

ÇEKTE MUHATAP BANKANIN ÖDEMeye İLİŞKİN YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN YARGITAY 19. CEZA DAİRESİNİN 27.01.2020 TARİHLİ KARARI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ
THE EVALUATION OF THE DRAWEE BANK'S OBLIGATIONS RELATED TO THE PAYMENT WITHIN THE CONTEXT OF THE DECISION DATED 27.01.2020 BY 19TH CRIMINAL DEPARTMENT OF THE TURKISH SUPREME COURT
 Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Nuri ERDEM

ANONİM ŞİRKETTE DENETÇİ GENEL KURUL TARAFINDAN GÖREVDEN ALINABİLİR Mİ?
MAY THE AUDITOR BE DISMISSED BY THE GENERAL BOARD IN JOINT STOCK COMPANY?
 Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Hüsnü TURANLI
 Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Seda SEYMAN

ALMAN TEDARİK ZİNCİRLERİ ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ YASAĞI VE AVRUPA BİRLİĞİ ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ YÖNERGE TASLAĞI KAPSAMINDA ŞİRKETLERİN SORUMLULUĞU
LIABILITY OF COMPANIES IN THE SCOPE OF THE GERMAN SUPPLY CHAINS DUE DILIGENCE ACT AND THE DRAFT EUROPEAN UNION CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE DIRECTIVE
 Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Alper ÖZBOYACI

ANONİM ŞİRKET GENEL KURUL TOPLANTI BAŞKANININ SEÇİMİ, GÖREV SÜRESİ VE GÖREVİNİN SONA ERMESİ
ELECTION, TERM AND TERMINATION OF THE PRESIDENT OF THE GENERAL ASSEMBLY OF JOINT STOCK COMPANY
 Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Gizlem TURAN

7445 SAYILI KANUN İLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER İŞİĞINDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK AÇISINDAN ANONİM ŞİRKETLERDE İBRÂ DAVASI
RELEASE ACTION AT JOINT STOCK COMPANIES WITH REGARDS TO MEDIATION AS A PREREQUIREMENT FOR ACTION IN THE LIGHT OF THE AMENDMENTS INTRODUCED BY CODE NO. 7445
 Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Sercan UÇAR



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: 8/Sayı: 2
Volume: 8/Issue: 2
Yıl/Year: 2023

TR Dizin Hukuk Veri Tabanında Dizinlenmektedir



Regesta Ticaret Hukuku Dergisi
Regesta Journal of Commercial Law

“Hakemli Dergidir”/“Peer reviewed Journal”

Cilt: 8/Sayı: 2
Volume: 8/Issue: 2
Yıl/Year: 2023

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: MGM Baskı Sanayi ve Ltd. Şti.

Basıldığı Yer/ Turgut Özal Mah. 22. Sk. C Blok 1-3 İç
Place of Publication: Kapı No: 1 34306 Esenyurt/İstanbul
(Sertifika No./Certificate No. 72132)
Tel: 0 554 447 92 37

Basım Tarihi/Publication Date: Eylül/September 2023

Yönetim Yeri/Place of İstanbul Ticaret Odası Merkez Bina
Management: Reşadiye Cad. Eminönü, Fatih/İstanbul
Tel.: 0 212 455 60 00

URL: <https://ito.org.tr/tr/regesta>

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

İstanbul Ticaret Odası Merkez Bina

Reşadiye Cad. Eminönü, Fatih/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 © 2023

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

İstanbul Ticaret Odası Merkez Bina

Reşadiye Cad. Eminönü, Fatih/İstanbul

Tel.: 0 212 455 60 00

İnternet adresi: <https://ito.org.tr/tr/regesta>

Derginin web sayfası için "<https://ito.org.tr/tr/regesta>" adresini ziyaret edebilirsiniz.

EDİTÖR/EDITOR IN CHIEF

Av. Nurcan TURAN

DİL EDİTÖRÜ/LANGUAGE EDITOR

Av. Nur ÖZCAN

YAYIN KURULU EDITORIAL BOARD

- Prof. Dr. Pınar AKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Murat ALIŞKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Anlam ALTAY (*Galatasaray Üniversitesi*)
Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ (*Bilkent Üniversitesi*)
Prof. Dr. Fülurya YUSUFOĞLU BİLGİN (*Galatasaray Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*)
Prof. Dr. Nuray EKŞİ
Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY (*İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Prof. Dr. İlhan HELVACI (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ (*İstanbul Aydın Üniversitesi*)
Prof. Dr. Arslan KAYA (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. Fena İPEKEL KAYALI (*İstanbul Medeniyet Üniversitesi*)
Prof. Dr. İsmail KAYAR (*İstanbul Aydın Üniversitesi*)
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. Leyla KESER (*Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü*)
Prof. Dr. İsmail KIRCA (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mehmet Çağlar MANAVGAT (*Bilkent Üniversitesi*)
Prof. Dr. Gül OKUTAN NILSSON (*İstanbul Bilgi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi*)
Prof. Dr. Korkut ÖZKORKUT (*Ankara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ (*Galatasaray Üniversitesi E. Öğretim Üyesi*)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*YÖK üyesi*)
Prof. Dr. Asuman TURANBOY (*Ankara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI (*İzmir Ekonomi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Güzin ÜÇİŞİK (*İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi*)
Prof. Dr. Veliye YANLI (*İstanbul Bilgi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hamdi YASAMAN (*Galatasaray Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi*)
Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK (*İbn Haldun Üniversitesi*)
Prof. Dr. Şükrü YILDIZ (*İbn Haldun Üniversitesi*)

Prof. Dr. Aynur YONGALIK (*Atılım Üniversitesi*)
Doç. Dr. Emrah KULAKLI (*İstanbul Medipol Üniversitesi*)
Doç. Dr. Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDOĞAN (*İstanbul Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAK (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi H. Ali DURAL (*Galatasaray Üniversitesi*)

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

1. Katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri:

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

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

İstanbul Ticaret Odası Merkez Bina Reşadiye Cad. Eminö-
nü/İstanbul, Tel.: 0 212 455 60 00

2. Dergilerde yer alan yazılar kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

*The articles published in the journals may not be used without gi-
ving reference to their source.*

3. Dergide yayınlanan yazıların yayın hakları İstanbul Ticaret
Odasına aittir.

*Istanbul Chamber of Commerce owns the copyrights of the articles
published in the journal.*

4. Dergide yayınlanan yazılarda yer alan görüşler yazarlarına aittir.

*The opinions expressed in the published articles in the journal are
those of the authors.*

5. Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, dört ayda bir (yılda üç kez) ya-
yınlanan hakemli bir dergidir.

*Journal of Regesta is a peer reviewed journal published three ti-
mes a year.*

6. Dergi'de yayınlanabilecek yazılar, hukuk alanını ilgilendiren
içerikte her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ile çevi-
rilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya İngilizcedir.

*This is a journal of law focusing on legal issues concerning law.
Articles, case notes and comments, discussions of legislative develop-
ment, book reviews and other similar type of papers which are written in
the articles are either in Turkish or in English.*

7. 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.

8. 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

9. 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.

10. 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 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 affilia-

tion; 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

11. 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. Makaleler en az 5, en fazla 10 adet anahtar kelime/keywords içermelidir.

*Papers submitted to the Journal must have **titles, and abstracts** both in Turkish and in English. Abstracts should be include up to 160 words. Papers must contain at least 5 and at the most 10 keywords.*

12. 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.*

13. 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.*

14. Etik ilkeler ve kurallar konusunda 'Yayın Etiği Komitesi'nin (Committee on Publication Ethics - COPE (<https://publicationethics.org/>)) yönergesini esas almıştır.

On the subject of ethical principles and rules, it took the directives of the Committee on Publication Ethics -COPE (COPE: Committee on Publication Ethics) as a basis.

15. 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.*

16. 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.*

17. 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.*

18. 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

19. 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.

20. 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.

21. Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**çift kör hakemlik**) dayanır. Dergiye gönderilen tüm çalışmalar çift kör hakem değerlendirilmesine tabi tutulduğundan hakem listesine yer verilmemiştir. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **double blind peer review**. Because of the double blind peer review the journal doesn't include referee list. 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.

Dergimizin etik ilkeleri, yayın ve intihal politikasına ilişkin detaylı bilgilere “<https://ito.org.tr/tr/regesta>” adresinde yer verilmiştir.

REGESTA, TÜBİTAK ULAKBİM Türk Hukuk dizininde yer alan dergiler arasına kabul edildi.

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.

Detailed information about our journal's ethical principles, its policy on publication and plagiarism may be found in the following address: <https://ito.org.tr/tr/regesta>

REGESTA is accepted amongst the journals that are ranked in the TUBITAK ULAKBİM Index.

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 2023 yılına ait ikinci sayısıyla karşınızdayız.

Bu sayımızdaki ilk eser Doç. Dr. Nuri ERDEM'in "Çekte Muhatap Bankanın Ödemeye İlişkin Yükümlülüklerinin Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 27.01.2020 Tarihli Kararı Bağlamında Değerlendirilmesi" olup; bunun yanı sıra Doç. Dr. Hüsnü TURANLI ve Dr. Öğr. Üyesi Seda SEYMAN'ın "Anonim Şirkette Denetçi Genel Kurul Tarafından Görevden Alınabilir mi?", Dr. Öğr. Üyesi Alper ÖZBOYACI'nın "Alman Tedarik Zincirleri Özen Yükümlülüğü Yasası ve Avrupa Birliği Özen Yükümlülüğü Yönerge Taslağı Kapsamında Şirketlerin Sorumluluğu", Dr. Öğr. Üyesi Gizlem TURAN'ın "Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Başkanının Seçimi, Görev Süresi ve Görevinin Sona Ermesi" ve Dr. Öğr. Üyesi Sercan UÇAR'ın "7445 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler Işığında Dava Şartı Arabuluculuk Açısından Anonim Şirketlerde İbra Davası" isimli yazılarına yer verilmiştir.

Gittikçe artan okuyucu sayımız ve yoğun makale gönderimi bizlere çalışmalarımızda güç vermektedir. Bu vesile ile okuyucu, yazar ve hakemlerimize teşekkür ederiz.

Gelecek sayıda görüşmek dileğiyle.

Av./Aal. Nurcan TURAN

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ

Cilt: 8/Sayı: 2

Yıl: 2023

İÇİNDEKİLER

MAKALELER..... 137

Araştırma Makalesi

Çekte Muhatap Bankanın Ödemeye İlişkin Yükümlülüklerinin Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 27.01.2020 Tarihli Kararı Bağlamında Değerlendirilmesi

Doç. Dr. Nuri ERDEM..... 139

Anonim Şirkette Denetçi Genel Kurul Tarafından Görevden Alınabilir mi?

Doç. Dr. Hüsnü TURANLI

Dr. Öğr. Üyesi Seda SEYMAN 179

Alman Tedarik Zincirleri Özen Yükümlülüğü Yasası ve Avrupa Birliği Özen Yükümlülüğü Yönerge Taslağı Kapsamında Şirketlerin Sorumluluğu

Dr. Öğr. Üyesi Alper ÖZBOYACI 201

Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Başkanının Seçimi, Görev Süresi ve Görevinin Sona Ermesi

Dr. Öğr. Üyesi Gizlem TURAN 243

7445 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler Işığında Dava Şartı

Arabuluculuk Açısından Anonim Şirketlerde İbra Davası

Dr. Öğr. Üyesi Sercan UÇAR..... 275

REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

Volume: 8/Issue: 2

Year: 2023

CONTENTS

ARTICLES 137

Research Articles

- The Evaluation of the Drawee Bank's Obligations Related to the Payment within the Context of the Decision Dated 27.01.2020 by 19th Criminal Department of the Turkish Supreme Court
Assoc. Prof. Dr. Nuri ERDEM 139
- May the Auditor Be Dismissed by the General Board in Joint Stock Company?
Assoc. Prof. Dr. Hüsnü TURANLI
Dr. Lecturer Seda SEYMAN 179
- Liability of Companies in the Scope of the German Supply Chains Due Diligence Act and the Draft European Union Corporate Sustainability Due Diligence Directive
Dr. Lecturer Alper ÖZBOYACI 201
- Election, Term and Termination of the President of the General Assembly of Joint Stock Company
Dr. Lecturer Gizlem TURAN 243
- Release Action at Joint Stock Companies with Regards to Mediation as a Prerequisite for Action in the Light of the Amendments Introduced by Code No. 7445
Dr. Lecturer Sercan UÇAR 275

MAKALELER

ARTICLES

* Çekte Muhatap Bankanın Ödemeye İlişkin Yükümlülüklerinin Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 27.01.2020 Tarihli Kararı Bağlamında Değerlendirilmesi
The Evaluation of the Drawee Bank's Obligations Related to the Payment within the Context of the Decision Dated 27.01.2020 by 19th Criminal Department of the Turkish Supreme Court

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Nuri ERDEM

* Anonim Şirkette Denetçi Genel Kurul Tarafından Görevden Alınabilir mi?
May the Auditor Be Dismissed by the General Board in Joint Stock Company?

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Hüsnü TURANLI
Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Seda SEYMAN

* Alman Tedarik Zincirleri Özen Yükümlülüğü Yasası ve Avrupa Birliği Özen Yükümlülüğü Yönerge Taslağı Kapsamında Şirketlerin Sorumluluğu
Liability of Companies in the Scope of the German Supply Chains Due Diligence Act and the Draft European Union Corporate Sustainability Due Diligence Directive

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Alper ÖZBOYACI

* Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Başkanının Seçimi, Görev Süresi ve Görevinin Sona Ermesi
Election, Term and Termination of the President of the General Assembly of Joint Stock Company

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Gizlem TURAN

* 7445 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler Işığında Dava Şartı Arabuluculuk Açısından Anonim Şirketlerde İbra Davası
Release Action at Joint Stock Companies with Regards to Mediation as a Prerequisite for Action in the Light of the Amendments Introduced by Code No. 7445

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Sercan UÇAR

**℥ ÇEKTE MUHATAP BANKANIN ÖDEMEEYE İLİŞKİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN YARGITAY 19. CEZA DAİRESİNİN
27.01.2020 TARİHLİ KARARI BAĞLAMINDA
DEĞERLENDİRİLMESİ***

*(THE EVALUATION OF THE DRAWEE BANK'S OBLIGATIONS RELATED TO THE
PAYMENT WITHIN THE CONTEXT OF THE DECISION DATED 27.01.2020 BY
19TH CRIMINAL DEPARTMENT OF THE TURKISH SUPREME COURT)*

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Nuri ERDEM**

ÖZ

Muhatap bankanın meşru hamil tarafından ibraz olunan çeki ödeme ve çekle işleyen hesap ödemeye müsait değil ise talep üzerine karşılıksız işlemi yapma zorunluluğu bulunmaktadır (ÇekK m. 3, 7/4, 7/5). Bununla birlikte, ödeme aşamasından önce, ibraz olunan çekin unsurlarında eksiklik bulunması, kanuni ibraz süresinin gelmemiş olması gibi çekin ödenmesi için gerekli şartların oluşmaması yahut çekin sahte imzalı olması (TTK m. 812), ibraz süresi geçmiş olan çekten cayılmış olması (TTK m. 799) gibi kanundan kaynaklanan haklı nedenin mevcut olup olmadığını da değerlendirmesi gerekir. Muhatap bankaca ödemeye ilişkin şartların mevcut bulunmaması, çekin sahte olması, hakkında ödemedenden men kararı verilmesi gibi haklı bir sebebe dayanılarak hamile

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 21.06.2023 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 01.08.2023 tarihinde birinci hakem; 04.08.2023 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, nurierdem@aydin.edu.tr, 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, “Çekte Muhatap Bankanın Ödemeye İlişkin Yükümlülüklerinin Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 27.01.2020 Tarihli Kararı Bağlamında Değerlendirilmesi”, REGESTA, Cilt: 8, Sayı: 2, 2023, s. 139-178.

ödeme yapılmaması ile hesapta yeterli karşılık bulunmasına rağmen çekin ödenmemesi olguları, sebep ve sonuçları itibarıyla birbirinden farklıdır. Çekin karşılığının bulunmaması, düzenleyenin hukuki ve cezai sorumluluğuna yol açan özel bir durum olarak yasada (TTK m. 783, ÇekK m. 3, m. 5) ayrıca düzenlenmiştir. Kanuni sebeplere dayalı olarak çekin ödenmemesi hallerinde ne şekilde işlem yapılacağı, böyle bir ihtimalde çeke karşılıksız işlemi yapılması gerekip gerekmediği hususları ise uygulamada tereddüt oluşturmuştur. Bu konunun özellikle ceza hukuku bakımından sonuçları yönünden Yargıtay 19. Ceza Dairesi, durumu 27.01.2020 tarihli kararında değerlendirmiştir. Ancak bu karar, içerdiği özel hukuk açısından da etki gösteren değerlendirmeler sebebiyle öğretide yeni tartışmalara yol açmış ve özellikle bankacılık uygulamasında tereddütlere yol açmıştır. Biz de çalışmamızda, bu kararı da değerlendirmek suretiyle konuyu özellikle sahte ve tahrif edilmiş çeklerin ibrazında muhatap bankanın yükümlülükleri yönünden inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Çek, Muhatap Banka, Sahte ve Tahrif Edilmiş Çek, Karşılıksız Çek, Sorumluluk

ABSTRACT

The drawee bank has the obligation to pay the check presented by the bearer and dishonoring the bounced check on demand of the bearer if the account is not suitable for payment due to non-sufficient funds (Turkish Check Code art. 3, 7/4, 7/5). However, before the payment stage, the bank should control the requirements for payment of the check, whether there is such as the lack of key features of the submitted check, the absence of the legal submission period, or the legal reasons for non-payment as the situation forged check (Turkish Commercial Code art. 812) or after expiry of the time limit for presentation the check has been revoked (Turkish Commercial Code art. 799). As it seen, there is difference in terms of their reasons and consequences between the non-payment of the check due to other legal reasons and the check is not paid due to non-sufficient account. The bounced check and its consequences are also regulated in the law (Turkish Commercial Code art. 783, cheque article 3, art. 5) as a special situation that leads to the legal and penal liability of the drawer. In the event that the check is not paid on the basis of legal reasons, there has been uncertainty in practice

about how to proceed, and whether it is necessary to dishonor check in such a case. In terms of the consequences of this issue, especially in terms of criminal law, the 19th Criminal Chamber of the Court of Cassation evaluated the situation in its decision dated 27.01.2020 in order to eliminate the differences in case law between the courts of appeal and this decision was published in the Official Gazette. However, this comprehensive decision has led to new debates in the doctrine, due to a number of different evaluations in this decision, including in terms of private law, and has led to hesitations in banking practice. In our study, we will evaluate the issue in terms of the obligations of the drawee bank, especially in the presentation of forged and falsified checks, by assessing and interpreting this comprehensive decision.

