veya "tescil işleminin tüm dayanakları... saklanır" şekline dönüştürülmelidir.
- 2- Tasdikname "onay belgesi" şeklinde çevrilmiştir. Onaylı belge veya belge denilmelidir.
- 3- TTK sisteminde tescile tabi hususlardan bazıları ilana tabi değildir. Bu fıkra aksine açıklık olmadıkça tescil edilen hususların ilan da edileceğini belirterek ilana tabi hususları genişletmiştir.

Madde gerekçesinde bu hükmün TTK m. 37'nin tekrarı olduğu belirtilmekte ise de TTK 37/3 ile Tasarı 35/3 apayrı hususları düzenlemektedir. TTK ilana tabi hususların tescil edildiği şekliyle (olduğu gibi) ilan edilmesi gerektiğini belirtmektedir. TST 101'de de TTK'daki olduğu gibi ilan ilkesi tekrar edilmektedir. TTK'nın ve TST'nin düzenlemesinde tescil edilen hususun kural olarak özetlenerek ilan edilemeyeceği vurgulanmaktadır. Tasarı ise tescil edilen hususların ilan da edilmesi gerektiğini söylüyor.

Böylece, artık kural olarak tescil edilen hususlar aynı zamanda ilan da edileceği için yalnız tescile tabi hususların sicil çevresinde, ilana tabi olan hususların ise bütün Türkiye'de etkili olacağına ilişkin tatbikat terk edilmektedir. Nitetim, ticaret unvanı bakımından bu husus açıkça belirtilmiştir (Tasarı m. 45).

Kanaatimizce bu değişikliğe hiç gerek yoktur. Tescile tabi hususlar Kanun ve TST’de zaten belirtiliyor. İlan tabi olanlar da buralarda belirtilmelidir. İlanı gereken hususlar TTK ve TST’de açıkça belirtilenlerden ibaret olmalıdır. Ticari işletmelerle ilgili herşey tescil edilmez, tesil edilen her şey de ilan edilmez. Tasarı, artık ilan muafiyeti için Kanu’un “bu husus tescil edilir ama ilanı gerekmez” demesini bekliyor. Böyle olmadıkça tescil edilen herşey ilan da edilecektir. Ya da Kanun’da yalnızca tescil edileceği belirtilen hususların ilan edilmesi gerekmez diye yorum yapılacaktır ki, bu durumda da (TTK 42/4, Tasarı 40/4), söz konusu düzenlemeye gerek yoktur.

Dördüncü fıkradaki gazetenin adı, Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi değil Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi olmalıdır.

Tasarının diğer maddelerinde de (örneğin 664) 35. maddedeki gazete yerine açıkça TTSG denilmelidir.

Ara Değerlendirme

Tasarıyla tescil edilen her hususun ilan da edileceği, sicilin tutulmasından doğan zararlardan devletin sorumluluğu ve görünüşe güven gibi yeni ilke ve düzenlemeler getirildiği için, TTSG’ne daha fazla önem verilmede ve fonksiyonlar yüklenmektedir.

Tasarı m. 24/2’ye göre, “*ticaret sicilinde tescil ve ilâna tâbi kayıtların düzenli olarak depolandığı ve elektronik ortamda sunulabilen bilgi bankası, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde kurulur*”. Yukarıda belirtildiği üzere, bu bilgi bankasının kuruluşu için makul bir süre tanındıktan sonra bu şekilde tutulacak kayıtlara hukuki işlevler de yüklenmelidir.

Bu olumlu ve modern düzenleme ile uyumlu bir düzenleme daha yapılarak TTSG tamamen kaldırılmalıdır. Bilgi toplumunun gerekleri bunu gerektirir. Bu bilgi bankası geniş aleniyeti ve gerçek anlamda şeffaflığı gerçekleştireceğine göre ilkel, düzensiz ve köhne bir görüntü veren bu gazetenin hiçbir fonksiyonu kalmayacaktır. Söz konusu bilgi bankasının tam olarak kuruluşu ve işleyişi tamamlandıktan sonra şu nedenlerle TTSG kaldırılmalıdır;

- TTSG, kendisine yüklenen aleniyet sağlama fonksiyonu açısından son derece yetersizdir. Çünkü bu gazete, bayide bulunmadığı gibi isteyen herkesin kolaylıkla ulaşabileceği bir şekilde dağıtımı da yapılmamaktadır.

• TTSG’de yayınlanacak ilanların ücretini ilan veren kişi veya şirket ödemekte ve gazete nüshaları yalnızca bu kişilere gönderilmektedir. Aleniyetin amacı ilanı verenin değil üçüncü kişilerin bilgilendirilmesidir.

• Tescil ve ilanın amaçları bakımından pratik hiçbir katkısı veya yararı olmayan TTSG konusunda uygulamada herkes birbirini kandırmaktadır. Birçok yönden iyi işlemeyen ve fonksiyonlarını ifa etmekte yetersiz olan bu gazeteyi herkesin okuduğu, burada yayınlanan ilanları herkesin bildiği varsayımı doğru değildir. Aleniyet sağlama bakımında ilanın vazgeçilmez olduğu kabul edilirse, tirajı yüksek bir gazetede ilan şartı konulabilir.

• TTK’da tescil ve ilana tabi hususlarda esas olarak tescil önemlidir ve bazen de kurucu etkiye sahiptir. İlan zaten açıklayıcı iken, ilanın TTSG ile yapılması ilanın etkisiz olması sonucunu doğurmaktadır.

• Sicil kayıtlarının elektronik ortamda tutulması ve bir bilgi bankasında depolanmasına bağlı olarak, TTSG’nin kaldırılmasıyla hiçbir şey eskisinden daha kötü olmaz. Aksine, ilgililerin sırtından sıklıkla karşılaştıkları bir mali yük kalkmış olur.

IV - Hükümleri

1. Tescil ve ilânın üçüncü kişilere etkisi

MADDE 36. - (1) Ticaret sicili kayıtları nerede bulunurlarsa bulunsunlar, üçüncü kişiler hakkında, kaydın gazeteyle ilân edildiği; ilânın tamamı aynı nüshada yayımlanmamış ise, son kısmının yayımlandığı günü izleyen iş gününden itibaren hüküm ifade eder. Bu günler, kaydın ilânı tarihinden itibaren işlemeye başlayacak olan sürelerle de başlangıç olur.

(2) Bir hususun tescil ile beraber derhal üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade edeceğine veya sürelerin derhal işleyeceğine ilişkin özel hükümler saklıdır.

(3) Üçüncü kişilerin, kendilerine karşı hüküm ifade etmeye başlayan kayıtları bilmediklerine ilişkin iddiaları dinlenmez.

(4) Tescili zorunlu olduğu halde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilânı icap ederken ilân edilmemiş olan bir husus, ancak bunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği ispat edildiği takdirde, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.

Tasarının birinci ve ikinci fıkraları TTK. m. 38'in üçüncü ve dördüncü fıkraları ise TTK. m. 39'un tekrarıdır. Ancak 39. maddenin içeriğiyle ilgisi bulunmayan Sicile İtimat şeklindeki başlığı böylece ortadan kaldırılmaktadır. Doktrinde de eleştirilen sözkonusu birleştirme son derece isabetli olmuştur.

Dördüncü fıkraya göre, tescil ve/veya ilanı gerektiği halde yapılmamış olan bir husus, bunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği ispat edildiği takdirde üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. TTK'da yalnızca "bildikleri" şeklindeki düzenleme Tasarıda "bildikleri veya bilmeleri gerektiği ispat edildiği takdirde" şeklindedir. Yani, tasarının yasalaşması halinde, tescil ve ilana tabi konular tescil ve ilan edilmediyse, artık üçüncü kişilerin yalnızca bu hususları bildikleri (müspet vukufu) ispat edilerek değil, buna ilaveten bilmeleri gerektiği hususlar da kendilerine karşı ileri sürülebilecektir. Böylece ticaret sicilinin olumsuz etkisi daraltılmaktadır.

Dördüncü fıkrada "iyiniyet" kavramı kullanılacak yerde bunun ne anlama geldiği tercih edilerek, ifade bakımından dolaylı bir yol tercih edilmiştir. Mevcut metin yerine, aşağıdaki metni öneriyoruz :

"Tescili zorunlu olduğu halde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilânı icap ederken ilân edilmemiş olan bir husus, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez".

2. Görünüşe güven

MADDE 37. - (1) Tescil edilmesi gereken bir husus yanlış olarak ilân edilmişse, üçüncü bir kişi, işleri ile ilgili olan husus tescil ettirilmesi gereken kişiye karşı, yanlış olarak ilân edilen içeriğe dayanabilir; meğerki, yanlışlığı biliyor olsun.

Maddenin ifadesi me'haz metne aynen sadık kalma endişesiyle iyi kalem alınmamıştır. Mevcut metin yerine, bazı değişiklik ve ilaveler içeren şu metin kabul edilebilir:

Tescili gereken (zorunlu) bir husus yanlış şekilde ilan edilirse, iyiniyetli üçüncü kişi ilgiliye karşı ilanın içeriğine dayanabilir.

Tasarının 37. maddesi ile görünüşe güven ilkesi ticaret sicili bakımından da getirilmektedir. Ancak bazı sorunlar vardır:

- İlandaki yanlışlığı bilmeyen üçüncü kişinin çıkarları üstün tutulmak-

tadır. Ancak, usulüne uygun şekilde tescil talebinde bulunduğu halde ilanı yanlış yapılan ilgilinin mağduriyeti nasıl giderilecektir? Yanlış bilmeyen üçüncü kişi korunmaya değer ama ilanın yanlış çıkmasında hiçbir kusuru olmayan ilgilinin mağdur edilmesi adalet duygusunu rencide etmektedir.

- Tasarının düzenlemesiyle ilanın yanlışlığını “bilmesi gereken” üçüncü kişiler de korunuyor. Oysa buna gerek yoktur. Tasarıda bir yandan tescil ve ilana tabi olduğu halde tescil ve/veya ilan edilmeyen hususların ileri sürülebileceği çevre genişletilirken (m.36/4) diğer yandan, görünüşe güven ilkesinden yararlanabilecek çevrenin aksine çok geniş tutulması bir çelişkidir. Kanaatimizce, ilgililere karşı yanlış ilan metnine dayanabilecek olanlar ilanın yanlışlığı hususunda iyiniyetli olanlar, yani ilandaki yanlışlığı bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen kimseler olmalıdır.

- Tescil talebi üzerine tescil işleminin yapılması ve ilan metninin hazırlanması esas itibariyle sicil memurunun görevidir. TST. M. 101/1 gereği ilan müsveddesi sicil memuru tarafından yazılır, mühürlenir ve imzalanır.

- Tasarıya göre, yanlış ilan sebebiyle üçüncü kişiye karşı korumasız olan ilgilinin mağduriyeti sicilin tutulmasından doğan zararlardan Devleti ve Odayı müteselsilen sorumlu tutan 25/2 hükmüne göre giderilebilecek midir? Yoksa yalnızca ilanda yanlışlık bulunduğu, buna karşılık tescilin doğru olduğu gerekçesiyle buradan doğan zarar “ticaret sicilinin tutulmasından doğan zarar” olarak değerlendirilmeyecek midir? Kanaatimizce, tescil ve ilan birbirine uygun olmakla birlikte talepte yanlışlık varsa ilgili kişi korunmaz. Ama talep ile tescil ve/veya ilanın farklı olması halinde görünüşe güven ilkesi gereği veya başka bir sebeple bundan zarar gören ilgililer, Devlete ve sicilin bağlı olduğu odaya başvurabilirler. Bunların da kusurlu memura rücu etmesi gerekir.

- Kanaatimizce mevcut ilan düzeninde (TTSG) m. 37 ile getirilen görünüşe güven ilkesiyle ilana bu kadar ciddi sonuçlar bağlanması doğru değildir. Görünüşe güveni düzenleyen bu hüküm, sicil kayıtlarının elektronik ortamda tutulmaya başlanması ve herkese açık bir bilgi bankasında depolanmaya başlanması ile eş zamanlı olarak yürürlüğe girmelidir.

3. İlgililerin cezaî ve hukukî sorumluluğu

MADDE 38. - (1) Tescil ve kayıt için kötü niyetle gerçeğe aykırı beyanda bulunanlar ceza mahkemesi tarafından otuz güne kadar adli

para cezasıyla veya bir aydan altı aya kadar hapis cezasıyla yahut her ikisiyle birlikte cezalandırılırlar. Ayrıca haklarında bir yıldan beş yıla kadar ticaret ve sanayi odalarına üye olabilmek ve borsada işlem yapabilmek haklarından yoksun bırakılmalarına veya borsalardan geçici olarak çıkarılmalarına karar verilir. Gerçeğe aykırı tescilden dolayı zarar görenlerin tazminat hakları saklıdır.

(2) Kayıtların 32 nci maddenin üçüncü fıkrası hükümlerine uymadığını öğrendikleri halde düzeltilmesini istemeyenler ile tescil olunan bir hususun değişmesi, sona ermesi veya kaldırılması dolayısıyla, kaydın değiştirilmesini veya silinmesini istemeye ya da yeniden tescili gereken bir hususu tescil ettirmeye zorunlu olup da bunu yapmayanlar bu kusurları yüzünden üçüncü kişilerin uğradıkları zararları tazmin ile yükümlüdürler.

Sicil kayıtlarının hatalı tutulmasından doğan bütün zararlardan devletin ve odanın müteselsil sorumluluğu getirildiğine göre aşağıdaki hususlara da tasarıda netlik getirilmelidir:

1 - Tasarı m. 32/3'e göre tescil edilen hususun gerçeğe uygun olup olmadığını sicil memuru araştırmakla yükümlüdür. Gerçeğe aykırı beyan yüzünden zarar görenler, sicil memurunun araştırma yükümlülüğünü iyi yapmadığı gerekçesiyle öncelikle 25/2 gereği Devlete ve odaya mı yoksa doğrudan kötüniyetle gerçeğe aykırı beyanda bulunana mı başvuracaktır?

2 - Aynı şekilde 32/3 gereği gerekli değişiklikleri tescil ettirmeyenler yüzünden zarar gören üçüncü kişiler, sicil memurunun m. 33'te düzenlenen tescile davet yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle öncelikle Devlete ve odaya mı yoksa değişiklik istemeyen ilgililere mi başvuracaktır?

III - TİCARİ DEFTERLER

1 - Temel Değişiklik ve Yenilikler

Ticari işletme kitabı ile ilgili olarak, en radikal değişikliklerin ticari defterler alanında yapıldığı söylenebilir. Tasarının ticari defterlere ilişkin temel düzenlemeleri üç başlık altında toplanabilir. Bunlar, uluslar arası finansal raporlama standartlarına ve Türkiye muhasebe standartlarına abartılı atıflar yapılması, tutulacak defterleri Kanun'da sayma yönteminin terk edil-

mesi ve ticari defterlerle ispat usulüne son verilmesidir.

Belirtilen değişikliklere bağlı olarak, muhasebe ilke ve standartları yasalarla belirlenen statik ilke ve standartlar olmaktan çıkarılarak, dinamik standartlar olarak kabul edilmiştir.

Aşağıda belirteceğim eleştiriler ve değerlendirmeler dışında tasarının finansal raporlama ve muhasebe standartları ile ilgili genel felsefesi ve düzenlemelerini olumlu bulmaktayım. Çünkü uluslar arası karşılaştırılabilir muhasebe standartları birçok bakımdan gereklidir. Bir kere ülkeler ve finansal piyasalar günümüzde büyük ölçüde birbirine bağımlıdır. Bir ülkede meydana gelen olumlu veya olumsuz finansal gelişmeler hızla diğerlerini de etkileyebilmektedir. İkinci olarak, teknolojik gelişmelere bağlı olarak, fon arz ve talebi açısından uluslar arası yatırım imkanları ve pazarlar önem kazanmıştır. Sermaye, dünyanın herhangi bir yerinde ciddi ve güvenilir kar veya kazanç gördüğü her yere yönelmektedir. Bu tür kararların alınmasında finansal belge ve bilgiler çok önemli işlevler görmektedir. Üçüncü olarak, finansal bilginin en önemli kaynağı olan muhasebe sisteminin ortak terim, kavram ve standartlar kullanmasıyla, işletmelerin yatırım kararları verirken ihtiyaç duyduğu bilginin tam, doğru ve zamanında sunulmasıyla, güvenli bir yatırım ortamı yaratılacak ve bunun sonucunda uluslar arası sermaye hareketlerinden Türkiye'nin daha fazla yararlanmasına hizmet edilecektir. Sonuç olarak, uluslar arası sermaye hareketlerinin de etkisiyle finansal bilgi daha da önem kazanmıştır. Ulusal ve uluslar arası yatırım kararlarının alınmasında, şirket devirleri, birleşmeleri ve sermaye piyasası yatırımları gibi konularda modern dünya devletleriyle uyumlu finansal raporlama ve muhasebe standartlarının benimsenmesi gerekli ve yararlı olacaktır.

Tacir olmanın olumlu sonuçlarından olarak kabul edilen, ticari defterlerin sahibi lehine ve aleyhine delil olması konuları eski önemini yitirmektedir. Tasarının genel gerekçesinde ticari defterlerle ispat konusuyla ilgili olarak, "artuk hiçbir ülkenin kanununda yer almayan ve ispat hukukunun ilkeleriyle de pek bağdaşmayan ticarî defterlerle ispat usulüne son verilmiştir. Ticarî defterler, doğal olarak, mahkemenin takdirine bağlı delil olma niteliklerini korumaktadır" denilmektedir⁵.

Belirli zorunlu, belirsiz zorunlu (onaya tabi-beyana tabi) defter ayırı-

5 TTK Tasarısı, s. 366.

mı geçerliliğini yitirmektedir. Çünkü, hangi defterlerin tutulacağı Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu (TMSK) tarafından bir tebliğ ile belirlenecektir. TMSK, Sermaye Piyasası Kanunu'na 4487 sayılı Kanun ile eklenen Ek 1. Madde ile kurulan, esas görevi ulusal muhasebe standartlarını saptamak ve yayınlamak olan kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu kuruluşudur. Kurul, kendisi tarafından çıkarılacak olan Türkiye muhasebe standartlarını geliştirmede ve mevcut standartları gözden geçirmede yardımcı olması için, finansal tabloların amacını, muhasebenin temel varsayımlarını ve ilkelerini ortaya koyan Kavramsal Çerçeve'yi ve bazı standartları şimdiden tespit ederek yayınlamıştır⁶.

Ticari defterlerin kanuna uygun tutulmamasının, ceza hükümleri ve İcra ve İflâs Kanunu bakımından bazı sonuçları vardır. Hangi defterlerin tutulacağını belirleme yetkisi TMSK'na bırakılınca söz konusu ceza hükümleri ile İİK'nın konuyla ilgili düzenlemelerinin içeriği, artık kanunla belirlenir olmaktan çıkacak ve bu kurulun düzenlemelerine bağlı olarak belirlenecektir. Bu düzenleme tarzı, yasama yetkisinin devri ve suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ihlali sayılabilir. Çünkü, hangi defterlerin tutulacağını TMSK bir tebliğle belirleyecektir ve bu tebliğle belirlenen defterleri tutmama birtakım cezai sonuçlar bağlanacaktır. Bilindiği üzere suç ve cezalar yalnızca kanunla konulur ve kanunlarda suçun maddi unsuru açık olarak belirtilmelidir.

2 - Tasarının Ticari Defterlerle İlgili Maddeleri ve Değerlendirilmesi

A) Defter tutma ve envanter

1 - Defter tutma yükümü

MADDE 64 - (1) Her tacir, ticarî defterleri tutmak ve defterlerinde, ticarî işlemleriyle malvarlığı durumunu, Türkiye Muhasebe Standartlarına ve 88 inci madde hükümleri başta olmak üzere bu kanuna göre açıkça görülebilir bir şekilde ortaya koymak zorundadır. Defterler, üçüncü kişi uzmanlara, makul bir süre içinde yapacakları incelemede işletmenin faaliyetleri ve finansal durumu hakkında fikir verebilecek

6 RG, T.

şekilde tutulur. İşletme faaliyetlerinin oluşumu ve gelişmesi defterlerden izlenebilmelidir.

(2) Tacir, işletmesiyle ilgili olarak gönderilen her türlü belgenin bir kopyasını (fotokopi, karbonlu kopya, mikrofiş, bilgisayar kaydı gibi) yazılı, görsel veya elektronik ortamda saklamakla yükümlüdür.

(3) Ticarî defterlerin tümü, açılış ve kapanışlarında noter tarafından onaylanır. Türkiye Muhasebe Standartlarına göre elektronik ortamda veya dosyalama suretiyle tutulan defterlerin açılış ve kapanış onaylarının nasıl yapılacağı Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca bir tebliğle belirlenir.

(4) Pay defteri, karar ve genel kurul toplantı ve müzakere defteri gibi işletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan defterler de ticarî defterlerdir.

(5) Bu Kısımda öngörülen hükümler ile ticarî defterleri doğrudan ve dolayısıyla ilgilendiren bu kanunun diğer hükümleri, Uluslararası Finansal Raporlama Standartları ile uyumlu Türkiye Muhasebe Standartlarında aksi öngörülmemişse ve bu standartların izin verdiği ölçüde uygulanırlar.

(6) Tutulacak defterler Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından bir tebliğ ile belirlenir.

Her tacirin defter tutma yükümlülüğünü vurgulayan bu hüküm, buna ek olarak defterlerin nasıl ve ne amaçla tutulacağı hakkında da temel ilkele-ri belirlemektedir. Bu ilkeler şöyle sıralanabilir:

a - Ticari defterler tacirin işlemleri ile malvarlığı durumunu açıkça ortaya koymalıdır.

b - Ticari defterler üçüncü kişi uzmanlara makul bir inceleme süresi içinde işletmenin faaliyetleri ve finansal durumu hakkında fikir vermelidir. Özel hukukta genel olarak ortalama bir kişi dikkate alınırken, ticari defterlerin hitap ettiği çevre bakımından uzman bir üçüncü kişinin ölçü olarak kabul edilmesi yeni bir durumdur. Ancak, tasarının genel olarak ve şirketler bakımından benimsediği musabe ve kayıt düzeni dikkate alındığında bu düzenlemenin yerinde olduğu söylenebilir.

c - Ticari defterlerden işletme faaliyetlerinin oluşumu ve gelişimi izlenebilmelidir.

d - Muhasebe kayıtlarının tutuluşunda Türkiye Muhasebe Standartları ve bu bağlamda Uluslar arası Finansal Raporlama Standartları emredici niteliktedir.

64. maddenin gerekçesinde dördüncü fıkraya “son fıkra” denilmektedir. Oysa bu fıkra sondan üçüncü fıkradır.

Beşinci fıkrada TTK'nın ticari defterlerle ilgili hükümlerinin Türkiye Muhasebe Standartlarından sonra uygulanacağı belirtilmektedir. İlk bakışta bu fıkranın muhasebe standartlarına yollama yaptığı düşünülse de esasen bu standartların kanun hükümlerinden daha öne konulduğu anlaşılmaktadır. TMS'nin üstünde de Uluslararası Finansal Raporlama Standartları yer almaktadır.

Gerekçeye göre bu fıkranın üç önemli görevi vardır. Bunlardan birincisi Türkiye Muhasebe Standartlarının 64 ve devamı hükümlerine üstün olduklarını belirtmek, ikincisi, Türkiye Muhasebe Standartlarının IFRS ile uyumlu olması gerektiğini vurgulamak, üçüncüsü ise gereğinde uluslararası genel kabul gören muhasebe ilkelerinin de uygulanabileceğini ifade etmektedir⁷.

Bu fıkra yasa tekniği bakımından oldukça değişik bir hükümdür. Bu düzenlemeye göre Türkiye Muhasebe Standartları ve Uluslar arası Finansal Raporlama Standartları adeta anayasa hükümleri gibi TTK'nın üzerine konmaktadır. Bunlara ilaveten m. 88'de kavramsal çerçeve, ayrıntı düzenlemeler, istisnai uygulamalar, genel kabul gören muhasebe ilkeleri gibi TTK hükümlerinden önce uygulanacak başka hükümlere de atıf yapılmaktadır.

Beşinci fıkradaki iki ibare tereddütlere sebep olabilir: Birincisi, “...ticari defterleri doğrudan ve dolayısıyla ilgilendiren hükümler” ibaresidir. Buradaki “dolayısıyla” ibaresinden ne anlaşılacaktır? Çok sayıda hüküm bu kapsamda değerlendirilebilir. İkincisi, “Uluslar arası Finansal Raporlama Standartları ile uyumlu TMS” ibaresidir. Bu ibareden, sanki bir de UFRS ile uyumlu olmayan TMS varmış izlenimi çıkmaktadır. Oysa maddenin asla böyle bir amacı yoktur. TMS'nin UFRS ile uyumlu olması gerektiği ayrıca ve açıkça ifade edilebilir.

7 TTK Tasarısı, s. 429.

II - Defterlerin tutulması

MADDE 65. - (1) Defterler ve gerekli diğer kayıtlar Türkçe tutulur. Kısaltmalar, rakamlar, harfler ve semboller kullanıldığı takdirde bunların anlamları açıkça belirtilmelidir.

(2) Defterlere yazımlar ve diğer gerekli kayıtlar, eksiksiz, doğru, zamanında ve düzenli olarak yapılır.

(3) Bir yazım veya kayıt, önceki içeriği belirlenemeyecek şekilde çizilemez ve değiştirilemez. Kayıt sırasında mı yoksa daha sonra mı yapıldığı anlaşılmayan değiştirmeler yasaktır.

(4) Defterler ve gerekli diğer kayıtlar, olgu ve işlemleri saptayan belgelerin dosyalanması şeklinde veya veri taşıyıcıları aracılığıyla tutulabilir; şu şartla ki, muhasebenin bu tutuluş biçimleri ve bu konuda uygulanan yöntemler genel kabul gören muhasebe ilkelerine uygun olmalıdır. Defterlerin ve gerekli diğer kayıtların elektronik ortamda tutulması durumunda, bilgilerin saklanma süresince bunlara ulaşılmasının ve bu süre zarfında bunların her zaman kolaylıkla okunmasının temin edilmiş olması şarttır. Elektronik ortamda tutulma halinde işbu maddenin birinci ilâ üçüncü fıkraları kıyas yoluyla uygulanır.

Tasarının 65. maddesi muhasebe ve defter sistemi bakımından çok ayrıntı konuları ele alıyor. Bu konular da STB veya TMSK'nun çıkaracağı bir tebliğle düzenlenebilir.

Hangi defterlerin tutulacağı dahi TMSK'na bırakıldığına göre, bu defterlerdeki kayıtların nasıl düzeltileceği, kısaltmaların nasıl yapılacağı, verilerin nasıl saklanacağı gibi hususlar da pekala bu kurul tarafından belirlenebilir. Diğer yandan İkinci fıkrada belirtilen tamlık, doğruluk, zamanında kayıt ve düzen ilkeleri UFRS veya TMS ile düzenlenecek en temel konulardır.

Gerekçede bu ilkelerin evrensel olduğu ve defter ve muhasebe sisteminin taşıyıcı kolonları olduğu ifade edilmektedir. Bir yandan evrensel ilkeleri sebebiyle UFRS'nin ve bunlara uygun olarak çıkarılan TMS'nin TTK hükümlerinden üstün tutulması, diğer yandanda bu ilkelerin yalnızca bir kısmının Kanunda zikredilmesi tutarlı değildir.

C) Saklama ve ibraz

I - Belgelerin saklanması, saklama süresi

MADDE 82. - (1) Her tacir,

a) Ticarî defterlerini, envanterleri, açılış bilânçolarını, ara bilânçoları, yıl sonu finansal tablolarını, faaliyet raporlarını, topluluk yıl sonu finansal tablolarını, yıllık faaliyet raporlarını ve bu belgelerin anlaşılabilirliğini kolaylaştıracak çalışma talimatları ile diğer organizasyon belgelerini;

b) Alınan ticarî mektupları;

c) Gönderilen ticarî mektupların suretlerini;

d) 66 ncı maddenin birinci fıkrasına göre yapılan kayıtların dayandığı belge ve evrakı sınıflandırılmış bir şekilde saklamakla yükümlüdürler.

(2) Ticarî mektuplar, bir ticarî işe ilişkin yazışmalardır.

(3) Açılış bilânçoları, yıl sonu finansal tabloları ve topluluk yıl sonu finansal tabloları hariç olmak üzere, yukarıda birinci fıkrada sayılan belgeler, genel kabul görmüş muhasebe ilkelerine de uygun olmak kaydıyla, görüntü veya veri taşıyıcılarda muhafaza edilebilirler; şu şartla ki,

a) Okunur hale getirildiklerinde, alınmış bulunan ticarî mektuplar ve defter dayanaklarıyla görsel ve diğer belgelerle içerik olarak örtüşsünler;

b) Saklama süresi boyunca kayıtlara her an ulaşılabilir ve makul bir süre içinde kayıtlar okunabilir hale getirilebiliyor olsun.

(4) Kayıtlar 67 nci maddenin dördüncü fıkrasının birinci cümlesine istinaden bilgisayarlı ortama alınıyor ise, bilgiler; bilgisayar yerine basılı olarak da saklanabilir, bu tür yazdırılmış bilgiler birinci cümleye göre de saklanabilir.

(5) Birinci fıkranın (a) ilâ (d) bendlerinde söz konusu olan belgeler on yıl saklanır.

(6) Saklama süresi, ticarî defterlere son kaydın yapıldığı, envanterin çıkarıldığı, ara bilânçonun düzenlendiği yıl sonu finansal tablolarının hazırlandığı ve konsolide finansal tabloların hazırlandığı, ticarî yazışmaların yapıldığı veya muhasebe belgelerinin olduğu takvim yılı-

nın bitişiyle başlar.

(7) Bir tacirin saklamakla yükümlü olduğu defterler ve belgeler; yangın, su baskını veya yer sarsıntısı gibi bir afet sebebiyle ve kanunî saklama süresi içinde ziyaa uğrarsa tacir ziyayı öğrendiği tarihten itibaren onbeş gün içinde ticarî işletmesinin bulunduğu yerin yetkili mahkemesinden kendisine bir belge verilmesini isteyebilir. Bu dava hasımsız açılır. Mahkeme gerekli gördüğü delillerin toplanmasını da emredebilir.

(8) Gerçek kişi olan tacirin ölümü halinde mirasçıları ve ticareti terk etmesi halinde kendisi defter ve kağıtları birinci fıkra gereğince saklamakla yükümlüdür. Ancak mirasın resmî tasfiyesi halinde ve tüzel kişi sona ermişse defter ve kağıtlar birinci fıkroda yazılı sürelerle sulh mahkemesi tarafından saklanır.

Dördüncü fıkroda 67. maddenin 4. fıkrasına atıf yapılmakta ise de 67. maddede 4. fıkra yoktur. Bu atıf 65. maddenin 4. fıkrasına yapılmalıdır. Diğer yandan bu fıkroda geçen “bilgisayarlı ortam” ibaresi yerine “bilgisayar ortamı” ibaresi tercih edilmelidir.

Beşinci fıkra “Birinci fıkroda sayılan belgeler on yıl saklanır” şeklinde olmalıdır. Çünkü birinci fıkra zaten (a) ile (d) bendlerinden ibarettir.

Yedinci fıkradaki “...yetkili mahkemesinden kendisine bir belge verilmesini isteyebilir” ibaresi, “...görevli mahkemesinden kendisine bir kayıp belgesi verilmesini isteyebilir” şeklinde olmalıdır. TTK. m. 68’in son cümlesi tasarıya alınmamıştır. Bu cümle Tasarının 68. maddesinin 7. fıkrasına eklenmelidir. Çünkü bu cümle, tasarıda düzenlenmemiş olan kayıp belgesi almamanın hukuki sonuçlarını düzenlemektedir.

II - Hukukî uyumsuzluklarda ibraz

MADDE 83. - (1) Ticarî uyumsuzluklarda mahkeme, tarafların ticarî defterlerinin ibrazına, re’sen veya taraflardan birinin talebi üzerine, karar verir.

(2) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun, muhakemeye muhtaç davalarda ihzarî işlemlere ait hükümleriyle senetlerin ibrazı mecburiyetine dair olan hükümleri ticarî işlerde de uygulanır.

İkinci fıkradaki “muhakemeye muhtaç” ibaresi “muhasabeye muhtaç” şeklinde olmalıdır. TTK. m. 81’de de aynı ibare yer almaktadır. Kanaatimizce muhakemeye muhtaç olmayan dava yoktur. Burada amaç, muhasebe kayıtlarına göre bazı hesaplamalar yapılması gereken davaları ifade etmektir. Nitekim konu, HUMK’un “Muhasebeye Muhtaç Davalarda İhzarî Muameleler” başlıklı Altıncı Fasılını oluşturan 226 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. HUMK’un 226. maddesinin 1. fıkrası şöyledir. “Hesap görülmesine veya kalem kalem tetkike muhtaç davalarda hakim re’sen veyahut iki taraf-tan birinin talebiyle delillerin ikamesinden evvel ihzarî muamele icrasını emredebilir”.

IV - Defterlerin tümüyle incelenmesi

MADDE 85. - (1) Malvarlığı hukukuna ilişkin olan, özellikle de mirasa, mal ortaklığına ve şirket tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıklarda, mahkeme, ticarî defterlerin teslimine ve bütün içeriklerinin incelenmesine karar verebilir.

Tasarının 85. maddesi ile ticari defterlerin teslimi halleri genişletilmektedir. TTK’da sınırlı olarak üç halde teslim gerekirken, tasarı bu üç hali örnek olarak saymaktadır. „Malvarlığı hukukuna ilişkin olan” kavramı sınırlı belirli olmayan bir kavramdır. Ticari işletmelerin ve şirketlerin malvarlığı hukuku ile ilgili olmayan işi yok gibidir. Bu haliyle her durumda ticari defterlerin teslimine karar verilebilecektir.

VI - Ticarete yeni başlayanlar için uygulama

MADDE 87. - (1) İşletmesini ticaret siciline kayıt ettirmekle yükümlü olan işletme sahipleri için bu Kısım hükümleri, ticaret siciline kayıt ettirme yükümlülüğünün doğduğu andan itibaren geçerlidir.

Maddenin ilk kısmının ifadesi yetersiz olduğu için yeniden düzenlenmelidir. Madde metni şöyle olabilir: “Bu kısım hükümleri, ticari işletmeyi ticaret siciline tescil ettirme yükümlülüğünün doğduğu tarihten itibaren geçerlidir”.

Tasarı, defter tutma yükümlülüğünün hangi anda başladığını belirlemeye çalışıyor ise de yine konu netleşmiyor. Çünkü m. 40/1’e göre “her tacir ticari işletmenin açıldığı günden itibaren 15 gün içinde” tescil isteyecektir. 15 gün içinde bu yükümlülüğü yerine getirme hakkına sahip olduğuna göre defter tutma yükümlülüğü birinci gün mü 15. gün mü başlayacaktır?

VII -Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunun yetkisi

MADDE 88. - (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 ve kavramsal çerçevede yer alan muhasebe ilkelerine 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 uluslararası pazarlarda geçerlilik kazandırmak amacıyla, Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarına tam uyumlu olacak şekilde, yalnız Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından belirlenir ve yayımlanır.

(3) Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunca, değişik ölçütteki işletmeler ve sektörler itibarıyla, Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarından farklı istisnaî uygulamalara izin verildiği hallerde, 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) Uygulamada, Türkiye Muhasebe Standartlarında hüküm bulunmayan hallerde, ilgili oldukları alanlar itibarıyla yukarıdaki fıkrada belirtilen ayrıntı düzenlemelere, anılan düzenlemelerde de hüküm bulunmadığı hallerde dünyada yaygın uygulaması bulunan genel kabul gören muhasebe ilkelerine uyulur.

Bu maddeye göre gerçek ve tüzel kişi tacirlerin, ticari defterlerin tutulmasında ve finansal raporların hazırlanmasında şu 6 grup kural ve ilkeye uyacaklardır:

1 - TMS

2 - Kavramsal Çerçevede yer alan Muhasebe İlkeleri

- 3 - Uluslar arası Finansal Raporlama Standartları
- 4 - Belirli sektörlerle ilgili Ayrıntı Düzenlemeler (f. 4)
- 5 - Genel Kabul Gören Muhasebe İlkeleri
- 6 - TTK'da yer alan ilke ve esaslar

Beşinci fıkraya göre, uygulamada TMS'na, bunlarda hüküm yoksa ayrıntı düzenlemelere, bunlarda da hüküm yoksa genel kabul gören muhasebe ilkelerine uyulacaktır. TTK hükümlerine sıranın ne zaman geleceği net olarak anlaşılmamaktadır. Tasarının düzenlemesine göre, TMS ve UFRS TTK'dan üstün tutulduğu gibi, (64/5) TMSK'nun onayı ve izniyle çıkarılan ayrıntı düzenlemelerin de TTK'dan üstte yer aldığı intibai doğmaktadır.

Tasarıda, her ülkede büyük ölçüde farklı anlaşılan ve AB'de ve bütün dünyada gittikçe terk edilen Genel Kabul Gören Muhasebe İlkelerine de yer verilmiştir. Madde gerekçesinde, bundan US-GAAP ilkelerinin anlaşılacağı ifade edilmekte ise de tasarı metninden bunu net olarak anlamak mümkün değildir.

İkinci fıkranın "bu düzenlemeler" ibaresiyle başlaması isabetli değildir. Çünkü hangi düzenlemelerden söz edildiği tam olarak anlaşılmamaktadır. Birinci fıkrada finansal tablolarında düzenlenmesinden, standartlardan ve ilkelere bahsedilmektedir. Bu düzenlemeler yerine "Bu standartlar ve ilkeler" getirilmelidir.

AB üyesi ülkelerde 2005 yılından itibaren UFRS yalnızca hisse senetleri borsada işlem gören 7000 civarında şirket için uygulanırken bu standartların Türkiye'de bütün şirketlere ve KOBİ'lere uygulanması abartılıdır. Uluslar arası Muhasebe Standartlarının Uygulanmasına İlişkin 2002 tarihli tüzük hisse senetleri borsada işlem görmeyen şirketler için UFRS'ni uygulama bakımından üye devletleri serbest bırakmıştır. Tasarının bu düzenlemesi AB üyesi ülkelerin uygulamasından da ileri bir durumu ifade etmektedir.

IV - CARI HESAP

1 - Temel Değişiklik ve Yenilikler

Cari hesap, Tasarının 89 ila 101. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Tasarının cari hesaba ilişkin hükümlerinde önemli bir değişiklik yoktur.

2 - Tasarının Cari Hesapla İlgili Maddeleri ve Değerlendirilmesi

A) Tanım ve şekli

MADDE 89. - (1) İki kişinin para, mal, hizmet ve diğer hususlardan dolayı birbirlerindeki alacaklarını ayrı ayrı istemekten karşılıklı olarak vazgeçip bunları kalem kalem alacak ve borç şekline çevirerek hesabın kesilmesinden çıkacak bakiyeyi isteyebileceklerine ilişkin sözleşme cari hesap sözleşmesidir.

(2) Yazılı şekil geçerlilik şartıdır.

Maddenin başlığı "Tanımı ve Şekli" olmalıdır.

III - Bakiye

1. Saptanması

MADDE 94. - (1) Sözleşme veya ticarî teamül ile belirli hesap devreleri sonunda, devre hesabı kapatılır ve alacak ile borç kalemleri arasındaki fark saptanır.

(2) Hesap devresi hakkında sözleşme veya ticarî teamül yoksa her takvim yılının son günü taraflarca hesabın kapatılması günü olarak kabul edilmiş sayılır. Saptanan bakiyeyi gösteren cetveli alan taraf, aldığı tarihten itibaren bir ay içinde noter aracılığı ile veya taahhütlü mektupla ya da telgrafla itirazda bulunmazsa bakiyeyi kabul etmiş sayılır.

Cari hesabın kapatılması yerine devre hesabı kapatılır denilmiş. TTK'nın, sanki taraflar arasındaki hesabın tamamen sonlandırıldığı imajı veren düzenlemesi, devre hesabının kapatıldığı belirtilerek netleştirilmiştir.

2. Faiz

a) Genel olarak

MADDE 95. - (1) Alacak ile borç kalemlerinin birbirinden çıkarılması sonucunda elde edilen bakiye için saptandığı günden itibaren faiz işler.

Maddede "bakiye için dahi" yerine yalnızca "bakiye için" ibaresi kullanılmıştır. Buradaki dahi hesap dönemi için de faiz işleyeceğine işaret ediyordu. Şimdi ise yalnızca bakiye için faiz işleyeceği intibai doğmaktadır.

b) Bileşik faiz ve sözleşmeyle belirlenebilecek hükümler

MADDE 96. - (1) Taraflar, üç aydan aşağı olmamak üzere diledikleri zaman faizlerin ana paraya eklenmesini kararlaştırabilecekleri gibi hesap devrelerini, faiz ve komisyon miktarlarını da sözleşme ile belirleyebilirler.

(2) 9 uncu madde hükmü saklıdır.

Mürekkep Faiz ve Diğer Cihetlere Ait Hükümler şeklindeki madde başlığı değiştirilmiştir. Bu başlıktan, sözleşmeyle belirlenebilecek hususların, yalnızca bu maddedekilerden ibaret olduğu izlenimi doğuyor. Oysa sözleşmede başka hususlara da yer verilebilir.

C) Cari hesabın sonu

I - Genel olarak

MADDE 98. - (1) Cari hesap sözleşmesi:

a) kararlaştırılan sürenin sona ermesi;

b) bir süre kararlaştırılmadığı takdirde taraflardan birinin fesih ihbarında bulunması;

c) taraflardan birinin iflâs etmesi ile sona erer.

Madde başlığı "Cari Hesabın Sona Ermesi" olmalıdır.

II - Ölüm ve kısıtlılık hâlleri

MADDE 99. - (1) Sözleşmede bir süre belirlenip de taraflardan biri ölür veya koruma amacıyla kısıtlanırsa her iki taraf ve halêfleri on gün önce haber vermek şartıyla cari hesap sözleşmesini feshedebilir. Şu kadar ki; bakiyenin ödenmesi ancak hesabın 94 üncü maddeye göre kapatılması gereken tarihte istenebilir.

Madde başlığında ve metinde hacir yerine kısıtlılık kavramı kullanılmıştır. Ancak, metindeki "taraflardan biri ölür veya koruma amacıyla kısıtlanırsa" ibaresi tereddütlere sebep olabilir. Bundan maksat herhangi bir sebeple kısıtlanma mıdır? Yoksa Yeni MK. m. 432 vd. da özel olarak düzenlenen Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması mıdır? MK. m. 405 vd'da kısıtlanmayı gerektiren haller, kısıtlanmanın şartları ve bunun usulü düzenlenmiştir. MK. m. 432 vd ise farklı bir müessese olan Koruma Ama-

cıyla Özgürlüğün Kısıtlanması düzenlenmiştir. Kanaatimizce Tasarının 99. maddesinde kastedilen normal kısıtlanma halidir. Bu sebeple metindeki koruma amacıyla ibaresi gereksizdir ve çıkarılmalıdır.



TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDAKİ TİCARET UNVANINA, İŞLETME ADINA VE HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yard. Doç. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Akın ÜNAL, LL.M.

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

GİRİŞ*

2005 tarihli Türk Ticaret Kanunu Tasarısı (“Tasarı”)⁸, 1956 tarihli Türk Ticaret Kanun’unda (“TTK”) önemli değişiklikler yaparak birçok yeni düzenleme getirmiştir. Bu çerçevede ticaret unvanına, işletme adına ve haksız rekabete ilişkin hükümler de esaslı ölçüde değişikliğe uğramıştır. Makalemizde bu hükümlerde yapılan değişiklikler ve getirilen yeni düzenlemeler açıklanarak eleştirel bir gözle değerlendirilmiştir, somut madde değişikliği önerilerine yer verilmiştir.

* Makalenin ticaret unvanı ve işletme adına ilişkin kısmı Akın Ünal tarafından, haksız rekabete ilişkin kısmı ise N. Ayşe Odman Boztosun tarafından yazılmıştır.

8 T.C. Adalet Bakanlığı, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara, Şubat 2005.

I. Ticaret Unvanı ve İşletme Adına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi

Kanunlarda değişiklik yapmak isteği ve mecburiyeti değişik nedenlere dayanır. Bu nedenlerin başında da, mevcut kanunların günün koşullarına ayak uyduramaması ve ihtiyaçlarına cevap verememesi gelir. Değişiklik yapılırken dikkat edilmesi gereken en önemli nokta ise kanunun uygulandığı dönemde ortaya çıkan boşlukların, tartışmaların ve oluşmuş yargı kararlarının göz önüne alınarak, ihtiyaçlara cevap verebilecek yeni bir kanun oluşturulmasıdır.

Tasarıdan beklenen de budur. Kanımca Tasarıda ticaret unvanı ve işletme adına ilişkin gerçek anlamda birtakım yenilikler getirilmekle birlikte, yaklaşık 50 yıllık uygulama dönemine ait kronikleşmiş sorunlara ve Kanun'da boşluk teşkil ettiği bilinen konulara çözüm getirmekten kaçınılmıştır.

Aşağıda, Tasarının ticaret unvanı ve işletme adına ilişkin hükümleri eleştirel gözle değerlendirilerek ihtiyacı karşılamaya yönelik düzenleme önerileri getirilmiştir.

A. Tasarı m. 39 (TTK m. 41)

Bu madde ticaret unvanı seçme ve kullanma zorunluluğunu düzenlemektedir. Tasarıda, maddenin birinci ve ikinci fıkrası aynen tekrarlanmaktadır; ancak ikinci fıkrada ayrıca günün koşulları göz önünde bulundurularak birtakım ek yükümlülükler getirilmektedir.

Kanımca mevcut Kanun'un birinci fıkrasındaki "*işletmesiyle ilgili senet ve diğer belgeleri bu unvan altında imzalamak zorundadır.*" ibaresi, yaşanan Türkçeyle ifade edilmenin yanında daha da sadeleştirilerek genelleştirilebilir. "Senet" burada her ne kadar önemine binaen vurgulanmış olsa da, basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü olan tacirin "*işletmesi ile ilgili belgeler*" tabirinden öncelikli olarak senedin kastedildiğini anlaması gerekir.

Bu nedenle bu tabir daha genel olarak şu şekilde ifade edilebilir: "*işletmesiyle ilgili her türlü belgeyi bu unvan altında imzalamak zorundadır.*"

Tasarıda ikinci fıkraya getirilen ek şöyledir: "*Ayrıca tacirin kullandığı işletmeyle ilgili belgelerinde, sicil numarası, ticaret unvanı, merkezi, tacir sermaye şirketi ise sermaye miktarı ve ayrıca web sitesi adresi ve numara*

rası da gösterilir.” Bu ek, maddenin gerekçesinden de anlaşıldığı üzere Avrupa Birliği (“AB”) yönergeleri ve Tasarı m. 1502 göz önünde tutularak yapılmıştır. Maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere, bu sayılanlar asgari nitelikteki yükümlülüklerdir ve tacir, kamuyu bilgilendirmek amacıyla buna eklemeler yapabilir. Yerinde bir düzenleme yapılmış olmakla birlikte, uygulamada duraksamalara yer vermemek için ikinci fıkranın bu hükmünün şubeler için de geçerli olacağını belirtmekte fayda vardır.⁹ Bu çerçevede fıkranın sonuna, “*bu hükümler şube unvanı ve belgeleri için de uygulanır*” ibaresi eklenebilir.

Tasarı, bu düzenlemeyle TTK m. 544(2)’de limited şirketler için öngörülen, sermaye miktarının şirketçe tanzim edilen mektup, evrak ve vesikalarda şirket unvanı ile beraber gösterilmesi şartını bütün sermaye şirketleri için de bir yükümlülük haline getirmiştir. Mevcut düzenlemede bu hükmün anonim şirketler için de geçerli olup olmadığı noktasında tartışmalar ve hükmün hukuki ve cezai yaptırımları açısından da farklı görüşler vardı. Tasarının bu düzenlemesi ile bu sorun giderilmiş oluyor. Böylece artık sermaye şirketleri sermaye miktarını işletmesiyle ilgili belgelerde göstermek zorunda olacaklar. Bu genel düzenleme dolayısıyla TTK m. 544(2) hükmüne Tasarıda yer verilmemiştir.

Tasarıda m. 1502 ile bağlantılı olarak, sermaye şirketlerinin web sitesi oluşturma yükümlülükleri ve bu web sitesi adresinin de işletme ile ilgili belgelerde gösterilmesi zorunluluğu, teknolojik yenilikleri takip açısından olumlu bir düzenlemedir.

B.Tasarı m. 40 (TTK m. 42)

Madde ticaret unvanının tescilini düzenlemektedir. Madde gerekçesinden de anlaşıldığı üzere Tasarı mevcut düzenlemeyi aynen korumuştur. Fakat mevcut maddenin 1. fıkrasındaki “...*tescil ve ilan ettirmeye mecburdur*” ifadesi Tasarıda “... *tescil ve ilan ettirir*” şeklinde kullanılmıştır. Bu tabirin niçin böyle kullanıldığına dair maddenin gerekçesinde bir açıklama bulunmamaktadır. Yani kanun hazırlayıcısı bu tabiri kullanmakla tescil ve ilanı isteğe bırakmayı mı benimsemiştir? Madde bu haliyle tartışmaya açık olacaktır. Düzenlemenin geneli göz önüne alındığında böyle bir serbestlik

9 Moroğlu E., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler (“Moroğlu”), İstanbul, s.33.

tanıma düşüncesini destekleyecek hüküm bulunmamaktadır. Tasarı, m. 18(1)'deki ifade bu yönde şüphelere yer verecek niteliktedir. *“Tacırlar, her türlü borçları sebebiyle iflâsa tâbi oldukları gibi, kanun hükümlerine uygun olarak, bir ticaret unvanı seçmek ve kullanmak, işletmelerini ticaret siciline kaydettirmek ve ticarî defterleri de tutmak zorundadır.”* Zorunda olma fiili *“ticaret unvanı seçmek ve kullanmak”* ifadesine de atıf yapmaktadır. Ticaret unvanının tescilinin zorunluluğu ise ancak *“işletmenin sicile kaydedilmesi ticaret unvanının tescilini de kapsar”* yorumuyla çıkarılabilir. Esaslı unsurların yorum yoluyla çıkarılması kanun düzenleme tekniğine uygun değildir. Tasarı m. 51'deki düzenleme tescil edilmeme durumunda cezai müeyyidelerden bahsederken tescil yapılmadığını tespit eden görevlilerin bu durumu sicil müdürlüklerine ve Cumhuriyet savcılıklarına haber vermek zorunda olduklarını belirtmektedir. Buna göre, kanun hazırlayıcısının düşüncesinin de tescilin zorunlu olduğu yönünde olduğu söylenebilir. Ayrıca Tasarıda işletme adını düzenleyen m. 53 de işletme adı kullanıldığı takdirde *“işletme adının tescil ettirilmesi lazımdır”* diyerek bu yükümlülüğü ifade etmiştir. Bu halde, kullanılması serbest olan işletme adı için bu yükümlülük öngörülürken kullanılması zorunlu olan ticaret unvanının tescili de evleviyetle zorunlu olmalıdır.

Kanun'daki ifade ve düşünce bütünlüğünü korumak için Tasarı m. 40'ta söz konusu tabir, *“... tescil ve ilan ettirmekle yükümlüdür”* veya *“... tescil ve ilan ettirmelidir”* şeklinde kullanılmalıdır.

C. Ticaret Unvanının Oluşturulmasında Sistem Sorunu: Tasarı m. 41 (TTK m. 43)

Madde gerçek kişilerde ticaret unvanın şeklini düzenlemektedir. Tasarı m. 41, TTK m. 43(1)'i aynen tekrarlamış, TTK m. 43(2)'yi ise almamıştır. Bunun nedeni Tasarı m. 45'teki düzenlemedir. Tasarı mevcut düzenlemedeki gerçek kişiler ile tüzel kişiler açısından farklı bir uygulamaya neden olan sicil çevresi düzenlemesini kaldırarak her ikisi için de sicil çevresi olarak Türkiye genelini kabul ettiğinden mevcut düzenlemenin ikinci fıkrasının uygulama alanı kalmamıştır.

Ticaret unvanının oluşturulmasında belli başlı üç sistem vardır¹⁰.

10 Arkan S., Ticari İşletme Hukuku (“Arkan”), 7. bası, Ankara 2004, s. 244-245; Kayar İ., Ticari İşletme Hukuku (“Kayar”), 4. bası, Ankara 2004, s.192.

Bunlar;

1) Serbestlik Sistemi; aldatıcı, yanıltıcı olmamak ve ayırt edici olmak kaydıyla tacir dilediği gibi unvan seçebilir ve bu unvanın gerçeği yansıtmaması da şart değildir. Anglo-Sakson hukuk çevresi ve 1998 yılındaki ticaret kanunu reformuyla Almanya, bu gruba dahildir.

2) Gerçeklik Sistemi; Seçilen unvanın gerçek durumu yansıtması, gerçek kişilerin ad ve soyadından oluşması, tüzel kişi tacirlerin ise tüzel kişinin hukuki durumuna uygun olması gerekir. Fransa bu sisteme dahildir.

3) Karma sistem: Ticaret unvanının ilk oluşumunda çekirdek kısmının gerçek durumu yansıtmasına dikkat edilir. Çekirdek kısmında daha sonra meydana gelen değişiklikler ile ekler açısından ise serbestlik sistemi vardır. Türkiye bu gruba dahildir.

Ticaret unvanlarının oluşumunda gerçeklik veya serbestlik sistemlerinden birinin tercih edilmesi, ilgililerin menfaatini yani tacirin veya üçüncü kişilerin menfaatini gözetme açısından değişiklik göstermektedir. Tacirin menfaati ön planda olursa serbestlik sistemi, üçüncü kişilerin menfaati öncelikli görülürse gerçeklik sistemi tercih edilebilir.¹¹

Tasarı ile serbestlik sisteminin benimsenmesi, aşağıda değinilecek sorunların çözümünü kolaylaştıracaktır.¹² Serbestlik sistemin en önemli özelliği, işletme sahiplerinin unvanlarını özgürce seçebilmesi ve dar kalıplardan kurtulmasıdır. Özgürce seçilen bu unvanların tacir açısından tanıtıcı olma fonksiyonu daha belirgin olacaktır. Karma sistemde bu ayırt edicilik eklerle sağlanmaya çalışılmaktadır. Birbirine benzeyen veya gereksiz uzunlukta olan eklerin ayırt etme fonksiyonunu tam olarak gerçekleştirdiği ise şüphelidir.

11 Yongalık A., "Ticaret Unvanı Alanındaki Yeni Gelişmeler" ("Yongalık"), Batider, 2002, C. 21, s. 16-17.

12 Tasarının, ticaret hukuku sistemimizi etkilemiş olan ülkelerin bu konuda yakın zamanda yapmış oldukları değişiklikleri göz ardı etmemesi gerekir. Almanya 1998'de yaptığı ticaret kanunu reformuyla serbestlik sistemine geçmiş ve ticaret unvanının tanıtıcı, ayırt edici olması ve yanıltıcı olmaması koşulu ile unvanın serbestçe seçilmesini benimsemiştir. Yine İsviçre'de yapılan değişikliklerle de tam olarak serbestlik sistemine geçilmiş olmasa da gerçeklik sisteminden biraz uzaklaşmıştır. Avrupa ülkelerinde liberalleşme ön plana çıkarken, tam bir reform niteliğinde olan Tasarının mevcut düzenlemeyi korumaya çalışmasını izah etmek zordur.

Serbestlik sisteminin sınırları kanunla net olarak çizildiğinde ticaret unvanları da üçüncü kişileri aldatmayacak ve yanıltılmayacak biçimde oluşturulabilir. Gerçek tacirin kim olduğunu öğrenmek isteyenler de her zaman sicile bakabilirler.

Buna göre Tasarı m. 41 şu şekilde ifade edilebilir:

“II. Ticaret unvanının şekli

1. Gerçek kişiler

MADDE 41. - (1) *“Tacirler, ticaret unvanını; tanıtıcı, diğerlerinden ayırt edici olmak, kanuna ve gerçeğe aykırı ve de aldatıcı olmamak koşulu ile serbestçe seçer.”*

Türk hukukundaki düzenleme karma sistemdir. TTK m. 43 uyarınca, gerçek kişi tacirlerde taciri tanıtmak amacıyla tacirin ad ve soyadının ticaret unvanında olması zorunlu olsa da, TTK m. 48 ve m. 49’daki istisnalar göz önüne alındığında ve özellikle Tasarı m. 49(2) ile eklenen *“Devir halinde devralan unvanı aynen kullanma hakkına sahiptir”* hükmü dolayısıyla, gerçeklik sisteminin neredeyse hiçbir önemi kalmayacaktır. Örneğin tacir işletmesini açtıktan kısa bir süre sonra başkasına devretse ve devralan aynı unvanla işletmeyi devam ettirse bu durumda Kanun’un aradığı gerçeklik sistemi çok kolay bir biçimde bertaraf edilmiş olacaktır. Yani Kanun’un tanıdığı istisnalarla Kanun’un amaçladığı gerçeklik sistemi rahatlıkla delinebilecektir.

Mevcut TTK hükümleri, gerçek kişi tacirin ticaret unvanının tacirin tanınması amacıyla kişinin ad ve soyadından oluşmasını ararken, hükümet gerekçesindeki şu ifadeler ise kendi içinde tezat göstermektedir: *“yalnız işletmenin ticaret unvanıyla birlikte devrinden sonra işletmenin yeni sahibinin eski unvanı olduğu gibi kullanıp kullanamayacağı meselesi Tasarıda müspet bir tarzda halledilmiştir. Ticaret unvanına bağlanmış olan iktisadi itibarın bozulması için muhik bir sebep yoktur. Ticari işletmenin hakiki sahibinin kim olduğunu öğrenmek isteyenlerin ticaret sicilini tetkik etmeleri lazımdır”*¹³ Sicile her zaman bakılabileceğine göre, sadece unvanın devrinden sonra gerçek kişinin kim olduğunu öğrenmek için sicile bakılmasını savunmanın bir mantığı yoktur. Bu şekilde sicilden öğrenme mümkün olduğu-

13 Arkan, s. 254, dipnot 2.

na göre ilk kuruluşta gerçeklik sisteminin savunulmasının bir dayanağı da kalmayacaktır. Kaldı ki bir örnekle de üçüncü kişilerin tacirle iş yaparken her zaman unvana bakarak iş yapmadıklarını görebiliriz; büyük bir restorandan veya otelden hizmet alırken restoran veya otelin sahibinin kim olduğundan çok verdiği hizmete değer vermekteyiz. Ayrıca o kurumu ifade ederken de unvanı ile değil daha çok işletme adı ile anmaktayız. Bu hallerde tacirin ticaret unvanını belki de sadece hizmeti aldıktan sonra alacağımız fatura veya fişte fark edebileceğiz.

Tacirin kim olduğunun sicilden öğrenilmesine gelince; TTK'da ve Ticaret Sicili Tüzüğünde ("TST") boşluk bulunmaktadır. TTK' m. 43 ve m. 41 ile TST'nün 17 maddesi bir arada değerlendirildiğinde gerçek kişi tacirler ticari işletmelerini ticaret siciline tescil ettirirken tacirin ad ve soyadının sadece unvan içinde yer almasından dolayı kaydının yapıldığı ortaya çıkmaktadır. Yani unvan kaydedilirken ayrıca ad ve soyadın kaydedileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu düzenlemenin sakıncası unvanın devredilmesi halinde devralan eski unvanı kullanmaya devam ederse ortaya çıkacaktır ve sorunun nasıl çözümleneceğine dair bir düzenleme yoktur. Tasarı ile bu konuyu da düzenlemek gerekmektedir. Burada ad ve soyadından başka, artık kişinin tanıtımı için bütün resmi kurumlarda kullanılmaya başlanan T.C kimlik numarasının da sicile kaydedilmesi faydalı olacaktır. Bu şekilde kişilerin adı, soyadı ve kimlik numaralarının da sicile kaydedilmesi halinde, üçüncü kişilerin sicilden unvan sahibinin kim olduğunu öğrenme imkanı olacağı için serbestlik sisteminin mahsuruna dair ileri sürülen gerekçenin de bir değeri kalmayacaktır.

Buna göre ya ayrı bir madde ile veya sicile kaydı düzenleyen Tasarı m. 40'ta şu şekilde bir hükme yer verilebilir:

"2. Tescil

MADDE 40. - (1) ...Her tacir ticaret unvanı ile birlikte, adı, soyadı ve T.C. kimlik numarasını da sicile kaydettirmek zorundadır."

Bu konuda başka bir sorun da gerçek kişi iki ayrı işletme işletiyorsa bunların unvanlarının nasıl olacağıdır? Doktrinde buna değişik çözümler öngörülümüşse de aynı tacire bağlı iki işletmenin unvanlarına gerçeklik sistemi açısından bakıldığında, unvanlardan birinin gerçeğe uyarken diğer unvanın gerçeğe kuruluştan itibaren uymadığı ortaya çıkacaktır. Serbestlik sistemiyle bu sorun da ortadan kalkacaktır.

Diğer bir sorun da gerçek kişilerin iki ismi varsa unvanın nasıl olacağıdır. Bu konu da yine doktrinde farklı görüşlere neden olmuştur. Bir görüş isimlerin kısaltılmadan ikisinin de yazılacağını¹⁴, diğer görüş de isimlerden birinin kısaltılarak yazılmasının yeterli olacağını¹⁵ savunmaktadır. Serbestlik sistemi benimsenirse bu sorun da çözümlenmiş olacaktır. Eğer karma sistem devam ettirilirse de bu soruna açıklık getirecek bir hüküm konmalıdır.

Tasarı m. 45'in gerçek kişilerin ticaret unvanlarının sicil çevresi bakımından Türkiye genelinde korunması şeklindeki düzenlemesiyle, ticaret unvanları açısından benimsenen karma sistem bir araya gelince, ticaret unvanına yapılacak ekler konusu içinden çıkılmaz hale gelecektir. Eklerin bu durum karşısında uzun olması kaçınılmaz olacak ve bu uzunluk da ticaret unvanının kullanılmasını zorlaştırabileceği gibi tanıtma ve ayırt etme fonksiyonunun kaybolmasına neden olacaktır.

Bu madde kapsamında değerlendirilmesi gereken bir konu da adi şirketlerin durumudur. Mevcut Kanun'da bu konuyu düzenleyen herhangi bir hüküm yoktur. Konuyla ilgili bir düzenleme TST m. 18(3)'de yer almaktadır. Buna göre TTK hükümlerine uyarınca oluşturulmuş bir ticaret şirketi mevcut olmadıkça bir işletmenin unvanına birden fazla gerçek kişinin adı ve soyadı konulamaz. TST bu durumu her ne kadar böyle düzenlemiş olsa da doktrindeki ortak fikir, adi şirketlerde unvanın, tacir sayılan bir ortağın ad ve soyadı ve buna eklenecek "ortakları" ibaresi şeklinde olabileceği yönündedir.¹⁶ Serbestlik sistemi benimsendiği takdirde bu sorun da kalmayacaktır. Eğer karma sistem benimsenecekse bu durumu da kanuni düzenlemeye dahil etmek gerekir. Kanımca benzerliğinden dolayı donatma iştirakini düzenleyen m. 44'e ek bir fıkra konarak bu sorun çözümlenmelidir.

Doktrindeki ortak kanaate uygun şöyle bir hüküm konabilir:

MADDE 44 - (2) *"Ticari işletme işleten adi şirket tacir ortaklardan*

-
- 14 Bozer A. / Göle C., Bankacılar için Ticaret Hukuku Bilgisi ("Bozer/Göle"), 17.bası, Ankara, s. 87; Kayar, s. 197.
 - 15 Poroy R. / Yasaman H., Ticari İşletme Hukuku ("Poroy/Yasaman"), 10. bası, İstanbul 2004, s. 330; Deryal Y., Ticaret Hukuku ("Deryal"), 7. bası, Trabzon 2004, s. 96.
 - 16 Arkan, s. 246; Bozer/Göle, s. 88; Poroy/Yasaman, s. 331; Kayar, s. 206; Deryal, s. 97; Kayar İ., "Adi Şirketin Ticaret Unvanı ve Ticaret Siciline Tescili", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, s. 479-494.

birisinin ad ve soyadından oluşan ve ortaklığı gösteren bir ticaret unvanı kullanmak zorundadır.”

D. Tasarı m. 42 (TTK m. 44)

Madde kolektif ve komandit şirketlerde ticaret unvanını düzenlemektedir. Tasarı mevcut düzenlemeyi aynen korumaktadır. Yine kolektif ve komandit şirketlerin unvanının seçilmesinde de serbestlik sistemine geçiş savunulabilir. Bu durumda unvanda ortaklardan herhangi birinin isminin yer alması zorunluluğu olmaz ve unvan serbestlik sistemindeki gerçek kişilerde olduğu gibi serbestçe seçilecek bir kişi ve konu unvanı ile kolektif veya komandit şirketin türünü gösterecek bir ek konmasıyla oluşturulabilir. Nitekim değişikliğe uğrayan Alman Ticaret Kanunu, m. 19 ile bu yönde bir çözüm getirmiştir.

Tasarının bu düzenlemesi unvanın oluşumundaki seçimlik hak bakımından da tutarsızdır. “Bütün ortakların veya hiç olmazsa ortaklardan birinin” ibaresinin hiçbir anlamı yoktur. Sadece “en az birinin ad ve soyadından oluşur” şeklinde ifade edilse zaten genel kural gereği, Kanun’a ve gerçeğe aykırı olmayan ek alma olanağından yararlanılarak diğer ortakların isimleri yazılabilir. Yine hiç yazılmasa bir sorun çıkmazken yazıldığında da kısaltmadan yazılmasını istemek de bir tutarsızlıktır. Zaten bütün ortakların isminin yazılması, gereksiz uzun unvanların oluşmasına neden olacaktır. Ayrıca şirket ve türünü gösteren ibarenin Kanunca kabul edilen bir kısaltmasının kullanılmasına da izin verecek bir düzenleme yapılmalıdır. Serbestlik sistemi benimsenmezse madde şu şekilde tekrar kaleme alınabilir:

“2. Tüzel kişiler

a) Kolektif ve komandit şirketler

MADDE 42. - (1) Kolektif şirketin ticaret unvanı, ortaklardan en az birinin adı ve soyadıyla şirketi ve türünü gösterecek bir ibareyi içerir.

(2) Adi veya sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin ticaret unvanı, komandite ortaklardan en az birinin ad ve soyadıyla şirketi ve türünü gösterecek bir ibareyi içerir. Bu şirketlerin ticaret unvanlarında komanditer ortakların ad ve soyadları veya ticaret unvanları bulunmaz.

(3) Şirket ve türü kısaltılarak yazılabilir.”

E.Tasarı m. 43 (TTK m. 45)

Madde, limited, anonim, ve kooperatif şirketlerde ticaret unvanını düzenlemektedir. Tasarı mevcut düzenlemeyi aynen korumaktadır. Yine burada da serbestlik sistemi savunulabilir. Sadece limited, anonim, ve kooperatif şirketlerin türünü gösteren bir ibare ile, yanıltıcı veya aldatıcı olmamak ve ayırt edici, tanıtıcı olmak koşulu ile karma unvanlar seçilebilmelidir.

Tasarı m. 125'te TTK m. 137'de yer alan ve şirketlerin esas sözleşmelerinde belirttikleri işgal konularının şirketlerin fiil ehliyetinin sınırlarını oluşturmasını öngören *ultra vires* ilkesi terkedilmiştir.¹⁷ Bu düzenleme karşısında limited, anonim ve kooperatif şirketlerin ticaret unvanında işletmenin konusunun gösterilmesinin zorunlu tutulmasının dayanağı kalmamıştır. Söz konusu değişiklik çerçevesinde Tasarı m. 43(1)'in değiştirilmesi gerekir.

Ayrıca, Tasarı m. 43(2)'de yer alan *“Bunların ticaret unvanında, gerçek bir kişinin ad veya soyadı bulunduğu takdirde, şirket türünü gösteren ibareler rumuzla veya kısaltılarak yazılamaz.”* ibaresinin artık hiçbir mantığı yoktur¹⁸. TTK'nın hazırlayıcısı Prof. Hirsch, 1950lerin Türkiye için *“bu şirketlerin (örneğin limited şirket) ticaret unvanı kısaltılmadan yazılmalı; temyiz ve ayırt etme hususu, yalnız dikkatli tacirler ve hukukçular için değil, halkın da kolayca anlayabileceği şekilde olmalı ve kısaltılmamalı”* demektedir.¹⁹ Halbuki artık günümüz Türkiye'sinde halkın bilgi ve kültür seviyesi de yükselmiştir ve o dönem Türkiye için *“anonim şirket”* ve *“limited şirket”* terimleri oldukça yabancı sayılırken, günümüzde bu terimler de artık tanındıktır. Zaten uygulamada her ne kadar unvan hazırlanırken kısaltılmadan yazılıyor olsa da günlük hayatta kısaltılarak kullanılmaktadır. Yine burada amacın üçüncü kişilerin dikkatlerini şirketin türüne çekerek, unvan da adı soyadı bulunan kişinin şahsen sorumlu olduğu şeklinde bir kanaat oluşmasını önlemek olduğu²⁰ düşünülse bile, Tasarı m. 39(2) ile getirilen ve bütün sermaye şirketlerini de kapsayan *“tacir sermaye şirketi ise sermaye miktarı ve ayrıca web sitesi adresi ve numarası da gösterilir”* hükmü saye-

17 Bkz.: Tasarı, s. 442.

18 Arkan, s. 248 dipnot 1; Karayalçın Y., Ticaret Hukuku, 3. bası, Ankara 1968, s. 381-382.

19 Hirsch E., Ticaret Hukuku Dersleri Cilt 1 (“Hirsch”), İstanbul 1939, s. 174.

20 Aslan Y./ Şenyüz D./ Ergün M., İşletme Hukuku, 2.bası, Bursa 2005, s. 56.

sinde üçüncü kişilerin aldanma riski azalacaktır. Ayrıca hükümlere ağırlıklı olarak tacir olmayan üçüncü kişiler bakımından yaklaşılsa bile, sermaye şirketlerinin muhataplarının da genelde sermaye şirketleri veya tacirler olduğu unutulmamalıdır. Bir tacirden de böyle bir aldanma, yanılma beklemek, tacirin taşınması gereken basiretililikle bağdaşmamaktadır.

Yine burada sıkı şekil şartlarına bağlı olma noktasında eleştirilebilecek ve Tasarının bu yönde çözüm üretmesi beklenecek bir konu da unvanda “şirket” kelimesinin aranıyor olmasıdır. “Şirket” kelimesinin yanında “ortaklık” kelimesi de benimsenmelidir: “Anonim ortaklığı”, “limited ortaklığı” gibi. Ayrıca Tasarının birçok yerinde bu ortaklık terimi de kullanılmıştır (örneğin m. 178, m. 180). Ayrıca Tasarı m. 135’te şirket ile ortaklığın eş anlamlı olduğu belirtilmiştir.²¹ Yine kelimelere bu kadar bağlı kalmama yönünde görüşler de vardır.²² Bunların yanında Tasarının bir amacı da Kanun’un dilini sadeleştirme ve hukuk literatüründe de kabul görmüş yeni kelimeleri kanuni terim haline getirmek olmalıdır. “Ortaklık” kelimesi “şirket” kelimesinin karşılığı olarak artık kullanılmaktadır. Kaldı ki “ortaklık” kelimesi de yaşayan Türkçedir. Buna göre Tasarı m. 43(2) ve m. 43(3) şu şekilde olabilir:

“b) Anonim, limited ve kooperatif şirketler

MADDE 43. - (1) [...]

(2) Şu kadar ki; ticaret unvanlarında, (anonim şirket veya anonim ortaklık), (limited şirket veya limited ortaklık) ve (kooperatif şirket veya kooperatif ortaklık) kelimelerinin bulunması şarttır.

(3) Şirket ve türü kısaltılarak yazılabilir.”

F. Tasarı m. 44 (TTK m. 46)

Madde ticari işletme işleten dernek vakıf ve diğer tüzel kişilerin ticaret unvanları ile donatma iştirakinin ticaret unvanını düzenlemektedir. Bu madde de mevcut düzenlemeyi aynen korumaktadır. Maddeye sadece “vakıf” kelimesi eklenmiştir.

Serbestlik sisteminin benimsenmediği varsayılarak şunlar söylenebilir. Doktrinde yukarıda sayılan tüzel kişilerin ticaret unvanında ticari işletmeyi ta-

21 Moroğlu, s. 34-35.

22 Poroy/Yasaman, s. 332.

nımlayan bir ifadenin bulunması gerektiği ileri sürülmektedir (örneğin “Galatasaray Spor Kulübü *Stadyum İşletmesi*”). Bu çerçevede, halihazırda kamuya yararlı dernekler ve kamu tüzel kişileri tarafından işletilen ve tüzel kişiliği bulunmayan ticari işletmeler için TST m. 20(2)’de öngörülen bu düzenleme, dernek, vakıf ve diğer tüzel kişiler için de hüküm haline getirilmelidir.

Tasarı m. 44(2) ise, donatma iştirakini düzenlemektedir. Donatma iştirakinde de serbestlik sistemi benimsenebilir. Bu benimsenmediği takdirde, adi şirketin bir değişik görünümü olan donatma iştirakine adi şirketler için öngörülen çözüme paralel bir çözüm getirmek yerinde olacaktır. Donatma iştirakinde geminin isminin ticaret unvanı olarak seçilmesi, “ticaret unvanı sahibini gösterir” ilkesi ile ters düşmektedir.²³ Bu şekilde maddenin bir yandan gerçeklik sistemini tercih ederken diğer yandan karma sistemi benimsemesi, hükmün tutarlılığına aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca müşterek donatanın soyadının kısaltılmayacağı öngörülürken zımni olarak adının kısaltılmasına izin verilmiş olmasının gerekçesi anlaşılammaktadır. “Kişiler öncelikli olarak soyadları ile tanınabilir” denirse de bu, tek başına yeterli bir gerekçe olamaz.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında Tasarı m. 44 şu şekilde ifade edilebilir:

“c) Tacir sayılan diğer tüzel kişiler, adi ortaklık ve donatma iştiraki

MADDE 44. - (1) *“Ticari işletmeye sahip olan dernek, vakıf ve diğer tüzel kişilerin ticaret unvanları, adlarından ve konusuyla birlikte işletme olduğunu gösteren bir ibareden oluşur.*

(2) Ticari işletme işleten adi şirket, ortaklardan birisinin ad ve soyadından oluşan ve ortaklığı gösteren bir ticaret unvanı kullanmak zorundadır.

(3) Donatma iştirakinin ticaret unvanı, müşterek donatanlardan en az birinin ad ve soyadından veya deniz ticaretinde kullanılan geminin adından ve de buna eklenecek donatma iştirakini gösterecek bir ibareden oluşur.”

G.Karışıklığın önlenmesi-geçiş hükmü öngörülmesi: Tasarı m. 45 (TTK m. 47)

Maddenin mevcut düzenlemesi ortak hükümler başlığında genel bir

23 Poroy/Yasaman, s. 333.

düzenleme yaparken Tasarı da genel bir düzenleme yapmaktadır. Yalnız Tasarı, gerçek kişi tacirlerle tüzel kişi tacirler arasında sicil çevreleri açısından haksızlığı giderecek biçimde yeni bir genel düzenlemeye gitmiştir. TTK m. 47(1)'deki gerçek kişi tacirlerin ticaret unvanı korumasını sicil çevresi ile sınırlandıran düzenleme tamamen terk edilmiş, TTK m. 47(2) hükmü ise sicil çevresi Türkiye geneli olmak üzere düzenlenmiştir.

Sicil çevresinin bu şekilde düzenlenmesi yerinde bir düzenleme olmuştur. Çünkü gerçek kişi unvanlarının kullanımı artık sadece tescil edildiği sicil çevresi ile sınırlı olmayıp, gelişen teknolojik ve ticari hayat nedeniyle sicil çevrelerini aşmıştır. Sicil çevrelerini aşan bu unvanların korunmasında, unvanı koruyan özel hükümlere nispeten daha zayıf olan haksız rekabet hükümlerine başvurulması unvan sahipleri için aleyhte bir durumdu. Yalnız Tasarının bu düzenlemesinden sonra farklı sicil çevrelerine kayıtlı olan gerçek kişilerin eski unvanlarının hangi hükümlere göre korunacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Tasarının bu değişikliğine rağmen eski kayıtlı unvanlar hâlâ haksız rekabet hükümlerine göre mi korunacak yoksa ticaret unvanını koruyan özel hükümlere göre mi korunacaktır? Haksız rekabet hükümlerine göre korunacağını söylemek eski unvan sahiplerinin Tasarının bu düzenlemesinden faydalanamamasını savunmak olacaktır. Diğer şekilde eski unvanların da ticaret unvanını koruyan hükümlere göre korunması durumunda da, farklı sicil çevrelerine kayıtlı ve birbiriyle aynı olan bir yığın ticaret unvanı ile karşı karşıya kalacağımız muhakkaktır. Bunlar arasındaki ihtilafın nasıl çözüleceği noktasında da sorunlar yaşanacaktır. İlk önce tescil yaptırmış olan o unvanı kullanacak ve daha sonra tescil yaptırmış olan ek almak zorunda mı kalacak? Unvanı aynı olanların hepsini bir araya getirip meseleyi topluca çözmek söz konusu olamayacağı için de her defasında ilk önce tescil ettiğini iddia eden kişiler olacaktır. Sicil kayıtlarının henüz tam olarak elektronik ortama geçirilmediğini de düşünecek olursak sorun içinden çıkılmaz bir hal alacaktır. Bu sakıncalı durumun doğmasına engel olmak için Tasarının yeni düzenlemeye uygun çözümler de getirmesi gerekmektedir. Serbestlik sistemi benimsenirse yeni ticaret unvanlarının seçilmesi daha kolay olabilecektir. Mevcut sisteme göre ise bu hayli zor olacaktır. Bu karışıklığa sebebiyet vermemek için geçiş hükümleri konmalıdır.

Buna göre, getirilecek bir geçiş hükmü ile:

“Sicile kayıtlı eski ticaret unvanlarının kanunun yürürlüğe girdiği ta-

rihten itibaren 3 yıl içinde yeni düzenlemeye uyumlu hale getirilmesi zorunludur. Bu hüküm 52nci maddede sayılan ticaret unvanını koruyan davaların açılmasını engellemez.”

denilebilir.²⁴

H. Tasarı m. 46 (TTK m. 48)

Madde ticaret unvanlarına yapılacak ekleri düzenlemektedir. Tasarı mevcut düzenlemeyi aynen korumaktadır.

Ayırt edici ek seçme zorunluluğu, özellikle gerçeklik sisteminin zorunlu bir unsurudur. Tasarı ile beraber sicil çevresi Türkiye geneli olursa ek seçmedeki karışıklık biraz daha artacaktır. Uzun eklerin konulması da doğal olarak gerçeklik sisteminden uzaklaşmaya neden olacaktır.

Tasarı m. 46(3), “Türk”, “Türkiye”, “Cumhuriyet”, “Milli”, kelimelerinin kullanımını da Bakanlar Kurulu’nun iznine bağlı kılma düşüncesinden vazgeçmemiştir. Doktrinde bu kelimelerin kullanımının her bir münferit başvuru için Bakanlar Kurulu’nun iznine tabi olmayıp, kullanım için aranan koşulların Bakanlar Kurulunca önceden ayrıntılı biçimde belirlenmesi savunulmaktadır.²⁵ Kanımca bu kelimeler, tüm Türkiye çapında “Türkiye Cumhuriyeti Devleti” adına faaliyet gösterildiği veya faaliyetin bir kamu hizmeti ile ilgili olduğu gibi yanlış izlenimler uyandırabilir. Önerildiği gibi kullanma kısıtlarının önceden Bakanlar Kurulu tarafından saptanması durumunda bu kısıtlara uyulup uyulmadığına fiilen karar verecek merci tescil için kendisine başvuru sicil müdürleri olacaktır. Bu gerçek karşısında böyle bir yetkiyi sicil müdürlerine devretmektense mevcut düzenlemenin korunması yerindedir.

Bu konuda başka bir sorun da “tasfiye halinde” ibaresinin eklenmesidir. Ekleri düzenleyen madde böyle bir düzenlemeye yer vermezken şirketleri düzenleyen kısımlarda ayrı ayrı (TTK m. 208, 267, 439/II- Tasarı 269, 328, 533/II ile KoopK.m 98) belirtilmiştir. Bu durum kanun yapma tekniğine aykırıdır. Bu konu da unvanı düzenleyen hükümler içinde yer almalıdır.

Buna göre, Tasarı m. 46’ya dördüncü fıkra olarak,

24 Bu hükmün sağlıklı şekilde uygulanabilmesi, ülke genelinde tescil edilen ticaret unvanlarının herkes tarafından görülerek incelenebilmesini sağlayacak bir veri sisteminin oluşturulmasına bağlıdır.

25 Yongalık, s. 24.

MADDE 46 .- (1) [...]

(4) tasfiye haline giren ticaret şirketlerinin ticaret unvanlarına tasfiye halinde ibaresi eklenmek zorundadır.”

hükmü eklenebilir.

Burada her ne kadar ticaret unvanı ile ilgili kısımda düzenlenebilecek bir konu olmasa da, önemine binaen, ticaret sicil müdürlerinin ticaret unvanlarını inceleme safhası üzerinde de durulması gerekir. Tasarı m. 32 ve Tasarıya yeni eklenen m. 37 karşısında sicil müdürlerinin sorumlulukları ve yükümlülükleri ağırlaşmıştır. Ayrıca unvanın tescili kurucu olarak kabul edilmese de sicil müdürlerinin unvanı kanuni gereklere göre inceleme yükümlülüğü vardır. Unvanların oluşumu ile ilgili durumlar doktrinde bile daima tartışmalara neden olduğundan, bu işle vazifeli olacak sicil müdürlerinin yeterli hukuki alt yapıya sahip kişilerden seçilmesi zaruri hale gelmiştir. Bu konu belki tüzükle düzenlenebilir; ancak mutlaka bu gerçekler göz önüne alınarak bir düzenleme yapılmalıdır.

I. Tasarı m. 47 (TTK m. 49)

Madde ticaret unvanının devamını düzenlemektedir. Yine TTK'daki düzenleme aynen korunmaktadır.

Madde bir nevi gerçeklik sisteminin istisnalarını saymaktadır. Mevcut düzenlemede mirasçılarının unvanı aynen kullanma haklarının olup olmadığı konusu düzenlenmemiştir; ancak doktrinde TTK 49(2) esas alınarak bu hakkın var olduğu ileri sürülmüştür.²⁶ Artık bu konu da Tasarı m. 49(2)'ye yapılan “Devir halinde devralan unvanı aynen kullanma hakkına sahiptir” şeklindeki ekle çözüme kavuşmuştur. Yani işletmeyi devralanın unvanı aynen kullanma hakkına sahip olması, mirasçılar için de geçerli olmalıdır.

J. Tasarı m. 48 (TTK m. 50)

Madde şubelerin ticaret unvanlarını düzenlemekte ve mevcut düzenlemeyi aynen korumaktadır.

K. Tasarı m. 49 (TTK m. 51)

Madde ticaret unvanının devrini düzenlemektedir. Tasarı mevcut düzen-

26 İmregün O., Kara Ticaret Hukuku Dersleri (“İmregün”), 11.bası, İstanbul 1996, s. 75; Arkan, s. 253; Kayar, s. 211.

lemeyi tekrar etmekle beraber, “Devir halinde devralan unvanı aynen kullanma hakkına sahiptir” diyerek tartışma konusu olan bir duruma açıklık getirmiş ve yerinde bir düzenleme yapmıştır.

TTK, ticaret unvanının mali bir hak veya bir kişilik hakkı olması konusunu kesin olarak çözümlenmekten kaçındığı veya ticaret unvanının kişiyi göstermesi ilkesinden hareket ettiği için bu konuyu düzenlememiş olabilir. Fakat doktrinde TTK, m. 49’daki istisnalardan hareketle devir halinde devralan kimsenin de unvanı aynen kullanabileceği belirtilmiştir.²⁷ Bu duruma bir de şu açıdan bakalım; ticari işletmeyi devralacak kişi belki de işletmeyi unvanın tanınmışlığından hareketle devralmak isteyecektir. Bu durumda unvanı aynen kullanamayacaksa işletmeyi almasının pek bir anlamı olmayacaktır. Ticaret unvanını aynen kullanamama durumunda işletmenin devir kabiliyeti de azalabilir. Ayrıca yukarıda da belirtildiği üzere işletmeyi bu şekilde devreden tekrar aynı unvanı seçemeyecek ve ancak ek olarak yeni bir unvan kullanabilecek, devralan ise gerçek ad ve soyadından meydana gelmeyen bir unvan kullanacaktır. İşte bu durum ticaret unvanında gerçeklik sisteminden iyice uzaklaşıldığını ve uzaklaşmanın da kaçınılmaz olduğunu göstermektedir.

Bu kısımda değerlendirilmesi gereken bir sorun da tacirin ölümü ve iflası halinde unvanın akıbetinin ne olacağıdır. Mevcut Kanun’da bu konularda bir düzenleme yoktur. Tasarı da bu konuya bir çözüm getirmemiştir. Tacirin ölümü halinin Tasarı m. 49(2) çerçevesinde çözümlendiğini söyleyebiliriz. Ticaret unvanının iflas masasına girip girmeyeceği ise, bu hakkın kişilik hakkı veya mali bir hak şeklinde değerlendirilmesine bağlıdır. Doktrinde her ikisi de savunulmakla beraber ağırlıklı görüş unvanın iflas masasına gireceği²⁸ yönündedir. İflas halinde alacaklıların ancak masa vasıtasıyla alacaklarına kavuşma olanakları vardır. Unvanı işletmeden ayrı tutarak işletme masaya girerken işletmenin değerini azaltmak veya satışını zorlaştırmak alacaklıların aleyhine bir durumdur. Unvanın masaya girmeyeceği yolunda bir düzenleme hakkaniyete uygun bir çözüm olmayacaktır. Tasarı bu boşluğu da giderecek bir düzenleme getirmelidir.

Buna göre Tasarı m. 49’a üçüncü bir fıkra olarak:

27 Arkan, 253; Poroy/Yasaman, s. 340; İmregün, s. 75.

28 Poroy/Yasaman, s. 340; Hirsch, s. 167; İmregün, s. 75-76.

“6. Ticaret unvanının devri

MADDE 49. - (1), [...]

(3) işletmenin iflası halinde ticaret unvanı da işletme ile beraber iflas masasına girer”

eklenebilir.

L. Tasarı m. 50 (TTK m. 52)

Madde ticaret unvanının korunmasını konusunda ana ilkeyi düzenlemektedir. Tasarı mevcut düzenlemeyi aynen korumaktadır.

M. Tasarı m. 51 (TTK m. 53)

Madde ihbar ve cezayı düzenlemektedir. Mevcut düzenleme aynen korunmakla birlikte, birinci fıkrada bildirim zorunluluğu olanlar arasına Türk Patent Enstitüsü eklenmiştir.

N. Tasarı m. 52 (TTK m. 54)

Madde ticaret unvanına haksız tecavüz edilen kimsenin haklarını düzenlemektedir. Tasarı mevcut düzenlemeye birtakım ek koruma tedbirleri getirerek hak sahibinin elini güçlendirmiştir.

Ticaret unvanları, Tasarı m. 52(1) sayesinde diğer fikri mülkiyet haklarının ilgili kanunlar ve kanun hükmünde kararnamelemlerle sahip olduğu korunma olanaklarına kavuşmuştur. Buradaki önemli yenilikler; koruma kapsamının ticaret unvanının sadece Kanun’a aykırı kullanımını değil, ticari hayatta geçerli olan dürüst uygulamalara aykırı biçimde başkaları tarafından kullanımını da önleyecek şekilde genişletilmesi; tecavüzün tespiti davası açılabilmesi; tecavüz halinde gerekirse araçlarla ilgili malların imha edilebilmesi; tazminat olarak maddi ve manevi tazminat talep edilebilmesi ve tazminat olarak tecavüz neticesi mütecavizin elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına hükmedilmesi imkanını tanınması şeklindedir. Yerinde bir düzenleme olmuştur.

O. Tasarı m. 53 (TTK m. 55)

Madde işletme adını düzenlemektedir. Tasarı mevcut düzenlemeyi aynen korumakla beraber sadece kanun numaralarındaki değişiklikten dolayı atıf yapılan madde numaralarını değiştirmiştir. Bununla beraber ticaret unvanı kısmında yapılan değişiklikler işletme adı için de değişikliklere neden

olmuştur. Bunların başında TTK daki atıflardan 43/II, yapılan atıf anılan maddenin Tasarıda yer almamasından dolayı uygulama alanı kalmayacağından kaldırılmıştır. Tasarıdaki düzenlemeye göre ticaret unvanlarının gerçek kişiler bakımından da Türkiye genelinde korunacak olması, maddenin Tasarınının 45. maddeye yaptığı atıf nedeni ile de mevcut düzenlemeden farklı olarak tüm Türkiye genelinde korunması durumunu ortaya çıkarmıştır. Mevcut düzenlemede ise tüzel kişi tacirler de ancak kayıtlı oldukları sicil çevresinde ticaret unvanı için öngörülen korumalardan yaralanabiliyor, sicil dışında ise haksız rekabet hükümlerine göre korunuyordu. İşletme adının da Türkiye genelinde korunacak olması isabetli bir çözüm olmuştur.

Tasarı m. 53'te m. 47'ye yapılan atfın hiçbir gereği yoktur. Çünkü Tasarı m. 47 gerçeklik sistemine göre oluşturulan ticaret unvanının değişen koşullara göre devamını düzenliyor. İşletme adı ise serbestlik sistemi ile belirlendiğinden maddede anılan değişikliklerden etkilenmesi söz konusu olmayacaktır. Yani işletme adı kişinin adından ve saire meydana gelmemektedir. Ayrıca unvan kişiyi hedef alırken işletme adı işletmeyi hedef almaktadır. Tasarı, m. 47 ise tamamen kişiyi hedef alan düzenlemeler yapmaktadır. Bu maddeye yapılan atıf kaldırılmalıdır.

İşletme adının işletmeden ayrı devredilip devredilemeyeceği hususu, TTK m. 55, TTK m. 51'e atıf yapmadığından farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuş, genel kanaat ise atıf yapılmadığından hareketle işletme adının işletmeden ayrı olarak devredilebileceği yönünde oluşmuştur.²⁹ Tasarının buna bir çözüm öngörmesi isabetli olurdu. Kanun hazırlayıcısının bu yönde bir iradesini Kanun gerekçesinde de görememekteyiz. Tasarının m. 51 yollamasıyla yine ticaret unvanının devrine ilişkin m. 49'a atıf yapması, mevcut düzenlemede olduğu gibi şüphelere yer verecek niteliktedir. Kanun hazırlayıcısının eğer işletme adının devredilemeyeceğini kabul etme yönünde bir iradesi varsa bunu ya direkt atıf yolu ile veya bizzat ifade ederek ortaya koyması gerekirdi. Başlı başına bir değer taşıyan ve herhangi bir kişiye de bağlı olmayan işletme adının ayrı devredilebilmesi yönünde bir düzenleme yapmak uygun olacaktır.

Bir de işletme adına ek yapılma meselesi vardır. TTK m. 55'in m. 43(2)'ye yaptığı atıf nedeniyle işletme adına gerektiği takdirde ek yapılma-

29 Arkan, s. 257; Poroy/Yasaman, s. 341; Kayar, s. 217; Deryal, s. 102.

sı zarureti olduğu yönde görüşler vardır. Tasarının da aynı şekilde m. 45'e yaptığı atıf nedeniyle aynı görüş ileri sürülebilir; ancak işletme adı serbestlik sistemine göre seçilebileceğinden, seçilen işletme adını benzer işletme adlarından ayırt etmek için de ek seçme zorunluluğundan değil, farklı isimler seçme zorunluluğundan bahsetmek daha doğru olacaktır. Buna göre madde şu şekilde yeniden kaleme alınabilir.

“B) İşletme adı

MADDE 53.(1) *İşletme sahibini hedef tutmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmelerden ayırt etmek için kullanılan adların da sahipleri tarafından tescil ettirilmesi lazımdır. Tescil edilen işletme adları hakkında da 38, 45, 50, 51 ve 52 nci maddeler uygulanır.*

(2) İşletme adı ticaret unvanından farklı olarak işletmeden ayrı olarak da devredilebilir.”

II.Haksız Rekabete İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi

A. Genel Değerlendirme

Tasarıda haksız rekabete ilişkin TTK'daki m. 56-65 arasındaki düzenlemelerin genel yapısının korunduğu, ancak 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda (“LCD”)³⁰ düzenlenen yeni haksız rekabet hallerinin büyük ölçüde iktibas edildiği görülmektedir.³¹ M. 54'te (TTK m. 56) haksız rekabet hükümlerinin amacı ve hangi tür davranışların haksız rekabet teşkil edeceğine dair genel ilke, LCD'deki mehaza uygun şekilde yeniden tanımlanmıştır. LCD'de öngörülen farklı türdeki haksız rekabet hallerine ilişkin

30 Loi fédérale contre la concurrence déloyale (Haksız Rekabete Dair Federal Kanun), Kabul tarihi: 19 Aralık 1986, Son değiştirilme tarihi: 24 Mart 1995 (Yürürlüğe giriş tarihi: 1 Kasım 1995).

31 Mehazda m. 3-8 arasında düzenlenen tüm haksız rekabet halleri aynen Tasarıya aktarılmıştır. Ürün fiyatlarının ilan edilmesini zorunlu kılan ve bu fiyatların yanıltıcı şekilde ilan edilmesini yasaklayan hükümler ise Tasarıya alınmamıştır. Gerekçede (Tasarı, s. 418) Ticaret Kanunu'nun bu tür idari nitelikteki düzenlemeler için uygun bir kanun olmadığından ve söz konusu düzenlemelerin İsviçre'ye özgü olduğundan bahsedilmektedir.

madde başlıklarına, m. 55'teki (TTK m. 57) her bir fıkranın³² başlangıcında, madde metni içerisinde yer verilmiştir. Mehzada bu madde başlıklarının altında yer alan örnek haksız rekabet halleri ise her bir fıkra içerisinde ayrı bentler halinde sayılmıştır. Hukukî ve cezai sorumluluğa ilişkin hükümler ise esaslı bir değişikliğe uğramamıştır. Genel gerekçede, getirilen yeniliklerin 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu ("UWG")³³ ile örtüştüğü belirtilmektedir³⁴; ancak kanımca UWG hem öngörülen haksız rekabet halleri hem yaptırımlar açısından Tasarıdan oldukça farklı hükümler içermektedir. Tasarıdaki hükümler LCD'den aynen iktibas edilmesine rağmen madde gerekçeleri özgündür ve hükümlerin nasıl yorumlanarak uygulanması gerektiğine dair önemli açıklamalar içermektedir.

B. Ayrı Bir Kanun Önerisi

Mevcut tasarıda örnek alınan İsviçre'de olduğu gibi, diğer birçok ülkede de ayrı bir haksız rekabet kanunu bulunmaktadır.³⁵ Artık haksız rekabet düzenlemeleri rakip odaklı olmaktan çok, tüketici odaklı hale gelmiştir. Sırf bu gelişme bile, konusu itibarıyla haksız rekabet kurallarına bir ticaret kodunda yer verilmesinin artık pek uygun olmayacağını düşündürmektedir. Haksız rekabete ilişkin m. 48'e Borçlar Kanunu Tasarısı'nda da yer verilmiştir.³⁶ Ayrıca haksız rekabete ilişkin özel ispat kuralları ve farklı dava türleri, bir bütünlük içerisinde ayrı bir kanunda daha sağlıklı bir şekilde düzenlenebilir. İşte bu gerekçelerle, "haksız rekabet"e ilişkin kısmın Türk Ticaret

32 Burada "fıkra" yerine "altfıkra" demek gerekebilir; zira m. 55'te, "(1) Aşağıda sayılan davranışlar dürüstlük kurallarına aykırı haksız rekabet teşkil eder." denilerek ilk fıkra oluşturulmuş, bahsedilen farklı haksız rekabet halleri grupları (a), (b), (c) ve devamı şeklinde numaralandırılmıştır. Bu durumda m. 55, devamı olmayan tek bir fıkra ve (a)'dan (f)'ye kadar 7 altfıkradan oluşmakta ve bu altfıkların altında da haksız rekabet hallerinin tanımlandığı bentler bulunmaktadır. Aşağıda, II(C)(2)'de, m. 55'in daha sade bir şekilde yapılandırıldığı bir öneri yer almaktadır.

33 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Haksız Rekabete Karşı Kanun), Yürürlüğe giriş tarihi: 8 Temmuz 2004.

34 Tasarı, s. 366.

35 Örneğin Almanya, Lüksemburg, İzlanda, Romanya, Japonya, İsrail (bkz.: WIPO-Collection of Laws for Electronic Access, <http://www.wipo.int/clea/en/index.jsp>).

36 Bkz.: T.C. Adalet Bakanlığı, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara, Ocak 2005. Bu tasarının gerekçesinde mevcut Borçlar Kanunumuz'un haksız rekabete ilişkin 48inci maddesinin çıkarılması hakkında herhangi bir açıklama yapılmamıştır.

Kanunu'ndan çıkarılarak ayrı bir kanun ile düzenlenmesinin uygun olacağı görüşündeyim. Bu çerçevede, LCD ile birlikte kendi içtihatlarımızdan edinilen birikimler, ilgili kurumların (Ticaret Odaları, TOBB, Yargıtay'ın ilgili daireleri, TPE, RTÜK gibi) görüş ve değerlendirmeleri, UWG, AB yönergesi taslağı ve AB üyesi ülkelerin ilgili kurumlarının bu taslağı ilişkin görüş ve değerlendirmeleri incelenerek özgün ve gereksinimlerimize uygun bir düzenleme yapılabilir.

C.Mevcut Tasarı Çerçevesinde Öneri

Ayrı bir kanunla düzenleme görüşü kabul edilmese dahi bu konuda Avrupa Birliği (AB) yönergesi çıkana kadar herhangi bir değişiklik yapılmadan beklemenin yararları yadsınamazdı.³⁷ Genel gerekçesinde AB müktesebatı ile uyum sağlamayı temel amaçları arasında sayan bir Tasarıda böyle bir tercih uygun olurdu.³⁸ Bu arada, AB yönergesi taslağı ve AB üyesi ülkelerin ilgili kurumlarının bu taslağı ilişkin görüş ve değerlendirmeleri,³⁹ kendi içtihatlarımızdan edinilen birikimler ve ilgili kurumlarımızın ön görüş ve değerlendirmeleri incelenerek (Türk Ticaret Kanunu kapsamında olsa dahi) özgün bir düzenlemenin temelleri atılabilirdi. Söz konusu AB yönergesi 11 Haziran 2005 tarihinde Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak 12 Haziran 2005'te yürürlüğe girmiştir.⁴⁰ Tasarının Meclise

-
- 37 Tasarı yayımlandığında söz konusu yönerge henüz çıkmamıştı; ancak taslak halindeydi. Yönerge taslağının metni için bkz.: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council Concerning Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market and Amending Directives 84/450/EEC, 97/7/EC and 98/27/EC (The Unfair Commercial Practices Directive Proposal-Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi Taslağı) 18.6.2003, Com (2003) 356 Final, 2003/0134 (Cod), {Sec (2003) 724}.
- 38 Tasarı, s. 334-335.
- 39 Örneğin İngiltere'deki değerlendirme ve tartışmalar için bkz.: UK Department of Trade and Industry, Consultation on a Draft EU Directive COM (2003) 356, July 2003, <http://www.dti.gov.uk/ccp/consultpdf/unfaircon.pdf>.
- 40 Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ("Unfair Commercial Practices Directive-Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi") Official Journal L 149, 11/06/2005 P. 0022 – 0039.

sunulma aşamasına geldiği dikkate alınarak artık göz önüne alınması mümkün olmayan dilekler yerine Tasarı hükümlerinin düzeltilerek iyileştirilmesi yolundaki önerilerimi aşağıda sunuyorum.

1.M. 54 (TTK, m. 56)

Haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacını ve genel olarak hangi tür davranışların yasaklandığını düzenleyen m. 54 için önerilen değişik metin aşağıdadır:

“A) Genel olarak

I - Amaç ve ilke

MADDE 54. - (1) Bu kısımdaki hükümlerin amacı, pazardaki tüketicilerin, rakiplerin ve diğer ilgili kimselerin çıkarına, haksız rekabetin önlenmesidir.

(2) Pazarda, dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar hukuka aykırı ve yasaktır.⁴¹”

2.M. 55 (TTK, m. 57)

Aşağıda Tasarının 55inci maddesi ile farklı şekilde düzenlenen ve yeni getirilen haksız rekabet hallerinin sıralanması ve açıklanmasından kaçınılmıştır; zira ilgili madde gerekçesi her bir hükmün nasıl anlaşılması ve uygulanması gerektiği ile ilgili ayrıntılı açıklamalara yer vermiştir. Bunun yerine Tasarı metni esas alınarak söz konusu hüküm elden geçirilmiştir. Metinden anlaşıldığı kadarıyla iktibas yapılırken mehzaz metne sadık kalarak kelimesi kelimesine çeviri yapılmaya çalışılmış bu da metnin özündeki anlamı verememe tehlikesini doğurmuştur. Diğer yandan yabancı dildeki karşılığı tek olan terimlerin yerine aynı madde içerisinde dahi farklı terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Bu çerçevede, hem yabancı dildeki sözcüklerin tam karşılığının bulunmasında ve ifadelerin düzgün bir cümle yapısı içerisinde Türkçeye aktarılmasında hem de hüküm içerisinde terim birliği sağ-

41 Tasarıdaki hükme nazaran oldukça sadeleştirilen ve ifadesi düzeltilen metin, kanımca hükmün konuluş amacını açık bir şekilde ortaya koymaktadır. “Pazar” terimine her iki fıkrada da özellikle yer verilmiştir; zira pazar dışında gerçekleştirilen haksız rekabet davranışları TTK’nın kapsamı dışındadır. Yine ikinci fıkrada “haksız rekabet davranışlarını” tanımlarken “haksız” kavramının tekrar kullanılması uygun görülmemiştir. Bunun yerine bu tür davranışların “yasak” olduğu açıkça belirtilmiştir.

lanmasında ortaya çıkan aksaklıklar giderilmeye çalışılmıştır.

Ayrıca Tasarı m. 55'e sistematik açısından da farklı bir öneri getirilmiştir: İsviçre Kanunu'ndaki haksız rekabet hallerine ilişkin madde başlıklarına Tasarı'da madde içerisinde tek bir fıkra altında, altfıkraların başlangıcında ve bu altfıkraların bir parçası olarak yer verildiği belirtilmişti. Kanımca her bir başlık ayrı bir fıkra olarak düzenlenerek açıklık sağlanabilir. Bu çerçevede 55inci maddenin altı altfıkraya sahip tek fıkra yerine altı fıkradan oluşması önerilmiştir.

Son olarak, haksız rekabette öncelikle tüketiciyi gözeten yeni anlayış göz önünde bulundurularak ağırlıklı olarak tüketiciye zarar vermesi olası eylemlere ilk sırada, doğrudan rakiplerin çıkarlarına yönelik eylemlere ise daha sonra yer verilmiştir. Diğer yandan, UWG'de ve AB yönergesinde düzenlenen "tüketicilerin baskı altına alınması", "özellikle çocuk ve gençlerin zaaflarının kötüye kullanılması" ve "birtakım promosyon kampanyası uygulamalarının önlenmesi" gibi haksız rekabet halleri de madde metnine eklenmiştir.⁴² Böylece, önce en ağır haksız rekabet hali olarak öngördüğüm "karar verme özgürlüğünün sınırlanması", daha sonra "aldatıcı davranışlar", "kötüleme, gerçeğe aykırı beyanlar ve karşılaştırmalı reklam" ve en son "ticari sırların korunması" ele alınmıştır. Öngörülen değişiklikleri içeren metin aşağıdaki şekildedir:

"II - Dürüstlük kurallarına aykırı davranış örnekleri"⁴³

MADDE 55. -

(1) Baskı ve kötüye kullanma

a) Baskı uygulayarak⁴⁴ veya diğer saldırgan satış yöntemleriyle tüketicilerin veya diğer ilgili kimselerin karar verme özgürlüğünün sınırlamak,

42 UWG, § 4 (1), § 4 (2), § 4 (4), § 4 (5), § 4 (6). Ayrıca bkz.: AB yönergesi, Annex (Ek 1-Annex 2 (yuk. 12nci dipnot).

43 Tasarıda madde başlığınının metne dahil olduğu özellikle belirtilmiştir. Bu çerçevede "dürüstlük kurallarına aykırı davranış örnekleri" denilerek, ayrıca madde içinde sayılan hallerin örnekleme olduğunun belirtilmesine ve bu hükme ayrı bir fıkra ayrılmasına gerek kalmadan doğrudan örneklere geçilebilecektir ve madde içindeki fıkra başlıklarıyla örnekler konuları itibarıyla gruplandırılabilir.

