



İSTANBUL
TİCARET
ODASI
—1882—

REGESTA

Cilt/Volume: 6 | Sayı/Issue:1 | 2021/1

ISSN 2146 - 6203

**COVID-19 PANDEMİSİ DÖNEMİNDE
ULUSLARARASI TİCARET KISITLAMALARI:
DİJİTALLEŞME VE TEKNOLOJİNİN KÜRESEL
TİCARETE ETKİLERİ**
*INTERNATIONAL TRADE RESTRICTIONS DURING THE
COVID-19 PANDEMIC PERIOD: THE EFFECTS OF
DIGITALIZATION AND TECHNOLOGY ON GLOBAL TRADE*
Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Armando ALIU
Prof. Dr. Ömer ÖZKAN

ANONİM ORTAKLIKTAKİ PAY HAKLARININ GEÇİŞİ
*TRANSITION OF SHARE RIGHTS IN THE JOINT STOCK
COMPANY*
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Tayfun ERCAN
Av./Atty. Murat ARUN

**YARGITAY KARARLARINA GÖRE CMR
SÖZLEŞMESİNİN UYGULANMA ESASLARI VE
EŞYANIN TAŞINMAŞINDA HASAR, ZİYA VE
GECİKMEDEKİ DOĞAN SORUMLULUK**
*ACCORDING TO SUPREME COURT DECISIONS, THE
IMPLEMENTATION PRINCIPLES OF THE CMR CONTRACT
AND LIABILITY DERIVED FROM THE DAMAGE, LOSS, AND
DELAY IN THE TRANSPORTATION OF THE GOODS*
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Hacı KARA

**KAMBİYO SENETLERİNİN TEMİNAT AMACIYLA
CİRO EDİLMESİ: GARANTİ VE REHİN CİROSU**
*INDORSEMENT OF NEGOTIABLE INSTRUMENTS WITH
THE PURPOSE OF GUARANTEE AND PLEDGE
INDORSEMENT*
Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Nuri ERDEM

**BACKLASH AGAINST INVESTOR-STATE DISPUTE
SETTLEMENT (ISDS) AND ITS REFORM
MOVEMENT**
*YATIRIMCI-DEVLET UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLUNA
TEPKİLER VE BU DOĞRULTUDA GERÇEKLEŞTİRİLEN
REFORM HAREKETİ*
Av. Dr./Atty. Dr. Fulya TEOMETE YALABIK

**ANONİM ŞİRKET
PAYLARININ HALKA ARZI
YA DA ŞİRKETLERDE
HALKA AÇILMA**
*PUBLIC OFFERING OF SHARES
OF STOCK COMPANY OR GOING
PUBLIC IN STOCK COMPANIES*
Yavuz AKBULAK
(SPK Başuzmanı/Chief Expert of
Capital Markets Board of Turkey)



İSTANBUL
TİCARET
ODASI
— 1882 —

REGESTA

Ticaret Hukuku Dergisi
Journal of Commercial Law

Dört Aylık Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın

*This journal is a peer reviewed academical and occupational journal published
three times a year.*

Cilt: 6/Sayı: 1
Volume: 6/Issue: 1
Yıl/Year: 2021

Regesta Ticaret Hukuku Dergisi
Regesta Journal of Commercial Law

“Hakemli Dergidir”/“Peer reviewed Journal”

Cilt: 6/Sayı: 1
Volume: 6/Issue: 1
Yıl/Year: 2021

Yayın Sahibi/Publisher: İstanbul Ticaret Odası adına İmtiyaz
Sahibi/On Behalf of Istanbul Chamber of
Commerce Publisher and Grant Holder
Şekib Avdagiç

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Responsible Manager: Av./Aal. Nurcan Turan

Danışman ve Basıma
Hazırlayanın Adı/Name of the Legal Yayıncılık A.Ş.
General Counsel and Editing (Sertifika No./Certificate No. 27563)
Company: Tel.: 0 216 449 04 85-86

Basımcının Adı/Printed by: Filmon Baskı Çözümleri A.Ş.

Basıldığı Yer/ İkitelli Organize Sanayi Bölgesi Eskoop
Place of Publication: Sanayi Sitesi B1 Blok No: 35 34490
Başakşehir İstanbul
(Sertifika No./Certificate No. 13676)
Tel.: 0 212 671 57 40

Basım Tarihi/Publication Date: Haziran/June 2021

Yönetim Yeri/Place of Reşadiye Cad. Eminönü/İstanbul
Management: Tel.: 0 212 455 60 00

URL: www.ito.org.tr

Yayın Türü/Type of Publication: Bu dergi yılda üç sayı olarak yayımlanan
yerel, süreli ve hakemli bir hukuk
dergisidir./This journal is a peer
reviewed national law journal published
three times a year.

Basılı ISSN: 2146 - 6203
Online ISSN: 2687 - 1858

Dergiye yapılan atıflarda “**REGESTA**” kısaltması kullanılmalıdır.

*For citations please use the abbreviation: “**REGESTA**”*

Katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri/

All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to:

E-mail: nurcan.turan@ito.org.tr

Reşadiye Cad. Eminönü/İstanbul

Tel.: 0 212 455 60 00

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Articles published in this journal represent only the views of the contributors.

Copyright © 2021

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Ticaret Odası’nın yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Istanbul Chamber of Commerce.

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ

Reşadiye Cad. Eminönü/İstanbul

Tel.: 0 212 455 60 00

İnternet adresi: www.ito.org.tr

EDİTÖR/EDITOR IN CHIEF

Av. Nurcan TURAN

DİL EDİTÖRÜ/LANGUAGE EDITOR

Av. Nur ÖZCAN

YAYIN ve DANIŞMA KURULU EDITORIAL and ADVISORY BOARD

- Prof. Dr. Pınar AKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY (*İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi*)
Prof. Dr. Murat ALIŞKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Anlam ALTAY (*Galatasaray Üniversitesi*)
Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ (*Bilkent Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*)
Prof. Dr. Nuray EKŞİ (*Özyeğin Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Prof. Dr. İlhan HELVACI (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI (*İstanbul Medeniyet Üniversitesi*)
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ (*İstanbul Aydın Üniversitesi*)
Prof. Dr. Arslan KAYA (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. İsmail KAYAR (*Altınbaş Üniversitesi*)
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. İsmail KIRCA (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mehmet Çağlar MANAVGAT (*Bilkent Üniversitesi*)
Prof. Dr. Gül OKUTAN NİLSSON (*İstanbul Bilgi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Korkut ÖZKORKUT (*Ankara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ (*Galatasaray Üniversitesi*)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*Eskişehir Osmangazi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Asuman TURANBOY (*Ankara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI (*Yaşar Üniversitesi*)
Prof. Dr. Güzin ÜÇİŞİK (*İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi*)
Prof. Dr. Veliye YANLI (*İstanbul Bilgi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hamdi YASAMAN (*Okan Üniversitesi*)
Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK (*İbn Haldun Üniversitesi*)
Prof. Dr. Şükrü YILDIZ (*İbn Haldun Üniversitesi*)
Prof. Dr. Aynur YONGALIK (*Atılım Üniversitesi*)
Doç. Dr. Leyla KESER (*Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü*)
Doç. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN (*Galatasaray Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDOĞAN (*İstanbul Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAK (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi H. Ali DURAL (*Galatasaray Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Emrah KULAKLI (*İstanbul Medipol Üniversitesi*)

HAKEMLER/REFEREES

- Prof. Dr. Pınar AKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY (*İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (*Yeditepe Üniversitesi*)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (*Sakarya Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK (*Yeditepe Üniversitesi*)
Doç. Dr. Oğuz CANER (*Bursa Uludağ Üniversitesi*)
Doç. Dr. Gencay KARAKAYA (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Doç. Dr. Birgül SOPACI (*Marmara Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAK AYBARS (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Şengül AL KILIÇ (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi*)

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

1. Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, dört ayda bir (yılda üç kez) yayımlanan hakemli bir dergidir.

Journal of Regesta is a peer reviewed journal published three times a year.

2. Dergi’de yayınlanabilecek yazılar, hukuk alanını ilgilendiren içerikte her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ile çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

This is a journal of law focusing on legal issues concerning law. Articles, case notes and comments, discussions of legislative development, book reviews and other similar type of papers which are written in Turkish and in other European languages are welcome.

3. Dergi’de yayınlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.

4. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5. Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor. There is no need to submit any hardcopy of the article.

6. Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına, elektronik posta adreslerine ve “<https://orcid.org>” adresinden alınacak ORCID koda ilişkin bilgiler ve fotoğraflı özgeçmişi de editöre ulaştırılmalıdır.

Along with the paper, the following must be submitted to the editor: the name, and the title of the author (authors), his/her institutional affiliation; his/her street address, telephone number (s) where he/she could be easily reached; his/her e-mail address (addresses), and the information about ORCID code which would be obtained through the web address of <https://orcid.org> and CV (should be attached photo)

7. Dergi’ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet (öz)** kısmı içermelidir. Özet (öz) yazımında en fazla 160 kelime kullanılmalıdır.

*Papers submitted to the Journal must have **titles, and abstracts** both in Turkish and in English. Abstracts should be include up to 160 words.*

8. Dergi’ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **key-words** in Turkish and English that reflect the content of the article.*

9. Dergiye gönderilen makalelerde **atıf dipnotları ve kaynakça** Oxford University Standard for the Citation of Legal Authorities (OSCOLA) stilinde hazırlanmalıdır.

Citation footnotes and bibliography should be prepared in Oxford University Standard for the Citation of Legal Authorities (OSCOLA) style in the articles that sent to journal.

10. Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself.*

11. Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

12. Dergi'ye ait yeni sayı yayınlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** kopyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da ULAKBİM'e kargo ile ulaştırılır.

*Each Publisher issue of the Journal will be uploded as a **PDF** file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODİS)**. Also two copies of the published issue will be delivered to ULAKBİM by cargo.*

13. Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

Free copies of the published issue will be sent both to the author (s) and to the reviewer (s).

Hakem Değerlendirme Sistemi/Arbiter Evaluation System

14. Yayın Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan makaleler, anonim olarak hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda makalenin yayınlanmasına ya da düzeltme istenmesine ya da yayınlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda haberdar edilecektir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilir.

After the initial assessment of the articles is completed by the editorial board, the articles will be submitted to a peer reviewer anonymously. In accordance with the reviewer's report, editing may be requested, the article may get published, or the article may be rejected. The author shall be notified of the decision as soon as possible. The editorial board shall submit the final, or the edited article to the peer reviewer one more time.

15. Her makale için hakem sayısı en az iki olup, iki hakemin görüşlerinin farklı olması durumunda editör veya üçüncü bir hakemin görüşü alınacaktır.

For each paper there would be at least two arbiters; when these two arbiters have conflicting opinions, either the editor or a third arbiter will be consulted.

16. Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author (s) and reviewer (s) will not be revealed to the other party.*

Regesta Hakkında/About Regesta

REGESTA adlı hukuk dergisi, yılda 3 sayı yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2011 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan dergide, Ticaret Hukuku'na ilişkin akademik makalelerin yanı sıra, ticaret sicili uygulamalarını ortaya koyan çalışmalara yer verilmektedir.

Akademisyenlerin ve ticaret sicilini ilgilendiren konularda çalışan başta hukukçular olmak üzere uzmanların, ticaret sicili ile doğrudan ya da dolaylı ilgili, yoruma açık ve tereddüt edilen konuları çeşitli perspektiflerden işleyen çalışmalarının büyük bir boşluğu dolduracağına inanıyoruz.

Journal of REGESTA is a peer reviewed academic law journal published regularly three times a year, concentrating on issues of academic articles relating to Commercial Law and studies regarding trade registry process. It has been in publication since 2011.

We are persuaded that the academicians' and the specialists' especially the jurists' studies, including different views regarding open-ended and hesitated subjects relating to the trade registry directly or indirectly, will be filled the gap.

Kişisel Verileriniz Hakkında Bilgilendirme

Dergimiz, İTO tarafından hakemli, yerel ve süreli yayın vasfıyla yayımlanmakta olup abonelik kapsamında daha önce bize bildirmiş olduğunuz adresinize gönderilmektedir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve ikincil mevzuat kapsamında, Dergimizin dağıtım faaliyetinin gerçekleştirilebilmesi amacıyla isim, unvan, adres ve iletişim bilgileriniz işlenmekte ve ilgili kurye/kargo şirketine aktarılmaktadır. Söz konusu kişisel verileriniz, aksi yönde bir talebiniz olmaması halinde Dergimizin yayınlandığı süre boyunca mevzuata uygun olarak saklanacaktır.

6698 sayılı Kanun uyarınca, söz konusu faaliyet kapsamında veri sorumlusu İTO olup, Kanunun 11. maddesi kapsamındaki haklarınız için nurcan.turan@ito.org.tr adresine e-posta yoluyla başvurabilirsiniz.

Regarding Your Personal Information

Our journal published by İTO, is a peer reviewed, national, and a periodical publication. As a part of your membership status, it is mailed to the address that you previously supplied to us.

Under the 6698 numbered Law on the Protection of Personal Information, and secondary legislation, your name, your title, your address, and your contact information are recorded, and communicated to the relevant shipping company for the purpose of distributing our periodical. Unless you request otherwise, during the term of our publication, your personal information shall be kept in accordance with the legislation.

Under the 6698 numbered Law, İTO is the responsible party for the data. Regarding your rights under article 11 of the Law, you may get in touch with us by e mailing to us either at nurcan.turan@ito.org.tr

EDİTÖRDEN.../FROM THE EDITOR...

Dergimizin 2021 yılında çıkan ilk sayısıyla karşınızdayız.

Bu sayımızdaki ilk eser Dr. Öğr. Üyesi Armando ALİU ve Prof. Dr. Ömer ÖZKAN'ın *“COVID-19 Pandemisi Döneminde Uluslararası Ticaret Kısıtlamaları: Dijitalleşme ve Teknolojinin Küresel Ticarete Etkileri”* olup, COVID 19 Pandemisinin etkilerini ele alan bu akademik eserin, önümüzdeki süreci değerlendirmek isteyenler bakımından ufuk açıcı olacağı düşünülmektedir. Bunun yanı sıra, bu sayımızda Doç. Dr. Tayfun ERCAN ve Av. Murat ARUN'un *“Anonim Ortaklıkta Pay Haklarının Geçiş”*, Doç. Dr. Hacı KARA'nın *“Yargıtay Kararlarına Göre CMR Sözleşmesinin Uygulanma Esasları ve Eşyanın Taşınmasında Hasar, Ziya ve Gecikmeden Doğan Sorumluluk”*, Dr. Öğr. Üyesi Nuri ERDEM'in *“Kambiyo Senetlerinin Teminat Amacıyla Ciro Edilmesi: Garanti ve Rehin Ciro”* ve Av. Dr. Fulya TEOMETE YALABIK'ın *“Backlash Against Investor-State Dispute Settlement (ISDS) and Its Reform Movement”* adlı eserlere ve uzman görüşü bölümünde ise, Yavuz AKBULAK'ın *“Anonim Şirket Paylarının Halka Arzı ya da Şirketlerde Halka Açılma”* isimli yazısına yer verilmiştir.

Bu sayımızda olduğu gibi, bundan sonraki sayılarımızda da, ULAKBİM kriterlerine uygun olarak yabancı dilde kaleme alınmış makalelere de dergimizde yer verilecektir.

Gelecek sayıda görüşmek dileğiyle.

Av./Aal. Nurcan TURAN

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ

Cilt: 6/Sayı: 1

Yıl: 2021

İÇİNDEKİLER

Makaleler..... 19

Araştırma Makalesi

COVID-19 Pandemisi Döneminde Uluslararası Ticaret Kısıtlamaları:

Dijitalleşme ve Teknolojinin Küresel Ticarete Etkileri

Dr. Öğr. Üyesi Armando ALİU

Prof. Dr. Ömer ÖZKAN..... 21

Anonim Ortaklıkta Pay Haklarının Geçişİ

Doç. Dr. Tayfun ERCAN

Av. Murat ARUN 45

Yargıtay Kararlarına Göre CMR Sözleşmesinin Uygulanma Esasları ve

Eşyanın Taşınmasında Hasar, Zıya ve Gecikmeden Doğan Sorumluluk

Doç. Dr. Hacı KARA 77

Kambiyo Senetlerinin Teminat Amacıyla Ciro Edilmesi: Garanti ve

Rehin Ciro su

Dr. Öğr. Üyesi Nuri ERDEM 121

Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözüm Yoluna Tepkiler ve Bu

Doğrultuda Gerçekleştirilen Reform Hareketi

Av. Dr. Fulya TEOMETE YALABIK..... 153

Uzman Görüşü 185

Anonim Şirket Paylarının Halka Arzı ya da Şirketlerde Halka Açılma

Yavuz AKBULAK (SPK Başuzmanı)..... 187

REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

Volume: 6/Issue: 1

Year: 2021

CONTENTS

Articles.....	19
---------------	----

Research Articles

International Trade Restrictions During the COVID-19 Pandemic Period: The Effects of Digitalization and Technology on Global Trade <i>Dr. Lecturer Armando ALIU</i> <i>Prof. Dr. Ömer ÖZKAN</i>	21
Transition of Share Rights in the Joint Stock Company <i>Assoc. Prof. Dr. Tayfun ERCAN</i> <i>Atty. Murat ARUN</i>	45
According to Supreme Court Decisions, The Implementation Principles of the CMR Contract and Liability Derived from the Damage, Loss, and Delay in the Transportation of the Goods <i>Assoc. Prof. Dr. Hacı KARA</i>	77
Indorsement of Negotiable Instruments with the Purpose of Guarantee and Pledge Indorsement <i>Dr. Lecturer Nuri ERDEM</i>	121
Backlash Against Investor-State Dispute Settlement (ISDS) and Its Reform Movement <i>Atty. Dr. Fulya TEOMETE YALABIK</i>	153
Expert Opinion.....	185
Public Offering of Shares of Stock Company or Going Public in Stock Companies <i>Yavuz AKBULAK (Chief Expert of Capital Markets Board of Turkey)</i>	187

MAKALELER ARTICLES

* COVID-19 Pandemisi Döneminde Uluslararası Ticaret Kısıtlamaları: Dijitalleşme ve Teknolojinin Küresel Ticarete Etkileri

*International Trade Restrictions During the COVID-19 Pandemic Period:
The Effects of Digitalization and Technology on Global Trade*

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Armando ALİU
Prof. Dr. Ömer ÖZKAN

* Anonim Ortaklıkta Pay Haklarının Geçişİ

Transition of Share Rights in the Joint Stock Company

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Tayfun ERCAN
Av./Atty. Murat ARUN

* Yargıtay Kararlarına Göre CMR Sözleşmesinin Uygulanma Esasları ve Eşyanın Taşınmasında Hasar, Zıya ve Gecikmeden Doğan Sorumluluk

According to Supreme Court Decisions, The Implementation Principles of the CMR Contract and Liability Derived from the Damage, Loss, and Delay in the Transportation of the Goods

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Hacı KARA

* Kambyo Senetlerinin Teminat Amacıyla Ciro Edilmesi: Garanti ve Rehin Ciro su
Indorsement of Negotiable Instruments with the Purpose of Guarantee and Pledge Indorsement

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Nuri ERDEM

* Backlash Against Investor-State Dispute Settlement (ISDS) and Its Reform Movement

Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözüm Yoluna Tepkiler ve Bu Doğrultuda Gerçekleştirilen Reform Hareketi

Av. Dr./Atty. Dr. Fulya TEOMETE YALABIK

**#COVID-19 PANDEMİSİ DÖNEMİNDE ULUSLARARASI
TİCARET KISITLAMALARI: DİJİTALLEŞME VE
TEKNOLOJİNİN KÜRESEL TİCARETE ETKİLERİ***
(INTERNATIONAL TRADE RESTRICTIONS DURING THE COVID-19
PANDEMIC PERIOD: THE EFFECTS OF DIGITALIZATION AND
TECHNOLOGY ON GLOBAL TRADE)

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Armando ALİU**
Prof. Dr. Ömer ÖZKAN***

ÖZ

Çalışmada, COVID-19 pandemisinin artan dijitalleşme ve ileri teknolojilerin kullanımının küresel ticarete etkileri incelenmiştir. COVID-19'un neticesinde tıbbi ürünlere ve bazı gıda ürünlerine ticaret kısıtlamalarının getirilmesi küresel tedarik zincirlerini anlamlı ölçüde etkilemiştir. COVID-19 pandemisi ile 2008 küresel finansal krizin dünya ticaret hac-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 13.03.2021 tarihinde Yayınımıza ulaşmış olup, 17.04.2021 tarihinde birinci hakem; 25.04.2021 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Uluslararası Göç Örgütü (Cenevre, İsviçre), Doktora Sonrası Araştırmacı ve Uluslararası Danışman; Avrupa Araştırma Akademisi (Cenevre, İsviçre), Doktora Sonrası Araştırmacı; Avrupa Komisyonu, AB Projeleri Uzman Değerlendirici, armando.aliu@alumni.uni-heidelberg.de, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-3630-2516

*** Emekli Öğretim Üyesi, Prof. Dr., ozkanhukuk@yahoo.com, ORCID: orcid.org/0000-0001-8048-2502

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

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

Katkı Payı Oranı: 1. yazar %70 oranında, 2. yazar %30 oranında katkı sağlamıştır.

Teşekkür Beyanı: Makale yazım sürecindeki desteklerinden ötürü Sayın Dr. Dorian ALİU'ya teşekkürlerimizi belirtmek isteriz.

Bu makaleye atıf için; ALİU, Armando, ÖZKAN, Ömer "COVID-19 Pandemisi Döneminde Uluslararası Ticaret Kısıtlamaları: Dijitalleşme ve Teknolojinin Küresel Ticarete Etkileri", REGESTA, Cilt: 6, Sayı: 1, 2021, s. 21-44.

mine etkileri kıyaslamalı olarak analiz edilmiştir. COVID-19'un ithalatçı/ihracatçı ülke ve firmaların arz/talep düzeylerine olumsuz etkisi olmuştur. İhracat kısıtlamaları DTÖ tarafından yasaklanmıştır. Fakat, DTÖ'nün bu kuralının istisnalarına GATT Madde XI, Madde XX ve Madde XXI(b) uyarınca belirli durumlarda izin verilmektedir. Küresel ticaret dinamiklerinin güçlendirilmesinde "Endüstri 4.0", dijital dönüşüm ve ileri teknolojilerin kullanılması pozitif anlamda katkı sağlayabilmektedir. Dijital sözleşmeler, çevrimiçi görüşmeler, e-ticaret, online alışveriş platformları, mobil uygulamalar, bilgi teknolojileri ve telekomünikasyon sistemlerinin kullanımı küresel ticaret dinamiklerinin gelişmesini sağlamıştır. Nesnelerin interneti, yapay zeka, büyük veri, bulut bilişim, "Web 4.0", artırılmış gerçeklik, holografi, 3 boyutlu yazıcı, otonom robotlar, 3 boyutlu tarayıcı, biyosensör gibi ileri teknolojiler dördüncü sanayi devrimine odaklanmaktadır. Ekonominin dijitalleşmesi ve dijital girişimcilik (örneğin, FinTech, LegalTech, ComptaTech ve AssurTech) gibi bir dizi dijital aracın çok sayıda yeni hizmet ve kullanımların geliştirilmesini sağlamıştır. Dijital teknolojiler arasında 5G gibi yeni nesil telekomünikasyon ağları ve blokzincir teknolojisi COVID-19 pandemisinde geliştirilmiş ve kullanımları yaygınlaştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: COVID-19, Ticaret Kısıtlamaları, GATT, Dijitalleşme, Teknoloji

ABSTRACT

The study examined the impacts of the COVID-19 pandemic and the increasing digitalisation and the usage of advanced technologies on global trade. As a consequence of COVID-19, the imposition of trade restrictions on medical and food products has significantly affected global supply chains. The effects of the COVID-19 pandemic and the 2008 global financial crisis on world trade volume were analysed, comparatively. COVID-19 had a negative effect on the supply/demand levels of importing/exporting countries and corporations. Export restrictions are prohibited by the WTO. However, exceptions to this rule of the WTO are permitted in certain circumstances in accordance with Article XI, Article XX, and Article XXI(b) of the GATT. The usage of "Industry 4.0", digital transformation, and advanced technologies can positively contribute to the strengthening of global trade dynamics. Digital contracts, online conversations, e-commerce, online shopping platforms, mobile applications, information technologies, and telecommunication systems have led

to the development of global trade dynamics. Advanced technologies such as the Internet of Things (IoT), artificial intelligence (AI), big data, cloud computing, “Web 4.0”, augmented reality (AR), holography, 3D printer, autonomous robots, 3D scanner, and biosensor focus on the fourth industrial revolution. Digitalisation of the economy and digital entrepreneurship (e.g., FinTech, LegalTech, ComptaTech, and AssurTech) have led to the development of a large number of new services and applications of digital tools. Amongst the digital technologies, the next-generation telecommunications networks (e.g., 5G) and blockchain technology were developed and proliferated during the COVID-19 pandemic.

Keywords: COVID-19, Trade Restrictions, GATT, Digitalisation, Technology

1. GİRİŞ

Koronavirüs pandemisinin (COVID-19) 2020 yılının başından itibaren Çin’in Wuhan şehrinde tüm dünyaya yayılması ve Dünya Sağlık Örgütü’nün (DSÖ) pandemi ilanından sonra uluslararası ticarete yaşanan kısıtlamalar küresel ekonomide daralmaya neden olmuştur. Dünya Ticaret Örgütü’ne (DTÖ) göre Nisan 2020’de 80 ülke COVID-19 pandemisinin bir sonucu olarak ihracat yasakları ve kısıtlamalar getirmiştir. Bunlar çoğunlukla sağlıkla ilgili ürünler için olmuştur. Ancak, bazıları arz sıkıntısından dolayı gıda ürünlerine de uygulanmıştır. Bu tür önlemler yabancı ortaklar için çok maliyetli olmuş ve özellikle gıda krizleri ile ilgili küresel ticarete ağır bir tahribat oluşturmıştır.¹ COVID-19, dünya geneline yayılırken derin bir küresel durgunluk korkusu hükümetleri endişelendirmektedir. Küresel ticaret dinamikleri bakımından özellikle tedarik zincirlerinin kesintiye uğraması durumunda gıda kaynaklarının azalması ve küresel gıda eksikliği sorununun ekonomik darboğazı tetiklemesinden korkulmaktadır. Ayrıca tarımsal üretimin tarım işçilerinin ekinleri hasat etmesini ve işlemlerini kısıtlayan sınırlama önlemleri nedeniyle kesintiye uğraması da küresel ticareti doğrudan etkileyen önemli bir faktördür. Karantina ve diğer kısıtlamalardan kaynaklanan gelir kaybı ile yoksul insanların gelir kaybının bir sonucu olarak, yoksul insanların gıdalara erişiminde ciddi problemler yaşanmaktadır. Bu nedenle, gıdalara erişimi daha da zorlaştırabilecek ihracat yasakları gibi ticaret politikaları uygu-

¹ Sébastien Jean, ‘How the COVID-19 Pandemic Is Reshaping the Trade Landscape and What to Do About It’ (2020) 55(3) *Intereconomics* 135

lamak yerine, gıdalara erişimi sürdürmeye yardımcı olan ticari stratejiler ve önlemler geliştirilmelidir.² Ticaret kanallarının açık tutulması ve uluslararası pazarlarda gıda kıtlığını önleyici tedbirlerin alınması küresel ekonomik durgunluğu hafifletmede araçsal bir rol oynayabilmektedir. Temel gıda maddelerinin ithalatçıları ve ihracatçıları COVID-19 pandemisine yanıt olarak ticaret engelleri koymaktan vazgeçmeyi kabul etmektedirler. Ayrıca, hükümetlerin küresel bir durgunluğa karşı yardımcı olacak ve gıda sorunlarını en aza indirecek önlemlere odaklanmaları gerekmektedir. Bunun için hükümetlerin, COVID-19 pandemisini kontrol altına almak ve yeterli sağlık hizmetinin sağlanması için kaynaklar da dahil olmak üzere mali teşvik sağlamanın yanı sıra COVID-19'dan etkilenen işçi ve aileleri tazmin etmek için ek sosyal koruma önlemleri sağlamaları gerekmektedir.

COVID-19 pandemisi küresel ekonominin hem arz hem de talep taraflarını etkileyen bir ekonomik kriz haline gelmiştir. Pek çok ülke zorunlu olmayan üretim tesislerinin geçici olarak kapatılması emrini vermiş ve çok sayıda şirket ya gönüllü olarak üretimde kısıtlama önlemleri almış (örneğin işgücü arzındaki azalma gibi) ya da tedarik zincirindeki kesintiler nedeniyle üretimi azalmıştır. Gıda kaynaklarının güvenliğiyle ilgilenen ülkeler belirli tarım ürünlerine ihracat kısıtlamaları getirme kararları 2020 yılının ikinci yarısında küresel ticaret pazarında gıda kıtlığı konusunda ciddi manada endişelere yol açmıştır. Gıda kıtlığı ve tarım ürünlerinde ihracat kısıtlaması sorunu Gıda ve Tarım Örgütü, DSÖ ve DTÖ Genel Direktörleri'nin ortak açıklamasına yol açacak kadar ciddi bir hal almıştır. Bu ortak açıklama küresel ticaret pazarında bir gıda kıtlığı oluşturacak ek ihracat kısıtlamaları dalgasının önüne geçilmesine neden olmuştur. Bu bağlamda, ülkeler ticaret ile ilgili alacakları önlemlerde gıda tedarik zincirinin bozulmamasını sağlamaya çalışmışlardır.³

Çalışmanın yöntem bilimi kapsamında tematik odaklı kapsamlı yazın derlemesi yapılmıştır. Ayrıca, COVID-19 ile ilgili 2020-2021 yılları arasında yayınlanmış bilimsel yayınların hangi temalara, kategorilere ve araştırma başlıklarına vurgu yaptıklarına yönelik tespitlere yer verilmiştir.

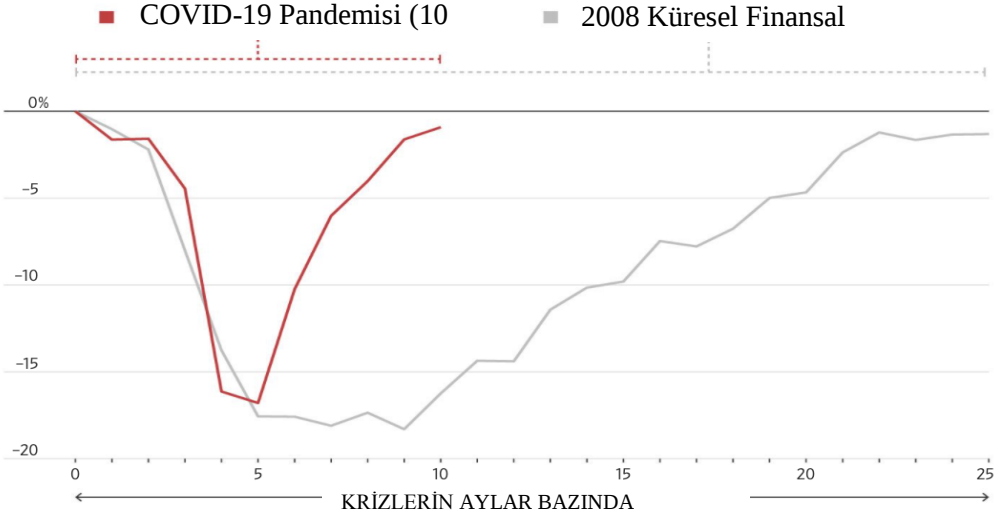
² Joseph Glauber, David Laborde Debucquet, Will Martin and Rob Vos, 'COVID-19: Trade Restrictions are Worst Possible Response to Safeguard Food Security' (2020) International Food Policy Research Institute 66

³ Lucasz Gruszczynski, 'The COVID-19 Pandemic and International Trade: Temporary Turbulence or Paradigm Shift?' (2020) 11 European Journal of Risk Regulation 338

2. COVID-19 PANDEMİSİ DÖNEMİNDE ULUSLARARASI TİCARET KISITLAMALARI VE DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ HUKUKU

COVID-19 virüsünün küresel yayılımını azaltmak için çok sayıda ülke insanlara ve işletmelere kısıtlamalar getirmiştir. Şehirlerarası ve uluslararası düzeyde getirilen seyahat kısıtlamaları ve sokağa çıkma yasakları uluslararası ticareti doğrudan anlamlı ölçüde etkilemiştir. Özellikle, dünya genelinde 2020 yılının ikinci çeyreğinde ülkelerin katı kısıtlamalar uygulaması uluslararası ticaret hacmini çok ciddi bir şekilde azaltmıştır. Dolayısıyla, küresel ölçekte ülkeler COVID-19 pandemisine hazırlıksız yakalandıkları için ilk dalgalanın ekonomik tahribatı çok yüksek düzeylere ulaşmıştır.⁴

Dünya Ticaret Hacmi – COVID-19 ve 2008 Küresel Finansal



Şekil 1: Dünya Ticaret Hacmi – COVID-19 ve 2008 Küresel Finansal Kriz Kıyaslaması⁵

⁴ Kazunobu Hayakawa and Hiroshi Mukunoki, 'The Impact of COVID-19 on International Trade: Evidence from the First Shock' (2021) 60 Journal of the Japanese and International Economies 102

⁵ Cassidy Chansirik, 'Visualizing How Global Trade is Rebounding from the COVID-19 Induced Recession' (2021) <<https://datainnovation.org/2021/03/visualizing-how-global-trade-is-rebounding-from-the-covid-19-induced-recession/>> Erişim Tarihi 15 March 2021

Wall Street ekonomi analistleri küresel ticaret akışlarının 2020’de COVID-19 pandemisinin ardından 2008’deki küresel finansal kriz sonrasına göre nasıl daha hızlı “V” tipi bir toparlanma seyrini yaşadığını gösteren bir dizi grafik oluşturmuşlardır. Şekil 1, COVID-19 pandeminden sonra küresel ticaret akışlarının 5 ayın sonunda artmaya başladığını göstermektedir. Ancak, 2008 küresel finansal kriz başladığı tarihten en erken 9 ay sonra küresel ticaret akışları artmaya başlamıştır.⁶

Mal ve hizmetlerin sınır ötesi ticareti, ekonomik refahın birincil kaynaklarından biridir ve açık ekonomiler için hayati bir öneme sahiptir. İkinci Dünya Savaşı’ndan bu yana dünya GSYİH’sının bir payı olarak küresel ticaret istikrarlı bir şekilde artmıştır. Artan küresel ticaret potansiyeli ticaret engellerinde azalmalar ve daha fazla dikey arz entegrasyonu, ticaret GSYİH oranında 1960 yılında %25’ten 2008 yılında %60’a yükselmiştir. Ancak daha sonra küresel finansal kriz ve sonuçları dünya ticaretinde %10’dan fazla bir düşüşe yol açtı ve küresel ticaret GSYİH oranında 2009 yılında %52,3’e düşmüştür.⁷ Olumsuz şok, küresel ticaretin uzun vadeli büyüme oranını kalıcı olarak düşürmüştür. Her ne kadar COVID-19 küresel ticarete sert bir düşüşe neden olsa da 2020 yılının ikinci çeyreğinin sonunda ülkelerin kredi ile büyüme stratejisi küresel ticarete çok hızlı toparlanma sağlamıştır. Ancak, COVID-19’un küresel ticarete oluşturduğu kayıplar 2008 küresel finansal krizinden çok daha büyük olmuştur. COVID-19 pandemisi boyunca dünyanın dört bir yanındaki ülkeler virüsü kontrol altına almak için seyahat ve ticarete yeni engeller getirmiştir. Mal ticareti ile ilgili olarak bazı ülkeler ilaç ve gıda gibi son derece temel ürünlerin ihracatına da koruyucu engeller getirmiştir. Buna ilaveten, küresel ticaret önlemleri sistematik incelendiğinde koruyucu ticaret politikalarının küresel ticaret hacmini düşüren arka plandaki temel itici güç olduğu görülebilir. Bu nedenle, COVID-19 pandemisi ile ilgili küresel ticarete yaşanan kayıplar hem COVID-19’un yayılım hızı hem de hükümetler tarafından dünya çapında uygulanan acil durum önlemleri ve ekonomik programlar ile doğrudan bağlantılıdır.

⁶ ibid

⁷ Konstantin Büchel, Stefan Legge, Vincent Pochon and Philipp Wegmüller, ‘Swiss Trade During the COVID-19 Pandemic: An Early Appraisal’ (2020) 156 Swiss Journal of Economics and Statistics 1, 7

2008 küresel finansal kriz ile COVID-19 pandemisi kıyaslandığında ikisinin ortak noktası üretimde yaşanan küresel değer zincirlerindeki düşüş ve korumacılık önlemlerinin aniden artmasıdır. 2008 küresel finansal krizinde yaklaşık 3 çeyrek sonra toparlanma yaşanmış ve küresel ticaret olumlu yönde gelişmiştir. Ancak, COVID-19'un küresel ticarete etkisi daha uzun vadeli ve ulusal ekonomilere vereceği zararın da daha yüksek olacağı tahmin edilmektedir. DTÖ'nün 2020-2021 dönemi küresel ticaret tahminlerine göre iyimser senaryo küresel ticarete %13 kötümser senaryo ise %32 oranında düşüş öngörülmektedir.^{8,9} İyimser senaryo bile COVID-19 pandemisinin küresel ticarete vereceği hasarın 2008 küresel finansal krizinden sonra yaşanan ekonomik tahribattan çok daha büyük olacağı anlamına gelmektedir. DTÖ iyimser senaryosunda bile küresel ticarete yaşanacak düşüş ve ekonomilerde durgunluğun uzun süreli oluşu ile ilgili hazırlıklı olunması yönünde tavsiyeler vermektedir.

COVID-19 pandemisinin zemin hazırladığı küresel ekonomik bozulma geçtikten sonra, küresel ekonomik sistem ve ticari ilişkiler ile ilgili yeniden değerlendirmeler başlayacaktır. Pandeminin uluslararası ticaret boyutlarına iki potansiyel tepki geliştirilmesi muhtemeldir. Bunlardan birincisi, küresel ticaret dinamiklerinin gelecekteki benzer aksamalara daha iyi hazırlanabilmesi için daha fazla uluslararası işbirliğine ihtiyaç duyulmasıdır. Bir diğeri de küreselleşmeden belirli ölçüde kopma ve diğer ülkelere bağımlılığı azaltmaya yönelik içgüdüsel bir tepki olacaktır.¹⁰ Bu iki potansiyel yanıt 2008 küresel finansal krizin ardından ortaya çıkan tepkileri yansıtırsa da COVID-19 pandemisi sonrası küresel ekonomik krize karşı geliştirilecek motivasyonlar farklı olacaktır. COVID-19 sonrası bir dünyada uluslararası ticarete artan işbirliğinin motivasyonu uluslararası tedarik zincirlerinin ve özellikle de ilaç, tıbbi ekipman, tıbbi malzeme ve gıda için olanların kriz zamanlarında açık kalmasını sağlayabilmektedir. Ticaret kısıtlamalarının kaldırılması ekonomik büyümeyi teşvik edebilmektedir. COVID-19 ekonomilerin birbirine nasıl bağımlı hale geldiğini ve küresel tedarik zincirlerine ne ölçüde bağımlı olduğunu göstermiştir.

⁸ Richard Barichello, 'The COVID-19 Pandemic: Anticipating Its Effects on Canada's Agricultural Trade' (2020) 68 Canadian Journal of Agricultural Economics 219, 221

⁹ Sébastien Jean (n 1) 135

¹⁰ William Kerr, 'The COVID-19 Pandemic and Agriculture: Short- and Long-run Implications for International Trade Relations' (2020) 68 Canadian Journal of Agricultural Economics 227

Ticaret kısıtlamaları bazı durumlarda ticaret ortaklarının baskısına yanıt olarak ve ulusal talep, mevcut stoklar ve arz kapasitesi değerlendirmelerini takiben getirilmiş ve ardından gevşetilmiştir. Çoğu tıbbi ürün üreticilerinin bazı hammadelerini ithal etmek zorunda kalması da ihracat kısıtlamalarının tersine dönmesine yol açmıştır.¹¹ COVID-19 öncesi küresel ticarete de ticaret kısıtlamaları özellikle ticaret savaşları retorikleriyle ciddi zarar görmüştü. Dolayısıyla, COVID-19, ticaret savaşları politikaları ile hasar gören küresel ticaret zeminini daha da sarsmıştır. COVID-19, uluslararası ticareti önemli ölçüde ve çeşitli şekillerde etkilemiştir. İhracat yapan ülkelerde, COVID-19 hasarı, o ülkedeki üretim ölçeğinde ve ihracat arzında bir azalma olarak ortaya çıkmıştır. Özellikle uzaktan çalışmanın daha az uygulanabilir olduğu sektörlerde ve ülkelerde ihracatta önemli düzeyde düşüşler yaşanmıştır. COVID-19 ekonomik tahribatının ithalatçı bir ülkedeki etkisi esas olarak o ülkedeki toplam talebin azalmasından kaynaklanmaktadır.¹² COVID-19 pandemisinin ilk dalgasında küresel ölçekte etkili yönetim ve kriz yönetimi anlayışının yoksunluktan dolayı ülkeler pandemiye karşı nasıl davranacağını bilememiştir. Bu nedenle, birçok ülke sokağa çıkma yasağı ve karantina uygulamalarını devreye sokarak insanları evde kalmaya zorlamış ve fabrikaları, iş yerleri, imalathaneleri ve atölyeleri kapatmak durumunda kalmıştır. Pandeminin ilk 5 ayından sonraki dönemde ülkeler kademeli olarak kontrollü normalleşme adımlarını uygulayarak, maske, sosyal mesafe ve hijyen kurallarına dikkate etmek suretiyle üretim faaliyetlerine tekrar başlamıştır.

COVID-19 pandemisinin ölçeği, virüsün yerleşik ticaret ve seyahat rotaları boyunca yayılmasıyla uluslararası ticaret ve küreselleşmenin getirdiği karşılıklı bağımlılığın bir neticesidir. COVID-19'un getirmiş olduğu sorunlar arasında özellikle kişisel koruyucu ekipman ve testler gibi tıbbi malzemelere erişimin azalması, azalan tarifeler ve vergilerin getirdiği bütçe açıkları ve ekonomik faaliyette genel bir düşüş ve durgunluk yer almaktadır. Tıbbi ürünlerle ilgili uluslararası düzeyde yaşanan idari engellerdeki artışlar, bu tür ürünlerdeki ticaret hacmini azaltmakta ve mevcut küresel ticarete değer zincirini bozabilmektedir. Bu tür engeller tıbbi ürünlerin üreticisi olan firmaların ticaret politikalarına hükümetlerin

¹¹ Richard Baldwin and Simon Evenett, 'COVID-19 and Trade Policy: Why Turning Inward Won't Work (Centre for Economic Policy Research Press 2020) 77

¹² Hayakawa and Mukunoki (n 4) 102

siyasi politikalarının etki etmesi ile daha da artmıştır. Ancak, tam tersine bu durum yerel, bölgesel ve ulusal düzeyde tıbbi ürünlerin ticaretinin daha serbest ve kolay hale gelmesini sağlamıştır.¹³ Küresel ticarete tıbbi ürünler için ticaret engellerinin devam etmesi diğer sektörlerle yayılabilme ve ticaret ortakları tarafından misilleme politikalarını tetikleyebilme durumu söz konusudur. Firma düzeyinde coğrafi olarak daha kısıtlı kaynak kullanımı tedarik zinciri direncini azaltabilmektedir.

Gelecekte COVID-19'un küresel ticarete vereceği muhtemel zararları azaltmak ve ekonomik toparlanmayı teşvik etmek için ticaret ile ilgili uygulanan kurallarda daha fazla serbestleşme yapılmasına yönelik küresel bir baskı oluşması muhtemeldir.¹⁴ 24 Nisan 2020'ye kadar, 80'den fazla ülke ve gümrük bölgesi COVID-19 pandemisine anında yanıt olarak ihracat yasakları veya kısıtlamaları getirmiştir. Entegre ve genellikle tam zamanında üretim süreçleriyle karakterize edilen bir dünyada, bu eylemler önce Çin'de sonra başka yerlerde üretilmiş malların arzında belirgin düşüslere neden olmuştur. Pandeminin neden olduğu limanlardaki işçi eksikliği malların hareketini daha da yavaşlatmıştır. Ayrıca, birçok ülkede işyeri kapanmaları ve ardından gelen ücret kayıpları, perakende mallara ve ticareti yapılan hizmetlere olan talebi azaltmıştır.

COVID-19 pandemisinin zararları ülkeler arasındaki ticaret maliyetlerini artırarak küresel ticaret hacmini azaltmıştır. Örneğin, COVID-19 vakaları / ölümleri kara ve deniz taşımacılığı sektörlerinde kamyon şoförleri ve liman işçilerinin sahadaki varlığını azaltmıştır. Pandeminin ilk çeyreğinde sokağa çıkma yasağı ve karantina uygulamaları ile hava ve deniz taşımacılığında sert bir düşüş olmuş ve konteyner taşıyan gemilerin kalkışlarında 2019 yılına oranla neredeyse yarı yarıya bir düşüş olmuştur. Taşımacılık sektörlerindeki COVID-19'dan dolayı yaşanan aksaklıklar nakliyeyi geciktirmiş ve navlun fiyatlarının hızlı bir şekilde artmasını sağlamıştır. Bunun yanı sıra COVID-19 pandemisinde mutasyona uğramış virüs varyasyonlarının oluşması ve virüsün daha hızlı bir şekilde bulaşabilen bir nitelik kazanması ekonominin hem talep hem de arz tarafını önemli ölçüde etkilemiştir. COVID-19'un hızlı yayılması, karantina ve sosyal mesafenin uygulanması ve insanların iş yerlerine olan hareket-

¹³ Christine Côté, Saul Estrin, Klaus Meyer and Daniel Shapiro, 'COVID-19 and The Dynamics of Distance in International Business' (2020) 20(3) IB Insights 2

¹⁴ Pepita Barlow, May Cl van Schalkwyk, Martin McKee, Ron Labonté and David Stuckler, 'COVID-19 and The Collapse of Global Trade: Building an Effective Public Health Response' (2021) 5 Lancet Planet Health 102, 103

liliğinin azalmasına neden olmuştur. Okulların kapatılması bazı işçilerin çocuklarına bakmak için işlerinden ayrılmalarına sebebiyet vermiştir. Ölüm ve uzun süren tedaviler işgücünü önemli ölçüde azaltmıştır.¹⁵ COVID-19'dan ötürü yaşanan bütün bu değişiklikler mal arzını azaltmış ve fiyatları daha esnek hale getirerek ülkelerde arz eğrisinin yukarı yönde kaymasını sağlamıştır. COVID-19 hasarları ve karantina önlemleri ihracatçı ülkelerdeki nakliye sektörlerini bozmuş ve liman ile terminal maliyetlerini artırarak ihracat maliyetlerinin de eşgüdümlü olarak artmasını sağlamıştır. İhracatçı bir ülkedeki COVID-19 hasarları üretim ölçeğinde ihracat arzını azaltmıştır.

İthalatçı bir ülke için COVID-19'un zararlarının ticarete etkisi o ülkenin toplam talepteki düşüşün yanı sıra liman ve terminal işlem maliyetlerindeki artıştan kaynaklanmaktadır. Tedarik şoklarının ithalatçı ülkelerde tedarik zincirleri aracılığıyla COVID-19'un talep şoklarına neden olan zincirleme etkisi bulunmaktadır. Makine ürünleri ve nakliye ekipmanları gibi uluslararası üretim ağlarının geliştirdiği sektörlerde bu tedarik zinciri etkileri gözlemlenmektedir. Online alışveriş ve perakende satış mağazalarının COVID-19'un toplam ticaret talebi üzerindeki olumsuz etkilerinin azaltılmasında önemli rol oynamaktadır. COVID-19'un ticaret üzerindeki olumsuz etkisi tüketicilerin e-ticaret pazarına yönlendirilmesi ile azaltılabilir.

Ticaret kısıtlamaları, toplu bağışıklık için gerekli COVID-19 aşılmasının yanı sıra diğer temel sağlık hizmetlerine erişimi de kısıtlamıştır. Bu sorunlar, birçok ülkede bir liderlik boşluğu yaratan ve koordine olmayan pandemi tepkilerine katkıda bulunmayan aşı milliyetçiliği veya çıkar odaklı bölgeselleşme yaklaşımları ile birleştirilmiştir.¹⁶ Ulusal hükümetler ve küresel kurumlar, küresel ekonomi ve ticaretin çöküşünün ardından pandemi sonrası toparlanma için bir yol oluşturmaya hazırlanmışlardır. Bu toparlanmanın bir parçası olarak herkes için sağlıklı ve sürdürülebilir yaşamlar sağlayacak şekilde ticaret düzenlemelerinde radikal reformlara ihtiyaç duyulmaktadır. Bu reformlar yapılırken ulusal hükümetler BM 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Gündemi'nde belirtilen hususları dikkate almaları önem arz etmektedir.

¹⁵ Barlow, van Schalkwyk, McKee, Labonté and Stuckler (n 14) 102

¹⁶ ibid 103

COVID-19 pandemisine karşı bazı ülkeler ticari kısıtlamalar ile ilgili önlem amaçlı uygulamalara yönelirken, diğer taraftan bazı ülkeler ise ihracat kontrollerinin ve temel mallar üzerindeki kısıtlamaların kaldırılması çağrısında bulunmuştur. COVID-19 pandemisinin küresel ticaret üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi hususu halen bulanık bir görünüme sahip olduğu için pandemiden etkilenen ülkeler tarafından alınan acil durum önlemlerine karşı yasal inceleme ve DTÖ'nün yorumu gerekmektedir.¹⁷

Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Antlaşması'ndan DTÖ kuruluşuna kadar olan süreçte küresel ekonomide dönüşüm gerçekleşmiştir. İhracat kısıtlamaları genellikle DTÖ tarafından yasaklanmıştır. Bu kuralın istisnalarına sadece GATT Madde XI paragraf 1-2, Madde XX ve Madde XXI(b) uyarınca belirli durumlarda izin verilmektedir.¹⁸ GATT-1994'ün XI Maddesi'nin 1. paragrafı, “herhangi bir ürünün ihracatında [...] gümrük vergileri, vergiler veya diğer harçlar dışında hiçbir yasak veya kısıtlama olmayacağını” belirtir. Bununla birlikte, ihracat vergisi, herhangi bir dereceye kadar ihracatı sınırlamak için kullanılabilir. GATT-1994 Madde XI paragraf 2(a) ihracat kısıtlamalarının “gıda maddeleri veya ihracatçı akit taraf için gerekli diğer ürünlerdeki kritik kıtlığı önlemek veya gidermek için geçici olarak uygulanabileceği” belirtilmektedir.¹⁹ Daha önceki DTÖ Temyiz Kurulu içtihadı dikkate alındığında mevcut tedbirlerin temel malların kıtlığının yaşanması durumunda geçici tedbirler olarak GATT Madde XI paragraf 2 kapsamında gerekçelendirildiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, COVID-19 pandemisi göz önüne alındığında, DTÖ Temyiz Kurulu'nun GATT Madde XI paragraf 2'ye ilişkin yorumu, DTÖ Üyelerine kritik kıtlıkları önlemek için gerektiği sürece gıda ve tıbbi malzeme ihracatını kısıtlama yetkisi verdiği anlamına gelmektedir. GATT Madde XX(b) “insan, hayvan ve bitki yaşamını veya sağlığını korumak için gerekli önlemlerin” ticarete alınmasına izin vermektedir. Ayrıca, “Güvenlik İstisnaları” hakkındaki GATT XXI(b)(iii) Maddesi, GATT'taki hiçbir şeyin herhangi bir DTÖ Üyesi Devletin “uluslararası ilişkilerde acil durum teşkil eden temel güvenlik çıkarlarının

¹⁷ Ignacio Carreño, Tobias Dolle, Lourdes Medina and Moritz Brandenburger, ‘The Implications of the COVID-19 Pandemic on Trade’ (2020) 11 European Journal of Risk Regulation 407

¹⁸ ibid 408

¹⁹ Kerr (n 10) 227

korunması için gerekli gördüğü herhangi bir eylemin” gerçekleştirilmesi- ni önlemek için yorumlanmaması gerektiğini belirtmektedir.²⁰

2008 küresel finansal krizini takiben gıda fiyatı krizinin ardından, DTÖ’de ihracat kısıtlamaları konusunda sıkılaştırmalara ilişkin ciddi tartışmalar yaşanmış ancak sonuç alınamamıştır.²¹ GATT’ın XI Maddesi kritik kıtlıkları önlemek veya hafifletmek amacıyla geçici önlemlere izin verirken, ihracat kısıtlamalarını nominal olarak yasaklamaktadır. Esasen, COVID-19 pandemisinde ülkelerin uyguladığı tüm ihracat kısıtlamaları GATT’ın XI Maddesi’nde belirtilen muafiyetlerin kapsamında değerlendirilmiştir. İhracat kontrollerinin gevşetilmesi muammelesi, başından beri ticaret rejiminin bir özelliği olmuştur. Uluslararası sözleşmelerde tarafların müzakere etmesinin teşvik edilmesine dair genel kabule rağmen geçmişte ihracat kısıtlamaları konusunda az taviz verilmiştir. Ancak, acil durumlarda onları askıya alma ihtiyaçlarından dolayı devletlerin acil ve olağanüstü durumlarda katı kurallara kendilerini adamakta isteksiz oldukları belirtilmektedir.²² İhracat kısıtlamalarına ihtiyaç duyulduğunda riskler genellikle kritik bir düzeye ulaşır ve netice itibarıyla harekete geçmeye yönelik siyasi baskı birçok ithalat tarifesinde olduğundan daha yüksek olabilmektedir.

DTÖ hukuku, kamusal acil durumlarda ticaret kısıtlamalarının kullanılmasına izin vermekte ancak bunların geçici olması ve sadece kriz süresince devam etmesi gerekmektedir. Bunun sebebi, ihracat kontrollerinin kullanımının firmaların üretimi artırma kapasitelerinin kısıtlanması, fiyatların artması ve diğer ülkelerin tedarikleri ithal etme kabiliyetlerinin engellenmesi dahil olmak üzere küresel ticarete olumsuz yayılmalara yol açabilmektedir.²³ Tıbbi ürünlerle ilgili olarak, bu tür ürünleri ihraç eden DTÖ Üyeleri GATT Made XX(b)’nin genel istisnasını da uygulayabilir. GATT Madde XX(b) insan hayatını ve sağlığını korumak için gerekli önlemlere izin vermekte ancak bu önlemlerin aynı koşulların geçerli olduğu ülkeler arasında keyfi veya haksız ayrımcılık aracı oluşturacak şe-

²⁰ Carreño, Dolle, Medina and Brandenburger (n 17) 408

²¹ Kerr (n 10) 228

²² Krzysztof Pelc, ‘Can COVID-era Export Restrictions Be Deterred?’ (2020) 53 Canadian Journal of Political Science 351

²³ Bernard Hoekman, Anirudh Shingal, Varun Eknath and Viktoriya Ereshchenko, ‘COVID-19, Public Procurement Regimes and Trade Policy’ (2021) World Economy 2

kilde veya uluslararası ticarette gizli bir kısıtlamaya gidecek şekilde uygulanmaması gerekmektedir. Bu açıklamalar ışığında, tıbbi ekipmanlar üzerindeki ayırım gözetmeyen ihracat kısıtlamalarının acil müdahale gereklilikleriyle sınırlı oldukları sürece DTÖ hukukuna uygun olduğu görülmektedir. Fakat uluslararası ilişkilerde olağanüstü durumlarda güvenlik çıkarlarının korunmasına ilişkin GATT XXI(b) Maddesi mevcut tedbirler için uygun bir gerekçe olarak görünmemektedir. Her ne kadar COVID-19 pandemisi bağlamında GATT Madde XXI(b)'nin uygulanabilirliği tartışılsa da, DTÖ Temyiz Kurulu temel olarak silahlı çatışmalar etrafında dönen ve sağlıkla ilgili acil durumları içermeyen devlet-merkezli ve uluslararası ilişkilerde olağanüstü hal boyutuyla belirli bir tanımlama kullanmaktadır.²⁴

COVID-19, ülkelerin uluslararası işbirliğini reddetmelerine ve ticaret engellerini yükseltmelerine yol açabilmektedir. Ticaret engellerini empoze etme motivasyonu geleneksel korumacılıktan farklı olmaktadır. Ülkeler, yabancı tedarikçilere fazla bağımlı olduklarını hissedebilirler. Küreselleşmeden çekilmek ve iç kaynakları teşvik etmek isteyebilirler. Bu, özellikle tıbbi ürünlerin bazı formlarını tedarik etmede Çin'in önemi göz önüne alındığında doğrudur.

Bernstein ve Hannah²⁵ çalışmalarında aşağıdaki 2 soruyu irdeleyerek DTÖ'nün Küresel Ekonomik Yönetişimdeki kurumsal tutarlılık / tutarsızlık konularını analiz etmişlerdir: (1) DTÖ'nün kuralları diğer uluslararası kuruluşların kuralları ile örtüşmekte midir? Yoksa rekabet içerisinde midir? (2) DTÖ ile diğer uluslararası ve ulusaşırı kurumlar / devlet-dışı aktörler arasında uyum ve tutarlılık veya tutarsızlık sağlayan etki faktörleri neler olabilir? Hepple'ye göre²⁶ DTÖ, çalışma hakları ve çalışma standartları uygulamaları etkililiği azalmakta ve Uluslararası Çalışma Örgütü'ne (ILO) alternatif olma niteliğini kaybetmektedir. GATT Madde 20, 20a, 20b, 20e ve 35 incelendiğinde ve ILO düzenlemeleri ile kıyaslandığında çok farklı olmadıkları anlaşılabılır. DTÖ'nün uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak uluslararası bir ticaret mahkemesi görünümüne sahip olmaması gerektiği ve aynı zamanda etkililiğini

²⁴ Carreño, Dolle, Medina and Brandenburger (n 17) 408

²⁵ Steven Bernstein and Erin Hannah, 'The WTO and Institutional (In)coherence in Global Economic Governance' in Amrita Narlikar, Martin Dauntton and Robert Stern (eds.) The Oxford Handbook on The World Trade Organization (OUP 2014)

²⁶ Bob Hepple, Labour Laws and Global Trade (OUP 2005)

uluslararası alanda artırmak suretiyle diğer uluslararası kuruluşlar ile (ILO vb.) çelişmemesi veya çatışmaması gerektiği hususları sıkça DTÖ'ye yöneltilen eleştirilerdir. DTÖ büyük ölçekli ve güçlü uluslararası kurumlar ile spesifik olarak ticari liberalizasyonu kolaylaştırmak için politikaların ve düzenlemelerin sağlanması ve koordinasyonunu en iyi şekilde yapabilecek son derece iyi donanımlı bir kurumdur. Ancak, devletler DTÖ'ye kendi uyguladıkları ekonomik rejimin hedeflerini dolaylı olarak sarsabilecek makroekonomik politikalar ve uygulamaların yetki ve vekâletini transfer etmek istememektedir. Uluslararası ticaret rejimindeki karmaşıklıklar, kurumsal güçteki eşitsizlikler, Kuzey Yarımküre ile Güney Yarımküre arasındaki yapısal asimetrik sorunlar vb. gibi birçok problem DTÖ'ye normatif açıdan hukuki sınırlandırmalar sağlamaktadır. DTÖ adil bir dünya ekonomisi ve az gelişmiş ülkeler lehine değil de daha çok her alanda gelişmiş ve refah toplumu olmayı başarmış ülkelerin zenginliklerine birikimsel katkı sağlamıştır.

DTÖ hukuku kapsamında 'en çok gözetilen / kayırılan ülke kuralı' ve 'milli muamele kuralı' ile gelişmiş ülkelerin çok uluslu şirketlere büyük avantajlar sağlayarak ne geliştirmekte olan ülkelerde dünya çapında çok uluslu şirketler ile rekabet edebilecek ekonomik potansiyele ve ileri teknolojiye sahip firmaların açığa çıkmasına ne de az gelişmiş ülkelerde sürdürülebilir kalkınma, inovasyon ve refah toplumuna geçişe imkan tanımaktadır. Küresel ticaret dinamiklerinin güçlendirilmesi ülkelerin ve şirketlerin "Endüstri 4.0", dijital dönüşüm ve ileri teknolojilerin kullanılmasına bağlıdır.

3. DİJİTALLEŞME VE TEKNOLOJİNİN KÜRESEL TİCARETE ETKİLERİ

COVID-19 pandemisinde teknolojinin kullanımı ve hızla sektörlerde dijitalleşmeye geçiş küresel ticaret dinamiklerini doğrudan etkilemiştir. Küresel ticarete çevrimiçi görüşmeler ve dijital sözleşmelerin kullanımı daha yaygın hale gelmiştir. Elektronik ticaret ve online alışveriş platformlarının mobil uygulamalar ile bütünleşmesi mal alım ve satımında standart yöntemler haline gelmiştir.²⁷ Ayrıca, COVID-19 pandemisinde lojistiğe duyulan yüksek ihtiyaç düzeyi lojistik sektörünün ilk zamanlardaki yoğunluk ile başa çıkamaması ve talep patlamasından dolayı lo-

²⁷ Hayakawa and Mukunoki (n 4) 102

jistik firmalarının aşırı zorlandıkları görülmüştür. Pek çok ülke, bilgi teknolojileri ve telekomünikasyon sistemlerini devreye sokarak ekonomik aktivitelerini devam ettirmeye çalışmıştır. Teknolojinin kullanımının artması ve yaygınlaşması COVID-19'un ticaret üzerindeki olumsuz etkilerinin zamanla azalmasına katkıda bulunabilmektedir. Dijitalleşme ve teknolojinin kullanımı firmalarda üretkenlik ve verimlilik gibi faktörlerde olumlu yönde artış sağlanmasına neden olabilmektedir. Dolayısıyla, dijitalleşme ve teknolojinin kullanımı ihracat performanslarına da anlamlı etki yapabilmektedir.

COVID-19 pandemisi bağlamında dijital teknolojilerin benimsenmesinin krize müdahalelerde önemli bir rol oynadığı görülmektedir. Hükümetler, COVID-19 pandemisinde virüs izleme ve hastalık tedavisinde büyük veri, yapay zeka, bulut bilişim ve diğer dijital teknolojilerin kullanımını teşvik etmiştir. Örneğin, büyük veri teknolojisi gerçek zamanlı pandemi izleme süreci için destek sağlayabilmektedir. Çevrimiçi ofis yazılımının benimsenmesi de çalışanların esnek bir şekilde uzaktan çalışmalarına katkı yapabilmektedir.²⁸

Dijital dönüşüm, gelişmiş teknolojilerin birleşimi, fiziksel ve dijital sistemlerin entegrasyonu ile karakterize edilmektedir. Dijital dönüşümde yenilikçi iş modelleri, yeni üretim süreçleri ve bilgiye dayalı ürün ile hizmetlerin oluşturulması hakimdir. Dijitalleşme yeni bir olgu olmasa da dijital dönüşüm ile ilgili zorluklar ve fırsatlar sürekli değişmektedir. COVID-19'un ortaya çıkmasından önce, dijital dönüşümün yarattığı zorluklar esas olarak "Endüstri 4.0", nesnelerin interneti ve "Web 4.0" kavramlarıyla ilişkili dördüncü sanayi devrimine odaklanmıştır. Dijital dönüşüm sürecinde yaşanan zorluklar ileri teknolojilerin oluşturduğu yaratıcı yıkım dalgaları hem kavramsal zorlukların açığa çıkmasına neden olmuş hem de dijital dönüşüm hızını etkilemiştir.²⁹ Birçok araştırma dijital dönüşümde en gelişmiş kamu ve özel sektör kurumlarının faaliyetlerinin ve iş akışlarının dijital dönüşümün zorluklarıyla yüzleşmeye henüz tam olarak hazır olmadıklarını göstermektedir. Dijitalleşme ve ileri teknolojilerin kullanımı süreçlerin yeniden yapılandırılmasını ve kurumların daha çevik

²⁸ Hai Guo, ZhuenYang, Ran Huang and Anqi Guo, 'The Digitalization and Public Crisis Responses of Small and Medium Enterprises: Implications from a COVID-19 Survey' (2020) 14 *Frontiers of Business Research in China* 2

²⁹ Fernando Almeida, José Duarte Santos and José Monteiro, 'The Challenges and Opportunities in the Digitalization of Companies in a Post-COVID-19 World' (2020) 48(3) *IEEE Engineering Management Review* 97

hale getirilmesini, daha organik yapılara yatırım yapmayı, standardizasyonu ve otomasyonu güçlendirmeyi gerektirmektedir. COVID-19 pandemisi zor ve belirsiz zamanları beraberinde getirmiş ve dijital dönüşümün kaçınılmaz süreçlerini hızlandırmıştır. Bu aşamada, COVID-19 sonrası dünya hakkında düşünmeye başlamak ve herşeyden önce bu zorlukların hem sağlık sektöründe hem de diğer sektörlerde yeni fırsatlara nasıl dönüştürülebileceğinin keşfedilmesi önemlidir. COVID-19 pandemisi devletlerin sosyal ve ekonomik faaliyetlerindeki dijital dönüşümler üzerinde ve dış ekonomik faaliyetlerin gelişiminde doğrudan etkilere neden olmuştur. COVID-19 pandemisi dijital ekonomi üzerindeki tesirini artırmakta ve küresel ticarete ülkelerin kurumsal yapısı ile ekonomik ilişkileri üzerinde dramatik değişikliklerin oluşmasını sağlamaktadır.³⁰

COVID-19 pandemisi dijitalleşme ve teknolojik altyapı konusunda mevcut sağlık tesisleri ve tedavi sistemlerinde etkili düzeyde kullanılıp kullanılmadıklarını test etmiştir. Pandemiyle ilgili çeşitli sorunların üstesinden gelmek için çeşitli ileri teknolojilerin kullanılmasına ihtiyaç vardır. Örneğin, “Endüstri 4.0” insanlığın farklı alanlarında özelleştirilmiş gereksinimleri daha kısa sürede yerine getirmek için gelişmiş üretim ve bilgi teknolojilerinden oluşan dördüncü sanayi devrimi olarak bilinmektedir. Bu ileri teknolojiler otomasyonu geliştirmek için üretim ve hizmet sektöründe kablosuz bağlantılar sağlamaktadır. “Endüstri 4.0”ın tam olarak uygulanan senaryosunda, yapay zeka, nesnelerin interneti, büyük veri, artırılmış gerçeklik, holografi, bulut bilişim, 3 boyutlu yazıcı, otonom robotlar, 3 boyutlu tarayıcı, ve biyosensör gibi ileri teknolojilerin birbirine entegre olduğu ve tıbbi paydaşların aşı, sağlık ekipmanı ve lojistik, kontrol, gözetim, tespit ve daha az insan fiziği ile gerekli eylemlere karar vermek için birbirleriyle iletişim kurduğu görülmektedir. “Endüstri 4.0” fabrikalarında kablosuz bağlantı ve sensörlerle desteklenen makineler bulunmaktadır. Bu sensörler, tüm üretim hattını görselleştirip izleyebilen ve kendi kararlarını verebilen bir sisteme bağlıdır. “Endüstri 4.0” COVID-19 pandemisinin eksikliğini gidermek amacıyla temel tek kullanımlık ürünlerin üretimi için akıllı üretim süreçlerini kullanmaktadır. Bu

³⁰ Anna Shkalenko and E. Fadeeva, ‘Analysis of the Impact of Digitalization on the Development of Foreign Economic Activity During COVID-19 Pandemic’ (2020) 138 *Advances in Economics, Business and Management Research* 1190

tür akıllı üretim, hastaların gerekli tıbbi malzemeleri zamanında alabilecekleri akıllı bir tıbbi tek kullanımlık malzeme ve ekipman tedarik zinciri sağlamaktadır. “Endüstri 4.0” yapay zeka, nesnelerin interneti ve diğer dijital teknolojiler tarafından sağlanan gerçek zamanlı bilgilerin neredeyse tüm üretim süreçleri için esnek bir üretim hattı olarak kullanılan akıllı bir sistemdir. Herhangi bir tıbbi parçanın tasarımı ve geliştirilmesi ileri tasarım yazılımı kullanılarak hızlı bir şekilde yapılmakta ve gerekli parçaları basmak için 3D yazıcı gibi daha fazla dijital üretim teknolojileri kullanılmaktadır. Dolayısıyla, “Endüstri 4.0” teknolojileri pandemi sırasında günlük hayatımıza daha efektif dijital çözümler sunma kapasitesine sahiptir. COVID-19 pandemisinin etkilerini azaltmada “Endüstri 4.0” teknolojilerinin faydaları aşağıda maddeler halinde sunulmuştur.³¹

- ❖ COVID-19 ile ilgili faaliyetlerin planlanmasına yardımcı olma;
- ❖ Sağlık hizmetleri ve diğer çalışanlara risk oluşturmaksızın daha iyi bir deneyim sağlamak;
- ❖ COVID-19 virüsü ile ilgili ihtiyati madde üretimini sağlama;
- ❖ Akıllı tedarik zinciri kullanılmak suretiyle tam zamanında tıbbi parça temin etme;
- ❖ Enfekte hasta sayısını azaltmak için robotik tabanlı tedavi kullanımı ve doktorlarda riski minimize etme;
- ❖ Eğitim amaçlı sanal gerçeklik kullanımını sağlama;
- ❖ Esnek bir tedavi çalışma ortamını teşvik etme;
- ❖ Dijital teknolojilerin karantina dönemlerinde insanların işlerini ev ortamında gerçekleştirmelerine yardımcı olma;
- ❖ İleri üretim ve dijital teknolojilerin yardımıyla çeşitli yenilikler sağlama;
- ❖ İleri teknolojileri olağandışı bilgileri belirlemek için sosyal ve medya platformlarını kapsayabilme;
- ❖ COVID-19 virüsünün daha iyi risk değerlendirmesi ve küresel halk sağlığı acil durumu için kullanılabilmektedir.