Keywords: *Check, Drawee Bank, Forged Check, Bounced Check, Liability*

GİRİŞ

Bankalar, TTK ve Çek Kanunun kendilerine verdiği yetki ve görevler çerçevesinde aralarında çek anlaşması yaptığı ve çekle işleyen hesabı bulunan müşterilerinin keşide ettiği çekleri ödeyerek önemli bir fonksiyonu yerine getirirler. Uygulamada kambiyo senetleri arasında çekin yaygın ve tercih edilir olmasındaki önemli sebeplerden birisi de, kambiyo taahhüdü içerisinde olmasa dahi bir güven kurumu olan bankaların çekin işleyişindeki varlığı, çekin muhatabı olmalarıdır.

Bu çerçevede, muhatap bankalar çekle ödemelerin yapılabilmesi görevini icra ederken, TTK ve ÇekK'daki hükümler doğrultusunda hareket ederek bir yandan çek hamillerini, diğer yandan da kendisine çekle işleyen hesabını emanet eden müşterileri olan keşidecileri koruma görevi altındadırlar. TTK ve ÇekK hükümleri birlikte değerlendirildiğinde de, taraflar arasında bu dengenin sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Nitekim muhatap bankanın meşru hamil tarafından ibraz olunan çeki ödeme yükümlülüğü ve çekle işleyen hesap ödemeye müsait değil ise talep üzerine karşılıksız işlemi yapma zorunluluğu bulunmaktadır (ÇekK m. 3, 7/4, 7/5). Bununla birlikte, ibraz olunan çekin unsurlarında eksiklik bulunması, kanuni ibraz süresinin gelmemiş olması gibi çekin ödenmesi için gerekli şartların oluşmaması yahut çekin sahte imzalı olması (TTK m. 812), ibraz süresi geçmiş olan çekten cayılmış olması (TTK m. 799)

gibi kanundan kaynaklanan ve ödememeyi haklı kılan bir sebebin varlığı halinde muhatap bankanın, düzenleyen hesabında karşılığı bulunsun yahut bulunmasın çeki ödememesi, dolayısıyla ödeme aşamasına geçmeden önce ödemeye engel bu gibi hallerin mevcut olup olmadığını değerlendirmesi gerekecektir. Öyleyse muhatap bankanın çeki ödeme ve karşılığı bulunmuyor ise talep üzerine karşılıksız işlemi yükümlülüğü olduğu kadar, kendisine ibraz edilen çeki kontrol etme ve gerekirse ödemeyerek çekle işleyen hesap sahibi müşterilerinin (düzenleyenlerin) de haklarını muhafaza etme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Öte yandan, ÇekK hükümlerinin genel yapısına baktığımızda bu dengenin bir nebze hamil lehine bozulduğu, bankanın araştırma yükümlülüğü, çek hesapları ve çek defterleri ibrazına ilişkin ÇekK m. 2 ve ödeme, çekin karşılıksız olduğunun tespiti ile gecikme cezasına ilişkin ÇekK m. 3 gibi hükümlerde özellikle çek hesabı açmayı güçleştirici ve devamında ödeme için çek ibraz eden hamilleri koruyucu hükümlere yer verildiği görülmektedir. Ancak bu konuda doğru bir tahlil ve hukuki değerlendirme yapabilmek için TTK'nın çeki ilişkin hükümlerinin de göz ardı edilmemesi gerekir. Bununla birlikte, Yargıtay 19. Ceza Dairesi, çekte karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu (ÇekK m. 5) dolayısıyla vermiş olduğu bir kararında konuya ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur. Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin, uygulamada tereddüt oluşturan, 11. Hukuk Dairesi ve hatta bizzat anılan Ceza Dairesi'nin bundan önceki içtihatlarından farklı ve ayrıntılı bu (istinaf içtihadını birleştirme) kararında ulaştığı ve kati bir şekilde ifade ettiği sonuçlar uygulamada tereddütlere yol açmıştır. Biz de söz konusu tereddütleri giderebilmek adına, anılan karar bağlamında muhatap bankanın ödeme ve kontrol yükümlülüklerini değerlendiren ve görüşlerimizi ortaya koyan bu çalışmayı kaleme almış bulunuyoruz

I- GENEL OLARAK MUHATAP BANKANIN ÖDEME VE KONTROL YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Çek, diğer kambiyo senetlerinden farklı olarak bir kredi aracı olmayıp, münhasıran bir ödeme aracı işlevi görmektedir. Nitekim çekte kabul yasağı, çekte vade bulunmaması ve kısa ibraz süreleri gibi husus-

lar da bu amacın uygulanmasına hizmet etmektedir¹. Muhatap banka da kural olarak kendisine ibraz olunan bir çeki, (gerekli kontrolleri yaptıktan sonra) düzenleyenin çekle işleyen hesabından ödeme yükümlülüğü altında olup² haksız olarak bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi hukuki ve cezai sorumluluğunu doğurabilecektir (TTK m. 783/2, ÇekK m. 3/7, m. 7/5)³.

Bununla birlikte, muhatap bankanın sözü edilen ödeme yükümlülüğünün doğabilmesi için bir takım olumlu şartların mevcut bulunması gerekir⁴. Buna göre, öncelikle düzenleyen ile muhatap banka arasında

¹ Jörg Schwarz, 'OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander and Stephan Wolf (eds), (3rd edn, Orell Füssli Verlag 2009) Art. 1100 OR N 6; Hans Kuhn 'GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Bucheffektengesetz, Art. 772-1186 OR' in Vito Roberto and Hans Rudolf Trüb (eds), (4th edn, Schultess 2023) Art 1100 OR N 12

² Muhatap bankanın ödeme yükümlülüğü bulunup bulunmadığı hususu özellikle 3167 sayılı ve 1985 tarihli eÇekK'nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde öğretide tartışılmış ise de bugün itibariyle ÇekK m. 3/7 ve m. 7/5 hükümleri çerçevesinde muhatapın şartları bulunması halinde ibraz edilen çeki ödemekle yükümlü olduğu ve böyle bir çeki ödememekten sorumlu olduğu genel olarak kabul edilmiştir. Bkz. Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku (2nd edn, Yetkin 1997) 1203; Müge Tekil, Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu (1st edn, Beta 1997) 35; Şafak Narbay, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı (2nd edn, Beta 1999) 19; Seza Reisoğlu, Çek Hukuku (1st edn, Ankara 2011) 305; Ali Ayli, Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri (1st edn, Seçkin 2019) 125 ff; Abuzer Kendigelen and İsmail Kırca, Kıymetli Evrak Hukuku (5th edn, On İki Levha Yayıncılık 2021) 314; Ali Bozer and Celal Göle, Kıymetli Evrak Hukuku (10th edn, BTHAE 2021) 365 ff. Tartışmalar ve öğretideki görüşler ile değerlendirmesi bkz. Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku (6th edn, On İki Levha 2021) 302 ff, özellikle dpn. 145-148'de anılan yazarlar; ayrıca bkz. Ahmet Özsoy, Muhatabın Çek Kanunu'na Dayalı Hukuki Sorumluluğu (1st edn, On İki Levha 2020) 90ff

³ Ödeme yükümlülüğü için genel olarak bkz. Adolf Baumbach, Wolfgang Hefermehl and Matthias Casper, Wechselgesetz Scheckgesetz Recht des Zahlungsverkehrs (24th edn, Beck, 2020) SchG Art 28 Rn 9ff., Art 35 Rn 1ff. Sorumluluğun niteliği açısından haksız fiile dayalı olduğu yönünde, Bozer and Göle (n 2) 369; Tekil (n 2) 41; kandan doğan borç görüşünde Öztan (n 2) 1203; Narbay (n 2) 23; Ayli (n 2) 130; Özsoy (n 2) 99. Görüşlerin ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Kendigelen (n 2) 308, dpn 169

⁴ Schwarz (n 1) Art 1100 OR N 3; Bernhard Stehle and Sebastian Reichle, 'Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)' in: Peter Gauch and Hubert Stöckli (eds), (10th edn, Schultess 2021) Art 1100 N 1; Michael Schöll, 'Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)' in: Peter

geçerli bir çek anlaşmasının bulunması, ibraz edilen çekin geçerlilik şartlarını taşıyan bir çek olması (TTK m. 780-781, ÇekK m. 2/7), ödemeyi talep eden kişinin meşru hamil sıfatını haiz olması (TTK m. 646/2, m. 790), muhatap bankaya ibrazın kanunda belirlenen ibraz süreleri içerisinde (TTK m. 795/2, 796, ÇekK m. 3/5) gerçekleştirilmesi ve nihayet çekin ibrazında kısmen yahut tamamen karşılığının bulunması (TTK m. 738, ÇekK m. 3/1, m. 3/5) gerekir. Şu halde, muhatap bankanın çek ibrazında ödeme yükümlülüğünün doğup doğmadığını tespit edebilmesi ve devamında ödeme yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için, öncelikle kendisine ibraz olunan çekin saymış olduğumuz hususlar yönünden değerlendirmesi ve kontrol etmesi gerekir⁵. Öte yandan, bankanın kontrol yükümlülüğü yukarıda sayılanlarla da sınırlı değildir⁶. Zira muhatap bankanın ödeme yükümlülüğü mutlak olmayıp, kanundan kaynaklanan bir takım sebeplerin varlığında çekin ödenmemesi zorunluluğu doğabileceğinden, muhatap bankaca bu gibi hallerin var olup olmadığının da tetkik edilmesi gerekir. Bu bağlamda sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ibrazı halinde durumu mümkünse tespit ederek ödeme yapılmaması (TTK m. 812) gerektiği gibi; mahkeme tarafından ödeme yasağı (TTK m. 757) veya hesap için ihtiyati tedbir kararı verilmesi, ibraz süresi geçmiş olan çekten cayılmış olması (TTK m. 799) gibi hallerde de muhatap bankaca ödeme yapılmaması uygun olacaktır⁷. Bu gibi olasılıkların varlığı halinde, muhatapın ÇekK m. 3/3 kapsamındaki asgari ödeme yükümlülüğünden de bahsedilemez⁸. Bu nedenle, sayılanlar gibi ödeme yükümlülüğüne etki edebilecek hallerin de muhatap bankaca kontrol edilmesi gerekmekte olup; bu çerçevede, sahteliğe, tahrifata, imzaya, ödemedi men ve tedbir kararı bulunup bulunmadığına, ibraz süresi

Gauch and Hubert Stöckli (eds), (7th edn, Schultess 2009) Art 1100 N 1; Kendigelen (n 2) 309; Özsoy (n 2) 94ff ve orada anılan yazarlar

⁵ Ayli (n 2) 10

⁶ Bu yönde, Özsoy (n 2) 95; krş. Ayli (n 2) 128

⁷ Farklı ihtimaller için bkz. Ayli (n 2) 128 ff; Özsoy (n 2) 95 ff

⁸ Bu bağlamda, ibraz edilen çekin unsurlarında eksiklik bulunması, çekin süresinde ibraz edilmemesi, ibraz edenin meşru hamil sıfatını haiz olmaması, çekin sahte ve tahrif edilmiş olması hallerinde muhatap bankanın ÇekK m. 3/3 kapsamında asgari ödeme yükümlülüğünün doğmayacağını da ifade etmek gerekir. Bu yönde bkz. Kendigelen (n 2) 312; Özsoy (n 2) 103ff

geçmiş olan çekten cayılmış olup olmadığına ilişkin hususlar muhatap bankanın kontrol yükümlülüğü kapsamında.

Görüldüğü üzere, muhatap bankaca ödemeye ilişkin şartların mevcut bulunmaması yahut çekin sahte olması, hakkında ödemedi men kararı verilmesi gibi haklı bir sebebe dayanılması dolayısıyla hamile ödeme yapılmaması ile hesapta yeterli karşılık bulunmasına rağmen çekin ödenmemesi olguları, sebep ve sonuçları itibarıyla birbirinden farklıdır. Muhatap banka önce çekin unsurları bulunup bulunmadığını, kanuni ibraz süresi içerisinde meşru hamil tarafından ibraz edilip edilmediğini ve devamında kanuni ödememe sebeplerinin mevcut olup olmadığını değerlendirecek ve ancak bu aşamadan sonra hesapta karşılığın bulunup bulunmadığı da değerlendirmek suretiyle ödeme aşamasına geçilecektir. Karşılığın bulunup bulunmaması çekin ödenmesi aşamasına ilişkin bir husus olup, bankanın çekle işleyen hesapta çekin karşılığı bulunmaması sebebiyle ödeme yapmaması (çekin karşılıksız olması), düzenleyenin hukuki ve cezai sorumluluğuna yol açan özel bir durum olarak yasada (TTK m. 783, ÇekK m. 3, m. 5) ayrıca düzenlenmiştir.

Bu konuda öğretide de haklı olarak ifade edildiği üzere, şekil unsurları açısından geçerli bir çekin varlığı, uyumsuzluğa uygulanacak hükümlerin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır ve çekin unsurlarının bulunmaması veya çekin ödenmemesini gerektiren kanuni bir sebebin varlığı halinde, hukuken geçerli veya ödenmeye uygun bir çekten de bahsedilemeyeceğinden, karşılıksız çek keşide etme / çekte karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme eylemi gerçekleşmemiş olacak, dolayısıyla da ÇekK'nın ilgili hükümleri uygulama alanı dahi bulamayacaktır⁹.

Farklı ihtimalleri bünyesinde barındıran muhatap bankanın ödeme yükümlülüğü ile çekin farklı sebeplerle ödenmemesi nedenleri ile bunların çek üzerinde ne şekilde belirtilmesi gerektiği hususları iki farklı yasada ve dağınık bir şekilde düzenlendiğinden, özellikle karşılığı bulunmaması durumu dışında TTK'da öngörülen kanuni sebeplere dayalı olarak çekin ödenmemesi hallerinde ne şekilde işlem yapılacağı; böyle bir ihtimalde çeke karşılıksız işlemi yapılması gerekip gerekmediği hususları uygulamada tereddüt oluşturmıştır.

⁹ Feyzan Hayal Şehirli, 'Yargıtay Kararlarında Karşılıksız Çek' (1997) 52(01) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 661, 661

Yargıtay uygulaması incelendiğinde, muhatap banka tarafından çekin karşılıksız olması dışında çeşitli ödenmeme ihtimallerine binaen karşılıksızdır işlemi yapılmaması ve bu gibi hallerde düzenleyenin çek hakkında karşılıksızdır işlemi yapılmaya sebebiyet verme suçundan dolayı cezalandırılmasının mümkün olup olmadığını irdeleyen farklı yönde kararlar verilmiş olduğu görülmektedir. Yargıtay 19. Ceza Dairesi, istinaf mahkemeleri arasında oluşan içtihat farklılıklarını gidermek amacıyla “*Bölge Adliye Mahkemeleri Ceza Daireleri Arasında Karar Uyuşmazlığının Giderilmesine Dair Karar*”ı ile durumu değerlendirmiş ve bu karar Resmi Gazete’de yayımlanmıştır¹⁰. Ancak geniş kapsamlı bu karar, içerdği özel hukuk açısından da etki gösteren bir takım farklı değerlendirmeler sebebiyle öğretide yeni tartışmaların kapısını aralamıştır. Özellikle muhatap bankanın kontrol yükümlülüğü kapsamında ödeme yapmaması sonucunu doğuracak, ibraz edilen çeke karşılıksız işlemi yapılması gerektirmediği düşünülen bir takım ihtimaller yönünden dahi bankanın kontrol yükümlülüğünün bulunmadığı, hesapta çekin karşılığı var ise ödeme yapılması gerektiği; çekin karşılığı bulunmuyor ise her halükarda karşılıksız işlemi yapılması gerektiği yönünde, “*karşılığı olan bir çeki ödemekten veya karşılığı olmayan çek hakkında karşılıksızdır işlemi yapma zorunluluğundan muhatap bankaca imtina edilemeyeceği*”, muhatap bankaca karşılıksız işlemi yapılmaması halinde ise ÇekK m. 7/4’de düzenlenen, *banka görevlisinin talebe rağmen karşılıksızdır işlemi yapmaması suçunun oluşacağı* şeklinde kararda geçen bir takım ifadeler, bankacılık uygulamasında tereddütlere yol açmıştır. Hatta söz konusu karar, bugüne değin mevcut yasa ve içtihatlarla göre şekillenen bankacılık uygulamasına devam edilmesi sebebiyle banka çalışanları hakkında ceza kovuşturmaları yapılmasına sebebiyet vermiştir¹¹.