44 Karş. UWG, § 4 (1).

b) tüketicilerin korkularını, zor durumlarını, zaafalarını, özellikle çocukların ve gençlerin ekonomik açıdan deneyimsizliğini kötüye kullanmak⁴⁵,

(2) Aldatmaya yönelik davranışlar

a) pazara sunulan mal veya hizmetin niteliklerini, miktarını, işe yararlığını gerçekte olduğundan farklı göstermek,

b) pazara sunulan mal veya hizmetin tehlikelerini gizlemek,

c) ek edimler sunarak teklif edilen mal veya hizmetin gerçek değeri hakkında tüketiciyi yanıltmak,

d) koşulları açık ve kesin bir şekilde saptanmadan indirimli veya armağanlı satış faaliyetlerine girişmek,⁴⁶

e) katılım koşulları açık ve kesin bir şekilde saptanmadan satışı artırmaya yönelik oyun veya yarışmalar düzenlemek,⁴⁷

f) tüketicilerin katılımının -niteliği gereği söz konusu oyun veya yarışma ile ilintili mal ve hizmetler dışında- birtakım mal ve hizmetlerin satın alınmasına bağlı tutulduğu oyun veya yarışmalar düzenlemek,⁴⁸

g) taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukukî işlemlere ilişkin kamuya yapılan duyurularda ticaret unvanını, peşin satış fiyatını ve taksitle satımdan kaynaklanan ek ödemeyi Yeni Türk Lirası cinsinden ve yıllık faiz oranlarını göstererek belirtmemek,

h) tüketici kredilerine ilişkin duyurularda ticaret unvanını, kredinin toplam maliyetini, toplam yıllık faiz oranını ve bu kredilere bileşik faiz işletileceğini açıkça bildirmemek,

ı) sözleşmenin konusu, bedeli, ödeme koşulları, süresi, rücu veya fesih hakkı veya bakiye borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme tipleri kullanarak taksitle veya ön ödemeli satım veya tüketici kredi sözleşmelerine aracılık etmek veya bu sözleşmeleri akdetmek,

45 Karş. UWG, § 4 (2).

46 Karş. UWG, § 4 (4).

47 Karş. UWG, § 4 (5).

48 Karş. UWG, § 4 (6).

i) sözleşmelerde, sözleşmenin niteliğine aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören genel işlem şartlarını yanlıtıcı şekilde kullanmak,

(3) Kötüleme, gerçeğe aykırı beyanlar, karşılaştırma, ortak yükümlülüklerin ihlâli

a) bir başkasının kişiliğini, mal veya hizmetlerini, alım satım fiyatlarını veya faaliyet koşullarını yanlış, yanlıtıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek,

b) rakiplerine karşı, kendisi, işletmesi, unvanı, malları, hizmetleri, alım satım fiyatları, stokları, satış yöntemleri veya faaliyet koşulları hakkında yanlış veya yanlıtıcı açıklamalarda bulunmak veya bu tür açıklamalarla üçüncü kişiyi kayırmak,

c) özel bir üstünlüğe veya yeteneğe sahip olduğu izlenimini doğurabilecek asılsız unvan veya mesleki sıfat kullanmak,

d) mal veya hizmetlerin bir başkasının mal veya hizmetleriyle karıştırılmasına yol açabilecek faaliyetlere girişmek,

e) kendisini, mallarını, hizmetlerini veya alım satım fiyatlarını, yanlış, yanlıtıcı, gereksiz yere incitici veya taklit edici şekilde rakiplerinininki ile karşılaştırmak veya bu tür karşılaştırmalarla üçüncü kişiyi rakiplerine karşı kayırmak,

f) yasa veya sözleşmeyle rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede mutad olan faaliyet koşullarına uymamak,

(4) Ayartma

a) üçüncü kişileri, kendisi ile sözleşme yapmaları için, başkalarıyla yaptıkları sözleşmeyi bozmaya yöneltmek,

b) üçüncü kişilerin çalışanlarına veya yardımcılarına, görevlerini ihlal etmeleri için hakları olmayan yararlar önererek veya sağlayarak, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak,

(5) Fikri emek ürünlerinin yetkisiz kullanımı

a) Koruma sorumluluğu altında bulunan fikri emek ürününden yetkisiz yararlanmak,

b) Üçüncü kişiye ait ve kendisine yetkisiz tevdi edildiğini veya sağlandığını bilebilecek durumda olduğu fikri emek ürününden yararlanmak,

c) üçüncü kişiye ait pazarlanabilir nitelikteki fikri emek ürünlerinden, kendisinin esaslı bir katkısı olmaksızın, teknik çoğaltma yöntemleriyle aynen yararlanmak,

(6) İşletme sırlarının korunmasına aykırı davranışlar

a) usulsüz bir şekilde elde ettiği işletme sırrından yararlanmak veya bu sırrı açıklamak,

b) üçüncü kişinin çalışanlarını veya yardımcılarını işletme sırlarını sızdırmaya yöneltmek

ve benzeri dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar hukuka aykırı ve yasaktır.”

3.Hukukî Sorumluluk: M. 56-61 (TTK m. 58-63)

Her ne kadar Tasarının gerekçesinde davalara ilişkin hükümlerde esaslı bir değişiklik yapılmadığı belirtilse de bir Türkçeleştirme çabasına girildiği gözlemlenmektedir. Hukukî sorumluluk kapsamındaki önemli bir değişiklik, tüketici örgütlerinin de davacılar arasına katılmış olmasıdır. Diğer yandan, Tasarının genel gerekçesinde sorumluluk sisteminin ve ihtiyati tedbirlerin fikri mülkiyet hukuku düzenlemelerine uydurulduğundan bahsedilmektedir; bu kapsamda, m. 56(1)'in son cümlesinde maddi tazminat olarak, elde edilmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da hükmedilebileceği öngörülmüştür. Ayrıca m. 61'de sayılan haksız rekabet halinde hükmedilebilecek ihtiyati tedbirlere gümrüklerde el koyma eklenmiştir.

Hukukî sorumluluğa ilişkin hükümlerde önerdiğim değişiklikler arasında en önemlisi, UWG'de düzenlenen ve tüketici örgütlerine tanınan “haksız rekabet yoluyla edinilen kârın geri alınması” davasına yer verilmesidir. Tüketici örgütleri bu kapsamda haksız edinilen kârın tamamını dava etmekte, hükmedilen tazminat Devlete ödenmekte, ancak tüketici örgütü dava masraflarını mahsup edebilmektedir. Böylece davacıların arasına tüketici örgütlerinin katılmış olması, somut bir anlam kazanmaktadır. Ayrıca davalar, davacılar ve davalılar şeklinde bir gruplandırma yapılarak sistematik güçlendirilmesi hedeflenmiştir. Bu çerçevede Borçlar Kanunu'na gereksiz atıflardan da kaçınılmıştır. Sadeleştirilmiş ve Türkçeleştirilmiş değişik madde metinleri aşağıdaki gibidir:

“B) Hukukî Sorumluluk

I - Davalar

MADDE 56. - (1) 54üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca hukuka aykırı davranışların varlığı halinde

a) fiilin haksız olup olmadığının tespitini;

b) haksız rekabetin önlenmesini

c) haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini,

d) kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini,

e) Borçlar Kanunu'nun 49uncu (Borçlar Kanunu Tasarısı, m. 72) maddesinde öngörülen şartların varlığında manevi tazminat verilmesini isteyebilir.

(2) Yargıç, (d) bendi hükmü uyarınca tazminat olarak, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen kazancın karşılığına da karar verebilir.

II - Davacılar

MADDE 57. - (1) Haksız rekabet yüzünden zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşan kimse 56ncı maddenin birinci fıkrasında sayılı davaları açabilir.

(2) Ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik çıkarlarını korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve iktisadî birlikler de 56ncı maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davaları açabilir.

(3) Ayrıca kuruluş belgeleri uyarınca tüketicilerin ekonomik çıkarlarını korumaya yetkili örgütler, birinci fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davaların yanında, haksız rekabet sonucu elde edilen kârın Devlete ödenmesi için dava açabilir. Bu halde, hükmolunan bedelden dava giderlerini mahsup edebilir.

III - Davalılar

MADDE 58. -

(1) 56ncı maddenin birinci fıkrasında sayılan davalar, 54üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca haksız rekabet eylemini işleyene karşı açılabilir.

(2) Haksız rekabet eylemi, çalışanlar tarafından iş başında işlenirse, çalıştırana karşı 56ncı maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde yazılı davalar ve Borçlar Kanunu'nun 61inci maddesi uyarınca (d) ve (e) bentlerinde yazılı davalar açılabilir.

(3) Haksız rekabet eylemi, basın veya yayın aracılığıyla işlenirse, haksız rekabet eylemini işleyenden ayrı olarak, ilgili basın veya yayın organından kanunen sorumlu kimseye karşı 56ncı maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde yazılı davalar, ayrıca Basın Kanunu'nun 13üncü maddesi ve Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 28inci maddesi uyarınca (d) ve (e) bentlerinde yazılı davalar açılabilir.

(4) 56ncı maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentleri uyarınca bir kimse aleyhine verilen hüküm, haksız rekabete konu malları, doğrudan veya dolaylı şekilde ticarî amaçla elde etmiş olan kimse hakkında da icra olunur.

IV - Kararın duyurulması

MADDE 59. - (1) Yargıç, kesinleşen hükmün, davayı kazanan tarafın talebiyle, gideri davayı kaybeden taraftan alınmak üzere, öngördüğü şekil ve kapsamda duyurulmasına da karar verebilir.

V - Zamanaşımı

MADDE 60. - (1) 56ncı maddenin birinci fıkrasında sayılan davalar, dava hakkı olan kimsenin bu hakkın doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve herhalde hakkın doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki, Türk Ceza Kanunu gereğince daha uzun bir dava zamanaşımı süresine tâbi olan cezayı gerektiren bir fiil işlenmişse, bu süre hukuk davaları için de geçerli olur.

VI - İhtiyatî tedbirler

MADDE 61. - (1) Dava hakkı olan kimsenin dilekçesi üzerine yargıç, mevcut durumun olduğu gibi korunmasına, 56ncı maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde öngörüldüğü üzere haksız rekabetin önlenmesine, haksız rekabetin sonucu doğan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesine, gümrüklerde el koymaya ve gerekli diğer önlemlerin alınmasına Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ihtiyatî tedbir hakkındaki hükümleri uyarınca karar verebilir.”

4.Cezai Sorumluluk: M. 62-63 (TTK m. 64-65)

Cezai sorumluluğa ilişkin hükümlerde önemli bir değişiklik göze çarpmamaktadır. M. 62’de Türkçeleştirmenin ve terim birliğinin tam sağlanamadığı ve artık gereksiz olan hükümlere halen yer verildiği görülmektedir. Ayrıca yeni Türk Ceza Kanunu’nda öngörülen adli para cezası sistemi ni öngören genel hükümlerdeki üst sürenin (730 gün) günlük en yüksek sınır olan 100 YTL ile çarpılması ile elde edilen 73000 YTL’lik miktar özellikle haksız rekabet eylemini işleyebilecek büyük işletmeler gözönünde tutulduğunda çok düşük kalmaktadır. Bu çerçevede, daha yüksek bir üst sınır öngörülmeli ve özel hüküm olarak uygulanmalıdır. M. 63’te tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği hükme eklenmiştir. Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri uygulanabileceği yeni Türk Ceza Kanunu’nun m. 60’ta düzenlenmiştir; bu hükme atıf yapılması uygun olur. Yine güvenlik tedbirlerinin uygulanması ile ilgili “haksız rekabet fiilinin bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesinden” bahsedilmesi, TTK m. 137’de öngörülen *ultra vires* ilkesinin kaldırılması dolayısıyla artık uygun bir ifade şekli değildir. Bu ibareden sanki tüzel kişinin fiil ehliyeti iştigal konusu ile sınırlı imiş gibi bir anlam çıkmaktadır; ibareye yer verilmemesi uygun olur.

Önerdiğim metinde dil ve terim birliği açısından gerekli düzenlemeleri yaparak gereksiz hükümleri çıkardım, adli para cezasının üst sınırını gün esasına göre belirttim, güvenlik tedbirlerine ilişkin madde atfını verdim ve “haksız rekabet fiilinin tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi” ibaresini çıkardım.

“C) Cezaî sorumluluk

I - Cezayı gerektiren eylemler

MADDE 62. - (1) 54üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca yasaklanan eylemleri kasten işleyen, çalışanlarının veya yardımcılarının iş başında cezayı gerektiren bir haksız rekabet eylemini işlediklerini öğrenip de bu eylemi önlemeyen veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyen kimse, 57nci madde uyarınca dava hakkı olanlardan birinin şikâyeti üzerine ceza yargıcı tarafından onbin güne kadar adlî para cezasıyla veya bir aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla yahut her ikisiyle birlikte cezalandırılır.

(2) Haksız rekabetin önlenmesi hakkındaki kesinleşmiş karara rağmen haksız rekabet eylemine aynen veya önemsiz değişikliklerle devam eden kimse, altı aydan aşağı olmamak üzere hapis ve onbin güne kadar adlî para cezasıyla cezalandırılır. Bu halde şikâyet şartı aranmaz.

II - Tüzel kişilerin cezaî sorumluluğu

MADDE 63. - (1) Tüzel kişi çıkarına bir haksız rekabet eylemi işlenirse, 62nci madde hükmü, tüzel kişi adına hareket eden veya etmesi gerekmiş olan organın üyeleri veya ortaklar hakkında uygulanır. Bu halde, tüzel kişi hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 60ıncı maddesi uyarınca güvenlik tedbirlerine de hükmolunabilir.”

SONUÇ

Yukarıda yapılan değerlendirmeler ışığında Tasarının ticaret unvanı, işletme adı ve haksız rekabete ilişkin hükümlerinin yeniden gözden geçirilmesinin yararlı olacağı görüşündeyiz. Önerilerimizin temelinde, ticaret unvanı ve işletme adında sistemin tutarlılığını sağlayacak serbestlik sistemine tam geçişi sağlayacak düzenlemelerin yapılması, haksız rekabete ilişkin ise tüketiciyi gözetme odaklı anlayışı yansıtacak bir sistemin benimsenmesi yatmaktadır. Ayrıca dil, terim birliği ve sistematik açısından da çeşitli önerilerde bulunmuştur. Umudumuz, Tasarıya ilişkin olası değişiklik çalışmalarında bu önerilerin çalışmalara katkı sağlamasıdır.

**PROF. DR. HİKMET SAMİ TÜRK,
PROF. DR. ERDOĞAN MOROĞLU,
DOÇ. DR. İSMAİL KAYAR,
YARD. DOÇ. DR. AYŞE BOZTOSUN ve
ÖĞR. GÖR. AKIN ÜNAL'IN
TEBLİĞLERİ HAKKINDAKİ SORU VE CEVAPLAR**

Kazım KOLCUOĞLU (Oturum Başkanı): Evet, teşekkür ediyoruz. Çok değerli konuşmacılarımız, konuşmalarını bitirdiler. Bu değerli konuşmalarını kitaplaştırma, bu olumlu eleştirileri, yaklaşımları kamuoyunda tartışmaya açabilmek bakımından önem taşıyor. Çok değerli konuşmacılar bu konuşmalarının metinlerini kısa zamanda ulaştırırlarsa, bunları hemen kitaplaştırıp hem yetkililere ulaştırmak hem komisyon üyelerine ulaştırmak hem de Meclis'teki komisyona iletmek gibi bir görevi yerine getirmiş oluruz. Evet, şimdi 15 dakikalık soru-cevap bölümünü isterseniz hemen yürürlüğe koyalım. Yalnız değerli iki hocamız var, onlar sabah konuştular, onlara da soru sorma olanağı belki olabilir. Eğer lütfedip buraya gelirlerse, onlara sorulan soruları da yanıtlamış olacaklar. Kendilerine zahmet olacak. Evet hemen başlayalım.

Doç. Dr. Mehmet BAHTİYAR (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi): Şimdi, öncelikle bütün hocalarıma, meslektaşlarıma saygılar sunuyorum. Çok yararlandık tebliğlerinden. Soru sormayı çok istiyorum, fakat yapılan değerlendirmelere, eleştirilere, gerekçelere içtenlikle katılıyorum. İzin verirseniz birkaç dakika da olsa en azından, konuşmacıların belirtmediği, belki katkı sayılabilecek bazı hususları dile getirmek istiyorum ve çok kısa bir şekilde bunu yapmaya çalışacağım. Değerlendirmenize sunacağım birinci konu şu: Üzerine tasarı yazılmış olması hükümetin ya da bakanlığın yapılan tartışmaları ve eleştirileri çok dikkate almadan sanki bir emrivakiyle bunu meclise sunacağı yönünde bende bir endişe uyandırdı. Sonra benim bu endişemi arttıran başka bir unsur tartışma süresinin çok kısa olması. Düşünün üç aylık bir sü-

re. Oysa yurtdışındaki uygulamalardan biliyoruz, bir kanun hazırlandığında yıllarca tartışma imkanı tanınıyor kamuoyuna. Bize öyle bir fırsat tanınmadı. Benim endişemi daha da vahimleştiren bir başka şey; bu taslağın tartışılması için ilk gönderilmesi gereken yer barolar bir, üniversiteler iki. Ben bir üniversitenin Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Ticaret Hukuku Anabilim Dalı başkanıyım. Maalesef bana bu tasarı taslağı gönderilmedi. Sağolsun Moroğlu Hocamın elinde iki tane varmış, lütfetti birini bana verdi, ben böylece alma imkanına kavuştum. Diyeceksiniz ki internette var. Evet asistan arkadaşlarımın birçoğundan aldığım şikayet bu kadar yüklü bir dosyayı internette indirip okunabilir bir formata getirmek için bayağı maharet gerekiyor. Maalesef böyle bir sıkıntı var. Sonra dil ve ifade yönünden inanılmaz sıkıntı var. Bana çok ters gelen ifadeler var. Şimdi İsmail Bey'e bir sorum var. Acaba tescil ve ilana tabi olduğu halde, sadece tescil ettirilen bir husus, sadece o sicil bölgesindeki insanların iyi niyetini ortadan kaldırmaya yeterli olabilir mi?

Doç. Dr. İsmail KAYAR: Sadece tescil edilen ama ilan edilmeyen, ama kanunen tescil ve ilanı gereken hususların sicil çevresinde geçerli olması gerekir benim kanaatim; çünkü ticaret sicili alenidir, ilgili ilgisiz herkes bu kayıtları inceleyebilir. O açıdan hiç olmazsa sicil çevresinde etkisini gösterir diye düşünüyorum.

Kazım KOLCUOĞLU: Evet teşekkürler, Hocam siz buyurun.

Prof. Dr. Mahmut Birsal: Ben iki noktaya temas edeceğim sadece. Tacirin genel olarak tanımında kısmen dahi işleten tacir denilmiş. Bunun yanında zannediyorum ki bir tacirin birden fazla ticari işletmesi olabilir de denilmesi gerekirdi diye düşünüyorum. Çünkü bu mesela birçok otele sahip bir anonim şirket olabilir, birçok otele sahip bir vakıf olabilir. Bu tacir derken, sadece tabi tacirin gerçek kişi tacir değil, tüzel kişi tacir; yani şirketlerin aynı zamanda vakıf ve derneklerin de birden fazla ticari işletmesinin olabileceği ve bunların ayrı ayrı tescile tabi olacağını söyleyebiliriz. İkinci bir nokta da, ticari işletmenin malvarlığı sayılabilecek yani patrimoine'ı anlatırken 11. maddenin son fıkrasında, eskisinde de var yenisinde de var, ticaret unvanı dahil edilmiştir. Halbuki ticaret unvanı tacirin adıdır, yahut ticari şirketin adıdır. Ad satılamaz; o tacirle beraber devir edilebilir. Yani anonim şirket birleşirse, onun ismi de bir başkasına geçebilir, olabilir; ama tek başına ticaret unvanı satılamaz. Tek başına satılabilecek ad, işletme adıdır. Onun

yerine işletme adı olmalı. Niçin bunu söylüyorum? Çünkü ticari rehinde bu ticaret unvanı olmadan rehin tesis edilemiyor. Halbuki birden çok ticari işletme olduğu da gerçek olduğuna göre, o zaman biz münferit olarak derim ki bütün malvarlığını, bütün ticari işletmeleri rehin etmektense, alacağı karşılayacak olan tek bir oteli veya tek bir hastaneyi rehin edebilmeliyiz. Bu zaman bu şekilde ticaret unvanının yazılmasının ve konulmasının büyük bir hata olduğunu düşünüyorum.

Kazım KOLCUOĞLU: Teşekkürler ederiz, bu soru değil, açıklama. Teşekkür ederiz açıklamaya Sayın Birsal. Evet, buyurun efendim.

Bir Dinleyici: Benim sorum Sayın Bakanım. Sayın Bakanım, Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu'nu açıklarken sanki böyle boşlukta bir kurul gibi cümleler geçiyor ve diğer bundan evvelki forumlarda da böyle geçiyor; biliyorsunuz Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu Aralık 99'da 4487 sayılı Kanun'la kurulmuş kamu tüzel kişiliğini haiz bir kuruldur. Ayrıca bu kurulu böyle Anayasa'nın üstünde görmek bana göre de bir yanlışlıktır, çünkü bundan evvel bunu böyle gördüğümüz zaman Sermaye Piyasası Kurulu'nu da böyle görmemiz lazım ki, Sermaye Piyasası Kurulu halen yürürlükte olan Muhasebe Standartlarını yayınlamış ve Türkiye'de de halen sermaye piyasasına tabi şirketlerde uygulanmaktadır. Ayrıca biliyorsunuz Türkiye, finans bölümünde 2007'den itibaren Basel 2 kriterlerini uygulayacaktır. Basel 2 kriterlerine ticari işletmelerimizin geçebilmesi için, bu Avrupa Birliği'ndeki standartlar isteniyor. Yani bir SPK bölümümüz buna doğru giderken, Ticaret Kanunumuz'un bundan ayrılması bana göre sakıncalıdır. Bana göre bu Muhasebe Standartları Kurulu Anayasa'nın 7.maddesine göre bir üstünlük kazanmıyor.

Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK: Sayın Başkan, Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu, Sermaye Piyasası Kanunu'na 4887 sayılı Kanun'la eklenen bir maddeyle kuruldu. Evet, bir kamu tüzel kişisi. Ancak, benim söylediğim Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin düzenlemesi gereken hususları, bir kamu tüzel kişisi de olsa, başka bir kuruma devredemeyeceğidir. Hele bu Tasarı'da öngörülen düzenlemelere göre yapacağı iş büyük ölçüde uluslararası raporlama sistemini Türkçeye çevirmekten ibaret olan bir kurulun koyacağı kuralların, -ki bu, geçici maddelerden anlaşılıyor- Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yapacağı kuralların, koyacağı kuralların önüne geçemeyeceğidir. Böyle bir şey olamaz. Hiçbir yasama organı bunu kabul etmez.

Şüphesiz Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu önemli bir görev yapmaktadır; ama benim incelediğim yabancı ticaret kanunlarından hiçbirinde, bu arada ne Avrupa Birliği devletleri kanunlarında, ne İsviçre kanunlarında, bir kurula böyle bir yetki verildiğini de görmedim. Bu konuda genellikle rastlanan tanımlar, “genel kabul gören muhasebe kuralları” ya da “düzgün ticarî muhasebe kuralları” biçimindedir. Bunlara yollama vardır. Biz böyle bir kurul kurduğumuza göre, bu kurula da bazı yetkiler tanıyabiliriz. Ama temel kuralları yasa koyucunun koyması gerekir. Örneğin Alman yasa koyucusu böyle yapmıştır, Fransız yasa koyucusu böyle yapmıştır, İsviçre yasa koyucusu böyle yapmıştır. Ondan sonra bazı ayrıntıların düzenlenmesi yetkisi bu kurula verilir. Düşününüz ki, daha tacirlerimizin tutacağı defterlerin ne olduğu dahi belli değil. Böyle bir ticarî defterler düzenlemesi olabilir mi?

Yeri gelmişken, Sayın Başkan, izin verirseniz birkaç noktaya daha değinmek istiyorum. Bunlardan biri ticarî defterlerle ispat. Tacirler arasında ticarî işletmeleriyle ilgili konulardan, ticarî işlemlerle ilgili konulardan doğan uyuşmazlıklarda ticarî defterlerle ispat yöntemi artık kaldırılmış bulunuyor. Bunun isabetli olduğunu sanmıyorum. Bu kadar kural koyacaksınız, bu kadar Türkiye muhasebe standartlarından söz edeceksiniz. Bunlara uygun defter tutulmasını cezaî yaptırımlara bağlayacaksınız; ama sonunda bütün bunlar çok fazla bir işe yaramayacak. Oysa Fransa’da hâlâ bu konuda ticarî defterlerin tacirler arasında delil olarak kabul edildiğine dair kurallar yürürlükte. Bunları göz önünde bulundurmak gerekir.

Bu arada ticaret sicili konusunda benim değinmek istediğim bir nokta var. Tasarı’nın 24. maddesinde ticaret sicilinin, “ticaret ve sanayi odaları veya ticaret odaları veya sanayi odaları” tarafından tutulacağı belirtiliyor. Burada bir belirsizlik var. Çünkü ticaret odası mı tutacak, yoksa sanayi odası mı tutacak? Eğer oda bulunmayan veya yeterli örgütlenmesi olmayan odalar varsa, o zaman Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nca belirlenecek bir oda ticaret sicilini tutacak. Aslında bu yetkinin Bakanlığa bütün ticaret odaları bakımından verilmesi gerekir. Bugün zaten ticaret odaları bu işi yapıyor, Tasarı’da ise gereksiz yere bir de sanayi odalarından söz edilmiş. Ticaret sicilinin tutulmasından doğan sorumluluk konusuna Sayın Doç. Dr. *Kayar* da değindi. Aslında ticaret sicili harçlarının 1510. madde gereğince yarısının odalara verilmesi gerekiyor. Sanıyorum ki, bu nedenle de ticaret sicillerinin tutulmasından doğacak olan sorumluluğun doğrudan doğruya odalara ait olması gerekir. Bu, rücu sorunları bakımından önemli bir konudur.

Sayın Başkan, izin verirseniz birkaç noktaya daha değinmek istiyorum.

Kazım KOLCUOĞLU: Belki soruların arasından çıkar efendim.

Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK: Bir önemli nokta daha. 41. maddede gerçek kişilerin ticaret unvanlarıyla ilgili bir hüküm var. Yürürlükteki Kanun'un 43. maddesine göre, gerçek kişiler, aynı sicil çevresinde unvanı daha önce tescil edilmiş, aynı ad ve soyadını taşıyan başka bir kişi varsa, o zaman ayırt edici ek koymak zorundadır. Oysa bu hüküm kaldırılıyor. Dolayısıyla tüzel kişiler gibi gerçek kişiler de, Türkiye'nin her tarafında aynı adı taşıyan bir başka kimse varsa, –ki bunun da saptanması kolay bir iş değil– ayırt edici ek kullanmak zorunda. Ben sadece kendi adımdan hem *Hikmet Türk* olarak, hem *Sami Türk* olarak, hatta *Hikmet Sami Türk* olarak başka insanların var olduğunu biliyorum Türkiye'de. Ama aynı sicil çevresiyle sınırlarsanız böyle bir yükümlülük azalabilir. O nedenle bu hükmün de gözden geçirilmesinde yarar var.

54. maddenin 2. fıkrasındaki haksız rekabet tanımında çeviri yanlışı var. Ben Ankara'da bunu belirtmiştim, ama Sayın Prof. Dr. *Tekinalp* arkadaşım bunu kabul etmedi. “Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı ... davranışlar”dan söz ediliyor. Kaynak İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'na göre, burada “tedarik edenlerle” değil, “mal veya hizmet sunanlarla müşteriler arasında” denilmesi gerekir. Tedarik eden, mal ve hizmeti sunan kimse değildir. Tedarik eden, daha çok müşteri durumundadır.

Kazım KOLCUOĞLU : Hocam muhtemel soruları da yanıtladığı için ona biraz zaman veriyoruz. Fazla soru sormazsınız herhalde bu açıklamalardan sonra.

Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK: Sayın Başkan, çok teşekkür ediyorum, çok güzel bir yorum buldu. Türk Ticaret Kanunu hepimizin üzerine titredığımız bir konu. O nedenle Tasarı'nın hatalı bulduğumuz yönlerini belirtmekten kolay kolay vazgeçemiyoruz.

Kazım KOLCUOĞLU: Hocam bir soru daha alayım mı?

Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK: Tabii, siz bu arada soruları alınız.

Kazım KOLCUOĞLU: Evet sizin sorunuzu da alayım ben hemen. Zaten saatimiz geldi, maalesef vaktimiz doldu. Çünkü hepimizin acıktığını

biliyorum. Çok sabırla dinliyorsunuz, çok dikkatle dinliyorsunuz. Keşke burada yesek de devam mı etsek diye düşünüyorum ama? Evet buyurun.

Turgut ARI (Öğretim Görevlisi): Bu tip toplantılar genellikle bir devletin hazırladığı herhangi bir konuda bakanlar kurulundan meclise gittikten sonra halka mal olabiliyor. Oysa ki batı ülkelerinde henüz hazırlama safhasında ilgili kesimlerin görüşü alınmıyor. Ülkemizde bunu başlatmanın yararı var. Bu konuda genel bir soru, ne düşünürler? Ondan sonraki kısa kısa soruları ...

Kazım KOLCUOĞLU: Çok mu kısa yani?

Turgut ARI: Hayır, sadece yorumsuz efendim. Bu biraz yorumlu oldu.

Kazım KOLCUOĞLU: Kime soruyorsunuz onu da söyleyin.

Turgut ARI: Sayın Bakanım konuşması icabı sermaye şirketlerinin durumunu belirtti, ama bir uygulamacı olarak sermaye şirketleri en az Bakanlığın belirlediği rakamla kuruluyor. Bugün bir limited şirketin, yani kurulan bir şirketin 5 milyarlık sermayesi, bir yıllık kirasının karşılığı bile değil. İşletmesi için sermaye yetersiz ve ondan sonra ortaklar cari hesabı diye alıp başını gidiyor. Sermaye yetersizliği veya sermaye artışı yapılmayışı durumunda bu gülünç tablo nasıl ortadan kaldırılır? İkincisi anonim şirketlerde özellikle ortaklar genellikle bir de genel kurulda divanı oluşturuyorlar. Bunu beş kişilik şirketlerde de gördüm, 500 ortaklı şirketlerde de gördüm. Bunu da engellemek lazım. Bu konuda da bir?

Kazım KOLCUOĞLU: Efendim bunları programı incelediğimiz zaman anonim ortaklıklarla ilgili metin, şey, konuşmalar daha sonra yapılacak. O soruları isterseniz o bölümlerde soralım. Yoksa bunların hepsini birbirine karıştırırsak..

Turgut ARI: Hayır. Sayın Bakanın konuşmaları icabında konuştum.

Kazım KOLCUOĞLU: Hayır. Anonim ortaklıklarla ilgili özel olarak konuşma yapılacak, yeni konuşmada yapılabilir.

Turgut ARI: Tamam orada cevaplanabilir efendim. Sayın Moroğlu konuşmasında genel kurul belgelerinden söz ettiler. Genel kurulun çoğu zamanında bir ticari faaliyetin çalışma raporu sunulmuyor, bazen orada dağıtılıyor. Çoğu zaman da dağıtılmıyor ve okunmuş kabul edilerek tutanaklara geçiriliyor. Bu da bir sakıncadır. Nasıl giderilebilir?

Kazım KOLCUOĞLU: Bu sorular lütfen sonra. Şimdi saat 2 oldu. Anonim ortaklıklarla ilgili soruları isterseniz anonim ortaklıkları bölümünde soralım. Çünkü öğleden sonra devam edecek ve tartışma zamanımız kalacak.

Turgut ARI: Son soruyu sorayım. Değerlendirmesini siz istediğiniz gibi yapın. Sayın Boztosun'un da konuşmasında esinlendiğim şirketlerin devrinde genellikle noterler kuruluş sermayesini dikkate alıyorlar. Oysa ki şirketlerin bir süre sonra karlı veya zararlı durumda mali tablosu dikkate alınmıyor. Bu da bir farklılık yaratıyor. Bu nasıl önlenebilir? Teşekkür ederim.

Kazım KOLCUOĞLU: Evet sayın hocamla başlayalım. Herhalde. Evet soruları kapattık saat 2 oldu. Yemek yememek için kararlıysanız ben devam edebilirim. O öğleden sonra sorulabilir. O sorular yine devam edecek. Evet sayın Bakanım yalnız bir soru da benden hemen buna ilaveten. Komisyon çalışmalarının kapalı olduğu ile ilgili yani dışarıya bilgi verilmez konusunda bir yasa var mı?

Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK: Hayır. Böyle bir şey yok, zaten zaman zaman açıklamalar da oluyordu. Aslında biz, Komisyon'u topladığımız zaman bunu basın önünde yaptık. Komisyon o şekilde göreve başladı. Ama ondan sonra takdir edersiniz ki Komisyon'un kendi iç çalışmaları kapalı olarak yürümektedir. Bununla birlikte zaman zaman bazı açıklamalar yapılmıştır. Sonunda da bu Tasarı şimdi tartışmaya açılmıştır. Bu bakımdan, sanıyorum ki bu, henüz işleyecek bir süreçtir.

Burada bir arkadaşımız da "Tasarı" denmesini, acaba şimdi Meclis'e sevk edilecek bir duruma mı geldi, şeklinde algılayabileceğimizi sordu. Aslında bunu o kadar abartmamak gerekir. Bu terim kullanılıyor. Hukuken Tasarı şeklinde Bakanlar Kurulu'nda bütün bakanlar imzaladıktan sonra Meclis'e sunulan metin olarak görmek gerekir.

Şimdi izin verirseniz, burada iki değerli arkadaşımızın değindiği bazı noktalara işaret etmek istiyorum. Bu konu ile ilgili.

Kazım KOLCUOĞLU: Hayır o sorunun cevabını verebildik mi?

Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK: O soruyu, anonim şirketleri, öğleden sonra ayrıca görüşebiliriz.

82. maddenin 1. fıkrasında "Her tacir" diye başlayan bir cümle var, ama sonu "yükümlüdürler" diye bitiyor. Tekil özne ile başlayan cümle, ço-

ğul olarak bitiyor. Bunun düzeltilmesi gerekir. 4. fıkrada, 67. maddenin 4. fıkrasının 1. cümlesine bir yollama var. Oysa 67. maddenin 4. fıkrası yok. Bu yollamanın büyük bir olasılıkla 65. maddeye yapıldığını düşünebiliriz.

Onun yanında 89. maddedeki “cari hesap” tanımı var. Sanırım bir aradaşımız değindi. Bu tanımdaki “İki kişinin para, hizmet ve diğer hususlardan...” ibaresindeki “ve” sözcüğünü “veya” olarak düzeltmek gerekir. “Bileşik faiz ve sözleşmeyle belirlenebilecek hükümler” ibaresini de, veya 96. maddenin kenar başlığındaki “bileşik faiz ve diğer hususlarla ilgili hükümler” daha geniş kapsamlı olarak “... diğer hususlara ilişkin hükümler” olarak anlamak gerekir.

Evet, sanıyorum ki, öğleden sonra da bu tartışmalar devam edecektir. Teşekkür ederim.

Kazım KOLCUOĞLU: Evet Erdoğan hocanın var mıydı bir şeyi? Siz çok ısrar ettiniz ama nedir? Siz uygulamadan geldiğiniz için bir şey sormak istiyorsunuz tabii de onu alalım o zaman.

Bir Dinleyici: Şimdi İsmail Bey’in açıklamaları için kendisine teşekkür ederim. Yararlandım. Yalnız Kanun’da, kendi açıklamalarında saymadı ama, “ilgililer” kavramı var. Tabii bu bilinen bir kavram, ama Yasa’da bu çok sınırlı tutulmuş. Tüzükte de bu böyle. Şimdi bu ilgililer kavramının genişletilmesi düşüncesindeyim şahsen. Örneğin, bir şirketin yönetim kurulunun genel kurulun kararı tescil ediliyor. 3 kişiler, özellikle alacaklılar, bundan mağdur oluyor. Halbuki Yasamız’da bu alacaklıların itiraz hakları yok. Her ne kadar ilgililer itiraz edecek bilahare alacaklılar bu itiraza mahkeme marifeti ile katılacaklar. İsmail Bey’in bu konudaki düşünceleri nedir? İlgililer kavramının biraz daha genişletilmesi özellikle pay sahiplerini ve alacaklıları kapsayıp kapsamadığıdır. Teşekkür ederim.

Kazım KOLCUOĞLU: Evet biz de teşekkür ederiz. Evet buyurun siz de bir şey ilave edecektiniz.

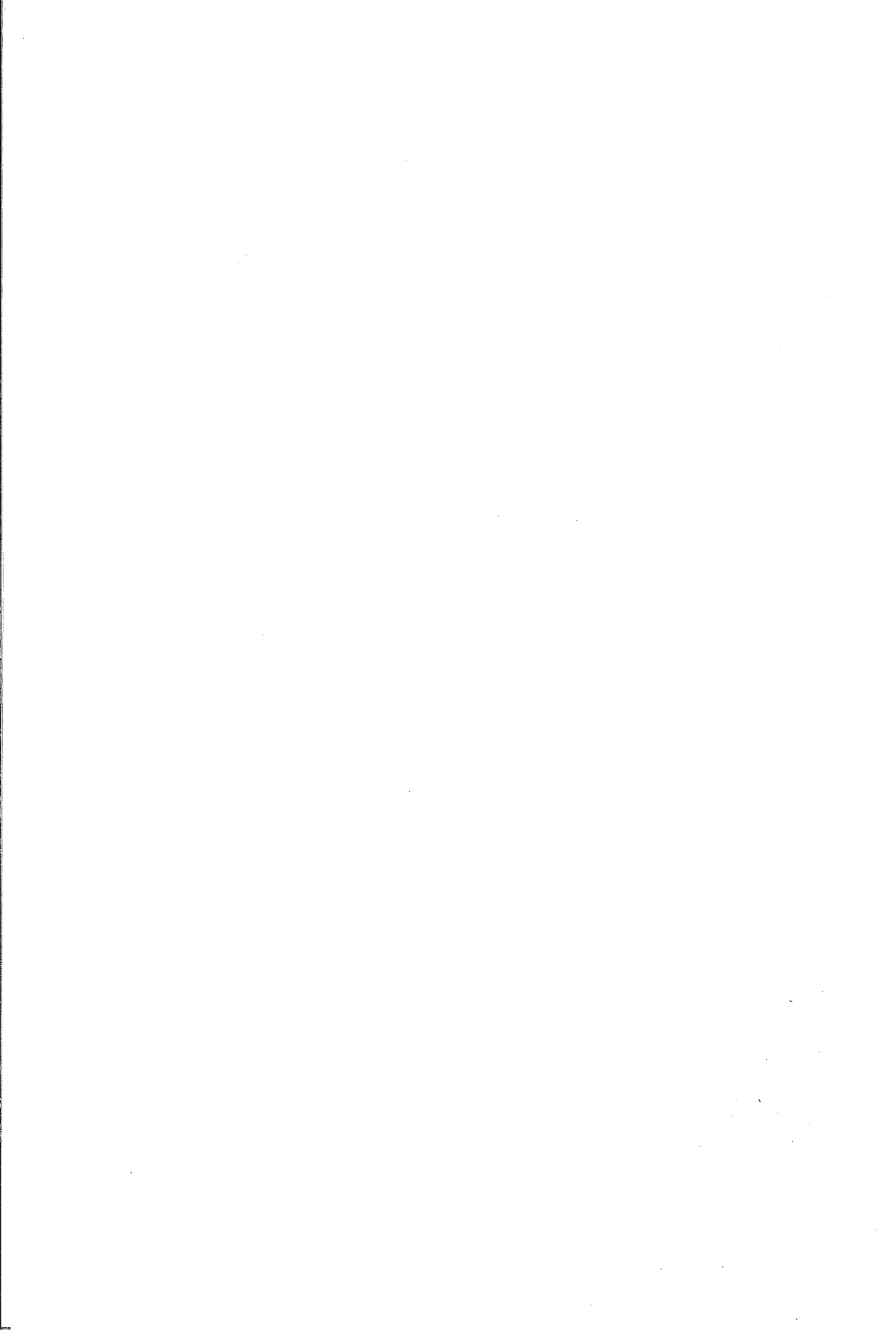
Yard. Doç. Dr. Ayşe BOZTOSUN: Deminki soru ile ilgili düşüncemi ifade edeyim. Sanırım ticaret unvanı yanında belgelerde bulunması gereken bilgiler arasında tacir sermaye şirketi ise sermaye miktarının bulunması gerektiği belirtiliyor. Ancak bu şirketin mali durumunu yansıtmayabilir. Yanıltıcı olabilirdi değil mi? Soru bu konuda ne düşündüğümü soruyordunuz. Yalnız bu aynı web sitesi adresinin de yer alacağı belirtiliyor. Onunla ilgili madde

de 1502. madde de bu web sitesinde bulunması zorunlu bilgiler arasında finansal tablolar, yıllık rapor v.s. gibi bilgiler yer alıyor. Yani eğer bu hüküm -tabi uygulanırsa, hakikaten şeffaflığa hizmet edecektir. Yani bahsettiğiniz sorunu belki bu web sitesindeki bu bilgilerin bulunması giderebilir.

Kazım KOLCUOĞLU: Evet teşekkürler, İsmail Bey hemen kısaca lütfen

Doç. Dr. İsmail KAYAR: Şimdi bir ilgililer diye bir başlık var 28. maddede mevcut. Kanun'da da var. Tescil talebi, ilgililer, temsilcileri ve hukuki halefleri tarafından yetkili sicil müdürlüğüne yapılır. Benim dediğim şudur, tescil talebinde kimlerin bulunacağı, nelerin tescil edileceği belirlenmiştir. Görünüşe güven ilkesi düzenlenirken bu ilgililer kavramından daha dar bir şey kullanılıyor. Sizin söylediğiniz aksine daha dar bir şey. Nedir? İlgili olan husus tescil ettirilmesi gereken kişiye karşı ileri sürülebilir gibi. Sizin şirketlerle ilgili diğer ilgililer konusu, yani haklı olabilir. Ben de o konuda geniş yorumlanması gerektiğini düşünüyorum, ama yani burada konu dar bir konu. Sicil tescil talebinde kimler bulunabilir? bunu genişletmenin gereği yok diye düşünüyorum. Tescil talebinde bulunma bakımından, mesele pay sahipleri niye tescil talebinde bulunsun?

Kazım KOLCUOĞLU: Tamam peki. Efendim kusura bakmayın vakit çok geç.



İKİNCİ OTURUM BİRİNCİ BÖLÜM AÇILIŞ KONUŞMASI

Prof. Dr.Abdülkadir ARPACI

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Değerli katılımcılar. İkinci oturumu açıyorum. Bir iki kelam ettikten sonra konuşmacılara söz vereceğim.

Bir kere nereden estiğini bilemediğiniz ya da hepimizin bildiği bir rüzgar var. Bizim birçok alışageldiğimiz durumlarımızı belki de değerlerimizi götürüyor. Bir iki noktaya temas etmek istiyorum. Türkiye’de sık sık kanun değişiyor. Yani kanun değiştirmek marifetmiş gibi algılanıyor ve bu işi yapanlar işte falanca yasama yılında şu kadar kanun çıkardık diye de övünebiliyorlar. Oysa bir ülkede sık sık kanun değişirse, akşam yatarken okuduğunuz kanunu sabah göremezseniz hukuk güvenliğinden ve giderek hukuk istikrarından söz etmek çok zorlaşır. Ve de üstelik kanun değiştirmekle her şeyin halledilebileceğini savunmak çok yanlıştır. Eğer öyle olsaydı biz adalet alanında her şeyi halletmiş durumda olacaktık ki, öyle olmadığını söylemeye gerek bile yok. Kafalar karışıyor, bir kalem darbesiyle kütüphaneler yok edilebiliyor. Yılların içtihatları silinip süpürülüp götürülebiliyor ve hukuk adamları zora sokuluyor. Hem uygulama alanında hem doktrin alanında birçok emekler heba olabiliyor. Ben şahsen bir kitap yazıyorum. Mesela Borçlar Hukuku genel hükümleri yazıyorum. Kalemi elime alıyorum. Tereddütler içindeyim. Acaba ben o kitabı bitirince hemen Borçlar Kanunu değişir mi? Kanunlaşır mı tasarır? diye ve kitap hemen eskimiş olacak. Mesele böyle iken, temel kanunları değiştirmek modası, furyası Türkiye’yi maalesef allak bullak etti. Yani temel kanunları yüz yılların tecrübesi olan kodları değiştirmek bu kadar kolay mı? Üstelik bunlar reform adı altında ya-

pılıyor. Ben bakıyorum hiç de reform filan değil. Yani bir kanuna bakıp dilini değiştirmek bazı şeyler eklemek suretiyle adeta onu fotokopi yapmak kanun değiştirmek midir? Yeni bir kanun yapmak mıdır? Hele hele bazılarının iddia ettiği gibi yerli bir kanun yapmak mıdır? Hiç de değil. Medeni Kanun'u yeniden kaleme aldılar. Kanunlaştı. Ne oldu madde numaraları değişti. Bu o kadar vahim bir hatadır ki telafisi çok güç. Hukukçunun dili elinden alındı. Lisanı elinden alındı. Belirli meşhur maddeleri birbirimize söyleyerek hiç konuşmadan anlaşabiliyorduk. Şimdi o elimizden alındı ki canım yani gökten zembille inmedi ya eski kanun maddeleri. Buna da alışsınız, alışsınız, ama deler geçer, kolay değil öyle alışmak. O bakımdan madde numaralarının değişmesi hiç doğru olmamıştır. Mesela Medeni Kanun'da, diğerleri hemen hemen fotokopi radikal değişiklikler, yenilikler aile hukukundan mal rejiminde, bir de genel hükümlerde olmuştur. Canım bir «Evlilik Kanunu» yaparak meseleyi halledebilirdiniz, Almanların yaptığı gibi. Niye Kanun'u yeniden kaleme aldınız?

Ticaret Kanunu, konumuz o tabii. Ticaret Kanunu Tasarısı'na bakıyorum, onun da madde numaraları değişmiş. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı da yine öyle. Ceza Kanunu hepimizin malumudur. Bir şey söylemek istemiyorum. Başarılı olunamamıştır. Üstelik bir de bu kodların dili ile oynanılmıştır. Medeni Kanun'da bu yapılmıştır. Türk Borçlar Kanunu tasarısında yapılmıştır. Başka kanunlara galiba bakılmadan, fazla inceleme yapılmadan yapılmıştır. Mesela bir iki örnek vereyim; Medeni Kanun'da “teferruat” yerine, bu Arapçadır diye zannediyorum beğenmemişler, “eklenti” demişler. Eklenti, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun getirdiği, hukukumuzda ilk defa soktuğu ve üstelik “bütünleyici parça” anlamında kullanılan bir kavramdır. Siz “teferruata” “eklenti” dersiniz, kavramlar karışır. Aşure yapmış olursunuz ve bir yanda “batıl” deniyor, en ağdalı kelime ipka ediliyor, yani muhafaza ediliyor, diğer yandan “temyiz kudreti” beğenilmeyip, “ayırt etme gücü” deniyor. Peki “mümeyyiz” derken tek bir kelime ile veciz bir şekilde, temyiz kudretine sahip olmayana “gayrımümeyyiz” diye ifade etmek mümkünken, “ayırt etme gücüne sahip olamayan” mı diyeceğiz? Bu başarı mıdır? Bunlar yanlış olmuştur. Dil tutarlığı bir yanda aşırı Arapça olan terimler çaresizce muhafaza edilmiştir; efendim. Öz Türkçe diye kavramı ifade etmeyen terimler kullanılmıştır. Efendim halk anlamıyormuş. Eee halk anlamasın. Halkın anlaması mecburiyeti de yok. İki hekim konuşurken ben anlamam. Halk sonra ne kadar Türkçeleştirseniz yine anlamaz. Eğer kanunu sadeleştirmek

suretiyle halkın anlayacağını sanıyorlarsa hukuk fakültelerini kapatmak lazım. Bu bir bilim işidir, yorum işidir. Maddeler arası, hükümler arası ilgiyi bilmek, kurabilmek işidir. Köprüleri kurabilmek işidir. Hukuk felsefesini, sosyolojisini, metodolojisini bilmek işidir. Yani halk, ne kadar arı Türkçe ile yazılırsa yazılsın yine anlamayacaktır. Üstelik halkın anlayacağı dilden yazılmamıştır. Mesela Türk Borçlar Kanunu tasarısına bakıyorum; temerrüt yerine direnme demiş. Şimdi “direnme”, temerrüdü tam ifade etmiyor. Yahut ihtiyaç yerine “gereksinim” denmiş. Benim halkım ihtiyacı anlar, gereksinimi anlamaz. Kimse kusura bakmasın. “İhtiyaç” kökeni ne olursa olsun, Türkçe’dir, Türkçeleşmiştir. Bir dilin gramerini almazsanız, o dili almış olmazsınız. Her dilde başka dilden binlerce kelime var. Bazen biz bir Arapça kökenli kelimeyi alırız, başka anlamda kullanırız. Kökenine bakılmaz. Türk nasıl kullanıyor ona bakın. “Gereksinim” dediğin zaman köylü anlamaz. Peki muhtaç, ihtiyaç içinde olana “muhtaç” denir. Buna “gereksinme duyan” mı diyeceğiz biz? Bence hem Borçlar Kanunu’nun hem de Medeni Kanun’un veciz ve şiirsel ifadesine yazık edilmiştir. Çok ağır birtakım ağıdalı kelimeler elbette vardı. Onlara müdahale edilebilirdi, edilmesi de gerekirdi. Ama bunun için de Kanun’u baştan sona, hem de madde numaralarını değiştirmek suretiyle kaleme almak doğru olmamıştır.

Gelelim Türk Ticaret Kanunu Tasarısına. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı için dil bakımından biraz önce söylediğim eleştirileri yapmak biraz zordur. Bence dil bakımından başarılı denilebilir. Ama bu şundan kaynaklanıyor. Zaten, mevcut Türk Ticaret Kanunu, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu dilini çok kullanmıyordu belki, ona yakın olması o sebeptendir. Bir iki şeye işaret edeceğim. Ben Medeniciyim, Ticaret Hukukçusu değilim ama Ticaret Hukuku da bizden kopmuştur. Aslı Medeni Hukuktur. O bakımdan bir iki şeye temas edeceğim. Şimdi bir kere şekil açısından Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na bakıyorum Borçlar Kanunu’na atıflar yapmış. Mesela diyor ki şu konuda; Borçlar Kanunu’nun 191. maddesine bakılır vs. birçok yerde var bu. Halbuki Borçlar Kanunu madde numaralarını değiştirdi. O da yasalaşacak. Bu kargaşa nasıl giderilecek ben merak ediyorum. Yani acaba Borçlar Kanunu Tasarısını hazırlayan komisyon ile bu komisyon hiç mi irtibat içinde olmadılar? Hiç mi bu problemi tartışmadılar, hiç mi düşünmediler? Bilmiyorum. Yani mevcut Borçlar Kanunu’na atıflar var. Borçlar Kanunu değişince, bu şekilde bunlar yasalaşınca emeklere yazık olacak. Bir kere buna işaret etmek istiyorum. İkincisi Türk Ticaret Kanunu’nun, mevcut Ka-

nun'un 25. maddesine tekabül eden, yani 23. maddesi hemen hemen değiştirilmeden alınmış. Bir değişiklik yapılmış o da bence doğru olmamış. Mevcut metinde tacirler arası ticari satışlardan bahsediliyor. Halbuki yeni metinde sadece ticari satıştan bahsediliyor. Yani şu, açık ayıplarda iki gün içinde ihbarda bulunacaksınız, ayıp ihbarında, gizli ayıplarda sekiz gün içinde diyor ya o hüküm, vallahi iki tacir arasındaki bütün işler ticari işler değildir. Tacirin biri kızına çeyiz almak için bir başka tacirden buzdolabı satın alsa bu hükme mi tabi olacak.? Halbuki mevcut metinde, yani yürürlükteki Ticaret Kanunu'nda, tacirler arası ticari satıştan bahsedilir. Eğer ticaret hayatının özellikleri nazara alınmak suretiyle ayıp hükümleri bakımından Borçlar Kanunu'ndan ayrılmışsa, ki TTK. 25. madde bu sebeple ayrılmıştır. O zaman mutlaka tacirler arası ticari satışlardan bahsedilmeliydi. Mevcut metinde olduğu gibi tasarı bu bakımdan bence doğru yapmamıştır. Sonra açık ayıplarda teslimden itibaren iki gün içinde ayıp ihbarında bulunulur. Mevcut metinde böyle. Aslında mevcut metin eleştiriyi, tenkit-i muciptir. Neden? Çünkü göz göre göre, bilerek, yani adeta ayıplı hali bilerek, kabul ederek teslim aldıysanız tekrar ayıp ihbarında bulunmanız herhalde temel prensiplerle bağdaşmaz. Kanun bununla şunu demek istiyor zannediyorum. İşte açık ayıptır ama mesela ambalajlı filandır, mesafe satımıdır. Ambalajı açınca gördünüz. O zaman işte iki gün içinde ayıp ihbarında bulunmalısınız. Böyle yorumlanması lazım, aksi takdirde Borçlar Kanunu'nun koyduğu temel prensiplerle de, yani "ayıplı hali bilerek teslim olan ayıp hükümlerine dayanamaz" hükmüyle çelişir. Doğru olmaz. Bu konuda bir açıklama yapmak gerekirdi. Tıpkı Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi. Elinize bir fırsat geçmişken hazır bir yeni TTK, lüzum olmadığı halde, bence yapmışken yeniden yazmaya lüzum yoktu, müdahale etmeye lüzum yoktu demiyorum, yanlış anlaşılmasın ama yeniden kaleme almaya lüzum yoktu. Bari bu aksama ya işaret edin, bir iki kelime ile düzeltin. Bu düzeltilmemiş.

Sonra tasarının 55. maddesinde, tıpkı mevcut Kanun'un 59. maddesinde olduğu gibi, mesela çalıştırmanın, yani istihdam edenin, çalıştırdığı kimsenin haksız rekabet eylemini işlemesi, dolayısıyla tazminata mahkum edilemeyeceği sonucu çıkıyor. Çünkü şu bentler uygulanır diyor. Onların içinde tazminat yok. Mevcut metinde de böyle, tasarıda da böyle, ama bence doğru değil. Tasarıda bunun düzeltilmesi lazımdı. Niye adam çalıştıran olarak haksız rekabet; çünkü bir haksız fiildir. Biliyoruz ki haksız fiil teorisinde adam çalıştıran kimse haksız fiil işlemişse çalıştırdığı insan, kendisi

de yerine göre esasen 55. maddeye göre sorumludur, çalıştıran sıfatıyla. Burada mevcut Kanun onu sorumlu kılmamış, tasarıya da aynen geçmiş. Dedğim gibi yani bakılıp bakılıp yazılmış izlenimini alıyorum diğer temel kodlarda olduğu gibi ve sonra da bunun adı reform oluyor.

Bakın sonra 18. maddesinde tasarının mevcut Kanun'un 20. maddesinin 3. fıkrasına tekabül ediyor. Tasarının 18. madde fıkra 3'ü işte tacirler arası mesela sözleşmeyi feshetmek için vs. birtakım işlemler orda sayılıyor. İşte şey lazım ya telgrafla ya taahhütlü mektupla bu ihbarları yapacaksınız. Yani şekilsiz olmaz. Mevcut metinde "muteber olması için" diyor; yeni tasarıda "muteber olması için" sözünü kaldırmışlar. Gerekçeye baktım, hem diyor biz bunu mahsus kaldırdık. Şunun için, artık sağlık şekli olarak kabul edilmemeli bu bütün dünyada kalkmıştır. Muteber olması için sözünü kaldırdık ki, ispat şekli olarak algılsın. Gerekçe böyle söylüyor. Peki buna bir şey demiyorum. Ama tasarının lafzına bakarsanız maddenin metnine bakarsanız emredici bir kural, yani sağlık şekli gibi algılanmaya son derece müsait. Sadece muteber olması için sözünü kaldırmak maksadı ifade etmeye yetmemiştir. Orada da bir özensizlik görüyorum şahsen.

Sonra haksız rekabette mevcut metinde bir haksız rekabet diye genel hüküm var, bir de haksız rekabet halleri birer birer sayılıyor. Malum, hem mevcut Kanun'da, hem tasarıda. Mevcut Kanun şöyle diyor; 56. madde "haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimalidir". Tasarıya bakıyoruz. Şimdi vakitinizi fazla almamak için. Çünkü konuşmacılar dolu dolu bekliyorlar biliyorum. Yeni metni okumuyorum ama lütfen karşılaştırın. Mevcut metin maksadın ifadesi için çok daha elverişli, çok daha veciz, çok daha güzel. Yani bunlar neden atılıyor? Bir şey yapmış olmak için yapılmaz ve okuyun 56. maddeye tekabül eden hükmü, karma karışık ve üstelik ondan sonra gelen madde birer birer haksız rekabet hallerini saymış. Bakın mevcut Ticaret Kanun'u diyor ki "hüsnüniyet kaidelerine aykırı haller hususi ile şunlardan ibaret" diyor ve birer birer sayıyor. Hususiyle, yani sınırlayıcı değil. Eskilerin tabiriyle, tahdidi değil tadadidir. Yani sayıdır. Sadece birer birer saymıştır. Örnek kabilinden sayılmıştır. Hüsnüniyet kurallarına başka aykırılıklar da olabilir diyor mevcut metin. Gayet güzel. Halbuki yeni metinde, hususiyle falan lafı kaldırılmış, iyiniyet kurallarına aykırı haller şunlardır diyor, ya Allah, Allah ne verdiyse sıralamış. Bu kazuistik metottur. Ondan sonra bir başkasını oraya sokamazsınız, kazuistik metodun modası çoktan geçti. Demo-

de olan şeyler niye moda yapılıyor, bilmiyorum. Borçlar Kanunu'nda da, geçen gün bir yerde söyledim, kiracı aleyhine cezai şart geçersiz diyor yeni tasarıda. Yargıtay da böyle diyordu, Yargıtay döndü. Yargıtay dedi ki, demode artık benim bu görüşüm. Bakıyorsunuz Borçlar Kanunu Tasarısına, moda olmuş. Aynen almış onu. Bunlara dikkat edilmesi lazım. Beni dinlediğiniz için hepimize teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum. Sözü sayın Prof. Dr. Hasan Pulaşlı'ya veriyorum.

İKİNCİ OTURUM BİRİNCİ BÖLÜM KONUŞMALARI

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISININ
DEĞERLENDİRİLMESİ VE ELEŞTİRİLEN HÜKÜMLER

Prof. Dr.Hasan PULAŞLI

Çukurova Üniversitesi Öğretim Üyesi

I. TASARININ GEREKÇESİNİN GENEL DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Gerekçesi(*), daha önceki kanun gerekçeleri dikkate alındığında, her maddeye ilişkin oldukça yetkin ve etkin açıklamalar içerdiği söylenebilir. Doktrin ve uygulama için ilgili maddelerin esin kaynakları ve konuluş amacı hakkında genel anlamda bilgiler verilmekte ve böylelikle araştırmacılar yönlendirilmektedir. Bununla beraber Tasarının Gerekçesinin tam olarak bilimsel kriterlere uygun olduğu söylenebilir, çünkü özellikle kaynak hukuktaki doktrin ve mahkeme kararları hakkında genel bir ifade kullanılmakta ve somut olarak bir kaynağa atıfta bulunulmamaktadır. Örneğin, 140. maddenin birinci fıkrasına ilişkin olarak Gerekçede (s. 450/d), “*Alman ve İsviçre öğretisinde, birleşmede bir veya birden çok ortaklığın münfesi olacağına bakılmaksızın bütün ortaklıkların yaşayan ortaklık değeri ile hesaba katılması gerektiği görüşü hâkimdir*”, denilmektedir. Ancak, burada hiçbir yazara ve esere atıfta bulunulmamaktadır. Aynı şekilde, 145. maddenin gerekçesinde de, İsviçre hukukundaki egemen

(*) Adı geçen eser, Adalet Bakanlığı tarafından 2005 yılında yayınlanan “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı”dır.

görüşün ne olduğu kaynakça gösterilmeden ifade edilmektedir (s. 453). Keza 340. maddenin gerekçesinde de, Alman POK § 23 (5) den esinlenen bu hükmün, *Alman öğretisinde* birçok karşının olduğu yine hiçbir kaynakça gösterilmeden belirtilmektedir. Buna benzer atıfsız birçok açıklamalar Gerekçede hemen hemen her maddeye ilişkin açıklamalarda yer almaktadır. Oysa ki, İsviçre Birleşme Kanunu'nun (FusG)⁴⁹ Gerekçesi olan "*Botschaft 2000*", bilimsel kriterlere uygun akademik bir eser olarak tanımlanabilir. Çünkü bu gerekçede anılan her görüş ve mahkeme kararına atıfta bulunulmaktadır. Bu hususta bir fikir edinmek amacıyla "*Botschaft 2000*"in 55, 56 ve 57 ve diğer sayfalara bir göz atılması yeterlidir.

TTK Tasarısının 146. maddesinin Gerekçesinde, "*Madde kaynaktan farklı olarak asgarî zorunlu içeriği göstermekte; yoksa tipik içeriği belirlememektedir*", denilmektedir. Oysa ki, anılan 146. madde ve bendleri, İsviçre Birleşme Kanunu'nun 13. madde ve bendlerinin tamamının aynen tercümesidir. Ayrıca, İsviçre BirK'nun Gerekçesinde, bu maddede *objektif* açıdan önemli olan hususların sayıldığı ve ayrıca birleşmeye katılan tarafların *subjektif* açıdan önemli olan diğer hususların da birleşme sözleşmesine konulabileceğini ve dolayısıyla sayılan "*yasal kataloğun*" *numerus clausus*, yani sınırlı nitelikte olmadığı haklı olarak vurgulanmaktadır⁵⁰. Doktrinde de, bu sayılanlara ek olarak uygulamada birleşme sözleşmesine 6 hususun daha ilave edilebileceğini belirtmektedir⁵¹.

Yine m. 354'ün gerekçesinde, "*6762 sayılı Kanun'un aksine, tescil Tasarıda belli bir süreye bağlanmamıştır*", denilmekte, ancak 354. maddenin 1. fıkrasında, "*Şirket esas sözleşmesinin tamamı.... Şirketin kuruluşunu izleyen otuz gün içinde şirketin merkezinin bulunduğu yer siciline tescil...olunur*" ifadesi yer almaktadır. Bu husus aşağıda değinilecek olan "*ön-ortaklık*" (*Vorgesellschaft*) ile ilgili olup, bu kurumun benimsendiği Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda (AktG § 36/1) tescil için bir süre öngörülmemektedir.

Gerekçede ayrıca, "*Societas europaea*", kısaca (SE) olarak anılan Av-

49 Bu Kanun'un tam adı "Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devrine İlişkin Federal Kanun", kısaca Birleşme Kanunu (Fusionsgesetz = FusG) dir.

50 Botschaft 2000, 4408, Ziff. 2.1.2.4.

51 Bkz. Böckli, Aktienrecht, Zürich, Basel Genf 2004, 3. Aufl. § 3, N.68-74. (s. 297).

rupa anonim şirketi, tüzel kişiliği haiz bir sermaye şirketi türü gösterilmeksizin, “Avrupa Şirketi” olarak (s. 403) ifade edilmektedir. Oysa ki, sermayesi şirketi olan SE, sermayesi paylara bölünmüş, sadece malvarlığı ile sorumlu olan bir anonim şirkettir. Alman ve İsviçre öğretilerinde de «*europäische Aktiengesellschaft*», yani Avrupa anonim şirketi olarak anılmaktadır.

Özetle, hukukçuların her maddenin anlamı ve kapsamı ile ilgili olarak Tasarının Gerekçesiyle yetinmemeleri ve mutlaka kaynak yasalara göz atmalarını önemle vurgulamak isterim.

II. TASARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

1. BİRLEŞME VE BÖLÜNMEDEKİ GENEL KURUL ÇOĞUNLUK KARARI HAKKINDA

Madde 151/(5) “Birleşme sözleşmesi sadece bir ayrılma karşılığı öngörüyorsa, devreden ortaklığın oy hakkını haiz ortaklarının *yüzde doksantının* onayı şarttır.”

Madde 173/(3) “Oranın korunmadığı bölünmede *onama kararı*, devreden ortaklıkta oy hakkını haiz *ortakların* en az yüzde doksantıyla alınır.”

Görüldüğü gibi, her iki maddede de, bir anonim şirket genel kurul kararının sermayenin, diğer bir ifade ile, payın çoğunluğu ile değil, aksine şahış şirketlerinde olduğu gibi, *paysahiplerinin* çoğunluğu ile alınacağı öngörülmektedir. Hemen belirtim ki, 3 Ekim 2003 tarihli İsviçre Birleşme Kanunu’nun (*FusG*) 18%5 ve 43/3 hükümlerinden aynen alınan m. 151/5 ve 173/3 maddelerdeki “%90 çoğunluk kararının” İsviçre doktrininde, kafa sayısına (*Kopfstimmrecht*) göre değil, aksine *paya göre hesaplanması gerektiği* şeklindedir. Bu konudaki görüşlerin ayrıntılarına gelince: Tespit edebildiğim görüşler şöyledir: *Böckli*⁵², paya göre kullanılan oy hakkına değil, paysahipleri sayılarına dayanan tamamen yeni ve nitelikli bir çoğunluk genel kurul kararının söz konusu olduğunu, ancak bunun anonim şirketler hukuku açısından, “bütün paylara ilişkin oyların %90’nının çoğunluğu” şeklinde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. *R. Groner*⁵³ ise, sermayenin

52 Aktienrecht, 3. Aufl. s. 338, dn. 347.

53 Erwerb eigener Aktien, Diss. Basel 2003, s. 393 vd. (400) (Böckli, anılan eser s. 338 ve dn. 347 ve von der Crone’nin dn. 6 da anılan eserinden naklen).

%90'nın temsil edilmesi kaydıyla, genel kurulda mevcut bulunan oyların %90'nın çoğunluğu şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmekte ve nihayet *von der Crone*⁵⁴ ise, ortak eserde pay sermayenin mutlak çoğunluğunun temsil edilmesi kaydıyla, genel kuruldaki mevcut bulunan oyların %90 çoğunluğu şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Görüldüğü gibi, tüm görüşler, anonim şirket genel kurul kararının pay sahibi sayısına göre değil, sermaye, yani paya göre alınması gerektiği yönündedir. İsviçre doktrinindeki bu görüşlerin bir örnek olaya uygulanmasının sonuçları şöyledir: Esas sermayesi 100.000.YTL olan bir anonim şirkette 1 pay = 1 YTL ise, toplam 100.000 oy vardır. Bu durumda, *Böckli*'ye göre, tüm paylara, yani 100.000 paya ilişkin oyların %90 çoğunluğu gerekli. *Groner*'e göre, sermayenin %90'nın temsil edilmesi, yani 100.000 payın 90.000.'nin toplantıda hazır bulunması kaydıyla, mevcut bulunan oyların %90'nın çoğunluğu ki, bu da 81.000 oyun çoğunluğu demektir. Üçüncü görüş *von der Crone*'ye aittir. Bu görüşe göre, sermayenin mutlak çoğunluğunun, yani 51.000 payın toplantıda temsil edilmesi kaydıyla, bunun %90 çoğunluğu, yani 45.900 oy çoğunluğu yeterlidir. *v.d. Crone* görüşüne dayanarak olarak FusG m. 18/1 (a). bendini göstermektedir. Yazara göre bu maddede -ayrılma akçesi olsun olmasın- anonim şirketlerde tüm birleşme kararlarında, payların itibarı değerlerinin mutlak çoğunluğunun toplantıda temsil edilmesi şartı aranmaktadır. Hemen belirtelim ki, ayrılma akçesi öngörülmesi halinde, yasada çifte çoğunluk değil sadece tek bir çoğunluk öngörülmektedir⁵⁵. Şimdi bu durumda, genel kurul toplantısında sermayenin %90'ı temsil edilmiyorsa, *Böckli ve Groner*'in görüşlerine göre, birleşmede ayrılma akçesi öngörülmüşse, genel kurulda karar alınması mümkün değil, *von der Crone*'ye göre ise mümkündür. Ancak, her 3 görüş için aynı olan sonuç, toplantıda esas sermayenin tamamının temsil edilmesidir. Bu durumda, toplantıda 100.000 payın tamamı hazır bulunursa, mevcut oyların %90'nın, yani 90.000 oy çoğunluğu gerekecektir.

Kanımca, ayrılma akçesi öngörülen birleşmelerdeki %90 çoğunluk

54 Fusionengesetz. 2004, von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger) Fusion: Gesellschafter, Beschlussfassung, s. 2/3) (Bu eser internette yayımlanmıştır. <http://www.fusg.ch/site/spaltung/summary/index.php?datum=2004-07-01>, Stand: 01.07.2004, besucht am 17.11.2004).

55 Bkz. FusG. Art. 18,fık.5; TTK Tasarı m. 151, fık.5.

kararı tespit edilirken, öncelikle çifte çoğunlukla ilgili (esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğu temsil etmesi şartıyla, genel kurulda mevcut bulunan oyların üçte ikisi) İBirk m. 151/1 (a) bendine dayanılması mümkün değildir, çünkü eğer yasa koyucu m. 28/5 (Tasarı m. 151/5) hükmünde de çifte çoğunluğu aramış olsa idi bunu açıkça belirtir veya en azından 1. fıkranın (a) bendine atıfta bulunurdu. Madde 28/5 hükmünde sadece tek bir çoğunluk öngörülmekte, o da %90 çoğunluktur. İsviçre Birleşme Kanunu Gerekçesi'nde, ön tasarıda, birleşme sözleşmesinde sadece ayrılma akçesi öngörülmüşse, tüm pay sahiplerinin onayı öngörüldüğü ve görüşmelerdeki itirazlar ve talepler dikkate alınarak bunun %90'a indirilmek suretiyle hafifletildiği belirtilmektedir⁵⁶. Ön tasarıdaki tüm pay sahipleri ifadesi aynı zamanda tüm oyları da içerdiğinden, %90 çoğunluğun da, tüm payların %90'nın çoğunluğu şeklinde anlaşılması *ratio legis*'e uygundur. Çünkü anonim şirket genel kurul kararlarına ilişkin nisaplarda pay sahiplerinin sayısı değil⁵⁷, pay sayısı dikkate alınacağı esasen Tasarının 418. maddesinde de açıkça, “genel kurulların... sermayenin en az dörtte birini temsil eden pay sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanacağı” öngörülmektedir. Ayrıca, TTK Tasarısının Gerekçesinde de aynı sonuca ulaşacak açık ifadeler de mevcuttur. Hemen belirtelim ki, bu açıklama olması gereken yerde, yani Tasarının m.151/5 hükmünde değil de, m. 141/2 hükmünün Gerekçesinde yer almaktadır. Bu maddenin gerekçesinde aynen şöyle denilmektedir: “İkinci fıkra iki yönlü kullanılabilir (Bkz. Gerekçe m. 141, fık.2):

(1) arzu etmeyen ortaklar ayrılma akçesini alarak şirketten çıkabilirler. Böylece anonim şirketlerde şirketten çıkma olanağı sağlanmış olur.

(2) ikinci fıkra arzu edilmeyen, devamlı sorun çıkarıcı azınlığı ve/veya ortağı, ayrılma akçesini ödeyerek ortaklıktan çıkarma hakkını büyük çoğunluğa vermektedir. Çünkü *bu karar sermayenin %90'ın oylarıyla alınacaktır* (Tasarı m. 151.5)”.

Öneri: Yukarıda açıklanan gerekçeler doğrultusunda, birleşmede sadece ayrılma akçesi öngörülen hallerde, anonim şirketten çıkma ve çıkarıl-

56 Botschaft 2000, 4419, Ziff.2.1.2.5.

57 Bkz. Açıkça Tanner, Brigitte. Obligationenrecht, Teilband V 5b, Die Generalversammlung, Art. 698-706b OR, Zürich 2003, Art. 703, N.116. (Das Kopfstimmrecht ist im Recht der Generalversammlung ausgeschlossen).

maya ilişkin bu özel durum dikkate alındığında, Tasarıdaki m. 151/5 hükmünün, “birleşme sözleşmesi sadece bir ayrılma karşılığı öngörüyorsa, devreden ortaklığın sermayesinin yüzde doksanın onayı şarttır”, şeklinde değiştirilmesi gerekir. Böylece daha baştan birçok sorunun çıkması da engellenmiş olur.

2. İSVİÇRE BİRLEŞME KANUNU’NDAN TTK TASARISINA ALINMAYAN HÜKÜMLER

(1) İsviçre FusG Art. 28’deki (İşçi temsilcileriyle Konsültasyon= İstişare) hüküm TTK Tasarısına alınmamıştır. Bu madde hükmü şöyledir:

“İşçi temsilcileriyle istişare hem devrolunan hem de devralan şirketler için OR Art. 333a hükmüne⁵⁸ göre icra edilir.

İstişarenin, birleşme kararından önce yapılması gerekir. Yönetim organları genel kurula, birleşme kararı alınırken istişare sonuçları hakkında bilgi verir.

Bu maddenin 1. ve 2. fıkralarına uyulmadığı takdirde, işçi temsilcileri mahkemeden, birleşmenin sicile tescil edilmemesini dava edebilirler”.

Hâlbuki başka maddelerdeki işçilere ilişkin düzenlemeler vardır. Örneğin.

TTK Tasarı m. 147/(2) i) “birleşmenin, birleşmeye katılan ortaklıkların işçileri üzerindeki etkileri ile mümkünse bir sosyal plânın içeriği; ..birleşme raporunda yer alır.”

TTK Tasarı m. 167/(1) i) “bölünme sonucu devralan ortaklıklara geçen iş ilişkilerinin listesini...içerir.”

Bir yandan, birleşmede, birleşme raporunda; bölünmede, bölünme

58 17.12.1993 tarihinde İsviçre BK’na eklenen bu maddenin 1. ve 2. hükümleri şöyledir: “Bir işveren işletmenin tamamını veya bir bölümü üçüncü bir kişiye devrederse, işçi temsilcisine, bunun olmaması halinde işçilere, devir icra edilmeden önce,

(a) devrin sebepleri,

(b) devrin işçileri üzerindeki hukukî, ekonomik ve sosyal sonuçları hakkında bilgi verir.

Devir sebebiyle işveren tarafından bazı önlemler alınması öngörülmüşse, bunları işçi temsilcileriyle, yoksa işçilerle istişare edilmesi gerekir”.

sözleşmesi ve bölünme planının işçilerle ilgili önemli bilgileri içermesi, yani birleşme ve bölünmenin işçiler üzerindeki hukukî ve ekonomik etkileri ile mümkünse bir sosyal planın yer alması öngörülmekte, diğer yandan, bunların işçilerle paylaşılması arzu edilmemektedir. Bunun anlaşılması güçtür. Ayrıca, bu hükümlerin neden Tasarıya alınmadığı da belirtilmektedir.

(2) İsviçre FusG Art. 104/1 hükmü şöyledir:

“1. Birleşmede devralan şirketin, tür değiştirme halinde, türü değişen şirketin, birleşme, bölünme ve tür değiştirme nedeniyle tapu siciline orta-ya çıkan tüm değişiklikleri, ikinci fıkradaki daha kısa süre geçerli değilse, hukukî geçerliliğin kazanılmasından itibaren 3 ay içinde tapu siciline bildirilmesi gerekir”.

Bu maddenin 2. fıkrasının (a) bendi dernek ve vakıflarla; (c) bendi ise, malvarlığının geçişiyle ilgili olduğundan ve bunlar da TTK Tasarıya alınmadığından, anılan bu bentlerin Tasarıya alınmasına gerek yoktur ve 2. fıkraya şöyle olmalıdır.

“2. Bölünme sebebiyle bir taşınmazın mülkiyetini devralan şirket, bölünmenin hukuken geçerlilik kazanılmasından itibaren mülkiyetin geçişini derhal tapu siciline bildirmesi gerekir”.

Bu iki hüküm Türk Ticaret Kanunu Tasarısında yer almamaktadır.

Öneri. İsv. BirK m. 28 ve 104 hükümleri TTK Tasarıya ve dolayısıyla yeni TTK'ya alınması gerekir.

3. ESAS SÖZLEŞME DEĞİŞİKLİKLERİNDE TOPLANTI VE KARAR NISAPLARI

MADDE 421 - (1) Kanunda ve esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde esas sözleşmeyi değiştiren kararlar, **genel kurulda mevcut olan oyların çoğunluğu ile alınır.** Bu nisabı düşüren veya nisbî çoğunluğu öngören sözleşme hükümleri geçersizdir.

(4) Aşağıdaki esas sözleşme değişikliği kararları sermayenin en az yüzde ellisini oluşturan payların sahiplerinin olumlu oylarıyla verilebilir.

a) *Esas sözleşmenin her türlü değişikliğine ilişkin kararlar.*

b) *Nevi değiştirme, birleşme ve bölünmeye ilişkin kararlar*

Tasarının m. 421/1 hükmünün esin kaynağı, İsv. BK m. 703/1 hükmüdür. Ancak hemen belirtelim ki, kaynak yasanın anılan madde hükmünün kenar başlığı, “*IV. Karar alınması ve seçimler. 1. Genel olarak*” şeklindedir. TTK tasarısında m. 421/1 kenar başlığı ise, “*Esas sözleşme değişikliklerinde toplantı ve karar nisapları*” şeklindedir. Yine kaynak yasanın 703. maddesinin 1. fıkrası hükmünde, aynen, “*genel kurul, yasada veya esas sözleşmede başka şekilde öngörülmemişe, temsil edilen oyların mutlak çoğunluğuyla kararlarını alır ve seçimlerini icra eder*”.

Kaynak yasanın anılan bu maddesinde genel anlamdaki bu “*saf karar nisabının*”, doktrinde, esas sözleşme değişikliklerinde de uygulanabileceği açıkça belirtilmektedir⁵⁹. Örneğin, *normal nakdi sermaye artırımı, anonim şirketin tasfiye edilerek sona erdirilmesi*⁶⁰, *nama yazılı pay senetlerinin hamiline dönüştürülmesi veya tersi, intifa senet sahiplerine veya belirli bir pay grubuna yönetim kurulunda üyelik hakkı tanınması veya yönetim kurulu üye sayısının artırılması veya azaltılması* gibi⁶¹. Ancak İsviçre Borçlar Kanunu’nun ne m. 703 ne de m.704 üncü hükümlerinde, TTK Tasarısında olduğu gibi, “*esas sözleşmenin her türlü değişikliğine ilişkin kararlar*” şeklinde bir düzenleme yer almamaktadır. Kaynak yasada esas sözleşme değişikliğine ilişkin genel karar nisabı m. 703 de; ağırlaştırılmış genel kurul karar nisapları *çifte çoğunluk* esasına dayalı olarak 704. maddede 8 bend halinde sayılmış bulunmaktadır.

TTK Tasarısında ise, m. 421/1 hükmünde, *toplantıdaki mevcut oyların çoğunluğu*; aynı maddenin 4. fıkrasında ise, “*her türlü esas sözleşme değişikliklerinde*”, sermayenin %50’ sine dayalı pay çoğunlu öngörülmektedir. Bu durumda hangi konuda esas sözleşme değişikliği genel kurulda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınacağı belli değildir, aslında bu 421/4 hükmü karşısında mümkün değildir. Çünkü bu maddeye göre -yasada veya esas sözleşmedeki aksi öngörülme-yen- her türlü esas sözleşme de-

59 Bkz. Böckli, Aktienrecht, 3. Aufl. § 12, N. 406; Tanner, Obligationenrecht, Art. 703, N. 182. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 24, N. 27.

60 Tanner, Obligationenrecht, Art. 703, N.182. Böckli, Aktienrecht, 3. Aufl. § 12, N. 406.

61 Böckli, Aktienrecht, 3. Aufl. § 12, N. 406.

ğişikliği için asgari karar nisabı, esas veya çıkarılmış sermayenin %50'sidir (m. 421/4). Olayı bir örnekle açıklarsak: Bir AŞ'nin esas sermayesi 100.000. YTL; 1 payın itibarî değeri 1 YTL ve toplam 100.000 pay ve 100.000 oy mevcuttur. GK toplantısında 90.000. pay temsil edilse ve bir konuda örneğin sermaye artırımı veya YK üye sayısı değişikliği için 47.000. oy olumlu, 43.000 oy olumsuz kullanılsa, bu durumda, 1. fıkra uyarınca, genel kurulda mevcut oyların çoğunluğu hasıl olmasına rağmen, TTK tasarrının 421/4 ve (a) bendi dikkate alındığında, bu esas sözleşme değişikliği gerçekleşmesini mümkün değildir.

Öneri: Hiçbir anlamı olmayan ve diğer fıkra hükümleriyle, özellikle 421/1 hükmü ile çelişkili bulunan m. 421. 4 fıkranın (a) bendindeki "Esas sözleşmenin her türlü değişikliğine ilişkin kararlar" ibaresinin kaldırılması gerekir.

4. DENETÇİ OLABİLECEKLER.

TTK Tas. MADDE 400. - (1) "*Denetçi ancak bir bağımsız denetleme kuruluşu olabilir. Küçük anonim şirketler, en az iki yeminli malî müşaviri veya serbest muhasebeci malî müşaviri denetçi olarak seçebilirler*"

Küçük anonim şirketler için neden en az iki denetçi öngörülmektedir, sebebi anlaşılmamaktadır. Kaldı ki, denetçi uzman kişi olduğundan bir denetçi yeterlidir.

Öneri: Küçük AŞ'ler *bir* serbest muhasebeci veya mali müşaviri denetçi seçebilirler.

5. İMTİYAZLI PAYLAR

Madde. 478. (2) İmtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir paysahipliği hakkıdır.

Madde 479/2. Bir paya *en çok onbeş oy hakkı* tanınabilir.

Oy hakkında imtiyaz en çok 15 oy hakkı ile sınırlanırken (m. 479/2). Yeni pay alma (rüçhan) hakkındaki imtiyaza bir üst sınır getirilmemiştir. Acaba bu konularda da bir sınır getirilemez mi? Rüçhan hakkında imtiyaz,

oyda imtiyazdan daha önemlidir, çünkü oyda imtiyaz;

- (a) esas sözleşme değişikliğinde,
- (b) işlem denetçisinin seçiminde,
- (c) ibra ve sorumluluk davası açılmasında kullanılamaz (479/3).

Ayrıca, genel kurul ve kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararıyla rüçhan haklarının sınırlandırılması veya kaldırılması mümkün iken (Tasarı m. 461/2), rüçhan hakkında imtiyaz tanınması halinde, bu imtiyazın sınırlandırılması veya kaldırılması hak sahibinin rızası olmaksızın mümkün değildir. Bu nedenle, rüçhan hakkında imtiyazın sınırlandırılması halinde, anonim şirketin ihtiyacı olmasına rağmen belki de sermaye artırımına gitmeyecektir, çünkü sermayenin artırılması halinde rüçhan hakkında imtiyazlı olan paysahibi, duruma göre, bir veya iki sermaye artırımından sonra hâkim ortak olabilecektir. Bu durumu bir örnek olayla açıklarsak: Bir AŞ'nin esas sermayesi 100.000. YTL. 1 payın itibarî değeri 1 YTL. (A) 35.000 payı vardır ve rüçhan hakkında diğer ortaklara nazaran 1 kat daha fazla pay alma hakkı vardır. Bu durumda (A) rüçhan hakkında imtiyazlı olması sebebiyle sahip olduğu payın sermayeye oranına göre 2 kat yeni pay alma hakkına sahip olacaktır. Diğer ortaklardan (B)'nin 52.000; (C)'nin ise 13.000 payı vardır. Esas sermayenin %100 artırılması halinde, çıkarılacak 100.000 yeni payın $(35.000 \times 2 = 70.000)$ adedini (A) rüçhan hakkında imtiyazı nedeniyle alacak ve $35.000 + 70.000 =$ toplam 105.000 paya sahip olacak ve daha ilk sermaye artırımında hâkim ortak konumuna gelecektir. Sonuçta (A) idarî haklardan başka ayrıca malî nitelikli haklarda da, kâr payı ve tasfiye artığı payında oldukça güçlü bir konuma gelecektir. Bu durumda, kuruluşta hâkim ortak konumunda olan (B) bu hâkimiyetini daha ilk sermaye artırımında kaybedeceği gibi, malî haklarda da oldukça zayıflayacaktır.

Öneri: Oy hakkında imtiyazda olduğu gibi, rüçhan hakkında imtiyazın da, her sermaye artırımında sahip olunan oranın en fazla %10 ile sınırlandırılmalıdır. Yukarıdaki örnek olaya uyarlıysak, (A)'nın yeni paylardan 35.000 kendi yasal rüçhan hakkı ve bunun en fazla %10 oranında rüçhan hakkında imtiyazı nedeniyle olmak üzere toplam 73.500 yeni pay alabilecek ve böylece kuruluş kurulmuş olan şirket içi dengeler de korunmuş olacaktır.

6. PAYSAHİPLERİNİN BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKI

Tasarının Madde 437.(2) Paysahibi genel kurulda, yönetim kurulundan, şirketin işleri; denetçilerden denetimin yapılma şekli ve sonuçları hakkında bilgi isteyebilir.

Tasarının 437. maddesinin Gerekçesinde, “*Bilgi alma hakkı, kaynak İsv. BK m. 697 (2)’nin aksine paysahipliği haklarının kullanılabilmesi için “gerekli” olması koşuluna bağlanmamıştır. Gereklilik koşulu hakkın kullanılmasını tehlikeye sokardı*” denilmektedir. Hemen belirtelim ki, bilgi alma hakkının ayrıntılı olarak düzenlendiği 1965 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’nun (AktG) § 131/1 hükmünde, “*gündemdeki konuların gereği gibi değerlendirilmesi için gerekli olması kaydıyla, yönetici kurulun genel kurulda talep edilmesi halinde her paysahibine şirket işleri hakkında bilgi vermekle yükümlü olduğu*; İsviçre hukukunda da 1992 değişikliği ile BK m. 697/2 hükmünde de, “*paysahipleri,...genel kurulda paysahipliği haklarının kullanılması için gerekli olması kaydıyla...yönetim kurulundan yönetim işleri, denetçilerden denetimin icrası ve sonuçları hakkında bilgi isteyebileceği*” öngörülmektedir.

Önemle vurgulamak gerekir ki, hem Alman hem de İsviçre doktrinin de, bilgi alma hakkındaki kural, devamlı gündemde yer alan konuların gerçeğe uygun olarak değerlendirilmesi için *gerekli olmakla* beraber, geniş yorum sayesinde, gündemde yer alan *bilânço, kâr-zarar hesabı, raporlar, yönetim kurulunun ibrası, kâr dağıtımına ilişkin teklif* gibi konularda da bilgi istenebileceği açıkça belirtilmektedir⁶². Ayrıca, TTK Tasarının 437. maddesinden hemen sonra gelen ve paysahiplerinin genel kuruldan özel denetim isteme hakkını düzenleyen Tasarının 438. maddesinde de *paysahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olması şartı* açıkça yer almaktadır. Anılan maddeye göre, “*her paysahibi, paysahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma ve inceleme hakkı daha önce kullanılmamışsa, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını, gündemde yer almasa bile genel kuruldan isteyebilir*”. Bu durumda, Tasarının 437. ile 438. maddeleri birlikte incelendiğinde, kaynak yasalarda olduğu gibi, “*paysahipliği haklarının kullanılması için gerekli olma şartı*”nın 437. maddeden çıkarılması uygun olmadığı anlaşılabacaktır.

62 Bkz. Barz, C.H. Grosskommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. Berlin 1973, § 131, N.7; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 40, N.171. Kaya, A. Anonim Ortaklıkta Pay sahibinin Bilgi Alma hakkı, Ankara 2001, s. 217 vd, 227 vd.).

Ayrıca, İsviçre Anonim Şirketler Hukukununun 1992 tarihli değişikliğe ilişkin Gerekçesinde de belirtildiği gibi, pay sahiplerinin bilgi alma hakkına ilişkin “*gereklilik*” unsuru, sadece oy hakkının kullanılması açısından değil, aynı zamanda bütün pay sahipliği hakları bakımında, özellikle payın devrine ilişkin haklar için de önem arz etmektedir. Böylelikle pay sahibi, payının gerçek değeri hakkında bir fikir de edinebilecektir⁶³.

Öte yandan, pay sahiplerinin bilgi almasına ilişkin Frankfurt a.M. Eyalet Mahkemesinin 18.1.2005 tarihli yeni kararında⁶⁴, AktG § 131 hükmüne göre, şirketin işleriyle ilgili ve genel kurul gündeminde yer alan konuların makul şekilde değerlendirilmesi ve bilinçli bir karar verilebilmesi için *gerekli ise*, yönetici kurulun her pay sahibine genel kurulda bilgi vermekle yükümlü olduğu öngörülmektedir. Ayrıca kararda, daha önceki iki Yüksek Eyalet Mahkeme kararına yollama yapılarak⁶⁵, *bilgi alma hakkının amacının, pay sahibine katılma hakkının makul ve bilinçli kullanması bakımından gereksinim duyduğu somut bilgilerin verilmesinin sağlanması gerektiği vurgulanmaktadır. Görüldüğü üzere, “paysahipliği haklarının kullanılması için gerekli olma” koşulu, Gerekçede ifade edildiğinin aksine, bilgi isteme hakkını sınırlandırmamakta ve oldukça geniş yorumlanmaktadır*⁶⁶.

63 Botschaft 1983, s. 163, Ziff. 328.4

64 Bu karar, “die Aktiengesellschaft“ (AG) adlı hukuk dergisinin anılan web sayfasında özet olarak yayımlanmış ve ancak burada mahkeme kararının tarihi 24.01.2005 olarak verilmesine rağmen, mahkemenin web sitesinde yayımlanan kararında 18.01.2005 şeklindedir. Bu kararın tamamı için bkz. Pulaşlı, H. Corporate Governance ve Yeni Düzenlemeler Işığında Şirket Yöneticilerinin Ücretlerinin Açıklanma Yükümü, Batider, 2006, Haziran sayısı.

65 BayObLGZ 1999, 193 (196; BayObLG AG 2001, 424

66 Bu karara konu olan olayda, genel kurulda pay sahiplerinden birinin yönetici kuruldan, yönetici kurul üyesi olmayan ancak yönetici pozisyonunda bulunan kişilerin aldıkları ücretlerin açıklanma talebinin reddedilmesi söz konusudur. Ret gerekçesi olarak da yönetici kurul başkanı şu hususları ileri sürmektedir:

- (1) Yönetici kurulun çalışanlara karşı sır saklama yükümlülüğü vardır.
- (2) yönetici kurul üyesi olmayan “Group Executive Committee” üyelerinin de ücretlerinin açıklanmasına izin vermezler.
- (3) bu soru yönetici kurulun ibrası açısından önemli değildir.

Ancak Eyalet Mahkemesi yukarıdaki kararında, pay sahibinin talebine uygun bilgilerin verilmesi sonucuna varmaktadır.

Aksi takdirde, pahasahiplerine ilgisiz birçok soru sormak suretiyle genel kurulu gereksiz yere uzatma ve yönetimi bezdirme fırsatı verilmiş olur.

Öneri: Madde. 437/2 hükmüne “*pahasahipliği haklarının kullanılması için gerekli olması kaydıyla*” ibaresinin eklenerek, yeni metnin; «*pay-sahibi genel kurulda, pahasahipliği haklarının kullanılması için gerekli olması kaydıyla, yönetim kurulundan, şirketin işleri; denetçilerden denetimin yapılma şekli ve sonuçları hakkında bilgi isteyebilir...*» şeklinde olmalıdır. Böylece, hem Tasarının 438 maddesi ile hem de kaynak yasalarla uyum sağlanmış olur.

7. ÖN- ANONİM ŞİRKET KAVRAMI VE NİTELİĞİ

Tasarının 335 maddesinin 1. fıkrasında;

«Şirket, kurucuların kanuna uygun olarak düzenlenen, imzalarının noterce onaylandığı esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamaları ve sermayenin tamamını şartsız taahhüt etmeleriyle kurulur.

(2). 335 inci maddenin birinci fıkrası hükmü mahfuzdur».

Bu maddenin Gerekçe'sinde aynen şöyle denilmektedir. “Madde ön-anonim şirketin varlığına işaret etmekte ve bu şirketin oluşma anını açıklığa kavuşturmuştur. Ön-anonim şirket, tüzel kişiliği haiz anonim şirketten farklıdır. Anılan nokta 335 inci maddenin 1. fıkrasının saklı tutulması ile vurgulanmıştır. Ön-anonim şirket hakkında Tasarıda şöyle denilmektedir: “*Hâkim görüş uyarınca, ön-anonim şirket adî şirket olmayıp; bir elbirliği mülkiyeti (şirketi) oluşturur. Ön-anonim şirketin ortakları (kurucular) tacir sıfatını taşımazlar. Şirketin tescili ile ön-şirket tasfiyesiz infisah eder. Tek kişi anonim şirkette ise ön-anonim şirket tek kurcunun özel malvarlığı niteliğini taşır. Türk hukukunda ön-anonim şirketin niteliği ile hukukî durumu öğretilen ve mahkeme kararlarında açıklığa kavuşacaktır”.*

Hemen belirtelim ki, ön-anonim şirket kavramı ve buna ilişkin temel ilkeler ayrıntılı olarak Alman hukukunda yer almaktadır. Bu itibarla, Tasarıdaki ön-şirkete ilişkin görüşlerin Alman hukukundaki doktrin ve mahkeme kararlarındaki ön-anonim veya limite şirket hakkındaki görüş ve ilkelere ne derece uygun olduğunun tespit edilmesi gerekir. İşte ön-anonim şirketi açıklamadan önce, şirketin kuruluş görüşmelerinden başlayarak tescille

sonuçlanan safhaları ve safhalardaki kurucular arasındaki hukukî ilişkilerin niteliği ve tabiri caizse şirket türleri hakkında kısa bir bilgi verilmesi yerinde olacaktır.

ŞİRKET KURULUŞUNA İLİŞKİN SAFHALAR

Sözleşmenin hazırlanması safhası	Şirket sözleşmesinin imzalanması	Ticaret siciline tescil
Ön kuruluş safhası (<i>Vorgründungsstadium</i>)	Kuruluş safhası (<i>Gründungsstadium</i>)	Tüzel kişiliğin kazanılması
Ön kuruluş Ortaklığı (<i>Vorgründungsgesellschaft</i>)	Ön Ortaklık (<i>Vorgesellschaft</i>)	AŞ veya Ltd. Şti.

Bir anonim şirketin kuruluş aşamasındaki ön kuruluş safhası (*Vorgründungsstadium*), esas sözleşmenin akdedilmesinden önceki süre olarak tanımlanırken, *kuruluş safhası* ise, esas sözleşmenin kurulmasından anonim şirketin sicile tescil edilmesine kadar geçen süreyi kapsamaktadır. Şöyle ki, bir ortaklık kurmak için bir araya gelen ve aralarında gerekli mutabakatı sağlayan kişiler bir adım daha ileri giderek, kurmak istedikleri şirketin ana sözleşmesini yasanın aradığı şekilde ve içerikte hazırlayıp, imzalar ve noterden onaylatırsa, bu safhasından sicile tescile kadar geçen süreçteki şirketin, Alman⁶⁷, İsviçre⁶⁸ hukuklarında “ön ortaklık” (*Vorgesellschaft*) olduğu kabul edilmektedir. Türk hukukunda ise, “ön kuruluş safhası ve buna ilişkin

67 Raiser, Thomas: Rechte der Kapitalgesellschaften, 3. neubearbeitete Auflage, München 2001, § 11, N. 36. Schmidt, Karsten: Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 1991, § 34, III, 3a.; Jäger, Alex: Aktiengesellschaft, unter besondere Berücksichtigung der KGaA, München 2004, § 5, N.1-5. Barlas, Nami: Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998, s. 111 vd ve dn 85’de anılan literatür.

68 von Greyerz, Christopf; Die Aktiengesellschaft, Schweizerisches Privatrecht VIII/2, Basel 1982, s. 81; Baudenbacher, Carl, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 2. Aufl. Basel/Genf/München 2002, Vor Art. 620, N.7.

“ön kuruluş ortaklığı” ve “kuruluş safhası” ve buna ilişkin “ön ortaklık” kavramları hukukumuzda yeterince tanınmadığından, bu tanımlamaya pek rastlanmamakta, sadece tüzel kişilik öncesi kuruluş safhasında ortaklararasındaki ilişkinin *adi ortaklık* niteliği taşıdığı ve adî ortaklık hükümlerinin uygulanacağına işaret edilmektedir⁶⁹. Ancak doktrinde ön-ortaklığın hukukî niteliği tartışmalıdır. İsviçre-Türk hukukunda hâkim görüş, ön ortaklığın dış ilişki açısından *atipik bir adi ortaklık* niteliğinde olduğu, iç ilişkide ise, kurulmak istenilen şirket ana sözleşmesi ile o şirket tipi için yasada öngörülen özel hükümlerin uygulanacağı yolundadır⁷⁰. Alman hukukunda ise, ön-ortaklığın hiçbir şekilde adî ortaklık niteliği taşımadığı, bu ilişkinin kendine özgü mahiyet arzeden bir organizasyon olduğu görüşü hâkimdir. Ön-ortaklıkta Federal Mahkemenin geliştirdiği ve doktrin tarafından da benimsenen özel hukukî kurallar (*Sonderrecht-Formel*) geçerlidir⁷¹. Federal Mahkemeye göre *ön-ortaklık, kuruluş hükümleriyle ilgili kanun ve şirket sözleşmesinden doğan ve tüzel kişiliğe bağlı olmayan tescil edilecek şirketin hukukuna tâbi özel bir organizasyondur*⁷².

Önemle belirtelim ki, ön ortaklık ilişkisi sadece, kurulması öngörülen şirketin *tüzel kişiliği olması halinde* mümkündür; dolayısıyla Alman ve İsviçre hukukunda tüzel kişilik tanınmayan komandit ve kollektif şirketlerde ön ortaklık söz konusu olmamaktadır⁷³. Buna göre, akdedilen şirket sözleşmesi, limited ortaklığa ilişkin ise, “ön limited ortaklık” (*Vor-GmbH*); anonim şirkete ilişkin ise, “ön anonim ortaklık” (*Vor-AG*) olarak tanımlanmak-

69 Bkz. Arslanlı, AŞ. C.I, s. 75-76; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), 9. bası, N.70; ve Yargıtay’ın görüşü de bu yöndedir HGK 8.5.1991,11-164/249 (İKİD, 1991/11, s.8366. Pulaşlı, Şirketler, 4. bası, s. 281. Ancak Barlas, (Adi Ortaklık, s. 109-110) isabetli olarak bu ayrımı yapmaktadır.

70 von Greyerz, Aktiengesellschaft, s. 83, Baudenbacher, Basler Kommentar, Vor Art. 620, N. 6; BGHZ 45, 338; 51, 30; Arslanlı/Domaniç, TTK Şerhi, III, s. 158; Barlas, Adi Ortaklık, s. 113.

71 Bkz. Würdinger, Konzernrecht, § 18. N. III.1. Jäger, Aktiengesellschaft, § 5,N.2. dn.4.. BGHZ 45,338 (347); 51, 30 (32); 80,212 (214).

72 BGHZ 45,338 (347); 51, 30 (32); 80,212 (214). Würdinger, Konzernrecht, § 18. N. II.1a. Jäger, Aktiengesellschaft, § 5,N.2.

73 Buna göre, ön ortaklık sadece anonim, limite şirket ve kooperatiflerde mümkündür. Türk hukuku açısından kollektif ve komandit şirketler açısından önortaklık söz konusu olabilecektir.

ta ve henüz tüzel kişiliği haiz olmadığından, tescil edilecek ortaklığın hukukuna tâbi olmaktadır⁷⁴.

Ön ortaklık ve özellikle hukukî mahiyeti ve sorumluluk yapısı, Alman hukukunda geçen yüzyıl en çok tartışılan konulardan biri olmuştur. Özellikle Yüksek Mahkeme içtihatlarıyla ön-limited ortaklığıyla (*Vor-GmbH*) ilgili geliştirilmiş olan ilkeler, ön anonim ortaklık (*Vor-AG*) ve böylece ön sermaye ortaklığına (*Vor-Kapitalgesellschaft*) teşmil edilmiştir. Ancak ön ortaklığın hukukî değerlendirilmesi, doktrinde devamlı bir değişim içindeydi. Ön ortaklık daha önce, yasada düzenlenmiş olan Medeni hukuk ortaklığı (*Gesellschaft bürgerlichen Rechts*), Kollektif Ortaklık (*offene Handelsgesellschaft*) ve hatta tüzel kişiliği olmayan dernek (*nicht-rechtsfähiger Verein*) olarak adlandırılmıştı⁷⁵. Ancak Alman Federal Mahkemesi (BGH) doktrindeki ön ortaklık konusundaki bu kavram ve modellere itibar etmedi ve literatürde de benimsenen kendi ilkelerini geliştirdi⁷⁶. Federal Mahkeme'ye göre ön ortaklık, ne Medeni hukuk ortaklığı ne kollektif ortaklık ne de tüzel kişiliği olmayan (iktisadî amaç güden) dernek olup, aksine "*meydana gelmekte olan bir anonim ortaklık*" (*die im Werden begriffene AG*)⁷⁷ veya "*ön anonim ortaklık*" tür⁷⁸. Yüksek Mahkeme ön ortaklığı, "*korporasyon olarak yapılandırılmış, müstakbel tüzel kişiliğe yönelik hukukî bir teşekkül*"⁷⁹ olarak görmekte ve "*tüzel kişiliğe ilişkin zorunlu bir ön basamak, yasa tarafından şart koşulan kendine özgü maddî ve zamana bağlı dar sınırlı görevi olan özel bir hukukî şekil*" olarak telakki etmektedir⁸⁰. Federal Mahkemenin bu görüşü, tipik sermaye ortaklığının gelişme sürecine tam olarak uyması nedeniyle, Alman doktrini tarafından da haklı ve yerinde bulunarak benimsendi. Böylece, ön anonim şirket ile anonim şirket arasında, usulüne uygun tescil süreci sonunda tüzel kişilikte hiçbir değişim meydana gelmemektedir. Çünkü, tescil edilen anonim ortaklık ile esas sözleşmenin akdedil-

74 Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 34, III, 3a.

75 Bkz. Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 2 ve dn. 2'de anılan literatür.

76 BGHZ 20, 281 (ön kooperatif (Vor-Genossenschaft); BGHZ 21,242 ön limited ortaklık Vor-GmbH).

77 BGHZ 80, 129 (132).

78 BHGZ 117, 323, (326). Schmidt, Aktiengesellschaftsrecht, 2. Aufl. § 27, N.4a.

79 BGHZ 80, 129 (132).

80 BGHZ 117, 323 (326).

mesinden sicile tescil edilinceye kadar geçen sürede mevcut olan “ön-anonim ortaklık”, aynı ve tek ortaklıktır⁸¹. Diğer bir anlatımla, tüzel kişiliği haiz ortaklıklar için bu süreçte, zamansal veya mekânsal bağlantının kesilmesi ilkesi (Diskontinuität Prinzip) ilkesi geçerli değildir. Bu ilke sadece bir malvarlığının veya sicile tescil edilmiş bir ticarî işletmenin, tüzel kişiliği haiz bir sermaye şirketine dönüştürülmesi işleminde söz konusu olmaktadır.

8. ÖN ORTAKLIĞIN HUKUKÎ DURUMU

a. Ehliyeti

Alman hukukundaki ön ortaklıkla ilgili münferit kuralları şunlardır. Yüksek Mahkeme içtihatlarıyla ön ortaklığa, tescil edilmiş tüzel kişiliğe oldukça yaklaşan hukukî ilişkilere tam olarak katılabilecek nitelikte birçok özellik bahşedildi. Buna göre ön ortaklık;

- Dış ilişkilerde geçici olarak işlem ehliyetine sahiptir⁸²; diğer bir ifade ile tüzel kişiliği haizdir⁸³ ve dolayısıyla,
- Borçlar hukukuna ilişkin sözleşme akdedebilir⁸⁴,
- Taahhüt edilen sermayeyi iktisap amacıyla bankada bir hesap açtırabilir⁸⁵ ve ticaret unvanına “kuruluş halinde” (in Gründung = i.G.) ibaresi eklenerek tapu siciline kaydedilir ve taşınmaz iktisap edebilir⁸⁶,
- Bir işletmenin sahibi olabilir⁸⁷,

81 Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 2

82 Raiser, Kapitalgesellschaften, § 26, N. 105. Schmidt, Aktiengesellschaftsrecht, 2. Aufl. § 34, N.3a

83 Raiser, Kapitalgesellschaften, § 26, N. 105.

84 Örneğin sigorta sözleşmeleri için BGH BB 1990,86 vd. Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 4.

85 BGHZ 45, 338, 347. Raiser, Kapitalgesellschaften, § 26, N. 105. Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 4. Schmidt, Aktiengesellschaftsrecht, 2. Aufl. § 34, N.3a

86 BGHZ 117, 326, BGH WM 1993,108,109. Würdinger, Konzernrecht, § 18, 4a. Raiser, Kapitalgesellschaften, § 26, N. 105. Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 4.