COVID-19 pandemisi dijital projeleri artırmış ve kuruluşların dijital dönüşümünü önemli ölçüde hızlandırmıştır. Ekonominin dijitalleşmesi çok sayıda yeni hizmet ve kullanımın geliştirilmesini sağlamıştır. Dijital girişimcilik bu dönüşüm sürecinde inovatif projelerin hayata geçirilmesi-

³¹ Mohd Javaid, Abid Haleem, Raju Vaishya, Shashi Bahl, Rajiv Suman and Abhishek Vaish, ‘Industry 4.0 Technologies and Their Applications in Fighting COVID-19 Pandemic’ (2020) 14 Diabetes & Metabolic Syndrome: Clinical Research & Reviews 419

ne zemin hazırlamıştır. Örneğin, günümüzde FinTech, LegalTech, ComptaTech ve AssurTech gibi yaratımdan yönetime kadar dijital girişimcilik ihtiyaçları kapsamında bir dizi dijital araç geliştirilmiştir.³² Dijital teknolojiler arasında yeni nesil telekomünikasyon ağları (örneğin; 5G vb.) ile nesnelerin interneti, büyük veri analizi, derin öğrenmeyi kullanan yapay zeka ve blokzincir teknolojisi COVID-19 pandemisinden sonra çok daha hızlı gelişim sağlamış ve sektörlerde kullanımları yaygınlaşmıştır. Birbirleriyle son derece entegre olan bu dijital teknolojiler birbirleriyle yüksek oranda bağlantılı bir dijital ekosistemin kurulmasını kolaylaştırmıştır. Hastanelerde ve kliniklerde nesnelerin interneti teknolojisinin cihazlar ve araçlar yolu ile çoğalması ve gerçek zamanlı veri toplamanın yapay zeka tarafından işlevsel bir şekilde kullanılabilirliği sağlık hizmetlerindeki yeni trendleri anlamada, risk ilişkilerini modellemede ve derin öğrenme sistemlerinin kullanımıyla sonuçların tahmin edilmesinde kolaylıklar ve esneklikler sağlamıştır. Ayrıca, blokzincir teknolojisi ile kriptografik protokollere sahip veritabanları ve farklı kuruluşlarda yer alan bilgisayarlardan oluşan ağlar ile verilerin birden fazla fiziksel konumda kopyalanmasını sağlama ve ağların entegre edilmesi yoluyla verilerin değiştirilmiş algoritmalar ile korunması ve izlenmesi mümkün hale gelmiştir. Buna ilaveten, bazı yüz tanıma sistemleri geliştiren şirketler (SenseTime ve Sunell) çeşitli tarama noktalarında yüksek ateş gibi COVID-19 semptomu gösteren kişileri tespit etmek için termal kamera ile aktif görüntülemeyi etkinleştiren yüz tanımayı mümkün hale getirmiştir.³³

Nesnelerin interneti, halk sağlığı kurumlarının COVID-19 pandemisini izlemek için verilere erişmesine olanak sağlayan bir platform sunmaktadır. Örneğin, “Worldometer” veritabanı günlük enfekte vakaları, ülkelere göre hastalık dağılımı, hastalığın ciddiyeti (iyileşen, durumu kritik olan ve vefat) ve dünya çapında COVID-19 olduğu bilinen kişi sayısı hakkında gerçek zamanlı bir güncelleme sağlamaktadır.³⁴ Johns Hopkins Üniversitesi Sistem Bilimi ve Mühendisliği Merkezi, ABD Hastalık Kontrol ve Önleme Merkezleri (CDC), DSÖ, Avrupa Hastalık Ön-

³² Guillaume Bigot and Rony Germon, Resilience, ‘Digitalization, and CSR’s Three Pillars to Develop Robust Post-COVID MSMEs’ (2021) Journal of the International Council for Small Business 3

³³ Daniel Shu Wei Ting, Lawrence Carin, Victor Dzau and Tien Y. Wong, ‘Digital Technology and COVID-19’ (2020) 26 Nature Medicine 459

³⁴ <https://www.worldometers.info/coronavirus/> Erişim Tarihi: 15 March 2021

leme ve Kontrol Merkezi, Çin Hastalık Önleme ve Kontrol Merkezi ve Çin Ulusal Sağlık Komisyonu'ndan toplanan verileri kullanarak dünya çapında COVID-19 vakaları için gerçek zamanlı bir izleme haritası geliştirilmiştir.³⁵ Aynı şekilde, Oxford Üniversitesi Küresel Değişim Veri Laboratuvarı, dünyanın farklı ülkelerinde aşılanan kişi sayısı, hangi aşılardan hangi ülkelere ne oranda dağıtıldığı COVID-19 aşısı yapılan kişi sayısının ülkelere göre oranı vb. gibi parametrelere göre dijital teknolojilerin kullanımı ile güncel veriler görsel grafik ve göstergelere dönüştürmektedir (Oxford Üniversitesi Küresel Değişim Veri Laboratuvarı, 2021).³⁶

4. SONUÇ

Küresel ekonomik entegrasyon dünyada çok boyutlu ve geniş kapsamlı olarak gelişirken sosyolojik, hukuki, politik ve kültürel açıdan birçok ülkeye tesiri anlamlı ölçüde olmuştur. 21. yüzyılda, genel olarak ulus-devlet olgusunun ve spesifik anlamda klasik egemenlik anlayışının aşırı zarar görmesi, dünyada bir temsiliyet sorununun açığa çıkmasına sebep olmuştur. Michael Lind “egemenliğin çözülmesinin”, kendini savunma ya da örneğin, çok-uluslu ya da uluslar-ötesi birçok durum için DTÖ ile müzakere hakkı gibi belli egemenlik vasıflarına sahip bir halkın vekalet vermesinin, bu tür bir vekalet uzlaşımına dayalı ve feshedilebilir olduğu sürece halkın egemenliği düşüncesini ortadan kaldırmayacağı savını ortaya atmaktadır. Küreselleşme, dünyanın her tarafındaki insan etkinliklerinin yoğunluğunu ve birbirine bağlılığını arttırdığı ölçüde yeni temsil alanlarının ve temsil mantıklarının yaratılması sonucunu doğurmaktadır.³⁷

Rekabet ortamının sürekli artış trendinde olduğu ve bilgi ekonomisine / toplumuna geçişin hızlı bir şekilde gerçekleştiği bir dünyada artık uluslararası ve ulusaşırı kurumlar birbirleri ile daha da yakınlaşmakta ve sadece tüzel kişiliğe sahip kurumlar düzeyinde değil, artık gerçek kişile-

³⁵ Johns Hopkins Coronavirus Resource Center, ‘COVID-19 Global Map’ (2021) <<https://coronavirus.jhu.edu/map.html>> Erişim Tarihi 15 March 2021

³⁶ University of Oxford Global Change Data Lab, ‘Our World in Data, Statistics and Research: Coronavirus (COVID-19) Vaccinations’ (2021) <<https://ourworldindata.org/covid-vaccinations>> Erişim Tarihi 15 March 2021

³⁷ Seyla Benhabib, Ötekilerin Hakları: Yabancılar, Yerliler, Vatandaşlar (1st edn, İletişim Yayınları 2006) 226

rin oluşturduğu bireyler düzeyinde de ciddi manada bir gelişim, dışa açıklık, işbirliği ve etkileşim gerçekleşmektedir.

‘Ulus-devlet’ anlayışının önce modern-devlet / post-modern devlet yapısına ve en sonunda da uluslararası piyasalara ve küresel ekonomiye tamamen entegre olmuş merkeziz (de-centered) devlet sistemine ve bu sistemin iç yapısında coğrafyasızlaşma / yersiz yurtsuzlaşma (deterritorialization) hem ekonomik, politik, kültürel ve sosyolojik disiplinler içerisinde, hem de bu oluşumun meşru zemin içerisinde gerçekleşebilmesi için ulusal hukuk, uluslararası hukuk ve ulusüstü (supranational) hukuk mekanizması ile büyük bir dönüşüm yaşanmıştır.

COVID-19 pandemisi ile 2008 küresel finansal kriz karşılaştırıldığında, üretimde yaşanan küresel değer zincirlerindeki düşüş ve korumacılık önlemlerinin aniden artış göstermesi her iki dönem için ortak nokta olarak vurgulanmıştır. Pandeminin başlangıç döneminde sokağa çıkma yasağı ve karantina uygulamaları ile hava ve deniz taşımacılığında sert bir düşüş olmuş ve konteyner taşıyan gemilerin kalkışlarında bir önceki yıla oranla neredeyse yarı yarıya bir düşüş gerçekleşmiştir. Taşımacılık sektörlerinde pandemiden dolayı yaşanan aksaklıklar nakliyeyi geciktirmiş ve navlun fiyatlarının hızlı bir şekilde artmasına neden olmuştur. COVID-19 pandemisinin küresel ticaret üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi halihazırda belirsizliğini koruduğu için pandemiden etkilenen ülkeler tarafından alınan acil durum önlemlerine karşı yasal incelemenin ve DTÖ yorumunun gerektiği vurgulanmıştır. İhracat kısıtlamaları genellikle DTÖ tarafından yasaklanmış olup bu kuralın istisnalarına sadece GATT’ın ilgili maddeleri uyarınca belirli durumlarda izin verildiği ifade edilmiştir.³⁸ Ancak DTÖ hukuku, kamusal acil durumlarda ticaret kısıtlamalarının kullanılmasına izin vermekle birlikte bunların geçici olması ve sadece kriz süresince devam etmesi gerektiğinin altını çizmektedir.

Küresel ticaret dinamiklerinin güçlendirilmesi ülkelerin ve küresel şirketlerin “Endüstri 4.0”, dijital dönüşüm ve ileri teknolojileri ne ölçüde kullanabileceklerine bağlıdır. Pandemi döneminde teknolojinin kullanımı ve hızla sektörlerde dijitalleşmeye geçiş küresel ticaret dinamiklerini doğrudan etkilemiştir. Küresel ticarete internet tabanlı iletişim ve dijital sözleşmelerin kullanımı daha fazla yaygınlaşmıştır. Elektronik ticaret ve

³⁸ Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Carreño Dolle, Medina and Brandenburger (2020)

online alışveriş platformlarının mobil uygulamalar ile bütünleşmesi mal alım ve satımında standart yöntemler haline gelmiştir.

COVID-19 pandemisi bağlamında dijital teknolojilerin benimsenmesi krize karşı koymada önemli bir rol oynamaktadır. Birçok ülke, COVID-19 virüsünü izlemek için hastalık tedavisinde büyük veri, yapay zeka, bulut bilişim ve diğer dijital teknolojilerin kullanımını teşvik etmiştir. Büyük veri teknolojisi gerçek zamanlı pandemi izleme süreci için destek sağlayabilmekte, çevrimiçi ofis yazılımının benimsenmesi ise çalışanların esnek bir şekilde uzaktan çalışmalarına katkı yapabilmektedir. Dijital dönüşüm, gelişmiş teknolojilerin birleşimi, fiziksel ve dijital sistemlerin uyumluluğu ile tanımlanmaktadır. Dijital dönüşümde yenilikçi iş modelleri, yeni üretim süreçleri ve bilgiye dayalı ürün ile hizmetlerin oluşturulması hakimdir. Dijitalleşme yeni bir olgu olmamakla birlikte dijital dönüşüm ile ilgili zorluklar ve fırsatlar sürekli değişiklik göstermektedir.^{39,40} COVID-19 pandemisi dijitalleşme ve teknolojik altyapı konusunda mevcut sağlık tesisleri ve tedavi sistemlerinde etkili düzeyde kullanılıp kullanılmadıklarını test etmiştir. Ayrıca pandemi öncesinde dijitalleşme ve son teknolojinin kullanıldığı bir çok proje, ihtiyaç doğrultusunda öncelikli statüye alınmıştır.

Küresel ticarete daha fazla uluslararası işbirliği mi yoksa daha az uluslararası katılımın mı olacağı COVID-19 pandemisi sonrasında ortaya çıkacak muhtemel dinamik yollara bağlı olacaktır. Küresel ticarete normale yakın bir dengeye hızlı dönüş yapılırsa, o zaman hükümetler tarım ticareti dahil ticaret kurallarını güçlendirmek için işbirliği yapmanın avantajlarını görebilir. Öte yandan, COVID-19 pandemisinden sonraki uyum sürecinde küresel ekonomi üzerinde daha fazla kontrol amaçlı siyasi baskı oluşturulabilir.⁴¹ Gelecekte tedarik zincirlerinin kriz zamanlarında işler durumda kalmasına yardımcı olmak için uluslararası işbirliğini güçlendirme gereksinimi olabilir. COVID-19 pandemisi gıda güvenliğinin yabancı kaynaklara bağımlılığını açıkça göstermiştir. Bu daha fazla kendi kendine yeterlilik, korumacı önlemler ve daha az uluslararası katılım için artan çağrılara yol açacaktır. Tarım ve gıda ile ilgili küresel ticarete hangi aktörlerin hakim olacağı kısmen COVID-19 pandemisinin ardından ekonomilerin nasıl gelişeceğine bağlı olacaktır.

³⁹ Guo, Yang, Huang and Guo (n 28) 2

⁴⁰ Shkalenko and Fadeeva (n 30) 1190

⁴¹ Kerr (n 10) 225, 228

KAYNAKÇA

Almeida F, Santos JD and Monteiro JA, ‘The Challenges and Opportunities in the Digitalization of Companies in a Post-COVID-19 World’ (2020) 48(3) IEEE Engineering Management Review 97-103

Baldwin RE and Evenett SJ, COVID-19 and Trade Policy: Why Turning Inward Won’t Work (Centre for Economic Policy Research Press 2020) 77-88

Barichello R, ‘The COVID-19 Pandemic: Anticipating Its Effects on Canada’s Agricultural Trade’ (2020) 68 Canadian Journal of Agricultural Economics 219-224

Barlow P, van Schalkwyk MC, McKee M, Labonté R and Stuckler D, ‘COVID-19 and The Collapse of Global Trade: Building an Effective Public Health Response’ (2021) 5 Lancet Planet Health 102-107

Benhabib S, Ötekilerin Hakları: Yabancılar, Yerliler, Vatandaşlar (1st edn, İletişim Yayınları 2006)

Bernstein S and Hannah E, ‘The WTO and Institutional (In)coherence in Global Economic Governance’ in Amrita Narlikar, Martin Daunton and Robert Stern (eds.) The Oxford Handbook on The World Trade Organization (OUP 2014)

Bigot G and Germon R, ‘Resilience, Digitalization, and CSR’s Three Pillars to Develop Robust Post-COVID MSMEs’ (2021) Journal of the International Council for Small Business <<https://doi.org/10.1080/26437015.2020.1852061>>

Büchel K, Legge S, Pochon V and Wegmüller P, ‘Swiss Trade During the COVID-19 Pandemic: An Early Appraisal’ (2020) 156 Swiss Journal of Economics and Statistics 1-15

Carreño I, Dolle T, Medina L and Brandenburger M, ‘The Implications of the COVID-19 Pandemic on Trade’ (2020) 11 European Journal of Risk Regulation 402-410

Chansirik C, ‘Visualizing How Global Trade is Rebounding From the COVID-19 Induced Recession’ (2021) <<https://datainnovation.org/2021/03/visualizing-how-global-trade-is-rebounding-from-the-covid-19-induced-recession/>> Erişim Tarihi 15 March 2021

Côté C, Estrin S, Meyer K and Shapiro D, ‘COVID-19 and The Dynamics of Distance in International Business’ (2020) 20(3) IB Insights <<https://doi.org/10.46697/001c.18080>>

Glauber J, Laborde D, Martin W and Vos R, ‘COVID-19: Trade Restrictions Are Worst Possible Response to Safeguard Food Security’ (2020) International Food Policy Research Institute, <<https://www.ifpri.org/blog/covid-19-trade-restrictions-are-worst-possible-response-safeguard-food-security>> Erişim Tarihi 15 March 2021

Gruszczynski L, ‘The COVID-19 Pandemic and International Trade: Temporary Turbulence or Paradigm Shift?’ (2020) 11 European Journal of Risk Regulation 337-342

Guo H, Yang Z, Huang R and Guo A, ‘The Digitalization and Public Crisis Responses of Small and Medium Enterprises: Implications from a COVID-19 Survey’ (2020) 14 Frontiers of Business Research in China 1-25

Hayakawa K and Mukunoki H, ‘The Impact of COVID-19 on International Trade: Evidence From the First Shock’ (2021) 60 Journal of the Japanese and International Economies 101135

Hepple B, Labour Laws and Global Trade (OUP 2005)

Hoekman B, Shingal A, Eknath V and Ereshchenko V, ‘COVID-19, Public Procurement Regimes and Trade Policy’ (2021) World Economy <<https://doi.org/10.1111/twec.13118>>

Javaid M, Haleem A, Vaishya R, Bahl S, Suman R and Vaish A, ‘Industry 4.0 Technologies and Their Applications in Fighting COVID-19 Pandemic’ (2020) 14 Diabetes & Metabolic Syndrome: Clinical Research & Reviews 419-422

Jean S, ‘How the COVID-19 Pandemic Is Reshaping the Trade Landscape and What to Do About It’ (2020) 55(3) Intereconomics 135-139

Johns Hopkins Coronavirus Resource Center, COVID-19 Global Map (2021) <<https://coronavirus.jhu.edu/map.html>> Erişim Tarihi 25 March 2021

Kerr W, ‘The COVID-19 Pandemic and Agriculture: Short- and Long-run Implications for International Trade Relations’ (2020) 68 Canadian Journal of Agricultural Economics 225-229

Pelc K, ‘Can COVID-era Export Restrictions Be Deterred?’ (2020) 53 Canadian Journal of Political Science 349-356

Shkalenko A and Fadeeva E, ‘Analysis of the Impact of Digitalization on the Development of Foreign Economic Activity During COVID-

19 Pandemic' (2020) 138 *Advances in Economics, Business and Management Research* 1190-1195

Ting DSW, Carin L, Dzau V and Wong T, 'Digital Technology and COVID-19' (2020) 26 *Nature Medicine* 458-464

University of Oxford Global Change Data Lab, 'Our World in Data, Statistics and Research: Coronavirus (COVID-19) Vaccinations' (2021) <<https://ourworldindata.org/covid-vaccinations>> Erişim Tarihi 25 March 2021

- Araştırma Makalesi -

ANONİM ORTAKLIKTA PAY HAKLARININ GEÇİŞİ* (TRANSITION OF SHARE RIGHTS IN THE JOINT STOCK COMPANY)

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Tayfun ERCAN**
Av./Atty. Murat ARUN***

ÖZ

Anonim şirketlerde paylar, anonim şirketin yapı taşını oluşturmaktadır. Pay, pay senetlerinin ve paya bağlı hakların devri uygulamada sık rastlanılan ve çeşitli sorunlarla karşılaşılan bir durumdur. Çalışmanın ilk kısmında, pay, pay senetleri ve paya bağlı hakların devrinin daha iyi kavranabilmesi gayesiyle; payın tanımı, payların getirdiği haklar, paylarla gelen yükümlülükler, payların kazanılması ve kaybedilmesi açıklanmıştır. Çalışmanın diğer kısmında, pay, pay senetleri ve paya bağlı hakların devri, payların senede bağlanmış olup olmaması durumlarında devrin nasıl gerçekleştiği, senede bağlanmış ise senetlerin türüne göre devrin nasıl gerçekleştiği ve devrin sınırlandırılması konularına değinilmiştir. Çalışmada anılan konulara ilişkin açıklamalar yapıldıktan sonra ana başlıkta yer alan konu, hakların geçişi, borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar ve borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar ayrımı gözetilerek anlatılmıştır.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 04.03.2021 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 22.04.2021 tarihinde birinci hakem; 06.05.2021 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, av.tayfunercan@hotmail.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-6207-668X

*** Serbest Avukat, e-posta: arunhukuk@outlook.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-5875-3406

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

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

Katkı Payı Oranı: Yarı yarıya (%50/%50)'dir.

Bu makaleye atıf için; ERCAN, Tayfun, ARUN, Murat, “Anonim Ortaklıkta Pay Haklarının Geçiş”, REGESTA, Cilt: 6, Sayı: 1, 2021, s. 45-76.

Anahtar Kelimeler: Anonim Ortaklık, Pay Senedi, Paya Bağlı Hakların Devri

ABSTRACT

Shares in joint stock companies are the building blocks of a joint stock company. In practice, the transfer of shares, share certificates and share-related rights is a common occurrence and various problems are encountered. In the first part of the study, in order to better understand the transfer of shares, share certificates and rights related to shares; the definition of the share, the rights brought by the shares, the obligations brought by the shares, the gain and loss of the shares have been explained. In the other part of the work, the transfer of shares, share certificates and rights related to shares, how the transfer takes place in cases where the shares are tied to stocks or not, the issues of how the transfer takes place transfer according to the type of the bills if shares are tied to stocks and the transfer limitation have been discussed. After making explanations on the subjects mentioned in the study, the subject in the main heading, transition of rights, has been explained considering the distinction between registered shares that are not quoted on the stock exchange and registered shares quoted on the stock exchange.

Keywords: Joint Stock Company, Share Certificate, Transfer of The Rights Related to Shares

I. PAY KAVRAMI

Pay veya pay senedi anonim şirketler hukukunun temel taşlarından birini oluşturmaktadır. Bu durumda kavramın, doğru ve yerinde kullanılması, anonim ortaklık müessesesinin daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. Yanı sıra, konuya ilişkin bazı karışıklıkların ve bilgi kopukluklarının önlenmesine yardımcı olacaktır. Bu nedenle anonim ortaklıktaki “pay” kavramı, diğer ortaklıklardaki (adi, kolektif, komandit) “katılma payı”ndan farklıdır. Bu farklılıklar genel anlamıyla itibari değer, oransallık ilkesi, devir şartları ve hükümleri konularında karşımıza çıkmaktadır¹.

¹ Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku, Cilt 1, (14th edn, Vedat Yayıncılık 2019) 615

6102 sayılı TTK m.486 f.1'den yola çıkıldığında; pay, anonim şirketin kuruluşunda esas sözleşmesinin veya sermaye artırımında artırılan sermayenin ticaret siciline tesciliyle doğar. Tescil, payın oluşumunu sağlayan hukuki bir işlemdir. Bir şirketin kurucuları belirlemiş oldukları sermayeyi istedikleri paylara bölebilirler ancak her bir payın nominal değeri 1 (bir) kuruştan aşağı olamaz². Pay sayısı sözleşme değişmeden değiştirilemez, herhangi bir artırım/azaltım yapılamaz.

Bir kişinin anonim ortaklıkta pay edinmesi kişinin şirkete ortak olduğunun göstergesidir. Her pay, kişiye pay sahipliği mevki vermektedir. Anonim ortaklık hukukunda hukuki ilişki şirketle ortak arasında *dikey düzlemde* kurulur³.

II. PAYDAN DOĞAN HAKLAR VE YÜKÜMLÜLÜKLER

Paydan doğan haklar ve yükümlülükler olup iki başlık altında incelenmiştir.

A. Haklar

Paydan doğan haklar malvarlığı hakları ve katılım hakları olmak üzere ikiye ayrılmıştır.

1. Malvarlığı Hakları

Aşağıda kâr, tasfiye, hazırlık, rüçhan ve gratis hakları ayrı başlıklar altında açıklanmıştır.

a. Kâr Payı Hakkı

Pay sahibinin kâr payı hakkı, paydan doğmakla beraber şarta bağlı bir talep niteliğini taşımaktadır. Faaliyet devresi sonunda kâr gerçekleşmişse ya da şirket nezdinde dağıtılabılır değerler bulunuyorsa, genel kurulun da kararı ile pay sahibinin şarta bağlı talep hakkı, şartsız bir alacak hakkına dönüşmüş olur⁴. *Her pay sahibi, TTK. m.507/1 uyarınca, dağı-*

² Tamer Bozkurt, Şirketler Hukuku, (11th edn, Legem Yayıncılık 2020) 188

³ Tamer Bozkurt, Ticaret Hukuku, (1st edn, Oniki Levha Yayınları 2019) 253

⁴ Halil Arslanlı, Anonim Şirketler-I (Umumi Hükümler), (3st, 1960) 212; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, (6th edn, Adalet Yayınevi 2020) 601

tılmaya tahsis edilmiş net dönem karına, (karda imtiyaz hariç) oransallık ilkesi uyarınca, esas sermayedeki payı oranında katılma hakkına haizdir⁵.

b. Tasfiye Payı Hakkı

Şirketin sona ermesi ve tasfiyesi sonunda borçlar ödenmiş ve sermaye payları iade edilmişse, arta kalan varlığın pay sahipleri arasında bölüşülmesi sonucunda pay sahibine düşen hissedir. Aksi esas sözleşmede kararlaştırılmamışsa, tasfiyeden kalan varlık, pay sahipleri arasında olmak üzere, ödedikleri sermayeler ve imtiyaz hakları oranında dağıtılır. (TTK m. 543 f,1)

Tasfiye payı hakkı geciktirici şarta bağlı müeccel bir haktır. Şirketin tasfiyeye girmesi ve tasfiye bakiyesinin ortaya çıkmasıyla tam alacak hakkına dönüşür.

Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) ve Pulaşlı'ya göre tasfiye payı hakkı zayıf nitelikli müktesep bir haktır. Çünkü sona eren şirketin malvarlığı kullanılması hakkında esas sözleşmeye hüküm konulabilmektedir⁶.

c. Hazırlık Devresi Faizi

Anonim şirketlerde genel olarak hazırlık devresi faizi söz konusu olmamakla birlikte, yasada, hazırlık devresi içinde pay sahiplerine belirli bir süre ve yine belirli oranda faiz ödenmesine izin verilmiştir. (TTK m.510 f,1). Bu durum ilk yıllarında kâr sıkıntısı yaşayacak olan anonim şirkete yatırım yapacak pay sahiplerini teşvik etmeyi hedeflemiştir.

d. Rüçhan Hakkı

Şirket sermayesinin iç ve dış kaynaklı artırımında, pay sahiplerinin yeni çıkarılan paylardan belli süreler içinde üçüncü kişilere nazaran öncelikli alma hakkıdır. (TTK m.461). Rüçhan hakkı müktesep hak değildir. Pulaşlı'ya göre malvarlığı haklarından olan rüçhan hakkı Bozkurt'a göre karma nitelikli kabul edilmiştir. Görüşümüz rüçhan hakkının karma nitelikli olduğu yönündedir.

⁵ HGK 29.11.1969 E.1966/T-1396/K.847 (Gönen Eriş, Anonim Şirketler Hukuku, (1st edn, Seçkin Yayıncılık 1995) 49; Pulaşlı, (n 4) 601

⁶ Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, (n 1) 923

e. Gratis (bedelsiz) Pay Edinme Hakkı

Anonim ortaklıkta iç kaynaklardan sermaye artırımını sonucu oluşturulan pay ve bunları temsil eden pay senetleri Alman ve İsviçre hukukunda “*Gratisaktie*” Türk hukukunda “*bedelsiz pay senedi*” denilmektedir⁷. Bu payların veya fazlalığın karşılığının iç kaynaklardan gelmesi sebebiyle gerçek manada “bedelsiz”lik yoktur⁸.

Uzun zamandır öğretide kullanılmasına karşın aslında bedelsiz paylar, bedelsiz değildir karşılığı vardır; pay sahiplerine bedelsiz verilmesi ya da bağışlanması söz konusu değildir. Çünkü bu payların karşılığı, pay sahiplerinin katılma taahhütlerinden değil, şirketin özvarlığından karşılanmaktadır⁹.

Pulaşlı’ya göre malvarlığı haklarından olan bedelsiz pay edinme hakkı¹⁰ Bozkurt’a göre malvarlığı hakkı değil katılım hakkıdır¹¹.

2. Katılma Hakları

Bu kısımda genel kurula katılma, konuşma, oy, bilgi alma, inceleme ve dava hakları ayrı ayrı incelenmiştir.

a. Genel Kurula Katılma Hakkı

Pay sahibi, paylarından doğan haklarını kullanabilmek için genel kurula katılma hakkına sahiptir. Genel kurula katılma mutlak müktesep haktır. (TTK m.452)

b. Konuşma Hakkı

Sermaye payı ne olursa olsun her pay sahibinin, genel kurula katılma ve gündem maddeleri hakkında görüş ve düşüncelerini bildirme hakkı vardır¹². TTK m. 436’ya göre oy hakkından yoksun olan pay sahi-

⁷ Bu senetlere İngiliz hukukunda “Bonus”, Amerikan hukukunda ise “Stock dividend” denilmektedir. Bkz. Şükrü Yıldız, Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, Doktora Tezi, İstanbul, 1996, s.198.

⁸ Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, (n 1) 928

⁹ Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, (n 1) 928; Pulaşlı, (n 4) 575

¹⁰ Bozkurt, (n 3) 254

¹¹ Haluk Tandoğan, “Anonim Şirketlerde Hissedarların Umumi Heyete İştirak ve Rey Haklarının Esas Mukavele ile Tahdidi”, (1960), I. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 98

¹² Pulaşlı, (n 4) 639

binin de genel kurula katılma ve gündeme ilişkin konularda görüş ve düşünce bildirme hakkı vardır.

c. Oy Hakkı

Pay sahiplerine şirket yönetimini etkileyebilme olanağı veren en önemli haklardan birisi olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle mütesep hak olarak kabul edilmektedir. (TTK m.452)

d. Bilgi Alma Hakkı

TTK m. 437 f,2' ye göre “pay sahibi genel kurulda yönetim kurulundan şirketin işleri, denetçilerden denetimin yapılma şekli ve sonuçları hakkında bilgi isteyebilir.” Yine TTK m.437 f,3' e göre “bilgi istemi sadece istenilen bilgi verildiği takdirde şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği gerekçesi ile reddedilebilir.” Bilgi alma hakkı da vazgeçilemez haklar kapsamında değerlendirilmektedir.

e. İnceleme Hakkı

Pay sahiplerine bilgi alma hakkıyla birlikte inceleme hakkı da yasa tarafından tanınmıştır (TTK m.437 f,4). İnceleme hakkı, pay sahibinin açık talebi karşılığında ve kendi incelemesi sonucunda bilgi edinmesini sağlayan bir olanak olup pay sahibinin aktif bilgi alma hakkını tamamlayan ve onu teyit eden nitelikte ve özü itibariyle paya bağlı ve doğrudan yasadan doğan bir pay sahipliği hakkıdır¹³.

f. Dava Hakkı

Bilgi alma veya inceleme talebi reddedilen pay sahibinin mahkemeye başvurma hakkı vardır. (TTK m.437 f,5)¹⁴

¹³ Arslan Kaya, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2001) 289

¹⁴ Aynı dava Alman hukukunda pay sahibine tanınmıştır. (AktG& 132).

B. Yükümlülükler

Yükümlülükler, sermaye koyma borcunun sınırı, sermaye borcunun ifa edilememesi ve iskat, sadakat yükümlülüğü olmak üzere 3 başlık altında incelenmiştir.

1. Sermaye Koyma Borcunun Sınırı

Bu başlık altında tek borç ilkesi ve istisnalar açıklanmıştır.

a. Tek Borç İlkesi

Kural olarak, anonim şirket ortağının tek borcu taahhüt ettiği sermaye borcunu yerine getirmektir. İfa daha çok nakit sermayede öne çıkmaktadır. Aynı sermaye için birtakım özel düzenlemeler vardır.

TTK m.480'e göre; *“Kanunda öngörülen istisnalar dışında, esas sözleşmeyle pay sahibine, pay bedelini veya payın itibari değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez.”* (Payların çıkarılma primlerinin tamamının TTK m. 344 f,1-ve f,2 maddesi gereğince tescilden önce ödenmesi gereği unutulmamalıdır.) Pay sahipleri, ekstra bir yükümlülük adına esas sözleşmeyle dahi sokulamaz.

b. İstisnalar

Tek borç ilkesine sadece yasayla istisna getirilebilmektedir. Bu konuda yalnızca iki istisna getirilmiştir: Primli paylar ve ikincil yükümlerdir.

i. Primli Paylar

Payların primli çıkarılabilmesinin iki şartı vardır. Ya şirket esas sözleşmesinde hüküm bulunmalı ya da genel kurul bu yönde karar vermelidir. Kayıtlı sermaye sisteminde, esas sözleşmeyle, yönetim kurulu üyelerine de primli pay çıkarma yetkisi devredilebilmektedir. Malvarlığının korunması ilkesi gereğince de nominal değer altında pay çıkarılması yasaktır

ii. İkincil Yükümler

İkincil yükümler, sözleşmeden değil, direkt pay sahipliği sıfatından kaynaklanan yükümlerdir. *“Yan edim yükümlülükler (ikincil yükümler) 19. yy. Almanya’da ekonomik ihtiyaç nedeniyle şeker pancarı üreten çift-*

çilerin anonim şirket olarak örgütlenmesi amacıyla ortaya çıkmış ve daha sonra diğer alanlara da yayılmıştır¹⁵. ”

Daha çok tarımsal işletmeleri olan anonim şirketlerde görülmekte olup anonim şirkete biraz kooperatif şirket özelliği kazandırır¹⁶. Örneğin; şeker üreten bir anonim şirketin fabrikasına, her ortağın, yılda (bedeli karşılığında) 10 ton şeker pancarını teslim etmesinin zorunlu tutulmasıdır. Amaç, şirkete sermaye kazandırmak değil; ortaklığın işletme konusunu gerçekleştirmek için ihtiyaç duyulan hammaddenin güvence altına alınmasıdır¹⁷.

İkincil yükümlülüklerin bazı önemli koşulları vardır. İkincil yükümlülüklerin konusu para olmamalı¹⁸ ve bir kerelik veya devamlı olmayacağı¹⁹ gibi şirket esas sözleşmesinde de yer almalıdır. *“En önemlisi, bu yüküm altında olan payların/pay senetlerinin nama yazılı olması ve bunların devirlerinin şirket onayına tabi olmasıdır. Yani üzerinde ikincil yüküm yazan paylar bağlı nama yazılıdır²⁰. ”* (Hamiline yazılı paylara devir sınırlaması getirilemeyeceği için bu nitelikte çıkarılamazlar.) Burada şirket devri onaylamamak suretiyle yükümlülüğün konusunu güvence alma menfaatini elinde tutmaktadır.

İkincil yüküm sonradan getirilecekse TTK m.421 f,2-a uyarınca ilgili bütün ortakların oybirliği gerekmektedir. Esas sözleşmeyle ikincil yükümler hakkında sözleşme cezası da ön görülebilmektedir. (TTK m.481 f,2)

2. Sermaye Koyma Borcunun İfa Edilememesi ve Iskat

a. Genel olarak

Payların bedelleri, yönetim kurulu tarafından esas sözleşmede farklı bir hüküm içermiyorsa, pay sahiplerinden ilan yoluyla istenir. İlanda ödenmesi gereken sermaye borcunun oranı ve tutarı, ödeme tarihi, öde-

¹⁵ Pulaşlı, (n 4) 592

¹⁶ Bozkurt, (n 3) 262; Mahmut Tevfik Birsell, “Anonim Şirketlerde Tali Yüküm”, (1976) 8 (3) Batider 42

¹⁷ Oğuz İmregün, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, (12th edn, Filiz Kitabevi 2001) 382; Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar, (2nd edn, Yasa Yayınları 1989) 225; Bozkurt, (n 3) 262

¹⁸ Bozkurt, (n 3) 262

¹⁹ Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, (n 1) 1084

²⁰ Bozkurt, (n 3) 263

menin nereye yapılacağı açıkça ifade edilir (TTK m.480 f,1). İlan yerine yapılan taahhütlü mektupla yapılan tebliğin de kabul edilmesi gerekir.²¹

TTK m.482 f,1’de sermaye borcunu süresi içinde yerine getirmeyen pay sahibinin, ihtara gerek kalmaksızın temerrüt faizi ödemekle yükümlü olduğundan bahsedilmiştir. Temerrüt faizi ödenmesine rağmen şirket zararı karşılanamamışsa ortak kusursuz olduğunu ispat etmelidir, aksi halde bu zararı da tazminle yükümlü olur (TTK m. 482/4)²².

b. Ödemeye Çağrı

Şirket sermaye borcunu yerine getirmeyen pay sahibine karşı icra takibinde bulunabilir ya da ıskat işlemine başvurabilir. Uygulamada sermaye koyma borcunun yerine getirilmesi çağrısı apel olarak adlandırılmaktadır. Yargıtay apel olmadan yapılan ödemelerin anonim ortaklıkça kabul edilmemesi görüşündedir²³.

Pulaşlı’ya göre muaccel olmamış borcun ifası istenemese de (6098 sayılı TBK m. 90) borçlunun borcunu vadeden önce ifa etmesi de mümkündür (6098 sayılı TBK m.96). Dolayısıyla, şirkete yapılan ödeme, sermaye borcunun ifası olması kaydıyla yapılırsa önünde herhangi bir hukuکی engel bulunmamaktadır. Ayrıca erken yapılan ödeme, şirketin yararına bir durum oluşturacağından Yüksek Mahkemenin bu görüşüne katılmayı doğru bulmamıştır.

c. Iskat ve Koşulları

Iskat, sözlük anlamıyla “düşürme” demektir²⁴. Anonim şirketlerde ise iskat; sermaye koyma borcunu ifa etmeyen ortağın, ortaklıktan çıkarılmasına kadar varan yaptırımlar silsilesidir. Anonim ortaklık tipik bir sermaye şirketi olması dolayısıyla herhangi bir ortağın haklı nedenle çıkarılması söz konusu olmamaktadır²⁵. Bu farklılık onun saf bir sermaye şirketi olmasının doğal bir sonucudur²⁶.

²¹ 11. HD.21.2.1980 E.456/K.818 (ERİŞ, Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, (3rd edn, Seçkin Yayıncılık 2017) 2471

²² Halil Arslanlı, Anonim Şirketler-I (Umumi Hükümler) (1st edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1959) 193 vd.;İmregün, (n 17) 226; 11. HD.30.01.1964 E.3309/K.316 (Eriş, (n 5) 2459-60

²³ 11.HD.28.12.1984 E.6507/K.6608 (ERİŞ, (n 5) 2464)

²⁴ Bozkurt, (n 3) 264

²⁵ Bkz. Bozkurt, (n 3) 265

²⁶ 11.HD, 11.2.2005, E.2004/14158, K.2005/1072 (www.kazancı.com.tr).

TTK sisteminde ıskat nedeni şu şekilde ifade edilmiştir: “*Pay sahibi tayin edilen vadede sermaye borcunu ifa etmeyip temerrüde düşerse yönetim kurulu mütemerrit pay sahibini kısmi ödemelerden doğan haklardan mahrum etmeye ve şirketten çıkarmaya yani ıskata yetkilidir (TTK m.482/2)*²⁷.” Bu düzenlemenin özel birtakım istisnaları mevcuttur²⁸. Temerrüde düşürülmeyen ortağa, TTK m.483 hükmünde ön görülen ihtar yapılamayacağı gibi, eğer yapılmışsa da bir sonuç doğurmaz²⁹.

3. Sadakat Yükümlülüğü

Sadakat, sözcük anlamı olarak; güçlü, sağlam ve içten bağımlılık anlamına gelmektedir. Anonim şirketlerde pay sahibinin diğer pay sahiplerine veya şirket ortaklarına karşı sadakat yükümlülüğü tereddütle karşılanmaktadır. Nitekim bu konu doktrinde de çeşitli görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu), anonim şirkette pay sahibinin ortaksal çıkarları destekleme ve bu çıkarlara aykırı davranmama, ortaklık çıkarlarını pay sahibinin kendi çıkarlarından üstün tutma görüşünü benimsemişken; Pulaşlı, yasada açıkça ön görülmeyen sadakat yükümlülüğü yerine yasada yer alan ve hakim tarafından re‘sen dikkate alınması gereken 4721 sayılı TMK m.2'deki dürüstlük kuralı yaptırımının yerinde olacağı görüşündedir. Anonim şirket ortağının şirkete karşı sadakat borcu olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır³⁰. Görüşümüz, anonim şirkette ortağın sadakat yükümlülüğünün olduğu yönündedir.

²⁷ Pulaşlı, (n 4) 590

²⁸ Bkz. Şirketler Topluluğu Hukuku (TTK m.208); Şirket Birleşmeleri (TTK m.141/2); HAAO’larda Pay Alım Teklifi (SPK m.27).

²⁹ 11.HD. 21.11.1982 E.4697/K. 4895

³⁰ Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, (n 1) 1091, Aksi görüş, Fusun Nomer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakta Yükümlülüğü, (1st edn Beta Yayınevi 1999) 78 Yazar özellikle, sadakat yükümlülüğünün pay sahibinin “doğrudan ortaklık sıfatından” kaynaklandığını, “ortaklık” kavramının da doğrudan şirketler hukukuna özgü ve şirket sözleşmesine dayanan özel hukuki bağ olduğunu ve bu bağ ile ortakların birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğünün doğduğunu belirtmektedir.

III. PAY SAHİPLİĞİ SIFATININ KAZANILMASI VE KAYBEDİLMESİ

Bir anonim şirkette pay sahipliği sıfatı, başlangıçta aslen olarak ya da daha sonra devren kazanılabilir.

A. Aslen Kazanma

Kuruluş ve sermaye artırımındaki kazanımlar aslen kazanımlardır. Aslen kazanım, kuruluş ve sermaye artırımında, payın taahhüt edilmesi yoluyla oluşmaktadır. Aslen kazanım hali, kuruluş sırasında ana sözleşmenin yahut sermaye artırımı durumunda genel kurul vasıtasıyla tadil edilen ana sözleşme değişikliğinin Ticaret Sicil Müdürlüğü tarafından tescil edilmesi ile tamamlanır³¹.

B. Devren Kazanma

Devren kazanım, senede bağlanmamış çıplak payın veya senede bağlanmış payın devir alınması yolu ile gerçekleşir. Eş deyişle, pay senetlerinin devri ya da miras yolu ile gerçekleşmektedir.

Pay üzerindeki hakkın kaybedilmesi durumu da kazanıma paralel olarak devir, miras yolu ile geçme, sermayenin azaltılması, sermaye koyma borcunun ifa edilmemesi ıskat (atılma) sonucu gerçekleşir³². Yine, payların itfa edilmesi de (söndürülmesi) o paylara bağlı pay sahipliği sıfatını sona erdiren nedenlerdendir.

IV. ANONİM ŞİRKETLERDE PAY DEVRİ

Şirketler hukukunda en sık yapılan işlemlerden biri olan anonim şirketlerde pay devirleri, TTK' da çeşitli hükümlerle düzenlenmekte; devrin geçerliliğine ilişkin çeşitli şartlar ön görmektedir.

Anonim şirketlerde pay devrinin serbestliği ilkesi hâkimdir. Devir serbestisi hamiline yazılı pay/pay senetleri için mutlak bir kuralken, nama yazılı pay/pay senetleri için mutlak olmayıp bağlam adı verilen kısıtlamalar bu ilkeye istisna oluşturabilmektedir. Anonim şirketlerde payların devri payın senede bağlı olup olmamasına göre farklılık arz etmektedir.

³¹ Bozkurt, (n 3) 255

³² Fahiman Tekil, Anonim Şirketler Hukuku, (1st edn, Alkım Yayınevi 1998) 382

A. Senede Bağlı Olmayan (Çıplak) Payların Devri

Anonim şirketlerde bedeli tamamen ödenmiş ve senede bağlanmamış payların (çıplak paylar) devri TTK’de açıkça düzenlenmemiştir. Çıplak payların devri Türk Borçlar Kanunu’nda alacağın temlik hüükümlerine göre yapılır. Buna göre devrin geçerli olarak yapılması için yazılı bir alacağın temlik sözleşmesinin varlığı aranır. Ayrıca çıplak payların bedeli tamamen ödenmemişse devri yapan pay sahibi aynı zamanda anonim şirkete göre borçlu konumunda³³ olduğundan, alacağın temlik hüükümlerinin yanı sıra borcun nakli hüükümlerinin de uygulanması gerekmektedir.

Çıplak payların devri gerekli şekilde yapıldıktan sonra senede bağlanmamış bu paylar için de pay defteri tutulması ve devrin bu deftere yazılması gerekmektedir. Her ne kadar çıplak payın devrinin geçerliliği için kurucu unsur olmasa da devrin şirkete karşı ileri sürülebilmesinin tek yolu payın pay defterinde yazılı olmasıdır.

B. Senede Bağlanmış Payların Devri

TTK m.484’e göre “*pay senetleri, hamiline veya nama yazılı olur. Bedelleri tamamen ödenmemiş olan paylar için hamiline yazılı pay senetleri çıkarılamaz. Bu hüükme aykırı olarak çıkarılanlar geçersizdir*”³⁴. Çalışmanın bu kısmında, senede bağlanmış payların devrinin ayrı ayrı incelenmesi uygun düşmektedir.

1. Hamiline Yazılı Pay Senetlerinin Devri

Anonim ortaklıklar, hamiline yazılı payların devrini sınırlayamadıklarından, hamiline yazılı payların devrinde devir serbestisi vardır. TTK m.489 uyarınca “*hamiline yazılı pay senetlerinin devri, şirket ve*

³³ Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, (n 1) 618

³⁴ Yavuz Akbulak, ‘TTK Işığında Anonim Şirketlerde Pay Senetleri’, (2016) (1) Ankara Barosu Dergisi, 506 “Anılan hüükün gerekçesinde, maddede “hisse senetleri” yerine “pay senetleri” kavramının kanuni bir terim olarak kabul edilip kullanıldığı ifade edilmektedir. Gerekçeye göre, 6102 sayılı TTK’da da mülga 6762 sayılı TTK gibi, anonim şirketteki sermayenin bölünmesi sonucu oluşan birime “pay” denildiğini ifade etmektedir. Pay kanuni terimdir. Payın kıymetli evrak niteliğinde bir senede bağlanınca adının “hisse” olarak değişmesinin ve söz konusu senede “pay senedi” denmesinin makul bir sebebi yoktur. “Pay senedi”ni içerdiği paydan soyutlanmış olarak adlandırıldığı, bu senedin kanuni adının (pay sözcüğü düşünülmezsizin) pay senedi olarak konulduğu açıklaması da ikna edici değildir. Bu sebeple çelişkiyi ortadan kaldırmak amacıyla senedin kanuni adının “pay senedi” olması uygun görülmüştür.”

üçüncü kişiler hakkında, ancak zilyetliğin geçirilmesiyle hüküm ifade eder.³⁵ Dolayısıyla hamiline yazılı payların devri için zilyetliğin devralana geçmesi³⁶ yeterli olup pay defteri bağlantısı bulunmamaktadır³⁷. Ancak, zilyetlik, devralan tarafa mülkiyeti geçirme iradesi ile yapılmalıdır. Örneğin; çalıntı pay senetleri hırsız pay sahibi yapmayacaktır. Devir, hamiline yazılı pay senedinin teslimi ile şirkete ve üçüncü kişilere hüküm ifade eder.

2. Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devri

Daha önce belirtildiği gibi nama yazılı pay senetlerinde de devir serbestisi ilkesi geçerlidir³⁸. Ancak hamiline yazılı senetlerden farklı olarak devir serbestisi mutlak bir kural değildir.

TTK m.490' a göre hukuki işlemle devir, ciro edilmiş nama yazılı pay senedinin zilyetliğinin devralana geçirilmesi ile yapılabilir. Görüldüğü gibi; kanun, nama yazılı pay senetlerinin devrini ciro ve zilyetliğin devri olarak açıklamıştır. Bu tür senetler için her ne kadar nama yazılı ibaresi geçse de, öğretide (tartışmalı olarak) bunların aslında doğuştan emre yazılı olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay'ın da bazı kararlarında belirttiği gibi nama yazılı pay senetleri senedin devralana teslimi olmadan sadece bir temlikname ile devredilemez³⁹. Bu kapsamda incelendiğinde kanun, nama yazılı payların devri için zilyetliğin devri ve senedin

³⁵ TMK m.973'e göre, bir şey üzerinde fiili hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedidir. Taşınmaz üzerindeki irtifak haklarında ve taşınmaz yüklerinde hakkın fiilen kullanılması zilyetlik sayılır.

³⁶ Burada zilyetliğin devri ile kast edilen yalnızca teslim yoluyla devir değildir. Hükmen teslim, havale, kısa elden teslim gibi zilyetliğin diğer devir şekilleri de bu kapsamda hamiline yazılı payları devrederken kullanılabilir yöntemlerdir.

³⁷ Bozkurt, (n.3) 266 Pay sahipliği haklarının ileri sürülmesi için senedin zilyedi olmak yeterli ve gerekli olacaktır.

³⁸ TTK madde 490- f.1 Kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, nama yazılı paylar, herhangi bir sınırlandırmaya bağlı olmaksızın devredilebilirler.

³⁹ Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, (n 1) 128; Y. 11. HD., 19.11.1993 T., 4798311 K. / Yargıtay'ın bu konuda aksine görüşleri de vardır. Bir Hukuk Genel Kurulu Kararında (1971/11-922978) nama yazılı pay senetlerinin devri için bir temlik beyanı veya senedin arkasında bir tam cironun yapılması, ayrıca senet üzerindeki zilyetliğin devri ve teslimi de gerekir/ Erdoğan Moroğlu, 'Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devri', Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII, 45

ciro edilmesi⁴⁰ olarak iki aşama ön görmüştür. Burada zilyetliğin devri de cironun devri de mülkiyetin temlikî amacını içermelidir. Ayrıca senede bağlanmış olan paylar da pay defterine yazılmalıdır⁴¹. Pay defterine yazılma devrin şirkete karşı ileri sürülebilmesini sağlar⁴².

C. Devrin Sınırlandırılması

Anonim şirkette kural, devrin serbestçe gerçekleşmesi ile beraber bedelleri tamamen ödenmemiş olan nama yazılı paylar bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Buna göre bedelleri ödenmemiş nama yazılı payların devri ancak şirketin onayı ile gerçekleşir.⁴³

Nama yazılı payların devir serbestîsi, bağlam denilen sınırlamalarla kısıtlanabilmektedir. Bağlaman amacı çeşitli nedenlerle şirketin istemediği üçüncü kişilerin şirkete girmesini yani yabancılaşmayı önlemektedir. Bağlam nama yazılı paylar ve bunlar için çıkarılan ilmi haberleri kapsayabilse de hamiline yazılı senetleri kapsayamaz. Bağlam nama yazılı paylar için şirketin devre onay vermesi şekline bürünmüş olup TTK m.492'ye göre bu sınırlamalar sadece pay senedinin devrinde değil, pay üzerinde intifa hakkı kurulurken de geçerlidir. İntifa hakkı sahibi olan

⁴⁰ Nama yazılı pay senetlerinde, senet üzerine yapılacak cironun beyaz ciro olmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Yani senet ciro edilirken, ciro edilenin isminin bulunması zorunlu değildir.

⁴¹ Şirket, kuruluş ve sermaye artırımları dışında, payların pay defterine kaydını kendiliğinden yapmaz. Söz konusu husus mutlaka ilgililerince ve özellikle de paylar devralan tarafından talep edilmelidir. Söz konusu talep şirket yönetim kurulu tarafından yerine getirilmezse devralan tarafından şirket aleyhine ifa davası açılmalıdır. Böyle bir davanın kabulüne ilişkin mahkeme ilamı, devrin pay defterine işlenmesine dair yönetim kurulu kararı yerine geçecektir.

⁴² Kurucu işlem ciro olsa da pay defterine kayıt açıklayıcı niteliktedir.

⁴³ TTK m.491 f.1 “Bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar, ancak şirketin onayı ile devrolunabilir; meğerki devir, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla gerçekleşsin. f.2 Şirket, sadece, devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ve şirkette istenen teminat verilmemişse onay vermeyi reddedebilir”. Akbulak, (34) 510 “Bu hüküm ödenmemiş pay bedelinin güvencesidir. Şirket, bedelinin tümü ödenmemiş olan paylarda ödeme gücü yetersiz kişilerle karşı karşıya kalmamalıdır. Ancak, salt payların bedellerinin ödenmemiş olması, şirkete onayı reddetmek hakkını vermez. Devralanın ödeme gücüne sahip olması ve dürüst olması halinde şirketin devir işlemine onay vermesi gerekir. Aksine hareket, kanuna ve dürüstlük ilkesine aykırıdır. Ayrıca devir, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla gerçekleşmişse, payların bedellerinin tümü ödenmemiş bile olsa şirketin onayına gerek yoktur.”

kişi kural olarak oy hakkına sahip olması sebebiyle şirketin devre onay verip vermemesi şirketin menfaatine olacaktır.

Nama yazılı pay senetleri oy hakkı gibi kişisel hakları içermesinin yanında malvarlığı haklarını da içermektedir. TTK m. 492'ye göre, şirket esas sözleşmesi nama yazılı payların sadece şirket onayı ile devredilmesini sağlayabilir. Bu durum ki; devrin ortaklık tarafından onaylanmamasında birtakım hukuki sorunlara yol açabilir. Bu sorunlar temelde iki teoriye dayanılarak çözülmeye çalışılmıştır. Bu iki teori bölünme ve birlik teorileridir. Yine bu konu ile ilgili askıya alma, intikal ve terk etme teorileri varlığını korusalar da öne çıkan birlik ve bölünme teorileridir. İlerleyen kısımlarda görülecek olmasından hareketle bu iki temel teori burada kısaca ele alınmıştır.

Bölünme teorisine göre, devirin ortaklık tarafından onaylanmaması halinde pay senedinin barındırdığı malvarlığı hakları devralana geçerken pay senedine bağlı kişisel haklar devredende kalmaktadır. Böylece hem devralanı henüz tanımamış ortaklık hem de malvarlığı hakları kazanan devralanı korunması amaçlanmıştır.

Birlik teorisine göre asıl olan payın bölünememesidir. Paya ilişkin haklar bölünemez⁴⁴. Bu teoriye göre bölünme teorisindeki gibi pay senedine bağlı hakların bir kısmının devralana geçip bir kısmının devredende kalması mümkün değildir. Kıymetli evrakın genel ilkesinden yararlanan bu teoride senetten doğan hak ve senedin üzerindeki hakkın sahibi ayrı kişiler olamazlar.

D. İlmühaberler

ETTK'ye göre ilmühaberler nama veya hamiline yazılı senetlerin yerine çıkarılan senetlerdir. Bu senetler pay senedinin yerini tutarlar. Bunlar da kıymetli evrak niteliğindedir⁴⁵. Yürürlükteki 6102 sayılı TTK de bu tanıma yer vermemiş olup sadece, TTK m.486 f,2 'de pay senedi bastırılıncaya kadar çıkartılabileceğini ve kıyas yoluyla nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümlerin uygulanacağını düzenlemiştir. Bozkurt'a göre, ilmühaberler, ister nama yazılı pay senedinin ister hamiline yazılı pay senedinin yerini tutsun nama yazılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bu konu tartışmalı olup öğretilerde aksi görüşü savunanlar da vardır.

⁴⁴ Pulaşlı, (n 4) 178

⁴⁵ İmregün, (n 17) 267 İlmühaberler ancak pay sahipliğinin teşvik eden, özel şekil şartlarına tabi belgelerden olduklarından kıymetli evrak niteliğinde değildir.

Nama yazılı payların yerini tutan ilmühaberler ciro ile devredilebilir. Hamiline yazılı payların yerini tutan ilmühaberlerin alacağın devri ile devredileceği kabul edilmektedir⁴⁶.

E. İntifa Senetleri

Şirket genel kurulu esas sözleşme gereğince ya da esas sözleşmeyi değiştirmek suretiyle, *bedeli kanuna uygun olarak yok edilen payların sahipleri, alacaklılar veya buna benzer bir sebeple şirketle ilgili olanlar lehine intifa senetleri çıkarılmasına karar verebilir*⁴⁷. TTK m.502 f,1 gereğince bu senetlere kurucu intifa senetleri ile ilgili hükümler (TTK m.348) uygulanmaktadır. İntifa senetleri (kurucular da dâhil olmak üzere) emre veya hamiline yazılı olabilirler. Mülga 6762 sayılı TTK’de kurucu intifa senetlerinin sadece nama yazılı olması gerektiği esası benimsenmişti; yeni TTK bu kuraldan ayrılarak devir şekli ile ilgili daha esnek bir modele geçmiştir.

Esas sözleşmede hüküm yoksa intifa senedi de olmaz yani “*intifa senedinin varlığı esas sözleşmede hüküm bulunmasına bağlıdır*”⁴⁸. Bu hakların kaldırılması için esas sözleşmede değişikliğe gidilmesi gerekmektedir. İntifa senetleri kurucu değil açıklayıcı nitelikte olduğu için senet çıkarılmadan da bu haklar kullanılabilir⁴⁹. İntifa senetleri ya da senede bağlanmamışsa intifa hakları sadece kâr payı, tasfiye payı ve rüçhan hakkı verebilir⁵⁰. İntifa senetleri sahipleriyle şirket arasında ortaklık ilişkisi kurmaz. Bu halde, kâr elde edilmeden, tasfiye payı için gerekli durumlar oluşmadan ya da sermaye artırımına karar verilip yeni paylar oluşturulmadan, herhangi bir hak da doğmaz⁵¹.

İntifa senetlerinin itibari değerlerinin olmaması nedeniyle sahibine bir ortaklık mevkiî vermeyeceği gibi pay sahibine tanınan hakları da (özellikle kişisel nitelikteki) vermezler⁵². TTK m.503 uyarınca sahibine

⁴⁶ Pulaşlı, (n 4) 590; Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, (n 1) 114

⁴⁷ Bozkurt, (n 3) 274

⁴⁸ ibid 275

⁴⁹ Pulaşlı, (n 4) 592

⁵⁰ Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, (n 1) 114

⁵¹ İmregün, (n 17) 267

⁵² Pulaşlı, (n 4) 593

yalnızca, net kâra ortak olma, tasfiye sonucuna katılma ve yeni çıkarılacak hisse senetlerini satın alma hakkı verebilir.

Ayrıca bu hakların hepsinin aynı anda tanınma zorunluluğu da bulunmamaktadır.

İntifa senetleri ve pay üzerindeki intifa hakkı aynı anlama gelmemektedir. İntifa hakkının konusu tam yararlanma olup eşya hukuku kapsamında sınırlı aynı bir haktır. Devri ya da miras konusu olması mümkün değildir.

V. HAKLARIN GEÇİŞİ

A. Genel Olarak

Yukarıda önce pay kavramı, paydan doğan hak ve yükümlülükler, pay sahipliğinin kazanılması, pay devirleri ile devrin sınırlandırılması konuları irdelenmiştir ve bu konular çalışmanın ana başlığı olan anonim ortaklıkta pay haklarının geçişinin anlatılmasına zemin oluşturmuştur.

Anonim ortaklıkta hakların geçişinin tanımlanabilmesi için öncelikle bu kısımda borsaya kote edilmemiş nama yazılı pay senetlerine sahip anonim şirketlerde devralana karşı ileri sürülebilecek ret sebepleri ve borsaya kote edilmiş nama yazılı pay senetleri anonim şirketlerde esas sözleşmede belirtilebilecek özel bir sınırlama sebebi ile getirilebilecek ret sebepleri incelenmiştir. Sonra aynı ayırım ile önce borsada kote edilmemiş nama yazılı pay senetlerinde yasal ve iradi hak geçişleri üzerinde durulmuştur. Borsada kote edilmemiş nama yazılı pay senetlerinin hak geçişleri incelenmiştir. Konuların inceleme sırasını belirlerken 6102 sayılı TTK madde sıralaması gözetilmiştir.

6102 sayılı TTK m.494 f.1 “*Devir için gerekli olan onay verilmediği sürece, payların mülkiyeti ve paylara bağlı tüm haklar devredende kalır.*” Bu madde anılan kanunun pay senetlerinin düzenlendiği devir sınırlamaları başlığını taşıyan ve anonim ortaklık esas sözleşmeyle yapılan pay devri sınırlamaları anlatılan kısımda düzenlenmiştir. TTK m.492’de nama yazılı payların devrinde anonim ortaklık esas sözleşmesiyle şirketin onayını şart koşabilmektedir. Bağlı nama yazılı pay devirlerinde anonim ortaklığın ileri sürebileceği ret nedenlerini TTK m.493’de saymıştır. TTK m.494 f.1’de ise bağlı nama yazılı pay devrinin onayını tamamen anonim ortaklığın iradesine bırakmıştır. Böylece paya bağlı mülkiyet ve paylara bağlı tüm hakların şirketin onayı olmadan geçemeyeceği açıkça anlaşılmaktadır. Burada pay sahipliği hakların geçmesi ve kullanılmasında parçalanma olmaması birlik teorisini hakim göstermek-

tedir. Anılan kanun maddesi kapsamında anonim ortaklıkta bağlı nama yazılı pay senetlerinin mülkiyet ve paylara bağlı tüm hakların iradi geçişleri ifade edilmektedir, bu konu aşağıda ayrı başlıkta incelenmiştir.

TTK m.494 f,2’de yasal geçişler ifade edilmiştir, burada belirtilen devirlere özel iktisap hali⁵³ Bu madde özel iktisap halleri; miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gereği iktisap edilmeleri hâlinde bunların mülkiyeti ve bunlardan kaynaklanan malvarlığına ilişkin hakların yasal geçişleri ifade edilmektedir. Hakların geçişi iradi devirler ve yasal devirler ayrımı bağlamında konuya aşağıda değinilmiştir.

Borsada kote edilmemiş pay senetlerinde TTK madde 497’ye bakıldığında devralan şirkete başvurusuyla pay hakları devralana geçmektedir. Böylece malvarlığı haklar devir ile birlikte devralana geçer lakin pay haklarının devir olması için şirket onayı gerekmektedir.

B. Borsaya Kote Edilme Durumuna Göre Nama Yazılı Paylarda Hakların Geçiş

1. Genel Olarak Borsaya Kote Edilme

Borsa kotu (stock market listing/quotation), borsada işlem görmesine izin verilen sermaye piyasası araçlarının listesidir ve kotasyon ise sermaye piyasası araçlarının borsada işlem görmeleri için kural olarak borsa kotuna alınmalarıdır⁵⁴. (Borsa İstanbul A.Ş. Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği m.4 f,1-l)⁵⁵. Borsada işlem görme ise sermaye piyasası araçlarının borsada alım satımına konu olmasıdır (Borsa Yönetmeliği⁵⁶ m.4 f,1-h).

Sermaye piyasasında bir şirketin borsada işlem görüp görmeyeceğine ilişkin yetkili kurum, o borsanın yönetim kuruludur (Borsa Yönetmeliği m.14 f,1). Borsa yönetim kurulu, kotasyon şartlarına karar verirken sermaye piyasası araçlarını ihraç eden ihracatçı şirketlerin esas sermayesi, faaliyetin ne kadar süreceği, mali ve hukuki durumu, halka arz edilmiş sermaye piyasası araçlarının piyasa değeri, halka hangi oranlarda

⁵³ Bozkurt (n 2) 583

⁵⁴ Özlem Ata, 'Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Payların Devri', (2019) 16 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4

⁵⁵ 19.10.2014 tarihli ve 29150 sayılı RG.

⁵⁶ (Borsa İstanbul A.Ş. Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği.)

açık olduğu, ihraç tutarı, ihraççı şirketin yönetim kurulu üyelerinin deneyim süreleri vb. etkenleri göz önünde tutularak karar verilmektedir⁵⁷.

Pay senetlerini borsada işlem gören ve borsada işlem göremeyen pay senetleri olmak üzere iki başlık altında hakların geçişini incelenmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

2. Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Paylar

TTK m.493'e göre borsaya kote edilmemiş nama yazılı pay senetlerin devrinde ret sebeplerini açıklamıştır⁵⁸. Buna göre esas sözleşmesinde öngörülmüş önemli bir sebebe dayanarak ve devreden kişiye, devre konu payları/pay senetlerini başvurma anındaki gerçek değeri ile kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önermiş olmak üzere ret sebeplerini açıklamıştır. Borsaya kote olmayan paylarda bağlam düzenlenirken kanun koyucu birlik teorisini benimsemektedir⁵⁹.

Şirket esas sözleşmesine önemli nedenler kaleme alınırken TTK'nin öngördüğü kıstaslara uyulmalıdır. Her neden, önemli neden olarak sayılmaz. Önemli nedenlerin neler olduğunu TTK m.493 f,2 açıklamaktadır⁶⁰. Anılan maddenin gerekçesine de önemli nedenlerin sınırlayıcı bir sayım yapılmadığı ifade edilmiştir. Buna göre TTK m.493 f,2'de *"Pay sahipleri çevresinin bileşimine ilişkin esas sözleşme hükümleri, şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden onayın reddini haklı gösteriyorsa, önemli sebep oluşturur."* denilmek üzere pay sahipleri çevresinin korunması, şirketin işletme konusunun korunması, şirketin ekonomik bağımsızlığının korunmasına yönelik hükümleri önemli neden olarak kabul etmiştir. Şirket esas sözleşmesinde öngörülen önemli bir neden, devralana karşı ileri sürüldüğünde şirket hiçbir yükümlülük altına girmeden devralana doğrudan ret kararı verebilmektedir.

⁵⁷ Ata, (n 54) 5

⁵⁸ Akbulak, (n 34) 512 Bu madde nama yazılı pay senetleri borsaya kote edilmemiş anonim şirketlerin, esas sözleşmelerine koyabilecekleri bağlam kurallarını göstermektedir. Bu anonim şirketler, bazı yazarlarca "özel anonim şirketler" şeklinde adlandırılmaktadır. Bu adlandırma yanıltıcıdır. Kaynak kanun hiçbir şekilde özel şirketten, hatta şirketten söz etmemiştir. Düzenleme, şirketi değil, payları konu almaktadır.

⁵⁹ Bozkurt, (n 2) 163

⁶⁰ Akbulak, (n 34) 514, TTK m.493/2'deki "haklı sebep" kavramı borçlar hukuku ile şahıs şirketleri hukukunda geçerli olan, ilişkiyi çekilmez hale getiren haklı sebepten farklı olarak şirket yönünde önemi olan sebebi ifade eder.

İkinci ret nedeni olarak kaçınma klozu (escape close) olarak da adlandırılan devre konu olan pay senetlerini gerçek değeri üzerinden kendi, diğer ortaklar veya üçüncü kişiler hesabına devralma önerisinde bulunulması sayılabilir. Bu ret sebebinde ret kararı doğrudan verilmeyecek; ret kararına payların alım teklifi de eklenecektir. Böylece payını devreden ortak payın gerçek değerinin bedelini şirketten alacak, şirketten çıkma olanağı kapatılmayacak ve şirkette yabancılaşmayı önleyecektir. Kaçınma klozunun kullanılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunmasına gerek yoktur çünkü devrin sınırlaması iradesi yeterli kabul edilmektedir⁶¹. Kaçınma klozunun işlemesi için gereken koşullardan biri de paylara devir sınırlamasının getirilmiş olmasıdır. “*Ancak sınırlama klozu caiz olmasa bile onaydan kaçınılabılır*”⁶².” Ortağın verilen teklifi kabul etmek gibi bir zorunluluğu olmadığı gibi ortak teklifi reddederse aynı şekilde ortaklık sıfatı da devam eder.

Yukarıdaki tartışmaların aksine bağlı nama yazılı paylar yasal olarak iktisap edildiğinde bu paylar TTK m.493 f,4 uyarınca devralana geçmekte ve şirket kaçınma klozundan faydalanmaya çalışırsa devralanın ret hakkının bulunup bulunmayacağı konusundaki öğretide tartışmalar vardır. Ağırlıklı olan görüş devralanın ret hakkının bulunduğu yönündedir. Ancak bunun aksini savunan yazarlar şöyle bir soru sormaktadırlar “*eğer devralan da klozu reddederse pay devreden kişide kalamayacağından dolayı hakların geçişi kime ne oranda olacaktır*”⁶³” bu soruya verilen cevap böylesi bir durumda oy hakkından yoksun pay sahipliğinin gündeme gelmesi şeklinde verilmektedir. Akın ise ret hakkının tanınması halinde şirketin istemediği kişileri ortak yapmamaları için elinde olan kaçınma klozunu etkisiz hale getireceğini savunmaktadır. Yani pay sahibi çevresi istem dışı değişecek ve ortaklığın onay vermemesi halinde oydan yoksun pay gündeme gelip bu payların varlığı, ortakların çıkarlarını zedeleyeceğini bunun da kanun koyucunun iradesine aykırı olduğu görülmektedir⁶⁴.

TTK m.493 f,5 ve f,6’da “*Devralan, paylarının gerçek değerinin belirlenmesini, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mah-*

⁶¹ Bozkurt, (n 3) 268

⁶² ibid 269

⁶³ Rifat Cankat, ‘Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Kanuni İktisabına İlişkin Yapılan Tartışmalar (2016) (1) Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, 191

⁶⁴ Cankat, (n 63) 191

kemesinden isteyebilir; bu hâlde mahkeme şirketin karar tarihine en yakın tarihteki değerini esas alır. Değerleme giderlerini şirket karşılar. Devralan, gerçek değeri öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde bu fiyatı reddetmezse, şirketin devralma önerisini kabul etmiş sayılır.” demek suretiyle ortağın alım teklifi ve payın gerçek değeri ile ilgili önemli hususları göstermektedir.