¹⁰ RG: 21.02.2020/31046

¹¹ Bu konuda değerlendirmeleri için ayrıca bkz. Şükrü Yıldız, ‘Yargıtay 19. Ceza Dairesi’nin 27.01.2020 tarih ve E. 2019/35817, K. 2020/415 Sayılı Sahte Çekle İlgili Kararı Üzerine Bir İnceleme’ Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan Cilt I (1st edn, Yetkin 2022) 663 ff; ÇekK m. 7/4’te düzenlenen suçun oluşup oluşmayacağı yönünden bkz. Ersan Şen, Erkan Erdem and Cem Serdar, ‘Banka Görevlisinin Talebe Rağmen Çeke Karşılıksızdır İşlemi Yapmaması’ (Ersan Şen Hukuk ve Danışmanlık Blog, 30 Aralık 2021) <<https://sen.av.tr/tr/makale/banka-gorevlisinin-talebe-ragmen-ceke-karsiliksizdir-islemi-yapmaması>> erişim tarihi 13 Haziran 2023

Biz de çalışmamızda, bu kararı da değerlendirmek ve yorumlamak suretiyle ve özellikle sahte ve tahrif edilmiş çekler ile bunun bir alt türü olan, kaybolmak, çalınmak suretiyle elden çıkmış ve fakat muhatap bankaya sahte imzalı olarak ibraz edilmiş çeklerin ibrazında muhatap bankanın yükümlülükleri yönünden konuyu değerlendireceğiz. Sahte imzalı çekin bu konudaki özelliği, anılan kararda Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin kararından alınan ve şu şekilde ortaya konan, özetle *muhatap bankanın çek üzerinde yapacağı incelemenin belirli sınırlarının olması gerektiği, bu incelemenin TTK m. 801 çerçevesinde ciro silsilesinin düzenli olup olmadığı, çekin ibraz tarihinde ibraz edilip edilmediği, düzenleyenin imzasının ıslak imza olup olmadığı ile sınırlı olması gerektiği, bunun dışında çek üzerindeki imzanın belirsiz veya keşideciye ait olup olmadığı yönünde inceleme yapılamayacağı ve bu sebepten hareketle karşılığı olan bir çeki ödemekten veya karşılığı olmayan çek hakkında karşılıksızdır işlemi yapma zorunluluğundan muhatap bankaca imtina edilemeyeceği, bu çerçevede muhatap bankanın, çek üzerindeki imzanın keşideciye ait olmadığı, çek üzerindeki imzanın belirsiz olduğu vb. gerekçelerle, karşılığı olan bir çeki ödemekten veya karşılığı olmayan çek hakkında karşılıksızdır işlemi yapma zorunluluğundan imtina edemeyeceği, aksi uygulamanın banka görevlisi hakkında ÇekK m. 7/4 ve 7/5'teki ceza yaptırımlarının uygulanması neticesini doğuracağı yönünde ancak kanaatimizce TTK ve ÇekK'nın sahte ve tahrif edilmiş çeke ilişkin düzenlemelerine aykırı bir yoruma gitmiş olmasıdır. Bu yorum sebebiyle konunun ayrıca değerlendirilmesi, özellikle sahte ve tahrif edilmiş çekin ibrazı halinde muhatap bankanın kontrol, ödeme/ödememe ve karşılıksız işlemi yapma yükümlülüklerinin TTK ve ÇekK hükümleri çerçevesinde ortaya konulması gerekmektedir.*

II- SAHTE VE TAHRİF EDİLMİŞ ÇEKİN İBRAZİ HALİNDE BANKANIN MEVCUT KANUN HÜKÜMLERİ DAİRESİNDE KONTROL VE ÖDEME/ÖDEMEME YÜKÜMLÜLÜKLERİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME

A. Genel Olarak Sahte ve Tahrif Edilmiş Çek

Sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ibrazı ve bu suretle düzenleyen hesabından yetkisiz olarak para tahsil edilmesi rizikosu karşılığında bankacılık uygulamasında banka ve müşterileri arasında meydana gelebilecek bu zarara kimin katlanması gerektiği hususu önemli bir hukuki problem teşkil etmiştir. Bu konu genel olarak Kıta Avrupası Hukuku kanunlarında ve Anglo-Amerikan Örf ve Adet Hukukunda (*Common Law*)

kural olarak muhatap bankanın bu zarardan sorumlu tutulduğu ve fakat banka müşterisi -çek defteri sahibine- atfedilebilecek bir kusurun varlığı hali ile yine çek anlaşmalarına konulabilecek hükümlerle bankanın sorumluluğuna istisnalar getirilmiş olduğu görülmektedir¹².

¹² İngiliz Hukukunda konu uygulama ve içtihatlarla şekillenmiş olup genel olarak imza sahteliğinde yapılan ödeme hesaba borç kaydedilmeyecek olup çek tutarında hileli bir artış (tahrifat) olması durumunda ise düzenleyenden yalnızca keşide ettiği miktar kadar ücret alınabilecektir. Sahte imza veya tutarın tahrif edilmesi nedeniyle ödeme yapan banka, yalnızca çeki bozduran kişiye, yani (iyi niyetle veya kötü niyetle) eşdeğeri yanlış bir şekilde tahsil eden kişiye rücu edebilecek ve düzenleyenler yahut hesap sahipleri zarara katlanmayacaklardır. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz., Herschel W Arant, 'Forged Checks. The Duty of the Depositor to His Bank' (1922) 31(6) The Yale Law Journal 598 ff; E. P. Ellinger, 'Bank's Liability for Paying Fraudulently Issued Cheques' (1985) 5(2) Oxford Journal of Legal Studies 293, 300

Alman Hukuku'nda konu Borçlar Hukuku'nun kusur ve ihmale ilişkin genel hükümleri, bankacılık işlemlerine uygulanacak hüküm ve koşulları düzenleyen Özel Bankaların Genel Hüküm ve Koşulları, ("AGB-Banken") çerçevesinde düzenlenmiş olup buna göre, bankalar başlangıçta yalnızca ağır ihmalden sorumlu tutulmuş; devamında AGB-Banken para. 3'de, "Banka, yükümlülüklerini yerine getirirken çalışanlarının ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde görevlendirdiği kişilerin kusurlarından sorumludur. Bireysel iş ilişkileri veya diğer sözleşmeler için özel koşullar farklı bir şeyi düzenlediği sürece, bu düzenlemeler önceliklidir. Müşteri, kusurlu davranış yoluyla (örneğin, 11. maddede sıralanan işbirliği yapma görevlerini ihlal ederek) zararın oluşmasına katkıda bulunduyorsa, bankanın ve müşterinin zararı ne ölçüde karşılanması gerektiğini, müşterek sorumluluk ilkeleri belirler." Sahte ve tahrif edilmiş çekler hakkında bankalar çek anlaşmalarına "... çeklerin kaybolması, kötüye kullanılması, sahteciliği ve tahrif edilmesinin tüm sonuçları... hesap sahibi tarafından karşılanacaktır. Banka, sorumlu olduğu kusur kapsamında ancak diğer nedenlere bağlı olarak zararın oluşmasına katkıda bulunduğu ölçüde sorumludur" şeklinde hükümler konulmakla birlikte, bunun yasal sınırını da yine AGB-Banken para. 9'da, genel şartlardaki hükümler, banka müşterisine iyi niyete aykırı olarak makul olmayan bir şekilde dezavantajlı duruma getiriyorsa etkisiz (geçersizdir) hükmü yer almaktadır. Öte yandan, Çek İşlemleri İçin Özel Koşullar ("SchB")'da sorumluluğun paylaşılmasını düzenleyen para. 3 fıkra 1'e göre, banka çek sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdür. Müşteri kusurlu davranışıyla, özellikle özen yükümlülüğünü ihlal ederek zararın oluşmasına katkıda bulunduyorsa, banka ve müşterinin zararı ne ölçüde üstlenmesi gerektiğini ortak ihmâl ilkeleri belirler. Fıkra 2'ye göre, banka müşterilerin kaybettikleri çekleri öderse, ancak bunları öderken kasten ve ağır kusurla hareket etmemişlerse müşterinin hesabına borç yazabilirler. Bilgi için bkz. Baumbach, Hefermehl and Casper (n 3); Ingo Koller, 'Fälschung und Verfälschung von Wertpapiere' (1981) WM 210, 210 ff; Uwe Jäger, Die Verteilung des Fälschungsrisikos im Wechsel- und. Scheckrecht (Diss, Heidelberg 1989) 60 ff

Sahte imzalı veya tahrif edilmiş bir çek ibrazı halinde Türk Hukuku'nda muhatap bankanın kontrol yükümlülüğü hususunda bankacılık uygulamasına şekil veren asli normu oluşturan, sahte ve tahrif edilmiş çekten muhatap bankanın sorumluluğunu düzenleyen, muadili ve mehazi İsvBK m. 1132 hükmü olan TTK m. 812'ye göre de, sahte ve tahrif edilmiş çekin ödenmesinden doğacak zararlardan kural olarak muhatap banka sorumlu tutulmuştur¹³.

Sahte bir kambiyo senedinin meydana getirilmesi, senet borçlusunun imzasının taklit edilmesi (imzada sahtekarlık) suretiyle gerçekleştirilmektedir¹⁴. TTK m. 812 bağlamında sahte çek, düzenleyenin veya temsilcisinin imzasının sahte olduğu çektir¹⁵. Böyle bir çekin ödenmesinden muhatap bankanın sorumlu tutulması, düzenleyenin veya yetkili temsilcisinin gerçekte imzasının bulunmadığı bir çek düzenlendiğinde ve

İsviçre Hukuku'nda ise, TTK m. 812'nin mehazını teşkil eden İsvBK m. 1132'de, "sahte veya tahrif edilmiş bir çekin bozdurulmasından kaynaklanan zarar, kendisine verilen çek defterinin ihmal edilerek saklanması gibi çekte adı geçen düzenleyenin kusuru olmadıkça, muhataba aittir" hükmü yer alır. Bununla birlikte, bankalar müşterileri ile yapmış oldukları çek anlaşmalarında, "Bankanın ağır kusuru olmaması kaydıyla, müşteri olası sahteciliklerin fark edilmemesinden kaynaklanan her türlü zararı üstlenir" gibi hükümler yer almakta, bu hükümlerin geçerliliği yine Borçlar Hukuku'nun genel hükümleri, kusur paylaşımına ilişkin genel prensipler yönünden tartışılmaktadır. Ayrıntılı bilgi ve sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği hakkında değerlendirmeler için bkz. Eugen Bucher, 'Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr?' (1997) Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 41, 51 ff; Stehle and Reichle (n 4) Art 1132 OR N 1; Schwarz (n 1) Art 1132 OR N 3

¹³ TTK m. 812'e göre, "(s)ahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemiş olmasından doğan zarar muhataba ait olur; meğerki, senette düzenleyen olarak gösterilen kişiye, kendisine verilen çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurun yüklenmesi mümkün olsun." Bu maddenin de mehaz İsviçre Hukuku'nda çeki düzenleyen diğer maddeler (İsvBK m. 1100-1144) ile birlikte esasen uluslararası standart (tek tip) yasaya, 19 Mart 1931 tarihli Cenevre Tek Tip Çek Yasasına İlişkin Anlaşma'ya dayandığı hususunda bkz. Kuhn (n 1) Art 1100 OR N 7. Öte yandan bu maddenin tam karşılığı'nın Cenevre Yeknesak kurallarında mevcut olmamasının sebepleri hakkında bakınız Nurkut İnan, Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk (1st edn, BTHAE 1981) 103; Tekil (n 2) 74; Mustafa Eser Cinbaş, Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler ve Sahtecilik (1st edn, Adalet 2022) 271

¹⁴ İnan (n 13) 33; Kendigelen (n 2) 335; Ali Pashı, 'Sahte ve Tahrif Edilmiş Çek' (2000) 74(7-8-9) İBD 635, 639; Nuri Erdem, Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler (Tahrifat) (1st edn, Vedat Kitapçılık 2008) 72; Kendigelen and Kırca (n 2) 322

¹⁵ Kendigelen (n 2) 335; Erdem (n 14) 76

iradesi dışında düzenleyenin bankada işleyen çek hesabından ödeme yapıldığında düzenleyenin zararının söz konusu olmasından kaynaklanmaktadır. Uygulamada daha az rastlanmakla birlikte, senet üzerinde ciro aval vb. diğer imzaların sahte olması, sahte bir çek karnesi yaprağı düzenlenmesi gibi haller de sahte çek kapsamında değerlendirilmektedir¹⁶. TTK m. 812’de sözü edilen tahrif edilmiş çek ise, hem düzenleyenin imzası tahrif edildiğinde, hem de senedin içeriğini teşkil eden düzenleyen tarafından imzalanan metin değiştirildiğinde, diğer bir ifadeyle senet metni tahrif edildiğinde söz konusu olmaktadır¹⁷. Tahrif edilmiş çek, düzenleyen boş çek yaprağını zorunlu unsurlarıyla birlikte doldurduktan sonra, bu unsurlarda TTK m. 748 anlamında sonradan ve düzenleyenin rızası hilafına yapılan değişikliklerin bulunduğu çekti¹⁸. Çekin meblağında, isim ve tarihlerde yapılmış tahrifat bu kapsamda değerlendirilebilecektir.

TTK m. 812 dolayısıyla sahte ve tahrif edilmiş çekten sorumluluk doğması, ancak muhatap bankanın düzenleyenin hesabından çeki ödemesi ve böylece düzenleyeni zarara uğratmasıyla mümkün olmaktadır. Maddede kusursuz bir objektif sorumluluk hali düzenlenmiş olup bunun işletilebilmesi için düzenleyenin zarara uğramış olması gerekli ve yeterlidir. Sorumluluğun doğması için muhatap bankanın sahte çekte dayanarak düzenleyenin hesabından ödeme yapmış olması ve böylelikle bir zarar doğması şarttır¹⁹. Muhatap bankanın ödememesi gereken sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemesiyle ve bu ödediği çek meblağını düzenleyenin hesabına borç kaydetmesi ile zarar meydana gelmektedir.

Geçerli bir temsil ilişkisi bulunmadığı halde hesap sahibinin temsilcisi sıfatı ile çekin imzalaması ihtimalinde, bu çekin TTK m. 812 anlamında sahte çek sayılamayacağı ve ödeme yapan muhatap bankanın

¹⁶ İnan (n 13) 119 ff; Bozer and Göle (n 2) 393 ff; Paslı (n 14) 636 ff; aksi görüş için bkz. Kendigelen (n 2) 336

¹⁷ Schwarz (n 1) Art 1132 OR N 1

¹⁸ Sahte ve tahrif edilmiş çek ile tahrifat hakkında ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. Erdem (n 14) 79ff; ayrıca Kendigelen (n 2) 337 ff; Paslı (n 14) 650 ff

¹⁹ Seza Reisoğlu, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek (3rd edn, Ankara 2003) 362, Paslı (n 14) 640; Nihat Şenol Uzun ‘Sahte veya Tahrif Edilmiş Çekte Bankanın Hukuki Sorumluluğu’ (2020) 5(2) REGESTA 317, 323; İnan (n 13) 118 ff; Kendigelen (n 2) 335; Kendigelen and Kırca (n 2) 322; Bozer and Göle (n 2) 401; Paslı (n 14) 639 ff; Erdem (n 14) 72 ff; Cinbaş (n 13) 273

sorumlu tutulamayacağı öğretilerde hakim görüşü teşkil etmektedir²⁰. Bu görüş, yetkisiz temsilci bakımından TTK m. 818'in yollaması ile çekler bakımından da uygulanacak TTK m. 678 hükmüne dayandırılmakta olup; buna göre, düzenleyeni ilzam etmeyen çekten temsilci bizzat sorumlu olacağından, düzenleyenin bir zararının söz konusu olmadığı ve bankanın sorumluluğuna gidilemeyeceği savunulmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu olasılıkta dahi bankanın basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü işletilerek sorumluluğuna başvurulması ihtimal dahilinde olup²¹, bankanın özen borcuna aykırılıktan hareketle çek anlaşmasına dayanan kusur sorumluluğuna dayanılması dahi mümkün olabilecektir. Nitekim uygulamada zarara uğrayan düzenleyenin bu şekilde hem muhatap bankayı hem de yetkisiz temsilciyi dava ettiği görülebilmektedir²². Bu bakımdan kanaatimizce yetkisiz temsil halinde de sahte ve tahrif edilmiş çekte olduğu gibi muhatap bankaca ödemede hassasiyet gösterilmesi ve gerekli kontrollerin yapılması yerinde olacaktır.