87 Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 4 ve dn.16'da anılan literatür. Schmidt, Aktiengesellschaftsrecht, 2. Aufl. § 34, N.3a

- Bir sermaye şirketinin kuruluşuna iştirak edebilir ve o şirketin ortağı olabilir⁸⁸,
- Bir şahıs şirketinin ortağı olabilir, özellikle limited & Co KG şirketinde, şahsen sorumlu ortak olabilir⁸⁹.

Ön Ortaklığa Ayrıca Şu Yetenekler İfade Edilmektedir;

- Aktif ve pasif taraf olma ehliyeti⁹⁰,
- İflâs ve borç ödeme güçsüzlüğü (acz) ehliyeti vardır⁹¹,
- Bono ve çek keşide etme yeteneğine sahiptir⁹²,
- BGB § 31 hükmüne uygun olarak haksız fiil ehliyetini haizdir⁹³.
- Tahkimde taraf olma ehliyetine sahiptir⁹⁴.
- Henüz benimsenmiş olmamakla beraber, *Schmidt* haklı olarak mevcut ilkelerden hareketle, Ön-limited ortaklıkta, ortaklık sözleşmesi değişikliğinin yapılabileceğini, hisselerin GmbHG § 15 hükmü uyarınca mirasla geçebileceğini ve hatta ortakların muvafakat etmesi halinde, devrinin mümkün olabileceğini ileri sürmektedir⁹⁵.

b. Temsili

Ön ortaklığı dışı karşı temsil eden yönetici kurulun (*Vorstand*) temsil

88 Raiser, Kapitalgesellschaften, § 26, N. 105. Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 4.

89 BGHZ 80,129, 132. Schmidt, Aktiengesellschaftsrecht, 2. Aufl. § 34, N.3a

90 BGH, DB 1998, 302, 303; OLG Köln, DB 2000, 866,867. Schmidt, Aktiengesellschaftsrecht, 2. Aufl. § 34, N.3a. Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 4 ve dn. 19'da anılan kararlar diğer literatür. Raiser, Kapitalgesellschaften, § 26, N. 105.

91 BayObIG, NJW 1965, 2257 ve Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 4. Raiser, Kapitalgesellschaften, § 26, N. 105. Schmidt, Aktiengesellschaftsrecht, 2. Aufl. § 34, N.3a

92 Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 4. Raiser, Kapitalgesellschaften, § 26, N. 105.

93 OLG Stuttgart, NJW-RR 1989, 637,638. Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 4.

94 BGHZ 117, 323, (327). Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 4.

95 Aktiengesellschaftsrecht, 2. Aufl. § 34, N.3a ve dn. 58'de anılan literatür.

yetkisinin kapsamı, bu konudaki soruların odak noktasını teşkil etmektedir. *Alman Federal Mahkemesi*'nin görüşüne göre, ön ortaklığın temsilcilerinin yetkileri, *kuruluş amacıyla sınırlıdır*; diğer bir ifade ile, nakdî kuruluşta temsilcinin yetkisi, ön ortaklığın yalın geçici amacı nedeniyle, kuruluşla ilişkin zorunlu işlemler olan *esas sözleşmenin noterlikçe onayı ve şirketin ticaret siciline tescili için yapılacak başvuruyla sınırlıdır*. Aynı kuruluşta ise bunlara ek olarak, yetki kapsamına taahhüt edilen ayımların iktisabıyla ilgili zorunlu işlemler de dâhildir. Aslında *Raiser*'in haklı olarak belirttiği gibi, kuruluştaki temsilcinin yetkisinin kuruluş amacıyla sınırlı olduğu, ön ortaklığa işlem ehliyeti tanınmasına ilişkin işletme ve ortaklıklar hukukunda genel olarak kabul edilen görüşle bağdaşmamaktadır⁹⁶. Ancak temsilcinin sınırlı olan bu yetkilerine sadık kalmamasına ilişkin riziko, kurucu ortaklardan çok alacaklılara yüklendiğinden, Federal Mahkeme haklı olarak, işlemlerin yapılmasına ilişkin olarak verilen yetkinin en azından *noterden onaylanmış olması* koşulunu aramamaktadır⁹⁷. Ayrıca Yüksek Mahkeme'ye göre, kurucuların oybirliği kararıyla, yönetici kurulun (*Vorstand*) yetkilerinin müstakbel anonim ortaklığın adına ve hesabına tam olarak kullanabileceği şeklinde genişletilmesi de mümkündür⁹⁸. Aksi halde, ön ortaklık yöneticisi şahsen sorumlu olur.

Ön-ortaklıkla ilgili *en önemli* bir hususun açıklanmasında yarar vardır. O da Alman hukukunda ön-ortaklığa neden ihtiyaç duyulduğudur. Alman hukukunda ön ortaklığın hukukî durumu, diğer bir ifade ile, ortaklık sözleşmesinin akdedilmesinden, limited veya anonim şirketin tesciline ve dolayısıyla tam olarak tüzel kişiliğin kazanılmasına kadar geçen süre, normal olarak *üç ilâ altı ay, hatta bazı hallerde bunun bir yılı aştığı* belirtilmektedir⁹⁹. Eğer tescil gerçekleşmezse, ön ortaklığın tasfiyesi şarttır. Bu şekil-

96 Kapitalgesellschaften, § 26, N.122

97 BGHZ 80, 129, 139. ve ayrıca Raiser, Kapitalgesellschaften, § 26, N. 122.

98 BGHZ 65, 378, 381 vd; 72, 45, 48 vd; 82, 129, 139 vd.; 86, 122, 125. Ayrıca, Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 10. Ayrıca, aynı yazarın, Die persönliche Gesellschafterhaftung in der werdenden GmbH, 1994, s.78 vd. Yazar, II. Özel Dairenin bu görüşü ile yarı yolda kaldığını belirterek, bunun daha kapsamlı olması gerektiğini ileri sürmektedir. Raiser, Kapitalgesellschaften, § 26, N. 107 ve 122; Würdinger, Konzernrecht, § 18, II, 2b,c; Schmidt, Aktien-gesellschaftsrecht, 2. Aufl. § 27,, N. 4.

99 Bkz. Raiser, Kapitalgesellschaften, § 26, N.94 ve dn. 152'de anılan literatür.

deki ön ortaklığın, tüzel kişiliğin kazanılması için sicile tescil veya izni gerektiren tüm birleşme ve teşekküllerde söz konusu olabileceği vurgulanmaktadır¹⁰⁰. Ayrıca bir önemli husus daha, Alman hukukunda tescil için Türk hukukunun aksine, sicile değil, mahkemeye müracaat edilmekte (AktG § 36/1) ve mahkemece kuruluş işlemleri ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulmaktadır (AktG § 38). Gelelim Türk hukukuna. Bir anonim veya Limited şirket ortaklık sözleşmesinin imzalanmasından tesciline kadar geçen süre, birkaç gün, bilemediniz en fazla hafta sürmektedir. Bu süre için bir ön-ortaklığına gerek var mıdır? Kişisel olarak ben gerek olmadığı görüşündeyim. Bu nedenle, Alman hukukunda kuruluş süresi oldukça uzun süre aldığından, şirketin tüzel kişilik kazanmasına kadar geçen süre içerisinde ön-ortaklığa bir nevi tüzel kişilik izafe edilerek, şirketin amacı ve faaliyeti doğrultusunda her türlü iş ve işlemleri geçerli ve kurulmak istenilen statüye uygun olarak yapılması sağlanmaktadır.

Öte yandan, Tasarının Gerekçesinde (m. 354), “6762 sayılı Kanunun aksine, tescil Tasarıda belli bir süreye bağlanmamıştır”, denilmekte, ancak 354. maddenin 1. fıkrasında, “Şirket esas sözleşmesinin tamamı...şirketin kuruluşunu izleyen otuz gün içinde şirketin merkezinin bulunduğu yer siciline tescil...olunur” denilmektedir. Oysa ki, ön-ortaklığın benimsendiği Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’nda (AktG § 36) sicile hangi süre içinde tescil olunacağına dair bir hüküm yer almamaktadır. Çünkü kuruluş işlemlerinin ne zaman biteceği baştan belli olmadığı için, bunu belirli bir süre ile sınırlandırmak istenilmemiş ve bu boşluk, ön-ortaklık ve buna ilişkin kurallarla doldurulmak gereği duyulmuştur.

100 Bkz. Raiser, Kapitalgesellschaften, § 26, N.94

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISININ LİMİTED ŞİRKETE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Şükrü YILDIZ

Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının limited şirkete ilişkin hükümlerinde, 6762 sayılı Kanun'dan farklı, önemli ve büyük kapsamda değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikte İsviçre BK'nun limited şirketlere ilişkin hükümlerinin revizyonuna ilişkin tasarı¹⁰¹ hükümleri ile AB'nin şirketler hukukuna ilişkin yönerge hükümleri de dikkate alınmıştır. Yeni hükümlerde hedeflenen ana amacın "ilerki yıllarda, çeşitli sebeplerle, özellikle asgari sermayenin yüksekliği sebebiyle girişimcilerin anonim şirket yerine limited şirket kurmaya daha fazla yönelecek olmaları dolayısıyla bu şirketi biraz daha sermaye şirketine yaklaştırmak" olduğu belirtilmiştir. Bu ana amacın limited şirketin de en az anonim şirket kadar ticaret ve sanayi hayatında işlev sahibi olması ve özellikle son yıllarda yabancı yatırımların bu türü tercih etmeleri de limited şirkete ilişkin hükümlerin geniş çapta değiştirilmesinde rol oynadığı" tespiti yapılmıştır.

Gerçekten de 6762 sayılı Kanun'da limited şirketlere ilişkin hükümler m.503-556 arasında 53 maddede düzenlenmişken, Tasarı bunu 573-644 maddeleri arasında 71 madde içinde ele almıştır. 71 maddelik tasarı hükümleri içinde 6762 sayılı Kanun'daki 42 madde hükmünden yararlanılmıştır, diğer 29 madde ise yeni ve farklı hükümler içermektedir.

101 Bkz. Adalet Bakanlığı, TTK Tasarısı 2005, s. 378 No: 144 ve s. 608 No: 573

Limited şirkete ilişkin olarak yapılan değişiklikleri genel çizgileri ile şu şekilde sıralamak mümkündür.

I. Kuruluş: Tasarı hükümlerinde kuruluşla ilişkin hükümlerde önemli yenilikler bulunmaktadır.

a) Şirket sözleşmesinin zorunlu içeriği ve sözleşmeye yazılması koşuluyla bağlayıcı olan içeriği açıkça belirlenmiştir.

b) Limited şirketin AB hukukuna uygun olarak tek ortaklı olarak kurulmasına ve ortak sayısının bire inmesine izin verilmiştir

c) Esas sermaye payının taksitle ödenmesi kuralı kaldırılarak peşin ödeme kuralı getirilmiştir.

d) Esas sermaye payı terimi açıkça kabul edilerek var olan tereddütler ve karışıklıklar giderilmiştir.

II. Payın geçmesi: 6762 sayılı Kanun'dan farklı hükümler getirilerek düzenlenmiştir. Payın devri terimi, payın devrini, mirasla kazanılmasını ve cebri icra yoluyla edinmeyi içine alacak şekilde kullanılmıştır. Payın devri yürürlükteki hükümlerden farklı olarak basitleştirilmiştir. Ancak devrin geçerliliği mevcut hükümlerde olduğu gibi yine yazılı şekil ve imzaların noterce onanması şartına bağlanmıştır. Bunun yanında devrin genel kurul tarafından onaylanması kuralı varlığını sürdürmüş, fakat ağırlaştırılmış sermaye ve ortak sayısı şartı kaldırılmıştır. Ayrıca şirket sözleşmesine yazılması şartıyla, esas sermaye payının geçişinde genel kurulun onayı şartı da kaldırılmaktadır (m.595).

III. Oy hakkı: Ortakların oy hakkı esas sermaye payının itibari değerine göre belirlenmektedir. Bunun yanında bir yenilik olarak oyda imtiyaz oluşturmaya imkan tanınmıştır. İmtiyazlı oyların etkisiz olduğu haller, denetçi seçimi, özel denetçi seçimi ve sorumluluk davası açılması kararları olarak belirlenmiş, buna karşılık esas sözleşme değişikliğinde imtiyazlı oyların varlığını devam ettireceği kuralı, anonim şirketlerden farklı olarak, benimsenmiştir (m.618).

IV. Çıkma ve çıkarılma: Ortakların şirketten çıkması ya da çıkarılması limited şirketin varlığını sürdürebilmesi ilkesi bağlamında ele alınmıştır.

V. Toplantı ve karar nisapları: 6762 sayılı Kanun'un 536. maddesinde yer alan "Ödenmiş esas sermayenin hiç olmazsa, yarısından fazlasını

temsil eden ortakların müzakere edilen husus lehine rey vermiş olması gerekir” şeklindeki olağan karar nisabı, Tasarının 620. maddesi “ Kanun veya şirket sözleşmesinde aksi öngörülmediği takdirde, seçim kararları dahil, genel kurul kararları, toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğu ile alınır” şeklinde azaltılmıştır.

VI. Yeni olan diğer hükümler: Yukarıdaki anlatılan farklı hükümlerden başka yeni olan değişiklikler de bulunmaktadır.

a) Ek ödeme yükümleri ve yan ödeme yükümleri benimsenmiş, sermaye yerini tutan ödünçler kabul edilmiştir.

b) Limited şirketin finansal tabloları anonim şirket hükümlerine atıf yapılmak suretiyle kamuyu aydınlatma kuralı kabul edilmiştir.

c) Denetim konusunda da anonim şirket hükümlerine atıf yapılmıştır.

d) 6762 sayılı Kanun’da bulunan yirmi ortaktan az yirmi ortaktan çok ayırımı kaldırılmıştır.

e) Şirket organlarının yetkileri açıkça gösterilmiştir. Ayrıca şirketin yönetim ve temsiline şirket sözleşmesiyle düzenlenmesi kuralı kabul edilerek, seçilmiş yönetim ilkesi benimsenmiştir (m. 623). Böylece, 6762 sayılı Kanun’un 540. maddesinde yer alan “ Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ortaklar hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlerini idareye ve şirketi temsile mezun ve mecburdurlar” kuralı terk edilmiştir.

f) Limited şirketin bazı şartların gerçekleşmesi durumunda kendi esas sermaye paylarını iktisap etmesine imkan tanınmıştır. Ayrıca şirketçe iktisap edilen payların hukuki durumu açıklığa kavuşturulmuştur (m. 612).

g) Limited şirket organlarının eşit işlem ilkesine uygun olarak davranması bir yükümlülük olarak benimsenmiş ve ortakların durumu güçlendirilmiştir (m.627, 639/3).

h) Limited şirket genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü ve iptali halleri ve uygulanacak yaptırım, anonim şirketlere ilişkin hükümlere atıf yapılarak çözülmüştür.

Bu kısa girişten sonra getirilen hükümleri sırasıyla inceleyecek ve önerilerimizi belirteceğiz. Hemen belirtelim ki, Tasarı pek çok yeni ve önemli kurallar getirmiş olmasına rağmen kusursuz değildir. Aşağıda da görüleceği gibi, bazı maddelerin tasarının diğer maddeleriyle, bazı maddelerin

kendi kendisiyle bazı maddelerin ise gerekçeleri ile çeliştiği ve uyumlu olmadığı görülecektir.

1. 573. maddenin 1. fıkrasında “Limited şirket, gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan, sermayesi belirli ve esas sermaye paylarından oluşan şirkettir.” şeklinde limited şirketin tanımı yapılmıştır. Bu düzenlemede dikkati çeken husus 6762 sayılı Kanun’un 503. maddesindeki “İki veya daha fazla hakiki ve hükmi şahıs” ibaresinin yeni metinde yer almamış bulunmasıdır.

Maddenin gerekçesinde bu husus, “Sisteme ilişkin birinci değişiklik tek kişilik limited şirketin kurulmasına ve yaşamasına olanak tanınmıştır.... Tek kişilik limited şirket bugün bir gereksinim olduğundan ve AET’nin 89/667 sayılı yönergesi, limited şirkette bu “sınıf”ı gerekli gördüğünden kanuna bu yönde açıklık getirilmiştir. Bu adım sadece önemli bir gereksinime cevap vermek ve AB hukuku ile uyumu sağlamakla kalmayacak, aynı zamanda uygulamadaki bazı görünüşte ortaklarla kurulan limited şirketlerden doğan kötüye kullanmalara da engel olacak, ayrıca perdeyi kaldırma kuramının uygulanmasına da yardım edecektir.” denilerek açıklanmıştır.

Ancak madde metni gerekçede ifade edildiği gibi açık değildir. Madde tek kişilik limited şirketin kurulabilmesini örtülü olarak kabul etmektedir. Buna karşılık AB’nin 1989 tarih ve 89/667/ EEC sayılı 12 Nolu Yönergesinin 1. maddesi “özel bir sermaye ortaklığının kuruluşundan itibaren bir ortaklı olabileceğini ya da payları tek bir kişinin elinde toplanarak bu niteliği kazanabileceğini” açıkça hüküm altına almıştır. Yine Alman Limited Şirketler Kanunu’nun 1. Paragrafında “limited şirket bir ya da daha fazla kişiler tarafından kurulabilir” hükmü ile, İsviçre BK Tasarısı m.772 de ise “bir ya da daha fazla kişilerin veya ticaret şirketlerinin limited şirketi kurabilecekleri” hususu açıkça belirlenmiştir. Diğer yandan Tasarının anonim şirkette kurucuların sayısını belirleyen 338. maddesi de “Anonim şirketin kurulabilmesi için pay sahibi olan bir veya daha fazla kurucunun varlığı şarttır” hükmüyle bir kişilik şirketi açıkça ifade etmiştir.

Bu açıklamalardan sonra yapılan değişikliğin daha iyi anlaşılması ve gerekçeyle de tam örtüşmesi için 573. maddenin 1. fıkrasına limited şirket ibaresinden sonra gelmek üzere, **bir ya da daha çok**, ibaresinin eklenmesi uygun olur. Bu yapıldığında 573. maddenin 1. fıkrası hükmü şu şekilde ola-

caktır. “Limited şirket, bir ya da daha çok gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan, sermayesi belirli ve esas sermaye paylarından oluşan şirkettir.”

2. 574. maddenin 1. fıkrasında “Ortakların sayısı elliyi aşamaz.” hükmüyle ortak sayısının en çok elli ortak olacağına dair sınır korunmuştur. Ancak gerekçede “Birinci fıkrada tek kişilik limited şirkete olanak veren değişiklik yapılırken, en çok elli ortak sınırlaması korunmuştur. Elli ortak sınırının aşılmamasına hem müdürler hem de genel kurul dikkat etmeli; bu hususta özen göstermeli, sınırı aşan tescillere onay vermemelidir. Aşılması halinde yapılan tescilin geçersiz mi olacağı, yoksa şirketin fesih tehdidi altına mı gireceğine veya başka bir sonuç mu doğacağına içtihat karar verecektir” şeklinde bir açıklama yapılarak hükme aykırılığın yaptırımını açıkça gösterilmemiş ve konu çözümsüzlüğe bırakılmıştır.

Eğer limited şirketler için en fazla elli ortak sınırlaması gerekli ise, (kanaatimizce böyle bir sınırlama gerekli değildir; zaten böyle bir sınırlama ne Alman ne de İsviçre Kanunlarında bulunmaktadır) bu sınırın aşılması durumunda uygulanacak müeyyidenin de açıkça gösterilmesi gereklidir. Bu müeyyide, elli ortak sayısını aşan devirlerin geçersiz sayılacağına ilişkin bir düzenleme olabileceği gibi, Tasarının 628. maddesindeki müeyyide de olabilir. Ancak bunlardan hangisinin seçildiği Kanun’da açıkça gösterilmelidir. Bu hususun çözümü içtihatlarla bırakılmamalıdır. Bu şekildeki bir değişiklik ortaya çıkan sorunların daha kolay ve aynı şekilde çözümüne imkan sağlayacaktır. Böylece hakim sorunu çözerken kanun koyucunun amacını da dikkate alarak konuyu daha kolay ve sağlıklı şekilde açıklığa kavuşturabilecektir.

574. maddenin 2. fıkrasına ilişkin gerekçede “*Tek ortaklı limited şirket geçici, ancak farklı bir konumu ifade eder*” denmektedir. Bu ifade AB’nin 89/667/ EEC sayılı 12 Nolu Yönerge hükümlerine uygun bulunmadığı gibi, 573. maddenin gerekçesine de uygun değildir. Diğer yandan tek kişilik anonim şirkete izin verilirken, limited şirket için böyle bir farklılığın belirtilmesi anlaşılammaktadır.

3. 576. maddenin gerekçesinin anlaşılması güçtür ve kavram karmaşasına neden olabilecek ifadeler bulunmaktadır. Gerekçenin yeniden yazılması maddenin daha iyi anlaşılmasını sağlayabilir.

4. 577. ve 578. maddenin gerekçelerinde yer alan “bir ortaklararası

“anayasa”sı kuralı sayılamaz”; “şeffaflık eşitliği sağlama amacıyla öngörülmüştür” şeklindeki bazı ifadelerin yeniden anlaşılır şekilde yazılması gereklidir.

5. Tasarının 579. maddesi, Tasarının anonim şirketlere ilişkin 340. maddesinde yer alan benzer bir düzenlemeyi içermektedir. Maddeye yönelik yapılabilecek eleştiriler, zaten 340. maddenin gerekçesinde de dile getirilmiştir. Bu madde hükmünün yeniden ele alınıp tartışılması gereklidir.

6. Tasarının 580. maddesinin 1. fıkrasında “Limited şirketin esas sermayesi en az elli bin Türk Lirasıdır” hükmü yer almaktadır. Maddeye ilişkin gerekçede ise “Şirketin niteliği ve YTL kanunu dikkate alınarak esas sermaye YTL’ye göre belirlenmiş ve kanun değişikliklerinden kaçınmak amacıyla ikinci fıkra öngörülmüştür” açıklaması yapılmıştır. Bu hükümle esas sermaye açısından, esas sermaye sistemini seçen anonim şirketlerle limited şirketlerin asgari sermayeleri eşitlenmiş olmaktadır. Zira, Tasarının anonim şirketin asgari sermayesini düzenleyen 332. maddesinde, esas sermaye sistemini benimsemiş anonim şirketler için esas sermaye elli bin Türk Lirası olarak belirlenmiştir.

Buna karşılık Alman ve İsviçre hukuklarında anonim şirketlerde aranan asgari sermaye ile limited şirketlerde aranan asgari sermaye tutarında büyük farklar bulunmaktadır. Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’nun 7. Paragrafı anonim şirketler için asgari sermayeyi elli bin Avrupa Para Birimi (Euro) olarak, Limited Şirketler Kanunu’nun 5. Paragrafı ise, limited şirketler için en az esas sermayeyi yirmibeş bin Avrupa Para Birimi (Euro) olarak belirlemiştir. İsviçre hukukunda da buna benzer farklar bulunmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu’nun 621. maddesi anonim şirketler için asgari sermayeyi en az yüzbin Frank, 773. maddesi ise limited şirketler için en az sermayeyi yirmi bin Frank olarak öngörmüştür. Bu oranlar 6762 sayılı Kanun’da da bulunmaktadır. TTK m. 272’de anonim şirketler için esas sermaye miktarı en az elli milyar Türk Lirasıdır. Limited şirketin esas sermayesi ise, en az beş milyar Türk Lirası olarak düzenlenmiştir (TTK m. 507).

Anonim şirketle limited şirket arasındaki farkın belirlenebilmesi, Tasarının limited şirketlere ilişkin genel gerekçesinde belirtilen hedeflere ulaşılabilmesi ve kaynak kanunlarla denklik sağlanması açısından anonim ile limited şirketin en az esas sermaye tutarları arasında yarı yarıya farkın olması gereklidir. Bu sebeple limited şirketin esas sermaye miktarı en az yir-

mibeş bin Türk Lirası olarak değiştirilmelidir. Bu tutar limited şirketler için az bulunuyorsa, Tasarının 332. maddesindeki anonim şirketlere ilişkin asgari esas sermaye miktarı yüz bin Türk Lirası olarak belirlenebilir.

7. Tasarının 578. maddesi ile 581 ve 582. maddeleri aynı konuyu düzenlemektedir. 578. maddenin kenar başlığı “Aynî sermaye, aynî devralmalar ve özel menfaatler” şeklindedir. Madde metni ise “Aynî sermaye, ayınların veya işletmelerin devralınması ve özel menfaatler hakkında anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulanır” şeklinde kaleme alınmıştır.

Buna karşılık Tasarının 581. maddesinin kenar başlığı “II- Aynî sermaye” olup, madde metni, Tasarının anonim şirketlerde aynî sermayeye ilişkin 342. madde hükmünü aynen alarak “Üzerlerinde sınırlı aynî bir hak, haciz veya tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar ve adlar da dahil, malvarlığı unsurları aynî sermaye olarak konulabilir. Hizmet edimleri, kişisel emek, ticarî itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olamaz. (2) 127 nci madde saklıdır” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin 342. maddeden ayrıldığı nokta 2. fıkrada genel hükümlere yapılan atıf maddesinde görülmektedir. 342. maddenin 2. fıkrası 128 inci maddenin, 581. madde ise 127. maddenin saklı olduğunu belirtmektedir.

Tasarının 582. maddesi ise “Mal bedelleri ve kurucu menfaatleri” kenar başlığını taşımaktadır. Maddenin içeriği “(1) Şirketin kurulması için kurucular tarafından şirket hesabına alınan malların bedelleri ile şirketin kurulmasında hizmeti geçenlere tanınan menfaatler şirket sözleşmesine yazılır.(2) 128 inci madde saklıdır” biçiminde düzenlenmiştir. Bu madde anonim şirket esas sözleşmesinin içeriğine ilişkin 339. maddenin, esas sözleşmeye yazılacak hususları sayan 2. fıkrasının (e) bendindeki hükmü tekrarlamaktadır.

578. maddede “Aynî sermaye, ayınların veya işletmelerin devralınması ve özel menfaatler hakkında anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulanır” şeklinde bu konuları anonim şirketlere ilişkin hükümlere atıf yaparak düzenledikten sonra, aynı hususu tekrar iki farklı maddede ayrıca düzenlemesi uygun olmamıştır. 578. madde kalırsa, 581 ve 582. maddelere gerek yoktur. Ancak, Tasarıyı hazırlayanlar 578. maddeyi:

C. Şirket sözleşmesi

I. Şekil

II. İçerik

1. Zorunlu kayıtlar

2. Şirket sözleşmesinde öngörülmeleri kaydıyla bağlayıcı olan hükümler

3. Aynî sermaye, aynî devralmalar ve özel menfaatler

4. Emredici hükümler,

şeklindeki sistematik içinde, şirket sözleşmesinin içeriğine ilişkin alt başlığın altında düzenlemişlerdir. Kanaatimizce burada düzenlenmek istenen, anonim şirkette olduğu gibi, limited şirkette paradan başka sermaye olarak konan haklar ve mallar varsa, işletme ve ayınların devir alınması söz konusu ise, şirketin kurulması için kurucular tarafından şirket hesabına mal satın alınmış veya kuruluş sırasında hizmetleri görülenlere ücret verilecekse, bunların değerlerinin, bedellerinin, ücret tutarları ile sağlanacak mükafatların tutarlarının şirket sözleşmesinde yazılması gerektiğinin belirtilmesidir. Bu nedenle 582. madde hükmünün yeri 578. madde olmalı ve 578. madde yeniden düzenlenmelidir.

Yeni hüküm “Paradan başka sermaye olarak konan hakların ve malların değerleri; işletme ve ayın devir alınması sözkonusu olduğu takdirde bunların bedeli; şirketin kurulması için kurucular tarafından şirket hesabına alınan malların bedelleri ile şirketin kurulmasında hizmeti geçenlere tanınan menfaatler şirket sözleşmesine yazılır” şeklinde olabilir.

Bu şekilde bir düzenleme yapıldığında aynî sermayeye ilişkin 581. madde mevcut haliyle kalabileceği gibi, “Aynî sermaye, ayınların veya işletmelerin devralınması ve özel menfaatler hakkında anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulanır” şeklinde bir değişiklik de yapılabilir.

8. Tasarının 583. maddesinin ikinci fıkrası, “Esas sermaye paylarının itibarî değerleri farklı olabilir. Ancak, esas sermaye paylarının yirmibeş Türk Lirası veya bunun katları olması şarttır. Bir esas sermaye payının vereceği oyun, 618 inci madde uyarınca itibarî değere göre hesaplanması, esas sermaye payının bölünmesi değildir. Her oyu temsil eden esas sermaye payı birimi, o esas sermaye payının ayrılmaz parça-

sıdır” şeklinde kaleme alınmıştır. Bu hükmün, üçüncü cümlesinden itibaren kuraldan ziyade bir görüşün açıklaması sözkonusudur. Anılan fıkranın kanun yapma tekniğine uygun olarak yeniden düzenlenmesi gereklidir.

9. İsviçre Tasarısının 774a maddesinde yer alan intifa senetlerine ilişkin hüküm, Tasarının 584. maddesine aynen alınmıştır. Anonim şirketler için öngörülen intifa senetlerinin, ülkemiz açısından bir ihtiyaç olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu hususun doktrinde de ifade edilmiş olmasına rağmen (Ünal Tekinalp; Limited Ortaklık, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul, sh.218) intifa senetlerine ilişkin hükmün, “Anonim şirketlerde intifa senetlerinin çıkarılmasını haklı gösteren sebepler limited şirketler için de geçerlidir. Bu sebeple 584. madde kaleme alınmıştır” gerekçesiyle, Tasarıya alınması yadırganmıştır. Limited şirketlerde intifa senetlerinin gerekli olup olmadığı tekrar tartışılmalıdır.

10. 587/1’de yer alan “kurucuların imzalarının noterce onanmasını izleyen otuz gün içinde” ibaresinin yeri 586. maddenin birinci fıkrasıdır. Bu nedenle 576. maddenin 1. fıkrası “Şirket sözleşmesinin tescili için, kurucuların imzalarının noterce onanmasını izleyen otuz gün içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret siciline başvurulur” şeklinde, 587. maddenin 1. fıkrası ise “Şirket sözleşmesinin tamamı, şirketin merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilân olunur” şeklinde düzenlenebilir.

587/1 bend (c) ‘de yer alan “İşletmenin esas noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış şekilde konusu, şirket sözleşmesinde bu konuda bir hüküm mevcut ise, şirketin süresi”; şeklindeki hükmün Tasarının 576. maddesinin (b) bendine uygun olarak “Esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde, şirketin konusu” şeklinde değiştirilmesi gerekir. Zira, Tasarıya göre limited şirketler yasak olmayan her türlü iktisadi amaç ve konu için kurulabilirler. Bu şirketlerde çoğu kez bir ticari işletmeyi işletirler. Ancak kollektif ve komandit şirketin aksine, bir ticari işletmeyi işletmeleri kanuni bir zorunluluk olarak öngörülmemiştir. Bu nedenle işletmenin değil, şirketin konusunun şirket sözleşmesine yazılarak, tescil ve ilanı gerekir. Anılan bentte yapılacak böyle bir düzenleme, 576. maddenin (b) bendi ile de ifade birliğini sağlayacaktır.

Diğer yandan 587. maddenin (c) bendinde “şirket sözleşmesinde bu konuda bir hüküm mevcut ise, şirketin süresi” şeklinde ikinci cümle ola-

rak yer alan hükmün, anonim şirketin tescil ve ilanını düzenleyen madde 354 f.1 bend (c)'de olduğu gibi, ayrı bir bend olarak düzenlenmesi hükmün daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

11. 588. maddenin 4. fıkrasında yer alan “ileride kurulacak şirket adına yapıldıklarının” şeklindeki düzenlemenin “ilerde tescil edilecek şirket adına” şeklinde değiştirilmesi hem maddenin kendi içinde uyumlu olmasını, hem de 585. maddede düzenlenen kuruluş ile 588. maddedeki tüzel kişilik kazanmanın farkını ortaya koyacaktır.

12. “Şirket Sözleşmesinin Değiştirilmesi” başlığını taşıyan 2. bölümde düzenlenen ve 6762 sayılı Kanun’un 513. maddesinin tekrarı olan 589. madde ile, İsviçre Tasarısının 808b maddesinden alınan ve “Önemli kararlar” kenar başlığı altında 621 maddede yer alan hükümler arasında uyum bulunmamaktadır. Aslında her iki madde aynı hususları farklı hükümlerle düzenlemektedir. Madde 589 f. 1 göre “Aksi şirket sözleşmesinde öngörülmediği takdirde, şirket sözleşmesi, esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların kararıyla değiştirilebilir”. Buna karşılık şirketin konusunun değiştirilmesi, sermayesinin artırılması, şirket merkezinin değiştirilmesi, şirketin feshi gibi, şirket sözleşmesinin değiştirilmesini gerektiren önemli genel kurul kararlarının alınmasını düzenleyen m. 621/1 ise “Aşağıdaki genel kurul kararları, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması halinde alınır” hükmünü içermektedir. Görüldüğü gibi, aynı konu iki farklı maddede iki farklı hükümle düzenlenmiş bulunmaktadır. Hükümlerin ahengini sağlamak için İsviçre Tasarısı m. 780’de olduğu gibi, 589. maddenin 1. fıkra hükmünün kaldırılması gerekir.

13. Madde 591 limited şirkette ortakların rüçhan hakkını anonim şirketteki hükme paralel bir biçimde düzenlemiştir. Maddenin 2. fıkrasına göre “Genel kurulun sermaye artırımına ilişkin kararıyla, ortakların yeni payları almaya ilişkin rüçhan hakkı, ancak, haklı sebeplerin varlığında ve esas sermayenin yüzde altmışını temsil eden ortakların olumlu oylarıyla sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir” Bu hükme göre genel kurulun ortakların rüçhan hakkını sınırlandırması veya kaldırması için esas sermayenin yüzde altmışını temsil eden ortakların olumlu oyu aranırken, önemli kararlar kenar başlığını taşıyan m. 621 f.1 bend (e) “Rüçhan hakkının sınırlandırılması ya da kaldırılması” na ilişkin genel kurul kara-

rını da önemli kararlardan saymış ve “...temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması halinde alınır” hükmünü getirmiştir. Görüldüğü gibi her iki madde de rüçhan hakkının kaldırılması konusunu özel olarak, ancak farklı bir biçimde düzenlemiştir.

Tasarı m.591 f.2 hükmü, anonim ortaklıkta rüçhan hakkını düzenleyen m. 461 f. 2 hükmüne uygundur. Buna karşılık, m.621 hükmü ile uyumlu değildir. Bunun sebebi Tasarı hazırlanırken rüçhan hakkına ilişkin düzenlemenin, İsviçre Borçlar Kanunu m. 652b hükmüne uygun olarak yapılmasına rağmen, genel kurulun kaldırma kararı için ağırlaştırılmış oy çokluğu şartı için, İsviçre BK m.704/4 deki “temsil edilen oyların en az üçte ikisinin olumlu oyu” hükmünün alınmaması, bunun yerine özel olarak “esas sermayenin yüzde altmışını temsil eden ortakların olumlu oyu” şartını aramasıdır. Tasarı m. 621’in kaynağını oluşturan İsviçre BK Tasarısı m. 808b hükmü, İsviçre BK m. 704/4 hükmü ile uyumlu olduğu halde, m. 621’in yetersayıya ilişkin hükmü, m. 591 ve 461’in yetersayıya ilişkin hükmü ile uyumlu değildir. Bu uyumsuzluğu gidermek için 621 f. 1’in (e) bendinde yer alan rüçhan hakkı ile ilgili düzenlemenin kaldırılması gereklidir.

14. Tasarı madde 593 f.1’de yer alan, “aşağıdaki hükümler” ile neyin kastedildiği açık değildir. Bu fıkranın devamında bu nitelikte hükümler bulunmamaktadır. Tasarının bu hükmü, 6762 Sayılı Kanun’un 518 maddesinden alınmıştır. Bu nedenle birinci fıkraya metnin belirlenen cümlesinin “aşağıdaki maddelerin hükümleri” şeklinde düzeltilmesi gerekir.

Ayrıca aynı fıkraya ilişkin gerekçede “Şirket sözleşmesi, 593. maddede öngörülen genel kurulun onayını hafifletebilir, belirli bazı hallere özgüleyebilir, hatta kaldırabilir.” ifadesine yer verilmekle birlikte, fıkroda genel kurulun onayından söz edilmemektedir.

Yine 593. maddenin ikinci fıkrası uyarınca “Esas sermaye payına ilişkin senetler ya ispat aracı veya nama yazılı olarak düzenlenir.” Söz konusu senedin nama yazılı olarak düzenlenmesinin hiçbir pratik faydasının bulunmadığı hükmün gerekçesinde şu cümlelerle ifade edilmektedir: “Tasarı bir yenilik getirmekte, esas sermaye payının ispat aracı olan bir senede veya nama yazılı senede bağlanabilmesine olanak tanımaktadır. Esas sermaye payını içeren nama yazılı senet çıkarılması, paya devir ve dolayısıyla dolaşım kolaylığı sağlamaz; Tasarının 595 vd. hükümleri ge-

ne geçerli olmakta devam eder ve uygulanır; kanunî bağlam varlığını aynen sürdürür. Bu olanak, limited şirket esas sermaye payını ne anonim şirket payına dönüştürür ne de yaklaştırır. Sadece ispatı ve gereğinde -limited şirkete ilişkin hükümler çerçevesinde- payın devrinde bazı kolaylıklar sağlayabilir”. Öyleyse yapılması gereken, bu konuda daha fazla tartışmadan, senedin nama yazılı olarak düzenleneceği hususunun Tasarıdan çıkartılmasıdır.

15. 594. maddenin gerekçesinde yer alan “Bu madde 6762 sayılı Kanununun 519¹⁰² uncu maddesinin tekrarıdır” ifadesi doğru değildir. Aşağıdaki madde¹⁰³ metinlerinde de görüleceği gibi, 594. maddenin 1. fıkrası, 6762 sayılı Kanun’un 519. maddesinin 1 fıkrasından ifade olarak farklıdır. Ayrıca 594. maddeye yeni bir 2. fıkra eklenmiştir. Diğer taraftan 6762 sayılı Kanun’un 519. maddesinde yer alan 2.ve 3. fıkra hükümleri 594. madde de yer almamaktadır. Gerekçenin bu hususlara göre yeniden yazılması gerekir. Önemle ifade edelim ki, 6762 sayılı Kanun’un 519. maddesinin 1 fıkrasında yer alan “payların devir ve intikali ve bu hususlarla ilgili diğer değişiklikler bu deftere kaydolunur.” hükmünün 594. madde metninde de yer almaması önemli bir eksikliklerdir.

16. Madde 595 f.1 uyarınca, “Esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler yazılı şekilde yapılır ve imzalar noterce ona-

102 Madde 519 - Paylar hakkında bir defter tutulur. Ortakların ad ve soyadları, pay miktarları, vuku bulan ödemeler, payların devir ve intikali ve bu hususlarla ilgili diğer değişiklikler bu deftere kaydolunur.

Her takvim yılı başında ticaret sicil memuruna, ortakların ad ve soyadlarını, her ortağın koymayı taahhüt ettiği sermaye miktarını ve buna mahsuben ödediği kısmı gösterir ve müdürler tarafından imzalanmış bir liste verilir. Son listenin tevdi tarihinden itibaren herhangi bir değişiklik olmamışsa liste verilmez. Yalnız, bir değişiklik olmadığı dilekçe ile bildirilir.

Pay defterinin ve listelerin kusurlu ve noksan tutulması veya verilen malumatın yanlış olması yüzünden husule gelecek zarardan; müdürler şahsan ve müteselsilen mesuldürler.

103 Madde 594. - (1) Şirket, esas sermaye paylarını içeren bir pay defteri tutar. Ortakların, adları, adresleri, her ortağın sahip olduğu esas sermaye payının sayısı, itibarî değeri, grubu ve esas sermaye payları üzerindeki intifa ve rehin hakları, sahiplerinin adları ve adresleri bu deftere yazılır.

(2) Ortaklar pay defterini inceleyebilir

nır. Ayrıca, devir sözleşmesinde ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri, rekabet yasağının ağırlaştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak biçimde genişletilmiş olduğu, önerilme, önalım ve alım hakları ile cezaya ilişkin şartlar da belirtilir” Gereğçede, hükmün ikinci cümlesi hakkında şu ifadelere yer verilmektedir: “Tasarıda numerus clausus olarak öngörölmüş bulunan ve yükümlölük getirdiği için önemli gördüğü hususların devir sözleşmesinde açıkça öngörölmesini emretmiştir. Bunlar ek ödeme yükümlölüğü, yan edim yükümlölüğü, rekabet yasağının ağırlaştırılması veya tüm ortakları kapsayacak şekilde genişletilmesi, önerilme, önalım ve alım hakları ile cezaya ilişkin şartlardır. Bu sözleşmeye açıkça yazma zorunluluğunun sebebi devralanın yükümlölüklerinin tam bilincinde olması ve bu hususta onun bilgilendirilmesi yükümünü de satıcıya yüklemektedir. Ancak, bu kayıtların devir sözleşmesinde bulunmaması, sözleşmeyi geçersiz kılmaz, fakat devredenin bazı hallerde sorumluluğuna sebep olur. “Bazı haller” ile alıcının sözkonusu yükleri ve hakları bilmesi, payı bunları bilerek almasıdır”. Önemle belirtelim ki, “bu kayıtların devir sözleşmesinde bulunmaması, sözleşmeyi geçersiz kılmaz” ifadesi, isabetli değildir. Çünkü, hükmün gerekçesinde belirtildiği gibi, sayımın numerus clausus ve devir sözleşmesi için öngörölen şeklin geçerlilik şekli olması karşısında, sayılan hususlardan birinin eksikliği sözleşmeyi geçersiz kılar.

Maddenin 2. fıkrası “Şirket sözleşmesinde aksi öngörölmemişse, devir için, ortaklar genel kurulunun onayı şarttır. Devir bu onayla geçerli olur” kuralını getirmiştir¹⁰⁴. Genel kurul devre onay verirken 620’inci maddedeki olağan nisabı mı, yoksa, 621’inci maddedeki ağırlaştırılmış nisabı mı dikkate alacaktır? Onay için gerekli olan karar nisabı madde de açık değildir. 621’inci maddenin 1. fıkrasının (c) bendi “ Esas sermaye paylarının devrinin zorlaştırılması, yasaklanması ya da kolaylaştırılması” durumunda genel kurulun temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması halinde karar alabileceği hükmü burada uygulanmaz. Zira burada devrin zorlaştırılması, yasaklanması ya da zorlaştırılması yoktur. Burada olan sadece devrin

104 6762 sayılı Kanun’un devir kenar başlığını taşıyan 520. maddesinin 2. fıkrası “Devir hususunun pay defterine kaydedilebilmesi için, ortaklardan en az dörtte üçünün devre muvafakat etmesi ve bunların esas sermayenin en az dörtte üçüne sahip olması şarttır” kuralını içermektedir.

onayıdır. İleride sorun çıkmaması için onayın hangi nisapla verileceği açıkça fıkra metnine yazılmalıdır.

Diğer yandan bu maddenin 2 ve 3. fıkrasında “ortaklar genel kurulu” ifadesi kullanılmışken 5, 6 ve 7. fıkralarında “genel kurul” ifadesine yer verilmiştir. Ayrıca 6. fıkranın gerekçesinde “ortaklar kurulu” ifadesi yer almaktadır. Kanun’da bulunan terim farklılığı, terimlerden birisi tercih edilerek giderilmelidir.

17. 596. maddenin 2. fıkrasının ilk cümlesinde “Şirket, iktisabın öğrenilmesinden itibaren üç ay içinde esas sermaye payının geçtiği kişiyi onaylamayı reddedebilir” hükmüne yer verilmiştir. İktisabın öğrenilmesi ibaresi belirsizliği içeren bir terimdir. Bu cümle “Şirket, devrin gerçekleştiğinin kendisine bildirildiği günden itibaren üç ay içinde esas sermaye payının geçtiği kişiyi onaylamayı reddedebilir” şeklinde değiştirilmelidir. Böyle bir değişiklik hem belirsizliği ortadan kaldıracak, hem de 595. maddenin 7. fıkrasıyla uyumu sağlayacaktır.

18. 597. maddenin 2. fıkrasıyla, bu fıkranın gerekçesi birbiriyle uyumlu değildir. Madde, gerçek değer öngörüldüğü hallerde tarafların anlaşmaması durumunda, bu değer taraflardan birinin talebi üzerine şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesince belirleneceğini hüküm altına almıştır. Maddenin 2. fıkrası “Mahkeme, yargılama ve değer belirleme giderlerini kendi takdirine göre paylaşır. Mahkemenin kararı kesindir.” hükmünü sevk ederek değer belirleme işlemindeki yargılama ve değer belirleme giderlerinin nasıl paylaşılacağını göstermiştir. Buna karşılık hükmün gerekçesinde “İkinci fıkra: İstenmeyen kişinin ortak olarak alınmaması şirketin menfaatinedir. Mahkeme takdirini kullanırken bu noktadan hareket edecektir.” şeklinde hükümle ilgili olmayan bir açıklama içermektedir. Metinle gerekçesi arasındaki bu uyumsuzluğun giderilmesi gerekir.

19. Tasarının 598. maddesinin gerekli olup olmadığı, limited şirketlerin bünyesine uygun bulunup bulunmadığı noktasından tekrar tartışılmalıdır. Zira Limited şirkette esas sermaye paylarının devri ve devrin geçişi için ticaret siciline tescilin herhangi bir etkisi yoktur. Maddenin 1. fıkra gerekçesinde yer alan “Tasarı devrin ticaret siciline tescilini, devreden ve üçüncü kişinin korunması yönünden gerekli görmüştür” şeklindeki açıklamaya katılmaya da imkan yoktur. Çünkü Tasarı hükümleri esas sermaye pay devirlerini ayrıntılı bir düzenlemeye bağlayarak (Örneğin esas sermaye payının is-

pat aracı niteliğindeki senetlere bağlanması, pay defterinin tutulması, esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemlerin yazılı şekil ve imzaların noterce onayı şartına bağlanması, aksi şirket sözleşmesinde öngörülmemişse, devir için genel kurulun onayı şartı aranması) devredenin, şirketin ve üçüncü kişilerin korunması yönünden gerekli düzenlemeyi yapmıştır. Buradaki hükmün amacı olsa olsa, Ticaret Sicil Memuruna 574. maddede belirtilen en az elli ortak şartının aşılp aşılmadığını denetleme imkanı vermek ve 604. maddedeki sürenin başlangıcını tespit olabilir. Bundan dolayı 598/3'de yer alan "Sicil kaydına güvenen iyi niyetli kişinin güveni korunur" hükmü uygulanma kabiliyeti olmayan bir hükümdür. Diğer yandan 598/2'deki "otuz gün"ün hangi tarihten itibaren işleyeceği belirsizdir.

20. 602. maddenin "Şirket, borçlarından dolayı sadece malvarlığı ile sorumludur" hükmünün, Tasarıdan çıkarılması veya "tüm malvarlığı" şeklinde düzeltilmesi gerekir. Ayrıca, maddenin gerekçesinde yer alan "Hüküm sınırlı sorumluluğa uygun olarak düzenlenmiştir." ibaresi, yanlış ve yanıltıcıdır. Çünkü, şirketin sorumluluğu sınırsız; yani malvarlığının tamamıdır. Sınırlı sorumlu olanlar ise, ortaklardır ve onların sorumluluğu da Tasarı m. 573/2'ye göre, şirkete karşıdır.

21. 603. maddede düzenlenen "ek ödeme"nin, gerekçede belirtildiği üzere "nakdi ödeme" olduğu hususunun madde metninde belirtilmesi, açıklık sağlaması açısından, daha isabetli olur. Bu nedenle m. 603 f. 1'e birinci cümleden sonra gelmek üzere "Ek ödeme yükümlülüğü, ortaklara, sadece şirkete nakdi ödemelerde bulunma borcu yükler" hükmünün ilave edilmesi uygun olur.

Ayrıca, 603/3'ün, "Şirket sözleşmesinde ek ödeme yükümlülüğünün, sadece esas sermaye payına ilişkin belirli bir tutardan ibaret olması öngörülebilir" şeklindeki ilk cümlesi, gereksiz olup, Tasarıdan çıkarılmalıdır.

22. 605. maddede yer alan "Yerine getirilen ek ödeme yükümünün kısmen veya tamamen geri verilebilmesi için,..." cümlesinde yer alan "yükümün" ifadesi düzeltilmelidir.

23. Madde 606 f.1'de yer alan "işletme konusu", şeklindeki ifadenin "şirket konusu" olarak değiştirilmesi uygun olur. Ayrıca ek ödeme yükümünün ancak nakit olması karşısında, bazı şartların varlığında "aynı edim yükümlülüğü"nü ek ödeme hakkındaki hükümlere tabi tutan 606. maddenin

üçüncü fıkrası, yeniden değerlendirilmelidir. Diğer yandan 606. maddenin birinci fıkrasına ait gerekçenin ilk paragrafında “Yan edimler, limited şirketin bir taraftan ortaya koyan diğer taraftan onu, kooperatife yaklaştıran bir kurumdur.” şeklinde yer alan cümlede sorun bulunmaktadır.

24. Madde 608.’e ait gerekçenin 2. paragrafında “Hüküm, anonim şirketlerde olduğu gibi, “temettü” sözcüğünü dağıtılabılır (dağıtılacak) kâr payı için kullanmakta, “kâr payı” terimine ise temettüyü de kapsayan geniş bir anlam ifade etmektedir” açıklaması yapılmasına rağmen maddenin kenar başlığında yer alan “temettü” kavramına metinde yer verilmemektedir. Ayrıca 608/3’ün (b) bendinde yer alan “işletmenin gelişimi” ifadesi “şirketin gelişimi” şeklinde değiştirilmelidir.

25. 613. maddenin gerekçesine ait ilk cümlede “6762 sayılı Kanun’un, 613. maddesi anlamında bağlılık yükümüne ve rekabet yasağına yer vermemiştir” açıklaması yapılmıştır. Bu cümlenin ifadesi açık olmadığı için yeniden düzenlenmelidir.

26. Tasarı limited şirketler için pek çok anonim şirket hükmüne atıf yaptığı halde, bilgi alma ve inceleme hakkı konusunda, 614. madde de özel bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır. Ancak bu hükümler Tasarının 437. maddesinde anonim şirket ortakları için tanınan bilgi alma ve inceleme hakkına göre daha dar hükümler içermektedir. Örneğin Tasarının 614. maddesinde, anonim şirkette bilgi alma ve inceleme hakkı, esas sözleşmeyle ve şirket organlarından birinin kararıyla kaldırılamaz veya sınırlandırılmaz şeklindeki 437/6 hükmüne, yer verilmediği gibi, bilgi alması ve inceleme yapması genel kurul tarafından haksız olarak engellenen ortağın reddi izleyen on gün içinde dava açabileceğine, davanın basit muhakeme usulüne göre görüleceğine dair 437/5¹⁰⁵ hükmüne de yer verilmemiştir. Bizce ortakla-

109 Aslında ticaret şirketlerindeki bazı ticari davaların basit yargılama usulüne tabi olduğu Tasarı 1499 yer almıştır. Bu nedenle Tasarının 437/5 buna yer vermesi gereksizdi.

A) Ticaret davalarında yargılama usulü

MADDE 1499. - (1) Ticaret şirketlerinde, ortakların şirketle veya birbirleriyle olan ilişkilerinden doğan davalarda veya şirketin yönetim kurulu üyeleri, müdürleri ya da denetçilere karşı açılacak davalarda basit yargılama usulü uygulanır.

Aslında 6762 sayılı Kanun’un 1460 maddesinde şirket davalarında muhakeme usulü , kenar başlığında düzenlenen hükmün, hiç de uygun olmayan ve gerekçesiz şekilde “Ticaret davalarında yargılama usulü” olarak değiştirilmesi de uygun olmamıştır.

rın bilgi alma ve inceleme hakları anonim şirketlere ilişkin hükümlere atıf yapılarak giderilebilir. Bu yol tercih edilmezse, yukarıda belirttiğimiz eksikliklerin anonim şirketlere dair hükümlerle uyum sağlanacak şekilde giderilmesi gerekir.

27. 616/1'in (g) bendindeki "ve ortağın tanınması" ibaresi gereksizdir. Zira devrin onaylanması bu hususu da kapsar. Maddenin ikinci fıkrasına Tasarıda yer vermenin uygun olup olmadığı tartışılmalıdır. Bunun yanında 616/2'nin (a) bendinde sözü edilen "müdürlerin faaliyetlerinin onaylanması" ile neyin kastedildiği belirsizdir. Bununla ibra da kastedilmemiştir; çünkü ibra hususu 616/1, f'de yer almaktadır. Ayrıca 625/2'de yer alan "Genel kurulun onayı müdürlerin sorumluluğunu sınırlandırmaz." hükmü karşısında, 616/2'nin (a) bendinde, "müdürlerin faaliyetlerinin onaylanması" hususuna yer verilmesi de anlamsızdır. Diğer yandan 616/2'nin (e) bendinde sözü edilen "Şirket sözleşmesinin ortakların onayını aramaması halinde" ile neyin kastedildiğinin açık olmaması yanında burada geçen "ortakların onayınının" genel kurul kararından farkı anlaşılammaktadır. Bu madde hükmü içerisinde de "ortaklar genel kurulu" genel kurul" ifadelerine yer verilmiştir. Maddedeki terim farklılığına, ifadelerden biri seçilerek son verilmelidir.

28. Önemli kararlar kenar başlığında genel kurulun ağırlaştırılmış karar yetersayılarını düzenleyen 621. maddenin 1. fıkrasının (e) bendinde sayılan "Rüçhan hakkının sınırlandırılması ya da kaldırılması" hususu, 11. nolu açıklamada izah edilen nedenlerden dolayı Tasarıdan çıkartılmalıdır.

29. Tasarı madde 625 f. 1, bent (a)'daki, "Şirketin üst düzeyde yönetimi ve yöneltimi; gerekli talimatların verilmesi" ifadesinde, "yönetim" sözcüğüne yer verildikten sonra, "yöneltim" ile "gerekli talimatların verilmesi" ibarelerine de yer verilmesi gereksizdir. Ayrıca, genel kurulun onayı müdürlerin sorumluluğunu sınırlandırmadığına göre 625. maddenin ikinci fıkrasının anlamı kalmamaktadır. Diyer yandan, 625. maddenin gerekçesinde, maddede bulunmayan üçüncü fıkradan söz edilmekte ve bu fıkranın gerekçesi açıklanmaktadır.

30. 626. maddenin ikinci fıkrasına, "Bu halde 620. madde uygulanır" yönünde bir hükmün son cümle olarak ilavesi, nisap bakımından, "tüm or-

takların yazılı olarak izin vermeleri” ile “ortaklar genel kurulunun onayı” arasındaki farkın izahını kolaylaştırır.

31. Limited şirkette sona erme sebeplerini gösteren Tasarının 636. maddesi¹⁰⁶, yeni olan 2. fıkrasında “Uzun süreden beri şirketin kanunen gerekli organlarından biri mevcut değilse veya genel kurul toplanamıyorsa, ortaklardan veya şirket alacaklılarından birinin talebi üzerine şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesi, şirketin durumunu kanuna uygun hale getirmesi için bir süre belirler, buna rağmen durum düzeltilmezse, müdürleri dinleyerek, şirketin feshine karar verebilir” hükmünü içermektedir. Maddenin 2. fıkrası organsızlık halinde ortaklara ve şirket alacaklılarına mahkmeden şirketin feshini talep etme hakkını tanımıştır. Ancak, 628. maddede sayılan durumlarda, sicil memurunun şirketi fesih hakkının bulunduğu hususunun bu fıkrada yer almaması bir eksiklik oluşturmaktadır. Bu hususun da hükümde açıkça gösterilmesi uygun olur. Diğer yandan anonim şirketin sona erme sebeplerinin özel hallerinden

106 A) Sona erme sebepleri ve sona ermenin sonuçları

MADDE 636. - (1) Limited şirket aşağıdaki hallerde sona erer:

- a) Şirket sözleşmesinde öngörülen sebeplerden birinin gerçekleşmesiyle.
- b) Genel kurul kararı ile.
- c) İflâsın açılması ile.
- d) Kanun'da öngörülen diğer hallerde.

(2) Uzun süreden beri şirketin kanunen gerekli organlarından biri mevcut değilse veya genel kurul toplanamıyorsa, ortaklardan veya şirket alacaklılarından birinin talebi üzerine şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesi, şirketin durumunu kanuna uygun hale getirmesi için bir süre belirler, buna rağmen durum düzeltilmezse, müdürleri dinleyerek, şirketin feshine karar verebilir.

(3) Haklı sebeplerin varlığında, her ortak mahkmeden şirketin feshini talep edebilir. Mahkeme, talep yerine, davacı ortağa payının gerçek değerinin ödenmesine ve davacı ortağın şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmedebilir.

(4) Haklı sebeplerle fesih hakkı, şirket sözleşmesiyle sadece esas sermayenin en az onda birine sahip ortaklara tanınabilir.

(5) Dava açıldığında mahkeme taraflardan birinin talebi üzerine gerekli önlemleri alabilir.

(6) İnfisahın sonuçlarına anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulanır.

birisini oluşturan organların eksikliğine ilişkin m. 530¹⁰⁷, 636. maddenin 2. ve 5. maddelerini aynı başlık altında iki fıkrada düzenlediği halde, m. 636 bunu gözden kaçırmıştır. 636. maddenin 5. fıkra hükmü, aynı maddenin 2. fıkrasına ikinci paragraf hükmü olarak eklenmelidir.

Alman ve İsviçre hukuklarında bulunmayan, ancak maddenin 4. fıkrasında düzenlenen “(4) Haklı sebeplerle fesih hakkı, şirket sözleşmesiyle sadece esas sermayenin en az onda birine sahip ortaklara tanınabilir.” hükmünün ifade tarzının ve yerinin yanlışlığı bir tarafa, gerekliliği tartışılmalıdır. Eğer hükmün kalması gerekiyorsa, ifade esas sözleşmeye yazılacak hükümleri gösterir şekilde değil, sona erme sebeplerini belirtir bir biçimde ve 1. fıkranın (a) bendine ya da bağlacından sonra gelmek üzere “Esas sözleşmeyle, esas sermayenin en az onda birine sahip pay sahiplerine tanınan fesih hakkının, bunlar tarafından kullanılmasıyla” şeklindeki bir cümlelerin eklenmesi suretiyle yeniden düzenlenmesi ve yazılması uygun olur.

Maddenin gerçesinde, “İkinci ve altıncı fıkralar ise yenidir” açıklaması yapılmış olmasına rağmen, yukarıda da izah edildiği gibi, 2. fıkra dahil 6. fıkraya kadar olan hükümlerin hepsi yenidir. Üçüncü ve dördüncü fıkraya ilişkin gerekçede “Mahkemeye tanınan geniş müdahale hakkı fesih-

107 2. Özel haller

a) Organların eksikliği

MADDE 530. – (1) Şirketin kanunen gerekli olan organlarından herhangi biri uzun süreden beri mevcut değilse veya genel kurul toplanamıyorsa, pay sahipleri, şirket alacaklıları veya Sanayi ve Ticaret Bakanlığının talebi üzerine, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesi, şirkete durumunu kanuna uygun hale getirmesi için uygun bir süre belirler. Durum süresinde düzeltilmezse, yönetim kurulunu da dinleyerek, mahkeme şirketin feshine karar verebilir.

(2) Dava açıldığında mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine gerekli önlemleri alabilir.

b) Haklı sebeplerle fesih

MADDE 531. - (1) Haklı sebeplerin varlığında, esas sermayenin en az onda birini temsil eden pay sahipleri, mahkemeden şirketin feshine karar verilmesini talep edebilirler. Mahkeme fesih yerine, davacı pay sahiplerine paylarının gerçek değerinin ödenmesine ve bunların şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir

den başka çözümlerin karara bağlanması olasılığını ortaya çıkardığı için dördüncü fıkrada da salt yani yargıcın müdahalesine yer bırakmayan fesih hakkı azlığa verilmiştir” şeklindeki cümlede yer alan “karar bağlanması” ifadesinin düzeltilmesi gereklidir.

32. Madde 637'nin gerekçesinde “Hüküm 6762 sayılı Kanun m. 550'nin tekrarıdır” açıklaması yapılmıştır. Oysa 637. madde¹⁰⁸, 6762 sayılı Kanun'un 550. maddesinden¹⁰⁹ hem ifade, hem de hüküm olarak farklılıklar içermektedir. Madde gerekçesinin yapılan değişiklikleri içerir şekilde yeniden yazılması gerekir.

33. 641 ve 642. maddelerde kullanılan “Ayrılma akçesi” terimi yerine, daha yeni olan “ayrılma payı” terimi tercih edilebilir.

108 MADDE 637. - (1) Sona erme, iflâstan ve mahkeme kararından başka bir sebepten ileri gelmişse müdür, birden fazla müdürün bulunması halinde en az iki müdür bunu ticaret siciline tescil ve ilân ettirir.

109 MADDE 550 - Müdürler, iflastan gayrı bir sebeple vuku bulan infisahı tescil ve ilan edilmek üzere ticaret siciline bildirirler.

İKİNCİ OTURUM İKİNCİ BÖLÜM

ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU*

Av. Barbaros ÇAĞA

Çağa Vakfı Başkanı,

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

Çok teşekkürler Sayın Başkan, Saygıdeğer Hocalar, Saygıdeğer Yargıçlarımız, Değerli Meslektaşlarım ve Sevgili Arkadaşlar.

Efendim, önümüzde taslak veya tasarı ne dersek diyelim, uzun bir emek ürünü olduğu kuşkusuz. Bu çalışmayı gerçekleştiren kişilerin de yurdumuzun yetiştirdiği değerli hukukçular olduğunda da kuşku yok, ama ortada bir gerçek var. Tasarı, abartmış olmayayım, ama söylemek istediğimi iyi anlatabileyim, vahim. Demek ki yasa yapmak çok zor iş, çünkü, birleşik kaplar düzeninde çalışan bir olay. Ticaret Kanunu'ndaki bir maddeyi değiştirirseniz, bütün hukuk sistemindeki birçok hukuk kuralı yerinden oynar, bazıları temelden sarsılır. Hukuk o kadar genişledi ki, bir kişinin de bütün hukuk düzenini, yasaları yapabilecek kadar bilmesine olanak yok. Tasarıya baktığımızda, bütün bu sakıncalı tutumun oluştuğunu ve sonuçların ortaya çıktığını maalesef görmekteyiz.

* Ses kaydından deşifre edilmiştir.

Herşeyden önce gördüğümüz şu, yeterli özen yok. İkinci gördüğümüz önemli husus, değiştirmek için değiştirme yapmak. Üçüncü gördüğümüz husus, yeterli irdeleme yapmamak ve bunun sonucunda ortaya çıkan sonuçların çelişkili ve yanlış olduğuna katlanmak. En sonuncusu, detayından başlayayım. Tasarıya baktığımız zaman Alman hukukunun büyük etkisinde kaldığı, birçok müessesenin pek de irdelenmeden, aktarılmaya çalışılması, özellikle anonim şirketlerde. Oysa ki, çok dikkat edilmesi gereken bir alan, detayına girmeme hiç lüzum yok, çünkü neticede Sayın Pulaşlı, etraflı olarak anlattılar. Kendilerine müteşekkirim, çünkü yönetim kurulundan bahsetmediler, yönetici kurul dediler. Gerçekten Alman anonim şirketler insanın ayağını çok fena kaydırır. Bir gözetim kurulu diye çevirdiğimiz, “Aussichtsrat”, bir de çok defa hatalı olarak yönetim kurulu diye çevrilen, “Vorstand”. Vorstand’ın görevi, biraz yönetimdir; ama bizim anonim şirketteki yönetim kuruluna eş değer değildir. İngilizce bir kelime kullanacağım. “Management” ile, “high level management” ile yönetim kurulu arası birşeydir. Fiiilen işleri gören, üst düzey yöneticiler dahi diyebiliriz. O kadar ki, bir örnekle belirtildi. Birçok işleri de yapmak için, gözetim kurulundan yetki almak zorundadırlar. Yani, gözetim kurulu, yapılan işleri, gözetleyen, denetleyen bir kurul değildir. Birçok işlerin yapılmasına da, temeli oluşturan yetkileri haizdir. Bu kadar değişik bir yapıya sahip bir anonim şirket. Bu yapı gözönünde bulundurularak yapılmış, anonim şirketler düzenlemesi. Bunun yanında, bizim İsviçre’den -ki Avusturya’da da aynı sistem var- almış bulunduğumuz anonim şirket düzenlemesi. Oradan bir şeyi aktarıırken çok dikkatli davranmak gerekir. Burada ayak kayması yalnız bu tasarıya mahsus değil, 1950’lerden beri, özellikle Alman hukukunun etkisinde olan kişiler, oralara, gerek mahkeme, doktrinlere atıf yaparak, aktarmalarda bulundular ve ne yazık ki getirdikleri hususlar, bizim hukuk sistemimize tam oturmuyor. Yasada bu tamamen yapılmış vaziyette. Nerede yapılmış, girmeyeceğim detayına. Gördüğünüz bu “Vorgesellschaft” meselesi, yani ön şirket meselesi, sebebi gayet sarıh. Bugün Almanya’da, bir sene sürer bir şirketin tescil edilmesi. Bizde ise çok şükür, yeri gelmişken söyleyeyim, her zaman kötü değiliz. Bizde bilemediniz iki üç gün içinde şirketi tescil ettirme, tüzel kişiliğini kazandırma imkanı var.

Burada, ilkeleri ortaya koyup, ki yeterince sabahtan beri konduğuna şüphe yok, bir iki örnek vermekle yetinilmesi gereken hususlar. Burada bunları kısa süre içinde, takdir edersiniz altıbuçuk yıllık bir önçalışma ve ko-

misyon üyeleri ile oturum sayısı ile çarpılırsa aşağı yukarı 11.000 saat ortaya çıkıyor. Bu işi, yarım günde irdeleyip sonuca bağlayamayız.

Konum biliyorsunuz benim, yönetim kurulu. Ben konuyu seçerken, yönetim kurulu düzenlemelerine girmek değildi amacım. Yönetim kurulu, daha oluşumu düzenleyen iki üç maddede bütün tasarıya özgü tüm noksanlıkları eksiksiz olarak görmek gerekir. Ne dedik, özensiz dedik. Sistematik olarak da özensiz. Dile karşı da özensiz. Ben bir konuşmacıya iştirak edemeyeceğim. Oldukça özenli dediler Türkçeye, ya biz genelde Türkçeyi artık hoşgörüyle, hatalarıyla duymaya alıştık, o yüzden böyle yaklaşım var. Ben bu özeni hiç göremiyorum. En basiti bir kişilik yönetim kurulundan, sakınmadan sözediyorlar. Sayın Moroğlu zaten buna, kitabında da buna gayet sarıh olarak dokunuyor. İki: anonim şirketin kuruluşunda, örneğin, bir kuruluş deniyor, ondan sonra tüzel kişilik deniyor. Bizim hukuk sistemimizde, tüzel kişilik kazanılmadan, bir şirketin kurulduğundan söz etmenin çok zor olacağı kanısındayım. Tamamını tepe taklak ediyoruz, koyduğumuz düzeni, sistemi. Sayın Hocamız bu konuya haklı olarak değindiler, en kolay yapacağınız şey, tahrip etmektir, yerine yenisini koymak çok uğraştırır. Bakın, şu sistemimizi oturtuncaya kadar fazla bir şey kalmadı yüzyıla geliyoruz. Yavaş yavaş oturur gibiydi, şimdi elbirliğiyle bunu yokedip, sıfırdan başlamak gayreti içindeyiz.

Yine yönetim kuruluna devam ettiğimiz zaman, bir özensizlik olarak tek kişilik yönetim kurulundan bahsediliyor ve maddelere baktığımız zaman, birden bire bakıyoruz şirketin kendi paylarını iktisabıyla ilgili bir sürü hüküm. Ondan sonraki maddeye bakıyoruz, yönetim kurulu toplantıları diye devam ediyor. Hakikaten, bu hükümlerin yeri orası değil. Demek ki sistematik olarak özen gösterilmemiş.

Gelelim aktarmalara. Vorgesellschaft'la bitmiyor aktarmalar. Yönetim kurulu üyeliğine tüzel kişilerin seçilebilmesi öngörülmüş. Orada sayın Moroğlu ile biraz ayrılıyoruz. Dediler ki bir yoğurt yeme tarzıdır. Ben o kanıda değilim, bu yoğurdu öyle yiyemeyiz. Tüzel kişiyi yönetim kuruluna seçersek, tüzel kişinin eli kolu bacağı yok; "Yürüyen bir tüzel kişi görmedim" demiş Prof. Enger. Demek ki, bir gerçek kişi onun yerine bu görevi üstlenecek. Ve gene hüküm var içeride, o tüzel kişi, bu gerçek kişiyi dilediği anda değiştirir. Şimdi gerçekçi olarak baktığımızda olaya, demek ki biz anonim şirketin ortağına, yönetim kurulu üyesini, her Allah'ın günü, dilediğini

başkası ile yerine getirme olanağını tanıyoruz. Bir an düşünelim. 21. yüzyılda. Sermaye piyasasını oluşturuyoruz. Kurumsal yönetim ilkelerini yürürlüğe sokmak üzereyiz. En korktuğumuz da küçük paydaşın ezilmesi. Yönetim kurulu üyesini, siz, sorgusuz, sualsiz her gün değiştirilecek bir pozisyona sokarsanız, bu yönetim kurulu üyesinin kendi başına hareket edebilme, işini yaparken yasaların öngördüğü dürüstlüğü ve özeni gösterme olanağını bırakmazsınız. Ortağın fiilen şirketi yönetmesi haline gelir bu ve herhalde sermaye şirketlerindeki bugünkü yönetim anlayışına tamamen ters olunacağından da tereddüt olunamaz. Niye bu yapılmış, Almanya'dan alınma dediğim gibi, etki var. Ama iki şirket birbirine uymuyor.

Aynı şekilde çelişkili düzenlemeler var. Kamu tüzel kişilerinin temsilcisi olarak yönetim kuruluna giren üyelerin, bu sıfatla yaptıkları işler sırasında üçüncü şahıslara verdikleri zararlardan dolayı, bu kamu tüzel kişilerinin sorumluluğu öngörülmuş vaziyetteydi. Yerinde hüküm ama, yaptığımız değişiklikte kamu tüzel kişisi olmayan tüzel kişiliklerin de yönetim kurulu üyesi seçilip ve dolayısıyla yerlerine yolladıkları kişilerin yapacağı fiillerden dolayı verdikleri zararlardan, bu tüzel kişilere herhangi bir sorumluluk yüklenmesi düşünülmemiştir. Ne farkı var? Yani kamu tüzel kişisinin yolladıkları kişiler daha mı yeteneksiz, daha mı sakar olacaklar yaklaşımıyla yapılıyor bu düzenleme? Herhalde bu olamaz, demek ki gözden kaçmış.

Gene getirilen bir husus var. Efendim, Ticaret Kanunu devrimci bir yasa olamaz; çünkü iş hayatını düzenliyorsunuz. İş hayatında haksızlıkları önlersiniz, ama iş hayatını belli bir yöne yöneltmek söz konusu olamaz. Medeni Kanun'da bunlar yapılabilir ve yapılmıştır. Gayet de olumlu sonuçlar alındı. Ticaret Kanunu'nda bunu yapamayız. İş hayatının gerçekleri gözönünde bulundurulmak zorundadır. İş hayatının gerekleri, düzenli ve dengeli bir şekilde karşılanmalı. Yasa bu hususu yerine getiriyor mu bu yönetim kurulu düzenlemesiyle. Biraz yakından baktığımız zaman, bu soruya olumlu cevap verme olanağını görmüyorum. Çünkü neticede bakıyorsunuz, bir yandan deniyor ki, yönetim kurulu mümeyyiz kişilerden olacak ama nedense fazla akademisyen eli mi değmiş nedir taslağa, yönetim kurulu üyelerine yüksek öğrenim mecburiyeti getirilmiş. İş hayatında yüksek öğrenim görmüş kişilerin başarılı olma oranı çok düşüktür. Başarılı iş adamları dünyanın neresine bakarsanız bakın, ekseriyet fazla eğitim görmemiş kişilerdir. Bu zorlama hüküm hakikaten yersiz. Şimdi düşünebiliyor musunuz Sayın İshak Alaton, tek kişilik hale geldi farzımahal, yönetim kurulu üyesi kendi-

si olamayacak çünkü yüksek öğrenimi yoktur; ama herhalde yurdumuzun yetiştirdiği en başarılı iş adamlarından biridir hiç kuşku yok. Örnekleri çoğaltabilirim; ama gayet gereksiz.

Bir de usul hukuku hataları var. Son zamanlarda bu hukuk sistemimize bulaşan bir hastalık oldu. İş Kanunumuz'da geçerli nedenle işten çıkarma davalarında seri usul uygulanır dendi. Sonradan ortaya çıktı ki, hiç içlerinde usulcü olmadığı için, demişler ki "bu iş seri şekilde bitsin". Seri şekilde bitmesi için de, madem ki bir seri usul var, onu yazalım. Otantiktir, kaynağını da söyleyeyim Sayın Münir Ekonomi, komisyonun da başkanıdır, diyormuş ki "yakında bir usulcü bulamadık geç saatte". Şimdi burada da benzeri bir şey var.

Büyük hata olarak, anonim şirketlerin yokluk ve butlan davalarının açılmasını sınırlayan hüküm kaldırıldı yürürlükten. Haklı olarak yeniden getirilmiş. Şirket kurulduktan sonra yokluk ve butlan ileri sürülemez; ancak ve ancak şirket feshi için dava açılabilir, belirli şartların varlığı halinde. Bu davayı açma yükümü diğer kişiler arasında yönetim kuruluna da verilmiş. Davanın şirket tüzel kişiliği aleyhinde açılacağına herhalde bir kuşku yok. Tüzel kişinin de temsil organı yönetim kurulu. Bu haliyle baktığımız zaman, öyle bir dava ki yargıçlarımıza sabır dileyeceğim. Davacı ve davalı aynı tarafta; yönetim kurulu bir davacı yerinde duracak mahkemede, bir de davalı yerinde. O kadar kişiye bu davayı açma yükümü getirilmiş, ki yönetim kuruluna vermeye hiç gerek yoktu ve mevcut Yasamız'da da bu çeşit durumlarda daima denetçilere tanınmıştır.

Tabii bu sefer bunu yapamadılar, çünkü denetim kurulunu yok ettiler. Öyle vahim olay ki bu. Türk anonim şirketi üç organdan oluşan genel kurul, bir yerde yasama, yönetim kurulu yürütme, denetim kurulu, yargı, kuvvetler ayrılığına benzer bir gayet sağlıklı bir düzen içinde yürüyen bir kurum. Biz şimdi kalktık, bunun yargısını yok ettik. Yargıdan çok rahatsız olunuyor zaten; bu taslağa da yansımış vaziyette. Yerine ne kondu. Bağımsız denetim kuruluşları veya yeminli mali müşavirler veya serbest mali müşavirler. Dün bu müşavirler odasında yapılan toplantıda bu taslak alkışlarla karşılanıp gönderilmiş. Hiç hayret edilecek bir şey yok. Hayatta olan oda mensuplarının yedi göbek ahfadına gayet güzel iş olanağı sağlanmış vaziyette; onun için başkası beklenemez. Yalnız atlanan şu. Gayet tabii, onların yapacağı denetleme, hesap denetlemesi ile sınırlı kalmaya mahkum. Oysa ki denetim

kurullarının görevleri ve yetkileri yalnız mali tabloları incelemek değil. Saymaya gerek yok. Belki, o sadece görevlerinin %15-20'si. Bir hususu unutmayalım, bağımsız denetim kuruluşları muhasebenin dayandığı belgelerin sıhhatini yani sahte mi doğru mu olduğunu incelemez. Bunu raporlarının başında söylerler. Dünyadaki inceleme standartları da bu yöndedir. Demek ki, anonim şirketlerimizde bu şekilde bu yasalaşırsa her türlü naylon faturadan tutun hepsi mubah hale gelecek. Çünkü kimse kontrol etmeyecek. Bakacak organ yok. Niye kaldırıldı dedik. Cevap şu. Zaten aileden biri atanıyordu, onun da bir şeyi yoktu, bu iş de tamamlanmış oluyordu, hiçbir faydası yoktu; o zaman kaldıralım. Ben de şöyle cevap verdim. O zaman Karayolları Trafik Kanunu'nu ve trafik polisini de kaldıralım, hiçbir trafik kazasını önleyemiyoruz. Yollarımız mezbaha. Tabii işin şakası, böyle bir çözüm olamaz. Sayın Hocamız Hikmet Sami Türk'e cevap hakkı doğdu.

Ben de kendisine cevap hakkı doğuracak bir hususu söyleyeyim. Kendileri de buyurdular ki bu komisyon çalışmalarının gizli olacağına dair bir kanuni düzenleme yoktur. Benim de bildiğim yoktur, ama biz ne yazık ki bir buçuk yıldır komisyon üyelerinden, özellikle de Başkan'dan tersini duyuyoruz. Kişisel olarak, kurumlar olarak sırf yardım gayesiyle, işlerine karışmak için değil, yanılmıyorsam sabahleyin size bu sorunun o şekilde tevcih edilmesi, oturum başkanı tarafından da, biraz bu amaçlaydı; devamı gelmedi. Hepinize çok çok teşekkür ederim. Belirli bir başka açıdan bakma imkanı verebildimse bu konuşmada taslağa, o zaman kendimi amacıma varmış olarak hissedeceğim. Teşekkür ederim. İyi akşamlar.

HİSSEDARLAR SÖZLEŞMESİ*

Av. Dr. İsmail ESİN

Teşekkürler Sayın Başkan, teşekkürler Sayın Çağa. Tam onsekiz dakikada bitirdiniz. Gerçekten çok zarifsiniz, sağ olun.

Efendim ben bugün hissedarlar sözleşmesi, pay sahipleri sözleşmesi veya uygulamada kullanılan adıyla yabancı dilden bir kavram olarak shareholders agreement'dan bahsedeceğim biraz. Ve yeni Ticaret Kanunu Tasarısında shareholders agreement yapısı üzerinde ortaya çıkabilecek etkileri açıklamaya çalışacağım. Aslında çok sevgili Gül Okutan buradayken, benim bu konuda konuşmamı biraz haddini aşmak olarak görmekle birlikte, Gül'ün de katkılarını alabilirsek hepimiz için çok büyük yararı olacaktır. Çünkü Gül Okutan bu konuda doktora tezi yazdı. Çağa Vakfı'ndan da birincilik ödülü almıştı bu vesileyle onu da analım. Hissedarlar sözleşmesi nedir? Her gün bununla çalışmayanlar için çok genel bir yapıyı anlatmaya çalışayım.

Hissedarlar sözleşmesini aslında iki amaç için yapıyoruz uygulamada. Bunlardan birisi esneklik, bir tanesi gizlilik. Çünkü bir şirketin ortakları bazen aralarında bir anlaşma yapmak isterler, fakat bunun herkes tarafından bilinmesini istemedikleri için, bazı konularda, esas sözleşme yazamazlar, tescili ilanı olmasın diye, aralarında hissedarlar sözleşmesi yaparlar. İkinci sebep de mevzuat her zaman istediğimiz esnekliği bize vermeyebilir. Özellikle yeni tasarıda bunun etkisi daha da fazla ortaya çıkacak, değineceğiz, o esnekliği kendi aralarında yaptıkları sözleşmeyle sağlamaya çalışırlar. Aslında en temel uygulama ortaya çıkan amaçlar bunlar. Peki neye karar verirler bunda? Nasıl oy kullanılacağına, hangi yönde oy kullanılacağına, tarafların sahip oldukları hisseler üzerinde ne şekilde tasarruf edeceklerine, öncelikle önerme hakkı, belli fiyattan alma satma hakkı gibi, "put option, call option" diye ifade edilen alım ve satım hakları aslında klasik anlatımda tipik bir yenilik doğuran haktır aslında. Hakkın kullanılmasıyla devir borcu doğurur, iştirah hakkına bu anlamda çok benzer.

* Ses kaydından deşifre edilmiştir.

Belli konularda veto hakları öngörüyorlar aralarında. Peki kimler, kimdir, hissedarlar sözleşmesinin tarafları? Adından anlaşılacağı gibi aslında şirketin değil, şirketin ortaklarının, şirket ortağı olarak birbirleri arasındaki ilişkileri düzenledikleri bir sözleşmeden bahsediyoruz. Buradan hareketle izin verirseniz Türk hukuk hayatında, uygulamada acaba bu nasıl kullanılıyor isterseniz biraz buna değinelim. Çünkü biraz önce anlattılar, biraz farklı kullanılıyor. Ve bunu aslında özellikle uluslararası alanda faaliyet gösteren büroların yaptıkları yöntemlerin de biraz eleştirisi olarak da görebilirsiniz. Ben bu eleştiriyi sekiz yıldır yapıyorum. Tabii, Kanun'daki değişikliğin etkisi açısından da bazı sevindirici umutlarda var. Oraya geleceğim. Bir kere uygulamadaki tipik hatalardan birisi şu: Şirketi bu sözleşmeye taraf yapmayı çok sever benim meslektaşlarım. Hatta bazıları o kadar abartır ki bunu, bulabildiğin herkese imzalat kuralı gereği, genel müdür, muhasebe müdürü, aman yanlış bir adam içeri girmesin diye nerdeyse korumalara imzalatacaklar. Ve ne gerek var buna sorusunun da cevabı hemen hazır: Ne zararı var? İşte yeni Kanun'da o zararlar eğer görülebilirse, satır aralarının okunması gerekiyor, o zararlar ortaya çıkıyor. Taraflar açısından bir kere bu var. Mevcut Kanun açısından da sakıncalı. Her şeyin ötesinde eşit işlem ilkesine aykırı hükümler benimsiyorsunuz birçok durumda hissedarlar sözleşmesinde, eşit işlem ilkesine aykırı. Zaten hissedarlar sözleşmesine şirketin taraf olması durumunda bazı noktalarda zora sokacaktır.

Çok önemli bir hata daha. Efendim kural olarak eğer taraflardan biri yabancıysa, hissedarlar sözleşmesi yabancı hukuka tabi bir metin olarak hazırlanır ve kural olarak mahkemeye değil tahkime gitmek üzere hazırlanır. Ama esas sözleşmeler Türk hukukuna tabidir kaçınılmaz olarak. Ve esas sözleşmelerle ilgili ihtilaflar mahkemelerde çözülür. Ve yine Türkiye'deki uygulamada çok temel bir yaklaşım daha. Esas sözleşmeyle hissedarlar sözleşmesini olabildiğince aynı yapalım yaklaşımı çok yoğundur. Ama düşünün ki efendim aynı hükmü, aynı mükellefiyeti hem hissedarlar sözleşmesine yazacaksınız, hem şirket esas sözleşmesine yazacaksınız ve düşünün bu hüküm, New York hukukuna tabi hissedarlar sözleşmesi sebebiyle, Zürih'teki iki Alman, bir Alman bir Fransız hakemin önüne gittiği zaman, başka bir hukuki sonuç doğuracak ve buna göre de karar teşkil edilecek. Ve aynı mükellefiyet paralel bir yargılama çerçevesinde İstanbul'da bir asliye ticaret mahkemesinin önüne gidecek Türk hukukuna tabi olarak ve farklı bir hukuki sonuç ortaya çıkacak. Ve bunun sonucunda aslında birbiriyle çelişen

iki tane yargı kararı var. Acaba biz burada hakem kararını Türkiye’de tenfiz edebilecek miyiz? Yani bunlar Kanun’un değiştirilmesinden bağımsız olarak, şu anda mevcut olan riskler ve Türkiye’deki uygulamada yapılan tipik hatalar. Aslında tasarı, tabirimi caiz görün, zorla ülkemizdeki avukatlık uygulamasındaki zaten yanlış olan bir şeyi zorla düzenleme konusunda son derece iddialı. Bu iddia nereden çıkıyor? Bir kere yeni tasarı çok net bir şekilde esas sözleşmeyle ilgili hareket alanını çok ciddi şekilde kısıtlıyor. Sayın hocam Prof. Moroğlu da değindi. Artık ahlaka, adaba ve kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşme haricinde herşey yapılabilirin ötesinde, bir de Ticaret Kanunu’nun haricinde bir hüküm konulamayacak konusuna değindiniz, evet gerçekten yeni Ticaret Kanunu Tasarısı bir “tip anonim ortaklık” yaratıyor ve esas sözleşmeyi bu tip anonim ortaklığın içine koyuyor ve diyor ki; sakın ha bunun dışına çıkma.

Başta söylediğim bir şeyi hatırlatmak istiyorum. Biz hissedarlar sözleşmesini iki şey için yapıyoruz. Gizlilik ve esneklik. Ticaret hayatının, efendim kabul edelim veya etmeyelim, hoşumuza gitsin veya gitmesin, ciddi bir esnekliğe ihtiyacı var. Açık söyleyeyim bir uygulamacı olarak, tasarı ne yaparsa yapsın hissedarlar sözleşmesini, gerekçeye bakarsanız çok ciddi şekilde hissedarlar sözleşmesi yapısına karşı hükümler var. Ne yaparsa yapsın efendim. Gerekirse iştirak halinde mülkiyet konseptini kurarız avukatlar olarak, o hissedarlar sözleşmesindeki esnekliği biz yine sağlarız. Bu konuda yanlış hatırlamıyorsam, 1950’lerde Hirsch’in bir makalesi vardı. Gerçekten Ticaret Kanunu ne yaparsa yapsın, Ticaret Kanunu bize o serbestliği vermiyorsa, Medeni Kanun platformunda, iştirak halinde mülkiyet, müşterek mülkiyet platformunda o serbestliği mutlaka yapacaktır. Aksi taktirde ticaret hayatının kaçınılmaz bir isteği olan şeyi yerine getiremez. Gerçekten 340. maddeye baktığımız zaman tek tip anonim şirketin en açık hali.

Ama bunun yanında yine hissedarlar sözleşmesiyle ilgili, belki çok açık olmamakla birlikte, ilginç bir nokta var, geçenlerde TÜSİAD’ın düzenlediği bir toplantıda dile getirilen bir konudur. Ünal Bey de oradaydı. Not alındı, ümit ediyorum değişecektir. 195. madde. Bakın efendim 195. madde şirketler topluluğunu düzenler. Ve diyor ki, 1. fıkranın B bendi, “bir sermaye şirketi diğer sermaye şirketini bu sözleşmeye dayanarak veya başka bir yolla hakimiyet altında tutabiliyorsa o zaman bir hakimiyet sözleşmesi vardır” diyor bu Kanun. Bu haliyle baktığımız zaman ve özellikle 198. maddeye baktığımız zaman, bunun tescil ve ilanının gerekli olduğunu söylüyor.

Fakat bence 198. maddede, Ünal Bey bunun notunu aldı ümit ediyorum değişecektir, çok temel bir şey unutulmuş. Alman Anonim Şirketler Kanunu'nun 291. paragrafından alınan bir hüküm bu. Ve orada hakimiyet sözleşmesinin taraflarının hakim olan ve hakimiyet altında olan şirket olması gerekiyor. Fakat bizim 195'e baktığımız zaman, gerekçesinde de "geniş yorumlamaya elverişli olması için bu şekilde kaleme alınmıştır" deniliyor. Başka bir yolla hakimiyet altında tutabiliyorsa, yani iki tane ortak anlaşığı için bir şirket hakimiyet altında tutulabiliyorsa, bu da bir hakimiyet sağlayacaktır. Eğer bu bir sözleşmeye dayanıyorsa, bu hakimiyet sözleşmesinin 198. madde anlamında tescil ve ilan edilmesi gerekir. Aksi halde geçerli olmayacaktır gibi bir durumla karşı karşıya kalınabilir. Tahmin ediyorum gerekçeye bu yönde hüküm konulacak. Çok dikkatli okursanız, "hayır hakimiyet sözleşmesi kavramını ayrıca kullandık" denilebilecektir, ama ben eğer bu kadar kapsamlı çalışma yapılıyorsa acaba benim yazdığım hissedarlar sözleşmesi geçerli mi yoksa tescil ettirmedığım için geçersiz mi endişesini yaşatmaya hiç kimsenin hakkı olmadığına inanıyorum. Bu sebeple bunun değiştirileceğine inanıyorum. Dediğim gibi Ünal Bey de o noktada notunu aldı.

Yine hissedarlar sözleşmesiyle ilgili bir diğer nokta, 336. maddede ortaya çıkıyor. Burada çok ilginç bir hüküm var. "Esas sözleşme kurucular beyanı, değerlendirme raporları, ayın ve işletme devir alınmasına ilişkin olanlar da dahil olmak üzere kurulmakta olan şirketle, kurucular ve diğer kişilerle yapılan ve kuruluşla olan sözleşmelerle kuruluş denetçisi raporu, kuruluş belgeleridir. Bunlar sicil dosyasına konulur ve birer nüshaları şirket tarafından beş yıl süre ile saklanır." Yani eğer şirketi hissedarlar sözleşmesine taraf yaparsanız, yapmışsanız siz bunu buraya koymak zorundasınız. İkisini bir arada değerlendirsek, 195 ve 198 anlamında eğer değiştirmezse, gerekçe ve Kanun kendisi; bir, eğer şirketi taraf yapıyorsanız hissedarlar sözleşmesine bu bir hakimiyet sözleşmesidir. Bunun tescille ilanı zorunludur, tescil ve ilan edilmemişse, bunun geçerliliği söz konusu olmayacaktır, şekil sebebiyle kesin hükümsüz olacaktır. Dediğim gibi not alındı, umarım değişecektir. İki, kuruluş belgesi olarak eğer böyle bir sözleşme varsa ve şirket bu sözleşmeye tarafsız, kuruluş belgesi olarak ticaret siciline, sicil dosyasına koymak zorundasınız.

Keza 357. madde yine hissedarlar sözleşmesi üzerinde etki edecek bir hükümdür. Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur. Yine hissedar-

lar sözleşmesine şirketin taraf olması durumunda, eşit işlem ilkesine aykırılık gibi bir durum ortaya çıkabilecektir ve keza 447. madde ile bağlantısına dikkat çekmek gerekirse, bu da bir hükümsüzlük sebebi doğurmaktadır. Peki bütün bunların sonunda acaba hissedarlar sözleşmesi bakımından Kanun ne yapmaya çalışıyor? Başta da söylediğim gibi, zaten var olan bir hatayı düzeltmeye çalışıyor. Kanun diyor ki, eğer bir anonim şirket konsepti içinde bir hissedarlar sözleşmesi yapacaksan dikkat et. Şirketi sakın ha sakın bu sözleşmeye taraf yapma. İlla taraf yapacağım diyorsan bir zahmet tescille ilan et, herkes de bilsin. Ondan sonra ortak olana, evet sen ortak oldun, biz esas sözleşmemizi tescilli ilan etmiştik, sen ona güvenerek geldin, ama bizim de tescille ilan etmediğimiz böyle bir hissedarlar sözleşmemiz vardı, kusura bakma denmesinin önüne geçmeye çalışıyor. Yani Kanun'un yaptığı aslında hissedarlar sözleşmesiyle Kanun'un öngördüğü anonim şirket düzeninin bozulmasını engellemek. Bu da aslında çok açık olarak gerekçede ifade ediliyor. Notlarımı izin verirseniz bir karıştırayım. Gerekçenin 380. maddesinde çok açıkça yan alandaki müdahalelerin şirket konseptine zarar vermemesi amacı çok net olarak ortaya çıkıyor. Peki bunun sebebi ne? Bir kere eğer hissedarlar sözleşmesinin yapısını çok iyi kurgulamak istiyorsanız, anonim şirket konseptini kullanmayın, limited şirket konseptini kullanın diyor Kanun çok açıkça. Eğer anonim şirket kullanmak istiyorsan onun da kuralları, formatı budur. Buna da uymak zorundasın. Uymadığın noktaları da tescille ilan ettirmek zorundasın. Kendi içinde bence bu noktada tutarlı olduğunu düşünmek gerekiyor Kanun'un. Çünkü o fleksibilyeti tamamen elinizden almıyor sizin. İstiyorsanız orada bir de limited şirket yarattım ben. Orada çok daha geniş imkanların var. Buyur limited şirket kur; ama anonim şirket kuracaksan, bunun kuralları bunlardır. Kaldı ki dediğim gibi, şu anda geçerli olan Kanun çerçevesinde de Türk uygulamasında özellikle şirketi hissedarlar sözleşmesine taraf yapmak zaten kendi içinde bir hataydı ve bu hatanın ben bu Kanunla zorla da olsa düzeltildiğini düşünüyorum. Ama bir uygulamacı olarak bir noktada biraz hayal kırıklığına uğruyorum.

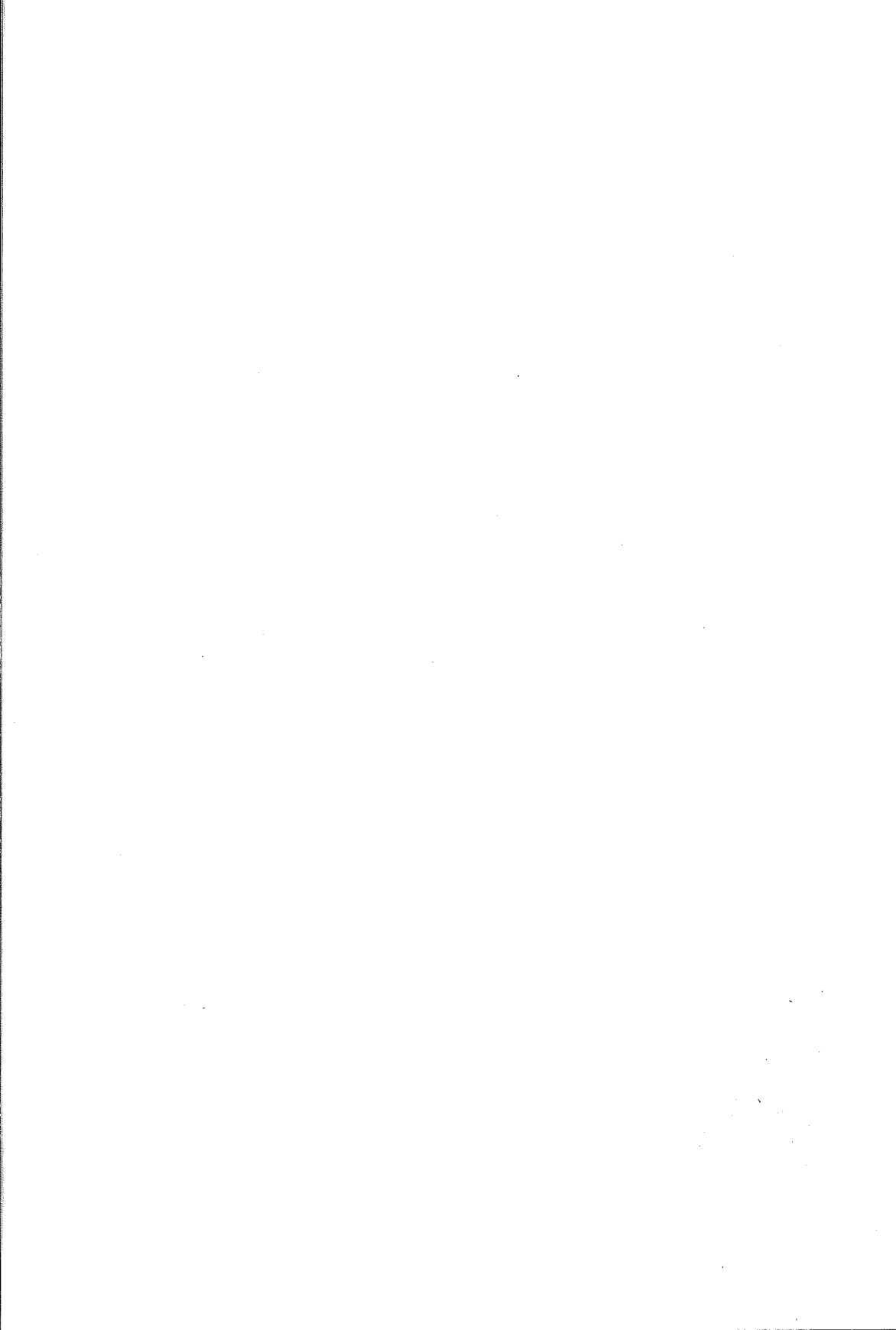
Bu benim katıldığım beşinci Ticaret Kanunu konferansı, dördünde dinleyiciydim. Bir nokta var ki gerçekten üzücü. Bir kere Kanun'un felsefi üzerinde durmamız gerekiyor ve hep noktasal müdahalelerle genellikle konferanslar geçiyor ve bu üzücü bir şey. Yine çok ilginç bir şey, komisyon-da borçlar hukukçusu veya bir medeni hukukçu bulundurulmamış. 128. maddeye baktığımız zaman mesela deniliyor ki, 128. maddede bir şerhten

bahsediliyor. Bu şerhin üçüncü kişilerin iyiniyetiyle ilgili bir etki yaratacağı anlatılıyor. Oradaki şerhin iyiniyetle hiçbir alakası yok. Yeni bir şerh yaratmaya çalışılıyor olabilir. Tamam kabul. Ama iyiniyet başka bir şey, şerhin munzam etkisi bambaşka bir şey. Gerekçeye baktığınız zaman iyiniyet deniliyor, bu da bence bir borçlar hukukçusunun veya medeni hukukçunun komisyonunda bulunmamasının ortaya çıkardığı kötü bir sonuç.

Bir tane daha endişem var. O da şu: 1991 İsviçre kanun değişikliğinden sıklıkla bahsediliyor, esas alındığı söyleniyor. Sayın hocam Sayın Prof. Moroğlu ve Prof. Türk ve diğer öğretim üyeleri çok iyi biliyorlardır, İsviçre yaklaşık 20 yıl tartıştı o kanun değişikliğini. Bize sadece iki aylık bir süre verildi. Ve o iki ayda 1500 maddenin değerlendirilmesinin ben gerçekçi olduğunu düşünmüyorum. Hissedarlar sözleşmesi açısından en çok kullanılanlar genellikle uluslararası alanda danışmanlık hizmeti veren meslektaşları. Ne yazık ki bu konferanslarda onları gözlerim arıyor, göremiyorum. Bir kere bu bir. Yani bilginin yük olmadığını anlıyor olmamız lazım artık. Bilgiyi önemsememek iyi uygulamacılık falan değil ve ne yazık ki Kanun değişeceği zaman sadece bir kısım uygulamacı, bir kısım hakimimiz ve bir kısım öğretim üyelerimiz ki öğretim üyelerimiz bunu en çok takip edenler ama hissedarlar sözleşmesinde bu kadar hükümsüzlük sonucunu doğuracak kadar önemli hükümler içeren bir kanunla ilgili bugüne kadar çok az katılım gördük ve yine ben sektörden aldığım bir şeyi daha burada aktarmak istiyorum. Ekonomisi iflas etmek üzere olan Almanya'dan almak yerine, biz bunu Amerikan veya İngiliz sisteminden almalıydık görüşünü savundu meslektaşım. Öyle yamalı bohça olmaz efendim. Eğer sizin hukuk sisteminiz Kara Avrupası sistemindeyse öyle canınız istiyor, bu ara Amerikanın ekonomisi çok iyi, peki beş sene sonra Japonya'nın çok iyi olursa o zaman ne yapacağız, bütün kanunları Japon Kanunu mu yapacağız?

Yani bakın bu sektör, üzülerek söylüyorum, kendim de içinde olduğum, üstadım çok iyi bilir, içinde olduğum bir sektör, bu kadar ilgisiz, bilgisizliğe bu kadar prim veriyor ve yüzeysel bakıyor bu olaya ve hissedarlar sözleşmesi, efendim bakın ben bugüne kadar hayatımda 70-80 tane gördüm, benden çok daha fazla gören meslektaşlarım var, ya haberiniz var mı arkadaşlar böyle böyle hükümsüzlük sebepleri olacak veya eski Kanun zamanında, ben hasbelkader devir almalar kitabını yazmış olduğum için biraz daha rahat söylüyorum bunu, şirketin taraf yapılmasının yanlış olduğunu ben yıllardır söylüyorum. Ve hep, ya sen akademik kökenlisin onun için böyle dü-

şünüyorsun dendi, o açıdan tabii çok sevindirici. Kanun uygulamadaki temel hatayı zorla düzeltme zorunluluğu getiriyor. Ama düzeltmiyorsanız da onun sonuçlarına katlanmak zorundasınız. O anlamda, Sayın baro başkanımız gitti ama, avukatların mesleki sorumluluk sigortaları zorunlu hale getirilirse, hükümsüz hissedarlar sözleşmesi yazmış olmaları sebebiyle sorumluluklarının getirmesi herhalde iyi bir düşünce olacaktır. Ben 20 dakikalık öngördüğüm süremi aşmamaya çalışıyorum. 30 dakikalık konuşma sürem 10 dakikasını da sizden gelecek sorulara ayırmak istiyorum. Bu saate kadar beklediğiniz ve sabırla dinlediğiniz için çok teşekkür ediyorum.



**PROF. DR. HASAN PULAŞLI, DOÇ. DR. ŞÜKRÜ YILDIZ,
AV. BARBAROS ÇAĞA VE AV. DR. İSMAİL ESİN'İN
TEBLİĞLERİ HAKKINDAKİ SORU VE CEVAPLAR**

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI (Oturma Başkanı): Sayın konuşmacıya teşekkür ediyorum. Şimdi program gereği tartışmalar bölümüne geçmiş bulunuyoruz. Söz almak isteyen sayın katılımcılar buraya gelip konuşsunlar. Yalnız Sayın Prof. Dr. Hikmet Sami Türk daha evvel söz aldı. O hakkı gereğince, buyurun.

Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK: Sayın Başkan, değerli meslektaşlarım.

Aslında sadece sunulan bildirimler üzerinde görüş açıklamak isterdim; ama Sayın Başkanın yeni Türk Medenî Kanunu üzerinde açıkladığı görüşler dolayısıyla bir hafıza tazelemesine gereksinme olduğunu düşünüyorum. Bilindiği gibi, Türk Medenî Kanunu 1926'da İsviçre Medenî Kanunu'ndan alındığı zaman, Avrupa'dan dönemin en yeni Medenî Kanunu alınmıştı. Ama aslında o Kanun da 1912 tarihliydi. Aynı tarihte yürürlüğe giren Ticaret Kanunu, on yıl sonra değiştirilme konusu oldu ve o yönde çalışmalar başladı. O çalışmalar 1956'da Türk Ticaret Kanunu ile sonuçlandı.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra dünyada özellikle insan hakları, kadın ve erkek eşitliği gibi konularda çok önemli değişiklikler oldu. Böylece aslında Birinci Dünya Savaşı öncesi dönemine ait olan, kökeni itibariyle o döneme ait olan Türk Medenî Kanunu'nun da yeniden düzenlenmesi gereği ortaya çıktı. Türk Medenî Kanunu'nda zaman zaman kısmî değişiklikler oldu. Ama onlar ivedi birtakım gereksinimleri karşılamak için yapılmıştı ve bazı yönleriyle Kanun'un bütünlüğünü bozmaktaydı. Ancak 1951'de dönemin Adalet Bakanı *Halil Özyörük*, Türk Medenî Kanunu'nun değiştirilmesi çalışmalarını başlattı. Bu çalışmalar elli yılda sonuçlandı. Arada "*Velidede-oğlu Öntasarısı*" ve "*Oğuzman Tasarısı*" olarak bilinen ve kitap olarak da yayımlanan tasarılar çıktı. Ayrıca Prof. Dr. *Kılıçoğlu* ve Prof. Dr. *Akıntürk* başkanlığındaki komisyonlar, yıllarca bunun üzerinde çalıştı. Komisyonlar-

da üniversite öğretim üyeleri, Yargıtay üyeleri, sivil toplum temsilcileri yer aldı. Gerek 55. Hükümet zamanında, gerek 57. Hükümet zamanında yeni Türk Medenî Kanunu Tasarısı Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sevk edildi. Ama 55. Hükümet zamanında sevk edilen Tasarı, erken genel seçim nedeniyle kadük oldu. Ondan sonra 57. Hükümette ben, Adalet Bakanlığı görevini üstlendiğim zaman yapılan eleştiriler ışığında, Türk Medenî Kanunu Tasarısı'nın bir kez daha değerlendirilmesi için Komisyon'u yeniden topladım. Gerek bu elli yıl içinde yapılan yayınlar, eleştiriler; gerek son yıllarda 55. Hükümet zamanında sunulan Tasarı üzerinde özellikle sivil toplum örgütleri tarafından yapılan eleştiriler göz önünde bulundurularak ve çağdaş hukuk gelişmeleri dikkate alınarak yeni Türk Medenî Kanunu Tasarısı hazırlandı. Bu Tasarı, üç partili bir koalisyon hükümetinin uzlaşma metni olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sevk edildi. Altı partili bir Meclis'te haftalarca Adalet Komisyonu'nda ve bir aydan fazla Genel Kurul'da tartışılarak kabul edildi.