Bir diğer ret nedeni olarak ele alabileceğimiz konu ise devrin inançlı bir işlem yoluyla gerçekleşmesi ihtimaline karşı şirketin korunmasıdır⁶⁵. Bu husus TTK 493 m. f,3’de “devralan, payları kendi adına ve hesabına aldığını açıkça beyan etmezse şirket, devrin pay defterine kaydını reddedebilir.” şeklinde açıklanmıştır. Böylece şirketi istemediği kişilerin şirkete girme ihtimaline karşı koruma altına almıştır. Beyanın yanlış olma ihtimalini ise madde TTK m.500’de “Şirket, iktisap edenin yanlış beyanı sonucu pay defterine yapılan kaydı, ilgililerin görüşlerini alarak silebilir. Söz konusu kişilere, silinmeye ilişkin yazılı bilgi derhâl verilir.” demek suretiyle açıklamıştır. Burada özellikle belirtelim ki devir şartları esas sözleşme ile ağırlaştırılması yasaktır⁶⁶.

a. Borsaya Kote Edilmemiş Paylarda Hakların Geçışı

Bu kısımda borsaya kote edilmemiş paylarda hakların geçişi iradi ve yasal geçişler ayrımı yapılarak değinilmiştir.

i. İradi Geçişler

İradi geçişlerde şirket devre onay vermezse pay senedi üstündeki mülkiyet ve buna bağlı haklar devralana geçmediği gibi devir geçersiz olur⁶⁷. Kanunun gerekçesine bakıldığında anonim şirketin onayı, payların ve pay senetlerinin mülkiyeti üzerinde belirleyici ve tanımlayıcı bir hu-

⁶⁵ Akbulak, (n 34) 514 “anonim şirketin ileri sürebileceği bir haklı sebebi tarafların muvazaa ile hatta inançlı bir işlemle aşmaları, hükme aykırıdır. TTK, bu aykırılığı yaptırıma bağlamıştır. Beyanın doğru olmadığı daha sonra anlaşılırsa, şirket TTK m.500’e dayanarak kaydı (bir mahkeme kararına gerek olmaksızın) pay defterinden silebilir; m.500’ü tartışmasız uygulayabilmesi için, yönetim kurulunun devralandan beyanını yazılı olarak vermesini isteme hakkı vardır. Bu hüküm bütün bağlı nama yazılı paylara, esas sözleşmede öngörülmemiş olsa bile uygulanır.”

⁶⁶ Bu husus TTK m. 493 f,7 “Esas sözleşme devredilebilirlik şartlarını ağırlaştıramaz.” Denilmek suretiyle belirtilmiştir.

⁶⁷ TTK m.494 f,1 “Devir için gerekli olan onay verilmediği sürece, payların mülkiyeti ve paylara bağlı tüm haklar devredende kalır.”

kukû fonksiyona sahip olduğu görülmektedir. Kanun eski hukuktan, kıymetli evraka hâkim olan ilkelerden ve TTK 490. maddeden ayrılmıştır⁶⁸. TTK m.490'a göre şirketin onayı mülkiyetin intikali yönünden herhangi bir rol oynamamaktadır. Lakin TTK m.494 f,1'e göre bağlamly yani devir sınırlandırılmış nama yazılı pay senetlerinde şirket onay vermediği sürece nama yazılı pay senetlerinin mülkiyeti de geçmemektedir. Görüldüğü üzere yeni sistem bölünme teorisinin bertarafı ve birlik teorisinin etkinlik kazanması üzerine kurulmuş⁶⁹ olup İsviçre öğretisinde buna yönelik görüş birliği bulunmaktadır. Yani birlik teorisinden beklenen yarardan dolayı kıymetli evrak ilkelerine istisna getirilmiştir. Şirketin onayı ile pay ve pay senetlerinin mülkiyeti de devralana geçecektir. Nama yazılı pay senetlerinde ciro ve zilyetliğin geçirilmesi ve çıplak paylarda BK 162 (818 sayılı Borçlar Kanunu mülga) anlamında alacağın temlik ile devir sağlamamakta, intikalin onayla olmasından ötürü onay, kıymetli evrak hukuku ilkelerine önemli bir istisna oluşturmaktadır⁷⁰.

Onay sadece mülkiyeti değil; paya ve pay senetlerine bağlı hakları da devretmektedir. Hem mülkiyetin hem de paya ve pay senedine bağlı malvarlığı ile yönetim ve denetim, inceleme haklarının anonim şirketin onayına bağlanması birlik teorisini ortaya çıkarmakta, eski hukuktaki gibi bölünme olmamaktadır. Devir için onay verilmediği sürece pay senetlerinin mülkiyeti ve paylara bağlı bütün haklar devredende kalmakta ve devreden tarafından kullanılmaktadır. Bu sistem TTK m.492 f,2 dolayısıyla intifa senetleri için de uygulanmakta ve intifa hakkının kurulması yönünden TMK'den ayrılmaktadır. Yeni sisteme yani 6762 sayılı mülga Eski TTK döneminde 6102 sayılı TTK dönemine geçilmesiyle uygulamada sorunlar çıkmıştır. Örneğin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin bir kararında⁷¹ bir şirket davalı şirketten pay devir almıştır pay sahiplerine de önce-

⁶⁸ TTK m.494 gerekçesi

⁶⁹ Bozkurt, (n 2) 164

⁷⁰ TTK m.49 gerekçesi

⁷¹ "... Teknik Bilgisayar İşlemleri A.Ş'nin davalı şirketteki hissesini devraldığını, bu şirket tarafından diğer paydaşlara öncelikle satın alma hakkını içeren ihtarname gönderildiğini, ihtara cevap verilmediği gibi hisse satışının pay defterine de işlenmediğini ileri sürerek, müvekkilinin davalı şirket ortağı olduğunun saptanmasına, pay defterine hükmen işlenmesine karar verilmesini talep etmiş ...Mahkemece, davalı şirket ana sözleşmesinin 8.maddesinde hiçbir hissedarın yönetim kurulunun onayı olmaksızın hisselerini satmayacağını, devretmeyeceğinin, başka suretle elden çıkarmayacağını düzenlediği, bu yönde bir yönetim kurulu kararının bulunmadığı, davalının

likle satın alma haklarını kullanmaları için davalı şirkete ihtarname ile bildirimde bulunmuştur ancak cevap alamamıştır. Devralan satın almış olduğu payların pay defterine işlenmesini de talep etmiştir ancak; şirket bunu da yapmamıştır. Bunun üzerine dava açılmış, devralınan anonim şirket hissesinin şirket defterine kaydedilmemesi nedeniyle açılan ortaklığın tespiti ve payın pay defterine kaydı isteminde bulunmuştur. Yerel mahkeme ise yönetim kurulu kararı olmadığı ve şirket ana sözleşmesinde devir sınırlamasının olduğu gerekçesiyle talebi reddetmiştir.

Yargıtay'ın kararına göre TTK'nin 490-493. ve 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 28/7 ileri sürmüştür ve buna göre nama yazılı payların devrini ret sebeplerini göstererek veya göstermeyerek sınırlandırmış bulunan anonim şirketler, 6102 sayılı TTK yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde, esas sözleşmelerini değiştirerek TTK'nin 492-498 maddelerine uyarlamak zorundadır, ifadesi ile bu sürenin dolmasıyla tüm sınırlamaların geçersiz hâle geldiği kanunda açıkça yazılıdır⁷². Bu madde hükümleri nazara alınmaksızın verilen kararı doğru bulmamış ve kararı bozmuştur.

ii. Yasal Geçişler

Alman öğretisinde olduğu gibi Türk - İsviçre öğretisinde de kanun koyucu, hukuki işlem dışında gerçekleşen yasal geçişleri ayrı şekilde düzenlenme ihtiyacı duymuştur⁷³. Yasal devirler özel iktisap halleri⁷⁴ olarak nitelendirilir. Özel iktisap halleri; *miras, miras paylaşımı, mal rejimi hükümleri ile cebri icra* olarak düzenlenmiştir. Ancak bu sayımın

şirkete yeni bir paydaş almak istememesi ve davacıyı ortaklığa kabul etmemesinin keyfi ve kötü niyetli hareket olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.... Mahkemece, 6102 sayılı TTK'nin 490-493. ve 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun 'nun 28/7. maddesi hükümleri nazara alınmaksızın, salt ana sözleşme gereğince şirket hisse devrinin yönetim kurulunun onayına bağlı olduğu ve yönetim kurulunca bu yönde bir karar alınmadığı gerekçesi ile davanın reddi doğru olmamış, anılan kanun hükümleri çerçevesinde bir inceleme yapılarak kanunda açıklanan koşulların somut olay bakımından gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmek üzere davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün temyiz eden davacı yararına bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Esas No:2015/12044 Karar No:2017/234 (<https://www.hukukmedeniyeti.org/karar/704686/>)

⁷² Cankat, (n 63) 192

⁷³ Bozkurt, (n 2) 162

⁷⁴ bkz dn.51

sınırlı olmadığı TTK m.493'ün gerekçesinde “*Hükümde sayılan geçiş hâlleri sınırlı sayı (numerus clausus) değildir. Anılan hallerde anonim şirket kural olarak onay vermekle yükümlüdür, ancak şirket söz konusu pay senetlerini gerçek değeri üzerinden almayı önerdiği takdirde onay vermeyi reddedebilir. Hüküm hisse senetlerinin anonim şirket tarafından alınmasını öngörmektedir.*” denilmek suretiyle belirtilmiştir. Payın/pay senedinin özel iktisap hallerinden biri ile elde edilmesi durumunda pay sahibinin tüm konumu, hakları bir anda devralana geçmez. TTK m. 493 f,4 ve 494 f,2 gereğince, payın/pay senedinin miras ile elde edilmesi durumunda pay mülkiyeti ve malvarlığı hakları hemen geçerken genel kurula katılma, oy hakkı gibi haklar ancak şirketin onayı ile geçecektir. Yani katılım hakları pay/pay senedinin sahibi ölünce devralana geçebilmesi için şirketin bu devre onay verme şartı aranmaktadır.

Yasal geçişlerde ise malvarlığı hakları, onay aranmaksızın geçerken; katılım hakları, onay verilinceye kadar askıda kalır, onay olmadan geçemez. Bu husus TTK m. 494 f,2'de “*Payların miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gereği iktisap edilmeleri hâlinde, bunların mülkiyeti ve bunlardan kaynaklanan malvarlığına ilişkin haklar derhâl; genel kurula katılma haklarıyla oy hakları ise ancak şirketin onayı ile birlikte devralana geçer.*” şeklinde açıklanmıştır. Amaçsal yorum dikkate alınmadan sadece lâfzî yorum yöntemi dikkate alınacak olduğunda, kanun koyucunun bazı hakların kanuni devrin gerçekleşmesi ile bazı hakların da şirket onayı ile geçeceğine yani bağlam konusunda birlik sistemini kabul etmiş kanunda bölünme teorisinin can bulduğuna kanaat getirilecektir⁷⁵. Ancak bu konuda aksi düşünen Bozkurt'a göre eski dönemlerde bölünme teorisinin sakıncaları nedeniyle terk edildiğini ve geri dönülmek istendiğine dair bir yorumun ne kanunun lafzında ne de amacı ile bağdaşmadığını savunmaktadır⁷⁶.

Mülga 6762 sayılı Kanun döneminde uygulanan bölünme ilkesinin geçici de olsa tekrar vücut bulduğu düşünülebilir. Şöyle ki; Türk ve İsviçre öğretisinde özel iktisap hâlleri yolu ile yapılan pay devirlerinde haklarda geçici bir bölünme gerçekleştiğinden bahsedilmektedir ve görünürde bir bölünme varmış gibi algılanabilir, nitekim gerçekten de hakların bölündüğüne dair bir görüntü oluşmuştur⁷⁷.

⁷⁵ Cankat, (n 63) 192

⁷⁶ Bozkurt, (n 2) 195

⁷⁷ ibid 196

Ancak böylesi düz bir düşüncenin kanunun ruhuna uygun olmadığı hemen hemen tüm yazarlar tarafından kabul görmektedir. *Akın* bölünme teorisi benzeri bir durumun kabulünün kanunun getirmiş olduğu sisteme uymayacağını söyleyerek kanuni devrin gerçekleşmesi ile tüm hakların devralana geçtiğini; ancak yönetsel hakların kullanılmasının şirketin onayına bağlı olduğunu savunmaktadır⁷⁸. *Uzel* de kanunun lafzının hatalı olabileceğini ve tüm hakların devralana geçmesinin daha doğru olacağını savunmaktadır⁷⁹. Her iki yazar da kanunun birlik teorisini kabul ettiği ve kanun lafzının olduğu gibi kabulünün bu teoriyi sarsacağı kanaatindedir.

Gerek iradi devirde gerekse yasal geçişlerde şirketin onay veya ret için belirli bir süresi vardır. TTK m.494'ün son fıkrasına göre şirket reddetmiş ancak ret haksızsa veya şirketin onaylamaya ilişkin istemi üç ay içinde reddetmemişse şirket onay vermiş sayılacaktır⁸⁰.

Şirketin devre onay ya da ret kararı vermesi yeni bir durum oluşturacağından kurucu yenilik doğurucu hak niteliğinde olacaktır⁸¹. Kararın bu nitelikte olması kararın zaman aşımı değil hak düşürücü süreye tabi olmasını gerekli kılacaktır⁸².

TTK m.494 f,3 göre son cümlesinde ret haksızsa, onay verilmiş sayılacağı belirtilmiştir, buna göre onayın reddedilmesi halinde devralanın şirkete dava açması halinde ve bu davasında haklı olması durumunda mahkeme kararı ile borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylarda yasal devirde doğrudan geçmeyen genel kurula katılma haklarıyla oy hakları tanınmış olacaktır. Devralanın zararı varsa, TTK m.497 f,4 burada kıyasen uygulama yeri bulacaktır ve bu buna göre şirket, kendisine herhangi bir kusurun yükletilemeyeceğini ispat edemediği takdirde devralanın zararı gidermekle yükümlüdür.

⁷⁸ Murat Yusuf Akın, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, (2nd edn, Vedat Yayıncılık 2003) 124.

⁷⁹ Necdet Uzel, Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, (1st edn Oniki Levha Yayıncılık 2013) 52

⁸⁰ TTK madde 494 f,3 Şirket, onaylamaya ilişkin istemi, aldığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde reddetmemişse veya ret haksızsa, onay verilmiş sayılır.

⁸¹ Şirket, onaylamaya ilişkin istemi, aldığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde reddetmemişse veya ret haksızsa, onay verilmiş sayılır.

⁸² Bozkurt, (n 2) 265

3. Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Paylar

Borsa işlemlerinin hızı dikkate alınarak TTK burada ret nedeni olarak esas sözleşme iktisap edilecek nama yazılı paylar ile ilgili payı elde edenin pay sahibi olarak tanınacağı, sermayeyi esas alan ve yüzde ile ifade edilen bir iktisap sınırı öngörülmüş ve bu üst sınırın aşılması olarak belirtmiştir⁸³. Borsada önemli nedenden bahsedilemez. Burada da inançlı iktisap ve muvazaanın önüne geçmek ve şirketin istemediği kişilerin ortak olarak katılmasının engellenmesi için şirketin devralandan, payları kendi adına ve hesabına aldığını açıkça beyan etmesini isteme hakkı mevcuttur⁸⁴. Buradaki ret sebebinin ileri sürülmesi için esas sözleşmede yer alma zorunluluğu yoktur.

Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsada satılması durumunda pay defterinin gerçek durumu yansıtabilmesi için Merkezî Kayıt Kurulu'nun bildirim yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük TTK m.496'da "*Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsada satılmaları hâlinde, Merkezî Kayıt Kurulu, Sermaye Piyasası Kurulunun düzenlemelerine uygun olarak devreden kimliğini ve satılan payların sayısını şirkete bildirir veya şirketin bu bilgilere teknik erişimini sağlar.*" denilmek suretiyle getirilmiştir⁸⁵.

Şirket devralanı tanımayı reddetmekte haksızsa ve bu haksızlığı mahkeme kararı ile ispat olunmuşsa kararın kesinleşmesinden sonra hü-

⁸³ TTK madde 495 f.1, "Şirket, borsada kote edilmiş nama yazılı payları iktisap eden bir kimseyi, pay sahibi olarak tanımayı, ancak esas sözleşme, iktisap edilebilecek nama yazılı paylar ile ilgili olarak iktisap edenin pay sahibi olarak tanınacağı, sermayeyi esas alan ve yüzde ile ifade edilen bir iktisap üst sınırı öngörmüş ve bu üst sınır aşılmışsa reddedebilir. "Kanaatimizce reddedilmenin istisnasını TTK madde 495 f.3 oluşturmaktadır. Bu maddeye göre "Borsaya kote nama yazılı payların miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla iktisap edilmeleri hâllerinde, devralanın pay sahibi sıfatını alması reddedilemez."

⁸⁴ TTK m.495 f.2 "Ayrıca istemde bulunmasına rağmen devralan, payları kendi ad ve hesabına aldığını açıkça beyan etmezse, şirket, payların pay defterine kaydını reddedebilir."

⁸⁵ Akbulak, (n 34) 518 "Bildirim ile şirket, nama yazılı pay senetlerini kimin aldığını bilmese bile pay defterinde kayıtlı kişinin artık mezkûr hisse senetlerinin ve hakların sahibi olmadığını öğrenecektir. Bu da TTK m.497 yönünden önem taşımaktadır. Çünkü anılan hüküm uyarınca borsaya kote pay senetleri borsada satılınca, oy hakkı ile ona bağlı haklar hariç, paya bağlı haklar devralana geçer. Anılan hüküm dolayısıyla, borsadaki devrin hemen şirkete bildirilmesi ve şirketin de ona göre gerekli işlemi yapması gerekir."

küm ifade eder, geriye yürüme olmaz. Devralana bu haksızlığı yargı yolu ile çözme yöntemi verilmesi oy hakkından yoksun pay sahipliği sıfatının sürekli olarak askıda tutulmasını engellemesini amaçlanır. Tanıma başvurusu reddedilirse oydan yoksunluk kalıcı hale gelir. Bu durumda şirket kendisine kusur atfedilemeyeceğini ispat edemezse devralanın uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür⁸⁶.

TTK şirketin başvuruyu reddetmesi için bir süre öngörmüştür. TTK m.498’de “*Şirket, devralanın, pay sahibi olarak tanınması istemini, istemi aldığı tarihten itibaren yirmi gün içinde reddetmezse devralan, pay sahibi olarak tanınmış sayılır.*” denilmek suretiyle şirketin yirmi gün içinde talebi olumlu ya da olumsuz karara bağlaması gerektiğini aksi halde bir cevap verilmezse istemde bulunan kişinin pay sahibi olarak tanınacağını belirtmiştir. Her ne kadar talebin şekli kanunda belirtilmesi de ispat kolaylığı için talebin yazılı olması gerektiği düşünülmektedir⁸⁷.

a. Borsaya Kote Edilmiş Paylarda Hakların Geçiş

Borsaya kote edilmemiş bulunan nama yazılı pay senetlerinin devrinde birlik teorisi (Einheitstheorie) kabul edilirken, borsaya kote edilmiş bulunan nama yazılı pay senetlerinin devrinde ise bölünme teorisi (Spaltungstheorie) kabul etmiştir. Kanaatimizce böyle bir sistem farklılığının kabulü yerinde olmuştur. Borsaya kote edilmiş bulunan nama yazılı pay senetlerinin devrinde de birlik teorisi kabul edilmiş olsaydı, yatırımcıların borsaya olan güveni sarsılır, hatta ortadan kalkabilirdi⁸⁸.

Borsadan nama yazılı payların elde edinilmesi halinde tüm haklar iktisap anında devralana geçer. Borsa dışından (harici sözleşme veya miras gibi) elde edilen paylar için TTK m.497 uyarınca devralanın şirkete başvurması ile pay sahipliği hakları devralana geçecektir. Bu durumda paylar ve hakların geçişi anları farklıdır *paylar* TTK m.490’a göre *haklar*

⁸⁶ TTK m.497 f.4 “Ret hukuka aykırı ise şirket, mahkeme kararının kesinleşme tarihinden itibaren, oy hakkını ve buna bağlı hakları tanır. Şirket, kendisine herhangi bir kusurun yükletilemeyeceğini ispat edemediği takdirde, devralanın ret nedeniyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.”

⁸⁷ TTK m.498 gerekçesi.

⁸⁸ Rauf Karsu, ‘T.T.K. Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması’ (2008) 7 (1/2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 141

TTK m.497 f,1 gereği devralanın şirkete başvurması ile geçer⁸⁹ ancak pay sahipliği haklarının geçmesi için şirket onayı gerekmektedir⁹⁰.

Halka açık anonim ortaklıklarda borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar için kural olarak SPK m.137 f,3 uyarınca⁹¹ borsadan elde edilen payların pay defterine kaydından kaçınılamaz. Burada kastedilen yüzdelik sınır aşılsa bile müktesibin geri çevrilemeyeceğidir⁹². Böylece TTK'nin getirdiği yüzdelik sınırlama sistemi teorik olarak da olsa borsa dışı iktisaplarda uygulama alanı bulacaktır. SPK'nin getirdiğine benzer şekilde, Kotasyon Yönergesinin belirli pazarlara yönelik öngördüğü kotasyon şartlarından biri de ortaklık esas sözleşmesinde payların devrini engelleyecek bir hükmün varlığının olmamasıdır. Bu şart, Yıldız Pazar ve Ana Pazar, Nitelikli Yatırımcı İşlem Pazarı, Yatırım Ortaklıkları ve Gelişen İşletmeler Pazarı'nda işlem görecekt payların bağlam hükmüne konu olmamasını aramaktadır⁹³. Dolayısıyla, TTK m. 495 uyarınca bir anonim ortaklığı esas sözleşmesinde bağlı nama yazılı paylar öngörülmüş olsa da bu anonim ortaklık halka açıldıktan sonra anılan pazarlarda işlem görmek amacıyla payların borsaya kote ettirme talebinde bulunduğu, ana sözleşmesindeki bağlam hükmünü kaldırmış olması gerekir. Dolayısıyla, uygulamada paylarının borsada işlem görmesi amacıyla paylarını anılan pazarlarda kote ettiren bir anonim ortaklığın ana sözleşmesinde TTK m. 495 uyarınca öngörülmüş bir bağlam hükmünün pratikte bir anlamı kalmadığı söylenebilir.

Nama yazılı paylar ister borsadan elde edinilmiş olsun ister borsa dışında başka bir şekilde elde edinilmiş olsun paylardan doğan genel kurula katılma, oy hakkı ve oy hakkına bağlı olan diğer hakları şirket devralanı pay defterine kaydetmediği sürece kullanılamaz. Bu haklar şirket

⁸⁹ Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, (n 1) 161

⁹⁰ TTK madde 497/f.1 “Borsaya kote nama yazılı paylar borsada iktisap edildikleri takdirde, paylardan kaynaklanan haklar payların devri ile birlikte devralana geçer. Borsaya kote nama yazılı payların, borsa dışında iktisap edilmeleri hâlinde, söz konusu haklar, pay sahipliği sıfatının şirket tarafından tanınması için, devralanın şirkete başvuruda bulunmasıyla devralana geçer.”

⁹¹ Halka açık ortaklıkların borsada gerçekleştirilen işlemler neticesinde satın alınan paylarının pay defterine kaydedilmesinden imtina edilemez. Bu ortaklıkların borsada işlem görmeyen payları için ise 6102 sayılı Kanunun 493 üncü ve 494 üncü maddeleri uygulanır.

⁹² Ata, (n 54) 17

⁹³ ibid 17

devralanı tanıyınca kadar kullanılamaz. Devralan bu haklar dışındaki pay sahipliği hakları malvarlığı hakları, kâr payı, rüçhan hakkı vs. gibi hakların kullanılmasında herhangi bir sınırlamaya tabi değildir. TTK m.497 f, 3 uyarınca şirketin henüz tanımadığı devralanlar, borsa içinde elde edinmede devirle; borsa dışında elde edinmede tanıma başvurusunda bulunduktan sonra oy hakkından yoksun pay sahibi olarak pay defterine yazılacak olup bu paylar genel kurulda temsil edilemeyecektir.

SONUÇ

Her gün farklı markaların ürünleri tüketilmektedir. Etiketlerinde karşılaşılan anonim şirketler ile borsada bir işlem sırasında dahi karşılaşmak mümkündür. Toplumsal yaşamda bu kadar sık rastlanılan şirketlerin, en küçük mülkiyet birimi olan payları ve önemini daha iyi kavramak; bu payların geçişi sırasında hakların nasıl ve ne zaman geçtiğini irdelemek için hazırlanan çalışmada, odak noktası hakların geçişi olmuştur. Özetle, paya bağlı hakların geçişinde, borsaya kote edilmiş ve edilmemiş şirketlere göre ayırım yapılmıştır. Borsaya kote edilmeyen şirketler, borsaya kote edilenlere göre daha iç yapısına düşkün ve payların dağılımını önemseyen bir tutum sergilemektedir. Bu bağlamda iradi geçişlerde şirketin geçişi onaylaması şirketin onayına tabii; yasal geçişlerde mülkiyet hakkı doğrudan, paya bağlı oy kullanma, genel kurula katılma gibi haklar ise şirket onayladıktan sonra geçmektedir.

İradi geçişlerde bağlı nama yazılı pay/pay senetlerinde devir “devreden” ile “devralan” arasındaki bir iç ilişki değildir. Şirket bu üçlü ilişkinin tarafıdır ve onun onayı devir için bir şarttır. Bu vargıya TTK m.494 f,1 ile ulaşmak mümkündür. Öyle ki, devir için gerekli olan onay verilmediği sürece payların mülkiyeti ve paylara bağlı tüm hakların devredende kalacağı ifade edilmiştir. Bu ifade, devir için şirketin rızasının şart olmasının yanında, bölünme ve birlik teorisinin durumuna da dikkat çekmektedir. Kanun maddesinde, borsada işlem görmeyen nama yazılı paylardaki iradi devirlerde bölünme teorisinden tamamen uzaklaşıldığını ifade etmektedir. Artık birlik teorisinin benimsendiği anlaşılmaktadır. Alman Hukuku’na göre devir anında onay verilmemesi halinde tüm hakların geçmemesi durumu devir işlemi için onay veya icazet verilinceye kadar haklar askıdadır. Eğer icazet de verilmemişse haklar hükümsüz kalır ve bu da kesin hükümsüz hâlidir. Birlik teorisinde, pay sahipliğini bir bütün olarak varsaydığımızda bunun içerisine bireysel pay sahipliği hakları da girmektedir ancak bunlar onay verilmediğinde geçmemektedir.

Bölünme Teorisini eski öğreti benimsemişti; buna göre iradi devirlerde bir ortağın pay sahipliğinden kaynaklanan gelecekteki tüm alacak haklarını örneğin kâr payı, tasfiye payı, hazırlık dönemi faizi gibi hakları üçüncü kişiye devir etmesi işlemi geçerliydi. Ancak yeni öğretide, yani birlik teorisine göre; “paylara bağlı tüm hakların devredende” kalacağını açıkça ifade edilmiştir. Bu da paydan kaynaklanan gelecekteki alacak haklarının da devralana geçmeyeceğini ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, gelecekteki alacak hakları için bu sınırlama geçerli olmasaydı, o halde hakkın paya bağlı olması kavramı da geçerli olmazdı ve bölünmenin bertaraf edilmesinin bir anlamı olmazdı. Böylece bağlı nama yazılı senetlerde devir işlemlerinde ciro edilmesiyle senedin zilyetliğinin devri yanında, şirketin de onayı aranarak kıymetli evrak hukukuna ilişkin devir olgusu üç taraflı işlem hâline getirilmiştir.

Borsada işlem gören nama yazılı paylar bakımından şirketlerdeki durumu özetlemek gerekirse; burada göze çarpan husus, borsadan pay alan kişiler paya bağlı hakları doğrudan pay defterine yazdırarak sahip olurken, yasal geçiş veya borsa dışı harici geçişlerde haklar, şirkete bildirim yapılmak suretiyle kazanılmaktadır. Pay senetleri/paylar, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebrî icra gereği iktisap edilmişlerse, birlik teorisi değil bölünme teorisi kabul edilmiştir. Kanun gerekçesinden de bu vargıya ulaşabilmektedir. Belirtilen durumlarda şirketin onay vermeme yetkisi çok sınırlı olduğundan bölünme teorisinin tercih edilmiş olması yerinde olmuştur. Bölünme teorisine göre, pay senetlerinin/payların mülkiyeti ve malvarlığı hakları (kâr payı ve tasfiye payı gibi) devir sözleşmesi ile birlikte derhal, yönetim hakları (genel kurula katılma, oy kullanma, iptal davası açma) ise, ancak şirketin onayı ile birlikte devralana geçmektedir. Şirket bu onayı vermediği sürece söz konusu haklar eski malikte kalmaktadır.

KAYNAKÇA

Akbulak Y, ‘TTK Işığında Anonim Şirketlerde Pay Senetleri’, (2016) (1) Ankara Barosu Dergisi

Akın M Y, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, (2nd edn, Vedat Yayıncılık 2003)

Ata Ö, ‘Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Payların Devri’, (2019) 16 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Birsel M T, “Anonim Şirketlerde Tali Yüküm”, (1976) 8 (3) Batider

Bozkurt T, Şirketler Hukuku, (11th edn, Legem Yayıncılık 2020)

- Bozkurt T, Ticaret Hukuku, (1st edn, Oniki Levha Yayınları 2019)
- Cankat R, ‘Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Kanuni İktisabına İlişkin Yapılan Tartışmalar (2016) (1) Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi
- Eriş G, Ticari İşletme ve Şirketler, (3rd edn, Seçkin Yayıncılık 2017)
- Eriş G, Anonim Şirketler Hukuku, (1st edn, Seçkin Yayıncılık 1995)
- Arslanlı H, Anonim Şirketler-I (Umumi Hükümler) (1st edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1959)
- İmregün O, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, (12th edn, Filiz Kitabevi 2001)
- İmregün O, Anonim Ortaklıklar, (2nd edn, Yasa Yayınları 1989)
- Karsu R, ‘T.T.K. Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması’ (2008) 7 (1/2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- Kaya A, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2001)
- Moroğlu E, ‘Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devri’, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII
- Nomer F, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakta Yükümlülüğü, (1st edn Beta Yayınevi 1999)
- Poroy R, Tekinalp Ü and Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku, Cilt 1, (14th edn, Vedat Yayıncılık 2019)
- Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, (6th edn, Adalet Yayınevi 2020)
- Tandoğan H, “Anonim Şirketlerde Hissedarların Umumi Heyete İştirak ve Rey Haklarının Esas Mukavele ile Tahdidi”, (1960), I. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası
- Tekil F, Anonim Şirketler Hukuku, (1st edn, Alkım Yayınevi 1998)
- Uzel N, Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, (1st edn Oniki Levha Yayıncılık 2013)
- Yıldız Ş, Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, Doktora Tezi, İstanbul, 1996

**#YARGITAY KARARLARINA GÖRE CMR SÖZLEŞMESİNİN
UYGULANMA ESASLARI VE EŞYANIN TAŞINMASINDA
HASAR, ZIYA VE GECİKMEDEN DOĞAN SORUMLULUK***

*(ACCORDING TO SUPREME COURT DECISIONS, THE IMPLEMENTATION
PRINCIPLES OF THE CMR CONTRACT AND LIABILITY DERIVED FROM THE
DAMAGE, LOSS, AND DELAY IN THE TRANSPORTATION OF THE GOODS)*

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Hacı KARA**

ÖZ

Eşya taşımacılığı, ekonomik malların ve tüketim ihtiyaçlarının karşılanabilmesi ile uluslararası ticaret bakımından yaygın olarak; karayolu, demiryolu, havayolu ve denizyolu ile yapılmaktadır. İşsu taşımacılığı ise çok yaygın değildir. Buna karşın, nehirleri taşıyıcılığa uygun olan Almanya gibi bazı Avrupa ülkelerinde yaygındır.

Taşımacılık sektörünün uluslararası yönünün de bulunması, bu alanda çok sayıda ikili ve çok taraflı uluslararası sözleşmenin yapılmasını sağlamıştır. Yaygın kullanıma sahip sözleşmelerden biri de karayoluyla yapılan taşımalarla ilişkin olanıdır. Genellikle uluslararası taşımalarla ilgili sözleşmelerde, uluslararası sözleşme hükümleri uygulanmaktadır. Bu nedenle uluslararası sözleşmelerin tüm ülkelerde aynı şekilde uygulanabilmesi önemlidir. Sözleşmenin uygulandığı somut durumda, uygulama-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 12.03.2021 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 05.04.2021 tarihinde birinci hakem; 17.05.2021 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD, hci.kara@medeniyet.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-8255-6277.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

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

Bu makaleye atıf için; KARA, Hacı, “Yargıtay Kararlarına Göre CMR Sözleşmesinin Uygulanma Esasları ve Eşyanın Taşınmasında Hasar, Zıya ve Gecikmeden Doğan Sorumluluk”, REGESTA, Cilt: 6, Sayı: 1, 2021, s. 77-120.

nan sözleşmenin tüm hususları düzenlemesi söz konusu değildir. Bunlara cevap vermek yerel mahkemelerin görev alanına girdiğinden, çok sayıda milli mahkeme içtihatları oluşmuştur. Yerel mahkemeler, uyuşmazlığın çözümünde mümkün olduğunca sözleşmelerin uluslararası yorumuna sadık kalmaya çalışmaktadırlar. Taşıma hukuku konusunda Türk Ticaret Kanunu'nun taşımaya dair hükümleri, Karayolu Taşıma Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri uygulanır. Uluslararası taşıma sözleşmelerine ise ilgili uluslararası sözleşme hükümleri uygulanmaktadır.

Bu çalışmada, karayoluyla taşımaya dair CMR Sözleşmesinin uygulanması ve eşyanın hasarı, zıyai ve gecikmesi halinde taşıyıcının sorumluluğuna uygulanan hükümler incelenecektir. Konunun kapsamının çok geniş olması nedeniyle çalışmanın içeriği hasar ve zıyadan sorumluluk ve zararların tazmini ile sınırlı tutulmaya çalışılacak diğer konulara ise gerektiği ölçüde ve amaçla sınırlı olarak değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: CMR Sözleşmesi, CMR Uygulama Şartları, Zıya-Hasar ve Gecikme Zararlarından Sorumluluk, Sınırlı Sorumluluk, Sorumluluk Sınırı.

ABSTRACT

Goods transportation, meeting economic goods and consumption needs, and in terms of international trade; it is carried out by road, rail, air and seaway. Inland water transport is not very common. In contrast, it is common in some European countries, such as Germany, whose rivers are suitable for carrier.

The international aspect of the transport sector has enabled many bilateral and multilateral international conventions to be signed in this field. One of the contracts with widespread use is the one related to road transport. Generally, the provisions of international conventions are applied in contracts related to international transport. For this reason, it is important that international conventions can be applied in the same way in all countries. In the concrete case where the contract is implemented, the applied contract does not regulate all matters. Since answering these falls within the jurisdiction of local courts, a large number of national court case law has arisen. Local courts try to stick to the international interpretation of the conventions as much as possible in the solution of the conflict. The provisions of the Turkish Commercial Code regarding

transportation, Road Transport Code and the provisions of the relevant legislation are applied to inland transportation. The relevant international contract provisions are applied to the international carriage contracts.

In this study, the implementation of the CMR Convention on road transport and the provisions applicable to the liability of the carrier in case of damage, loss and delay of the goods will be examined. Due to the wide scope of the subject, the content of the study will be limited to liability and compensation for damages, and other issues will be addressed to the extent and purpose.

Keywords: *CMR Contract, CMR Application Conditions, Liability for Loss-Damage and Delay, Limited Liability, Limit of Liability.*

I. GİRİŞ

Taşıma işleri, Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 4. Kitabında, 850 ilâ 930. maddeler arasında düzenlenmiştir¹. Denizyolu, demiryolu ve havayoluyla taşıma ile posta idaresine ilişkin milli mevzuatımızda yer alan özel hükümler saklıdır². Ulusal sınırlar içerisinde yapılan veya bir uluslararası taşıma sözleşmesi kapsamında sayılmayan taşımalar hakkında, TTK hükümleri uygulanır³.

AB taşıyıcılık politikaların uyumlaştırılması çalışmaları ayrıca yürütülmekte ve milli mevzuat uyumlaştırılmaktadır⁴. Taşıyıcılık politikası-

¹ Birinci Kısım: Genel hükümler (850-855), İkinci Kısım: Eşya taşıma (856-893), Üçüncü Kısım: Taşınma eşyası taşınması (894-901), Dördüncü Kısım: Değişik tür araçlarla taşınma (902-905), Beşinci Kısım: Yolcu taşıma (906-916) ve Altıncı Kısım: Taşıma işleri komisyoncusu (917-930).

² Burak Adıgüzel, Taşıma Hukuku (3rd edn, Seçkin Yayınevi 2020) 10; Mertol Can, '4925 Sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'na Göre Karayoluyla Yapılan Taşımaların Tabi Olduğu Hukukî Esaslar', (2005) 9(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/9_2.pdf> Erişim Tarihi 18 Mart 2021.

³ TTK m. 850/1: Taşıyıcı, taşıma sözleşmesiyle eşya veya yolcu taşıma işini veya ikisini birlikte üstlenen kişidir. Eşya her türlü yükü de kapsar.

⁴ AB Komisyon 2001 yılında bir Beyaz Kitap yayımlamış ve Ortak Taşıyıcılık Politikası için 10 yıllık bir perspektif oluşturulmuştur. Farklı taşıyıcılık türleri arasında denge oluşturulması, birbirleri ile bağlantılarının sağlanması, darboğazların aşılması gibi konularda politika önerileri ortaya konulmuş, kaynak sorunlarına değinilmiştir. Ha-

nın merkezinde “kullanıcı” olduğundan ve sektörün sürdürülebilirliğinden hareketle, çeşitli alt sektörler için getirilen yeni düzenlemelerle; yol emniyeti, kullanıcı hakları, sektörün sosyal boyutu ve çalışma koşulları, çevreye olumsuz etkilerini azaltılması geliştirilmiş, güçlendirilmiş ve bu çerçevede uygulanacak ortak, yeknesak ve zorunlu mevzuat benimsenmiştir⁵.

Uluslararası nitelikteki eşya taşımaları hakkında, Türkçeye “Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi (CMR)”⁶ şeklinde resmi olarak tercüme edilen “*Convention relative au contrat de transport international de Marchandises par Route*” uluslararası sözleşmesi uygulanır⁷. Sözleşmenin İngilizce adı “*Convention on the Contract for the international carriage of the Goods by Road*” olup, Fransızca ve İngilizce metinler eşdeğer metinler olarak kabul edilir⁸.

vacılık sektöründe emniyet ile ilgili ortak, yeknesak ve zorunlu mevzuat benimsenmiştir. Deniz, hava ve demiryolu taşıyıcılığı alanlarında emniyet ajansları oluşturulmuş, yolcu hakları geliştirilmiş, taşıyıcılık politikasının sosyal boyutu güçlendirilmiş ve çalışma koşulları düzenlenmiştir. 2011 yılında yayımlanan Tek Avrupa Taşıyıcılık Sahası İçin Yol Hartası isimli Beyaz Kitap ise, AB Taşıyıcılık Sisteminin 2050 yılına kadar sürdürülebilir bir sistem haline getirilmesini amaçlayan öneriler ortaya koymaktadır. ‘Commission of the European, European transport policy for 2010: time to decide, White Paper’ <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/themes/strategies/doc/2001_white_paper/lb_com_2001_0370_en.pdf> Erişim tarihi 05 March 2021; ‘European Commission, White Paper, Roadmap to a Single European Transport Area Towards a competitive and resource efficient transport system’ <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0144:FIN:EN:PDF>> Erişim tarihi 05 March 2021.

⁵ ‘Avrupa Birliği’nin Taşıyıcılık Politikası’ < https://www.ab.gov.tr/fasil-14-tasimacilik-politikasi_79.html> Erişim tarihi 05 Ocak 2021.

⁶ ‘Status of the Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR)’ <https://web.archive.org/web/20110909061337/http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-B-11&chapter=11&lang=en> Erişim tarihi 01 March 2021; Ayrıca bkz. RG 04.01.1995/22161.

⁷ Adıgüzel (n 2) 15; ‘Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR)’ <<https://www.jus.uio.no/lm/un.cmr.road.carriage.contract.convention.1956/doc.html>> Erişim tarihi 01 March 2021.

⁸ CMR Sözleşmesi m. 51: “...İngilizce ve Fransızca dillerinde tek bir nüsha olarak ve her metin eşit derecede geçerli olmak üzere düzenlenmiştir.” 1978 tarihli James Buchanan & Co. v. Babco Forwarding & Shipping davasında mahkeme, eğer CMR’nin uygulanmasında İngilizce metninde belirsizlik meydana gelirse destekleyici olarak

Doktrin ve uygulamada Sözleşmeyi ifade etmek üzere Fransızca metnindeki Sözleşme için, “eşya ve kara yolu” kelimelerinin baş harfleri kısaltılmak suretiyle “CMR Sözleşmesi (Konvansiyonu)”⁹ adı kullanılmaktadır¹⁰. Sözleşmede 05.07.1978 tarihli Protokolle değişiklik yapılmış, bu Protokol 28.12.1980 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 02.08.1985 tarihinde Protokole taraf olmuştur. En son Protokol’de 20.02.2008 tarihinde değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik Protokolü 31.01.2018 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Devleti hakkında yürürlüğe girmiştir¹¹.

CMR Sözleşmesinin, hukuki birliği sağlayacak bir Sözleşme olması özelliği dikkate alınarak, Sözleşmenin tüm ülkelerde uygulanacak şekilde yorumlanması gerekir. Sözleşmenin yorumlanmasında, tarafların CMR Sözleşmesi hükümlerine verdikleri anlam değil, CMR Sözleşmesi

Fransızca metnine bakılmalıdır. Fransızca metin Sözleşmenin amacı bakımından; harici delil, hazırlık çalışması (travaux préparatoires) ve yorumlar (commentaries) olarak kullanılabilir demiştir. Malcolm A. Clarke, *International Carriage of Goods By Road: CMR* (3rd edn, Sweet&Maxwell 1997) 20.

⁹ CMR Sözleşmesi (Konvansiyonu) tarihçesi için bkz. Sümeire Akburak, Taşıyıcının Sorumluluğu Alanında CMR’nin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na İktibas, (Yayınlanmamış YL Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2011) 2ff <<https://core.ac.uk/download/pdf/51099921.pdf>> Erişim tarihi 05 Mart 2021.

¹⁰ Clarke (n 8) 3, 1952 yılında C.E.E. (Comission Economique pour L’Europe)’nin kurduğu bir çalışma grubu, üç kişilik bir uzmanlar komisyonunu, karayoluyla uluslararası sahada eşya taşıyıcılığından kaynaklanan sorumluluk konusundaki ön tasarımı hazırlamakla görevlendirmiştir. Sözleşme 1953 yılında hazırlanmış ve çeşitli devlet temsilcilerinin katıldığı toplantılarda tamamlanarak son şekli verilmiştir. Cenevre’de dokuz Avrupa Ülkesi; Avusturya, Belçika, Fransa, Almanya, Lüksemburg, Hollanda, Polonya, İsveç, İsviçre ve Yugoslavya tarafından imzalanan CMR Sözleşmesi, 19.05.1956 tarihli. Avusturya, Fransa, İtalya, Hollanda ve Yugoslavya olmak üzere 5 devletin daha onay belgelerini tevdi etmeleri ile 02 Temmuz 1961 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 55 Ülke taraftır. Mehmet Kahya, ‘Taşıyıcının Mali Sorumluluğu ve C.M.R. Sigortaları’ 39 Reasürör <http://www.millire.com/dergi/SAYI_39.pdf> Erişim tarihi 03 Mart 2021.

¹¹ Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi (CMR) ile Bu Sözleşmeye Ek Protokole Katılmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 3939, Kabul tarihi 07.12.1993, RG 14.12.1993/21788; Sözleşmede 05.07.1978 tarihli protokolle değişiklik yapılmış ve bu değişiklik 05.01.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokole 02.12.1994 tarih ve 94/6322 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (RG 04.01.1995/22161) ile katılmamız uygun bulunmuştur; Bu Protokolde 20.02.2008 tarihinde tekrar değişiklik yapılmış; Türkiye bu Protokolü de 17.07.2017 tarih ve 2017/10619 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul etmiştir RG 22.08.2017/30162.

metnindeki hükümlerin anlamı araştırılmalıdır¹². Uluslararası sözleşmelerin akdedilmesine dair 1969 tarihli “Vienna Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (Vienna Convention on the Law of Treaties)”, uluslararası sözleşmelerin olağan anlamlarının belirlenmesinde iyi niyetin (*good faith*) ölçü alınmasını düzenlemiştir¹³.

CMR Sözleşmesi kapsamına giren taşımalarda TTK’nın taşımaya ilişkin hükümleri değil, Sözleşme hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştik¹⁴. Bu konuda verilen 2003 tarihli Yargıtay kararında¹⁵:

“Japonya’da ithal edilen ve Mersin Limanı’na getirilen 3 adet bobin makinasının, davacıya ait Adana’da bulunan fabrikaya, davalının tırları ile taşınması esnasında, sürücü U dönüşü yasağını ihlal etmiş ve dönüş yaptığı esnada bobin makinaları araçtan düşürerek hasarlanmış, hasar bedelinin bir bölümü taşıyıcının sigortacısından tahsil edilmiştir. Kalan hasar bedeli ve kâr mahrumiyetinin davalıdan tahsili talep ve dava edilmiştir. Kısa adı CMR Sözleşmesi olan ve ülkemizin de 1995 yılında taraf olduğu ve Anayasa’nın 90/5 maddesi hükmüne göre kanun hükmünde bulunan Eşyaların Karayolunda Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi’nin kanun olarak uygulanabilmesi için gerekli şartlardan birisi de eşyanın teslim edildiği yer ile bunların gönderildiği yerin iki ayrı devlet sınırları içerisinde bulunması ve devletlerden en az birisinin de, CMR Sözleşmesi’ne taraf olması gerekir. Bu itibarla bir yurtiçi taşımada CMR Sözleşmesi hükümleri bir kanun hükmü olarak uygulanamaz ise de, dava konusu olayda olduğu gibi CMR Sözleşmesi hükümlerinin yurtiçi bir taşımada da uygulanmasının sözleşme olarak taraflarca kabul edilmesi mümkündür. Ancak, bu halde CMR Sözleşmesi hükümleri sadece sözleşme hükmü olarak hüküm ifade edeceğinden, bu sözleşme hükümleri TTK’nın taşımaya ilişkin emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla geçerli olabilecektir. TTK’nın emredici mahiyette bulunan 766 ncı maddesiyle taşıyıcının mesuliyetinin önceden hafifletilmesi veya

¹² ibid 5-6

¹³ ibid 13

¹⁴ Eğer bir dava 1. maddede ifade edilen CMR sözleşmesi kapsamına girerse mahkeme iç hukuk kurallarını değil uluslararası sözleşme hükümlerini uygular. ibid 20

¹⁵ Yargıtay 11 HD, 13744/12152, 26.12.2003. Yargıtay 11 HD, 13676/521, 22.1.2007. Yargıtay 11 HD, 2054/4389, 01.04.2008 ve Yargıtay 11 HD, 8877/890, 05.02.2002 <www.kazanci.com> Erişim tarihi 01 Mart 2021

kaldırılması neticesini doğuran bütün kayıt ve şartlar hükümsüz olacağından, dava konusu olay bakımından taşıyıcının sorumluluğunu sınırlayan CMR Sözleşmesi hükümleri geçerli olmayacaktır. Ayrıca aynı olayla ilgili olarak daha önce davacının taşıma sigortacısı tarafından taşıyıcılar aleyhine açılan sigorta rücu davasında tazminat, bu husus nazara alınarak, TTK'nın 785'nci maddesi uyarınca saptanmıştır. Bu itibarla, dava konusu edilen her iki tazminat kalemi açısından da TTK'nın 785 ve 786/3 ncü maddeleri hükümleri uyarınca uygulama yapılmak gerekir. Yerel mahkeme kararının yukarıda açıklanan değişik gerekçe ile davalı yararına bozulmasına karar verilmiştir”

denilerek Sözleşme ile TTK hükümlerinin uygulanması arasındaki ilişki açıklanmıştır¹⁶.

CMR ile TTK hükümleri arasında çatışma bulunması halinde ise hangi hükümlerin uygulanacağı sorununda Yargıtay, uluslararası taşımalar için uygulanan, daha sonra yürürlüğe giren ve bir iç hukuk kuralı haline gelen CMR'nin öncelikli olarak uygulanması gerektiği görüşündedir¹⁷. Taşıma sözleşmesi CMR Sözleşmesinin kapsamına girmese bile, taraflar aralarındaki ihtilafa CMR Sözleşmesine atıf yoluyla (*incorporation*), CMR hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırabilirler¹⁸.

¹⁶ Aynı yöndeki Yargıtay 11 HD, 14394/8998, 28.09.2004 sayılı kararına göre: “Taşımaya ilişkin hamule senedinde CMR Sözleşmesi kaydı bulunduğu gibi, taşımanın varış yeri ülkesi olan Türkiye'nin Konvansiyona dâhil bir ülke olması nedeniyle dava konusu taşımada CMR Sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Buna göre taşıyıcı, malları teslim aldığı andan teslim edilmeye kadar tamamen veya kısmen kaybindan ve vuku bulacak hasardan sorumludur. Mahkemece, CMR Sözleşmesi'nin 23. maddesi hükmüne uygun olarak yapılacak tazminat hesabının ehil bilirkişilerden denetime olanak verecek şekilde rapor alınarak karar verilmesi gerekirken, bundan kaçınılması da bozmayı gerektirmiştir.” <www.kazanci.com> Erişim tarihi 01 Mart 2021

¹⁷ Yargıtay 11 HD, 13676/521, 22.1.2007; Yargıtay 11 HD, 2054/4389, 01.04.2008; Yargıtay 11 HD, 3754/5313, 29.04.2008; Yargıtay 11 HD, 4567/5698, 23.07.2008; Yargıtay 11 HD, 14540/2014, 18.04.2007; Yargıtay 11 HD, 2980/5842, 26.04.2007; Yargıtay 11 HD, 4473/1154, 14.02.2005; Yargıtay 11 HD, 8606/5292, 18.05.2005; Yargıtay 11 HD, 11251/9340, 06.10.2005; Yargıtay 11 HD, 6046/8539, 04.06.2007. Tuğba Çiftçi, CMR Sigortasında Himaye (Yayımlanmamış YL Tezi, Ankara Üniversitesi, 2009) 6 <<http://earsiv.ebyu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12432/2685/CMR%20Sigortas%C4%B1nda%20Himaye.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Erişim tarihi 20 Aralık 2021

¹⁸ ibid 20

II. SÖZLEŞMENİN UYGULANABİLME ŞARTLARI

Uygulanabilmesi için gerekli şartlar, Sözleşmenin 1/1'inci maddesinde gösterilmiştir. Buna göre; “ taraflar arasında bir taşıma sözleşmesi bulunması, bu sözleşmenin bir ücret karşılığında yapılması, taşımanın, taşıt ile karayolunda gerçekleştirilmesi, teslim yeri ile tesellüm yerinin iki ayrı ülke sınırları içinde olması ve bu ülkelerden en az birinin CMR’ye taraf olması” gerekmektedir¹⁹. Taşıma sözleşmesinde ve belgelerde CMR ibaresi olmasa bile bu şartları içeren taşıma sözleşmelerinden çıkan uyumsuzluklarda CMR hükümleri uygulanacaktır²⁰.

A. Taşıma Sözleşmesi Bulunmalı ve Bu Taşıma Ücretli Yapılmalıdır

CMR Sözleşmesinin uygulanabilmesi için ilk şart karayolunda ücret karşılığında eşya taşınmasını öngören bir sözleşmenin yapılmış olması gerekir. Hatır taşımaları CMR Sözleşmesi kapsamı dışında bırakılmıştır. Taşıma işi karşılığında ödenecek ücretin mutlaka bir miktar para olması gerekmez, para ile ifade edilebilir bir başka menfaatin sağlanmış olması da yeterlidir.

Taşıma sözleşmesi, taşıyıcı ve gönderenin iradelerinin birleşmesi ile akdedilir. Ayrıca taşınacak eşyanın teslimine gerek bulunmamaktadır. Buna ilaveten bir taşıma senedinin düzenlenmemiş olması ya da bu belgede bulunması gereken bilgilerin (CMR m. 6) eksikliği, taşıma sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez. Taşıma senedi, taraflar arasında bir taşıma sözleşmesi yapıldığını, bu sözleşmenin şartlarını ve malların taşıyıcı tarafından teslim alındığını, aksi sabit oluncaya kadar ispatlayan bir belgedir (CMR m. 9). CMR 1/5 maddesi, akit taraflara, taraflardan iki tanesinin veya daha fazlasının aralarında yaptıkları özel sözleşme hükümlerine dayanarak, sadece ilgili devlet sınırları içerisinde geçerli olmak üzere

¹⁹ Milos Poliak, Jana Tomicova, Kelvin Cheu, Gabriel Fedorko and Adela Poliakova, ‘The Impact of the CMR Protocol on Carrier Competitiveness, Journal of Competitiveness’ (2019) 11(4), <<https://www.cjournal.cz/files/350.pdf>> Erişim tarihi 18 Kasım 2020.

²⁰ Yargıtay 11 HD, 825/3429, 30.4.1999 <www.kazanci.com> Erişim tarihi 01 Mart 2021.

malları temsil eden senede (irsaliye notuna) ruhsat alınabilmesi için şartlarda değişiklik yapılmasına izin vermiştir²¹.

Gönderenin komisyoncu (*freight forwarder*) olduğu hallerde ise ortada bir taşıma sözleşmesi olmadığından, CMR hükümleri tatbik edilemez. Ancak, CMR’de taşıyıcının tanımı yapılmamış bulunduğundan komisyonculuk sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından komisyoncunun taşıyıcı sayıldığı hallerde (TTK m. 921/1, m. 926) müvekkil ile komisyoncu arasındaki ilişki CMR’ye tâbidir²².

B. Taşıma İki Farklı Akit Ülke Arasında Yapılmalıdır

Sözleşmeye göre taşıma iki farklı ülke arasında yapılmalıdır. Teslim alma yeri ile teslim etme yerinin sadece iki farklı ülke olması CMR’nin uygulanması için yeterli değildir; ayrıca bu yükün taşıyıcı tarafından teslim alınacağı veya taşıyıcının yükü teslim edeceği yerden, en az birinin CMR Sözleşmesi’ne taraf akit bir devletin sınırları içerisinde bulunması gerekmektedir. Sözleşmenin bir tarafının akit ülke olması yeterli olduğu için, diğer taraf akit ülke olmasa da taşıma sözleşmesine CMR uygulanabilecektir. CMR, uygulama alanına giren bir taşımanın devlet ya da kamu kurum veya kuruluşları tarafından yapıldığı durumlarda da uygulanır (CMR m. 1/3)²³. Sözleşmenin uygulanmasında tarafların ikametgâhı ve milliyetine bakılmaz. Taşımanın tek bir devletin sınırları içinde yarıda kalması durumunda dahi, CMR Sözleşmesi uygulanır. Zira fiilî teslim yerleri değil, taşıma sözleşmesinde kararlaştırılan teslim yerleri CMR Sözleşmesi’nin uygulama alanını belirler.

Buna karşı, örneğin eşya İtalya’ya kadar deniz yoluyla (*Lift On-Lift Off (LO-LO) Ship*) araçsız olarak taşınmış ve İtalya dâhilinde yani eşyanın gemiden boşaltılmasından itibaren son varış noktasına kadar karayolu ile götürülmüş ise yapılan taşımaya CMR Sözleşmesi uygulanmaz. Zira denizyolu ve karayolu etabı birlikte olmasına rağmen araç mallarla gitmemiştir. Araçla birlikte yani bir Ro-Ro taşıması yoktur. Karayolu taşıması ise İtalya içerisinde yapılmıştır²⁴.

²¹ CMR Sözleşmesine taraf olan devletler arasında bugüne kadar bu konuda böyle bir anlaşma yapılmamıştır. Kahya (n 10) 9

²² ibid 10

²³ Çiftçi (n 17) 15

²⁴ ibid 21; Ro-Ro (Roll On-Roll Off) taşımacılık ise lojistik araçlarının gemiler aracılığı ile bir yerden başka bir yere taşınmasını ifade eder. Bu yükleri taşıyan gemiler Ro-Ro

1982 tarihli Anayasamızın 90/5 maddesinde “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” hükmü yer almaktadır. Hatta bazı düzenlemelerde milletlerarası anlaşmaların öncelikle, uygulanacağı belirtilmiştir (mülga 556 sayılı KHK. m. 4)²⁵. Buna göre yükleme veya boşaltma yeri Türkiye sınırları içinde bulunan taşımalara CMR Sözleşmesi uygulanır.

Yargıtay’ın bir kararında:

“Davacının ürettiği kum midyelerini, yan kuruluşu olan D... Dış Tic. A.Ş. adı ile İtalya’ya ihraç ettiğini, taşıma için A... A.Ş. ile anlaştıklarını, kamyon ve sürücülerin aslında kendisine ait olduğunu, ancak yasa gereği A... A.Ş. ye kiraladığını, CMR Sözleşmesi sorumluluk sigortası bakımından yapılan yazışmaların ve prim ödemelerinin kendisince gerçekleştirilerek A... A.Ş. adına davalı ile yapıldığını, ancak aracın devrilmesinden sonra oluşan hasardan doğan sigorta tazminatının ödenmediğini ileri sürerek, 27.225,00 ABD Dolarının faiziyle birlikte davalıdan tahsil edilmesini talep ve dava etmiştir. Dava konusu uluslararası karayoluyla taşıma sırasında oluşan hasarın CMR Sözleşmesi sorumluluk sigortacısından tahsili talebine ilişkindir. Olaydaki gerçek taşıyıcının D... A.Ş. olduğu, dava dışı A... ile Ö... A.Ş. arasındaki anlaşmanın gerçek anlamda bir taşıma anlaşması olmadığı, bu anlaşmanın A... A.Ş. ’nin TIR karnelerinden yararlanmak amacıyla yapıldığı, bu nedenle de usulen A... A.Ş. ’nin sigorta ettiren olarak gösterildiği anlaşılmaktadır. Dava dışı A... A.Ş. sigortacıya karşı başvurma hakkını Ö... A.Ş. ’ye usulünce temlik etmiştir. Bu durumda gönderen sıfatını taşıyan D... A.Ş. zarardan dolayı yaptığı ödeme nispetinde ve CMR m. 23. Kapsamıyla sınırlı olarak zararın tazminini CMR Sözleşmesi sigortacısından isteyebilecektir”²⁶ denilmiştir. Yargıtay’ın verdiği diğer bir kararda ise:

“Davaya konu taşıma CMR kapsamında bulunduğundan olayda CMR hükümlerinin uygulanması zorunludur. Somut davada, taşımaya

gemisi olarak adlandırılırken bu taşımacılık türüne de Ro-Ro taşımacılığı adı verilmektedir.

²⁵ 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK, Kanun Numarası: 6769, Kabul tarihi: 12.12.2016, RG 10.01.2017/29944 yayımlanan “Sınai Mülkiyet Kanunu”nun 191/3 maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁶ Yargıtay 11 HD, 8336/173, 15.01.2002 <www.kazanci.com> Erişim tarihi 01 Mart 2021.

konu penye ipliğinin aracın devrilmesi sonucu tamamen hasarlandığı belirlenmiş olmasına göre taşıyıcının sorumluluğunun anılan Sözleşme'nin 25/2-a maddesinin yaptığı atıf uyarınca 23. maddedeki esaslara göre belirlenmesi, taşıyıcının ödeyeceği tazminatın eksik brüt ağırlığın kilogramı başına 8.33 hesap birimini aşamayacağının dikkate alınması ve eksik brüt ağırlığa göre yapılacak hesaplama sonucu bulunan miktar ile taşıma nedeniyle yapılan diğer masraflar toplamının taşıyıcıların azami olarak sorumlu tutulabilecekleri tazminat miktarını oluşturacağı'nın kabulü ile hesaplanan miktarın taşıyıcıların azami olarak sorumlu tutulabilecekleri bu miktarı aşıp aşmadığının belirlenmesi gerekirken hükme esas alınan raporda anılan yön değerlendirilmemiştir. Bu itibarla, hesaplanan zarar bedelinin CMR uyarınca taşıyıcıların azami olarak sorumlu tutulabilecekleri tazminat miktarını aşıp aşmadığının belirlenmesi gerekirken anılan yön üzerinde durulmadan eksik incelemeye dayalı olarak hüküm tesisi doğru görülmemiş, kararın temyiz eden davalılar yararına bozulması gerekir” denilerek uluslararası bir Sözleşme olan CMR'nin uygulanması doğru bir şekilde ifade edilmiştir²⁷.

C. Taşımada Karayolu Aracı Kullanılmalıdır

CMR Sözleşmesi'nin uygulama alanı bakımından, taşımada kullanılacak araç; motorlu araç, bağlı araç (dizi halinde taşıtlar), römork²⁸ veya yarı römork²⁹ niteliğinde bulunmalıdır³⁰. Aracın römork veya yarı römorktan oluşması durumunda, bunu çeken vasitanın da motorlu araç³¹ olması gerektiği kabul edilmelidir.

²⁷ Yargıtay 11 HD, 14441/3246, 22.02.2007 <www.kazanci.com> Erişim tarihi 01 Mart 2021.

²⁸ 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK) m. 3: Römork, motorlu araçla çekilen insan veya yük taşımak için imal edilmiş motorsuz taşıttır.

²⁹ KTK m. 3: Yarı römork bir kısmı motorlu taşıt veya araç üzerine oturan, taşıdığı yükün ve kendi ağırlığının bir kısmı motorlu araç tarafından taşınan römorktur.

³⁰ ‘19 Eylül 1949 tarihinde Cenevre’de akdolan “Karayolları Trafik Sözleşmesi”nin 4'üncü maddesinde tanımlandığı gibi’. Sözleşme’ için bkz. <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c004/tbmm10004034ss0096.pdf>> Erişim tarihi 14 Nisan 2021.

³¹ KTK m. 3: Taşıt, karayolunda insan, hayvan ve yük taşımaya yarayan araçlardır. Bunlardan makine gücü ile yürütülenlere "motorlu taşıt" insan ve hayvan gücü ile yürütülenlere "motorsuz taşıt" denir.

D. Taşıma Karayoluyla Yapılmalıdır

Taşımanın karayolunda yapılması gerekir. Karayolu; trafik için, kamunun yararlanmasına açık olan arazi şeridi, köprüler ve alanlardır³². Yükün, taşındığı araçtan ayrılmaksızın; deniz, demiryolu, nehir, kanal veya hava yoluyla taşınmasına devam edilmesi durumunda dahi CMR Sözleşmesi, taşımanın bütününe uygulanır (Örneğin, Ro-Ro gemileriyle yapılan deniz taşımacılığı)³³. Taşıma, karayolu dışında başka bir ortamda

³² KTK m. 3

³³ İstanbul 12 BAM, 563/63, 31.01.2018: Davalı vekili, davada görevli ve yetkili mahkemenin Deniz Ticareti davalarına bakmakla görevli İstanbul 17. Asliye Ticaret Mahkemesi olduğunu, müvekkiline kara taşımacılığı hizmeti verilmediğini, tarafların ürünlerin karayolu ile üstü tente ile kapalı tırla taşınması konusunda anlaşmalarına rağmen, davacı yanın bu anlaşmaya aykırı davrandığını, müvekkili tarafından karşı yanın denizyolu taşımacılığı yapacağına ilişkin sonradan bir onayın mevcut olmadığını, ortada mevcut bir kara taşımacılığı olmadığından taraflar arasındaki hükümlerin de CMR konvansiyonuna tabi olmasının düşünülemeyeceğini, müvekkilinin, davacının sözleşmeye aykırı tutumu nedeniyle zarara uğradığını, müvekkilinin taşımanın kara yoluyla gerçekleşeceği inancıyla sözleşme bedelini 3.200,- Euro (€) olarak tayin etse de, taşımanın vaat olunan şartlarda gerçekleşmediğini hükmün kaldırılarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir. Davacı taşımanın bir kısmının Ro-Ro taşımacılığı kullanılarak yapıldığını bu nedenle deniz taşıması olduğunu ileri sürmekte ise de, taşımanın yapıldığı kara aracının bir süre deniz vasıtasıyla taşınması CMR gereği “yolun bir kısmında yük boşaltılmadan taşınması halinde CMR’nin taşımanın tümü için uygulanacağı” düzenlemesi ve 28.03.2016 tarihli CMR belgesi de göz önüne alındığında taşımanın bir bütün olarak CMR hükümlerine tabi olduğu gözetildiğinde göreve ilişkin istinaf yerinde değildir. Davalı esasen taşımanın yapıldığını kabul etmektedir. Davalı taşımanın sözleşmeye uygun yapılmadığını, bu nedenle zarara uğradığını, taşıma şeklinin değişmesiyle yazılı olmayan bir navlun sözleşmesi bulunduğunu, taşımanın karayoluyla gerçekleştirileceği inancıyla navlunun 3.200,00 € tayin edildiğini fakat kısmen deniz yoluyla gerçekleştirilmesi nedeniyle 2.800- € olarak kendilerince taahhüt edildiğini kabul etmekte olup, taşımayı fiilen gerçekleştiren Çobantur firmasının da 3. Şahıs olarak dosyaya verdiği beyan dilekçesi ve evraktan da bu durum anlaşılmaktadır. Davalının navlun bedelinde indirim yapıldığı, yahut sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği (kusurlu ifa yahut gecikmiş ifa) yönündeki savunmasına yönelik bir tespit, ihbar ve ispat vasıtası olmadığı- sunulmadığı, (CMR sözleşmesinin 30. maddesi uyarınca taşıyıcıya uygun bildirimlerin yapılmadığı- bu yönde bir ispat aracının olmadığı) sözleşmenin ifasından sonra sözleşmenin feshedildiği savunmasının da aynı şekilde ispat vasıtasının bulunmadığı gibi, salt böyle bir savunmanın da yerine getirilmiş ifanın bedelini ödeme yükümlülüğünden de kurtarmayacağı, davacı tarafından dosyaya sunulan 29.03.2016 tarih ve 68079 no.lu 3.200- € bedelli fatura da gözetildiğinde; hükmün dosya kapsamı delillere uygun ol-

kısmen gerçekleştirilse dahi yük bulunduğu araçtan ayrılmadığı sürece CMR Sözleşmesi uygulanır. Eşya, Türkiye’den, Almanya’ya karayolu ile taşınmış ve ardından İngiltere’ye araçsız olarak, deniz yoluyla taşınmışsa; CMR, Türkiye ve Almanya arasındaki ilk karayolu aşamasına uygulanır³⁴.

Eğer diğer taşıtlarla yapılan taşımalar esnasında ortaya çıkan kayıp, hasar veya gecikmelerin, karayolu taşıyıcısının bir fiil veya ihmali sonucunda değil de, yüklerin diğer taşıtlarda taşınması sırasında ve bu taşınma nedeniyle oluştuğu kanıtlanırsa, karayolu taşıyıcısının sorumluluğu CMR Sözleşmesi’ne göre belirlenmez. Bu durumda söz konusu gemi, tren gibi diğer taşıtlar ile yükün taşınması için yasal şartlara uygun olarak söz konusu taşıyan ile gönderen arasında bir sözleşme yapılmış ve o sözleşmeye konulması gelenekleşmiş hükümler konulmuş sayılır ve sorumluluk da bu hükümlere göre belirlenir. Bununla birlikte, böyle bir öngörülen koşul yoksa karayolu taşıyıcısının sorumluluğu CMR Sözleşmesi’ne göre belirlenir.

Buna karşılık, karma taşımalar hakkında bu Sözleşme hükümleri uygulanmaz. Bir diğer deyişle, yük başka araçlara aktarılmış ve taşımaya bu suretle devam edilmişse bu durumda CMR Sözleşmesi uygulanmaz. Eğer, karayolu taşıyıcısı diğer taşıtlar ile de taşıma yapıyorsa, karayolu ve diğer taşıtlar ile taşıma yapan kimse, iki ayrı kişi gibi işlem görür. Sorumluluğu CMR’de açıklanan esaslara göre belirlenir.

E. Eşya Taşınması Gerekir

CMR Sözleşmesi’ne tâbi bir taşıma sözleşmesinin konusu ancak eşya (yük) olabilir. CMR Sözleşmesi’nde eşya tanımlanmış değildir. Tanımı, her ülkenin kendi milli mevzuatına göre yapılır. Genel olarak eşya, türlü amaçlarla kullanılan, insan yapısı, taşınabilir cansız nesneler yani mal, ticari emtia ve taşıma sözleşmesi ile taşıyanın taşımayı üstlendiği her türlü şeydir³⁵.

duğu, delillerin takdirinde isabetsizlik olmadığı sonucuna varılmakla istinaf başvurusunun esasatan reddine karar verilmiştir. <www.legalbank.net> Erişim tarihi 03 Mart 2021.

³⁴ ibid 36

³⁵ ‘TDK Sözlükleri’ <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim tarihi 03 Nisan 2020.