B. Muhatap Bankanın Sahte İmzalı Çekte Kontrol ve Ödeme Yükümlülüğü ile Mevcut Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Uygulaması Karşısında Yargıtay 19. Ceza Dairesi Kararının Değerlendirilmesi

1. Yargıtay 19. Ceza Dairesinin Değerlendirmesi

Yargıtay 19. CD 27.01.2020 Tarihli 2019/35817 Esas, 2020/415 Karar Sayılı kararında; özetle, *muhatap bankanın çek üzerinde yapacağı incelemenin belirli sınırlar dahilinde olabileceği, bu incelemenin TTK m. 801 çerçevesinde ciro silsilesinin düzenli olup olmadığı, çekin ibraz tarihinde ibraz edilip edilmediği, düzenleyenin imzasının ıslak imza olup olmadığı ile sınırlı olması gerektiği, bunun dışında çek üzerindeki imzanın keşideciye ait olmadığı, çek üzerindeki imzanın belirsiz olduğu vb. gerekçelerle, karşılığı olan bir çeki ödemekten veya karşılığı olmayan*

²⁰ Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1st edn, Beck 1971) 243 ff; Koller (n 12) 215; Jäger (n 12) 69 ff; Alfred Hueck and Claus-Wilhelm Canaris, Recht der Wertpapiere (12th edn, Verlag Vahlen 1986) 112 ff; Turgut Kalpsüz, Faruk Erem and Gürgân Çelebican, İktisadi ve Hukuki Yönden Çek (2nd edn, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları 1974) 138; Ekrem Törüner, 'Ticaret Yasamız Açısından Çekte Sahtekârlık ve, Tahrifat' (1980/2) ABD 204, 210; Kendigelen (n 2) 337 ff; Reisoğlu (n 2) 371; Öztan (n 2) 1112

²¹ Erdem (n 14)78; Aynı yönde Paslı (n 14) 649

²² Törüner (n 20) 211

çek hakkında karşılıksızdır işlemi yapma zorunluluğundan imtina edemeyeceği; aksi uygulamanın banka görevlisinin ÇekK m. 7/4 ve 7/5 hükümleri dolayısıyla cezai sorumluluğuna gidilmesine yol açacağı, banka çalışanı tarafından çek üzerindeki imzanın, keşidecinin imzasına benzetilemediği gerekçesiyle karşılıksızdır işlemi yapılamadığının yazılmasının 6102 sayılı TTK ve 5941 sayılı Çek Kanunu hükümlerine aykırılık oluşturacağı; karşılıksızdır işleminin yapılmadığı durumlarda, keşidecinin bu hususta çekin geçerliliğine veya imzaya dair bir itirazının bulunmaması yada imzanın keşideciye ait çıkması gibi hallerde banka görevlisinin cezai sorumluluğuna gidileceği; muhatap banka görevlileri hakkında çekin ibrazında karşılıksızdır işlemi yapmamaları halinde, hamilin şikayeti üzerine açılacak kamu davasında kurtuluş karinesi veya hukuka uygunluk sebebi dinlenmesine imkan bulunmadığı; her halükarda çekin karşılıksız olması durumunda bu hususun çek üzerinde belirtilmesi, karşılıksız işleminin bu şekilde yapılması gerektiği gibi kanaatimizce hatalı yoruma gidilerek kesinlik arz eden ifadelerle kararın kaleme alındığı görülmektedir²³.

²³ “...Çek defterinin veya keşide edilmiş bir çekin keşideci elinden iradesi dışında çıkması durumunda ise; TTK hükümleri çerçevesinde çekin iptali veya çekten cayma gibi yollara başvurulabileceği de TTK’de düzenlenmiştir. Muhatap bankanın, kendisine ibraz edilen çeki düzenleyen imzası üzerinde sadece ıslak bir imza olup olmadığına dair bir inceleme yapabileceği, bunun dışında çek üzerindeki imzanın keşideciye ait olmadığı, çek üzerindeki imzanın belirsiz olduğu vb. gerekçelerle, karşılığı olan bir çeki ödemekten veya karşılığı olmayan çek hakkında karşılıksızdır işlemi yapma zorunluluğundan imtina edemeyeceği değerlendirilmektedir. Keza 5941 sayılı Kanun’un sistematığında; muhatap bankanın, süresinde ibraz edilen geçerli bir çek karşısında, hesapta bulunan çek karşılığını ödemesi yada alacaklı yetkili hamilin talebi üzerine karşılıksızdır işlemi yaparak zorunlu miktarı ödemesi gerektiği düzenlenmiştir. Aynı Kanunun 5/(1). maddesinde yazılı suçun yaptırımı dahi karşılıksızdır işlemi neticesinde karşılıksız kalan miktardan az olmamak üzere belirlenecektir. Çek hesabı sahibinin elinden rızası dışında çıktığı henüz bankaya bildirilmemişken ve sahte olarak düzenlenmemiş olan bir çekin süresinde, çek üzerinden yetkili hamil olduğu anlaşılan kişi tarafından bankaya ibrazı halinde; banka çalışanı tarafından çek üzerindeki imzanın, keşidecinin imzasına benzetilemediği gerekçesiyle karşılıksızdır işlemi yapılamadığının yazılması, 6102 sayılı TTK ve 5941 sayılı Çek Kanunu hükümlerine aykırılık oluşturmaktadır. Hal böyleyken, alacaklı yetkili hamilin talebine rağmen, keşideci imzasının tutmaması veya benzeri şekilde meşru olmayan ve yasal dayanakta yoksun nedenlerle karşılıksızdır işleminin yapılmadığı durumlarda, keşidecinin bu hususta çekin geçerliliğine veya imzaya dair bir itirazının bulunmaması yada imzanın keşideciye ait çıkması gibi hallerde banka görevlisinin cezai sorumlu-

luğuna gidileceği de açıktır. Muhatap bankanın, ibraz edilen çek hakkında kanunen veya yargı organlarınca alınan bir tedbir kararı gereği çek bedelinin ödenmemesi yönünde bir işlem yapma zorunluluğunun bulunduğu durumlarda ise; Banka tarafından bastırılan ve çek hesabı sahibine teslim edilen çeklerin, kaybolması, çalınması veya sahibinin elinden cebir, tehdit gibi yollarla iradesi sakatlanmak suretiyle rızası dışında düzenlenerek çıkması mümkün olabilir. Ancak bu durumlarda çek sahibinin suç nedeniyle yaşadığı mağduriyetten kurtulur kurtulmaz adli mercilere ve çek hesabının bulunduğu bankaya yaşadıklarını bildirerek yeni bir mağduriyeti engellemek istemesi beklenir. Bu gibi durumlarda, çek sahibi yaşadığı mağduriyeti yargı organlarına tüm delilleriyle birlikte anlatarak rızası dışında elinden çıkan çeklerin geçerlilik arz etmemesini, en azından bankaya ibrazında ödenmemesini istemelidir. Yargı organları bu gibi durumlarda tedbir kararı benzeri kararlarla sahibinin elinden rızası dışında çıkan çeklerin ödenmemesi veya çek hesabındaki karşılığına durumun aslı aydınlatılana veya suç kovuşturması sonuçlanana kadar teminat olarak çek hesabına bloke konulması yönünde kararlar verebilir. Ancak bu durumda dahi yargı organları, 5941 sayılı Çek Kanunu'na açıkça aykırı olacak şekilde çek üzerinde karşılıksızdır işlemi yapılmaması yönünde kararlar veremez. Verilecek tedbir kararların da her durumda mevzuata uygun olması beklenir. Kanun hükmü veya mahkemeden verilen tedbir kararı gibi hallerde de bankaların 5941 sayılı Kanun'un 3/4. ve 7/4. maddeleri gereği karşılıksızdır işlemini yapması zorunludur. Bu nedenle, sahibinin elinden rızası dışında çıktığı anlaşılan çeklerle ilgili olarak muhatap banka tarafından 5941 sayılı Kanunda sayılan şartlar varsa karşılıksızdır işlemi yapılmasına bir engel bulunmamakla birlikte, bankalar ibraz anında yeterli karşılığı olmayan çekin bedelinin veya ödemekle yükümlü olacakları bedelin, kanun hükmü veya mahkeme kararına istinaden ödenmediğini çek üzerine şerh düşebilir, meşru sayılacak nedenle ödeme yapılmadığını çekin üzerine yazabilirler. Bu durumda yetkili hamilin banka görevlisi hakkında 5941 sayılı Kanun'un 7/5. maddesi gereği cezai soruşturma başlatması için şikayet hakkı vardır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki; bankanın çekin ibraz tarihindeki kısmi karşılığını ödememesi veya çek üzerinde karşılıksızdır işlemi yapmasıyla çek yaprağı başına ödemekle yükümlü olduğu miktarı hamile ödememesi halinde, banka görevlileri hakkında 5941 sayılı Kanun'un 7/5. maddesi gereği başlatılacak yargılama süreci, çekin bedelinin bankaca ödenmemesi gerekçeleri üzerinde yapılacak araştırmanın ve verilecek yargı kararının sonuçlanmasını bekleyecektir. Netice itibarıyla banka görevlileri, ödemekle yükümlü oldukları miktarı meşru nedenlerle ödememişlerse haklarında hukuka uygunluk nedenleri uygulanarak cezai sorumluluklarına gidilemeyecektir. Ancak muhatap banka görevlileri hakkında çekin ibrazında karşılıksızdır işlemi yapmamaları halinde, hamilin şikayeti üzerine açılacak kamu davasında böyle bir kurtuluş karinesi veya hukuka uygunluk sebebi dinlenmesine imkan yoktur. Sonuç olarak, çekin süresinde yetkili hamil tarafından muhatap bankaya ibrazında; a-) Objektif olarak meşru görülebilecek gerekçelerle, örneğin kanun hükmüne veya bir yargı kararına dayanılarak karşılıksızdır işlemi yapılmadığı durumlarla, b-) Muhatap bankanın meşru gördüğü (sübjektif) gerekçelerle, örneğin çekteki imzanın banka kayıtlarındaki keşideci imzasıyla uyuşmadığı, belirsiz olduğu gibi kanuna ve bir yargı kararına dayanmayan gerekçelerle karşılıksızdır işlemi yapılmadığı durumların, 5941 sayılı Kanun'un 3. maddesi kapsamında şartları oluşması halinde karşılıksızdır işlemi

2. Karara Yönelik Görüş ve Değerlendirmemiz

Her şeyden önce, TTK m. 812 hükmünde açıkça ifade edildiği üzere sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesi sonucu ortaya çıkan zarardan sorumluluk kanun tarafından muhatap bankaya yüklenmiş durumdadır. Bu bakımdan, muhatap bankanın sahte imzalı bir çeki hesapta yalnız karşılığı bulunduğu gerekçesiyle ödemesi mümkün olmayıp, sorumluluğunu doğuracak bu eylem kanunun kendisine yüklediği görevlere, özen ve basiret yükümlülüğüne de aykırılık teşkil edeceğinden, muhatap bankanın ibraz edilen çeki sahtelik ve tahrifat yönünden kontrol etmemesi olası değildir. Kaldı ki muhatap banka, ibraz olunan çeki düzenleyen ile aralarında mevcut çek anlaşması uyarınca da kontrol etmek borcu altına girmiş olup²⁴, çek anlaşmasından doğan yükümlülüklerini yerine getirirken basiretli bir tacirin göstermesi gereken özeni göstermek durumundadır²⁵. Şu halde muhatap banka gerek kanun gerekse çek anlaşması hükümleri uyarınca ödenmek üzere kendisine ibraz olunan çek üzerindeki imzanın ve çekin içeriğinin sahte ve tahrif edilmemiş olduğunu kontrol etmek borcu altına girmiş olup²⁶, söz konusu kontrol yükümlülüğünü yerine getirmeksizin çeki ödemesi halinde sorumluluğu doğacaktır. TBK m. 116/3 uyarınca banka ve düzenleyen arasında yapılacak sorumsuzluk anlaşmaları da kesin hükümsüz sayıldığından, ifa yardımcılarının ağır kusuru yanında hafif kusuru halinde dahi muhatap bankanın sorumluluğu söz konusu olabilecektir²⁷. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk

yapılmasını engelleyici gerekçeler olmadığı değerlendirilmiştir...” şeklinde kanaatimizce hatalı ve fakat sonuç ceza hukuku bağlamında önemli sonuçlar doğurabilecek kati ifadeler kullanılmıştır

²⁴ Öztan (n 2) 1107; İnan (n 13) 130; Reisoğlu (n 2) 315; Paslı (n 14) 659, 660; Tekil (n 2) 89; Erdem (n 14) 87; Cinbaş (n 13) 296

²⁵ “Çekle ödeme yapmayı kabul eden ve müşterileri ile çek anlaşması imzalayan banka, basiretli bir iş adamı gibi hareket ederek, gerekli dikkat ve özeni göstermeli ve duraksaması halinde çeki uzman kişilere inceletmeli, gerektiğinde keşideciden tahkik edip alacağı cevaba göre hareket etmelidir.” Yargıtay 11 HD, 1126/1289, 1983 YKD 1983, S. 5, s. 724 (Haluk Çolak, Kenan Özdemir and Yüksel Hız, Çek Kanunu Uygulaması ve İlgili Mevzuat (1st edn, Adil Yayınevi 2003) 107

²⁶ Öztan (n 2) 1107; Kendigelen (n 2) 318, 334

²⁷ Peter Jäggi, Jean Nicolas Druey and Christoph von Greyerz, Wertpapierrecht: unter besonderer Berücksichtigung von Wechsel und Check (1st edn, Helbing & Lichtenhahn 1985) 274; Arthur Meier-Hayoz and Hans Caspar von der Crone, Wertpapierrecht (3rd edn, Stämpfli 2018) 237; Thomas Hippele ‘Kommentar zum Schweize-

Dairesi içtihatlarında da, muhatap bankanın kontrol yükümlülüğünü ihlal ederek ödeme yapması halinde sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır²⁸.

Tüm bu bilgiler ışığında, 19. Ceza Dairesi'nin anılan kararında ifade edildiği şekilde muhatap bankanın kontrol yükümlülüğünün TTK m. 801'e dayandırılarak yalnız ciro silsilesinin düzenli olup olmadığı, çekin ibraz tarihinde ibraz edilip edilmediği, düzenleyenin imzasının ıslak olup olmadığı durumlara indirgenmesi ise kanaatimizce mümkün değildir. Zira TTK m. 812 hükmü nazara alındığında, muhatap bankanın kontrol yükümlülüğü öncelikle düzenleyenin imzası üzerinde yoğunlaşmaktadır. Muhatap bankanın ödeme yetkisi, düzenleyenin imzasının çekteki beyanın altında sıhhatli bir şekilde bulunmasına bağlı tutulmuş olup çek üzerindeki imza ile düzenleyenin imza örneğinin bankaca karşılaştırılması gerekmektedir. Her ne kadar banka personelinin bir grafolog kadar uzman olması beklenemezse de, imza sahteliğinin açık şekilde fark edilebilir olduğu hallerde kontrol yükümlülüğünü gerektiği gibi yerine getirmemesi muhatap bankanın kusurlu sayılmasına yol açabilmektedir²⁹. Uygulamada bankalarca şüpheli hallerde düzenleyene yazılı olarak durumun sorularak imza sıhhatinin araştırılması da basiretli davranma yükümlülüğüne uygundur.

Bu bakımdan, Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin, bankaların Türk Ticaret Kanunu ve Çek Kanunu kapsamında yalnızca çek üzerindeki imza-

rischen Privatrecht, Obligationenrecht II' in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Rolf Watter (eds), (2nd edn, Helbing & Lichtenhahn 2002) Art 1132 OR N 6; Baumbach, Hefermehl and Casper (n 3) SchG Art 3 Rn 13; Kuhn (n 1) Art 1132; konu hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Bucher (n 12) 41 ff; Kendigelen (n 2) 334. TBK m. 116/3 düzenlemesinden önce eBK m. 100 hükmü uyarınca sorumsuzluk anlaşmalarının kısmen geçerliliğine ilişkin bkz. Kendigelen (n 2) 254 ff; Erdem (n 14) 91 ff; İsviçre Hukukunda İsvBK m. 100 hükmü uyarınca bu yönde, Schwarz (n 1) N 3; ayrıca bkz. BGE 122 III 26, E. 4

²⁸ "...Keşidecinin imzasının gerçek olup olmadığı ise bankada mevcut imza örneğiyle karşılaştırma yapılarak tespit edilir. Muhatap banka, kendisine yüklenen kontrol görevini kusurlu bir davranışla ihlal ederek, sahte veya tahrif olunmuş bir çeki öderse anılan yasa maddesi uyarınca, keşideciye karşı, çek anlaşmasının ihlali sebebiyle, sorumlu olur ve yapılan ödemeden doğan zararı tazmin borcu altına girer..." Yargıtay 11 HD, 8218/14979, 03.10.2012, naklen Cinbaş (n 13) 297, dpn 786. Aynı yönde diğer bazı kararlar için bkz. Kendigelen (n 2) 321 ff

²⁹ Aynı yönde, Ömer Teoman, Yaşayan Ticaret Hukuku Cilt I: Hukuki Mütalaalar Kitap 1: 1989–1991 (1st edn, Kazancı 1992) 22

nın varlığını tespit etmesi gerektiği ve imza ile ilgili olarak şekli inceleme yapamayacağı, sahtelik ve tahrifat şüphesinden hareketle hesapta karşılığı bulunan çeki ödemediği imtina edemeyeceği yönündeki işaret ettiğimiz karara katılma imkanı bulunmamaktadır. Kararda benimsenen şekilde TTK m. 801 ile ÇekK m. 3'ün geniş yorumlanması, açık TTK m. 812 düzenlemesi ve mevcut Yargıtay 11. Hukuk Dairesi içtihatları ile çelişecek ve anılan hüküm çerçevesinde muhatap bankanın sorumluluğuna yol açabilecektir. Aksi bir düşünceyle kontrol ve ödeme yükümlülüğünü yerine getiren banka çalışanları hakkında ÇekK m. 7/5 uyarınca ceza sorumluluğuna hükmedilmesi, TTK m. 812'ye uygun hareket eden bankanın ifa yardımcılarının eylemlerinin hukuka aykırılığının ceza yargılaması ile tespit edilmesi neticesinde, bankanın hamile karşı tazminat sorumluluğunun doğmasına yol açabilecektir. Oysa ifade ettiğimiz üzere burada kontrol ve ödeme yükümlülüğünü ifa yardımcılarının aracılığıyla yerine getiren muhatap banka tam aksine TTK ve ÇekK hükümlerine uygun hareket etmektedir.