Bu Kanun metninde dilde aşırılığa gidilmemiştir. Kullanılan terimler, yaşayan hukuk dilindeki terimlerdir. Türk hukuk dilinin bugün ulaştığı ve özellikle Anayasa'mızda, çeşitli yeni kanunlarda, Yargıtay kararlarında ve öğretilerde benimsenen terimler kullanılmıştır. Burada zorlama yapılmamıştır. Tabî, farklı görüşler olabilir. Örneğin Sayın Başkan "ayırt etme gücü" sözcüğünü eleştirdi, "temyiz, mümeyyiz" sözcüğünün daha uygun olabileceğini söyledi. Her düşünceye saygı duyarız. Ancak şunu söylemek isterim ki, Türk Medenî Kanunu değiştiği zaman üniversitelerimizde gençler artık eski Kanun'un dilini anlayamayacak duruma gelmişlerdi. "Temyiz" sözcüğünü biz anlıyorduk. Ama "ayırt etme gücü" terimini bugün herkes anlıyor. "Temyiz" sözcüğü ise, usul hukukunun bir terimi olarak kalmıştır. Kanun yolu olarak kalmıştır. Temyiz mahkemesi olarak Yargıtay veya Danıştay'ı gösteren bir terim olarak kalmıştır.

Fakat bu eleştiriler gösteriyor ki, bu tasarılar üzerinde ne kadar tartışılırsa tartışılsın, daima eleştirilecek bir şey kalmaktadır. Bu da, bu gün üzerinde tartıştığımız Tasarı'nın ne kadar titizlikle ele alınması gerektiğini göstermeye yeter.

Aslında 1956'da kabul edilen Türk Ticaret Kanunu da, Gereğesinde bazı yönleri itibariyle henüz son sözün söylenmediğini belirten bir metin idi. Gerçekten anonim ortaklıklar konusunda henüz İkinci Dünya Sava-

şı'ndan sonra dünyada ekonomilerin hangi yöne gideceği, nasıl bir gelişme olacağı kestirilemediği için, o konuda son sözün söylenmediği belirtilmiştir. Kooperatifler konusunda benzeri bir açıklama vardır. Sigortacılık alanında bir sigorta kodu hazırlanması gerektiği vurgulanmıştır.

Öte yandan gerek sigorta hukuku alanında, gerek deniz ticareti hukuku alanında dünyada çok önemli değişiklikler olmuştur. Donatanın sorumluluğu, taşıyanın sorumluluğu, günümüzde çeşitli uluslararası sözleşmelerin konusu olmuştur. Türkiye bunlara yabancı kalamazdı. O nedenle –sabah da değindiğim gibi– yeni Türk Ticaret Kanunu ile ilgili çalışmalar başlatılmıştır. Fakat “Türk Medenî Kanunu” örneği ya da diğer yeni temel kanunlar örnekleri şunu herkese göstermelidir ki, böyle bir tasarı hazırlandığı zaman kimse, bunun hemen yasalaşacağını umut etmemelidir. Yıllarca tartışılıyor, yarım yüzyıl tartışılıyor; ama gene de eleştirilecek noktalar bulunabiliyor. Bu, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı üzerinde de ne kadar titizlikle durmamız gerektiğini belirtmeye yeterlidir.

Sayın Başkan izin verirse, bazı konularda birkaç söz eklemek istiyorum. Prof. Dr. *Moroğlu* sabah anonim ortaklıkta emredici hükümlere dikkat çekti. Bu, Tasarı'nın 340. maddesinde yer alıyor. Benzeri bir hüküm, limited ortaklıklar hakkında 579. maddede de var. Aynı hüküm, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda yer alıyor. Yani yabancı bir ülkeden alınmış, kaynağı Türkiye değil. Sayın *Çağa* da değindi. Bu şekilde bizim anonim ortaklıklar hukukunu dondurmaya hakkımız var mı? Özel hukukta emredici kurallar, istisnaî niteliktedir. Bu kuralı tersine çevirmek, âdeta hukuku dondurmaya mahkûm etmek gibi bir durumdur. O nedenle bu hükümlerin çıkarılması ve emredici kuralların sınırlı ölçüde tutulması gerektiğini bir kez daha ben de belirtmek isterim.

376. maddede batık durumdaki şirketin durumunun iyileştirilmesi için denetçiden öneriler isteneceği yolunda bir hüküm var. Sanıyorum ki, bu konuda denetçiden öneri istemek değil, olsa olsa yönetim kurulunun hazırlayacağı öneriler hakkında denetçilerin görüşünü almak gerekir.

Başka bir konu: 405. maddede anonim ortaklık ile denetçi arasında çıkacak bir uyuşmazlıkta dava giderlerinin şirket tarafından ödeneceğini hükme bağlayan bir düzenleme var. 192. maddede yer alan benzeri bir hüküm de, birleşme dolayısıyla bir uyuşmazlık çıkarsa, yine dava giderlerinin şirkete yükleneceği yolundadır. Neden usul hukukunun temel ilkelerine aykırı

kurallar getiriyoruz? Eğer denetçi ile şirket arasında bir uyuşmazlık çıkarsa, o konuda şirketin haksız olduğunu neden baştan kabul ediyoruz? Davada kim haksızsa, yani davayı hangi taraf kaybederse, dava giderlerini ve vekâlet ücretini o tarafın ödemesi, usul hukukunun genel ilkesidir. Bu kuralı burada değiştirmeye gerek yoktur; aksi takdirde anonim ortaklıkların gelişmesini önleriz.

Sayın Çağa'nın değindiği bir nokta var: Şüphesiz, halka açık anonim ortaklıkların denetimi çok önemli bir konu. Klâsik denetim kurulu, artık bu Tasarı'yla kayboluyor, onun yerine bağımsız denetim kuruluşlarına büyük görev düşüyor. Halka açık anonim ortaklıklar ya da pay senetleri borsaya kote edilen ortaklıklar bakımından böyle bir denetim çok yararlıdır, gereklidir. Ama bazı ortaklıklar vardır ki, bunlar zaten kapalı ortaklıklar durumundadır. Acaba onlar için de öyle bir denetime gerek var mıdır? Görüldüğü gibi, bu Tasarı ile sermaye ortaklıkları için çok pahalı bir mekanizma getirilmektedir. Korkarım ki bu, sermaye ortaklıklarının gelişmesini önler. Buna meydan vermemek gerekir. Ayrıca hiçbir meslek grubu için de bu Kanun Tasarısı ile bir rant yaratmamak gerekir.

Limited ortaklığın tek ortaklı olarak kurulabilmesi, Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi'nin Onikinci Yönergesi'nin gereğidir. Nitekim bu doğrultuda gerek Alman, gerek Fransız kanunları, Alman Limited Ortaklar Kanunu ve yeni Fransız Ticaret Kanunu, limited ortaklığın "bir veya daha çok ortakla" kurulacağını belirtmektedir. Ama Avrupa Birliği'nin dışında olan İsviçre'de hâlâ "en az iki ortak" kaydı var. Tasarı'nın 574. maddesinde ortak sayısının bire inebileceği ve bu durumun tescil ve ilân edileceği öngörülmüştür. Buna karşılık en çok ortak sayısı olarak korunan 50 rakamının aşılması durumunda ne olacağı, Gerekçede içtihadı bırakılmıştır. Oysa bu durumda belirli bir süre içinde ortak sayısı yeniden 50 veya altına inmediği takdirde –Fransız Ticaret Kanunu'nda olduğu gibi– tür değiştirme veya fesih zorunluğu getirilebilir.

Tasarı'nın anonim ve limited ortaklıklar için en az sermaye miktarı olarak 50.000 Türk Lirası koşulu getiren 332 ve 580. maddelerinde Alman Anonim Ortaklıklar ve Limited Ortaklıklar Kanunları'ndan esinlenilmiştir. Orada Avro olarak ifade edilen rakamlar, bizde Yeni Türk Lirası üzerinden Türk Lirası olarak ifade edilmiştir. Fakat diğer ülkelerde böyle değil. Örneğin Fransa'da halka açık anonim ortaklıklar için 225.000 Avro; halka açık

olmayanlar için 37.000 Avro, basın mensupları, basın redaktörleri tarafından kurulan anonim ortaklıklar için kolaylaştırmak amacıyla 300 Avro asgarî sermaye öngörülmüştür. Limited ortaklıklar için bir asgarî sermaye koşulu yok; sermaye miktarı statü ile belirlenir. İsviçre'de ise anonim ortaklıklar için 100.000 Frank, limited ortaklıklar için 20.000 Frank öngörülmüştür. İtalya'da anonim ortaklıklar için 100.000 Avro, limited ortaklıklar için 10.000 Avro asgarî sermaye öngörülmüştür. Bu da gösteriyor ki, limited ortaklıkların farklı özelliği, asgarî sermayede yansımaları bulmalıdır. Oysa şimdi Tasarı ile asgarî sermaye bakımından anonim ve limited ortaklıklar arasındaki fark kaldırılmaktadır. Üstelik limited ortaklıkta asgarî sermaye miktarı, bir defada 5.000'den 50.000 Yeni Türk Lirası'na çıkarılmaktadır. Bu, ekonomide büyük sarsıntılara, depremlere yol açabilecek bir hükümdür. Bunu gerçekleştiremeyen limited ortaklıklar ne olacak? Tasarı'yı hazırlayanlar bunu düşündüler mi?

Tasarı, sabahtan beri yapılan çeşitli eleştiriler ve sanıyorum ki yarın da devam edecek olan eleştirilerin ışığında bir kez daha, belki birkaç kez daha gözden geçirilmelidir. Burada bazen imlâ hatalarından dahi söz ettik. Ama bütün bunlarla yapılmak istenen, Tasarı'nın biraz da aceleyle, Bakanlığa sunulduğunu anlatmak; Hükümete ve Meclis'e sunulmadan önce üzerinde biraz daha çalışmak zorunluğunu dile getirmektir. Herkesin çabası, Türkiye'nin en iyi Ticaret Kanunu'na kavuşmasıdır. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI: Sayın konuşmacıya teşekkür ediyoruz. Şimdi efendim soru sormak isteyen, katkıda bulunmak isteyen. Buyurun.

Yrd. Doç. Dr. Şafak NARBAY (Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Ben de tam Sayın Prof. Dr. Hikmet Sami Türk hocamın bıraktığı yerden üslupla ilgili ifadelere katkı amacıyla temas etmek istiyorum. 7. bölüm, menkul kıymetler 1. ayırım pay senetleri. Burada hemen 485. maddeye bakıyoruz. Kenar başlığı "değiştirme". İçeride ifade edilen, nama yazılı pay senedinin hamiline yazılı pay senedine dönüştürülmesi ya da tersi. Bir taraftan değiştirme bir taraftan dönüştürme; yine ifade birliğin olmadığı görüyoruz. Kenar başlık değiştirmeyse içeride değiştirme, kenar başlık dönüştürmeyse içeride dönüştürme olarak devam etmesi, birlik sağlamak açısından yerinde olacaktır. 484. maddenin gerekçesine bakıyoruz. 484. maddenin gerekçesinde 1, 2. ve 3. fıkra şeklinde iki paragraftan oluşan bir gerekçelendirme var. Halbuki 484. maddede 3. fıkra

yok. Herhalde ifade edilmek istenen, 484'ün gerekçesinde ifade edilen, 3. fıkra ile kast edilmek istenen kanaatimce 486. maddenin 3. fıkrası. Zira 484'ün altında yazılı olan 3. fıkrada; hüküm yenidir ve yeni bir azlık hakkını ifade etmektedir. Pay senetlerinin azlık talep ettiği taktirde, bastırılması zorunludur v.s. diye devam ediyor. Hemen bakıyoruz 486'nın 3. fıkrasına, gerçekten yeni bir hüküm. Azlık talep ederse, nama yazılı pay senedi bastırılıp, tüm nama yazılı pay senedi sahiplerine dağıtılır. Bu da Sayın Prof. Dr. Hikmet Sami Türk hocamın ifade buyurdıkları gibi tasarının acele bir şekilde gerekçelendirildiğini ya da bunların dikkat edilmeden gerekçeye yazıldığını ifade eden en önemli örneklerden bir tanesi.

Yine burada birtakım ifade hatalarını görüyoruz. 488. madde mevcut Kanun'da da olan bir madde, yıpranmış senetleri ifade eden bir madde. Senedin bozulmasından söz ediyor. Bir taraftan ifade hatalarının, çeviri yanlışlıklarının, bozukluklarının düzeltilmesinden bahsedilirken, burada senedin bozulması tabirinin yer alması, yadırgatıcı bir durum olarak kanaatimce duruyor.

490 "nama yazılı pay senetlerinde ilke" diye başlayan bir maddemiz. 2. fıkrası "hukuki işlemle devir, ciro edilmiş nama yazılı pay senetlerinin zilyetliğinin devir alana geçirilmesi ile yapılabilir" şeklinde ifade ediliyor. Yürürlükteki Kanunumuz'da bu 2. fıkranın bir ikinci cümlesi var; "şu kadar ki" diye başlayan cümle, bu 491 ve devamında borsaya kota edilmiş ve edilmemiş pay senetlerinin devrini düzenleyen İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili düzenlemelerinden alınan hükümler. Fakat gerekçeye baktığımızda; 490'da 2. fıkranın 2. cümlesinin çıkarıldığına ilişkin hiçbir kayda rastlamıyoruz. Ha keza yine bir ifade hatası, yeni bir hüküm, 498, "Şirket, devralanın, paysahibi olarak tanınması talebini aldığı tarihten itibaren 20 gün içinde reddetmezse, devralanı paysahibi olarak tanımış sayılır". İfade aynen bu şekilde. Dolayısıyla bu ifadenin de düzeltilmeye muhtaç olduğunu görüyoruz.

487. madde senetlerin şekli tasarıda 2. fıkranın son cümlesi; "bu senetler şirketin pay defterine kaydolunur." Burada "pay defteri" başlıklı 499. maddenin 1.fıkrası, zaten pay defterine hangi senetlerin kayıt olunacağını açıkça ifade ettiği için...

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI: Sayın konuşmacı, şimdi bugünkü konularla ilgili sınırlarsanız, konuşmanızı yarım zaten konuşmacısınız bu konuda.

Yard. Doç. Dr. Şafak NARBAY: Ben kıymetli evraka ilişkin hükümleri de, zaman bulamayacağım için ve anonim şirketleri de ilgilendirdiği için bu husus hocam...

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI: Sayın konukların vaktini almayalım. Bugünkü konularla sınırlı konuşun lütfen.

Yard. Doç. Dr. Şafak NARBAY: Sadece şurayı ifade edip bırakıyorum. Bu nama yazılı pay senetlerinin anonim şirketleriyle ilgili anlatılan kısma ilişkin olarak söylüyorum Sayın Hocam. 487, fıkra 2 cümle son, tasarı metninde yer alması gerekli olmayan bir cümledir. Çok teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI: Biz teşekkür ederiz. Buyurun beyefendi.

İhsan DEMİRKİRAN (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Onursal Başkanı): Sayın Başkan, Sayın Katılımcılar, çok soru var; fakat ben onları geçiyorum. Şu an konuşulan konularla ilgili konuya gireceğim. Tasarının 397. maddesi, anonim şirketlerde denetim organı. Mevcut Türk Ticaret Kanunu sistematigi uyarınca denetim organı görevleri, mali denetimi ve yönetsel denetimi, yönetim kurulunu da kapsamaktadır bugünkü sistemde. Ayrıca mevcut sistemde denetim organı, ortaklık haklarının korunması gibi önemli bir göreve de sahiptir. Oysa Türk Ticaret Kanunu Tasarısında önerilen sistemde, anonim ortaklığın iç denetiminden sorumlu olan denetim kurulu tamamen kaldırılmakta, yerine yalnızca mali denetimden sorumlu sözleşmeli hesap denetçilerinin görev yapması öngörülmektedir.

Tasarının 398. maddesinde denetimin konusunun muhasebe denetimi olduğu ifade ediliyor. Burada denetimin kapsamının, yönetimin eylem ve işlemlerinin hukukiliğine ya da yerindeliliğine ilişkin bir inceleme yapılacağından söz edilmemiştir.

Hesap denetçilerine, yönetimin eylem ve işlemlerinin denetlenmesine, azınlık haklarının korunmasına ilişkin somut görevler verilmediği görülmektedir. Tasarıda, seçilen denetçilerin üst üste kaç dönem görev yapacaklarına dair açık bir hüküm yoktur. Oysa SPK'nın seri 10 ve 16 sayılı Tebliği'nde, bağımsız denetim kuruluşlarının sürekli ve özel denetimlerden en çok beş hesap dönemi için yönetim kurulu tarafından seçilebilecekleri belirtilmiştir. Bu eksikliğin giderilmesi gerekir.

Hazırlanan denetim raporunun, tasarıda yönetim kuruluna sunulması öngörülmüştür. Oysa İsviçre Borçlar Kanunu'nda, hazırlanan denetim raporunun doğrudan genel kurula sunulması ve denetçinin, yönetim kurulunun eylem ve işlemlerinde kanun ve esas sözleşmeye aykırılıkları raporunda göstermesi benimsenmiştir. Denetim kurulu raporunun bunu doğrudan inceleyecek genel kurula sunulması faydalı olduğundan, tasarıda da bu değişikliğin yapılması gerekmektedir.

Tasarının 1505. maddesi, elektronik ortamda iletim. Tasarı anonim şirketlerde genel kurulların elektronik ortamlarda yapılmasına olanak vermiştir. Bu yeni bir düzenlemedir. Anonim şirketlerde elektronik ortamda genel kurullara katılım, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy verme, fiziki katılımın ve oy vermenin bütün sonuçlarını doğuracaktır. Bu sistemin uygulanması için, anonim şirketin esas sözleşmelerinin Kanun hükmüne uyarlı hale getirilmesi gerekmektedir. Bu yeni düzenlemenin faydası yanında, sakıncalarının bulunduğu açıktır. Elektronik ortamda genel kurula katılan paydaşın internet üzerinden soru sorma ve konuşma hakkı nasıl olacaktır? Öncelikle internet üzerinden yapılan yayına ilişkin teknik zorlukların bulunduğu açıktır. İnternet bağlantısının kopması, yeniden bağlanmanın zorluğu, bağlantının yavaşlığı ve birçok, yine kaldı ki konuşma ve soru sorma hakkı sadece bir toplantıya fiilen katılan paydaşlara tanınabilmekte. O nedenle tasarıda sanal ortamda genel kurula katılanlara, katılımcılara soru sorma ve konuşma hakkı tanınmamaktadır. Bu tasarının bir eksikliği olarak da ortaya çıkmaktadır. Hepinize teşekkür ederim.

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI: Teşekkür ediyoruz. Buyurun.

İbrahim Aktan (İstanbul Mali Müşavirler Odası Başkan Yardımcısı): Sayın başkan, değerli izleyiciler, hepinizi saygıyla selamlıyorum. Öncelikle bugün burada olmaktan, akademisyenler arasında bulunmaktan, akademik bir toplantıya katılmaktan büyük bir mutluluk duyduğumu ifade etmek istiyorum. Gerçekten çok yararlandım. Çok güzel bir toplantı oldu. Mümkün olduğunca bu tür toplantılara katılmaya çalışıyorum. Bundan sonra da devam edeceğim.

Tabii ki eğer konu Türk vergi sistemi olsaydı veya muhasebe sistemiyle ilgili bir düzenleme olsaydı, ben de tabii ki burada düşüncelerimi çok rahatlıkla ve saatlerce anlatabilirdim. Yani otururdum ben ve sil baştan Türk vergi sistemini kaleme alabilirdim. Ama konu Türk Ticaret Kanunu ol-

duğu için, bu Kanun dolayısıyla sizleri, akademisyenleri özellikle daha çok işin içerisine çekiyor. Daha çok öğretici olmanızdan dolayı özellikle konunun içerisinde olmanızı sağlıyor. Bu da bize bir ışık verdi gerçekten. Ancak ben burada bir iki konuda düşüncelerimi ifade etmek istiyorum. Bir meslek taassubu mu oldu acaba diye Sayın Barbaros Çağa, bir sataşma mı oldu yanlış mı anladım? Sanki öyle bir negatif ışık aldım gibi geliyor bana. Önce onun düzeltilmesi gerekir diye düşünüyorum. Bir kere ben meslek hayatımda müşavirlik yaptığım firmalara görüş verirken, eğer diğer kanunları ilgilendiriyorsa bu konunun uzmanı ben değilim, ben genel bilgi veriyorum, bu konunun mutlaka ticaret hukukçularından veya gerekli hangi dal ise ondan görüş alınması gerekir diye yazımın altına not koyuyorum. Dolayısıyla bu bir işbölümüdür zaten. Bütün dünyada gelişmiş ülkelerde, Avrupa'da, Amerika'da baktığınız zaman bu işbölümü çok rahatlıkla uygulanıyor, yaşanılıyor. Ama bizde maalesef, herkes her şeyi yapabiliyor. Çok konuşulur, işsiz bir insan geliyor, Ne yaparsınız? Herşeyi yaparım diyor. Biz ülke olarak bu durumdayız. Bu durumdan çıkmamız gerekir artık. Evet bizim odamızda bir toplantı yapılmıştır. Konuşmacı olarak da bu Kanun Tasarısını hazırlayan Sayın Prof. Dr. Ünal Tekinalp hoca gelmiş, açıklayıcı bilgiler vermiştir. Her konuşmacıyı konuşmasından sonra alkışlamak bizim geleneğimizdir. Bu dünyada böyledir. Biz de alkışlamışızdır. Dolayısıyla bunu başka türlü yorumlamak, galiba haksızlık olur en azından meslek mensubuna. Bir diğer husus da "rant yaratma" sözcüğü. Sayın Hikmet Türk hocama, Sayın Bakanıma saygılarımı sunuyorum; ama bunun böyle olduğu kanaatinde değilim. Bakın ben yeminli mali müşavirim ve 18 senedir de dışarıdayım. Ben hiç böyle bir rant görmedim ve yedi göbeğe kadar da ranttan yararlanma diye bir şey de görmedim. Eğer böyle bir şey varsa ve ben bunun dışındaysam, onu da bilemiyorum. Dolayısıyla bunu bir rant olarak değerlendirmek doğru bir yaklaşım tarzı değildir diye düşünüyorum.

Sevgili hocalarım, üstatlarım, değerli arkadaşlar. Serbest muhasebeci ve mali müşavir olabilmek için üniversiteden hukuk, iktisat, işletme bölümünden mezun olanlar en az 4 sene staj eğitimi ve sınavlardan geçerler, ondan sonra sınavı verilerse mali müşavir olurlar. On sene fiilen serbest muhasebeci, mali müşavirlik yapmadıkları sürece, yaparlar, ondan sonra sınav girer yeminli mali müşavir olurlar. Yani dolayısıyla üniversiteden sonra serbest muhasebeci olmak için dört beş sene, yeminli mali müşavir olmak için de 16-17 sene geçer. Herşeyin, her işin uzmanına verilmesi gerekir. Ya-

ni ben kalkıp avukatlık yaparım diye bir iddiada bulunursam, haddimi aşmış olurum. O başka birşeydir, bu başka birşeydir. Onun için böyle bir düzeltme yapma, düşüncelerimi açıklama gereği duydum. Bu neden kaynaklanıyor? Bizim ekonomimiz küçük, gayri safi milli hasıla 300 milyar dolar, artısıyla eksisiyle. Ekonomimiz küçük tabii. Her işi yaparım mantığı var ya, buradan belki kaynaklanıyor. Umarım ki biz gelişmiş ülkeler seviyesine çıkarız. Gayri safi milli hasilamızı bizde trilyonların üzerine çıkarırsak, zannediyorum bunlar çözümlenmiş olur. Hepinize saygılar sunuyorum. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI: Teşekkür ediyorum. Pardon bir cevap hakkı doğmuş. Barbaros Çağa Beyefendi buyurun.

Av. Barbaros ÇAĞA: Efendim bir yanlış anlama var. Dinlerlerse kendileri memnun olacağım. Bir, gayet tabii mali denetim bu işin uzmanı olan kuruluşlar tarafından yapılacaktır. Buna kimse itiraz etmez. Biz bunu söylemedik. Anonim şirketlerdeki denetim bundan ibaret değildir. Bunun dışındakileri yapamaz onlar dedik. Yoksa aynen sizin söylediğinizi söylüyoruz. Yoksa biz bu eleştirimizi bilmem kaç sene önce yapmamız gerekirdi. SPK'nın sizin bağımsız denetim kuruluşu olarak faaliyet göstermenizi emrettiği tarihte. İki, müsaadenizle rant, yani gelir meselesine dokunacağım. Oradaki kastımız şu, halka açık olmayan şirketler, kapalı şirketler, bunlarda bu denetime gerek var mıdır? Varsa buna gerek, ihtiyaç duyuluyorsa, müsaade edin de onu o şirketin kendisi belirlesin, sizlere başvursun, bu hizmeti alsın. Ama buna ihtiyaç duymayan birisine de, Kanun yoluyla zoraki bu hizmeti alacaksınız demek sakıncalıdır. Bizim söylediğimiz bundan ibaret. Tahmin ediyorum burada da alınacak kişi herhalde yok.

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI: Teşekkür ediyorum. Buyurun.

Turgut ARI (Öğretim Görevlisi): Efendim Ticaret Kanunu'na bakarken, hükümleri değiştirmeye yönelirken, biraz geçmişe gitmek gerekir. Bir firma kurulduğu zaman tescili için, yapacağı işlere bakıyoruz. Bir insanın iş hayatını değil, bütün ömrünü verseniz yapamayacağı, başaramayacağı, yetmeyeceği kadar iş kolları sıralanıyor. İç ticaret, dış ticaret, yapı, taahhüt falan filan bir yığın şey, imalat, akla ne gelirse dolduruluyor. Bunun hiçbir faydası yok. Bir firma fiilen ne iş göreceksa, sadece onu yazmalı ve ileride değişiklik olduğu zaman da bunu kolay değiştirebilecek şekilde hükümler yapmak lazım. Bu kanunda mı olur, yönetmelikte mi olur, ama olmalıdır.

Bütün sicillere baktığımız zaman bütün şirketler her türlü şeyi yapıyorlar. Ama fiilen yapmıyorlar. Buna açıklık getirmek lazım. İkincisi; şirket sözleşmeleri, tip sözleşme haline geldi, yıllar yılıdır. O tip sözleşmelerin de bütün şirketler aynı tornadan çıkıyor. Oysa ki her şirketin kendine özgü ortak sermayesiyle, kuruluşu ve yeriyle farklı bir çalışma düzeni vardır. Özel hükümlere ait bir yer yok. Olan şey de uyduruk olarak dolduruluyor öyle. Dolayısıyla ortaklar arasında, paydaşlar arasında da anlaşmazlıklar çıkıyor. Özellikle yönetenler art niyetli ise, bunu gayet rahat kullanabiliyorlar. Yolsuzlukların önemli bir bölümü de buradan kaynaklanıyor. Burada sabahtan beri ve başka toplantılarda hep İsviçre, Avusturya, Fransa falan deniliyor. Oysa ki bizim yapımız ne Almanya tipatip benzer, ne İsviçre'ye. Özellikle İsviçre'nin konumu bizimkinden çok farklı. Her yönüyle farklı. Savaş görmemiş bir ülke ile dört tarafı ateş içinde olan bir ülkenin toprakları çok farklı. Anglo-Sakson hukukunda, en yakın olan Yavruvatanda bile öyle, eğer insanlar sermayeleriyle iş görüyorlarsa pay koyan, ana sermayeye katılan insanlara şu soruluyor: İçinizde mali işleri düzenleyebilecek yetenekli ve eğitimli insan var mı? Varsa ona, eğer yoksa dışarıda mali işleri yürüten yetkili bir kişiye, lütfen önce vekaletinizi verin. O her türlü hazırlığı yapar. Bizde öyle değil. Kim olursa olsun, bir sermaye şirketi kurmak istiyorsa, genellikle bazı dairelerdeki küçük, emekli memurlara başvururlar. Şirketin tescil işini yaptırırlar. O tescil işi bittikten sonra, onu yapıyorlar. Ama şirketin iş hukukuyla resmi dairelerle olan diğer bütün işleri yatıyor. Ve hangi muhasebeci arkadaş o işi yükümlenirse, başına bir sürü arapsaçı örülüyor ve firma da o yüzden birçok cezalara da muhatap olabiliyor. Onun için, şirketin kuruluşunu baştan sağlıklı tutmak lazım. Kıbrıs, İngiltere ve diğer ülkelerde olduğu gibi.

Bir diğer önemli şey de, şirketlerin kararlarına bakıyoruz, yıllar yılı şirket ortakları ve yöneticileri şirketten bir kuruş para almıyorlar. Ne huzur hakkı alıyorlar, ne ücret alıyorlar. Para denilen bir şey yok. Ama o şirkette palazlanma vardır, özel hayatlarında büyük varlık sahibi olma vardır. Yolsuzlukların ana kaynağı da orada. Hem ücret almayacaksın, huzur hakkı almayacaksın veya aldığın çok küçük olacak. Bazılarında da tam tersi, çok huzur hakkı, çok yüksek ücret alır. Bu da az olan firmalardadır. Bedava, Kızılay hesabına da olmayacağına göre, Anayasamız'a göre de angarya yasak olduğuna göre, yöneticilerin mali durumlarının da sözleşmede belirtilmiş olmasında yarar vardır. Evet ben daha fazla vaktinizi almayayım. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI: İsmail Bey'in bu konuda söyleyeceği bir şey var, cevap olarak.

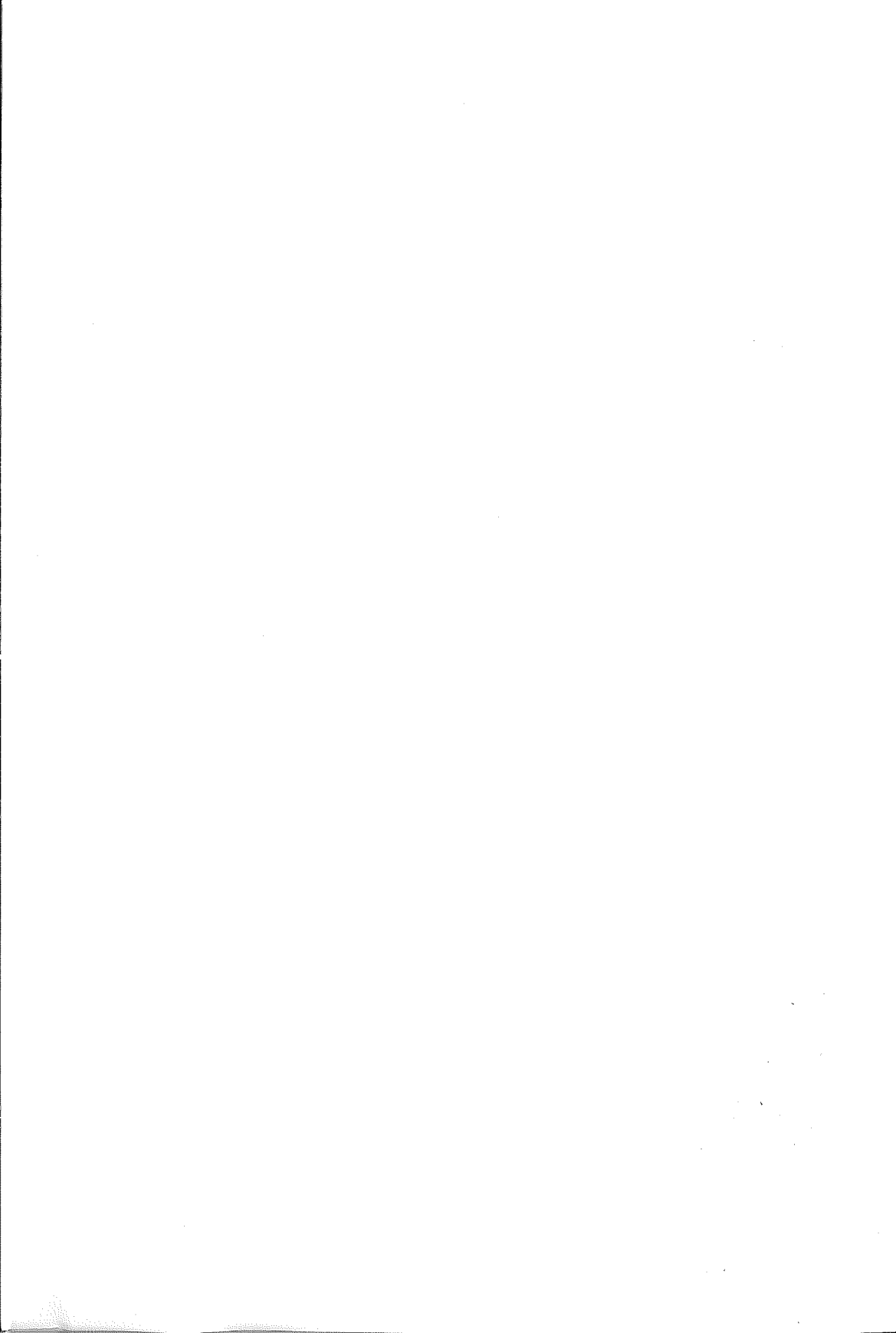
Av. Dr. İsmail ESİN: Efendim Kanun Tasarısına bakarsanız, orada cari hesap ilişkisinin yasaklanması öngörülmüş. Denetçinin de zaten şirketin hesaplarından ortaklara veya yöneticilere para aktarılmasını önlemek gibi bir fonksiyonu var ve o biraz önce söylediğiniz yolsuzlukların temelinde ortaklar cari hesabı denilen şey vardı. Sayın yeminli mali müşavir beni kafasıyla da onaylıyor. O kaldırıldı, yasak ve cezaya tabi. Onun için o endişenizi bertaraf edebilirsiniz. Hiç endişe duymayın. Bitmiştir o. Eskisinden daha iyi bir hal aldığını görmek gerekiyor bu noktada.

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI: Teşekkür ediyorum. Buyurun hanımefendi.

Yard. Doç. Dr. Gül OKUTAN (Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Teşekkür ederim. Ben esasında hissedarlar sözleşmesi ile ilgili bir iki şey söylemek istiyordum; ama vakit geç olduğu için o detaya girmekten vazgeçtim. Ancak meslektaşım İsmail Esin Bey'in deendiği bir noktaya temas etmek istiyorum. Bu Kanun özellikle anonim şirketler ve limited şirketlerin tipolojisi hakkında önemli değişiklikler yapıyor. Anonim şirketler daha sıkı kurallara bağlanmış vaziyette. Azınlık hakları güçlendirilmiş, bireysel pay sahipliği hakları güçlendirilmiş. Buna mukabil, yine meslektaşım İsmail Bey'in bahsettiği bu esneklik endişesi, limited şirketlerde özellikle giderilmiş. Eski Kanun'da limited şirketlerde sakınca olarak görülen veya güçlük olarak görülen birçok nokta, burada değiştirilmiş. Limited şirketin esas sözleşmesine istenildiği gibi pay sahipleri sözleşmesi hükümleri aktarılabiliyor. Limited şirketlerde ek yükümlülükler getirilebiliyor pay sahiplerine. Bağlayıcı düzenlemeler getirilebiliyor. Eskiden olmayan, limited şirketlerde kıymetli evrak olarak pay senedi çıkarma imkanı getiriyor. Yani Kanun benim görebildiğim kadarıyla anonim şirketleri, daha ziyade büyük sermayeli halka açık şirket tipi yapmaya doğru, limited şirketleri ise uygulamada ihtiyaç duyulan kapalı şirket tipi haline getirmeye çalışıyor. Bütün burada yapılan eleştirileri Kanun'un bu benim tespit edebildiğim felsefesi ışığında değerlendirmenin faydalı olacağını düşünüyorum.

Av. Dr. İsmail ESİN: Ben bunu ifade etmeye çalıştım, ama anlaşılmadı çok galiba.

Yard. DoÇ. Dr. Göl OKUTAN: Yoo hayır. Limited Şirketlere, mesele pay sahiplerine, rekabet yasağı getirmek gibi çok daha kapalı Şirketin ruhuna uygun ve pay sahipleri sözleŐmeleriyle, hissedarlar sözleŐmeleriyle yapılmak istenen durum, limited Şirketlerde Şu anda yapılabilecek vaziyette. Yani o esnekliği isteyen limited Şirket kurabilir, ama daha sıkı kurallara, daha güçlendirilmiş pay sahipliği hakları olan bir Şirket tipine sahip olmak isteyenler de anonim Şirketi seçebilir. Yani Kanun'un benim tespit edebildiğim kadarıyla Şirket tipolojisi hakkında böyle bir felsefesi var. Bunu buradan vurgulamak istedim. Çok teşekkür ederim.



ÜÇÜNCÜ OTURUM AÇILIŞ KONUŞMASI

İhsan DEMİRKİRAN (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Onursal Başkanı): Efendim, gününüz aydın olsun. Sayın Bakanım, değerli katılımcılar, konuklar yargı camiasının değerli üyeleri hepinizi saygıyla selamlıyorum. Ben işi uzatmayacağım, yalnız bir iki kelime söylemek istiyorum. Bu yılın başında Türk Ticaret Kanunu tasarısının hazırlandığı kamuoyuna duyuruldu. Hepinizin bilgisinde. Kanun tasarısı, Türk Ticaret Kanunu'nun tamamının modernleştirilmesine ve yeni bir sisteme oturtulmasına yönelik köklü değişiklikleri hedeflemektedir. Beş yılı aşkın süreden beri hazırlandığı söylenen bu tasarının sınırlı sayıdaki sempozyumlarla eleştirilmesi, eleştiri süresinin sınırlı tutulması, sağlıklı bir yol değildir. Türk Ticaret Kanunu Hazırlama Komisyonu'nun eleştirilere hoşgörülü yaklaşması ve eleştirenlerin teşvik edilmesinin benimsenmesi bir yol olarak, bir metot olarak benimsenmelidir. Türk Ticaret Kanunu tasarısı, halihazırdaki şekliyle, cevap verebildiğinden daha çok sorulara neden olmaktadır. Beş yılı aşkın süreden beri fedakarca çalışan Türk Ticaret Kanunu Hazırlama Komisyonuna, onun Sayın Başkanına, katılan üyelere huzurlarınızda teşekkür ediyorum. Tabii bu arada tebliğ hazırlayarak sunan ve katılımlarıyla sempozyuma katkıda bulunan saygıdeğer konuklara, en derin saygılarımı sunup sempozyumun birinci bölümünü açıyorum.

Bu birinci bölümde arkadaşlar elinizdeki listeye göre; Yard. Doç. Dr. Necla Güney "Birleşme, Bölünme, Nev'i Değiştirme", Doç. Dr. Ali Cem Budak "ticari davalar" konusunda sempozyum sunacak. Her ikisi de Yeditepe Üniversitesi'nin değerli, çalışkan, mükemmel bilim adamları. O nedenle şimdi sözü ilk olarak Yard. Doç. Dr. Necla Güney'e bırakıyorum, şimdiden kutluyorum.



ÜÇÜNCÜ OTURUM BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA ŞİRKETLERİN YENİDEN YAPILANMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER HAKKINDA GENEL DEĞERLENDİRME

Yard. Doç. Dr. Necla GÜNEY AĞDAĞ
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku
Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Giriş

Şirketler, hızla gelişen ekonomik koşullara uyum sağlamak için, zaman zaman hukuki statülerinde birtakım değişikliklere gitmek ihtiyacı hissederler. Bu değişiklikler şirketlerin birleşmesi, bölünmesi, nev'i değiştirilmesi veya malvarlıklarını devretmeleri şeklinde ortaya çıkabilir. Hukuk sistemleri getirdikleri yasal düzenlemeler ile şirketlerin bu değişikliklere ilişkin ihtiyaçlarına cevap vermeye çalışmaktadırlar. Bu düzenlemelerin temel amacı ise, şirketlerin hızlı, masrafsız ve kolayca hukuki yapılarını değişen piyasa koşullarına uydurabilmeleri için gerekli yasal zemini hazırlamaktır. "Şirketlerin yeniden yapılanması" üst başlığı altında toplanabilecek bu düzenlemeler, TTK Taslağında 2. Kitabın 1. Kısmında *birleşme, bölünme ve tür değiştirme* başlığı altında yer almıştır. Yeniden yapılanmanın diğer bir alt türü olan malvarlığı devri ise, yeni tasarıda yer almamıştır.

Ticaret Kanunu Taslağındaki düzenlemelere örnek teşkil eden Alman ve İsviçre hukukları daha da ileri giderek şirketlerin yanısıra, dernek, vakıf ve şahıs işletmelerinin de yeniden yapılanmasını içeren çok geniş kapsamlı düzenlemeleri ayrı bir yasa (Almanya'da Umwandlungsgesetz, İsviçre' de Fusionsgesetz) içerisinde ele almışlardır.

Tasarıdaki en büyük yenilik Mer'i Kanun'da düzenlemesini bulan "birleşme" ve "nevi değiştirmenin" yanısıra çeşitli kanunlarda yer alan "bölünme" müessesesinin, artık bir bütün olarak taslağa alınmasıdır. Bölünme, işletmelerin bir bütün halinde devrinin zor olduğu durumlarda bu işletmelerin daha küçük birimlere ayrılarak daha kolay devrini sağlayabileceği gibi, aynı şirket bünyesinde yürütülen birden çok hizmet veya üretim faaliyetinin ayrıştırılarak işletmelerin mevcut hantal yapılarından kurtarılması ve böylece yeni oluşturulacak üretim ve hizmet işletmelerinin belli alanlarda yoğunlaşarak daha verimli ve karlı kuruluşlar haline getirilebilmesini de sağlar. Bölünme "birleşme" ve "nevi değiştirme" müesseselerinin aksine, Türk Ticaret Kanunu'nda bugüne kadar ayrı bir yasal düzenlemeye tabi tutulmamıştır. Türk hukukunda son yıllarda göze çarpan şirketlerin bölünmesine ilişkin esaslar dağınık olarak çeşitli kanunlarda yer almaktadır. Bölünme, Türk Ticaret Kanunu haricinde, Özelleştirme Kanunu'nda, Kurumlar Vergisi Kanunları'nda, Sermaye Piyasası Kanunu'nda ve bu konu ile ilgili çıkarılan tebliğin ilgili maddelerinde düzenlenmiştir.

TTK Taslağında birleşmeye ilişkin düzenlemeler de bu alanda pek çok yeniliği beraberinde getirmiştir. Mer'i Kanun'da farklı sistemlerden alındığı için birbirinden kopuk ve günümüz ihtiyaçlarına cevap veremeyen birleşme hükümleri, İsviçre şirketler hukukunun Türk şirketler hukukuna daha yakın olduğu gerekçesiyle, 2003 tarihinde İsviçre'de yürürlüğe giren *Fusionsgesetz/Birleşme Yasası* örnek alınarak tasarıda yeniden düzenlenmiştir.

Şirketlerin yeniden yapılanmasına ilişkin hükümlerin toplu olarak yeni tasarıda düzenlenmesi çok faydalı olmuş, bu alandaki dağınıklık böylece büyük oranda giderilmiştir. Ancak yeni hükümlere ilişkin olarak bazı hususların tekrar gözden geçirilmesinde fayda vardır.

I. Birleşme, Bölünme ve Nev'i Değiştirmeye Sınırlandırma Getirilmesinin Değerlendirilmesi

Bilindiği üzere, yürürlükteki Ticaret Kanunu yalnızca aynı neviden şirketlerin birleşmesine izin veriyor. Tasarıda, mevcut Kanun'daki nevi ile aynı olması koşulu kaldırılmış, ancak 137. maddede caiz olan birleşmeler üç sınıf halinde belirtilmiştir. Tasarı birleşme türleri kapsamında şahıs şirketlerinin yani kollektif ve komandit şirketlerin devralan olması halinde

birleşmeye cevaz vermiyor. Yani bir sermaye şirketi bir şahıs şirketini devralabilirken, şahıs şirketinin sermaye şirketini devraldığı tam tersi birleşmelere izin verilmiyor. Tasarının 137. maddesinin gerekçesinde “bir sınırsız sorumlu şirketin (yani kollektif veya komandit şirketin) sınırlı sorumlu şirketi (yani bir anonim veya limited) devralması kanunca uygun görülmemiştir” denilerek bu sınırlamanın gerekçesi bir alt paragrafta açıklanmış. Buna göre:

“Ortaklık borçlarından kişisel olarak sorumlu olan ortakların (yani sınırsız sorumlu ortakların), ortaklık borçlarından sorumlu tutulmayan ortaklara (yani sınırlı sorumlu ortaklara) dönüşmeleri uygun görülmüş, tersi reddedilmiştir. Çünkü şirket borçlarından ortakların kişisel olarak sorumlu oldukları bir şahıs şirketinin anonim şirkete iltihak etmesiyle, *sermaye* (Bu şahıs şirketinin ortakları olmalı) şirketinin ortaklarının ortaklık borçlarından sorumlu tutulamayacakları bir konuma gelmeleri, şahıs şirketinin alacaklılarının korunmasını gerektirir.”

Tasarı bu noktada birbirine zıt gerekçeleri içerisinde barındırmaktadır. Şahıs şirketinin alacaklılarının korunmasını gerektiren birleşmelere izin verilirken, (zira burada şahıs şirketinin alacaklıları karşılarında aniden sınırlı sorumlu ortak bulmaktadırlar ve bunların korunması gayet tabiidir) bu korumayı gerektirmeyen (örneğin bir kollektif şirkete iltihak eden anonim şirketin pay sahiplerinin kollektif şirket ortağı sıfatıyla sınırsız sorumlu olmaları halinde alacaklıların korunmasına gerek yoktur) tersi birleşmelere izin verilmemektedir. Getirilen sınırlama ile gerekçesi arasında tam bir tezat vardır. Bu tür birleşmeye izin verilmemesinin nedeni doyurucu bir biçimde açıklanmalıdır. Tasarıda yer alan yukarıdaki gerekçe bu sınırlamanın amacını yansıtmaktan uzaktır.

Aslında mehzaz İsviçre Kanunu'nda da bu tür birleşmelere izin verilmemiştir. Bunun İsviçre Birleşme Kanunu'ndaki gerekçesi ise, bizim tasarıdakinden tamamen farklıdır. İsviçre'de bir şahıs şirketinin bir sermaye şirketini devralamamasının nedeni, İsviçre şirketler hukuku sisteminde kollektif şirketin tüzel kişiliğinin olmamasından kaynaklanmaktadır. İsviçre Birleşme Kanunu'nun 3. maddesinin gerekçesinde Fransa'da bu tür birleşmelere izin verildiği, ancak burada kollektif şirketlerin tüzel kişiliğinin olduğu, İsviçre'de tüzel kişiliği olmayan bir kollektif şirketin, bir sermaye şirketini devralmasına izin verildiği takdirde birleşme tasfiyesiz olacağından şirket-

lerin tasfiyeye ilişkin yasal düzenlemelerin dolanılması ihtimaline karşı, bir şahıs şirketinin sermaye şirketini devralmasına izin verilmediği belirtilmiştir. Gerekçeden de açıkça anlaşılacağı üzere, sermaye şirketlerinin tüzel kişiliği olmayan bir kolektif şirket tarafından devralınmasına izin verildiği takdirde, bu şirketler tasfiye hükümlerinden kaçmak için bu tip birleşmeleri kullanıp sicilden şirketi terkin ettirebilecekler ve tüzel kişilere ilişkin tasfiye hükümlerinden kurtulmuş olacaklardır.

Bu tip birleşmeye izin verilmemesi İsviçre’de çok eleştirilmiş ve yukarıdaki tehlike de göz önünde tutularak sorun, sermaye şirketinin kolektif şirkete malvarlığını devredebilmesi ile çözüme kavuşturulmuştur. Malvarlığı devrinin bölünmeden en önemli farkı, devrin karşılığı olarak hisse değil başka bir edimin verilmesidir.

Tasarının bölünmeyi düzenleyen 160. maddesine bakıldığında burada da sadece sermaye şirketleri ve kooperatiflerin yalnızca sermaye şirketi ve kooperatiflere bölünebileceğini görülmektedir. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, şahıs şirketlerinin bölünmesi Kanun’un kapsamı dışında bırakılmıştır. Bir anonim şirketin bir kolektif şirkete neden bölünemeyeceği veya bir kolektif şirketin başka bir kolektif ya da komandit şirkete neden bölünemeyeceğini anlamak çok güçtür. 160. maddenin gerekçesinde “caiz olmayan bölünmeler yasağı tür değiştirme yoluyla aşılabılır” denerek uygulamanın kapsamının genişletildiği izlenimi verilmiştir. Oysa tasarının tür değiştirmeye ilişkin hükümlerine baktığımızda burada da numerus clausus ilkesine rastlanmaktadır. Yani hangi şirketlerin hangi neviden şirkete dönüşebilecekleri kanunla tek tek belirlenmiş olup, bunun dışına çıkılması mümkün değildir. Örneğin Tasarının 181. maddesine göre bir anonim şirket bir kolektif şirkete dönüşemez. Böyle olunca, anonim şirketin kolektife bölünmesi imkanı da tamamen ortadan kaldırılmış olur. Kolektif şirketin anonim şirkete bölünmesi ise, ancak bu şirketin önce anonime dönüşmesi halinde mümkün.

Tasarının 181.maddesinde yer alan bu sınırlayıcı tür değiştirme müessesesi, mer’i Kanun’un 152. maddesinde yer alan ve her türlü ticaret şirketinin her türlü ticaret şirketine dönüşmesine izin veren uygulamanın bir hayli gerisine gitmiştir. Yargıtay dahi, doktrindeki eleştirileri dikkate alarak, aynı neviden şirketlerin tür değiştirmesine ilişkin katı ve haksız tutumunu değiştirmiş ve sermaye şirketlerinin şahıs şirketlerine, şahıs şirketlerinin de

sermaye şirketlerine dönüşmesini kabul etmiştir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 824. maddesinde düzenlenen ve yalnızca bir anonim şirketin bir paylı komandite veya limitede dönüşmesine izin veren tür değiştirmeye ilişkin düzenlemesi, İsviçre Birleştirme Kanunu ile birlikte yeni bir boyut kazanmış ve kapsamı genişletilmiştir. İsviçre kanun koyucusu, birleşme ve bölünme için ileri sürülen çekinceleri de dikkate alarak, bazı tür değişikliklerine izin vermemiştir. Bu kanun bir bütün olarak ele alınmış ve ilgili düzenlemeler arasında uyum sağlamak açısından kabul edilebilir gerekçelerle bölünme birleşme ve tür değiştirmeye sınırlamalar getirilmiştir. Tür değiştirme ile ilgili sınırlandırmaların getirildiği İsviçre Birleştirme Kanunu m.54 ün gerekçesine bakıldığında, bir sermaye şirketinin bir şahıs şirketine dönüşmesine yani bir anonim şirketin bir kolektif şirkete dönüşmesine izin verilmeyeceği, zira böyle bir nevi değiştirmeye izin verildiği takdirde anonim şirketin kolektif şirkete dönüşerek (birleşme ve bölünme hallerinde de belirtildiği üzere) tüzel kişilerin tasfiye hükümlerinin dolanılabilceği ileri sürülmüştür.

Oysa bizim sistemimizde böyle bir kaygıya yer yoktur. Zira tüm ticaret şirketleri tüzel kişiliği haizdir. Bu durumda yeni düzenleme ile eskisinin daha gerisine gitmenin mantıklı bir açıklaması olamaz. Eski düzenlemenin gerisine giden yeni düzenleme olamaz.

Buradaki yanlışlık İsviçre Birleşme Kanunu'nun büyük bir bölümünün aynen alınmasından kaynaklanmaktadır. İsviçre kanun koyucusu getirdiği bu sınırlamaların şirketlerin gelişimine engel olmaması düşüncesiyle, birleşme ve bölünmeyle aynı sonuçları doğuracak başka bir müesseseyi, yani malvarlığının devri müessesesini getirerek bu olumsuzluğu gidermeye çalışmıştır. Bunu da Kanun'un gerekçesinde açıkça belirtmiştir.

Sermaye şirketinin şahıs şirketi tarafından devralınması halinin uygulamada sıkça görülmeyeceği düşünülse dahi, böyle bir olasılığı tamamen yasaklayarak bertaraf etmek doğru değildir. Kaldı ki bu tür birleşmenin hukuki açıdan hiç bir sakıncası da yoktur.

Tasarıda getirilen kısıtlamaları haklı gösterecek herhangi bir sebep bulamıyoruz. Şahıs şirketlerinin tüzel kişiliği olduğu için, tüzel kişilerin tasfiyesine ilişkin hükümlerinin dolanılmasına imkan yoktur. Yine izin verilmeyen birleşme, bölünme ve nevi değiştirme hallerinde alacaklıların zarar

görmesi söz konusu değildir. Bu nedenle tasarıda öngörülen gereksiz sınırlamanın kaldırılması gerekmektedir.

II. Sınırsız Sorumlu Ortakların Sorumluluğunun Devam Edeceğine İlişkin Düzenleme

Tasarı alacaklıların korunması açısından Almanya ve İsviçre’de de terk edilen bu sistemin yerine, yine İsviçre Birleşme Kanunu örnek alınarak hazırlanan alacaklılara birleşmenin ilanından itibaren 3 ay içerisinde talepte bulunmaları halinde alacaklarını güvence altına alabilecekleri yeni ve makul bir sistem getirmiştir.

Ancak tasarının 158. maddesinde yer alan ve devredilen ortaklığın borçlarından birleşmeden önce sorumlu olan ortakların sorumluluklarının birleşmeden sonra da devam edeceğine dair hüküm üzerinde bir kez daha düşünmekte yarar vardır. Kollektif ve komandit şirketlerdeki sınırsız sorumlu ortakların şirket borçlarından dolayı 2. derecedeki şahsi sorumlulukları aynen devam ettirilerek alacaklılara ek bir güvence daha sunulmaktadır. Oysa 157. maddede getirilen düzenleme ile devreden şirketin alacaklılarını korumak üzere, bunlara birleşmeden itibaren alacaklarını güvence altına aldirmek imkanı verilmiştir. Devreden şirketin ortaklarının şahsi sorumlulukları kollektif ve komandit şirketlerde 2. dereceden bir sorumluluktur, şirketin borçlarından 1. derecede şirketin kendisi sorumludur. Ancak belirli hallerde ortakların şahsi sorumluluğuna gidilebilir.

İsviçre Birleşme Kanunu’ndaki düzenleme, burada kollektif ve komandit şirketlerin tüzel kişilikleri olmadığı için makul karşılanabilirse de, bizde şirket tüzel kişiliğinin varlığı ve ortakların 2. derecede sorumlu olmaları getirilen yeni düzenleme açısından problem yaratır. Şayet “birleşme bir sona erme sebebidir ve devreden şahıs şirketi artık sona ermiştir, şirket ortaklarının sorumluluğu doğar” dersek, birleşmenin ruhunu yanlış anlamış ve şahıs şirketinin ortaklarını haksız yere sorumlu kılmış oluruz. Böyle bir durumda devreden şirketin alacaklıları doğrudan şirket ortaklarına giderler, ki şahıs şirketinin ortakları haklı olarak birleşmeden kaçınır. Hayır devreden şirket ve ortakları devralan şirketin içinde yaşıyor dersek, o takdirde alacaklıların önce devralan şirkete başvurmaları gerekir. Zaten 157. madde ile bunların talepleri halinde kendilerine güvence verileceği düzenlenmiştir. Hatta 157.

maddenin 3. fıkrasında devralan ortaklık alacağın tehlikeye düşmediğini ispatlarsa, temin yükümü ortadan kalkar. Bu halde şahsi sorumluluklarının devamı hangi amaca hizmet etmektedir? 158. maddenin 1. fıkrasının gerekçesinde yer alan "...hiç kimsenin birleşmeden, bizatihi birleşmeden başka yarar sağlamaması, aksi halde bunun haksız olacağı" şeklindeki" ifade alacaklıları, iki taraflı korumaya alan bu sistem karşısında anlamını yitirmektedir.

III. Bölünmeye İlişkin Genel Değerlendirme

Hukuki anlamda "bölünme" bir işletmenin maddi varlıklarının ve borçlarının tamamının veya bir kısmının birden fazla yeni kurulan veya önceden mevcut teşebbüslere *tasfiyesiz infisah (Auflösung ohne Abwicklung)* yolu ile *bir bütün olarak (jeweils als Gesamtheit)* devredilmesi sürecini ifade eder. Bölünme ile bütün malvarlığı işletmeden ayrılabilceği gibi, malvarlığının sadece bir kısmı için de bu mümkün olabilir.

Alman Yeniden Yapılanma Kanunu'na (Umwandlungsgesetz) damgasını vuran temel prensip, yeniden yapılanmanın hemen hemen bütün çeşitlerine uygulanan *Külli Halefiyettir*. Bölünmenin malvarlığının bir bütün olarak devredildiği birleşme ile arasındaki fark, bölünmede malvarlığının tamamının değil, sadece bir bölümünün devredilmesidir. Devreden şirketten devralan şirkete malvarlığının devri (partielle Universalsukzession) *kısmi külli halefiyet* yoluyla *uno actu*, yani yasada tek tek malların devrine bağlanmış geçiş şartlarını yerine getirmeksizin gerçekleşmektedir.

Tasarıda bölünmeye ilişkin madde metninde bu iki önemli unsurun, yani *tasfiyesiz sona ermenin ve kısmi külli halefiyetin* vurgulanmadığını görüyoruz. Gerekçede detaylı bir biçimde açıklanan kısmi külli halefiyet ilkesine maddenin metninde mutlaka vurgulanma yapılması gerekir. Alman kanun koyucusu da madde metni içerisinde *partielle Universalsukzession* kavramını kullanmamış, ama buna işaret eden (*jeweils als gesamtheit*) malvarlıklarının her birinin *bir bütün olarak* geçeceğine dair düzenlemeye yer vermiş (UmwG Art. 123), İsviçre kanun koyucusu da kısmi külli halefiyete vurgu yapmak amacıyla 52. maddede (*alle im Inventar aufgeführten Aktiven und Pasiven von Gesetzes wegen*) envanterde yer alan bütün aktifler ve pasifler kanun gereği kavramları ile kısmi külli halefiyete gönderme yapmıştır.

IV. Birleşmenin ve Bölünmenin Tescili ve Tescilin Sırası

Birleşmeye taraf ortaklıkların birleşme kararını tescil etmeleri, birleşme işleminin bir aşamasıdır. Birleşme sözleşmesinin birleşen şirketlerin genel kurullarında onaylanmaları ile birlikte birleşme hukuken gerçekleşmiş olmaz. Birleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için, bunun ticaret siciline tescili gerekir. Ancak birleşme kararının tescilinde bir sıranın var olup olmadığı; şayet varsa bu sıranın nasıl olduğu konusu belirsizdir. Birleşmenin tescilinde sıranın önemi, birleşmeye taraf ortaklıkların tesciline bağlanan hukuki sonuçlardır. Özellikle hangi ortaklığın tescil işlemini birleşmenin hüküm ifade etmesine sebebiyet vermektedir. Birleşmenin hüküm ifade edeceği anın tespiti, külli intikalin ve hisse devirlerinin gerçekleşeceği ve devreden ortaklığın infisah edeceği zamanın tayini açısından önemlidir. Bu açıdan söz konusu zamanların tayin edilebilmesi için, birleşmenin tescilinde izlenmesi gereken sıra ve bu sıranın tayinini sağlayacak olan birleşme kararının tescilinin etkilerinin bilinmesi gerekmektedir.

Konunun önemini bir örnekle açıklamak gerekirse; birden fazla şirket devredilmekteyse veya devreden ortaklık birleşme kararını ve infisahı tescil ettirmiş, ancak devralan ortaklık birleşme kararını ve sermaye artırımını tescil ettirmeden iflas etmişse veya tam tersi olan devralan ortaklık sermaye artırımını ve birleşme kararını tescil ettirmiş, ancak devreden ortaklık birleşme kararını genel kurulda alamamış veya almış tescil ettirememiş ise, var olan hukuki durumun tespiti ve bu tür bir hukuki problemin kolayca tayin edilmesi açısından, tescil sırasının belirlenmesi faydalı olacaktır.

Tasarının 153. maddesinin 1. fıkrasında birleşmenin ticaret siciline tescil ile geçerlilik kazanacağı ve tescil anında devredilen ortaklığın bütün aktif ve pasifinin kendiliğinden devralan ortaklığa geçeceği düzenlenmiş, ancak tescil için herhangi bir sıra öngörülmemiştir. Maddenin gerekçesine bakıldığında ise, *devreden şirketin* yaptırdığı tescilin külli halefiyet ve birleşme bakımından *kurucu* etkisinin hükme bağlandığı görülmektedir. Buna göre devreden şirketin birleşme kararını bulunduğu yerdeki sicile tescili ile birlikte birleşme hüküm ve sonuçlarını doğuracak, yani malvarlığı bir bütün olarak kendiliğinden devralan ortaklığa geçecek, bunun karşılığında pay senedi değişimi gerçekleşmiş olacak ve devreden şirket kendiliğinden sona erecektir.

Birleşmenin iki şirket arasında gerçekleşmesi halinde, devreden şirketin ticaret siciline tesciline kurucu etki bağlamak sorun olmayabilir, ancak

birden fazla şirketin tek bir şirket tarafından devralınması halinde, devreden şirketin tesciline kurucu etki bağlamak büyük sorunlar ortaya çıkarabilir. Zira bu durumda birleşmenin hangi anda gerçekleştiğinin tespiti çok güç olacaktır. Özellikle de devredilen şirketler farklı ticaret sicili bölgelerinde yer alıyorsa, her birinin tescili ile birlikte farklı zamanlarda malvarlığı geçişi, hisse devri ve infisahı söz konusu olacaktır. Bundan da öte devreden şirketin tesciline kurucu nitelik bağlanması halinde, devreden şirketlerden birinin tescil yaptırmaması halinde birleşme gerçekleşemeyecektir.

Bu sorun, daha önce sadece iki şirketin birleşmesine izin veren Alman Paylı Anonim Şirketler Kanunu'nda da Avrupa Birliği'nin birden fazla şirketin birleşmesine izin veren 3 nolu Birleşme Yönergesi'nden sonra ele alınmış ve üretilen çözüm Yeniden Yapılandırma Yasası diye adlandırılan Umwandlungsgesetz'e de aynen aktarılmıştır. Alman Yeniden Yapılandırma Yasası birleşmede tescili yasanın 19. maddede sıraya bağlamıştır. Buna göre; *devreden şirket veya şirketler birleşme kararını buldukları sicil çevresinde tescil ettirecekler ve bu tescil esnasında birleşmenin devralan şirketin ticaret siciline tescili anında hüküm ve sonuçlarını doğuracağını tescile şerh düşeceklerdir. Bu tescilin etkisi bildirici olup, birleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmaz.*

Devreden şirketlerin kendi sicil çevrelerinde birleşme kararını tescillerinden sonra, devralan şirket sicile birleşme kararını tescil ettirecek ve tescili yapan sicil kendiliğinden devreden şirketlerin sicillerine bu tescili bildirecektir. Devralan şirketin tescili kurucu nitelikte olup, tescil ile birlikte birleşme hüküm ve sonuçlarını doğurur. (Birleşme sermaye artırımını gerektiriyorsa, önce sermaye artırımı, daha sonra da devralan şirketin birleşme kararının tescili yapılır.) Yani devreden şirketlerin malvarlıkları devralana geçer, pay senedi devri gerçekleşir ve devreden şirketler bu tarihte sona ermiş olur.

Bölünmede tescil ve bunun hukuki etkisini düzenleyen Tasarının 179. maddesi 152-154. maddelere ve bunun gerekçelerine atıfta bulunmaktadır. Aslında birbirlerinin tam tersi olan bu iki hukuki müessesenin tescilinde sıranın aynı olmaması gerekir. Zira yukarıda bahsettiğimiz problem burada da karşımıza çıkacaktır. Şayet devreden şirket birden fazla şirkete bölünüyor, bölünmenin gerçekleştiği anın tesbiti çok zor olacaktır. Birleşmenin aksine burada tek bir devreden ortaklık ve birden fazla devralan ortaklık söz konusudur. O halde tescilde sıra, birleşmede önerdiğimiz sıralamanın tam

tersi olacaktır. Yani önce devralan ortaklar buldukları yer ticaret sicilinde bölünme kararını tescil ettirecekler ve bu tescil esnasında, bölünmenin devreden şirketin ticaret siciline tescili anında hüküm ve sonuçlarını doğuracağını tescile şerh düşeceklerdir. Bu tescilin etkisi *bildirici* olup, birleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmaz.

Devralan şirketlerin kendi sicil çevrelerinde bölünme kararını tescillerinden sonra devreden şirket sicile bölünme kararını tescil ettirecek ve tescili yapan sicil kendiliğinden devralan şirketlerin sicillerine bu tescili bildirecektir. Devreden şirketin tescili *kurucu* nitelikte olup, tescil ile birlikte bölünme hüküm ve sonuçlarını doğurur. Yani bölünen şirketin malvarlıkları devralan şirketlere geçer, pay senedi devri gerçekleşir ve şayet bir tam bölünme söz konusu ise, devreden şirket bu tarihte sona ermiş olur.

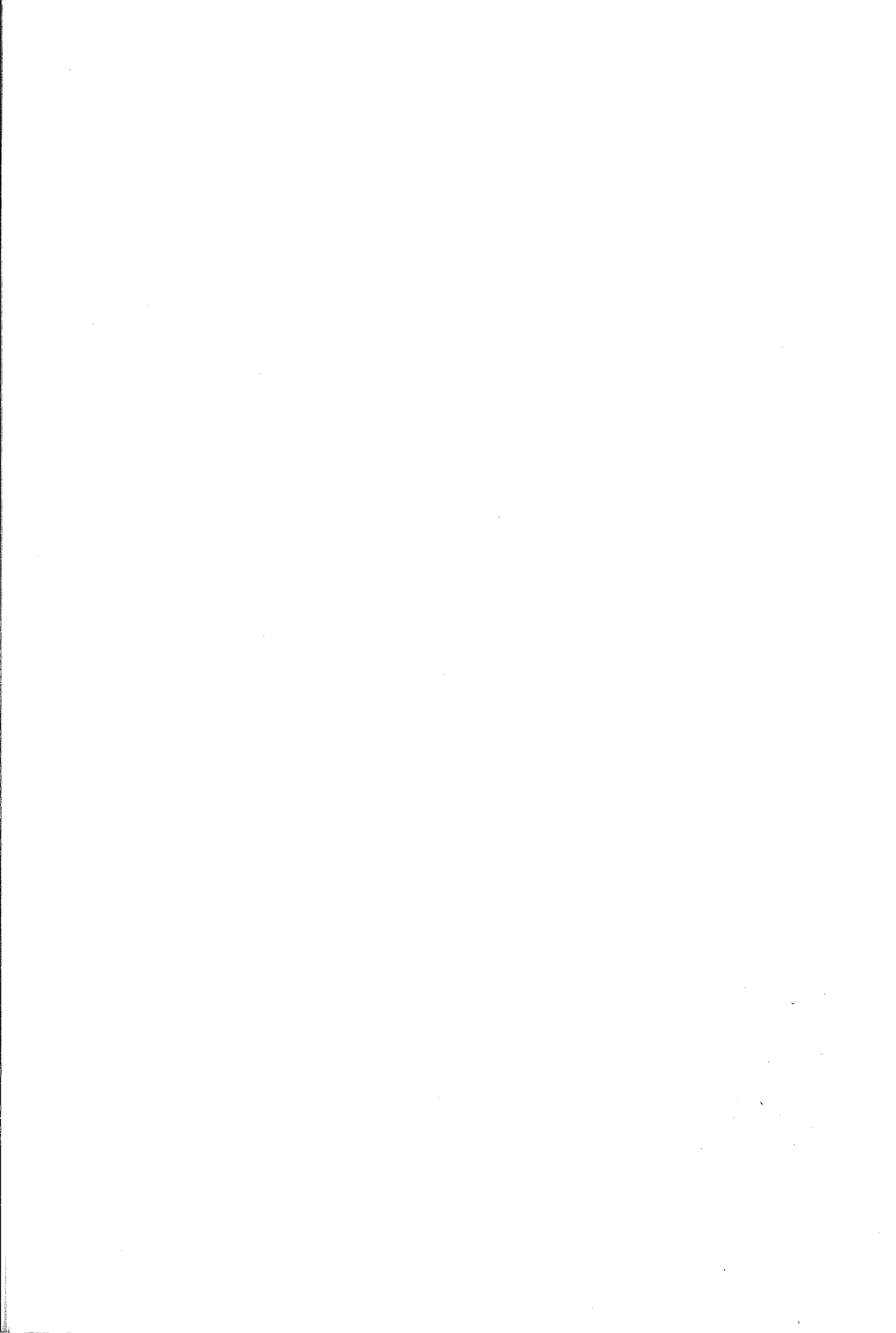
İsviçre Birleşme Yasası'nda birleşme ve bölünmenin ticaret siciline tescil ile hüküm ifade edeceği düzenlenmiş, ancak tescil için herhangi bir sıralama verilmemiş, düzenleme yasanın 102. maddesi ile İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğüne (Handelsregisterverordnung) bırakılmıştır. Tüzüğün bölünme ve birleşmeye ilişkin düzenlemeleri içeren 105 ve devamı maddeleri, Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Buna göre, birleşme ve bölünme, katılan tüm ortakların aynı gün ticaret siciline tescil yapturmaları ile gerçekleşir. Şayet katılan şirketler aynı ticaret sicil çevresinde bulunmuyorlarsa, sicil daireleri kendi tescillerini birbirlerine uydururlar.

Bu sistemde tüm katılan şirketlerin aynı günde sicile tescili öngörüldüğü için, devreden ve devralan şirketlerin hangi sıra ile tescil yapacaklarının ve bunlardan hangisinin tescilinin kurucu etkiye haiz olacağının bir önemi yoktur. Farklı sicil çevrelerinde bulunan şirketler için bunların bağlı buldukları sicil çevrelerinin ortak bir tescil günü belirlemeleri ne derece sağlıklı olur ve bu sistem Türkiye'de uygulanabilir mi bunun çok iyi düşünülmesi gerekir. (Ancak elektronik ortam çok yaygın bir biçimde kullanıldığında, bu çözüm üzerinde de düşünülebilir.) Oysa Alman hukukundaki açık ve net çözüm, bizim sistemimiz açısından daha uygulanabilir görünmektedir.

Sonuç

Birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin İsviçre Birleşme Kanunu'ndaki düzenlemeler Türk Ticaret Kanunu Tasarısına aynen alınmış ve böylece hem birleşme ve bölünme müesseseleri gereksiz yere sınırlandırılmış, hem de tür değiştirmeye ilişkin mer'i Kanun'daki 152. maddenin geldiği nokta, Yargıtay'ın tür değiştirme için de nevilerin aynı olma koşulunu aradığı ve doktrin tarafından uzunca bir süre eleştirilen noktaya geri götürülmüş, bu kadar emek yıllar sonra boşa çıkarılmıştır.

Başta da belirtildiği üzere, amaç şirketlerin yeniden yapılanmalarına ve bunu masrafsız ve süratle yapabilmelerine olanak tanıyarak bu alandaki gelişmeyi sağlam bir hukuki altyapı ile desteklemek olmalı, gereksiz sınırlamalardan kaçınılmalıdır. Bu nedenle yukarıda değinilen hususları tasarı yasalaşmadan tekrar gözden geçirmekte fayda vardır.



TİCARİ DEFTERLERLE İSPAT USULÜ KALDIRILMAMALIDIR.

Doç. Dr. Ali Cem Budak

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi,

Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. Şahitle ispat yasağı ve ticari defterlerle ispat arasındaki ilişki

1879 (1295) tarihli Usulü Muhakeme Hukukiye Kanunu'nun 80. maddesi şöyledir:

“Senedâta raptı örf ve âdet olan her türlü taahhüdât ve mukavelat ve şirket ve iltizam ve ikraza dair olup da bin kuruşu mütecaviz olan iddialar senet ile ispat olunmak lazımdır. Hususatı mezkureye dair bir senede karşı dermeyan olunan dava bin kuruşu tecavüz etmediği halde bile senet veyahut müddeialehyin ikrar veya defteriyle ispat olunmak lazımdır.”¹

Fransız hukukundan alınmış olan ve yalan yere şahitliğin sakıncaları sebebiyle kanuna konulduğu ifade edilen bu hüküm, 1927 tarihli (bugünkü) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na da intikal etmiştir.² Şu farkla ki, 1879 tarihli Kanun'da senetle ispat mecburiyeti senede bağlanması örf ve âdet gereği olan işlemler için geçerli iken, Hukuk Usulü Muhakemeleri Ka-

1 Maddedeki parasal sınır başlangıçta beşbin kuruş olup, 1330 yılında yapılan bir Kanun değişikliği ile bin kuruşa indirilmiştir. Aynı tarihte Sulh Hakimleri Kanunu'na eklenen ek madde ile bu hükmün sulh mahkemelerinde de cari olduğu tasrih edilmiştir. Ahmed Ziya, Usul-ü Muhakemeyi Hukukiyye Kanunu Şerhi, 3. Bası (İstanbul: Karabet Matbaası, 1339-41), s. 301-302.

2 Ahmed Ziya, age s. 302. Fransız hukukundaki tarihi gelişim için bkz. İlhan E. Postacıoğlu, Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, 2. Bası (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1964), s. 11-14.

nunu'nun m. 288 ve devamı hükümleri, aynı mecburiyeti miktar veya değeri 400 YTL'nı (HUMK'nun yürürlüğe girdiği tarihte 5000 kuruş) aşan her türlü hukuki işlem için öngörmektedir.³

“Şahitle ispat yasağı” denilen kuralın ülkemizde yüzyirmibeş yıldan beri, önemli bir rahatsızlığa yol açmadan uygulanıyor olması şaşırtıcı gelebilir. Çünkü, hukuk hayatımızda malvarlığına ilişkin her türlü hukuki işlemi senede bağlamak adeti yerleşmiş değildir. Tacirler arasındaki ve hatta büyük ölçekli ticari işletmelerin taraf olduğu hukuki işlemlerde bile, senet düzenlenmesi kural değil istisnadır. Damga vergisi yükümlülüğü de senet düzenleme alışkanlığının yerleşmesine engel oluşturmaktadır.⁴

Öyle ki, günlük dilde, tacirler arasında “senet” denildiği zaman bundan “bono” anlaşılmakta, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini yazı altına almak konusunda özel bir ihtiyaç görülüyorsa, sadece delil oluşturmak için adi senet düzenlendiğine hemen hiç rastlanmamaktadır.

İşte senet düzenlemek alışkanlığı yerleşmemiş olmasına rağmen, şa-

3 Mamafih, Usulü Muhakemei Hukukiye Kanunu'nun yürürlükte olduğu zamanda da senetle ispat mecburiyetinin sınırları genişletilmekte idi; şöyle ki: İlk olarak, 80. maddenin birinci cümlesinin lafzi yorumu yapılırken, “senedâta rapı örf ve âdet olan” ibaresi sadece ikinci “ve” bağlacından önce gelen “her türlü taahhüdât ve mukavelat” sözcüklerine ait sayılıyor; yani, “şirket ve iltizam ve ikraza dair” bütün hukuki işlemler (miktar veya değeri bin kuruşu aşmak kaydıyla) senetle ispatı gereken işlemlerden sayılıyordu. İkinci olarak da, kamu kuruluşları, bankalar gibi ticari müesseselerin senede bağlanması adet sayılıyordu. Nihayet, daha genel olarak, tacirler arasındaki hukuki işlemlerin (miktar veya değeri bin kuruşu aşmasa bile) senede bağlanmasının adet haline geldiği kabul edilmekte idi; bkz. Yorgaki Efendi, Usul-ü Muhakemeyi Hukukiyye Kanunu Şerhi, (İstanbul: Matbaai Hukukiyye 1329), s. 123-124. Olması gereken hukuk bakımından da, senet düzenlenmesi konusunda “örf ve adet” yerleşmesi şartı aranmaksızın, belirli tutarı aşan bütün hukuki işlemlerin senetle ispatının uygun olacağı önerilmekte idi; bkz. Ahmed Ziya, age s. 303-305.

4 Damga Vergisi Kanunu'nun 14. maddesine göre “Kâğıtların Damga Vergisi bu Kanuna ekli (1) sayılı tabloda yazılı nispet veya miktarlarda alınır. Şu kadar ki her bir kâğıt için hesaplanacak vergi tutarı (1) sayılı tabloda yer alan sınırlamalar saklı kalmak üzere 800 bin Yeni Türk Lirasını aşamaz. Bir önceki yılda uygulanan bu azami tutar, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, o yıl için tespit ve ilan olunan yeniden değerlendirme oranında artırılır. Bakanlar Kurulu yeniden değerlendirme oranının %50 fazlasını geçmemek ve %20'sinden az olmamak üzere yeni oranlar tespit etmeye yetkilidir.” Halen (1) sayılı tabloda yer alan genel damga vergisi oranı binde 7,5'tur.

hitle ispat yasağının bugüne kadar önemli rahatsızlıklara yol açmadan uygulanabilmiş olmasının nedeni, ticari davalarımızda geçerli olan özel ispat kurallarıdır.

1926 tarihli Eski Ticaret Kanunu'nun 81 ila 86. maddelerine göre, ticari davalarda, taciri defterler delil teşkil ettiği gibi,⁵ aynı Kanun'un 680. maddesine göre de tacirler arasındaki hukuki işlemler, miktar veya değeri ne olursa olsun şahitle ispat edilebiliyordu. Anılan 680. madde şöyleydi:

“Hakim, hilafı işbu kanunda musarrah olmadıkça mevaddı ticariyede kavanini umumiyenin kabul etmiş olduğu esbabı hükümden başka müddeabihin miktarı ne olursa olsun şahadat ve karain ve emarattan mütehassil kanaate binaen hükmedebilir.”

Bu son hükmün verdiği şahit dinletme imkânı mahkemelerimiz tarafından da geniş şekilde yorumlanmaktaydı. Doktrinde mahkemenin şahit gösterilmesine izin verip vermemek konusunda bir takdir hakkı olduğu görüşü ileri sürülmüş olmasına rağmen, mahkemelerimizin uygulamasında, şahit gösterildiği zaman bu talep daima kabul edilmekte idi.⁶

Aynı ticari defterlerle ispat usulü 1957 tarihli (bugünkü) Ticaret Kanunumuza da alınmıştır. 1957 tarihli Ticaret Kanunu, tacirler arasındaki davalarda şahitle ispat yasağını bertaraf eden Eski Ticaret Kanunu m. 680 hükmünün bir benzerini içermemektedir. Fakat, Eski Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak, ticari defterlerin “kesin delil” olduklarını (dolayısıyla senet yerine delil olarak kullanılabileceklerini) açıkça öngörmektedir.⁷

5 Ezcümle bkz. İsmail Hakkı Karafakih, Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1952), s. 191; M. Şahap Arıç, Yagıtay İçtihatlarına Göre Haşiyeli Ticaret Kanunu (İstanbul: Pulhan Matbaası, 1946), s. 111-114 ve orada yer verilen Yargıtay kararları.

6 Postacıoğlu, Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, 2. Bası, s. 133-135. Daha ayrıntılı bilgi için aynı eserin Eski Ticaret Kanunu zamanında yayımlanmış olan ilk basısına da bkz. İlhan E. Postacıoğlu, Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, 1. Bası (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1952), s. 119-122.

7 Bkz. TK m. 82 ve m. 1474; Muharrem Gençtürk, Ticari Defterlerin Delil Niteliği (İstanbul: Yaylım Yayıncılık, 1997), s. 115. Eski Ticaret Kanunu sisteminde ticari defterlerin kesin delil sayılıp sayılmadıkları hususu bu kadar açık değildi; bkz. Senai Olgaç / Mustafa Çenberci, “İspat Hukuku Yönünden Ticari Defterler”, BATİDER, Cilt III, sayı 1 (1965), s. 102-119, s. 102 dipnotu 1; Turgut Şengir, “Ticari defterlerin İspat Kuvveti”, BATİDER, Cilt V, sayı 2 (1969), s. 259-261, s. 261.

Kanımca, ilk olarak 1879 tarihli Usulü Muhakemei Hukukiye Kanunu'muzda yer alan ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile sertleştirilen şahitle ispat yasağının önemli sakıncalara yol açmadan uygulanabilmiş olmasının nedeni, ticari defterlerle ispat usulünün bu yasağın katılığını yumuşatmış olması; başka bir ifadeyle, ticari defterlerin senet yerine delil olarak ileri sürülmesine imkân verilmiş olmasıdır.

II. Uygulamada ticari defterlerle ispat usulü hangi sıklıkla kullanılmaktadır?⁸

Mahkemelerimizde ticari defterlerle ispat usulünün hangi sıklıkla kullanıldığını tespit etmek için, İstanbul 6. Ticaret Mahkemesi yazı işleri daire-sinde (kalemünde) bir araştırma yapılmıştır.

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi araştırma görevlilerinden Nuri Erdem tarafından yapılan araştırmanın sonuçlarına göre, İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde 2004 yılında 2981 dava derdest olmuştur. Bu davalardan 990 tanesi 2004 yılında esas defterine kaydedilmiş olup, 1991 tanesi 2003 yılından devredilmiştir. 2004 yılında gelen toplam 990 davanın 437 tanesi karara çıkmış olup, 31 Aralık 2004 itibarıyla derdest dava sayısı 553'dür.

Araştırmada karara çıkmış dosyalar üzerinde çalışılmıştır. İnceleme sonucunda, karara çıkmış 437 davanın konularına göre dağılımı ve bunlardan kaç tanesinde "ticari defterlerle ispat" yoluyla hüküm kurulduğu aşağıdaki şekilde tespit edilmiştir:

8 Araş. Gör. Nuri Erdem'e ve kendisine destek olan İstanbul 6. Ticaret Mahkemesi Başkan ve Üyelerine teşekkür borçluyum.

Dava / çekişmesiz yargı konusu	Kıymetli evrakın ziyayı sebebiyle iptali	İtirazın iptali (İİK m. 67)	Alacak	Menfi tespit (İİK m. 72)	Tazminat	İflas	AŞ genel kurul karar- larının iptali	Haksız rekabet	Malın iadesi
Toplam dosya sayısı	215	77	44	30	31	17	15	3	5
Ticari defterlerle ispatın uygulandığı dosyalar	0 (%0)	61 (%80)	31 (%70)	5 (%15)	10 (%33)	12 (%75)	.0 (%0)	1 (%33)	0 (%0)

Sonuç olarak, mahiyeti itibarıyla ticari defterlerle ispatı söz konusu olamayacak kıymetli evrakın ziyayı sebebiyle iptaline ve anonim şirket genel kurul kararlarının iptaline ilişkin davalar hesaba katılmazsa, 207 dosyanın 120'sinde yani dosyaların % 57'sinde ticari defterlerle ispat usulünün uygulandığı görülmektedir.

Ticari defterlerle ispat yoluna başvurulmuş davaların %10'unda karşı taraftan istenen defter gelmemiş; % 40'ında davacının dayandığı defterler delil teşkil etmiş; % 50 oranında ise her iki tarafın ticari defterleri incelenmiş ve karar verilmiştir.

III. Ticari defterlerle ispat usulünün kaldırılması tartışması

2005 tarihli yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda, ticari defterlerle ispat usulü yürürlükten kaldırılması öngörülmektedir. Bu önemli değişiklik için verilen gerekçe iki cümleden ibarettir:

“Artık hiçbir ülkenin kanununda yer almayan ve ispat hukukunun ilke-leriyle de pek bağdaşmayan ticari defterlerle ispat usulüne son verilmiştir. Ticari defterler, doğal olarak, mahkemenin takdirine bağlı delil olma niteliklerini korumaktadır.”⁹

9 Genel Gerekçe, kenar no. 110.

Tasarıda yer alan gerekçe bu kadar kısa olmasına rağmen, ticari defterlerle ispat usulünün kaldırılmasının sebeplerinden biri olarak, ticari defterlerle ispatın defterlerde yer alan işlemlerin dayanağının (müstenidatının) olması halinde geçerli olduğu; bu durumda da senetle ispat imkânının zaten mevcut bulunduğu ifade edilmektedir. Kanaatimce bu gerekçe yerinde değildir; şöyle ki:

İlk olarak, ticari defterlerden delil olarak yararlanılabilmesi için dayanak belgelerin gösterilmesini öngören kanuni bir düzenleme yoktur. Bu konu ile ilgili olarak zaman zaman atf yapılan Vergi Usul Kanunu'nun 227. maddesi,¹⁰ ticari defterlerin delil niteliği ile ilgili olmayıp, vergi hukuku bakımından hüküm ifade eder.¹¹

10 VUK'nun "İspat edici kayıtlar" başlıklı 227. maddesi şöyledir: "Bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça bu kanuna göre tutulan ve üçüncü şahıslarla olan münasebet ve muamelelere ait olan kayıtların tevsiki mecburidir. / Defter tutmak mecburiyetinde olmayan mükellefler vergi matrahlarının tespiti ile ilgili giderlerini tevsike mecburdurlar. (Götürü usulde tespit edilen giderler hariç.) / Bu Kanuna göre kullanılan veya bu Kanunun Maliye ve Gümrük Bakanlığına verdiği yetkiye dayanılarak, kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin öngörülen zorunlu bilgileri taşınamaması halinde bu belgeler vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılır. / Maliye ve Gümrük Bakanlığı, düzenlenmesi mecburi olan belgelerde bulunması gereken zorunlu bilgileri belirlemeye ve bu belgelerden uygun gördüklerine, düzenleme saatinin yazılması mecburiyetini getirmeye yetkilidir.

11 Bkz. Hüseyin Ülgen, "Ticari Defterlerle İspat", BATİDER, Cilt IV, sayı 1 (1967), s. 86-103, s. 101; Fevzi Yarbaş, Ticaret ve Vergi Davalarında Ticari Defterlerin Delil Niteliği, 2. Bası (Ankara: Adalet Yayınevi, 1996), s. 188. VUK m. 227 ile ilgili örnek bir Danıştay kararı özetle şöyledir: "Komisyon karşılığı fatura düzenlediği yolundaki vergi inceleme raporuyla belirlenen matrah farkı üzerinden davacı adına yapılan cezalı tarhiyatı kaldıran vergi mahkemesi kararı temyiz edilmiştir. / 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 227. maddesinin 1. fıkrasında; Kanunda aksine hüküm olmadıkça bu Kanuna göre tutulan ve üçüncü şahıslarla olan münasebet ve muamelelere ait olan kayıtların tevsikinin mecburi olduğu, 229. maddede ise faturanın; satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari belge olduğu kurala bağlanmıştır. ... / 1998 yılı gelir vergisi beyannamesini vermeyen davacının ihbar üzerine ilgili yıl işlemleri incelemeye alınarak mal alışlarıyla ilgili karşıt inceleme yapılmıştır. Mahkemenin ara kararı ile getirttiği belgelerden ...'ın deposu ve işçisi bulunmadığı, mal alışlarının sahte olduğu, ...'in 1998 yılı gelir vergisi beyannamesini vermediği, alış faturalarını düzenleyenlerin mükellefiyet kayıtları bulunmadığı, ...'in tüm alışlarının sahte olduğu, ...'in mükellefiyet kaydının bulunmadığı anlaşılmış olup

İkinci olarak, doktrinde Poroy, Yasaman ve Ülgen'in işaret ettikleri üzere, ticari defterlerdeki kayıtların delil teşkil etmesi için her seferinde senet niteliğinde dayanak belgeler aranmış olması kabul edilemez; çünkü böyle olsa idi, ticari defterlerin ispat aracı olarak bir değeri kalmazdı.¹²

Nihayet Yargıtay içtihatları da, isabetli olarak, ticari defterlerin dayanağı belgelerin gösterilmesini sadece taraflardan birinin kendi defterine dayanması halinde gerekli görmekte;¹³ karşı tarafın ticari defterine dayanılması¹⁴ veya her iki tarafın ticari defterlerinin birbirini doğrulaması halinde böyle bir gereklilikten bahsetmemektedir. Dayanak belgenin ise, mutlaka senet mahiyetinde bir belge olması gerekmeyip, itiraz edilmemiş faturalar da geçerli dayanak belge olarak kabul edilmektedir.¹⁵

sahte olduğu vergi mahkemesince de kabul edilen bu faturalar dışında mal alış bulumayan davacı, tüm alış ve satışlarının gerçek olduğu iddiasını kanıtlayacak somut bir bilgi ve belge sunmamıştır. Alışlarının gerçek olmadığı sabit bulunan davacının satışlarının gerçek olduğu iddiasını ispatlayamamış olması bu faturaların komisyon karşılığı düzenlendiğinin kabulünü gerektirmekte olup ispat külfetini idareye yükleyerek tarhiyatı kaldıran vergi mahkemesi kararında yasaya uygunluk görülmemiştir.” Danıştay 3. D., 14.5.2003, 2000-4292 /2003-3080, www.kazanci.com.tr.

- 12 Reha Poroy / Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004), s. 208. Ülgen, age., s. 102.
- 13 Örneğin: “Davacı şirketin, davaya konu alacağın ilişkin bulunduğu 1997 yılı Yevmiye ve Envanter Defterlerinin kapanış tasdiklerinin bulunmadığı, uzman bilirkişilerce düzenlenen 23.9.1999 havale tarihli bilirkişi raporuyla saptanmış, davacı vekili de, bu rapora bir itirazı bulunmadığını 26.10.1999 tarihli duruşmada imzasıyla beyan etmiştir. Davacı vekilinin temyiz dilekçesi ekinde sunduğu 17.11.1999 tarihli noter belgesi de, ticari defterlerin tasdikini düzenleyen TTK. nun 69. maddesinde öngörülen usule uygun bir tasdiki ifade etmemektedir. Kaldı ki, defterlerinin davacı yararına delil olarak kabul edilebilmesi için, usulüne uygun tasdikin mevcut olması dahi tek başına yeterli değildir; defterlerdeki kayıtların dayanağını oluşturan belgelerin de mevcut olması ve yine TTK. nun ilgili diğer hükümlerinde aranan öteki koşulların da gerçekleşmiş bulunması şarttır. O halde, somut olayda anılan defterlerin TTK. nun 82. ve sonraki maddeleri anlamında davacı yararına delil oluşturmasına hukuken olanak yoktur.” HGK 2.10.2002, 19-753/661, www.kazanci.com.tr.
- 14 Örneğin bkz. 19 HD 13.3.1998, 914/1852, Gönen Eriş, Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, Cilt 1 (3. Bası (Ankara: Seçkin, 2004), s. 1217-1218.
- 15 Hayri Domaniç, Ticaret Hukukunun Esasları, 4. Bası (İstanbul: Temel- Yayın Dağıtım, 1988), s. 296. Bu konudaki örnek bir Yargıtay kararı şöyledir: “... davacının, davalıdan alacaklı olduğunu ve alacak miktarını ispat etmesi gerekir. Davalının ticari defter-

Sonuç olarak, ticari defterlerin delil teşkil etmesi için mutlaka senet şeklinde bir dayanağı bulunması gerektiği; bu nedenle de, ticari defterlerle ispat usulünün kaldırılması halinde ispat rejiminde önemli değişiklik olmayacağı yönündeki görüşler, kanaatimce, isabetli değildir.

IV. Ticari Defterlerle İspatta Tamamlayıcı Yemin

Ticari defterlerle ispat usulünün muhafaza edilmesi lüzumlu olmakla birlikte, Ticaret Kanunu'nun 83. maddesinde öngörülen yemin usulünün mecburi olmaktan çıkarılarak hakimın takdirine bırakılabileceği kanaatindeyim.

Çünkü, 83. maddeye göre eda edilen yeminin şirketi temsile yetkili kişilerce yerine getirilmesi gerekmektedir.¹⁶ Oysa, özellikle profesyonel iş yöneticilerinin ve özel muhasebe dairelerinin bulunduğu şirketlerde, şirketi temsil yetkisine sahip yönetim kurulu üyelerinin yeminine başvurmak, bu kişiler günlük ticari işler hakkında doğrudan bilgiye sahip olmadıkları için uygun bulunmamaktadır.¹⁷

V. Sonuç

Şahitle ispat yasağının uygulandığı Türk hukukunda ticari defterlerle ispata ilişkin kurallar senetle ispat mecburiyetinin katılığını yumuşatmakta

lerinde bir kayıt mevcut olmadığından davacı tarafın hesap kartı ve faturaların, tek başına delil kabulü mümkün değildir. Ancak davalının kabulünü, imzasını taşıyan belgeler ile davalıya tebliğ edilen ve itiraza uğramayan faturalar nazara alınabilir. Mahkemece davacıdan bu kabil delil ve belgeleri incelenmek bu nitelikte delilleri yok ise yemin teklifi hakkı hatırlatılarak sonucuna göre bir karar verilmek gerekirken eksik incelemeyle karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” 11. HD 21.6.1990,1989-4504/1990-4967; www.kazanci.com.tr.

16 Örneğin: “Tüzel kişilerin taraf olduğu davalarda, tüzel kişiye teklif edilen yeminin tüzel kişinin organı (kanuni temsilcisi, MK m. 48) tarafından eda edilmesi gerekirken, bu niteliği bulunmadığı anlaşılan muhasebe sorumlusuna ettirilen yeminle yetinilmesi de doğru olmamış ve kararın açıklanan nedenlerle bozulması gerekmiştir ”11. HD 19.4.1999, 1008/3014, www.kazanci.gov.tr.

17 “Defter yemini” hakkında ayrıntılı bilgi ve yemin delilinin kaldırılması veya takdiri delil haline getirilmesi hakkındaki genel eleştiriler için bkz. Ejder Yılmaz, Medeni Yargılama Hukukunda Yemin (Ankara: Yetkin, 1989), s. 191-200, 213-214.

ve geniş uygulama alanı bulmaktadır. Şahitle ispat yasağına ilişkin HUMK hükümleri değiştirilmeden ticari defterlerle ispata ilişkin hükümlerin kaldırılması önemli bir boşluğa yol açacaktır.

Bu nedenle, HUMK’nda yapılacak köklü değişikliklere kadar, yerleşmiş ve yaygın uygulaması olan ticari defterlerle ispat hükümleri, yeni kanunun bünyesine uydurularak, muhafaza edilmelidir.

TTK’daki ticari defterlerle ispata ilişkin mevcut hükümler dil ve sistematik bakımdan zor anlaşılan bir şekilde düzenlenmiştir. Bu nedenle, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na aşağıdaki hükümlerin eklenmesini öneriyorum. Burada Tasarıya ilave edilmesini önerilen 83-A ila 83-D hükümleri (nihai metinde madde numaraları teselsül ettirilmelidir), ilk olarak, ilmi ve kazai içtihatlarda yapılan tasnifi dikkate alarak bu sistematigi, kullanılan ifadeyi iyileştirmektedir.

İkinci olarak, taslağın “ticari defter” kavramını değiştiren m. 64 vd. hükümleri dikkate alınarak “tasdike tabi olmayan defterler” kavramı metinden çıkarılmış ve “işletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan defterler” kavramı metne dahil edilmiştir.

Nihayet, uygulamada zorluklara yol açan tamamlayıcı yemine başvurmak da hakimın takdirine bırakılmıştır.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın ticari defterlerin ibrazına ilişkin 83. maddesinde yapılması gereken bir düzeltme ve eklenmesini önerdiğim maddeler aşağıdaki gibidir:

II - Ticari defterlerle ispat

1. Hukuki uyuşmazlıklarda ibraz

MADDE 83. - (1) Ticarî uyuşmazlıklarda mahkeme, tarafların ticarî defterlerinin ibrazına, re’sen veya taraflardan birinin talebi üzerine, karar verir.

(2) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun, muhasebeye muhtaç davalarda ihzarî işlemlere ait hükümleriyle senetlerin ibrazı mecburiyetine dair olan hükümleri ticarî işlerde de uygulanır.

2. Ticari defterlerin delil olması

MADDE 83-A - (1) Ticari işlerden dolayı tacirler arasında görülen davalarda, işletmenin muhasebesi için tutulan ve usulüne göre onaylanan ticari defterler aşağıdaki maddelerde gösterilen şartlar dairesinde delil olarak kabul olunur.

(2) İşletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan defterler ancak işletmenin muhasebesi için tutulan defterlerle birlikte delil olarak kabul olunur.

(3) Bir tacirin tuttuğu bütün defterlerin birbirini teyit etmesi şarttır; aksi takdirde defterler delil olmaktan çıkar.

(4) Kanuna uygun olan defterlerde sahibi lehine olan kayıtlar dahi aleyhindeki kayıtlar gibi geçerli olup bunlar birbirlerinden ayrılamaz.

(5) Kanuna uygun olmayarak tutulmuş olan ticari defterlerin münderecatı sahibinin sadece aleyhinde delil sayılır.

3. Tacirin kendi ticari defterlerini delil olarak göstermesi

MADDE 83-B - (1) Kanuna uygun bir surette tutulan ve birbirini teyit eden ticari defterlerin münderecatı sahibi lehine kesin delil ittihaz olunur; şu kadar ki hasım tarafın keza kanuna uygun surette tutulmuş olan ve birbirlerini teyit eden defterleri buna aykırı olur veya bu hususta hiçbir kayıt içermezse yahut iddianın dayandığı kaydın aksi, senet veya diğer senet yada diğer kesin delillerle ispat edilirse sözü geçen kaydın ispat kuvveti kalmaz.

(2) Taraflardan birinin defterleri kanuna uygun olup da diğerinki olmaz veya hiç defteri bulunmaz yahut ibraz etmek istemezse; defterleri muntazam olan tacirin birbirini teyit eden defterlerindeki kayıtlar, diğeri aleyhinde delil olur. Hasım taraf, aleyhinde delil ittihaz olunan kaydın aksini senet yada diğer kesin delillerle ispat edebilir.

(3) Mahkeme, yukarıdaki fıkralar gereğince defter münderecatını sahibi lehine hükme medar görmüş, ancak kanaatini kesinleştirmek için tamamlayıcı yemine gerek görmüş ise, o kaydın doğru olduğuna ve dâvacının halen dâvalıda yerine getirilmesi gereken hakkı bulunduğu dair defter sahibine yemin de verdirebilir.

4. Delillerin hasmın ticari defterlerine hasredilmesi

MADDE 83-D- (1) Taraflardan biri, mahkemeye yaptığı beyan veya sunduğu dilekçeyle, bir olgunun ispatı için göstereceği delilleri hasmın ticari defterlerine hasreder ve hasmı ticari defterlerini ibrazdan kaçınırsa, defterlerin ibrazını istemiş olan taraf iddiasını ispat etmiş olur. Ancak mahkeme gerekli görürse defterlerin ibrazını istemiş olan tarafa iddiasının geçerliliği hakkında yemin verdirebilir.



ÜÇÜNCÜ OTURUM İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISININ SERMAYE PİYASASINI ETKİLEYEN YÖNLERİ

Dr. Çağlar MANAVGAT

SPK Hukuk İşleri Daire Başkanı

I. Genel Değerlendirme

Türkiye’de yaklaşık elli yıldır uygulanmakta olan Türk Ticaret Kanununda (TTK) değişiklik yapmak üzere, Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulan bir çalışma grubunca hazırlanan tasarı TTK’unda köklü değişiklikler öngörmektedir. TTK, yasalaştığı dönemin koşulları çerçevesinde çağdaş nitelik taşıyan, gününün temel sorunlarını çözmeye, geleceğe yönelik kurumların önünü açmaya yönelik hükümler içeren bir kanundu. Ancak aradan geçen yaklaşık elli yıllık dönem, çok büyük teknolojik gelişmelere tanık oldu. Ticaret yaşamının koşulları değişti, İnternet yaşamın ayrılmaz bir parçası oldu, elektronik imza yaygın biçimde kullanılmaya başladı. Bu teknolojik gelişmeler, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu gibi temel kanunların çağdaş standartlarda yeniden düzenlenmesini gerekli kıldı. Türk Ticaret Kanunu’nda değişiklik yapılması genel kabul gören bir ihtiyaçtı. Sadece tartışmalar yöntem üzerinde yoğunlaşmış, TTK’nu oluşturan kitapların ayrı bölümler halinde mi, yoksa yine aynı kanuni çatı altında mı değişime tabi tutulup kanunlaştırılması gerektiği tartışılmıştır. TTK Tasarısında, ayrı kanunlar çıkarma yöntemi yerine, yine tek kanun yönteminin uygulanması benimsenmiş köklü değişim ifade eden hükümler getirilmiştir.

Konuya sermaye piyasası açısından bakıldığında, 1981 yılında çıkarılan ve yaklaşık 25 yıllık bir uygulama dönemi geçiren Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki (SPKn) halka açık anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerin varlığı ve gösterdiği gelişim, TTK Tasarısının hazırlanmasında rol oynayan etkenlerden birisi olarak ortaya çıkmıştır. Tasarının Genel Gereğesinin, "Türk Ticaret Kanununun Çıkarılmasına Etkili Olan Sebepler" başlığını taşıyan (B) bölümünün V. No.lu alt bölümünde Tasarıyı etkileyen birçok kanunun varlığından söz edilmiştir. (II) başlıklı AET/AT Hukuku başlığı altında sermaye piyasası hukukuna değinildikten sonra, Tasarıyla getirilen yeniliklerin özetlendiği (H) bölümünde II.3 alt bölümü altında, Tasarının anonim ortaklıklar hukuku bakımından reform niteliği taşıyan hükümlerinin temelinde "...özellikle pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerin kendi dinamiklerinin etkisi..." nin altı çizilmiştir.

Tasarının gereğesi ve anonim ortaklıklara ilişkin hükümleri incelendiğinde sermaye piyasası hukukunun etkileri açık biçimde görülmektedir. O halde Tasarının sermaye piyasasına etkilerini değerlendirirken, TTK'nun ve sermaye piyasası hukukunun karşılıklı etkileşimini dikkate almak ve bu karşılıklı ilişki bağlamında konuyu değerlendirmek gerekir.

Gerçekten Tasarı hükümleri incelendiğinde, sermaye piyasası mevzuatında düzenlenmiş ve uygulama alanı bulmuş birçok kurumun, Tasarıya alındığı ve genel bir uygulama alanı kazandırılmak istendiği görülmektedir. Bu bağlamda, kayıtlı sermaye sistemi, halka açık olmayan anonim ortaklıkların da uygulayabileceği bir sistem olarak karşımıza çıkmaktadır. Birikimli oy kullanma yöntemi, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından düzenlendikten sonra, tüm anonim ortaklıkların uygulayabileceği bir oy kullanma yöntemi olacaktır. Sermaye Piyasası Kurulu (SPKr) tarafından yapılan birikimli oy kullanmaya ilişkin düzenlemede, yönetim kurulunun en fazla 2/3'ünün, aday gösterme hakkına sahip grupların gösterebileceği kuralı Tasarıda, yönetim kurullarının oluşturulmasında genel bir kural haline getirilmektedir. Anonim ortaklıklar, halka açık olmasalar dahi, SPKr'nun belirleyeceği kurumsal yönetim ilkelerine tabi olacaktır. Anonim ortaklıkların denetimi bağımsız denetim kuruluşlarınca yapılacaktır. Muhasebe ve raporlama standartları bakımından, uluslararası muhasebe standartları kurulunun belirleyeceği standartlara, Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunun yapacağı düzenleme kanalıyla genellik niteliği kazandırılmıştır. Söz konusu standartlar, halen halka açık anonim ortaklıklara SPKr'nun düzenlemeleri

nedeniyle uygulanmaktadır. Yine borsada işlem gören paylardan doğan hakların doğması bakımından bildirim yapmasına Tasarıda hüküm ve sonuç bağlanan Merkezi Kayıt Kuruluşu, SPKn ile düzenlenmiştir ve kaydi sistemi yürütmekle görevlidir. Nihayet, ortak sayısının genişliğine bağlı olarak azınlık haklarının kullanılması için gerekli olan pay sahipliğinin ve genel kurul toplantı yetersayılarının halka açık anonim ortaklıklarda daha düşük oranlara bağlanması, SPKn'da 4487 sayılı kanunla 1999 yılında yapılan değişiklikle gerçekleştirilmiş olup, Tasarıda da aynı esaslar genel bir uygulama haline getirilmektedir.

Sermaye piyasası hukukunun TTK Tasarısı üzerinde böylesine etkili rol oynaması, SPKn'nun yasalaştığı 1981 yılından itibaren ortaya çıkan bir tartışmaya da ışık tutmaktadır. SPKn ve Kanunun verdiği yetkiye dayalı olarak SPKr'nun yaptığı düzenlemeler, Türkiye'de sermaye piyasası hukukunun hızlı biçimde gelişmesini sağlamıştır. Doktrinde bu hızlı gelişim sonucunda bir halka açık anonim ortaklıklar hukuku oluşması, hukuk metodolojisine aykırı ve hukuk güvenliği açısından da çok sakıncalı olarak değerlendirilmiştir¹⁸. Tasarının bu konuya karşı tavrı tartışmaya açık olmakla birlikte, madde gerekçelerinde, benzer kaygıların taşındığı anlaşılmaktadır. Örneğin 340'ncı maddenin gerekçesinde, "Böylece, Türk Ticaret Kanunu dışındaki kanunların.....bu kanunun herhangi bir hükmünü.....değiştirmesinin....yolu kapatılmış olmaktadır." ifadesi yer almaktadır. Oysa sermaye piyasası hukukunun geçirdiği evrim, Kanun ve SPKr düzenlemeleri ile oluşturulan hukuki çerçeve içinde sermaye piyasasının sağlıklı bir gelişim göstermesi, sermaye piyasası hukukunun uygulama döneminin ortaya çıkardığı çağdaş kurumlar, TTK'nun değişim çalışmalarında da kaynaklık etmiştir. O halde, TTK'nun çizdiği genel çerçeve içinde, sermaye piyasası hukuku içinde de bir halka açık anonim ortaklıklar hukukunun varlığını korumak, hukuk güvenliğini tehlikeye atmak bir yana TTK'nun çağdaş çizgilere getirilmesinde başlıca kaynaklardan birisini oluşturmaktadır.