III. CMR SÖZLEŞMESİ UYGULANMAYACAK TAŞIMALAR

A. Cenaze Taşımaları

Cenaze niteliğine sahip insan cesetlerinin ve ölü hayvan taşınmasına CMR kuralları uygulanmaz. Bu taşımaların olağan ticarî taşımalar olmaması, bunların diğer yükler gibi ekonomik değerinin bulunmaması - manevi değerinin yüksek olması- sebebiyle sözleşme kapsamı dışında tutulmuştur³⁶. Doğal olarak, cenazeyle birlikte taşınacak tabut gibi eşyalar, ticari sevk eşyası olarak bu istisna kapsamında değerlendirilir³⁷. Diğer yandan, cenaze niteliğinde bulunmayan cesetlerin, örneğin tıbbî amaçlı kullanılacak insan ve hayvan kadavralarının taşınmasına ise CMR uygulanır.

B. Ev Eşyası Taşınması

Mobilyaların taşınması ile ilgili bir sözleşme yapılmamıştır ve günümüzde, diğer türden ürünler gibi, genellikle konteynerlerde taşınan mobilyaların özel işlemler gerektirip gerektirmediğinden şüphe duyulabilir³⁸. CMR Sözleşmesi'nde sözü edilen ev eşyası (*furniture*) kavramından ev, büro gibi yerlerde kullanılan eşyaların, işlevsel devamlılığı sağlayacak şekilde yani aynı amaçla kullanılmak üzere başka yere taşınması anlaşılmalıdır. Bunlar kullanılmış eşya olabileceği gibi aynı işlevle kullanılmak üzere alınan yeni ev eşyaları da olabilir. **Örneğin**, tayini çıkan bir diplomatın evinde kullandığı veya kullanmak üzere yeni aldığı ev eşyalarını Türkiye'ye taşıması durumunda, akdedeceği taşıma sözleşmesi

³⁶ 26 Ekim 1973 tarihinde Strazburg'da imzalanan "Cenazelerin Nakli Anlaşması (CNA), Agreement on the Transfer of Corpses" in onaylanması Kanun (Kanun adı, Cenazelerin Nakli Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanunun Numarası 1887, Kanun Kabul Tarihi 17.4.1975, RG 4.5.1975/15226) ile uygun bulunmuştur. Onaylanması uygun bulunan Cenazelerin Nakli Anlaşması; Dışişleri Bakanlığı'nın 20.5.1975 günlü ve ASGM (ASKD)-702.478/543 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 günlü ve 244 sayılı Kanunun 3. ve 5. maddelerine göre, Bakanlar Kurulu'na 03.06.1975 tarihinde 7/10100 S. Kararla kararlaştırılmıştır (RG 6.8.1975/15318). Anlaşma bakımından cenazelerin nakli terimi, ölülerin "hareket ülkesi"nden "gidilecek ülke"ye naklini ifade eder. "Hareket ülkesi", nakil işleminin başladığı, "gidilecek ülke" cenazenin nakilden sonra gömüleceği veya yakılacağı yerdir. Anlaşma, yakılan naaşların küllerinin nakline uygulanmaz" (CNA m. 1).

³⁷ ibid 35

³⁸ ibid 35

CMR Sözleşmesi kapsamında yer almaz. Öte yandan, yurt dışında kullanılmış ev eşyaları satın alan kişinin, bunları satmak üzere Türkiye göndermesi için akdedeceği taşıma sözleşmesi CMR Sözleşmesi kapsamında yer alır³⁹.

C. Posta Taşımaları

Uluslararası posta sözleşmelerine göre yapılan taşımalar CMR Sözleşmesi'nin kapsamı dışındadır⁴⁰. Bunlar hakkında özel posta taşıma kuralları uygulanır [CMR m. 1.4(a)]⁴¹. CMR'nin kapsam dışına aldığı sadece bir uluslararası posta konvansiyonuna tabi posta taşımalarıdır⁴².

³⁹ Hamburg Mahkemesinin 28.2.1985 tarihli kararına konu olayda asıl evleri Almanya'da olan kişiler, ev eşyalarını Yunanistan'daki ikinci evlerine göndermiştiler. Mahkeme, bazı eşyaların yeni olduğu ve Almanya'daki evin bir parçası olmadığı için bunun istisna kapsamında olmadığına karar vermiştir. Her halükarda, diğer eşyalara gelince, mesele, meskeni değiştirmek değil, birincisini korurken bazı şeyleri bir evden diğerine taşımak olduğuna karar verilmiştir. ibid 36

⁴⁰ ibid 35

⁴¹ Uluslararası Posta taşımaları için Türkiye'nin de taraf olduğu, "Dünya Posta Birliği Kuruluş Yasası (Universal Post Union)" uygulanır. Türkiye hakkında (Kanun Adı Dünya Posta Birliği Kuruluş Yasası ile son Protokolü ve bunlara bağlı Birleşmiş Milletler Teşkilâtı ile Dünya Posta Birliği arasındaki anlaşmaların onaylanmasının uygun bulunduğu Kanun, Kanun Numarası 1131, Kanunun Kabul Tarihi 13.03.1969 RG 25.03.1969/13157) Kanun ile yürürlüğe girmiştir. Türk Hukuku bakımından da posta taşımaları TTK kapsamında taşıma sözleşmesinin konusuna girer (TTK m. 852). Ulusal posta taşımaları ve posta hizmetleri hakkında TTK değil, 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu (PHK) ve (mülga 5584 sayılı Kanuna istinaden hazırlanan) 27.03.1973 tarih ve 7/6156 sayılı BKK ile yürürlüğe konulan Posta Tüzüğü (PT) uygulanır. Evrensel posta hizmetleri ve bu hizmetlerin kimler tarafından verilebileceği hakkında ayrıca (RG 29.02.2016/29639) "Evrensel Posta Hizmetleri Yönetmeliği (RG 29.2.2021/26639) uygulanır. Sinan Misili, 'Karayoluyla Yapılan Eşya Taşımalarında Taşımanın Üstlenilmesi Ve Eşya Kavramı' (2019) 5(1) TFM 81 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/748723>> Erişim tarihi 06 Mart 2021.

⁴² PHK m. 3/1(u)'ya göre posta gönderisi, "göndericinin bizzat kendisi veya talimatıyla, üzerinde belirtilen yer ve adrese, gönderi türüne ve özel hizmetine göre teslim edilen haberleşme gönderileri ile kitap, katalog, gazete ve süreli yayınları, görme engellilere özgü yazıları, ticari değeri olsun veya olmasın eşya içeren en fazla beş kilogram ağırlığa veya elli desimetreküp hacme sahip posta maddesi ile posta kolisi veya kargosunu" ifade eder. PT m. 3/1'e göre "açık ve kapalı mektuplarla üzerinde haberleşme mahiyetinde yazılar bulunan kartların kabul, taşıma ve dağıtımı PTT'nin tekeli altındadır. Mülga 5584 Posta Kanunu m. 2(A) ve (B) uyarınca "açık ve kapalı mektuplar ile üzerlerinde haberleşme mahiyetinde yazı bulunan kartlar" PTT İdaresinin tekeli altındaydı. Yürürlükteki PHK'da mülga kanundaki gibi bir hüküm bulunma-

IV. CMR SÖZLEŞMESİNE DAİR TEMEL İLKELER

A. Sözleşmenin Birtakım Hükümleri Emredicidir

Taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin kurallar emredici niteliktedir. Bu suretle, sözleşmenin kurulması aşamasında güçlü bir pozisyonda bulunan taşıyıcılara karşı yolcu ve yükle ilgililerin korunması sağlanmıştır. Ayrıca taşıma hukukunun yeknesaklaştırılması amacı ve taşıyıcının sorumluluğuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın taşıma hukuku kuralları özellikle de taşıyıcının sorumluluğuna dair hükümler emredici nitelikte düzenlenmiştir (CMR Sözleşmesi m. 40)⁴³.

B. Sorumluluk Sınırlıdır

Taşıma faaliyeti özünde büyük bir rizikoyu barındırır. Bu nedenle, taşıyıcının sorumluluğunun belirli açılardan sınırlandırılması gerekir. Aksi halde, taşıma faaliyetine atılacakların sayısı azalacak, bu faaliyetin masrafları artacak ve dolayısıyla taşınan malların piyasa fiyatları yükselecektir. Dolayısıyla, kolektif menfaatlerin korunması amacıyla taşıyıcının sorumluluğunun sınırlandırılması yoluna gidilmiştir (CMR Sözleşmesi m. 23, 25 ve 27)⁴⁴.

Yargıtay'ın bir kararında:

"...CMR Sözleşmesi hükümlerine göre davalı taşıyıcının sınırlı sorumluluğu bulunduğundan bahisle hüküm kurulmuştur. CMR Sözleşmesi'nin 29. maddesinde taşıyıcının sınırlı sorumluluğunun hangi hallerde uygulanmayacağı gösterilmiş olup buna göre taşıyıcının kendi fena hareketinden veya kasti fena harekete muadil addedilen kusurundan meydana gelen hasar halinde taşıyıcının sorumluluğunu tahdit eden veya ispat yükünü karşı tarafa yükleyen hükümlerin uygulanma kabiliyeti kalmamaktadır. Anılan maddede sözü edilen taşıyıcının kendi fena hareketi

maktadır. Üstelik PHK m. 5 "posta gönderilerinin kabulü, toplanması, işlenmesi, sevki, dağıtımı ve teslimini kapsayan posta hizmetlerinin, bu Kanun hükümlerine göre faaliyet gösteren hizmet sağlayıcıları tarafından yerine getirilir." şeklinde kaleme alınmıştır. Bu hüküm ile PTT'ye verilen tekel yetkisinin kaldırıldığı ifade edilmektedir. Misili (n 41) 81-82

⁴³ ibid 23 vd.; Akburak (n 9) 12; Vural Seven, 'Taşıma Hukuku' <<https://cmkmudafi.files.wordpress.com/2012/07/tac59fc4b1ma-hukuku-vural-seven.pdf>> Erişim tarihi 03 Mart 2021.

⁴⁴ Seven (n 43) 9

veya kasti fena hareketi kavramlarını TTK'nın 786. maddesinde sözü edilen ağır kusur en yakın olarak karşılamakta olup, taşıyıcının ağır kusur veya hilesinin bulunduğu durumlarda sınırlı sorumluluğunun bulunmadığının kabulü gerekmektedir. Mahkemece alınan bilirkişi raporunda belirtildiği üzere, taşıyıcının zarara hiçbir açıklama getirmemiş olması, kendisinin karine olarak sorumluluğunu sınırlama hakkını kaybetmiş sayılmasına yol açacağı gibi, iki büyük palet ve toplam 698 kg. olan yükün, 273 kg.'dan oluşan bir paletin alıcıya ulaşamamasının makul, kabul edilebilir bir açıklamasını yapamayan davalı taşıyıcının bu hareketinin kötüniyete eşdeğer bir kusur olduğu, bu halde de taşıyıcının CMR'deki sınırlı sorumluluk esasında yararlanamayacağının, davacının gerçek zararının karşılanması gerektiğinin kabulü gerekirken yazılı olduğu şekilde taşıyıcının sınırlı sorumlu olduğunun kabulü ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir⁴⁵.

denilmiş ve taşıyıcının sorumluluğunu sınırlandıramadığı haller belirtilmiştir.

C. Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler Kısa Belirlenmiştir

Taşıma faaliyetinin dinamik yapısı, taşıma sözleşmesinden doğan taleplerin kısa süreler içinde kullanılmasını gerekli kılar. Böylece, taraflar hangi süreler içinde muhtemel taleplerle muhatap olacaklarını bilebilirler. Bu hususta belirliliğin sağlanması ve genel hukukî güvenlik prensiplerinin bir sonucu olarak, taşıma hukukundan doğan istemlerin genel olarak kısa süreler içinde kullanılması gerekmektedir (CMR Sözleşmesi m. 32)⁴⁶.

⁴⁵ Yargıtay 11 HD, 4546/5446, 12.06.2000 <www.kazanci.com> Erişim tarihi 01 Mart 2021.

⁴⁶ ibid 10, Yargıtay 11 HD, 12992/19154, 26.11.2012 sayılı kararında: Dava, karayolu ile yurt dışı taşıma sözleşmesinden doğan, hasar bedelinin tazmini istemine ilişkindir. CMR 32/1-a maddesine göre, bu sözleşme gereğince yapılan taşımalarla doğacak davaların bir yıllık süre içerisinde açılması gerekmektedir. Ancak bilerek kötü hareket veya mahkeme tarafından bilerek kötü hareket olarak kabul edilen kusurlarda, bu süre üç yıldır. Mahkemece, davalı taşıyıcının ağır kusurlu olduğu kabul edilerek, zamanaşımı süresinin dolmadığı gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiş ise de, Dairemizin yerleşik içtihatlarında da belirtildiği üzere, malın olması gereken sıcaklıktan daha düşük sıcaklıkta taşınmasının, bilerek kötüniyetli davranma olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, davalının zamanaşımı def'inin yazılı gerekçe ile reddi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir. Açıklanan nedenle, davalı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile hükmün davalı yararına Bozulmasına, oybirliğiyle karar

D. İlgililerin Sorumlulukları Yeknesaklaştırılmıştır

Modern taşıma hukukunda taşıyıcının yanı sıra yardımcılarının da taşıyıcı lehine getirilen sorumluluk sınırlamaları ve diğer özel imkânlardan faydalandırılmaları düzenlenmektedir (CMR Sözleşmesi m. 28/II). Böylece, Sözleşmenin bir tarafını teşkil eden taşıyıcıya karşı ileri sürülecek taleplerden daha fazlasının, başka bir hukuki sebebe istinaden (örneğin, geniş anlamda haksız fiil hükümlerine istinaden), sözleşmenin tarafı olamayan üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi engellenmiş olmaktadır.

Diğer yandan taşıma faaliyetine katılan alt taşıyıcıların da, yükle ilgililere veya yolculara karşı taşıma hukuku kuralları uyarınca sorumlulukları sağlanmıştır. Böylece asıl taşıyıcı ve alt taşıyıcıların sorumluluklarının özdeş kılınması sağlanmış olmakla birlikte, yükle ilgililerin de (veya yolcuların) haksız fiil hükümleri yerine, özel taşıma hukuku kuralları uyarınca başvurmaları mümkün kılınmıştır⁴⁷.

E. Sözleşme İspat Hukukuna Dair Özel Hükümler İçerir

Hasar ve ziyayn ortaya çıkışı, gecikmenin meydana gelmesi, ziya, hasar ve gecikmeye neden olan olaylar, bu olayların niteliği, bu olaylara etki eden başka olayların veya sözleşme tarafı ya da sözleşme dışı kişilerin etkileri, ziya ve hasarın tespit ve ihbarı usullerine dair Sözleşme hükümleri içerir (CMR m. 7, m. 8/2, m. 9, m. 18/2 ve m. 20).

V. TAŞIYICININ YÜKÜ TESLİM ALMASI

Taşıyıcı yükü teslim ettiği zaman; yükün parça sayısını ve bunların üzerindeki marka işaret ve numaralar bakımından sevk mektubundaki beyanların doğruluğunu, yükün ve bunların ambalajının görünürdeki durumunu kontrol edecektir. Taşıyıcı sayılan bu hususları kontrol etmek için gerekli araçlardan yoksunsa, sevk mektubuna “çekincesini ve gerekçesini” yazacaktır. Çekinceler, gönderici sevk mektubunda bu çekincele ilgili kalacağını açıkça ifade etmiş olmadıkça, göndericiyi bağlamaz.

Taşıyıcının malı teslim alması için, malın taşıyıcının hâkimiyeti ve kontrolü altına girmesi gerekmektedir. Örneğin, taşıyıcının, yüklemenin

verildi. Yargıtay 11 HD, 10288/18927, 03.12.2014 <www.legalbank.net> Erişim tarihi 02 Mart 2021.

⁴⁷ ibid 11

yapılması için göndericinin bulunduğu yere römork bırakması durumunda, mallar taşıyıcıya teslim edilmiş sayılmayacaktır. Buna karşılık, mallar yüklemenden önce geçici olarak muhafaza edilmek üzere taşıyıcının deposuna gönderilmiş ise mallar taşıyıcıya teslim edilmiş sayılacaktır. Gümrüğe teslim konusunda, öncelikle sözleşmeye bakmak gerekecektir. Eğer sözleşmede gümrüğe teslim şartı var ise fiilen gümrüğe teslim ederek teslim olayı gerçekleşmiş olacaktır. Eğer sözleşmede gönderilene teslim söz konusu ise bu durumda teslim olayı henüz gerçekleşmemiş demektir.

VI. SEVK MEKTUBU

Taşıma sözleşmesi, bir sevk mektubunun yani taşıma senedinin (*consignment note*) düzenlenmesi ile gerçekleştirilir. Bu mektubun yokluğu, usule aykırı oluşu veya kaybolması taşıma Sözleşmesinin varlığını ya da geçerliliğini etkilemez. Sevk mektubu 3 (üç) nüsha düzenlenir ve gönderici ile taşıyıcı tarafından imzalanır. Sevk mektubunun düzenlediği ülkenin milli kanunları izin verdiği takdirde, bu imzalar matbaada basılabilir veya onların yerine gönderici ve taşıyıcının mühürleri kullanılabilir. Birinci suret göndericiye verilir, ikincisi ise yükle beraber gider ve üçüncüsü taşıyıcı tarafından saklanır⁴⁸.

TTK'nın 1525. maddesine göre, “*Tarafların açıkça anlaşmaları ve 18/3 üncü madde saklı kalmak kaydıyla, ihbarlar, ihtarlar, itirazlar ve benzeri beyanlar; fatura, teyit mektubu, iştirak taahhünamesi, toplantı çağrıları ve bu hüküm uyarınca yapılan elektronik gönderme ve elektronik saklama sözleşmesi, elektronik ortamda düzenlenebilir, yollanabilir, itiraza uğrayabilir ve kabul edilmişse hüküm ifade eder.*” Bu hükme göre alt yapı uygun ise sevk mektubu da elektronik ortamda düzenlenebilecektir.

Sevk mektubu, “Tarihi ve düzenleme yeri, göndericinin adı ve adresi, taşıyıcının isim ve adresi, yükün yükleme yeri, tarihi ve teslim için belirlenen yer, yükün gönderildiği kişinin isim ve adresi, yükün özelliğinin tarifi, ambalaj şekli ve tehlikeli yükler söz konusu olduğunda bunların herkesçe anlaşılacak şekilde tarifi, kaç parça olduğu ve bunların özel marka ve sayılan, yükün brüt ağırlığı veya başka bir şekilde ifade edilmiş ise miktarı, taşıma ücretlerini (tasıma bedeli, ek giderler, gümrük resim-

⁴⁸ TTK m. 859/1: Taşıma senedi düzenlenmemişse, gönderenin istemi üzerine taşıyıcı, eşya ve taşıma hakkında yeterli bilgileri içeren bir yük senedi imzalayıp gönderene vermek zorundadır.

leri ve mukavelenin akdinden teslim kadar yapılan diğer ödemeler), gümrük ve diğer formaliteler için gerekli talimatları” içerir.

Son olarak sevk mektubu, aksine olabilecek herhangi bir hükme bakılmaksızın, taşımanın bu Sözleşme hükümlerine tabi olduğunu bildirir notu içerir. Eğer içermese taşıyıcı bu ihmali yüzünden eşyanın kullanma hakkına sahip kişinin, bu ihmalden dolayı uğradığı zarar, hasar ve yaptığı ödemelerden sorumlu olur.

Taşınacak eşyanın başka taşıtlara yüklenmesi gerektiği, bunların farklı türde eşya olduğu veya ayrı partilere bölünmesi durumunda; gönderici veya taşıyıcı her çeşit ve her parti yük için ayrı bir sevk mektubu isteme hakkına sahip olur. Sevk mektubu, taşıma sözleşmesinin kurulmasına, sözleşmenin koşullarına ve eşyanın taşıyıcı tarafından kabulüne karine sayılır. Sevk mektubu, sadece bir ispat aracıdır ve CMR Sözleşmesi’ne göre kıymetli evrak niteliğinde değildir. Çünkü taşıma konusu olan eşya, taşıma senedi devredilmeden de başkasına devredilebilir⁴⁹.

Sevk mektubunda, taşıyıcı tarafından beyan edilmiş çekince yok ise aksi kanıtlanmadıkça tesellümde yükün ve ambalajların iyi durumda olduğu, sayılarının, marka ve numaralarının sevk mektubunda yazılı olanlara uyduğu varsayılır. Uygulamada ise sevk mektubu düzenlenmesi teatmül haline gelmiştir. Uluslararası Karayolu Birliği (IRU) CMR Sözleşmesi hükümlerini dikkate alarak örnek bir taşıma senedi düzenlemiştir. Türk hukukunda bu belgeye CMR Sözleşmesi belgesi, CMR Sözleşmesi senedi adı verilmektedir⁵⁰.

VII. TAŞIYICININ SORUMLULUĞU

A. Taşıyıcının Sorumlu Olması

Taşıyıcı, yükü teslim aldığı andan itibaren teslim edinceye kadar, bunların kendi zilyetliğinde kısmen veya tamamen kaybından ve hasarından ve gecikmesinden sorumludur (CMR m. 17/1)⁵¹. Tazminat talep eden

⁴⁹ Engin Erdil, *İçtihatlı CMR Konvansiyonu Şerhi*, (1st edn, Vedat Kitapçılık 2007) 48

⁵⁰ Emine Koban and Halil Yıldırım Keser, *Dış Ticarete Lojistik* (5th edn, Ekin yayınevi 2013) 119

⁵¹ Hakan Karan, ‘Taşıyıcının Sorumluluğunun Hukukî Mahiyeti’ (1st edn, YDÜ Matbaa 2014) Yıldırım Uler’e Armağan Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lefkoşa <<https://neu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/11/yildirim-ulere-armagan.pdf>> Erişim tarihi 03 Mart 2021.

kişinin taşıyıcıyı sorumlu tutabilmek için, “CMR’ye tabi uluslararası bir taşıma sözleşmesinin olması, tazminat talebinin, bu sözleşme gereğince veya kanunen kendisine tazminat talep hakkı bahşedilen gönderici, alıcı veya diğer bir kişi tarafından bu sözleşme gereğince veya kanunen sorumlu tutulan taşıyıcıya veya kişiye yöneltilmesi; eşyanın, taşıyıcının fiili hâkimiyetinde iken zıyaa, hasara veya tesliminde gecikmeye maruz kalması; tazminat talep eden kişinin zararı ve zıya, hasar veya teslimdeki gecikme ile zarar arasında uygun illiyet bağına kanıtlaması gerekir⁵².

Doktrinde bir görüşe göre, taşıyıcının sorumluluğu, ispat külfeti tersine çevrilmiş bir kusur sorumluluğudur. Taşıyıcı ortaya çıkan zarar bakımından karine olarak kusurlu sayılır⁵³. Taşıyıcının basiretli bir tacir

⁵² Karan (n 51) 350, Yargıtay 11 HD, 13093/13749, 21.12.2006 sayılı kararında: Dava, nakliyat sigorta poliçesinden kaynaklanan rücu davasıdır. Davacı sigorta şirketi tarafından sigorta teminatı altına alınan emtiaların fiilen taşınmasının davalılardan... Ltd. Şti. tarafından yapılmış olduğu ve İtalya’da bulunan alıcının malları kabul etmemiş olması nedeniyle emtianın gönderenin talimatı üzerine anılan davalının İtalya’da bulunan deposunda altı ay bekledikten sonra İstanbul’a getirilip yine davalının deposunda iki ay bekledikten sonra sigortalı tarafından teslim alındığı, yapılan incelemede emtianın kırışmaya bağlı olarak değer kaybına uğradığı hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davalılar gönderen konumundaki sigortalıya karşı malın İstanbul’dan İtalya’ya taşınması işini üstelendikleri gibi, malın alıcı tarafından alınmaması nedeniyle davalılardan... Ltd. Şti. gönderen sigortalının talimatı ile malı İtalya’daki deposunda altı ay muhafaza etmiş, akabinde İstanbul’a geri getirerek yine kendi deposunda iki ay muhafaza ederek malları sigortalıya teslim etmiştir. Taşıma işlemi depolamayı da kapsayacak şekilde bir bütün olarak gerçekleştirilmiş olup, taşımının niteliği itibarıyla uygulanması gereken CMR sözleşmesinin 17/1 maddesi uyarınca taşıyıcı, eşyayı teslim aldığı andan teslim ettiği ana kadar eşyanın kısmen ve tamamen hasarından sorumludur. Nitekim davalı... Ltd. Şti.’nin İstanbul’daki fiktif antreposunda eksper tarafından yapılan 27.01.2000 tarihli incelemede malların yatay ve dikey şekilde istiflendiği, bir kısmının gelişi güzel atıldığı, naylon torbaların yırtılmış, tozlanmış, kirlenmiş olduğu, bazı emtiaların da bel vermiş olduğu tespit edilmiştir. O halde somut olayda davalıların taşınmak üzere teslim aldıkları yükü usulüne uygun olarak teslim edememeleri nedeniyle sorumlu olacakları açık olup, mahkemece davalının CMR’nin 30. maddesine göre dava hakkının var olup olmadığının da değerlendirilmek suretiyle hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle davacı vekili yararına kararın bozulmasına oybirliğiyle karar verildi. <www.legalbank.net> Erişim tarihi 04 Mart 2021.

⁵³ Ziya Akıncı, Karayolu ve Milletlerarası Eşya Taşıyıcılığı ve CMR (1st edn, Seçkin Yayıncılık 1999) 87; Alihan Aydın, CMR’ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu (1st edn, Arıkan Yayıncılık 2005) 133; Turkay Özdemir, ‘Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerinde Sorumsuzluk Anlaşması Akdetme

olarak göstermesi gereken özeni en üst derecede göstermemiş olması gerekir. Taşımada, taşıyıcının sorumlu olması için kusurunu gönderen veya gönderilenin kanıtlamaları gerekmez. Çünkü taşıma hukukunda, taşıyıcının kusurlu olduğu karinesi getirilmiştir. Bir kısım yazarlarca ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu ve yumuşatılmış kusursuz sorumluluk olduğu ifade edilse de, çoğunluğa göre taşıyıcının sorumluluğu kusursuz sorumluluktur⁵⁴.

Alman Federal Mahkemesi, CMR'nin 17. maddesinde öngörülen sorumluluğun bir kusursuz sorumluluk hali olduğuna hükmetmiştir. Zira taşıyıcı, kusuru bulunmadığını değil, esas itibarıyla kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği bir olayın ya da CMR madde 17/2'de sayılan diğer hallerden birisinin zarara sebep olduğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilmektedir (CMR 17/3'e göre taşıttaki hatalı durumdan taşıyıcının mutlak biçimde sorumlu olacağı hüküm altına alındığından, bu sorumluluk da tam bir objektif sorumluluk hali sayılır)⁵⁵.

Tedbirli taşıyıcının göstereceği özen, görecelidir. Bu nedenle, somut durum ve şartlar tek tek ele alınmalı ve taşıyıcının bu durum ve şartlarda olaydan ve sonuçlarından kaçınabilmek için gerekli özeni gösterip göstermediği araştırılmalıdır. Bu özen özellikle taşımanın gerçekleştirileceği güzergâha ve mevsime, teknolojik imkânlarla, taşımada kullanılan taşıta, taşınması taahhüt olunan eşyanın cinsine, riskin gerçekleşme ihtimaline göre değişiklik gösterir. Taşıyıcılar, alacakları tedbirleri belirlerken hukuk kurallarını ve taşıma sektöründe geçerli temayülleri göz önünde bulundurmalarıdır⁵⁶.

İmkânı ve Sorumluluğun Sınırlarında Değişiklik Yapılması' 2007 4(1) Yeditepe ÜHFD 126-127

⁵⁴ ibid 32; Demet Yörük Yeniocak, CMR Hükümleri Uyarınca Taşıyıcının Sorumluluktan Kurtulması (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 38

⁵⁵ ibid 6

⁵⁶ Şoför günlük sürüş saatini aşmışsa, taşıta fazla yükleme yapılmışsa veya taşıyıcı, alarm cihazları veya güvenli park yerleri sair konularda sigortacılar tarafından yapılan uyarıları görmezden gelmişse bu durum ihmali olduğu varsayılır. Tedbirli bir taşıyıcının göstermesi gereken dikkat ve özen değerlendirilirken, taşıyıcıların kendilerince oluşturdukları uygulamadan ziyade, tedbirli taşıyıcılardan beklentiler dikkate alınır. Bu itibarla, özenin tespitinde, meslek kuruluşlarından alınacak görüşün takdir işlevi bulunur. ibid 358

Taşıyıcı, yükü teslim aldığı anda parça sayısı ve bunların üzerindeki marka ve numaraların CMR Sözleşmesi belgesine uygun olup olmadığını ve ambalajın görünürdeki durumunu kontrol etmek durumundadır. Taşıyıcı, çekince koymadığı durumda yükü iyi ve sağlam olarak teslim aldığı varsayılır. Teslimde maldaki meydana gelen eksiklikten böyle bir çekince yok ise taşıyıcı sorumlu olur. Taşıyıcı, çalıştırdığı kişilerin ve taşımanın yapılması için hizmetlerinden yararlandığı diğer kimselerin görevleri sırasında hareket ve ihmallerinden sanki bu hareket ve ihmalleri kendisi yapmış gibi sorumludur.

Taşıyıcı, taşımada kullandığı taşıtları, kiraladığı kişinin ve vekilinin veya çalışanlarının hata ve/veya ihmallerinden de sorumludur. Yük kararlaştırılan zaman limiti içinde teslim edilmemişse veya süre kararlaştırılmamışsa, taşımanın normal süresi ve özellikle parçalı yüklerde yükün tamamını bir araya getirmek için gerekli zaman, gayretli bir taşıyıcının ihtiyacı olan süreyi geçiyorsa, teslimde gecikme var demektir⁵⁷. Kararlaş-

⁵⁷ Yargıtay 11 HD, 2738/4996, 01.06.2000 sayılı kararı uyarınca: "...Taşıma sözleşmesi gereğince emtianın yükleme tarihinden itibaren bir hafta içerisinde alıcısına teslim edilmesi gerektiği, davalı taşıyıcının buna rağmen emtiayı yükleme tarihinden 52 gün sonra yani 45 gün gecikerek alıcısına ulaştırdığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık yoktur. Taşımanın CMR Sözleşmesi hükümlerine tabi olması nedeniyle navlun ücretinin de düşmesi söz konusu değildir. Mahkemece alınan ilk ve ikinci bilirkişi raporlarında da açıklandığı gibi taşıyıcının emtiayı geç taşıması nedeniyle emtiada herhangi bir zarar ve ziya oluşmadığı takdirde uygulanması gereken herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda, geç ifa dolayısıyla taşıtan Borçlar Kanunu'nün genel hükümleri gereğince geç ifadan doğan zararları isteyebilir (BK. 102). Öte yandan TTK'nın 780/1. son cümlesi gereğince taşıyıcı geciken taşıma nedeniyle doğan zararlardan sorumludur". Yargıtay 11 HD, 4859/5755, 19.06.2000: Yerel Mahkemece, davacı taşıyıcının malların teslimini taahhüt ettiği, 19.8.1996 tarihinden 4 gün sonra 23.8.1996 tarihinde teslimi gerçekleştirdiği, geç teslim nedeniyle CMR Sözleşmesi m. 19 uyarınca taşıyıcı davacının sorumlu olacağı, ancak davalının gecikmeden ötürü bir zarara uğradığını kanıtlamadığı, bu nedenle davacının navlun ücreti talep etmekte haklı olduğu gerekçeleriyle, davanın kısmen kabulü ile davalının icra takip dosyasına yapmış olduğu itirazın kısmen iptaline, takibin...TL üzerinden devamına ve % 40 icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Mahkeme kararının gerekçesinde dayanan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde, usul ve yasa aykırı bir yön bulunmadığına, dava konusu taşımanın CMR Sözleşmesi hükümlerine istinaden yapılmış bulunmasına göre, davalının TTK m. 780'e dayalı defilerinin mahkemece dikkate alınmamasında isabetsizlik yoktur. Eşyanın tesliminden önce tamamlanması gereken gümrük ve diğer formalitelerin yerine getirilmesi için, gönderici, lüzumlu belgeleri sevk mektubuna ekleyecek veya taşıyıcıya verecek ve talep ettiği diğer bilgileri kendisine sağlayacaktır. Taşıyıcı bu belgelerdeki bilgilerin doğru ve yeterli olduğunu incelemek zorunda değildir. Gönderici, bu gibi belgelerin bu-

tırılan zaman limitinin sona ermesini izleyen otuz gün içinde veya süre kararlaştırılmamışsa, taşıyıcının yükü almasından itibaren altmış gün içinde yük teslim edilmemişse, bunlar eşyanın kaybolduğuna kesin kanıt-
tır ve hak sahibi yükü kaybolmuş varsayabilir⁵⁸.

Buna karşın sorumluluktan kurtulmak için taşıyıcının, zıya, hasar veya gecikmenin kendisi dışında birinin hukuka aykırı davranışından veya ihmalden veya taşıyıcının kendi ihmali olmaması kaydıyla, talep sahibinin verdiği talimattan, eşyaya has gizli ayıptan veya taşıyıcının önlemesine ve sonuçlarından kaçınmasına imkan bulunmayan bir halden kaynaklandığını kanıtlaması gerekir.

Yargıtay taşıyıcının sorumluluğunun, ispat külfeti tersine çevrilmiş bir kusur sorumluluğu olduğu görüşündedir. Sorumluluğa dair Yargıtay HGK’ca verilen bir kararda şöyle denilmiştir:

“Yük kararlaştırılan zaman limiti içinde teslim edilmemiş ise veya kararlaştırılmış zaman limiti olmadığı hallerde, taşımanın normal süresi ve özellikle parçalı yüklerde tüm yükü bir araya getirmek için gerekli zaman, gayretli bir taşıyıcıya gerekli zamanı geçiyorsa teslimde gecikme var demektir. 23/5. maddeye göre, gecikme halinde hak sahibi zarar ve ziyanın bundan ileri geldiğini kanıtlarsa, taşıyıcı bu zarar ve ziyan için taşıma ücretini geçmemek üzere tazminat öder. 30/3. madde uyarınca ise, yük alıcının kullanımına verildiği tarihten sonraki 21 gün içinde durum yazılı olarak taşıyıcıya bildirilmemişse, teslimdeki gecikmeler için tazminat ödenmez. Somut olayda karadan taşıma yapılmış ve yükleme ile teslim yerleri Türkiye ve Fransa’dır. Her iki ülke de CMR’ye taraftır. Dola-

lunmaması, yeterli sayılmaması veya usule aykırı olmasından doğacak zarar, ziyan ve hasardan dolayı, taşıyıcıya karşı sorumludur. Bununla birlikte, taşıyıcının hatası veya ihmali görülen durumlar bu hükmün dışındadır. Sevk mektubunda belirtilen, bu mektuba ekli veya kendilerine verilen belgelerin kaybindan veya hatalı kullanılmasından doğacak sonuçlardan taşıyıcı, komisyoncu gibi aynı derecede sorumludur. Ancak, taşıyıcının ödeyeceği tazminat yükün kaybolması halinde ödenecek tazminatı geçemez.”; Yargıtay 11 HD, 7498/8483, 13.11.1995 <www.kazanci.com> Erişim tarihi 01 Mart 2021.

⁵⁸ Yargıtay 11 HD, 7498/8483, 13.11.1995 sayılı kararında: Yükleme yerinin değişmesi sonucu taşıma süresi uzamıştır. Bu süre uzaması ayrıca hafta sonuna rastlamış ve taşıma süresi daha da uzamıştır. O halde, taşıma süresinin uzaması nedeniyle, davacı mal sahibinin taşımadan doğan ek giderleri, taşıyıcıdan istemesi olanaksız olduğundan davanın reddine ilişkin yerel mahkeme karar doğrudur. <www.kazanci.com> Erişim tarihi 01 Mart 2021.

yısıyla uyumsuzluğa, TTK'nın değil, CMR hükümlerinin uygulanması gerekir. CMR Sözleşmesi m. 3'e göre, taşıyıcı, kendisinin alt taşıyıcısı olan davacı-karşı davalının taşımadaki gecikmesinin yol açacağı sonuçlardan, gecikmeyi bizzat yapmış gibi sorumludur. Olayda normal taşıma süresinin beş-yedi gün olması gerektiği halde taşıma 20 günde tamamlanmıştır. CMR'nin 19. maddesindeki anlamda taşımanın geciktiği kabul edilmelidir. CMR Sözleşmesi m. 23/5 uyarınca, taşıyıcı sayılan davalı-karşı davacının, bu gecikmeden dava dışı alıcıya karşı, taşıma ücretini geçmemek kaydıyla tazminat ödemesi gerekir. Bir ödeme yaptıysa bunu alt taşıyıcısına rücu edebilir. Somut olayda, Fransa'daki dava dışı alıcının CMR Sözleşmesinin m. 30/3 hükmüne uygun olarak, 24.11.1999 olan teslim tarihinden itibaren 21 gün içinde, gecikmeyi yazılı biçimde taşıyıcıya bildirdiğine ya da teslim esnasında bu yönde bir ihtirazi kayıt koyduğuna dair bir iddiada bulunulmamış, bu yönde hiç delil sunulmamıştır. Dava dışı göndericinin davalı-karşı davacıya gönderdiği 27.12.1999 tarihli ihtarname ve davalı-karşı davacının, davacı-karşı davalıya gönderdiği 20.01.2000 tarihli ihtarnameler de, CMR Sözleşmesinin 30/3. maddesi anlamında yazılı bildirimin varlığını ortaya koyar nitelikte değildir. Bu durumda, gerek gecikmeyi CMR m. 30/3'e uygun olarak yazılı şekilde, 21 günlük süre içinde taşıyıcıya (davalı-karşı davacıya) bildirmediğinden dava dışı alıcının gecikmeyi gerekçe göstererek mal bedelin-den kesinti yapması ve gerekse, dava dışı gönderenin yapılan bu kesintiyi, taşıyıcıya yansıtması hukuka aykırıdır. Bu hukuka aykırılığın, davalı-karşı davacının, dava dışı gönderene, gönderen tarafından da dava dışı alıcıya karşı ileri sürülebilmesi mümkündür. Davalı-karşı davacının, kendisine yansıtılan kesinti tutarına dair talebini, bu kesintinin haksız olduğunu gerekçe göstererek, kesintiyi yapan dava dışı gönderene yöneltmesi gerekirken, bu tutarı kendi alt taşıyıcısından tahsil için karşı dava açmasının hukuki bir dayanağı yoktur. Buna göre karşı davanın reddi gerekir. Yerel mahkemenin aynı gerekçeye dayalı direnme kararı yerindedir, onanmalıdır.”⁵⁹ diyerek kusur sorumluluğu esasına dayanmıştır. Yargıtay verdiği diğer bir kararda:

“Dava, taşıma sözleşmesine dayalı, bakiye navlun alacağının tahsiline ilişkindir. Davada, taraflar arasında beş ayrı sefer ile taşımalar yapılmış ve seferlerden birinde gecikme olmuştur. Dosyada bulunan belgelerden, davaya konu taşımalarda, farklı şirketlerce gönderilen eşyanın

⁵⁹ Yargıtay HGK, 11-52/119, 13.2.2008 <www.kazanci.com> Erişim tarihi 01 Mart 2021.

taşındığı, ancak bu taşımalarda davalının yalnızca dava dışı N... A.Ş. ile sözleşme yaptığı anlaşılmaktadır. Bu hususa davacı itiraz etmediği gibi, aksine dava bu hususa dayandırılarak açılmıştır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, gecikme nedeniyle gönderen şirketin davalı üst taşıyıcıya ödediği navlun bedelinden yaptığı kesintinin, davalı tarafından da davacı alt taşıyıcıya yapacağı ödemedен kesip kesemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Davaya konu taşımada, eşyayı gönderen şirket dava dışı N.a Tekstil A.Ş. 'dir. Buna göre dava dışı alıcı D... GmbH'nin gecikme bedeline ilişkin faturayı dava dışı N..a Tekstil A.Ş. 'ne düzenlemiş olması, bu şirketin de bu bedeli taşıma ilişkisini kuran dava dışı N.a A.Ş. 'ne yansıtmasının mümkün bulunmasına göre, bu yöndeki iddianın ispat edilemediğinin kabulü doğru değildir. Ayrıca, yukarıda açıklanan uyuşmazlığın niteliğine göre, davanın ve taşımanın taraflarının ticari defterlerindeki kayıtlar, uyuşmazlığın çözümü için yeterli değildir. Öte yandan, davaya konu taşıma, CMR Sözleşmesi'ne tabidir. Gecikmenin zarara neden olması halinde, taşıyıcının sorumluluğu CMR Sözleşmesi hükümlerine göre, navlun ücretiyle sınırlıdır (TTK'nın 780. madde hükmünde eşyanın taşıma süresi aşılarak teslim edilmesi durumunda, gecikilen süre ile orantılı olarak taşıma ücretinin indirilmesi öngörülmüştür). Maddede herhangi bir zararın ortaya çıkmış olup olmadığı bahis konusu edilmediğinden, bir gecikme zararı bulunmadığı hallerde de taşıma ücreti indirilecektir. Bu bakımdan, hükmün bir tür cezai şart niteliği taşıdığı söylenebilir. CMR Sözleşmesi sisteminde ise, taraflarca gecikmeye yönelik bir cezai şartın kararlaştırılmış olması, CMR Sözleşmesinin 41. madde hükmü uyarınca geçersizlik yaptırımı ile karşılaşır. Çünkü böyle bir şart, tarafların borçlarının ağırlaştırılamayacağı ilkesine ters düşer. Dairemizin 1.6.2000 tarih ve 2738-4996 sayılı 30.9.2002 tarih ve 4386-8295 sayılı ilamları bu yönde olduğu gibi, doktrinde de bu şekilde sonuca varılmaktadır. Bu durumda, mahkemece, davalı vekilinin bilirkişi raporlarına karşı itirazları değerlendirilmek, davaya konu gecikme bedelinin TTK 780. maddesi hükmüne göre değil CMR Sözleşmesi hükümlerine göre ele alınmak ve bu bedelin davacıya yükletilmesinin mümkün olup olamaya-

çağı belirlenmek ve sonucuna göre karar verilmek gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır”⁶⁰

demek suretiyle kusur sorumluluğundan hareket etmiştir.

B. Taşıyıcının Sorumlu Tutulamayacağı Haller

Madeni levha ile kaplanmamış açık taşıtların kullanılması kararlaştırılmış ve bunun kullanılacağı sevk mektubunda açıkça belirtilmişse, ambalajlanmadıkları veya kötü ambalajlandıkları takdirde özelliğinden dolayı fire veren veya hasara uğrayan eşyanın, ambalajlanmaması veya hatalı ambalajlanmış olması, taşınan eşyanın gönderici, alıcı veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından alınması, taşınması, yüklenmesi, yığılması veya boşaltılması, özellikle kırılması, paslanması, çürümesi, kuruması; normal fire veya güve ve haşerattan kısmen veya tamamen zarar görebilecek malların özelliği, sandık veya paketlerin üzerindeki

⁶⁰ Yargıtay 11 HD, 12693/7793, 25.6.2009: “Dava konusu taşımanın Türkiye-Özbekistan arasında gerçekleşmesi nedeniyle, tazminat miktarının hesaplanmasında, CMR Sözleşmesi’nin 23/1, 2, 4. ve 25 maddesi hükümlerinin uygulanmalıdır. CMR Sözleşmesi’nin 23/1. maddesine göre tazminat, yükün taşınmak üzere kabul edildiği yer ve zamandaki kıymetine göre hesap edilir. Taşıyıcının azami sorumluluğu CMR Sözleşmesinin 23. maddesinde düzenlenmiş olup, sorumluluğun sınırlandırılması imkânının kaybı, Sözleşmenin 29. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu maddeye göre hasar, taşıyıcının kendi kötü hareketinden veya davaya bakan mahkemenin kararı ile isteyerek kötü harekete eşdeğer sayılan kusurundan ileri gelmiş ise taşıyıcı, sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan yahut kanıt yükünü karşı tarafa yükleyen bu maddenin hükümlerinden yararlanamaz. Bilerek kötü hareket veya kusur taşıyıcının vekil veya çalışanları tarafından görevleri sırasında işlenmiş ise, aynı hüküm uygulanır. Dava konusu taşımayı gerçekleştiren tır, seyir sırasında takla atarak ters dönmüş olup, bilirkşi raporunda, ağır yüklü bir durumda aşın süratle seyreden tır sürücüsü tam kusurlu bulunmuştur. Bilindiği üzere (ağır kusur) kavramı bir özel hukuk kavramı olup, kasıt olmamakla beraber kasta yakın bir kusurun mevcudiyetini ifade eder. Dava konusu olayda tır sürücüsünün %100 kusurlu bulunması, başlı başına kasıtlı ya da ağır kusurlu olduğu anlamına gelmez. Yargılama sırasında taşımayı gerçekleştiren tır sürücüsünün ağır kusurlu olduğu davacı tarafından kanıtlanamamış olup, bu durumda davalıların sorumluluklarının, CMR Sözleşmesi’nin 23. ve 25. maddelerine göre belirlenmesi gerekir. Mahkemece, davacı tarafın isteyebileceği azami tazminat miktarının CMR Sözleşmesi’nin 23. maddesi hükmüne göre belirlenmesi gerekirken, taşıyıcının ağır kusurlu olması halinde ödeyeceği tazminat miktarı esasına göre hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davalı yararına bozulmasına karar verilmiştir.”; Yargıtay 11 HD, 4375/4741, 27.04.2006 <www.kazanci.com> Erişim tarihi 01 Mart 2021.

marka veya numaraların yetersiz veya hatalı oluşu ve canlı hayvan taşıması halinde CMR Sözleşmesi uygulanmaz (CMR m. 17/4).

Taşıyıcı CMR Sözleşmesinden yararlanmak için kendisine düşen bütün önlemleri aldığını ve verilen özel talimata uyduğunu kanıtlamalıdır. Kayıp hasar ve gecikmenin bu nedenlerden birinden doğduğunu kanıtlamak taşıyıcıya aittir. Hak iddia eden kimse, kayıp veya zararın bu risklere kısmen veya tamamen bağlı olmadığını kanıtlamak hakkına sahiptir. Sayılan özel risklerin kaçınılmazlıkları ve illiyet bağı karine olarak kabul edilmiştir⁶¹ ve uygun illiyet bağı kesen mücbir sebeplerdir⁶².

Ziya, hasar ya da gecikme talep sahibinin hata veya ihmalden, taşıyıcının hatası olmadığı halde talep sahibinin verdiği talimattan, yüke özgü bir kusurdan veya taşıyıcının önlemesine imkan bulunmayan hallerden ileri gelmişse, taşıyıcı sorumlu tutulamaz. Ziya ve hasar durumları aşağıda belirtilen koşulların bir veya bir kaçının doğal sonucu olan özel risklerden doğmuşsa, taşıyıcı sorumlu tutulamaz.

Hak sahibi, kaybolan eşya için tazminatı aldıktan sonra yazılı başvurarak, tazminatın ödenmesini takip eden yıl içinde eşya bulunduğu takdirde kendisine bildirilmesini isteyebilir. Başvurusunun alındığı kendisine yazılı olarak bildirilir.

Örneğin: *Eşya soğuk hava donanımlı bir araçta taşınacaktır. Bu yüzden yüklemekten önce belirli bir sıcaklık seviyesine ulaşması gereken eşyanın bu sıcaklık derecesine ulaşmadan yüklenmiş olması nedeni ile zarar meydana gelmişse; zarar, taşınan makinenin üretim hatası sebebi ile bir parçasının kopması ile oluşmuşsa; iyi boyanmamış eşyanın rutubet dolayısı ile boyaları dökülmüşse veya taşınan otomobillerin elektrik sistemindeki arıza nedeni ile yangın çıkmışsa” taşıyan sorumlu tutulamaz⁶³.*

Fransız Yargıtay’ının bir kararında, seyir halindeyken, içi silahlı adamlarla dolu bir araç tarafından durması işaret edilen bir sürücünün, savunma imkanı olmadığı için, soyguncuların dediklerini yapmaktan başka bir seçeneği olmadığına ve bu sebeple bu durumun kaçınılmaz

⁶¹ ibid 355

⁶² ibid 359

⁶³ Örneğin, bir sis anında ikaz ışıkları yanar şekilde güvenlik şeridine çekilmiş bir taşıta başka bir taşıtın çarpmasını, şoförün ve dolayısıyla taşıyıcının engelleyebilmesi mümkün değildir. Taşıtın ikaz ışıklarının yakılarak güvenlik şeridine çekilmesi ise tedbirli bir taşıyıcıdan beklenen bir davranıştır. ibid 360

durum olarak kabul edilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Bir başka Fransız mahkeme kararında, gece seyir halindeki taşıtın, bir başka araçtan saldırılarak soyulması, kaçınılmaz durum olarak değerlendirilmemiştir. Mahkeme, saldırının İtalya'da olmasına dikkat çekerek, böyle riskli bir güzergâhta taşımanın gündüz yapılması halinde, soygunun engellenebileceğini belirtmiştir⁶⁴.

C. Güzergâha Dair Sorumluluk

Yükleme ve varma yeri arasında izlenilecek yol hakkında CMR Sözleşmesi'nde herhangi bir hüküm mevcut değildir. Taraflar taşıma sözleşmesinde izlenilecek güzergâhı aralarında kararlaştırmışlarsa, taşıyıcının buna uyması gerekmektedir. Böyle bir anlaşma yoksa prensip olarak en kısa yolun, güzergâh olarak kabul edilmesi gerekir⁶⁵. Örneğin, bir bale

⁶⁴ ibid 279-284

⁶⁵ İstanbul 12 BAM, 98/876, 23.09.2020: Davacı vekili tarafından yapılan istinaf başvurusu ile; "hırsızlık olayının her türlü şüpheden uzak, açık ve net olarak davalı taşıyıcı tarafından ispat edilmesi gerektiğini, olayda sigortalı taşınan emtianın 22/01/2014 tarihinde... A.Ş'nin Darıca-Kocaeli'nde bulunan fabrikasında davalı taşıyıcıya tam olarak teslim edildiğini ancak alıcısına teslim edilmediğini, davalı taşıyıcının emtianın kimliği meçhul şahıslar tarafından çalındığını savunduğunu, oysaki meçhul kişiler tarafından yapıldığı iddia edilen hırsızlık vakiasının sadece davalı taşıyıcının temsilcisi şoför tarafından dile getirildiğini, hırsızlık olayının da yerel makamlar tarafından yerel mevzuat gereğince doğrulandığını, sadece şoförün iddiası esas alınarak yazıya döküldüğünü hırsızlık iddiası sonucu bir kamu davası açılıp açılmadığının bilinmediğini veya sonucu bugüne kadar davalı tarafından dosyaya bildirilmediğini, bu olayın hırsızlık olayı üzerinde şüphe yarattığını, ispat külfeti üzerinde olan davalı taşıyıcı tarafından sadece şoför beyanı ve tutanak uyarınca hırsızlık savunması yapılması üzerine olayın araştırıldığını, davalı taşıyıcının eşyanın taşınmasında gerekli özeni göstermediğinin anlaşıldığını öne sürerek hırsızlık olayının her türlü şüpheden uzak açık ve net olarak davalı taşıyıcı tarafından ispat edilmesinin gerektiğini, olayın taşıyıcının kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği hal kapsamında gerçekleşmediğini, güzergâh seçiminin taşıyıcının kusurlu seçimi sonucu olayın gerçekleştiğini ve olayın sonucunun davalı tarafından takip edilmediğini" öne sürerek mahkeme kararının kaldırılması ve davanın kabulüne karar verilmesi talebi üzerine; Dairemizce yapılan istinaf incelemesi neticesinde; 450/26, 18.01.2018 hükmü ile; taşımanın hangi güzergâh üzerinden yapılacağı konusunda gerek taşıma senedinde (CMR belgesi) gerekse başka bir belgede açıklama olmadığı, olayın salt 16 no.lu güzergâhın seçilmiş olmasından kaynaklanmış olduğunun hukuken geçerli bir çıkarım sayılamayacağı olayın 16 no.lu otoyolda gerçekleşmediği gibi velev ki gerçekleşse bile o yola girilmiş olmasının mutlaka gasp olayının olacağı ve taşıyıcının bunu bilerek girdiği şeklinde yorumlanamayacağı, taşıyıcının o güzergâha gasp olacağını bile bile yahut ağır ihmâl ya da kusurlu bir şekilde girmek üzere olduğunu ka-

grubunun dekorlarının taşınması esnasında taşıyıcı, araç trafiğine açık olmasına rağmen, yolu bozuk olduğu için en kısa güzergâhı değiştirerek, daha düzgün, fakat uzun yoldan gitmeyi tercih etmiş ve bu sebeple de-

bul etmeye yarayacak yeterli veri dosyada bulunmadığı, tarafların tüm delilleri toplanmış olup, davanın taraflarca hazırlanması gereken bir dava olduğu, hukuk yargısının adli gerçeğe, tarafların iddia ve savunmalarının diyalektiği çerçevesinde ulaşmak durumunda olduğu, bu itibarla fiilen gerçek olduğu anlaşılan gasp olayının seçilen güzergâh nedeniyle işlendiğini kabul etmeye yarayacak yeterli ispat vasıtasının da bulunmadığı gerekçesiyle; istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir. Bu kararın davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine; Yargıtay 11 HD, 1829/7402, 21.11.2019 sayılı ilamı ile; "6100 sayılı HMK'nın 353/1-b. 2. maddesi "Yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber, kanunun olaya uygulanmasında hata edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde veya kararın gerekçesinde hata edilmiş ise düzelterek yeniden esas hakkında duruşma yapılmadan karar verilir." hükmünü haiz olup, anılan hüküm doğrultusunda Bölge Adliye Mahkemesince, İlk Derece Mahkemesi kararı kaldırılarak yeniden esas hakkında hüküm kurulması gerekirken HMK'nın 353(1)-b-1 maddesi uyarınca başvurunun esastan reddine dair karar verilmesi yerinde görülmediğinden, Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozulmasına" dair karar verilmiştir. Dairemizce usul ve yasaya uygun görülen bozma ilamına uyulmuştur. Taşımanın hangi güzergâh üzerinden yapılacağı konusunda gerek taşıma senedinde (CMR belgesi) gerekse başka bir belgede açıklama yoktur. Olayın salt 16 no.lu güzergâhın seçilmiş olmasından kaynaklanmış olduğu hukuken geçerli bir çıkarım sayılamaz. Zira olay 16 no.lu otoyolda gerçekleşmediği gibi velev ki gerçekleşse bile o yola girilmiş olması mutlaka gasp olayının olacağı ve taşıyıcının bunu bilerek girdiği şeklinde yorumlanamaz. Yani taşıyıcının o güzergâha gasp olacağını bile bile yahut ağır ihmal ya da kusurlu bir şekilde girmek üzere olduğunu kabul etmeye yarayacak yeterli veri dosyada bulunmamaktadır. Tarafların tüm delilleri toplanmış olup, dava taraflarca hazırlanması gereken bir davadır. (HMK m. 25) Hukuk yargısı adli gerçeğe, tarafların iddia ve savunmalarının diyalektiği çerçevesinde ulaşmak durumundadır. Bu itibarla fiilen gerçek olduğu anlaşılan gasp olayının seçilen güzergâh nedeniyle işlendiğini kabul etmeye yarayacak yeterli ispat vasıtasının da bulunmadığı kabul edilmelidir. CMR 17/2 de eğer kayıp, hasar...taşımacının hatasından değil de, istek sahibinin verdiği talimattan yüke has bir kusurdan ya da taşımacının önlemesine olanak bulunmayan durumdan ileri geliyorsa taşımacı sorumlu tutulamaz. CMR 18/1 maddesinde "kayıp, hasar, gecikmenin madde 17 paragraf 2'de öngörülen nedenlerden birinden doğduğunu kanıtlamak taşıyıcıya aittir." denilmektedir. İlk derece mahkemesince yazılan kararın gerekçesinde davalının savunmasının aksinin davacı tarafından kanıtlanmadığı belirtildiği, ispat yükü taşıyıcı da bulunduğu nedenle doğru olmamıştır. Kaybın taşıyıcının önlemesine olanak bulunmayan gasp olayı nedeniyle meydana geldiği davalı taşımacı tarafından ispatlandığından, CMR Sözleşmesi 18/1. maddeye aykırı gerekçe nedeniyle hükmün kaldırılmasına, hükmüne uyulan Yargıtay bozma ilamı gereği yerine getirilerek davanın reddine karar verilmiştir. <www.legalbank.net> Erişim tarihi 03 Mart 2021.

korlar oyuna yetişmemiştir veya gümrük belgelerinin yeterli olmaması veya usulüne uygun düzenlenmemesi, eşyaların gerektiği gibi paketlenmemesi, taşıma senedinde yer alan eşyaya ait bilgilerin yeterince belirtilmemesi, eşyanın niteliği ve özelliği gereği belirli bir şekilde taşınması konusunda duyarlılık arz eden eşya hakkında taşıyıcıya yeteri kadar bilgi verilmemesi taşıyıcı için birer sorumluluktan kurtulma halleri olduğu ya da belgelerin eksik veya yanlış doldurulmaları sebebi ile gümrükte beklemek zorunda kalan taşıyıcının, yükün bu arada çalınması durumunda gönderenin kusuruna dayanamaması.

Yargıtay bir kararında şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur:

Dava, belge karşılığı teslim şartı ile davalının taşımayı üstlendiği eşyanın, taşıyıcı tarafından gümrüğe teslimi dolayısıyla uğranılan zararın, tazmini talebine ilişkindir. Böyle bir davada, ilk olarak çözümlenmesi gereken sorun, davalı taşıyıcının savunduğu gibi bir teslim engeli ile karşılaşp, karşılaşmadığının belirlenmesinde yatmaktadır. Gerçekten taşıyıcının böyle bir teslim engeli ile karşılaşması halinde nasıl hareket edeceği CMR Sözleşmesi'nin 15 ve 16 ncı maddelerinde hükme bağlanmıştır. Buna göre böyle bir engelle karşılaşan taşıyıcı, CMR Sözleşmesi m. 15/1 uyarınca ya teslim engellerini gönderene bildirip, ondan talimat alır ve bu talimata uygun davranır, ya da 16/II'nci madde uyarınca doğrudan doğruya yükü boşaltmak hakkını kullanır. Taşıyıcı, bu iki yoldan dilediği hakkı kullanabilir. Taşıyıcının bu iki yoldan her hangi birine uygun hareket ettiğinin tespit edilmesi halinde CMR Sözleşmesi'nin m. 17 vd. hükümlerine göre sorumluluğu son bulur. Bu kısa açıklamadan da anlaşılacağı üzere, taşıyıcının CMR Sözleşmesi'nin m. 15 ve 16'da belirlenen davranış alternatif hareket tarzlarını kullanabilmesi için öncelikle bir teslim engeli ile karşılaşmış olması ön koşuldur. Somut olayda, davalı taşıyan böyle bir engelle karşılaştığını savunmuş ise de, bu aşamada bu engeli kanıtlayabilmiş durumda değildir. Bu durumda, mahkemece, taşıyıcının konşimentoda yer alan ihbar (notify) adresine, gerekli bildirimde bulunduğu dair kanıtların davalıdan istenilmesi, bundan sonra davalının yükü gümrüğe tesliminin onun CMR Sözleşmesi'nin 17 vd. maddelerinde yer alan sorumluluğunu bertaraf edip, etmeyeceğini, bir bilirkişi kurulundan rapor alınmak suretiyle belirlenmesi gerekirken, somut olayı çözümlemekten uzak bilirkişi raporuyla yetinilmesi, davacının rapora karşı ciddi itirazları dikkate alınmayarak yazılı şekilde hüküm kurulması

hatalı olmuş ve kararın açıklanan nedenle davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir."⁶⁶

Örneğin: Eşyanın ağırlığı yanlış beyan edilmiş ve taşıyıcı bu arada beyan edilen bu yanlış ağırlığı göz önünde bulundurarak araca kurallara uygun bir biçimde taşıyabileceği ağırlığı hesaplayarak, diğer yük sahiplerinin eşyalarını da yüklemiş ise ve oluşan fazla yükleme sebebiyle araç durdurulmuş, durdurulma neticesindeki gecikme zarara neden olmuş ise taşıyıcı sorumluluktan kurtulur. Ancak, taşıyıcının kurtulabileceği sorumluluk yalnızca yükün ağırlığını fazla beyan eden gönderene karşıdır. Dolayısı ile kendisi ile taşıma sözleşmesi imzalayan ve eşyaları aynı araçta gönderilen diğer kişilere karşı böyle bir gerekçe ile sorumluluktan kurtulamaz.

D. Taşıyıcının Sorumsuz Olmayacağı Haller

Anormal bir noksanlık veya sandık yahut paketlerde bir kaybolma olduğunda, taşıma, malın sıcağa, soğuğa, ısı derecesindeki değişmelere ve rutubete karşı koruyacak şekilde donatılmış taşıtlarla yapılıyorsa taşıyan sorumsuzluk hallerinden yararlanamaz⁶⁷. Ancak, taşıyan bu tür donanım seçilmesi ve kullanılması ile ilgili olarak kendisine düşen önlemleri aldığını ve verilen özel talimata uyduğunu kanıtlarsa sorumsuzluk hallerinden yararlanabilir. Ancak taşıyıcının ve/veya yardımcılarının taşımada kast ve davaya bakan mahkemenin hukukuna göre kasta eşdeğer

⁶⁶ Yargıtay 11 HD, 956/12055, 7.12.2004 <www.kazanci.com> Erişim tarihi 01 Mart 2021.

⁶⁷ Yargıtay 11 HD, 13283/4973, 29.06.2018; Meydana gelen hasarda davacının yükün ağırlığı konusunda yanlış beyanda bulunmasının da etkili olduğu gözetilerek davacının müterafik kusurunun belirlenmesi ayrıca CMR 17/4-c. maddesinde ve taşıma senedinde yükleme ve istifledikten kaynaklanan hasarlardan taşıyıcının sorumlu tutulmayacağı belirtilmiş ise de, bu durumun taşıyıcının yüke nezaret sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, taşıyıcının hatalı yükleme, istifleme, boşaltma işlemlerini fark etmesi halinde CMR'nin 14 ve 16. maddeleri kapsamında hareket ederek durumu zamanında gönderici ya da alıcıya bildirerek taşımanın devamı hakkında talimat alması gerektiğinden davalı taşıyıcının nezaret görevinin olduğu göz önüne alınarak meydana gelen hasardaki müterafik kusuru da belirlenerek tazminat miktarının saptanması gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir. <www.legalbank.net> Erişim tarihi 03 Mart 2021.

kabul edilen kusuru var ise taşıyıcı sorumluluğunu sınırlandıramaz, zardan sınırsız olarak sorumlu olur (CMR m. 29/1-2)⁶⁸.

VIII. EŞYANIN DEĞERİ VE SORUMLULUK SINIRLARI

A. Eşyanın Değeri

CMR Sözleşmesi gereğince bir taşıyıcı, yükün kısmen veya tamamen kaybı, hasarı ve geç tesliminden dolayı tazminat ödemekle sorumlu tutulduğunda bu tazminat, eşyanın taşınmak üzere kabul edildiği yer ve zamandaki değerine göre hesaplanır⁶⁹. Eşyanın değeri, ticaret borsası

⁶⁸ Muharrem Gençtürk, 'Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıyıcının Sınırsız Sorumluluğunu Gerektiren Ağır Kusurları Ve Türk Mahkemelerinin CMR'yi Uygulaması Bakımından Muhtemel Etkisi', (2012) XVI(4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <<https://dergipark.org.tr/en/pub/ahbvuhfd/issue/48111/608435>> Erişim tarihi 17 Mart 2021.

⁶⁹ Yargıtay 11 HD, 9855/9727, 13.05.2013: Dava, uluslararası kara taşıması sırasında taşınan yükte meydana gelen hasar nedeni ile alacak istemine ilişkindir. Davaya konu zararın meydana geldiği taşıma, CMR'ye tabidir. Bu nedenle değerlendirmenin bu Konvansiyon hükümlerine göre yapılması zorunludur. Yükün hasara uğraması halinde tazminatın nasıl hesaplanacağı CMR 25. madde hükmünde düzenlenmiştir. Anılan madde ile eşyanın ziya durumunda tazminatın hesaplanmasını düzenleyen anlaşmanın 23. maddesine atıf yapılmıştır. Buna göre ilk olarak yine eşyanın değeri belirlenir. Eşyanın değeri tespit edilirken öncelikle bu tazminat yükün taşınmak üzere kabul edildiği yer ve zamandaki borsa fiyatı, borsa fiyatı yoksa piyasa değeri, eşyanın bir piyasa değeri de bulunmuyorsa herkes için ifade ettiği objektif değere göre hesaplanır (11. HD, 30.03.2012 gün ve 2010/13835-5010 E.K. sayılı ilamı). Değer tespiti bakımından, ziya halinden farklı olarak, yalnızca hasara uğramış olan kısım değil, eşyanın tamamının değeri dikkate alınır. Daha sonra, bu şekilde belirlenen değerle eşyanın hasarlı haldeki değeri arasındaki fark bulunur. Bu değer kaybına, CMR'nin 23/4 maddesi gereğince taşımayla ilgili ödentiler eklenir (Yargıtay 11 HD, 4/2074, 19.03.2001). Eklenecek bu ödenti miktarı, eşyanın hasarsız haldeki değeri, hasarlı haldeki değerine oranlanarak bulunur. Sonuçta tazmin olunabilir hasar miktarına ulaşılır. Taşımacının eşyanın bütünündeki hasar dolayısıyla ödeyeceği tazminat eşyanın zıyaa uğramış olsa idi CMR'nin 23/3., 6. ve 9. maddeleri gereğince ödeyeceği tazminat miktarını aşamaz (Yargıtay 11 HD, 14441/3246, 22.02.2007). Hasar, yükün bir kısmında vukua gelmiş ise, bu takdirde tazminat, sadece hasardan etkilenen kısım zıyaa (kısmi ziya) maruz kalmış olsa idi, ödenecek tazminat miktarından fazla olmaz. Bu hükmün uygulanabilmesi için eşyanın değerinde herhangi bir değişme olmaksızın parçalara bölünebilir olması gerekir. Aksi takdirde, hasar eşyanın tamamının değeri göz önünde bulundurularak hesaplanır. Somut uyumsuzlukta, hasarın, taşımaya konu süs bitkisi emtianının tamamında değil sadece bir kısmında meydana geldiği anlaşılmakta olup yukarıda açıklanan ilkeler esas alınarak mahkemece sadece bilirkişilerce hesaplanan ve emtianın hasara uğradığı tespit edilen kısmına ilişkin hasar bedeline

fiyatına göre saptanır. Eğer böyle bir fiyat yoksa geçerli piyasa fiyatlarına göre bir değer tespit edilir. Eğer ne ticaret borsası fiyatı ne de geçerli piyasa fiyatı mevcut ise, tespit aynı cins ve kalitedeki eşyanın normal değerine göre yapılır.

B. Sorumluluk Sınırları

Tazminat tutarı, eksik yükün brüt ağırlığın her bir kilogramı için 8.33 ÖÇH (Özel Çekme Hakkı) (*Special Drawing Rights, SDR*)’dır⁷⁰. Ayrıca, malların taşınması ile ilgili olarak ortaya çıkan taşıma ücretleri,

hükmedilmesi gerekirken hasara uğrayan emtiaya karşılık gelen navlun, vergi, harç ve diğer masrafların da davalıdan tazminine karar verilmesi doğru görülmeyip bozmayı gerektirmiştir. Açıklanan nedenlerle, hükmün davalı yararına bozulmasına oybirliğiyle karar verildi. <www.legalbank.net> Erişim tarihi 02 Mart 2021.

⁷⁰ Yargıtay 11 HD, 15774/69, 07.01.2013: Dava, nakliyat sigorta poliçesine dayalı rücuen tazminat istemine ilişkindir. Uyuşmazlığa “Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi” (CMR) hükümlerinin uygulanacağı tartışmasıdır. CMR’nin 23. maddesine göre, “Bu sözleşmenin hükümleri gereğince bir taşıyıcı, yükün kısmen veya tamamen kaybindan dolayı tazminat ödemekle sorumlu tutulduğunda, bu tazminat yükün taşınmak üzere kabul edildiği yer ve zamandaki kıymetine göre hesaplanır. Malın kıymeti, ticaret borsası fiyatına göre saptanır. Eğer böyle bir fiyat yoksa geçerli piyasa fiyatlarına göre, eğer ne ticaret borsası fiyatı ne de geçerli piyasa fiyatı mevcut değilse tespit, aynı cins ve kalitedeki malların piyasa rayicine göre belirlenir. Bununla beraber, CMR 23. maddesi uyarınca taşıyıcının sorumluluğu zayı olan ve hasar gören yükün brüt ağırlığının kilogram başına 8.33 SDR tutarı ile sınırlıdır.” Taşıma sırasında hasar gördüğü iddia edilen emtia Antakya’dan Irak’a taşınmakta iken, Şanlıurfa yakınlarında kaza meydana gelmiştir. Mahkemece 20.07.2010 hâkim havale tarihli bilirkişi raporunda belirlenen hasar miktarı üzerinden davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak, tazminat tutarının belirlenmesi bakımından yapılan araştırma ve inceleme hüküm kurmaya yeterli bulunmamaktadır. Taraflardan taşınan malın cinsi ve kalitesi ile ilgili delilleri sorularak, saptanan tür elmanın değerinin tespiti ile hasar bedelinin yukarıda anılan CMR hükümleri uyarınca hesaplanması, ayrıca malın tamamen hasarlanmadığına ilişkin savunma üzerinde durulup buna ilişkin taraf delilleri de değerlendirilmek suretiyle, öncelikle gerçek zarar miktarının tespiti ve yine anılan CMR Sözleşmesi hükmü uyarınca, taşıyıcının sınırlı sorumlu olduğu dikkate alınarak sonucuna göre karar vermek gerekirken, hasar miktarının ne şekilde ve emtianın neredeki fiyatına göre hesaplandığı anlaşılamayan, CMR hükümlerinin uygulanıp uygulanmadığı belirlenemeyen eksik ve yetersiz bilirkişi raporuna dayalı hüküm kurulması doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir. Açıklanan nedenlerle, davalılar vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, davalılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün anılan taraf yararına bozulmasına oybirliği ile karar verildi. www.legalbank.net, Erişim tarihi 02 Mart 2021.

gümrük vergileri ve diğer masraflar, tam ziya durumunda tam olarak ve kısmi bir kayıp durumunda uğranılan kayıp ile orantılı olarak iade edilecektir. Bunlar dışında başka ödeme yapılmaz⁷¹.