Tüm bu bilgiler ışığında, öncelikle TTK m. 812 uyarınca sahte veya tahrif edilmiş bir çekin muhatap bankaya ibrazı halinde, böyle bir çekin yukarıda belirttiğimiz esaslar doğrultusunda kontrol edilerek mümkünse durumun tespiti ve çekin ödenmemesi bir zorunluluktur. Kaldı ki, TTK m. 812 hükmüne istinaden muhatap bankanın sorumluluğunun objektif sorumluluk olduğu Yargıtay kararlarında ve öğretide neredeyse ittifakla kabul edilmektedir³⁰. Gerek muhatap bankanın, gerekse düzenleyenin bir kusuru bulunmaması halinde sorumluluk kanun tarafından muhatap bankaya yükletilmiştir. Muhatap banka bu halde kusursuz olduğunu ispat ederek dahi sorumluluktan bütünüyle kurtulamamaktadır³¹. Tüm bu şartlar dahilinde, Yargıtay 19. Ceza Dairesi Kararı'nda

³⁰ Kalpsüz, Erem and Çelebican (n 20) 139; İnan (n 13) 126; Öztan (n 2) 1111; Tekil (n 2) 79; Paslı (n 14) 655; Kendigelen (n 2) 321; Ali Parlar and Aynur Parlar, Çek, Bankacılık ve Döviz Suçları (1st edn, Adalet 2004) 329; Erol Ertekin and İzzet Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, Poliçe-Bono-Çek (3rd edn, Turhan Kitabevi 1998) 250; Ahmet Battal, Güven Kurumu Niteliğindeki İşletmelerin Bankaların Hukuki Sorumluluğu (1st edn, BTHAE 2001) 235; Reisoğlu (n 2) 362

³¹ Kalpsüz, Erem and Çelebican (n 20) 139; İnan (n 13) 126; (n 20) 214; Tekil (n 2) 89; Paslı (n 14) 655; Kendigelen (n 2) 321. Öte yandan, bankanın kusurlu olup olmadığının tespit edilmesi bir yönüyle önem taşımaktadır. Şöyle ki, düzenleyenin de kusurlu olduğu hallerde, zararın muhatap banka ve düzenleyen arasında paylaştırılmasında

dile getirildiğinin aksine, uygulamada olduğu gibi, muhatap banka çalışanlarınca yüzeysel dahi olsa çek üzerinde düzenleyene ait imzanın kontrolünün yapılmaması mümkün değildir.

Öte yandan, Ceza Hukuku öğretisinde aksi fikirdeki yazarlar, Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin benimsediği görüşe uygun olarak, banka görevlisinin araştırma yükümlülüğü kapsamında belirli incelemeleri yapabileceği, ancak bu incelemenin kararda belirtildiği gibi belirli sınırlarının olması gerektiği, incelemenin sınırlarının genişletilmesinin doğru olmayacağı; kolay bir şekilde muhatap banka tarafından karşılıksızdır işleminin yapılamamasına sebebiyet vererek hamilin karşılıksız kalan çeki ilişkin hukuki ve cezai yollara başvuramamasının, Çek Kanunu m.5/1'de yer alan suçun objektif cezalandırabilme şartının yerine gelmeyerek bu suçun failinin cezalandırılmasının önüne geçilmesine yol açacağı; muhatap bankanın kontrol yükümlülüğünün düzenleyen ile aralarında bir çek anlaşmasının bulunup bulunmadığı, çekin karşılığının mevcut olup olmadığı, çekin yasal unsurları taşıyıp taşımadığı, ibrazın süresi içinde yapılıp yapılmadığı ve çeki ibraz edenin ödemeye yetkili meşru hamil olup olmadığını araştırmakla sınırlı olduğu; muhatap bankanın ibraz edilen bir çekle ilgili olarak inceleme sınırları içerisinde çekin üzerindeki imzanın düzenleyene ait olup olmadığının bulunmadığı, yönünde görüş bildirmiştir³².

Ancak çekin unsurlarını düzenleyen TTK m. 780, ÇekK m. 2/7, unsurların bulunmamasına ilişkin TTK m. 781 ile sahte tahrif edilmiş çekin ödenmesinde muhatap bankanın sorumluluğunu düzenleyen TTK

muhatap bankanın da kusurlu olup olmaması etkili olacaktır. Bkz. Kalpsüz, Erem and Çelebican (n 20) 140; Reisoglu (n 2) 367; Erdem (n 14) 123

³² Bununla birlikte anılan yazarlar hemen devamında, “Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin kararında yer bulan bu belirleme Türk Ticaret Kanunu'nun 812. maddesinden kaynaklanmaktadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun “Sahte veya tahrif edilmiş çek” başlıklı 812. maddesine göre; “Sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemiş olmasından doğan zarar muhataba ait olur; meğer ki, senette düzenleyen olarak gösterilen kişiye, kendisine verilen çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurun yüklenmesi mümkün olsun”. Bu hüküm gereğince; muhatap bankanın ibraz edilen çeki inceleme yükümlülüğü olup, bu inceleme gerektiği gibi yapılmadığı takdirde sahte veya tahrif edilmiş bir çekin bedelinin ödenmesinin ve bundan doğan zararın sorumluluğunun muhatap bankaya ait olacağı anlaşılmaktadır” diyerek kanaatimizce yukarıdaki açıklamaları ile çelişmektedir. Bu belirleme ışığında yapılacak inceleme öncelikle çekin sahte imzalı olup olmadığına ilişkindir. Bkz. Şen, Erdem and Serdar (n 11)

m. 812 hükmü çerçevesinde bankanın kontrol ve ödeme yükümlülüğüne ilişkin yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar karşısında anılan bu yoruma katılma imkanımız bulunmamaktadır. Her şeyden önce muhataba ibraz edilen bir çekin gerekli unsurları taşıyıp taşımadığı, süresi içerisinde ibraz olunup olunmadığı, hamilin meşru hamil olup olmadığı gibi yönlerden değerlendirilmesi gerekirken, sahte ve tahrif edilmiş çekte ödemeden sorumluluğu muhatap bankaya yükleyen TTK m. 812 hükmü doğrultusunda muhatabın kontrol yükümlülüğünün çekte atılı imzanın düzenleyene yahut yetkili temsilcisine ait olup olmadığı hususunu da kapsadığı, gerek öğreti görüşleri, gerekse bu yöndeki yerleşik Yargıtay kararları ile sabittir. Bu bakımdan, bankanın kontrol ve ödemeye ilişkin yükümlülüklerini ÇekK m. 3'de sayılanlara indirgeyerek TTK hükümlerinin göz ardı edilmesi hatalı bir yoruma ve dolayısıyla hatalı bir sonuca varılmasına yol açacaktır. Kaldı ki, yazarların da paylaştığı Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 20.04.2021 tarihli, 2017/11-37 E. ve 2015/512 K. sayılı kararında ifade edildiği üzere; “(ö)deme için ibraz edilen çek üzerinde muhatap banka tarafından bir kısım incelemelerin de yapılması zorunludur. Bu anlamda çekin yasal unsurları haiz gerçek bir çek olup olmadığı, süresinde ibraz edilip edilmediği, ibraz edenin meşru hamil olup olmadığı, emre yazılı çeklerde ciro zincirinin muntazam olup olmadığı, keşideciye atfen atılan imzanın keşideci yahut temsilcisine ait olup olmadığı, çekte ayrıca bir tahrifatın bulunup bulunmadığı ve başkaca bir ödeme engeli bulunup bulunmadığı hususlarında inceleme yükümlülüğü altında olduğu...”³³ açıktır.

Burada esasen sahte imzalı bir çekin hamil tarafından bankaya ibrazında menfaatler dengesi açısından iki menfaatin karşılaştırılması gerektiği görülecektir. Bunlardan birisi, kural olarak iyi niyetli kabul edilen ve düzenleyenin imzasının sahte olduğundan haberi olmadığı varsayılan hamilin; diğeri ise kendi iradesi olmadan imzası taklit edilerek hesabından çek keşide edilen düzenleyenin menfaatleridir. TTK hükümleri değerlendirildiğinde, kanun koyucunun iradesini sadece hamilin değil aynı zamanda düzenleyenin de menfaatini dikkate alacak şekilde ortaya koyduğu görülecektir. Zira TTK m. 812 sahte çekin ödenmesinden bankayı sorumlu tutarak muhatap bankanın gerekli özeni göstermesini sağlamaya çalışmaktadır. İsviçre öğretisinde haklı olarak ifade edildiği üzere, bir

³³ İbid

banka görevlisinin ibraz olunan çekin sahte ve tahrif edilmiş olup olmadığı kontrolü ve aksi halde muhatap bankanın sorumluluğuna gidileceğinin bilincinde olarak hareket etmesi, ihtiyatı teşvik etmek bakımından meydana gelen herhangi bir dolandırıcılık zararının yalnız müşterinin zararına olacağı düşüncesiyle hareket edilmesinden daha uygundur; zira bankaların bu gibi sahtekarlık riskini taşıması suretiyle suçun ve zararın önlenmesi ülkenin genel ekonomisinin yararınadır³⁴. Benzer şekilde çizgili çek (TTK m. 803, İsvBK m. 1124) düzenlemesinin amacı da muhatap bankaca yetkisiz bir kimseye ödeme riskini azaltmaktır³⁵. İmza sahteliği halinde senedin geçersiz hale gelmeyeceği, diğer taahhütlerin varlığını ve geçerliliğini devam ettireceğine ilişkin kaideyi içeren imzaların bağımsızlığı ilkesini düzenleyen TTK m. 677’de (AlmÇK “ScheckG” para. 10; İsvBK m. 997) ve senette tahrifat halinde tahrifattan önce senede imza koyanların orijinal metne göre sorumlu olduklarını düzenleyen TTK m. 748’de (AlmKK “WechselG” para. 69, ScheckG para. 51, İsvBK m. 1068) de menfaatler dengesinin sağlanmaya çalışıldığını görmek mümkündür. İmzaların bağımsızlığı ilkesi, imzası taklit edileni borç altına sokmamasına karşılık, iyiniyetli senet hamillerinin hak kayıplarını engellemekte ve bu senetlerin tedavül güvenliğini sağlayarak tedavül güçlerini artırmaktadır³⁶. Benzer şekilde, sahte imzalı bir kambiyo senedine dayalı olarak imza sahteliği savunmasının iyi niyetli hamillere karşı da ileri sürülebilecek mutlak etkili geçersizlik defilerinden olduğunun kabulü de³⁷ bizi bu sonuca götürecektir³⁸. Bu bakımdan, salt TTK m.

³⁴ Bucher (n 12) 41

³⁵ BGE 122 III 26

³⁶ Bu yönde bkz. Öztan (n 2) 415; Erdem (n 14) 42; Fatih Bilgili and Ertan Demirkapı, Kıymetli Evrak Hukuku (10th edn, Dora Yayınevi 2019) 67; Cinbaş (n 13) 169

³⁷ “Senette tahrifat, senette sahtelik, senedin geçerliliğine ilişkin bir iddiadır. Böyle bir iddia ise senedin lehdarına karşı olduğu gibi, iyi niyetli dahi olsa senedi elinde bulunduran herkese karşı ileri sürülebilir.” Yargıtay HGK 3343/743, 1977, (1978) 9(6) YKD 877. Senet metninde sahtelik ve tahrifat yapıldığı defî mutlak olduğu kabul edilmekle birlikte öğretide bu defî kanuni ayrıma göre ait olduğu tür tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız üzere bu defîin geçersizlik defîlerinden olduğu yönünde, Öztan (n 2) 871, Ertekin and Karataş (n 30) 766; Oğuz İmregün, ‘Kıymetli Evrakta Defiler’ (1961) 7(12) İktisat ve Maliye Mecmuası 655, 659. – 663, s. 659; Erdem (n 14) 29, 32; Cinbaş (n 13) 156. Farklı yönde, bu defîin mutlak ancak senet metninden anlaşılan defîlerden olduğu yönünde, Mehmet Helvacı, Kıymetli Evrakta Defiler (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1985) 22 ff

³⁸ Öte yandan, senedin tahrif edilmiş olması sonucu ortaya çıkan hukuki görünüşe güvenen iyi niyetli hamilin bu durumuna (hukuki görünüşün ortaya çıkmasına) düzen-

leyenin almış olması gerekirken ihmal etmiş olduğu önlemlerin etkisi, bu durumun senedin mutlak defi karakterine etkisi de öğretide ve uygulamada değerlendirilmiştir. Alman Federal Mahkemesi'nin bu konuda emsal ve ilkesel iki kararında (BGH, 26.05.1986 - II ZR 260/85; BGH, 13.02.1967 - II ZR 208/65) aynı yaklaşımı benimseyerek defin mutlak karakterinin devamı yönünde görüş bildirdiği görülmektedir. 1986 tarihli kararında Federal Mahkeme özetle, bir kambiyo senedinin tahrif edilmesinin düzenleyenin de sorumluluğuna yol açabileceği, zira bu kimsenin yalnızca bir kambiyo senedini dikkatli ve eksiksiz doldurması değil, aynı zamanda senedi tahrif edilmesini önlemek için gerekli uygun önlemleri almasının da beklenmesi gerektiği; öte yandan, böyle bir önlem alınmasının, "tire işareti" ("–") gibi senette zorunlu olmayan bir unsurun/önlemin ihmal edilmesinin her zaman bu sonuca yol açmayacağı; olayda poliçe düzenlendikten sonra S şirketinin sahibi tarafından kambiyo senedi tutarını 100.000 DM arttırarak kambiyo senedinde izinsiz değişiklik yapılması, orijinal miktarın tahrif edilmesi durumu söz konusu olduğu; WechG m. 69'a göre, kambiyo senedini değişiklikten önce imzalayan kişinin orijinal metne göre sonradan imzalayan kişinin değiştirilmiş metne göre sorumlu olduğu, buna göre, kambiyo senedinin hamilinin sahtecilik riskini üstleneceği, (WechG m. 7, 69); düzenleyenin kambiyo senedini eksik veya satırları boşluk bırakarak doldurması halinde dahi bu kuralın değişmeyeceği; Federal Mahkeme'nin 13.02.1967 tarihli kararının ve yerleşik içtihadının da yönde olduğu, (BGHZ 47, 95 (99) = NJW 1967, 1037); bu görüşten ayrılmaya gerek olmadığı; zira bir kambiyo senedini imzalayan her kişinin, kambiyo senedinin kolayca tahrif edilememesini sağlamak için kambiyo senetlerine ilişkin sorumluluktan kaçınırken uygun önlemleri (çizgiler, doldurma veya boşluklardan kaçınma) alması mümkün olduğu ancak bunun bir ilke (kural) olarak kabul edilmemesi gerektiği, aksi takdirde, sahteciliği düzenleyen hükümlerin işlevsiz kalacağı, senedi devralanın bu kez tahrifatı önlemek için gerekli tedbirlerin alınıp alınmadığını da incelemek zorunda kalacağı; kaldı ki sahtecilik defini ileri sürmenin bunu kati bir şekilde düzenleyenin ispatı şartına bağlı tutulduğu, bu durumun senet hamillerini yeterince koruduğu, uygulamada sahtecilik fiillerinin her halükarda bu gibi önlemler alınsın alınmasın gerçekleşmeye devam ettiği, uygulamada sahteciliği kolaylaştıracak şekilde bir kambiyo senedinin düzenlendiği durumlarla nadiren karşılaşıldığı gerekçeleriyle, düzenleyen tarafından gerekli önlemler alınmamasının bu definin mutlak etkisini ortadan kaldıracığı ve iyi niyetli hamillere karşı ileri sürülemeyeceği görüşünü reddetmiştir (BGH, 26.05.1986 - II ZR 260/85, NJW 1986, 2834). Bununla birlikte, özellikle Alman öğretisinde aksi fikir baskın görüşü oluşturmuş ve gerekli önlemlerin alınmasının ihmal edilmesi halinde tahrifattan düzenleyenin sorumlu olacağı ve hukuki görünüşe sebebiyet veren düzenleyenin sahtecilik defini iyi niyetli hamile karşı ileri sürmeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. Canaris (n 20) 247 ff; Hueck and Canaris (n 20) 142; Bernhard Rehfeldt and Wolfgang Zöllner, Wertpapierrecht, (14th edn, Beck 1987) 70; Baumbach, Hefermehl and Casper (n 3) WG Art 69 Rn 8 ff. İsviçre Hukukunda bu yönde Jäggi, Druey and von Greyerz (n 27) 229 ff; Meier-Hayoz and von der Crone (n 27)138; Kuhn (n 1) Art 1068 OR, N 5. Türk hukukunda bu konuda aynı yönde, Erdem (n 14) 40 ff; Cibnaş (n 13) 164. Öte yandan sorumluluk yönünden özel olarak düzenleyenin kusuruna, sahte ve tahrif edilmiş çekte sorumluluğu düzenleyen

801'den hareketle, muhatap bankanın hamil tarafından ibraz edilen ve üzerinde ciro silsilesi olan bir çek hakkında araştırma yükümlülüğünün sadece ciro silsilesinin düzenli olup olmadığına indirgenmesi ve TTK m. 812 hükmünün göz ardı edilmesi kanaatimizce isabetli değildir. Çekin de aralarında bulunduğu kambiyo senetleri kanunen emre yazılı senetler olup devirleri ciro yolu ile gerçekleştirilebildiğinden, bu çerçevede ilk cironun lehdar tarafından yapılması zorunlu iken, kanun koyucu senetteki hakkı devir etmek için kullanılan yazılı ciro beyanında, ciro silsilesinin şekli açıdan varlığını yeterli görmesi, ciroda yer alan imzaların geçerli olup olmadığı hususu ile ilgilenmemesi bu durumla alakalıdır ve TTK m. 801 ciro imzalarına yönelik olup düzenleyenin imzası ile ilgili değildir³⁹. Bu bakımdan anılan gerekçeyle hüküm kurulması kanaatimizce yerinde değildir⁴⁰.