Ulaşılan bu sonuç, TTK dışında bir halka açık anonim ortaklıklar hukukunun gelişimine yöneltilen eleştirilerin haksızlığını ortaya koyduğu gibi, Tasarıda SPKn'daki özel hükümlere bakış açısının nasıl olması gerektiği sorusuna da ışık tutmaktadır. Tasarıda sermaye piyasası hukukunun

18 MOROĞLU, Erdoğan, Sermaye Piyasası Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu, 15.Yıl Sempozyumu, Mayıs 1998, s.17 ve s.26.

etkisiyle getirilen hükümlerin çokluğu, halka açık anonim ortaklıklarla diğer anonim ortaklıklar arasında tabii oldukları yasal çerçeve bakımından mevcut derin farklılığın azaltılmasına ve her iki anonim ortaklık yapısının ortak paydalara oturtulmasına olanak vermektedir. Bu tercih, geçmiş dönemde ortaya çıkan TTK-sermaye piyasası hukuku çerçevesinde halka açık anonim ortaklıklar hukuku tartışmalarına da sadece tarihi bir anlam yükletileceğinin işaretidir. Ancak Tasarının, ileriye dönük olarak özel hükümlere yaklaşımı konusunda, aşağıda ayrıntılarıyla değinilecek tereddüt-lü hükümlere açıklık kazandırılarak, bu konuda tartışmaya yer bırakılması gereklidir.

Nihayet Tasarıyı sermaye piyasası bakış açısından değerlendirirken, zamanlama ve Tasarıda olmayan hükümler açısından da konuya yaklaşmak yerinde olacaktır. Gerçekten AB kapsamında, anonim ortaklıklar hukukunun modernizasyonu ve kurumsal yönetim ilkelerinin oluşturulması açısından hızlı bir değişim süreci yaşanmaktadır. Bu süreç içinde, adeta tabu niteliği taşıyan anlayışlar değişmekte, anonim ortaklıklar hukukunun temelleri, çağdaş gereksinimler doğrultusunda yeniden oluşturulmaktadır. Bu süreç yaşanırken yasalaşacak Tasarının, AB hukukundaki yenilikleri bütünüyle yansıtması olanaksızdır. Bu yüzden, Tasarı öngörülen takvim içinde yasalassa bile, yakın gelecekte, köklü bir değişiklik gereksinimi doğacağına kuşku yoktur. AB hukukundaki değişim, büyük ölçüde sermaye piyasası kurumlarıyla ilgili olduğu için, Tasarıda yer verilemeyen ve gelecekteki değişim gereksinimleriyle ortaya çıkacak konular da sermaye piyasası bakımından önem taşımaktadır.

II. Konular İtibariyle Değerlendirme

Tasarının maddeler itibariyle sermaye piyasasına etkileri bakımından değerlendirilmesi çok geniş bir çalışmanın konusu olabilir. Burada Tasarı ana başlıklar ve temel ilkeler itibariyle sermaye piyasası bakımından değerlendirilecektir.

A. Sermaye Piyasası Kanunundaki Özel Hükümlerin Tasarı Karşısındaki Durumu

Tasarının, sermaye piyasası hukukunu ilgilendiren temel noktası, özel kanunlardaki hükümlerin TTK hükümleri karşısındaki uygulama alanıdır.

Yukarıda da değinildiği gibi, SPKn'nun yürürlüğe girmesinden sonra TTK-SPKn ilişkileri bakımından başlayan tartışma, bu soruya verilecek cevabın önemini arttırmaktadır.

Tasarının “Özel kanunlara tabi anonim şirketler” başlıklı 330 uncu maddesi, “Özel kanunlara tabi anonim şirketlere, kanunlarındaki hükümler dışında, bu kısım hükümleri uygulanır” hükmünü öngörmektedir. Maddenin gerekçesi incelendiğinde, özel kanunla kurulanlardan çok, özel kanunlara ve hükümlere tabi ortaklıklar bulunduğu için TTK md.270 hükmünün ifadesinde değişiklik yapıldığı belirtilmektedir.

Tasarının 330 uncu maddesi, TTK'nın 270 inci maddesinde “ifade değişikliği”nin çok ötesinde bir ilke belirlemektedir. Gerçekten TTK'nun 270 inci maddesinde, özel kanunlarla kurulmuş anonim ortaklıkların da TTK hükümlerine tabi olduğu hükme bağlanarak, bu ortaklıklar bakımından bir düzenleme boşluğu doğması önlenmiştir. Oysa Tasarının 330 uncu maddesinde, hem maddenin düzenleme alanı değiştirilmiş hem de bunların tabi olacakları hükümlerin öncelik kuralları belirlenmiştir. Hükmün düzenleme alanı, özel kanunla kurulan anonim ortaklıklar yerine, özel kanunlara tabi anonim ortaklıklar olarak değiştirilmiştir. Maddenin gerekçesinde de, bu değişiklik haklı olarak, özel kanunlara tabi çok sayıda anonim ortaklığın bulunması olarak açıklanmıştır. Bunların başında da, anonim ortaklıklar hukukuna ilişkin hükümlerin yer aldığı SPKn'a tabi anonim ortaklıklar gelmektedir. Ayrıca bankalar, finansal kiralama kuruluşları, emeklilik şirketleri, sigorta şirketleri, enerji şirketleri gibi çok sayıda özel statülü şirketin tabi oldukları özel kanunları vardır.

Tasarı, anılan özel kanunlara tabi ortaklıklara, öncelikle özel kanunlarındaki hükümlerin uygulanmasını öngörmektedir. Özel kanunda hüküm bulunmayan hallerde TTK hükümleri uygulanacaktır. Tasarıda benimsenen tercih yerindedir. Zira kanun koyucunun özel amaçlarla çıkardığı ve sorunlara özgün çözüm yolları benimsediği kanunun uygulamada öncelik taşıması, kanun koyucunun iradesine uygun olduğu gibi; bir yorum kuralı olarak özel kanun-genel kanun ilişkisinde, özel kanunun öncelikli uygulama alanı bulması kuralıyla da uyumludur. Ayrıca konuya SPKn açısından bakıldığında, sermaye piyasası hukukunun gelişmesine olanak vermek, TTK'nun çağdaş çizgisini koruması bakımından da büyük önem taşımakta; TTK'nun gelişmesinde en önemli kaynağı oluşturmaktadır.

SPKn hükümlerinin, kapsamdaki ortaklıklara TTK hükümlerinden öncelik ile uygulanması, TTK hükümlerinden tamamen kopuk, farklı bir halka açık anonim ortaklıklar hukukunun oluşumuna olanak tanımak anlamına gelmez. Nitekim Tasarı, halka açık anonim ortaklıklar hukukunda ortaya çıkan birçok çağdaş kurumu tüm anonim ortaklıklara yaygınlaştırarak, halka açık anonim ortaklıklarla, diğer anonim ortaklıkları ortak düzenleme ilkele-ri eksenine oturtmuştur. Asli öneme sahip bazı konularda da, halka açık anonim ortaklıklara uygulanacak hükümler Tasarıda belirlenerek, uygulama bütünlüğü sağlanmıştır. Genel kurul toplantılarında uygulanacak toplantı yetersayıları bunun tipik bir örneğidir.

Bu noktada Tasarının 340 ıncı maddesinin de ele alınması gerekmektedir. Tasarının B) Kuruluş, IV-Esas Sözleşme başlıkları altındaki “Emredici hükümler” başlıklı 340 ıncı maddesi, “Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar. Bunlar dışında, bu kanun ile diğer bir kanundaki düzenleme çelişirse bu kanun hükümleri üstün tutulur” hükmünü öngörmektedir. Maddenin son cümlesi, Tasarının 330 uncu maddesi hükmüyle lafzen çelişir görünmektedir. Zira 330 uncu maddede, özel kanunlara tabi ortaklıklara, kanunlarında hüküm bulunmadığı hallerde TTK’nun uygulanacağı hükme bağlandığı halde, 340 ıncı maddede, TTK ile diğer bir kanundaki düzenleme çelişirse TTK hükümlerinin üstün tutulacağı öngörülmüştür. Maddenin gerekçesinde de, 340 ıncı maddenin ikinci cümlesinin, özel kanunlara sadece kendi konuları çerçevesinde serbesti tanımak amacı taşıdığı; üçüncü cümlelerin ise özel kanunun kendi konusu dışında da etkileri olursa, TTK’nun uygulanamaz duruma düşürülmesinin yolunun kapatıldığı belirtilmektedir.

340 ıncı maddeye, Tasarının sistematığının haklı göstermediği, ancak gerekçede değinildiği gibi genel bir anlam atfedilirse, gerçekten ortaya bir çelişki çıkmaktadır: 330 uncu maddeye göre, özel kanunda bir düzenleme varsa TTK hükmü değil, özel kanun hükmü uygulanacağı halde, 340 ıncı maddeye göre, TTK hükmü üstün tutulacaktır. Oysa Tasarının sistematığı dikkate alındığında, iki hüküm arasında bir çelişki bulunmadığı sonucuna varılabilir. Şöyle ki, 330 uncu madde A) Genel Hükümler başlığı altında yer almakta ve TTK-Özel Kanun hükümlerinin uygulama esaslarının genel ilkesini belirlemektedir. 340 ıncı madde ise B) Kuruluş, IV- Esas Sözleşme başlığı altındadır ve ana sözleşmeye ilişkin ilkeleri koymaktadır. Dolayısıyla-

la 340 ıncı madde ana sözleşme hükümlerini düzenlemektedir.

Gerçekten Tasarı normatif sistemi benimsemiştir. Bu tercihin uzantısı olarak, ana sözleşmede ortakların tercihlerine önemli ölçüde sınırlama getirilmiştir. Nitekim maddenin gerekçesi de bu konudaki bilinçli tercihi ortaya koymaktadır. O halde Tasarının 340 ıncı maddesine göre, özel kanuna tabi anonim ortaklıkların ana sözleşmeleri, TTK'nun emredici hükümlerine aykırı hükümler içermeyecektir. Ancak örneğin bir bankanın ana sözleşmesinde Bankalar Kanununun emrettiği hükümler yer alabilecek, bu ana sözleşme maddeleri Bankalar Kanununun uygulanmasıyla sınırlı hüküm doğuracaktır. Anılan hükmün ana sözleşmeye konulması, özel kanunun gereği olduğunda, ana sözleşme maddesinin öngörülüş amacına özgü sonuç doğurması yönündeki tercih ilk bakışta yerinde görülmektedir. Oysa bir ana sözleşme hükmünün sadece bir kanuna özgü biçimde doğuracağı hukuki sonuçların kesin sınırının çizilmesi her zaman için mümkün görülmemektedir. Örneğin SPKn, ortağın temettü hakkı konusunda ya da avans kar dağıtılması konusunda özel hükümler içermektedir. Bu konuda ana sözleşmeye hüküm konulması da SPKn md.15 hükmünün gereğidir. Halka açık anonim ortaklığın ana sözleşmesindeki avans kar dağıtımına ilişkin hükmün, TTK'nın, karın yıllık bilançoya göre dağıtılacağı hükmünden ayrık olduğunda kuşku yoktur. Böyle bir hükmün salt SPKn'na özgülenmiş olarak sonuç doğurması mümkün değildir. Zira avans kar dağıtımı, yedek akçe ayrılmasını, yıl sonunda oluşan nihai kardan mahsup yapılmasını da etkilemekte, dolayısıyla TTK hükümlerinden tümüyle ayrık bir uygulama alanı oluşturulmasına olanak vermemektedir. Aynı şekilde, halka açık anonim ortaklıkların çıkaracağı sermaye piyasası araçları 2005 yılının ikinci yarısından itibaren, SPKn md.10/A hükmü çerçevesinde Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde kaydi olarak izlenecek ve ihraçta senet basılmayacaktır. İhraç edilecek hakların senede bağlanmayacağı ortaklık ana sözleşmesinde öngörülebilir. Oysa Tasarının 486 ıncı maddesi, bedeli tamamen ödenmiş hamiline payların üç ay içinde senede bağlanmasını öngörmektedir. Söz konusu hükümlerin Tasarının 340 ıncı maddesinin son cümlesi çerçevesinde halka açık anonim ortaklıklara uygulanamayacağını iddia etmek, genel hüküm niteliğindeki 330 uncu maddenin göz ardı edilmesi anlamına gelir. Kaldı ki, SPKn'da düzenlenen bir çok konu, Tasarıda da, uygulama alanı halka açık olmayan anonim ortaklıklarla sınırlı olarak düzenlenmiştir. Örneğin "Senetlerin şekli" başlıklı 487 nci maddede, pay senetlerinin taşınması gereken şekil şartları belirlen-

miş, SPKn hükümleri açık biçimde saklı tutulmamıştır. Maddenin gerekçesinde ise, halka açık anonim ortaklıkların çıkaracağı pay senetlerine SPKn tebliğlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme tarzı, Tasarının 330 uncu maddesiyle uyum içindedir. Zira halka açık anonim ortaklıklara öncelikle SPKn hükümleri uygulanacağı ve hüküm bulunmayan hallerde TTK hükümleri uygulama alanı bulacağı için, 487 inci maddede, ayrıca SPKn hükümleri saklı tutulmaksızın, halka açık olmayan anonim ortaklıklar için hüküm getirilmesi yerindedir.

Buna karşılık Tasarının birçok maddesinde, SPKn hükümleri ayrıca saklı tutulmuştur. Örneğin 506 ncı maddede, anonim ortaklıkların çıkaracağı borçlanma senetlerinin sınırı konusunda SPKn hükümleri saklı tutulmuş, ihraca yetkili organın genel kurul olarak belirlendiği 504 üncü maddede böyle bir hükme yer verilmemiştir. Oysa SPKn md.13 hükmünün son fıkrası, borçlanma senedi ihraç yetkisinin ana sözleşme ile yönetim kuruluna devredilebileceğini öngörmektedir. Tasarının 332 nci maddesinde asgari sermaye tutarının belirlenmesi, 344 üncü maddede pay bedellerinin ödemesi, 387 nci maddede, anonim ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesi, 414 üncü maddede, nama yazılı pay sahiplerine taahhütlü mektupla bildirim istisnası, 460 ncı maddede, kayıtlı sermaye sistemi konularında SPKn hükümlerinin saklı tutulması da, bu yöntemin örnekleri arasında sayılabilir. Nihayet 528 inci maddede “Özel hükümler” başlığıyla bir hükme yer verilerek, tüm özel kanunlara tabi anonim ortaklıkların finansal tablolara ilişkin özel kanun hükümleri tekrar saklı tutulmuştur.

Anılan düzenleme tarzı kendi içinde bir çelişki yaratmaktadır. Anonim ortaklıkların özel kanunlar karşısındaki durumunu tek maddede genel bir düzenleme ile çözmek ve daha sonra ayrıca çeşitli özel hükümlerin saklı tutulması yoluna gitmemek gerekir. Bu bağlamda kanımca Tasarı, anonim ortaklıkların özel kanunlar karşısındaki durumunu 330 uncu maddede belirlemiştir. 340 ıncı madde, sadece ana sözleşme hükümleriyle sınırlıdır, genel bir hüküm niteliği taşımamaktadır. Ancak 340 ıncı maddenin ikinci ve üçüncü cümlesi, TTK bakımından da sonuç doğurması kaçınılmaz olan hükümlere ana sözleşmede yer verilmesi gerektiğinde sorun yaratmaktadır. Böyle bir durumda TTK hükümlerinin üstün tutulacağına ilişkin hüküm, aynı konuda düzenleme içeren iki kanun hükmünün yorumlanmasında kullanılan yorum yöntemlerine uymadığı gibi, 330 uncu maddede getirilen genel ilkeye de ters düşmektedir. Sorun 340 ıncı maddede, “özel kanunların” öngör-

düğü hükümlere de ana sözleşmede yer verilebileceğinin hükme bağlanması suretiyle, 330 uncu maddenin getirdiği sisteme uygun biçimde çözülebilir. Böyle bir çözümün, halka açık anonim ortaklıklarla ilgili SPKn düzenlemeleriyle TTK sisteminin tamamen bozulabileceğine yol açmasından endişe edilmesi yersizdir. Zira Tasarı halka açık anonim ortaklıklar hukukuna ilişkin birçok kurumu içermektedir. Halka açık anonim ortaklıklara da uygulanması öngörülen ve SPKn'a bırakılması uygun görülmeyen hükümlere, bu açıklık kazandırılarak Tasarıda yer verilmiştir. Bu durumda halka açık anonim ortaklıklar ile diğer anonim ortaklıklar arasında bu niteliklerinden kaynaklanan farklılıklar dışında, düzenleme ayrılığı kalmamıştır. Halka açık anonim ortaklıklar hukukunun da, bu özelliğinin gerektirdiği çözümleri üretmek, gelişimi göstererek bağımsız biçimde gelişmesi, Tasarının hazırlanmasında olduğu gibi ileride de TTK'ya kaynaklık edecektir. O halde, özel kanunlara tabi anonim ortaklıkların Tasarıya tabiyetlerini, 330 uncu madde çerçevesinde kabul etmek ve 340 ıncı maddede farklı yorumlara yol açabilecek ikinci ve üçüncü cümle yerine, 330 uncu maddeye paralel bir hükme yer vermek, Tasarının çeşitli maddelerinde özel kanunların ayrıca saklı tutulmasından vaz geçilmesi doğru olacaktır.

B. Sermaye Piyasası Kurulunun Düzenleme ve Gözetimini etkileyen Hükümler

Bu başlık altında özellikle değinilmesi gereken iki hüküm, “Sanayi ve Ticaret Bakanlığının düzenleme ve denetim yetkisi” başlıklı 210 uncu, “İnceleme” başlıklı 333 üncü maddelerdir. Tasarının 210 uncu maddesi, esas itibarıyla TTK'nun 274 üncü maddesine paralel hükümler içermektedir. Bu bağlamda, anonim ortaklıkları ilgilendiren konularda diğer bakanlık ve kuruluşlarca düzenleme yapılması halinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın uygun görüşünün alınmasına ilişkin hükmün, sermaye şirketlerine ilişkin yapılacak düzenlemeleri kapsayacak şekilde kapsamı genişletilmiştir. Ancak Tasarının 210 uncu maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesi, diğer kurum ve kuruluşların yapabileceği idari düzenlemelerin sınırını belirlemektedir ki, idari düzenlemelerin sınırı ancak kanun ile çizildiğine ve düzenleme yetkisi tanıyan özel kanunlarda bu sınır belirlendiğine göre ayrıca Tasarıda bir sınır belirlemesi yapılamayacaktır. Zira Tasarı kanunlaştığı takdirde, kurallar hiyerarşisi bakımından aynı seviyede bulunduğu bir başka kanunun uygula-

ma alanını sınırlaması mümkün olmayacaktır.

Tasarının 333 üncü maddesinde, anonim ortaklıkların ana sözleşme değişikliklerinin herhangi bir makamın iznine bağlanamayacağı hükme bağlanmıştır. Madde SPKn uygulaması açısından sorun doğurmayacaktır. Zira SPKn uygulaması bakımından da Sanayi ve Ticaret Bakanlığının izni esas olup, SPKn md.11.son hükmünde, Bakanlığa başvurmadan önce SPKr'nun uygun görüşünün alınması zorunlu kılınmıştır. Bu uygun görüş, uygulamada sermaye piyasası hukukuna aykırı hükümlerin ana sözleşmelere konulmasını başlangıçta engellediği için Bakanlığın izin incelemesinin sağlıklı yapılmasına da hizmet etmektedir. Esasen Tasarının 340 ıncı maddesinde, özel kanunların öngördüğü hükümlerin ana sözleşmelere konulmasına cevaz verdiğine göre, özel kanunlardan gelen inceleme, görüş, uygun görüş gibi mekanizmaların da kabulü, sistemin sağlıklı işlemesi bakımından gerekli görülmektedir.

Sermaye piyasası hukuku bakımından Tasarının 333 üncü maddesi engelleyici bir hüküm içermemekle birlikte, Madde hükmü, kurallar hiyerarşisinde eşit seviyede bulunduğu düzenleme hükümleri karşısında uygulama alanı bulamayacaktır.

C. Halka Açık Anonim Ortaklık-Pay Senetleri Borsada İşlem Gören Anonim Ortaklık- Pay Senetleri Borsaya Kote Edilmiş Anonim Ortaklık Terminolojisi

SPKn'da Kanuna tabi anonim ortaklık bakımından temel kavram, halka açık anonim ortaklıktır. Kanunun 3.(g) maddesinde halka açık anonim ortaklık, hisse senetleri halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklık olarak tanımlandıktan sonra, Kanunun 3.(c) hükmünde, halka arz karineleri arasında bir anonim ortaklığın hisse senetlerinin, borsalarda veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda devamlı işlem görmesi sayılmıştır. Dolayısıyla hisse senetlerinin borsada işlem görmesi, SPKn'a göre halka arz karinelerinden sadece birisidir ve Kanununa tabi anonim ortaklığın belirlenmesi bakımından çok daha geniş anlama sahip halka açık anonim ortaklık tipi esas alınmıştır.

Tasarıda, sermaye piyasasıyla ilgili konularda anonim ortaklık tipi olarak değişik maddelerde, halka açık anonim ortaklık, pay senetleri borsa-

da işlem gören anonim ortaklık ve pay senetleri borsaya kote edilmiş anonim ortaklık kavramları kullanılmıştır. Tasarının genel gerekçesinin “Anonim Şirketler” başlıklı II.3 bölümünde, bir çok yerde halka açık anonim ortaklık yerine, yeni bir terim olan pay senetleri borsada işlem gören anonim ortaklık kavramının tercih edildiği; modern eğilimin bir uzantısı olarak Avrupa’da söz konusu tercihin hakim olduğu; kurumsal yönetim, finansal tablolar, payların devri konularında pay senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıklara özgü düzenlemeler yapıldığı; salt ortak sayısı nedeniyle bir ortaklığı halka açık saymanın modern anlayışla bağdaşmadığı ifade edilmiştir.

SPKn’da temel kavram halka açık anonim ortaklıktır. Zira Kanunun temel amacı, yatırımcıları korumaktır. Bu bağlamda belli genişlikte bir yatırımcı kitlesinin varlığı ölçüt olarak esas alınmaktadır. Halka açık anonim ortaklık kapsamında, hisse senetleri borsada işlem görenler olduğu gibi, borsa ortaklığı olmamakla birlikte binlerce ortağı bulunan anonim ortaklıklar ve hisse senetlerini fiilen halka arz etmiş olmakla beraber kotasyon koşullarını taşımadıkları için borsa ortaklığı niteliğini kazanamamış ortaklıklar da vardır. Geniş bir ortak kitlesine sahip olduğu halde, hisse senetleri borsada işlem görmediği için, bu ortaklık ortaklarını SPKn’un özel hükümlerinden yararlandırmamanın haklı bir gerekçesi yoktur.

“Hisse senetleri borsada işlem gören anonim ortaklık” kavramı, sermaye piyasası mevzuatında esasen tebliğ, yönetmelik gibi alt düzenlemelerde, hak ve yükümlülüklerin kapsamını belirlemede bir ölçüt olarak kullanılmakta, bu ortaklıkların niteliğine uygun birçok hüküm öngörülmektedir. Gerçekten mevzuatta getirilen yükümlülüklerin bir bölümü, niteliği itibariyle mevcut veya potansiyel çok geniş bir yatırımcı kitlesinin menfaatlerinin söz konusu olduğu borsa ortaklıklarına özgüdür. Bu ortaklıklarda, diğer halka açık anonim ortaklıklardan farklı bir koruma gerekir. Örneğin bağımsız denetim, ara mali tablo hazırlama ve yayımlama, kurumsal yönetim değerlemesi yaptırma, özel hallerin kamuya açıklanması gibi konular, sermaye piyasası mevzuatında borsa şirketlerine özgü kuralların öngörüldüğü çok sayıda alanın tipik örnekleridir. Diğer taraftan borsa ortaklıkları, bu özellikleri nedeniyle bazı yükümlülüklerden ayrık da tutulabilmektedir. Örneğin birikimli oy kullanımı sadece borsa dışı ve 500 ortağı geçen ortaklıklarda zorunlu olarak uygulanmaktadır. Aynı şekilde borsa ortaklıkları asgari temettü tutarını nakit veya hisse senedi biçiminde dağıtma serbestisine sahiptirler. Bunlar göstermektedir ki, sermaye piyasası mevzuatında temel kav-

ram halka açık anonim ortaklık olmakla birlikte, sermaye piyasası mevzuatında borsa ortaklıklarının özelliklerinin gerektirdiği hallerde bu ortaklıklara özgü ayrımlar yapılmakta ve bu eğilim, sermaye piyasası düzenlemelelerinde geleneksel yaklaşımı ifade etmektedir. Dolayısıyla “pay senetleri borsada işlem gören anonim ortaklık” kavramı Türk hukuku bakımından yeni bir kavram değildir.

Esasen Tasarıda da, SPKn ile bütünlüğün sağlanması bakımından “halka açık anonim ortaklık” kavramının tercih edilmesi, niteliği gerektiriyorsa “pay senetleri borsada veya teşkilatlanmış piyasalarda işlem gören” kavramının kullanılması yerinde olacaktır. Ancak bu sayede, TTK-SPKn uyumu sağlanabilir ve menfaatler dengesine uygun çözümlere ulaşılabilir.

Tasarıda “teşkilatlanmış piyasalarda işlem gören” kavramı kullanılmamıştır. Oysa hisse senetleri SPKn md.40 hükmü uyarınca oluşturulacak teşkilatlanmış piyasalarda işlem gören anonim ortaklıklar da, borsada işlem görenlerle birlikte değerlendirilmelidir. Kuralları, işlem hacimleri farklı olsa da, her iki piyasa da anonim niteliktedir ve yatırımcıların menfaatleri ortaktır.

Diğer taraftan Tasarıda ağırlıklı olarak “halka açık anonim şirket” kavramı kullanılmıştır. Birleşmeye ilişkin 142 nci, birleşmede inceleme hakkı ve malvarlığında değişikliklere ilişkin 149 uncu, bölünmede inceleme hakkına ilişkin 171 inci, halka açık olmayan anonim şirket kavramının kullanıldığı, ortaklıkların asgari sermayesine ilişkin 332 nci, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk sigortasına ilişkin 361 inci, azlık haklarına atıf yapılan 399 uncu, 411 inci, 420 nci, 439 uncu, halka açık olmayan anonim ortaklık kavramının kullanıldığı 434 üncü, kayıtlı sermaye sistemine ilişkin 460 inci maddeler bu tercihin örnekleridir.

Öte yandan, SPKn’da olmamakla beraber Tasarıyla getirilen bazı düzenlemelerde, “pay senetleri borsada işlem gören anonim şirket”, “borsaya kote edilmiş pay” kavramı kullanılmıştır. Hemen belirtelim borsada işlem gören nama yazılı paylarda pay defterine kayıttan kaçınma, hak sahiplerinin pay defterine kayıt ve bu paylara bağlı hakların geçişini düzenleyen 495, 496 ve 497 nci maddeler, “borsada işlem veya teşkilatlanmış piyasada işlem görme” kavramının kullanılması gereken maddelerdir. Zira burada sadece halka açık olmak yetmemekte, payların anonim piyasadan alınması gerekmektedir. Çözümler de bu menfaatler dengesine uygun biçimde getirilmek-

tedir. Ancak Tasarıda “borsada işlem görme” yerine “borsaya kote edilmiş” kavramı kullanılmıştır. Oysa kotasyon, işlem görmekten daha geniş bir kavramdır. Maddenin konusu ise borsadan iktisap edilen nama yazılı paylardır. Anılan nedenle, söz konusu maddelerin düzenleme alanına ve getirilen çözümlere uygun olarak, “kotasyon” değil, “işlem görme” ölçütünün tercihi gerekirdi.

Niteliğine uyduğu için “pay senetleri borsada işlem gören” ölçütünün kullanıldığı düzenlemelerin tipik örnekleri olarak 378 ve 379 uncu maddeleri gösterebiliriz. Tasarının 378 inci maddesinde düzenlenen tehlikelerin erken teşhisi komitesinin tüm halka açık anonim ortaklıklar bakımından yararları tartışmasız olmakla beraber, getireceği mali yük ve Türkiye'nin her tarafından yeterli uzman bulmanın güçlüğü karşısında, zorunluluğu sadece hisse senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıklara inhisar ettirmek doğru bir tercihtir. Ayrıca ortaklığın kendi hisse senetlerini edinmesinin, borsa ortaklıklarında manipülatif etkileri olabileceği için, fiyat ve kamuyu aydınlatma bakımından özel düzenlemelere gereksinim göstermektedir.

“Borsada işlem görme” ölçütü Tasarının bütününde doğru kullanılmamıştır. Örneğin Tasarının 400 üncü ve 404 üncü maddelerinde menfaatler dengesi tüm halka açık anonim ortaklıkların kapsama alınmasını gerektirir.

D. Borsada İşlem Gören Nama yazılı Paylarda Hak Sahipliğinin Geçişi ve Pay Defterinin Güncellenmesi

Tasarının 497 nci ve 498 inci maddeleri, sermaye piyasasında önemli bir soruna, sermaye piyasası işlemlerinin niteliğine uygun bir çözüm getirmektedir. Maddede “Borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar” kapsama alınmıştır. Ancak yukarıda açıklandığı gibi, aslında borsada işlem gören hisse senetlerinin temel alınması, maddenin düzenleme amacına daha uygun olurdu.

Borsada işlem gören nama yazılı payların devri halinde, mevcut durumda ciddi bir hak sahipliğini izleme sorunu mevcuttur. Borsadan nama yazılı pay iktisap eden yatırımcılar, çoğunlukla bu devri ortaklığa bildirerek pay defterine kendilerini kaydettirmemektedirler. Bu nedenle pay defteri, borsada işlem gören paylar bakımından gerçek durumu yansıtmadığı gibi, nama yazılı paylarını uzun süre önce devretmiş eski ortaklar genel kurula

katılıp oy haklarını kullanabilmektedirler. Bu durum, nama yazılı paylar bakımından ciddi bir güç boşluğuna da yol açmaktadır. Oysa nama yazılı paylar, Tasarının 497 nci maddesinin gerekçesinde belirtildiğinin aksine borsa sisteminin yapısına hamiline paylardan daha uygundur. Gerçek hak sahipliğinin izlenmesine olanak vermesi nedeniyle, denetim ve gözetim bakımından denetim otoritesine kolaylık sağlamakta, diğer taraftan ortaklıkların, gerçek hak sahipliği yapısını izleyerek ele geçirmelere karşı tepki verebilmelerine olanak sağladığı için tercih edilmektedir. Bu yüzden, nama yazılı paylarda, hak sahipliği sorununu çözenin borsa sistemine getireceği katkı büyüktür.

SPKn md.10/A hükmünde, pay defterinin güncellenmesi sorununa kaydi sistem içinde bir çözüm bulunmuş ve payların devrinin ortaklıklar tarafından pay defterine kaydında ilgililerin başvurusuna gerek kalmaksızın Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK) nezdinde ihraççılar itibariyle tutulan kayıtların esas alınacağı hükme bağlanmıştır. Anılan madde, pay defterini güncellemek isteyen ortaklıklara esas alabileceği bir hak sahipliği kaydı göstermekte, ancak pay defterini güncelleme zorunluluğu getirmemektedir.

Tasarı, borsada gerçekleşen iktisaplarda, en fazla yirmi günlük süre içinde pay defterinin güncellenmesini zorunlu kılmaktadır. Şöyle ki, Tasarının “Bildirme yükümü” başlıklı 496 ncı maddesi uyarınca nama yazılı payların borsada satılması halinde MKK, devirle ilgili bilgileri ihraççıya bildirecektir. Bu bildirim, mevcut takas sistemi çerçevesinde, borsadaki işlemlerin takası, işlem gününü izleyen ikinci işgünü sonunda gerçekleştirildiğinden, takasın tamamlanıp, devre uygun yeni hak sahipliği kayıtlarının MKK’da oluşturulmasıyla yapılabilecektir. Esasen MKK sisteminde ihraççılar MKK üyesi olduğu ve doğrudan MKK sistemine bilgisayar yoluyla bağlanabildikleri için, aktif bir bildirim yapılmasına gerek kalmayacaktır.

“Hakların geçişi” başlıklı 497 nci madde uyarınca borsada iktisap edilen nama yazılı paylardan doğan haklar, devir ile birlikte devralana geçecektir. İktisap edilen senetlerin zilyetliği, takasın tamamlanmasıyla, yani işlem gününü izleyen ikinci işgünü sonunda devralana geçtiği için, 490 ncı maddede delaletiyle borsada işlemi izleyen ikinci işgünü sonunda, takasın tamamlanmasıyla pay sahipliği hakları da devralana geçecektir. Devralan borsa yatırımcısının ayrıca ortaklığa başvurması gerekmemektedir. Bu hüküm, borsa işlemlerinin niteliğine uygun doğru bir çözüm içermektedir.

E. Marjinal Azınlığın Paylarını Satın Alma Hakkı

Tasarının 208 inci maddesinde “Satın alma hakkı” başlığı altında, Türk sermaye piyasasının özellikleri nedeniyle borsa yatırımcıları açısından tehlikeli sonuçlar doğurabilecek bir hüküm yer almaktadır. Madde, bir ortaklığın sermayesinin ve oy haklarının en az %95’ine sahip olan ortaklığa, belli koşulların varlığı halinde kalan payları mahkeme kanalıyla satın alma hakkı tanımaktadır. Satın alma hakkının doğumu, azınlığın, bir kararın alınmasını veya yürütülmesini önlemesi veya davranışlarıyla ortaklığa zarar vermesi olarak belirlenmiştir.

Bu hak, topluluk hukuku çerçevesinde öngörülmüş ve sadece hakim ortaklığa tanınmıştır. Hakkın özüne ilişkin tartışmalar bir tarafa bırakılırsa, amaç, maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi tam hakimiyet halinde ortaklık içi barışı sağlamaksa, hakim ortağın gerçek kişi veya ortaklık olması açısından bir ayırımı gitmemek gerekir.

Diğer taraftan, Madde, borsa ortaklıkları bakımından ciddi bir tehlike taşımaktadır. Sermaye piyasası mevzuatına göre ortaklıkların hisse senetlerinin ilk halka arzında, ortaklık sermayesinin büyüklüğüne bağlı olarak %5-25 diliminde hisse senedinin halka arzı zorunlu ve yeterli görülmüştür. Dolayısıyla, ortaklıkların, sermayenin %5’ini halka arz etmek suretiyle halka açılmaları ve kotasyon koşulları karşılanıyorsa hisse senetlerinin borsada işlem görmesi mümkündür. Böyle bir ortaklıkta, %95’lik hakim ortağın bir ortaklık olması halinde, borsa yatırımcısının, bir genel kurul kararına karşı iptal davası açması halinde, hisse senetlerini hakim ortağa mahkeme kararıyla satmak zorunda bırakılması mümkün olacaktır. Tasarı hükmü, azınlığın engellediği karar için önemlilik ölçütü öngörmediği gibi, “davranışlarla ortağa zarar verme” ölçütü de öznel değerlendirmelere açıktır. Ayrıca satın alma fiyatının belirlenmesinde ölçütler, borsa fiyatı veya gerçek bilanço değeri olarak belirlenmiştir. Her iki ölçüt de, somut olayın koşullarına bağlı olarak payın gerçek değerini ifade etmeyebilir. Ekonomik konjonktüre bağlı olarak borsa endeksinin düşük olduğu bir dönemde yapılacak bir satın alma başvurusunda pay sahibi büyük zarara uğrayabilir. Aynı şekilde, bir ortaklığın pay fiyatını belirleyen, bilanço değeri dışında çok sayıda etken olabilir. Özellikle geleceğe yönelik nakit akımı tahminleri, pay değerlemesini etkileyebilir. Tasarı hükmünde belirlenen satın alma fiyatını belirlemeye yönelik ölçütler, bu açıdan yetersizdir. Nihayet hakim ortağın satın alma tale-

biyle mahkemeye başvurması durumunda, mülkiyetin geçmesi için mahkemenin inşai bir karar vermesi gerekecektir. Aksi halde mahkeme kararına rağmen devrin gerçekleşememe olasılığı mevcuttur. Bu yüzden Tasarıda, mahkemenin vereceği kararın inşai niteliğinin düzenlenmesi ya da mahkeme kararı üzerine azınlığın paylarının itfa edilmesine dayalı bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

AB hukuku açısından konuya yaklaşıldığında, hakim ortağın azınlıktaki ortağın payını satın alma hakkı, "Takeover Bids"e ilişkin 2004/25 Direktifinde düzenlenmiştir. Direktif'in 15 inci maddesinde satın alma hakkı, bir ortaklığın tüm ortaklarına yapılan bir teklif sonrasında, üye ülkelerin belirlemesine göre %90-95 oranında paya sahip hale gelen hakim ortağa tanınmıştır. Bu hakkın, teklifin kabulü için belirlenen dönemin bitimini izleyen üç ay içinde kullanılması ve önerilen fiyatın adil fiyat olması da Direktifte hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi Direktif'in yaklaşımı, Tasarıdan tamamen farklıdır. Konu topluluk hukuku içinde ele alınmadığından, hakim ortakla ilgili bir sınırlama yoktur. En önemlisi, satın alma hakkına yaklaşım farklıdır. Ortaklığa tümüyle hakim olmak için tüm ortaklara yönelik bir çağrı yaparak, tüm ortaklara adil fiyatla ortaklıktan ayrılma hakkı tanıyan ve çağrısı büyük çoğunluk tarafından kabul edilen bir ortağa, tam hakimiyet sağlama olanağı verilmektedir. Bu hak özellikle, ortaklığı halka açık statüden çıkarma niyetinin bulunduğu hallerde büyük önem taşır. Satın alma hakkına sahip ortak, mali külfetine katlanarak tüm payları adil bir fiyattan satın almak istemiş, ancak göreceli olarak küçük bir pay sahibi grubu nedeniyle bu amacına ulaşamamıştır. Hakkın kullanılabilmesi için, azınlıktaki ortağın engelleyici herhangi bir girişiminin bulunması da gerekmemektedir.

Diğer taraftan azınlığın paylarını satın alma hakkının aleni pay alım teklifinden bağımsız olarak düzenlendiği Almanya'da Paylı Ortaklıklar Kanununun 327a ve devamı maddelerinde getirilen sistemde, sermayenin % 95'ine sahip olan hakim ortağın başvurusu üzerine ortaklık genel kurulu kararıyla azınlığın paylarının hakim gruba geçmesi öngörülmüştür. Aslında bu sistemde, alım talebinin aleni pay alım teklifi sonrası yapılması zorunluluğu bulunmamakla birlikte, niteliği itibariyle, azınlığın kabule zorunlu olduğu bir teklif mantığı söz konusudur. Bir başka deyişle, payları satın alınacak azınlık bir bütün halinde görülmekte, azınlığın içinde, yönetime müdahale ölçütüne bağlı bir seçim yapılamamakta, dolayısıyla ortaklığın reorganizasyon amacına dönük bir satın alma gerçekleşmektedir. Ayrıca hakim ortağın

talebi üzerine genel kurul kararının inşai niteliği Alman Paylı Ortaklıklar Kanununun 327e maddesinde hükme bağlanarak, satın tamamlanabilmesi hüküm altına alınmıştır.

Tasarıdaki satın alma hakkının, özellikle borsa ortaklıkları için arz ettiği tehlike göz önüne alındığında, Direktife uygun biçimde sınırlı bir amaçla tanınması yerinde olacaktır. Tasarıda aleni pay alım tekliflerine ilişkin düzenleme yapılmadığı, bunun SPKn'nun konusu olduğu söylenebilir. Ancak ortağın ortaklıktan, iradesi dışında çıkarılması gibi önemli bir konunun Tasarıda düzenlenmesi ve sermaye piyasası mevzuatına atıflarla, satın alma hakkına ilişkin maddi hukuk kuralının AB Direktifine uygun biçimde öngörülmesi mümkündür.

F. Ortaklığın Yönetimi - Kurumsal Yönetim

Tasarı, yönetim kurulunun oluşumu konusunda, sermaye piyasası bakımından önem taşıyan bir model tercih etmiştir. Tasarının 360 ıncı maddesinde belirli pay gruplarına yönetim kurulunda temsil hakkı tanındığı takdirde, bu hakkın, halka açık anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üye sayısının üçte ikisini aşamayacağı hükme bağlanmıştır. Böylece halen yönetim kurulunun tamamının belli pay gruplarının göstereceği adaylar arasından seçilmesi mümkün iken, Tasarı yönetim kurulunun en azından üçte birinin genel kurulda, grupların göstereceği adaylarla sınırlı olmaksızın seçilmesini tercih etmiştir. Sermaye piyasası hukukunda birikimli oyla seçimi ana sözleşmelerinde kabul eden anonim ortaklıklarda da, aynı tercih benimsenmiştir. Ortağın, yönetime katılmasına katkısı olabilecek, sermaye ile orantısız yönetim hakkına kısmi de olsa sınır getiren bu hüküm, sermaye piyasasının özelliklerine uygundur.

Yönetim kurulunun yapısı konusunda, özellikle icracı olmayan yönetim kurulu üyelerine ve ortakların menfaatlerini korumak için gerekli komite türlerine Tasarıda yer verilmemiştir. AB hukukunda, Borsa Ortaklıklarında İcracı Olmayan Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Komitelerin Rolüne ilişkin 15.2.2005 tarihli Komisyon Tavsiyesinde, yönetim kurulunun kendi içindeki yapılanmasına ilişkin ilkelere kurumsal yönetim anlayışı içinde yer verilmiştir. Tavsiye Borsa ortaklıklarında uygulamaya yöneliktir. İcracı olmayan yönetim kurulu üyelerinin, icra üzerindeki gözetim ve menfaat çatış-

malarını çözme fonksiyonlarının altı özellikle çizilmiştir. Diğer taraftan icracı olmayan yönetim kurulu üyelerinin, gözetim rolünün önem taşıdığı, menfaat çatışmasına en açık üç alan belirlenmiştir: Yöneticilerin aday gösterilmesi, yöneticilere tanınacak maddi menfaatlerin tespiti ve denetim. Bu alanlarda, bağımsız icracı olmayan yöneticilerin ağırlıklı olduğu komiteler kurulması öngörülmüştür.

Komisyonun tavsiyesi, yönetim kurulunun oluşmasına ve çalışmasına yönelik olarak öngörülen kurumsal yönetim ilkelerinin yasal düzenleme ya da “uygula veya açıkla” ilkesine dayalı isteğe bağlı uygulama yoluyla yapılması konusunda serbesti tanımaktadır. Ayrıca uygulama borsa ortaklıklarına yöneliktir. Bu nedenlerle, Tasarıda, icracı olmayan, bağımsız yönetim kurulu üyelerine ve özel komite türlerine yer verilmemesi, anılan nedenlerle açıklanabilir ve konunun SPK’ca yayımlanan kurumsal yönetim ilkeleri kapsamında olduğu ileri sürülebilir. Ancak söz konusu hususların en azından ilkesel bazda bir temel kanunda yer alması, kurumsal yönetimin uygulamada yerleşmesine hizmet edeceğinde kuşku yoktur. Temel ilkeler kanunda belirlendikten sonra, açıklayıcı alt düzenlemelerin kurumsal yönetim ilkelerine bırakılması daha doğru bir tercih olacaktır.

Son yıllarda anonim ortaklıkların yönetim ve kontrol sisteminde temel ilkeleri yeniden belirleyen; hak ve sorumlulukların yönetim kurulu, yöneticiler, ortaklar, başta alacaklılar olmak üzere diğer menfaat sahipleri arasında dağılım esaslarını belirleyen bir yaklaşım büyük bir hızla gelişmiş, etkin bir uygulama alanı kazanmıştır. Kurumsal yönetim olarak adlandırılan bu kurallar, anonim ortaklıklar hukukunu derinden etkilemiş, bir kısmı kanun düzeyinde düzenlemelere konu olmuş, ancak ağırlıklı olarak üzerinde ortak uzlaşa sağlanmış davranış kuralı olarak uygulanmıştır. Türk Kurumsal Yönetim kuralları da, 2003 yılında SPK tarafından yayımlanmıştır. Bu kurallara uyum durumunun derecelendirilmesinin hukuki alt yapısı sermaye piyasası mevzuatında kurulmuştur. Derecelendirme sonuçlarına göre ortaklıkların kapsama dahil edildiği bir İMKB kurumsal yönetim endeksi oluşturulmuştur.

Tasarı, ilkesel olarak kurumsal yönetim ilkelerini tanımış ve 1507 nci maddede, mevcut durumu yasallaştırmaya yönelik bir hüküm öngörmüştür. Halka açık anonim ortaklıklarda kurumsal yönetim ilkelerini belirleme ve buna bağlı düzenlemeleri yapma yetki ve görevi SPK’na tanınmıştır. Yuka-

rıda açıklandığı gibi, SPKr, 2003 yılında Türk Kurumsal Yönetim İlkelerini yayımlamıştır ve bu ilkeler uluslararası düzeydeki gelişmeler izlenerek güncellenmektedir. Ayrıca ortaklıkların bu ilkelere uyum durumlarına yıllık faaliyet raporunda yer vermeleri ve bir uyum raporu hazırlamaları da öngörülmüştür. Kurumsal yönetime uyum derecelendirmesinin yasal düzenlemesi SPKr tebliğleriyle yapılmıştır. Tasarıda bu gelişmeler dikkate alınarak, mevcut durum temel bir kanun düzeyine alınmıştır. Ayrıca diğer kurum, kurul ve kuruluşların kendi alanlarıyla sınırlı olarak kurumsal yönetim ilkelerini düzenlemelerine cevaz verilmiş, ancak SPKr'nun onayı zorunlu tutulmuştur. Kurulun buradaki onay yetkisini, yayımlanmış ilkelerle bütünlüğün sağlanması amacıyla paralel değerlendirmek gerekir.

G. Muhasebe Standartları

Avrupa Birliği düzeyinde, piyasaların daha fonksiyonel işleyebilmesi için, hisse senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıkların konsolide mali tablolarını, tek tip halindeki uluslararası muhasebe standartlarını uygulamaları benimsenmiştir. Bu çerçevede yürütülen düzenleme çalışmaları sonucunda, 19.7.2002 tarih ve 1606/2002 sayılı direktifin 4 üncü maddesinde, hisse senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıkların 1.1.2005 tarihinden sonra başlayacak her mali yıl itibarıyla konsolide mali tablolarını uluslararası muhasebe standartlarına uygun hazırlamaları öngörülmüştür. Anılan ortaklıkların yıllık mali tabloları ile bu ortaklıklar dışında kalan anonim ortaklıkların konsolide ve yıllık mali tablolarını uluslararası muhasebe standartlarına uygun hazırlamalarının zorunlu kılınması ve isteğe bağlı olarak düzenlenmesi konusu üye ülkelerin hukukuna bırakılmıştır. Anılan Direktif doğrultusunda 29.9.2003 tarih ve 1725/2003 sayılı Direktif ve 29.12.2004 tarih ve 2238/2004 sayılı direktiflerle, uluslararası muhasebe standartları yayımlanmıştır.

AB mevzuatında yukarıda özetlenen çerçevede uygulanması kabul edilen uluslararası muhasebe standartları, anonim ortaklıkların mali tabloları konusunda ortak bir dili ifade etmektedir. Bu yüzden, AB üyesi olmayan ülkelerde dahi anılan standartların iç hukuk kuralı haline getirilmesi, söz konusu standartlardaki kalite ölçütlerinin yanı sıra, sınır ötesi işlemlerin yapılabilmesi, yabancı yatırımcıların Türk sermaye piyasasına yatırımlarının hızlandırılabilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır.

Tasarıda, anonim ortaklıkların münferit ve konsolide mali tablolarını, Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunun yayımladığı Türkiye Muhasebe Standartlarına göre hazırlamaları öngörülmüştür. Anılan standartların, Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarına tam bir uygunluk içinde olması esası kabul edilmiştir. Tasarının Geçici 1 inci maddesinde TTK'nun yürürlüğe girmesini izleyen on gün içinde Türkiye Muhasebe Standartlarının tam metninin Türkçesinin Resmi Gazetede yayımlanması hükme bağlanmıştır. Hükmün lafzından, Türkiye Muhasebe Standartlarının, Uluslararası Raporlama Standartlarının tam bir tercümesi olmasının beklendiği anlaşılmaktadır.

Tasarıda, Türk Muhasebe Standartlarının oluşturulmasında sadece Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarına atıf yapılması, AB hukukuyla uyum bakımından yeterli değildir. Uluslararası Muhasebe Standartları Kurulu, 2001 yılında aldığı bir kararla, bu tarihten sonra hazırlanacak standartların isimlendirilmesini Uluslararası Muhasebe Standartları yerine Uluslararası Finansal Raporlama Standartları olarak değiştirmiştir. Ancak mevcut Uluslararası Muhasebe Standartları, aynı başlıkla varlığını korumaktadır. Nitekim 1606/2002 sayılı AB Direktifinin tanımlar bölümünde, Direktifte kullanılan Uluslararası Muhasebe Standartları kavramının, Uluslararası Muhasebe Standartları Kurulu tarafından kabul edilmiş Uluslararası Muhasebe Standartlarını, Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarını ve yine aynı Kurul tarafından kabul edilerek yayımlanan yorumları kapsadığı hükme bağlanmıştır. O halde Tasarıda, sadece Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarına atıf yapılması yerinde değildir. Bunun dışında halen yürürlüğünü sürdüren Uluslararası Muhasebe Standartları da bulunduğu için, bu standartları da kapsayacak biçimde genişletilmesi gerekir. Uluslararası Muhasebe Standartları Kurulunun kabul edip yayımladığı yorumların da kapsama alınması, AB Direktifindeki tercih doğrultusunda değerlendirilebilir. Ancak değişkenlik gösterebilecek olan ve standart seviyesine gelmemiş tercihlerin, Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunun da katkısıyla sadece uygulamaya yön vermesi ve temel bir kanunun kapsamına alınmaması daha doğru olacaktır.

Tasarıda, mali tablo standartları konusunda uluslararası standartların esas alınması yerinde bir tercihtir. Türkiye'de, AB'nin kabul ettiği standartlardan farklı bir tercihin yapılmasını haklı gösterecek teknik nedenler bulunmadığı gibi, Türkiye'yi yabancı yatırımlara kapatma sonucu doğuracaktır. Muhasebe standartları dinamik bir kavramdır. Değişen koşullara göre hızlı

bir değişkenlik göstermektedir. Bu yüzden muhasebe standartlarının yasa hükümleriyle düzenlenmesine olanak yoktur. AB hukukunda da, değişen standartlar direktiflerle belirlenmektedir. Bu gelişime ayak uydurabilmek için, Tasarıda Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunun düzenlemeleriyle bağlantı kurulması yerinde bir tercihtir. Zira anılan Kurul, ulusal muhasebe standartlarını belirlemek ve yayımlamak üzere kanunla kurulmuş kamu tüzel kişiliğini haiz bir kuruluştur. Dinamik bir kavram olan muhasebe ilke ve rapor standartlarının, kanunla idari düzenlemelere bırakılması yeni bir düzenleme şekli değildir. SPKn md.16 hükmünde de, Kanuna tabi ihraççı ve sermaye piyasası kurumlarının, münferit veya konsolide mali tablo ve raporları, SPKr'ca belirlenecek ilke ve standartlara uygun düzenlemeleri zorunlu kılınmıştır. Bu hüküm çerçevesinde, sermaye piyasasında uluslararası standartlara uygun bir muhasebe ve mali tablo rejimi uygulanagelmekte ve Tasarıya da kaynaklık etmektedir.

H. Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını İktisabı

Tasarının 379-389 uncu maddeleri, sermaye piyasası bakımından büyük önem taşıyan bir konuya, anonim ortaklığın kendi paylarını iktisap hükümlerine ayrılmıştır. Sermaye piyasasında, anonim ortaklığın kendi paylarını iktisap edebilmesi, çok amaçlı kullanılabilen bir araçtır. En önemli etkisi, borsa ortaklıklarında, fiyatın gerçekçi oluşmadığı dönemlerde yapılan alımlarla hem fiyatın istikrar kazanmasına destek olunması, hem de hisse senedine ortaklık yönetiminin duyduğu güven konusunda piyasaya mesaj verilmesidir. Yatırım ortaklıkları bakımından konunun önemi daha büyüktür. Yatırım fonları ve yatırım ortaklıkları benzer mantıkla çalışan kolektif yatırım kuruluşlarıdır. Yatırım fonlarının katılma belgeleri kurucuya satılabildiği için, her an likiditesi yüksek bir araç olarak ön plana çıkmaktadır. Yatırım ortaklıkları ise anonim ortaklık niteliğini haiz olduklarından, hisse senetlerini geri alamamaktadırlar. Bu yasak, yatırım ortaklıklarının, yatırımcılarına likit bir araç sunmalarını önlemekte, ayrıca yatırım ortaklığı hisse senetlerinin borsada düşük değerlendirildiği dönemlerde, destek amaçlı alımlar yapılmasını, yatırımcının hisse senetlerini daha adil bir fiyattan paraya çevirmesine olanak tanınmasını engellemektedir.

Tasarı AB'nin II. Direktifine paralel olarak, kural olarak sermayenin %10'unu aşmayacak biçimde, anonim ortaklığın kendi paylarını iktisap et-

mesini veya rehin olarak kabul etmesini benimsemiştir. Bu işlemler için genel kurulun mutlaka yönetim kurulunu yetkilendirmesi, yetkinin en fazla on sekiz ay olması hükme bağlanmıştır. Ortaklığın kendi paylarını iktisabında kullanacağı fonların, sermayenin iadesi veya kullanılma alanları sınırlanmış yedek akçelerin dağıtılması sonucunu doğurmasını önlemek amacıyla, sermaye tutarının ve söz konusu yedek akçelerin kullanılması yasaklanmıştır.

Direktifin 19 uncu maddesinde, yönetim kurulunun yaptığı alımlarda, bu alımların, sermayenin %10'unu aşmama, sermayenin iadesi sonucunu doğurmama, sadece bedeli ödenmiş payların satım alınabilmesi kurallarına uygunluğunu gözetme sorumluluğu yönetim kuruluna vermiştir. Tasarının 379 uncu maddesinde ise, Direktifle yönetim kuruluna yükletilen bu göreve yer verilmemiştir. 379 uncu maddenin ikinci fıkrasında, yönetim kurulunun her izin talebinde kanuni şartların gerçekleştiğini belirtmesi zorunlu kılınmıştır. Ancak bu hüküm, her işlem itibariyle işlemlerin yasal koşullara uygunluğunu gözetme sorumluluğunu yönetim kuruluna veren Direktif hükümünden farklıdır. Oysa yararlarına karşılık, ortaklık bakımından tehlikeler de taşıyan bu işlemlerin kanuni koşullara uygunluğunun her işlem bazında yönetim kurulu tarafından kontrolü görevi Tasarıda açıkça öngörülmeliydi.

Halka açık anonim ortaklıkların kendi paylarını iktisabı konusunda SPK'nın kamuyu aydınlatma fiyat kuralları açısından düzenleme yapması gerekecektir. Zira bu konuda gerekli yükümlülükler uyulmaması, hisse senetlerinin fiyatının manipüle edilmesi ya da içerden öğrenenlerin ticareti suçlarının işlenmesi risklerini arttıracaktır. Borsa ortaklıkları bakımından bu tehlike daha da fazladır. Kurul, SPKn'dan doğan yetkileri çerçevesinde bu düzenlemeleri yapabilecektir. Tasarının 330 uncu maddesinin delaletiyle bu düzenleme hükümleri, halka açık anonim ortaklıklar bakımından öncelikle uygulama alanına sahiptir. Ancak buna rağmen 379 uncu maddenin son fıkrasında Kurulun yetkisine, borsa ortaklıklarıyla sınırlı olarak ayrıca işaret edilmiştir.

Yatırım ortaklıkları için kendi paylarını iktisap özel bir önem taşıdığı için, Direktifin 20.(h) hükmünde, sadece yatırım ortaklıklarının, bir sınırlama dışında, diğer ortaklıkların kendi paylarını iktisapta aranan sınırlamalara tabi olmaksızın bu işlemleri yapabilmesi öngörülmüştür. Yatırım ortaklıklarının da tabi olduğu tek sınırlama ise, sermayenin ve kullanılması sınırlı yedek akçelerin bu işlemlerde kullanılmamasıdır. Ancak Tasarıya bakıldı-

ğında, bu konuda AB Direktifinden sapan bir tercih yapıldığı görülmektedir. Şöyle ki, Tasarının 382 nci maddesinin (e) bendi uyarınca, sadece yatırım ortaklıkları değil, kendi paylarını iktisap, faaliyet konusuna giren her ortaklık 379 uncu maddedeki sınırlamalara tabi olmaksızın kendi paylarını iktisap edebilecektir. Ancak bu durumda, 384 üncü madde uyarınca, ortaklık için bir kayba yol açmadan devirleri mümkün olur olmaz ve her durumda en geç üç yıl içinde bu payların elden çıkarılması öngörülmüştür. Oysa Direktifin 20 nci maddesinin ikinci fıkrasında, yatırım ortaklıkları, iktisap ettikleri payları elden çıkarmak için üç yıllık süre koşulundan açıkça ayırık tutulmuştur.

Tasarının 388 inci maddesinde ortaklığın kendi paylarını taahhüt yasağı açık biçimde düzenlenmiştir. Hüküm, hem ortaklığın kendi paylarını taahhüt etmesini yasaklamakta hem de dolanlı yollardan aynı sonuca ulaşılmasına hüküm ve sonuçlar bağlamaktadır. Ancak üçüncü kişinin, kendi adına, ortaklık hesabına sermaye taahhüdüne, AB Direktifinden farklı hüküm ve sonuçlar bağlamaktadır. Şöyle ki, Direktif'in 18 inci maddesinin ikinci fıkrasında, kendi namına, ortaklık hesabına ortaklık hisse senedini taahhüt eden üçüncü kişinin, kendi hesabına taahhütte bulunmuş sayılacağı öngörülmüştür. Aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca da, üçüncü kişinin, kendi nam ve hesabına taahhütte bulunmuş sayılacağı payların bedelini ödemekten sorumlu olması gereği ortaya çıkmaktadır. Tasarı'nın 388 inci maddesinin ikinci fıkrasında ise, üçüncü kişinin kendi namına ortaklık hesabına taahhüdüne, AB Direktifinin yukarıda anılan hükmünden farklı olarak, üçüncü kişinin hesabına taahhüt sayılma gibi bir sonuç bağlanmamış, bu taahhüt, ortaklığın kendi paylarını taahhüt olarak nitelenmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında da, bu taahhütlerden doğan pay bedeli ödemelerinden kuruluşta kurucular, sermaye artırımlarında yönetim kurulu üyeleri sorumlu tutulmuştur. Tasarıdaki tercih, üçüncü kişiyi, ortaklık hesabına taahhütten caydırıcı hüküm ve sonuçlar içeren Direktif hükmünden farklıdır ve üçüncü kişiyi herhangi bir caydırıcı yükümlülük getirmemekte, sorumluluğu kuruculara ve yönetim kurulu üyelerine yüklemektedir.

I. Sermaye Artırımı

Sermaye artırımı, sermaye piyasası mevzuatında, halka arzla bağlantılı olarak ve kamuyu aydınlatma esaslarına göre düzenlenmiştir. Tasarının

330 uncu maddesi çerçevesinde özel hükümlerin uygulama alanı dikkate alındığında, Tasarıdaki sermaye artırımına ilişkin maddi hukuk hükümlerinin, sermaye piyasasına etkisi daha çok dolaylı biçimde ortaya çıkmaktadır.

Tasarının 456 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında, sermaye artırımının, karar tarihinden itibaren dört ay içinde tescil edilmemesi halinde geçersiz hale geleceği hükme bağlanmıştır. Uygulamada, ihraç edilen hisse senetlerinin Kurul kaydına alınması için yapılan başvurularda ortaklıkların gerekli bilgi ve belgeleri zamanında sunamamaları nedeniyle, yetkili organ kararıyla Kurul kaydına alma tarihi arasında uzun bir zaman geçebilmektedir. Tasarı, bu süreyi, tescil anını esas alarak azami dört ay olarak belirlemekte ve özellikle genel kurul kararının, alındığı tarihteki koşullar değiştikten sonra uygulanmasını önlemektedir.

Tasarının 330 uncu maddesiyle ilgili yapılan değerlendirmelerde ifade edildiği gibi, özel kanun hükümleri 330 uncu maddede saklı tutulduktan sonra, değişik maddelerde yine özel kanunları saklı tutan hükümlere yer verilmesi, bu atıfların olmadığı maddelerde özel kanunların uygulama alanı bulamayacağı yorumlarının yapılmasına yol açacaktır. Bunun tipik örneklerinden birisi, 459 ve 460 ncı maddelerdir. Kayıtlı sermaye sistemine ilişkin olarak 460 ncı maddede SPKn hükümleri saklı tutulduğu halde, esas sermaye sistemine ilişkin olarak 459 uncu maddede herhangi bir saklı hüküm atfı yapılmamıştır. Oysa halka arz bakımından her iki sistemde de SPKn hükümlerinin ve Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılmış SPKr tebliğlerinin uygulama alanı bulacağında kuşku yoktur. 459 uncu maddede, halka arz edilecek paylarla sınırlı olarak atıf yapılan 346 ncı madde, halka arzın sermaye piyasası mevzuatına göre yapılacağını hükme bağlamaktadır. O halde 459 uncu maddede dolaylı atfın anlamı yoktur. 346 ncı madde, halka arz edilen pay bedellerinin, satış hasılasından ödenmesi bakımından uygulama alanı bulabilir.

Kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımını düzenleyen 460 ncı madde, halka açık olmayan ortaklıklara da kayıtlı sermaye sistemini kabul etme olanağını vermektedir. Her ne kadar kayıtlı sermaye sistemi, ortak sayısının çokluğu nedeniyle genel kurulun toplanmasının ve karar almasının nispeten güç olduğu anonim ortaklıklarda yönetim kurulu kararıyla karar alma olanağı veren ve karar almada karşılaşılabilecek tikanlıkları giderme amacına hizmet ediyorsa da, halka açık olmayan ortaklıklarda da uygulan-

ması ve ana sözleşmenin izin verdiği ölçüde yönetim kurulunun karar alabilmesi olumlu bir yeniliktir. Ancak kayıtlı sermaye sistemi, sermaye artırımını ve buna bağlı olarak primli pay ihracı, rüçhan hakkının kısıtlanması, imtiyazlı pay ihracı gibi önemli kararların alınması yetkisinin de yönetim kuruluna bırakılabilmesi nedeniyle, ortakların haklarının zedelenmesi tehlikesini de taşıyan bir sistemdir. Bu yüzden II no.lu AB direktifinin 25 inci maddesinin ikinci fıkrasında öngörüldüğü gibi, yönetim kuruluna verilen yetkinin azami beş yıla sınırlanmasının ve bu sürenin de yine azami beş yıl süreyle uzatılmasının hükme bağlanması, genel kurulun yönetim kuruluna verdiği izni dönemler itibariyle tekrar değerlendirmesine olanak verecektir.

Tasarının 461 inci maddesi, yeni pay alma hakkının kısıtlanmasını ağır koşullara bağlamakta, bilimsel ve yargısal içtihatlarda tartışılacak bir yenilik getirmektedir. Maddeye göre yeni pay alma hakkının ana sözleşme hükmüyle sınırlanması mümkün değildir. Mutlaka genel kurulun, sadece haklı sebeplerin varlığı halinde ağırlaştırılmış yetersayı ile sınırlandırma veya kaldırma kararı vermesi gerekmektedir. Haklı sebepler 461 inci maddenin ikinci fıkrasında örnek olarak sayılmıştır. Dolayısıyla maddede özellikle sayılmayan haklı sebeplerin ortaya çıkması mümkündür. Ancak maddede sayılmayan hallerin “haklı” sayılıp sayılmayacağı somut olay bazında tartışılacaktır. Bu bakımdan önemli haklı sebep hallerinin maddede sayılması önem taşımaktadır. Sermaye piyasası açısından konuya bakıldığında, ortaklığın hisse senetlerini halka arz yoluyla halka açılacak olması da haklı sebep olarak maddede zikredilmelidir. Zira ortaklıkların halka açılmalarında en temel yöntemlerden birisi, ortakların yeni pay alma haklarının kısıtlanarak sermaye artırımını sonucu çıkarılan payların halka arzıdır. Böylece halka arz öncesinde, yeni pay alma hakkının kısıtlanması yoruma açık bir hal olmaktadır çıkaracaktır.

Sermaye artırımını prosedürü dışında olmakla beraber, özellikli bir halde halka arzı düzenlediği için bu başlık altında incelenebilecek bir konu da, kuruluşu takiben payların halka arzıdır. Tasarı, tedrici kuruluş hükümlerine yer vermemiştir. Bu nedenle maddenin gerekçesinde de ifade edildiği gibi, anonim ortaklığın halka açık olarak kurulma ihtiyacını karşılamak için, kuruluşu izleyen azami iki ay içinde sermaye piyasasına başvuru prosedürü, 346 ncı maddede düzenlenmiştir. Buna göre ana sözleşmede payların taahhüt edilmesi, ancak bedeli ödenmeyerek, azami iki ay içinde halka arz edileceğinin belirtilmesi mümkündür. Bu halde payların bedeli halka arzdan

sağlanacak hasıladan ödenecektir. Payların itibari değerini veya varsa ihraç primini aşan kısım, paylarını halka arz eden ortağa verilecektir. Maddenin ikinci fıkrasına göre, halka arz edilmekle birlikte süresinde satılmayan payların bedelinin tamamı, satış süresinin bitimini takiben ödenecektir. Sermaye piyasası mevzuatına göre, süresinde satılmayan payların bedelinin tamamının ödeneceğinin aracı kuruluşlar veya üçüncü kişilerce taahhüt edilmesi gerektiğinden, söz konusu ödeme taahhüt edenlerce yapılacaktır. Eğer ana sözleşmede taahhüt edilen paylar, azami iki aylık yasal sürede halka arz edilmezse, pay bedelinin yüzde yirmi beşi ödenecektir. Bu olasılık, birinci fıkradaki halka arzın garanti edilmesi hükmüyle çelişmektedir. Ancak birinci fıkrada, ana sözleşmede taahhüt edilen payların halka arzının “garanti” edilmesi hükmünü taahhüt olarak anlamak gerekir. Bu durumda da, taahhüdün yerine getirilmemesinin herhangi bir yaptırımını maddede yoktur. İki aylık süreyi izleyen üç gün içinde pay bedelinin %25’i ödenecek ve ortaklık halka açılmadan faaliyetlerini sürdürecektir. Ana sözleşmede taahhüt edilen payların bir kısmının halka arz edilmesi, bir kısmının ise halka arz edilmeyerek, pay bedelinin %25’lik kısmının ödenmesi mümkün değildir. Zira halka arz ile birlikte ortaklık halka açık hale geleceği için, SPKn md.7 hükmü gereğince payların bedelinin tamamının ödenmesi gerekecektir. Ayrıca 346 ncı maddeye göre halka arz yapılabilmesi için, sermaye piyasası mevzuatında sermaye ölçütüne göre belirlenen asgari oranda paym halka arzı için SPKr’na başvurulması gerekecektir.

J. İzinsiz Halka Arz

Tasarının “Halktan Para Toplamak” başlıklı 552 nci maddesi, izinsiz halka arzları önlemeyi amaçlamaktadır. Madde, kuruluş ya da sermaye artırım aşamasında iki şekilde para toplanmasını Kurulun iznine bağlamaktadır. Para toplama faaliyetinin, kuruluş veya sermaye artırımını “amacı” veya “vaadi” ile yapılması gerekmektedir. Bu ayırım, sorunu çözmeye çalışırken tehlikeli bir sonuca götürmektedir. Şöyle ki, SPKn md. 4 hükmü uyarınca, halka arz edilecek sermaye piyasası araçlarının Kurula “kaydı” zorunludur. Halka arz aşamasında “izin” sistemi, SPKn’da 1991 yılında yapılan değişikliklerle terk edilmiştir. Oysa Tasarının 552 nci maddesi, kuruluş veya artırım amacıyla para toplanmasını Kurulun “iznine” bağlamaktadır. Maddenin amaçsal yorumuyla, SPKn’nun temelini oluşturan “kayıt” sisteminin değiş-

tirilmediği, fakat kuruluş sermayesine veya sermaye artırımına katılma borcuna mahsuben para toplanmasının SPKr'nun iznine bağlandığı sonucuna varılabilir.

İzinsiz halka arz sorunu çok yönlüdür. Sadece kuruluş ya da sermaye artırımı aşamasında para toplanmamaktadır. Çıkarılmış hisse senetleri veya hisse senedi niteliği taşımayan belgeler karşılığında da para toplanmaktadır. Mali piyasalara özgü bu sorunun, kısmi olarak temel yasa niteliğindeki TTK'ya taşınması doğru değildir. İzinsiz halka arzları önlemeye yönelik olarak SPKn md.46'da birçok hüküm vardır. Ayrıca izinsiz halka arzları önlemeye yönelik olarak, yine kayyım atanması esasına dayalı olarak geliştirilen çok amaçlı bir kanun tasarısı kanunlaşma sürecindedir.

Kaldı ki Tasarı hükmünde, para toplamadan önce Kuruldan izin alınması öngörülmektedir. Oysa yukarıda değinildiği gibi, SPKn'da halka arzda kamuyu aydınlatma esasına dayalı "kayıt" sistemi geçerlidir. Tasarıyla getirilmesi öngörülen "izin" sistemi, genel sisteme yabancıdır. Bu çerçevede, izinsiz halka arz konusunun SPKn içinde çözümlenmesi ve TTK gibi temel bir yasanın kapsamında çıkarılması yerinde olacaktır.

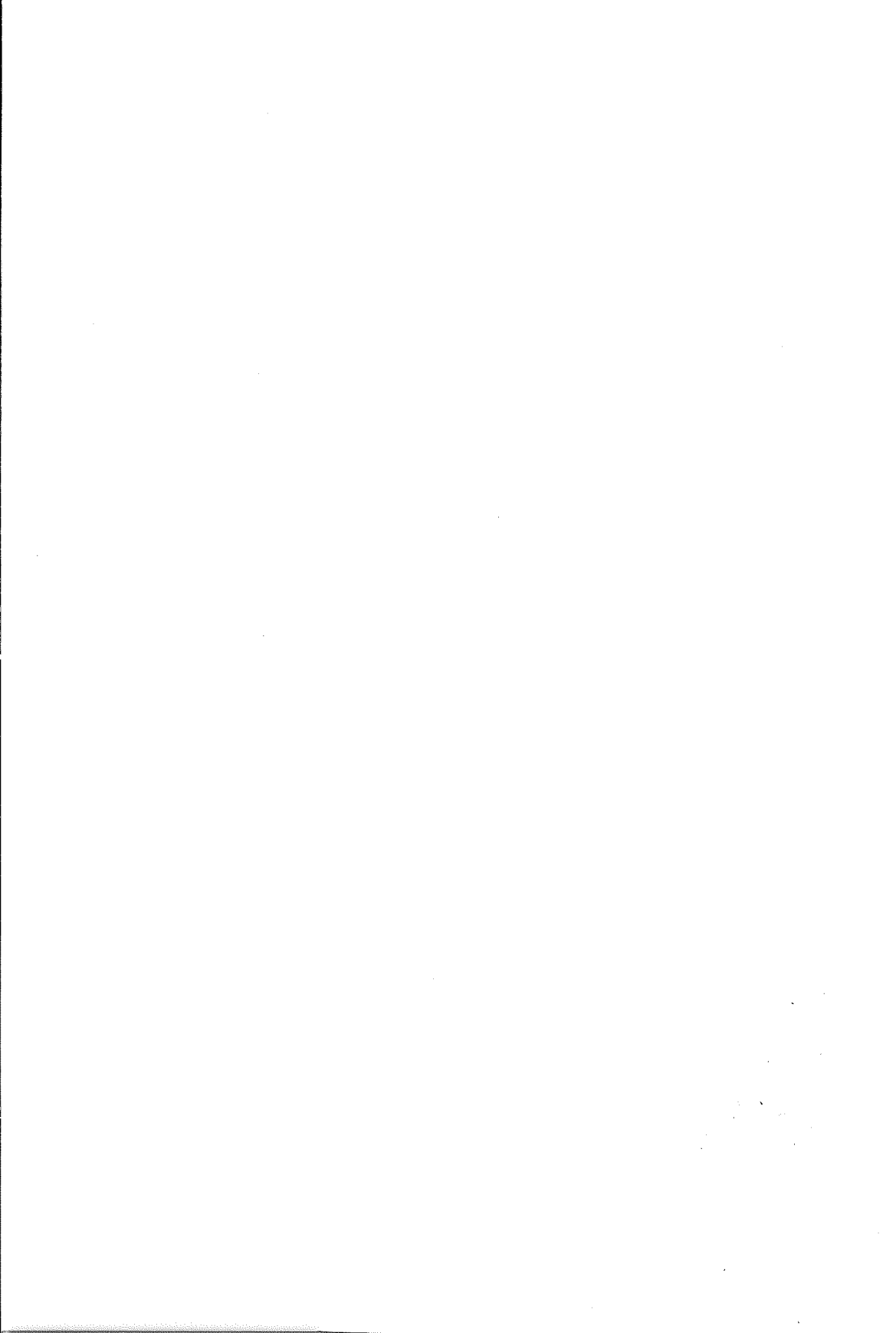
K. Genel Kurul Yetersayıları

Tasarının, genel kurulda ağırlaştırılmış toplantı ve karar yetersayısını düzenleyen 421 inci maddesinin altıncı fıkrasında sadece iki halde ve borsa ortaklıklarıyla sınırlı olarak, ağırlaştırılmış yetersayıların uygulanmasına istisna getirilmiştir. Buna göre, sermaye artırımı, kayıtlı sermaye sisteminde tavan artırımını, nev'i değiştirme, birleşme ve bölünmeye ilişkin kararlar, ana sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça, Tasarının 418 inci maddesinde düzenlenen yetersayılarla alınabilecektir. İstisnadan yararlanabilecek ortaklıklar ise "pay senetleri borsada işlem gören" ortaklıklarla sınırlıdır.

Her şeyden önce bu istisna kuralı madde içinde bir dengesizlik yaratmaktadır. Sermaye artırımını, birleşme, bölünme gibi ortakların hakları üzerinde önemli etkileri haiz kararlar, ortaklığın mali yapısı üzerinde hiçbir etki yapmayacak sıradan bir ana sözleşme değişikliğine göre daha hafif toplantı ve karar yetersayılarıyla alınabilecektir. Burada amaç, dağınık ve genel kurullara katılma konusunda isteksiz ortak kitlesine sahip ortaklıklarda, ortaklığın işleyişini engelleyecek şekilde karar mekanizmasının kilitlen-

mesini önlemek olduğuna göre, hafif yetersayıların 421 inci maddenin 2 nci ve 3 üncü fıkralarında sayılanlar dışında kalan her türlü ana sözleşme değişikliğinde uygulanması gerekir. Ayrıca istisnanın sadece borsa ortaklıklarıyla sınırlanması da doğru değildir. Hisse senetleri borsada işlem görmemekle beraber ortak sayısı binleri geçen halka açık anonim ortaklıklar vardır ve bunlarda da karar mekanizması, ağırlaştırılmış yetersayılarla işleyememektedir. Bu nedenle SPKn md. 11.VI hükmünde tüm halka açık anonim ortaklıklara tanınan hafif yetersayı ile karar alabilme olanağının, Tasarının 421 inci maddesiyle, kendi içinde de çelişki yaratacak biçimde sınırlandırılması gerekir.

Yukarıda ana başlıklar ve temel ilkeler itibariyle sermaye piyasası açısından değerlendirilen Tasarı, çağdaş bir anonim ortaklıklar hukukunun temel özelliklerini taşımaktadır. Sermaye piyasası hukukuyla TTK hükümleri arasındaki derin ayrılıklar Tasarıyla kapatılmış, halka açık ve açık olmayan anonim ortaklıklar arasında tabii oldukları rejim bakımından doğan farklılıklar büyük ölçüde giderilmiştir. Ancak başta özel hükümlere tabii ortaklıkların Tasarıya tabiyeti olmak üzere, Tasarının birçok hükmünün sermaye piyasası hukukunun gereklerine uygun biçimde düzeltilmesi gereklidir. Öte yandan AB anonim ortaklıklar hukukunun hızlı bir değişim süreci içinde olduğu dikkate alındığında, çağdaş normlara sahip Tasarı bu dönemde kanunlaştığı takdirde, kısa süre içinde, AB hukukuna uyum çerçevesinde tekrar değişim çalışmaları yapılması gerekecektir. Esasen varılan bu nokta, ticaret hukukunun, sermaye piyasası hukukunun dinamik yapısının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.



ÜÇÜNCÜ OTURUM İKİNCİ BÖLÜM

**YARD. DOÇ. DR. NECLA GÜNEY AĞDAĞ,
DOÇ. DR. ALİ CEM BUDAK VE
DR. ÇAĞLAR MANAVGAT'IN
TEBLİĞLERİ HAKKINDAKİ SORU VE CEVAPLAR**

İhsan DEMİRKİRAN: Dr Çağlar Manavgat'a teşekkür ederim. Saat 12:05, 12:35'e kadar tartışmamız var. Şimdi tartışmayı açıyorum. Aramızda Beyoğlu 1. Ticaret Mahkemesi Başkanı arkadaşımız var. İstanbul'un herhalde en eski ticaret mahkemesi başkanlarından. Fiilen ticari defterlerle ilgili uygulaması var. Ben kendisinden, tabii istediği şekilde açıklama yapabilir de, şimdi yeni tasarıda bunun kaldırılması uygun mu değil mi? Arzu ederse bir iki kelime söyleyebilir. Etmezse, yine de teşekkür ediyoruz. Uygulamacı olduğu için bize yararlı olacaktır.

Orhan YILMAZ (Beyoğlu 1. Ticaret Mahkemesi Başkanı): Sayın Başkanım, teşekkür ederim. Ben Beyoğlu 1. Ticaret Mahkemesindeyim. Numara yanlışlığı oldu. Şimdi Sayın Ali Cem Budak değindiler, aynen katılıyorum. Ticari defterlerle ispatın aynen Ticaret Yasası'nda daha sistematik düzeltilmek suretiyle kalması gerekir diye düşünüyorum. Çünkü hemen hemen bizim bütün davalarımızda diğer deliller arasında mutlaka ticari defterlere de dayanılıyor ve büyük oranda, %90 diye not aldım ben, tabii Sayın Ali Cem Budak'ın elindeki istatistik bende yok, ama %90'ında diyebilirim yazılı delil ibraz edilmiyor. Fatura, irsaliye ve ticari defterlere dayanılıyor. Şimdi irsaliyeler genellikle herhangi bir imza taşıyor veya irsaliye ibraz edilmiyor. İbraz edilenlerde imza yok. Çoğunlukla da İstanbul'daki taşımalarda, başka yerlere satışlarda taşıma şirketine irsaliye düzenleniyor ve o şoförün imzası alınıyor. Anadolu'ya gidiyor ya imza alıyor ya alınmıyor. İmza alınanlarda da itirazlar oluyor. İmzanın kimin tarafından

atıldığı belli değil, isim yok. İsim varsa “bu isimde bizde çalışan kimse yoktur” diye itirazlar oluyor. Yani özellikle teslim vakıasının ispatında çok büyük güçlükler var. O bakımdan ticari defterlerle ispat usulünün bence muhafaza edilmesinde yarar var. Yalnız sistematik dediğim gibi düzeltilebilir. Gerçi uygulamada bazı aksaklıklar var, gerek taraflar gerekse mahkemeler yanlış uygulamalar yapıyorlar. Şöyle ki; lehe delil olma, aleyhe delil olma, karşı tarafın aleyhine delil olma konularının çok iyi bir şekilde sistematik düzeltilmesi lazım. Bu maddelerde de olabilir, gerekçede de olabilir. Eğer bu uygulama bilirkişiler, taraf avukatlar ve de mahkemeler tarafından iyi anlaşılabilirse, özellikle ticari davalarda çok büyük bir ispat kolaylığı olacağı, hem uygulamanın rahatlayacağı hem de tarafların çok daha kolay ispat edebileceklerini düşünüyorum.

İhsan DEMİRKIRAN: Sayın Başkana teşekkür ediyorum. Şimdi sözü Sayın Hikmet Sami TÜRK’e veriyorum.

Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK: Sayın Başkan, değerli meslektaşlarım.

Gerçekten üç güzel bildiri dinledik. Bütün arkadaşlarımı kutluyorum. En son değinilen konu ticarî defterler olduğu için sıcağı sıcağına oradan başlayayım. Dünkü konuşmamda da ifade ettiğim gibi ticarî defterlerle ispat, tacirler arasında ticarî işletmeleriyle ilgili uyumsuzlıklardan dolayı ticarî defterlerin kesin kanıt olarak kullanılması konusundaki hükümlerin kaldırılması isabetli olmamıştır. Ayrıca gösterilen gerekçe de doğru değildir. Çünkü –dün de ifade ettiğim gibi– 2000 yılında çıkarılan yeni Fransız Ticaret Kanunu’nda da bu konuda hüküm vardır. Dolayısıyla bu konuda yeni bir düzenleme biçiminde de olsa, ticarî defterlerle ispat olanağının sürdürülmesinde yarar var.

Ticarî davalar konusunda benim eklemek istediğim birkaç nokta var. Bunlardan birine dün değindim: Sistematik bakımdan 1499. maddedeki ticaret davalarında, daha doğrusu ortaklık davalarında yargılama usulü ile ilgili hükmün de “Başlangıç”ta ticaret davalarına ilişkin hükümler arasına alınması uygun olur.

Burada eskiden beri sıkıntı çekilen iki sorunun giderildiğini görüyoruz. Bunlardan biri görevsizlik kararı üzerine, yani bir davanın hukuk mahkemesinde ya da ticaret mahkemesinde görülüp görülmemesi konusundaki ilk itirazın kabulü üzerine verilecek gönderme kararından sonra yapılacak işlem nedir? Bu konuda eskiden olduğu gibi şimdi de 5. maddenin sonunda

bir yollama var: “Görevsizlik sebebiyle dava dilekçesinin reddi hâlinde yapılacak işlemlere ve bunların tâbi oldukları sürelerle ilişkin usul hükümleri, iş alanına ait ilk itirazın kabulü hâlinde de uygulanır”.

Bu konuda geçmişte bir içtihadı birleştirme kararı vardı. Bu, 11.10.1976 tarih ve E. 1976/5, K. 1976/5 sayılı içtihadı birleştirme kararı idi. Ona göre, yüze karşı verilen kararlarda on gün içinde; gıyapta, yoklukta verilen kararlarda ise tebliğden itibaren on gün içinde gönderilen mahkeme nezdinde dava açılması gerekiyordu. Şimdi bu konuda –biraz önce arada Sayın Başkanla konuştuğumuz gibi– bu içtihadı birleşme kararı doğrultusunda, bir hükmün Tasarı’da yer aldığını görüyoruz. Gerçekten 5. maddenin 3. fıkrasına göre, “kararın sözle bildirimini veya tebliği tarihinden itibaren on gün içinde açılacak davaya bu mahkeme bakmak zorundadır”. Bu, isabetli bir düzenleme. Ama bu hükmü koyduktan sonra acaba son fıkraya gerek kaldı mı? Özellikle orada yine ilk itirazın kabulü üzerine yapılacak işlemlere ve bunların tâbi oldukları sürelerle ilişkin usul hükümlerinin uygulanmasını belirten ibareye gerek kaldı mı? Çünkü bu sorun 3. fıkrada çözülmüş. Böyle olunca, son fıkranın çıkarılması gerekir. Bu birinci nokta.

Son zamanlarda Türk Ticaret Kanunu’na eklenen bir hükümle denizcilik ihtisas mahkemeleri kuruldu. Yürürlükteki Kanun’un 4. maddesine eklenen bu hüküm, aslında Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan bir kanun tasarisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde görüşülmesi sırasında Komisyon’da verilen bir önergeyle ve yanlış gerekçeyle, Meclisi yanlış bilgilendirmek suretiyle kabul edilen bir hükümdür. Komisyon Raporunda denizcilik ihtisas mahkemelerinin kurulmasının Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Kararda kabul edildiği, öngörüldüğü belirtiliyor. Bu doğru değildir. Bu müktesebatla ilgili Bakanlar Kurulu Kararında sadece ihtisas mahkemelerinin, uzmanlık mahkemelerinin çoğaltılacağı yolunda bir hüküm var. Şimdi yeni Tasarı’da buna yer verilmediğini görüyoruz. Hâlen Türkiye’de 53 ticaret mahkemesi kurulmuştur; 51’i faaldir. Bunun yanında 1 denizcilik ihtisas mahkemesi kurulmuştur. Tasarı’da doğru olarak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nca iş durumunun gerektirdiği yerlerde ticaret mahkemelerine denizcilikle ilgili davalara, uyuşmazlıklara bakma görevinin verilebileceği belirtilmektedir. Bu, isabetli bir düzenlemedir, buna katılıyorum. Böylece Kanun’da yapılan bir yanlış da düzeltilmiş olmaktadır.

Birleşme, bölünme ve tür değiştirme konuları, aslında benim hayatımın en önemli yıllarını almıştır. Çünkü doktora tezimden itibaren rahmetli Prof. Dr. *Halil Arslanlı*'nın tavsiyesiyle, akademik çalışmalara “tür değiştirme”yle başladım, “birleşme”yle devam ettim. Sonra “bölünme”ye başlamıştım, ama siyasî hayata girdim, yarım kaldı. İnşallah bundan sonra tamamlama olanağı bulabilirim.

Fakat arkadaşımız Yard. Doç. Dr. *Neclâ Güney*, bu konuları çok güzel açıkladı. Ben de önce şunu söylemek isterim: Türk hukukunda Ticaret Kanunu'nun 147. maddesinde yer alan “Nevilerin aynı olması” koşulu, uzun zamanlar ticaret ortaklıklarının birleşmesine, hatta tür değiştirmesine engel olmuştur. Rahmetli *Arslanlı*'nın birleşme konusundaki aynı türden olma koşulunun tür değiştirmede de uygulanabileceği yolundaki bir düşüncesi uzun zaman yargıyı etkilemiştir. Ama sonradan benim “Ticaret Ortaklıklarının Tür Değiştirmesi” konulu doktora tezimde savduğum görüşün öğretilerde benimsenmesi ve Yargıtay'ın katılması sonucunda durum değişmiş ve –152. maddede olduğu gibi– bütün ticaret ortaklıklarının tür değiştirmesi kabul edilmiştir.

147. maddedeki “Nevilerin aynı olması” koşulu ise, bazı kitaplarda yer alan açıklamaların dışında tamamıyla bir normlar uyumsuzluğu kuralı olarak konmuştur. Çünkü yürürlükteki Ticaret Kanunu'muz bazı hükümleri itibariyle bir derleme kanun niteliğindedir. Bu Kanun'un ticaret ortaklıklarına ilişkin genel hükümlerine göre birleşmede alacaklılar, “İtalyan sistemi” dediğimiz, onlara “itiraz hakkı” tanıyan bir sistemle korunmaktadır. Buna karşılık anonim ortaklıkların, paylı komandit ortaklıkların ve kooperatiflerin birleşmesine ilişkin özel hükümler çerçevesinde aynı konuda “Alman/İsviçre sistemi” olarak adlandırdığımız ve –arkadaşımızın çok güzel değindiği gibi– Almanların terk ettiği, ama İsviçrelielerin 1936'da Borçlar Kanunu değişikliğiyle kabul ettikleri, bizim de 1956'da onlardan aldığımız “devralınan ortaklık malvarlığının ayrı yönetilmesi” sistemi uygulanmaktadır. Bu iki sistem, birbiriyle hiçbir şekilde bağdaşmamaktadır. Ne uygulanma sırası itibariyle, ne nitelikleri itibariyle. O nedenle –benim “Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde ‘Nevilerin Aynı Olması’ Koşulu” başlıklı doçentlik tezimde açıkladığım gibi– yasa koyucu, bu farklı düzenlemeleri alırken buradaki sistem uyumsuzluğunun çözümü olanağının bulunmadığını, eğer çözmek gerekirse konunun ayrıca düzenlenmesi gerektiğini görmüş ve kestirme yol olarak ayrı türden ortaklıkların birleşemeyeceğini ifade etmiş-

tır. Bu, tıpkı ayrı tâbiyette iki insanın evlenmesinin devletler özel hukukunda düzenlenmesi yerine, onların evlenemeyeceği yasağının konulması gibi bir düzenlemedir. Ama şimdi bu, Tasarı ile terk edilmektedir.

Fakat görüyoruz ki, yine bu konuda birtakım sınırlamalar var. Birleşme, bölünme ve tür değiştirme yeteneği bakımından birtakım sınırlamalar var. Bunların yerindeliği tartışılabilir. Şüphesiz bir ekonomi, hukuk politikası olarak sermaye ortaklıkları yönünde birleşmeler, bölünmeler ve tür değiştirmeler özendirilebilir. Çünkü sermaye ortaklıkları ekonomide daha etkilidir, vergi bakımından kurumlar vergisi yükümlüsü durumuna gelmektedirler. Ama aslında ekonomik gereksinimler çerçevesinde bu ortaklıkların birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi her yönden olanaklı kılınmalıdır. Bu, en doğru olan çözümdür.

Şimdi birkaç teknik konuya da değinmek istiyorum. Bu Tasarı'da devralma yoluyla birleşmede malvarlığını devreden ortaklığı belirten terim olarak bazen “devralınan ortaklık” denmiş, bazen “devrolunan ortaklık” denmiş, bazen “devreden ortaklık” denmiş. Doğru olan, “devreden ortaklık”tır. Devreden ortaklığın da bir iradesi var, onların da karar vermesi gerekiyor. Nitekim kaynak İsviçre Birleşme Kanunu'nda “*übertragende Gesellschaft*” terimi kullanılmaktadır. Bu terimin Tasarı'da da kaynağa uygun olarak düzeltilmesi gerekir. Tasarı'da birleşme türleri için “devralma şeklinde birleşme, yeni kuruluş şeklinde birleşme” terimleri kullanılmıştır. Aslında bunların doğrusu, “devralma yoluyla birleşme, yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme”dir. Bunların da düzeltilmesi gerekir.

Tasarı'da bazı konularda kamuyu aydınlatma ilkesinin abartıldığını görüyoruz. Örneğin 149. maddede “Birleşmeye katılan ortaklıklardan her biri için “merkezleriyle şubelerinde”, “halka açık anonim şirketlerde Sermaye Piyasası Kurulunun öngöreceği yerlerde” bazı belgelerin incelemeye sunulması ve ilân yükümlülükleri getiriliyor. Ama kimler için? Birleşen ortaklıklar, bu belgeleri ortaklar, intifa senedi sahipleri, ortaklık tarafından ihraç edilmiş bulunan menkul kıymet hamilleri, menfaati bulunan kişiler ve diğer ilgililerin incelemesine sunmakla yükümlüdür. Kim “menfaati olan kişiler”, “ilgililer” kim? Bu, çok geniş ve belirsiz bir çevre. Buna gerek yok. İnceleme hakkının bu konuda gerçekten yararı olan, birleşme kararını verecek çevrelerle sınırlı kalmasında yarar var. Nitekim kaynak İsviçre Birleşme Kanunu'nda inceleme hakkı sadece ortaklara tanınmıştır.

150. maddede birleşmeye katılan ortaklıklardan birinin malvarlığındaki aktif ve pasiflerle ilgili önemli değişiklikler meydana gelmişse, bunun o ortaklığın yönetim organı tarafından kendi genel kuruluna bildirilme yükümlülüğü getirilmektedir. Aslında bu birleşmenin olup olmayacağı henüz kesin değildir. Daha birleşme konusunu önüne getirmediğiniz bir genel kurula böyle bir bilgi verme yükümlülüğünün konulması isabetli değildir.

153. maddenin 3. fıkrasında “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri saklıdır.” deniyor. Oysa 134. maddede –dün de ifade ettiğim gibi– hatalı bir biçimde zaten “... Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ... aşağıdaki hükümlere aykırı olmayan hükümleri saklıdır” hükmü yer almaktadır. 134. maddedeki hatalı ifadenin düzeltilmesi yeterlidir; ayrıca 153. maddede tekrarına gerek yok.

Bazı yerlerde kullanılan ifadenin isabetli olmadığını görüyoruz. Örneğin bölünme ile ilgili 161. maddede “oranın korunduğu bölünme” ve “oranın korunmadığı bölünme” ibareleri yer alıyor. Burada ortakların bölünen ortaklıkta sahip oldukları pay oranında katılabilecekleri veya o oran korunmadan katılabilecekleri bölünmeler söz konusu. Bunlara –İsviçre’de olduğu gibi, kaynakta olduğu gibi– “simetrik bölünme” ve “asimetrik bölünme” adlarının verilmesi daha doğru olur.

Bir de bir temel tercihe işaret etmek isterim. İsviçre Birleşme Kanunu’ndan önce Almanlar, arkadaşımızın “Yeniden Yapılandırma Kanunu” olarak adlandırdığı, benim “Dönüşüm Kanunu” dediğim “*Umwandlungsgesetz*” i çıkarmışlardır. Bu konuda bir Avrupa Birliği ülkesi kanununun model alınması daha doğru olurdu. Tabii, doğrudan doğruya anonim ortaklıkların birleşmesine ilişkin Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi Üçüncü Yönergesi ve anonim ortaklıkların bölünmesine ilişkin Altıncı Yönerge de temel alınabilirdi. O Yönerge’de bölünme, devralma yoluyla bölünme ve yeni ortaklıklar kurulması yoluyla bölünme şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Oysa burada tam bölünme, kısmî bölünme şeklinde farklı bir düzenleme var. Ama bazı hükümlerde devralma yoluyla bölünme ve yeni ortaklıklar kurulma yoluyla bölünme konusunda da hükümler var. Benzeri ayrımlar, Alman Dönüşüm Kanunu’nda da yer alıyor. Bu bakımdan doğrudan doğruya Altıncı Yönerge’nin uyarlaması niteliğindeki Alman Kanunu’nun temel alınması daha doğru olurdu.

Bazı hükümlerde, örneğin 147, 148 ve 149. maddeler ile 170 ve 171.

maddelerde Tasarı ile getirilen bazı yükümlülüklerden küçük ve orta ölçekli ortaklıklar bağışık tutulmuştur. Buna karşılık aynı yükümlülüklerle ilgili başka bazı maddelerde aynı yönde bir hükme yer verilmediği görülmektedir. Örneğin bölünme konusunda 169. maddenin sonunda böyle bir hükme yer verilmemektedir. Bunun tamamlanması yerinde olur.

179. maddede bölünmenin ticaret siciline tescili düzenleniyor. Ama 154. maddedeki birleşme kararının ilânından farklı olarak, ilân ile ilgili herhangi bir hüküm yer almıyor. Bunun da 179. maddeden sonra eklenmesi uygun olur.

Bölünmede iş ilişkilerinin geçmesi konusunda 178. maddede bir düzenleme var. Birleşmede iş ilişkilerinin geçmesi konusunda ise 158. maddenin 4. fıkrasında 178. maddeye yollama yapılıyor. Tasarı'da bölünme, birleşmeden sonra gelen bir düzenleme. Oysa Tasarı'da birleşme için, daha sonraki düzenleme içinde bulunan bir maddeye yollama yapılıyor. Bunların yer değiştirmesi gerekir. Yani 178. maddenin 158. veya onu izleyen yeni bir maddeye gelmesi gerekir. 178. maddede o hükme yollama yapılabilir.

Şimdi başka değerli konuşmacıların da görüşlerini ifade etmelerine fırsat vermek gerekir. Tasarı'da değinilmesi gereken daha birçok hata, ifade hatası, terim hatası var. Sanıyorum ki, bunlar da ileride yapılacak olan daha ayrıntılı çalışmalarda ortaya çıkarılacaktır. Bana bu fırsatı verdiğiniz için teşekkür ederim.

İhsan DEMİRKIRAN: Teşekkür ederiz Sayın Türk. Buyrun Sayın Pulaşlı, söz sizin efendim.

Prof. Dr. Hasan PULAŞLI: Teşekkür ederim Sayın Başkan. Ben birleşmeyle ilgili bir hususa dikkati çekmek istiyorum. Birleşmeyi sunan Sayın Necla Ağdağ Hanımefendi dediler ki; bir sermaye şirketi neden şahıs şirketine dönüşemiyor. İsim de verdi, kolektif şirkete. “Bunun neden olduğunu anlamıyorum” dedi. Almanya’da kabul edildiğini, İsviçre’de kabul edilmediğini söyledi. “Orada gerçekten de kolektif şirketlerin, komandit şirketlerin tüzel kişiliği yoktur, ama Türkiye’de vardır” dedi. Şimdi burada çok önemli bir şey vardır. Gerek İsviçre hukukunda, gerekse bizim birleşme kanunumuz zaten doğrudan doğruya İsviçre’den alındığı için ben sizin dikkatinizi iki önemli konuya çekmek istiyorum.

Bir: Diyelim ki bir anonim şirket, kollektif şirkete dönüşmek istiyor. Şimdi anonim şirketlerde ortakların sorumluluğu, hep biliyoruz ki taahhüt edilen sermaye miktarıyla sınırlı sorumluluk ve buraya noktayı koyuyoruz. Şimdi birleşmenin genel kurullarındaki nisaplarına bakıyoruz. 421. maddenin 4. fıkrasında açıkça orada ne diyor; birleşme, bölünme, tür değiştirmeyeyle ilgili olarak esas sermayenin %50'si ile birleşmenin olabileceğine izin veriliyor.

Şimdi düşünün, bir şey daha söyleyeceğim. Yine 151. maddenin 5. fıkrasında birleşmeyle ilgili olarak; eğer birleşme sözleşmesinde sadece ve sadece ayrılma akçesi öngörülürse, yani %10 paya sahip olan ortakların şirketten ihracı isteniyorsa, gerekçede de bahsediliyor, bu iki taraflıdır, hem azınlık payı sahipleri şirketten çıkabilir, ilk defa anonim şirketten çıkma hakkı veriliyor, aynı zamanda da büyük pay sahiplerine de, %90'a sahip olanlara, %10'u, azınlığı, şirketten ihraç etme hakkı veriyor. Şimdi bu durumda, %90 oyla alınması imkanı yok, birleşme kararı alındı diyelim, anonim şirket dönüştü, yine %50 ile oluyor. Şimdi sınırlı sorumlu bir ortak, doğrudan doğruya sınırsız sorumlu bir ortağa dönüşüyor. Anonim şirketler kurumlar vergisine tabi, kollektif şirketler gelirler vergisine tabi. Kollektif şirket ortağı iflasa tâbi, bunu da biliyoruz. Şimdi siz iradenize aykırı olarak %50, çünkü pay sahipleri genel kurulda dönüşme istedi. O zaman siz şirketten de çıkma hakkına sahip olamıyorsunuz, çünkü %90 paya sahip olanların çoğunluğu aranıyor, çıkmayla ilgili. Burada da verilmiyor. O zaman demek ki ne olacak, anonim şirketin pay sahiplerinin iradesine aykırı olarak kişilerin tamamen statüleri değişecek, sorumlulukları değişecek. Yani bugünkü sistematik içerisinde baktığımız zaman da neden anonim şirketin kollektif şirkete dönüşmediğini sadece salt ticaret hukukunun hükümlerinde, aynı zamanda bunun hem Ticaret Kanunu'nun hem hukuk açısından baktığımız zaman ve İcra İflas Kanunu açısından baktığımız zaman diğer birtakım bütün bir tüm halinde ele aldığımız taktirde diğer hukuki sonuçlar ortaya çıkacaktır. Onun için bir sermaye şirketini kollektif şirkete dönüştürmesinin sebepleri sanırım, bugünkü hukuki sistemimizin bu sistemi açısından dandır. Çok teşekkür ederim.

İhsan DEMİRKIRAN: Efendim teşekkür ederiz, Necla Hanım buyrun.

Yard. Doç. Dr.Necla GÜNEY: Değerli Hocama açıklayıcı bilgileri için teşekkür ediyorum. Yalnız ben bu eleştirilerimi yaparken dedim ki,

“Gerekçede deniliyor ki; sermaye şirketi kollektif şirkete, şahıs şirketine dönüştürülemez, şahıs şirketi rahatlıkla bir sermaye şirketine dönüştürülebilir. Eğer bir sermaye şirketi şahıs şirketine dönüştürülecekse, alacaklıların korunmasına gerek yok.” Bunlar benim elimdeki gerekçede yazanlar.

Bu gerekçe beni tatmin etmiyor, yani alacaklıların korunmasına gerek yoksa, eğer düzenlemenin amacı alacaklıları korumaksa, ki bir şahıs şirketi sermaye şirketine dönüştüğünde evet bunun gerekli olduğunu söyledik, karşınıza birden bire, sınırlı sorumlu çok ortak buluyorsunuz. Buna ilişkin olarak da alacaklıları korumak için bir düzenleme getirilmiş. Diyorsunuz ki; birleşmeden sonra alacaklılar güvence talep edebilirler. Sizin söylediğiniz gerekçeler, Alman hukukunda bunun çözümü de var. Yani eğer birleşecek şirketler farklı türden ise, o zaman devreden şirketin ortaklarına çıkma hakkı tanıyorsunuz. Siz de tanırıyorsunuz çıkma hakkını, yani benim başlangıçta da söylediğim o; neden körü körüne aynı sistemi buraya aktarmaya çalışıyoruz da başka çözümler varsa bunları getirmeye çalışmıyoruz? Esneklikten bahsettik, şirketlerin rahat hareket edebilmesinden bahsettik, piyasa koşullarına masrafsız birleşme ve bölünmenin en önemli özelliği bunların tasfiyesiz sona ermeleridir. Zamandan kazanıyorsunuz, masraftan kaçınmış oluyorsunuz. Bunları getirmek, bir esneklik tanımak gerekirken, gelişmeye açık, bu tasarının vizyonlarında yazar, gelişmeye açık olmasıdır. Bu gelişmenin önüne set çekmenin bir anlamı yok bence. Yani çözüm belki şu halihazırdaki sizin bahsettiğiniz belki engel olacaktır, %90'la karar verilemeyecektir, ama madem öyle %90 yerine çıkma hakkı tanısaydınız. Tanıyabilirdiniz. Buna ilişkin bir düzenleme var. Bunu örnek alabilirdiniz. Benim eleştirim; ona ve gerekçede, keşke sizin söylediğiniz gerekçeler tasarıda yer alsaydı, ben onu anlayışla karşılayacaktım, ama bana verdiği gerekçeyle tasaridaki düzenlemenin birbiriyle hiç alakası yok. Ya gerekçeyi ve tasarıyı farklı kişiler kaleme aldılar ya da dikkat etmediler.

Bir de çok kısa bölünmeyle ilgili söylemek istediğim bir husus var, demin atladım özür diliyorum, bölünmenin en önemli özelliği kısmi külli halefiyet, Almanların deyimiyle “partiel Universalsukzession” dediğimiz bir sistem getirmesi. Yani buradaki kolaylık şudur; tam bölünmede bölünen ortaklık tamamen ortadan kalkar, yerine yeni iki tane yeni ortaklık kurulur veya var olan ortaklığa devredilir. Bu arada bu malvarlıklarının geçişi eğer siz bu kısmi külli halefiyeti getirmezseniz, yani böyle bir düzenleme yapmazsanız, tasfiyeye gitmek zorundasınız: Bu da dediğim gibi hem zaman

alır, hem çok masraflı. Bunu engellemek için Almanlar “partiel Universal-sukzession” sistemini geliştirmişler ve demişler ki “bölünen şirketin malvarlığı bir bütün olarak devir olunan veya yeni kurulan şirkete geçer”.

Bize de alınmış, ama maddeleri okuduğumuzda bunu böyle bir sonuca varacağına, ben ilk okuduğumda şaşırdım, gerekçeye baktım, gerekçede diyor ki “kısmi külli halefiyet”. Ünal Hoca'ya da sordum “Hocam neden buna bir vurgu yapılmadı?” Dedi ki: “Birleşmede de külli halefiyet terimi kullanılmamıştır; yasa yapma açısından bunda bir sakınca olur mu diye tereddüt ettik”. Baktım gerçekten Almanya’da “partiel Universal-sukzession” kullanılmıyor Yasanın metni içerisinde. Ama ne demişler, onu vurgulayacak “her biri bir bütün olarak”, yani; kısmi külli halefiyeti vurgu yapacak bir düzenleme getirmişler. İsviçre’de kanun gereği bir bütün olarak. Bizde de keşke bölünmeye ilişkin düzenlemelere bu vurgulama yapılsaydı ki yorumlayıcı açısından, bunu uygulayacaklar açısından da bu çok önemli. Bunun cevabı gerekçede güzel verilmiş, ama buna mutlaka metin içerisinde de vurgu yapılmasında da fayda var.