Gecikme halinde, hak sahibi zarar ve ziyanının gecikmeden dolayı meydana geldiğini kanıtlarsa, taşıyıcı, bu zarar ve ziyan için de taşıma ücretini geçmemek üzere tazminat öder⁷². Eşyanın gerçek değeri ve tes-

⁷¹ Taşıyıcının ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarı sınırlanmıştır (sınırlı şahsî sorumluluk). ibid 362.

⁷² Yargıtay 11 HD, 5200/12713, 30.11.2015: Dava, karayolu ile yurt dışına yapılan taşımadaki gecikme ve kısmi ziyadan kaynaklı zararın tazmini istemine ilişkindir. Gecikme ile kısmi ziya, birbirinden değil de farklı nedenlerden meydana geldiği takdirde, taşıyıcı hem gecikmeden, hem de ziyadan dolayı sorumlu olacaktır. Yükün zıyayı halinde ödenecek tazminatın belirlenmesine ilişkin kural CMR m. 23'te yer almaktadır. Buna göre eşyanın tamamen veya kısmen ziyaa uğraması halinde ödenecek olan tazminat miktarı, malın taşınmak üzere teslim alındığı yer ve zamandaki kıymetine göre hesaplanır. Bu kıymetin neye göre saptanacağına ilişkin kriterler arasında ise öncelik sırası mevcuttur. Şöyle ki, CMR m. 23/2'ye göre öncelikle eşyanın teslim alındığı yer ve zamandaki borsa fiyatı esas alınır. Eğer eşyanın borsa fiyatı yoksa yine CMR m. 23/2'ye göre, bu kez piyasa değeri dikkate alınacaktır. Eşyanın borsa ya da piyasa değeri mevcut değilse, bu takdirde aynı cins ve nitelikteki malların normal değeri göz önünde tutulmak suretiyle değer tespit edilir (CMR m. 23/2). Ayrıca eşyanın teslim alma yer ve zamanındaki değerini talepte bulunan ispatlayacaktır. Kısmi ziya söz konusu ise sadece ziyaa uğramış olan kısmın değeri dikkate alınır. Gecikme halinde taşıyıcının ödeyeceği tazminat meselesi CMR m. 23/5'te düzenlenmiştir. Bu hükmün konusu, talepte bulunanın gecikme sonucunda uğradığı ve eşyanın maddi varlığını etkilemeyen zararlardır. Ayrıca gecikme halinde tazminatın taşıma ücretini aşamayacağı CMR m. 23/5'de hüküm altına alınmış; tazminatın hesaplanmasına ilişkin başka bir düzenleme getirmemiştir. CMR m. 23/4'te sayılan gümrük vergileri ve taşıma dolayısıyla yapılan diğer masraflar üst sınırın belirlenmesinde dikkate alınmaz, tazminat hesabında sadece taşıma ücreti dikkate alınır. Taşıyıcının CMR m. 23/3'te belirtilen sınırlı sorumluluk prensibinin istisnası, başka bir deyişle sorumluluk sınırının yükseltilebileceği haller CMR m. 24, 26 ve 29'daki hallerdir. Ancak, CMR m. 23/5'te üst sınırın yükseltileceği iki hal bulunmaktadır. Bunlar CMR m. 26 ve 29'daki hallerdir. CMR m. 24 hükmü ise, gecikme halindeki tazminat hesabında uygulama alanı bulmaz. CMR m. 29'daki kastın veya kasta eşdeğer kusurun varlığını ispat yükü bunu iddia edene aittir. Bu açıklamadan sonra somut olaya gelindiğinde; davacı taşıyıcının taşımayı üstlendiği eşyaların bir kısmını geç teslim etmesine rağmen bir kısmını ise hiç teslim etmemiştir. Böylece kısmen ziya ile bir kısım emtia bakımından da gecikme somut olayda gerçekleşmiştir. Bu durum karşısında, temyiz eden taşıyıcı...'nin sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının kaybına ilişkin kabul edilebilir gerekçeler gösterilmeden, genel kural olan sınırlı sorumluluktan ayrılınması doğru olmamıştır. Bu nedenlerle yukarıda belirlenen ilkeler ve taşıyıcının sınırlı sorumluluğu göz önüne alınarak, yeni bir bilirkişi kurulundan alınacak rapor veya

limde özel faiz oranı beyan edilmişse, daha yüksek tazminat istenebilir. Gönderici anlaşmaya varılacak belirli bir ücret karşılığında sevk mektubunda 8.33 ÖÇH sınırını geçen bir değer beyan edebilir. Bu durumda, beyan edilen değer bu sınırın yerine geçer. Tazminat, yükün tamamı hasar görmüşse, toplam kayıp durumunda ödenecek tutarı, yükün sadece bir kısmı hasar görmüşse, etkilenen kısmın kaybı durumunda ödenecek tutarı aşamaz.

Yargıtay 11 HD, 825/3429, 30.4.1999 sayılı kararına göre:

“Davacı, 1 kap ve 4,8 kg. dikiş makinası yedeğinin, Almanya’dan, İstanbul’a taşınmasında, taşıma sigorta poliçesini düzenleyen sigortacıdır. Sigortalı davalı tarafından taşınan eşya, Erenköy Gümrüğüne boşaltılmıştır. Boşaltma esnasında sigortalı eşyanın taşıma sırasında kaybolduğu ileri sürülmüş ve davacı tarafından 1.8.1997 tarihinde, sigortalısına 348.824.129- lira ödenmiştir. Dava sigorta bedelinin, ödeme tarihinden itibaren reeskont faiziyle birlikte davalıdan tahsiline ilişkindir. Davacı şirketçe sigortalanan eşya Almanya’dan, İstanbul’a davalı tarafından taşınmış, varma yerinde alıcıya eksik teslim edilmiştir. Davacı sigortalısına ödediği 348.824.119 liranın davalıdan rücuen tahsilini istemiştir. CMR Sözleşmesinin 23. maddesi uyarınca sınırlı sorumluluk ilkesi geçerlidir. Davalının sorumluluğu brüt kg başına 8.33 ÖÇH ile sınırlı olmak kaydıyla, davacının isteyebileceği tazminat (16.393.440) liradır. Bu miktarın davalıdan tahsiline karar verilmişse de, taşıma senedinde CMR Sözleşmesinin uygulanması konusunda bir açıklık bulunmadığından, somut olayda CMR Sözleşmesi’nin sınırlı sorumluluk ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı uyuşmazlık konusudur. Taşımanın yapıldığı Almanya ve Türkiye’nin CMR Sözleşmesine taraf oldukları kuşkusuzdur. 1982 tarihli Anayasamızın 90/5 maddesinde “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” hükmü getirilmiştir. Hatta bazı yasalarda milletlerarası anlaşmaların öncelikle, uygulanacağı belirtilmiştir (556 sayılı KHK. m. 4). O halde usulüne uy-

önceki bilirkişi kurulundan alınacak ek rapora göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle temyiz eden davalı... yararına bozulması gerekmiştir. Açıklanan nedenlerle hükmün davalı... yararına bozulmasına oyçokluğuyla karar verildi. <www.legalbank.net> Erişim tarihi 03 Mart 2021.

gun şekilde yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmaların iç hukuktaki kanunlar gibi olaylara uygulanacağı açıktır”⁷³.

Yargıtay 11 HD, 14061/994, 29.01.2007 sayılı kararı ile;

“Bir davanın görülmesi sırasında birden fazla mahkemenin yetkili olması durumunda seçim hakkının davacıya ait olduğu tartışma götürmeyecek şekilde açıktır. HUMK’un 27’nci maddesi gereğince davacı bu hakkını yanlış kullanarak yetkisiz mahkemede dava açarsa doğal olarak seçim hakkı davalıya geçecektir. Davalı yetki itirazında yalnızca bir mahkemeyi göstererek seçim hakkını kullanabilir. Bu durumda, mahkemece dosyanın yetkili yer mahkemesine gönderilmesi gerekir. Buna karşılık davalı yetki ilk itirazında birden fazla yetkili mahkemeyi gösterdiği takdirde seçim hakkı bu sefer tekrar davacıya ait olacaktır. Bu durumda mahkeme davacıya yetkili mahkemelerden birisi için seçim hakkını kullanırmalıdır. Somut olayda, Almanya-Yunanistan arası taşıma için CMR Sözleşmesi Sigorta Poliçesi düzenlenmiş, CMR Sözleşmesinin 31. maddesinde belirtilen yetkili mahkemelerden birinde dava açılmamış, davalı vekili cevap dilekçesinde taraflar arasındaki CMR Sözleşmesi Sigorta Sözleşmesi’nin 12. maddesi gereğince yetkili yargı yerinin Almanya olduğunu, bu kabul edilmezse HUMK’un 9. maddesi gereğince davalının ikametgahı olan İstanbul Mahkemeleri’nin yetkili olduğunu belirtmiştir. Dava, Mersin’de açılmış, mahkemece konişmentoda belirtilen Münih Mahkemeleri’nin yetkili olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiştir. Bu durumda yetki itirazında bulunan davalı birden fazla mahkeme göstererek HUMK’un 23/son maddesine uygun yetki itirazında bulunmamakla seçim hakkını yitirmiş, bu hak davacıya geçmiştir. Mahkemece, davacıya yetkili mahkemelerden birisini seçme hakkı tanınarak karar verilmesi gerekirken davalının usulsüz yetki itirazı nazara alınarak yetkisizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına bozulmasına” şeklinde karar vermiştir”⁷⁴.

C. Gecikme Faizi Ödenmesi

Hak sahibi ödenecek tazminat için faiz isteyebilir. Yılda % 5 üzerinden hesap edilecek bu faiz, ödeme isteğinin yazılı olarak taşımacıya

⁷³ Aynı yönde, Yargıtay HGK,11-478/492, 24.09.2003; Yargıtay 11 HD, 994/2205, 23.03.2000 <www.kazanci.com> Erişim tarihi 01 Mart 2021.

⁷⁴ <www.kazanci.com> Erişim tarihi 01 Mart 2021.

gönderildiği tarihten başlar. Böyle bir istekte bulunulmamış ise, tahakkuk dava açıldığı tarihten itibaren yapılır.

Yargıtay 11 HD, 5289/6808, 19.10.1998 sayılı kararında;

“Taraflar arasında ... çekişme uygulanacak faiz oranlarına ilişkindir. Mahkemenin dayanağı olan Karayoluyla Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesi ile ilgili Uluslararası Andlaşma'nın (CMR) 27. maddesinin birinci bendinde gerçekten, hak sahibinin ödenecek tazminat için isteyebileceği faizin yılda %5 üzerinden hesap edileceği hükmolunmuştur. Anılan bendin yazılış biçiminden ödenecek tazminata yıllık %5 oranında faiz istenebileceğinin ifade edildiği anlaşılmaktadır. Bu hükmün, ödenecek tazminatın hesaplanması yöntemlerini düzenleyen aynı sözleşmenin 23 vd. maddeleri ile bu tazminatın ülke parasına çevrilmesi esaslarını belirleyen aynı maddenin ikinci bendinde ayrı düşünülmesi halinde, hükmolunacak tazminata yıllık %5 oranında faiz uygulanması gerektiği izleniminin doğduğu söylenebilirdi.

Ancak, CMR'nin 27/2. maddesinde yer alan "Tazminatın hesaplanmasında asıl olan unsurlar ödemenin istendiği ülke parası ile ifade edilmediği zaman, söz konusu tazminatın o ülke parasına çevrilmesi, ödemenin yapılacağı gün ve yerde uygulanan kura göre saptanır "hükmü, ödenecek tazminatın hesaplandığı para ile ülke parası ayrımını açıkça belirlediğine, ödenecek tazminat parasının ülke parasına çevrilmesi tarihini belirleyen hüküm tazminat alacaklısı lehine olduğundan, ödemenin yapılacağı tarihten daha önceki bir tarihte ülke parasına çevrilerek o ülke parası cinsinde tazminat istemeye engel bir düzenlemenin varlığından söz etmeye de imkan bulunmadığına göre, ödenmesi istenen tazminatın ülke parasına çevrildiği tarihten itibaren artık 27. maddenin 1. bendinde sözü edilen faiz oranının değil, tazminat parasının çevrilerek istendiği ülkedeki yasal düzenlemeler uyarınca taşıma ilişkilerinde yürütülmesi mümkün faiz oranları bu orandan yüksek ve alacaklı tarafından talep edilmiş ise bu faiz oranlarının uygulanacağının kabulü, anılan Uluslararası Andlaşma Hükümlerinin yorumuna uygun düşmektedir.

Somut olayda, davacının döviz cinsinden tazminata dövize uygulanan en yüksek oranda faiz isteğinin, lira cinsinden tazminata dönüşüm mahkemece re'sen yapıldığından Türk Lirasına en yüksek faiz oranı isteği olarak yorumlanması gerektiğinden, bu istek reeskont oranında faiz istemini kapsadığına, taşıma işleri T. Ticaret Kanununda düzenlendiğinden TTK'nın 3. maddesi uyarınca ticari işlerden sayıldığına ve 3095 sayılı

Yasanın 2/3 madde ve fıkrası uyarınca ticari işlerde reeskont oranında gecikme faizi istenebileceğine göre, davacı alacağına reeskont oranında gecikme faizi yürütülmesi gerekirken yazılı şekilde %5 oranında temerrüt faizine hükmolunması yerinde görülmediğinden kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle kararın davacı yararına bozulmasına, oybirliğiyle karar verildi.” denilmiştir⁷⁵.

Yargıtay 11 HD, 12435/8724, 23.09.2004 sayılı kararında ise hata-dan dönülerek Sözleşmeye uygun karar verilmiştir. Buna göre:

“Hükmün yabancı para üzerinden hüküm kurulmuş olması karşısında CMR Konvansiyonu'nun 27. maddesi uyarınca temerrüt faiz oranının yıllık % 5' ten fazla olamayacağı gözetilmeden, BK'nın 83/son maddesi hükmü doğrultusunda devlet bankalarınca DM cinsinden mevduata uygulanan en yüksek bir yıl vadeli faiz oranı işletilmesi doğru değil ise de, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı zorunlu kılmadığından, HUMK'nın 438/7. maddesine göre, "devlet bankalarınca mark bazında açılmış bir yıllık vadeli mevduat hesaplarına uygulanan faiz uygulanmak suretiyle fiili ödeme günündeki TL karşılığının" ibareleri kaldırılarak yerlerine, "itibaren yıllık % 5 faizi ile" ibarelerinin konulmasına ve hükmün düzeltilerek onanması gerekmektedir.”⁷⁶

IX. SONUÇ

Milli taşımalarda TTK ve ilgili mevzuat hükümleri uygulanırken uluslararası taşımalarda Türkiye'nin de tarafı bulunduğu CMR Sözleşmesi uygulanır. CMR Sözleşmesinin uygulanabilmesi için, taraflar arasında yük (eşya) taşıma sözleşmesinin bulunması ve ücret karşılığında olması, taşımanın, bir kara taşıtı aracılığıyla ve karayolunda gerçekleşmesi, eşyanın teslim edildiği yer ile bunların gönderildiği yerin iki ayrı devlet sınırı-

⁷⁵ <www.legalbank.net> Erişim tarihi 02 Mart 2021.

⁷⁶ Aynı yöndeki Yargıtay 11 HD, 10668/10717, 30.10.2006 sayılı kararında: “Taraflar arasındaki anlaşma uyarınca yapılan taşımaya CMR Sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu durumda, mahkemece yabancı para üzerinden hüküm kurulmuş olması karşısında CMR Konvansiyonu'nun 27. maddesi uyarınca temerrüt faiz oranının yıllık %5'ten fazla olamayacağı gözetilmeden kamu bankalarının verdiği en yüksek mevduat faiz oranı işletilmesi de doğru görülmemiştir.” denilerek kararın davacı-karşı davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın bozulmasına oybirliği ile karar verilmiştir. İstanbul 12 BAM, 865/298, 22.03.2018 <www.legalbank.net> Erişim tarihi 03 Mart 2021.

ları içinde olması, bu devletlerden en az birinin CMR'ye taraf olması gerekir. Cenaze, ev eşyası ve posta taşımalarına ise CMR Sözleşmesi uygulanmaz.

Taşıyıcı yükü teslim aldığı sırada, yükün parça sayısı ve bunların üzerindeki marka işaret ve numaralar bakımından sevk mektubundaki beyanların doğruluğunu, yükün ve bunların ambalajının görünürdeki durumunu kontrol edecektir

CMR sözleşmesi kusursuz sorumluluk öngörür. Sevk mektubu genellikle düzenlense de, düzenlenip düzenlenmemesi taşıma sözleşmesinin ispatı bakımından önemli değildir. Kayıp, hasar veya gecikme talep sahibinin hatası veya ihmalden; taşıyıcının hatasından değil de istek sahibinin verdiği talimattan; yüke özgü bir kusurdan veya taşıyıcının önlemesine imkân bulunmayan bir halden ileri gelmişse, taşıyıcı sorumlu tutulamaz.

Taşıyıcının sorumlu tutabilmesi için gönderilenin, CMR Sözleşmesine tabi taşıma sözleşmesinin varlığını, tazminat talebinin, Sözleşme gereğince veya kanunen kendisine tazminat talep hakkı bahşedilen gönderici, alıcı veya diğer bir kişi tarafından taşıyıcıya yöneltilmesi, eşyanın, taşıyıcının fiili hâkimiyetinde iken zıyaa, hasara veya tesliminde gecikmeye maruz kalması, tazminat talep eden kişinin zararı ve zıya, hasar veya teslimdeki gecikme ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğunu kanıtlaması gerekir.

KAYNAKÇA

Adıgüzel B, Taşıma Hukuku (3rd edn, Seçkin Yayınevi 2020).

Akburak S, Taşıyıcının Sorumluluğu Alanında CMR'nin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na İktibas (Yayınlanmamış YL Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2011), <<https://core.ac.uk/download/pdf/51099921.pdf>> Erişim tarihi 05 Mart 2021.

Akıncı Z, Karayolu ve Milletlerarası Eşya Taşıyıcılığı ve CMR (1st edn, Seçkin Yayıncılık 1999).

Aydın A, CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu (1st edn, Arıkan Yayıncılık 2005).

Can M, '4925 Sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'na Göre Karayoluyla Yapılan Taşımaların Tabi Olduğu Hukukî Esaslar' (2005) 9(1-2) Gazi

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11-63 <http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/9_2.pdf> Erişim tarihi 18 Mart 2021.

Clarke M A, International Carriage of Goods by Road: CMR, (3rd edn, Sweet&Maxwell, 1997).

Çiftçi T, CMR Sigortasında Himaye (Yayımlanmamış YL Tezi, Ankara Üniversitesi 2009).

Cömert V G, Kara Yolunda Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve CMR Konvansiyonu Kapsamında Kayıp veya Hasardan Kaynaklanan Sorumluluğu (1st edn, Oniki Levha Yayıncılık 2020).

Erdil E, İhtihatlı CMR Konvansiyonu Şerhi (1st edn, Vedat Kitapçılık 2007).

Kahya M, ‘Taşıyıcının Malî Sorumluluğu ve C.M.R. Sigortaları’ 39, Reasürör 21-24, <http://www.millire.com/dergi/SAYI_39.pdf> Erişim tarihi 03 Mart 2021.

Karan H, ‘Taşıyıcının Sorumluluğunun Hukukî Mahiyeti’ (2014) Yıldırım Uluer’e Armağan, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi 349-365 <<https://neu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/11/yildirim-ulere-armagan.pdf>> Erişim tarihi 03 Mart 2021.

Keskin F T, Uygulamada Sigorta Hukuku C. I (1st edn, Adalet Yayınları 2017).

Kıran S, Karayoluyla Eşya Taşımada Taşıma Ücreti (1st edn, Adalet Yayınevi 2018).

Kıran S, ‘Karayoluyla Gerçekleştirilen Taşımalarda TTK’nın Taşıma İşleri Kitabı’nda İhdas Edilen Hükümlerin Uygulanması Açısından Taşıt Kavramının Etkisi’ 2016 (1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 299-318 <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/145043>> Erişim tarihi 15 Nisan 2021.

Koban E and Yıldırım K H, Dış Ticarete Lojistik (5th edn, Ekin yayınevi 2013)

Kula Değirmenci N, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 5. Kitap Hükümleri Uyarınca Taşıyanın Sorumluluğu ve Akdedeceği Sorumsuzluk Anlaşmaları (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2021).

Misili S, ‘Karayoluyla Yapılan Eşya Taşımalarında Taşımanın Üstlenilmesi ve Eşya Kavramı’ (2019) 5(1) TFM 81-82 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/748723>> Erişim tarihi 06 Mart 2021.

Gençtürk M, ‘Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıyıcının Sınırsız Sorumluluğunu Gerektiren Ağır Kusurları Ve Türk Mahkemelerinin CMR’yi Uygulaması Bakımından Muhtemel Etkisi’, (2012) XVI(4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117-147 <<https://dergipark.org.tr/en/pub/ahbvuhfd/issue/48111/608435>> Erişim tarihi 17 Mart 2021.

Poliak M, Tomicova J, Cheu K, Fedorko G and Poliakova A, ‘The Impact of the CMR Protocol on Carrier Competitiveness’, (2019) 11(4) Journal of Competitiveness 132–143. <<https://www.cjournal.cz/files/350.pdf>> Erişim tarihi: 18 Mart 2021.

Seven V, ‘Taşıma Hukuku’ <<https://cmkmudafi.files.wordpress.com/2012/07/tac59fc4b1ma-hukuku-vural-seven.pdf>> Erişim tarihi 03 Mart 2021.

Özdemir T, ‘Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerinde Sorumsuzluk Anlaşması Akdetme İmkânı ve Sorumluluğun Sınırlarında Değişiklik Yapılması’ 2007 4(1) Yeditepe ÜHFD 119-149.

Özel B, Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Karayolu ile Eşya Taşımalarında Gönderenin Sorumluluğu (1st edn, Oniki Levha Yayıncılık 2021).

USLU M, CMR Hükümleri Çerçevesinde Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara 2010.

Yörük Yeniocak D, CMR Hükümleri Uyarınca Taşıyıcının Sorumluluktan Kurtulması (1st Edn, Seçkin Yayıncılık 2019).

‘Avrupa Birliği’nin Taşıyıcılık Politikası’ <https://www.ab.gov.tr/fasil-14-tasimacilik-politikasi_79.html> Erişim tarihi 05 Ocak 2021.

‘Commission of the European Communities, 12.9.2001 COM (2001) 370 final, European transport policy for 2010: time to decide, White Paper’ <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/themes/strategies/doc/2001_white_paper/lb_com_2001_0370_en.pdf> Erişim tarihi 05 Mart 2021.

‘Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR)’ <<https://www.jus.uio.no/lm/un.cmr.road.carriage.contract.convention.1956/doc.html>> Erişim tarihi 01 Mart 2021.

‘European Commission Brussels, 28.3.2011 COM (2011) 144 final, White Paper, Roadmap to a Single European Transport Area – Towards a competitive and resource efficient transport system’ <<https://eur->

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0144:FIN:EN:PDF> Erişim tarihi 05 Mart 2021.

TDK Sözlükleri <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim tarihi 03 Nisan 2020.

‘Status of the Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR)’ <https://web.archive.org/web/20110909061337/http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-B-11&chapter=11&lang=en> Erişim tarihi 01 Mart 2021.

<www.kazanci.com> Erişim tarihi 01 Mart 2021.

<www.legalbank.net> Erişim tarihi 02 Mart 2021.

KAMBIYO SENETLERİNİN TEMİNAT AMACIYLA CİRO EDİLMESİ: GARANTİ VE REHİN CİROSU*

*INDORSEMENT OF NEGOTIABLE INSTRUMENTS WITH THE PURPOSE OF
GUARANTEE AND PLEDGE INDORSEMENT*

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Nuri ERDEM**

ÖZ

Kambiyo senetlerinin devri için yapılan cironun (temlik cirosu) üç temel fonksiyonundan birisi de temlik ve teşhis fonksiyonları yanında senedin ödenmesini temin etmek (teminat) işlevidir. İşte bu sebeple, uygulamada cironun teminat fonksiyonundan yararlanmak üzere, kambiyo senetleri gerçek anlamda temlik amaçlı değil bir borcun ödenmesini teminen ciro edilmektedir. Bu ciro temlik cirosunun teminat (garanti) işlevinden yararlanıldığı için garanti cirosu olarak adlandırılmaktadır. Yapılan işlem senet borcunun ödenmesini temine eden aval işlemi (TTK m. 701) yerine gerçekleştirilmektedir. Rehin cirosunda ise kambiyo senedine mündemiç alacak hakkı yeni hamile rehin tesis etmek üzere ciro edilmektedir. Rehin cirosu senet üzerine “bedeli rehindir” yahut “teminat içindir” vb. rehin amacını ifade eden bir ibare ile kayıt düşülmek suretiyle cironun yapılmasıdır (TTK m. 689/1). Ancak görünüşte temlik cirosu olarak yapılan bir cironun da bu şekil şartlarına uyulmaksızın inançlı bir işlemle örtülü rehin cirosu olarak yapılması uygulamada sıkça karşılaşı-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 02.04.2021 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 18.05.2021 tarihinde birinci hakem; 24.05.2021 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, erdemnuri@gmail.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0001-7468-9291.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

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

Bu makaleye atıf için; ERDEM, Nuri, “Kambiyo Senetlerinin Teminat Amacıyla Ciro Edilmesi: Garanti ve Rehin Cirosu” REGESTA, Cilt: 6, Sayı: 1, 2021, s. 121-152.

lan, ispat ve cironun fonksiyonları açısından problem yaratan bir işlemdir. Yargıtay uygulamasında diğer kambiyo senetlerinden farklı olarak çekin bir ödeme aracı olduğu ve çekte yapılan gerek açık gerekse örtülü rehin cirosunun ise geçersiz olacağı içtihat edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kambiyo Senedi, Ciro, Temlik Ciro, Rehin Ciro, Garanti Ciro

ABSTRACT

The indorsement of the instrument (negotiation) and the transfer of its possession is required for the transfer of negotiable instruments. One of the three basic functions of the indorsement is the function of ensuring the payment of the bill (guarantee function) besides the assignment and identification functions. For this reason, some transactions are made in order to benefit from the guarantee function of the negotiation in practice, and the bills of exchange are actually endorsed not for assignment purposes but for the guarantee of payment of a debt. This indorsement is called guarantee indorsement as it utilizes the function of assurance (guarantee) of the indorsement. In fact, the transfer of a negotiable instrument for guarantee purposes should be made with the pledge indorsement, by making indorsement with a statement expressing the purpose of the pledge as “pledged” or “is for guarantee” etc. on the deed. (TCC Art. 689/1). In the practice of the Supreme Court, it has been stated that the check is as a medium of payment, unlike other negotiable instruments, and pledge indorsement of either open or hidden made on the check will be invalid.

Keywords: Negotiable Instruments, Indorsement, Assignment Indorsement, Pledge Indorsement, Guarantee Indorsement

I. GİRİŞ

Rehin hakkı, ancak devri mümkün olan alacaklar ve haklar üzerinde kurulabilmektedir (MK 954/1). Bu bağlamda, tedavül kabiliyeti oldukça yüksek olan ve ekonomik bir değer taşıyan alacak hakkı içeren kambiyo senetleri alacaklıya teminat (güvence) sağlamak açısından oldukça elverişli olduğundan kambiyo senetlerinin teminat maksadıyla

kullanılmaları oldukça yaygın bir işlemdir. Kambiyo senetlerinin bir borç ilişkisinin teminatını teşkil etmeleri ise çeşitli şekillerde gerçekleşebilmektedir. Kanunen emre yazılı bu senetlerin rehni için ciro edilmiş olarak zilyetliğin nakli gerekmede (TMK 955/1, 956/2, OR¹ art 967) olup, bu maksatla yapılan ciro denildiğinde ilk akla gelen ciro çeşidi ise rehin cirosudur (TTK 689). Bununla birlikte, rehin cirosu haricinde yapılış amacına göre diğer ciro türlerinin de teminat maksadına hizmet edebildiği ve bu amaçla kullanıldığı görülebilmektedir. Kambiyo senedinin içerdiği alacak hakkını devretmek için kullanılan olağan ciro yöntemi olan temlik cirosunun da bünyesinde bir teminat işlevi içermekte olması sebebiyle, bu cironun da teminat maksatlı olarak yaygın şekilde kullanıldığı ve garanti cirosu olarak adlandırıldığı görülmektedir. Bu bakımdan, teminat amacıyla yapılan bir cirodan söz edildiğinde, yalnız rehin cirosundan değil, temlik cirosunun işbu teminat işlevinden de söz etmek isabetli olacaktır. Bu sebeple, çalışmamızda, kambiyo senetlerinin teminat maksatlı olarak ciro edilmesi değerlendirilirken konu iki bölüme ayrılarak, birinci sırada (i) *temlik cirosunun teminat işlevinin kullanılması suretiyle kambiyo senetlerinin teminat amaçlı ciro edilmesi: garanti cirosu*, ikinci sırada ise (ii) *rehin cirosu suretiyle kambiyo senetlerinin teminat amaçlı ciro edilmesinden söz edilmiş ve konu bu şekilde incelenmiştir.*

Öte yandan, yapılış amaçları teminat sağlamak olmakla birlikte her iki ciro türü arasında içerdiği teminatın hukuki niteliği açısından önemli bir farklılık bulunduğu da ifade edilmelidir. Şöyle ki, mahiyeti itibarıyla temlik cirosundaki teminat işlevi dolayısıyla ortaya çıkan teminat, senedi devreden kendi malvarlığı ile sağladığı güvenceye dayalı şahsi bir teminat olup, bu şekilde yapılan bir işlem cirantanın başvuru borçlusu sıfatıyla ödemeyi şahsen temin etmesi anlamına gelirken; rehin cirosunda ise kıymetli evrakın taşınır eşya (Wechsel als Sache) olması sebebiyle bu tip eşyanın hükümleri uygulanacak (teslim şartlı rehin) ve bu eşya ile birlikte (kambiyo senedinin) içerdiği (mündemiç) alacak hakkın teminat vazifesi gördüğü (rehin edildiği) bir teminat işlemi söz konusudur².

¹ İsviçre Borçlar Kanunu, “Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911.”

² Rehin cirosunun niteliği ve şahsi kefalet, alacağın temliki, adi havale gibi işlemlerle karşılaştırması ve detaylı bilgi için bkz. Hayri Domaniç, ‘Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirosu’, in Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan (1st edn, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1964) 520ff. İşleminin konusunu borçlunun malvarlığının belli bir kısmı üzerinde sağlanan bir teminat teşkil ediyor ise aynı teminat,

Teminat amaçlı kullanılabilecek her iki ciro türü incelenmeden önce ciro işlemi ile cironun şekli ve türleri açısından kısa bir hatırlatma yapılması faydalı olacaktır.

II. KAMBIYO SENETLERİNİN CİRO EDİLMESİ

A. Genel Olarak Ciro

Ciro (Indossament, Giro) işlemi uygulamada alacağın temliki işleminin kıymetli evrakın ihtiyaçlarına cevap vermemesinin bir sonucu olarak 16 ve 17. Yüzyıllarda ortaya çıkmış pratik bir devir şeklidir. Kelime anlamı itibariyle ciro kelimesi İtalyanca devretmek anlamına gelen bir kökene (“girare”) ve yine kimi ülkelerde tercih edildiği şekli ile senedin arka yüzüne yapılması hasebiyle sırtlamak, arkalamak anlamı İtalyanca bir kökene (“indossamento” kelimesine) dayanmaktadır³.

Kambiyo senetleri kanunen emre yazılı senetler (TTK 681, 778, 785/1) olması sebebiyle kambiyo senetlerinin devri için kural olarak senedin ciro edilmesi⁴ ve zilyetliğinin devri⁵ gerekir (TTK 681)⁶. Ciro, em-

borçlunun böylece belirlenmiş bir malvarlığı olmaksızın, haczi kabil tüm malvarlığına el atma imkânı ile teminat sağlanıyor ise şahsi teminat söz konusu olduğu kabul edilmektedir. Borçlu tarafından aynı teminat verilmiş olduğu bir durumda, alacaklı alacağını teminat konusu o şey üzerinden öncelikle elde etme imkânına sahip olmaktadır. Geniş bilgi için bkz. Bülent Davran, *Rehin Hukuku Dersleri* (1st edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1972) 3ff.

³ Adolf Baumbach, Wolfgang Hefermehl and Matthias Casper, *Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht des Zahlungsverkehrs: WG, ScheckG, Recht des Zahlungsverkehrs mit AGB Banken/Scheckbedingungen und einer Einführung in das Wertpapierrecht* (24th edn, C.H. Beck 2020) Art. 11 Rn 1; Hayri Domanıç, *TTK Şerhi IV Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, (1st edn, Temel Yayınları 1990), 124; Yaşar Karayalçın *Ticaret Hukuku Dersleri, Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)*, (3rd edn, Ankara Üniversitesi Yayınları 1970) 134; Yaşar Karayalçın, ‘Rehin Cirounda Rehnedin Cirantanın Hukuki Durumu’, in *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu: Bildiriler - Tartışmalar*, (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları 1984), 232 ff. Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2nd edn, Turhan Kitabevi 1997) 553; Murat Alışkan, *Kambiyo Senetlerinde Temlik Ciro*, (1st edn, Yayımlı Yayıncılık, İstanbul 1998), 50.

⁴ Ancak kambiyo senetlerinin yalnız ciro yoluyla devredilebileceği düşünülmemelidir. Kambiyo senetlerinin en yaygın devir yöntemi ciro olmakla birlikte, alacağın temliki, miras, cebri icra, beyaz ciro sayesinde yalnız senet zilyetliğinin devri (TTK 684/2, c), ticari işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devri (TTK 11/3, BK 202) gibi yöntemler söz konusu olabilecektir. Bu yönde, Öztan (n 3) 550; Mehmet Bahtiyar, *Kıymetli Evrak Hukuku* (18th edn, Beta Basım Yayın 2020) 4ff.

re yazılı kıymetli evrakın bir başkasına devrine imkan veren soyut ve yazılı bir işlemdir⁷. Senet ciro ile ilgililerin emrine arz edilmiş olmaktadır⁸. Giro işlemiyle kambyo senedinin mülkiyeti ile birlikte senede mün-demiç hakkın da devralana geçirildiği görülmektedir.

Cironun hukuki niteliğine ilişkin olarak havale, icap ve şart teorileri ileri sürülmekte olup; yaygın kabul gören havale teorisi uyarınca, ciro işlemi poliçeye nazaran ikinci bir havale teşkil eder ve yapılan bu ikinci havale ile keşideci tarafından tayin olunan lehbara değil, onun tarafından (ciro) ile işaret edilen şahsa ödeme yapılması istenmektedir⁹. Bu ikinci havaleda, keşidecinin muhatabın yapılan havale ile ödemede bulunacağı-

⁵ Giro tek başına yeterli olmayıp hakkın devri için senedin devri de şarttır. Bkz. Eugen Ulmer, *Das Recht der Wertpapiere* (1st edn, Kohlhammer 1938) 211 f.; Alfred Hueck and Claus-Wilhelm Canaris, *Recht der Wertpapiere* (12th edn, Franz Vahlen Verlag 1986) 90; Adolf Baumbach, Klaus J. Hopt and Patrick C. Leyens, *Handelsgesetzbuch: HGB mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)*, (40th edn, C.H. Beck 2021) § 364 Rn 1; Baumbach, Hefermehl and Casper (n 3) Art. 11 WG Rn 1; Hermann Staub and Claus-Wilhelm Canaris, *Staub Handelsgesetzbuch: HGB, Band 8: §§ 343-372* (4th edn, De Gruyter 2004) § 364 Rn 1. Devir şekline göre kıymetli evrakın türü ne olursa olsun (nama, emre, hamiline yazılı) her bir senet türü için ortak gereklilik senedin zilyetliğinin devridir. Nitekim TTK 646 uyarınca kıymetli evrakın içerdiği hak senetten ayrı olarak devredilemez ve yine TTK 647 uyarınca kıymetli evrakın devri için senet zilyetliğinin devri temel şarttır. Senet zilyetliğinin en yaygın şekli olan teslim yoluyla devri haricinde aleni zilyetlik durumu, kısa elden teslim, hükmen teslim, zilyetliğin havalesi gibi yöntemlerle senet zilyetliğinin teslimsiz devri yöntemleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Öztan (n 3) 151ff.

⁶ Bununla birlikte, ciro etmek kavramının öğretide senet üzerindeki devir beyanı ile birlikte senedin teslimini de kapsayacak şekilde anlaşıldığı da görülmektedir. Bkz. Halil Arslanlı, *Ticari Senetler Dersleri* (3rd edn, Üniversite Kitabevi 1954) 104; Öztan (n 3) 553.

⁷ Ulmer (n 5) 211 ff; Hueck and Canaris (n 5) 90; Harmut Oetker and Felix Maultzsch, *Oetker Handelsgesetzbuch: HGB Kommentar* (7th edn, C.H.Beck 2021) HGB § 364 Rn 1; Karayalçın, *Ticari Senetler* (n 3) 133; Öztan (n 3) 552; Reha Poroy and Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (23rd edn, Vedat Kitapçılık 2019) N 253; Bahtiyar (n 4) 74.

⁸ Öztan (n 3) 550.

⁹ Naci Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku* (3rd edn, Nobel Yayın Dağıtım 1999) 161; Öztan (n 3) 554; Poroy and Tekinalp (n 7) N 254; Alışkan (n 3) 81; Ersin Çamoğlu, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri* (1st edn, Vedat Kitapçılık 2020) N 136ff.

nı garanti etmesi gibi, lehdar da yapmış olduğu havaleden dolayı hamile karşı garanti yükümlülüğü altına girmektedir¹⁰.

B. Cironun Şekli

Ciro senet üzerine, senedin arka yüzüne yahut alonj olarak adlandırılan ek kısma yapılan bir devir beyanı olup yazılı şekilde yapılmaktadır (TTK 681,OR Art. 1003) ve sözlü şekilde yapılan bir devir beyanı ciro sayılmayacaktır¹¹. Yazılı beyanın devretmek iradesini gösteren ödeyiniz, emrine ödeyiniz gibi bir ifadeyi içermesi yahut bu niyeti göstermesi gerekir¹². Esasen açık olarak belirtilmek kaydıyla ciro işlemi senedin ön yüzüne de yazılabileceği kabul edilir¹³ ancak böyle bir durumda yalnız imza ile gerçekleştirilen beyaz ciro ile aval işlemlerinin birbirine karıştırılma olasılığı ortaya çıkacaktır; zira herhangi bir açıklama olmaksızın senedin ön yüzün atılan imza aval hükmündedir (TTK 701)¹⁴. Nitekim bu

¹⁰ Teoriler hakkında detaylı bilgi için bkz. Kınacıoğlu (n 9) 161; Öztan (n 3) 554ff; Poroy and Tekinalp (n 7) N 254; Aışkan (n 3) 81; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya and N. Füsün Nomer Ertan, Kıymetli Evrak Hukuku (13th edn, Vedat Kitapçılık 2021) 172.

¹¹ Peter Jäggi, in: Zürcher Kommentar, V. Band: Das Obligationenrecht, 7. Teil: Die Wertpapiere, (Art. 965 - 989 und 1145 - 1155), (1st edn Schultess 1959) Art. 968/969 OR N 21; Dieter Zobl, in Berner Kommentar, Das Fahrnispfand, Art. 888-906 ZGB, mit kurzem Überblick über das Versatzpfand (Art. 907-915 ZGB), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, (2nd edn, Stämpfli Verlag 1996), Art. 901 N 61; Karayalçın, Ticari Senetler (n 3) 134; Aışkan (n 3)160; Öztan (n 3) 567; Poroy and Tekinalp (n 7) N 256; Bahtiyar (n 4) 76.

¹² Baumbach, Hopt and Leyens (n 5) § 365 Rn 1; Hueck and Canaris (n 5) 91

¹³ Bahtiyar (n 4) 76.

¹⁴ Benzer şekilde senedin arka yüzüne atılan bir imzanın da beyaz ciro hükmünde olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Öztan (n 3), 567; Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları (8th edn, Adalet 2020) 143; Ertan Demirkapı, Kambiyo Senetlerinin Avâl Yoluyla Temini (1st edn, Güncel Yayınevi 2005) 129. Bu konuda Yargıtay'ın farklı kararları bulunmaktadır. Yargıtay'ın bu yönde kararları bulunduğu gibi; bkz: "Senedin ön yüzüne atılan her imza "aval", arkasına atılan her imza da "ciro" hükmündedir" Yargıtay 12 HD, 3673/3590, 15.03.1995. Yargıtay'ın bu şekilde atılan imzanın beyaz ciro sayılması için ciro silsilesi içinde bulunması gerektiği yönünde kararları da mevcuttur: "Ciro zinciri olmadan senet arkasına atılan imza aval sayılamayacağı gibi, geçerli bir ciro da sayılamaz. Bu nedenle imza sahibini senet bedelin-den sorumlu tutmak mümkün olamaz." Yargıtay 11 HD, 2173/ 3224, 07.05.1986.

endişeyle, beyaz cironun poliçenin arkasına veya alonj üzerine yazılması gerektiği hususu haklı olarak kanunda da ifade edilmiştir (TTK 683/2). Bununla birlikte, işlemin ciro olduğu yönünde bir açıklık söz konusu olması, ödemeye ilişkin havalenin belirtilmesi kaydıyla beyaz cironun da senedin ön yüzüne yazılabileceği kanaatindeyiz¹⁵. Uygulamada ise neredeyse her zaman senedin arka yüzüne ciro yapılmakta, senede daha fazla ciro sığdırabilmek için dikey olarak tutulan kambiyo senedinde, senet metninin yer almadığı (boş) arka yüze cirolar sıralanmaktadır. Aşağı doğru birbirini izler şekilde yapılan cirolar, ciroların sıralamasını belirlemek açısından da faydalıdır; zira ciro zincirinin düzgün ve müteselsil olup olmadığı ve yine cirantanın kendisinden önce gelen başvuru borçlularının hangi cirantalar olduğu hususlarında ciroların sıralaması önemlidir. Bu sebeplerle genellikle senedin arka yüzüne ciro işlemi yapılırken; uygulamada senedin arka yüzünde yer kalmamış ise alonja yapılan cirolara da az da olsa rastlanmaktadır.

Yapılış şekli açısından ciro işlemi tam ciro (Vollindossament) - beyaz ciro (Blankoindossament, Blanco Giro) olarak ikiye ayrılmaktadır. Ciro şerhinde kambiyo senedinin kime ciro edildiği (Indossatar) gösterilmiş ise tam ciro söz konusudur. Beyaz ciroda ise ciro edilen yani senedin devredildiği kişinin belirtilmediği bir ciro işlemi mevcuttur¹⁶. TTK 683/2’de, lehine ciro yapılan kişinin ciroda gösterilmesine gerek olmadığı gibi, cironun, cirantanın (Indossant) sadece imzasından ibaret olabileceği, bu şekilde yapılan cirolara beyaz ciro denileceği düzenlenmiştir. Tarihsel süreçte önceleri beyaz ciroya müsaade edilmemişken, daha sonrasında ise beyaz ciro ile birbirini izleyen ciro zincirindeki kopuklukların giderilmesi sağlanmıştır¹⁷.

Kararlar için bkz. D. İrem Toros, Teori ve Uygulamada Aval (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019) 75 ve orada anılan yazarlar.

¹⁵ Bu yönde, Öztan (n 3) 570; Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku (5th edn, Oniki Levha 2019) 222; yalnız imzadan oluşan beyaz cironun ön yüze yapılamayacağı ancak ödeme emrini ihtiva eden beyaz cironun ön yüze yazılabileceği görüşünde, Çamoğlu (n 9) N 145.

¹⁶ Baumbach, Hefermehl and Casper (n 3) WG Art 14 Rn 7; Peter Jäggi, Jean Nicolas Druey and Christoph von Greyerz, Wertpapierrecht unter besonderer Berücksichtigung von Wechsel und Check (1st edn, Helbing und Lichtenhahn Verlag 1985) 176.

¹⁷ Bu konuda detaylı izahat için bkz. W. Gelpcke, Beiträge zur Kenntniss des Handels- und Wechsel-Rechts, (1st edn, Verlag der Nicolai chen Buchhandlung 1848) 53ff.

Uygulamada yapılması daha kolay olduğu için genellikle beyaz ciro tercih edilirken, ileride senedi devralan şahsın değişiklik göstermesi yahut alacaklının istemi gibi sebeplerle de beyaz ciro bilinçli olarak tercih edilebilmektedir. Senet kendisine beyaz ciro ile devredilen kimsenin ismini yahut ticaret unvanını senet üzerinde gözükmezsizin ve herhangi işlem yapmaksızın, senede imza dahi koymaksızın senedi yeniden devredebilmesine imkan tanıyan beyaz ciro, bu yönüyle senedi devralan alacaklı yönünden oldukça avantajlıdır. Böylelikle senet vadesinde ödenmediği (veya kabul edilmediği) takdirde senedi beyaz ciro ile devralan ve devamında bir başka kişiye devreden kimse başvuru borçluları arasında yer almaktan kurtulmuş olmaktadır. Bu tür bir devrin devredene sağladığı en önemli fayda, ciro zincirinde görünmeyerek cironun teminat işlevinin ve sorumluluk zincirinin dışına çıkılmasıdır¹⁸.

Nitekim kanun da devralana bu imkanı vermiş olup, senedi beyaz ciro ile devralan hamilin devamında kambiyo senedini hiçbir işlem yapmaksızın, herhangi bir devir beyanında bulunmaksızın dahi yalnız senedin zilyetliğini devrederek senedi devredebileceği öngörülmüş olduğundan, senet hamiline yazılı hale gelmese dahi hamiline yazılı imiş gibi işlem görmesi imkanı sağlanmıştır (TTK 684). TTK 682/3’de de bu yakınlığa işaret edecek şekilde “*hamiline ciro*”nun beyaz ciro sayılacağına hükmedilmiştir¹⁹. Senedin hamiline hükmünde beyaz ciro ile devredilmesi ve devamında senedin yalnız zilyetliğin devri ile el değiştirmesi neticesinde, senedi beyaz ciro eden (devreden) hiç tanımadığı, ticari ilişkisi bulunmayan bir kimseye bizzat kendisi senedi devretmiş gibi olmaktadır. İlaveten 684. maddede, bu konuda senedi beyaz ciro ile devralan kişinin beyaz ciroyu devredeceği kişinin adına dahi doldurabileceği (TTK 684/2) düzenlenmiş olduğundan, böyle bir doldurma işleminin tahrifat (TTK 748) olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir²⁰. Diğer bir ifade ile senedi beyaz ciro ile devreden bir kimse esasen bu işlemlerin tamamına da onay vermiş olmaktadır.

¹⁸ Çamoğlu (n 9) N 146.

¹⁹ Tarihsel süreçte isim belirtilmek yerine “hamiline yazılı” şerhiyle yapılan ciro uzun süre boyunca batıl sayılmış iken Cenevre Konferansı ile bu yasak kalkarak hamiline ciro beyaz ciroya eşit sayılmıştır. Bkz. Karayalçın, Ticari Senetler (n 3) 140; Öztan (n 3) 575 dnp 125 ve orada anılan yazarlar.

²⁰ Senet metninde değişiklikler (tahrifat) hakkında geniş bilgi ve değerlendirme için bkz. Nuri Erdem, Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler (Tahrifat), (1st edn, Vedat Kitapçılık 2008) 20ff.

III. TEMLİK CİROSUNUN TEMİNAT İŞLEVİNİN KULLANILMASI SURETİYLE KAMBİYO SENETLERİNİN TEMİNAT AMAÇLI CİRO EDİLMESİ: GARANTİ CİROSU

A. Genel Olarak Cironun İşlevleri

Ciro işlemi yalnız senedin devrine hizmet etmemektedir. Senedin devri için yapılan cironun (temlik cirosu) işlevlerinden birisi de temlik ve teşhis yanında konumuz özelinde senedin ödenmesini temin etmek (teminat) işlevidir. Kısaca izah edilecek olur ise, temlik cirosu esasen üç temel işlevi icra etmekte olup bunlardan ilki cironun temlik fonksiyonudur (Übertragungsfunktion, Transportfunktion)²¹. Senette temlik cirosu yapılır ve senet zilyetliği de devredilirse, senetteki hak (alacak hakkı) devredilmiş (temlik edilmiş) olacaktır (TTK 684/1). Cironun temel yapılaş amacına hizmet eden de budur. Cironun işlevlerinden ikincisi ise teşhis (tanıtma) işlevidir (Legitimationsfunktion). Ciro işlemi borçlunun ödeme yapmak suretiyle borcundan kurtulabilmesi için senedi elinde bulunduran ve ödeme yapacağı kimsenin yetkili hamil olup olmadığını teşhis etmesine yarayacaktır²². Bu noktada, birbirine bağlı cirolardan oluşan düzgün ciro zinciri, hamilin şeklen hak sahipliğine karine teşkil etmekte (TTK 686/1) ve böylece hamilin hak sahibi olarak teşhis edilmesini sağlamaktadır²³. Üçüncü sırada ise inceleme konumuz ile de alakalı olan cironun teminat işlevi (Garantiefunktion) mevcuttur. Bu fonksiyon daha detaylı bir şekilde hemen aşağıda izah edilecektir.

²¹ Jäggi, (n 11) N 35ff; Arthur Meier-Hayoz and Hans Caspar von der Crone, Wertpapierrecht (2nd edn, Stämpfli Verlag 2018) 158; Zobl (n 11) N 63; Arslanlı (n 6) 105 vd; Karayalçın, Ticari Senetler (n 3) 145ff; Kınacıoğlu (n 9) 168ff; Öztan (n 3) 579ff; Poroy and Tekinalp (n 7) N 266; Pulaşlı (n 14) 143ff; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 10) 177.

²² Arslanlı (n 6) 108 vd; Karayalçın, Ticari Senetler (n 3) 141ff; Kınacıoğlu (n 9) 16ff; Öztan (n 3) 58ff; Poroy and Tekinalp (n 7) N 270; Pulaşlı (n 14) 144ff; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 10) 178.

²³ Baumbach, Hefermehl and Casper (n 3) WG Art. 16 Rn 2ff; Hueck and Canaris (n 5) 91; Baumbach, Hefermehl and Casper (n 3) WG Art 11 Rn 1; Herbert Schimansky, Hermann-Josef Bunte and Hans-Jürgen Lwowski, Bankechts-Handbuch (4th edn, C.H Beck 2011) § 64 Rn 25; Zobl (n 11) N 65; Meier-Hayoz and von der Crone (n 21) 158ff.

B. Özel Olarak Cironun Teminat İşlevi (Garantiefunktion)

Cironun önemli işlevlerinden birisi de senedin ödenmesini temin etmesidir (teminat işlevi). Bir kambiyo senedini temlik ciro su ile devreden ciranta, kendisinden sonra gelen kişilere karşı senedin ödeneceği hususunu temin etmiş durumdadır²⁴. Ciranta kural olarak poliçenin kabul edilmemesi ve ödenmemesinden sorumludur (TTK 685/1, WG²⁵ Art. 15/1), meğer ki sorumsuzluk kaydı koymuş veya senedin tekrar ciro edilmesini yasaklamış olsun. Senet vadesinde borçluya ibraz edilmiş ve fakat ödenmemiş ise maddi şart gerçekleşmiş; ve yine ödememe protestosu da süresinde gönderilmiş olmak suretiyle şekli şart da gerçekleşmiş ise hamil başvuru hakkını elde etmiş olacaktır. Böyle bir durumda ise, müteselsilen borçlu olan başvuru borçluları arasında senedi ciro eden ciranta da yer almaktadır. Diğer bir ifade ile kambiyo senedini temlik ciro su ile devreden kişi, bu senet vadesinde asıl borçlu tarafından ödenmediği (yahut kabule arzda kabul edilmediği) zaman hamilin kendisine başvurması halinde senet bedelini ödeyeceği hususunu da şahsen temin etmektedir. Hamil gibi bu şekilde ödeme yapan ciranta da düzenleyen ile birlikte kendisinden önce gelen cirantalara karşı da herhangi bir sıra gözetmeksizin başvurabilmektedir (TTK 726) ve bu kimseler de borcun tamamından müteselsilen sorumludur (TTK 679, 685, 713). Şu halde yapılan her bir temlik ciro su işleminin de esasen içerisinde bir teminat maksadı barındırdığı söylenebilecektir.

C. Temlik Ciro sunun Teminat Amaçlı Yapılması: Garanti Ciro su (Garantieindossament)

Belirttiğimiz üzere teminat işlevi temlik ciro sunun doğal bir işlevi iken, uygulamada temlik ve teşhis fonksiyonlarından ziyade teminat işlevinin ön plana çıktığı, gerçekte temlik ve dolayısıyla yeni alacaklıyı teşhis maksadından ziyade yalnız şahsi teminat sağlamak gayesiyle kambi-

²⁴ Arslanlı (n 6) 110; Karayalçın, Ticari Senetler (n 3) 145; Poroy and Tekinalp (n 7) N 170; Domaniç, TTK Şerhi (n 3) 132; Öztan (n 3) 599; Edip Şimşek, Hukukta ve Ceza da Ticari Senetler (1st edn, Yonca Matbaası 1982) 88; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 10) 180.

²⁵ Alman Kambiyo Senetleri Yasası "Wechselgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4133-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 201 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist".

yo senedinin ciro edildiği de görülebilmektedir. Bu yapılırken temlik cirosunun özellikle teminat fonksiyonu kullanılmak istenmekte, cironun teminat fonksiyonundan yararlanmak üzere işlem yapılmakta; kambiyo senetleri gerçek anlamda temlik amaçlı değil yalnız bir borcun ödenmesini teminen ciro edilebilmektedir²⁶.

Uygulamada özellikle düzenleyenin bir tüzel kişi olması durumunda, kambiyo senedinin ciro edilmesi suretiyle gerçek kişi cirantanın şahsi teminat vermesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu çerçevede, geçerli bir borç ilişkisi doğrultusunda tüzel kişinin borcunu ifa uğruna kambiyo senedi düzenlenmekte, senet tüzel kişinin yetkili temsilcisi tarafından düzenleyen sıfatıyla imza edilmekte, bununla birlikte senedin ödenmesini şahsen temin etmek üzere tüzel kişinin yetkilisi şirket ortağı senette lehdar olarak belirtilmekte, diğer bir ifadeyle şirketle ilgili bir gerçek kişi lehine senet düzenlenmekte, sonrasında ise bu kimsenin lehdar ciranta olarak senedi ciro yoluyla gerçek alacaklıya devretmesi sağlanmaktadır. Burada inançlı işlemler söz konusu olup senet borçlusu tüzel kişinin aslen borçlu olmamasına rağmen ilişkili bulunduğu gerçek kişi, örneğimizde şirket ortağı veya temsilcisi lehine senet düzenlenmekte ve bu kimse- nin aslen devir maksadı bulunmamakla, yalnız cironun teminat fonksiyonundan yararlanmak istenilmekle birlikte ikinci bir işlemle senedi ciro yoluyla gerçek alacaklıya devretmesi beklenmektedir. Yapılmak istenen cironun teminat fonksiyonundan faydalanmak suretiyle şirket ortağı (yahut temsilcisi) gerçek kişiyi de ciranta sıfatıyla müteselsil başvuru borçluları arasına dahil etmektir. Bu gibi örneklerde genel olarak senet alacaklısı hamil şirket tüzel kişiliğinden ve şirket malvarlığından alacağını tahsil edememesi ihtimalinde cirantadan alacağını tahsil etmek ve bu suretle sermaye şirketlerinde şirket ortağının sınırlı sorumluluğu ilkesini almış olduğu şahsi teminat ile bertaraf etmek istemektedir.

Alman Hukuku'nda bu ciro çeşidi, garanti cirosu (Garantieindossament) olarak adlandırılmıştır. Alman öğretisi ve Federal Mahkeme içtihatlarında da senedin devredilmesinden ziyade ödenmesinin garanti edilmesine yönelik bu ciro çeşidine cevaz verilmiş ve cironun kambiyo senetlerini devretmeden yalnız ciro edenin garanti yükümlülüğünü sağ-

²⁶ Öğretide de bu duruma işaret eden Öztan, böyle bir cironun sadece cirantanın sorumluluğunu tesis niyetiyle yapıp devrin hiç mi hiç amaçlanmadığına git gide daha sık rastlanır olduğu, bu ciroyla bununla ne senedin kendisinin ne de bu senette mündemiç hakkın devrinin hedeflenmediğini, arzu edilenin yalnız cirantanın sorumluluğunu sağlamak olduğunu dile getirmiştir. Bkz. Öztan (n 3) 602.

lamak için de kullanılabileceğinin kabul edilmiş olduğu görülmektedir²⁷. Öte yandan, bu çeşit bir ciro Alman uygulamasında yukarıda vermiş olduğumuz tüzel kişi düzenleyen-gerçek kişi lehdar ciranta örneğinden farklı olarak genellikle senedin arka yüzüne lehdarın ilk ciranta olması gerektiği kuralından bağımsız olarak ve ilk ciro garanti veren tarafından imza edilmek üzere yapılagelmiş olup; ciro zincirinin dışında kabul edilen bu garanti cirosunun ciro zincirinde kopukluğa da yol açmadığı kabul edilmiştir. Alman Federal Mahkeme içtihatlarında uzun süredir tanınmakta olan bu ciro çeşidi ile, senedin teminat fonksiyonundan istifade edilmek suretiyle ciranta sorumluluğa tabi kılınmakta ve senedin itibarının artması sağlanmaktadır²⁸. Federal Mahkemeye göre, bu şekilde atılan bir imzanın amacı, kambiyo senedini daha değerli, daha tedavül edebilir kılmak olup, bu şekildeki bir cironun yalnız garanti işlevi vardır, ancak temlik işlevi yoktur; zira böyle bir durumda esasen ciro eden de hak sahibi değildir ve kambiyo senedinden doğan bir hakka sahip olmadığı bir durumda bunu devretmesi de kural olarak mümkün değildir²⁹.

Esasen yapılan bu işlemlerin tamamı, yukarıda ifade ettiğimiz üzere senet borcunun ödenmesini temin eden aval işlemi (TTK m. 701) yerine gerçekleştirilmektedir³⁰. Ancak tercih edilen bu yöntem sebebiyle ci-

²⁷ Jürgen Rödig, *Das Recht aus dem Papier*, (1st edn, Giesecking 1973) 39ff; Reinhard Richardi, *Wertpapierrecht*, (1st edn, C.F. Müller, 1987) 188; Matthias Mörtzsch, *Die Garantiezeichnung des Wechsels*, (1st edn, Peter Lang Verlag 1995) 287ff; Lutz Sedatits, *Einführung in das Wertpapierrecht* (1st edn, De Gruyter 1988) Rn 206; Peter Bülow, *Heidelberger Kommentar zum WechselG/ScheckG/AGB* (4th edn, C.F. Müller 2004) Art. 15 WG Rn 13; Wolfgang Zöllner, *Wertpapierrecht* (15th edn, C.H. Beck 2006) 117; Baumbach, *Hefermehl and Casper* (n 3) WG Art. 15 Rn 6; Hueck and Canaris (n 5) 93.

²⁸ Bkz. BGH, II ZR 314/53, 10.04.1954, NJW 1954, 1196; BGH, II ZR 91/64, 04.04.1966, NJW 1966, 1557; BGH, XI ZR 273-97, 21.04.1998, NJW 1998, 2528. Kararların tam metni için bkz. <https://beck-online-beck-de>.

²⁹ Ernst E. Hirsch, 'Zur Garantie- und Transportfunktion des Wechselindossaments, BGH Urt. v. 10.4.1954 – II ZR 314/53 (LG Ravensburg)', (1954) NJW 1196, 1197. Ancak Hirsch, kararı ve bu yaklaşımı eleştirmiş, atılan bu imzanın niteliğinin aval hükmünde olması gerektiğini ifade etmiştir.

³⁰ Bu durumun sebebi olarak Öztan, aynı amaca aval yolu ile de ulaşılabilecekken, uygulamada aval yoluna genellikle gidilmediği, zira avalın poliçede imzası bulunanların ödeme güçlerindeki zafiyetin ifadesi olarak değerlendirildiğini dile getirmiştir. Bkz. Öztan (n 3) 602. Benzer şekilde Ülgen de, avalın lehine aval verilen borçlunun ödeme durumu hakkında şüphe doğurduğunu ifade etmektedir. Bkz. Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 10) 189.

rantanın sorumluluğu ile avalistin sorumluluğu arasındaki bir takım farklılıklar burada alacaklı açısından dezavantaj yarabilecek mahiyettedir. Bu dezavantajlardan ilki, yapılan işlemlerin inançlı işlemler olması, gerçekte temlik amacı gütmeyen bir devir işlemi yapılmasıdır. Açılabilir bir alacak yahut menfi tespit davasında borçlu (düzenleyen) tüzel kişi, alacaklı gözüken ve şirketle alakalı bulunan gerçek kişiye (lehdar) borcu bulunmadığı, lehdar da şirket alacaklısı hamile borçlu bulunmadığı yönünde itirazlar ileri sürebilmekte, kambiyo senetleri soyut borç ikrarı içermekle birlikte ticari defterlerin incelenmesi suretiyle bu gibi iddia ve itirazlar zaman zaman uygulamamızda karşılık bulabilmektedir³¹. Öte yandan, bu amaca hizmet eden gerçek düzenlemeyi içeren aval kurumu esasen cironun teminat vazifesine göre avantajlıdır; zira kefaletten farklı olarak şekil noksanı dışında lehine aval verilenin sorumluluğu ortadan kalksa bile aval verenin sorumluluğu baki kalmakta ve aval, asıl borçtan bağımsız bir kambiyo alacağı yaratmaktadır(TTK 702/2). Garanti cirosunun avalden önemli bir farkı da bu çeşit ciroda ciranta ciro zincirinde sadece kendisinden sonra gelenlere teminat vermiş iken, avalde avalist

³¹ Öte yandan, kambiyo senetlerinde geçerli soyutluk ilkesi çerçevesinde bu senetlerdeki borç ikrarı TBK 18 anlamında geçerli ve alacağı kanıtlamaya tek başına yeterli olduğundan, kural olarak senedin geçerli bir alacak hakkı içerdiğinin ticari defter yahut sair diğer kayıtlarla ayrıca ispatı zorunlu değildir. Böyle bir durumda olası bir uyuşmazlık halinde aksini ispat yükü, kambiyo senedi ile borç altına giren borçlu üzerinde olup, iddiasını kesin deliller ile ispat etmelidir. Bu sebeple, kambiyo senedi düzenleyen tacirin karşı tarafa bu miktarda borcunun bulunduğu yahut kambiyo senetlerinin düzenlendiğine ilişkin bir kayda ticari defterlerde yer verilmemiş olması, kambiyo senedini güçten düşürmeye yeterli değildir. Yargıtay bu konuda; “12.04.1933 tarih ve 30/6 sayılı Yargıtay İBK’sında vurgulandığı üzere sebebi gösterilmeyen bir borç ikrarı senedinin bedelsizliğini ileri süren borçlu önce borcun sebebini, daha sonra bu sebebin gerçekleşmediğini ve ortadan kalktığını yazılı delille ispat etmelidir. MK.’nın 6. Maddesi hükmüne göre herkes iddiasını ispatla mükelleftir. Davacılar genel kurallar içinde davada söz konusu olan bonoyu teminat için davalıya verdiğini kanıtlaması gerekir. Mahkemece davalı taraf karşı çıktığı halde ve HUMK.nun 290. Maddesine göre davacının iddiasını yazılı delille ispat gerektiği halde davacı tanıklarının beyanlarına dayanılarak davanın kabul edilmiş olması doğru bulunmamıştır” ifadelerini kullanmıştır. Bkz. Yargıtay 11 HD, 7972/5770, 30.04.1992, Erol Ertekin and İzzet Karataş, Uygulamada Ticari Senetler (3rd edn Turhan Kitabevi 1998) 653. Kambiyo senetlerinde olduğu gibi, bir uyuşmazlıkta ticari defter kayıtlarına göre karar verilebilmesi, uyuşmazlığın ticari defterlerle ispata elverişli olmasına bağlıdır. Bilgi ve değerlendirme için bkz. Nuri Erdem, ‘Ticari Defterlerin Sahibi Lehine Delil Olma Şartlarının 7251 sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerle Birlikte Değerlendirilmesi’ *Malî Hukuk Dergisi*, (2021) 17 (193) 79, 98.

kimin lehine aval vermiş ise onun gibi sorumlu olacağı (TTK 702/1) ve kimin lehine aval verdiği belli değil ise düzenleyen lehine aval vermiş sayılacağı (TTK 701/4) için böyle bir durumda avalistin sorumluluğu tüm senet hamillerine karşı olabilecektir³². Bu sebeplerle, temlik cirosunun teminat işlevinin kullanılması suretiyle kambiyo senetlerinin teminat maksatlı ciro edilmesi yerine aval işlemini kullanmak daha doğru olacaktır. Bununla birlikte, avalin kullanılmadığı durumlarda tercih edilen bu yöntemin hiçbir faydası bulunmadığı yahut işlevsiz olduğunu söylemek mümkün değildir. Sözü edilen şekilde temlik cirosunun kullanılması uygulamanın ortaya çıkardığı ve senede itibar kazandıran bir yöntem olarak tarif edilebilecektir. Nitekim kanun koyucunun dahi böyle bir durumu hamiline yazılı çeklerde özel olarak öngördüğü, hamiline yazılı bir çek üzerine yapılan cironun, cirantayı, başvurma hakkına dair hükümler gereğince sorumlu kılsa da senedin niteliğini değiştirerek onu emre yazılı bir çek hâline getirmeyeceğini düzenleyen TTK 791'in bu duruma örnek gösterilebileceği, hamiline yazılı çekin cirosunun da devir amacına hizmet etmediği, yalnızca teminat fonksiyonunu haiz olacağı öğretide ifade edilmektedir³³.

Bununla birlikte uygulamada kimi zaman bu maksatla yapılan hatalı ve özellikle başvuru hakkının uygulanabilmesi açısından sorunlara yol açan işlemlere de rastlanabilmektedir. Somut bir uyuşmazlığa dayanan örnekte, gerçek alacaklı (A), (B) tarafından düzenlenen kambiyo senedinde bu kez garanti ciro su yapacak kimse (C)'yi değil bizzat olması gerektiği gibi kendisini lehdar olarak göstermiş, ancak aval işlemi kullanarak (C)'yi avalist yapmak yerine asıl borçlu düzenleyen (B) şirketinin ortağı (C)'ye lehdar sıfatıyla senedi ciro edip devamında alacaklı sıfatını haiz olabilmek için (C)'nin senedi tekrar kendisine ciro etmesini sağlamıştır. Kural olarak geriye ciro (Rückindossament) mümkün olmakla birlikte (A), senedin ödenmemesi üzerine (C)'den ödeme talep ettiğinde, (C)'nin, senet bedelini ödemesi halinde (A)'nın da lehdar ve ilk ciranta olduğu, senedi kendisine (A)'nın ciro ettiği, böyle bir durumda (C)'nin de (A)'ya müracaat hakkı bulunduğu, diğer bir ifadeyle alacaklı ve borçlu sıfatının birleştiği ve borcun sona erdiği savunması ile karşılaşmıştır³⁴.

³² Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 10) 189.

³³ Öztan (n 3) 603 Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 10) 190.