III- YARGITAY 19. CEZA DAİRESİ KARARINA İSTİNADEN SAHTE VE TAHRİF EDİLMİŞ ÇEKİN İBRAZI VE ÖDENMEMESİ HALİNDE ÜZERİNE KARŞILIKSIZ YAZILMASI GEREKİP GEREKMEDİĞİ

A- Genel Olarak Ödememe Durumunda Muhatap Bankaca Yapılması Gereken İşlemler

Bir çekin muhatap bankaya veya takas odasına ibrazına rağmen ödenmemesi çeşitli ihtimallerde ortaya çıkabilecek olup, bunlardan en önemlisi ve ÇekK m. 3 ve 5'te sonuçları düzenlenmiş olan ihtimal çekin kısmen veya tamamen karşılıksız olmasıdır. Karşılıksız çek, üzerinde yazılı düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içerisinde ibraz olunan ve fakat hesapta yeterli karşılığı bulunmaması nedeniyle ödenmeyen çek karşılıksız çektir⁴¹.

Öte yandan, çekin ödenmemesi, yalnızca karşılıksız olma durumuna bağlı olmayıp yukarıda ifade ettiğimiz üzere farklı gerekçelerden kaynaklanabilir. Buna göre, çekin asgari unsurları taşımaması (TTK m. 780-781), ibraz edenin meşru hamil (TTK m. 790) olmaması, ibraz süresinin geçirilmiş olması (TTK m. 796), ibraz edilen çekin sahte veya tah-

TTK m. 812'de özel olarak sonuç bağlanmıştır. Bkz. Erdem (n 14) 91; Cinbaş (n 13) 292

³⁹ Yıldız (n 11) 681

⁴⁰ Bu yönde ibid 681

⁴¹ Kendigelen (n 2) 360

rif edilmiş olması (TTK m. 812), mahkemece çek hakkında ödemeden men kararı verilmesi (TTK m. 818/1, s; m. 757/1), ibraz süresi geçmiş olan çekten cayılmış olması (TTK m. 799/1) gibi hallerde muhatap bankanın ödeme yapmaktan kaçınması gerekir⁴². Bu gibi hallerde ise, her durumun özelliğine göre hareket edilmeli, çekin ödenmediğinin belgelenebilirliği gerekiyor ise de ödememe durumunu yansıtacak şekilde çek üzerinde şerh edilmelidir. Nitekim TTK m. 808/1, b’de, çekin çeşitli ihtimalleri de kapsayacak şekilde ödenmemesi halinde muhatap banka tarafından, ibraz günü de gösterilmek suretiyle çekin üzerine tarihli bir beyanla, çekin karşılıksız olduğunun değil, “*çekin ödenmemiş olduğu ve ödememe hâlinin*” (TTK m. 808/1 c. 1) belirtileceği düzenlenmektedir. Ödememe hususunun tarih de belirtilmek suretiyle çek üzerinde yazılı olması çek üzerine yazılacak bu beyan açısından bir geçerlilik şartı olup, buna karşılık çekin karşılıksız olup olmadığının belirtilmesi maddede yer verilen bir şart değildir⁴³.

B- Sahte ve Tahrif Edilmiş Çek İbrazında Muhatap Bankaca Karşılıksız Şerhi Düşülmesi Gerekip Gerekmediği

Her ne kadar ÇekK m. 3/2 ile muhatap bankaya karşılıksız işlemi yapma zorunluluğu getirilmiş ve aksi hareket ceza yaptırımına bağlanmış (ÇekK m. 7/4) ise de, ÇekK m. 3’te, çekin ibrazı yönünden yalnız ödeme, çekin karşılıksız olduğunun tespiti ve gecikme cezası hususları düzenlenmekte olup, bu madde belirtmiş olduğumuz TTK’daki çekin ödenmemesine ilişkin diğer ihtimallere ilişkin herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir. Buna göre, ÇekK m. 3/1’de, karşılığı bulunan çekin, hamilin varsa vergi kimlik numarası saptandıktan sonra ödeneceği; ÇekK m. 3/2’de ise aksi durumda “*karşılıksızdır*” işleminin, muhatap bankanın hamile kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarın dışında, çek bedelinin karşılanamayan kısmıyla sınırlı olarak yapılacağı ifade edilmiştir. Çekin karşılıksız çıkması halinde muhatap banka tarafından yapılacak işlemler hamilin talebine bağlı olarak ÇekK m. 3/4’te düzenlenmiş olup,

⁴² Öztan (n 2) 1223-1227; Kendigelen (n 2) 359

⁴³ Öte yandan, eÇekK m. 5 hükmünden farklı olarak karşılıksız kalma hariç diğer ödeme sebeplerinin gösterilmesi TTK m. 808/1, b yönünden bugün zorunlu olmamakla birlikte, uygulamada halen muhatap bankalarca ödememe sebebi hukuki sorumluluk doğmaması adına çek üzerinde belirtilmektedir

buna göre, “...karşılıksızdır işlemi; çekin arka yüzüne tahsil için banka-ya ibraz edildiği tarih, hesap durumu, bankanın yükümlülüğü çerçevesinde ödediği miktar ve ibraz eden gerçek kişinin adı ve soyadı yazılmak, bu kişinin tüzel kişi adına bedeli tahsil etmesi hâlinde bu husus belirtilmek ve bu kişi ile birlikte banka yetkilisi tarafından imzalanmak suretiyle yapılır. Banka tarafından ödenen miktar düşüldükten sonra karşılıksız kalan tutar açıkça belirtilir. Hamilin imzalamaktan kaçınması hâlinde, karşılıksızdır işlemi yapılmaz.” Ancak ÇekK m. 3/2 uyarınca, muhatap bankaca asgari bedelin ödenmesiyle beraber çek bedelinin tamamı hamilin eline geçiyorsa, artık karşılıksızdır işlemi yapılmayacaktır⁴⁴. Görüldüğü üzere ÇekK m. 3 TTK’da düzenlenen diğer ödememe ihtimallerine ilişkin herhangi bir hüküm ihtiva etmediğinden, yalnızca ödeme, çekin karşılıksız olduğunun tespiti ve gecikme cezası hususlarını düzenleyen ÇekK m. 3 hükümlerinden hareketle, ödememeye ilişkin her ihtimalde çeke karşılıksız işlemi yapılacağını kabul etmek mümkün değildir. ÇekK karşılığın bulunması halinde ödemeyi ve hesapta karşılığın bulunmaması halinde yapılacak işlemleri düzenlemektedir. Bu bakımdan ilgili hüküm diğer kanuni ödememe sebeplerine teşmil edilemez.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, çekin karşılıksız olması durumu hariç diğer ihtimallerde ÇekK m. 3/4 uyarınca karşılıksız işlemi yapılması gerekli değildir. Bununla birlikte, muhatap bankaca başlangıçta bir şüpheye dayalı işlem yapıldığından, sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmediği durumlarda üzerine “karşılıksız” yazılarak karşılıksız işlemi yapılması ihtimali de öğretide değerlendirilmiştir. Buna göre, sahte bir çekin üzerine hesapta para bulunmaması durumunda karşılıksız şerhi yazılması esasen düzenleyenin zararına olmakla birlikte, düzenleyenin hesabından bir ödeme de yapılmadığından, TTK m. 812 hükmünün banka yönünden burada uygulanmayacağı öğretide haklı olarak ifade edilmektedir⁴⁵. Ancak çeke karşılıksız işlemi yapılması doğuracağı hukuki ve cezai sorumluluklar ile idari yaptırımlarla birlikte düzenleyenin zararına olduğundan, böyle bir durumda, düzenleyenin genel hükümlere dayalı olarak TBK m. 112 borca aykırılıktan hareketle muhatap bankaya başvurabilmesi ihtimali doğacaktır. Bu durumda ise, TTK m. 812’den

⁴⁴ Kısmi karşılık bulunması halinde yapılacak işlemler bakımından farklılık arz eden ÇekK m. 3/5-2 ile m. 3/6 hükümlerinin uygulama alanı yönünden bkz. İzzet Özgenç, Çek Kanunu (7th edn, Yetkin 2018) 117 ff; Reisoğlu (n 2) 256; Kendigelen (n 2) 373; Özsoy (n 2) 112

⁴⁵ Öztan (n 2) 1108, dpn 126 ve adı geçen yazarlar

farklı olarak muhatap bankanın kusursuz sorumluluğuna gidilmeyeceği için bankanın kusurlu olduğunun ispatı gerekeceği ayrıca ifade edilmelidir.

Şu halde, her ne kadar sahte ve tahrif edilmiş bir çek üzerine karşılıksız yazılması durumunda, böyle bir çek ödenmediği için bankanın TTK m. 812 anlamında sorumluluğu doğmayacak ise de, çek düzenleme iradesi bulunmayan, imzası taklit edilen (sözde) düzenleyenin muhatap bankaya rücu etme riski mevcuttur. Bu sebeple uygulamada bankalar, sahte çek ibrazında ödeme yapmadığı gibi, çekle işleyen hesapta yeterli miktarın bulunmaması halinde çek üzerinde karşılıksız işlemi yapmaktan imtina etmektedir. Nitekim bu hususta, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de kararlarında muhatap bankanın kontrol yükümlülüğünü ihlal ederek ödeme yapması halinde sorumlu olacağı hüküm altına alındığı gibi, bu yöndeki örnek kararlardan birinde Daire, zarar oluşması şartına bağlı olarak, çekte imza sahteliği iddiasıyla ilgili bir somut olayda ihtiyati tedbir kararına rağmen karşılıksız şerhini çeke işlemekle bankanın düzenleyene karşı kural olarak sorumlu olacağını açıkça ifade etmiştir⁴⁶. Yargıtay 19. Ceza Dairesi de, incelemekte olduğumuz karar ile değiştirdiği ve fakat yerinde gördüğümüz daha önceki içtihatlarında, banka görevlisinin gerekli ve yeterli araştırma yaparak çeke karşılıksızdır işlemi yapmaktan kaçınabileceğini dile getirmiştir⁴⁷.

Çek üzerine karşılıksız yazılmasının ödememe durumunun tespiti ve buna bağlı sonuçlarda özellik arz edip etmediğinin değerlendirilmesi de önem arz eder. Ancak Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin değerlendirmeye konu kararında vurgulanan hususlardan bir tanesi de, karşılığı bulunmadığı için ödenmeyen çekte cezai sorumluluk doğabilmesi için her halükarda üzerine karşılıksız olduğunun belirtilmesi gerektiği ve başkaca bir uygulamanın da muhatap bankanın yükümlülüklerine aykırılık arz edeceği ve sorumluluk doğuracağıdır. Bu hususta anılan kararda, muhatap bankanın, çek üzerindeki imzanın düzenleyene ait olmadığı, çek üzerindeki imzanın belirsiz olduğu vb. gerekçelerle, karşılığı olan bir çeki ödemekten veya karşılığı olmayan çek hakkında karşılıksızdır işlemi yapma zorunluluğundan imtina edemeyeceği, aksi uygulamanın banka

⁴⁶ Yargıtay 11 HD, 4049/5477, 27.06.1995; bu kararla aynı yönde Yargıtay 11 HD, 3694/10571, 05.06.2014 kararı, kararlar için bkz. Kendigelen (n 2) 321-322

⁴⁷ Bkz. Yargıtay 19 CD, 8582 /2348, 16.03.2017 naklen Şen, Erdem and Serdar (n 11)

görevlisi hakkında ÇekK m. 7/4'teki ceza yaptırımlarının uygulanması neticesini doğuracağı ifade edilmiştir. Ancak özellikle sahte ve tahrif edilmiş çek ibrazı varsayımı yönünden bu görüşe de katılma imkanı bulunmamaktadır.

Şöyle ki, sahte imzalı çek düzenlenmiş olması, çek üzerinde bulunabilecek diğer imzalar bakımından imzaların bağımsızlığı ilkesi (TTK m. 677) uyarınca bu imzaların sıhhatine hanel getirmeyecektir. Senet üzerinde aval, ciro vb. imzalar mevcut ise bunların geçerliliği baki kala-çağından, söz gelimi ibrazında ödenmeyen çek bedelinden ciranta ve avalistlerin sorumluluğu devam edecektir. Bu bakımdan her halükarda hesap müsait değil ise çeke karşılıksız işlemi yapılması, böylelikle iyini-yetli hamilin menfaatlerinin korunması gerektiği ilk bakışta düşünülebi-lir. Ancak bankaların uygulamada sahte ve tahrif edilmiş çek ibrazı şüp-hesi mevzubahis olduğunda, müşteri sırrı ve kişisel verilerin korunması mevzuatı kapsamında ve dahi karşılıksız şerhi düşülmesinin hukuki so-nuçları bakımından, çekle işleyen hesabı bulunan banka müşterisi ile aralarındaki çek anlaşmasına aykırı hareket ile tazminat taleplerinin mu-hatabı olmamak üzere çekin üzerine kısmen ve tamamen karşılığının bulunup bulunmadığının belirtilmediği, bunun yerine çeke sahte ve tah-rif edilmiş çek şüphesi ile işlem yapıldığının şerh edildiği görülmektedir. Nitekim müşteri sırrının uygunsuz şekilde ifşa edilmesi de banka çalışa-nı bakımından *ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması suçu* (TCK m. 239) teşkil edebileceğinden, banka çalışanlarının gerekmediği halde sahte ve tahrif edilmiş bir çek ibrazı dolayısıyla müşterinin çekle işleyen hesabının durumuna iliş-kin bilgileri vermekten imtina etmesi anlaşılabilir bir durumdur.

Banka çalışanı tarafından çeke sahte ve tahrif edilmiş çek şüphesi ile işlem yapıldığının şerh edildiği ve ödememe durumunun bu şekilde belgelendirildiğinde dahi, hamil tarafından başvuru hakkının kullanılma-sı, devamında kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibi ya-pılması (İİK m. 167 vd) TTK m. 677 çerçevesinde mümkün olduğundan, bu yönde bir işlemin yapılması halinde hamilin hukuki sorumluluk bağ-lamında herhangi bir hak kaybı olmadığı düşüncesindeyiz. Nitekim, çeke dayalı hukuki takip yapılabilmesi, ileri tarihli olması durumu bundan müstesna olmak üzere (ÇekK geçici m. 3/5) karşılıksız yazılmasına değil herhangi bir sebeple ödememe yapılmamasına bağlıdır. Muhatap banka-nın gerek çek üzerine karşılığının bulunup bulunmadığını belirtmesi,

gerekse sahte çek şüphesi ile işlem yapılmadığını (ödenmediğini) şerh etmesi çekin hukuki takibe konulması için yeterlidir⁴⁸.

Nitekim TTK m. 808 uyarınca, zamanında ibraz edilmiş olan çekin ödenmemiş olduğu ve ödememe hâli; (i) resmî bir belge, “*protesto*” ile, (ii) muhatap tarafından, ibraz günü de gösterilmek suretiyle, çekin üzerine yazılmış olan tarihli bir beyanla, (iii) takas odasının, çek zamanında teslim edildiği hâlde ödenmediğini tespit eden tarihli bir beyanıyla sabit bulunduğu takdirde hamil; cirantalar, düzenleyen ve diğer çek borçlularına karşı başvurma haklarını kullanabilir. Şu halde ödememe durumunun yukarıda sayılan bu üç yoldan herhangi birisi ile tespiti başvuru hakkı kullanılması bakımından yeterlidir. Nitekim Yargıtay kararlarında da, ihtiyati tedbir dolayısıyla ödeme yasağı şerhi düşülmesi dahi çekin icra takibine konulmasına engel olarak görülmemiştir⁴⁹. Önemli olan ödememe durumunun, yazılı olarak (TTK m. 808/1,b; ÇekK m. 3/4) ve tarihiyle birlikte çek üzerinde belirtilmesidir⁵⁰.

Çekte karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme bakımından da kanaatimizce suçun oluşması çek üzerinde bizzat “*karşılıksız*” yazılmasına değil, karşılıksız kalma durumunun TTK m. 808’de sayılan ve yukarıda belirtilen üç yoldan birisi ile tespitine bağlıdır⁵¹. Bu bakımdan, kanaatimizce çek üzerine karşılıksız şerhi yazılmasa, yalnız sahte imza gerekçesiyle ödenmemiş olsa dahi, TTK 808’de öngörülen diğer yollarla karşılıksızlık olgusu tespit edilse, örneğin TTK m. 808/1,a uyarınca hamil tarafından noterden protesto çekerek başvuru hakkı kullanabileceği gibi çekte karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme uçuğunun şekli şartı da bu bağlamda yerine getirilmiş olabilecektir.