İhsan DEMİRKIRAN: Teşekkür ederiz Necla Hanımefendi'ye buyurun Sayın Hocam.

Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU: Sayın Manavgat çok yararlı açıklamalar yaptılar. Bir noktada belki bir katkı olur diye bir açıklama yapma ihtiyacını duydum. O da 330. madde ile ilgili, izin ile ilgili. Hangi şirketlerin kuruluşlarında ve ana sözleşme değişikliklerinde izin gerekeceği hususunun Ticaret Bakanlığı tarafından bir tebliğle belirleneceği ifade ediliyor. En sonunda ondan sonra 210. maddeye yanlış bir yollama var. Dün ona işaret etmiştim, ona değinmeyeceğim. En son cümlesi şöyle “Bunun dışında konumu ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri herhangi bir makamın iznine bağlanamaz.” Bu tür kesitirip atan çok hüküm var. Onlar için de bir prototip olabilir. Sayın Manavgat izin ve görüş alma bakımından sermaye piyasası mevzuatıyla tasarının düzenlemeleri arasında bir uyumsuzluk olmadığını ifade ettiler. Ben bir uyumsuzluk olabileceği endişesiyle açıklama yapmak istedim.

Bakınız Sermaye Piyasası Kanunu'nun 12. maddesi vardır. Kayıtlı sermaye sistemine geçmek için izin almak lazımdır. Şimdi siz eğer bu hükmü olduğu gibi kanunlaştırırsanız Sermaye Piyasası Kanunu'nun 12. maddesindeki izin yürürlükten kalkmış olur. Ona işaret etmek istedim. Çok teşekkür ederim.

İhsan DEMİRKİRAN: Teşekkür ederiz. Cevap vermek ister misiniz Sayın Manavgat?

Dr. Çağlar MANAVGAT: Hocam ben çok teşekkür ediyorum önce yorumunuz için. Gerçekten bütün bu tartışmayı aslında yaygınlaştırmak mümkün. Tasarının birçok hükmünde benzer problemler var. Eğer 330. madde olması gereken anlamı verirsek zaten bu sorunlar çözülecektir. Mesela ben vaktim elvermediği için değinmedim, ama esas sermayeyle ilgili maddede “Sermaye Piyasası Kanunu halka açık anonim şirketlere ilişkin düzenlemeyi yapar” diye bir saklı hüküm yok, ama kayıtlı sermayeye ilişkin maddede “Sermaye Piyasası Kurulu düzenlemeleri saklıdır.” diyor. Aslında Sermaye Piyasası Kanunu’na göre, eğer halka açık ise hepsi için Kurul’un düzenleme yetkisi var. Bunu bireysel atıflarla zaten çözmeye olanak yok. 330. maddeyi mutlak bir biçimde anlayıp, 340. maddeyi de ona göre düzeltip, kanundaki diğer saklı tutan atıfları kaldırırsak; ancak o zaman doğru bir çözüme ulaşılır. Yoksa sizin de buyurduğunuz gibi, birçok maddede bu tip yorum problemleri ortaya çıkacaktır hocam.

Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU: Bence en doğrusu 340. maddeyi olduğu gibi tasarıdan çıkartmak. Çünkü üç cümlesi var, ikisinin yanlış olduğuna siz işaret ettiniz, birisini de sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan anlamsız hükmü nedeniyle... Teşekkür ederim

İhsan DEMİRKİRAN: Kayıtlara geçti. Teşekkür ederim buyrun efendim.

Av. Altan AKDENİZ: Sayın Doç. Dr. Ali Cem Budak’a değerli tebliği için teşekkür ederim. Kendisine özür borçluyum. Bendeniz icra hukukuyla uğraştığım için, değerli hocamızla tanışmanın verdiği heyecanla, kendisinin aynı zamanda değerli bir usul hukukçusu olduğunu gözden kaçırdım. Hocamız konuşmasının başında, tasarımı, teknik anlamda kullanmıyorum bu tabiri, önceki yasa ve yasalarımızla karşılaştırarak o yasalardaki kötü örnekleri sergilediler. Oysa kötü örnek, örnek olmaz. Ticaret Kanunu elbette yasalasacak. Ancak Yasa bu haliyle yasalasamamalı. Bugünkü konuşmasından anladığıma göre, kendileri de komisyonda olduğuna göre, Ticaret Kanunu tasarısının hazırlanması için yeterli sürenin verilmiş olduğu bilgileri içindedir. Kanun diye, kanun diye, kanunlarımız tepeleniyor. Cumhuriyetin ilk yıllarında bazı yasalarımızın alalacele üç dört kişi tarafından tercüme edildiğini biliyoruz. O zaman çok acelemiz vardı, bugün öyle mi?

Genç ve değerli hocalarımız ellerinde çanta, medar-i maişet motorunu çalıştırabilmek için oradan oraya koşuşturuyor. Bu koşuşturma ortamı içinde ilmi çalışma için ne kadar süre bulabildikleri üzerinde durulmalıdır. Eski tabirle caizi sualdir. Aralarında uçurumlar da olsa bu uçurumları aşip çok değerli hocalarımızın bir araya gelmesi şarttır. Gün ülkemize hizmet günüdür. Bakırköy’de belediyenin klimasız bir salonunda, buram buram terleyerek, “ayakta olduğum sürece bu kanun tasarısını eleştireceğim” diyen Moroğlu Hocamıza, Prof. Dr. Hikmet Sami Türk Hocamıza teşekkür borçluyuz. Bir kenara çekilip sonra yasalardan şikayet etmek hakkını kimse kendisinde görmemelidir. İcra hukukçusu olarak soruyorum; İcra İflas Kanunu ve Usul Kanunu komisyonunda Baki Bey, Üstündağ, Yavuz Alango, Kamil- Nevhis Yıldırım, Ejder Yılmaz, Ramazan Arslan, Ali Cem Budak var mıydı?

Bir söz vardır, yok kanun yap kanun. Bu kadar sık değişiklik ihtiyacı nereden, niçin doğuyor? Doğdu. Kanun hazırlayanların, İcra İflas Kanunu açısından, Bankalar Kanunu, Ceza Kanunu, Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunlarını çok iyi bilen ve hakim olan kişiler olması gerekir. Aynı şeyler biraz değişiklikle Ticaret Kanunu, Ceza Kanunu açısından da düşünülür. Saygıyla arz ederim.

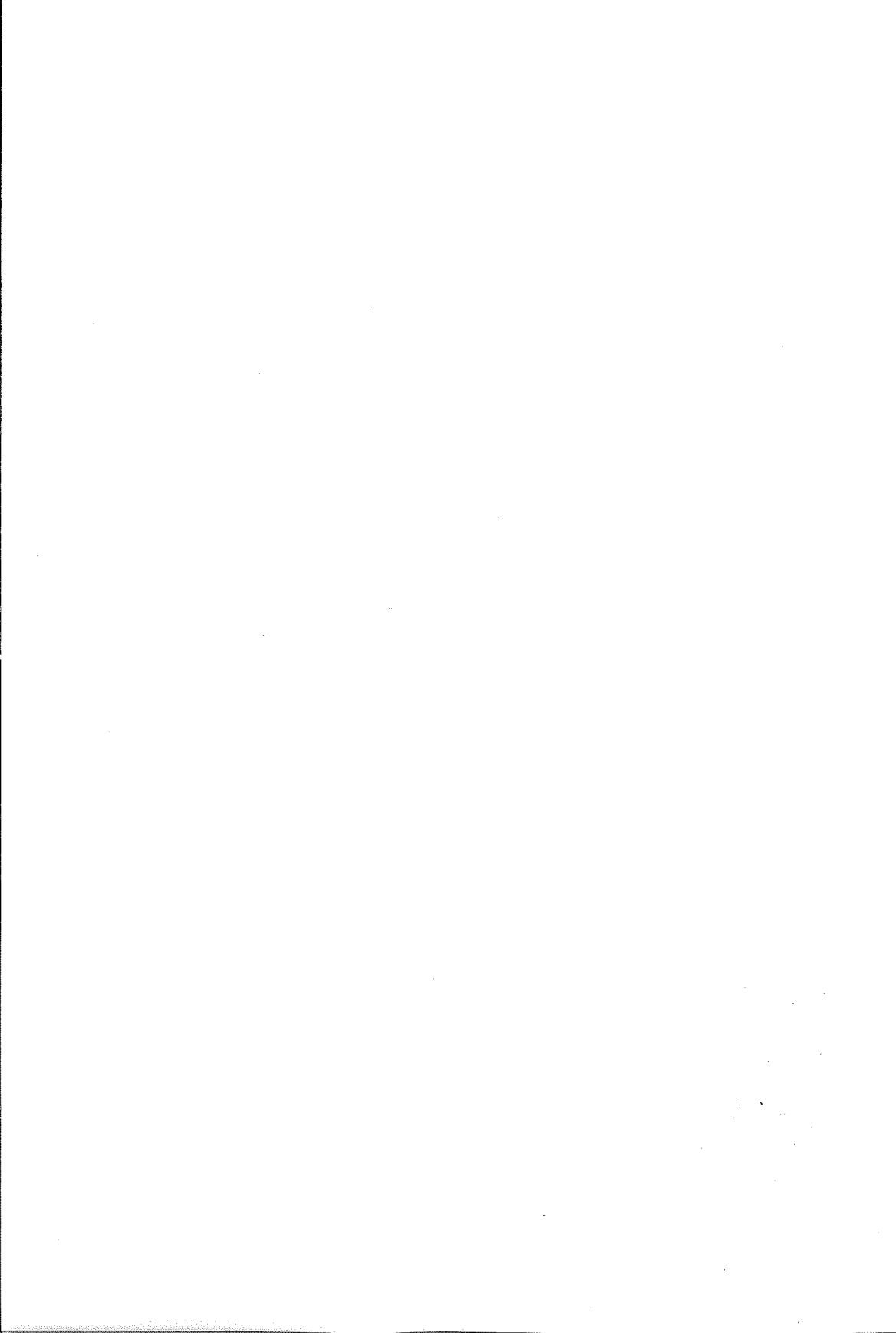
İhsan DEMİRKIRAN: Teşekkür ederiz. Ali Cem Budak buyurun.

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK: Üstadıma değerli konuşması için çok teşekkür ederim. Beni de çok mahcup etti, böyle büyükler küçüklerine takılır ara sıra. Hakikaten tam toplantıdan önce kendisiyle görüşürken bana şöyle söyledi: “Sen ticaret hukukçusu değilsin, buralarda bu işi nasıl yapacaksın”. Ben hiç alınmadım, tebliğimin başındaki sözleri şaka katayım diye söyledim. O yüzden, bu sözlerin karşısında sonradan çok mahcup oldum. Hiç ihtiyaç yoktu, ben gayet sevgiyle saygıyla karşılıyorum bana takılmasını.

Şimdi, Komisyonda ben yokum. O düşünce nasıl doğdu bilmiyorum, o Komisyonda ben bulunmadım, Ticaret Kanunu’nun hazırlanması komisyonunda bulunmadım. Ayrıca İcra ve İflas Kanunu ve Usul Kanunu değişiklikleri hazırlık çalışmalarında, komisyonlarında da yer almam mümkün olmadı. Dolayısıyla ben de Tasarıyı epeyce bir zaman sonra, ortaya çıktığında görenlerdenim. O arada ben de gayret ettim daha evvel Tasarıya ulaşmaya, ama ulaşamadım.

Altan Bey Sait Faik'in eserinden de bahsettiler. Burada dikkatli olmak lazım. Zira uygulamadan tamamen uzaklaştığı zaman da, "sırça köşk"lerde bilim üretilmeye çalışıldığı ve tatbikatın gerçeklerinden uzaklaştığı eleştirisi, yine haklı olarak yapılmaktadır. Teşekkür ederim.

İhsan DEMİRKIRAN: Ben teşekkür ederim.



DÖRDÜNCÜ OTURUM

IV. Oturum Başkam Prof. Dr. Rayegân KENDER'in rahatsızlığı nedeniyle, Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı, Prof. Dr. Erhan ADAL tarafından yönetilmiştir.

Prof. Dr. Huriye KUBİLAY hanımefendi tarafından "Sigorta Hukuku", Prof. Dr. Samim ÜNAN beyefendi tarafından "Deniz Ticareti Hukuku" ve Yard. Doç. Dr. Şafak NARBAY hanımefendi tarafından "Kıymetli Evrak" konuları ele alınacaktır. Sayın Prof. Dr. Huriye KUBİLAY sizi tebliğinizi sunmaya davet ediyorum.

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISININ SİGORTA HUKUKU BÖLÜMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Huriye KUBİLAY

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Ticareti Hukuku
Anabilim Dalı Başkanı

Teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Saygıdeğer konuklar, ben Türk Ticaret Kanunu Tasarısının sigorta hukuku bölümünü ele almaya çalışacağım. Çünkü oturumlarda çok değerli hocamız Sayın Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'ün belirttiği gibi, sigorta hukuku alanında çok önemli değişiklikler ve gelişmeler meydana gelmektedir. Türkiye Barolar Birliği'nin, 19-20 Kasım 2004 tarihinde düzenlediği "Türkiye'deki Hususi Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği" konulu bir toplantıda da, bu toplantıya katılan yabancı konuklar, bizim yaşadığımız sorunların benzerini yaşadıklarını, sigorta hukuku alanındaki gelişmelerin, değişikliklerin süratle yaşandığını ifade etmişlerdir. Yine Avrupa Birliği Müktesebatı'nın Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı'nın Uygulanması ve Koordinasyonu ve İzlenmesine

Dair 23 Haziran 2003 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı, ki 24 Haziran 2003 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmıştır, sigortacılık alanındaki birtakım mevzuatın belirli tarihlerde yasallaşmasını öngörmektedir. Bilindiği gibi bunlar, Sigortacılık Faaliyetlerinin Düzenlenmesi ve Denetlenmesi Hakkındaki Kanun, Hukuksal Koruma Sigortasına İlişkin Yönetmelik, Kredi ve Kefalet Sigortalarına İlişkin Yönetmelik, Hayat Sigortaları Yönetmeliği gibi mevzuatlardır. Bu nedenle, gerek iç hukukumuzdaki değişiklikleri yapmak bakımından, gerekse Avrupa Birliği’ndeki mevzuata uyum sağlamak açısından vermiş olduğumuz birtakım taahhütlerimizin yerine getirilmesi bakımından bu çalışmaları yapmak durumundayız.

Mevzuat taslaklarına baktığımız zaman, sigortacılık alanında, özellikle sigortacılık muhasebe sistemiyle ilgili birtakım taslakların mevcut olduğunu görmekteyiz. Sigorta Hasar Ekspertleri Yönetmeliği taslağı, Yüksek Enflasyon Dönemlerinde Mali Tabloların Düzeltmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, Sigortacılık Kanunu Tasarısı taslağı, bu önemli mevzuat çalışmalarıdır.

Avrupa Topluluğu yönergeleri açısından konuya baktığımızda, üçüncü nesil sigorta yönergeleri, üye devletlerde kurulma hakkı ve hizmet sunma serbestisi yönünden, iç sigorta piyasasının tamamlanması için temel kuralları içermektedir. Avrupa Topluluğu çerçevesinde, özellikle sigorta gözetim hukuku ve sigorta denetleme hukuku çerçevesinde çalışmalar yürümektedir. Sigorta sözleşmesine ilişkin ulusal düzeydeki uyumlaştırma çalışmaları konusunda başarıya ulaşamadığı görülmektedir. Özellikle Avrupa Birliği boyutuyla şeffaflık üzerinde durulmakta, sigorta şirketlerinin bildirim, açıklama, dikkat çekme yükümlülüklerinin artırılması ele alınmaktadır. Bu çerçevede T.T.K. tasarısının sigortacının, zararın önlenmesi, azaltılması ve rücu haklarının korunması bakımından talimat vermesine ilişkin 1426. maddesi, sözleşmenin kurulmasında liste esası ve sigortacının yazılı ve sözlü sorular sormasına ilişkin 1413-1414. maddeler ve aydınlatma yükümlerine ilişkin hükümler verilebilir.

Tasarının sigorta hukuku kitabında yapılan değişikliklerin gerekçesi şöyle ifade edilmektedir: “6762 sayılı Kanun’daki hükümler, 1926-1929 tarihli eski Ticaret Kanunu’ndan alınmış olup, uluslararası uygulama ve öğretinin gerisinde kalmıştır. Sigorta hukuku kitabına ilişkin değişiklik ve yeniliklerin kaynağını Alman Özel Sigorta Kanunu, Almanya ve İngiltere’nin uyguladıkları genel işlem şartları, Türk öğretisinde yapılan eleştiriler, sigor-

ta murakıpları mevzuatında yer alan bazı maddi hukuk kuralları oluşturmaktadır. Avrupa Topluluğu'ndan yansıyan hükümler ise, tüketici olarak sigortalıyı aydınlatma açıklaması ve tontine ilişkin hükümlerdir. Tasarıda temel hedefler, ülkemiz ihtiyaçlarına uygun modern bir kanun hazırlamak, 6762 sayılı Kanun'un uygulamada sorun yaratmamış ve sigortacılar tarafından benimsenmiş hüküm ve ilkelerinin korunması, uygulamanın sorun ve gereksinimlerine cevap verebilecek ve zorlukları, görülen sorunları giderebilecek nitelikte hükümler öngörülmesi olarak belirtilmektedir.”

Tasarının sistematığıne baktığımız zaman, 50 madde içerisinde genel hükümlere yer verildiğini, daha sonra sigorta türlerine ilişkin özel hükümlerin yer aldığını görmekteyiz. Sigorta türlerine ilişkin özel hükümler, zarar sigortaları ve can sigortaları olarak düzenlenmektedir. Can sigortalarının alt başlıklarını da; hayat sigortaları, ferdi kaza sigortaları, hastalık ve sağlık sigortaları oluşturmaktadır. Tasarının getirdiği bazı yenilikler üzerinde duracak olursak, bir defa sigorta hukuku kitabı, 6762 sayılı Kanun'da beşinci kitap olarak düzenlenmekte iken, taşıma işleri hukukunun T.T.K'na eklenmesi sonucunda artık altıncı kitap olarak yer almaktadır. Kara ve deniz sigortaları, bilindiği gibi farklı hukuk sistemlerine dayanan konular idi ve bunlar arasındaki farklılıklar birtakım sorunların yaşanmasına neden oluyordu. Bu tasarıyla, kara ve deniz sigortaları arasındaki farkların giderilmesi, bunların birlikte düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.

Rizikoların artmasıyla, sorumluluk konusunun ortaya çıkmasıyla, sorumluluk sigortalarının gündeme gelmesi sonucu, sorumluluk sigortalarının ayrıntılı olarak düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Tontinler 6762 sayılı Kanunumuz'da yasaklanmış olmasına karşın, bu T.T.K tasarısında kurulması kabul edilmiş olan bir düzenlemedir. Yeni değer sigortalarına ilişkin de bir hüküm yer almaktadır. Yalnız bu yeni değer sigortaları ile ilgili hükmün, yeniden düzenlenmesinde yarar vardır. Burada yeni değer sigortasının, “aynen tazmini öngören yeni değer sigortası” olarak ifade edildiğini görmekteyiz. Oysa yeni değer sigortası, bir şeyin, bir menfaatin daha doğrusu, bir rizikoya uğraması durumunda yenisinin elde edilebilmesi için yapılan sigortadır ve bilindiği üzere aynen tazmin sigorta şirketleri bakımından her zaman güçlük doğuran bir ödeme şeklidir. Bu nedenle, kanımca yeni değer sigortasında aynen tazmini öngören sözcüğün çıkarılması uygun olacaktır. Sigortacıyla sigorta ettirenin bunun nasıl tazmin edileceğine karar vermesine bırakılması gerekir. Bu şekilde aynen tazmin gibi istisnai bir durumun yeni

değer sigortasına getirilmesinin uygun olmadığı düşüncesindeyim.

Zamanaşımı bakımından da, tek zamanaşımı süresi yerine, biri genel, diğeri sorumluluk sigortası için olmak üzere iki ayrı zamanaşımı süresinin düzenlendiğini görmekteyiz. Bir başka yenilik, sınırlı ayni hak sahibinin, sigorta tazminatı üzerindeki hakkının düzenlenmesidir. Tasarının 1434. maddesi, yine tasarıdaki 1022. maddeye paralel bir şekilde düzenlenmektedir. Bu daha önceden de deniz ticaretiyle ilgili olan bir hükümdü, gemi ipoteği konusunda düzenlenmiştir. Aynı şey zarar sigortası bakımından, sınırlı ayni hak sahibinin sigorta tazminatı üzerindeki hakkı şeklinde düzenlenmiş, yine deniz ticareti hukukuyla zarar sigortaları bakımından paralel bir düzenleme yapılmıştır.

Grup sigortalarının ayrıntılı olarak düzenlendiğini görmekteyiz. Mal sigortaları ve can sigortalarında, grup sigortalarına ilişkin ayrıntılı hükümler yer almaktadır. Yine bu tasarı çerçevesinde, hastalık ve sağlık sigortasının, birer meblağ sigortası niteliğinde düzenlendikleri görülmektedir. Bir başka değişiklik 6762 sayılı Kanun'da düzenlenen 1264. maddedeki amir hükümler yerine, 1. kısmın sonuna, 2. kısmın 1. bölümünün sonuna ve 2. bölümünün sonuna koruyucu hükümlerin getirilmesidir. Amerika Birleşik Devletleri'nde gelişme gösteren, yöneticilerin ve yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluna ilişkin hükmün de bu tasarıya girdiğini görmekteyiz.

Değerli hocam Sayın Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'nun hazırlamış olduğu "T.T.K. Tasarısı- Değerlendirme ve Öneriler" kitabında, çok yerinde olarak ifade ettiği gibi, 361. madde ile ilgili olarak "yöneticinin ve yönetim kurulu üyelerinin" ifadesinin yer alması gerekir. 361. maddeye göre, yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yaparken kusurlarıyla şirkete verebilecekleri zarar, şirket sermayesinin %25'ini aşan bir bedelle sigorta ettirilmiş ve bu suretle şirket güvence altına alınmışsa, halka açık şirketlerde Sermaye Piyasası Kurulu'nun ve ayrıca pay senetleri borsada işlem görüyorsa borsanın bülteninde duyurulur ve kurumsal yönetim ilkelerine uygunluk değerlendirilmesinde dikkate alınır diye, bu yöneticilerin ve yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluk sigortasına özendirilmesine yönelik bir hüküm. Ancak bu hükmün belirttiği gibi, "yöneticilerin ve yönetim kurulu üyelerinin" şeklinde değiştirilmesi uygun olacaktır.

A.B.D'deki uygulamada, yöneticilerin ve yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluk sigortaları, yalnız anonim şirketler bakımından değil, limited şirketler bakımından da kabul edilmektedir ve kapsamı oldukça ge-

niştir. Bizim uygulamamızda da gelişeceğine inanıyorum. Çünkü yönetim görevi son derece ağır sorumluluklar getirmektedir. Bu sorumlulukları alacak kişilerin sigorta güvencesi altında olmaları, onları bu görevleri kabul etmeye özendircektir. Sigorta poliçesi bakımından yapılan düzenlemelere baktığımız zaman, “sigorta poliçesinin veya zeyilnamenin içeriğinin, teklifnamelerden veya kararlaştırılan hükümlerden farklı olması halinde, sigorta ettirenin, sigortalının ve lehtarın aleyhindeki değişiklikler geçersizdir.” denilmektedir. Ancak gerekçeye baktığımız zaman bu ifadenin tamamen aksine bir durum var, herhalde bir yazım hatası olduğunu düşünüyorum; bunun düzeltilmesi gerekir. Genel gerekçe paragraf 210’da poliçenin veya zeyilnamenin içeriğinin teklifnamelerden veya kararlaştırılan hükümlerden farklı olması halinde uygulanacak kural verilmemiştir denilmektedir. Bunun bir yazım hatası olduğu anlaşılmaktadır.

Sigorta poliçesinin içereceği kayıtlara yer verilmemiştir. Sigorta branşlarının süratle gelişmesi göz önünde bulundurularak genel işlem koşullarına, özel koşullara yer verilmesi uygun görülmüştür. Bu nedenle T.T.K’da belirtilen sigorta poliçesinin unsurlarının tek tek sayılması yönteminden vazgeçilmiştir.

Sigorta poliçesinin devri bakımından, kıymetli evraka benzer bir yön gösterdiğini biliyoruz. Tasarıda sigorta poliçesine kıymetli evrak niteliği tanınmamıştır. Ancak genel gerekçe paragraf 210’da eksik nama yazılı poliçe düzenlemenin mümkün olup olmadığı öğretisi ile yargı kararlarına bırakıldığı belirtilmektedir. Sigorta poliçesine kıymetli evrak niteliği tanınmadığına göre, eksik nama yazılı sigorta poliçesi düzenlemenin mümkün olup olmadığı öğretisi ve Yargıtay kararlarına bırakılmasında bir anlam olmadığını düşünüyorum.

Sigorta priminin arttırılması halinde feshe ilişkin, tasarının 1392. maddesine baktığımızda, buradaki hükmün değiştirme ve yeni düzenleme yetkisi veren kayıtlar Borçlar Kanunu tasarısının 24. maddesinde yasaklandığı için, sigorta şirketlerine onların bu hükmü kötüye kullanabilmelerine olanak verecek bir hüküm olarak görüyorum. 1392. maddede bakın şöyle; “sigortacı, sigorta güvencesinin kapsamında değişiklik yapmadan ayarlama şartlarına dayanarak primi yükseltirse, sigorta ettiren, sigortacının bildirimini aldığı tarihten itibaren bir ay içinde sözleşmeyi feshedebilir”. Böyle bir hüküm sigortacının bu durumu kötüye kullanmasına yol açabilir. Kaldı ki Borçlar Kanunu tasarısındaki hükme de uygun değildir.

Yine tasarının 1399. maddesinde “ tarafların borç ve yükümlülükleri” kavramı kullanılmaktadır. Bu kavram yerine “ tarafların yükümlülükleri” denilmesinin yeterli olduğunu düşünüyorum. Çünkü yükümlülük, borcu da kapsar nitelikte ele alınabilir.

Tasarıdaki bir değişiklik de, 1389. maddede sigorta döneminin düzenlenmiş olmasıdır. Sözleşmenin sona ermesi durumunda prim iadesi için, bazı durumlarda sigorta döneminin kullanılması gerçeği karşısında, Alman hukukundan esinlenerek sigorta dönemi de getirilmiştir.

Tasarının 1421. maddesi teklifin yapılmasıyla kabulü arasındaki değişiklikleri beyan yükümlülüğüne ilişkindir. Ancak bu hükmün gerekçesini, madde gerekçesi 1421’de bulmak mümkün değil; 1423. maddede açıklanmaktadır. Bu nedenle tasarının madde gerekçesiyle hükmün uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

1405. madde de son derece önemli. Tazminat ödeme borcuna ilişkin bir düzenlemedir. Önemli ve yeni bir düzenleme olmasına karşın, bu hükmün madde gerekçesi konulmamıştır. Bunun konulmasında yarar vardır. Çünkü sigorta tazminatının belirlenmesi ve tazminatın muacceliyetine ilişkin bir hükümdür. Muacceliyeti sigortacı yararına uzatmış olmakla birlikte, sigorta tazminatına ve sigorta bedelinin sigortacı tarafından yapılacak araştırmalar sonucunda belirlenmesi nedeniyle, eğer bu araştırmalar ihbardan başlayarak 3 aydan fazla sürecek olursa, avans niteliğinde ödeme yapılmasını öngören bir hükümdür.

Tasarının 1423. maddesi yeni bir düzenleme olup, sigortacının haklarını göstermektedir. Burada 1423. maddede, ne yazık ki gerekçesi yoktur. Yeni bir hüküm olması, yeni düzenlemeler getirmesi, önemli olması itibarıyla, bunun da gerekçesinin yazılması uygun olacaktır. 1423. maddeye göre dört hak sigortacıya verilmektedir. Bunlar sözleşmenin feshedilebilmesi veya prim hakkının talep edilmesi. Burada seçimlik bir hak tanınmaktadır. Sigorta tazminatından indirim yapılması yönünde bir hak tanınmaktadır. Sigorta ettirenin kastı halinde, meydana gelen değişik ile gerçekleşen riziko arasında bağlantı olduğu takdirde, sözleşmeyi feshetme ve prim talep etme hakları mevcuttur.

1424. maddeye baktığımızda, burada da önemli bir değişikliğin getirildiğini görmekteyiz; rizikonun gerçekleştiğini beyan yükümlülüğü. Burada yürürlükte olan T.T.K’nun hükmünden farklı olarak, orada rizikonun gerçek-

leştığının öğrenildiği tarihten itibaren beş gün içinde ihbar yükümlülüğü varken, gecikmeksizin durumun sigortacıya bildirilmesi esası benimsenmiştir. Bu hükümde olayın özelliğine göre durumun ihbarı esasına önem verildiği için, kanımca yerinde bir değişiklik olmuştur. 1426. madde bakımından, bu da 6762 sayılı Kanun 1293. maddesinde düzenlenen koruma tedbirlerine ilişkin hükmün daha genişletilmiş olan bir düzenlemesidir. Burada sadece rizikonun gerçekleştiği döneme ait değil, rizikonun gerçekleşme olasılığının yüksek olduğu döneme de ilişkin olarak zararı önleme, azaltma ve sigortacının rücu haklarını koruma yükümlülüğü getirilmiştir. Ve yine dikkat edilirse, yalnızca zararı önleme, azaltma amacıyla yapılacak önlemler değil, sigortacının rücu haklarını koruma yükümlülüğü de getirilmiştir. Yine aynı hüküm içerisinde "sigorta ettirenin sigortacının talimatlara olabildiğince uyması gerekmektedir. Burada problem yaratabilecek olan bir hüküm birden çok sigortacının varlığı ve bunların birbirlerine aykırı talimatlar vermeleri durumunda, sigorta ettirenin bu talimatlardan zararın azaltılması ve rücu haklarının korunması bakımından en uygun olanını dikkate almasına ilişkin hükümdür. Bu, sigorta ettiren bakımından problem yaratabilir diye düşünüyorum.

Bu hüküm içerisinde yeni bir husus da, rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme olasılığının yüksek olduğu hallerde zararın önlenmesi, azaltılması, artmasına engel olunması veya sigortacının 3. şahıslara olan rücu haklarının korunabilmesi için yaptığı makul giderlerin, bunlar faydasız kalmış olsa bile, sigorta tazminatından veya bedelinden ayrı olarak tazmin etmekle yükümlü olmasıdır. Eksik sigorta durumunda, eksik sigortaya ilişkin hükmün uygulanacağı belirtilmiştir ve yine sigorta ettiren lehine olan bir durum da, sigortacının sigorta ettirenin talebi üzerine giderlerin karşılanması amacıyla gerekli tutarı avans olarak ödemek zorunda olmasıdır.

Yeni bir düzenleme de, sözleşmede öngörülen yükümlülüklerin ihlali- dir. Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerin ihlali halinde, sigortacıya 1 aylık hak düşürücü süre içerisinde fesih hakkı tanınmıştır, 1427. maddeyle.

Tasarının 1428. maddesinde, kanun hükümlerinin uygulama alanına değinilmiştir. Burada sosyal güvenlik kurumlarıyla yapılan sigortaların da, bu konularda yoğun çalışmalarının olduğu bilinmektedir. Bu nedenle T.T.K ile sosyal güvenlik kurumlarıyla yapılan sigorta sözleşmeleri birbirinden ayrı tutulmuştur.

1429. madde önemli bir hüküm getirmektedir. Yine 6762 sayılı T.T.K.'dan farklı olarak, buna göre "T.T.K'da hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır." Bilindiği üzere yürürlükteki

T.T.K.'da T.T.K.'nın 5. kitabında sigorta hukukuna ilişkin hüküm bulunmadığı takdirde, Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmakta, ondan sonra T.T.K.'nun diğer hükümlerine gidilebilmektedir. Kanımca, bu da son derece uygun bir değişiklik olmuştur. T.T.K.'unun bütünlüğü açısından, öncelikle T.T.K. hükümleri uygulanacak, burada bir hüküm bulunmadığı takdirde Borçlar Kanunu hükümlerine gidilecektir. Yalnız burada, gerekçede düzeltilmesi gereken bir husus var, onu belirtmek isterim. Madde 1429'un gerekçesinde "6762 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde" denilmektedir. Bu tasarının yürürlüğe girmesi halinde alınacak kanun numarasına göre herhalde değiştirilecektir.

Tontinle ilgili birkaç şey söylemek istiyorum. Bu tasarının 1466. maddesinde düzenlenen yeni bir husus. "Birden çok kişi tarafından verilen katkı paylarıyla oluşturulan varlıkların, belirli bir tarihte hayatta kalanlar ve ölenin önceden belirlenmiş olması halinde lehtarlar arasında paylaştırılması ilkesi uyarınca tontinler kurulabilir" denmektedir. Bu hükümle ilgili gerekçede, Avrupa Topluluğu 76/580, 79/262 sayılı Yönergesinden söz edilmektedir. Biraz önce sözünü ettiğim 24 Temmuz 2003 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı'nda da, bu mevzuatın bizim hukukumuzda geçirilmesinden söz ediliyor. Ancak 2002-83 sayılı Yönergenin ek 5, bölüm A'sında, bu yönergenin ve değişikliklerinin yürürlükten kalktığını görmekteyiz. Bu nedenle gerekçenin değiştirilmesi uygun olacaktır.

Son olarak birkaç şey söylemek istiyorum. 1956 yılında bile, dün değerli hocam Sayın Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'ün ifade ettiği gibi, daha o yıllarda yeni bir sigorta kodunun yürürlüğe konulmasından, bağımsız bir sigorta kodunun çıkarılmasından söz edilmekteydi. O tarihten bu yana bir değişiklik yapılmamıştır. Bu nedenle, tasarıyla sigorta hukuku konusunda yeni bir düzenlemenin yapılmış olması, ciddi bir gereksinimi karşılamaya yönelik son derece önemli bir çalışmadır. Ancak tasarıdaki hükümlerle tasarının gerekçesinin tekrar gözden geçirilmesi, gerekli değişikliklerin yapılması uygun olacaktır. Ayrıca diğer mevzuatla da uyumun sağlanmasına özen gösterilmelidir. Yapıcı eleştiriler ışığında getirilecek düzenlemelerle, yapılacak düzenlemelerle çağdaş ve iyi bir T.T.K.'ya kavuşacağımıza inanıyorum. Çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. Erhan ADAL (Oturum Başkanı): Zamanı kullanmadaki duyarlılığınız için teşekkür ederim. Sözü ikinci tebliği sunmak üzere Prof. Dr. Samim ÜNAN'a veriyorum. Buyrun efendim.

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISININ DENİZ TİCARETİ HUKUKU BÖLÜMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Samim ÜNAN

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Teşekkür ederim. Ben denize ilişkin bazı değerlendirmeler yapmaya çalışacağım, ama bundan önce birkaç genel nitelikli hususa değinmekte fayda var ve sigorta konusunda da benim ilave edebileceğim bazı hususlar olacak. Onu herhalde daha sonraki tartışmalar bölümünde söz verirsiniz o zaman arz edeyim.

Şimdi öncelikle söylemeyi gerekli gördüğüm genel nitelikli bazı noktalar. Birincisi: Çok önemli bir çalışma neticesinde, aşağı yukarı beş sene civarında kapsamlı bir çalışma neticesinde, ortaya ihtiyaç duyulan alanda boşluk dolduracak bir metin çıktı. Tabii hepimizin arzusu, bunun çocuklarımızın ve torunlarımızın kullanacağı bir metin olması açısından en iyi şekilde gelmesinin sağlanması. Öyle anlaşılıyor ki bayrak şu aşamada, bu metnin hazırlanmasında fiilen görev almamış olanlarda. Onların eleştirileri, katkıları bekleniyor. Görebildiğim kadarıyla çeşitli alanlarda bu görevi yerine getirmeye çalışan çok sayıda hukukçu, hem tatbikattan hem akademik sığata sahip hukukçu mevcut. Ben de onlardan biriyim. Başlangıçta komisyonda görev almıştım. Fakat çok kısa bir müddet içinde komisyonun oluşturulma tarzının, özellikle deniz ve sigortaya ilişkin olarak uygun olmadığını tespit ettiğimden, ben komisyondan ayrıldım. Şimdi son metin ortaya çıktıktan sonraki aşamada katkıda bulunmaya çalışıyorum.

Denize ilişkin olarak tespitlerim şunlar: Bizim meihazımızı teşkil eden Alman Ticaret Kanunu'nun uygulanmasında çok büyük bir problemle karşı karşıya olmadığımız kanaatindeyim ben. Yani mevcut Kanun'un aslında iyi bir kanun olduğunu, tabii gereken revizyon faaliyetlerine tabi tutulmak kaydıyla, yani biz Almanlar'dan onu aldıktan sonra, Almanlar önemli reform faaliyetleri gerçekleştirdiler. Biz ise bunları yapmamış idik. Şimdi o meihaz metne, bugün de şu an Almanya'da mevcut olduğu şekliyle sadık kalmamızın daha uygun olacağını düşünüyorum. Şimdi biz ne yapmaya çalıştık? Büyük ölçüde bu düşünce hakim olmuş, yani mevcut metne sadık kalınmaya gayret sarfedilmiş, fakat bazı alanlarda bize benzeyen, yani kendimize özgü bir metin ortaya çıkarılmış. Bazı ilaveler, bazı yerlerde ifade değişikliklerine gidilmiş. Şimdi ben bunların tehlikeli olduğunu düşünüyorum. Gerekli olan yerlerde tabii bazı müdahaleler yapılması ve değişik çözümlerin benimsenmesi icap edebilir, buna hiç şüphe yok; ama bizim uygulamamızda bunların o kadar zaruri olduğunu ve bizim başımıza problemler çıkardığını düşünmüyorum. O bakımdan Kanun'daki temel yaklaşımın, mevcudu modernleştirerek aynen devam ettirmek olması gerektiği kanaatindeyim.

Özellikle taşımaya ilişkin olarak, işte Lahey Visby bir taraftadır, Hamburg kuralları öbür taraftadır. Bunların her ikisini bir metin içerisinde bağdaştırmaya çalıştığımız zaman, iki farklı sistemi aynı metinde birleştirme ve bu sebeple de birtakım uygulama ve uyumsuzluklar yaratarak uygulama problemleri ortaya çıkarma tehlikesinin olduğunu düşünüyorum. Hani tek bir metne tercihi yapıp sadık kalmak daha isabetli olur kanaatindeyim. Dil bakımından bazı eski deyimlerin devam ettirildiğinin, yer yer de daha arı dilin kullanıldığını görüyoruz. Dilin ben eski kelimelerden mümkün merteye arındırılmasında fayda olduğunu düşünüyorum. Yani ona özellikle dikkat göstermemiz, bilhassa sonraki kuşakların uygulayacağı bir kanun olması bakımından daha fazla fayda sağlayacaktır. Özellikle benim kuşağım itibarıyla söyleyeyim; hakikaten bizim uygulamak durumunda olduğumuz, yürürlükten kalkmadan önceki Medeni Kanun ve şimdiki Borçlar Kanunu'nun birçok hükümlerinde gerçekten anlama problemleri ortaya çıktığı bir vaka. Hatta Ticaret Kanunu'nun birtakım hükümlerinde de bu gözlemleniyor. O bakımdan mümkün olduğu ölçüde, tabii bu teknik bir şeydir, bütün herşeyi herkesin anlayacağı hale getirmek esasen elbette söz konusu değildir, ama mümkün merteye dil bakımından daha arılaştırma yoluna gitmek faydalı olurdu. Mesela halen Kanun'da "mesaha şahadetnamesi" deyimini var. Bu

“ölçü belgesi” olarak daha kolay, basit, anlaşılır şekilde ifade edilebilir. Örnek olarak söylüyorum, sadece bundan ibaret değildir. Birçok başka vardır, ama bir tercihin nasıl yapılması gerektiği konusundaki düşüncem olarak ifade ediyorum.

Mevcut Kanun’un birçok hükmü muhafaza edilmiş, ama bunların bazılarının hala muhafaza edilmesine gerek var mıydı? yok muydu? onu da tam tespit edemedim. Şunu vurgulayayım, mesela Avrupa limanları tanımı var, eskiden beri geliyor, fakat Avrupa limanlarına doğrudan bağladığımız çok fazla bir sonuç yok. Yani kanunda yer almakla beraber, bizim problemi halleden bir ifade vesaire değil. Bir maddede, tapu sicili tabiri içine gemi sicillerinin de gireceği belirtilmiş. Fakat o maddenin 1.fıkrasında sayılan haller itibariyle 1. fıkrası Medeni Kanun’un bazı maddelerine atıf yapıyor. O Medeni Kanun’un atıf yapılan maddeleri itibariyle, oradaki tapu sicili tabiri gemi sicilini de kapsar şekilde anlaşılmalı, yoksa genel bir ifadeye yer verilmiş, 1. fıkra ile bağlantı kurulmadığı için sanki tapu sicilinin herhalükarda ve her kullanıldığı yerde gemi sicilinin de içereceği gibi bir sonuç çıkabiliyor. O doğru bir çözüm değil.

Diğer hususları arz etmeden evvel altının çizilmesinde fayda gördüğüm bir noktaya daha değinme ihtiyacı duyuyorum. O da şu: Şimdi üç aylık bir süre içerisinde bizim bu metinleri inceleyip görüş bildirmemiz şeklinde bir zaman belirlemesi yapılmış. Buna riayet etme imkanı olmayacak. Ben bu zaman sınırlamasının doğru olmadığını düşünüyorum. Yani bunların aceleyle gelmemesi gerekir. Komisyon beş sene çalıştı, belki daha fazla çalışmasında da fayda olabilirdi. Ama en azından bundan sonraki aşamalarda, artık finale yaklaştığımızı göre, çok elbette aşırı uzun süreler gerekli görülmemeyebilir. Ama yeterli sürenin en azından tanınması icap eder. Yani aceleyle getirmeyelim. Üç ay dört ay gecikiversin, altı ay gecikiversin; ama en iyi metne ulaşmaya çalışalım. Hepimiz bakımından daha isabetli bir çözüm olacaktır.

Geminin tanımında “suda hareket” bizim çok alışık olmadığımız, yadırgatıcı bir ifade yani “deniz” olmasını tercih ederiz. Sicile kayıtlı geminin mülkiyetinin devrinde zilyedliğin nakli şartı getirilmiş. Şimdi sicile kayıt söz konusu olduğu zaman sicile güven esasına göre yani aleniyeti sicil sağlıyor. Zilyedliğin devri şartı da bir sicil söz konusu olmadığı hallerde menkuller bakımından aleniyeti sağlamaya hizmet eden bir kavram. Neden sici-

le kayıtlı gemilerin mülkiyetinde aynı zamanda zilyedliğin naklinin de şart koşulduğu pek manasını kavrayamadığımız bir husus.

Donatma iştirakinde Türk Bayrağı çekme hakkına sahip olunması için “yönetmeye yetkili paydaş donatanların çokluğu”. Bizim alışık olduğumuz deyim “çoğunluğudur”.; “çokluğu” kelimesi de zaman zaman kullanılıyor. Yönetmeye yetkili paydaş donatanların çoğunluğunun Türk tabiyetinde olması şeklinde bir hüküm var. Fakat. yönetmeye yetkili olma paydaş çoğunluğuna değil oy çoğunluğuna, pay çoğunluğuna bağlanmış. Bu bakımdan iki çözüm arasında pek uyum olmadığı görülüyor. Sicile kayıtlı gemi payının temlikinde sicile tescil aranmamış ama donatma iştirakinde ama iştirak payının temlikinde tescil aranmış. Pay temlikinde de tescilin aranması şeklinde bu iki uygulamanın paralel hale getirilmesi faydalı olur.

Şimdi bizim deniz hukukunda klasik iki tane önemli konu başlığı var. Biri donatanın sorumluluğu, biri de taşıyanın sorumluluğu. Donatanın sorumluluğuna ilişkin düzenleme bize, biz derken sadece şahsım adına konuşmuyorum aynı zamanda Ergon Çetingil hocamla, Rayegan Kender hocamla beraber bazı değerlendirmeler yapıyoruz, keza Doç. Dr. Emine Yazıcıoğlu da zaman zaman bizim bu değerlendirmelerimize katılıyor, yani çalışmalarına katılıyor. Bunlar şu aşamadaki tespitlerimiz olarak ben herkese vekaleten şu anda arz ediyorum. Bundan sonra da değişme ihtimali olan hususlardır. Onu da özellikle vurgulamak isterim, çünkü ayrıntılara girildikçe ve çalışmalara devam edildikçe başka yeni hususları keşfetme ve daha yeni fikirlerle varabilme de söz konusu oluyor. Bunlar henüz ham olan değerlendirmelerdir; kesin değerlendirmeler olarak kabul edilmemesini özellikle rica edeceğim. En azından ben bunları değiştirme durumunun olabileceğini de göz ardı etmiyorum. Yani ilk izlenimlerimizdir. Ayrıntılı bir yayın da zaten planlanmaktadır. Daha sonra Deniz Hukuku Derneği denize ilişkin olarak yapacak, sigorta hukukuna ilişkin olarak da Sigorta Hukuku Türk Derneği yapacak. Önümüzdeki Haziran ayının ortalarında bir toplantımız var, onu müteakip Sigorta Derneği itibariyle biz madde bazında Kanun’da aksak gördüğümüz bütün hususları bütün ilgililerin dikkatine arz etme imkanını bulacağız.

Şimdi tekrar bahsetmekte olduğum konuya geleyim. Donatanın sorumluluğu düzenlenirken, “-ile sorumluluk” diye bizim adlandırdığımız husus, “Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalardaki hükümler saklı

tutularak” şeklindeki bir ifadeyle düzenlenmiş. Burada da ben Alman Kanunu’nun revizyona tabi tutulmuş şeklinin aynen bize aktarılmasında fayda olduğunu ve bu şekilde yapılmasının da problem çıkaracağı düşüncesindeyim. Ona bilhassa özellikle temel eleştirilerden biri olarak dikkat çekmek isterim.

Tasarıda fiili taşıyanın sorumluluğu düzenlenmiş. Fiili taşıyan kavramından bahsedilmiş. Bir yerde taşıyan ve geminin sorumluluğundan bahsedilmiş, bir de donatanın yükü ilgili kişilere karşı sorumluluğuna ilişkin 1062. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesi var. Yani bizim eski alışık olduğumuz şeyle bir 947’nin “şu kadarkiyle” başlayan 2. cümlesi var, taslakta buna muadil bir hüküm var, ayrıca fiili taşıyana ilişkin hüküm var ve bundan başka bir de taşıyanın ve geminin sorumluluğundan bahsetmiş. Şimdi bunlar üç ayrı sistemin gereken şekilde birleştirilmeksizin kanuna yansıtılmış olduğunun kanıtlarından biri. Şu anlamda, şimdi bu donatanın yükü ilgililere karşı sorumluluğu kastedilirken, aslında fiili taşıyanın sorumluluğu kastediliyor. Bunu ayrıca ileride düzenlemişiz; çünkü ilerideki düzenleme bir uluslararası sözleşme model alınarak, Hamburg kuralları model alınarak bize aktarılmış çözüm. Bir yerde de taşıyan ve geminin sorumluluğu ifadesi var. Oradaki gemi de Lahey kurallarında geçen “carrier and ship” in gemisi. Şimdi birisi Lahey sistemi, birisi Hamburg sistemi, fiili taşıyan, diğeri de Almanlar’ın bunu kendi metodlarına göre kanunlarına aktardıkları sistem; bizim şu anki 947’nin 2. cümlesi. Bunlardan birini seçmek kafi. Bunların üçü de aynı kapıya çıkıyor. Bunlar birbirinden farklı hususlar değil. Ama üç ayrı sistem ayrı ayrı aktarılınca bu sefer bu şekilde değişik ifadeler ve hükümlere konu olmuş. Hiç gerek yok. Bunlardan bir tanesi meseleyi çözmeye kifayet eder.

Sonra sınırlı sorumluluk konusunda uluslararası sözleşmelere atıf yapılması bir bakıma boşluk ortaya çıkarıyor. Özellikle bizim Kanunumuz’da şu anda denizin kirletilmesine ilişkin özel bir düzenleme getirilmemiş. Yani Kanunumuz’da derken taslağımızda, bu Ticaret Kanunu taslağında. Halbuki Almanlar buna ilişkin özel düzenleme getiriyorlar. Biz gene Çevre Kanunu’na tabi bırakmış oluyoruz. Halbuki denize özgü olarak bunu Ticaret Kanunu’nda donatanın sorumluluğuna ilişkin bölümde mutlaka ele alıp düzenlemek isabetli olur idi.

Kanun’un bütün bölümlerini çok ince ayrıntısına kadar inceleme imkanımız olamıyor. Çünkü ben aynı zamanda sigorta hukukuyla ilgili bölüm-

le de doğrudan alakalı olduğumdan, onun üzerinde de çalışıyorum. Onun için bazı hususlarda, mesela çok isabetli olduğunu düşündüğüm, deniz hukukunda cebri icraya ilişkin bölüm hususunda herhangi bir inceleme yapma fırsatı bulamadığımdan, ona ilişkin değerlendirmede bulunamayacağım. Ama bunun Kanun'da düzenlenmiş olmasının çok isabetli olduğunu bilhassa belirtmek isterim.

Konişmentoya ilişkin olarak da bir iki tespitim var ve taşıma hukukuna ve çatmalara ait. Onları da arz edeyim. Şimdi 1238. maddenin 2. fıkrasında taşıyanın kimliğinin konişmentodan anlaşılabilmesi halinde, donatının taşıyan sayılacağı yolunda bir hüküm var. Kaptan veya donatanı temsil eden yetkili bir kimse tarafından düzenlenmiş olması halinde bu mümkün. Buna ilişkin bir açıklamanın yer alması isabetli olurdu.

Bir diğer, konişmentoya ilişkin Kanun'da yer alan düzenleme; çekincesiz konişmento karşılığında yapılan garanti taahhütlerinin iyiniyetli konişmento hamiline karşı geçersiz olacağı hükmü. Bu da Hamburg Kuralları'ndan aktarılmış. "Şimdi sen konişmentoyu temiz olarak düzenle, eğer bu sebeple bir tazminat ödeme mecburiyetin ortaya çıkarsa, ben bu tazminat tutarını sana aynen vereceğim" şeklinde bir taahhütte bulunuyor malı yükleyen, malını gemiye yükletirken. Bu gibi taahhütlerin üçüncü kişileri, özellikle aldatmaya yönelik olma ihtimali var. Zaten büyük ölçüde de bu amaca yönelik olarak yapılıyor. Şimdi burada bu taahhütün iyiniyetli konişmento hamillerine karşı geçersiz olacağı şeklindeki Hamburg Kuralları'ndaki düzenleme bize aktarılmış. Taahhüt zaten taraflar arasında. Yani iyiniyetli üçüncü kişi konişmento hamillerine karşı böyle bir taahhütün geçerli olması, esasen taraflar arasındaki bir ilişkide bu söz konusu olacağından, bence tamamen gereği olmayan bir düzenleme. Şu olabilirdi belki; iyiniyetli üçüncü kişiye karşı yükün ne durumda yüklendiğine dair delil olarak bunun kullanılması söz konusu olsaydı, bakın yük aslında temiz yazılmış konişmentoya, ama o durumda yüklenmedi, yüklenmediği de şuradan belli, daha başlangıçta böyle bir taahhütte bulunmuş. Yani sen temiz konişmento ver, karşılığında ödeyeceğin tazminatı ben deruhte etmeyi kabul ediyorum, şeklinde. Ama iyiniyetli üçüncü kişi konişmento hamillerine karşı zaten konişmento kayıtlarının aksinin ileri sürülmesi imkanı Visby'e paralel olarak yok. Şimdi öyle olunca bu hükmün pek bir uygulama alanı olmadığı kanaatindeyim. Yani Hamburg Kuralları'nda yer aldığı doğru, oradan bize geçmiş. Ama hangi hallerde nasıl uygulanabileceği pek netleşmiyor. Pek bir uygulama alanı olmayacak.

Taraflar arasında ise bu taahhütün kural olarak geçerli olduğu hükmüne yer verilmiş. Fakat eğer taşıyanın üçüncü kişileri aldatma kastı varsa, o takdirde taraflar arasında da geçerli olduğu şeklinde bir düzenleme getirilmiş. Borçlar Kanunu'nun yeni revizyonuna göre de buna ilişkin bir tutum belirlemek belki icap edebilir. Çünkü bunlar aslında beraberce üçüncü kişileri aldatıcı bir belge düzenleyerek, en azından ahlaka aykırı bir eylemde bulunuyorlar, yani birlikte üçüncü kişiyi aldatıcı, o konişmento hamilini aldatıcı bir eylemde bulunuyorlar. Kendi aralarında bunların birbirlerine rücu imkanının olup olmayacağı konusunda borçlar hukuku çerçevesinde de bir çözüm yer alıyor. Burada biz özel olarak, belki hiç bu yollara girilmesin, yani taşıyan bundan tamamen caysın, bütün sonuçlarının kendi üzerinde kalacağını bilsin, başka bir yerden geri alma imkanı olmasın diye, özel olarak bu tür bir düşünceyle getirmiş olabiliriz. Fakat Borçlar Kanunu'nda eğer buna ilişkin özel ve buna paralel bir düzenleme yer alacaksa, bunun da Borçlar Kanunu'na bırakılması düşünülebilirdi.

Tespit yaptırılması meselesi var. Ülkemizde uygulamada oldukça önem taşıyan bir husus. Yükün durumunun varma yerinde tespit ettirilmesi. Kanun şu anki şekliyle, taslakta iki ayrı tespit öngörüyor. Biri iki tarafın iştiraki ile, biri diğer tarafın iştiraki gerekli olmaksızın teslim öncesinde taraflardan birinin talebi üzerine yaptırılan tespit. Şimdi tespit yaptırılmışsa zarar ihbarı gereği ortadan kalkıyor. Bilinçli veya bilinçsiz olduğunu tam tespit edemedim, yalnız bizim şu anda uygulanmakta olan Kanunumuz'da sadece 1066. madde çerçevesinde yaptırılan tespitın zarar ihbarı gereğini ortadan kaldırdığına dair bir hüküm var. Buna karşılık yeni Kanun'da "o madde uyarınca yaptırılan tespit halinde ihbar gereği ortadan kalkar" diye sınırlayıcı bir ifadeye yer verilmemiş. Böylelikle uygulamaya paralel olarak bütün yaptırılan tespitler, yani her iki maddede de ayrı ayrı ifade edilen tespitte uygun, her iki halde de ihbar gereğinin ortadan kalkmış olacağı sonucu çıkıyor.

1189, fıkra 1'de hak düşürücü süre itirazından yararlanma hakkının kaybı düzenlenmiş. Bu başlık altında bir düzenleme getiriliyor. "Dava açma süresini kaçırmaması kastıyla, zarar göreni eğer oyalama söz konusu olmuşsa, bu hak düşürücü süre işlemez" denmiş. Hak düşürücü süre kavramıyla ben ne kadar bağdaştığının değerlendirilmesi gerektiği fikrindeyim. Çünkü bir süre var, bu süreyi kaçırdığın takdirde hakkın ortadan kalkar diyor Kanun. Şimdi herhalükarda zarar görenin bu süreyi kaçırdığı takdirde hakkının dü-

şeyeği bilincine sahip olması lazım. Yani bunu Kanun ona çok net olarak söylüyor. Dolayısıyla o süre zarfında kendisine bir ödeme yapılmamışsa ve alacağı ortadan kaldırılmamışsa, o süre bittiği anda artık o alacağı talep etme hakkının kesin olarak ortadan kalkacağına bilincinde olması icap eder. Yani biz neden böyle bir hüküm getirdik, belki zamanaşımına ilişkin olarak kabul edilen bir uygulamayı buraya özellikle taşıma ihtiyacını duyduk. Belki benzer bir durum itibarıyla. Fakat hak düşürücü süre kavramıyla ne ölçüde bağdaştığından ben şahsen kuşku duymaktayım.

1197. maddede navlunun muacceliyetine ilişkin olarak bir ifade bakımından benim uygun görmediğim ifade var. “Eşyanın teslimi karşılığında muaccel olur” denmiş. Burada herhalde “karşılık” kelimesinin kullanılması lazım. Yani muacceliyet bir an.

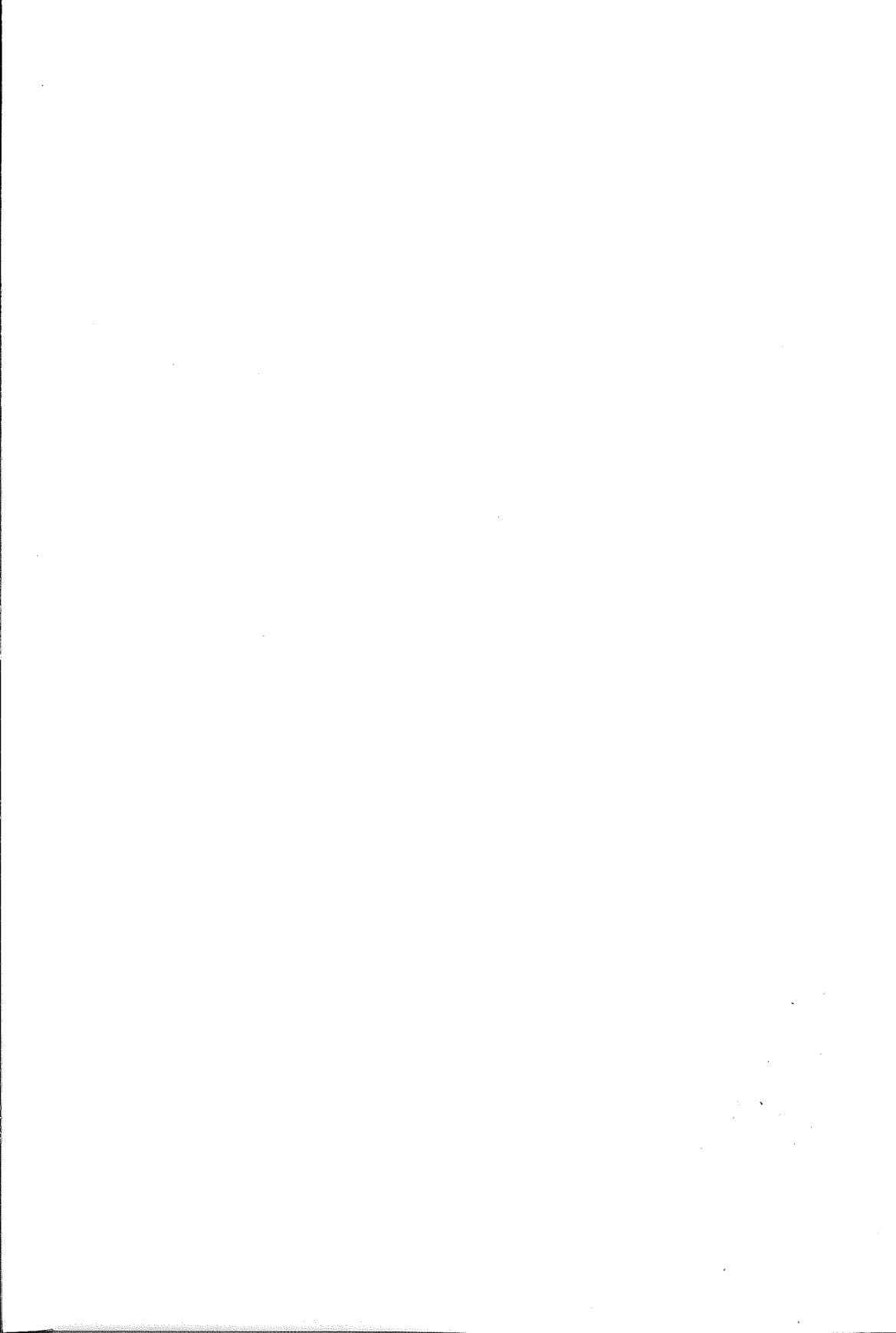
Çatmaya ilişkin bir iki noktaya değinerek sözlerimi bitireceğim. 1287 fıkra 2’de gemilerin hepsinin veya bazılarının veya en azından birinin demirde olması halinde de bu çarpışan gemilerin veya içinde bulunan insanların veya eşyaların çatma yüzünden uğrayacakları zarara katlanacakları gibi bir netice çıkıyor okuduğunuz zaman. Böyle bir mananın çıkmaması lazım. Yani çatmanın bir gemi demirde olsa da umulmayan bir halden veya mücbir sebepten ileri gelebileceğini ve herkesin uğradığı zarara katlanmasının o halde de gerekeceğini vurgulamak düşünülmüş; ama ifade bu maksadı tam olarak anlatmıyor. Müşterek kusurlu çatmada donatanların, kusurlarının ağırlığı oranında sorumlu olacakları şeklinde bir esas benimsenmiş. Burada da “kusurun ağırlığı” kavramına yer vermemek gerekir. “Kusurun, çatmanın meydana gelmesine olan etkisidir” burada söz konusu olan. Yani ağır kusur, hafif kusur değil kastedilen. Fakat gemilerden birinin kusuru bu çatmayı yüzde, eğer yüzde üzerinden hesap yapıyorsak, kaç oranında meydana getirdi? Bunu araştırıyoruz. Dolayısıyla çatmanın meydana gelmesine olan etkisi, yani bu bir illiyet, o sonucu meydana getirmedeki “percentage” meselesi. O şekilde ifade etmek lazım.

Çatmada kusurun saptanmasında herhangi bir karine hükmünün dikkate alınmayacağı şeklinde bir kural var taslakta, 1294. maddede. Burada da kanuni karine uluslararası düzenlemede zaten kanuni, yasal karine olmayacağını söylüyor. Fakat biz her türlü karineyi kaldırmışız. Yani demirde olma halinde de karine uygulanmaz, yani demirde olan geminin kusurlu olabileceği gibi bir varsayım, ihtimal ön plana çıkarılmış. Tabii demirde olan gemi

kusurlu olabilir, bulunduğu mevki itibariyle veyahut dışarıya yansımaları gereken işaretleri itibariyle ama yine de genel olarak bir karine kabul etmeye çok engel bir durum olmasa gerek bu. Yani normal şartlarda demirdeki bir gemiye mahkemenin duruma göre fiili karine en azından kabul ederek bir çözüm getirmesi çok da yanlış görünmüyor.

Benim şu aşamada maruzatım bundan ibaret. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Erhan ADAL (Oturma Başkanı): Sayın Prof. Dr. Samim ÜNAN Bey'e de açıklamaları için teşekkür eder, tebliğini sunmak üzere Sayın Yard. Doç. Dr. Şafak NARBAY'a sözü veriyorum. Buyrun efendim.



TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA KIYMETLİ EVRAK HUKUKU KİTABINDA YAPILAN DÜZENLEMELER VE ÖNERİLERİMİZ

Yard. Doç. Dr. Şafak NARBAY

Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I- GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında üzerinde, en az değişiklik yapılan bölüm, “Kıymetli Evrak” kitabıdır. Bu durumun sebebi, TTK’nın kıymetli evraka ilişkin hükümlerinde, 50 yıla yaklaşan uygulamada -çek dışında- değişiklik ihtiyacının ortaya çıkmaması; ayrıca, bu hükümlerin sınır aşan nitelikleri dolayısıyla uluslararası toplumun bir parçasını oluşturmaları nedeniyle tek taraflı değişiklik yapılmasına sıcak bakılmaması olmuştur¹⁹. Nitekim, Tasarı’nın genel gerekçe kısmında, “III. Kıymetli Evrak Kitabı” başlığı altında *gerçekleştirilenler “bazı çeviri yanlışlıkları düzeltilmiş, çelişkiler ortadan kaldırılmıştır”* şeklinde ifade edilmiştir. Maddelere ilişkin gerekçe

19 Tekinalp, “40. Yılında Türk Ticaret Kanunu” hakkında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde yapılan toplantıda bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: “Kıymetli evraka ilişkin hükümler sınır aşan nitelikleri dolayısıyla uluslararası toplumun bir parçasını oluşturmaktadır. Bu sebeple bu hükümlerde, tek taraflı değişikliğe gidilmesine taraftar değiliz. Bu tür düzenlemeler Türkiye’yi söz konusu toplumda yalnız bırakabilir ve ticaretimizi olumsuz yönde etkileyebilir. Kıymetli evrak hukukunda yapılabilecek değişiklikler, çeviri yanlışlarının düzeltilmesi, rücuda ödenen faiz dolayısıyla Yargıtay’ın iki dairesi arasında çıkmış bulunan ihtilafın, kronik enflasyon göz önünde tutularak alacaklılar lehine giderilmesi ve bir de hatır senetlerinde kötüye kullanmanın sınırlarına ulaşmış bulunan uygulamaya sınır getirilmesidir (Ünal TEKİNALP, Kıymetli Evrak, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul, 1997, s.223-40. Yılında Türk Ticaret Kanunu-).”

kısımında da, Tasarıda poliçeye ilişkin 11 maddede (m.674, m.694, m.695, m.699, m.703, m.710, m.711, m.712, m.719, m.732 ve m.733) “kaynak kanuna uygun” bir şekilde yapılan düzeltmeler hakkında, gerekçelendirme yapılarak “Kıymetli Evrak Kitabı” hakkındaki açıklamalara son verilmiştir. Bu görünüm ise, Tasarıda kıymetli evrak kitabında sadece 11 maddede değişiklik yapıldığı izlenimini vermektedir. Oysa, yapılan değişiklikler bu maddelerle sınırlı değildir. Kıymetli Evrak Kitabında gerçekleştirilmiş olan tüm değişiklik ve düzenlemeler, Tasarıda, madde gerekçelerine tam olarak yansıtılmamıştır²⁰.

Dikkati çeken ilk nokta, Tasarıda kıymetli evraka ilişkin maddelerin sayısında bir azalmanın olduğudur. Bunun nedeni, 6762 sayılı TTK’da “Kıymetli Evrak Kitabı” içinde yer alan “Taşıma işleri”nin, öğretilerdeki haklı eleştiriler²¹ doğrultusunda, ayrı bir kitapta (Dördüncü Kitap²²) “Taşıma İşleri” başlığı altında düzenlenmesidir.

Buradaki açıklamalarımızda, Ticaret Kanunu Tasarısında Kıymetli Evrak Kitabında yapılan değişikliklerin tümü üzerinde durulmayacak, en önemli gördüğümüz değişiklikler dikkatlere sunulmaya çalışılacaktır. Aynı zamanda, Tasarıda yer almasını düşündüğümüz birtakım “düzenleme” ve “düzeltmeler” hakkında da görüşlerimiz ortaya konulacaktır.

20 Örneğin, “1. Hâmilin hakkı” kenar başlıklı, yürürlükteki Kanun m.637, f.1, b. b hükmü “vadenin gelmesinden itibaren işleyerek yüzde on hesabıyla faizi” şeklindedir. Hüküm bu haliyle, hem öğreti hem de Yargıtay uygulamasında eleştiri konusu edilmiş; değişik görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Tasarıda bu eleştiri ve görüşler (bu konuda geniş açıklamalar ve Yargıtay uygulaması hakkında bkz. Fırat ÖZTAN, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1997, s. 750 ve dp.188, 189, s. 751; Reha POROY/Ünal TEKİNALP, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Genişletilmiş 15. Bası, İstanbul, 2001, s. 186, N.314) dikkate alınmış ve hüküm değiştirilerek “ödeme tarihinden itibaren bu tutarın faizini” olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık, Tasarıda madde gerekçelerinde, yapılan bu değişikliklerle ilgili bir açıklama bulunmamaktadır. Aynı şekilde bkz. m.726, f.1, b.b; m.729, f.2; m.831 düzenlemelerine. Hemen ifade edelim ki, bu maddeler, örnek kabilinden zikredilen maddeler olup; açıklamalarımızda yeri geldikçe, değişiklik yapılan ancak gerekçelendirilmeyen düzenlemeler belirtilecektir.

21 Hüseyin ÜLGEN, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu Semineri Tartışmaları, İstanbul, 1998, s. 110; Arslan KAYA, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu Semineri Tartışmaları, İstanbul, 1998, s. 110; Işıl ULAŞ, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu Semineri Tartışmaları, İstanbul, 1998, s. 109.

22 Bu kitap, 6762 sayılı TTK’da “Deniz Ticareti” başlığını taşımaktadır.

II- TASARIYLA KIYMETLİ EVRAK KİTABINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE ÖNERİLERİMİZ

A- Kıymetli Evrakın Genel Hükümleri

1- **Ciro ve Zilyetliğin Geçirilmesi**

Tasarı m.648 f.2’de, 6762 sayılı TTK m.560, f.2’nin “*Devir için, tam ciro ve senedin teslimi kâfidir*” şeklindeki hükmü, “*Devir için ciro ve senedin zilyetliğinin geçirilmesi yeterlidir*” olarak ifade edilmiştir. Tasarıdaki fıkra metninde iki değişiklik yapılmıştır. Birincisi, 6762 sayılı TTK m.560, f.2’de yer alan “tam” ifadesi metinden çıkarılmak suretiyle bir çeviri yanlışlığı düzeltilmiş²³ ve senedin devrinin sadece “tam ciro ile yapılabilceği gibi” bir yanlış anlayışın önüne geçilmiştir. İkincisi ise, yürürlükteki fıkra da geçen “*senedin teslimi*” ifadelerinin yerine, öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere²⁴, mehz Kanuna (OR 968, f.2) daha uygun ve doğru bir çeviri olan “*senet zilyetliğinin geçirilmesi*” ibaresi kullanılmıştır. Bu doğrultuda, yürürlükteki Kanun m. 593, f.1 (Tasarı m.681, f.1) ve m.596, f.1 (Tasarı, m.684, f.1) yer alan “teslim” kelimesi de, Tasarıda, doğru çeviri olan “*senet zilyetliğinin geçirilmesi*” ibaresi ile değiştirilmiştir.

Buna karşılık, Tasarı m. 649, f.1 (6762 sayılı Kanun m.561, f.1), m.788, f.1 (6762 sayılı Kanun m.700, f.1) ve m.838, f.1 (6762 sayılı TTK m.750, f.1) hükümlerinde, aynen yürürlükteki Kanunda olduğu gibi “teslim” kelimesi kullanılmıştır. Oysa, bu maddelerde de “teslim” kelimesinin yerine, doğru ifade ve çeviri olan “zilyetliğinin geçirilmesi” ibaresi yer almalıdır²⁵.

23 Bu fıkranın Türkçe’ye yanlış çevrildiğine ilişkin bkz. Naci KINACIOĞLU, Kıymetli Evrak Hukuku, 5.Baskı, Ankara, 1999, s. 42. Yazar, fıkranın Türkçe’ye “Senedin teslimi ile birlikte doldurulmuş ciro, yeterli bir devir şekli sayılır” şeklinde doğru çevirisinin yapılacağını ifade etmektedir (bkz. s. 42, dp.38).

24 Mehmet HELVACI/Hüseyin ÜLGEN/Abuzer KENDİGELEN/Arslan KAYA, Kıymetli Evrak Hukuku -Ders Kitabı-, İkinci Tıpkı Bası, İstanbul, 2005, s. 45, N.41. Yazar, 6762 sayılı TTK m.560, f.2 hükmünde anılan “teslim”in “zilyetliğin devri” şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir.

25 Poroy/Tekinalp, çek’in devrine ilişkin açıklamalarında, emre yazılı bir çek’in “ciro” ve “zilyetliğin geçirilmesi” suretiyle devredilebileceğini belirtmekte ve 6762 sayılı TTK m.700, f.1’de yer alan “...ciro ve teslim yoluyla devredilebilir” hükmünün “ciro ve zilyetliğin geçirilmesi” olarak anlaşılması gerektiğini dolaylı bir şekilde ortaya koymaktadır (POROY/TEKİNALP, s. 256, N.458).

2- Dönüştürme

Tasarı m.650'nin kenar başlığı, yürürlükteki maddenin kenar başlığında olduğu gibi (6762 sayılı TTK m.562) "Tahvil"dir. Kıymetli evraka ilişkin maddelerde yapılan sadeleştirmeye paralel olarak, **bu maddenin kenar başlığının "tür değiştirme" veya "dönüştürme" olması daha yerinde olacaktır.**

Diğer taraftan, Tasarıda, yürürlükteki maddede olduğu gibi, "nama yazılı senedin-emre yazılı senede"; "emre yazılı senedin-nama yazılı senede" dönüştürülmesi hususu düzenlenmemiştir. Bu durum, yürürlükteki düzenleme hakkında öğretilerde eleştiri konusu yapılmıştır²⁶. Tasarıda, bu eleştiriler dikkate alınmamıştır. Sebebi, mehz Kanundaki maddede de aynı hususun düzenlenmemiş olmasıdır.

Kanaatimizce maddenin, öğretilerde yapılan eleştiri ve öneriler doğrultusunda yeniden ele alınması ve madde metnine, "nama yazılı senetlerin emre"; "emre yazılı senetlerin nama dönüştürülmeleri" hakkında bir fıkra hükmünün eklenmesi yerinde olacaktır. Fıkra şu şekilde düzenlenmelidir:

"(3) Nama yazılı senetlerin emre yazılı senet haline getirilmesinde, nama veya emre yazılı senetlerin hâmiline yazılı senet haline getirilmesindeki birinci fıkra hükmü; emre yazılı senetlerin nama yazılı senet haline getirilmesinde ise, hâmiline yazılı senetlerin nama veya emre yazılı senet haline getirilmesine ilişkin ikinci fıkra hükmü kıyasen uygulanır."

3- Terminoloji

3.1. Mehil Kelimesi

Tasarı m.657, f.2'de (6762 sayılı TTK m.569, f.2) yer alan "mehille-

26 Domanıç, nama yazılı senetlerin-emre; emre yazılı senetlerin nama dönüştürülmesine ilişkin bir hükmün yasa da yer almamasını bir ihmal olarak değerlendirmekte ve "nama yazılı senetlerin-emre" dönüştürülmesinde, "nama ve emre yazılı senetlerin hâmiline" dönüştürülmesindeki usulün; "emre yazılı senetlerin nama" dönüştürülmesinde de "hâmiline yazılı senetlerin nama ve emre" dönüştürülmesindeki usulün uygulanmasının doğru olacağını ileri sürmektedir (Hayri DOMANIÇ, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 1975, s. 42). Öztan da, 6762 sayılı TTK m.562'deki düzenlemenin eksik olduğunu ifade etmektedir (ÖZTAN, s. 255). Ayrıca bkz. HELVACI/ÜLGEN/KENDİGELEN/KAYA, s. 65-66, N.151-158.

ri” kelimesinin, “süreleri” şeklinde ifade edilmesi, kanaatimizce daha yerinde olacaktır. Nitekim, 6762 sayılı TTK m.577, f.1, f.2 ve m.578, f.1’de’de yer alan “mehil” kelimesinin yerine, bu düzenlemelerin Tasarıda karşılığı olan m.664, f.1, f.2 ve m.666, f.1 hükümlerinde “süre” kelimesi kullanılmıştır.

3.2. Menetmek Kelimesi

Tasarı m.658’in kenar başlığı ile metin ifadesi, yürürlükteki maddenin kenar başlığı ve metnine göre (6762 sayılı TTK m.570) sadeleştirilmiştir. **Maddenin 2 inci fıkrasında yer alan “menedilen” kelimesinin de sadeleştirilerek, “yasaklanan” şeklinde ifade edilmesi, kanaatimizce daha yerinde olacaktır.** Nitekim, Tasarı m.662’nin kenar başlığında ve madde 665, f.2’de “*ödeme yasağı*” ifadelerinin yer alıyor olması bu görüşümüzü desteklemektedir.

Aynı şekilde, Tasarı m.662, f.1 (6762 sayılı TTK m.574, f.1), m.692, f.2 ve f.4 (6762 sayılı TTK m.604, f.2 ve f.4), m.713, f.2, b.c (6762 sayılı TTK m.625, f.2, b.3), m.714, f.6 (6762 sayılı TTK m.626, f.6), m.735, f.1 (6762 sayılı TTK m.647, f.1) ve m.757, f.1 ve f.2 (6762 sayılı TTK m.669, f.1 ve f.2) düzenlemelerinde yer alan “menetmek” ifadesi yerine “yasaklamak” ifadesinin konulması, kıymetli evrak kitabında yapılan sadeleştirmenin amacına daha uygun olacaktır.

B- Poliçe’ye İlişkin Maddeler

1- “Poliçe’yi Düzenleyen” Kavramı

Tasarıda, poliçeyi çeken kişi “düzenleyen” kavramı ile ifade edilmiş ve poliçe kısmının tamamında bu kavram kullanılmıştır (aynı durum diğer kambiyo senetleri olan “bono” ve “çek” için de söz konusudur). Bu durumun sebebi, gerek mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu (OR m.990-1144) gerek Alman Poliçe Kanunu (Wechselgesetz m.1-98) ve Alman Çek Kanununda (Scheckgesetz m.1-66) “poliçe ve çek”i keşide eden”, “bonoyu düzenleyen” kişi için tek bir kavramın -”Aussteller”- kullanılmış olmasıdır. Bu kavram, Tasarıda, her üç kambiyo senedi için de ortak bir şekilde “*düzenleyen*” olarak yer almıştır. Oysa, üç taraflı ve temelde bir havale ilişkisi olan poliçe için (aynı şekilde çek) “düzenleyen” kavramının kullanılması bu senetleri ifade açısından yerinde değildir. Yürürlükteki Kanunumuz’da poliçe ve çek

için, bir keşide etme durumu söz konusu olduğundan, bu senetleri çeken kişi “keşideci”; bir düzenleme durumu söz konusu olduğu için de bono hakkında “tanzim eden” kavramı kullanılmıştır. Dolayısıyla poliçe ve çek’in düzenlenmesi değil, “keşide edilmesi”, bu senetlerdeki üçlü ilişkiyi daha doğru bir şekilde ifade etmektedir. “Düzenleme” kavramı hukukî niteliği itibariyle “mücerret bir borç ikrarı” olan ve “ikili bir ilişki” içeren “bono” açısından doğru bir kullanım şekli olacaktır²⁷.

Bu nedenle, Tasarıda poliçe ve çek’i çeken kişiler için “düzenleyen” değil, yürürlükteki Kanun’da olduğu gibi “keşideci” kavramının kullanılması daha yerinde olacaktır.

2- Poliçe’de Muhatabın Adı ve Soyadı

Tasarıda, bir poliçede yer alması gereken unsurları belirten m.671, f.1, b.c (6762 sayılı TTK m.583, f.1, b.3), “ödeyecek olan kişinin (muhatabın) ad ve soyadını,...içerir” hükmünü içermektedir. Düzenleme bu haliyle, bir poliçede muhatap olarak sadece gerçek kişilerin bulunabileceği izlenimini vermektedir²⁸. Mevzu Kanuna baktığımızda, ilgili düzenlemede (OR m.991, f.1, b.3) “muhatabın adı”ndan söz edilmektedir²⁹.

27 Nitekim öğretilerde de, bono için zaman zaman kullanılan “keşideci” kavramının yerinde olmadığı, çünkü, keşide etmenin üçüncü bir kişi üzerine o kişiye hitaben senedin düzenlenmesi anlamını taşıdığı, bu nedenle “keşideci” teriminin poliçe ve çek’e hasredilmesinin daha doğru olacağı ifade edilmiştir (POROY/TEKİNALP, s. 232, dp.1). Öztan da, bonoyu düzenleyen, poliçedeki keşideciye karşılık geldiğini, bonoda bir keşide (Ziehung, tiraye) söz konusu olmadığından, kanun koyucunun, bonoyu düzenleyen kimse için “keşideci” kavramını değil de “tanzim eden (düzenleyen)” kavramını kullanmasının yerinde bir tutum olduğunu ifade etmektedir (ÖZTAN, s. 1014). Aynı doğrultuda Oğuz İMREGÜN, Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 2003, s. 108, dp. 4.

28 6762 sayılı Kanun m.583, f.1, b.3 hakkındaki görüşler için bkz. Yaşar KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, III.Ticarî Senetler (Kambiyo Senetleri), Dördüncü Baskı, Ankara, 1970, s. 106-108; ÖZTAN, s. 455; KINACIOĞLU, s.107, dp.15.

29 KARAYALÇIN, s. 106. Yazar, muhatabın “adı”ndan gerçek kişilerde “ad ve soyad”ın anlaşılması gerektiğini; tacirlerde ise, firmanın tam olarak yazılmasının şart olmayıp, muhatabın kimliğini belirtecek bir ismin bulunması yeterli sayılacağını belirtmektedir. Öztan da “soyadı” kelimesinin herhangi bir gerekçe gösterilmeden Meclis Komisyonu’na metne ilave edildiğini ve mevzu Kanun’da bulunmadığını belirtmek-

**Kanaatimizce, bu konudaki tereddütler, Tasarı m.671, f.1, b.c hük-
münün, “ödeyecek olan kişinin (muhatabın) adını” şeklinde değiştirilme-
si ile giderilecektir. Buradaki “ad” kelimesi gerçek kişiler için “ad ve so-
yad”, tacir olmayan tüzel kişiler için “tüzel kişinin adı”, tacir olan tüzel ki-
şiler için ise “ticaret unvanı”nı olarak anlaşılmalıdır. Nitekim Tasarıda, bo-
noda yer alacak unsurlara ilişkin 776 mncı maddenin lehtara ilişkin hususun
düzenlendiği e bendinde, “kime ve(ya)³⁰ kimin emrine ödenecekse onun
adını... içerir” denilmek suretiyle, mehzaz Kanuna uygun bir çeviri ya-
pılmıştır³¹.**

**Buna karşılık Tasarıda, poliçe’de lehtara ilişkin m.671, f.1, b.f’de
(6762 sayılı TTK m.583, f.1, b.6) “ad ve soyad”; poliçe’de unsurların bu-**

tedir (ÖZTAN, s. 455). Ülgen de, muhataba ilişkin açıklamalarında, poliçenin bir tüzel kişi üzerine keşide edildiği durumda, muhatap kısmına, tüzel kişinin niteliğine göre, “dernek ve vakıflarda tüzel kişinin adı”mn, “ticaret şirketlerinde ise ticaret unvanı”nın yazılması gerektiğini ortaya koymaktadır (Hüseyin ÜLGEN/Mehmet HELVACI/Abuzer KENDİGELEN/Arslan KAYA, Kıymetli Evrak Hukuku -Ders Kitabı-, İkinci Tıpkı bası, İstanbul, 2005, s. 84, N.22). Aynı doğrultuda İMREGÜN, s. 42-43; Hasan PULAŞLI, Kıymetli Evrak Hukuku, Yenilenmiş 6.Baskı, Adana, 2004, s. 88; Bozer/Göle de, poliçenin, tüzel kişiler üzerine de çekilebileceğini belirttiğinden sonra, tüzel kişinin soyadının söz konusu olmadığını, bu hükmün tüzel kişiler hakkında uygulanmasının düşünülemeyeceğini; tüzel kişilerden tacir niteliğini taşıyanlar üzerine çekilecek poliçede ise, bunların ticaret unvanının yer alması gerektiğini, isabetli bir ayırım yaparak, ifade etmektedir (Ali BOZER/Celal GÖLE, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 2004, s. 49-50). Alman doktrininde Baumbach/Hefermehl ise, “Name” kelimesinin, bir kişiyi diğer kişilerden gerek “haricen” gerek “ifade itibariyle ayırt eden ibare” olarak anlaşılması gerektiğini; bir tacirin “ticari adı”nın onun “ticaret unvanı” olduğunu ve bir poliçede muhatap olarak gösterilen kişinin ad veya ticaret unvanı bilgisinin “açık ve net bir biçimde” belirlenebilir olması gerektiğini vurgulamaktadır (BAUMBACH/HEFERMEHL, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 20. Auflage, München, 1997, Art. 1, WG, Rdnr.7).

30 Bu bentte yer alan “ve” bağlacının doğru olmadığına ilişkin ayrıntılı açıklamalar aşağıda yapılacaktır.

31 6762 sayılı Kanun m.688, f.1, b.5’in mehzazına baktığımızda da (OR m.1096, f.1, b.5), tıpkı poliçede yer alması gereken “muhatap” ve “lehtar” unsurunda olduğu gibi, bonoda yer alacak lehtar da “den Namen dessen,” şeklinde ifade edilmiştir. Şayet bonodaki lehtar için “Name” kelimesi “adını” olarak çevrilmişse - ki doğru çeviri bu şekildedir - poliçede yer alması zorunlu muhatap ve lehtar için de aynı şekilde çeviri yapılmalı, “... ve soyadı” kelimelerine Tasarıda yer verilmemelidir.

lanmaması kenar başlıklı m.672, f.3'te (6762 sayılı TTK m.584, f.3) "muhatabın soyadı" ve aynı maddenin (m.672) 4 ncü fıkrasında (6762 sayılı TTK m.584, f.4) "düzenleyenin soyadı" ifadelerine yer verilmiştir. Bu ifadeler mehz Kanunun ilgili düzenlemeleri ile bağdaşmamaktadır. Yapılması gereken, ilgili düzenlemelerin mehz Kanuna uygun bir şekilde yeniden çevrilmesi ve gerekli düzeltmelerin gerçekleştirilmesidir. Buna göre;

Tasarı m.671, f.1, b.f: "kime veya kimin emrine ödenecek ise onun adını, ...içerir"

Tasarı m.672, f.3: "Ayrıca belirtilmiş olmadıkça muhatabın adı yanında gösterilen yer, ödeme yeri ve aynı zamanda da muhatabın yerleşim yeri sayılır" ve

Tasarı m.672, f.4: "Düzenleme yeri gösterilmeyen poliçe, düzenleyenin adı yanında gösterilen yerde keşide edilmiş sayılır" şeklinde düzeltilmelidir.

3- Poliçe Metninde Keşide Yerinin Açıkça Gösterilmemesi

Tasarıda 2. *Unsurların bulunmaması* kenar başlıklı m.672, f.4 (6762 sayılı TTK m.584, f.4), "Düzenleme yeri gösterilmeyen poliçe, düzenleyenin soyadı yanında gösterilen yerde düzenlenmiş sayılır" şeklinde ifade edilmiştir. Fıkranın Tasarıda "Düzenleme yeri gösterilmeyen poliçe, düzenleyenin adı yanında gösterilen yerde keşide edilmiş sayılır" şeklinde hükme bağlanması gerektiğine işaret etmiştik.

Ancak, bu çözüm de tam anlamıyla tatmin edici olmayacaktır. Gerçekten öğretilerde de isabetle belirttiği gibi³², TTK m.583'te, bir poliçede bulunması zorunlu unsurlar arasında "keşidecinin soyadı" veya "adı ve soyadı"na yer verilmemiş olmasına rağmen, m.584, f.4'te "keşidecinin soyadı yanında" yazılı olan yerin, poliçenin keşide edildiği yer sayılacağından söz edilmesi ratio legis'e aykırıdır. Poliçede zorunlu unsur ve geçerlilik koşulu olarak, "keşidecinin imzası" öngörüldüğü için, bir poliçede keşide yeri açıkça gösterilmemişse, bakılması gereken yer keşidecinin soyadı yanı değil

32 Erdoğan MOROĞLU, *Kambiyo Senetlerinde Düzenleme Yeri*, Prof. Dr. Fahiman TEKİL'in Anısına Armağan, İstanbul, 2003, s. 158.

“imzası”nın yanı olmalıdır³³. Bu nedenle, Tasarı m.672, f.4 hükmünün “*keşide yeri gösterilmeyen bir poliçe keşidecinin imzası yanında yazılı olan yerde keşide edilmiş sayılır*” şeklinde düzeltilmesi daha yerinde olacaktır³⁴.

4- Poliçe'nin Bir Daha Kabule Arzı

Yürürlükteki TTK m.606, f.2'nin “*Hâmil, kabule arz edilen poliçeyi muhatabın eline vermeye mecbur değildir*” şeklindeki düzenlemesi, Tasarı m.694, f.2'de “*Hâmil, kabule arz edilen poliçeyi muhatabın elinde bırakmakla yükümlü değildir*” şeklinde kaleme alınmıştır. Yürürlükteki fıkrada geçen “eline vermeye mecbur değildir” ifadeleri, öğretide haklı olarak eleştirilmiştir³⁵. Burada ifade edilmek istenen, muhatabın 6762 sayılı TTK m.606, f.1'de öngörülen “kabul için bir daha arzı isteme hakkı”nı kullanması durumunda, hâmilin, poliçeyi muhatap nezdinde³⁶ bırakmakla yükümlü olmadığını vurgulamaktır.

33 MOROĞLU, s. 158.

34 MOROĞLU, s. 158. Aynı doğrultuda Abuzer KENDİGELEN, Çek Hukuku, İstanbul, 2004, s. 83 (KENDİGELEN, Çek Hukuku). Yazar, “çekte keşide yeri”ne ilişkin açıklamalarında, her ne kadar TTK m.693, f.3'te “keşidecinin ad ve soyadı yanında yazılı olan yer”den bahsedilmekte ise de, TTK m.692 düzenlemesinde sadece keşidecinin imzasından söz edildiğini, buradaki “ad ve soyad” ifadelerini imzayı da kapsayacak şekilde yorumlamak gerektiği görüşünü savunmaktadır.

İmregün de, son derece isabetli bir şekilde, yasanın (6762 sayılı TTK. m.584, f.4) bu ifadesinin hatalı olduğunu, poliçede keşidecinin ad ve soyadının bulunmasının zorunlu olmadığını; tüzel kişi keşidecide soyadından söz edilemeyeceğini, buna karşılık keşidecinin imzasının esaslı şart olduğunu belirttikten sonra, bu nedenle yasa hükmünün “keşidecinin imzası yanında bir yer gösterilmiş ise, o yer keşide yeri sayılır” şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir (İMREGÜN, s. 50).

35 POROY/TEKİNALP, s. 145, N.250. Yazarlar bu durumu “yine çeviri nedeniyle garip bir ifade tarzı meydana gelmiş olmaktadır. Bu hükümden imza anında hiç olmazsa bir köşesinden tutulacaktır, anlamı çıkarılmamalıdır. Maksat, özellikle muhatabın TK m.606, f.1'deki hakkını kullanması halinde, kabul için bir gün sonra ibraz istemesi üzerine, poliçenin muhataba teslim edilip, bırakılmayacağı belirtilmektedir” şeklinde açıklamaktadır.

36 Moroğlu/Kendigelen, mevzuatlarında, m.606'nın 2 inci fıkrasında yer alan “eline vermeye” ibaresine dipnot atmış ve aynen “fıkradaki ‘eline vermeye’ terimi, ‘nezdinde bırakmaya’ şeklinde anlaşılmalıdır” demek suretiyle bu ifadeden neyin anlaşılması gerektiğine vurgu yapmışlardır (Bkz. Erdoğan MOROĞLU/Abuzer KENDİGELEN,

Bu düşünceler çerçevesinde ve amaca uygun bir şekilde, yürürlükteki maddenin 2 inci fıkrasında geçmekte olan “eline vermeye mecbur değildir” ifadeleri, **Tasarı m.694, f.2’nin metninde “elinde bırakmakla yükümlü değildir” olarak yer almıştır.** Bu durum gerekçede, “6762 sayılı Kanununun 606. maddesinin ikinci fıkrasında, hâmilin kabule arzedilen poliçeyi muhatabın eline vermeye mecbur olmadığı yazılıydı. Bu hüküm öğretiliyor ve amacın, hâmilin poliçeyi muhatabın nezdinde bırakmaya mecbur olmadığı “haklı olarak” belirtiliyordu. Gerçekten de muhatap hâmile poliçeyi ertesi gün bir daha kendisine ibraz etmesini istemişse, hâmil bu talebi kabul etmek zorundadır. Ancak, poliçeyi muhatabın nezdinde bırakamaz. Bu sebeple, 694. maddesinde, eski metinde olduğu gibi ‘eline vermeye mecbur değildir’ yerine “elinde bırakmakla yükümlü değildir” şeklinde ifade edilmiştir.

Kanaatimizce, Tasarı metninde yapılan değişiklik, yerinde olmakla birlikte, “elinde bırakmakla yükümlü değildir” şeklindeki ifade biçimi de tereddütlere yol açacak niteliktedir. Her türlü duraksamanın önüne geçilmesi amacıyla, fıkra metninin “(2) *Hâmil, kabule arz edilen poliçeyi muhatap nezdinde bırakmakla yükümlü değildir*” şeklinde düzenlenmesi yerinde olacaktır.

5- Vadeden Önce Ödeyen Muhatabın Hukukî Durumu

Tasarı m.710, f.2 hükmü (6762 sayılı TTK m.622), mehaz Kanuna uygun (OR 1030, f.2) şekilde yeniden çevrilmiştir. Yürürlükteki maddenin 2 inci fıkrasında “vadeden önce ödeyen muhatap, bu yüzden doğacak mesuliyeti üzerine almış olur” şeklinde ifade edilen hüküm, Tasarıda “vadeden önce ödeyen muhatap, bundan doğacak tehlike kendisine ait olmak üzere hareket etmiş olur” denilmek suretiyle amaç ve mehazla uygunluk sağlanmıştır. Gerçekten mehaz Kanunun ilgili düzenlemesinde, “vadeden önce

Notlu-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 8.Bası, İstanbul, 2004, s. 543). Ülgen de, TTK m.606, f.1’in, “muhatabın, poliçenin izleyen günde bir daha ibrazını talep ettiği durumda, hâmilin, ikinci ibraza kadar geçecek süre içinde poliçeyi muhatap nezdinde bırakmak zorunda olmadığı” şeklinde anlamlandırmakta ve “eline vermek” ifadelerinin yerinde olmadığına dolaylı bir şekilde vurgu yapmaktadır (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s. 96, N.87).

ödeyen muhatabın, bundan doğacak tehlikenin kendisine ait olmak üzere hareket ettiği” belirtilmiştir. Bu durum gerekçede de, “6762 sayılı Kanunun vâdeden önce ve vâdesinde ödemeyi düzenleyen 622. nci maddesinin ikinci fıkrası vâdeden önce ödeyen muhatabın bu yüzden doğacak mesuliyeti kendi üzerine almış olduğu ifade edilmişti. Oysa, hükümde söz konusu olan mesuliyet değil vâdeden önce ödemenin doğurabileceği tehlikedir. Bu sebeple 710 uncu madde ikinci fıkrasında hükmü kaynağa uygun bir şekilde düzenlemiştir” şeklinde ifade edilmiştir.

6- Muhatabın Ödemelerini Tatil Etmesi Olgusu

Tasarı m.713, f.2, b.b (6762 sayılı TTK m.625, f.2, b.2) düzenlemesine, “bir ilâmla kanıtlanmamış olsa dahi” ibareleri eklenmiştir. Yürürlükteki maddenin 2 inci fıkrasının 2 inci bendinde “*Polıçeyi kabul etmiş olsun olmasın, muhatap iflâs etmiş veya sadece ödemelerini tatil etmiş yahut aleyhindeki icra takibi semeresiz kalmış;*” şeklinde yer alan hüküm, Tasarıda “*Polıçeyi kabul etmiş olsun olmasın, muhatap iflâs etmiş veya bir ilâmla kanıtlanmamış olsa dahi, sadece ödemelerini tatil etmiş veya aleyhindeki herhangi bir icra takibi semeresiz kalmış veya*” olarak düzenlenmiştir.

Hâmile, müracaat hakkını kullanabilmesi için yasal olarak verilen imkânlardan biri de “muhatabın vadede ödeme yapamayacağını belirginleşmesi” durumlarıdır. Yukarıda metnini verdiğimiz yürürlükteki fıkranın ikinci bendinde bu durumlar “*muhatabın iflâs etmiş olması*”, “*muhatabın ödemelerini tatil etmiş olması*” ve “*muhatap aleyhindeki bir icra takibinin semeresiz kalması*” olarak belirtilmiştir.

Bu hallerde, hâmilin rücû mekanizmasını işletebilmesi için, bu olguların varlığını ispatlamış olması gerekli ve yeterlidir³⁷. Hâmil, “muhatabın iflâs etmiş olması” olgusunu muhatap hakkında mahkemece verilmiş “iflâs kararı” ile; “muhatap hakkında yapılmış bir icra takibinin semeresiz kalması” olgusunu, takibi yapan icra müdürlüğünden alınacak “aciz belgesi” ile kanıtlayacaktır³⁸. Hâmilin, muhatabın “ödemelerini tatil ettiğini” kanıtla-

37 İMREGÜN, s. 91; Arslan KAYA/Hüseyin ÜLGEN/Mehmet HELVACI/Abuzer KENDİGELEN, Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Kitabı), İkinci Tıpkı Bası, İstanbul, 2005, s. 162, N.325.

38 İMREGÜN, s. 91.

ması ise çok daha zor bir durumdur ve bu husus öğretide tartışma konusu olmuştur³⁹. Ticaret Hukuku öğretisinde, muhatabın “ödemelerini tatil etmiş olduğu olgusu”nun, hâmil tarafından “bir mahkeme kararı ile” ispat edilmesi gerektiği ağırlıklı görüşü oluşturmaktadır. İcra hukuku öğretisinde ise, ödemelerin tatili olgusu “borçlunun, muaccel ve çekişmesiz borçlarını ödeyemiyor olması ve bu hususun geçici bir duruma dayanmaması” olarak açıklanmakta ve borçlunun ödemelerini tatil ettiğinin çoğunlukla buna delalet eden olaylardan anlaşılacağını ortaya konulmaktadır⁴⁰.

Tasarıda, bu tartışmalar dikkate alınmış ve kanaatimizce de yerinde olarak, hâmilin müracaat hakkını kullanması durumunda, “yasada öngörülme- yen birtakım usullerle kendisine engeller çıkarılmasının önüne geçilmek istenmiş” ve bent metnine “bir ilâmla kanıtlanmamış olsa dahi” ibareleri eklenmiştir. Bu eklemenin yapılaş amacının madde gerekçelerinde yer alması bir eksiklik ve bu eksiklik maddeye gerekçe yazılması suretiyle giderilmelidir.

7- Vadenin Gelmesinden İtibaren İşleyecek Faiz

6762 sayılı TTK m.637, f.1, b.1’in, öğretisi ve uygulamada tartışma ve farklı görüşlerin savunulmasına neden olan⁴¹ “*vadenin gelmesinden itibaren işleyecek yüzde on hesabıyla faizi*” şeklindeki düzenlemesi, Tasarı m.725, f.1, b.b’de “*vadenin gelmesinden itibaren işleyecek faizi*” şeklinde değiştirilmek suretiyle bu konudaki tartışmalar ve görüş ayrılıklarına son

39 KARAYALÇIN, s. 193.; İMREGÜN, s. 91; POROY/TEKİNALP, s. 190, N.322 ve ayrıca dp.183.; KAYA/ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN, s. 162, N.325.

40 Baki KURU/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ, İcra İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2004, s. 544; Baki KURU, İflâs ve Konkordato Hukuku, Tıpkıbasım, İstanbul, 1992, s. 114; Hakan PEKCANİTEZ/Oğuz ATALAY/Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN/Muhammet ÖZEKES, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara, 2004, s. 302. Ayrıca, ödemelerin tatilinin “aciz hali”nin bir emaresi olduğu hakkında bkz. Bilge UMAR, Aciz Hali-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düşüğü Bir Yanlılık (MK. M.605 f. II, 618, Yeditepe Üniversitesi HFD., C.I, S.1, İstanbul, 2004, s. 322). İcra ve İflâs Hukukunda da, borçlunun ödemelerini tatil etmesi, doğrudan doğruya iflâs hallerinden birisi olarak düzenlenmiştir (İİK m.177, f.2).

41 Bkz. yukarıda dipnot 2.

verilmiştir. Bir başka deyişle, yapılan bu değişiklikle, poliçede (aynı şekilde bono ve çek'te) hâminin başvuru hakkını kullandığı durumda, isteyebileceği ve 1956 yılı şartlarında belirlenmiş olan "sabit bir faiz oranı - %10 -" uygulaması ortadan kaldırılmıştır. Her ne kadar 3095 sayılı Faiz Kanunu'nun 5 inci maddesinin 2 inci fıkrasının "*Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nda kanuni faiz temerrüt faizi oranlarını belirleyen hükümler uygulanmaz*" şeklindeki hükmü ile sorun çözüme kavuşturulmuş olsa bile, yapılan değişiklikle, 3095 sayılı Faiz Kanunu'nun "kanuni faiz" ve "temerrüt faizi" için öngördüğü oranların esas alınacağı hususu açıklığa kavuşturulmuştur⁴². Ancak, yapılan bu değişiklik hakkında madde gerekçelerinde herhangi bir açıklama yer almaması kanaatimizce bir eksiklik ve bu eksiklik maddeye gerekçe yazılmak suretiyle giderilmelidir.

42 Burada şu hususu belirtmekte yarar vardır ki, kamuoyunda 3095 sayılı Faiz Kanunu'nun "kanuni faizi" düzenleyen "Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'na göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme, yıllık, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont oranı üzerinden yapılır. Söz konusu reeskont oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan reeskont oranından beş puan veya daha çok farklı ise, yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur" şeklindeki 1 inci maddesi hükmü, kamuoyunda "torba kanun" olarak nitelendirilen "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (Kanun No: 5335/Kabul Tarihi: 21 Nisan 2005 - Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 27 Nisan 2005 - Sayı: 25798) 14 ncü maddesi hükmü ile değiştirilmiştir. Buna göre 3095 sayılı Faiz Kanunu'nun 1 inci maddesinin yeni hükmü şöyledir: "Borçlar ve Türk Ticaret göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde oniki oran üzerinden yapılır.

Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir". Görüldüğü üzere, yapılan değişiklikle "kanuni faiz"de, "kısa vadeli kredi işlemlerinde uygulanacak reeskont faiz oranı" uygulamasına son verilmiş; yeniden "sabit bir faiz oranı" uygulamasına dönülmüştür. Ancak, 3095 sayılı Faiz Kanununun "temerrüt faizi" başlıklı 2 inci maddesinin 2 inci fıkrasında herhangi bir değişiklik söz konusu olmadığından, "ticari işlerde temerrüt faizi" yine "Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, birinci fıkrada belirlenmiş olan %12'den fazla ise, arada sözleşme olmasa bile bu oran üzerinden istenebilecektir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur.

Aynı doğrultuda Tasarı m.726, f.1, b.b hükmü (6762 sayılı TTK m.638) “*ödeme tarihinden itibaren bu tutarın faizini*” şeklinde düzenlenmek suretiyle, bu konudaki görüş farklılıklarına ve tartışmalara son verilmiştir. Yapılan bu değişiklik hakkında da madde gerekçelerinde herhangi bir açıklama yer almaması bir eksiklik ve bu eksiklik maddeye gerekçe yazılmak suretiyle giderilmelidir.

8- Retret

6762 sayılı TTK m.641’in 2 inci fıkrasında “*Retret, 637 ve 638’inci maddelerde gösterilen paralardan başka tellâllik ücretini ve retreatin damga resmini ihtiva eder*” olarak yer alan hüküm, Tasarı m.729, f.1’de “*Retret, 725 ve 726 ncı maddelerde gösterilen paralardan başka komisyon ücretini içerir*” şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere Tasarıda, “tellâllik ücretini” ve “retretin damga resmini” ibarelerine yer verilmemiştir. Değişikliğin sebebi, Türk öğretisinde, buradaki “tellâllik” ibaresinden poliçenin (retretin) bir bankaya iskonto ettirildiği takdirde o müessesenin alacağı komisyonunun anlaşılması gerektiği görüşünün ileri sürülmesidir⁴³.

Diğer taraftan, yine mehzaz ve yürürlükteki maddede geçmekte olan “retretin damga resmi” ibaresine, Tasarıda yer verilmemiştir.

“Retret” hakkındaki bu hüküm, gerek İsviçre⁴⁴ gerek Alman⁴⁵ öğretisinde “anlamsız” ve “uygulaması pek olmayan bir düzenleme” olarak nitelendirilmektedir. Kanaatimizce, uygulaması olmayan bu hükme tasarıda yer verilmemelidir.

Şayet bu düzenleme Tasarıda yer alacaksa, 729 uncu maddenin 2 inci fıkrasında yapılan değişiklikle ilgili olarak madde gerekçelerinde herhangi bir açıklamanın yer almaması bir eksiklik ve bu eksiklik maddeye gerekçe yazılmak suretiyle giderilmelidir.

43 POROY/TEKİNALP, s. 188, N.316.

44 Arthur MEIER-HAYOZ/Hans CASPAR von der CRONE, Wertpapierrecht, Zweite, überarbeitete Auflage, Bern, 2000, § 11, N.37. Yazarların ifadesi aynen şu şekildedir : “Der Rückwechsel ist heute jedoch bedeutungslos”.