³⁴ Tedavüle çıkmış bir kambiyo senedinin, daha önce poliçe borçluları arasına dâhil olan bir kimseye devri, TTK 681/3 hükmü uyarınca geçerlidir. Nitekim bu maddede,

Davalı lehdarın yapmış olduğu ciro işlemi ile senet tedavüle girmiş ve lehdarın kendisinden sonra gelen cirantalara karşı müracaat borçluları arasında yer almasına yol açmıştır. Yargıtay'ın da içtihadı böyle bir durumda her iki ciranta arasında alacaklı borçlu sıfatının birleşeceği, ödeme yapılmayacağı yönünde olmuştur³⁵. Burada, kambiyo senedini geriye ciro

TBK 135/1'de düzenlenen alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi halinde borcun sona ereceğini düzenleyen genel hükümlerden farklı olarak, muhataba yapılan cironun geçerli olacağı düzenlenmiştir. Bu hükümden yola çıkarak öğreti ve uygulamada bir kambiyo senedinin, bu senet ile borç altına giren keşideci, lehdar, ciranta ve avalistlere ciro edilebilmesinin mümkün olduğu kabul edilmekte olup, yapılan ciro ise “geriye ciro” olarak adlandırılmaktadır (Bkz. Öztan (n 3) 566 ve dpn. 74'te anılan yazarlar; Ertekin and Karataş (n 31) 380. Bu tip bir ciroda alacaklı ve borçlu sıfatları birleşmekle birlikte, bu iki ciranta dışında senette imzası bulunan cirantalar bakımından, hükmün üçüncü fıkrasında kıymetli evraka ilişkin hükümler saklı tutulduğundan TBK 135'in ilk fıkrasındaki borcun sona ermesine ilişkin hüküm uygulanmaz. TTK 681/3'te, geriye ciro halinde senedin tekrar tedavüle koyulabileceği belirtilmiş olup cirantaya yapılan geriye ciro hakkı dondurmaz. Bununla birlikte policede kabul eden muhataba, keşideciye ve bonoda düzenleyene yapılan geriye cironun kambiyo senedindeki hakkı donduracağı yönünde, bkz. Kınacıoğlu (n 9) 166; Poroy and Tekinalp (n 7) N 262; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 10) 177. Geriye ciro mümkün olmakla birlikte, öğreti ve yargıda kabul edildiği üzere, geriye ciro yolu ile senedi devralan senet borçlusunun, kendisinden önce gelen kimselere karşı müracaat hakkı, kişi yönünden, senedi ciro yoluyla devretmeden önce müracaat edebileceği kimselerle sınırlıdır. Bu kişi, senedi devretmiş olduğu kimselere karşı müracaat hakkına sahip olmayıp, kendisine ait iki devir işlemi arasındaki kişilere karşı müracaat hakkını kullanamaz. Zira, bir kimsenin, zaten kendisine karşı müracaat hakkını kullanma imkanı bulunan bir kimseye karşı müracaat hakkını kullanabilmesi söz konusu olmaz (Öztan (n 3) 637. Bkz. Yargıtay 12 HD, 5386/8632, 17.04.2003; Yargıtay 19 HD, 5791/10414, 09.12.1997. Nitekim talep ettiği bir şeyi elde ettiği anda tekrar iade talebiyle karşılaşacak kimseye karşı bunun bir çelişki olduğu ve iyiniyet kurallarına aykırı olduğu yolunda bir “exceptio doli” ileri sürülebileceği öğretide kabul edilir. Öztan (n 3) 637, Ertekin and Karataş (n 31) 380.

³⁵ “Takip dayanağı bonoda lehdar A.A.'dır. Ciro sıralamasının incelenmesinde lehdar cirosu ile bononun C.Ç.'ye onun da ciro suyla tekrar takip yapan lehdar AA'ya geçtiği ve sonrasında lehdar tarafından takibe konulduğu anlaşılmıştır. Yukarıda açıklanan ciro silsilesine göre borçlu C.Ç.'ye karşı müracaat sorumlusu durumunda olan alacaklının bonoyu geriye ciro yoluyla alması ve başkalarına ciro etmesi mümkün ise de, bu şekilde ciro ile bonoyu devraldıktan sonra kendisinin sorumlu olduğu kimseye müracaat borçlusu olarak başvurusu mümkün değildir. Zira geriye ciro ile bonoyu devralan ciranta bonoyu devretmeden önceki durumuna döner ve bu şekilde kimlere başvurma hakkı varsa ancak onlara karşı takip yapma imkanına kavuşur. O halde, Mahkemece bu borçlu yönünden itirazın kaldırılması isteminin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü isabetsizdir.” (Yargıtay 12 HD 20297/24142, 06.12.2005).

ile iktisap eden kişinin, senet borçlusu sıfatıyla sorumlu olacağı kişilere karşı başvuru hakkına sahip olmamasından hareket edilmiştir³⁶. Bu bakımdan, cironun teminat maksatlı olarak dikkatli bir şekilde kullanılması, cironun kendine has özellikleri ve işlevinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Alman Hukuku'nda da bu ihtimal tartışılmış, konu Federal Mahkeme kararlarına konu olmuştur. Alman Hukuku uygulamasında böyle bir problemin ortaya çıkma ihtimalinin daha fazla olduğunu söylemek mümkündür. Şöyle ki, yukarıda ifade ettiğimiz üzere ilk cirantanın lehdar olması kuralından bağımsız olarak senedin arka yüzüne ilk ciro genellikle senede garanti ciro su yapan ciranta tarafından yapılmakta olduğundan, garanti ciro su yapan cirantanın alacaklı lehdara başvuru hakkı bulunup bulunmadığı sorunu ile daha sık karşılaşmaktadır. Nitekim öğreti ve Federal Mahkeme içtihatlarında bu konu pek çok kez değerlendirilmiş, garanti ciro su yapan cirantanın lehdara başvuru hakkı olup olmadığı ve buna göre senet bedelini ödemekle yükümlü olup olmadığı tartışılmış; ancak Yargıtay'ın içtihadından farklı olarak, böyle bir durumda garanti ciro sunun ciro zinciri dışında olduğu, bu şekilde senedi ciro eden cirantanın ödeme halinde avalist yahut araya girerek ödeme yapan kimse gibi önceki kişilere başvuramayacağı genel olarak kabul edilmiş, böylece garanti ciro su eden cirantanın sorumluluktan kaçmasına cevaz verilmemiştir³⁷. Federal mahkeme bu konuda nispeten yeni tarihli örnek bir içtihadında, garanti ciro sunun senede ek güvence temin etmek için verildiğine, bu bakımdan garanti ciro su yapan cirantanın kendisinden önce gelen lehdara başvuru hakkı bulunmadığına, böyle bir başvuru hakkı tanınmasının, hukuken derhal iade etmek zorunda kalacağı bir edimi isteyen kimsenin, kötü niyetle hareket etmiş olacağı anlamına gelen “*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*” ilkesi ile çelişeceğine, dürüstlük kuralına da aykırı olacağına hükmetmiştir³⁸. Kararda atıf yapılan Federal Mahke-

³⁶ Öztan (n 3) 637; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 10) 177.

³⁷ Rödig (n 27) 39ff; Richardi (n 27) 188; Mörtzsch, (n 27) 287ff; Sedatis (n 27) Rn 206; Baumbach, Hefermehl and Casper (n 3) WG Art. 15 Rn 6; Hueck and Canaris (n 5) 93. Türk Hukuku'nda konunun değerlendirmesi için bkz. Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 10) 190 ve orada anılan yazarlar.

³⁸ Karara konu olayda özetle, kambiyo senedine güvence olarak davalıdan boş bir ciro talep edilmiştir. Davacı, 31.01.2001 tarihinde kendisi tarafından düzenlenen 20.000 Marklık bir kambiyo senedinin lehtarıdır. İkinci davalı düzenleyen limited şirketin genel müdürü olan birinci davalı, kambiyo senedinin arkasındaki boşluğu imzalan-

me'nin 1954 tarihli ilkesel kararını değerlendiren *Hirsch* de, bu şekilde bir başkasının menfaatine kendi imzası yoluyla bir kambiyo senedini daha değerli hale getirmek için sorumluluk altına giren kişiye başvuru hakkı tanımamanın ne ekonomik olarak ne de hukuki açıdan haklı görülemeyeceğini ifade etmiştir³⁹.

IV. REHİN CİROSU SURETİYLE KAMBIYO SENETLERİNİN TEMİNAT AMAÇLI CİRO EDİLMESİ

A. Genel Olarak Rehin Cirosu

Esasen bir kambiyo senedinin salt teminat maksadıyla ciro edilmesi temlik cirosu ile değil rehin cirosu ile yapılmalıdır. Kanun koyucunun tercih ettiği yöntem budur. Bununla birlikte senedi rehin cirosu ile devreden şahsen teminat yükümlülüğü bulunup bulunmadığı, başvuru borçluları içerisinde yer alıp almadığına ilişkin tartışmalar ile birlikte rehin cirosu ile senedi devralanın sahip olduğu güvencenin sınırlı olması, senedi açık rehin cirosu ile devralanın senedi temlik etmesine ilişkin kısıtlamalar rehin cirosunun tercih edilen bir yöntem olmasını engellemekte;

miştir. Kambiyo senedinin vadesinin 19.04.2001'de sona ermesinin ardından ödeme yapılmaması nedeniyle bir protesto düzenlenmiş, 02.05.2001 tarihinde, ikinci sanığın malvarlığı aleyhine iflas davası açılmıştır. Davacı bir numaralı davalının garanti cirosuna dayanarak kendisine karşı sorumlu olduğu iddiasındadır. Davalı ise kendisinden önce gelen lehbara karşı sorumlu olmayacağını, ona rücu (başvuru) hakkı bulunduğunu iddia etmiştir. Yerel mahkeme, davalının sorumlu cironun teminat fonksiyonu (WG Art. 15) gereği sorumlu olmakla birlikte kendisinden önce gelenlere karşı başvuru hakkı bulunduğundan hareketle davanın reddine hükmetmişse de, Federal Mahkeme, davalının teminat işlevi dolayısıyla sorumluluğuna hükmedilmesinin doğru olduğu, ancak davalının rücu hakkının (başvuru hakkı) varlığının kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir. Zira kambiyo senedine garanti cirosu yapmak suretiyle teminat veren ciranta davalı diğer davalı şirketin genel müdürü olup kambiyo senedini daha değerli hale getirmekte, davalı şirket için kişisel sorumluluk tesis etmektedir. Bu sebeple kendisi tarafından kambiyo senedinin imzalanmasından dolayı herhangi bir hak elde edememelidir. Federal Mahkeme, davalıya bu şekilde rücu hakkı verilmesinin, lehbara karşı başvuru hakkı tanınmasının, hukuki bir neden yüzünden derhal geri vermek zorunda kalacağı bir edimi isteyen kimsenin, kötü niyetle hareket etmiş olduğu anlamına gelen “dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est” ilkesi ile çelişeceği, herkesin borçlarını yerine getirirken dürüstlük iyi niyetle (dürüstlük kuralına uygun) hareket edeceğini düzenleyen BGB § 242'ye (TMK 2) aykırılık teşkil edeceğine hükmetmiştir. Bkz. BGH, Urteil vom 4. 2. 2003 - XI ZR 117/02 (Celle), (2003) NJW-RR, 771.

³⁹ Hirsch (n 29) 1568.

benzer şekilde senet üzerinde rehin ciro

dava açma ve takip başlatma gibi yetkilerin tamamına sahiptir⁴⁴. Ciro edilen rehinli alacaklı senet bedelini tahsil ettiği zaman, tahsil ettiği meblağ kendisine rehinle temin edilen alacak miktarını aşıyorsa, aşan kısım için senedi rehin cirosuyla devreden cirantanın temsilcisi durumunda olacaktır⁴⁵. Ancak senedi rehin cirosu ile devralan kimse temlik cirosuyla (mülkiyeti devretme gayesiyle) senedi devredemez; zira taraflar mülkiyetin değil rehin hakkının geçmesi konusunda anlaşmışlardır ve rehin hakkı senedi devretme hakkı bahşetmez; senet üzerindeki tasarruf yetkisi rehin hakkı ile sınırlıdır⁴⁶. Böyle olunca, senedin mülkiyeti devredilmediği için borçlu tarafından teminat altına alınan borcun ödenip senedin borcu rehinle teminat altına borçlu tarafından geri alınması ihtimali söz konusu olabilecektir. Bu bakımdan, rehin cirosu ile senedi devralan bir kimse senedi ancak tahsil cirosu ile devredebilecek, diğer bir ifadeyle ancak senedi tahsil etmesi için birini yetkilendirebilecek, bir başkasına rehin yahut temlik cirosu ile senedi devredemeyecektir (TTK 689/1). Öğretide, bu durumda iyi niyetle iktisabın dahi mümkün olmadığı, anılan hâlde yapılan bir temlik cirosu dahi (ancak) tahsil cirosu hükmünde olacağı kabul edilmektedir⁴⁷. Kanaatimizce böyle bir durumda yapılan ciro kanuna aykırı ve hükümsüz olup geçerli bir tahsil cirosu işlevine tahvil edilmesi ise ancak somut olayın özelliklerine göre böyle bir tahsil yetkisi verilmiş olduğunun anlaşılmasına bağlıdır.

C. Rehın Cırosu ve Defiler

Defiler yönünden, senedi rehin cirosu ile devralana karşı kişisel defiler ileri sürülebilir olup olmadığı, nisbi defilerin, rehin cirosu ile devreden cirantaya karşı ileri sürülebilecek temel ilişkiden kaynaklanan yahut

⁴⁴ Öztan (n 3) 627; Çamoğlu (n 9) N 148; Domaniç, Rehın Cırosu (n 2) 524; Huriye Kubılay, ‘Kambiyo Senetlerinin Rehni’ (1987) 3 (1-4) Dokuz Eylöl Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi, 497, 497; Asuman Yılmaz, ‘Kambiyo Senetlerinde Rehın Cırosu ve Rehın Cırosunun Teminat İşlemi’, (2011) 10 (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi 287, 293.

⁴⁵ Öztan (n 3) 627; Gürbüz, s. 79; Yılmaz (n 44) 293.

⁴⁶ Meier-Hayoz and von der Crone (n 21) 155; Zobl (n 11) N 63; Arslanlı (n 6) 118; Öztan (n 3) 630; Çamoğlu (n 9) N 148; Yılmaz (n 44) 292. Bu sebeple, senedin mülkiyetini başkasına devreden rehinli alacaklının güveni kötüye kullanma suçu işlemiş olacağı, zira hiç kimsenin maliki olduğundan fazlasını temlik edemeyeceği yönünde, Kubılay (n 44) 501.

⁴⁷ Arslanlı (n 6) 118; Öztan (n 3) 630; Yılmaz (n 44) 292.

başkaca kişisel defilerin ileri sürülüp sürülemediği sorusunun cevabı olumsuzdur. İyi niyetli üçüncü kişi hamil ise, bilerek borçlunun zararına hareket etmemiş ise rehin ciro su ile devralana karşı da kişisel defilerin ileri sürülmesi mümkün değildir⁴⁸. Burada rehin ciro su bu yönüyle yapı- lış amacı bakımından tahsil ciro sundan farklı, temlik ciro suna benzer şekildedir⁴⁹. Ancak burada öğretime bir parantez açılmakta ve haklı ola- rak rehin hakkının feri bir hak olduğu ve asıl alaca ğa ba ğlı olduğu için asıl alaca ğa ilişkin bir savunma vasıtası söz konusu ise bu defilerin sene- di rehin ciro suyla devralana karşı ileri sürülebilece ği ifade edilmektedir⁵⁰. Ancak burada kastedilen senet düzenlenmesinin altında yatan temel ilişki de ğil, rehinle güvence altına alınan alacaktır. Öte yandan, böyle bir ihti- malin pratikte gerçekleşmesi oldukça zordur.

D. Rehin Ciro sunun Şahsi Teminat İşlevi Bulunup Bulunmadığı

Öğretime rehin ciro sunun teminat işlevi olup olmadığı hususu da tartışmalıdır. Bu konuyu izah etmek gerekir ise, burada halihazırda temi- nat maksatlı ciro yapıldığı, böyle bir sorunun doğup doğmayacağı, tar- tışmanın gerekli olup olmadığı sorusu akla gelebilecektir Ancak daha önce de ifade ettiğimiz gibi burada temlik ciro sunun şahsi teminat işle- vinden farklı olarak bizzat senede mündemiç alacak hakkı üzerinde rehin tesis edilmesi şeklinde bir teminat söz konusudur⁵¹. O halde tartışmayı, yapılan cironun bizzat kendisinin teminat fonksiyonu da olup olmadığı; rehin ciro su yapan cironanın kambiyo senedini teminat maksatlı kullan- makla birlikte, senet bedelinin asıl borçlu tarafından ödenece ğini de te- keffül edip etmedi ği, devralana karşı asıl borçlu borcu senet bedelini ödemedi ği takdirde bu bedelin de ödenmesini tekeffül edip etmedi ği; di ğer bir ifadeyle alacak sıfatını haiz olduğu bir senedi kendi alacaklısına rehnetmiş ve borcunu ödenmedi ği takdirde senedi paraya çevirmesi hak- kını bahşedecek şekilde alacaklıya teminat sağlayan borçlunun bunun

⁴⁸ Staub and Canaris (n 5), § 364 Rn 11; Oetker and Maultzsch (n 7) HGB § 364 Rn 9.

⁴⁹ Öztan (n 3) 628; Domaniç, TTK Şerhi (n 3) 188; Domaniç, Rehin Ciro su (n 2), 537; Kınacıo ğlu (n 9) 152; Şimşek (n 24) 91ff; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 10) 186-187; Yılmaz (n 44) 296.

⁵⁰ Staub and Canaris (n 5) § 364 Rn 11; Oetker and Maultzsch (n 7) HGB § 364 Rn 9; Öztan (n 3) 628 ff; Şimşek (n 24) 91; Yılmaz (n 44) 296.

⁵¹ Rehin ciro sundaki teminatın di ğer alacakların rehin edilmesinden farkları için bkz. Domaniç, Rehin Ciro su (n 2) 520ff.

yanında senedin asıl borçlu tarafından ödenmesini tekeffül edip etmediği ve yapmış olduğu ciro sebebiyle diğer cirantalar gibi müracaat borçluları içerisinde yer alıp almadığı şeklinde anlamak ve yorumlamak gerekir.

Türk - İsviçre ve Alman öğretisinde hakim görüş, senedin asıl borçlu tarafından ödenmediği durumda senet bedelinin ödenmesinin şahsen tekeffül edilip edilmediği sorusunu olumsuz yanıtlarken⁵²; diğer bir kısım yazar ise aksi görüşü savunarak rehin cirosu ile devredene karşı da başvuru hakkının kullanılabilceğini ileri sürmüştür⁵³. Yargıtay'ın da öğretide değerlendirilen ve eleştirilen ayrıntılı bir kararında, soruya olumsuz yaklaştığı görülmektedir⁵⁴. Ancak rehin cirosunun adı üzerinde bir teminat sağlamak maksadına hizmet ettiği düşünüldüğünde temlik cirosundan farklı olarak içerisinde şahsi teminat işlevinin bulunmadığını söylemenin

⁵² Karl Otfinger and Rolf Bär, in Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 884-918 ZGB. Das Fahrnispfand Band IV/2c - Das Sachenrecht - Die beschränkten dinglichen Rechte (3rd edn, Schulthess 1981) Art 901 N 66; Meier-Hayoz and von der Crone (n 21) 155; Zobl (n 11) N 68; Baumbach, Hefermehl and Casper (n 3) WG Art. 19 Rn 11; Bernd Müller-Christmann and Franz Schnauder, Wertpapierrecht - Eine falldidaktische Einführung (1st edn, Springer 1992) Rn 159; Jürgen Damrau, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7 Sachenrecht §§ 854-1296 (8th edn, C.H. Beck 2020) BGB § 1292 Rn 7-8; Arslanlı (n 6) 124; Domaniç, Rehin Cirosu (n 2) 535; Öztan (n 3) 334. Bu görüşe göre, senedin ödenmemesi halinde hamil kendi cirantası hariç diğer cirantalardan başvuru borçlusu sıfatıyla talepte bulunabilecek iken, senedi rehin amacıyla devretmiş olması sebebiyle kendi cirantasına başvuramayacaktır. Farklı görüşte Hueck and Canaris (n 5) 92.

⁵³ Poroy and Tekinalp (n 7) N 287; Karayalçın, Rehin Cirosu (n 3) 243; Kınacıoğlu (n 9) 153; Çamoğlu (n 9) N 150; Kubilay (n 44) 508; Yılmaz (n 44) 303.

⁵⁴ Kararın önemli gördüğümüz bir bölümü: “(T)ahsil cirosu veya rehin cirosu ile poliçeyi veya aynı Kanunun 690. maddesi delaletiyle emre muharrer senedi elinde bulunduran hamilin bu hakları yönünden her iki ciro nev'i arasında, bir nitelik farkı yoktur... Tahsil cirosu tevkili ifade ettiğine ve rehin cirosunda da hamil ancak tahsil cirosu yapabileceğine göre, vekil müvekkili aleyhinde tahsil yoluna başvuramayacağı gibi; rehin cirosunda dahi hamil, aynı zamanda senedin aynının maliki olan kendi cirantasına senet bedelinden dolayı müracaat edemez; bu halde rehin cirosu, senette mündemiç alacağı ilişkin hakkın kullanılarak vekil suretiyle tahsil edilecek meblağ üzerinde rehin hakkını temin eder. Nitekim rehin cirosunda, (bedeli teminatı) veya (bedeli rehindir) gibi ibarelerin kullanılması da rehin, bedel üzerinde olduğunu gösterir; yoksa senedin mülkiyeti ve bu arada asli zilyetliği, fer'i zilyetliği hamile intikal eder... Esasen rehin cirosunda, temlik cirosunda olduğu gibi ciranta hamilden senet karşılığını almaz. Bu itibarla ayrı bir akdi ilişkiye dayanmadıkça rehin cirosu sebebiyle ciranta, hamile karşı şahsen ve senet bedeli ile sorumlu olmaz...” Yargıtay 11 HD, 5692/848, 10.02.1975. Kararın eleştiri ve değerlendirmesi için bkz. Karayalçın, Rehin Cirosu (n 3) 230ff; Kubilay (n 44) 507-508; Yılmaz (n 44) 303.

işin mahiyetine tamamen aykırı olacağı düşüncesindeyiz. Nitekim öğretide aynı görüşü paylaştığımız yazarlar da, rehin alacaklısı hamilin senet bedelinin ödenmemesi hâlinde diğer tüm başvuru borçlularına başvurabilirken kendi cirantasına kambiyo senetlerine özgü yollarla başvuramamasının rehin cirosunun amacı ve ekonomik işlevi ile bağdaşmayacağını ifade etmişlerdir⁵⁵. TTK 685 ve 724 hükümleri doğrultusunda, rehin cirosunun teminat işlevi bulunduğunu kabul etmek gerektiği kanaatindeyiz. Yine benzer şekilde hamilin poliçeden doğan bütün hakları kullanacağını düzenleyen TTK 689/1 maddesi de hamilin kendi cirantasına müracaat edebilmesine gerekçe sağlar⁵⁶. Görüşümüz bu yönde olmakla birlikte halihazırda rehinle temin edilmiş borcunu ödeyemeyerek rehin hakkının kullanılmasına ve esasen alacaklı olduğu bir senet bedelinin paraya çevrilmesi hakkının senedi rehin cirosuyla devralan yeni alacaklıya geçmesine sebebiyet veren borçlunun ödeme kabiliyetinin senet bedelini şahsen ödeyebilmek açısından da yeterli olmayabileceği nazara alındığında, sorunun her iki cevabının da pratikte bir farklılığa yol açmayacağı, uygulamada karşılığı bulunmasının zor olduğu da düşünebilecektir.

E. Rehin Cirounun Şekli ve Örtülü Rehin Ciro

Rehin cirou kural olarak ciro üzerine “bedeli rehindir” yahut “teminat içindir” vb. rehin amacını ifade eden bir ibare ile kayıt düşülmek suretiyle yapılır (TTK m. 689/1, WG Art. 19/1, OR Art. 1009). Türk öğretisinde hakim görüş, rehin cirosunun ancak tam ciro marifetiyle yapılabileceği, beyaz ciro ile rehin cirou yapılamayacağı yönündedir⁵⁷. Bu görüşün kabulü halinde rehin cirosunda cironun kime yapıldığının ciroda gösterilmesini aramak gerekecektir. Böyle bir düşünce ile kime rehin hakkı tanındığını göstermek faydalı olabilecek ise de kanun hükümleri dairesinde böyle bir zorunluluk bulunduğundan söz etmek mümkün de-

⁵⁵ Karayalçın, Rehin Ciro (n 3) 243; Poroy and Tekinalp (n 7) N 287; Yılmaz (n 44) 304.

⁵⁶ Çamoğlu (n 9) N 150.

⁵⁷ Öztan (n 3) 576; Poroy and Tekinalp (n 7) N 264; Kubilay (n 44) 505. Son anılan yazara göre, beyaz ciro senedin hamiline yazılı gibi işlem görmesini sağlayacak, vekaleten devralınan senedin hamiline olarak elden ele dolaşması vekalet ilişkisine aykırıdır.

ğildir⁵⁸. Kanaatimizce senet bedeli rehin içindir denilip yalnız imzalanmak suretiyle de rehin cirosu (rehin şerhli beyaz ciro) yapılabilmelidir⁵⁹.

İsviçre Hukuku'nda haklı olarak ifade edildiği üzere tam ciro suretiyle (açık) rehin cirosunun uygulama alanı oldukça dardır ve ancak bankacılık uygulamasında ipotekli borç senetleri üzerinde rehin sahibi adına sınırlı bir biçimde verilmektedir⁶⁰. Nitekim tam veya beyaz ciro olsun olmasın, (açık) rehin cirosunun da (offenes Pfandindossament) pratik önemi çok az olup bunun temel nedeni ise senedi rehin cirosu ile devralanın hukuki konumunun yeterince esnek olmamasıdır⁶¹. Rehin cirosunun hükümleri doğrultusunda rehin cirosu alanın temlik (devir) kısıtlamasının bir sonucu olarak, rehin alan kendisini avantajlı bir konumda hissetmemektedir⁶². Ayrıca, açık rehin cirosu popüler değildir zira rehin süresi dolduktan sonra bile senet üzerinde görülmeye devam edecek, senedin muteberliğini zedeleyecektir⁶³. Bu bakımdan, uygulamada rehin cirosunun çoğu kez örtülü şekilde yapıldığı, kural olarak rehin cirosu işleminin açık bir şekilde kayıt düşülmek suretiyle senet üzerinde gösterilmesi gerekirken, görünüşte temlik cirosu olarak yapılan bir cironun da kanundaki şekil şartlarına uyulmaksızın inançlı bir işlemle örtülü rehin cirosu olarak yapıldığı sıklıkla görülmektedir⁶⁴. Bu doğrultuda, rehin cirosunun açık

⁵⁸ Domaniç, Rehin Cirosu (n 2) 523.

⁵⁹ Bkz. bu görüşte Oftinger and Bär (n 52) Art 901 N 69 ff, 85; Meier-Hayoz and von der Crone (n 21) 155; Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid and Alexandra Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (14th edn, Schultess 2015) 893; Zobl (n 11) N 75; Damrau (n 52) Rn 7; Türk Hukuku'nda bu Görüşte, Domaniç, Rehin Cirosu (n 2), 523; Kınacıoğlu (n 9) 152; Çamoğlu (n 9) N 148; Şimşek (n 24) 90; Yılmaz (n 44) 290.

⁶⁰ Zobl (n 11) N 76.

⁶¹ Zobl (n 11) N 74.

⁶² Jäggi, Druey and von Greyerz (n 16) 185.

⁶³ Bu yönde bkz. BGE 42 III 300; Jäggi, Druey and von Greyerz (n 16) 185; Zobl (n 11) N 74.

⁶⁴ Öğretide rehin konusu kambyo senedinin teminat amacıyla inançlı olarak temlik durumunda görünüşte bir temlik cirosu söz konusu olduğu, bu işlemin gizli rehin cirosunda olduğu gibi yine güvene dayalı bir işlem olmakla birlikte, hüküm ve sonuçları bakımından gizli rehin cirosundan ayrıldığı ifade edilmiştir. Bkz. Baumbach, Hefermehl and Casper (n 3) WG Art. 20 Rn 20; Damrau (n 52) Rn 11; Öztan (n 3) 633. Ancak biz bu görüşe katılmaya imkan bulamıyoruz. Kanaatimizce bu şekilde tarif

bir şekilde yapılması haricinde örtülü şekilde de yapılabileceği öğreti ve uygulamada kabul edilmektedir⁶⁵. Örtülü (gizli) rehin ciro (verdecktess Pfandindossament), rehin cirosunun şekil şartlarına uyulmaksızın ve fakat tarafların örtülü (gizli) bir anlaşma ile bu yönde rehin tesis etmek üzere anlaştıkları cirodur. Yine örtülü rehin cirosunun da beyaz ciro ile yapılması muhtemeldir. Böyle bir durumda karine olarak temlik cirosunun varlığı kabul edilmek gerekirken örtülü rehin cirosunun senetle (veya kesin delille) ispatı gerekecektir (HMK 201).

Öğretide, Türk-İsviçre Hukuku'nda bu gibi inançlı işlemlere izin verildiği, esasen burada muvazaalı bir işlem söz konusu olduğu, ancak TBK 19 hükmü uyarınca tarafların gerçek iradelerinin ortaya konulması gerektiği, bu sebeple işlemin hukuka uygun olduğu haklı olarak ifade edilmiştir⁶⁶. Öte yandan öğretilerde bir görüş ise, örtülü (gizli) rehin cirosunun yapılabileceğini kabul etmekle birlikte bu terimin kullanılmasının inançlı bir işlemde ziyade taraflar arasında muvazaalı bir işlemi çağrıştıracacağı, görünüşteki işlemin muvazaa, örtülü işlemin kanuna aykırılık sebebiyle batıl olacağını, bunun yerine terim olarak “teminat amaçlı devir”in kullanılması yahut kullanılan terimin bu şekilde anlaşılmasının yerinde olacağını ileri sürmüştür⁶⁷. Biz de daha kapsayıcı şekilde bütün bu maksatla yapılan cirolar için çalışmamızda “teminat amaçlı ciro” terimini kullanmış bulunuyoruz.

Rehin cirosunun örtülü şekilde, görünüşte bir temlik ciro (şeklinde yapılması yöntemi, uygulamada sıkça karşılaşılan, ancak ispat ve cironun fonksiyonları açısından problem yaratan bir durumdur. Senedin ciro edildiği kimse dış görünüş itibarıyla malik sıfatını haiz olduğundan, kendisinden iyi niyetle senedi iktisap edenlerin iktisapları korunacaktır⁶⁸. Senede karşı senetle yahut kesin delille ispat kuralı göz önünde bulundu-

edilen bir ciro işlemi farklı bir kategori daha yaratılmasına gerek olmaksızın gizli (örtülü) rehin cirosundan başka bir şey değildir.

⁶⁵ Staub and Canaris (n 5) § 364 Rn 11; Oetker and Maultzsch (n 7) HGB § 364 Rn 8; Domanic, Rehin Ciro (n 2) 522; Kınacıoğlu (n 9) 179; Öztan (n 3) 625; Poroy and Tekinalp (n 7) N 283a; Çamoğlu (n 9) N 148; Kubilay (n 44) 504; Yılmaz (n 44) 290.

⁶⁶ Kubilay (n 44) 504.

⁶⁷ Kendigelen (n 15) 233-234.

⁶⁸ Öztan (n 3) 632.

rulduğunda, örtülü rehin cirosu özellikle ispat açısından senedi bu şekilde devreden cirantanın aleyhine sonuç doğurabilecek mahiyettedir. Özellikle uygulamada banka ve kredi kuruluşlarının, kredi borçlularından genel kredi sözleşmesi çerçevesinde örtülü rehin cirosu ile kambiyo senedi temlik aldıkları görülebilmektedir⁶⁹. Örtülü anlaşmanın ispat kuralları gereği kesin delille ispatını aramak gerekmele birlikte, özellikle bankalarla yapılan işlemlerde, bu konuda banka kayıtlarına bakmak, bunları bilirkişi marifetiyle incelemek faydalı olabilecektir. Bazı hallerde bu kayıtlarda kredi bedelini, genel kredi sözleşmesini teminat altına almak maksatlı devralınan senetler ibarelerine rastlanabilmektedir. Bu sebeple, aleyhine delil teşkil edebilecek banka ticari defter ve kayıtları incelenmeden eksik inceleme ile karar verilmesi bir bozma sebebi teşkil edebilecektir. Nitekim bu yönde Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2016/5207 E, 2017/7266 K sayılı içtihadında “...mahkemece banka kayıtları incelenerek dava konusu çekin davalı bankaya teminat olarak verilmiş olduğunun banka kayıtlarından anlaşılması durumunda, çekin gizli rehin cirosu ile davalı bankanın elinde bulunduğu ve davalı bankanın dava konusu çekin yetkili hamili olamayacağı gözetilerek bir karar verilmesi gerekir...” şeklinde karar verilmek suretiyle durum ifade edilmiştir. Bu bakımdan böyle bir uyuşmazlıkta mutlaka bankanın ticari defter kayıtlarına bakılmalıdır, zira ticari defterler de katıldığımız görüş uyarınca kesin delillerden bir tanesidir⁷⁰.

Öte yandan, ifade etmek gerekir ki, herhangi bir alacaklı, banka ve sair kredi kuruluşlarınca teminat senedi alınması, yahut geçerli bir alacak hakkı içeren bir senedin teminat maksatlı rehin cirosu ile devralınması

⁶⁹ Bu durum geçmişten bu yana çok sayıda Yargıtay kararına da konu olmuştur. “Temlik cirosu ile bankaya verilen bankaca bir marj düşündükten sonra bedeli hamile ödenen senetlerdeki ciro temlik cirosu olmayıp gizli rehin cirosu niteliğindedir” Yargıtay 11 HD, 5774/424, 3.02.1977. Bir diğer kararında Yargıtay “Tarafların hakiki maksatlarının temlik olmadığını temlik cirosuna rağmen banka senet bedelini cirantasına ödemeyerek teminat olarak alıkoymuşunu bu hususlar kredi sözleşmesinden ve yapılan işlemlerden açıkça anlaşıldığı takdirde böyle bir muamelenin de ön teminat sayılması mümkündür” şeklinde içtihat etmiştir. Yargıtay İBK, 6/7, 5.10.1969. Kararlar için bkz Şimşek (n 24) 101ff; Kubilay (n 44) 504.

⁷⁰ Bu konuda tartışma ve farklı görüşler için bkz. Erdem (n 31) 120ff ve orada anılan yazarlar.

mutad ve hukuka uygun, geçerli bir işlemdir. Ancak uygulama açısından önem arz eden durum, böyle bir olasılığın varlığında, rehinle teminat altına alınan alacağın salt kambiyo senedine dayalı olarak ispat edilemeyeceğinin değerlendirilmesidir⁷¹. Bir teminat senedi yahut rehin cirosuyla devralınan bir kambiyo senedi mevzubahis olduğunda, hali hazırda borç doğmamış olmakla birlikte borç doğurabilecek bir hukuki ilişki mevcut olduğundan, örneğin genel kredi sözleşmesinin üst miktarınca senet alınmış ise, borcun doğum örnekte hesap kat edilmesi ile birlikte gerçekleşmektedir. Şu halde kambiyo senedinin ancak mevcut alacak miktarı üzerinden işleme konulması geçerli bir işlem olarak telakki edilebilecektir. Ancak kambiyo senedinin bir teminat senedi olduğu tespit olunur ise bu durumun en önemli sonucu ispat yükü değiştirmesi olacak ve kambiyo senedi soyut borç ikrarı özelliğini yitireceğinden, alacaklının takibe koyduğu miktarda düzenleyen yahut cirantadan alacaklı olduğunu ispat etmesi gerekliliği söz konusu olacaktır. Özellikle genel kredi sözleşmesi çerçevesinde teminat maksatlı alınan bir kambiyo senedi örneğinde, böyle bir durumda ticari defterler ve banka kayıtları denetime elverişli bir şekilde tutulduğunda kredi sözleşmesi uyarınca yapılan ödemeleri tespite alacak miktarını ispat etmeye görece olarak daha elverişli olacaktır. Burada benzer şekilde teminat senedi almak yerine mevcut alacak hakkı içeren bir kambiyo senedini rehin cirosu yoluyla devralmak yöntemi de tercih edilebilecektir.

F. Rehin Ciro Yönünden Çeke İlişkin Özel Durum

Dikkat edilmesi gereken önemli hususlardan bir tanesi de, öğretideki görüşler ve buna paralel gelişen Yargıtay uygulamasında diğer kambiyo senetlerinden farklı olarak kısa ibraz süreleri içeren, vade bulunmayan çekin bir ödeme aracı olduğu ve çekte yapılan rehin ciro

⁷¹ Bkz. Öztan (n 3) 1075 vd; Poroy and Tekinalp (n 7) N 373.

⁷² Öztan (n 3) 1147; Poroy and Tekinalp (n 7) N 465; Kendigelen (n 15) 233; Pulaşlı (n 14) 227; Çamoğlu (n 9) N 315; Kubilay (n 44) 501; Yılmaz (n 44) 288.

edecektir⁷³. Yüksek mahkeme, çekte uygulanacak poliçe hükümlerini gösteren 818. maddede rehin cirosuna ilişkin TTK 689’a atıf yapılmamasından da hareketle ve fakat özellikle niteliğine uygun düşmediğinden çekte rehin cirosuna cevaz vermemektedir. Buna göre “(ç)ekte rehin cirosu yapılamaz. Çekin sadece tahsil veya temlik ciroyuyla verilmesi mümkündür. Çeklere uygulanacak poliçe hükümlerinin sayıldığı maddede rehin cirosuna dair bir atıf yapılmamıştır. Çekte rehin cirosu yapabilmek yolunun kapatılmasının sebebi, çekin, bir ödeme vasıtası olmasıdır. Kısa süre içinde (vadeli) ödenmesi şart bulunan bir senedin, teminat kabilinden ciro edilmesi uygun görülmemiştir. Bir ödeme vasıtası olarak ibraz edildiği anda ödenmesi gereken çek bedelinin tahsil edilip rehrolunmasının, daha devamlı ve emin bir teminat teşkil edeceği tabiidir.”⁷⁴ Bu bakımdan poliçe ve bonodan farklı olarak çekin teminat maksatlı kullanılmaması ve rehin cirosu ile devralınmaması alacaklı açısından yerinde olacaktır. Aksi halde geçersiz bir ciro işlemi söz konusu olacağından, alacaklı meşru hamil sıfatını haiz olmadığından kendisine ödeme yapılması mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, katıldığımız bir diğer husus olarak öğretilde, emre yazılı senetler bakımından kabul edilen bu esasın hamiline yazılı çeklere uygulanmasının mümkün olmadığı, zira hamiline yazılı çeklerin yalnız zilyetliğin devri suretiyle rehne diledilebileceği, bu durumda TMK hükümlerinin cari olacağı, hamiline yazılı çekin ciro edilmesinin de bu durumda bir değişiklik yaratmayacağı yönündedir⁷⁵.

SONUÇ

Kambiyo senetleri aval vermek suretiyle ödenmesi şahsen edilmekle birlikte, temlik cirosunun yalnız teminat fonksiyonundan yararlanmak amacıyla teminat maksatlı senedin ciro edilmesi de (garanti cirosu) mümkün olabilmektedir. Ancak bu yapılırken aval ve ciro işlemleri arasındaki farklılıklara cironun hususiyetlerine ve hükümlerine dikkat edilmesi gerekmektedir. Öte yandan, teminat maksatlı ciro denildiğinde akla

⁷³ Farklı görüşte, çekin rehin amaçlı ciro edilmesinin mümkün olduğu, Medeni Kanun hükümlerinin buna cevaz verdiği görüşünde, Arslanlı (n 6) 116; çekte açık rehin cirosunun mümkün olmadığı kabul edilse dahi çekin gizli rehin cirosuna konu olabileceği görüşünde, Domaniç, Rehin Cirosu (n 2) 519; Kendigelen (n 15) 233; Kubilay (n 44) 501.

⁷⁴ Yargıtay HGK, 19-817/1145, 30.5.2018.

⁷⁵ Bu görüşte Kendigelen (n 15) 234; Yılmaz (n 44) 295.

gelen bir diğer yöntem rehin cirosu olacaktır. Yapılış maksatları benzer olmakla birlikte her iki ciro türü arasında içerdiği teminatın hukuki niteliği açısından farklılık bulunmakta, mahiyeti itibarıyla temlik cirosundaki teminat işlevi dolayısıyla ortaya çıkan teminat şahsi bir teminat olup, bu şekilde yapılan bir işlem cirantanın başvuru borçlusu sıfatıyla ödemeyi şahsen temin etmesi anlamına gelirken rehin cirosunda ise kıymetli evrakın taşınır eşya olması sebebiyle eşyanın (senedin) içerdiği (mündemiç) hakkın teminat vazifesi gördüğü bir teminat işlemi söz konusu olacaktır. Uygulamada örtülü rehin cirosu yapıldığı durumlarda, özellikle ispat açısından alacaklı ticari defter ve kayıtlarının tetkik edilmesi de yerinde olacaktır. Kambiyo senetleri içerisinde poliçe ve bonodan farklı olarak çekte açık veya örtülü rehin cirosuna Yargıtay'ın cevaz vermediği de gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husustur.

KAYNAKÇA

Alışkan M, Kambiyo Senetlerinde Temlik Ciro, (1st edn, Yayılım Yayıncılık, İstanbul 1998).

Arsılanlı H, Ticari Senetler Dersleri (3rd edn, Üniversite Kitabevi 1954).

Bahtiyar M, Kıymetli Evrak Hukuku (18th edn, Beta Basım Yayın 2020).

Baumbach A, Hefermehl W and Casper M, Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht des Zahlungsverkehrs: WG, ScheckG, Recht des Zahlungsverkehrs mit AGB Banken/Scheckbedingungen und einer Einführung in das Wertpapierrecht (24th edn, C.H. Beck 2020).

Baumbach A, Hopt K J and Leyens P C, Handelsgesetzbuch: HGB mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), (40th edn, C.H. Beck 2021).

Bülow P, Heidelberger Kommentar zum WechselG/ScheckG/AGB (4th edn, C.F. Müller 2004).

Çamoğlu E, Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri (1st edn, Vedat Kitapçılık 2020).

Damrau J, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7 Sachenrecht §§ 854-1296 (8th edn, C.H. Beck 2020).

Davran B, *Rehin Hukuku Dersleri* (1st edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1972).

Demirkapı E, *Kambiyo Senetlerinin Avâl Yoluyla Temini* (1st edn, Güncel Yayınevi 2005).

Domanıç H, ‘Kambiyo Senetlerinde Rehin Ciro su’, in Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan (1st edn, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1964), 519-541 (Rehin Ciro su).

Domanıç H, *TTK Şerhi IV Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, (1st edn, Temel Yayınları 1990).

Erdem N, ‘Ticari Defterlerin Sahibi Lehine Delil Olma Şartlarının 7251 sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerle Birlikte Değerlendirilmesi’ *Malî Hukuk Dergisi*, (2021) 17 (193) 79-131 (Ticari Defterler).

Erdem N, *Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler* (Tahrifat), (1st edn, Vedat Kitapçılık 2008) (Tahrifat).

Ertekin E and Karataş İ, *Uygulamada Ticari Senetler* (3rd edn Turhan Kitabevi 1998).

Gelpcke W, *Beiträge zur Kenntniss des Handels- und Wechsel-Rechts*, (1st edn, Verlag der Nicolai chen Buchhandlung 1848).

Hirsch E E, ‘Zur Garantie- und Transportfunktion des Wechselindossaments, BGH Urt. v. 10.4.1954 – II ZR 314/53 (LG Ravensburg)’, (1954) *NJW* 1196-1197.

Hueck A and Canaris C W, *Recht der Wertpapiere* (12th edn, Franz Vahlen Verlag 1986).

Jäggi P, Druey J N and Chrisvon Greyerz C, *Wertpapierrecht unter besonderer Berücksichtigung von Wechsel und Check* (1st edn, Helbing und Lichtenhahn Verlag 1985).

Jäggi P, in: *Zürcher Kommentar*, V. Band: Das Obligationenrecht, 7. Teil: Die Wertpapiere, (Art. 965 - 989 und 1145 – 1155), (1st edn Schultess 1959).

Karayalçın Y, ‘Rehin Ciro sunda Rehneden Cirantanın Hukuki Durumu’, in *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu: Bildiriler – Tartışmalar* (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları 1984) 227-262 (Rehin Ciro su).

Karayalçın Y, Ticaret Hukuku Dersleri, Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), (3rd edn, Ankara Üniversitesi Yayınları 1970).

Kendigelen A, Çek Hukuku (5th edn, Oniki Levha 2019).

Kınacıoğlu N, Kıymetli Evrak Hukuku (3rd edn, Nobel Yayın Dağıtım 1999).

Kubilay H, ‘Kambiyo Senetlerinin Rehni’ (1987) 3 (1-4) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 497-513.

Meier-Hayoz A and von der Crone H C, Wertpapierrecht (2nd edn, Stämpfli Verlag 2018).

Mörtzsch M, Die Garantiezeichnung des Wechsels, (1st edn, Peter Lang Verlag 1995).

Müller-Christmann B and Schnauder F, Wertpapierrecht - Eine falldidaktische Einführung (1st edn, Springer 1992).

Oetker H and Maultzsch F, Oetker Handelsgesetzbuch: HGB Kommentar (7th edn, C.H.Beck 2021).

Oftinger K and Bär R, in Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 884-918 ZGB. Das Fahrnispfand Band IV/2c - Das Sachenrecht - Die beschränkten dinglichen Rechte (3rd edn, Schulthess 1981).

Öztan F, Kıymetli Evrak Hukuku (2nd edn, Turhan Kitabevi 1997).

Poroy R and Tekinalp Ü, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları (23rd edn, Vedat Kitapçılık 2019).

Pulaşlı H, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları (8th edn, Adalet 2020).

Richardi R, Wertpapierrecht, (1st edn, C.F. Müller, 1987).

Rödig J, Das Recht aus dem Papier, (1st edn, Gieseking 1973).

Schimansky H, Bunte H-J and Hans-JüLwowski H-J, Bankechts-Handbuch (4th edn, C.H Beck 2011).

Sedatis L, Einführung in das Wertpapierrecht (1st edn, De Gruyter 1988).

Staub H and Canaris C W, Staub Handelsgesetzbuch: HGB, Band 8: §§ 343-372 (4th edn, De Gruyter 2004).

Şimşek E, Hukukta ve Cezada Ticari Senetler (1st edn, Yonca Matbaası 1982).

Toros D İ, Teori ve Uygulamada Aval, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019).

Tuor P, Schnyder B, Schmid J and Jungo A, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (14th edn, Schultess 2015).

Ulmer E, Das Recht der Wertpapiere (1st edn, Kohlhammer 1938).

Ülgen H, Helvacı M, Kaya A and Nomer Ertan N F, Kıymetli Evrak Hukuku (13th edn, Vedat Kitapçılık 2021).

Yılmaz A, ‘Kambiyo Senetlerine Rehin Ciro su ve Rehin Ciro sunun Teminat İşlemi’, (2011) 10 (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 287-308.

Zobl D, in Berner Kommentar, Das Fahrnis pfand, Art. 888-906 ZGB, mit kurzem Überblick über das Versatzpfand (Art. 907-915 ZGB), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, (2nd edn, Stämpfli Verlag 1996).

Zöllner W, Wertpapierrecht (15th edn, C.H. Beck 2006).

- Araştırma Makalesi -

#BACKLASH AGAINST INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT (ISDS) AND ITS REFORM MOVEMENT*

(YATIRIMCI-DEVLET UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLUNA TEPKİLER VE BU
DOĞRULTUDA GERÇEKLEŞTİRİLEN REFORM HAREKETİ)

Av. Dr./Atty. Dr. Fulya TEOMETE YALABIK**

ABSTRACT

The most debated topic of contention in international investment law of the last decades has been observed as the Investor-State Dispute Settlement. The main purpose underlying this alternative mechanism is to solve the disputes between the safeguard of foreign investors from the host state's instability and the state's sovereignty. It is an unconcealable fact that the current regime is unguarded to be abused and so under threat since it is not designed to find the balance between foreign investors rights and restricting the states' sovereignty rights by valuing the public interest above. It is seemed to be that the system was construed on a structure that does not separate commercial disputes and investor-state disputes, and so it can be said that the mechanism ignores to guarantee the public interest, which is a vital feature in investor-state disputes.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 26.03.2021 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 03.05.2021 tarihinde birinci hakem; 12.05.2021 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İstanbul Bar Association, fteomete@gmail.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-1684-5898.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

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

Bu makaleye atıf için; TEOMETE YALABIK, Fulya, "Backlash Against Investor-State Dispute Settlement (ISDS) and Its Reform Movement", REGESTA, Cilt: 6, Sayı: 1, 2021, s. 153-184.

Keywords: Investor-State Dispute Settlement, Transparency, Third-Party Funding, Energy Disputes

ÖZ

Son yıllarda uluslararası yatırım hukukunda en çok ele alınan tartışma konusunun Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözümü olduğu gözlenmektedir. Bu alternatif mekanizmanın temel amacı, yabancı yatırımcıların ev sahibi devletin istikrarsızlığından korunmasının sağlanması ile ev sahibi devletin egemenlik hakları arasındaki menfaat çatışmasından doğacak uyuşmazlıkları çözümlenektir. Mevcut rejimin, yabancı yatırımcı hakları ile ev sahibi devletlerin egemenlik haklarının kısıtlanması arasındaki dengeyi sağlayarak, kamu menfaatinin üstün tutmak üzere tasarlanmaması nedeniyle suiistimal edilmeye açık ve bu nedenle de tehdit altında olduğu saklanamaz bir gerçektir. Bu uyuşmazlık çözüm sisteminin ticari ihtilafları ve yatırımcı-devlet ihtilaflarını birbirinden ayırmayan bir yapıya sahip olması, yatırımcı-devlet ihtilaflarında, aynı zamanda kamu yararını garanti altına alma gereğinin görmezden gelinmesine neden olmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözümü, Şeffaflık, Üçüncü Taraf Finansmanı, Enerji Uyuşmazlıkları

Introduction

The most debated topic of contention in international investment law of the last decades has been Investor-State Dispute Settlement (ISDS). ISDS is simply a system that secures foreign investors access to a specialised adjudication that is independent of the national jurisdiction of the host state.¹ In other words, this mechanism focuses on providing legal certainty and protection of foreign investors against the risks of policy changes and the possible lack of neutrality and impartiality of do-

¹ Sergio Puig and Gregory Shaffer, “Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law” (2018) 112 (3) The American Journal of International Law 361, 395.

mestic courts of the host State.² Investment regime is not a pure system; it is the combination of private and public aspects.³ The main purpose underlying this alternative mechanism is to solve the disputes between the safeguard of foreign investors from the host state's instability and the state's sovereignty.⁴

As a result of the criticisms of ISDS, in July 2017, United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) authorised its Working Group III to determine and examine concerns respecting ISDS and the expediency of reforming ISDS. The Working Group is also empowered to develop and recommend solutions. The decision to develop solutions was rendered in New York, April 2019.⁵ The debates for reforming ISDS are realising in many countries by generating new dispute settlement method and concepts, exploring alternatives for dispute prevention, and discussing substitute form of bilateral and regional treaties and renegotiating or concluding actual ones.⁶

In this regard, in the UNCITRAL Secretariat's Note⁷ blueprinting the performance of ISDS and various criticisms of the regime, it is observed that these transmitted considerations were pertinent to its legitimacy and democratic accountability. Based on this, at first, instead of a simple reform of ISDS, a complete reform of international investment law was considered. But later, Secretariat decided not to explore a comprehensive shift of the structure all at once. Accordingly, it is suggested that reform would be more efficient if the proposals and implementation process

² Fact Sheet, Investor State Dispute Settlement (ISDS), OFFICE US TRADE REP, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/fact-sheets/2015/march/investor-statedispute-settlement-isds> (accessed 20.05.2021).

³ Alexis Galan, "The Search for Legitimacy in International Law: The Case of the Investment Regime" (2019) 43 *Fordham Int'l LJ* 79, 83-84.

⁴ *ibid* 93; Alex Mills, "Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration", (2011) *J INT'L ECON L* 469.

⁵ Marc Bungenberg and August Reinisch (eds), Special Issue: From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court, *European Yearbook of International Economic Law* (2nd edn, Springer 2020) 1.

⁶ UNCITRAL Draft Report of Working Group III, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/draft_report_of_wg_iii_for_the_website.pdf (accessed 20.05.2021).

⁷ United Nations Commission on International Trade Law, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), Thirty-sixth session, "Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS)", <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.149> (accessed 20.05.2021).

would be in several steps in which the first phase will be reconstructing the system.

Potential reforms to ISDS suggested in the Note comprises two alternatives for more comprehensive analysis. These are tailoring the current system with the establishment of an autonomous appellate mechanism; or designing a `multilateral investment court` (MIC) by a total shift from the ongoing ISDS regime which is in the line of fire.

It is an unconcealable fact that the current regime is unguarded to be abused and so under threat since it is not designed to find the balance between foreign investors rights and restricting the states` sovereignty rights by valuing the public interest above. It is seemed to be that the system was construed on a structure that does not separate commercial disputes and investor-state disputes, and so the mechanism ignores to guarantee the public interest, which is a vital feature in investor-state disputes.

With case examples, this article evaluates the main concerns regarding the ISDS system and examines the predominant legal issues that may impede the settlement of “energy disputes” between investors and states. In this regard, appropriate recommendations for reforms, which might mitigate these issues, are suggested. This article concludes that the biggest change would be adopting an appeal mechanism that will provide a decentralized and consistent system. Other than that, the fundamental elements of the current regime would be maintained, however countries may agree separately on bespoke changes to their new IIAs. This would be a model or a preparation process for future transformation.

I. Evaluation of the concerns regarding ISDS

It has been argued that the core of the problems that exists in ISDS regime is linked with the ignorance that international commercial and investment arbitration are two different forms of adjudication.⁸ Invest-

⁸ Jan Paulsson, “International Arbitration is not Arbitration” (2008) 2 Stockholm International Arbitration Review 1; Gus Van Harten, “The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims Against the State” (2007) 56 ICQL 372; Chrispas Nyombi and Tom Mortimer, “Towards a New World Economic Order: Proposal For a World Investment Court” (2019) 3 JBL 200, 206-7; Ana M Lopez-

ment arbitration is envisaged to be public in nature since the states are party to the proceedings which leads to the involvement of public interest and public policy matters.⁹ It depends on ad hoc tribunals of party-appointed arbitrators that have to analyse ambiguous treaty rules like “fair and equitable treatment”.¹⁰ Since the arbitrators are appointed on an ad hoc basis and are allowed to be involved in other arbitrations (“Double Hats”), it is possible that their approach may favor the party that appointed them which impair their independence and impartiality.¹¹ The decisions of investment tribunals have broader implications for both other states and international law as a whole.¹² For that reason, investment arbitration is considered to be not suitable to adapt the quality of review necessary for public law.¹³

Unfortunately, tribunals in investor-state disputes still indicate the values of the system of commercial arbitration, which is not generated public law concerns. In this respect, the awards do not strengthen the improvement of coherent case law and are unsatisfactory in regards to legitimacy compared to permanent courts.¹⁴ Even though investment disputes require greater consistency in decision-making, investment arbitration does not support the *de jure* doctrine of precedent.¹⁵ Failure to recognise the vital difference between international commercial and investment arbitration has contributed a lack of consistency in decisions rendered by investment tribunals.¹⁶

In recent years, India, Indonesia, South Africa, Bolivia, Ecuador and Venezuela have all began to terminate investment treaties; Argentina, El Salvador and Nicaragua warned to leave their investment treaties,

Rodriguez, “Investor-State Dispute Settlement in the EU: Certainties and Uncertainties (2017) 40 *Hous J Int’l L* 139, 147.

⁹ Nyombi and Mortimer (n 8) 3.

¹⁰ Puig and Shaffer (n 1) 366.

¹¹ Sergio Puig, “Blinding International Justice” (2017) 56 *VA J INT’L L* 647, 661, 672.

¹² Surya Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle* (Hart Publishing 2016) 172.

¹³ Harten (n 8).

¹⁴ Georgios Dimitropoulos, “National Sovereignty and International Investment Law: Sovereignty Reassertion and Prospects of Reform” (2020) 21 *Journal of World Investment & Trade* 71, 100.

¹⁵ Nyombi and Mortimer (n 8) 5.

¹⁶ *ibid.*

and some countries such as Norway and New Zealand initiated new restraints on using ISDS.¹⁷ This is because of the disappointment of treaties that did not achieve the promise of foreign investments that appears to produce the peril of destructive awards. Nowadays, the complaints about ISDS reveals in Europe, where the architects of this mechanism are rooted.¹⁸ This fact questions the assumption that only developing countries or those with weak legal systems may encounter ISDS.¹⁹

In other words, it seems to be the struggle to the investor-state regime is not confined to developing countries anymore. Conflicting attitudes towards ISDS are expanding to developed countries like Canada, Germany, and Australia. Even though the United States has a strongly favourable case history in ISDS, she has opposed ISDS during NAFTA negotiations. While some countries resist ISDS due to adverse results or excessive costs, others are withdrawing for sovereignty.²⁰

Legitimacy concerns regarding the ISDS mechanism, such as lack of transparency, coherence, and arbitrators' impartiality finally received the attention of the European Union (EU) and became a global problem when private companies began to file claims against EU states.²¹ Accordingly, the EU also followed the anti-ISDS movement, which was characterised the "backlash against investment arbitration".²² The EU supported only for a state-to-state dispute settlement mechanism and denied circumventing national courts.²³ This approach was taken by the EU in

¹⁷ Puig and Shaffer (n 1) 365.

¹⁸ George III Kahale, "Rethinking ISDS" (2018) 44 Brook J Int'l L 11, 13-14.

¹⁹ Roberto Echandi, "The Debate on Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement: Empirical Evidence (1987-2017) and Policy Implications" (2019) 34 (1) ICSID Review 32, 46.

²⁰ Tim R Samples, "Winning and Losing in Investor-State Dispute Settlement" (2019) 56 (1) American Business Law Journal 115, 145-6.

²¹ Between 1999 and 2018, there are 213 claims brought against EU states, Investment Dispute Settlement Navigator, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>, (accessed 20.05.2021).

²² Alan Uzelac, "Why Europe Should Reconsider Its Anti-Arbitration Policy in Investment Disputes" (2019) 1(2) Access to Justice in Eastern Europe, 9.

²³ European Parliament resolution of 8 July 2015 containing the European Parliament's recommendations to the European Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) (2014/2228(INI)),

the context of negotiations regarding the EU-US trade agreement, Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP). In the end the treaty negotiations were terminated for a different reason, but these seemingly failed negotiations led to the adoption of another instrument for the protection of trade and foreign investments.²⁴ By this way, the EU declines ISDS provisions and embraced provisions of a hybrid investment tribunal which does not allow the typical features of arbitration such as party-driven selection of adjudicators.²⁵ In this regard, growing concerns about investor-state dispute settlement systems pressured the EU to promote an investment court system (MIC) and devise to adopt an institutional structure of the World Trade Organisation (WTO) Appellate Body as a model for reform.

Turkey's ISDS participation demonstrates that even though the ongoing system operates moderately, it could be advanced to become more 'reliable, cost-effective and efficient'. Accordingly, Turkey has been modifying and renegotiating its bilateral investment treaties (BITs) to maintain a better legal support for the settlement of investment disputes. Nevertheless, given the high number of BIT's that should be revised, Turkey contemplates concurrent reforms in the other parts of the ISDS system with the contributions and involvement of all stakeholders. For this reason, Turkey also supports UNCITRAL as a convenient multilateral platform to analyse and adopt the reforms.²⁶

1. Inconsistency of Decisions and Lack of an Appeal Mechanism

One of the core aspects of international investment law is the fragmented and decentralized structure in which 3,367 separate International Investment Agreements (IIAs)²⁷ co-exist and constitute legally binding norms on a bilateral base. There is no multilateral agreement administe-

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0252_EN.pdf?redirect (accessed 20.05.2021).

²⁴ Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) with Canada.

²⁵ Uzelac (n 22) 10, 11.

²⁶ United Nations Commission on International Trade Law, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), Thirty-eight session, Submission from the Government of Turkey, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.174> (accessed 20.05.2021).

²⁷ Jaemin Lee, "Mending the Wound or Pulling It Apart? New Proposals for International Investment Courts and Fragmentation of International Investment Law", (2018) 39 *Nw J Int'l L & Bus* 1.

ring or harmonizing these various IIAs. For this reason, the same issues are sometimes concluded differently. Besides, investment tribunals follow different resolutions and may even reach controversial jurisprudence for essential points of IIAs. Since governing laws differentiate, it is incapable to have incompatible outcomes. However, disputing parties potentially consider this situation causing non-identical case law on substantially similar issues as an obstruction. On the other hand, there are some cases with the same parties, identical facts and governing laws that are controversial, which raise legitimacy concerns. In other words, some of the inconsistencies can be derived from differences in the provisions of the applicable investment treaties. Others, may emerge from different interpretations of identical provisions or provisions whose differences are unimportant.²⁸

Legitimacy criticisms in regards to inconsistent decisions of two tribunals can be seen between two cases: *CME v Czech Republic* and *Ronald Lauder v Czech Republic*.²⁹ In these seemingly two different cases, the same investor, by filing 'twin' claims under two investment treaties, with the same facts, legal norms and parties, causes abuse of process.³⁰ The CME tribunal held there was a treaty violation since the Czech Republic weakened the deal on which the investor committed when investing. On the contrary, the Lauder tribunal decided that there was no inconsistency resulting unfair and inequitable treatment.³¹

As another example, in *TECMED v Mexico*,³² the tribunal concluded that Mexico had violated the Fair and Equitable Treatment (FET) clause and in this respect reflected a noticeably restrictive approach. No-

²⁸ Andrea K Bjorklund, "The Legitimacy of the International Centre for Settlement of Investment Disputes" in N Grossman, H Cohen, A Follesdal, G Ulfstein (eds.), *Legitimacy and International Courts* (Studies on International Courts and Tribunals 246).

²⁹ *CME Czech Republic v Czech Republic*, Ad hoc-UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award 14 March 2003; *Lauder v Czech Republic*, Ad Hoc-UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award, 3 September 2001.

³⁰ Nyombi and Mortimer (n 8) 207; Bjorklund (n 28) 243.

³¹ See Susan D Franck, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions" (2005) 73 *Fordham L Rev* 1521.

³² *Tecnicas Medioambientales Tecmed S A v The United Mexican States*, ICSID Case No ARB (AF)/00/2, Award (May 29, 2003), 19 ICSID REV 158 (2004).

nevertheless, in *Parkerings-Compagniet AS v Republic of Lithuania*,³³ the tribunal stated that Lithuania did not breach the FET clause, emphasizing that investors should anticipate regulatory modifications. According to these two incoherent awards, in *TECMED*, the principle of protecting investor's rights won the case; on the other hand, *Parkerings-Compagniet* was decided in favour of the state sovereignty, which raises concerns about the legitimacy of the ISDS regime.

Appellate mechanisms essentially serve two intersecting legal objectives. First, they grant the unsatisfied party the chance to get reviewed the decision; second, they contribute consistency and certainty by enforcing the principle of the equal treatment of factually identical cases. However, in ISDS, it does not exist a proper appeal mechanism that can review decisions and unify the fragmented jurisprudence.³⁴ For example, in *CMS Gas Transmission Company v The Republic of Argentina*,³⁵ ICSID annulment committee found itself incapable of setting aside or revising an award, even after determining "manifest errors of law". Arbitral tribunals are not bound by 'stare decisis', so they have no responsibility to resolve the dispute by considering preceding awards in similar issues.³⁶

The absence of an appellate system in ISDS is not just engendering inconsistent decisions. Since investor-states disputes are generally undertaking issues affecting public law and interest, the lack of a mechanism to review a decision may have important implications on a state's regulatory power.³⁷

2. Lack of Independence and Impartiality

The appointment of arbitrators has been a reason of contention in ISDS. It has been questioned that the current appointment design does not bar a "revolving door" issue that is called as "Double Hats" under

³³ ICSID Case No ARB/05/8, Award (Sep 11, 2007) para 335-36.

³⁴ Thomas Dietz, Marius Dotzauer and Edward S Cohen, "The Legitimacy Crisis of Investor-State Arbitration and the New EU Investment Court System" (2019) 26 (4) Review of International Political Economy 749, 757.

³⁵ ICSID Case No ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the application for annulment, 25 September 2007, para 97, 127, 150, 157-9.

³⁶ Lopez-Rodriguez (n 7).

³⁷ Gus Van Harten, "Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law" in Stephan W Schill (eds) International Investment Law and Comparative Public Law, 2010, 631; Galan (n 3) 101-2.

which counsels working with the clients may later become their arbitrators, or vice versa.

It has also been argued that arbitrators are a small, closed group of experts who makes access to the 'secret club' very challenging for other arbitrators. In this regard, the parties have a clear tendency to re-appoint experts whose point of views, approaches and beliefs are predictable and familiar to them. Further, appointing experienced and popular arbitrators may potentially have an influential power of convincing the other members of the tribunal.³⁸ For instance, according to the "Corporate Europe Observation Report" Brigitte Stern is distinguished as the state's most preferred arbitrator. In this respect, she has been challenged in certain cases for her re-appointments which were causing concerns regarding the impartiality principle.³⁹

Moreover, "issue conflicts" can also lead to problems. This type of conflicts may derive from the arbitrator's connection with the topic in dispute, not the parties, of the case. Such conflicts can emerge where the arbitrator is acted as counsel in another case with the same legal issue; and where the arbitrator has previously declared his/her viewpoint on the points in question.⁴⁰

In *Republic of Ghana v Telekom Malaysia Berhad*⁴¹, Ghana claimed that the arbitrator at stake had an issue conflict because he had been serving two controversial roles at the same time, as a pro-investor position on the interpretation of an issue of expropriation law and as an arbitrator in the case against Ghana. The Dutch court stated that the arbitrator could not play both the role of arbitrator and perform his duty as counsel

³⁸ Echandi (n 19) 40-41.

³⁹ CEAC Holdings Ltd v Montenegro; Highbury International AVV, Compania Minera de Bajo Caroni AVV, and Ramstein Trading Inc v Venezuela, ICSID Case No ARB14/10; Gloria Maria Alvarez, et al, "A Response to the Criticism Against ISDS by EFILA" (2016) 33 (1) Journal of International Arbitration 1, 19.

⁴⁰ Gavan Griffith and Daniel Kalderimis, "'Pure' Issue Conflicts in Investment Treaty Arbitration", in David D. et al (eds), *Practising Virtue: Inside International Arbitration* (OUP 2015) chapter 38; Ariel Anderson, "Saving Private ISDS: The Case for Hardening Ethical Guidelines and Systematizing Conflicts Checks" (2018) 49 Geo J Int'l L 1143, 1148.

⁴¹ *Republic of Ghana v Telekom Malaysia Berhad*, HA/RK 2004.667, 18 October 2004, para 3.

in the other case. So, after resigning as counsel, the arbitrator continued his arbitrator role.⁴²

Lack of gender and geography diversity in ISDS also cause impartiality concerns. For example, Western European arbitrators are the most frequently appointed arbitrators all around the world, which signals the absence of diversity can cause to discredit the impartiality of ISDS.⁴³

3. Openness and Transparency

In spite of some progress, the lack of transparency persists to be a serious legitimacy matter that obstructs the efficient public control of arbitrators.⁴⁴

It can be identified that investor-state disputes have distinctive characteristics that may be inexpedient with the confidentiality principle initially created for commercial arbitration. For this reason, investor-state disputes inherently necessitate tailored rules balance preserved trade secrets of foreign investors and state confidential information and the requirement to notify the public.⁴⁵

Transparency's importance in investor-state disputes can be seen more clearly, particularly in environmental, health-related cases that comprise intensively public interest. For instance, in *Vattenfall v Germany*, between the Swedish energy company and the German government, Germany's decision to reject nuclear energy due to the public interest was deliberated.

Similarly, in *Philip Morris v Australia* and *Philip Morris v Uruguay*, Philip Morris challenged the aforesaid states' steps regarding tobacco plain packaging. These cases highlighted the significance of public interest, which plays an effective role in the decision-making process. In investor-state disputes, unlike commercial arbitration, it should be given

⁴² *ibid* para 4-5.

⁴³ Echandi (n 19) 42.

⁴⁴ Dietz et al (n 34) 757; Barnali Choudhury, Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit? (2008) 41 VAND J TRANSNAT'L L 775.

⁴⁵ Joanna Lam and Güneş Ünüvar, "Transparency and Participatory Aspects of Investor-State Dispute Settlement in the EU "new wave" Trade Agreements" (2019) 32 Leiden Journal of International Law 781, 785.

more weight to the principle of transparency than confidentiality to inform the public to make themselves heard for their interest.

The concept of transparency has expanded to cover the ‘friend of the court’ *amicus curiae* participation by non-disputing parties, which is a person not directly engaged in a case but advises the court.⁴⁶ *Amici curiae* participation can be provided by signing BITs and Free Trade Agreements (FTAs) or adopting model BITs that already include this participation. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) amended its Arbitration Rules to recognise *amici curiae* to file submissions. However, the applications are not often successful, or participation is very limited in scope.⁴⁷ It is also admitted that investment treaty tribunals have the power to allow the participation of *amici curiae*.⁴⁸

Participation of *amici curiae* improves procedural openness and prevents the understanding of the arbitral proceeding as obscure.⁴⁹ *Amici curiae* participation is also helpful to focus on points the parties are incapable or reluctant to mention and produce the tribunals more thorough legal arguments to reach deeper conclusions of a decision.⁵⁰ Since investor-state disputes may potentially involve an alteration in the law of the state party and affect public law issues, the public will need broader

⁴⁶ Collins Dictionary, <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/amicus-curiae>, (accessed 20.05.2021). For the third-party participation “*amicus curiae*” and its plural form “*amici*” latin words will be used as terminology throughout this essay.