Öte yandan, çekin karşılıksız yazılması hukuki ve cezai sorumluluk doğurabilecek olduğundan, imzası taklit edilen, sahte imzası ile hiçbir şekilde çek düzenleme iradesi bulunmayan çek hesabı sahibinin bu sorumluluk taleplerine muhatap olması da menfaatler dengesi açısından yukarıda ifade ettiğimiz üzere önemle değerlendirilmelidir.

⁴⁸ Resioğlu (n 2) 341

⁴⁹ Yargıtay 12 HD, 9474/16045, 06.10.1997 Reisoğlu (n 2) 341

⁵⁰ Kendigelen (n 2) 367

⁵¹ İbid 439; ayrıca bu yönde bkz. Reha Poroy and Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku (23rd edn, Vedat 2019) N 522

Kaldı ki, Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin kararında belirtilen karşılıksız yazılmama sebebiyle ceza sorumluluğuna gidilememesi durumu, sahte imza ile iradesi dışında çek keşide edilen hesap sahibi yönünden bir farklılık yaratmamaktadır; zira çek üzerinde imza kendisine ait değilse sonuç itibarıyla karşılıksız şerhi düşülmüş olsun olmasın düzenleyenin ceza hukuku yönünden de sorumluluğuna gidilemeyecektir. Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere, mevcut olan bir karşılığın düzenleyenin tamamen iradesi dışında bir gerekçeyle, örneğin hamilin aldığı tedbir kararı, Cumhuriyet savcılığının yazılı talimatı yahut muhatapın kusuru sebebiyle ödenmemesi halinde suç oluşmayacak; benzer şekilde suç kasıtlı bulunmaması, çekin karşılıksız kalmasının çekin tehditle düzenlenmesi yahut sahte imzayla çek düzenlenmesinde olduğu gibi irade dışı sebeplere dayanması halinde de karşılıksız çek suçu oluşmayacaktır⁵².

Kanaatimizce burada değerlendirilmesi gereken önemli bir husus da ödememe sebebinin doğru şekilde aksettirilmesinin basiretli tacir gibi davranmak zorunda olan bankanın kanundan ve çek anlaşmasından kaynaklanan objektif özen yükümlülüğü içerisinde bulunduğuudur. Farazi bir olayda (H) çeki bankaya ibraz etmekte, muhatap banka (B) çek üzerinde düzenleyen imzasının düzenleyen (D)'ye ait olmadığı, sahte olduğu şüphesiyle ödeme yapmamaktadır. Kararda Ceza Dairesi anlayabildiğimiz kadarıyla, daha sonra yapılacak bir imza incelemesinde imzanın sahte olmadığına anlaşılması ve fakat çeke de karşılıksız işlemi yapılmamış olması sebebiyle (D)'ye “*çekte karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme*” suçundan ceza verilemeyeceği; bu duruma mani olmak üzere her halükarda çeke karşılığı bulunup bulunmadığının belirtilmesinin uygun olacağı; ancak böylelikle çek hamillerinin korunmasının mümkün olabileceğini değerlendirmektedir. Gerçekten de, düzenleyene ait imzanın sahte olmadığına tespit edilmesi ve çekin ödenmemiş olması halinde düzenleyenin çekte karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme sebebiyle cezalandırılabilmesi ve bunu sağlayacak yasal önlemlerin alınması gerekir. Ancak mevcut yasa hükümleri dairesinde muhatap bankanın buradaki ödememe gerekçesi sahte ve tahrif edilmiş çek şüphesinde olası bir sorumluluktan kurtulmak iken, bunun aksi bir şekilde çekin karşılığı olup olmadığını da çek üzerine bildirmek bankanın özen

⁵² Bkz. Özgenç (n 44) 117 ff; Süheyl Donay, Gerekçeli ve Açıklamalı Çek Kanunu: 6273 Sayılı Yasa ile Değiştirilmiş Şekli (1st edn, Beta 2015) 115; Kendigelen (n 2) 440 ff

yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektir. Muhatap banka kendisine ibraz edilen çeki kontrol ve ödeme/ödememe yükümlülükleri çerçevesinde incelemeye tabi tutup, herhangi bir sorumluluk talebi ile karşılaşmamak adına TTK m. 812 çerçevesinde sahtelik şüphesi ile ödeme yapmaktan imtina etmesine karşılık, çekle işleyen düzenleyen hesabında çekin karşılığı bulunmadığından hareketle çeki karşılıksızdır şerhi yazması gerçek durumla uyuşmadığı gibi, böyle bir hareket tarzı kanunun ve çek anlaşmasının kendisine yüklediği yükümlülüklerle de bağdaşır nitelikte değildir. Bu hususta 19. Ceza Dairesi'nin çeki karşılıksız işlemi yapılmaması halinde daha sonra *çekte karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme*" suçundan faile ceza verilemeyeceği, ceza verebilme ihtimalini ortadan kaldırmamak adına her halükarda çekin karşılığı bulunup bulunmadığının çek üzerine yazılmasının yerinde olacağı şeklinde maddi gerçeğe, TTK'nın ve ÇekK'nın hükümlerine aykırı yaklaşımı da bir gerekçe teşkil edemez. Gerekli görülür ise düzenleyene ceza verebilme ihtimalini muhafaza ederek çek hamillerini korumak adına muhatap banka tarafından maddi gerçeğe aykırı bir kayıt düşülmesini zorunlu tutmak hukuka uygun bir yaklaşım olarak gözükmemektedir. Kaldı ki bugünkü teknolojik gelişmeler ışığında hamilin ibraz ettiği çek üzerine muhatap bankaca sahte imza şüphesi ile çeki karşılıksız işlemi yapılmış olmasa dahi, daha sonra yapılacak imza incelemesinde imzanın düzenleyene ait olduğunun anlaşılması halinde, bu çekin ibraz tarihinde muhatap banka nezdinde karşılığının bulunup bulunmadığının mahkemece bankaya yazılacak bir yazı ile tespiti hiç de zor değildir. Bu bakımdan mevcut teknolojik gelişmeler ışığında çekin üzerinde karşılıksızdır kaydı düşülmesinin zorunlu tutulması dahi bugün kanaatimizce yerinde bir düzenleme tarzı değildir.

Öte yandan, muhatap bankaca çeki karşılıksız işlemi yapılabilmesi, çekte karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme (ÇekK m. 5) ve banka çalışanı hakkında karşılığı bulunmayan çek hakkında talebe rağmen karşılıksız işlemi yapılmaması suçunun (ÇekK m. 7/4) oluşabilmesi için her şeyden önce karşılıksız olması sebebiyle ödenmeyen bir çek mevcut olması gerekir. Halbuki burada sahte ve tahrif edilmiş olması nedeniyle bir başka kanun hükmüne (TTK m. 812) dayalı olarak ödenmeyen sahte bir çek söz konusudur ve karşılıksız çek mevzu bahis olmadığı için artık bu ihtimalde suçun konusunun yokluğu gündeme

gelecektir⁵³. Bu bakımdan, sahte ve tahrif edilmiş bir çeke karşılıksız şerhi düşülmemesi halinde ÇekK m. 7/4'ün uygulama alanı bulması da kanaatimizce mümkün değildir.

Sonuç itibariyle; sahte ve tahrif edilmiş çek şüphesi doğduğunda, ibraz edilen bir çek üzerindeki imzanın, hesap sahibi düzenleyene ait olmadığını, imzanın sahte olduğunun şubelerce çek aslı üzerinden yapılacak imza kontrolü ile belirlenmesi durumunda, bu çekin muhatap bankanın TTK m. 812 uyarınca sorumluluğuna gidilebileceği için öncelikle ödenmemesi gerekir. Devamında ise, sahte imzası ile hiçbir şekilde çek düzenleme iradesi bulunmayan çek hesabı sahibinin karşılıksız çekten kaynaklı hukuki, cezai ve idari sorumlulukla karşılaşması neticesinde muhatap bankanın özen ve basiret yükümlülüklerine aykırı hareketi nedeniyle rücuen sorumluluk taleplerine muhatap olunmaması, çek anlaşmasından doğan özen ve basiret yükümlülüğüne de aykırı hareket edilmiş olması bakımından, yalnızca imzanın düzenleyene ait olmadığı kuşkusunu belirtilerek çekte karşılıksız işlemi yapılmaksızın hareket edilmesinin TBK, TTK ve ÇekK'nın ilgili hükümleri dairesinde yerinde görülebileceği kanaatindeyiz⁵⁴.

IV- BOŞ OLARAK ZAYİ EDİLEN (KAYBOLAN) ÇEKLERİN SAHTE İMZALI OLARAK İBRAZINA İLİŞKİN ÖZEL DURUM

Yukarıdaki değerlendirmelerimiz çerçevesinde, özel olarak uygulamada kimi zaman, posta ve kargoda çalınma yahut sair sebeplerle boş çek defterlerinin kaybedilmesi ve fakat bunların daha sonrasında sahte imzalı olarak muhatap bankaya ibrazı söz konusu olmakta ve bu durum-

⁵³ Suçun konusun yokluğu halinde işlenemez suçun meydana gelebileceği bu durumun işlenemez suç nedeniyle suçun oluşmamasına sebebiyet vereceği hususunda genel olarak bkz. Büşra Erdem, İşlenemez Suç (1st edn, Oniki Levha 2022) 148 ff

⁵⁴ Buna karşılık öğretide aksi fikirdeki Şen, Erdem and Serdar, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi içtihatlarını da değerlendirerek, bu içtihatlar uyarınca bankanın araştırma yükümlülüğünün kapsamının genişletilmesi mümkün olsa da, karşılıksızdır işleminin yapılması ile bankanın kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarı ödemesi birbirinden farklı hususlar olduğundan, bankanın araştırma yükümlülüğünün kapsamını aşacak nitelikte gerekçelere dayanılmak suretiyle karşılıksızdır işleminin yapılmasından kaçınılamayacağı, bu tür gerekçelere dayanarak muhatap bankanın karşılıksızdır işlemi yapmaktan kaçınmaması gerektiği görüşünü ifade etmişlerdir. Bkz. Şen, Erdem and Serdar (n 11)

da muhatap bankaca yapılması gerekenler açısından özellikle bu gibi çeklerin suça konu olması sebebiyle el konulması yahut ibraz eden hamile iadesi gerekip gerekmediği ve yine üzerine karşılıksız şerhi yazılıp yazılmaması konusunda tereddüt meydana gelmektedir.

Boş çek yapraklarının zayi olması durumu ilk bakışta bu nispi zayi hali dolayısıyla kıymetli evrakın ziyayı ve iptali hükümlerinin işletilmesi düşüncesini akla getirebilir ise de, TTK m. 651/2 uyarınca, “(k)ıymetli evrakın zayi olduğu ve ziyayın ortaya çıktığı anda senet üzerinde hak sahibi olan kişi, senedin iptaline karar verilmesini isteyebilir”.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere senedin iptalini yalnız senedin içerdiği hakkın alacaklısı (hamil) talep edebilir. Bu sebeple boş çek yapraklarının çalınması üzerine kıymetli evrakın zayi ve iptal prosedürüne başvurulması halinde Yargıtay’ın yerleşik içtihadı, ancak senedi zayi eden senet hamilinin bu yönteme başvurabileceği, boş çek yapraklarının kambyo senedi vasfını haiz olmadığı ve iptalinin istenemeyeceği yönündedir⁵⁵. Bu sebeple zayi ve iptal prosedürünü bu ihtimalde uygulama imkanı bulunmamaktadır.

⁵⁵ “TTK’nun 730/1-20. madde ve bendi yollamasıyla aynı kanunun 592’nci madde hükmü uyarınca bir çek’in kısmen doldurulmuş ya da sadece imzalanmış olması halinde, tedavüle çıkarılması mümkün ve geçerli olup, böyle bir çek için 669’uncu vd maddeleri uyarınca, iptalini isteme hakkı sadece hamile aittir. Böyle bir iddiaya sahip keşideci, aynı kanunun 711/son madde hükmü uyarınca muhatabı çeki ödemekten men edebileceği gibi, elinden rızası hilafına çıkan, bir başka anlatımla imzasını içeren ve fakat kaybettiği çekin bedelinin kendisinden istenmesi halinde, aynı kanun’un 704’üncü madde hükmüne dayanarak borçlu olmadığının tespiti yönünde dava açma olanağına sahiptir. Diğer yandan, henüz keşide edilmemiş, çek vasfında olmayan tamamen boş çek yaprakları tedavüle konmuş sayılamayacağından, hesap sahibi tarafından zayi nedeniyle iptal davası açılmayacağı, ele geçirenlerce imzalanıp doldurulması sonrasında, çeke dayalı hak iddia edene karşı menfi tespit davası açılabilceği, bu nedenle boş çek yapraklarına dayanarak iptal isteminde bulunmakta hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle, istemin reddine karar verilmelidir.” (Yargıtay 11 HD, 5775/6299, 29.5.2006). Bu yönde, Davacı vekili, müvekkilinin alacağına karşılık olarak aldığı ve hamili olduğu çekleri kaybettiğini ileri sürerek, çeklerin iptalini talep ve dava etmiştir. Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre, davacının çekleri yetkili hamili olduğu sırada kaybettiğine ilişkin delillerini sunmadığı gibi iptali talep edilen belgelerin boş çek koçanı olduğunun beyan edildiği, boş çek yapraklarının kıymetli evrak niteliğinde olmadığı, boş çek yapraklarının doldurulması suretiyle ibraz edilmesi halinde hak talep eden hamile karşı İİK m.72 kapsamında menfi tespit davası açma imkânının mevcut olduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mah-

Öte yandan, yukarıda ifade ettiğimiz üzere TTK m. 818 atfıyla uygulanacak TTK m. 677 uyarınca, bir kambyo senedi, bu senet ile borçlanmaya ehil olmayan kişilerin imzasını, sahte imzaları, hayali kişilerin imzalarını veya imzalayan ya da adlarına imzalanmış olan kişileri herhangi bir sebeple bağlamayan imzaları içerdiğinde, diğer imzaların geçerliliği bundan etkilenmemektedir. Bu nedenle, boş olarak kaybedilen çekler sahte imzalı olarak ibraz edilse dahi, yukarıda ifade ettiğimiz üzere kanaatimizce ödememe durumunun çek üzerine tarih de düşülmek suretiyle muhatap bankaca şerh edilmesi yeterli olduğundan, bu senetler başvuru hakkına ve icra takibine konu edilebilecektir. Bu çerçevede, söz konusu kaybolan çeklerin hamillere iade edilmesi, onların TTK m. 677 uyarınca diğer imza sahiplerine başvurabilmesi adına kanaatimizce elzemdir.

Bu nedenle, bir önceki başlıkta sahte ve tahrif edilmiş çeke ilişkin ifade ettiğimiz gerekçeler de göz önünde bulundurulacak olur ise, TTK m. 812'den kaynaklı muhatap bankaya yöneltilebilecek hukuki sorumluluk taleplerinden kaçınmak adına, öncelikle muhatap bankanın kontrol yükümlülüklerini yerine getirmek ve ödemediği imtina etmek suretiyle hareket etmesi; devamında çek yaprağının boş olarak kaybedildiği ve imzanın hesap sahibine ait olmadığı ve herhangi bir ödeme/işlem yapılmadığının çek üzerine şerh edilmesinin yerinde olabileceği kanaatindeyim. Bununla birlikte, kambyo senedini TTK m. 677 ve İİK m. 167 vd.

keme kararının gerekçesinde dayanan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.” Yargıtay 11 HD 6909 /777, 05.02.2018; “Talebi konu çek yapraklarının, davacının banka hesabı üzerinden verilen çek yaprakları olduğu ihtilafsızdır. Kıymetli evrakta hakkın çeke bağlı olması nedeniyle, çekin zayi edildiği durumlarda, çeke bağlı hakkın çeksiz de ileri sürülebilmesi için TTK'nın 651. ve 652. maddelerinde hamile iptal davası açma hakkı getirilmiştir. İptal kararı alan hamil, hakkını çek olmadan ileri sürebilecek ya da borçludan yeni bir senet tanzim edilmesini isteyebilecektir. Bu davayı açma hakkı hamile aittir. Çek keşidecisinin ve bu bağlamda çek hesabı sahibinin zayi nedeniyle iptal davası açma hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle, davacının eldeki davayı açmakta hukuki yararı yoktur. Ayrıca, çek yaprağının imzasız olarak kaybedilmesi nedeniyle de, çek yaprağının kıymetli evrak niteliğini kazanmamış olması nedeniyle de iptal talep etmekte hukuki yarar bulunmamaktadır. Davacı, ileride çeke dayalı alacak talep eden olursa, onlara karşı menfi tespit davası açma hakkına sahiptir. Açıklanan bu gerekçeyle, HMK'nın 353/1.b.1. maddesi uyarınca dosya üzerinden yapılan istinaf incelemesi sonucunda, davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine dair aşağıdaki hüküm kurulmuştur.” İstanbul 14 BAM, 1460/1445, 25.11.2021

hükümleri dairesinde senet üzerinde imza koyarak borç altına giren diğer kimselere karşı hukuki takip haklarını kullanabilmek üzere hamile teslim etmenin uygun olduğu düşüncesindeyiz. Aksi bir yaklaşım, hamillerin yasadan kaynaklı haklarını elde etmelerine engel olabilecek ve bu kimse-lerce muhatap bankaya yöneltilecek hukuki sorumluluk (tazminat) talep-lerine sebebiyet verebilecektir. Öte yandan, mülga eTK m. 711/3 hükmü sonrası uygulamada gelişen, rıza hilafına elden çıkma hükmünün⁵⁶ kaldırılması sonucunda ortaya çıkmış bulunan, konu hakkında Cumhuriyet Savcılığına suç ihbarında bulunulması yönteminin ilaveten muhatap bankaca kullanılabilmesi mümkündür.