45 BAUMBACH/HEFERMEHL, WG., Art. 52, Rdnr.3.

9- Sebepsiz Zenginleşme

Sebepsiz zenginleşme kenar başlıklı Tasarı m.732, f.2 (6762 sayılı TTK m.644, f.2) “*Sebepsiz zenginleşmeden doğan talep, muhataba, yerleşim yerli bir poliçeyi ödeyecek olan kimseye ve düzenleyen poliçeyi başka bir kişi veya ticarî işletme hesabına çekmiş olduğu takdirde o kişiye veya ticarî işletmeye karşı da ileri sürülebilir*” şeklinde ifade edilmiştir. Fıkra dikkat çeken husus, yürürlükteki metinde geçen “dava açılması” terimi yerine, “talep ileri sürülmesi” teriminin kullanılmış olmasıdır. Kanaatimizce, kavramın “sebepsiz zenginleşmeden doğan dava hakkı” şeklinde ifade edilmesi mehaz Kanuna (OR 1052, f.2) daha uygun olacaktır. Çünkü, burada söz konusu olan, aleyhine sebepsiz zenginleşmiş olan hâmile, kambiyo senetleri hukukunun sıkı şekil koşulları nedeniyle kaybetmiş olduğu hakkını “dava yoluyla” talep etme imkânının verilmesidir⁴⁶. Nitekim öğretilerde, 6762 sayılı TTK m.644’deki davanın, “kambiyo hukukuna özgü ve BK’da düzenlenen sebepsiz iktisap davasından farklı özel nitelikte olağanüstü bir dava” olduğu belirtilmektedir⁴⁷. Bu nedenle, fıkra metninin “*Sebepsiz zenginleşmeden doğan dava, muhataba, yerleşim yerli bir poliçeyi ödeyecek olan kimseye ve düzenleyen poliçeyi başka bir kişi veya ticarî işletme hesabına çekmiş olduğu takdirde o kişiye veya ticarî işletmeye karşı da açılabilir*” şeklinde yeniden düzeltilmesi, daha yerinde olacaktır.

Tasarının 732 inci maddesinde, yürürlükteki maddeden farklı olarak, yapılan asıl değişiklik, maddeye 4 üncü bir fıkranın eklenmiş olmasıdır: “*Zamanaşımı süresi, zenginleşmenin oluştuğu tarihten itibaren bir yıldır; ispat yükü, sebepsiz zenginleşmediğini iddia edene aittir*” şeklinde düzenlenmiş olan bu fıkra hükmü, yürürlükteki maddenin çok önemli bir eksikliğini gidermiştir. Çünkü, 6762 sayılı TTK m.644’te, hâmilin, sebepsiz zenginleşmeye dayalı talebini hangi süreler içinde ileri sürebileceği hususunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum, gerek öğreti⁴⁸, gerek uy-

46 Şükrü YILDIZ, “Kambiyo senetlerinde Zamanaşımı Süreleri”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul, 2003, s. 346.

47 YILDIZ, s. 346 ve ayrıca dp. 35’te belirtilen yazarlar.

48 Sebepsiz zenginleşme talebinin tabi olduğu zamanaşımı konusunda öğretide ve Yargıtay uygulamalarının özeti için bkz. ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s. 107, N.153-154-155-156. Bu konuda, gerek öğretide gerek Yargıtay uygulaması hakkında geniş açıklama ve değerlendirmeler için bkz. YILDIZ, s. 345-348; Ömer ÖZKAN, “Poliçede Sebepsiz Zenginleşme Davası”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s. 507-535.

gulamada⁴⁹ görüş ayrılıklarına yol açmıştır. Getirilen hükümle, bu konudaki bütün tereddütlerin giderilmesi amaçlanmıştır. Kabul edilen çözüm; Yargıtay'ın yerleşik uygulamasında benimsediği “bir yıllık süre” olmuştur. Bu durum gerekçede, “6762 sayılı Kanunda sebepsiz zenginleşme çok karışık bir şekilde düzenlenmişti. 732. madde hükmün anlamını ve sistemini değiştirmeden daha açık bir ifade ile kurumu düzenlemektedir. Ayrıca, eski metinde ve kaynakta bulunmayan özel bir zamanaşımı süresi hükme eklenmiştir. Bu süre Yargıtay'ın yerleşik kararlarıyla kabul edilmiştir” şeklinde ifade edilmiştir.

C- Bono'ya İlişkin Maddeler

1- Bono veya Emre Yazılı Senet Kavramı

“Kıymetli Evrak Kitabı”nın “İkinci Bölüm”ünün başlığı “Bono veya Emre Yazılı Senet” olarak Tasarıda yer almıştır. 6762 sayılı Kanun'da ise, bu başlık, Kıymetli Evrak Kitabının “İkinci Kısım”nda “Bono veya Emre Muharrer Senet” olarak yer almaktadır. **Kanaatimizce “bono” terimi**, bugün için, hukukî niteliği itibariyle soyut bir borç ikrarı, bir ödeme vaadi olan⁵⁰ ve ikili bir ilişkiyi içeren kambiyo senedinin nitelendirilmesi açısından yeterli bir ifade olup, 1926 tarihli eski Ticaret Kanunu'ndan gelme olan “emre yazılı senet” kavramının bono yerine geçerli bir şekilde kullanılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Dolayısıyla Tasarıda, bu kambiyo senedini ifade etmek için sadece “bono” kelimesinin yer alması yerinde olacaktır⁵¹.

49 Bu konuda Yargıtay'ın görüşleri hakkında fikir edilmesi amacıyla bkz. MOROĞLU/KENDİGELEN, s. 582-588 (m.644'ün altında yer alan kararlar).

50 ÖZTAN, s. 975-977; POROY/TEKİNALP, s. 233, N.409.

51 Nitekim daha 6762 sayılı Kanunun hazırlık aşamasında bile, “emre muharrer senet” kavramının çok uzun olduğu ve aslında ticari hayatta “bono” kelimesinin daha çok tutunmuş olduğu gerekçeleriyle, kanunî terim olarak “bono” kelimesi teklif edilmiş; bu teklife karşılık Tasarı'nın sonradan gözden geçirilmesi sırasında, “emre muharrer senet” kavramının da bono kelimesi gibi uygulamada çok kullanıldığı ileri sürülerek tamamen terki uygun bulunmamış; “bono” kelimesi ile birlikte Kanunda yer almasının uygun olacağı görüşü ağır basmış ve nitekim 6762 sayılı Kanunda her iki kavram birlikte yer almıştır (ÖZTAN, s. 974; POROY/TEKİNALP, s. 233, N.412; İMREGÜN, s. 107).

2- Bono'da Lehtar

Tasarı m.776, f.1, b. e “*kime ve kimin emrine ödenecek ise onun adını;...içerir*” şeklinde hükme bağlanmıştır. 6762 sayılı Kanunda ise, lehtar unsuruna yönelik düzenleme “*kime ve kimin emrine ödenecekse onun ad ve soyadını ... ihtiva eder*” olarak yer almaktadır (m.688, f.1, b.5). Öğretide, 6762 sayılı Kanunun bu bendinin mehz Kanundan yanlış tercüme edildiği, metnin doğru ifadesinin “kime ve kimin emrine” değil; “kime veya kimin emrine” olması gerektiği, amacın bononun “nama” veya “emre” düzenlenebileceğine işaret etmek olduğu, isabetli bir şekilde vurgulanmıştır⁵². Bu tercüme yanlışlığı Tasarıda aynı şekilde sürdürülmüştür. Tasarı m. 776, f.1, b. e hükmü “*kime veya kimin emrine ödenecek ise onun adını;...içerir*” şeklinde düzeltilmelidir.

3- Bono'da Unsurların Bulunmaması ve Düzenleme Yeri Gösterilmemiş Bono

6762 sayılı TTK m.689, f.4 düzenlemesinde “*Tanzim edildiği yer gösterilmeyen bir bono, tanzim edenin ad ve soyadı yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır*” şeklinde yer alan hüküm⁵³, Tasarıda, mehz Kanuna uygun olarak yeniden çevrilmiş ve “*Düzenlendiği yer gösterilmeyen bir bono, düzenleyenin adının yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır*” şeklinde ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, Tasarıdaki düzenleme mehz Kanuna daha uygun bir şekilde kaleme alınmış olup (OR, m.1097, f.4) yürürlükteki fıkrada geçen “*...ve soyadı*” kelimelerine yer verilmemiştir.

Buna karşılık, fıkra hükmü Tasarıda mehz Kanuna uygun bir şekilde ifade edilmiş olsa da, bir bonoda bulunması mutlak zorunlu unsur, keşidecinin “adı” değil, “imzası”dır. Bu nedenle, bir bonoda düzenleme yeri açıkça gösterilmemişse, bakılması gereken yer düzenleyenin soyadı yanı değil, “imzası”nın yanı olmalıdır⁵⁴. Dolayısıyla, fıkra hükmü Tasarıda “*Düzenlendiği yer gösterilmeyen bir bono, düzenleyenin imzasının yanında yazı-*

52 ÖZTAN, s. 986; İMREGÜN, s. 114.

53 6762 sayılı TTK m.689, f.4: “Tanzim edildiği yer gösterilmeyen bir bono, tanzim edenin ad ve soyadı yanında yazılı olan yerde tanzim edilmiş sayılır”.

54 MOROĞLU, s. 158. İmregün de, “Bono'da düzenleme yerinin de gösterilmesi gerekir. Gösterilmemişse, düzenleyenin imzası yanındaki yer düzenleme yeri sayılır” demek suretiyle bu görüşü dolaylı olarak desteklemektedir (İMREGÜN, s. 114).

lı olan yerde düzenlenmiş sayılır” şeklinde ifade edilmelidir⁵⁵.

4-Bono’ya Uygulanacak Poliçe Hükümleri

“Uygulanacak hükümler” kenar başlıklı Tasarı m.778 (6762 sayılı TTK m.690) düzenlemesi, **kanaatimizce**, metin itibariyle karışık ifade edilmiştir. Mehz Kanunun ilgili düzenlemesi oldukça “açık” ve “anlaşılabilir” şekildedir. Madde düzenlemesinin mehz Kanuna uygun olarak, şu şekilde kaleme alınması yerinde olacaktır:

“MADDE 778.- (1) Bononun niteliğine aykırı düşmedikçe, poliçeye ilişkin şu hükümler bonolar hakkında da geçerlidir:

Ciroya ilişkin m.681-690;

Vadeye ilişkin m.703-707;

Ödemeye ilişkin m.708-712;

Ödememe halinde başvurma haklarına ilişkin m.713-727 ve m.729-732;

Araya girme suretiyle ödemeye ilişkin m.734, m.738-742;

Suretler hakkındaki m.746 ve 747;

Değişikliklere ilişkin (ki Tasarıda “değiştirmeye dair” şeklindedir. Kanaatimizce, Tasarıdaki ifade eksiktir) m.748;

Zamanaşımına ilişkin m.749-751;

İptale ilişkin m.757-765;

Tatil günleri, sürelerin hesabı, atfet sürelerine ilişkin yasak, poliçe hakkındaki işlemlerin yapılması gereken yer ve imzaya ilişkin (ki Tasarıda, “tatil günleri, sürelerin hesabı, atfet sürelerine ilişkin yasak, poliçeye dair işlemlerin yapılması gereken yer ve imza hakkındaki” şeklinde ifade edilmiştir) m.752-756 ve Kanunlar ihtilâfına ilişkin m.766-775.

(2) Ayrıca üçüncü bir kişinin yerleşim yerinden veya muhatabın yerleşim yerinden başka bir yerde ödenmesi şart olan poliçeye ilişkin

55 MOROĞLU, s. 158.

m.674 ve 697, faiz şartına ilişkin (Tasarıda “dair” kelimesi kullanılmıştır) m.675, ödenecek bedele ilişkin (Tasarıda “dair” kelimesi kullanılmıştır) çeşitli beyanlar hakkındaki m.676, geçerli olmayan imzanın sonuçlarına ilişkin m.677, yetkisiz veya yetkiyi aşan kimsenin imzasına ilişkin m.678 ve 679 ile açık poliçeye dair m.680 hükümleri de bonolara uygulanır.

(3) Avale ilişkin m.700-703 de bonolar hakkında uygulanır.

(4) 701 inci maddenin son fıkrasında öngörülen halde aval, avalin kimin hesabına verildiğini göstermezse, bonoyu düzenleyen kimse hesabına verilmiş sayılır”.

Tasarı m.778, f.1’de yapılan bir önemli değişiklik, poliçeye ilişkin “sebepsiz zenginleşme”yi düzenleyen Tasarı m.732 hükmünün bonolara da uygulanacağını öngörülmüş olmasıdır. Bonoya uygulanacak poliçe hükümlerinin belirtildiği yürürlükteki maddede (m.690), poliçede sebepsiz zenginleşme hakkındaki maddeye (m.644) yollama yapılmamıştır. Bu durumun sebebi, mehzaz Kanunda da (OR 1098, f.1) “poliçede sebepsiz zenginleşme”yi düzenleyen maddeye (OR 1052) atıf yapılmamış olmasıdır. Konu, Türk öğretisi ve uygulamasında tartışılmış ve farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur⁵⁶.

Tasarıda, yürürlükteki Kanun’un bu eksikliği dikkate alınmak suretiyle, gerekli düzenleme yapılmıştır. Bu değişikliğin amacı konusunda madde gerekçelerinde herhangi bir açıklama yer almaması bir eksiklik ve bu eksiklik maddeye ilişkin gerekçe yazılması suretiyle giderilmelidir.

56 POROY/TEKİNALP, s. 222; ÖZTAN, 910; YILDIZ, s. 349 ve s. 346, dp.34’te belirtilen diğer yazarlar. Yargıtay, konu hakkındaki ilk kararlarında, m.690’da, m.644’e atıf yapılmadığı için, bonoda sebepsiz zenginleşme davasının söz konusu olamayacağı ileri sürmekle birlikte, daha sonraki kararlarında bu görüşünden dönerek, TTK m.644 hükmünün bonolara da uygulanmasına karar vermiştir (Yargıtay’ın kararları için bkz. YILDIZ, s. 346, dp.34 ve s.349, dp.50). Azınlık görüşü ise, poliçede sebepsiz zenginleşme hakkındaki maddeye, bonolara uygulanacak poliçeye ilişkin maddeler arasında atıf yapılmamasını gerekçe göstererek, sebepsiz zenginleşme davasının bonolar hakkında uygulanamayacağını ileri sürmektedir (UYAR, s. 23 -YILDIZ, s. 346, dp.34’ten naklen).

D- Çek'e İlişkin Maddeler

1- Senet Metninde Çek Kelimesinin Yer Alması

6762 sayılı TTK m.692, f.1, b.1 hükmü, öğretide eleştiri konusu yapılmış⁵⁷ ve farklı görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuştur. Çünkü bu bentte, “çek” kelimesinin senet metninde yer alması gerekliliğinden açıkça söz edilmemiştir. Oysa, gerek Cenevre Yeknesak Anlaşması hükümleri gerek mehzaz Kanunda (OR 1100, f.1, b.1) “çek” kelimesinin senet metninde yer alması gerekliliği “açıkça” vurgulanmıştır. Bu doğrultuda, Tasarı madde 780, f.1, b.a hükmü mehzaz Kanuna uygun olarak yeniden çevrilmiş ve hüküm “*senet metninde ‘çek’ kelimesini ve eğer senet Türkçe’den başka bir dille yazılmış ise o dilde ‘çek’ karşılığı olarak kullanılan kelimeyi,*” şeklinde düzenlenmiş ve böylece mehzaz Kanunla tam anlamıyla uyum sağlandığı gibi, öğretideki görüş ayrılıkları⁵⁸ ve eleştirilerin de önüne geçilmiştir.

2- Muhatabın Ticaret Unvanı

Yürürlükteki TTK m.692, f.1, b.3 hükmü de öğretide eleştiri konusu yapılmıştır⁵⁹. Çünkü bu bentte, bir çekin “*ödeyecek kimsenin ‘muhatabın’ ad ve soyadını*” ihtiva etmesi gerekliliğinden söz edilmiştir. Oysa bir çekte, 6762 sayılı TTK m.694, f.1 hükmü uyarınca, ancak bir banka muhatap olabilir ve 6762 sayılı TTK’nın 727 inci maddesi hükmü uyarınca da banka, Bankalar Kanunu’nun hükümlerine tabi olan müesseselerdir. Bankalar Kanunu hükümleri uyarınca, bankalar tüzel kişiliği haizdir ve ancak anonim ortaklık olarak kurulabilirler. Bu durumda söz edilmesi gereken unsur “muhatabın ad ve soyadı” değil, “muhatabın ticaret unvanı”dır. Tasarı madde 780, f.1, b.c hükmü “*ödeyecek kişinin, ‘muhatabın’ ticaret unvanını*” şeklinde düzenlenmek suretiyle öğretideki eleştiriler dikkate alınmıştır.

57 İMREGÜN, s. 123-124; POROY/TEKİNALP, s. 243, N.423; ayrıca bkz. Celal GÖLE, Çek Hukuku, Ankara, 1989, s. 14-15 ve dp.4; KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 66-67.

58 Bu konuda öğretideki görüş ayrılıkları hakkında açıklamalar için bkz. KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 67 ve dp.82’de belirtilen yazarlar.

59 İMREGÜN, s. 124; ÖZTAN, s. 1041; POROY/TEKİNALP, s. 244, N.434; GÖLE, s. 19-21; KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 72 ve ayrıca dp. 102’de belirtilen diğer yazarlar.

Yapılan bu değişikliğe paralel olarak **Tasarı m.781, f.2** (6762 sayılı TTK m.693, f.2), **m.803, f.6** (6762 sayılı TTK m.715, f.6) ve **m.804, f.2** (6762 sayılı TTK m.716, f.2) **düzenlemelerinde de**, yürürlükteki Kanun'da olduğu gibi "muhatabın adı" ifadesi değil, doğru ifade olan "**muhatabın ticaret unvanı**" ibaresi kullanılmıştır.

3- Çek Metninde Keşide Yerinin Açıkça Gösterilmemesi

Tasarıda, "II - Unsurların bulunmaması" kenar başlığı altında m.781, f.3 hükmü "**Düzenlenme yeri gösterilmemiş olan çek, düzenleyenin adı yanında yazılı olan yerde çekilmiş sayılır**" şeklindeki ifadesiyle mehaz Kanuna (OR m.1101, f.4) uygun hale getirilmiştir. 6762 sayılı TTK m.693, f.3'te "**...keşidecinin ad ve soyadı yanında yazılı olan yer...**" ibareleri yer almaktadır. Yapılan düzenleme mehaza uygun olmakla birlikte, bir çek'te yer alması gerekli olan unsurlar açısından yerinde bir hüküm değildir.

Bir çekte "keşide yeri" açıkça gösterilmemişse, Taslak hükmüne göre, çek, "**düzenleyenin adı yanında yazılı olan yerde,**" çekilmiş sayılacaktır. Düzenleme bu haliyle öğretilde haklı olarak eleştiri konusu olmuştur⁶⁰. Bir çekte çeki "keşide edenin adı" değil, "**imzası**" zorunlu bir unsurdur. Dolaşısıyla, bir çekte keşide yerinin açıkça yazılmadığı durumda bakılması gereken yer "**keşidecinin imzası yanı**" olmalıdır.

Kanaatimizce bu konudaki bütün tereddütler, fıkra hükmünün "**Keşide yeri gösterilmemiş olan çek, keşidecinin imzası yanında yazılı olan yerde çekilmiş sayılır**" şeklinde düzeltilmesi ile giderilebilecektir⁶¹.

60 GÖLE, s. 24, 26; KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 83. Moroğlu, bu durumda ratio legis'e göre duraksamanın yersiz olduğunu, Yargıtay uygulamasının da "imza yanında yazılı olan yer" i "keşide yeri" olarak kabul ettiğini belirtmektedir (MOROĞLU, s. 159 ve dp.17). Çekte keşidecinin ad ve soyadının yazılmasının gerekli olmadığı, Yargıtay uygulamasında da, çekte keşidecinin ad ve soyadı olmaksızın imzanın yeterli görülmüş bulunduğu konusunda açıklama ve kararlar için bkz. Gönen ERİŞ, Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku, Genişletilmiş-Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Ankara, 2004, s. 30, 31 ve s. 39 Karar No:10, s.55 Karar No:89, 90.

61 Öğretilde bu görüşü savunan yazarlar için bkz. MOROĞLU, s. 159; Şafak NARBAY, "Çekte İbraz Sürelerinin Belirlenmesinde Ölçü Alınan 'Yer' Kavramına 'De Lege Lata' ve 'De Lege Ferenda' Çözüm Önerisi", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.I, İstanbul, Eylül, 2003, s. 796, dp.9 (NARBAY, Çekte İbraz Süreleri).

4- Muhatap Dışında Bir Kişi Üzerine Çekilen Çek

Tasarı m.782, f.2’de “*Diğer bir kişi üzerine çekilen çek; yalnız hava-
le hükmündedir* (6762 sayılı TTK m. 694, f.2)” düzenlemesi yer almakta-
dır. Maddenin 3 üncü fıkrası ise (m.782, f.3) “*Havale sayılan bir çek hak-
kında Damga Vergisi Kanunu hükümleri saklıdır*” şeklinde kaleme alın-
mıştır. Bu hüküm 6762 sayılı TTK m.694, f.3’te “*Havale sayılan bir çek
hakkında Damga Resmi Kanununun çeklere ait hükümleri tatbik olunmaz*”
şeklinde düzenlenmiştir. Her iki fıkra hükmü karşılaştırıldığında, Tasarıda
yer alan fıkranın ifadesinin, 6762 sayılı TTK m.694, f.3’ten farklı olduğunu
görmekteyiz. Çünkü, m.694, f.3’te havale sayılan bir çek hakkında “Damga
Vergisi Kanunu’nun çeke ilişkin hükmünün uygulanmayacağı” belirtilirken,
Tasarı hükmü, “**havale sayılan bir çek hakkında Damga Vergisi Kanunu
hükümlerinin saklı**” olduğunu ifade etmektedir. Bu fıkra düzenlemesi me-
haz Kanun (OR 1102) ve Alman Çek Kanunu’nda (SchG m.3) yer alma-
maktadır. Amaç, Damga Vergisi Kanunu’nun “çek” hakkında öngörmüş ol-
duğu ayrıcalıktan⁶² “çek sayılmayan bir belge”nin yararlanmasını önlemek-
tir⁶³. Kanaatimizce, m.782, f.3 düzenlemesinin Tasarıda yer almasının bir
anlamı kalmamıştır. Çünkü, Damga Vergisi Kanunu’nda havaleler için ön-
görülen maktu damga vergisi, 09.04.2003 tarih ve 4842 sayılı “*Bazı Kanun-
larda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*”un 37 nci maddesinin 2 nci
fıkrası hükmü⁶⁴ uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır. Bu durumda, bir kişi
üzerine çekildiği için “çek” sayılmayıp “havale” olarak nitelendirilen belge
için artık damga vergisi söz konusu edilemeyecektir⁶⁵. Bu nedenle, Tasarı

62 Çek’e özgü olan bu ayrıcalığın 30.7.2003 tarihinde yapılan yasal değişiklikle kaldırıldığı yukarıda açıklamıştık.

63 Poroy/Tekinalp bu durumu, “yani bu şekilde, çek çekmenin masraf bakımından yararlı tarafı da yok edilmek istenmiştir” şeklinde ifade etmektedir (POROY/TEKİNALP, s. 244, N.435).

64 4842 sayılı Kanun m. 37, f.2: “ 1.7.1964 tarihli ve 488 sayılı Kanuna ekli (1) sayılı tablonun “IV. Makbuzlar ve diğer kâğıtlar” başlıklı bölümünde yer alan havale mektupları, posta ve telgraf havalelerine ilişkin 3 üncü fıkrası...yürürlükten kaldırılmıştır”.

65 Tabii ki, bugün için havale sayılan bir çek hakkında damga vergisi uygulanmıyor olması, bundan sonra da uygulanmayacağı anlamına gelmez. Kanun koyucu, Damga Vergisi Kanununda yeni bir değişiklik yapmak suretiyle havale sayılan bir çek hakkında tekrar damga vergisi koyabilir. Bu durumda ise, Tasarı m.782, f.3’ün yeni metninin bir anlamı olabilecektir. Fakat, bir çek’in banka dışında başka bir kişi üzerine çekilme olgusu da hemen hemen hiç karşılaşılmayan bir uygulamadır.

m.782, f.3 düzenlemesinin maddeden çıkarılması gerektiğini düşünüyoruz.

5- Protestodan ve Vadeden Sonraki ciro ve Vade Kavramı

Tasarıda yer alan madde 793'ün kenar başlığı "**D) Protestodan ve vadeden sonraki ciro**" şeklindedir. Bu başlık, bir "ödeme aracı" olan ve "vade içermeyen" çek'in niteliğine uygun bir başlık değildir. Çünkü çek'i poliçe ve bono'dan ayıran en temel özelliklerinden biri de vade içermemesidir. Dolayısıyla, Tasarı m.793'ün kenar başlığının çek'in niteliği ile bağdaşır şekilde ve her türlü yanlış anlamının önüne geçilmesi amacıyla "**süresi içinde yapılmayan cirodan (gecikmiş cirodan) doğan haklar**" ya da "**Protestodan ve ibraz süresinin geçmesinden sonraki ciro**" olarak değiştirilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz⁶⁶.

Aynı şekilde Tasarı m.795'in kenar başlığı da tıpkı 6762 sayılı Kanun m.707'nin kenar başlığında olduğu gibi "**II- Vade**" şeklindedir. Oysa çekte poliçe ve bono'da olduğu gibi "teknik anlamda bir vade"den söz edebilmek mümkün değildir⁶⁷. Burada amaç, bir ödeme aracı olan çekin, ibraz edildiği anda ödeneceğinin öngörülmesi; çek üzerine yazılacak ve çekin bu niteliği ile bağdaşmayacak kayıtlara engel olunması ve üzerinde yazılı keşide tarihten önce bile çekin ibraz edildiği gün ödeneceğinin (muhatapta karşılık varsa bu karşılığın; karşılığın olmadığı durumda ve hâmil talep ettiği takdirde muhatabın bir çek yaprağı için ödemekle yükümlü olduğu tutarın) hüküm altına alınmasıdır.

Kanaatimizce olması gereken, Tasarı m.795'in kenar başlığının "çek" in niteliğine uygun hale getirilmesi ve böylece her türlü yanlış anlamının ortadan kaldırılmasıdır. Bu da, maddenin kenar başlığının, "**II- Çekin İbrazında Ödenmesi**" şeklinde değiştirilmesi ile mümkün olabilecektir.

66 Nitekim öğretilerde Eriş, çeklerde vade olmadığına ilişkin açıklamalarım yaptıktan sonra, maddenin kenar başlığında yer alan "vadeden" sonra sözcüğünün, "çekin ibraz süresi geçtikten" sonraki ciro biçiminde anlaşılması gerektiğini ifade etmek suretiyle, dolaylı olarak önerimizin haklılığını ortaya koymaktadır (ERİŞ, s. 200-201).

67 Ayrıntılı bilgi için bkz. KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 161-163. Gerçi yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, öğretilerde, "çeklerde tek bir vadenin söz konusu olup, bu da çekin görüldüğünde ödenmesidir" şeklinde görüş açıklayan yazarlar da bulunmaktadır.

6- Çek'te İbraz Süreleri

Tasarıda yer alan “*III - Ödeme için ibraz*” kenar başlıklı m.796 hükmü, 6762 sayılı TTK'nın 708 inci maddesinde “içerik olarak” aynı şekilde yer almaktadır ve düzenleme bu haliyle, 1956 yılı ülke koşulları dikkate alınarak, mehzaz Kanundan “süreler” ve “bu sürelerin hesaplanmasında ölçü alınan kriter” bakımından ayrılarak Kanuna konulmuş bir maddedir. Hükmü bu haliyle, gerek uygulamada gerek öğretilerde çok farklı görüşlerin savunulmasına ve birçok sorunun ortaya çıkmasına neden olmuştur.

TTK m.708'de (Tasarı m. 796) öngörölmüş ibraz süreleri, hem “gün” hem de “ay” olarak düzenlenmiştir. Diğer taraftan, her iki hükümde de ibraz sürelerinin belirlenmesinde “yer” kavramı ölçü olarak alınmıştır. Ancak bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği açık değildir. “Yer kavramı” konusunda Türk öğretisi ve uygulamasında “il sınırları”, “ilçe sınırları”, “il belediye sınırları”, “büyükşehir belediye sınırları” ve “keşidecinin iradesi” kriterleri çözüm olarak önerilmekte ve ibraz süreleri ölçü alınan bu kriterlere göre değişiklik arz etmektedir⁶⁸.

Buna karşılık, Cenevre Yeknesak Kanunu m.29, İsviçre Borçlar Kanunu m.1116 ve Alman Çek Kanunu m.29'da yer alan hükümlerde ise, “ibraz süreleri” ve “bu sürelerin belirlenmesinde ölçü alınacak kriterler” hiçbir duraksamaya yol açmayacak şekilde düzenlenmiştir⁶⁹. CYK m.29 ve bu siste-

68 Bu ölçütler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NARBAY, Çekte İbraz Süreleri, s. 802-808.

69 “OR Art. 1116:

2. Vorlegung zur Zahlung

1 Ein Check, der in dem Lande der Ausstellung zahlbar ist, muss binnen acht Tagen zur Zahlung vorgelegt werden.

2 Ein Check, der in einem anderen Lande als dem der Ausstellung zahlbar ist, muss binnen 20 Tagen vorgelegt werden, wenn Ausstellungsort und Zahlungsort sich in demselben Erdteile befinden, und binnen 70 Tagen, wenn Ausstellungsort und Zahlungsort sich in verschiedenen Erdteilen befinden.

3 Hiebei gelten die in einem Lande Europas ausgestellten und in einem an das Mittelmeer grenzenden Lande zahlbaren Checks, ebenso wie die in einem an das Mittelmeer grenzenden Lande ausgestellten und in einem Lande Europas zahlbaren Checks als Checks, die in demselben Erdteile ausgestellt und zahlbar sind.

4 Die vorstehend erwähnten Fristen beginnen an dem Tage zu laufen, der in dem Check als Ausstellungstag angegeben ist.”

mi aynı şekilde kabul etmiş olan sistemlerde, TTK m.708 düzenlemesinden ayrı olarak, ibraz süreleri belirlenirken sadece “*gün ölçütü*” esas alınmış ve süreler de “*daha kısa*” öngörülmüştür. Buna göre, bir çek keşide edildiği ülkede ödenecekse “sekiz (8) gün” içerisinde ödeme için muhabata ibraz edilmelidir. Bir başka deyişle, bu sistemde, keşide ve ödeme yeri “*aynı ülke sınırları içinde*” olan bir çek için “*tek bir ibraz süresi*” belirlenmiştir. Böylece, ibraz süresinin tespiti açısından ilk kriter “*ülke sınırları*” olarak öngörülmüş ve bunun sonucu olarak da sekiz (8) günlük tek bir ibraz süresi kabul edilmiştir. İkinci kriter olan “*farklı ülke*” ler ise “*dünyanın aynı kısmında*” ve “*ayrı kısmında*” yer alan şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuş ve ibraz süreleri “*dünyanın aynı kısmında yer alan ülkeler için yirmi (20) gün*” ve “*dünyanın ayrı kısmında yer alan ülkeler için ise yetmiş (70) gün*” olarak düzenlenmiştir.

Kanaatimizce, ibraz sürelerinin tespit edilmesi konusunda tüm tereddütleri, tartışmaları, uygulama farklılıklarını ve yanlışlıklarını ortadan kaldıracak çözüm, gerek “ibraz sürelerinin belirlenmesinde esas alınan kriterler” gerek “sürelerin uzunluğu” bakımından, Cenevre Yeknesak Kanunu m.29 ve bu sistemi esas alan İsviçre Borçlar Kanunu m.1116 ve Alman Çek Kanunu m.29 sisteminin kabul edilmesi ve Tasarıya aktarılmasıdır. **Değişiklik önerimiz şöyledir:**

“III - Ödeme için ibraz

1. Genel olarak

MADDE 796.- (1) Bir çek, keşide edildiği ülkede ödenecekse sekiz gün içinde muhabata ibraz edilmelidir.

(2) Keşide edildiği ülkeden başka bir ülkede ödenecek olan çek, keşide yeri ile ödeme yeri aynı kıtada ise yirmi gün ve ayrı kıtalarda ise yetmiş gün içinde muhabata ibraz edilmelidir.

(3) Bu bakımdan, bir Avrupa ülkesinde çekilip de Akdeniz’de sahili bulunan bir ülkede ödenecek olan ve buna karşılık Akdeniz’de sahili olan bir ülkede çekilip bir Avrupa ülkesinde ödenmesi gereken çekler aynı kıtada çekilmiş ve ödenmesi şart kılınmış sayılır.

(4) Yukarıda yazılı süreler, çekte keşide günü olarak gösterilen tarihten itibaren işler.”

7- Ödeme Yasağı

Tasarıda yer alan ve “*IV - Çekten cayma*” kenar başlıklı m.799, 6762 sayılı TTK m.711’in içerik itibariyle bir tekrardır. Bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları “çekten cayma”yı; üçüncü fıkrası ise “ödeme yasağı” kurumunu düzenlemektedir⁷⁰. Ödeme yasağı, hukukî niteliği yönüyle, hüküm doğurması için bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmayan, 6762 sayılı TTK m.699’da (veya m.574’te) öngörüldüğü gibi, “ihtiyati tedbir” niteliğinde bir yetkidir⁷¹. Kanunkoyucu, ödeme yasağı kuralının düzenlendiği 6762 sayılı TTK m.711, f.3’te, “keşideciye”, çekin kendisinin ya da “üçüncü bir kişinin” elinden “iradesi dışında” çıkmış olduğu durumda, muhatabın çeki ödemesini engelleyebileceğini ifade etmekle yetinmiş, çekin ödenmesinin yasaklanmasından sonra yapılması gereken işlemler hakkında herhangi bir hü-

70 Gerçi öğretide bazı yazarlar “ödeme yasağı”nı çekten ibraz süresi içinde cayılamayacağı kuralının bir istisnası olarak nitelendirmektedirler (örneğin Hayri DOMANIÇ, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, C.IV, İstanbul, 1990, s. 635 vd.; POROY/TEKİNALP, s. 268, N. 477; GÖLE, s. 123. Ayrıca bkz. Şafak NARBAY, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul, 1999, s. 86, dp. 3’te belirtilen diğer yazarlar (NARBAY, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı). Kanaatimizce, her ne kadar bu kural, Kanunda ayrı bir madde olarak değil de çekten cayma kenar başlıklı 711 nci maddede düzenlenmişse de, “ödeme yasağı” çekten ibraz süresi içinde cayılamayacağı ilkesinin Kanunda belirtilmiş bir istisnası olmayıp, şartları ve hükümleri “cayma”dan farklı olan bir kurumdur (bu iki kurum arasındaki farklar hakkında geniş açıklamalar için bkz. Abuzer KENDİGELEN, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı (TK 711), Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl Makalelerim, s. 104 vd. (Makalelerim-Çekten Cayma); NARBAY, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, s. 86-87; KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 217).

71 İlhan POSTACIOĞLU, Çekin İbrazı İle İlgili Bazı Problemler, Batider, C.VIII, S.3, s. 129; KENDİGELEN, Makalelerim-Çekten Cayma, s. 104; NARBAY, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, s. 85-86; Müge TEKİL, Çekte Muhatap Bankanın Hukukî Sorumluluğu, İstanbul, 1997, s. 66; KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 217. Yargıtay da yakın tarihli bir kararında “...TK 711/son maddesi uyarınca keşideciler tarafından muhatap bankaya verilen ödemedan men talimatları, tedbir mahiyetindedir” demek suretiyle ödeme yasağı kuralının özü itibariyle ihtiyati tedbir niteliğinde olduğunu kabul etmektedir (Y.11 HD. 04.04.2002 tarih E.8697, K.765 -ERİŞ, s. 248-). Buna karşılık Tekinalp, keşidecinin bankanın çekin ödenmesini yasaklayan beyanının maddi hukuksal bir irade açıklaması olduğunu, usul hukukuna ilişkin bir ihtiyati tedbir niteliğini taşıyan karar olmadığı görüşünü savunmaktadır (POROY/TEKİNALP, s. 268, N.477 ve ayrıca TEKİNALP, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, s. 104-105).

küm öngörmemiş, sorunun çözümünü uygulamaya bırakmıştır. Konu hakkında öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür⁷².

Burada hemen şunu belirtmek gerekir ki, keşidecinin çekin kendisinin ya da üçüncü bir kişinin elinden rıza dışında çıktığı iddiası ile muhataba geçerli bir ödeme yasağı istemi⁷³ yöneltmesi durumunda, muhatap bankanın bu talimata uymak zorunda olduğu konusunda hiçbir duraksama söz konusu değildir⁷⁴. Ancak bu safhadan sonra yapılması gerekenler hakkında yasa da herhangi bir hüküm yer almamaktadır⁷⁵.

Yine önemle vurgulanmalıdır ki, keşidecinin ödeme yasağı istemini

72 Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. KENDİGELEN, Makalelerim-Çekten Cayma, s. 110; NARBAY, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, s. 96-103. “40. Yılında Türk Ticaret Kanunu Semineri” tartışmalarında Arkan da, TTK m.711 hükmü uyarınca çekten cayıldığında, muhatap bankanın karşılığı hâmil lehine bloke hesaba aldığını, ancak bankanın bu karşılığı ne kadar süre ile bloke hesapta tutacağını belli olmadığını, bu bloke süresi içinde hesap sahibinin de zarar gördüğünü, çünkü bloke hesaba faiz işletme bakımından bankanın kendi çıkarına uygun tutum içerisine girdiğini belirterek, hukukî durumun bir an önce açıklığa kavuşturulması için bankanın bloke hesaba aldıktan sonra belli bir süre içinde iptal davası açılması, iptal davası belli bir süre içinde açılmazsa karşılığı bloke hesaptan çözeceği konusunun bir kanun hükmü ile düzenlenip düzenlenemeyeceğini düşündüğünü ifade etmiştir (Sabih ARKAN, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu Semineri Tartışmaları, İstanbul, 1998, s. 97).

73 Ödeme yasağı konulabilecek durumlar hakkında geniş açıklamalar için bkz. KENDİGELEN, Makalelerim-Çekten Cayma, s. 105-110; Seza REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, Haziran, 2003, s. 269-273; NARBAY, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, s. 93-96; KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 217-220.

74 POROY/TEKİNALP, s. 268, N.477; KENDİGELEN, Makalelerim-Çekten Cayma, s. 110 ve dp.92 ve 93'te belirtilen yazarlar. REİSOĞLU, s. 273; NARBAY, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, s. 96 ve ayrıca dp. 42'de belirtilen yazarlar. KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 220; ERİŞ, s. 239; Y.11.HD. 8.2.2001 tarih E.2001/185, K.2001/955 (YKD., C.28, S.1, Ocak, 2002, s. 53-55).

75 Yasaman, 6762 sayılı TTK m.711, f.3 düzenlemesinde bir kanun boşluğu bulunmadığını, kanunkoyucunun meseleyi iradî olarak bu şekilde farzettğini; amacın, çek keşide edenlerin sayısını artırmak suretiyle çekin Türkiye'de yaygınlaştırılması olduğunu, bu nedenle de çek keşide edenlerin daha avantajlı veya bazı imkânlardan yararlandırılmasının istendiğini ileri sürmektedir (Hamdi YASAMAN, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu Semineri Tartışmaları, İstanbul, 1998, s. 103).

muhatap bankaya ilettikten sonra, muhatap bankanın en azından iyiniyetli çek hâmilinin menfaatlerini korumak amacıyla hesapta bulunan karşılığı bloke bir hesaba aktarma zorunda olduğu, böylece keşidecinin bu karşılık üzerinde tasarrufta bulunmasının engellenecek olması, tamamen öğreti⁷⁶ ve uygulamanın ortaya koyduğu bir çözüm olup, maddede bu konuya ilişkin de bir hüküm bulunmamaktadır.

Kanaatimizce, öğretilerde bir grup yazar tarafından da isabetli bir şekilde savunulduğu gibi⁷⁷, ödeme yasağının etkilerini sürdürebilmesi için, geçerli bir ödeme yasağı konulduktan sonra, “keşideci” ya da “hâmilin” belirli bir süre içerisinde mahkemeye başvurarak bir “ödemenin durdurulması kararı”⁷⁸ almaları; bu kararı muhatap bankaya ibraz etmeleri ve ayrıca keşideci ya da hâmilin duruma göre iptal ya da istirdat isteminde bulunmaları gerekir⁷⁹. Bu, “ödeme yasağı” kurumunun çekin niteliğinden kaynaklanan bir “ihtiyati tedbir” olmasının sonucudur. Aksi takdirde kötüniyetli keşide-

76 POSTACIOĞLU, s. 129; KENDİGELEN, Makalelerim-Çekten Cayma, s. 111-112; REİSOĞLU, s. 276; NARBAY, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, s. 96 ve ayrıca dp. 44’te belirtilen yazarlar. ÖZTAN, s. 1343, 1348; Müge TEKİL, s. 68; ERİŞ, s. 239; KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 223.

77 Ömer TEOMAN, Çek-Senet Sorunları ve Çözümü Önerileri Paneli, İstanbul, 1990, s. 51; Edip ŞİMŞEK, Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, Bono-Çek -Police, Ankara, 1982, s. 472; KENDİGELEN, Makalelerim-Çekten Cayma, s. 112; NARBAY, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, s. 101; Müge TEKİL, s. 65; KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 221.

78 NARBAY, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, s. 103. Ancak mahkeme, keşidecinin muhataba yöneltmiş olduğu ödeme yasağı istemini haklı bulursa, yeni bir ödeme yasağına değil, keşidecinin koyduğu ödeme yasağının devamına karar vermelidir. Bu, usul ekonomisi açısından da yararlı bir uygulama olacağı gibi, keşideci ya da çekin rızası dışında elinden çıktığını ileri süren üçüncü kişiyi teminat yatırma yükümlülüğünden de kurtarmış olacaktır. Benzer bir yaklaşım için bkz. Müge TEKİL, s. 65.

79 Aksi görüşte POROY/TEKİNALP, s. 268, N.477. Yazar, bu görüşün kanuni dayanağının bulunmadığını; aynı zamanda bu görüşün bir taraftan keşideci ile banka arasındaki sözleşmeye, diğer taraftan da hâmil ile banka arasında bir ilişki olmadığı ve hâmilin bankaya karşı çekin ödenmesine yönelik herhangi bir talep hakkı bulunmadığı ilkesine aykırı olduğunu; ayrıca, bu düşüncenin keşidecinin irade açıklamasına, usul hukuku sonuçları yüklemek gibi TTK m.711’e yabancı bir nitelendirmeye ve varsayma yer verdiğini ve bir çok soruyu da davet ettiğini savunmaktadır. Yazar devamlı, çekin ödenmesinin haksız bir şekilde engellenmesinin yaptırımının TTK ve

cilere (ya da keşideciyi ikna eden, çeki elinden çıkaran üçüncü kişilere) pirim verilmiş olunacaktır ki, bu da çekin meşru hâmlerini zarara uğratacak bir yaklaşım olacaktır⁸⁰.

“Ödeme yasağı” konusunda, kanaatimizce hakkaniyete ve çekin niteliğine daha uygun olan bu görüşün Tasarıda yer alması isabetli olacaktır. Bu nedenle, Tasarı madde 799’un üst başlığı “*Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı*” olarak düzeltilmeli ve madde;

“1. Genel olarak

MADDE 799.- (1) *Çekten cayma, ancak ibraz süresi geçtikten sonra hüküm ifade eder.*

(2) *Çekten cayılmamışsa, muhatap, ibraz süresinin geçmesinden sonra da çeki ödeyebilir.*

(3) *Keşideci çekin kendisinin veya üçüncü bir kişinin elinden iradesi dışında çıkmış olduğu iddiasında ise muhatapın çeki ödemesini önleyebilir. Muhatap kendisine yöneltilmiş olan ödeme yasağı konulması istemi karşısında çek bedelini meşru hâmil lehine derhal*

ÇekK’da öngörüldüğünü, bu nedenle kanunda bulunmayan usuller oluşturmaya gerek bulunmadığım, ödeme yasağı talimatının hem hukukî hem de cezaî sonuçlarını keşidecinin taşıdığını belirtmektedir. Yasaman da, kanun koyucunun iptal davası açmak, menfi tespit davası açmak gibi yükleri çek keşidecisine vermediğini; çünkü böyle bir yükümlülüğün, bir ihtiyacın, hukukî bir menfaatin bulunmadığını, sadece keşidecinin bildirimde bulunmak suretiyle çekin ödenmesini durdurabildiğini; bunun karşısında çek hâmilinin bu durumun aksini ispat edip dava açmak suretiyle çekin kötüniyetle ödemesinin durdurulduğunu iddia edip, ispat ettiği takdirde uğradığı zararı isteyebileceğini ileri sürmektedir (YASAMAN, s. 103-106).

- 80 Buna karşılık Yargıtay, istikrarlı bir şekilde, keşidecinin muhataba ödeme yasağı istemini yöneltmesinin yeterli olduğunu, bu durumda muhatapın bu istemle bağlı olacağını, ancak keşidecinin, çek iptali davası açma hakkı bulunmadığı gibi, mahkemeden bir ödemenin durdurulması kararı almasına da gerek olmadığını; çekin iptalini lehtar veya hâmilin isteyebileceğini; hatta keşideci davacının, zayi nedeniyle çekin iptalini isteme hakkı bulunmadığına göre, iptal davası sırasında çeki ibraz edene karşı istirdat davası da açamayacağı görüşünü ortaya koymaktadır (Y.19.HD. 21.2.2003 tarih E.2002/4495, K.2003/1319; Y.11.HD. 11.3.2003 tarih E.2001/9393, K.2002/2136 -Bu kararlar Kazancı Bilişim’in İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası’ndan alınmıştır-; ayrıca bkz. NARBAY, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, s. 101, dp.60’da belirtilen Yargıtay kararlarına).

bloke bir hesaba alır. Keşideci ya da çeki rızası dışında elinden çıkardığı iddiasında olan üçüncü kişi, muhataba ödeme yasağı konulduktan sonra en geç 10 gün içerisinde mahkemeye başvurarak çekin ödenmesinin durdurulması ve çekin kimin elinde olduğu bilinmiyorsa iptal; çekin kimin elinde bulunduğu bilindiği durumda ise istirdat isteminde bulunmak zorundadır. Aksi halde çek bedeli muhatap tarafından, çeki ibraz süresi içinde ödenmek üzere ibraz etmiş olan meşru hâmile ödenir. Hukuka uygun olmayan ödeme yasağı konulmasının sonuçlarına keşideci katlanmak durumundadır” şeklinde hükme bağlanmalıdır.

8- Muhatabın İflâsı Halinde Çek Hâmilinin Hakları

Tasarı m.806 (6762 sayılı TTK m.718) “ (1) *Hesaba geçirilmek üzere çekilen bir çekin hâmili, muhatap iflâs veya ödemelerini tatil etmiş veya aleyhine yapılan herhangi bir icra takibi semeresiz kalmışsa, çek bedelinin nakden ödenmesini muhataptan isteyebileceği gibi, ödememe halinde başvurma hakkını da kullanabilir*” hükmünü içermektedir.

Hâmil, “muhatabın iflâs etmiş olması” olgusunu muhatap hakkında mahkemece verilmiş “iflâs kararı” ile; “muhatap hakkında yapılmış bir icra takibinin semeresiz kalması olgusunu”, takibi yapan icra müdürlüğünden alınacak “aciz belgesi” ile kanıtlayacaktır⁸¹. Hâmilin, muhatabın “ödemelerini tatil ettiğini” kanıtlaması ise çok daha zor bir durumdur⁸².

“Muhatabın ödemelerini tatil etmiş olması” olgusunun nasıl ispat edileceği Tasarıda belirtilmemiştir. Kanaatimizce, Tasarı m.806’nın metninin “*Hesaba geçirilmek üzere çekilen bir çekin hâmili, muhatap iflâs etmiş veya bir ilâmla kanıtlanmamış olsa dahi ödemelerini tatil etmiş veya aleyhine yapılan herhangi bir icra takibi semeresiz kalmışsa, çek bedelinin*

81 ERİŞ, s. 268.

82 Eriş, ödemelerin tatilinde, bu tatil halinin devamlı olması gerektiğini; muhatabın ödemelerini geçici olarak tatil etmesinin, çekin nakden ödenmesine hâmil yönünden bir hak sağlamayacağını ve muhatabın ödemelerini tatil ettiği halinin devamlı olduğunun ispatının da, çek hâmiline ait olduğunu ileri sürmektedir. Yazar ayrıca, uyumsuzluk durumunda, mahkemede açılacak bir tespit davasıyla da bu devamlılığın ispat edilebileceğini belirtmektedir (ERİŞ, s. 268).

nakden ödenmesini muhataptan isteyebileceği gibi, ödeme ne halinde başvurma hakkını da kullanabilir” şeklinde ifade edilmesi, hâmilin korunması bakımından yerinde bir düzenleme olacağı gibi, poliçeye ilişkin yapılan değişiklikle (Tasarı m.713) de paralellik arz edecektir.

E- Kambiyo Senetlerine Benzeyen Senetler ve Diğer Emre Yazılı Senetler

İzinsiz Umumî Mağaza Açanlar

1- Ciro su Kabil Olan Diğer Senetler

Tasarı m. 831'in yürürlükteki Kanun'da karşılığı olan madde (6762 sayılı TTK m.743) 2 (iki) fıkradan oluştuğu halde, Tasarı düzenlemesi 3 (üç) fıkraya yayılmıştır. Bu farklılığın sebebi, Tasarıdaki maddeye “yeni bir fıkra”nın eklenmiş olmasıdır. Tasarı m.831, f.1 hükmü şöyledir: *“İmza, tarih, yer, zaman ve miktar bakımından belirli nakdî ödemelerde bulunmak ve belirli miktarda misli şeyler teslim etmek borçlanmasını içeren senetler, açıkça emre yazılı oldukları takdirde ciro ile devredilebilir”*. Bu fıkra ile, bir kişinin “yer, zaman ve miktar bakımından belirli nakdî ödemelerde bulunmak” ve “belirli miktarda misli şeyler borçlanmasını içeren senetlerin”, “açıkça emre yazılı” olmaları durumunda, “ciro” ile devredilebilecekleri öngörülmüştür. Tasarı madde metnine, yürürlükteki Kanun'da olmayan bu fıkra hükmünün ne amaçla eklendiğine ilişkin madde gerekçelerinde herhangi bir açıklama bulunmaması bir eksiklikler ve bu eksiklik maddeye gerekçe yazılması suretiyle giderilmelidir.

Tasarı m.831'in 2 inci fıkrası hükmünün, yürürlükteki Kanunda karşılığı olan 743 üncü maddenin 1 inci fıkra hükmü tek bir cümleden oluşmakta iken; m.831, f.2, yeniden kaleme alınmış ve 2 (iki) cümleden oluşmuştur. Düzenleme şu şekildedir: *“Bu senetler ve makbuz senetleri, varant ve konişmento gibi ciro su kabil olan senetler hakkında, cironun şekli, hâmilin hak sahipliği ve senedi elinde bulunduranın onu geri vermekle yükümlü olması hususlarında, poliçelere ilişkin hükümler geçerlidir. İptal konusunda, varant ve makbuz senedi dışındaki emre yazılı senetlere poliçelere ilişkin hükümler uygulanır”*. Görüldüğü üzere, fıkranın ikinci cümlesinde, “varant” ve “makbuz senedi” dışındaki emre yazılı senetlerin iptali konusunda poliçelere ilişkin hükümlerin uygulanacağı, varant ve makbuz sene-

dinin iptalinde ise, poliçelere ilişkin iptal hükümlerinin uygulanmayacağı “özel olarak” belirtilmiştir. “Varant ve “makbuz senedinin iptali konusu” yürürlükteki Kanun’da iki ayrı maddede ve iki farklı şekilde düzenlenmiş olması nedeniyle öğretilerde eleştirisi konusu olmuştur⁸³. Tasarıda, öğretilerde yapılan eleştiriler dikkate alınmış ve “cirosu kabil olan diğer senetler” kenar başlıklı 831 inci maddenin 2 inci fıkrasına “*İptal konusunda, varant ve makbuz senedi dışındaki emre yazılı senetlere poliçelere ilişkin hükümler uygulanacağı*” hükme bağlanmıştır. Tasarı m.831’de yapılan bu değişikliklere ilişkin madde gerekçelerinde herhangi bir açıklama bulunmaması bir eksiklikler ve bu eksiklik maddeye gerekçe yazılması suretiyle giderilmelidir.

2- İzinsiz Umumi Mağaza Açanlar

Yürürlükteki TTK m.744, f.3 hükmünde “izinsiz umumi mağaza açanlar hakkında TCK’nın 526’ncı maddesinin tatbik olunacağı” belirtilmişken, Tasarı m.832, f.2 yeniden kaleme alınmak suretiyle “*Umumi mağazalar Sanayi ve Ticaret Bakanlığının izniyle kurulur. İzin almadan umumi mağaza açarak makbuz senedi veya varant düzenleyenler, üç aydan altı aya kadar hapis ve doksan günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır*” şeklinde ifade edilmiştir. Böylece, 1926 tarihli TCK’nın 526 inci maddesine atıf yapmak yerine, daha isabetli bir tercihle uygulanacak cezaî düzenleme açıkça belirtilmiştir. Tasarı m.832’de yapılan bu değişikliklere ilişkin madde gerekçelerinde herhangi bir açıklama bulunmaması bir eksiklikler ve bu eksiklik maddeye gerekçe yazılması suretiyle giderilmelidir.

83 İMREGÜN, s. 33; (POROY/TEKİNALP, s. 95, N.141).

PROF. DR. HURİYE KUBİLAY, PROF. DR. SAMİM ÜNAN VE YARD. DOÇ. DR. ŞAFAK NARBAY'IN TEBLİĞLERİ HAKKINDAKİ SORU VE CEVAPLAR

Prof. Dr. Erhan ADAL (Oturum Başkanı): Efendim Sayın Yard. Doç. Dr. Şafak Narbay meslektaşımın kıymetli evrak hakkında, bu son derece veciz ve aynı zamanda da zamana son derece uyan konuşması için ayrıca teşekkür ederiz. Şimdi efendim, sevgili misafirler, davetliler ve katılımcı arkadaşlar önümüzde tam 40 dakika bir süremiz var, bu süreyi tartışma yaparak geçireceğiz. Yalnız bundan evvel bir şeyi dikkatinize çekmek isterim. Sabahki toplantıyı bitirirken Sayın Hikmet Sami TÜRK, “benim bir söz hakkım mahfuzdur” diye benden bir söz istemişti, eğer uygun görürseniz Sami Beyefendiye bir söz hakkı verelim, sonra da İhsan Beyefendi'nin gördüğüm kadarıyla bir söz talebi var. Bu iki söz hakkından sonra herkes söz hakkını alabilir efendim. Buyurun Sayın Bakan.

Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK: Sayın Başkan, değerli meslektaşlarım,

Önce sabahki söz hakkımı kullanayım. Kooperatiflerin ticaret ortaklığı niteliği tartışma konusu oldu. Aslında bu konuda duraksamaya gerek yok. Çünkü gerek yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nda, gerek yeni Tasarı'da kooperatif, ticaret ortaklıkları arasında yer alıyor. Üstelik 2004 yılında Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesindeki kooperatif tanımı değiştirildi. Daha önce orada “teşekkül” sözcüğü kullanılırdı ve bu sözcük değişik yorumlara neden olmuştu. Ama şimdi 5146 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle kooperatiflerin “ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ... karşılıklı yardımlaşma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak ... amacıyla kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklar” olduğu açıkça belirtilmiştir.

Burada diğer ticaret ortaklıklarının kâr amacı ile kurulduğu belirtildi. Aslında yasal tanım olarak hiçbir ortaklığın böyle tanımlanmadığını görü-

yoruz. Türk Ticaret Kanunu'na baktığımız zaman kollektif ve komandit ortaklıkların ticarî işletme işletmek amacıyla; anonim ve limited ortaklıkların her türlü iktisadî amaç için kurulduklarını görüyoruz. Sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık için de aynı şeyi söyleyebiliriz. Sadece Dernekler Kanunu'nda derneklerin "kazanç paylaşma dışında" bir amaç için kurulacakları ifade edilmiştir. İşte oradan karşıt kavram yoluyla ticaret ortaklıklarının kazanç amacıyla kurulacakları söylenir; ama bu, onların yasal tanımında yer almamaktadır. Ayrıca bunlar birer hukukî yapıdır. Gerek anonim ortaklıklar, gerek limited ortaklıklar, bir ticarî işletme amacı olmaksızın, başka iktisadî amaçlar için de kurulabilir. Ticaret Kanunu'muzda kazançtan söz eden tek madde, ticaret gemisi tanımını veren 816. maddedir. Bu maddeye göre "denizde kazanç elde etmek" amacıyla kullanılan gemiler, ticaret gemisi sayılır. Bunun dışında her ne kadar çeşitli ortaklık tiplerine ilişkin kazanç paylaşma hükümleri varsa da, bu hükümler onların yasal tanımlarında yer almamaktadır.

Bazı durumlarda ticaret ortaklıklarının tacir olarak birtakım ağır hükümlere tâbi tutulmasının kooperatifler yönünden sanki bir çeşit merhamet konusu olduğunu görüyorum. Bu doğru değil; çünkü ticaret ortaklığı olmanın bir sonucu, tacir hükümlerine tâbi olmaktır. Tacirlerin bütün yükümlülüklerini yerine getirmek ve bütün haklarından yararlanmak sonuçlarıyla karşı karşıya geliriz. Bu, aslında kooperatiflerin ciddî bir disiplin içinde olmaları bakımından da yararlıdır. Zaten tacir olmanın bütün sonuçları, başta iflâs olmak üzere, ticaret unvanı kullanma, ticaret siciline tescil, ticarî defter tutma vs, bunların hepsi, kooperatifler tarafından da yerine getirilmek durumundadır. Basiretli işadamı gibi hareket etmek de kooperatiflerin yükümlülükleri arasındadır.

Kooperatiflerin ayrı bir kanunla düzenlenmiş olması da, onların ticaret ortaklığı sayılmadığını göstermez. Bilindiği gibi kooperatifler, Türk Ticaret Kanunu'nda çok sınırlı bir biçimde düzenlenmişti. On küsur madde civarında bir düzenleme vardı. Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi'nde de bu konunun ileride ayrıca düzenleneceği ifade edilmişti. 1969 yılında da 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu çıkarıldı. Başka bazı ülkelerde, örneğin Almanya'da da kooperatifler, ayrı bir kanunda düzenlenmiştir: *Genossenschaftsgesetz*. Dolayısıyla ayrı bir kanunla düzenlenmiş olmak da, ticaret ortaklığı sayılmama gerekçesi olamaz. Bu konuda söyleyeceklerim kısaca bunlar.

Burada şimdi üç değerli arkadaşımız, çok değerli bildiriler sundular. Bunlardan yararlandık. Ben de tamamlayıcı olarak bazı görüşlerimi sunmak istiyorum.

Arkadaşımız Yard. Doç. Dr. *Narbay*'ın da belirttiği gibi, Kıymetli Evrak kitabı, en az değişiklik gören kitap olmaktadır. Genel Gerekçe'de bazı çeviri yanlışlarının düzeltildiği ifade edilmektedir. Öyle olunca burada bazı maddeler bakımından daha uygun bir çevirinin ne olabileceğini belirtmekte yarar görüyorum. Birini arkadaşımız belirtti. 650. maddenin kenar başlığı "Tahvil". Bunun, kıymetli evrak niteliğindeki tahville, borç senedi niteliğindeki tahville karıştırılmaması gerekir. Arkadaşımız "Dönüştürme" sözcüğünü öneriyor. Ben "Tür değiştirme" diyorum. Çünkü bunun kaynaktaki karşılığı "*Umwandlung*". Sanıyorum ki, "Tür değiştirme" amacı daha iyi ifade edecektir.

658. maddenin 2. fıkrasının kaynağa uygun olarak şöyle çevrilebileceğini düşünüyorum: "Mahkemece hakkında ödeme yasağı konulan borçlu ödemede bulunamaz." ya da "ödeyemez." şeklinde bir düzenleme, daha uygun olur.

Tasarı'nın 681. maddesinin 2. fıkrasında, "emre yazılı değildir" kaydını taşıyan poliçelerin devri ile ilgili bir hüküm var. Burada poliçelerin "ancak alacağın temliki yoluyla" devredilebileceği ve bu devrin alacağın temlikinin hukukî sonuçlarını doğuracağı ifade edilmektedir. Sanıyorum ki, bunu "böyle bir poliçe, ancak alacağın devri yolu ile ve onun hukukî sonuçları ile devrolunabilir" biçiminde vermek, kaynağa ve günümüz hukuk diline daha uygun olur. Aynı maddenin 1. fıkrasında poliçelerin "ciro ve zilyetliğin geçirilmesi yoluyla" devredilebileceği belirtilmektedir. Yürürlükteki Kanun'un 593. maddesinde bu, "ciro ve teslim yoluyla" biçimindedir. Sanıyorum ki, Türk Medenî Kanunu'ndaki değişiklik dikkate alınarak, burada "zilyetliğin geçirilmesi" denmiş; ama, eğer Medenî Kanun'a tam uyum sağlayacak olursak, "zilyetliğin devri" demek gerekir. Kaynağa baktığımız zaman, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1001. maddesinde bu konuda sadece "Her poliçe ciro yolu ile devredilebilir" denildiğini görürüz. Teslim, zaten işin niteliğinden, senedi elinde bulundurma zorunluğundan çıkmaktadır. Dolayısıyla kaynakta olduğu gibi sadece "Her poliçe ciro yoluyla devredilebilir." denilebilir. Eğer bazı çeviri yanlışları düzeltilecek ise kaynağa uygun bir düzenleme yapmalıyız.

686. maddenin 1. fıkrası 1. cümlesinde hamilin hak sahipliğini ispatı konusunda “müteselsil ve birbirine bağlı cirolardan” söz edilmektedir. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1006. maddesine uygun olarak bu cümleyi “kendi hakkı kesintisiz bir ciro sırasından anlaşıldığı takdirde” biçiminde ya da “kendi hakkını kesintisiz bir ciro sırası ile kanıtladığı takdirde” biçiminde Kanun'umuza kazandırabiliriz.

687. maddenin 2. fıkrasında “Alacağın temliki yoluyla yapılan devirlerle ilişkin hükümler saklı” tutulmaktadır. Buna gerek yok; zaten kaynakta da böyle bir hüküm bulunmamaktadır. Tasarı'nın 681. maddesinin 2. fıkrası yerli sayılabilir. O nedenle 687. maddenin 2. fıkrası Tasarı'dan çıkarılabilir.

688. maddede cironun türleri arasında –yürürlükteki Kanun'un 600. maddesine uygun olarak– “Tahsil için ciro” ilk sırada ele alınıyor. Bu kenar başlığını “Tahsil cirosu” olarak ifade etmek, sonraki kenar başlıklarıyla da uyum sağlamak bakımından daha uygun olacaktır. Yürürlükteki metinde “bedeli kabız içindir” yerine, her hâlde “kabız” sözcüğünün başka bir anlam da taşıması nedeniyle, “bedeli kabzetmek içindir” denmiş. Fakat sanıyorum ki, bunu da kullanmayabiliriz. Bunun yerine, oradaki diğer ifadeleri, yani “bedeli tahsil içindir” ya da “tahsil için” veya “vekâleten” ibaresini ya da sadece “vekâleti” ifade eden bir sözcük kullanmak daha uygun olur.

690. maddenin 1.fıkrasında –kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1010. maddesine uygun olarak– ödenmeme protestosundan veya bu protestonun düzenlenmesi için öngörülen sürelerin geçmesinden sonra yapılacak olan cironun “alelâde temlikin hükümlerini” meydana getireceği ifade edilmektedir. Aslında daha önce “alacağın temliki” hükümlerini uyguladığımız 681. maddenin 2. fıkrasının kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1001. maddesindeki karşılığında kullanılan ifade de bu yolda bir ifade idi. Ama madem ki biz onu “alacağın temliki” diyerek adıyla belirttik; burada da sanıyorum ki “alelâde temlikin hükümleri” yerine “alacağın devrinin hükümlerini” doğuracağını belirtmek uygun olacaktır.

696. maddenin 2.fıkrasında kabulü yapanın “kabulündeki şartlar çerçevesinde sorumlu” olacağı ifade ediliyor. Bunun yerine “kabul eden, kabul beyanı çerçevesinde sorumlu olur” demek, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1016. maddesine daha uygun olacaktır.

699. maddenin 1. fıkrasında kabul şerhiyle ilgili bir karine var. Bunu şöyle ifade edersek kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1019. maddesine

daha uygun bir metin olur: “Aksi kanıtlarıncaya kadar kabul şerhi, poliçenin geri verilmesinden önce çizilmiş sayılır.”

Avalle ilgili hükümler arasında 701. maddenin 4. fıkrasında poliçeyi “düzenleyen” için “düzenleyici” denmiş. Sanıyorum ki bu, bir dizgi yanlışlığıdır; aynı maddenin 3. fıkrasında olduğu gibi “düzenleyen” olarak düzeltilmelidir. Yine avalle ilgili hükümler arasında 702. maddede hep “aval veren kişi”den söz ediliyor. Bunun yerine doğrudan doğruya “aval veren” diyebiliriz.

Bildiğiniz gibi, çek konusunda Türk Ticaret Kanunu hükümlerinden ayrı olarak bir de Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun var. Sanıyorum ki, bu Kanun hükümlerinin de saklı olduğunu belirtmek gerekir. Çünkü yeni Tasarı yasalaştığı zaman, sonraki kanun olacaktır. O Kanun hükümlerinin uygulanmasında herhangi bir sorunla karşılaşılması için, böyle bir açıklığa yer vermek uygun olur.

Deniz ticareti konusunda ben de Sayın Prof. Dr. Ünan gibi aslında gemi tanımını değiştirmeye, hele deniz dışında bir ortamda hareket özelliğini belirtmeye gerek olmadığı düşüncesindeyim. Ama iç sularda da hareket yeteneğini ifade etmek için Tasarı'nın 931. maddesinin 1.fıkrasında “suda hareket”ten söz ediliyor. Aslında Türkiye’de iç sularda gemicilik çok fazla gelişmiş değildir. Sadece Van Gölünde gemiler işler; fakat Van Gölü de, şimdiye kadar, gemi tanımı bakımından herhangi bir sorun yaratmamıştır. 931. maddenin 1. fıkrasında oldukça karışık bir yeni gemi tanımı ile karşı karşıyayız. Ben, “Özgünlendiği amaca uygun olarak kullanılması denizde hareket etmesi olanağına bağlı bulunan ve pek de küçük sayılmayan her tekne gemi sayılır.” tanımının uygun olacağı düşüncesindeyim. Ama mutlaka iç sularda hareket kabiliyeti belirtilmek isteniyorsa, böyle hepsini ifade eden bir sözcük olarak, “suda” sözcüğü yerine “denizde veya iç sularda” ya da “deniz, göl ve nehirlerde hareket etme” olanağından söz edilmesi daha uygun olur. Ayrıca 931. maddenin 1. fıkrasında gemiden “araç” olarak söz ediliyor. Araç, çok genel bir sözcük. “Tekne” ise, bu aracın türünü, özelliğini göstermektedir. Gemi asıl olarak denizde hareket eden bir araçtır. Şimdi üzerinde tartıştığımız Ticaret Kanunu kitabının adı da “Deniz Ticareti”dir. Dolayısıyla biz denize özgü bir kavramı düzenlemekteyiz. O nedenle burada “denizde hareket”ten söz etmek doğrudur. Bu “suda hareket”, daha sonra 1064. maddede donatma iştirakinin tanımında da karşımıza çıkıyor. Orada da “su-

da kullanma”dan söz ediliyor. Ama geminin hareket ortamı herhangi bir su değil. Nitekim 931. maddedeki tanımdan hemen sonra 932 ve 933. maddelerde “denize elverişli”likten ya da “denize elverişsiz”likten söz ediliyor; “suya elverişli”likten ya da “suya elverişsiz”likten söz edilmiyor. O nedenle ben, 931. maddenin 1. fıkrasında yapılan tanımın isabetli olmadığı düşünceyim. Yürürlükteki Kanun’un 816. maddesindeki gemi tanımının çok daha doğru olduğu düşünceyim. Ama o maddede tanımlanan gemi, daha güzel bir Türkçe ile günümüz hukuk diline uygun bir ifadeyle anlatılabilir.

931. madde:in 2. fıkrasında ticaret gemisi tanımlanıyor. Artık orada biraz önce değindiğim yürürlükteki Kanun’un 816. maddesinin 2. fıkrasındaki “denizde kazanç elde etmek” yerine “iktisadî menfaat sağlamak” ibaresi kullanılıyor. Bu, çok genel bir kavram. O nedenle Tasarı’daki tanım yerine “denizde kazanç elde etmek amacına özgülenen veya fiilen böyle bir amaç için kullanılan her gemi kim tarafından ve kimin ad ve hesabına kullanılırsa kullanılsın ticaret gemisi sayılır” diyebiliriz. Hele burada “nâmi ve hesabına” gibi eski sözcükler kullanmanın yeri olmadığını düşünüyorum.

Burada Sayın Prof. Dr. Ünan gibi ben de, bazı terimlerin artık Türkçeleştirilebileceğini düşünüyorum. Birini söyledi Sayın Ünan; “mesaha şahadetnamesi” için “ölçü belgesi” dedi. Bence “mesaha şahadetnamesi” için “gemi ölçüm belgesi” diyebiliriz. Ama benim başka önerilerim var: Örneğin “bayrak şahadetnamesi” için artık “bayrak belgesi” diyebiliriz; “gemi tasdiknamesi” için “gemi sicil belgesi” diyebiliriz; “inşa halindeki gemilere mahsus sicil” için “gemi yapı sicili” diyebiliriz. Zaten yürürlükteki Kanun’da “inşa halindeki gemilere mahsus sicil”, Tasarı’da ise “yapı halindeki gemilere mahsus sicil” deniyor. Bunları bu şekilde kısaltabiliriz, basitleştirebiliriz.

Bu konuya çok fazla yer ayırmak istemiyorum, ama şunu belirteyim: “Donatma iştiraki” için ben de “donatma ortaklığı”nı öneriyorum. 1064. maddedeki tanımda birden çok kişinin bir gemiye “paydaş mülkiyet şeklinde malik” olmasından söz ediliyor. Burada her hâlde bir imlâ yanlışı olacak; çünkü bu ibarenin “paylı mülkiyet şeklinde” olması gerekir. Tasarı’daki “paydaş donatan” yerine bugün “müşterek donatan” deniliyor. Bunun yerine ben “ortak donatan” terimini öneriyorum. Özetle ben, “donatma ortaklığı” ve “ortak donatan” terimlerinin daha uygun olacağını düşünüyorum.

Sayın Prof. Dr. *Kubilay* ayrıldı; ama sigorta hukuku konusunda birkaç noktaya değinmek istiyorum: Sigorta Hukuku kitabı, en büyük budamaya maruz kalan Türk Ticaret Kanunu kitabı olmaktadır. Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nun 85 maddesi, Tasarı'daki yeni düzenlemeyle gitmiş olacaktır. Bu arada çeşitli sigorta türleriyle ilgili düzenlemeler, örneğin yangın sigortası, karada ve iç sularda taşıma rizikolarına karşı sigorta, tarım sigortası, denizcilik rizikolarına karşı sigortalarla ilgili hükümler –ki bu konu, Türk Ticaret Kanunu'nda başlı başına bir bölümdür– kaldırılmıştır.

Bu durumda sigorta genel şartlarının çok büyük bir önem kazanacağı anlaşılmaktadır. Öyle olunca sigorta genel şartlarında bir denetim mekanizmasının da işlemesi gerekir. Bu konuda yürürlükteki Kanun'un 1266. maddesinde sigorta poliçelerinin arkasında sigorta genel şartlarının okunaklı bir şekilde yazılacağı ve İktisat ve Ticaret Vekâleti tarafından tasdik edileceği belirtilmektedir. Tasarı'nın 1403. maddesinde okunaklılıkla ilgili ifade korunmuş. Ama sanıyorum ki burada, bugün bu görevi yerine getiren Hazine Müsteşarlığı'nın denetimine yer vermek, sigorta ettirenlerin ve sigortalıların menfaatlerinin korunması bakımından yararlı olacaktır.

Bu arada Tasarı'daki bazı yollamalar duraksamaya yol açmaktadır. Örneğin 1401. maddenin 1. fıkrasında Borçlar Kanunu'nun 107. maddesine bir yollama var. Bu, aydınlatma yükümlülüğüyle ilgili. Sözü edilen fıkraya göre “Borçlar Kanunu'nun 107. maddesinin uygulanması öngörülmüşse”, bunun da sigorta ettirene bildirilmesi gerekiyor. Aslında Borçlar Kanunu'nun 107. maddesi –bildiğiniz gibi– süre belirlemeye gerek olmaksızın fesih hakkıyla ilgilidir. Bu hükmün burada hangi amaçla konulduğunu doğrusu tam olarak anlayabilmiş değilim. Gerekçede de bir açıklık yok. Bu konuda bir açıklama yapılırsa bundan mennuniyet duyacağım.

Aynı maddenin 3. fıkrasında Hazine Müsteşarlığı'nın “çeşitli ülkelelerin ve özellikle Avrupa Birliği'nin düzenlemelerini dikkate alarak, tüketiciyi aydınlatma açıklamasının şeklini ve içeriğini belirleyeceği” ifade ediliyor. Aslında bu hükümler, Anayasa'mızın 172. maddesi doğrultusunda hükümlerdir; yani tüketicinin korunmasına yönelik hükümlerdir ve doğrudur. Sosyal devlet ilkesi bakımından da doğrudur. Ben, burada şöyle bir ifadenin daha uygun olacağını düşünüyorum: “Tüketicinin korunması konusundaki çağdaş gelişmeleri dikkate alarak” bu düzenlemenin yapılacağını belirtmek, sanıyorum ki, daha özlü bir ifade olur.

Evet, Tasarı'da başka çelişkiler ifade yanlışları var; ama bunların hepsini burada sıralamaya kalkacak olsam, gerçekten 40 dakika da yetmeyebilir. O bakımdan ben Saym Başkana teşekkür ediyorum. Biraz sonra ayrılmak durumundayım.

Bu vesile ile bu Sempozyumu düzenleyen Yeditepe Üniversitesi ve İstanbul Barosu ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğine teşekkür ederim. Bu Sempozyumda bildiri sunan, tartışmalara katılan bütün arkadaşlarımıza içtenlikle teşekkür ederim. Hepimizin amacı, Türkiye için en güzel Ticaret Kanunu'nu yapmaktır. Burada yapılan eleştiriler de tamamıyla bu amaca yöneliktir, bunun dışında hiçbir amaç söz konusu değildir. Bu sürece katkıda bulunan tüm arkadaşlarıma içtenlikle teşekkür ederim. Hepinizi saygıyla, sevgiyle selâmlıyorum.

Prof. Dr. Erhan ADAL: Sayın Bakan, değerli arkadaşım bu güzel konuşmanız ve açıklamanız, aynı zamanda 40 dakikayı da kullanmadığınız için size medyunu şükranım. Şimdi o bahis buyurduğunuz açıklamada yanılmıyorsam Samim Hocamız bir aydınlatma yapabilirim dedi,onun için hemen oraya veriyorum, sonra hemen size söz vereceğim efendim. Daha 40 dakikamız var.

Prof. Dr. Samim ÜNAN: Teşekkür ederim Sayın Başkan. Şimdi Borçlar Kanunu'nun 107. maddesine yapılan atıf son zamanlarda Ticaret Kanunu'nda temerrüte ilişkin hükmün Anayasa Mahkemesi'nce 2. fıkrasının iptali üzerine tartışılmaya açılmış olan bir uygulama. Bir grup diyor ki; Borçlar Kanunu'nun hükümleri uygulanacak. Artık Ticaret Kanunu'nda özel düzenleme olmadığına göre, Borçlar Kanunu uygulanacak. Hangi hüküm ama? 106. mı? 107. mi? Bir grup 107 uygulanacak diyor ve Hazine de bunu onaylıyor. Hazine Müsteşarlığı 107'nin uygulanmasının söz konusu olması düşüncesinde. Bir grup da 106 uygulanır burada, yani süre vermek gerekir, 107'nin devre dışı kalması icap eder görüşünde. Taslakta 107'nin uygulanmasına kapı aralanmış, ki uygun olmayan bir düzenleme olduğunu düşünüyorum ben. Yani taslak sonraki primin ödenmemesi durumunda, şu anki Borçlar Kanunu'nun uygulanması gereği dışında ne getiriyor. Bir tek süre şartı getiriyor. Şu kadar süre verirsiniz, ödemiş ise primi ihtar gönderirsiniz. Eğer hala ödemez ise feshedersiniz diyor. Sürenin ne olacağını belirlemiş. 107 uygulanır diyor. Diğerleri uygulanmaz da demiyor, yani özel olarak Ticaret Kanunu'nda sonraki primlerin ödenmemesine ilişkin temer-

rüdü düzenleyen bir ben tatmin edici hüküm getirildiği kanaatinde değilim. (Yani aynı görüşte olduğunuzu görüyorum.) Evet. 107'nin sigortacılık uygulamasında hiç yeri olmaması gerekir diye düşünüyorum. Çünkü "primi şu tarihte getirmez isen bu sözleşmeyi artık ben devam ettirmeyeceğim" demektir 107. Yani belli bir tarihte borç ifa edilecek. Şimdi sigortacılığın mahiyeti buna uygun değil. Bir riziko gerçekleşmemiş olma kaydı ile ne zaman prim gelip getirilirse ödenirse ödensin kabul edilir sigortacı tarafından. Yani bu kadar katı ve sigorta ettirenlerin aleyhine olduğunu düşünüyorum. Hala sigortacıların bünyelerinden kaynaklanan kontrol edememe, yani primin ödenip ödenmediğinden haberi olmama uygulamasının bir uzantısı, çok isabetli olduğunu zannetmiyorum. Bir cümle ile şunu da ifade etmek isterim, yani sigorta hukukuna ilişkin düzenlemenin baştan aşağı iyi bir revizyona tabi tutulmasında ben kesin zorunluluk olduğu fikrindeyim. Çok fazla kural hatası tercih hatası ve dil hatası var.

Prof. Dr. Hikmet Sami Türk: Evet, sırası gelmişken, Sayın Başkan, bir soru da yöneltmek istiyorum. Sayın Prof. Dr. Kubilay, bu Kanun'da hüküm bulunmayan hususlarda Borçlar Kanunu uygulanacağı yolundaki hüküm isabetli olduğunu ifade ettiler. Ben, aslında o hükme gerek olduğunu sanmıyorum. Çünkü yeni Kanun Tasarısı'nın, 1. maddesinde de zaten Türk Ticaret Kanunu'nun Türk Medeni Kanunu'nun ayrılmaz bir parçası olduğu ifade ediliyor. Ayrıca orada hakkında açık bir hüküm bulunmayan hususlarda ticarî örf ve âdet, o da yoksa genel hükümlerin uygulanacağı ifade ediliyor. Bu genel hükümlerin başında da şüphesiz Borçlar Kanunu gelmektedir. Eğer sigortacılık alanında bir ticarî örf ve âdet varsa, o neden öncelikle uygulanmasın? O konuda da Sayın Prof. Dr. Ünan görüşlerini ifade ederse memnun olurum. Bu vesile ile hepinizi bir kez daha selâmlıyorum.

Prof. Dr. Erhan ADAL: Efendim hem Sayın Bakana hem de Prof. Samim Bey'e teşekkür ederiz. Şimdi sözümü tutmak için Sayın Başkan İhsan Bey'e söz veriyorum efendim. Yalnız Sayın Başkan, mikrofon var mı? Peki efendim. Sizi de not ettim efendim. Süremiz daha var beyefendi. Evet sonra o beyefendi, sonra siz efendim.

İhsan DEMİRKİRAN: Evet efendim tebliği sunan Sayın Samim Ünan Beyefendi'ye, Huriye Kubilay Hanımefendi'ye ve Şafak Narbay'a teşekkür ederim. Herhalde şunu önce açıklamak istiyorum; İhsan Demirkiran'ın söylediklerini kayıtlara geçmesini istiyorum. Bu komisyona ben de

birkaç kez katıldım. Ankara'da 11. Hukuk Dairesinde üye iken Yargıtay 1. Başkanlığı beni görevlendirdi, birçok kez gittim. Sonra Hukuk Genel Kurulu Başkanı oldum. Komisyondan ayrıldım. Bir daha gidemedim. Şimdi burada arkadaşımız var. Yani İhsan Bey de katıldı ve oy da kullandı denilebilir. O bakımdan bunu açıklamak istiyorum. Deniz Ticareti hukuku bakımından bazı konular var. Sayın Bakanım onları söyledi. Mevcut sistemde 6762. sayılı Yasa'nın 816. maddesinde geminin tarifi yapılmış. Bu tarife göre bir nesnenin gemi olabilmesi için tekne olmalı, bu ifade içinde hacmi bulan bir nesneyi anlatmalı. Küçüklük büyüklük; Kanun'da pek de küçük olmayan her türlü tekne diye ifade edilmiştir. Aracın gemi sayılabilmesi için hareket imkanı bulunmalı, tahsis edildiği gaye denizde hareket etme vasfına bağlı olmalıdır. Tasarının 931. maddesinin 1.fıkrasında ise gemi tarifi yapılırken tekne unsurunun kaldırıldığı, buna karşılık nicelik ifade ettiği için bugün dahi sorun yaratan "pek de küçük olmayan" ibaresinin tasarıda korunduğunu görüyoruz. Aslında "pek de küçük olmayan" ibaresine açıklık getirilmesi gerekirken, bu terimin muhafaza edilmiş olması doğru olmamıştır. Hacim ifade eden tekne ibaresinin tasarıda bırakılması gerekmektedir. Tasarıdaki tarifi bu şekli ile yürürlükteki mevzuatla da uyumlu olamadığı görülmektedir. Zira en son olarak 13/5/2005 tarihli 25814 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Sahil Sağlık Denetleme Merkezlerinde Uygulanacak Sağlık İşlemlerine İlişkin Yönetmeliğin 4. maddesinde gemi, "tahsis edildiği gayeye uygun olarak kullanılması denizde hareket etmesi imkana bağlı bulunan ve pek küçük olmayan her türlü tekneyi ifade eder" yönünde tarif etmiştir. Mevzuatın uyumlaştırılmasında önem arz etmektedir.

Tasarıda 931.maddenin 2. fıkrasında ticaret gemisi tarif edilmiştir. Mevcut sistemde bir geminin ticaret gemisi olabilmesi için, denizde kazanç elde etmek maksadını aramış iken, tasarıda "deniz" yerine "su" ibaresi kullanılmıştır. Sayın Bakanım da söyledi. Samim Beyefendi de söyledi, evet bu tereddütler yaratıyor. "Deniz" yerine "su" ibaresinin kullanılması, ticaret gemisi kavramının genişletilmesi için yapılmış ise de, Türkiye'de iç suların ulaşımına elverişli olmadığı açıktır. Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından düzenlenen Türkiye'de milli gelir hesaplama yöntemine bakıldığında, 2003 yılı itibari ile iç sulardan sadece balıkçılık konusunda hesaplama değer gelir elde edildiği, başkaca bir şey olmadığı görülmektedir. 30 seneden beri Van Gölü'nde gemi taşımacılığıyla ilgili Yargıtay'a hiçbir uyuşmazlık intikal etmemiştir. Yine 4922 sayılı Denizde Can ve Mal Koruması

ma Hakkında Kanun'un 1. maddesi, ticaret gemisini "menfaat sağlama kas-tıyla denizde kullanılan her gemiye ticaret gemisi" denir şeklinde ifade et-miştir. Kanımızca ticaret gemisinin tarifinde dikkate alınması gereken ibare "su" olmamalı, 6762'deki sistem korunmalı, denizde kazanç elde etme im-kanı aranmalıdır.

Tasarının 1061. maddesi. Bu madde donatanın tarifini yapmaktadır. Aynı şekilde "deniz" ibaresi yerine "su" ibaresinin kullanıldığı bir başka madde de 1061. maddedir. 1061. madde donatanı "gemisini menfaat sağla-mak maksadı ile suda kullanılan gemi maliki" olarak tarif etmektedir. Mev-cut sistemde ise "gemiye deniz ticaretinde kullanılan gemi sahibine dona-tan" denmektedir. 1948 tarihinde İş Ticaret Hukuku Dersleri-1948 adlı eser-de donatan "bir gemiyi deniz ticaretinde kullanan müteşebbis" olarak tarif edilmiştir. Tasarıda "deniz" yerine "su" ibaresi kullanılmak suretiyle dona-tan kavramının genişletilmeye çalışıldığı görülüyorsa da, bir nokta anlaşıla-mamaktadır. Şöyle ki: Eğer amaç donatan kavramını genişletmek ise, ki böyle olduğu anlaşılıyor, zira "deniz" yerine "su" ibaresi var, neden dona-tan olabilmek için geminin maliki olmak bir şart olarak aranıyor. Kanımızca donatan olabilmek için, malik olma şartının kaldırılması gerekir.

Gelelim tasarının 1098. maddesine, deniz raporunun düzenlenmesi. Deniz raporunun, Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde mahkemelerce, diğer yerlerde de Türk Konsoloslugu tarafından düzenleneceği belirtilmek-tedir. 1098'in son maddesinde deniz raporu, Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde mahkemelerce, diğer yerlerde ise Türk Konsoloslugunca düzenle-nir. Peki yabancı gemi Türkiye'de deniz raporu düzenlemek isterse, kendi konsolosluklarına başvurmak suretiyle böyle bir deniz raporu düzenlerse, bu geçerli olacak mıdır? Maddenin son, 4. bendinde bu husus çok açık şe-kilde anlaşılammamaktadır. Yine deniz raporuyla ilgili bir başka sorun ise, de-niz raporunun hukuki fonksiyonu ile ilgilidir. Mevcut sistemde deniz rapo-ru, ilgililerin ifade ve beyanlarıyla bir zabita tespitinden ibaret olduğu için, ispat değeri mahkemenin takdirine kalmış bir belge niteliğinde kalmaktadır. Kaptan ve gemi adamlarının kendi aleyhlerine olan beyanları ikrar niteliğin-de olduğundan, aleyhe delil teşkil etmektedir. Buna karşılık öğretilerde tartış-malı olan husus, kaptan ve gemi adamlarının beyanlarının kendi lehlerine delil teşkil edip etmeyeceğidir. Tasarıda deniz raporunun ispat gücü ve hu-kuki fonksiyonu hakkında herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Tasa-rının 1103. maddesi, tasarının 3. kısmında kaptan başlığı altında, kaptanın

özen yükümlülüğü, sorumluluğu, görevleri ve temsil yetkisi düzenlenmiştir. 1100-1111. maddelerinde kaptanın temsil yetkisine bakıldığı zaman, kaptanın donatanı temsil yetkisinin düzenlendiği 1112. maddede de yükü ilgiliyi temsil edeceği belirlenmiştir. Buna karşılık taşıyan ile donatanın ayrı ayrı şahıslar olması halinde, kaptanın taşıyanı temsil yetkisi 3. kısım altında düzenlenmemiştir. Kanımızca kaptanın donatanı ve yükü ilgilileri temsil yetkisi tasarıda düzenlenmiş olmasına rağmen, kaptanın donatan ve taşıyan farklı şahıslar olduğu zaman ayrıca taşıyanı da temsil yetkisinin bulunduğu na dair sistematik bir düzenleme yapılması yerinde olurdu.

Tasarının 1228. maddesi: Konşimento tarifi ve türlerinin, tasarının 1228 maddesinde düzenlendiği görülmektedir. Buna karşılık özellikle uygulamada Çin'den Türkiye'ye yapılan ticarete karşılaştığımız ara konşimentonun tasarıda düzenlenmediği görülmektedir. Bugün İstanbul Ticaret Mahkemelerinde ara konşimentonun tartışıldığı pek çok dava görülmektedir. Buna karşılık ara konşimentonun tasarıda düzenlenmemiş olması da uygulamada sorun yaratacaktır. Deniz yoluyla eşya taşımalarında sadece konşimento düzenlenmemektedir. CMI adı verilen deniz yük senedi uygulaması gün geçtikçe artmaktadır. Nitekim 8. madde ve genel işlem şartları niteliğinde bulunan deniz yük senetleri hakkında CMI takip kuralları da bulunmaktadır. Buna karşılık tasarının 1242. maddesinde "diğer denizde taşıma senetleri" başlığı altında bir düzenleme yapılmış ise de, kanımızca tasarıda deniz yük senetleri, bu senetlerin yükleten ve gönderileni ne şekilde etkileyeceği yönünden de kurallar bulunması yerinde olurdu.

Tasarının 1273. maddesinde müşterek avarya paylaşılmasında York-Anvers Kuralları'nın uygulanacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca devamlı gelişen ve değişen müşterek avarya kuralları durağanlıktan kurtarılmaya çalışılmıştır. Tasarıda York-Anvers Kuralları'nın çevirisinin Sigortacılık Genel Müdürlüğü ile Denizcilik Müsteşarlığı tarafından kurulacak bir ihtisas komitesince hazırlanması hükmü kanımızca yerinde değildir. Zira tasarıda atıf yapılan ihtisas komitesi, Sigorta İhtisas Komiteleri Yönetmeliği uyarınca kurulacaktır. Sigorta İhtisas Komiteleri Yönetmeliği, 7397 sayılı Murakabe Kanunu'nun 34. maddesine dayanılarak hazırlanmıştır. Yönetmeliğin dayanağını oluşturan 7397 sayılı Kanun'un 34. maddesi 16/6/1994 gün 539 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyle düzenlenmiştir. Oysa 539 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin, Anayasal dayanaktan yoksun kaldığı, işleyişte Anayasa'ya aykırı olduğu, Anayasa Mahkeme-

si'nin birçok çeşitli kararlarıyla vurgulanmış ve 539 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki son karar 16 OCAK 2002 gün ve 24642 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Bu durumda tasarıda bahsi edilen ihtisas komitesinin dayanağı olan Yönetmeliğin Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla karşılaşması mümkündür. Efendim beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Prof. Dr. Erhan ADAL: Efendim Sayın İhsan Bey'e çok teşekkür ederiz. Şimdi eğer sırayı doğru tespit etmediysem lütfen beni düzeltin. Sayın Başkan Gönen Eriş Bey'deydi söz hakkı efendim. Sonra sizde efendim, sonra sizde, sonra sizde efendim. Yalnız bana da bir 3 dakika verin. Sonra da Başkan gelecek. 10 dakikamız var. Buyurun efendim söz sizde.

Gönen ERİŞ (Yargıtay 11.Hukuk Dairesi Onursal Başkanı): Sayın Başkan, ben süreyi tasarruflu kullanmaya çalışacağım. Her iki tebliğ sahibine teşekkür ederim. Çok yararlandık. Şafak Bey tebliğinde çeklerden bahsetti ve kamu senetlerinden bahsetti ve dolayısıyla çeklere değindi. Ben sadece çekler bölümündeki bir iki noktaya değineceğim. Malum Ticaret Kanunumuz'da ve bugünkü taslakta çeklerin unsurları sayılırken, vergi hususu çekin bir asli unsuru olarak kabul edilmemiş. Yalnız halen yürürlükte bulunan çeklere ilişkin cezaya ilişkin yasada, çeklerde vergi unsurunun bulunması, vergi numarasının bulunması, eğer vergi numarası yoksa, bu belgelerin çek sayılamayacağı ve bunun sonucu olarak da keşideciye isnat edilen suçun meydana gelmeyeceği öngörülmüş. Şimdi Yargıtay'da da bu konu gündeme geldiği zaman muhtelif Daireler, gerek 6. Ceza Dairesi ve asıl çeklere bakan 10. Ceza Dairesi, 11.Hukuk, öbür yandan 12. Hukuk yönünden bu vergi unsurunun, daha doğrusu vergi numarasının, asli unsur olarak kabul edilip edilmeyeceği ile ilgili büyük bir tartışma açıldı. Şimdi madem bir taslak var önümüzde, burada taslakta eğer vergi unsuru gerekli mi, değil mi, bunun mutlaka çözümü gerekir. Aksi halde bir kaos devam edecektir. Her ne kadar Sayın Bakan burada "bir madde ekleyelim ve bu şekilde geçiştirelim" dediyse de, bu bir bakıma doğrudur. Ama o zaman şöyle bir fark olacaktır. Ceza yönünden söz gelimi, karşılıksız çıkan bir çekte ana paranın dışında %10 tazminat öngörüldüğü halde, hukuk bölümünde şimdiki yeni madde, galiba 783, orada %5 vardı; yani bir çek karşılıksız çıkınca icraya başvurduğunuz zaman %5 anaparanın üstünde bir talepte bulunabiliyorsunuz, Cumhuriyet Savcılığı'na şikayet ettiğiniz zaman keşidecinin ödeyeceği miktar %10. Bir defa bunların kanımca düzeltilmesi lazım. Madem bir tasa-

rı. İkincisi çeklerin ibrazında bir problem çıkıyor. Bugünkü Kanun'da 708.-729. maddelere göre birinde çekin düzenlendiği tarihte ibraz bölümüne göre süre düzenleme tarihinden başlıyor. 729'da ise zamanaşımı yönünden ise değişik, yani ertesi gün başlıyor. Burada bir karmaşa var, hatta bölüm, kısım diyor. Burada kısım da yok artık. Bir 3. bölüm haline geldi. Bunun da düzeltilmesi gerekir kanaatini taşıyorum.

Diğer bir bölüm efendim deniz hukuku yönünden gelince, ben daha ziyade deniz mahkemeleri bakımından konu üzerinde durmak istiyorum. Sayın Bakanımız burada olsaydı iyi olurdu, konuşurken. Şimdi efendim, bir defa deniz mahkemeleri bir ihtisas mahkemeleridir. Hiçbir tereddüt yok. Ancak bunun özel bir ihtisastan ziyade ticaret mahkemeleri içerisinde bugünkü fikri mülkiyet nasıl bankaların yönünden Birinci Ticaret görevli, öbür yandan deniz mahkemesi yönünden de ticaret mahkemelerinin görevlendirilmesinde yarar var. Öbür yandan madem yine fikri mülkiyet hukuku yönünden Ticaret Kanunu'nun 4.maddesinde fikri mülkiyet tamamen ticari davalar kapsamı içerisinde düşünülüyor. Öbür yandan özel fikri mülkiyet mahkemesi kuruyoruz. Yapılacak iş nedir? Kanımca, bunların hepsini ticaret mahkemeleri kavramı içerisinde toparlayıp, her ikisini de fikri mülkiyet tek hakimle yürütülüyor, deniz mahkemesi tek hakimle yürütülüyor. Tek hakim güvenilir değil mi? Elbette güvenilir, ama üçlü heyetlerin daha başarılı olacağını düşünüyorum. Aslında konu tamamen konuşmaların dışında, ama artık Türkiye'de üçlü mahkemelerin çalışması da zor. Bence tek hakim haline getirmek lazım. Ama son çıkan Yasa'ya göre, asliye ticaret mahkemeleri artık 3 hakimli, hukuk mahkemeleri tek hakimli kabul edildiğine göre, bizim düşüncelerimizin bir kenarda kalması söz konusu oluyor. Sonuç olarak ticaret mahkemelerinin herhangi bir dairesi özel olarak denize, bir dairesi de özel olarak fikri mülkiyet ve sınai haklar mahkemesi haline getirilmesi mümkündür. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Erhan ADAL: Ben teşekkür ederim Sayın Başkan.Şimdi evvela Sayın Başkanımız Bedrettin DALAN'ın hoşgörüsüne sığınarak acaba bir 10 dakika daha müsaade edebilir misiniz? 3 arkadaşıma daha söz vereceğim. Sonra kapanış için sizden rica edicem. Buyrun beyefendi, şimdi söz sizde efendim.

Turgut ARI: Efendim öğleden sonraki iki oturumda iki ayrı değerli konuşmacı ilginç bir noktaya dokundular. İmza konusu. Ülkemizde en çok

ihmal edilen, en çok da hukuksal sorunlara neden olan bir kavram. Sayın Narbay konuşmasında “poliçede keşide edenin adı soyadı değil imzası gerekir” dediler. Oysa ki aradan önce de Sayın ticaret yargıcımız uygulamaya dayalı olarak, “irsaliyelerde imza yok” diye yakındı. İsimler ve imzalar belirsiz. Dolayısıyla karar vermelerinin uzamasına ve zorlaşmasına neden oluyor. Bu demektir ki, benim kendi öğrencilerime de ilk derste verdiğim ders imza dersidir, “önce imzanızı, kişiliğinizi belirleyin, yaşama uygun, hukuka uygun, çağdaş imzanızı belirleyin, ondan sonra normal derslerinize girişin” diye belirtirim ve her yazılıda da imzalarının net olmasını isterim. İmzanın ne olduğunu bilmek için sözlük ve ansiklopedileri açtığımız zaman, “bir insanın adını soyadını özenerek kendi eliyle yazması” diye tanımlar. Ama uygulamada her türlü insanın eğitimi, bilimi, seviyesi ne olursa olsun kendine has gelişigüzel çizgiler olarak tanınır. Bu durum davalarda bir yığın sakıncalara ve uzamalara neden oluyor, adli tıplık olaylar oluyor. Karşımızda Devletimiz’in kurucusu Mustafa Kemal Atatürk dört defa imzasını değiştirmiş. Ama 80 yıllık bu Devlette insanlar alışageldikleri imza dedikleri uyduruk çizgileri değiştirmiyorlar. Eski yazıda öğrenci iken sonradan subay olduğu zaman, sonra yeni yazı çıktığı zaman, Soyadı Kanunu çıktığı zaman net olarak imzasını değiştirmiş. O büyük insan kendini değiştirebiliyor, biz kendimizde değişiklik hissetmek istemiyoruz. Bu ay içerisinde bir vergi daireesine gittim, elimde bir vergi levhası vardı. Üç tane mühür üç tane imza adı altında çizgiler vardı. Müdür hanımla görüştüm “bunları hangi müdür yardımcınız imzalamış biliyormusunuz “dedim, tanıyamadı. Mühürler de okunmuyor. Avrupa’ya giden insanlarımızı, özellikle işgörenlerimizin büyük bir kısmını ordaki bürokratlar tersliyorlar. Bizim eğitim sistemimizde imzanın ne olduğu kesinlikle öğretilmiyor. Hocalar dahil, uzmanlar dahil, Bakanlar’ın dahil imzalarına baktığımız zaman kişiliklerini belirleyen çizgiler değildir. Bu konuda bir sergi hazırlığım da var zaten. İmza bir ülkede eğer yargının ve resmi mevzuatın, sözleşmelerin daha az ihtilafli olmasını istiyorsak net olarak, ansiklopediye, batıya ve sözlüğe uygun imzalarımızı geliştirmemiz lazım.

Bunun dışında bir konuya daha değineceğim. Önceki oturumdan kalma kazanılmış bir hakkım. Hep şirketleri konuşuyoruz. Şirketler bildiğiniz üzere kişi şirketleri ve sermaye şirketleri. 1950’lerde kollektif ve komandit şirketler ağırlıklıydı. 80’lere doğru azalmaya başladı. 80’lerden sonra önce anonim şirket arttı, ardından daha pratik diye limited şirketler bayağı fark

yarattı. Ama hatırımda kaldığına göre 600.000'nin üstünde sermaye şirketi kurulmuş, bunun ancak işlerlik kazanan veya devam eden kayıtlarda dörtte biri. Dörtte üçü resmi dairelerde, ticaret odalarında, sanayi odalarında, vergi dairelerinde ve diğer kurumlarda sürüncemede kalan, sadece adları var ve belgeleri var. Bir türlü tasfiye edilemiyor. Çünkü Ticaret Kanunu'nda belirli hükümler lazım. Açılış gibi kapanış lazım. Şu halde açılış ve kapanış için de bazı kolaylıkların olması lazım yasalarımızda. Bir uygulamacı olarak ben, "tek kişilik şirket" kavramını pek doğru bulmuyorum. Eğer tek kişilik şirket kavramı varsa zaten var komandit şirket. Komandit şirket o işi görüyor ama, sorumluluk taşındığı için, servetle ilgili olduğu için, mal varlığıyla ilgili olduğu için önemsenmiyor ve sürüncemede kalıyor. Hem taraflara, 3. şahıslara ve Devlete de büyük zararlar veriyor. Onun için sermaye şirketinde yolsuzlukları önleyecek şekilde yeni hükümler getirilmesi gerekir.

Prof. Dr. Erhan ADAL: Özür dilerim beyefendi, Başkanımızın sabrını 10 dakika almıştık. 5 dakikası geçti. Onun için arzu ederseniz lütfen cümlelerinizi toparlayın yanınızdaki beyefendiye verin, sonra unuttum İsmail Bey'e vereceğim. 1 dakika da bu arkadaşımız konuşacak lütfen toparlayın.

Turgut ARI: Türkiye bir deprem bölgesi. Sigorta türleri sayılırken deprem bölgesi duyduğumu hatırlamıyorum, deprem sigortasını. Uygulamada bir deprem sigortası var. Ancak basından, birkaç yerden öğrenebildiğim, Türkiye'de deprem sigortasına ilgi %10'u aşmıyor. Aşmamasının bir nedeni yine basındaki makalelerden öğrendiğim, ana nedenlerden bir tanesi, değişik nedenler de olabilir, deprem olunca yıkılacak bina kimin adınaysa, eğer o ölürse mirasçılara hiçbir hak tanınmıyor. Dolayısıyla aileler bu konuda da ilgi göstermiyorlar. Miras hukukuna uygun olarak bununda düzenlenmesi lazım. Babanın adınaysa, baba öldüyse, ailenin diğer fertleri de sokakta kalmamalıdır. Bu şeyi sağlamak lazım, yeni hükümlerde. Gerisini saymıyorum teşekkür ederim.

Prof. Dr. Erhan ADAL: Buyrun efendim

Yard. Doç. Dr. Kerim ATAMAN: Ben Kerim Ataman. Ben Ticaret Kanunu Komisyonu üyesiyim beş buçuk yıldır. Zaman çok daraldığı için açıklamalarımı çok kısa tutmak zorundayım ama müsaade buyurursanız şu özet üç başlık altında maruzatım olacak. Evet katılımcıların, konuşmacıların bütün eleştirilerini şüphesiz komisyona yansıtacağız ve orada gerektiği

gibi dikkate alınacaktır. Yöneltilen eleştirilerin bir kısmının muhatabının komisyon olmadığını arz etmek isterim. Dikkat buyurulursa bu komisyon Adalet Bakanlığı Kanunu'ndaki bir maddeye göre kurulmuştur. Bu maddeye istinaden yönetmelik çıkmıştır. Bu yönetmelik çerçevesinde çalışılmaktadır. Dolayısıyla yönetmelik hükümlerinin ötesinde bir uygulama zaten söz konusu olamaz. Bunun ötesinde Yeni Türk Lirasıyla ilgili çok açıklama dinledik. Yeni Türk Lirası Kanunu'nda açık bir hüküm vardır; 1 Ocak 2006 tarihinden itibaren "yeni" sıfatı kullanılmayacaktır. Bu öngörüldüğü için bu şekilde düzenlenmiştir tasarı ve bu yine Adalet Bakanlığı'nın tasarrufudur. İşveren Adalet Bakanlığı olduktan sonra, onun dışına çıkılması ihtimali zaten söz konusu değildir. Keza gerekçelerde atıf yapılmamasıyla ilgili eleştiriler gelmiştir. Bu da yine Adalet Bakanlığı'nın tasarrufudur. Şu anda yayınlanmış olan metin aşağı yukarı bunu iki misli hacmindeydi. Bu iki misli hacim Adalet Bakanlığı'nın emri doğrultusunda kısaltılmıştır ve bütün doktrinel atıflar temizlenmiştir. Bunların hepsi, ilk metinde vardı. Komisyonun çalışmasının gizli yürütülmesiyle ilgili eleştiriler yapılmaktadır. Efendim gizli yürütülmemiştir çalışmalar. Adalet Bakanlığı'nın sözünü ettiğim yönetmeliğinde toplantı düzeniyle ilgili açık hüküm vardır, o hükme uygun yürütülmüştür ve Türkiye'de ilk defa bir komisyon, temel kanunda çalışma komisyonu bütün müzakerelerini kaydetmiştir. Hepsini tutanağa kaydedilmiştir. Bunlar yakında yayınlanacaktır. İnternette yayınlanacaktır. Bu da ilk defa yapılan bir usul. Dolayısıyla oradan müzakerelerin takip edilmesi imkanı bulunmaktadır, ama belirttiğim yönetmelik bu müzakerelerin kamuya kapalı olarak yürütülmesini emretmektedir. Onun dışına zaten hiçbir komisyon üyesi çıkamayacaktır. Dolayısıyla yöneltilen eleştirilerin komisyon tasarrufu gibi düşünülerek komisyona yöneltmesinde biraz daha insafli olunması gerektiği kanaatindeyim.