⁴⁷ Lucas Bastin, “The *Amicus Curiae* in Investor-State Arbitration” (2012) 1 (3) CJICL 208, 212; *Apotex Holdings and Apotex Inc v United States of America*, UNCITRAL, Procedural Order No 2 on the Participation of a Non-Disputing Party, 2011; *Eli Lilly and Company v The Government of Canada*, UNCITRAL, ICSID Case No UNCT/14/2, Procedural Order 4, 2016; Bjorklund (n 28) 248.

⁴⁸ C Knahr, “Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration” (2007) 23 *Arbitration International* 327.

⁴⁹ Eugenia Levine, “*Amicus Curiae* in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation” (2011) 29 (1) *Berkeley Journal of International Law* Volume 207, 217; J VanDuzer, “Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration Through Transparency and *Amicus Curiae* Participation” (2007) 52 *McGill LJ* 681; Bastin (n 47) 223; Gus Van Harten, “The European Commission and UNCTAD Reform Agendas” 128, 139-140, in Steffen Hindelang, Markus Krajewski (eds), *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified* (OUP 2016).

⁵⁰ T Ishikawa, “Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration, (2010) 59 *ICLQ* 373, 402-403.

transparency than private commercial arbitration. Moreover, ISDS provides investors to skirt domestic jurisdiction and question democratically legislated laws via a private proceeding. So, the admission of amici curiae helps to gather required key information and foster matters regarding public interest that are necessary to render a decision properly. Furthermore, it gives amicus, as the representatives of the public, a democratic chance to observe and control the judicial decision-making process of the tribunal and thereby perform a 'symbolic validation' duty.⁵¹

However, it is also a true concern that amicus curiae participation can cause a rise in cost and delay. Another concern is non-parties' interference on the consensual and autonomous character of arbitration, which can be seen as undermining party autonomy.⁵² Amicus curiae may also harm confidentiality and privacy principles.⁵³ Besides, third-parties that are not independent of the parties may try to manipulate the process by serving as amici curiae and may possibly act malevolently.⁵⁴

Despite the argued disadvantages, it is clear that amici curiae are valuable players in investor-state arbitrations. They play a significant role to balance public interest with investors' benefits by contributing to prevent criticisms concerning 'redundant' confidentiality. The desired transparency of the investor-state arbitration system requires the 'active' involvement of amici curiae. In this regard, it is the tribunals who have the discretion to strike a balance between refraining from the complications causing undue cost/delays and impartiality concerns and the contribution of the amici submissions in the case by being voice of the public.

4. Cost and Duration

Transplantation of an inherently private mechanism, international commercial arbitration, into a public law framework has been causing undesirable disparities.⁵⁵

⁵¹ A Newcombe, A Lemaire, "Should Amici Curiae Participate in Investment Treaty Arbitrations?" (2001) 5 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* 22, 30; Bastin (n 47) 224; Galan (n 3) 101.

⁵² Newcombe (n 51) 32; Bastin (n 47) 225.

⁵³ Levine (n 49) 220; A Boralessa, "The Limitations of Party Autonomy in ICSID" (2004) 15 *American Review of International Arbitration* 253.

⁵⁴ Bastin (n 47) 226.

⁵⁵ Stephan Wilske, Martin Raible and Lars Markert, "International Investment Treaty arbitration and International Commercial arbitration- Conceptual Difference or Only A 'Status Thing'?" (2008) 1 *Contemp Asia Arb J* 213, 213-34.

The costs of being a party in ISDS may require courage. According to studies, USD 5 million per case on average for each disputing party is needed to compensate legal fees and the costs of the arbitral tribunal.⁵⁶ In the *Yukos* arbitration cases, the respondent state's costs were USD 27 million (and the claimant's costs USD 80 million).⁵⁷ Additionally, in *Libananco v Turkey*⁵⁸, the respondent's costs were roughly USD 36 million (while the claimant's were USD 24 million).⁵⁹

It is also a significant concern that ISDS is not fast enough. In the last three decades, the briefest arbitral process has been one year, whilst the long-continued has been nearly ten years and a typical time for most of the ISDS proceeding is almost four years.⁶⁰

On the other hand, the political costs of ISDS can be more troublesome, both for States and investors. Many governments have concerns about the possible influence of acting as a defendant in ISDS cases which may harm their prestige through future investment projects. For this reason, in most cases, ISDS serve as pressure or threat to compel parties to negotiate and settle in order to prevent the costly running battle of ISDS process.⁶¹

5. Third-Party Funding (TPF)

Investment arbitration disputes have been appealing to funders because the amount of compensation achieved from these cases is frequently higher than in commercial arbitration. Also, investor-state disputes have no counterclaim likelihood for respondent states which turns such

⁵⁶ Matthew Hodgson, "Costs in Investment Treaty Arbitration: The Case for Reform" in Jean E Kalicki and Anna Joubin-Bret (eds) *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century* (Brill 2014) 748, 756.

⁵⁷ *Veteran Petroleum v Russia* (2005), *Yukos Universal v Russia* (2005), *Hulley Enterprises v Russia* (2005).

⁵⁸ *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB/06/8).

⁵⁹ Lise Johnson, Lisa Sachs, Brooke Güven and Jesse Coleman, "Costs and Benefits of Investment Treaties, Practical Consideration for States" (March 1 2018), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3277965 (accessed 20.05.2021).

⁶⁰ Echandi (n 19) 55.

⁶¹ Jonathan Klett, "National Interest v Foreign Investment- Protecting Parties Through ISDS" (2016) 25 *Tul J Int'l & Comp L* 213, 225.

disputes into a very profitable market for funders.⁶² For example, in *Teinver v Argentina* case,⁶³ Burford Capital obtained a 736% profit on its investment.

It should also be noted that TPF is also possible for respondent states. In *RSM v Grenada* case,⁶⁴ Global Petroleum Group funded Grenada's defence. However, there were assertions that Global Petroleum had been ensured the oil exploration rights after withdrawn from RSM.⁶⁵ This case example shows that even though in principle, TPF is also available to respondent states, TPF is originally designed for claimants in ISDS and inclined in favour of the investors.⁶⁶ In this respect, the process is not transparent enough to control, and so is open to legitimacy and fairness concerns.

Another reason why funders support such disputes is to acquire control and economic power over the case. In this way, they can affect the management and result of the case. Moreover, the anticipation of generating an advantageous precedent that would support their future disputes is also a motivational purpose.⁶⁷ In *Quasar de Valores SICAV S.A. et al. v The Russian Federation*,⁶⁸ the funder was a former majority shareholder in the Russian oil company Yukos, rather than an independent third-party funding company. By funding the *Quasar de Valores* case, the funder was hoping to establish an expedient precedent in the expectation that would be beneficial for his future case. The case at stake was a major dispute against Russia linked with the substantial Yukos case un-

⁶² Catherine A Rogers, "Gamblers, Loan Sharks & Third-Party Funders" in *Ethics in International Arbitration* (2014) 177, 178-9; Rachel Denae Thrasher, "Expansive Disclosure: Regulating Third-Party Funding for Future Analysis and Reform" (2018) 59 BC L Rev 2935, 2936.

⁶³ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1; Frank J Garcia, "Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System" (2018) 59 BC L Rev 2911, 2916.

⁶⁴ *RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/05/14.

⁶⁵ Thrasher (n 62) 2941.

⁶⁶ Frank J Garcia, Leo Gargne, Eric De Brabandere, Rachel D. Thrasher and William Park, "Reforming International Investment Law: Opportunities, Challenges, Paradigms" (2018) 59 BC L Rev 2899, 2900.

⁶⁷ *ibid* 2901.

⁶⁸ SCC Arbitration No. 24/2007, Award of 20 July 2012, para. 223.

der the Energy Charter Treaty (ECT). Moreover, the tribunal declined the funded party's application to recover costs since the funder was solely attempting to produce an advantageous precedent and could not obtain repayment from the funded party, even if the funded party won the case.⁶⁹

TPF impairs access to justice for developing respondent states by unbalancing the system and affecting the disadvantaged states' power to control regulatory change.⁷⁰ It is reasonably argued that funders are deliberately aiming at the BIT/ISDS as an investment means due to its peculiar structural characteristics: the awards are unappealable, legally binding, and the majority of ISDS arbitral awards are published, which helps to foresee whether a case will succeed or not.

In other words, in an already imbalanced system, funders confer increased superiority on investors against states with limited substantive rights and no appellate rights.⁷¹

TPF could harm the core structure of ISDS system, which is in connection with public interest more than private commercial interests. It should not be ignored that respondent states in investor-state disputes are in a unique position in which investors are complaining of the states' measures of general public interest, environmental law, labour protections and other social-economic rights.⁷² TPF clearly seems to be non-convenient for ISDS, designed for private-private disputes settled in commercial arbitration and should be banned. If this cannot be done, then stronger regulations requiring mandatory and expansive disclosure would be definitely a must to balance the delicate equilibrium and provide the transparency needed in investor-state disputes.⁷³ This mandatory disclosure should involve not only the existence and identity of third-party funders but also the general structure of these funding agreements⁷⁴ to prevent any legitimacy concerns.

⁶⁹ Victoria Shannon Sahani, *Revealing Not-for-Profit Third-Party Funders in Investment Arbitration*, <https://oxia.oupplaw.com/page/565> (accessed 20.05.2021).

⁷⁰ Garcia (n 63) 2925.

⁷¹ *ibid* 2921; Thrasher (n 62) 2937.

⁷² Thrasher (n 62) 2948.

⁷³ *ibid* 2935.

⁷⁴ *ibid* 2946.

II. The Main Issues that may prove to be an obstacle in settlement of “Energy Disputes”

Settlement of Energy disputes has common issues with the general ISDS regime, however on several points such as “right to regulate” and recent *Achmea* case’s impacts on the future of Energy dispute settlement mechanism, “compatibility with the EU law”, “third-party participation” and “environmental protection” are some of the salient topics that should be examined separately. Of course, there are other important issues regarding the Energy sector as well. Nevertheless, to limit the essay, only these obstacles are analysed.

A. Right to Regulate and Compatibility with the EU Law

Energy Charter Treaty (ECT) is a multilateral international agreement that outlines the legal foundation to advance long-term collaboration in the energy sector between signatory countries. The ECT was signed by all EU member states separately and the EU. In recent years, particularly two cases which were settled under the ECT- *Charanne v Spain* (2016); *Eiser Infrastructure Ltd et al v Kingdom of Spain* (2017) were discussed regarding mainly the difference between the state’s right to regulate and protections for the investor.

Slovak Republic v Achmea BV (2018) has significance because its compatibility with the EU law and its impacts on the energy sector have been considered.

1. Right to Regulate

Since around the mid-2000s, ISDS decisions have begun to acknowledge that legitimacy should not be considered in one-sided terms protecting just the foreign investor unequally. The system permits investors to enjoy both substantive and procedural rights, but the communities affected by such investments to have neither.⁷⁵ The lack of access to justice for local communities that are affected by such investments is seen unjustifiable.⁷⁶ This imbalanced system causes a structural confrontation

⁷⁵ See Alessandra Arcuri and Francesco Montanaro, “Justice for All? Protecting the Public Interest in Investment Treaties” (2018) 59 B C L Rev 2791, 2793; Mattias Kumm, “An Empire of Capital?: Transatlantic Investment Protection as the Institutionalization of Unjustified Privilege” (2015) 4 ESIL Reflections 1, 5.

⁷⁶ Arcuri and Montanaro (n 75) 2799.

between ISDS and the rule of law. States have also limited ability to raise counterclaims and citizens have limited participatory rights such as via amicus briefs. The states have to strike a balance between public interest and the protection of investment.⁷⁷ Such an unequal and asymmetric situation raised questions about the even-handedness of ISDS.

In *El Paso Energy Int'l Co v Argentine Republic*,⁷⁸ it is highlighted that tribunal's development of the principle of a state's right to regulate considering public interest objectives indicates an evident concern of fairness on striking a balance between investors and state's right to regulate.⁷⁹ In this respect, the state has to be capable to realise the reasonable modifications and cannot be deemed to have confirmed a 'freeze' on the development of its legal regime.⁸⁰ In such cases, the tribunals will determine the economic or socio-political circumstances' in the host states to be "exceptional" with ascertaining that the state's measures to focus on relevant conditions were in the "public interest of the host state".⁸¹

Considering fairness only with regard to foreign investors could indeed create an unbalanced and unfair mechanism. Such an approach may provoke states to quit ISDS in the long term, as it can be seen in practice.

Charanne v Spain, was a case concerning Spain's regulatory changes about national systems based on photovoltaic solar electricity, in which the claim was dismissed. The tribunal emphasized that breach of investor assumption must depend on an objective test or evaluation, and the claimants could have anticipated potential adjustments to the regulatory framework.⁸²

Similarly, the tribunal in *Eiser Infrastructure Ltd et al v Kingdom of Spain*, stated that an agreement to maintain steadiness in the core as-

⁷⁷ Puig and Shaffer (n 1) 370.

⁷⁸ ICSID Case No ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, para 70 (April 27, 2006).

⁷⁹ Nikesh Patel, "An Emerging Trend in International Trade: A Shift to Safeguard Against ISDS Abuses and Protect Host-State Sovereignty" (2017) 26 Minn J Int'l L 273.

⁸⁰ Award (31 October 2011) para. 365.

⁸¹ Yulia Levashova, The Right of States to Regulate in International Investment Law: The Search for Balance Between Public Interest and Fair and Equitable Treatment, International Arbitration Law Library, Volume 50 (Kluwer Law International 2019), 152-3.

⁸² *Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012, para 505.

pects of the legal regime trusted by investors in embarking on long-term investments does not promise that regulatory rules cannot change.⁸³

2. Compatibility with the EU Law

Emphasis must be placed particularly to the European Court of Justice (CJEU) case, *Slovakia Republic v Achmea B. V.*,⁸⁴ which evaluates the investor-state arbitration clauses in BITs and the significance of this decision on the energy sector. In the *Achmea* case,⁸⁵ the CJEU has decided that investor-state arbitration is not constituent of the EU's legal regime, so intra-EU BITs are not admissible. The ruling is critical; nevertheless, this award's full effect is unpredictable yet. It only examines a particular BIT in question and does not conclude general application. Also, it is clear that the ruling will negatively affect the enforcement of prospective investment arbitration awards and make the mechanism undesirable in cases concerning intra-EU investment issue.⁸⁶ Respondent EU member states potentially will depend on the decision of CJEU in ongoing and future arbitrations to challenge the jurisdiction of tribunals and prevent the enforcement; or question the validity of awards. Further, the judgment of the CJEU will impose on EU member states to cancel intra-EU bilateral investment treaties and, in general support the EC in the pending infringement proceedings against member states denying terminating their intra-EU BITs. In this regard, according to EC, national courts are obliged to annul any arbitral award concluded under intra-EU BITs.⁸⁷

Moreover, it is not clear whether this decision can also affect ECT.⁸⁸ Implementing the *Achmea* decision to the ECT has been rejected

⁸³ para 371.

⁸⁴ Case C-284/16 *Slovakia Republic v Achmea B. V.* [2018] ECLI:EU:C:2018:158.

⁸⁵ *ibid* para 60.

⁸⁶ Marta Abula, "Investor State Arbitration as Part of EU's Judicial System" (2018) 2 ECLIC 687, 696-697.

⁸⁷ EU Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Protection of Intra-EU Investment, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&rid=8> (accessed 20.05.2021).

⁸⁸ Marc Bungenberg, "The Multilateral Investment Court- Royal Road or Dead End for the EU Legal Order?" (2019) 5 IBLJ 471, 475.

for now.⁸⁹ In these cases, the tribunals stated that the *Achmea* case correlates just only to all intra-EU BITs. On the other hand, in its statement of 15 January 2019, 22 EU Member States informed that they acknowledge intra-EU BIT and ECT claims to be non-arbitrable and urged the investor society not to commence new intra-EU investment arbitrations.⁹⁰ This declaration provoked a more complicated and unpredictable situation for the future of intra-EU BITs.

B. ISDS and Environmental Protection

Transparency and efficiency have been a growing concern in international investment arbitration in relation to environment or public health cases.

Even though the outcomes are sometimes in favour of states as in *Pac Rim v El Salvador* and also *Aven and Others v Costa Rica*,⁹¹ and sometimes in favour of the investors,⁹² it is a fact that the right to regulate may be resisted through ISDS, even it is for an environmental protection goal. One of the main concerns of arbitration's "regulatory chill effect" is that governments may refrain from altering legitimate regulation or legislation that aims to shield the environment; from the potentially catastrophic burden of costs.⁹³ In other words, the chilling effect may cause go-

⁸⁹ Masdar Solar and Wind Cooperatief UA v Kingdom of Spain, Award of 16 May 2018, ICSID Case No ARB/14/1 at [678 et seq]; Vattenfall v Germany (II), Decision of the Achmea Issue of 31 August 2018, ICSID Case No ARB/12/12 at [161 et seq]. Also in the same direction, Foresight Luxembourg Solar 1 Sarl, Foresight Luxembourg Solar 2 Sarl, Greentech Energy System A/S, GWM Renewable Energy I SPA and GWM Renewable Energy II SPA v The Kingdom of Spain, SCC Arbitration V (2015/150), award of 14 November 2018.

⁹⁰ Declaration of the representatives of the governments of the member states, of 15 January 2019 on the legal consequences of the judgment of the court of justice in Achmea and on investment protection in the European Union, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf (accessed 20.05.2021).

⁹¹ Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12; David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3; Glamis v. US [2009] NAFTA, ICSID 48 ILM 1039 Award (8 June 2009).

⁹² Metalclad v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 Award (30 August 2000).

⁹³ Duy Vu, "Reasons not to Exit? A Survey of the Effectiveness and Spillover Effects of International Investment Arbitration" (2019) 47 European Journal of Law and Economics 291, 305-7.

vernments to prevent from applying their sovereignty rights in serious public interest subjects, such as the environment. In this respect, governments overthink potential disputes before they begin to draft the regulation and/or, following a lost arbitration process on a corresponding sort of regulation, to hinder a similar damaging decision that has a domino effect.⁹⁴

In *Aven and Others v Costa Rica* case, the tribunal emphasized that investors' rights are subsidiary to the government's right to guarantee that the investments are performed "in a manner sensitive to environmental concerns".⁹⁵ However, it was held that this subordination was not infinite and that the state must realise its environmental laws "in a fair, non-discriminatory fashion, applying said laws to protect the environment, following principles of due process, not only for its adoption but also for its enforcement".⁹⁶ In this case, even the tribunal awarded in favour of the state regarding the environmental policies, it did not accept Costa Rica's counterclaim regarding the environmental damage.

C. Reluctance to Amicus Curiae (Friend of the Court) Submissions by the Tribunals

Amicus curiae participation has significant importance for energy disputes since these disputes have severe implications on a State's public policy, such as environment and health.

In *AES v Hungary*⁹⁷ and *Electrabel v Hungary*⁹⁸ cases brought before ICSID pursuant to the ECT, the claimants asserted that Hungary had violated the ECT with measures against power purchase agreements. The European Commission (EC) submitted to be an "amicus" in the arbitral process as it considered that relevant agreements were illegitimate under European Community law. Both of the tribunals consented to the amicus to file written submissions. Even though EC had this permission from the tribunals, it received no other allowances as amicus curiae making this participation very limited and ineffective.

⁹⁴ ibid 307.

⁹⁵ para 412.

⁹⁶ para 413.

⁹⁷ AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft. v. Republic of Hungary, ICSID Case No ARB/07/22, award 23 September 2010.

⁹⁸ Electrabel SA v Republic of Hungary, ICSID Case No ARB/7/19.

In *Piero Foresti v South Africa*⁹⁹ case, South African legislation, which was vesting mineral rights, was challenged. So, previous rights owners are informed to request to switch their earlier rights into new order rights. Five NGO's submitted for amici curiae to file written submissions, access to key documents, permission to attend and make oral submissions at the hearing. The tribunal permitted only to file written submissions and let the amici curiae access to documents. However, the tribunal did not allow the amici curiae to attend the hearings. Permitting key case documents is a contributive step. Nevertheless, in such a case involving the public interest, a grant to present at the hearings and providing the amicus to be the general public's voice would make the process more democratic and transparent.

*Methanex Corporation v United States of America*¹⁰⁰ was a case concerning a prohibition of a specific "gasoline additive" that the claimant was a producer of this ingredient. NGOs submitted to make written submissions, receive the parties' pleadings, present at the hearing and make oral submissions at the hearing. The tribunal granted permission to file written submissions according to UNCITRAL Arbitration Rules. However, the tribunal rejected all other requests noting that hearings would be in camera and that the parties had previously agreed that the arbitration would be confidential. In this decision, even though the tribunal clarified that third-party participation does not necessarily aggrieve the ideology of the investor-state arbitration,¹⁰¹ it was given more weight to the confidentiality and party autonomy principle that are mainly designed for commercial disputes, not for the disputes involving public interest, such as the environment.

All the above cases show that even the rules give the right for the third-party participations and the tribunal has the discretion to do so; in practice, the tribunals are too reluctant to apply the amicus curiae participation. This process has a considerable potential to be a solution for the

⁹⁹ *Foresti & Others v Republic of South Africa* ICSID Case No ARB (AF) /7/01.

¹⁰⁰ *Methanex v United States of America*, Ad Hoc, UNCITRAL (NAFTA), Decision of the tribunal on petitions from third persons to intervene as amici curiae, 15 January 2001, 23.

¹⁰¹ *Methanex v United States of America* para 30. Also, *Suez, Sociedad general de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB 03/19 (19 May 2005).

transparency and legitimacy concerns and, the tribunals should use their discretion more widely in this regard. Whilst using its discretion, the tribunal will have a crucial responsibility of balancing relevant procedural principles and the impact of amicus curiae participation to the case. The tribunal realises this task by considering whether amicus participation produces important material facts which are not in the parties' submissions, prevents redundant procedural burdens for the parties, harms procedural effectiveness.¹⁰²

III. Recommendations for Reform

Now, the very first question should be whether ISDS is excessively problematic that destroying the system is a must or, the structure of the system still strong and effective but needs reforms to ease the issues without removing it radically. More importantly, before deciding this profound question, it should be considered that approximately 3,367 BITs are the pillars of the system. They are long-term in nature, and "even when they are terminated, they have long tails, covering existing investments for years after termination".¹⁰³

Many proposals have been suggested for the concerns raised. For example, the proposition of a Multilateral Investment Court (MIC) system, which involves a tribunal of the first instance and an appellate body, with the fixed-term judges with a regular salary and selected on a random basis designated by states, was introduced in 2016 by the EC. However, there would be a potential risk of 'vote trading'¹⁰⁴ where states' political power will play an important role to control the court. In other words, the judges appointed might be biased in favor of the states that have the power to appoint or to veto them. Moreover, enforcement of MIC awards via the ICSID Convention is considered impossible¹⁰⁵. Any attempt to

¹⁰² *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v United Republic of Tanzania*, ICSID Case No ARB/05/22, Procedural Order No 3 (29 September 2006).

¹⁰³ Kahale (n 10) 47.

¹⁰⁴ Jose Manuel Alvarez Zarate, "Legitimacy Concerns of the Proposed Multilateral Investment Court: Is Democracy Possible?" (2018) 59 *Boston College Law Review* 2765, 2787.

¹⁰⁵ Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States [ICSID], 575 UNTS 159; N Jansen Calamita, "The (In)Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime" (2017) 18 *Journal of World Investment & Trade* 604 et seq.

harmonize an appellate mechanism with arbitration under the ICSID Convention would be contradictory with the ICSID Convention, which explicitly eliminates it.¹⁰⁶ In this regard, the New York Convention of 1958's application is also problematic and uncertain.¹⁰⁷ For these reasons, the MIC should provide for a separate new enforcement system which means the modification of the whole system would be expensive and challenging. Even MIC would use the infrastructure of other bodies, courts or organizations, the difficulty of the adaptability and redesigning process would be inevitable. It is also uncertain whether a new court would be convenient for a very fragmented system.¹⁰⁸ The proposed court system would definitely provide improvements for ISDS; however, it would bring more criticisms and issues if it is not well-designed in the long term.¹⁰⁹

Due to the reasons mentioned above, the existing system's essential elements would be maintained, and countries could make bespoke updates to the ISDS system in their prospect IIAs. This would be a model or a preparation process for future transformation. Within this period, transparency should be increased. In this regard, third-party participation as *amicus curia* should be accepted more widely in practice, especially by authorizing access to arbitration documents and hearings. TPF should be banned. If it is not possible, then more expansive disclosure rules should be brought. The biggest change would be adopting an appeal mechanism that will provide a decentralized and consistent system. In this suggested system, arbitral adjudication would be sustained and stepping back to court proceedings should not be considered. The appeal mechanism will

¹⁰⁶ Art 53 of ICSID Convention.

¹⁰⁷ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 330 UNS 3; Umair Ghori, "Investment Court System or Regional Dispute Settlement: The Uncertain Future of Investor-State Dispute Settlement" (2018) 30 *Bond L Rev* 83, 97 seq.

¹⁰⁸ Policy Notes, "Reform of Investor-State Dispute Settlement in Search of a Roadmap" UNCTAD Secretariat, 23 (1) *Transnational Corporations*, 65-6.

¹⁰⁹ M R Dahlan and Wolf von Kumberg, "Investor-State Dispute Settlement Reconceptualized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation" (2018) 18 *Pepp Disp Resol LJ* 467; Uzelac (n 21) 6; Jonathan Ketcheson, "Investment Arbitration: Learning From Experience" 97, in Steffen Hindelang, Markus Krajewski (eds), *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified* (OUP 2016).

be established on an institutional basis with a secretariat originated from the WTO Appellate Body. The enforcement of awards of the appeal body for non-ICSID contracting parties with respect to an ICSID award would be in accordance with the New York Convention.¹¹⁰ This is because the presence of an internal appellate mechanism shall not impact the nature of the process. In a two-tiered process, awards issued by the first-tier tribunal may only be enforced under the New York Convention once the limit for the appeal has expired.¹¹¹

Such an appeal system would promote the rule of law in ISDS by harmonizing consisting of precedents and increasing transparency.¹¹² By this way, the decisions of an appellate court would be helpful to create persuasive precedent. In other words, precedents would potentially constrain tribunals to guarantee a high quality of reasoning by leaving their awards open to appeal if they contradict or fail to adequately distinguish precedent established by the appellate court.¹¹³

Also, it should not be underestimated that reinforcing dispute prevention and management policies at the national level would significantly benefit in investor-state disputes.¹¹⁴

¹¹⁰ Gabrielle Kaufmann-Kohler and Michele Potesta, “Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? Analysis and Roadmap”, CIDS Research Paper, Geneva Centre for International Dispute Settlement, 3 June 2016, 203-6, https://www.cids.ch/images/Documents/CIDS_First_Report_ISDS_2015.pdf (accessed 20.05.2021); “Standalone Appeal Mechanism” (MIAM) can also be adopted, Bungenberg (n 5)197.

¹¹¹ Kaufmann-Kohler and Potesta (n 110) 163-4.

¹¹² Arseni Matveev, “Investor-State Dispute Settlement: The Evolving Balance Between Investor Protection and State Sovereignty” (2015) 40 UW Austl L Rev 348,384-5; Jaemin Lee, “Introduction of an Appellate Review Mechanism for International Investment Disputes: Expected Benefits and Remaining Tasks” in Jean E Kalicki and Anna Joubin-Bret (eds), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System-Journeys for the 21st Century* (Brill, 2015) 474-7.

¹¹³ Matveev (n 112) 385; Eduardo Zuleta, “The Challenges of Creating a Standing International Investment Court” in Jean E Kalicki and Anna Joubin-Bret (eds), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System- Journeys for the 21st Century* (Brill, 2015) 403, 416.

¹¹⁴ Policy Notes (n 87) 65-6; United Nations Commission on International Trade Law, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), Thirty-ninth session, “Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) -Dispute prevention and

Conclusion

ISDS is a vital tool of the international investment law that directly and significantly affects the public interest. It is under intense criticism by asserting that the regime is based on unidirectional protection of the investors, which ‘indulges’ the interests of foreign investors while not considering sufficiently the interests of the states’ and turning the system into an unbalanced secret club.

With the increase in the number of cases and the range of affected states, the criticisms have also escalated. These criticisms have led to a comprehensive reform movement all around the world. In this direction, an investment court system that would remove the current system and radically rebuild the ISDS has been one of the notable focus points. This proposed model, which also involves an appellate mechanism, has the potential to prevent some deficiencies of the ad hoc arbitration by transforming it into a court system by the appointment of permanent judges and constituting a regular appeal tribunal. On the other hand, this proposed new system may be seen as a ‘regression’. To renounce the advantages and particularly the flexibility of arbitration would substantially negatively affect the prospect investors’ decision to establish future investment projects.

Thus, what the system needs is not to demolish the whole system which can work properly with its shortcomings. In other words, “do not burn your house to fright away the mice”. When the concerns are scrutinized rigorously, in the core of the criticisms, it can be perceived that the insistence to recognise the difference between commercial arbitration which is based on private-private disputes and investor-state dispute settlement, which is a treaty-based adjudication with severe public policy concerns¹¹⁵ creates continuous challenges regarding legitimacy crisis that hinder the reform. Therefore, what is required first is to realize what the system really is and what the system really demands.

It is reasonable to say that it would be unsuitable for searching a radical reform. Instead, considering adjustments to the system without altering its basic structure would be more effective and adequate. It can

mitigation- Means of alternative dispute resolution”, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.190> (accessed 20.05.2021).

¹¹⁵ Nyombi and Mortimer (n 8) 206-7.

be observed from the history that establishing BITs and ISDS is an indication of distrust of domestic law and courts; and lately with the proposal for a MIC system shows the dissatisfaction of ISDS. This vicious circle will be expected in the future too since with the help of concerns and criticisms, an ongoing system can be improved. It is contributing to being in search of a more satisfactory regime; however it is also true that to what extent it is reasonable to look for the perfect mechanism even it does not exist? For these reasons, considering an appeal mechanism and the recommendations mentioned above to increase transparency and consistency would help to embrace the ISDS again.

BIBLIOGRAPHY

Books

Bungenberg M, Reinisch A (eds), *Special Issue: From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court*, *European Yearbook of International Economic Law* (2nd edn Springer 2020)

Levashova Y, *The Right of States to Regulate in International Investment Law: The Search for Balance Between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*, *International Arbitration Law Library*, Volume 50 (Kluwer Law International 2019)

Articles

Abula M, “Investor State Arbitration as Part of EU’s Judicial System” (2018) 2 ECLIC 687

Alvarez G M, et al, “A Response to the Criticism Against ISDS by EFILA” (2016) 33 (1) *Journal of International Arbitration* 1

Anderson A, “Saving Private ISDS: The Case for Hardening Ethical Guidelines and Systematizing Conflicts Checks” (2018) 49 *Geo J Int’l L* 1143

Arcuri A and Montanaro F, “Justice for All? Protecting the Public Interest in Investment Treaties” (2018) 59 *B.C. L. Rev.* 2791

Bastin L, “The Amicus Curiae in Investor-State Arbitration” (2012) 1 (3) *CJICL* 208

Bjorklund A K, “The Legitimacy of the International Centre for Settlement of Investment Disputes” in N. Grossman, H. Cohen, A. Follesdal, G. Ulfstein (eds.), *Legitimacy and International Courts* (Studies on International Courts and Tribunals (CUP 2018)

Boralesa A, "The Limitations of Party Autonomy in ICSID" (2004) 15 *American Review of International Arbitration* 253

Bungenberg M, "The Multilateral Investment Court- Royal Road or Dead End for the EU Legal Order?" (2019) 5 *IBLJ* 471

Calamita N J, "The (In)Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime" (2017) 18 *Journal of World Investment & Trade* 604

Choudhury B, *Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?* (2008) 41 *VAND J TRANSNAT'L L* 775

Dahlan M R and Kumberg W V, "Investor-State Dispute Settlement Reconceptualized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation" (2018) 18 *Pepp Disp Resol LJ* 467

Dietz T, Dotzauer M and Cohen E S, "The Legitimacy Crisis of Investor-State Arbitration and the New EU Investment Court System" (2019) 26 (4) *Review of International Political Economy* 749

Dimitropoulos G, "National Sovereignty and International Investment Law: Sovereignty Reassertion and Prospects of Reform" (2020) 21 *Journal of World Investment & Trade* 71

Echandi R, "The Debate on Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement: Empirical Evidence (1987-2017) and Policy Implications" (2019) 34 (1) *ICSID Review* 32

Franck S D, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions" (2005) 73 *Fordham L. Rev.* 1521

Galan A, "The Search for Legitimacy in International Law: The Case of the Investment Regime" (2019) 43 *Fordham Int'l LJ* 79

Garcia F J, "Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System" (2018) 59 *BC L Rev* 2911

Garcia F J, Gargne L, Brabandere E D, Thrasher R D and Park W, "Reforming International Investment Law: Opportunities, Challenges, Paradigms" (2018) 59 *BC L Rev* 2899

Ghori U, "Investment Court System or Regional Dispute Settlement: The Uncertain Future of Investor-State Dispute Settlement" (2018) 30 *Bond L Rev* 83

Griffith G and Kalderimis D, “‘Pure’ Issue Conflicts in Investment Treaty Arbitration”, in David D. Caron, Stephan W. Schill, Abby Cohen Smutny, and Epaminontas E. Triantafilou (eds), *Practising Virtue: Inside International Arbitration* (OUP 2015)

Harten G V, “The European Commission and UNCTAD Reform Agendas” 128, 139-140, in Steffen Hindelang, Markus Krajewski (eds), *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified* (OUP 2016)

Harten G V, “Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law” in Stephan W Schill (eds), *International Investment Law and Comparative Public Law* (OUP 2010)

Harten G V, “The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims Against the State” (2007) 56 ICQL 372

Hodgson M, “Costs in Investment Treaty Arbitration: The Case for Reform” in Jean E. Kalicki and Anna Joubin-Bret (eds) *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century* (Brill 2014)

Ishikawa T, “Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration, (2010) 59 ICLQ 373

Johnson L, Sachs L, Güven B and Coleman J, “Costs and Benefits of Investment Treaties, Practical Consideration for States” (March 1, 2018), <http://ccsi.columbia.edu/files/2018/04/07-Columbia-IIA-investor-policy-briefing-ENG-mr.pdf>

Kahale G III, “Rethinking ISDS” (2018) 44 Brook J Int’l L 11

Kaufmann-Kohler G and Potesta M, “Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? Analysis and Roadmap”, CIDS Research Paper, Geneva Centre for International Dispute Settlement, 3 June 2016, 203-6, https://www.cids.ch/images/Documents/CIDS_First_Report_ISDS_2015.pdf

Ketcheson J, “Investment Arbitration: Learning From Experience” 97, in Steffen Hindelang, Markus Krajewski (eds), *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified* (OUP 2016)

Klett J, “National Interest v Foreign Investment- Protecting Parties Through ISDS” (2016) 25 Tul J Int’l & Comp L 213

Knahr C, "Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration" (2007) 23 *Arbitration International* 327

Kumm M, "An Empire of Capital?: Transatlantic Investment Protection as the Institutionalization of Unjustified Privilege" (2015) 4 *ESIL Reflections* 1

Lam J and Ünüvar G, "Transparency and Participatory Aspects of Investor-State Dispute Settlement in the EU "new wave" Trade Agreements" (2019) 32 *Leiden Journal of International Law* 781

Lee J, "Mending the Wound or Pulling It Apart? New Proposals for International Investment Courts and Fragmentation of International Investment Law" 39 *Nw J Int'l L & Bus* 1 (2018)

Lee J, "Introduction of an Appellate Review Mechanism for International Investment Disputes: Expected Benefits and Remaining Tasks" in Jean E Kalicki, Anna Joubin-Bret (eds), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System-Journeys for the 21st Century* (Brill, 2015)

Levine E, "Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation" (2011) 29 (1) *Berkeley Journal of International Law Volume* 207

Matveev A, "Investor-State Dispute Settlement: The Evolving Balance Between Investor Protection and State Sovereignty" (2015) 40 *UW Austl L Rev* 348

Mills A, "Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration" (2011) *J INT'L ECON L* 469

Newcombe A and Lemaire A, "Should Amici Curiae Participate in Investment Treaty Arbitrations?" (2001) 5 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* 22

Nyombi C and Mortimer T, "Towards a New World Economic Order: Proposal For a World Investment Court" (2019) 3 *JBL* 200

Patel N, "An Emerging Trend in International Trade: A Shift to Safeguard against ISDS Abuses and Protect Host-State Sovereignty" (2017) 26 *Minn J Int'l L* 273

Paulsson J, "International Arbitration is not Arbitration" (2008) 2 *Stockholm International Arbitration Review* 1

Puig S and Shaffer G, “Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law” (2018) 112(3) *The American Journal of International Law* 361

Puig S, *Blinding International Justice*, (2017) 56 *VA J INT’L L* 647

Lopez-Rodriguez A M, “Investor-State Dispute Settlement in the EU: Certainties and Uncertainties” (2017) 40 *Hous J Int’l L* 139

Rogers C A, “Gamblers, Loan Sharks & Third-Party Funders” in *Ethics in International Arbitration* (2014) 177

Samples T R, “Winning and Losing in Investor-State Dispute Settlement”, (2019) 56 (1) *American Business Law Journal* 115

Thrasher R D, “Expansive Disclosure: Regulating Third-Party Funding for Future Analysis and Reform” (2018) 59 *BC L Rev* 2935

Uzelac A, “Why Europe Should Reconsider Its Anti-Arbitration Policy in Investment Disputes” (2019) 1(2) *Access to Justice in Eastern Europe*, 6

Wilske S, Raible M and Markert L, “International Investment Treaty arbitration and International Commercial arbitration- Conceptual Difference or Only A ‘Status Thing’?” (2008) 1 *Contemp Asia Arb J* 213

VanDuzer J, “Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration through Transparency and Amicus Curiae Participation” (2007) 52 *McGill LJ* 681

Vu D, “Reasons not to Exit? A Survey of the Effectiveness and Spillover Effects of International Investment Arbitration” (2019) 47 *European Journal of Law and Economics* 291

Zarate J M A, “Legitimacy Concerns of the Proposed Multilateral Investment Court: Is Democracy Possible?” (2018) 59 *Boston College Law Review* 2765

Zuleta E, “The Challenges of Creating a Standing International Investment Court” in Jean E Kalicki and Anna Joubin-Bret (eds), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System- Journeys for the 21st Century* (Brill, 2015)

Reports and Guides

Fact Sheet, Investor State Dispute Settlement (ISDS), OFFICE US TRADE REP, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/fact-sheets/2015/march/investor-statedispute-settlement-isds>

EU Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Protection of Intra-EU Investment,

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&rid=8>

UNCITRAL Draft Report of Working Group III, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/draft_report_of_wg_iii_for_the_website.pdf

Policy Notes, ‘Reform of Investor-State Dispute Settlement in Search of a Roadmap’ UNCTAD Secretariat, 23 (1) Transnational Corporations

United Nations Commission on International Trade Law, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), Thirty-sixth session, “Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS)”, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.149>

United Nations Commission on International Trade Law, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), Thirty-ninth session, “Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) - Dispute prevention and mitigation -Means of alternative dispute resolution”, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.190>

United Nations Commission on International Trade Law, Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), Thirty-eight session, Submission from the Government of Turkey, <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.174>

Websites

Sahani V S, “Revealing Not-for-Profit Third-Party Funders in Investment Arbitration”, <https://oxia.ouplaw.com/page/565>

UZMAN GÖRÜŞÜ

EXPERT OPINION

* Anonim Şirket Paylarının Halka Arzı ya da Şirketlerde Halka Açılma
Public Offering of Shares of Stock Company or Going Public in Stock Companies
Yavuz AKBULAK
(SPK Başuzmanı/*Chief Expert of Capital Markets Board of Turkey*)

**ANONİM ŞİRKET PAYLARININ HALKA ARZI YA DA
ŞİRKETLERDE HALKA AÇILMA***
(PUBLIC OFFERING OF SHARES OF STOCK COMPANY OR GOING PUBLIC IN
STOCK COMPANIES)

Yavuz AKBULAK**
(SPK Başuzmanı/Chief Expert of Capital Markets Board of Turkey)

ÖZ

Günümüzde işletmeler bakımından gereksinim duyulması halinde başvurulacak birçok finansman yöntemi bulunmaktadır. Banka kredisi, tahvil vb. borçlanma aracı çıkarılması, yurtdışından kaynak temin edilmesi, payların halka arz edilmesi bu yöntemlerden sadece birkaçıdır. Bu çalışmada esasen halka arz veya halka açılma kavramı ile birlikte halka açılma süreci ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Halka Arz, Halka Açılma, Halka Açık Anonim Şirket, Sermaye Piyasası Aracı

ABSTRACT

Today, there are many financing methods that can be applied in case of need for businesses. Bank loan, issuing debt instruments such as bonds, obtaining funds from abroad, and public offering of shares are just a few of these methods. In this study, mainly the concept of public

* Bu yazıda yer alan görüşler yazarına ait olup çalıştığı kurumu bağlamaz, yazarın çalıştığı kurum veya göreviyle ilişki kurulmak suretiyle kullanılamaz. Yazıdaki tüm hatalar, kusurlar, noksanlıklar ve eksiklikler yazarına aittir.

** Sermaye Piyasası Kurulu, yavuz.akbulak@spk.gov.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0001-8622-781X

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

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

offering or going public, together with the public offering process and its results will be discussed.

Keywords: Public Offering, Going Public, Publicly Held Corporations, Capital Market Instrument

1. GİRİŞ

Şirketler, faaliyetlerinin ve projeksiyonlarının yarattığı sermaye gereksinimlerini kendi içsel kaynaklarından ya da dışsal kaynaklardan temin ederler. Ancak, işletme ölçeğinin büyümesi ile birlikte artan sermaye gereksinimi, beraberinde kaynak sorununu da getirir. İçsel kaynakların yetersiz kaldığı durumlarda, kaynak ihtiyacı aktif değerlerin likidite yapısına koşut olarak para ve sermaye piyasalarından sağlanır. Buna göre, likiditesi yüksek olan aktif kıymetler para piyasasından, likiditesi düşük aktifler ise sermaye piyasalarından temin edilmelidir.

Borç/özsermaye oranının aktif yapıya paralel olarak finanse edilmesi anlamına gelen *‘finansmanın altın kuralı’* (the golden rules of finance), dışsal kaynak temininde dikkat edilmesi gereken en önemli kurallardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır¹. Ancak, finans piyasalarının tam etkin olmadığı ülkelerde kaynakların vadesi ile varlıkların likiditesi arasındaki bu uyum genellikle çığnemektedir.

1980’li yıllar öncesinde ülkemizde uygulanan negatif faiz ve korumacı sanayileşme politikaları, tasarrufların uyarılmasında ve kredi taleplerinin karşılanmasında yetersiz kalmış ve banka kredisine yönelik finansman modeli ile sonuçlanan uygulamalar, işletmelerin borç/öz kaynak yapısının aşırı borç lehine sonuçlanmasına neden olmuştur.

1989 yılından itibaren, bu defa kamuda denk bütçe uygulaması yerine açık bütçe modeline başvurulması, bunun sonucu olarak özel kesimin kaynak bulmada sıkıntıya düşmesi ve günümüze kadar yaşanan ve halen tüm sonuçlarıyla tahripkâr bir şekilde devam eden sırasıyla 1994, 1998, 2000, 2001 ve 2018 döviz kuru şokları ve ekonomik krizleri ile birlikte, özel kesimin kullanılabilir tasarruftan mahrum kalmasına neden

¹ Bu konuda bkz. Yavuz AKBULAK, ‘Alternatif Kaynak Maliyetleri Üzerine Bir Değerlendirme’ (2002), Vergi Dünyası Dergisi, 252 132-143

olmuştur. Dahası, Devlet borçlanmasıyla yaşanan krizlerin de etkisiyle giderek artması, firmaların mali piyasalardan dışlanmasına da yol açmıştır.

Bu zor süreci başarılı bir biçimde atlatabilmenin yolu, ekonomik konjonktür ile firma amaçlarının çatıştığı bir ortamda borç/özkaynak oranlarının dengelenmesi ve kaynak maliyetlerinin düşürülmesidir. İşte bu noktada alması finansman modelleri gündeme gelmektedir. Halka açılma da bu alternatif finansman modellerinden biridir.

2. HALKA ARZ VE HALKA AÇILMA KAVRAMLARI²

Öncelikle belirtmek gerekir ki; 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda (SPKn/Kanun) *'halka açılma'* kavramına rastlanılamamakta, SPKn'nun 3'üncü maddesinin (e) bendinde halka açık anonim ortaklık³ kavramına yer verilerek, *'halka açık anonim ortaklık' "Kitle fonlaması platformları aracılığıyla para toplayanlar hariç olmak üzere, payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklar"* biçiminde ifade edilmektedir.

Bu ifadede iki temel unsurdan söz edilmektedir: bunlardan ilki, payları halka arz edilmiş olan anonim ortaklık, diğeri ise payları halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıktır.

Halka açık anonim şirket tanımındaki unsurlardan ilki, SPKn'nun 3'üncü maddesinin (f) bendinde *'halka arz'* alt başlığı altında yer almakta ve *"sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan yapılan genel bir çağrıyı ve bu çağrı devamında gerçekleştirilen satışı"* şeklinde tanımlanmaktadır.

Demek ki, sermaye piyasası aracının satın alınması için her türlü yolu ihtiva eden bir genel çağrı yapılması ve ardından, bu çağrıya icabet edilerek sermaye piyasası aracının satışının gerçekleştirilmesi, gerekmektedir.

² Bu konuda ayrıntılı bilgiler için bkz. Sevinç AKBULAK, *Şirketlerin Halka Açılması* (1991), Yayımlanmamış SPK Yeterlik Etüdü; Sevinç AKBULAK ve Yavuz AKBULAK, *Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler* (2004) (1st edn Beta Basım Yayın); Yavuz AKBULAK, *'Anonim Şirketlerin Halka Açılmaları ve Sonuçları'* (2003), Banka, Mali ve Ekonomik Yorumlar Dergisi, 4 26-42

³ SPKn'nun 16 ila 33'üncü maddeleri halka açık anonim ortaklıklara özgülenmiştir. Sermaye piyasası araçlarının ihracı ise 4 ila 13'üncü maddelerde düzenlenmiştir. İhraç, sermaye piyasası araçlarının ihraççılar tarafından çıkarılıp, halka arz edilerek veya halka arz edilmeksizin satışını, ifade eder (SPKn m.3/ğ).

Sermaye piyasası araçları da aynı Kanun'un (ş) bendi gereğince, *“menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçları”* olarak ifade edilmiştir. Yani, başta menkul kıymetler olmak üzere, türev araçlar, yatırım sözleşmeleri ve Sermaye Piyasası Kurulu (SPK/Kurul) tarafından bu kapsamda oldukları tespit edilen diğer araçlar sermaye piyasası aracı olarak sayılmaktadır.

Bu arada, menkul kıymet kavramı, SPKn m.3/o'da para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere;

1) Paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikaları,

2) Borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirliere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikaları

olarak sayılmıştır.

Dolayısıyla bir menkul kıymet olarak anonim şirket payının (paylarının) her türlü yoldan satın alınması için genel bir çağrı yapılarak yapılması, yani payın satışının gerçekleştirilmesi halka arzı oluşturmaktadır. Burada vurgulanması gereken bir husus ta, çağrının nasıl yapılacağıdır. Çağrı, gazete ilanları, televizyon ve radyo ilanları ve reklamları, çok sayıda ve gayri muayyen (yani belirsiz) kimselere duyuru yapılması, el ilanları dağıtılması, Twitter, Facebook, Instagram vb. sanal ortamlar kullanılarak sosyal medyada duyurular yapılması, Whatsapp grupları oluşturulması gibi yollarla gerçekleştirilebilir.

SPKn'nun 16'ncı maddesinin birinci fıkrasına göre, payları borsada işlem gören anonim ortaklıklar ile kitle fonlaması suretiyle halktan para toplayan ortaklıklar hariç olmak üzere pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıkların payları halka arz olunmuş sayılır. Bu ortaklıklar halka açık ortaklık hükümlerine de tabi olurlar.

Yukarıdaki bu hükümden payların halka arz edilmesi dışında, paylar halka arz edilmese dahi ortak sayının 500'ü aşması durumunda da ortaklığın halka açık hale geleceği anlaşılmaktadır. Yani, ortak sayısının 500'ü aşması, payların halka arz edildiğine dair bir *'karine'* oluşturmaktadır⁴.

⁴ Burada bir hususun vurgulanmasında yarar görülmektedir. SPKn halka arz kavramını anonim şirket/ortaklık üzerine bina etmiştir. Bunun gerekçelerinden birisi, mülga

Diğer taraftan, ülkemiz hukukunda ‘halka açılma’ kavramına yer verilmediği, ancak en genel ifadesiyle, “kapalı bir şirketin sermaye yapısında, bu şirkete halkın katılmasına olanak verecek düzeltmelerin yapılması” olarak tanımlandığı görülmektedir.

3. HALKA AÇILMANIN NEDENLERİ

Esasen, halka açılma sürecinde şirketler için en zor aşama, hiç kuşkusuz **karar aşamasıdır**. Elbette, karar aşamasını etkileyen birçok neden sıralanabilir: Halka açılma (payın halka arzı), kullanılan yöntemin sermaye artırımı olması durumunda işletmelere en az emisyon primi kadar ek fon sağlamakta; hisse senedinin borsaya kote edilmesi ve borsa pazarlarında işlem görmesi durumunda firma değerinin ve pay fiyatının belirlenmesini temin etmekte; bazı vergi avantajları sağlamakta; kayıtlı sermaye veya raf kayıt sisteminden yararlanılarak daha kolay ve az maliyetli sermaye artırımı olanakları temin etmekte; hisse senetleri borsada işlem görmeyen anonim ortaklıklarda şirket ortaklarına net dağıtılabilir dönem kârının en az düzenlemelerde yer alan orandaki kısmı kadar temettü olarak elde etme imkanı vermekte; tahvil ve finansman bonusu gibi borçlanma senetleri ihraçlarında daha yüksek özkaynak hesaplaması yapılmasına olanak vermektedir.

Diğer yandan, şirket ortaklarının yönetim ve denetim haklarının kısıtlanmasını istememeleri veya kontrolü kaybetme konusundaki endişeleri; hisse senetlerine yeterli talep olmamasının bağlı olunan çevrede yaratacağı kötü imaj korkusu; fiyat tespitinde ikame yaklaşımının tercih

2499 sayılı SPKn’nun 4’üncü maddesinin üçüncü fıkrasında ve madde gerekçesinde vücut bulmuştur. Şöyle ki, mülga 2499 sayılı Kanun m.4/3 gereğince “Sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıkların hisse senetleri halka arz yoluyla satılamaz.” Konuyla ilgili Kanun gerekçesinde yer alan ifade şöyledir: “Öte yandan sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin hisse senetlerinin halka arz yolu ile satışı da yasaklanmıştır. Bunun nedeni, hisseli komandit şirketlerde hukuki yapıları gereği anonim ortaklıkların aksine hisse senedi sahiplerinin (Genel Kurul) komanditlere ait olan yönetim karşısında söz sahibi olmamasıdır. Bu özellik dolayısıyla, bu tip şirketler ülkemizde revaçta bulunmamakla beraber, meri hükümler halka açılmalarına mani bir hüküm taşımadığından, böyle bir yasaklama ihtiyaç olarak görülmüştür.” Diğer taraftan, limited şirketler de gerek mülga 6762 sayılı Kanun m.504/1 [“Ortakların sayısı ikiden az ve elliden çok olamaz.”] gerekse meri 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.574/1 [“Ortakların sayısı elliyi aşamaz.”] hükümleri uyarınca ‘ortak sayısı sınırlaması’ nedeniyle halka açılamazlar, yani limited şirketlerin payları (hisse senetleri) halka arz yoluyla satılamaz.

edilmesinin yarattığı sorunlar; şirketle ilgili bilgilerin rekabet vb. nedenlerle kamuya açıklanmak zorunda olmasının yaratabileceği endişeler; şirketin ve yöneticilerin, kamuyu aydınlatma, kâr dağıtım zorunluluğu, mali tablo ve raporların bağımsız denetimi ve periyodik olarak ilanı, izahname ve sirküler düzenleme zorunluluğu, genel kurul merasimi, belli koşullarda mevcut ortaklara halka çağrıda bulunma yükümlülüğü getirilebilmesi ve uyulması gereken diğer yasal yükümlülüklerin artması konusundaki korkuları ise halka açılmayı engelleyen unsurlar arasında sıralanabilmektedir.

Finansman sağlama

Likidite sağlama

Kurumsallaşma

HALKA AÇILMA/PAYLARIN HALKA ARZI

Küreselleşme

Kredibilite artışı elde etme

Yurt içinde/dışında tanıtım fırsatı yakalama

Şekil 1: Şirketlerin Halka Açılma Nedenleri

4. HALKA ARZIN/AÇILMANIN KISA SÜRECİ

Bir anonim şirketin paylarının Borsa İstanbul AŞ pazarlarında işlem görebilmesi için öncelikle izahnamenin SPK tarafından onaylanması, ardından şirket paylarının halka arz edilmesi ve son olarak Borsa kotuna alınması gerekir. Borsa kotuna alınma, menkul kıymetler borsalarında sürekli işlem görmesi talep edilen payların ilgili şartları taşımaları durumunda ilgili pazarda işlem görmesinin kabul edilmesidir. Şirketin Borsaya ve SPK'ya başvuru öncesinde bazı ön hazırlıkları yapması gerekir:

Şirket içinde halka arz çalışma ekibi teşkili

Aracı kuruluş ile danışman kuruluşun seçimi

HALKA AÇILMANIN ÖN HAZIRLIĞI

Bağımsız denetimin başlatılması

Esas sözleşme değişikliği ve genel kurul yapılması

Şekil 2: Halka Açılmanın Ön Hazırlığı

SPK ve Borsa İstanbul'a başvuru
 SPK ve Borsa İstanbul incelemesi
 Borsa İstanbul Takas ve Saklama Bankası AŞ ve Merkezi Kayıt Kuruluşuna (MKK) başvuru
 Payların Borsa İstanbul'da işlem göreceği pazarın belirlenmesi
HALKA ARZ/AÇILMA SÜRECİ
 İzahnamenin SPK tarafından tasdiki
 Payların halka arz edilmesi ve satışın tamamlanması
 Payların Borsa İstanbul'un ilgili pazarına kote edilmesi ve işlem görmeye başlaması

Şekil 3: Halka Açılma Süreci

Aracı kuruluş giderleri
 SPK ücreti
HALKA ARZ/AÇILMA MALİYETİ
 Borsa İstanbul kota alma ücreti
 MKK ücretleri
 Diğer giderler (ilan, reklam, tescil vb.)

Şekil 4: Halka Açılma Maliyeti

5. HALKA AÇIK OLMAYAN ANONİM ŞİRKETLERİN PAYLARININ İLK KEZ HALKA ARZI⁵

5.1. Halka Açılma Öncesinde Uyulacak Esaslar

5.1.1. Halka açık olmayan ortaklıkların paylarının ilk halka arzı öncesi uyulacak ön şartlar

Payları ilk defa halka arz edilecek ortaklıkların mevcut ödenmiş ya da çıkarılmış sermayelerinin tamamının ödenmiş olması zorunludur. Bu ortaklıkların ödenmiş ya da çıkarılmış sermayesinde başvuru tarihinden önceki iki yıl içinde, mevzuatın izin verdiği fonlar hariç olmak üzere, varlıkların gerçeğe uygun değere taşınması suretiyle oluşan değer artış fonları ve benzeri fonlar bulunamaz.

⁵ Bu konuda detaylı bilgiler için bkz. Yavuz AKBULAK, Halka Açık Anonim Şirketlerin Temel Yükümlülükleri ve Özellikli Bazı Hususlar (Türk Sermaye Piyasası Mevzuatı ve Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Bir İnceleme) (2019), (1st edn Leges Akademi)

Yatırım ortaklıkları hariç olmak üzere, payları ilk defa halka arz edilecek veya borsada işlem görecektir. Ortaklıkların 30.12.2013 tarihli ve 28867 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ortaklıkların Kanun Kapsamından Çıkarılması ve Paylarının Borsada İşlem Görmesi Zorunluluğuna İlişkin Esaslar Tebliği (II-16.1)'nin 8'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde sayılan Kanun kapsamından çıkma şartlarını taşıyamaması⁶ gerekmektedir. Ancak, söz konusu fıkranın (b) bendi yalnızca net satış hasılatı için dikkate alınır. Söz konusu şartlar, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, özel bütçeli idareler, özelleştirme kapsamındaki ortaklıklar ve kamunun ortaklığının bulunduğu ortaklıklar için uygulanmaz.

⁶ Anılan Tebliğ hükmü şöyledir:

“Kurul düzenlemelerine uygun olarak hazırlanmış ve özel bağımsız denetimden geçmiş başvuru tarihinden önceki son iki yıla ait finansal tablolar itibarıyla;

- a) Aktif toplamı on milyon Türk Lirasından az olan veya
- b) Net satış hasılatı dışında kalan diğer gelirler toplamı ve net satış hasılatının her ikisi de beş milyon Türk Lirasından az olan ya da
- c) Tescil edilmiş sermayesi ile kanuni yedek akçeler toplamının tamamı karşılıksız kalan

ortaklıklar, Kanun kapsamından çıkma talebi ile Ek-1’de yer alan belgelerle Kurula başvurmaları ve başvurunun Kurulca uygun görülmesi halinde Kanun kapsamından çıkarılır.”

Bu hükümden hareketle, halka açılacak bir anonim şirketin bilanço aktif toplamının 10 milyon TL’den fazla olması veya bu şirketin net satış hasılatı dışındaki diğer gelirlerinin toplamı ile net satış hasılatının her birinin 5 milyon TL’den fazla olması ve bunların yanı sıra, müseccel ödenmiş/çıkarılmış sermayesinin de kanuni yedek akçeleri ile birlikte toplamının karşılıksız kalmaması, gerekmektedir.

HALKA AÇILMANIN/ARZIN ÖNKOŞULU

Son iki yıldaki bilanço aktif toplamının 10 milyon TL’den fazla olması veya

ayrı ayrı olmak üzere

Son iki yıldaki net satış hasılatının 5 milyon TL’den fazla olması

Net satış hasılatı dışında kalan gelirlerinin toplamının 5 milyon TL’den fazla olması

Hâlihazırda tescilli olan ödenmiş/çıkarılmış sermaye ile kanuni yedek akçelerin toplamının karşılıksız kalmaması

Dolayısıyla, aktif toplamı/net satış hasılatı/net satış hasılatı dışındaki gelirlerin toplamı bu tutarların altında kalan ve cari ve geçmiş yıl zararlarından dolayı sermayesi karşılıksız kalmış bulunan anonim şirketler halka açılmazlar.

SPK, yukarıda yer alan şartları sağlamayan ortaklıklar ile gerekli görülmesi halinde bu şartları sağlayan ortaklıkların paylarının sadece Borsa'da nitelikli yatırımcılar arasında alım satımına konu edilmesini isteyebilir.

Payları ilk defa halka arz edilecek ortaklıkların başvuru tarihinden önceki iki yıl içinde anonim ortaklığa dönüşmüş olması durumunda; dönüşüm öncesi bilançoda yer alan öz kaynak kalemlerinin, dönüşüm sonrası ortaklığın açılış bilançosunda sermaye hesabı altında bir toplulaştırma yapılmadan, bilançoda ayrı kalemler olarak dönüşüm öncesi şirketin devamı olacak şekilde gösterilmiş olması ve söz konusu hususun tespitinə ilişkin mali müşavir raporunun düzenlenmesi zorunludur. Dönüşüm sonrasında, dönüşüm öncesindeki mevcut iç kaynakların sermayeye eklenebilmesi için, bunların sermayeye eklenmesinde ilgili mevzuat açısından herhangi bir sakınca bulunmaması gerekmektedir olup, bu şekilde gerçekleştirilen sermaye artırımını bu hükme aykırılık teşkil etmez.

Yukarıdaki hükme aykırılık durumunda, toplulaştırılarak tescil edilen sermayenin sicilden terkinin veya eş zamanlı sermaye azaltımı ve artırımını ile yukarıdaki hükme uyum sağlanır. Eş zamanlı sermaye azaltımı ve artırımını ile sermaye toplulaştırma yapılan tutar kadar azaltılırken, sermaye artışı yetkili organ onayından geçmiş dönüşüm öncesindeki son yıllık hesap dönemine ait finansal tablolarda yer alan sermayeye eklenebilir iç kaynaklardan ve/veya nakit olarak karşılanır.

Payları ilk defa halka arz edilecek ortaklıkların izahnamesinde yer alacak en son tarihli finansal tablolarına göre SPK'nın ilgili düzenlemelerinde tanımlanan ilişkili taraflarından olan ticari olmayan alacaklarının tüm alacaklar toplamına olan oranı yüzde yirmiyi veya aktif toplamına olan oranı yüzde onu geçemez. Söz konusu oranlara uyum sağlamak amacıyla, ortakların mevcut paylarının satışından elde edilecek fonun ilişkili taraflardan olan alacakların tahsilinde kullanılması ve ortaklığın bu hükmün dolanılmasına yol açacak şekilde tekrar alacaklı hale getirilmemesinin ortaklık ve halka arz edenler tarafından taahhüt edilmesi gerekir. Bu taahhüdün SPK tarafından uygun görülmesi durumunda bu hüküm uygulanmaz. İlişkili tarafın bir kamu kurumu olması halinde, ilişkili taraflardan olan alacakların hesaplanmasında kamu kurumundan olan alacaklar dikkate alınmaz.

Payları ilk defa halka arz edilecek ortaklığın, ek satış hariç halka arz edilecek paylarının halka arz fiyatı baz alınarak hesaplanacak piyasa değerinin;

a) Yirmi milyon TL'nin altında olması durumunda satılamayan payların tamamı için,

b) Yirmi milyon TL ile kırk milyon TL arasında olması durumunda ise, satılamayan payların yirmi milyona kadar olan kısmının tamamı, aşan kısmının ise yarısı için

halka arzda satışa aracılık eden yetkili kuruluşların halka arz fiyatı üzerinden bu payları satın alacağına ilişkin olarak ortaklığa karşı yüklenimde bulunması ve izahnamenin SPK tarafından onaylanmasından önce yüklenim sözleşmesinin SPK'ya gönderilmesi zorunludur. Halka arz edilecek payların piyasa değerinin kırk milyon TL'nin üzerinde olması durumunda yüklenimde bulunma zorunluluğu yoktur. Payları Gelişen İşletmeler Pazarında⁷ (GİP) işlem görecektir ortaklıklarda bu yükümlülük piyasa danışmanı tarafından da yerine getirilebilir. Burada yer alan tutarlar, fiyat aralığı ile talep toplanması halinde taban fiyat esas alınarak hesaplanır.

Halka arzda satışa aracılık eden yetkili kuruluşlar veya piyasa danışmanı bu hükümlere uygun olarak portföylerine aldıkları payları, halka arz edilen payların borsada işlem görmeye başlamasından itibaren altı ay süreyle halka arz fiyatının altındaki bir fiyattan borsada satamazlar ve bu payları halka arz fiyatının altında borsada satılması sonucunu doğuracak şekilde herhangi bir işleme tabi tutamazlar. Burada belirtilen süre içinde söz konusu payların kısmen veya tamamen bu hükme uygun olarak satılması veya devredilmesi durumunda SPK'nın özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde özel durum açıklaması yapılması zorunludur. Söz konusu kuruluşların borsa dışında satacakları payları alanlar da bu sınırlamaya tabidir.

5.1.2. Halka açık olmayan ortaklıkların ortaklarına ait mevcut paylarının halka arzı

Halka arz edenlerin ortaklıkta sahip oldukları payları halka arz edebilmeleri için halka arz edilecek payların üzerinde rehin veya temina-

⁷ Pay Tebliği'ndeki ifade "GİP" olmakla beraber, bu konuda yazının 'Borsa İstanbul Pay Piyasası Pazarları' bölümüne bakılmalıdır.

ta verilmek suretiyle ya da başka bir şekilde devir veya tedavülünü kısıtlayıcı veya pay sahibinin haklarını kullanmasına engel teşkil edici kayıtların olmaması zorunludur.

Ortaklık yönetim kurulunun, esas sözleşmenin SPK düzenlemelerine ve SPKn'nun amaç ve ilkelerine uygun hale getirilmesi için gerekli değişiklikleri içerecek şekilde hazırlanan madde tadil tasarılarını karara bağlaması ve ortaklık tarafından belirtilen belgelerle birlikte SPK'ya başvurulması gereklidir. Esas sözleşme değişiklikleri, SPK'nın uygun görüş karar tarihinden itibaren azami altı ay içerisinde yapılacak genel kurul toplantısında karara bağlanır. Altı ay içerisinde genel kuruldan geçirilerek onaylanmayan tadil tasarıları geçerliliğini yitirir.

Bu işlemlerin yerine getirilmesini müteakip, yetkili kuruluş SPK'nın ilgili düzenlemeleri uyarınca hazırlanmış izahname ile belirtilen belgelerin eklendiği bir dilekçeyle izahnamenin onaylanması için SPK'ya başvurur.

Ortaklığın, halka arz edene ve ilgili yetkili kuruluşa, esas sözleşme değişikliği ve izahnamenin düzenlenmesi sırasında gerekli bilgi ve belgeleri sağlaması, söz konusu bilgi ve belgelerin hazırlanmasını kolaylaştırıcı tedbirler alması ve satış sırasında mevzuatta öngörülen mükellefiyetleri yerine getirmesi zorunludur.

Özelleştirme kapsamındaki ortaklıkların paylarının bu madde kapsamındaki halka arzında, SPK'ya başvuru, doğrudan Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından yapılabilir.

5.1.3. Halka açık olmayan ortaklıkların paylarının sermaye artırımını yoluyla halka arzı

Halka açık olmayan ortaklıklar, yapacakları sermaye artırımlarında, ortakların yeni pay alma haklarını kısmen veya tamamen kısıtlayarak paylarını halka arz edebilirler. SPK'ya izahnamenin onayı amacıyla yapılacak başvuru öncesinde aşağıdaki işlemler yapılır:

a) Ortaklık yönetim kurulunun, esas sözleşmenin SPK düzenlemelerine ve SPKn'nun amaç ve ilkelerine uygun hale getirilmesi için gerekli değişiklikleri ve sermaye maddesinin değişikliğini içerecek şekilde hazırlanan madde tadil tasarılarını karara bağlaması ve ortaklık tarafından belirtilen belgelerle birlikte SPK'ya başvurulması gereklidir. Esas sözleşme değişiklikleri, SPK'nın uygun görüş karar tarihinden itibaren azami altı ay içerisinde yapılacak genel kurul toplantısında karara bağla-

nır. Altı ay içerisinde genel kuruldan geçirilerek onaylanmayan tadil tasarıları geçerliliğini yitirir.

b) Ortaklığın kayıtlı sermaye sisteminde olması durumu hariç olmak üzere, TTK hükümleri çerçevesinde genel kurulca sermayenin artırılmasına ve yeni pay alma haklarının kısmen ya da tamamen sınırlandırılmasına ilişkin karar alınır. Ortaklığın kayıtlı sermaye sisteminde olması durumunda ise söz konusu işlemler esas sözleşme ile yetkilendirilmesi halinde yönetim kurulunca yerine getirilir. Yeni pay alma haklarının kısmen veya tamamen sınırlandırılmasında TTK'nın 461'inci maddesinin ikinci fıkrasına uyulur. Yeni pay alma haklarının kısmen kullanılması durumunda ise TTK'nın 461'inci maddesinin üçüncü fıkrasına uyulur⁸.

Burada belirtilen işlemlerin yerine getirilmesinden sonra SPK'nın ilgili düzenlemeleri uyarınca hazırlanmış izahname ve diğer belgelerin, payları GİP'te işlem görecektir ortaklıklar bakımından da belirtilen belgelerin eklendiği bir dilekçe ile izahnamenin onaylanması için ortaklık veya yetkili kuruluş tarafından SPK'ya başvurulur. Esas sermaye sisteminde artırılabilecek sermayeyi temsil eden paylardan satılmayanlara ilişkin satın alma taahhünamesi verilmesi zorunludur.

5.2. Ön Talep Toplama

Payların ilk halka arzında veya halka açık ortaklıkların paylarının ikincil halka arzında, halka arza ilişkin izahnamenin SPK tarafından onaylanmasından önce belirli bir fiyat aralığından, yatırımcıların olası

⁸ TTK m.461/2-3: “Genel kurulun, sermayenin artırımına ilişkin kararı ile pay sahibinin rüçhan hakkı, ancak haklı sebepler bulunduğu takdirde ve en az esas sermayenin yüzde altmışının olumlu oyu ile sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir. Özellikle, halka arz, işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınması ve işçilerin şirkete katılmaları haklı sebep kabul olunur. Rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasıyla, hiç kimse haklı görülmeyecek şekilde, yararlandırılmaz veya kayba uğratılmaz. Nisaba ilişkin şart dışında bu hüküm kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararına da uygulanır. Yönetim kurulu, rüçhan hakkının sınırlandırılmasının veya kaldırılmasının gerekçelerini; yeni payların primli ve primsiz çıkarılmasının sebeplerini; primin nasıl hesaplandığını bir rapor ile açıklar. Bu rapor da tescil ve ilan edilir. Yönetim kurulu yeni pay alma hakkının kullanılabilmesinin esaslarını bir karar ile belirler ve bu kararda pay sahiplerine en az onbeş gün süre verir. Karar tescil ve 35 inci maddedeki (Y.N.: “TTSG”) gazetede ilan olunur. Ayrıca şirketin internet sitesine konulur.”

talepleri, talepte bulunanlar için herhangi bir yükümlülük ve bağlayıcılık oluşturmaksızın, yetkili kuruluşlar tarafından toplanabilir. Ön talep toplayabilmek için izahname onay başvurusunun yapılmış olması gerekir. Bu durumda izahnamenin SPK tarafından onaylanmasına ilişkin süre, ön talep toplama sonuçlarının SPK'ya iletilmesinden sonra başlar. Ön talep toplama, SPK tarafından ön talep toplamaya izin verilmesinden sonra başlar. Ön talebin toplanacağı yerlerde, ortaklığın esas sözleşmesi, izahnamede yer alması gereken finansal tablolar ile bunlara ilişkin bağımsız denetim raporları ve aynı dönemleri kapsayan faaliyet raporlarının talep edenlere bedelsiz olarak verilmesi zorunludur. Ön talep toplama süresi on iş gününden fazla olamaz. Ön talep toplanmasına başlamadan en az bir iş günü önce ön talep toplama başlangıç ve bitiş tarihleri yetkili kuruluş tarafından SPK'ya bildirilir. Ön talep toplama sonuçları ön talep toplama süresinin bitimini takip eden iki iş günü içerisinde yetkili kuruluş tarafından SPK'ya iletilir. Ön talep toplamadan elde edilen sonuçlar, hiç bir şekilde kamuya açıklanamaz ve reklam amacıyla kullanılamaz.

Ön talep toplama, duyuru ilanı ile veya ilansız olarak yapılabilir. Ön talep toplama duyurusunun içeriği ihraççının ya da ihraç edilecek payların mevcut koşullarına ilişkin olarak yatırımcıların yanlış fikirler edinmelerine yol açmayacak şekilde ihraççı tarafından serbestçe belirlenir. Duyuru ilanı ile ön talep toplama yönteminin kullanılması halinde ilan öncesinde ön talep toplama duyurusunun SPK tarafından onaylanması zorunlu olup, ihraççı ya da halka arz edenler tarafından izahnamenin ilan edileceği yerlerde ilan edilecek olan ön talep toplama duyurusunun başında büyük harflerle ve dikkat çekecek şekilde; *“Bu paylara ilişkin izahname Sermaye Piyasası Kurulu tarafından onaylanmamış olup, onaydan önce payların satışı mümkün değildir. Payların satışı izahnamenin onaylanmasından sonra gerçekleşecek olup yatırım kararının söz konusu izahnamenin incelenmesinden sonra verilmesi gerekmektedir. Ön talep toplama, sadece satılabilecek payların nominal değerinin ve fiyatının tespiti amacıyla uygulanan anket niteliğinde bir işlemdir ve kesin talebin ve satışın aynı tutarda gerçekleşeceği anlamına gelmemektedir. Ayrıca, fiyat ve nominal değer kesin satış sırasında değiştirilebilir. Ön talep toplama ile toplanan talepler talepte bulunanlar için herhangi bir yükümlülük ve bağlayıcılık oluşturmaz.”* ifadesine aynen yer verilir. Duyuru ilanı ile ön talep toplama yönteminin kullanılması halinde, ön talepte bulunanlara satışta öncelik ve/veya teşvik sağlanabilir. Buna ilişkin esaslara ön talep toplama duyurusunda yer verilir. Ön talepte bulunanlara satışta öncelik ve/veya teşvik sağlanması durumunda, ön talep top-

lanmasından sonra izahnamede konuya ilişkin ayrıca bilgi verilir. Ön talep toplama duyurusunun ilanından sonra payların halka arzından vazgeçilmesi halinde, bu husus ön talep toplama duyurusu ile aynı şekilde ilan edilir.

5.3. Halka Arzda Uygulanabilecek Satış Yöntemleri

Sermaye piyasası araçlarının halka arz yoluyla satışında;

- a) Talep toplama yoluyla satış yöntemi,
 - b) Talep toplanmaksızın satış yöntemi,
 - c) Borsada satış yöntemi
- kullanılabilir.

5.3.1. Talep toplama yoluyla satış yöntemi

Talep toplama yoluyla satış yöntemi, yatırımcıların halka arz edilen sermaye piyasası araçlarına ilişkin taleplerinin toplanarak bu taleplerin önceden belirlenmiş usul ve esaslar çerçevesinde karşılanan kısmına ilişkin satışını ifade eder. Talep toplama yoluyla satış yönteminde, yatırımcıların satışa sunulan sermaye piyasası araçlarına ilişkin talepleri bu Tebliğin ekindeki talep formunun düzenlenmesi suretiyle toplanır ve satış işlemi talep toplandıktan sonra izahnamede belirlenen usul ve esaslara göre gerçekleştirilir. Sermaye piyasası araçlarının dağıtımı yalnızca talepte bulunanlar arasında yapılır. Yatırımcılar istedikleri takdirde, talep formunda satın almak istedikleri sermaye piyasası aracının miktarına ilişkin bir alt sınır belirleyebilirler. Yetkili kuruluşlar talep formunu kabul etmeden önce yatırımcıların kimlik bilgilerini tespit ederler. Satışı planlanan sermaye piyasası araçlarına ilişkin talep toplanmış olması, bu taleplerin mutlaka karşılanacağı anlamına gelmez. İzahnamede aksi belirtilmediği sürece, talep toplama yoluyla satış yönteminin kullanıldığı halka arzlarda izahnamede herhangi bir değişiklik olmasa dahi, yatırımcılar talep toplama süresi içerisinde taleplerini değiştirme ya da geri alma hakkına sahiptirler.

Talep toplama yoluyla satış yöntemi;

- a) Sabit fiyatla talep toplama,
 - b) Fiyat teklifi alarak talep toplama,
 - c) Fiyat aralığı ile talep toplama
- yoluyla gerçekleştirilir.

Sabit fiyatla talep toplama yoluyla satış yönteminde;

a) Satışa sunulan aracın pay olması durumunda sabit bir fiyat belirlenerek talep toplanır.

b) Pay dışındaki sermaye piyasası araçlarının satışında aracın niteliğine göre uygun görülen iskonto oranı, kupon faizi oranı gibi sabit kriterler belirlenir.

Fiyat teklifi olarak talep toplama yoluyla satış yönteminde;

a) Satışa sunulan aracın pay olması durumunda asgari bir satış fiyatı belirlenir ve bunun üzerindeki fiyat teklifleri toplanır.

b) Pay dışındaki sermaye piyasası araçlarının satışında aracın niteliğine göre uygun görülen iskonto oranı, kupon faizi oranı gibi kriterler belirlenir ve bu kriterlere dayalı olarak fiyat teklifleri toplanır.

Fiyat aralığı ile talep toplama yoluyla satış yönteminde;

a) Satışa sunulan aracın pay olması durumunda bir taban ve tavan fiyat belirlenerek bu fiyat aralığından yatırımcıların talepleri toplanır.

b) Pay dışındaki sermaye piyasası araçlarının satışında aracın niteliğine göre uygun görülen asgari ve azami iskonto oranı, kupon faizi oranı gibi kriterlerin tespit edilmesi suretiyle belirlenecek taban ve tavan fiyat aralığından yatırımcıların talepleri toplanır.

c) Bu kapsamdaki talep toplama işlemlerinin, fiyat aralığında kalmak kaydıyla farklı oran ya da fiyat adımlarından gerçekleştirilmesi mümkündür.

Fiyat aralığı ile talep toplama yoluyla satış yönteminin kullanılması durumunda tavan fiyat, taban fiyatın yüzde yirmi fazlasını aşmayacak şekilde belirlenir.

5.3.2. Talep toplanmaksızın satış yöntemi

Talep toplanmaksızın satış yöntemi, payları borsada işlem görmeyen halka açık ortaklıklardan, nitelikleri belirlenmiş ortaklıklar dışında kalanların paylarının kendileri ya da yetkili kuruluşlar vasıtasıyla belirli bir fiyattan izahnamede belirlenecek bir usulle halka arz edilmek suretiyle satışıdır. Talep toplanmaksızın satış yönteminde yatırımcılar arasında eşitsizliğe yol açmayacak bir usulün belirlenmesi zorunludur. Talep toplanmaksızın satış yönteminin kullanılması halinde, yatırımcılar tasarruf sahiplerine satış duyurusunda belirtilen süre içinde pay bedellerinin izahnamede belirtilen bankada açılan özel hesaba aktarılması suretiyle sermaye artırımına katılırlar.

5.3.3. Borsada satış yöntemi

Borsada satış yöntemi, sermaye piyasası araçlarının borsa düzenlemeleri çerçevesinde borsada satışını ifade eder. Borsada satış yönteminin esasları borsa tarafından belirlenir. Borsa tarafından birden fazla satış yönteminin belirlenmiş olması durumunda, ihraççı ve/veya halka arz eden tarafından seçilen yöntemle göre satış gerçekleştirilebilir.

5.3.4. Niteliği belirlenmiş ortaklıklarca halka arz edilecek paylar için uygulanacak satış yöntemleri

Payları borsada işlem gören ortaklıkların borsada işlem sırası bulunan belirli bir gruba dâhil paylarına ilişkin sermaye artırımlarında yeni pay alma haklarının kullandırılmasından sonra kalan payların satışında borsada satış yönteminin kullanılması zorunludur. Yeni pay alma haklarının kullandırılmasından sonra kalan paylar, nominal değer altında satışa sunulamaz.

Payları borsada işlem gören ortaklıkların, borsada işlem sırası bulunmayan belirli bir gruba dâhil paylarına ilişkin yeni pay alma haklarının kullandırılmasından sonra kalan payların satışında borsada satış yönteminin kullanılması zorunlu değildir. Borsada satış yönteminin kullanılmaması durumunda, yeni pay alma haklarının kullandırılmasından sonra kalan payların en az, borsada işlem gören ortaklık paylarının yeni pay alma haklarının kullandırılmasından sonra kalan kısmının borsada halka arz süresinin son iki işlem gününde borsa birincil piyasasında oluşan günlük ağırlıklı ortalama fiyatlarının ağırlıklı ortalaması üzerinden satılması zorunludur. Borsada halka arz için birincil piyasa açılmamışsa veya bu piyasada işlem olmamışsa, bu payların en az yeni pay alma kullanım süresinin son gününde ikincil piyasada oluşan günlük ağırlıklı ortalama fiyat üzerinden satılması zorunludur. Yeni pay alma kullanım süresinin son gününde ikincil piyasada işlem olmamışsa, satış işlemi ikincil piyasadaki son işlem gününde oluşan günlük ağırlıklı ortalama fiyat üzerinden gerçekleştirilir. Bu çerçevede yapılan işlemlerde yeni pay alma haklarının kullandırılmasından sonra kalan paylar, nominal değer altında satışa sunulamaz. Borsada işlem gören payların, borsada işlem görmeyen paylara göre farklı haklar sağlaması durumunda, satış fiyatı SPK tarafından uygun görülmesi kaydıyla farklı yöntemlerle belirlenebilir.

Payları borsada işlem görmeyen halka açık ortaklıkların sermaye artırımlarında yeni pay alma hakkı kullanıldıktan sonra kalan paylarının satışında, SPK tarafından belirlenen standartlara uygun olarak hazırlan-

miş son yıla ait bilançosuna göre, paylarının defter değeri nominal değerinin en az iki katı olan ortaklıkların; son yıllık hesap dönemi içinde net dönem kârı elde etmiş olmaları ve aktif toplamının yirmi milyon TL'yi aşmış olmaları halinde, talep toplama yoluyla satış yöntemlerinden birisini kullanması zorunludur. Bu durumda, talep toplama işleminin ortaklık ya da yetkili kuruluş vasıtasıyla yerine getirilmesi mümkündür. Ancak, yeni pay alma haklarının kullanılmasından sonra kalan tutarın, nakit karşılığı artırılacak sermayeye oranının yüzde on ve altında kalması durumunda, yapılacak başvuru üzerine SPK tarafından uygun görülmesi halinde bu yöntemler uygulanmayabilir. SPK gerekli görmesi halinde talep toplama yoluyla satış yöntemlerinden birisinin kullanılmasını zorunlu tutabilir veya bu zorunluluğu kaldırabilir.

GİP'te ilk defa işlem görmek üzere başvuruda bulunan ortaklıkların paylarının satışında borsada satış yönteminin kullanılması zorunludur. Borsa tarafından birden fazla satış yönteminin belirlenmiş olması durumunda, ortaklık tarafından seçilen yönteme göre satış gerçekleştirilir.

5.4. Sermaye Piyasası Araçlarının Halka Arzında Dağıtım

5.4.1. Tahsisatlara ilişkin genel esaslar

Halka arz edilecek sermaye piyasası araçlarının izahnamede nitelikleri tanımlanan yatırımcı grupları arasında tahsis edilmesi suretiyle satışı mümkündür. Bu durumda, her bir yatırımcı grubu için yapılacak tahsisat oranlarına izahnamede ayrıntılı olarak yer verilir. Satış sırasında talep edilebilecek sermaye piyasası aracı miktarlarına ihraççı veya halka arz eden tarafından izahnamede belirtilmesi suretiyle asgari veya azami sınırlar konulabilir. Ancak getirilebilecek sınırlamalar yetkili kuruluş ile ihraççı, halka arz eden veya yetkili kuruluşla sermaye, yönetim, denetim ve benzeri şekillerde ilişkisi bulunan kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanılamaz.

Halka arz edilecek sermaye piyasası araçlarının nominal değerinin, en az yüzde onunun yurt içi bireysel yatırımcılara ve yüzde onunun yurt içi kurumsal yatırımcılara tahsis edilmesi zorunludur. Burada yer alan tahsisat sınırlamaları, borsada satış yöntemiyle yapılan halka arzlar, talep toplanmaksızın yapılan halka arzlar ile niteliği belirlenmiş ortaklıkların sermaye artırımları ve ek satış yapılması halinde ek satışa konu sermaye piyasası araçları için uygulanmaz. SPK, halka arz edilecek sermaye piyasası araçlarının piyasa değerini, piyasa koşullarını ve benzeri gerekçeler ile ihraççının ve/veya halka arz edenin talebini de dikkate alarak bu-

rada yer alan asgari tahsisat oranlarını sifıra kadar indirebilir veya bir kata kadar artırabilir.

Talep toplama süresinin sonunda her bir yatırımcı grubuna tahsis edilen tutarı karşılayacak kadar talep gelmiş olsun ya da olmasın, izahnamede esasları açıklanmış olmak koşuluyla, yurt içi bireysel ve yurt içi kurumsal yatırımcıların asgari tahsisat oranlarını azaltmamak üzere, yatırımcı grupları için belirlenen tahsisat oranlarında kaydırma yapılabilir. Ancak herhangi bir yatırımcı grubu için izahnamede açıklanan tutarın yüzde yirmisinden daha fazla azaltma yapılamaz. Talep toplama yoluyla satış yönteminde talep süresi sonunda belirli bir yatırımcı grubuna tahsis edilen tutarı karşılayacak miktarda talep gelmemiş ise, o gruba ait tahsisatın karşılanamayan kısmı diğer gruplara aktarılabilir.

5.4.2. Dağıtım ilişkili genel esaslar

Dağıtım sırasında her bir yatırımcıya dâhil olduğu grup içerisinde eşit ve adil davranılması, taleplerin hangi yetkili kuruluş tarafından toplandığına bakılmaksızın aynı şekilde değerlendirilmesi esastır. İzahnamede ayrıntılı olarak yer verilmesi suretiyle, nitelikli yatırımcı ve/veya kurumsal yatırımcı grubuna giren yatırımcılara dağıtılacak sermaye piyasası araçlarının grup içinde dağıtılmasında farklı ilkeler belirlenebilir. İhraççı veya ihraççının dâhil olduğu grubun çalışanlarının ayrı bir yatırımcı grubu olarak belirlenmesi durumunda, bu gruba tahsis edilen sermaye piyasası araçlarının dağıtımının bireysel yatırımcılarla aynı dağıtım ilkelerine tabi tutulması gerekir. Dağıtımın bu hükümler ile izahnamede yer alan esaslara uygun olarak yapılmamasından ihraççı ve/veya halka arz eden ile yetkili kuruluş ya da varsa konsorsiyum lideri ve eş liderler kusurlarına ve durumun gereklerine göre zararlar kendilerine yükletilebildiği ölçüde sorumludur. Dağıtım ilişkili kayıtların düzenli ve dağıtım işlemine ilişkin ihtiyaç duyulabilecek detayları içerecek şekilde tutulmasından ve dağıtım ilişkili kayıtların konsolide edilmesinden konsorsiyum lideri veya varsa eş lider sorumludur.

5.4.3. Sabit fiyat veya fiyat aralığı ile talep toplama yöntemlerinin kullanıldığı satışlarda dağıtım ilkeleri

Sabit fiyat veya fiyat aralığı ile talep toplama yönteminin kullanıldığı halka arzlarda, talep formlarını toplayan yetkili kuruluş, talep toplama süresinin sona ermesinden sonra halka arz edilen sermaye piyasası araçlarının yatırımcılar arasında dağıtımını bu maddede yer alan esaslara

göre yapar. Konsorsiyum oluşturulmuş olması durumunda, talep formlarını toplayan konsorsiyum üyesi her bir yetkili kuruluş, izahnamede ve/veya konsorsiyum sözleşmesinde belirtilen usulde talepte bulunan yatırımcı listesini konsorsiyum liderine iletir. Konsorsiyum lideri iletilen yatırımcı listelerini konsolide ederek bu madde hükümleri çerçevesinde, talep toplama süresinin sona ermesinden sonra halka arz edilen sermaye piyasası araçlarının yatırımcılar arasındaki dağıtımını gerçekleştirir. Taleplerin satışa sunulan sermaye piyasası aracı tutarından az olması halinde bütün talepler karşılanır. Taleplerin satışa sunulan sermaye piyasası aracı tutarından fazla olması durumunda dağıtım aşağıdaki esaslar çerçevesinde gerçekleştirilir;

a) Varsa belirli bir yatırımcı grubu için ayrılan kısım hariç olmak üzere, satışa sunulan toplam tutar, talep eden yatırımcı sayısına bölünür ve bu suretle bulunan tutar ve altındaki alım talepleri karşılanır.

b) Kalan tutar, talebi tamamen karşılanamayan yatırımcı sayısına bölünerek aynı şekilde dağıtılır. Bu şekildeki dağıtım işlemine satışa sunulan sermaye piyasası araçlarının tamamı dağıtılincaya kadar devam olunur.

c) Dağıtım sonucunda ortaya çıkan miktarlar, miktar konusunda bir alt sınır koyan yatırımcılar açısından gözden geçirilir. Miktarın bu alt sınırın altında kalması halinde yatırımcı isteğine uygun olarak listeden çıkarılır ve bu miktarlar tekrar dağıtımına tabi tutulur.

ç) Dağıtım hesaplamalarında küsurat ortaya çıkması durumunda, küsurat tama iblağ edilerek talebi tamamen karşılanamayan yatırımcılar arasında, ihraççı veya halka arz edenin uygun gördüğü şekilde dağıtım yapılır.

Sabit fiyat veya fiyat aralığı ile talep toplama yönteminin kullanıldığı halka arzlarda istenmesi halinde, herhangi bir yatırımcı grubuna tahsis edilmiş bulunan toplam sermaye piyasası aracı miktarının bu gruba gelen toplam talep miktarına bölünmesi ile arzın talebi karşılama oranı bulunduğu oransal dağıtım yöntemi kullanılabilir. Söz konusu oran yatırımcıların talep ettikleri tutar ile çarpılarak, her bir yatırımcının talebi arzın talebi karşılama oranında karşılanır. Sabit fiyat veya fiyat aralığı ile talep toplama yönteminin kullanıldığı halka arzlarda, halka arz tutarı ile sınırlı olmak üzere talepte bulunan tüm bireysel yatırımcılara asgari olarak dağıtılacak tutar satış öncesinde belirlenebilir. Bu durumda halka arz tutarının tüm bireysel yatırımcıların asgari talep tutarlarını karşılamaması durumunda nasıl bir yöntem izleneceği izahnamede belirtilir.

5.4.4. Fiyat teklifi alma yoluyla talep toplama yönteminde dağıtım ilkeleri

Talep formlarını toplayan yetkili kuruluş, talep toplama süresinin sonunda sermaye piyasası araçlarının yatırımcılar arasında dağıtımını bu maddedeki esaslara göre yapar;

a) Toplanan teklifler, en yüksek fiyat teklifinden en düşük fiyat teklifine doğru olmak üzere, her fiyat düzeyinde talep edilen miktarlar ile birikimli miktarları gösteren bir tabloya dönüştürülür. Birikimli olarak en çok sermaye piyasası aracının satılabildiği fiyat, satış fiyatı olarak belirlenir.

b) Sermaye piyasası araçlarının dağıtımında bu fiyatı karşılayan teklifler dikkate alınır. Satış fiyatı olarak belirlenen bu fiyat düzeyinde talep edilen toplam sermaye piyasası aracı miktarının satışa sunulandan fazla olması durumunda, en yüksek fiyatlı talepten başlamak suretiyle dağıtım işlemi yapılır.

c) Satış fiyatı olarak belirlenen fiyat seviyesinde birden fazla yatırımcının karşılanamayan talebi olması durumunda, bu yatırımcılar arasında dağıtım talep miktarı ile orantılı olarak yapılır.

ç) Dağıtım sonucunda ortaya çıkan miktarlar, miktar konusunda alt sınır koyan yatırımcılar açısından gözden geçirilir. Ortaya çıkan miktarın bu alt sınırın altına kalması halinde yatırımcı isteğine uygun olarak listeden çıkarılır ve bu miktarlar tekrar talep miktarı ile orantılı olarak dağıtımına tabi tutulur.

d) Dağıtım hesaplamalarında küsurat ortaya çıkması durumunda küsurat tama iblağ edilerek talebi tamamen karşılanamayan yatırımcılar arasında ihraççı veya halka arz edenin uygun gördüğü şekilde dağıtım yapılır.

5.4.5. Dağıtım listesinin kesinleşmesi, bedel iadesi ve teslim

Talep toplama süresinin bitimini izleyen iki iş günü içerisinde yetkili kuruluş ya da varsa konsorsiyum lideri, sermaye piyasası aracı satın almak isteyen yatırımcıların adı/soyadını, varsa T.C. Kimlik numaralarını, ticaret unvanlarını, vergi kimlik numaralarını, talep ettikleri sermaye piyasası aracı miktarını, teklif edilen fiyatı, talepte bulunulan asgari miktarı, talebin sisteme girildiği tarih ve saat ile sermaye piyasası araçlarının yatırımcılar arasındaki dağıtımını gösterir bir liste düzenleyerek ihraççıya ve/veya halka arz edene verir. Yurt dışından alınan taleplerde, talebin

sisteme girildiği tarih ve saatin bu listede yer alması gerekmez. İhraççı ve/veya halka arz eden, dağıtım listesinin teslimini izleyen iki iş günü içinde listeyi onaylayarak yetkili kuruluş veya konsorsiyum liderine teslim eder. Onaylanan dağıtım listesini alan yetkili kuruluş, karşılanan taleplere ilişkin sermaye piyasası araçlarının yatırımcılara teslimini izah-namede belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yerine getirir. Konsorsiyum oluşturulması durumunda sermaye piyasası araçlarının yatırımcılara teslimi yükümlülüğü konsorsiyum liderine aittir. Karşılanamayan taleplere ilişkin bedel iadeleri, onaylanan dağıtım listesinin yetkili kuruluş tarafından teslim alınmasını izleyen iş günü içerisinde yerine getirilir. Konsorsiyum oluşturulmuş olması durumunda onaylanan dağıtım listesini alan konsorsiyum lideri karşılanamayan taleplere ilişkin bedel iadelerinin yerine getirilmesi için aynı gün içerisinde konsorsiyum üyelerine bildirimde bulunur. Konsorsiyum üyeleri bildirimini izleyen iş günü içerisinde karşılanamayan taleplere ilişkin bedel iadelerini yerine getirir.

5.4.6. Satış sonuçlarının saklanması ve bildirimi ile satış sonuçlarının kamuya açıklanması

Sermaye piyasası araçlarının satış süresinin sona erdiği tarihten itibaren beş yıl süreyle sermaye piyasası araçlarını satın almak isteyen tüm yatırımcılara ilişkin olarak hazırlanan liste ile satış sonuçlarının ihraççı ve/veya halka arz eden tarafından basılı olarak ve ayrıca elektronik ortamda saklanması ve korunması zorunludur. Satışın yetkili kuruluş veya konsorsiyum aracılığıyla gerçekleşmesi durumunda yetkili kuruluş veya konsorsiyum lideri de burada belirtildiği şekilde sermaye piyasası araçlarını satın almak isteyen tüm yatırımcılara ilişkin olarak hazırlanan liste ile satış sonuçlarının saklanması ve korunmasından sorumludur. Sermaye piyasası araçlarının satıldığı gerçek ve/veya tüzel kişilerden ihraççı ile sermaye ve/veya yönetim bakımından ilişkili olanlar ile bu kişilerin satın aldıkları sermaye piyasası aracı miktar ve tutarını gösteren tablo burada yer alan esaslar çerçevesinde ayrıca tutulur. SPK veya borsa tarafından talep edilmesi halinde, sermaye piyasası araçlarını satın almak isteyen tüm yatırımcılara ilişkin olarak hazırlanan liste ve satış sonuçları ile tablonun bir örneğinin SPK'ya ya da borsaya gönderilmesi zorunludur. Sermaye piyasası araçlarını satın almak isteyen tüm yatırımcılara ilişkin olarak hazırlanan liste hariç olmak üzere, yukarıda belirtilen bilgi ve belgelerin payların ilk halka arzında SPK tarafından talep edilmeksizin SPK'ya gönderilmesi zorunludur. Sermaye piyasası araçlarının satış süresinin sona ermesini izleyen on iş günü içinde ihraççı veya halka arz

eden ilan ve reklamların yayımlandığı yazılı basın araçlarının ilgili sayfaları ile görsel yayın kayıtlarının birer örneğini SPK'ya göndermekle yükümlüdür. Bu yükümlülükler, yetkili kuruluş tarafından yerine getirilebilir. Payların ilk halka arzı ile pay dışındaki sermaye piyasası araçlarının halka arzında yetkili kuruluşun, ihracın nihai tutarını, yatırımcı grupları bazında dağıtımı yapılan sermaye piyasası araçlarının tutarı, oranı ve yatırımcı sayısı hakkındaki bilgileri de içerecek şekilde hazırlanan dağıtım sonuçlarını, ek satış hakkı ile tahsisatın kaydırılması ile ilgili sonuçları ve halka arz edilen sermaye piyasası araçlarının nominal değerinin yüzde beşinden fazlasını satın alan kişi ve kurumları, dağıtım listesinin kesinleştiği günü takip eden iki iş günü içerisinde SPK'nın özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde açıklaması zorunludur.

Payların ilk halka arzında ve halka açık ortaklıklar tarafından yapılan sermaye artırımlarında, SPK'nın özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemelerinde tanımlanan ortaklıkta idari sorumluluğu bulunan kişilerin yaptıkları pay alımlarının da bu maddede belirtilen orana bağlı olmaksızın kamuya açıklanması zorunludur.

5.5. Halka Açılma Sonrasında Uyulacak Esaslar

5.5.1. Pay sahiplerine yönelik kısıtlama

Payları ilk defa halka arz edilecek ortaklıkların paylarının halka arzına ilişkin izahnamenin onaylandığı tarih itibarıyla mevcut sermayede yüzde on ve üzeri pay sahibi olan ortaklar ile pay sahipliği oranına bağlı olmaksızın yönetim kontrolünü elinde bulunduran ortaklar sahip oldukları payları, ortaklık paylarının borsada işlem görmeye başlamasından itibaren bir yıl süreyle halka arz fiyatının altındaki bir fiyattan borsada satamazlar ve bu payları halka arz fiyatının altında borsada satılması sonucunu doğuracak şekilde herhangi bir işleme tabi tutamazlar. Burada belirtilen süre içinde söz konusu payların kısmen veya tamamen bu hükme uygun olarak satılması veya devredilmesi durumunda SPK'nın özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde özel durum açıklaması yapılması zorunludur. Söz konusu kişilerin borsa dışında satacakları payları alanlar da bu sınırlamaya tabidir. Bu kişilerin ortaklığın paylarının borsada işlem görmeye başlamasından sonra borsadan alım yoluyla edindiği ortaklık payları, satış yasağının kapsamında değerlendirilmez.

Bir yıllık süre, payları ilk defa halka arz edilecek ortaklıkların, izahnamenin onaylandığı tarihten önceki dönemde paylarına sahip olan girişim sermayesi yatırım ortaklıkları için bu payları elde ettikleri en son tarihte başlar. Ancak ortaklık paylarının ilk halka arzından önceki bir yıllık süre içerisinde dönüşüm suretiyle girişim sermayesi yatırım ortaklığı statüsü kazanmış ortaklıklar için bu maddenin yukarıdaki esaslar geçerlidir. Yukarıdaki kapsamda yer alan kişiler halka açılma başvurusu sırasında, konuya ilişkin yazılı taahhüdü SPK'ya iletirler. Bu taahhüt ve içeriğine izahnamede yer verilir. Bir yıllık süre içerisinde sermaye artırım, kâr payı ödemesi ve benzeri nedenlerle ortaklık paylarının borsa fiyatının düzeltilmesi durumunda, düzeltme işleminin yapılmasına esas alınan kriterler halka arz fiyatına da uygulanır. Yönetim kontrolünün belirlenmesinde SPKn'nun 26'ncı maddesinin ikinci fıkrası hükmü esas alınır.

Yukarıdaki kapsamında yer alan kişilerin, sahip oldukları payları, ortaklık paylarının borsada işlem görmeye başlamasından itibaren, payların borsa fiyatından bağımsız olarak, bir yıl süreyle hiçbir şekilde borsada satmayacaklarını ve borsa dışında yapılacak satışlarda satışa konu payların da bu sınırlamaya tabi olacağının alıcılara bildirileceğinin halka açılma aşamasında ihtiyari bir şekilde taahhüt etmeleri halinde, bu kişilerin halka açılma başvurusu sırasında konuya ilişkin yazılı taahhüdü SPK'ya iletmelerine ilişkin hüküm ayrıca uygulanmaz. Söz konusu taahhüdün bir yıldan kısa bir süre için verilmesi halinde ise, halka açılma başvurusu sırasında SPK'ya iletilmesi gereken yazılı taahhüt kalan süre için verilir.

5.5.2. Halka açılmada sermaye artırım yoluyla satışa hazır bekletilen paylar

Payları ilk defa halka arz edilecek ortaklıkların ek satış hariç halka arz edilecek paylarının halka arz fiyatı baz alınarak hesaplanacak **piyasa değerinin kırk milyon TL'nin altında olması durumunda**, halka arza ilişkin izahnamenin onaylanmasından önce **halka arz edilecek payların nominal değerinin yüzde yirmi beşine tekabül eden paylar da ortakların yeni pay alma hakları tamamen kısıtlanmak suretiyle satışa hazır bir şekilde bekletilir**. Bu durumda ortaklığın kayıtlı sermaye sisteminde bulunması, SPK onayına sunulan izahnamenin birden fazla belge olarak düzenlenmesi ve izahnamede konu hakkında gerekli bilgiye yer verilme-

si zorunludur. Fiyat aralığı ile talep toplanması durumunda, kırk milyon TL'nin hesaplanmasında, fiyat aralığının alt sınırı esas alınır.

İzahnamenin onaylanması sırasında, halka arz fiyatının kesinleştilmemiş olması durumunda, yukarıda yer alan tutar halka arz fiyatının kesinleşmesini takiben hesaplanır ve halka arza ilişkin satış sonuçlarının kesinleşmesini müteakip iki iş günü içerisinde halka arz edilen payların nominal değerinin yüzde yirmi beşine tekabül eden ve satışa hazır bekletilen paylara ilişkin olarak hazırlanan sermaye piyasası aracı notunun ve özetin onaylanması amacıyla SPK'ya başvuruda bulunulur.

Satışa hazır bekletilen paylar tamamen satılmadığı sürece, izahnamenin onay tarihi itibarıyla mevcut sermayede yüzde on ve üzeri pay sahibi olan ortaklar ile pay sahipliği oranına bağlı olmaksızın yönetim kontrolünü elinde bulunduran ortaklar sahip oldukları payları izahnamenin Kamuyu Aydınlatma Platformunda (KAP) ilan edildiği tarihten itibaren bir yıl boyunca borsada satamazlar ve bu payları borsada satılması sonucunu doğuracak şekilde herhangi bir işleme tabi tutamazlar. Söz konusu kişiler halka açılma başvurusu sırasında, konuya ilişkin yazılı taahhüdü SPK'ya iletirler. Bu taahhüt ve içeriğine izahnamede yer verilir. Bu kişilerin borsa dışında satacakları payları alanlar da bu sınırlamaya tabidir. Ortaklık paylarının borsada işlem görmeye başlamasından sonra borsadan alım yoluyla edinilen ortaklık payları satış yasağı kapsamında değerlendirilmez. Yönetim kontrolünün belirlenmesinde SPKn'nun 26'ncı maddesinin ikinci fıkrası hükmü esas alınır. SPK'nın ilgili düzenlemelerinde yer alan halka arz süresi, satışa hazır bekletilen paylar için uygulanmaz.

5.5.3. Satışa hazır bekletilen payların satışı ve SPK'ya başvuru

Satışa hazır bekletilen payların satışı, aracı kurum tarafından yerine getirilir. Satış işlemi, izahnamenin KAP'ta ilan edildiği tarihten itibaren bir yıllık süre içerisinde bir ya da birden fazla seferde gerçekleştirilebilir. Söz konusu satışı yapacak aracı kurumun payların ilk halka arzına aracılık eden yetkili kuruluş olması şartı aranmaz.

İzahnamenin KAP'ta ilan edildiği tarihten itibaren bir yıl boyunca payların borsa fiyatı halka arz fiyatının yüzde yirmi beş fazlasından daha fazla yükselmediği sürece satışa hazır bekletilen payların satışına başlanamaz. Satışa hazır bekletilen payların satışı, payların borsa fiyatının halka arz fiyatının yüzde yirmi beş fazlasından daha yüksek seviyede kaldığı müddetçe mümkündür. Bu durumda satışa hazır bekletilen payla-

rın satışı zorunlu olmayıp, bu paylar SPK nezdinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek kalmaksızın borsada satılabilir. Satışa hazır bekletilen payların satışına başlandığı gün SPK'nın özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde aracı kurum tarafından KAP'ta özel durum açıklaması yapılır. Bir yıllık süre içerisinde kâr payı ödemesi ve benzeri nedenlerle ortaklık paylarının borsa fiyatının düzeltilmesi durumunda, düzeltme işleminin yapılmasına esas alınan kriterler halka arz fiyatına da uygulanır.

Ortaklık tarafından satışa hazır bekletilen ve MKK nezdinde ortaklık hesabında izlenen payların izahnamede belirtilen esaslar doğrultusunda satılabilmesi ve takas yükümlülüğünün yerine getirilmesi konusunda ortaklık tarafından aracı kuruma yetki verilmesi zorunludur. Bu yetkinin kullanım esaslarına, halka arzda satışa aracılık sözleşmesinde ya da taraflar arasında düzenlenen ayrı bir sözleşmede yer verilir.

Satışa hazır bekletilen payların izahnamede belirtilen esaslara uygun olarak satılmasından aracı kurum sorumludur. Satış işlemi aracı kurum tarafından ortaklığın paylarının borsada işlem gördüğü pazarda veya piyasada ikincil piyasa işlemleri çerçevesinde gerçekleştirilir. Ancak satış sonrası takas yükümlülüğü bu paylardan karşılanır. Takas yükümlülüğü yerine getirilmiş paylara ilişkin bedeller aracı kurum tarafından en geç ertesi iş günü ortaklığın hesabına aktarılır.

Satışa hazır bekletilen payların satışının söz konusu olması durumunda satış sonuçlarına ilişkin bilgi, aracı kurum tarafından her ay sonunu takiben üç iş günü içerisinde, özel durum açıklamasıyla KAP'ta kamuya açıklanır. Ayrıca satışa hazır bekletilen payların satışına ilişkin bir yıllık sürenin tamamlanmasını takiben üç iş günü içerisinde, satış süresi boyunca gerçekleştirilen bütün satış sonuçları aracı kurum tarafından yapılacak bir özel durum açıklamasıyla KAP'ta kamuya açıklanır.

İzahnamenin KAP'ta ilan edildiği tarihten itibaren bir yıl boyunca satışa hazır bekletilen paylara ilişkin satış hakkı, bir yılın tamamlanmasıyla sona erer. Sermaye artırımını yoluyla satışa hazır bekletilen paylardan bir yıl içerisinde satılamayanlar iptal olunur. Bir yıllık satış süresinin sona ermesinden itibaren on iş günü içerisinde, satılan pay tutarı dikkate alınarak çıkarılmış sermayeyi gösteren esas sözleşmenin sermayeye ilişkin maddesi hakkında hazırlanmış tadil tasarısına uygun görüş alınmak üzere SPK'ya başvurulur. SPK tarafından uygun görüş verilmesinden sonra on beş iş günü içerisinde madde tadil tasarısının tescil ve ilanı gerçekleştirilir.

Sermaye artırımını yoluyla satışa hazır bekletilen payları satın alan yatırımcılar, ortaklık hakları açısından ortaklığın diğer ortakları ile eşit haklara sahiptirler.

Oluşturulan payların borsa fiyatı, halka arz fiyatının yüzde yirmi beş fazlasından daha yüksek seviyede kaldığı ve satışa hazır bekletilen payların tamamı satılmadığı sürece ortaklık tarafından bedelli sermaye artırımını yapılamaz.

Bir yıllık süre içerisinde ortaklık tarafından bedelli sermaye artırımını yapılabilmesi için satışa hazır bekletilen payların tamamen satılmış olması veya sermaye artırım kararı alındığı tarihe kadar satışa hazır bekletilen paylardan satılamayanların iptal edilmesi gerekir. İptal durumunda, yukarıda belirtilen satış yasağı devam eder. Sermaye artırımının yapılabilmesi için öncelikle, ortaklığın sermaye artırımını yoluyla satışa hazır bekletilen paylarının iptalinden itibaren, satılan pay tutarı dikkate alınarak çıkarılmış sermayeyi gösteren esas sözleşmenin sermayeye ilişkin maddesi hakkında hazırlanmış tadil tasarısına uygun görüş alınmak üzere SPK'ya başvurulur. SPK tarafından uygun görüş verilmesinden sonra on beş iş günü içerisinde madde tadil tasarısının tescil ve ilanı gerçekleştirilir.

5.5.4. Fiyat istikrarını sağlayıcı işlemler

Yazının (5.1.2.), (5.1.3.) numaralı bölümlerinde belirtilen işlemlerde ve halka açık ortaklıkların paylarının ikincil halka arzında, paylar borsada işlem görmeye başladıktan sonra, halka arza ilişkin izahnamede gerekli açıklamaların yapılmış olması koşuluyla, halka arzda satışa aracılık eden aracı kurum, halka arzın konsorsiyum aracılığıyla gerçekleştirilmesi durumunda ise lider ya da varsa eş lider aracı kurum tarafından fiyat istikrarını sağlamak amacıyla pay alımında bulunulabilir. Aracı kurum tarafından ortaklık veya kendi hesabına fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlerde bulunulabilir. Bu durumda payların mülkiyeti hesabına işlem yapılan kişiye aittir.

İzahnamede gerekli açıklamaların yapılmış olması kaydıyla, ortaklık hesabına fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlerde bulunulması durumunda kullanılacak fon, ortaklığın elde edeceği brüt halka arz gelirinden karşılanabilir. Bu durumda fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlerde kullanılacak fon, ortaklığın elde edeceği brüt halka arz gelirinin yüzde yirmisinden yüksek olamaz ve alınacak payların nominal değeri ek pay satışları dahil halka arz edilen payların nominal değerinin yüzde yirmisini geçemez.

Bu işlem, ortaklıkların kendi paylarını geri almasına ilişkin SPK düzenlemelerinde yer alan usullere tabi değildir.

Fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlerde kullanılacak fonun ortaklık dışındaki kişiler tarafından sağlanması halinde, bu işlemlerde kullanılacak fon tutarı konusunda herhangi bir sınırlama uygulanmaz.

Fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlerin söz konusu olduğu halka arzlarda, bu işlemlerin payların borsa fiyatını desteklemeyi amaçladığı ve fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlerin yapılacağına ilişkin herhangi bir garantinin olmadığı hususları ile işlemlerin belirlenen süreden önce durdurulabileceğinin, fiyat istikrarını sağlayıcı işlemleri gerçekleştirecek aracı kurumun ticaret unvanının ve fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlere ilişkin sürenin izahnamede belirtilmesi zorunludur. Fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlerin süresinden önce kim tarafından durdurulabileceği taraflar arasında yapılan sözleşme ile belirlenir. Yapılan sözleşmede konuya ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamışsa durdurma yetkisi aracı kurumdadır.

Yazının (5.1.2.) numaralı bölümünde belirtilen işlemlerin tek başına veya yazının (5.1.3.) numaralı bölümünde belirtilen işlemlerle birlikte gerçekleştirilmesi durumunda veyahut halka açık ortaklıkların paylarının ikincil halka arzında, fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlerde kullanılacak fon öncelikli olarak ortakların mevcut paylarının satışından elde edilen gelirden karşılanır. Ortaklığın elde edeceği brüt halka arz gelirinin yüzde yirmisi, ortakların mevcut paylarının satışından elde edilen gelir tükenmedikçe fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlerde kullanılamaz.

Halka arz sonrası fiyat istikrarını sağlayıcı işlemler, ilgili payların borsada işlem görmeye başladığı tarihten itibaren en çok otuz gün süreyle gerçekleştirilebilir.

Fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlerde halka arz fiyatının üzerinde alım emri verilemez. Belirlenen işlem süresi içerisinde, borsa fiyatı halka arz fiyatının altına düştüğünde, halka arzda satışa aracılık eden aracı kurum tarafından alımda bulunulabilir. Söz konusu işlemlerde uygulanacak emir ve fiyat kuralları borsa düzenlemeleriyle belirlenir.

Aracı kurum, fiyat istikrarını sağlayıcı işlemler çerçevesinde satın aldığı payların satışında piyasanın olağan işleyişinin etkilenmemesi için azami özen ve dikkati gösterir ve fiyat istikrarını sağlayıcı işlemler çerçevesinde satın aldığı payları izahnamede ilan edilen istikrar sağlayıcı işlemlere ilişkin süre boyunca halka arz fiyatının altında bir bedelle satamaz.

Halka arz sonrasında fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlere ilişkin kayıtların tümü işlemleri gerçekleştiren aracı kurum tarafından tutulur ve işlemlerin sona ermesinden itibaren beş yıl süreyle ortaklık veya paylarını halka arz edenlerin incelemesine açık tutulur.

Halka arz sonrasında fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlerin yürütülmesinden işlemi gerçekleştiren aracı kurum sorumludur. Fiyat istikrarını sağlayıcı işlemleri gerçekleştirebilecek aracı kurumlara ilişkin şartlar SPK tarafından ayrıca belirlenir.

Bağımsız denetim yaptırma yükümlülüğü
 Kamuyu aydınlatma yükümlülüğü
 Kâr payı dağıtma
 Yatırımcı ilişkileri bölümü kurma zorunluluğu
HALKA ARZIN/AÇILMANIN SONUÇLARI
 Lisanslı personel çalıştırma yükümlülüğü
 Denetimden sorumlu komite oluşturma zorunluluğu
 Kurumsal yönetim ilkelerine uyum
 Kotasyon ve kotta kalma ücretleri ödeme
 Sermaye artırımlarında SPK ücreti

Şekil 5: Halka Açılmanın Sonuçları⁹

6. HALKA AÇILMA SONRASINDA PAYLARIN İŞLEM GÖRECEĞİ BORSA İSTANBUL AŞ PAY PİYASASININ GENEL ESASLARI

6.1. Genel Olarak

Borsa İstanbul Pay Piyasası'nda farklı sektörlerden şirketlerin payları, yeni pay alma hakları, borsa yatırım fonları, varantlar ve sertifikalar işlem görmektedir. Borsa İstanbul Pay Piyasası yerli ve yabancı yatırımcılar için likit, şeffaf ve güvenli yatırım ortamı sağlamaktadır. Pay Piyasası'nda işlemler elektronik alım satım sistemi aracılığıyla fiyat ve zaman önceliği kuralı temel alınarak “Sürekli İşlem”, “Piyasa Yapıcılı Sürekli İşlem” ve “Tek Fiyat” yöntemlerinde otomatik olarak gerçekleşmektedir.

⁹ Bu konuda bkz. Yavuz AKBULAK, ‘Anonim Şirketlerin Halka Açılmaları ve Sonuçları’ (2003), Banka, Mali ve Ekonomik Yorumlar Dergisi, 4 26-42

Borsada ilk defa halka arz edilen şirketlerin birincil piyasa işlemleri, birincil piyasa için belirlenmiş olan seans saatlerinde, sürekli işlem, sabit fiyat ve değişken fiyat yöntemleriyle gerçekleştirilmektedir. Sabit fiyat ve değişken fiyat yöntemleri, Borsa dışı halka arzlarda kullanılan “Talep Toplama Yöntemi”nden uyarlanarak Borsa emir-işlem kuralları çerçevesinde oluşturulmuştur.

Payların ve diğer sermaye piyasası araçlarının ilgili mevzuat gereği yapılması gereken halka arzları birincil piyasada gerçekleştirilir. Birincil piyasada uygulanacak işlem yöntemini, emir ve işlem kuralları ile alış emirlerinin girilmesi, satış işleminin gerçekleştirilmesi, talep toplanması ve dağıtım esaslarını, SPK düzenlemeleri çerçevesinde belirlemeye Genel Müdür yetkilidir. Borsada halka arz yoluyla satış yapmak isteyen sermaye piyasası aracı ihraççısının veya ilgili yatırım kuruluşunun, SPK tarafından onaylanan izahname ve Borsa tarafından istenen belge ve bilgiler ile birlikte Borsaya yapacağı başvurunun Borsaca uygun görülmesi hâlinde durum, işlemin yapılacağı tarihten en az iki iş günü önce KAP’ta ilan edilir. Borsada payları işlem gören ortaklıkların sermaye artırım sürecinde, yeni pay alma hakkı kullanımından sonra arta kalan payların Borsada satışında, satış duyurusu satış başlangıcından en az bir işlem günü önce KAP’ta ilan edilir. Borsada halka arza ilişkin talep toplama sürecinde halka arza aracılık yapan yatırım kuruluşunun satış işlemleri başlamadan önce satıştan vazgeçmesi hâlinde halka arz için Sisteme iletilen alım emirleri Genel Müdür tarafından iptal edilebilir. Borsada gerçekleştirilen halka arzlarda herhangi bir maddi hata söz konusu değilse, ihraççı ortaklık ve/veya halka arza aracılık eden yatırım kuruluşu talepte bulunsa bile gerçekleşen işlemler iptal edilmez.

Payları borsada ilk defa işlem görecektir olan ortaklıkların Borsada halka arzında sabit fiyatla ve değişken fiyatla talep toplama olmak üzere iki talep toplama yöntemi bulunmaktadır. Borsa İstanbul Genel Müdürlüğünün 2020/62 sayılı Duyurusu¹⁰ ile bu talep toplama yöntemlerinde, dağıtım aşamasına girecek emirlere ve dağıtım zamanına ilişkin yeni kurallar getirilmiş olup, bu kurallar aşağıda verilmiştir:

- Öncelikle yatırım kuruluşları tarafından, birden fazla hesabı bulunan yatırımcıların taleplerinin yatırımcı bazında konsolide edilerek tek hesaptan iletilmesi gerekmektedir.

¹⁰ Anılan Duyurunun onay tarihi, 25.09.2020’dir.

- Talep toplama aşamasında iletilen tüm emirler Borsa tarafından MKK sicil numarası kullanılarak yatırımcı bazında tekleştirilip dağıtımına konu edilecektir.

- Aynı ve/veya farklı aracı kurumlardan iletilen ancak aynı MKK sicil numarasına sahip olan yatırımcı emirlerinden, sadece fiyat ve zaman önceliği kuralına göre önceliğe sahip ilk emre dağıtım yapılacaktır. Aynı MKK sicil numarasına sahip mükerrer girilen diğer emirler dağıtımına konu edilmeyecektir.

- Talep toplamının sona erdiği an itibarıyla MKK sicil numarası bulunmayan hesaplardan iletilen emirler dağıtımına konu edilmeyecektir. Emirlerin MKK Sicil Numarası bulunan hesaplar aracılığıyla iletilmesinin sorumluluğu emri ileten aracı kuruma aittir.

- Birden fazla MKK sicil numarasına bağlı bulunan aracı kurum hesaplarından (müşterek hesap) iletilen emirler dağıtımına konu edilmeyecektir. Emirlerin tek MKK sicil numarasına bağlı yatırımcı hesabından girilmesi gerekmektedir.

- Dağıtım süreci talep toplamının bittiği gün saat 18:15 sonrası başlar.

- Dağıtım yapılabileceği tespit edilen her bir emre, mevcut durumda olduğu gibi, fiyat ve zaman önceliği kuralına göre sırayla birer lot dağıtım yapılır. İşlemler dağıtım tamamen bittikten sonra gerçekleşir.

6.2. Borsa İstanbul Pay Piyasasında Yer Alan Pazarlar

Pay Piyasası;

- 1) Yıldız Pazar,
- 2) Ana Pazar,
- 3) Alt Pazar,
- 4) Yapılandırılmış Ürünler ve Fon Pazarı,
- 5) Nitelikli Yatırımcı İşlem Pazarı ile
- 6) Yakın İzleme Pazarı'ndan oluşur.

Ortaklıkların ilk defa kota alınan payları Yıldız Pazar, Ana Pazar, Alt Pazar veya Nitelikli Yatırımcı İşlem Pazarı'nda işlem görebilir.

Yatırım ortaklıkları ve Nitelikli Yatırımcı İşlem Pazarı'nda işlem görmek için başvuru yapanlar hariç olmak üzere, paylarının işlem görmesi için kotasyon başvurusunda bulunan ortaklıkların SPK'nın VII-128.1 sayılı Pay Tebliği'nin 5'inci maddesinin ikinci fıkrasında belirle-

nen Kanun kapsamından çıkma şartlarını sağlamamaları gerekir. Söz konusu şartlar, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, özel bütçeli idareler, özelleştirme kapsamındaki ortaklıklar ve kamunun ortaklığının bulunduğu ortaklıklar için uygulanmaz.

Borsa'nın güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişine engel teşkil edecek hususların anlaşılması halinde, Yönetim Kurulu, gerekçelerini belirtmek suretiyle sermaye piyasası aracının kotasyon başvurusunu reddetmeye veya kotasyon koşullarını sağladığı Pazar dışında farklı bir pazarda işlem görmesine karar vermeye, diğer pazarlarda işlem gören ortaklık paylarını Yakın İzleme Pazarı'na almaya yetkilidir.

Varant, sertifika ve fon ile NİYİP'te işlem görecektir paylar ve nitelikli yatırımcılar arasında işlem görmek üzere ihraç edilen sermaye piyasası araçlarının başvuruları hariç olmak üzere, Yönetim Kurulu, ilgili kotasyon şartlarının tamamı sağlansa dahi, ortaklığın veya ihraççının Yönetim kurulu üyeleri ile genel müdürü ve yönetim kontrolünü elinde bulunduran ortakları hakkında sermaye piyasası mevzuatında ve 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununda yer alan suçlar, 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 282'nci maddesinde düzenlenen suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçundan ve ödünç para verme işleri hakkında mevzuata aykırılıktan, Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı veya haksız mal edinme suçlarından hüküm giymemiş olması şartını, ayrıca Türk Ceza Kanununun 53'üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına çarptırılmış olma şartını arar. Söz konusu durumun ortaklık ile doğrudan ya da dolaylı ilişkisi olmayan bir hukukçu tarafından düzenlenen hukukçu raporu ile belgelenmesi gerekir.

Pay Piyasasında işlemler aşağıdaki pazarlarda gerçekleştirilmektedir.

Tablo 1: Borsa İstanbul Pay Piyasası Pazarları

	Pay Piyasası Pazarları	Pazarın Tanımı	Pazarın Simgesi
1	Yıldız Pazar	Şirketlerin borsaya kotasyonunda halka arz edilen kısmının piyasa değeri 200 milyon TL ve üzeri olan payların işlem gördüğü pazardır.	Z
2	Ana Pazar	Şirketlerin borsaya kotasyonunda halka arz edilen kısmının piyasa değeri 200 milyon TL ve 50 milyon TL arasında olan payların işlem gördüğü pazardır.	N
3	Alt Pazar	Şirketlerin borsaya kotasyonunda halka arz edilen kısmının piyasa değeri 50 milyon TL'nin altında olan payların işlem gördüğü pazardır.	T
4	Yakın İzleme Pazarı (YİP)	Kotasyon Yönergesine göre Yıldız Pazar, Ana Pazar ve Alt Pazar'dan çıkarılma sonucunu doğuracak gelişmelerin olduğu ortaklıklarının paylarının işlem gördüğü pazardır.	W
5	Yapılandırılmış Ürünler ve Fon Pazarı (YÜFP)	Borsa yatırım fonu katılma belgeleri, varantlar, sertifikalar, sahipliğe dayalı kira sertifikaları, gayrimenkul sertifikaları, gayrimenkul yatırım fonları ve girişim sermayesi yatırım fonlarının işlem görebildiği pazardır.	K
6	Nitelikli Yatırımcı İşlem Pazarı (NYİP)	Halka arz edilmeksizin nitelikli yatırımcılara satılmak üzere ihraç edilen ortaklık paylarının ve Yönetim Kurulunca uygun görülen diğer sermaye piyasası araçlarının yalnızca nitelikli yatırımcılar arasında işlem görebilmesini sağlamak amacıyla oluşturulmuştur. Nitelikli yatırımcı statüsünde olmayanlar bu pazarda işlem yapamazlar.	Q
7	Piyasa Öncesi İşlem Platfor-	SPKn kapsamında halka açık statüde olup, payları Borsada işlem görmeyen	S

	mu (PÖİP)	şirketler ile Borsa tarafından fiili dolaşım oranı %5'in altında olduğu için bu Platformda işlem görmesine karar verilen şirketlerin paylarının işlem gördüğü platformdur.	
--	------------------	--	--

6.3. Pazarları Belirleme Kriterleri

Kotasyon Yönergesi hükümlerine göre ilgili Pay Piyasası pazarlarında kota alınıp, işlem görmeye başlayan paylar, bu yönerge kapsamında belirlenen kriterler doğrultusunda yılda en az 2 defa olmak üzere Borsa İstanbul Genel Müdürü tarafından uygun görülecek dönemler itibarıyla değerlendirilmeye tabi tutulur. Bu değerlendirme sonuçlarına göre pazar değişikliği yapılır. Pazarları belirleme kriterleri aşağıdaki tabloda yer almaktadır. Belirlenen bu kriterler Yönetim Kurulu kararıyla değiştirilebilir ve bu değişiklikler SPK onayıyla yürürlüğü girer.

Tablo 2: Borsa İstanbul Pay Piyasası Pazarları Belirleme Kriterleri

Pazarlarda İşlem Görme Kriterleri	Yıldız Pazar	Ana Pazar	Alt Pazar
Piyasa Değeri (PD)	> 500 milyon TL	> 60 milyon TL	
Fiili Dolaşımdaki Payların Piyasa Değeri (FDPD)	> 100 milyon TL	> 30 milyon TL	
Fiili Dolaşım Oranı (FDO)	> % 10	> % 10	
Yerli Bireysel Yatırımcı Sayısı	> 1000	> 500	
İmtiyaz	İmtiyaz varsa FDO<%90	İmtiyaz varsa FDO<%90	
Yerli Fon	> 3 milyon TL		
Likidite	< 2,5	< 7,5	

Yukarıda yer alan kriterlerin açıklamaları şöyledir:

a) PD: Şirketin tüm sermayesi üzerinden hesaplanan toplam piyasa değerini,

b) FDPD: Şirketin SPK tarafından belirlenen kriterler çerçevesinde dönem sonu itibariyle FD pay adedi x bir yıllık düzeltilmiş kapanış fiyatlarının ortalaması şeklinde hesaplanan, fiili dolaşımdaki paylarının piyasa değerini,

c) FDO: Şirketin SPK tarafından belirlenen kriterler çerçevesinde hesaplanan fiili dolaşımdaki paylarının şirket sermayesine oranını,

ç) Yerli Bireysel Yatırımcı Sayısı: MKK verilerine göre ilgili payda son bir yıl içinde 500 TL ve üzeri piyasa değerine sahip olan ortalama yerli bireysel yatırımcı sayısını,

d) İmtiyaz: Herhangi bir pay grubuna ilişkin oluşturulan farklılığın yapılacak değerlendirmelerde imtiyaz sayılıp sayılmayacağına Borsa Genel Müdürlüğünce karar verilecek şekilde; yönetim kurulu üyelerinin belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceğine ilişkin haklar, yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, kâr payı, tasfiye payı, rüşhan ve oy hakkı veya burada öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı gibi haklarda bir paya farklı veya üstün bir hak tanınmasını,

e) Yerli Fon: MKK verilerine göre ilgili payda SPK denetiminde bulunan “Yatırım Fonlarının” ve “Emeklilik Yatırım Fonlarının” portföyünde bulunan kısmın son bir yıl içindeki ortalama piyasa değerini,

f) Likidite Kriteri: 1 Milyon TL işlem hacmi ile payda günlük bazda oluşan ortalama fiyat değişim oranını,

g) Ek Kriter- Temettü Getirisi: Son 3 yıllık nakit temettü toplamı / dönem sonu piyasa değerini ifade eder.

Pazarlar arası geçişlerde değerlendirme en az yılda iki kere, her kriter için belirlenen verilerin son bir yıllık ortalamaları ile yapılır. Değerlendirme dönemlerini Borsa İstanbul Genel Müdürü belirler. Genel Müdür pazarları belirleme kriterleri dışındaki payın diğer piyasa koşullarını, payda alınmış olan tedbirleri, yürütülmekte olan incelemeleri dikkate alarak ilgili payın değerlendirme dışı bırakılmasına veya değerlendirme sonuçlarına göre pazarında herhangi bir değişiklik yapılmamasına karar verebilir.

6.4. Yıldız Pazar, Ana Pazar ve Alt Pazar Kotasyon Şartları

Payların ilk kotasyonu için yapılacak başvurularda, başvurunun, ortaklık sermayesinin tamamı için yapılması ve ortaklığın;

a) Kuruluşundan itibaren en az 2 takvim yılı geçmiş olması (Bu bendin uygulanmasında, ortaklıkların, anonim ortaklık türü dışındaki herhangi bir sermaye şirketi türünde geçen süreleri de yıl hesabında dikkate alınır. 2 yıldan fazla faaliyet süresi olan en az bir ortaklığa minimum %51 oranında iştirak etmek suretiyle holding şirketi olarak kurulan yeni bir ortaklığın başvurusu halinde, sözkonusu holding için 2 takvim yılı şartı aranmaz. Ancak, kuruluşundan itibaren en az 2 takvim yılı geçmiş iştiraklerin özsermayelerinin, holding yapısında kurulan yeni ortaklığın özsermayesinin %50'sinin altında, aktif büyüklüklerinin de holding yapısında kurulan yeni ortaklığın aktif büyüklüğünün %50'sinin altında olmaması gerekir),

b) Ortaklığın aşağıda yer alan pazarlardan herhangi birinin şartlarının tamamını sağlaması,

Tablo 3: Borsa İstanbul Pay Piyasası Pazarları Kotasyon Şartları

	Yıldız Pazar	Ana Pazar	Alt Pazar
Halka arz edilen payların piyasa değeri	Asgari 200 milyon TL	Asgari 50 milyon TL	Asgari 20 milyon TL
Halka arz edilen payların nominal değerinin sermayeye asgari oranı	%15	%20	%25
Bağımsız denetimden geçmiş yıllık finansal tablolarında dönem kârı olması	Son 2 yıl	Son 2 yıl	Son 2 yıl
Bağımsız denetimden geçmiş en son finansal tablolardaki Özsermaye/Sermaye oranı	1'den büyük	1'den büyük	1,25'den büyük

c) Finansal durumunun faaliyetlerini sağlıklı bir biçimde yürütebilecek düzeyde olması,

ç) Paylar üzerinde, pay sahibinin haklarını kullanmasına engel olacak kayıtlar bulunmaması ve esas sözleşmenin Borsada işlem görecektir payların devir ve tedavülünü kısıtlayıcı hükümler içermemesi,

d) Borsa tarafından geçerli kabul edilebilecek durumlar dışındaki nedenlerle son 1 yıl içinde; ortaklığın faaliyetlerine 3 aydan fazla ara vermemiş, hakkında tasfiye, konkordato, iflas ertelemesi veya Borsaca

belirlenen diğer benzeri durumlara ilişkin herhangi bir sürecin yaşanmamış olması,

e) Üretim ve faaliyetini etkileyecek önemli hukuki uyuşmazlıkların bulunmaması ve bu hususla birlikte, ortaklığın kuruluş ve faaliyet bakımından hukuki durumu ile payların hukuki durumunun tâbi oldukları mevzuata uygun olduğunun, ortaklık ile doğrudan ya da dolaylı ilişkisi olmayan bir hukukçu tarafından düzenlenen hukukçu raporu ile belgelenmesi,

gerekmektedir.

6.5. Diğer Pazarlara İlişkin Kotasyon Şartları

Paylarını halka arz etmeksizin Borsa dışında veya Borsada nitelikli yatırımcılara ihraç eden halka açık olmayan ortaklıklar ile bu ortaklıkların mevcut ortakları ile halka açık olup payları Borsada işlem görmeyen ortaklıklar, paylarının NİYİP’te işlem görmesi için kotasyon başvurusunda bulunabilirler. Bu payların kotasyon başvurularının kabul edilmesi için;

a) İhraç belgesinin SPK tarafından onaylanmış olması,

b) Ortaklık esas sözleşmesinin işlem görecekt payların devir ve tedavülünü kısıtlayıcı kayıtlar içermemesi,

c) Ortaklığın üretim ve faaliyetini etkileyecek önemli hukuki uyuşmazlıkların bulunmaması ve bu hususla birlikte, ortaklığın kuruluş ve faaliyet bakımından hukuki durumu ile payların hukuki durumunun tâbi oldukları mevzuata uygun olduğunun, ortaklık ile doğrudan ya da dolaylı ilişkisi olmayan bir hukukçu tarafından düzenlenen hukukçu raporu ile belgelenmesi,

ç) Ortaklığın mali durumu ve faaliyetleri göz önüne alınarak yapılan değerlendirme sonucunda payların NİYİP’te işlem görebilmesine ilişkin olarak Borsa Yönetim Kurulu’nun olumlu karar vermesi,

d) Son yıllık ve ilgili ara dönem bağımsız denetim raporlarının olumlu görüş içermesi,

gerekir.

Yatırım kuruluşu varantlarının ve sertifikalarının Borsa kotuna alınması için; başvurunun ihraç tavanının tamamı için yapılması, SPK’nın Varantlar ve Yatırım Kuruluşu Sertifikalarına ilişkin düzenlemelerinde belirtilen niteliklere sahip piyasa yapıcısının bulunması, gerekmektedir.

Halka arz yoluyla veya nitelikli yatırımcıya satılmak üzere ihraç edilen gayrimenkul sertifikaları, Borsanın görüşü alınarak SPK tarafından izahnamenin veya ihraç belgesinin onaylanması ve satışın gerçekleşmesini takiben kota alınır. Kota alınan gayrimenkul sertifikalarından halka arz yoluyla ihraç edilenler Yapılandırılmış Ürünler ve Fon Pazarı'nda, nitelikli yatırımcılara ihraç edilenler ise Nitelikli Yatırımcı İşlem Pazarı'nda işlem görür.

Fon katılma payları, fon izahnamesinde veya ihraç belgesinde hüküm bulunmak kaydıyla, Borsa tarafından herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın ve karar tesis edilmeksizin SPK tarafından izahnamenin veya ihraç belgesinin onaylanmasını takiben fon kurucusu tarafından yapılan başvuru üzerine Borsa kotuna alınır. Fon katılma paylarından halka arz edilenler Yapılandırılmış Ürünler ve Fon Pazarı'nda, nitelikli yatırımcılara ihraç edilenler ise Nitelikli Yatırımcı İşlem Pazarı'nda işlem görebilir.

7. SONUÇ

Halka açılma yoluyla finansman temini, tüm dünyada işletmelerce, öncelikle yabancı kaynak temininin yaratacağı ek yüklerden kurtulmak amacıyla tercih edilen ve ekonomik istikrara sahip, sermaye piyasaları gelişmiş ekonomilerde özellikle rağbet gören bir finansman yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ülkemiz gibi ekonomik açıdan gelişimini henüz tamamlayamamış ülkelerde, işletmelerin özkaynak yaratmak suretiyle banka kredilerine daha az başvurarak faiz maliyetlerinin de azaltılmasını ve genel olarak faizlerin düşürülmesini teminen halka açılmaları ve bu şekilde ülkemizde kurumsallaşmanın teşvikini ve geliştirilmesini sağlamak için ilave bazı önlemlerin alınmasında yarar görülmektedir.

Genel ekonomik ortamda istikrar sağlamaya yönelik, tutarlı makroekonomik politikaların sermaye piyasalarının gelişmişlik düzeyine sağlayacağı olumlu katkının, işletmelerin halka açılmaları için uygun zamanlamanın sağlanabilmesi açısından her şeyden öncelikli olduğunu belirtmek koşuluyla, bu konuya ilişkin olası ilave tedbirler arasında ilk sırayı vergisel teşvik tedbirlerinin alabileceği düşünülmektedir¹¹.

¹¹ Bu konuda bkz. Yavuz AKBULAK, '7256 Sayılı Kanunla Yapılan Son Düzenlemeler Sermaye Piyasamızın Teşviki Bakımından Neleri İçeriyor?' < <https://blog.lexpera.com.tr/7256-sayili-kanunla-yapilan-son-duzenlemeler-sermaye-piyasamizin-tesviki-bakimindan-neleri-iceriyor/> > erişim tarihi 12 Aralık 2020

Son olarak, makroekonomik istikrar koşulları oluştuğunda ve işletmeler açısından geleceğin belirsizliği tehlikesi ortadan kalktığında, yukarıda anılanlara benzer bazı ilave teşviklerle, halka açılma yoluyla finansman temini yöntemi, işletmeler bakımından gerçek bir alternatif finansman yöntemi haline gelebilecek ve gelişmiş ekonomilerdekine benzer şekilde artan oranlarda rağbet görebilecektir. Bu durum, sermaye piyasalarında arz ve talep yönünde olumlu gelişmeleri de beraberinde getirecek ve genel ekonomiye de ivme kazandırabilecektir.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

AKBULAK S, Şirketlerin Halka Açılması (1991), Yayımlanmamış SPK Yeterlik Etüdü

AKBULAK S ve AKBULAK Y, Türkiye’de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler (2004) (1st edn Beta Basım Yayım)

AKBULAK, Y, ‘Alternatif Kaynak Maliyetleri Üzerine Bir Değerlendirme’ (2002), Vergi Dünyası Dergisi, 252 132-143

AKBULAK Y, ‘Anonim Şirketlerin Halka Açılmaları ve Sonuçları’ (2003), Banka, Mali ve Ekonomik Yorumlar Dergisi, 4 26-42

AKBULAK Y, Halka Açık Anonim Şirketlerin Temel Yükümlülükleri ve Özellikli Bazı Hususlar (Türk Sermaye Piyasası Mevzuatı ve Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Bir İnceleme) (2019), (1st edn Leges Akademi)

AKBULAK Y, ‘7256 Sayılı Kanunla Yapılan Son Düzenlemeler Sermaye Piyasamızın Teşviki Bakımından Neleri İçeriyor? < <https://blog.lexpera.com.tr/7256-sayili-kanunla-yapilan-son-duzenlemeler-sermaye-piyasamizin-tesviki-bakimindan-neleri-iceriyor/> > erişim tarihi 12 Aralık 2020

Mevzuat ve İnternet Siteleri

Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kanun Tarihi: 06.12.2012, RG 30.12.2012/28513

II-5.1 sayılı İzahname ve İhraç Belgesi Tebliği, RG 22.06.2013/28685

II-5.2 sayılı Sermaye Piyasası Araçlarının Satışı Tebliği, RG 28.06.2013/28691

II.15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği, RG 23.01.2014/28891

II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği, RG 03.01.2014/28871

VII-128.1 sayılı Pay Tebliği, RG 22.06.2013/28685

Borsa İstanbul Kotasyon Yönergesi, < https://borsaistanbul.com/files/kotasyon_yonergesi.pdf > erişim tarihi 12 Aralık 2020

Borsa İstanbul Kotasyon Ücret Tarifesi, < https://www.borsais-tanbul.com/datum/Kotasyon_Ucret_Tarifesi.pdf > erişim tarihi 12 Aralık 2020

Borsa İstanbul Pay Piyasası Yönergesi, < <https://borsaistanbul.com/files/borsa-istanbul-as-pay-piyasasi-yonergesi.pdf> > erişim tarihi 12 Aralık 2020



**İSTANBUL
TİCARET
ODASI**

—1882—

Adres : Reşadiye Cad. 34112
Eminönü, Fatih/İstanbul
Telefon : (212) 455 60 00
Faks : (212) 513 15 65 / 520 16 56
E-posta : ito@ito.org.tr
İnternet : www.ito.org.tr