Görüş süresinin kısa olmasını Sayın hocam buyurdular. Hiç şüphesiz üç aylık süre, beş yıllık bir çalışmayı değerlendirmek için çok uzun değildir. Bu da keza Adalet Bakanlığı'nın tasarrufudur, komisyon tasarrufu değildir. Bu da keza bakanlığa yöneltilmesi gereken bir eleştiridir. Müsaade buyurursanız son bir kısa cümle olarak Sayın Prof. Ünan hocamın açıklamalarında gündeme gelen bir hususa tamamlayıcı bir açıklama sunmak isterim. Gerekçeden çok iyi anlaşılıyor çünkü bu mesele. Donatanın sorumluluğunda milletlerarası sözleşmelere yapılan atıf meselesi şu sebeple kısa geçilmiştir tasarıda; buna ilişkin olarak üç tane uygulama kanunu tasarısı ha-

zırlandı. Yani donatanın sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin, LNMC 76 için bir uygulama kanun tasarısı hazırlandı. Petrol kirliliğiyle ilgili iki kanun, milletlerarası anlaşma için de keza uygulama kanunu tasarıları hazırlanmıştır. Bu tasarılar Bakanlar Kurulu'na sevk edilmişti çok kısa süre önce, komisyonun ve Denizcilik Müsteşarlığı'nın yaptığı çalışmadan bağımsız olarak, Çevre Bakanlığı birden pat diye bir kanunla ortaya çıkınca, bizim hazırladığımız uygulama kanunu tasarıları döndürülmüştür. Şu anda onun müzakereleri yürütülmektedir. Ama Sayın hocamın işaret buyurdıkları gibi, bu meselede açık hükümlere ihtiyaç vardır. Fakat bunların Ticaret Kanunu içerisinde yer alması uygun mütalaa edilmemiştir. Sebebi de şu; gerekçede onu bildiriyoruz, 76 sözleşmesi, 96 tarihli bir protokolle tadil edilmiştir. Bu protokole Türkiye üye olmak üzeredir. 92 sözleşmeleri 2000 ve 2004 yılında iki protokolle tadil edilmiştir. Türkiye bunlara da üye olmak üzeredir. Eğer Alman Kanunu'ndaki gibi sadece Ticaret Kanunu'na iki üç madde yazmış olsaydık, bu şekilde mesele halledilmiş olsaydı, protokollere taraf olunduğu anda Ticaret Kanunu eskimiş olacaktı. Sürekli bir yenileme faaliyeti olduğu için, bunların Ticaret Kanunu dışında düzenlenmesi uygun mütalaa edilmiştir. Ama tabii ki bu konuda açık düzenleme vardır. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Erhan ADAL: Bu açıklamanız için özellikle ben size teşekkür ederim. Keşke bu açıklamalarınızı dün yapma fırsatınız olsaydı. Tekrar teşekkür ederim. İsmail Bey sizin bir dakikanız vardı. Buyrun efendim:

Doç. Dr. İsmail KAYAR: Çok kısa bir hususu belirtmek için söz aldım. Şafak Bey; “çekte vade olmaz. Çek ödeme aracıdır.” O nedenle çekte vade ve vadeden sonraki ciro başlıkları için eleştirdi. “Tasarıdan bu çıkarılsın” dedi. İki sebeple buna katılmıyorum. Bir kere Çek Kanunu'nda ve Ticaret Kanunu'nda “üzerinde yazılı keşide tarihinden önce ibraz edilen çek ödenir” diye hüküm var. Dolayısıyla çekte vade zımnen tanınmıştır. İkinci olarak da poliçede vadeyi düzenleyen hüküm, atıf nedeniyle bonoya da uygulanıyor. Diyor ki; dört türlü vade olur: bir, görüldüğünde, iki,... diye devam ediyor. Dolayısıyla “görüldüğünde” bir vade türü olarak kabul edildiği için, çekte başlığı taşıyan maddede “çek görüldüğünde ödenir” diyor. Dolayısıyla çekte vade olmaz falan demiyor. O açıdan tasarının ve mevcut Kanun'un aynı hükümleridir zaten. Bu açıdan tutarlı olduğunu düşünüyorum. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Erhan ADAL: Şafak Bey bir dakikanız var.

Yard. Doç. Dr. Şafak NARBAY: Sayın Başkan İsmail Bey'le birlikte iki dakikaya çıktı, çünkü bunlara da cevap vermek durumundayım müsaade buyurursanız.

Prof. Dr. Erhan ADAL: Peki, iki dakika.

Yard. Doç. Dr. Şafak NARBAY: Öncelikle Gönen Eriş hocama çok teşekkür ediyorum, yürürlükteki Kanunumuz'un 708 fıkra 4 ve 729. maddeleri; ibraz süreleri hesap edilirken 708 fıkra 4, bunların başladığı gün süre hesabına dahil edilir; ibraz süresi bugün ise, bugünden itibaren hesap edilir. 729 ise kanunun bu kısmında belirtilen süreler hesap edilirken başladığı gün sayılmaz diyor. Aynı durum tasarıda muhafaza edilmiş. Bu husus ilk olarak Sayın hocam Prof. Dr. Ömer Teoman tarafından bir makale ile gündeme getirilmiş ve görüş olarak açıklanmıştı. Ben de naçizane "Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı" adlı kitabımda bu görüşün doğru olduğunu, çekte ibraz süreleri hesap edilirken, keşide tarihi olarak yazılmış tarihten başlanması gerektiğini, yürürlükteki Kanun'un 708 fıkra 4 hükmünün bunu desteklediğini belirtmiştim. 729 diğer süreler için öngörülen bir uygulamadır. Çözüm önerisi olarak şunu söylüyorum; tasarı madde 817; "kanunun bu kısmında gösterilen süreler hesap edilirken, madde 796 fıkra 4 istisna olmak üzere, bunların başladığı gün sayılmaz" şeklinde düzenlenmelidir. Efendim Sayın İsmail hocama katılamadığımı ifade etmek istiyorum. Zira Mevaz Kanun ve Alman Çek ve Poliçe Kanunlarına baktığımız zaman özellikle Alman hukukunda "Fallbarkeit" deniliyor. Efendim vadeden bahsedilmiyor. Özellikle 707'nin kenar başlığında. Görüldüğünde vade, evet poliçelere özgü dört vade çeşidinden biridir. Ama çekte vade olarak ifade edilen 707'deki "görüldüğünde ödenir" hükmü teknik anlamda poliçeye ilişkin bir vade değildir. Bu kadar söylemekle yetinmek istiyorum, çok teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Erhan ADAL:Bu toplantıyı kapamadan evvel dört cümle söyleyeceğim. Birincisi şimdi ben Hukukun Temel İlkeleri ve Medeni Hukuk hocasıyım. Hep bizim bildiğimiz genel bir kural vardır. Yasaların yazılış şekli de lege lata. Bir de yasaların hizmet ettiği amaç de lege feranda. Bunların arasındaki boşluğu dolduranlara Roma Hukukunda "ius prudentes" denirmiş, yani bilge insanlar. Bugün çok sevindim. Çünkü burada bir çok bilge insan toplandı ve kendi kendimize şu suali soralım, buradan ayrıldıktan sonra. "ben buraya hangi bilgilerle geldim?", "iki gün sonra hangi bilgilerle ayrılıyorum?". Eğer arada bir %10 artış varsa bu toplantı amacına

erişmiştir. Muhterem meslektaşım Sevgili Ali Cem Budak'a gönülden katılıyorum. Evet Atatürk'ün Onuncu Yıl Marşı çok güzel. Ama bunu şöyle uygulayalım, artık az zamanda çok doğru şeyler yapalım ve şu şeyi ne olur unutmayalım. Şu batının bizi tanıdığı imajı artık değiştirelim. Almanlardan aldım bunu; "bir Türk korkunç bir yetenek, iki Türk rakip, üç Türk kıyasıya rakip". Şunu unutmayalım: Evet bir yasa yapılmıştır, eksikleri vardır, tamamlanması gerekir; ama artık lütfen üzüm yemeye bakalım. Sayın Başkan, Bedrettin Beyefendi, kapanışı yapmak üzere sizi kürsüye davet ediyorum. Buyrun efendim.

Bedrettin DALAN (Yeditepe Üniversitesi Mütevelli Heyeti Başkanı): Muhterem arkadaşlar, ikinci günün sonuna doğru salon iyice azalmış. Ama zannediyorum konunun ehemmiyeti azalmamış ki, son dakikada bile herkes birkaç dakika daha konuşma isteğinde bulunuyor. Demek ki konu çok önemli. Ben Tekinalp Hocayla on gün evvel konuştuğumda, "bununla ilgili üniversitede bir sempozyum yapılırsa ve meslek gruplarını bu yeni kanun tasarısı açılırsa ve tartışılırsa iyi olmaz mı?" dedim. Dekanımız hemen konuyu ele aldı, maalesef hasta olduğu için iki gündür gelemedi. Ama emin olun o şu anda takip ediyordur bunları. Nasıl ki teybe geçiyor bunlar, bu konuşmaların hepsi basılı olarak da ilgili yerlere gönderilecektir.

Benim söylemek istediğim şey şu: Ben bir mühendisim. Bir mühendis olarak, vakıf üniversitelerinin içinde ilk defa hukuk fakültesi açtım. Acaba neden? Türkiye'de bir sürü hukuk fakültesi varken, vakıf üniversitesinde hukuk fakültesi açtım. Çünkü belediye başkanlığım zamanında ve daha sonra girdiğim çıktığım davalarda tam on bir buçuk sene hukukla boğuştum, cebelleştim ve gördüm ki Türkiye'de hukuk çok önemli. Dünyada da önemli, ama zaaflarımız var. Hem yetişmiş hukukçu dediğimiz insanların eğitimden gelen zaafı var, hem sistemin zaafı var.

Bunu düzeltmenin tek yolu doğru hukuk eğitiminden geçiyor. Dünyayla entegre olan, dil bilen. Dolayısıyla dünyayla komperatif olarak mukayeseli hukuku anlayan, geliştiren hukukçuların yetiştirilmesi lazım. Dünya'dan kopuk değiliz çünkü. Dünyada gittikçe sınırlar hiç olmazsa ticari olarak kalkıyor. İnsanlara ne kadar sınırlar daha fazla yükseltirse de, globalleşmenin temelinde ticari olarak sınırlar yıkılıyor. Hukuki olarak bu sınırlar yıkılıyor, sermaye olarak yıkılıyor. Bu yıkılmanın altında kalmamamız lazım. Dünyayla en azından hukukta yarışmamız ve çağdaş noktaya gelme-

miz lazım. Bundan yedi sekiz sene evvel bir arkadaşım bana dedi ki; Saddam Hüseyin'in oğluyla çok yakın ilişkiler kurduk, çok iyi de ihaleler alacağız. Senin oğlanı da ver. Amerika'dan mezun, iyi de dil biliyor, finansmançı. Gitsinler iş yapsınlar. Dedim ki mümkün değil. Ben oğlumu Irak'a göndermem, eğer elimden gelirse Irak'ın üstünden uçakla dahi geçmem. "Niye?" dedi. Ya aşağıdan bir füze gönderirse? Hukuken benim hakkımı kim arayacak o diktatörlükte? Hukuk ülkesi olmayan bir ülkede ticaret yapmak şöyle dursun, üstünden emin olun uçakla dahi geçilmez. Ticaretin temeli hukuki düzenlemeye bağlıdır.

Hatta benim bir teklifim de var. Türkiye'de bazı hukuk fakülteleri birleşsinler, Türkiye'nin geri kalmışlığında, açık söyleyeyim ileri bir durumda değiliz, dört bin dolar, üç bin dolar milli gelirle ilerledim falan, bunlar boş laflar ve biz bunu da hak etmiyoruz. Ama hukuki eksikliğimizin rolü nedir? Hukuki temel alt yapımızdaki noksanlıklardan dolayı ne kadar payımız var geri kalmışlıkta? Bunun araştırılması lazım. Yani ben Saddam Hüseyin'in ülkesine oğlumu göndermediğime göre, acaba Türkiye'ye gelmeyen yatırımı, sermayeyi caydıran unsurlardan hukuk ne kadar sorumludur? Payı nedir? Bundan bir doktora tezi çıkar, bundan emin olun.

Gerçek şu ki, Türkiye'de özellikle ticari davalar çok uzun sürüyor. Geciken bu davalar hakkaniyetle bitse dahi, haksız durumlar ortaya çıkartıyor. Örneğin; Türkiye'de bir bankacılık tahsilatı yasası çıkartıldı. 5220 zannediyorum. Beş altı yerinden evrensel hukuka aykırı. Tabii hakim ilkesini yıkıyor, geçmişe yönelik uygulama yapıyor, ondan sonra suçsuz olduğunu ispat mecburiyetini vatandaşa yüklüyor. Bugüne kadar hukukçulardan, üniversitelerden, hiç kimseden bir reaksiyon görmedim. Ama nedir? "Hortumcuyu cezalandırıyoruz" hadisesi karşısında herkes sustu kaldı. Hortumcuyu cezalandırılalım, ama hortumcunun methoduyla değil. Hatta bir şey söyleyeyim; bu konuyu Anayasa Mahkemesine götürülen bir hakimin de durumunu ben biliyorum. Meslekten ayrılmak zorunda kaldı. Oysa ki benim bir halam vardı. 1950'li yıllarda iki Rus casusunun savunması halama verilmişti. Enişte de bir subaydı, binbaşıydı. Genelkurmaydan emir geldi "karın bir subay eşi olarak bu davadan çekilsin" diye. Halamın enişteme verdiği cevap şu oldu; "sen subaylıktan ayrıl." Evet, enişteyi Erzurum'dan başka yere sürdüler, hala orada kaldı ve bilabedel iki Rus casusunun savunma hakkını kullandı. Netice değişmedi, ama halam hep bana derdi ki "çok müsterihim oğlum." Hukuk bu işte.

Hukuk gerekiyorsa canını bir konuda ortaya koyabilmek, inanmak. Roma hukukunda da böyle insanlar var; Papinianus. Meşhur Papinyanus. Caracalla kardeşini öldürüyor ve Papinianus'a diyor ki. "Kardeşimi öldürdüğümün haklı olduğunu ispat eden bana bir hukuki mucip yaz ki senatoya götüreyim." Papinianus'un verdiği cevap şu: "Kardeş katiline hukuki mucip yazmaktansa, kardeş katili olurum daha iyi!" Aynı anda öldürülüyor. Papinianus'u içinizde bilen yok. Hukuk herkese lazım. Hepimizin gerçek, evrensel hukuk normlarına ihtiyacı var. Cumhurbaşkanı'nın da var, başbakanın da var, benim de var, hakimin de var. Hukuk bir yerinden zedelendiği zaman "ya işte şu geçici zaman görelim" demeye hiç kimsenin hakkı yok.

Şimdi yakında 1 Haziran'da Ceza Kanunu devreye giriyor, Türkiye'de yer yerinden oynamış durumda. Yeteri kadar ilim çevrelerinde tartışılmamış, yeteri kadar meslek odalarında tartışılmamış, barolar tartışmamış, hakimler, yargı unsurları tartışmamış. Hükümet paldır küldür devreye sokuyor. Adalet Bakanı arkadaşım, daha iki üç gün evvel konuştum "Biraz daha bekle, bunu hiç olmazsa yıl sonuna erteleyin de daha iyi tartışılsın.". "Valahi, Avrupa Birliği istiyor." Şimdi Avrupa Birliği istedi diye paldır küldür kanun geçirmek ne kadar doğru arkadaşlar? Biz istediğimiz için geçiresek daha doğru değil mi? Atatürk'ü Avrupalılar mı sık boğaz etti, bu kanunları yaptırdı? Ama Türkiye kendi kanunlarını, kendi siyasi iradesini ortaya koyacak noktadan da ayrılmış durumda. Siyasi olarak dışarıdan empozeyle kanun geçirtiliyorlar. Geçirmezsen, geçirtilirler kardeşim! Yapmazsan yaptırırılar! Aslında bir ayıp da şurada TCK otuz yıl, kırk yıl hiç dokunulmamış, hepsini toptan değiştireyim dediğin zaman böyle bir acaip bir şey çıkıyor ortaya. Halbuki Alman Ceza Kanunu'na baktığın zaman, devamlı kendini geliştirmiş. Böyle toptancılık yok. İşte bekleyip bekleyip birden yapıp ve aceleden yaparsanız işi, bazen böyle ulusal onurunuz da zedelenebiliyor.

Mutluyum ki Tekinalp Hocadan duyduğum kadarıyla bu Türk Ticaret Kanunu için beş yıl müddetle ciddi bir etüt yapılmış. Ama zaafiyeti, Hoca'nın da biraz evvel anlattığı gibi, bir nev'i ihale suretiyle yapılmış ve patronu olan bir çerçevede içinde yapılmış. Yasalar patronun emriyle yapılmaz kardeşim. Toplumun ihtiyacından doğar. Patronun sözüyle şöyle veya böyle çarpıtılmaz. Patronu da olmaz yasa yaptırmanın. Yasanın patronu bir tek Türkiye Büyük Millet Meclisi'dir, orada şekillenir. Ama hazırlığı çok daha özgür, çok daha katılımcı, çok daha düşünülmüş olmalı ve hiçbir şekilde de emir-kumanda içinde olmamalı. Ben hazırlanmış olan bu yasanın zayıf nok-

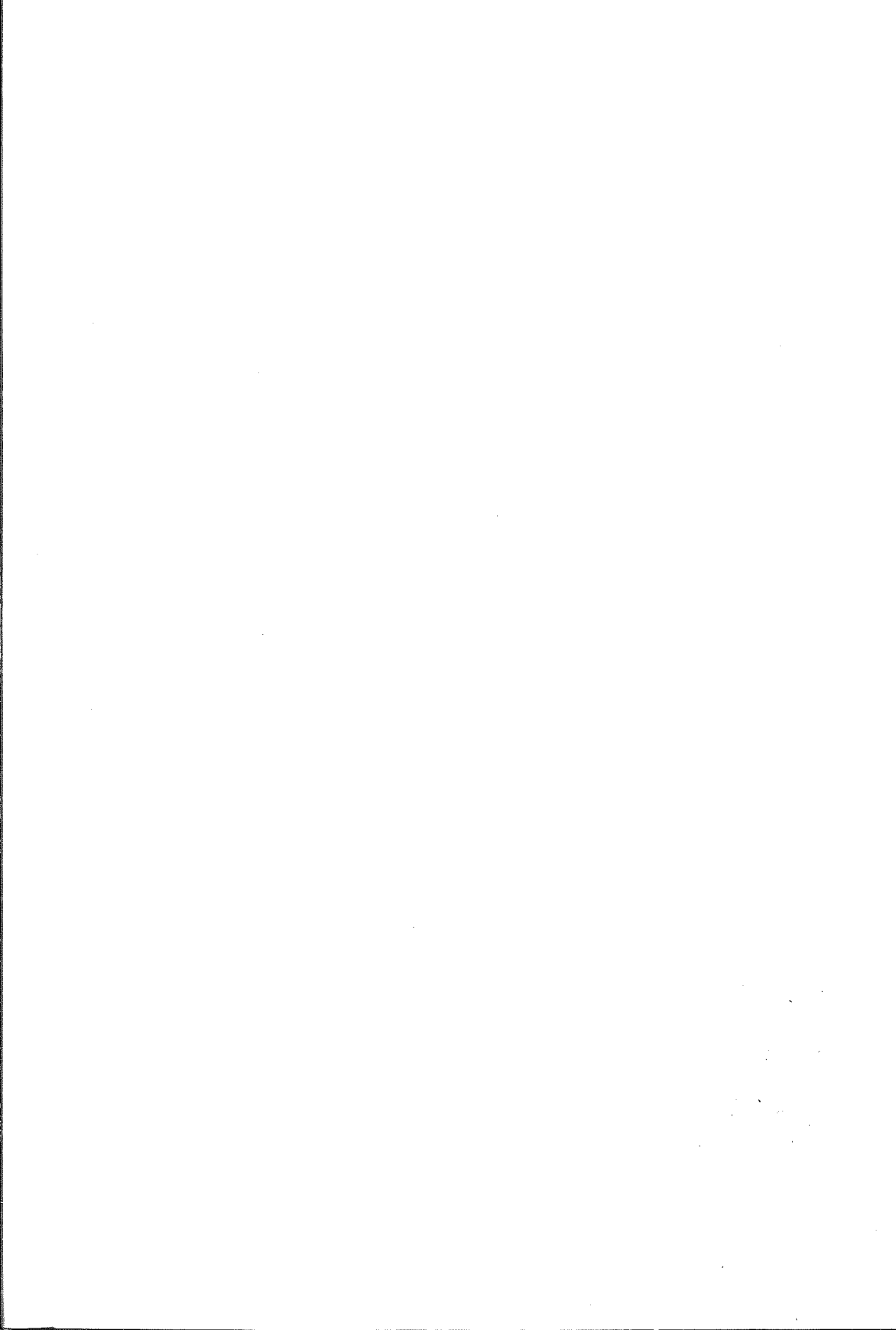
tası olarak bunu görüyorum, ama Tekinalp Hoca'ya bir iki soru sorduğumda, ticaret tarafından gelen bir insan olarak, beni çok tatmin eden bir yasa bu. Çok tatmin eden, çok çalışılmış bir yasa.

Gönül isterdi ki bu yasa sadece bu üniversite de değil, Türkiye'nin bütün hukuk fakültelerinde, en azından yarısında, on tanesinde on beş tanesinde seminerler yapılsın. Sadece baro ve bilim adamları değil, aynı zamanda mutlaka ticaret kesimin de iştirak ettiği, ticaret odalarının, meslek odalarının iştirak ettiği, çünkü masanın öteki tarafı da önemli. Çek diyorsunuz, hayatınızda kaç kişi çek yazdı? Ama ben çok yazdım. Çeklerimin ödenmediği günler de oldu. Yani çeki fiilen yazmış, kullanmış tarafın da iyi dinlenmesi gerekir, bu işin içinde uygulayıcıların. Böyle iki tarafın, üç tarafın beraber oluşturduğu bir yasadan da doğru şeyler çıkacağına kaniyim. Üç ay içinde kanunlaşacak mı bu bilmiyorum. Ama üç yerine altı ayda kanunlaşsın da daha fazla tartışma yapılsın, daha fazla insanlar, meslek erbabı bu işle ilgili ikna edilsin. O zaman zannediyorum ki çok daha verimli olur, tartışmalardan neticede fayda çıkar. Bir şey daha, hukuk, aslında toplum mühendisliği. Toplum mühendisliği çok önemli bir hadise. Toplum mühendisliği sadece bir tarafı almaz, mühendislik de almaz. Yani bir binayı kurarken temeli de düşünöceksiniz, çatıyı da. Temeli sağlam yapmazsanız sistem çöker, binayı kaldırmaz sistem. Ama çatıyı zayıf yaparsanız, çatı çökerse hepimiz burada ölürüz. Dolayısıyla olay bir sistem. Türk Ticaret Kanunu da genel sistemin içinde bir bölüm. Gönül arzu ediyordu ki, bunları bir mühendis olarak Türk Ticaret Kanunu, Türk Ceza Kanunu, çünkü Ticaret Kanunu'ndaki sakatlıklara Türk Ceza Kanunu'nda engel olacaksınız. Türk Ceza Kanunu, Borçlar Kanunu ve İcra İflas Yasası paralel götürülsün ve gruplar paralel çalışsın ve paralel bir şekilde bunlar, aynı anda devreye sokulsun. Bir yerinden bu işi yaptınız, ama ne kadar Borçlar Kanunu'na uyuyor, ne kadar İcra İflas Kanunu'na uyuyor, ne kadar Türk Ceza Kanunu'yla uyumlu şahsen onu bilmiyorum. Genelde bu çalışmayı yapan bütün arkadaşlara, başta Tekinalp Hoca olmak üzere şahsen bir Türk olarak teşekkür ediyorum. İyi hazırlanmış, emek verilmiş bir kanun. İnşallah aksaklıkları varsa düzeltilir. Sevgi ve saygılarımı sunuyorum.

Prof. Dr. Erhan ADAL: Efendim Sayın Başkanımız'a teşekkür ederiz. İki gündür doyamadığımız bir hukuk ziyafetine şahit olduk Evvela bu imkanları bize sağlayan Sayın Başkanımız Bedrettin Dalan Beyefendi'ye sonsuz teşekkürler. Üniversitenin bütün imkanlarını açtınız, gayet güzel bir

vakit geçirdik. Belki katılım azdı, ama emin olun çok gönülden oldu. Onun için bunu değerlendirmek lazım. İkincisi size bir söz verdik. İlk başta açılışı yaparken meslektaşım Doç. Ali Cem Budak Beyefendi dedi ki; “Bunlar yazılıyor ve size gönderilecek.” Evet, ben de taahhüt ediyorum; bunlar gönderilecek. Hepinizden çok şey öğrendik. Toplantıyı aramızda olmayan Hukuk Fakültesi Dekanımız Sayın Haluk Kabaalioğlu adına kapıyorum.

İÇTİHAT KRONİĞİ



YARGITAY KARARLARI DERGİSİ-2005'TE (No. 1-8) YAYINLANAN YARGITAY KARARLARINDAN SEÇMELER

Prof. Dr. Bilge UMAR

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

1. Kamulaştırma bedelinin belirlenmesi ve taşınmazın idare adına tescili dâvalarında vekâlet ücreti konusuna ilişkin HGK kararı, 25.2.2004, E. 2004/18-92, K. 2004/1076 (YKD 2005 No.1 s. 5-9)

Kararın metni:

...Kamulaştırma Yasasında, 4650 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucu getirilen yeni sistemde, anılan yasanın 5. maddesinde sayılan mercilerce verilecek kamu yararı kararlarının 6. madde uyarınca onaylanmasından sonra, 8. maddede belirtilen esaslar çerçevesinde idarenin, kıymet takdir komisyonu ve uzlaşma komisyonu kurarak, tespit edilen tahminî bedeli belirtmeksizin, taşınmazı pazarlıkla ve anlaşarak satınalma iradesini malike bildirmesi; kamulaştırmanın satın alma usulü ile yapılamaması halinde, idarece, 10. maddeye göre kamulaştırma bedelinin mahkemece tespiti ve taşınmazın idare adına tescili istemiyle Asliye Hukuk Mahkemesine müracaat etmesi ["edilmesi" olacaktı-Umar] gerekmektedir¹.

Bu noktada, mahkemece adil ve hakkaniyete uygun bir kamulaştırma bedeli tespit edilip, taşınmaz malın idare adına tesciline ve kamulaştırma

1 Göreceğimiz üzere Yargıtay, davanın, satın alma usulünü uygulamanın mümkün olmadığı anlaşıldıktan sonra açılmasını –haklı olarak– davanın özel dinlenme şartı saymakta ve bu şart gerçekleşmeden açılan davanın reddi gerektiğini ileride aktaracağımız kararlarında vurgulamaktadır.

bedelinin hak sahibine ödenmesine karar vermek, Kamulaştırma Yasası'nın değişik 10. maddesinin âmir hükmü gereğidir.

Görülmektedir ki, idarece satılma [burada "hazırlığı" sözcüğü olmaydı] aşamasında tespit edilip, malike dahi bildirilmeyen tahmini bedel taraflar açısından bağlayıcı olmadığından, sonraki aşamada kamulaştırma bedelinin mahkemece tespiti ve taşınmazın idare adına tescili amacına yönelik olarak açılan davada; kamulaştırma bedelinin arttırıldığı veya eksiltildiği, eşdeyişle tahminî bedelden yüksek ya da düşük bedele hükmedildiğini söylemek [ve aradaki farkı vekalet ücreti hesaplamasına esas almak-Umar] mümkün değildir.

Bu itibarla, gerek pazarlık aşamasındaki tahminî bedeli bilmeyen mal sahibinin, gerekse kamulaştırmanın sonuçlandırılması için yasaca öngörülen zorunluluk çerçevesinde mahkemeye müracaat eden idarenin, eldeki davada haklı veya haksız çıktığından söz edilemez [oysa yargılama giderleri ve o arada vekalet ücreti, davada haksız çıkan tarafa, haksız çıktığı oranda yükletilir-Umar].

Yine yasa değişikliğiyle getirilen düzenlemeyle, 10. madde uyarınca mahkemenin, kamulaştırmayı sonuçlandırarak; bir taraftan tespit edilen kamulaştırma bedelinin hak sahibi davalıya ödenmesine, diğer taraftan taşınmaz malın idare adına tesciline karar vermesi karşısında, tarafların dâvada haklılık ya da haksızlığının söz konusu olmadığı açıktır.

Öte yandan HUMK'nun 423. maddesinin 6. bendinde açıkça belirtildiği gibi, vekâlet ücreti bir yargılama gideridir. Bu nedenle, 29.5.1957 gün, 4/16 sayılı İÇTİK'da yazılı olduğu şekilde, yargılama giderlerinden olan avukatlık parası, diğer yargılama giderlerinde olduğu gibi mahkemece kendiliğinden hükme bağlanır.

Kural olarak, davada haklı çıkan taraf kendisini vekil ile temsil ettirmiş ise, vekâlet ücreti diğer yargılama giderleri gibi haksız çıkan taraftan alınarak haklı çıkan tarafa verilir (HUMK m. 416, m. 417).

Ne var ki, az yukarıda yapılan açıklama ve gerekçeler ışığında, sözü edilen ana kuralın, kamulaştırma bedelinin mahkemece tespiti ve taşınmazın idarece [idare denmeliydi-Umar] adına tescili istemiyle açılan davalarda uygulanma olanağının bulunmadığı, kuşku ve duraksamaya yer olmaksızın görülmektedir.

Davacı idare lehine taşınmazın tescili, davalı mal sahibi lehine kamulaştırma bedelinin tahsili sağlandığından, kendini vekille temsil eden [ettiren denecekti-Umar] taraflar lehine Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesi uyarınca maktuen vekâlet ücretine hükmedilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Hal böyle olunca, yerel mahkemece aynı yöne işaret eden [18. HD'nin] bozma kararına uyularak, kendini vekille temsil ettiren davacı lehine² maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken önceki kararda [mahkeme, kararında, "vekâlet ücretine hükmolunmasına yer yoktur" demişti-Umar] direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup, direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

2. İcra takibine konu edilmiş para alacağının taksitler halinde ödenmesi halinde, icra tahsil harcının alınmasının, alacağın tamamının ödenmesinden sonraya bırakılmasını kabul etmeyen HGK kararı, 9.6.2004, E. 2004/12-336, K. 2004/338 (YKD 2005 No. 1 s. 9-17)

Kararın metni:

... takip konusu alacağın, borçlu tarafından taksitler hâlinde ödenmesi durumunda icra tahsil harcı alınmasını[n], alacağın tamamının ödenmesinden sonraya bırakılmasının, Harçlar Yasası'nın hem sözüne ve hem de özüne aykırı bulunduğundan kabulü mümkün değildir. ...İcra Müdürünün, alacaklıya yaptığı her ödeme sırasında tahsili gereken bir harç miktarı bulunduğu takdirde bunu mutlaka ödeme anında tahsil etmesi gerekir. ... Direnme kararının...onanmasına...

Değerlendirme:

Yerel mahkemenin (İstanbul 4. İcra Mahkemesi) kararını bozmuş olan Yargıtay 12. HD'nin 5 yargıcı HGK toplantısına katılmış ve tümü (yalnız onlar) karşı oy vermişlerdi. HGK kararına karşı çıkarken gösterdikleri ortak gerekçeleri şöyledir:

İİK'nun 12. maddesi, "İcra Dairesine ödeme" başlığım taşımakta olup, "İcra Dairesi, takib edilmekte olan bir para alacağına mahsuben borçlu veya üçüncü şahıs tarafından ödenen paraları kabule mecburdur. Bununla borçlu, bu miktar borcundan kurtulur" hükmünü içermektedir.

Burada önemle üzerinde durulması gereken husus, icra dosyasına yapılan ödeme ka-

2 Davalı mal sahibinin mahkemede kendini vekille temsil ettirmediği anlaşılıyor.

dar, "borçlunun borcundan kurtulması" dır. Bu tarihten sonra anılan borç bölümü (veya tamamı) için borçlu aleyhine faiz yürütülemez. Talep halinde yatan paranın tamamı alacaklıya ödenmelidir. Bundan tahsil harcı kesilmesine, anılan hüküm kesinlikle mâni teşkil eder. Zira, hem yatan paranın alacaklıya ait olması, hem borçlunun bu bölüm kadar borcundan kurtulması ve hem de ödeme yükümlüsü borçlu olan tahsil harcının alacaklıdan alınması çelişki doğurmakta olup, kabul edilemez.

Alacaklı, kendisinden kesilen tahsil harcı için borçlu hakkında takibe de devam edemez. Çünkü borçlu, yatırılan bedelin tümü için borçtan kurtulmuştur³. Borçtan kurtulunan bölüm için alacaklının takibi sürdürme olanağının bulunmadığı ise son derecede açıktır. Alacaklının bu konudaki istemi takip hukukuna aykırı olup kesinlikle reddedilecektir. Özetle, kendi parasından kesilen harcın bu aşamada artık tahsili olanağı kalmamıştır⁴.

Yapılacak iş, Harçlar Kanunu'nun 37. maddesi gereğince, tahsil harcının alınması için Vergi Dairesi'ne müzekkere yazılmasından ibarettir.

6283 sayılı Yasaya göre Vergi Dairesine ait olan bu görevin, alacaklıya yükletilmesi ve onun, borçlunun yeni mallarını arayıp bulmaya yöneltilip zorlanması sonucunu doğuran bir uygulamanın İİK'nun 12. ve Harçlar Kanunu'nun 37. maddelerine uygun olmadığı düşüncesindeyiz⁵.

3. Yerel mahkemenin bozmadan sonra ilk ara kararı olarak bozma uyma kararını vermesi halinde, Yargıtayın bozma kararı doğrultusunda işlem yapıp buna göre dâvanın sonuçlandırılması için taraflar lehine usulî müktesep (kazanılmış) hak ve mahkeme için yükümlülük do-

3 İşte 12. HD'nin yanılışı buradadır. Kendisinin de belirttiği üzere, tahsil harcının sorumlu ve yükümlüsü borçludur. Demek ki takip konusu alacak için yaptığı her ödemeden devletçe alınacak tahsil harcının yükümlüsü de odur yâni ödediği paranın bir bölümü aslında devletin tahsil harcı alacağıdır; alacaklının hakkını o miktar kadar eksik ödemiştir. İcra Müdürünün alıkoyduğu tahsil harcı miktarı "alacaklının parasından kesilmiş" değildir. Alacaklının alacağından bu miktar kadar kısım eksik ödendiğine göre elbette ki alacaklı eksik kalan kısmı aynı takip içinde alabilir.

4 Bunun doğru olmadığını belirttik.

5 Tahsil harcının alınması Vergi Dairesinin değil, İcra Dairesinin görevidir. (İİK m. 15 f.I cümle2). İcra Dairesi getirilen paradan tahsil harcını almayıp götür bunu Vergi Dairesine yatır demek yoluna gidemez. İcra Dairesine takip konusu alacağı ödemek üzere getirilen her para miktarında kanun gereği devletin tahsil harcı alacağı da vardır ve İcra Dairesi o miktarı re'sen ayırıp tahsil etmek zorundadır. 12. HD, İİK m. 12'yi yorumlarken bu gerçeği göz ardı ediyor. Borçlu, getirilen paranın yalnız alacaklıya ait olan kısmı için alacaklıya karşı olan borcundan kurtulur.

ğacağı yolundaki yerleşmiş içtihadı uygun yeni bir daire kararı, 15. HD 19.10.2004, E. 2004/2470 K. 2004/5185 (YKD 2005 No. 1 s. 69-70)

Karar metni:

... 9.5.1960 gün ve 21/9 sayılı Yargıtay İçtBK'nda da açıklandığı üzere, bir mahkemenin Yargıtay dairesince verilen bozma kararına uyması hâlinde kendisi için o kararda belirtilen şekilde inceleme yaparak yine o kararla belirtilen hukukî esaslar gereğince hüküm verme yükümlülüğü ortaya çıkar. Usulî kazanılmış hak olarak tanınan bu durum mahkemeye hükmüne uyduğu Yargıtay bozma kararındaki esas çerçevesinde işlem yapma ve hüküm kurma zorunluluğu getirir. Usulî kazanılmış hakkın zedelenmemesi için bozmada işaret edilen hususların noksansız olarak yerine getirilmesi gerekir.

...

4. İflâs dâvasına bakan mahkemenin depo emrinde, bir döviz alacağı takip konusu yapılmış olsa bile, ödenecek miktarı TL olarak göstermesi gerektiğini vurgulayan bir daire kararı, 19. HD 13.5.2005, E. 2003/11741, K. 2004/5582 (YKD 2005 No. 1, s. 84-85)

Karar metni:

... Harca esas değeri gösterilmek suretiyle yabancı para alacağı haciz veya iflâs yoluyla takip konusu yapılabilirse de depo emrinde ödenecek meblâğ TL olarak gösterilmelidir. Zira İİK m. 158 uyarınca borçlu depo emri ile kendisinden istenen meblâğın TL olarak tutarını bilmeli ve buna göre ödeme yapabilmelidir⁶.

Mahkemece bu yönün gözetilmemesi isabetsiz olduğu gibi, takip masraflarının miktarı belirtilmeden çıkarılan depo emri İİK m. 158'e aykırı olup bozmayı gerektirmiştir. ...

5. Yasanın, Yargıtayca verilecek kararın kesin olacağı yolunda ifade kullandığı işlerde Yargıtay bozma kararma karşı yerel mahkemenin direnme hakkı olmadığını belirten bir karar, HGK 1.12.2004, E.

6 Anımsanmalı ki boçlunun bir döviz borcunu dahi (mutlaka döviz olarak ödeneceği yolunda anlaşma yok idiyse) ödeme tarihindeki TL karşılığı üzerinden TL olarak ödemek hakkı vardır; iflâs takibinde ise, döviz olarak ödenecektir anlaşması vaktiyle yapılmış olsa ve alacaklının yabancı para ödenmesi istemiyle icra takibi yapmak hakkı bulursa bile, icra dairesine TL karşılığı İİK m. 158 uyarınca ödenebilir. (Baki Kuru, İİH El Kitabı, İstanbul 2004 s. 954 dn. 6 ve orada aktarılan 19.HD kararı, 11.2.1999, 7399/647).

2004/9-644, K. 2004/643

Karar metni:

... İş akdinin feshinin geçersizliğine ilişkin olarak açılacak bir davanın seri yargılama usulüne göre kısa süre içinde sonuçlandırılması düşüncesi, işçinin emek gelirinden olanaklar ölçüsünde en kısa süre yoksun kalması ilkesinden doğmuş, bu nedenle de Yargıtay özel dairesince verilecek kararın kesin olması amaçlanmıştır [4867 sayılı İş Kanunu, m. 20 f. III'de, Yargıtay kararının kesin olması kuralı getirilmiştir-Umar].

... Yasa koyucu burada açıkça, "Yargıtayca kesin olarak karara bağlanır" demek suretiyle, bozma kararına karşı direnme yolunu kapamış bulunmaktadır.

6. Türk mahkemesine yabancı mahkemededen alınmış, "veraset ilâmı" yâni mahkemece düzenlenmiş bir mirasçılık belgesi sunularak bunun 2675 sayılı MÖHUK'a göre tanınması kararının verilmesi istendiğinde; o "veraset ilâmı" kesin hüküm niteliğinde olmayıp geçersizliği her zaman öne sürülebileceğine göre bizzat MÖHUK m. 42/1 gereği olarak, Türk mahkemesince onun hakkında tanınma kararı verilmesi isteminin reddi zorunludur doğrultusunda bir 2. HD kararı, 21.12.2004, E. 2004/13533, K. 2004/15443 (YKD 2005 No. 2 s. 181)

7. Hâkimin görev kusurundan dolayı Adalet Bakanlığı aleyhine açılan bir tazminat davasının, hukukumuzda göre hâkimin hizmet kusurundan Adalet Bakanlığı değil sadece hâkimin kendisi sorumlu olduğu için (gerek karar metninde gerek başa konan özetinde yanlış olarak "husumet yönünden" denmiş) reddi gerekir çözümünün gerekliliğini belirten bir karar, 4. HD 7.10.2004, E. 2004/11295, K. 2004/11153 (YKD 2005 o. 2 s. 187-188). Kararın eleştirisi

Karar metni:

... Hâkimler bağımsız olup, Adalet Bakanlığının memuru konumunda değildir. Hâkimin görev kusuru nedeniyle Adalet Bakanlığına karşı idare mahkemesinde dâva açılabilmesine ilişkin görüş de hâkimin bağımsızlığı ilkesine aykırıdır. Hâkimler aleyhine ancak kişisel kusura dayanılarak HUMK m. 573 vd.'da düzenlenen biçimde dâva açılabilir. Şu durumda dâvanın husumetten reddi gerekir. Anılan yön gözetilmeden dâvanın husumetten reddi yerine yargı yolu bakımından [idarî yargı görevlidir denerek-Umar] reddi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir. ...

Değerlendirme

Hâkimlerin, genel olarak devlet memurlarının statüsü içinde olmayıp statülerinin özel mevzuatla belirlendiği ve hele hele görevlerini yaparken Adalet Bakanlığı'nın onlara şöyle yap diye emir verebilmek şöyle dursun telkin veya "tavsiye"de dahi bulunamayacağı doğrudur. Ancak bu gerçekler, hâkimin görev kusurundan dolayı çıkan zararları ödeme konusunda hâkimin yanı sıra devletin de sorumlu tutulmasına engel olamaz. Çünkü:

a. Hâkimler Anayasa gereğince, "Türk milleti adına" karar verir ise de bu ifade onların devlete karşı dahi var olan bağımsızlığını vurgulamak için Anayasada kullanılmıştır. İşin gerçeğinde, bütün hukukçular bilir ki, yargı, devletin üç egemenlik işlevinden (yasama, yürütme, yargı işlevleri) biridir ve yargı yetkisinden yoksun bir devlet, ya devlet değildir ya da bağımsız devlet değildir. Soralım: Yargı işlevi, devletin işlevi değilse kimin işlevidir? Hukuk gözünde milletin tüzel kişiliği var mı ki, işlev gerçekten de milletin işlevi sayılabilir ? Gerçek şu ki, devletin bir işlevi olan yargılama'yı, devletin hukukunun yâni sonuç olarak devletin verdiği yetkiyle, özel bir statüden yararlanan ama yine de kamu emekçisi olan, aylığını da genel bütçeden alan hâkimler yapıyor. Devletin egemenlik işlevlerinden biri olan, devlet işlevi olan yargı'nın bu özel statü içindeki kişiler eliyle de olsa gereğince düzgün yürütülmesinin önlemlerini almak elbette devlete düşer. Devletin böyle bir konuyla uğraşmak görevi olmadığını kim iddia edebilir? Böyle olunca, devletin o işlevinin yürütülmesinde hizmet kusurunun gösterilmesi elbette devleti sorumlu kılar.

b. Özel hukukta dahi, bir işverenin, emekçisi tarafından üçüncü kişilere onun işini görürken verilen zararlardan dolayı sorumlu olması için, işin görülüş tarzına ilişkin talimatı onun vermiş olması yahut verebilecek iken vermemiş olması aranmaz; kişi, örneğin kendisinin hiç anlamadığı türden bir işinin yapılması için birini görevlendirmiş ve o işin ustası olan o kişi de ustalığına rağmen her nasılsa kusurlu davranıp üçüncü kişilere zarar vermişse, iş sahibi sorumlu olur. Dikkat edilirse BK m.55'deki "kurtuluş beyyinesi", istihdam edene, "Ben o işten anlamam; istihdam ettiğim kişi ise işin uzmanıdır" demekle sorumluluktan kurtulmak imkânı tanımaz. BK m. 100 ise, herhangi bir "kurtuluş beyyinesi" dahi tanımaz. İşveren olarak devletin sorumluluğunu yargı organlarının işlevleri bakımından hiç yok saymak bu açıdan da hukukçu düşüncesine terstir.

c. En önemlisi, Anayasamızın, genel ilke olarak kamu görevlilerinin işlemleri dolayısıyla ortaya çıkan zararların tazmini konusunda vatandaşa karşı devleti de sorumlu tutmak şöyle dursun münhasıran devleti sorumlu tutmasıdır; vatandaş zararını devletten alır, devlet zarara yol açmış memura onun kusuru var idiyse rücu eder. (Anayasa, m. 129. Yine dikkat edelim: Madde, yalnız memurlardan değil, hem onlardan hem de diğer kamu görevlileri'nden söz ediyor!). Sistem budur. Yargı işlevini yerine getiren kişilerin sebep olduğu zararlardan dolayı devleti hiç sorumlu saymamanın bu sistem karşısında oluşturacağı çelişkinin ağırlığını düşünelim. Bir hukuk devletinde böyle bir çelişkiye, devletin bu çeşit bir bağımsızlığına yer olabilir mi ?

d. Üstüne üstlük, HUMK m. 573 vd'da hakimin kendi işlemlerinin yol açtığı zararlardan dolayı tazminat davasına muhatap olabilmesinin şartları düzenlenirken, çok yerinde olarak, verdiği kararlarla birilerinin çıkarlarına dokunmak, birilerinin infialine yol açmak durumuna ister istemez pek sık düşen hâkimlere karşı bu çeşit davaların açılabilmesi koşulları pek dar, pek sıkı tutulmuştur. Vatandaşın uğradığı zarardan dolayı devletin sorumluluğu kabul edilmezse, zararın tazminini isteyebilmek hakkı olağanüstü dar kapsamda kalacak ve dahası, o kapsam içinde bile hâkimin tazminat miktarını ödeme gücü varsa işe yarayabilecektir.

Bu nedenlerle, yerel mahkemenin idarî yargıyı görevli sayan görüşü doğrudur kanısındayım. “Şimdiye kadar böyle yorum ve uygulama yapılmamıştı” diyeceklere yanıtlım şudur: İlkel ve haksız yorumdan, uygulamadan bir an önce dönmek gerekir; ona sarılıp kalmak için sırf “Böyle gelmiş”lik bir gerekçe olamaz. Ne mutlu ki her tür mahkememizin böyle “çığır açıcı” nice kararı vardır.

8. İlâmsız takibe karşı haksız yere itirazda bulunan tâkip borçlusu, takibe konu olmuş borcunu daha sonra öderse bu ödeme icra inkâr tazminatına mahkûm edilmesini engellemez yönünde bir karar, 10. HD 6.4.2004, E. 2004/1092, K. 2004/2896 (YKD 2005 No. 2 s. 210-211).

9. Açılan davada davalının tahkim şartını öne sürmesi teknik anlamda bir defî hakkının kullanılmasıdır doğrultusunda içtihat, 11. HD 4.10.2004, E. 2004/189, K. 2004/9234 (YKD 2005 No. 2 s. 212-214)

10. Dava şartı olarak hukuki yarar konusuna ilişkin bir karar, 14.HD 16.6.2003, E. 2003/3408 K. 2003/4999 (YKD 2005 No. 2 s. 225-226)

Özet: Dâvacı, D ile, ona ölünceye kadar bakma sözleşmesi yaptığını ve D'nin bu sözleşme ile bazı taşınmazları kendisine bıraktığını; D ölünceye kadar ona baktığını anlatarak taşınmazların maliki olmak üzere tapuya kendisinin yazılmasına hükmedilmesi istemiyle mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme, ölünceye kadar bakma sözleşmesi uyarınca yerel tapu sicili müdürlüğünde tescil işleminin gerçekleştirilmesi gerektiği için tescil hükmü almak üzere dava açılmasında hukuksal yarar olmadığından davanın reddine karar vermiştir. Hüküm temyiz edilmiştir; Yargıtay kararı şöyledir:

Ölünceye kadar bakım sözleşmesi, tek başına mülkiyeti nakil belgesi niteliğinde olmayıp ...bakım borçlusunun tek tarafı başvurusu tapuda intikal için yeterli değildir ... mahkemece bu yönler gözetilerek işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, yazılı nedenlerle red kararı verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir. ...

11. Davanın açılmamış sayılmasına HUMK m. 409 uyarınca karar verilmesi gereken hallerde “karar ittihazına mahal olmadığına” diye karar vermek yanlıştır; ancak bu kararın temyizi halinde verilen kararın düzeltilerek onanması doğru olur. Bu doğrultuda, 17.HD 14.12.2004, E. 2004/11614 K. 2004/13369 (YKD 2005 No. 2 s. 240-242).

12. Sıra cedveline itiraz davasında isbat yüküne ilişkin bir karar, 19.HD 12.11.2004, E. 2004/9784 K. 2004/11359 (YKD 2005 No. 2 s. 246-247)

Karar metni:

...Dâvacı alacaklı, sıra cedvelinde birinci sırada yer alan alacaklının alacağının muvazaalı olduğunu ileri sürerek sıra cedveline itiraz etmiştir. Sıra cedveline itiraz davasında ispat yükü davalı alacaklıdadır. Davalı alacaklı[nın - Umar] takip konusu alacağının gerçek olduğunu usulüne uygun delillerle kanıtlaması gerekir. ...

13. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, kamu oyunda ve basında çok tartışılan, 23.11.2004 günlü, E.2004/8-130, K. 2004/206 sayılı kararı (YKD 2005 No. 3, s. 404-465'de 61 sayfa) ve bunun karşıtı, aynı Genel

Kurulun 15.3.2005 günlü, E. 2004/8-201 K.2005/30 sayılı kararı (Erhan Adal, Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı, Genişletilmiş 9. bsl., Legal Yayıncılık, İstanbul 2005 s. 541 vd.)

İlk karara yol açan olayı ve gelişmeleri özetleyelim.

Selahattin Aydar imzasıyla, yazıyı görünce ne çeşit olduğunu tahmin edebileceğiniz bir gazetede 11.9.2001 günü şu yazı yayınlandı:

Dinsizliğin revaçta olduğu yıllarda dindarlara manevî işkenceler yapıyor, çocuk ve gençlerin Kur'an okumaları engelleniyor, Allah diyenlere hakaret ediliyordu. Hatta Kur'anı bile müslümanların elinden nasıl alırız plânları yapılıyordu.

O ehl-i küfür, mevcut dessaslığını gerçekleştiremedi. O dönemin dindar halkından korktu ve projelerini gerçekleştiremediler. Ama birşeyler yaptılar; okullarda, üniversitelerde gençliği dinden uzaklaştıracak metodları devreye soktular ve bir nebze başardılar.

Aynı zihniyet, Türkiye'de sekiz yıllık eğitimi yüzde 99 müslüman olan bu millete dayattı ve bunu da başardı. İmam-hatip okullarının sayısı çeşitli desiselerle azaltıldı. Kur'an kurslarında 12 yaşından küçük çocukların okumasını engellediler.

Allah'ın emri olan başörtüsüne, kamusal alanda, hiçbir dayanağı olmayan, hiçbir kanuna dayanmayan yasaklamayı getirdiler.

2001 ve 2002 yılı eğitim ve öğretiminde gençlerimizin maneviyatla olan alâkasını kesmek veya uzaklaştırmak için yeni yeni senaryoları uygulamaya geçirecekler. O saf ve temiz çocuk ve gençlerimizin, kendi usullerini ve metodlarını devreye koyarak paklığını ve saflığını bozacaklar. Ayrıca istidat ve kabiliyetlere ruh ve akla uygun olmayan malayanî işlerle bozacaklar.

Bütün fesad ve dinsizlik komiteleri âlem-i islâmda müthiş faaliyetler yapıyor ve taraftarları onları destekliyor ve hepsi de islâmiyet aleyhinde ittifak ediyorlar.

Bu ittifaklara karşı biz veliler çocuklarımızın maddî ve manevî yönlerinin geliştirilmesi, okulun en faziletlisi en zekisi ve en çalışkanı olmak için zamanımızdan feragat etmeliyiz ve çocuklarımızla meşgul olmalıyız; çünkü bizler çobanız ve maiyetimizden [kararda böyle yazılmış; raiyetimizden (çobanlığımızdan) olacaktı-Umar] mes'ul ve mükellefiz.

Millî Eğitim Bakanlığı, eksik olan okul ve öğretmen sayısını tamamlaması, eğitim ve öğretim kalitesini yükseltmesi gerekirken, kız öğrencilerin kıyafetiyle uğraşiyor.

Bu milleti sevenler bu milletin evlâtlarına, gençlerine, tarihte olduğu gibi şimdi de sahip çıkacaklar.

Yine şunu bilmeliler ki her yokuşun bir inişi, her gecenin bir sabahı, her kışın bir baharı vardır. Bu millet kıştan sonra baharı da yaşayacaktır. Ama bu milletin gençlerini Kur'ândan ve islâmdan uzaklaştırmak için çaba harcayanlar rezil olacaklar.

Hülâsa edersek, islâma karşı olanların kısa bir başarı göstermeleri bizleri yolumuzdan alıkoyamaz. Allah'a ulaşmak için daha fazla çalışmaya mecburuz.

Çalışmamızın neticesinde yeryüzünün mevcut pisliklerden temizleneceğini işaret eden elimizde Allahın kelâmı var. O bize kâfidir. Çünkü "İstikbal yalnız ve yalnız islâmiyetin olacak". Vesselâm.

Bu kişi, İstanbul 6 sayılı DGM tarafından yargılandı; TCK m. 312/son ve m. 59 uyarınca, 2.10.2002 günlü hükümle 1 yıl 8 ay hapis cezası aldı. Hüküm temyiz edildi; Yargıtay 8. CD dosyayı inceledi ve 19.3.2004 günlü kararı ile hükmü onadı. İş Yargıtaya geldiğinde, o zamanki Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, 16.12.2002 günlü "tebliğnâme"si ile, onama istemişti. Buna karşılık, onama hükmü 2004 sonunda çıkınca, o tarihteki Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Ceza Hukukundaki "İtiraz" kanun yoluna başvurdu, onama kararının kaldırılıp yerine bozma kararı verilmesini istedi. CGK da, şimdi ele aldığımız iki kararından birincisi ile, bu başvuruyu oyçokluğuyla kabul etti. Yerel mahkeme kararı bozuldu. Basında ve kamuoyunda Ceza GK'nun görüşüne ve kararına büyük tepki gösterildi; kısa süre sonra da, benzer bir olayda aynı Ceza GK, andığımız kararlarından ikincisi ile, yerel mahkemenin mahkûmiyet hükmünü onadı.

14. Ölü kişiye karşı açılan dâva esasa girilmeden reddedilmelidir ilkesinin bir istisnasını belirten, 1. HD'nin 30.6.20043 günlü, E. 2004/7721, K. 2004/8013 sayılı kararı (YKD 2005 No. 4, s. 509-513)

Sözünü ettiğimiz ilke Yargıtayımızın yerleşmiş içtihadı ile kabul edilmiştir; uygulamada, mirasçılara dava içinde tebligat yapılmasıyla husumetin onlara yöneltilmesi veya ıslah yoluna başvurulup dava dilekçesinin değiştirilmesiyle mirasçuların davalı gösterilmesi kabul edilmemektedir. Öğretide ise bu yöndeki uygulama eleştiriliyor. Kadastro davalarında, ölmüş kişiye karşı dava açılmış ise durum öğrenilince onun yerine mirasçuların davaya dahil edilmesi gereği vardır. Bir diğer istisna da şimdi ele aldığımız kararlarda belirtilmiştir ve bu karar şöyle demektedir:

...4.5.1978 tarih ve 4/5 sayılı İctBK gereğince ölü kişi hakkında açılan davanın dinlenmesine kural olarak olanak yoktur. Ancak, dâvanın terekeye yönelik olarak açılması ve bir kısım mirasçuların davada yer alması hâlinde, terekedeki hak sahipleri arasında mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olacağından işin esasına girilmeksizin davanın reddi doğru olmaz. Böylesi bir durumda diğer ortakların yanında davalı gösterilen ölü kişinin mirasçıları tespit edilerek davada yer almalarının sağlanma-

sı, davanın görülebilirlik koşulunun yerine getirilmesi asıldır. Esasen dava ekonomisi de bunu gerektirir. ...

15. Hâkimin delilleri takdir etme serbestliğinin sınırına ve “beşerî karine”lere ilişkin bir karar, 3. HD 23.12.2004, E. 2004/14307 K. 2004/14220 (YKD 2005 No. 4 s. 516-517)

Bu kararda şöyle deniyor: “Hâkim, delilleri takdir ederken (HUMK m. 240), hayat tecrübelerine göre tereddüdün makul olmadığı yüksek bir ihtimal karşısında bu ihtimali gerçek olarak kabul etmekle mükelleftir”.

16. Dâvadan feragatin geçersizliğinin aynı konuda açılan ikinci bir davada öne sürülüp isbat edilmesinin caiz olduğu doğrultusunda karar, 14.HD 20.1.2003, E. 2002/9403 K. 2003/143 (YKD 2005 No. 4, s. 556-558)

Kararın metni:

...Feragatin, davahılar ile anlaşma ihtimali nedeniyle olduğu anlaşılmaktadır. Davacının ikinci davada iddia ettiği gibi tapu işleminin yapılacağı beyanı ve sözü üzerine bu vazgeçmenin vâki olması mümkündür. Feragatin hata, hile, ikrah ile yapıldığı iddiasının ikinci dâvada ileri sürülmesini engelleyen bir yasa hükmü de yoktur. Açılan ikinci tescil dâvası içinde, feragatin geçersizliği isteği de [ilk davadaki feragatin geçersizliğinin öncelikle tesbiti isteği-Umar] bulunmaktadır. Bu nedenle olayda kesin hükmün varlığı söz konusu olmadığından işin esası incelenip taraf delilleri toplanarak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı nedenlerle davanın reddi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir. ...

Değerlendirme:

Kararda, “Feragatin hata, hile, ikrah ile yapıldığı iddiasının ikinci dâvada ileri sürülmesini engelleyen bir yasa hükmü de yoktur”, “olayda kesin hükmün varlığı söz konusu olmadığından” ifadelerine yer verilmesi ve bu görüşlerden hareket edilmesi doğru olmamıştır. Çünkü yasaya göre feragat ve kabul, kesin bir hükmün sonuçlarını doğurur. Dâvacının feragati sebebiyle red hükmü verilmesiyle sonuçlanmış eski dava ile aynı konuda aynı istemle aynı davacının açtığı ikinci dava dinlenemez. Tehdit veya hile ile feragata zorlanan kişi öncelikle irade fesatlarına ilişkin BK hükümlerinin tanıdığı süre içinde fesih hakkını kullanıp ardından, fesih hakkını geçerli

olarak kullandığının tesbitini istemelidir. İrade fesadı mağdurunun, ikinci bir dava ile, feragatinin BK kuralları gereğince iptal üzerine geçersiz kaldığını tesbit ettirebileceğinde hiç duraksama yoktur (Kuru, MUH Ders Kitabı, 15. Basımda s. 622 başı; orada “feragatin feshi için ayrı bir dava açılabilir” denmesi pek doğru olmamıştır, çünkü fesih mahkeme kararıyla gerçekleşecek değildir, fesih daha doğrusu irade fesadıyla sakatlanmış işlemde bağlamazlığın süregitmesi mağdurun süre içinde yapacağı irade beyanı ile gerçekleşmiştir; yapılacak olan bunun tesbitinden ibarettir). Ne var ki, feragata dayanan eski hükmün geçerliliği, feragatin irade fesadı sebebine dayanılarak iptaliyle kendiliğinden ortadan kalkmış olmaz; eski hükmün iptali ancak bir mahkeme kararıyla sağlanır. Her ne kadar HUMK’da yargılamanın yenilenmesi nedenleri tahdidi olarak sayılmış ise de, karşı taraf feragatin iptalini kabul etmiyor ve eski hükümden yararlanmak istiyorsa BK’nın irade fesadına uğramış kişiyi koruyan kuralları, bu kişinin şimdi dava açarak hem yaptığı feragat iptalinin geçerliliğinin tesbitini hem de bu iptal sonrasında, feragata dayanan eski hükmün geçersiz kaldığının tesbitini isteyebilmesi için yeterli hukuksal dayanaktır (Bu davanın kendisi hiçbir süreye de tabi değildir; iptal beyanı denen beyanın sonuçları şu veya bu zamanın geçmesiyle ortadan kalkmaz). Bu davayı kazanan kişi, HUMK m. 445 bent 3’den yararlanarak ayrı bir dava ile ilk hükme karşı yargılamanın yenilenmesi ve ilk davanın yeniden görülmesi başvurusu yapabileceğine göre; buna gerek kalmadan ikinci dava içinde ek istem olarak bir de ilk davadaki geçersiz feragata konu olmuş istemini tekrar ederek onun hükme bağlanmasını isteyebilmelidir.

Özel Dairenin kabullendiği çözüm, “aynı kapıya çıkan” daha kestirme bir çözüm gibi görünüyorsa da değildir. Çünkü feragatin irade fesadı nedeniyle iptali beyanını daha önce yapıp da şimdi o iptalin geçerliliğinin öncelikle tesbitini ve eski hükmün ortadan kaldırılmasını istemeksizin doğrudan doğruya ve sadece eski davadaki istemle ikinci kez dava açan davacı dava içinde kesin hüküm itirazı ile karşılaşınca şimdiki yeni davanın ek temeli olarak feragatin tehdit altında vaki olduğundan vesaireden dem vurmaya başladığında, dava temelini genişlettiği itirazıyla karşılaşabilecektir.

17. Alacaklının giriştiği ilâmsız takip süregiderken aynı borçlu hakkında iflâs hükmü çıkarsa, borçlunun bu nedenle düşen ilâmsız ta-

kibe vaktiyle haksız yere itiraz etmiş olması yüzünden onun borcuna icra inkâr tazminatı eklenemez; 19. HD 4.11.2004, E. 2004/1843 K. 2004/10984 (YKD 2005 No. 4 s. 580-581)

Karar metni:

...Davacı banka tarafından davalılar aleyhine haciz yoluyla ilâmsız takibe geçilmiş, itiraz üzerine bu dava [itirazın iptali davası-Umar] açılmış, dava devam ederken davalı A... Ltd. Ş'nin iflâsına karar verilmiştir. Mahkemece bu davalı yönünden davanın kayıt kabul dâvasına [iflâs masasına kaydedilecek alacağın varlığının ve miktarının tesbiti davasına-Umar] dönüştüğü kabul edilerek 4 087 404 544 TL'nm, % 40 icra inkâr tazminatıyla birlikte iflâs masasına kayıt ve kabulüne karar verilmiştir.

Davalı A... Ltd. Ş'nin temyizi icra inkâr tazminatına yöneliktir.

İİK m. 193'de haciz yoluyla takiplerin iflâsın açılması ile duracağı, iflâs kararının kesinleşmesi ile düşeceği hükme bağlanmıştır. Davalı A... Ltd. Ş'nin iflâsına karar verildiği ve kararın kesinleştiği anlaşılmaktadır. Bu durumda itirazın iptali dâvasının dayanağı haciz yoluyla ilâmsız tâkip düşmüştür. İcra inkâr tazminatına hükmedilebilmesi için ortada geçerli bir takip bulunması gerekir. Oysa davalılar hakkında verilen iflâs kararının kesinleşmesiyle davanın dayandığı takip düştüğünden ortada geçerli bir tâkip bulunduğu kabul edilemez. Mahkemece bu yönler gözetilerek koşulları oluşmayan icra inkâr tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmüştür. ...

Değerlendirme:

HD kararı doğru fakat eksiktir. İlamsız takip düşünce, onun uzantısı olan ve o tâkibin devam etmesinin, haciz aşamasına geçilmesinin gerekip gerekmeyeceğini tesbit etme davası olan (üstelik bu özelliği, alacağın ödenmesi davasından ayrılığı Yargıtayımız yerleşik içtihadıyla nice kez vurgulanmış olan) itirazın iptali davasını da sonuçlandırmak olanağı kalmaz; hatta bu dava artık iflâs masasına kaydedilecek alacağın varlığını ve miktarını tesbit etme davasına dönmüştür demenin de hukukumuzda bir dayanağı yoktur. Alacaklının iflâs idaresine başvurup alacağını bildirmesi; iflâs idaresi alacak iddiasını kabul etmezse İİK m. 235'deki "sıra cedveline itiraz" davasını açması gerekirdi. Dolayısıyla mahkemenin asıl alacak hakkında dahi bir tesbit hükmü vermemesi, "takip borçlusunun iflası sebebiyle şimdiki itirazın iptali davasının temeli ve sebebi olmuş takip düştüğünden, hüküm verilmesine mahal olmadığına" hükmüyle işi sonuçlandırması gerekirdi. Böyle iken Yargıtayımız, öteden beri, değişik bir çözümü benimsemiştir. Buna göre, tâkip borçlusunun (itirazın iptali davası

davalısının) iflâsına hüküm çıkınca, itirazın iptali dâvası da İİK m. 194 kapsamındaki davalardan sayılacak, alacaklıların ikinci toplantısını bekleyecektir. O toplantıda alacak iddiası kabul edilirse, işte o zaman, itirazın iptali davası konusuz kalmış sayılacak ve “konusuz kaldığından karar verilmesine mahal olmadığına” kararı ile sonuçlandırılacaktır. Buna karşılık, toplantıda alacak iddiası kabul edilmezse, davalı sıfatı iflâs idaresine geçmiş olarak, davaya “kayıt kabul davası” niteliğiyle yani kaydı ve sıra cedveline alınması gereken bir alacağın bulunduğunu tesbit davası niteliğiyle devam edilecektir (Talih Uyar, İİK Şerhi, Genişletilmiş 2. bsl., c.3, Ankara 2004, m. 67 açıklamalarında s. 5104-5110'da aktarılan Yargıtay kararları). Bu sistemde, alacağın varlığını tesbit hükmü verilmesi, ancak iflâs sonrasında davalı yerine husumetin iflâs idaresine yöneltilerek davaya devam olunması durumunda caizdi. Olayda böyle yapılmamıştır ve davalı borçlu, anlaşıldığına göre, çıkan hükmü yalnızca icra inkâr tazminatı yönünden temyiz etmiştir; metnini gördüğümüz bozma kararı yalnız bu yönden hükmü bozmaktadır. Öyleyse, bozma kararında alacağın doğru hasım karşısında olmaksızın tesbite bağlanmasının yolsuzluğuna işaret edilmemesi yüzünden hükmün asıl alacağı tesbit eden kısmı bakımından hüküm kesinleşmiş, usulî müktesep hak oluşmuştur. Oysa, bir daha söyleyelim, iflâs kararından sonra, iflâs idaresinin taraf olmadığı bir dava içinde, iflâs masasına kaydolunacak alacağın miktarının tesbiti hukukumuza uymaz.

18. Medenî Usul Hukukunda zaman yönünden kanunlar uyumsuzluğu; eldeki eski işlere dahi yeni yasa kuralının uygulanacağı ilkesi, HGK 23.2.2005, E. 2005/13-32, K. 2005/85 (YKD 2005 No. 5 s. 666-672)

Özet: Kiralayanın, kiralanan malı davalı kiracı hor kullanıp ona zarar verdi iddiasıyla bu zararının tazmini için 2002 yılında açtığı, mahkemede 2002/318 E. sayısını alan bir alacak dâvasında yerel mahkemece 2.10.2003'de hüküm verilmiş, hor kullanma zararından doğan tazminat istemi kısmen kabul kısmen red edilmiş, ancak davacı istememiş iken “kira kaybı” dolayısıyla de 125 000 000 TL tazminat hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm temyiz edilince, istemden fazlasına hüküm verildi diye Yargıtay 13. HD'nden 14.4.2004 gününde bozma kararı çıkmış, dosyanın geri gönderildiği mahkeme 13.10.2004 günlü kararıyla eski hükmünde direnmiştir. Bu arada da (direnme kararının verilmesinden önce, mahkeme kararlarının tem-

yiz edilmesine olanak verecek değer çizgisi konusunda 40 000 000 TL ilkesi yürürlükte iken) 21.7.2004'de RG'de yayınlanan ve yayınlandığı gün yürürlüğe giren 5219 sayılı değiştirme yasası ile HUMK m. 427 değiştirilmiş, çizgi 1 milyar TL'na çıkarılmıştır. Dolayısıyla, direnme kararının verildiği günde yeni kural yürürlükte. 125 milyon TL'nın istem aşılarak hükme bağlanmasında ısrar eden karar temyiz edilince, HGK, özetle, "direnme kararının verildiği günde artık yeni kural yürürlükte ve eskiden kalma davaların temyizi bakımından da bu kurala uymak gerekir; sonuç olarak direnme kararı 1 milyar TL altında bir değere ilişkin olmak yüzünden temyiz edilemezdi; hal böyle olunca davalı vekilinin temyiz dilekçesinin reddi gerekir" sonucuna varmıştır.

19, 20. Kamulaştırma Kanunu'nun 4650 sayılı kanun ile değiştirilmesinden bu yana benimsemiş olduğu yeni düzenlemede; kamulaştırmayı yapan idarenin kamulaştırma bedelini belirleme ve taşınmazın kendi mülkiyetinde olarak tesciline (tapu kaydının o yolda değiştirilmesine) hüküm almak üzere dava açma hakkının doğması için, öncelikle, anlaşmayla satın alma girişiminde bulunması ve bu girişimin sonuçsuz kalması gerekir. Bu doğrultuda: 5. HD 30.12.2004, E. 2004/10946, K. 2004/13199 (YKD 2005 No. 5 s. 683-684) ve 5. HD 7.2.2005, E. 2004/10816, K. 2005/723 (YKD 2005 No. 6 s. 859-860)

21. Mahkeme hükmü temyiz edildiğinde, Yargıtay özel dairesinin verdiği kararlarla birlikte dosya yerel mahkemeye gelip karar suretleri taraflara tebliğ edilince, Yargıtay kararına karşı karar düzeltme yoluna başvurmak olanağı var idiyse taraflara bu olanağı kullanmak fırsatı verilmelidir; verilmemişse Yargıtay özel dairesinin onama kararı ve bunun onadığı yerel mahkeme kararı kesinleşmiş olmaz. 13. HD 7.10.2004, E. 2004/6584 K. 2004/13882 (YKD 2005 No. 5 s. 718-720)

Karar metni:

... Karar düzeltme talebinin bir sureti karşı tarafa tebliğ ettirilip cevap süresi geçirildikten [veya cevap alındıktan-Umar] sonra dosyanın karar düzeltme talebini incelemek üzere, temyiz incelemesini yapmış olan Yargıtay 11. HD'ne gönderilmesi gerekirken mahkemece 28.4.2003 tarihli kararla bu talep reddedilmek suretiyle karar düzeltme yolu kapatılmış olduğundan, 14.3.2002 tarihli [özel dairesinin onadığı -

Umar] mahkeme kararının kesinleşmiş olduğundan söz edilemez [ve HUMK m. 193'ün uygulanacağı durumlarda süre işlemeye başlamaz-Umar].

22. Hekimin ve onu istihdam eden kişinin tazminat sorumluluğu konusunda çok önemli bir içtihat, 13.HD 26.10.2004, E. 2004/6493 K. 2004/15431 (YKD 2005 No. 5 s. 723-724)

Karar metni:

... Davahılarla hasta arasındaki hukukî ilişki vekâlet ilişkisi olup, vekil görevini ifa ederken en hafif kusurunun bulunması halinde dahi, meydana gelen zarardan kusuru oranında değil zararın tamamından sorumludur. Kaldı ki olayda davacılar izafe edilecek bir kusur saptanamadığına yani davacıların müterafık kusuru bulunmadığına göre davahılar saptanan tazminat miktarının tamamından sorumludur. Hâkim ancak BK m. 43 hükmü gereğince tazminatın miktarından indirim yapabilir.

23. Kira tesbiti davalarında, davacı kiralayanın dava temelini zorunlu unsuru olarak davalı kiracıya ihtarda bulunmasının hangi durumda aranacağı konusuna ilişkin karar, HGK 9.2.2005, E. 2005/3-23, K. 2005/48 (2005 No. 6 s. 829-833)

Özet:

a) Birden çok yılı kapsayan kira sözleşmelerinde her bir yılın kira bedeli açıkça gösterilmiş veya miktarının açıkça belirlenmesini sağlayacak artış kuralı getirilmiş ise, getirilen bu artış kuralına tarafların "sözleşmeye bağlılık" kuralı gereği, uymaları zorunludur [kiracı o miktarda ödemeyi yapmazsa kiralayanın, ödenmesi gereken kira miktarının tesbiti ve ödetilmesine karar verilmesi için açacağı eda davası daha önce herhangi bir ihtar yapmış olmayı gerektirmez-Umar].

b) Sözleşmede kira bedelinin yıldan yıla artacağı belirtilmiş ancak ilk yıl sonrası yıllarda her bir yıl miktarının ne olacağı belirtilmemiş, belirlenmesini mümkün kılacak bir kural da ifade edilmemiş ise; kiralayan, her bir kira dönemi içinde herhangi bir zamanda o kira dönemine ait kira parasının ne olacağının tesbiti istemiyle mahkemede dava açabilir ve önceden ihtar çekmesi gerekmediği gibi, aynı dönem içinde bir ayın kira parası diye kiracının ödediği miktarı ihtirazî kayıtsız almış bulunması da onun bu dâva hakkını ortadan kaldırmaz.

c) [Bunların dışındaki hallerde yani, sözleşme yasa gereği kendiliğinden uzamış ise veya birden çok yıl için yapılmış olmakla birlikte ilk yıl sonrasında kira bedelinin artacağı yolunda bir kural içermiyor idiyse, kiralayan, yeni kira dönemlerinde artış isteyebilir ve artış miktarı onun açacağı davada mahkemece belirlenir, ancak bu davayı açabilmesi için önceden kiracıya, yeni kira döneminde artış isteyeceğim bilesin yollu ihtar göndermiş olmalıdır-Umar]

24. Nafaka davaları yönünden temyiz edilebilirlik sınırının belirlenmesinde yıllık nafaka tutarı esas alınmalıdır (HGK 6.4.2005, E. 2005/3-169, K. 2005/235 (YKD 2005 No. 6 s. 833-838)).

25. Eski öğretilerde, örneğin Prof. Postacıoğlu'nun konuya ilişkin makalelerinde "nâm-ı müstear" akdi diye adlandırılan, "Mal benim olacak ama sen malik görüneceksin, istediğim zaman tapuda bana devri dahi yapıp göstermelik mâlik durumundan çıkacaksın" içeriğindeki inançlı ilişki akdi konusunda ilginç bir karar, 14. HD 23.9.2003, E. 2003/4737, K. 2003/6273 (YKD 2005 No. 6 s. 900-902)

Kararın metni:

... Dâva, inanç sözleşmesine dayalı [olarak öne sürülen-Umar] tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir.

5.2.1947 tarih ve 20/6 sayılı İÇTBK'nda belirtildiği gibi; inanç sözleşmesi, inanç gösterilene bir hakkın kullanılmasında davranışlarını, inanç gösterenin tespit ettiği amaca uydurmak borcunu yükler. Diğer bir anlatımla, inanç gösterilen kişi, inanç gösteren namına yapılacak bir işlemde sonra, taşınmazın mülkiyetini ona yani inanç gösterene geçirme yükümlülüğü altına girmiştir. Bu yükümlülüğü yerine getirmemesi hâlinde, bunun dava yoluyla hükmen yerine getirilmesi istenebilir. ...

Dâvacı, davalı adına kayıtlı 417 parsel numaralı taşınmazdaki 1000/14600 payın bedelini kendisi ödediği halde, İstanbul'da yaşadığı ve yapılacak inşaat ile ilgilenme olanağı bulunmadığından tescilin dâvalı adına yapıldığını, bu hususun davalının Cumhuriyet Savcılığında, mahkemede ve hakkında yürütülen soruşturma nedeniyle yazılı olarak sunduğu savunmasında da belirtildiğini ileri sürerek, [onu malik gösteren-Umar] tapu kaydının iptali ile adına tescili isteğinde bulunmuştur.

Davalı, taşınmazı 1998 yılında satın aldığı, davacının ise borcuna karşılık olmak üzere taşınmaz üzerindeki yazlık konutları yaptırdığını, davacının dayanağı olan be-

yanların soruşturma ve ceza tehdidi altında verildiğinden bağlayıcı olmadığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece taraflar arasında [taşınmaz mülkiyetini devir borcu yükleyebilecek-Umar] resmî şekilde yapılmış bir sözleşme bulunmadığı gibi, taşınmaz üzerindeki konutların paylaşımına ilişkin olarak düzenlenen ve noterde onaylanan anlaşma içeriğine ve davalının ceza tehdidi altındaki savunmasının samimî ikrar niteliğinde bulunmadığı gerekçeleri ile davanın reddine karar verilmiş, hüküm dâvacı tarafından temyiz edilmiştir.

Her ne kadar mahkemece yukarıda açıklanan gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş ise de, davalı kayıt mâliki Nurettin'in Cumhuriyet Savcılığına verdiği, imzasını taşıyan dilekçe ve bu dilekçe içeriğini de doğrulayan, Cumhuriyet Savcısının huzurundaki 1.7.1998 tarihli beyanında ve Başmüfettiş Câbir el yazısı ile yazılmış olarak verdiği savunması ile Karşıyaka 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 8.6.1999 tarihli oturumunda sanık sıfatıyla alınan savunmasında, dava konusu taşınmazın davalı Selahattin tarafından gönderilen para ile alındığını, kendisine ait olmadığını, taşınmaz ve üzerindeki konutların davacıya ait olduğunu açıkça beyan etmiştir. Davalının bu ikrarı bağlayıcı nitelikte olup davanın kabulüne karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

Değerlendirme:

Varılan sonuç doğru olmakla birlikte gerekçe biraz değişik olmalıydı. HUMK'nun düzenlediği, kişinin dâva içinde yaptığı ikrardır; bu ikrar, m. 238 gereğince, davanın çözümü bakımından önem taşıyan vakıa iddiasını ispata muhtaç olmaktan çıkarır ve sanki o vakıa için delil sunulmuş, vakıa kanıtlanmış gibi olur; bunun için m. 236, aslında doğru olmayarak, ikrarın delil teşkil ettiğini söyler (Neuchâtel metnindeki ifade böyle değildir). Bu ikrar, ikrarda bulunanı bağlar ve maddî hatadan kaynaklandığı kanıtlanmadıkça ikrardan rücu edilmez. Olaydaki ikrar ise, malın mülkiyetinin hükümle kendisine kazandırılmasını isteyen, dava temeli olarak da şimdiki davalı Nurettin ile kendisi arasında yapılmış ve Nurettin'e, kendisi isteyince malın mülkiyetini ona (Selahattin'e) devretmek yükümlülüğü yükleyen bir inanç akdine dayanan davacı Selahattin'in davasında, şimdiki davada yapılmış bir ikrar değildir; daha önce ve başka vesilelerle resmî merciler önünde yapılmış bir ikrardır ve yazıya bağlanmıştır, ikrarda bulunan Nurettin tarafından imza edilmiştir. Dolayısıyla, bu imzalı belgeler, ikrar ettikleri inanç sözleşmesinin senet nitelikli kanıtlarıdır. Selahattin, isbat yükünü davalıdan çıkma senet nitelikli belge ile yerine getirmiştir. Bu yüzden, Nurettin, ben o ikrarları yalandan yaptım, bana karşı yürütülen ceza kovuşturmasında ceza al-

mak korkusu ile yaptım vs. diyerek, senetli ispatı çürütemez; HUMK m. 290 gereğince bu ispatı ancak kendisi de hasmından (Selahattin'den) çıkma senet nitelikli yahut hiç olmazsa yazılı delil başlangıcı niteliğinde kanıt ile (veya diğer kesin delillerle: tutanağa geçirilip imzalatılacak ikrar; kesin hükmü; yemin) ispat edebilir. Eldeki davada Nurettin'in senede bağlanmış kendi beyanlarını çürütmek için öne sürdüğü iddiaların bu nitelikte kanıtı sunulmamıştır ve böyle olunca onun savunmasına itibar edilemez.

26. Maddi hukuk kurallarında zaman yönünden çatışma (yeni kuralın eski kurala uymaması) durumunda, eski kural yürürlükte iken ona uygun yolda yapılan işlemlerin yeni kural yürürlüğe girdikten sonra da geçerli kalacağı ilkesi, 9. HD 22.9.2004 E. 2004/24180 K. 2004/19649 (YKD 2005 No. 7 s. 1023-1024)

Karar metni:

...İmzalandığı tarihte mevcut yasaya uygun olan sözleşme hükümlerinin yeni yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle [geçersizliğinin tespitine yahut iptaline-Umar] karar vermek hukuken mümkün değildir.

27. Akdin gereğince ifa edilmediği iddiası, akitten doğan alacak davasının bu iddia sahibine düşen borcun ifası yerinde açılmasına yahut alacak takibinin o yerdeki icra dairesinde yapılmasına engel olmaz, HGK 16.2.2005 E. 2005/19-63, K. 2005/61 (YKD 2005 No. 8 s. 1181-1186)

Özet: A, B'ye hidrolik makine parçaları satmış; bedel ödenmeyince (kendi ikametgahı Konya'da olduğundan) Konya İcra Müdürlüğüne başvurarak ilâmsız icra takibine girişmiş; takip borçlusu B itirazda bulunarak takibe kendi ikametgahının İcra Müdürlüğünde girişilmesi gerektiğini, başvuru Müdürlüğün yetkisiz olduğunu, üstelik davacının satılan malları tam teslim etmediğini ve teslim ettiklerinin de ayıplı olduğunu ileri sürmüştür. A, Konya 2. Ticaret Mahkemesinde itirazın iptali davası açmış; mahkeme "Davalının ikametgahının Gaziantep'te olduğu; davalı vekilinin malın ayıplı ve eksik teslim edilmesi yönündeki savunması karşısında akdi ilişkisinin çekişmeli hale geldiği ve borcun da kabul edilmediği; bu nedenlerle yetkinin tesbiti bakımından HUMK m. 10 ve BK m. 73 kurallarının uygulanmasından söz edilemeyeceği" gerekçesiyle olaydaki İcra Müdürlüğünü yetkisiz saymış, takibe yönelik itirazın iptali istemiyle açılan davayı reddetmiştir. A

vekili hükmü temyiz etmiş, Yargıtay 19. HD bu hükmü, “Davalı yan ortada bir alım satım sözleşmesinin bulunmadığını değil, akdedilen satım sözleşmesi gereğince davalının ayıplı ve eksik mal gönderdiğini savunmaktadır. Bu durumda mahkemece, davalının akdi ilişkiyi çekişmeli hale getirdiği yönündeki gerekçeyle alacaklının ikametgahı İcra Müdürlüğünün yetkisizliğinden bahisle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir” gerekçesiyle bozmuş; yerel mahkeme önceki kararında direnmiştir.HGK, bunun yanlışlığını belirtmiş ve direnme kararını bozmuştur. Bozma kararında HGK şöyle demektedir: “Somut olayda davalının edimi yönünden borcun ifa edileceği yer, alacaklının ikametgâhının bulunduğu Konya olduğuna ve icra takibi de satış bedelinin ödetilmesi istemiyle yapıldığına göre, HUMK m. 10 uyarınca Konya İcra Daireleri de özel yetkiye sahiptir. ... Hal böyle olunca, ...Özel Daire bozma ilamına uyulmak gerekirken ... yanılığa dayalı önceki kararda direnilmesi usule ve kanuna aykırıdır”.

28. İcra tâkibi hangi icra dairesinde başlatılmış ise, onun talimat yazısıyla başka yerin icra dairesince yapılan işlemler dahil bütün takip işlemleri hakkında şikayetleri incelemeye ve sonuçlandırmaya takibin başlatıldığı icra dairesinin bağlı olduğu İcra Mahkemesi münhasır yetkilidir; HGK 30.3.2005, E. 2005/12-178, K. 2005/211 (YKD 2005 No. 8 s. 1186-1188)

Olayda İstanbul 14. İcra Müdürlüğünde başlatılan icra takibinde, bu İcra Müdürlüğünün talimat yazısı üzerine borçlunun Kadıköy’deki bir taşınmazı Kadıköy 3. İcra Müdürlüğüne haczedilmiş; takip borçlusu meskeniyet iddiasına dayanan şikayetini İstanbul 4. İcra Hukuk Mahkemesine yapmış, bu mahkeme şikayeti esastan inceleyerek reddetmiş, temyiz olunan hükmü Yargıtay 12. HD’nce “Meskeniyet şikayeti İİK 79/2 uyarınca takibat icra dairesinin [12. HD bunu “şikayet konusu tâkip işlemini yapan İcra Müdürlüğünün” diye yorumluyor-Umar] bağlı olduğu Kadıköy İcra Mahkemesine yapılması gerekir. Bu nedenle mahkemenin re’sen yetkisizlik kararı vermesi gerekirken şikayetin esası incelenerek bir karar verilmesi isabetsizdir” gerekçesiyle bozulmuş, mahkeme eski kararında direnmiştir. HGK direnme kararını doğru bulmuş ve oybirliğiyle onanmış; yetki konusu dışında işin esasma ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 12. HD’ne gönderilmesine karar vermiştir.

29. Yargıtayın yerel mahkemece delil takdirine müdahale ettiği istisnai hallerden biri: tapuda muvazaalı bedel gösterildiğini ispat için taşınmazın yerinde yapılan keşifte hazır bulundurulmuş bilirkişinin beyanı yetmez (6. HD 21.3.2005, E. 2005/955, K. 2005/2510, YKD 2005 No. 8 s. 1210-1211)

Yargıtay kararı metninden:

Davacı, önalıma konu olan payın davalıya gerçekte 480 000 000 TL'na satıldığı halde önalım hakkının engellenmesi için tapuda bedelin fazla gösterildiğini bildirerek bedelde muvazaa iddiasında bulunmuştur. Davacı bu iddiasını kanıtlamak zorundadır. Muvazaa iddiası tanık dahil her türlü delil ile kanıtlanabilir. Mahkemece keşif yapılarak keşifte [“hazır bulundurulmuş bilirkişinin beyanı ile” demek isteniyor olmalı; hâkimin keşifte kendi kendine bedel belirlemeyeceği açıktır-Umar] belirlenen bedel üzerinden önalım hakkının tanınmasına karar verilmiş ise de keşif [“sırasında hazır bulundurulmuş bilirkişinin beyanı” demek isteniyor olmalı-Umar] bedelde muvazaa iddiasının varlığına tek başına yeterli delil teşkil etmez. Yargıtay'ın yerleşen içtihatları da bu yöndedir. Bu nedenle bedelde muvazaaya ilişkin davacının gösterdiği tanıkların dinlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu hususun gözardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir.

Değerlendirme:

Karar metninde “davacının gösterdiği tanıklar” dendiğine göre demek olayda davacı tanık gösterdiği halde bunlar dinlenmeyerek sadece keşifte hazır bulundurulmuş bilirkişinin beyanına itibar edilmişti. Burada, davacının göstermek istediği kanıtın, haklı gerekçe olmaksızın kabul edilmemesi durumu karşındayız ve bu hal bozma sebebidir. Ancak, davacı tanık göstermemiş olsaydı mahkemenin keşifte hazır bulundurulmuş bilirkişinin beyanına itibar etmesine engel yoktu (HUMK m. 240); mutlaka davacıdan tanık göstermesini istemenin dayanağı olamazdı. Aktardığımız Yargıtay kararı, tersine görüşü ifade etmek istemiyor sanırım.

Dergimizin gelecek sayısında, son Yargıtay içtihatlarından seçmeler sunmaya devam edeceğiz.

MEVZUAT KRONİĞİ

**1.11.2004'TEN 15.08.2005'E KADAR GEÇEN DÖNEMDE
YÜRÜRLÜĞE KONAN MEVZUAT VE MEDENİ USUL VE
İCRA-İFLAS HUKUKUNA İLİŞKİN YENİ
DÜZENLEMELER, KURALLAR, ÇÖZÜMLER**

Araş. Gör. E. Gökçe Karabel
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı
Araştırma Görevlisi

- RG 21.11.2004, No. 25647

Adli Yardım Taleplerinin İletilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesine Ek Protokol yayınlanmıştır. 27 Ocak 1977 tarihinde Strazburg'da imzaya açılmış olan Adli Yardım Taleplerinin İletilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ne taraf Avrupa Konseyi üyesi devletlerle diğer taraflar, adli yardıma ilişkin bu protokolda belirtilen işbirliği, usul yönünden etkinlik, çekinceler, fesih, bildirimler ve ilgili diğer konular hakkında anlaşmaya varmışlardır.

- RG 30.12.2004, No. 25687

31.12.2004 tarihinde 45 seri numaralı Harçlar Kanunu Genel Tebliği yayınlanmıştır. Bu tebliğ ile, Konsolosluk Harçları ile Türkiye Cumhuriyeti Muvazzaf ve Fahri Konsolosluklarının yaptıkları işlemlere ait harçların, Maliye Bakanlığınca tespit ve ilan edilecek döviz kurlarına göre belirleneceği hükme bağlanmıştır. Aynı tebliğ ile, alınacak harç miktarları ve değerli kağıt bedellerinin hesaplanmasına esas olacak döviz kuru da belirlenmiştir.

• RG 05.01.2005, No. 25691

Bu tarihte 46 seri numaralı Harçlar Kanunu Genel Tebliği yayınlanmıştır. Bu tebliğde, daha önce yayınlanmış olan tebliğlerde yapılan değişiklikler ve ilgili tarife yer almaktadır.

•RG 11.03.2005, No. 25752

15.03.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi yayınlanmıştır. Tarifede, taraflarla hakem veya hakem kurulu arasında ücretin belirlenmesi konusunda anlaşmaya varılamamış olması durumunda veya tahkim anlaşmasında ücretin belirlenmesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamış olması durumunda ya da taraflarca bu konuda yerleşmiş milletlerarası kurallara veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yapılmamış olması durumunda, hakem veya hakem kurulunun alacağı ücret hususunda bu tarife hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Tarifede ayrıca, hakemlik ücretinin kapsadığı işler, başkanın ücreti, ücretin kısmen hakedilmesi ve ücret ödenmeyecek haller, davanın konusuz kalması, feragat ve sulhte ücret, kısmî kararda ücret, iptal davası sonucunda hakemin davaya yeniden bakması, ücretin hakedilme zamanı ve paylaşımı gibi hususlar da düzenlenmiştir.

•RG 18.03.2005, No. 25759

02.03.2005 tarihinde kabul edilmiş ve 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olan, 5311 sayılı “İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” yayınlanmıştır. Kanunun esas amacı, 07.10.2004 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmış olan “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun”la getirilmiş olan değişikliklerin, İcra ve İflas Kanunu’nun ilgili hükümlerine işlenmesi ve İcra ve İflas Kanunu’nun bu değişiklikler doğrultusunda güncellenmesidir. İcra ve İflâs Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un getirdiği değişiklikler, özellikle temyiz ve kanun yollarına başvurma kısmını yeniden ele alarak, İcra ve İflas Hukuku’nda istinaf yolunun uygulanma yöntemini belirlemek çerçevesindedir. İstinaf yoluna başvurulması ile ilgili başkaca değişiklikler içeren İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la getirilen temel değişiklikler aşağıda verilmiştir.

Bu kanunla, İcra ve İflas Kanunu'nun 10/a maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "ret talebinin reddi hakkındaki kararın temyizi icra tetkik hakiminin işe bakıp karar vermesine mani değildir" ibaresi yerine "Ret talebinin reddi hakkındaki karara karşı istinaf yoluna başvurulması, hâkimin işe bakıp karar vermesine engel değildir" ibaresi getirilmiş ve böylelikle, hakim reddi talebinin reddi hakkındaki kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabileceği hükme bağlanmıştır. Paralel bakış açısıyla, Kanun'un 36. maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesi, "ilamı temyiz eden borçlu" şeklinde iken, yapılan değişiklikle "İlâma karşı istinaf veya temyiz yoluna başvuran borçlu" şekline gelmiştir. Aynı maddede meydana gelen değişiklikte, borçlunun kanunda belirtilen şartları yerine getirmiş olması durumunda, icranın geri bırakılması için Yargıtay'ın yanısıra, bölge adliye mahkemesine de başvurabileceği hükme bağlanmıştır. Yine aynı Kanun, İcra-İflas Kanunu'nun 40. maddesine getirdiği değişiklik ile, bir ilam hükmünün icra edildikten sonra bölge adliye mahkemesince kaldırılması veya yeniden esas hakkında karar verilmesi ya da Yargıtayca bozulup da aleyhine icra takibi yapılmış olan kimsenin hiç veya o kadar borcu olmadığı kesin bir ilâmla tahakkuk etmesi durumunda, ayrıca hükme hacet kalmaksızın icranın tamamen veya kısmen eski hâline iade olunacağını düzenlemiştir. Ayrıca, 18.03.2005 tarihli Kanun ile, İcra ve İflas Kanunu'nun "Yargıtay'a Müracaat" başlıklı 164. maddesinin başlığı "Kanun Yollarına Başvurma" olarak değişmiş ve madde de aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir:

"Ticaret mahkemesince verilen nihaî kararlar, 160 ıncı maddenin son fıkrasına göre alman masraftan karşılanmak suretiyle mahkemece re'sen taraflara tebliğ olunur.

Bu kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Bölge adliye mahkemesi kararına karşı da tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir. İstinaf ve temyiz incelemeleri, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre yapılır.

İflâs kararına karşı kanun yoluna başvurulması, iflâsın ilânına ve masanın teşkiline mâni değildir. Yalnız ikinci alacaklılar toplantısı, iflâs kararı kesinleşmedikçe yapılamaz.

Bölge adliye mahkemesince iflâs kararı kaldırılırsa, borçlunun malları üzerindeki tedbirler devam eder. Şu kadar ki, ticaret mahkemesi davanın seyrine göre bu tedbirleri değiştirmeye veya kaldırmaya yetkilidir."

İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la İcra ve İflas Kanunu'nun 182. maddesinin ikinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir:

“İflâsın kaldırılması hakkında verilen hükme karşı tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Bölge adliye mahkemesi kararına karşı tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir. İstinaf ve temyiz incelemeleri, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre yapılır.”

Aynı şekilde, İcra-İflas Kanunu'nun 254. maddesine üçüncü fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

“İflâsın kapanması hakkında verilen hükme karşı tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Bölge adliye mahkemesi kararına karşı tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir. İstinaf ve temyiz incelemeleri, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre yapılır.”

Aynı kanunun “Temyize Müracaat” başlıklı 299. maddesine de, “Kanun Yollarına Başvurma” başlığını alarak yeniden düzenlenmiş ve maddeye bölge adliye mahkemesi kararına karşı tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde temyiz yoluna başvurulabileceği ve istinaf ve temyiz incelemelerinin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre yapılacağı hükmü eklenmiştir. Ayrıca, Kanun'un 353. maddesinin başlığı da “temyiz” iken, “istinaf mahkemesine başvurma” olarak değiştirilmiş ve madde de aşağıdaki şekilde yeniden kaleme alınmıştır:

“İcra mahkemesinin duruşma yaparak verdiği kararlara karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde sanık veya şikâyetçi veya Cumhuriyet savcısı tarafından istinaf yoluna başvurulabilir.

Başvuru, dilekçeyle veya tutanağa geçirilecek sözlü beyanla icra mahkemesine yapılır. Dilekçe veya beyan üzerine dosya hemen bölge adliye mahkemesine gönderilir.

Bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin bu kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulamaz.”

Kanun son olarak, 362. maddeden sonra gelen, “temyiz ve son maddeler” kısmı altında düzenlenen bölümün başlığını, “Kanun Yollarına Baş-

urma ve Son Maddeler” olarak değiştirmiştir. Bu doğrultuda 363. madde aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

“İcra mahkemesince 85 inci maddenin uygulanma biçimi, icra dairesi tarafından hesaplanan vekâlet ücreti, 103 üncü maddenin uygulanma biçimi ve bu maddede düzenlenen davetiyenin içeriği, yediemin ücreti, yediemin değiştirilmesi, hacizli taşınır malların muhafaza şekli, kıymet takdirine ilişkin şikâyet, ihaleye katılabilmek için teminat yatırılması ve teminatın miktarı, satışın durdurulması, satış ilânının iptali, süresinde satış istenmemesi nedeniyle satışın düşürülmesi, 263 üncü maddenin uygulanma biçimi, iflâs idaresinin oluşturulması, icra mahkemesinin iflâs idaresinin işlemleri hakkında şikâyet üzerine verdiği kararlara karşı, iflâs idare memurunun ücret ve masrafları hakkındaki hesap pusulası ve 36 ncı maddeye göre icranın geri bırakılmasına ilişkin kararları dışındaki kararlarına karşı, ait olduğu alacak, hak veya malın değer veya miktarının bin lirayı geçmesi şartıyla istinaf yoluna başvurulabilir. İstinaf yoluna başvuru süresi tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren on gündür.

İcra mahkemesi kararları aleyhine işlemleri uzatmak gibi kötüniyetle istinaf yoluna başvurulduğu anlaşılırsa Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 422 nci maddesi hükmü uygulanır.

Kesin bir karara karşı kötüniyetle istinaf yoluna başvuranlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.

İstinaf yoluna başvuru satıştan başka icra işlemlerini durdurmaz. İcra- nın devamı için gereken evrak alıkonularak bunların birer örneği bölge adliye mahkemesine gönderilecek dosyaya konulur.”

Kanun yolları ile ilgili bir başka değişiklik de, 364. maddede yer almaktadır. Maddenin başlığı, “Temyiz Yoluna Başvurma ve İncelenmesi” olarak değiştirilmiş ve madde de, aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir:

“Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerince verilen ve miktar veya değeri onbin lirayı geçen nihaî kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir.

Yukarıda belirtilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurma ve incelemesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre yapılır. Bu durumda da 363 üncü maddenin ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri uygulanır.

Temyiz yoluna başvurma, satıştan başka icra işlemlerini durdurmaz.”

Kanunun 365. maddesinde yer alan “Temyiz” başlıklı madde, “İstinaf Dilekçesinin Reddi” olarak değiştirilmiş ve eski düzenlemede temyiz kanununu süre geçtikten sonra yapılmasına ilişkin düzenlemeler, istinaf yolu için yeniden ele alınmıştır. Buna göre, istinaf yoluna başvurmanın, yasal süre geçtikten sonra yapılması veya istinaf yoluna başvurulmasına olanak bulunmayan bir karara veya vazgeçme nedeniyle itiraz veya şikâyetin reddine yahut süresi geçmiş bir şikâyete ilişkin olması durumunda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun ilgili hükümleri gereğince istem icra mahkemesince reddedilecektir. Aynı şekilde 366. madde başlığı da, “Yargıtay Kararları” iken “Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararları” olarak değiştirilmiş ve istinaf ve temyiz incelemelerinin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na göre yapılacağı ve onbeş gün içinde karara bağlanacağı düzenlenmiştir.

İcra ve İflas Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, İcra ve İflas Kanunu’nun 227. maddesinin 2. fıkrasını kaldırmış ve böylelikle, iflas idaresinin icra mahkemesinin şikâyet üzerine verdiği kararlara uymak zorunda olup, bunlara karşı itiraz veya temyiz yoluna başvuramayacağına ilişkin hüküm de ortadan kalkmış olmuştur.

Son olarak, İcra ve İflas Kanunu’na aşağıdaki geçici madde eklenmiştir:

“Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca görev başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar İcra ve İflâs Kanununun bu Kanunla yapılan değişiklikten önceki temyiz ve karar düzeltmeye ilişkin hükümleri uygulanır.”

• RG 11.04.2005 No. 25783

İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği yayınlanmıştır. İcra ve İflas Kanunu’nda yapılan 4949 sayılı ve 5092 sayılı kanunlarla getirilen değişiklikler çerçevesinde İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği’nin yayınlanmasına ihtiyaç duyulmuştur. Yönetmelik temel olarak, icra ve iflas dairelerinde tutulacak defterler, icra dairelerinin teftiş ve denetimi, malvarlığının terki suretiyle konkordatoda alacaklılar kurulu ile tasfiye memurlarına ilişkin konuları açıklığa kavuşturmuştur. Yönetmelikte, taşınır teslimine veya taşınmaz tah-

liye ve teslimine ilişkin icra emri, çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin icra emri, bir işin yapılmasına veya yapılmamasına, bir irtifak hakkının veya gemi üzerindeki intifa hakkının kaldırılmasına veya yükletilmesine ilişkin ilâmların yerine getirilmesinde icra emri, para borcuna veya teminat verilmesine ilişkin ilâm veya ilâm niteliğindeki belgelere dayanan takiplerde icra emri, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takipte icra emri, taşınır rehninin paraya çevrilmesi yolu ile ilâmlı takipte icra emri, ilâmsız takipte ödeme emri, taşınır rehninin paraya çevrilmesi yolu ile takipte ödeme emri, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takipte ödeme emri, kambiyo senetlerine (çek, poliçe ve emre muharrer senet) özgü haciz yolu ile takipte ödeme emri, iflâs yolu ile adî takipte ödeme emri, kambiyo senetlerine (çek, poliçe ve emre muharrer senet) özgü iflâs yolu ile takipte ödeme emri, adî kira ve hasılât kiralarına ilişkin takipte ödeme emri ve tutanaklar, ihbarnameler, davet kağıtları gibi diğer basılı kağıtların içeriğinde bulunması gereken noktalar ayrıntılarıyla ele alınmıştır.

Yönetmeliğin "Para ve Değerli Şeylerin Tevdii" başlıklı 3. kısmında, icra ve iflâs dairelerinin aldıkları para ve değerli şeyleri ne şekilde saklayıp, nereye tevdi edecekleri konusuna ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Yönetmeliğin 92. maddesinde, icra ve iflâs dairelerinin aldıkları para ve değerli şeyleri, icra ve iflâs dairelerinin bulunduğu yerler de gözönünde tutularak, ülke çapında teşkilâtlanmış bankalardan Adalet Bakanlığı'nca uygun görülenlere tevdi edeceklerini hükme bağlamıştır. Bu doğrultuda, 93. maddede de, icra mahkemelerince alınan paraların günlük ihtiyaçtan fazlasının 92 nci madde uyarınca belirlenecek bankalara yatırılacağı düzenlenmiştir. İcra ve İflas Kanunu'nun "ihalenin feshi ve neticesi" başlıklı 134. maddesinin 4. fıkrasında, ödenen ihale bedeli ile ilgili olarak, ihalenin feshine yönelik şikayet sonucunda verilecek karar kesinleşinceye kadar, paranın (ihale bedeli) icra müdürü tarafından bankalarda nemalandırılacağı düzenlenmiştir. Ne var ki, icra müdürünün maddede belirtilen nemalandırmayı nasıl yapacağı kanunda belirtilmemiştir. Yönetmelikte de, sadece Adalet Bakanlığı'nca uygun görülen bankalara tevdi yapılabileceği düzenlenmiş ve İcra İflas Kanunu'nun 134. maddesindeki düzenlemeden daha ayrıntılı ve açıklayıcı bir hüküm getirilmemiştir. Maddede sadece, Adalet Bakanlığı'nca uygun görülen bankalara tevdi yapılabileceği düzenlenmiş ve fakat bunların hangi şartlar altında, hangi bankalar olabileceği ya da icra müdürünün nemalandırmayı nasıl yapacağı hakkında beklenen açıklama getirilmemiştir.

Bunların yanısıra yönetmelikte, “Aciz Vesikası Sicili” başlığı altında, borç ödemedenden aciz vesikası sicili ve sicille ilgili diğer konular açıklığa kavuşturulmuştur. Yönetmeliğin 94. maddesinin ikinci fıkrasında, borç ödemedenden aciz vesikası sicili aleni olduğu ve menfaati bulunan herkesin, gerçek veya tüzel bir kişinin sicilde bir kaydı bulunup bulunmadığı ve varsa kapsamı hakkında sözlü veya yazılı bilgi verilmesini sicili tutan icra dairelerinden isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Bu hüküm, sicilin önem ve işlevliğini artırarak, özellikle, alacaklıları ve 3. kişileri koruma amacına hizmet etmektedir.

• RG. 18.05.2005 No. 25819

11.05.2005 tarihinde 5348 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” yayınlanmıştır. 5348 Kanun’un 1. maddesinde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa 26.9.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla eklenen geçici 1 inci maddenin geçici 2 nci madde olarak değiştirildiği ve geçici maddeler buna göre teselsül ettirilmiş olduğu hükme bağlanmıştır. Değişiklik, aşağıdaki gibidir:

Geçici Madde 2. - Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazetede ilân edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 26.9.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454 üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

• RG 29.06.2005 No.25860

İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik yayınlanmıştır. Yayını tarihinde yürürlüğe girmiş olan yönetmelik, İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği ekinde yer alan İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu ile Takipte Ödeme Emrine dair Örnek No: 9, Taşınmazın Açık Artırma Şartnamesi ve Tutanağına dair Örnek No: 26 ve Taşınmazın Açık Artırma İlânına dair Örnek No: 27’de yer alan değişiklikleri içermektedir.

• RG 14.07.2005

İflas İdaresi Ücreti, Yazı ve Tebliğ Masrafı Tarifesi Hakkında Tebliğ yayınlanmıştır. Tebliğin amacı, 1. maddede, İcra ve İflas Kanunu'nun 223 üncü maddesinin 3 ve 4 üncü fıkraları uyarınca, iflas idarelerine ödenecek ücret tarifesini ve ücretin ödeme şeklini belirlemek olarak verilmiştir. Tebliğde, ücretin ödenmesi, ücret ödeme zamanı ve avans ödenmesi, ücret miktarları ve ücretin nasıl takdir edileceği, konkordato ücreti gibi konular hükme bağlanmıştır.



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ 26 AĞUSTOS YERLEŞİMİ

Kayışdağı Caddesi, 34755 Kayışdağı / İstanbul

Tel: Halkla İlişkiler (0216) 578 0 578 - 578 02 24/25

Santral: (0216) 578 00 00 Faks: (0216) 578 07 56

e-posta: tanitim@yeditepe.edu.tr

www.yeditepe.edu.tr