Bu durum özelinde de görülebileceği üzere kural olarak muhatap banka kendisine ibraz edilen çeki karşılığı varsa ödemekle yükümlü ise de (ÇekK m. 3) ibraz edilen çekin ödenmemesi olgusu çok farklı ihtimallere dayalı olarak gerçekleşebilir ve yalnız çekle işleyen hesapta karşılığın bulunup bulunmamasına bağlı değildir. Bu bakımdan, çek üzerinde her halükarda karşılıksız yazılmasının gerekli olmadığı, salt ödememe olgusundan hareketle bunu tek bir sebebe (karşılıksızlığa) indirgeyen, TTK ve ÇekK hükümleri ile uyumluluk arz etmeyen Yargıtay Ceza Dai-resi kararına katılmanın mümkün olmadığı düşüncesindeyiz.

⁵⁶ Rıza hilafına elden çıkmaya ilişkin hükmün uygulamasıyla ilgili olarak, Yargıtay HGK 224/229, 06.04.2005 kararında düzenleyenin ödemedi men isteminin muhata-ba ulaşınca hemen ve kesin sonuç doğuran bir irade beyanı olduğu; yasa koyucunun anılan irade beyanını herhangi bir şekil şartına bağlı kılmadığı; muhatap bankanın çekin gerçekten rıza hilafına elden çıkıp çıkmadığını araştıramayacağı; ödemedi men istemine uymanın yasadan kaynaklanan bir yükümlülük olduğunu; muhatap bankanın bu yasal yükümlülüğe aykırı olarak çeki ödemesi durumunda düzenleyene karşı sorumluluğunun doğacağı, çeki ödemiş ise faizi ile düzenleyene iade ve tazmin zorunluluğunda olacağı içtihadında bulunmuştur. Karar ve eleştirisi için bkz. Ömer Teoman, ‘Çek Hukukunda 5838 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklikler’ (2009) 25(2) BATİDER 25, 28. Yazar, İsvBK m. 1119/III hükmünden aynen aktarılan bu hükmün mehzaz öğretide de tartışmalara yol açtığı, amaç ve yararının belirlenemediği gibi ül-kemizde yanlış anlamalara da neden olduğu ve çekin niteliği ile bağdaştırılamayacak bir uygulamaya yol açtığını vurgulayan TTK m. 799’un gerekçesine atfen yürürlüğü-ne son verdiğini ifade etmekte; buna karşılık Hükmün yasadan tümü ile çıkartılması yerine, öğretideki öneriler doğrultusunda tamamlanması, düzenleyen ve/veya hamile tanınacak belirli bir süre içinde mahkemeden bir ödeme yasağı kararı getirmesinin öngörülmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz Teoman (n 56) ff; bu yönde, Kendigelen (n 2) 278-280; Mehmet Bahtiyar, ‘6102 Sayılı TTK’nın Kıymetli Evrak Kitabına İlişkin Bazı Değerlendirmeler’ (2017) 16(2) İKÜHFD 67,78

Öte yandan incelemiş olduğumuz Ceza Dairesi kararın içeriği ve kaleme alınış tarzı, çekler üzerinde karşılıksız çıkma durumunun belirtilmemesi halinde banka görevlilerinin cezai sorumlulukları yönünde ÇekK m. 7/4 hükmü çerçevesinde şikayetlerin muhatabı olabileceklerini göstermekte olup; her ne kadar yukarıda ifade ettiğimiz üzere suçun konusunun yokluğu sebebiyle bu hükmün uygulama olanağı bulunmadığı kanaatinde isek de, söz konusu bu ihtimalin de önemle değerlendirilmesi ve mümkünse kararın Bölge Adliye Mahkemesi içtihatlarını birleştirici mahiyeti sebebiyle bağlayıcı olup olmadığı da değerlendirilmek suretiyle⁵⁷ Ceza Hukuku bağlamında olası etkilerinin ayrıca incelenmesinin faydalı olabileceği düşüncesindeyiz⁵⁸.

⁵⁷ 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un "Başkanlar kurulunun görevleri" başlıklı m. 35/1, b.3 hükmü uyarınca "Re'sen veya bölge adliye mahkemesinin ilgili hukuk veya ceza dairesinin ya da Cumhuriyet başsavcısının, Hukuk Muhakemeleri Kanunu veya Ceza Muhakemesi Kanununa göre istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların, benzer olaylarda bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında ya da bu mahkeme ile başka bir bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında uyuşmazlık bulunması halinde bu uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, kendi görüşlerini de ekleyerek Yargıtay'dan bu konuda bir karar verilmesini istemek," Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairleri Başkanları Kurulu ve Hukuk Daireleri Başkanları Kurulu'nun görevleri arasındadır.

⁵⁸ Bu hususta yapmış olduğu değerlendirmede, ÇekK m. 7/4'te yer alan suçun varlığından bahsedebilmek için öncelikle hukuken geçerli bir çeke ihtiyaç bulunduğu, her ne kadar ÇekK m. 3'te ibraz edilen çeke ilişkin banka görevlisinin çekin geçerliliğine yönelik gerekli ve yeterli bir araştırma yapma yükümlülüğü bulunduğu yönünde bir ibare olmasa da, bir belgenin çek olabilmesi için TTK'nın aradığı unsurları itibariyle tam olması gerektiğinden, ibraz edilen her çek için bu suçun oluşmayacağı, yalnızca şekil şartları ve unsurları itibariyle geçerli olan bir çeke yönelik karşılıksızdır işleminin yapılmaması durumunda suçun oluşacağı; banka görevlisinin ÇekK m. 2 ve 3'de yer alan araştırma yetkisini kullanarak, somut bir şekilde ibraz edilen çekin unsurlarının tam olmadığını gerekçelendirdiği takdirde, karşılıksızdır işlemi yapmaktan kaçınabileceği; bununla birlikte, muhatap bankanın araştırma kapsamının dışına çıkarak başka gerekçelerle karşılıksızdır işlemi yapmaktan kaçınmaması gerektiği, bankanın bu sınırlar içerisinde kalarak yaptığı bir araştırmada sorun gördüğü takdirde, karşılıksızdır işlemi yapmaktan kaçınmasının ÇekK m. 7/4'de yer alan suçu oluşturmayacağı, ancak bu kapsamın dışına çıkarak başka gerekçelerle karşılıksızdır işlemi yapılmasından kaçınılması halinde, Çek Kanunu m.7/4'de düzenlenen suçun oluşacağı görüşünde, Şen, Erdem and Serdar (n 11)

SONUÇ

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, TBK, TTK ve ÇekK hükümleri dairesinde açıklanan gerekçelerle Ceza Dairesi kararına katılma imkanımız bulunmamaktadır. Kararda zikredilen kanun hükümleri de, muhatap bankanın ibraz edilen çek hakkında bankaya kontrol ve ödeme/ödememe yükümlüğü getirmekte ve sahte çek ibrazında dahi karşılıksız şerhi düşülerek işlem yapılması yönünde Ceza Dairesi'nin anladığı şekilde muhatap bankaya görev ve sorumluluk yüklememektedir. ÇekK m. 3, kısmen dahi bu şekilde anlaşılmaya müsait olmamasına rağmen anılan Ceza Dairesi kararında, bankanın kontrol yükümlülüğünün ciro zincirinin sıhhati ile sınırlı olduğu, karşılıksız işlemi yapılmasını, imza sahteliğini, keşide edilmemiş çek defteri yaprağının kaybolmasını, keşide edilmiş çekin rıza hilafına elden çıkmasını ve hatta yargı makamlarınca verilen ödemeden men (tedbir) kararlarını dahi istisna olarak kabul edilmemiş ve her bir durumda hamilin çek ibrazında muhatap bankaca karşılık bulunup bulunmadığının belirtilmesi gerektiğini değerlendirmiştir.

Halbuki çekin karşılıksız çıkması beraberinde düzenleyen açısından pek çok yaptırımı beraberinde getirmektedir ve bu işlemin yapılması yukarıda değindiğimiz ihtimallerin hepsinde menfaatler dengesine olduğu gibi, ekonomik saiklerle ileri tarihli çekte karşılıksız işlemi yapılmasını uzunca bir süredir engelleyen kanun koyucu iradesine de aykırıdır. Böylesi bir zorunluluk öngörerek çekte karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunun uygulamasını bu denli genişleten, kanaatimizce ödememe halinin tespiti ile karşılıksız olma durumunun tespiti işlemini birbirine karıştıran ve her iki kavram arasında yukarıda açıkladığım gerekçelerle sağlıklı bir değerlendirmeye dayanmayan bu karar, TTK ve ÇekK sistematığına bütünüyle aykırıdır. Yukarıda incelediğimiz iki ihtimalde de görülebileceği üzere, ibraz edilen bir çekin muhatap bankaca ödenmemesi olgusu çok farklı ihtimallere dayalı olarak (örn. TTK m. 812) gerçekleşebilir ve yalnız çekle işleyen hesapta karşılığın bulunup bulunmamasına bağlı değildir. Bu bakımdan, salt ödememe olgusundan hareketle bunu tek bir sebebe (karşılıksızlığa) indirgemenin ve her halükarda muhatap bankaya ibraz edilen ve ödenmeyen çeke karşılıksız şerhi yazma zorunluluğu yüklemenin isabetli olmayacağı düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

Arant H W, ‘Forged Checks. The Duty of the Depositor to His Bank’ (1922) 31(6) The Yale Law Journal 598–625

Ayli A, Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri (1st edn, Seçkin 2019)

Bahtiyar M, ‘6102 Sayılı TTK’nın Kıymetli Evrak Kitabına İlişkin Bazı Değerlendirmeler’ (2017) 16(2) İKÜHFD 67-82

Battal A, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu (1st edn BTHAE 2001)

Baumbach A, Hefermehl W and Casper M, Wechselgesetz Scheckgesetz Recht des Zahlungsverkehrs (24th edn, Beck, 2020)

Bilgili F and Demirkapı E, Kıymetli Evrak Hukuku, (10th edn, Dora Yayınevi 2019)

Bozer A and Göle C, Kıymetli Evrak Hukuku (10th edn, BTHAE 2021)

Bucher E, ‘Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr?’ (1997) Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 41-56

Canaris C W, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1st edn, Beck 1971)

Cinbaş M E, Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler ve Sahtecilik (1st edn, Adalet 2022)

Çolak H, Özdemir K and Hız Y, Çek Kanunu Uygulaması ve İlgili Mevzuat (1st edn, Adil Yayınevi 2003)

Donay S, Gerekçeli ve Açıklamalı Çek Kanunu: 6273 Sayılı Yasa ile Değiştirilmiş Şekli (1st edn, Beta 2015)

Ellinger E P, ‘Bank’s Liability for Paying Fraudulently Issued Cheques’ (1985) 5(2) Oxford Journal of Legal Studies 293-300

Erdem B, İşlenemez Suç (1st edn, Oniki Levha 2022)

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

Ertekin E and Karataş İ, Uygulamada Ticari Senetler, Poliçe-Bono-Çek (3rd edn, Turhan Kitabevi 1998)

Helvacı M, Kıymetli Evrakta Defiler (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1985)

Hippele T, ‘Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II’ in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Rolf Watter (eds), (2nd edn, Helbing & Lichtenhahn 2002)

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

İmregün O, ‘Kıymetli Evrakta Defiler’ (1961) 7(12) İktisat ve Maliye Mecmuası 655 – 663

İnan N, Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk (1st edn, BTHAE 1981)

Jäggi P, Nicolas Druey J and von Greyerz C, Wertpapierrecht: unter besonderer Berücksichtigung von Wechsel und Check (1st edn, Helbing & Lichtenhahn 1985)

Kalpsüz T, Erem F and Çelebican G, İktisadi ve Hukuki Yönden Çek, (2nd edn, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları 1974)

Kendigelen A, Çek Hukuku (6th edn, On İki Levha 2021)

Kendigelen K and Kırca İ, Kıymetli Evrak Hukuku (5th edn, On İki Levha Yayıncılık 2021)

Koller I, ‘Fälschung und Verfälschung von Wertpapiere’ (1981) WM 210-220

Kuhn H, ‘GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Bucheffektengesetz, Art. 772-1186 OR’ in Vito Roberto and Hans Rudolf Trüeb (eds), (4th edn, Schultess 2023)

Meier-Hayoz A and von der Crone H C, Wertpapierrecht (3rd edn, Stämpfli 2018)

Narbay Ş, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı (2nd edn, Beta 1999)

Özgenç İ, Çek Kanunu (7th edn, Yetkin 2018)

Özsoy A, Muhatabın Çek Kanunu’na Dayalı Hukuki Sorumluluğu (1st edn, On İki Levha 2020)

Öztan F, Kıymetli Evrak Hukuku (2nd edn, Yetkin 1997)

Parlar A and Parlar A, Çek, Bankacılık ve Döviz Suçları (1st edn, Adalet 2004)

Paslı A, ‘Sahte ve Tahrif Edilmiş Çek’ (2000) 74(7-8-9) İBD 635-672

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

Rehfeldt B and Zöllner W, Wertpapierrecht (14th edn, Beck 1987)

Reisoğlu S, Çek Hukuku (1st edn, Ankara 2011)

Reisoğlu S, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek (3rd edn, Ankara 2003)

Schöll M, ‘Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)’ in: Peter Gauch and Hubert Stöckli (eds), (7th edn, Schultess 2009)

Schwarz J, ‘OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht’ in Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander and Stephan Wolf (eds), (3rd edn, Orell Füssli Verlag 2009)

Stehle B and Reichle S, ‘Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)’ in: Peter Gauch and Hubert Stöckli (eds), (10th edn, Schultess 2021)

Şehirali F H, ‘Yargıtay Kararlarında Karşılıksız Çek’ (1997) 52(01) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 661-691

Şen E, Erdem E and Serdar C, ‘Banka Görevlisinin Talebe Rağmen Çeke Karşılıksızdır İşlemi Yapmaması’, (Ersan Şen Hukuk ve Danışmanlık Blog, 30 Aralık 2021) <<https://sen.av.tr/tr/makale/banka-gorevlisinin-talebe-ragmen-ceke-karsiliksizdir-islemi-yapmamasi>> erişim tarihi 13 Haziran 2023

Tekil M, Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu (1st edn, Beta 1997)

Teoman O, ‘Çek Hukukunda 5838 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklikler’ (2009) 25(2) BATİDER 25-34

Teoman Ö, Yaşayan Ticaret Hukuku Cilt I: Hukuki Mütalaalar Kitap 1: 1989–1991 (1st edn, Kazancı 1992)

Törüner E, ‘Ticaret Yasamız Açısından Çekte Sahtekârlık ve Tahrifat’ (1980/2) ABD 204-221

Uzun N Ş, ‘Sahte veya Tahrif Edilmiş Çekte Bankanın Hukuki Sorumluluğu’ (2020) 5(2) REGESTA 317-343

Yıldız Ş, ‘Yargıtay 19. Ceza Dairesi’nin 27.01.2020 tarih ve E. 2019/35817, K. 2020/415 Sayılı Sahte Çekle İlgili Kararı Üzerine Bir İnceleme’ Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan Cilt I (1st edn, Yetkin 2022) 663-681

- Araştırma Makalesi -

ANONİM ŞİRKETTE DENETÇİ GENEL KURUL TARAFINDAN GÖREVDEN ALINABİLİR Mİ?*

(MAY THE AUDITOR BE DISMISSED BY THE GENERAL BOARD IN
JOINT STOCK COMPANY?)

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Hüsnü TURANLI**
Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Seda SEYMAN***

ÖZ

Denetçilik kurumu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile organ statüsünden çıkarılarak bağımsız bir kuruma dönüştürülmüştür. Denetçi, şirket genel kurulu tarafından seçilmekte ve denetçi ile şirket arasında “denetim sözleşmesi” imzalanmaktadır. Denetçinin “bağımsızlığı” kanunla güvence altına alınmıştır. TTK m. 399/2’de “denetim görevinin sadece dördüncü fıkra da öngörüldüğü şekilde ve başka bir denetçi atanmışsa geri alınabileceği”ne ilişkin düzenleme yer almaktadır. Buna karşılık eski düzenlemede yer alan ve genel kurula denetçinin görevden alınması hak ve yetkisini sağlayan hüküm 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 408/2-c hükmü ile muhafaza edilmiştir. İki düzenleme arasındaki çelişki öğretide tartışmaya yol açmıştır. Bazı yazarlar her iki düzen-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 30.06.2023 tarihinde Yayınımıza ulaşmış olup, 07.08.2023 tarihinde birinci hakem; 18.08.2023 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Uluslararası Final Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku A.B.D. Öğretim Üyesi, husnu.turanli@final.edu.tr ORCID ID: orcid.org/0000-0002-6907-5049

*** Manisa Celal Bayar Üni., Köprübaşı MYO, Adalet Programı, seda.seyman@cbu.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-6568-9609

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

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

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

Bu makaleye atıf için; TURANLI, Hüsnü, SEYMAN, Seda, “Anonim Şirkette Denetçi Genel Kurul Tarafından Görevden Alınabilir mi?” REGESTA, Cilt: 8, Sayı: 2, 2023, s. 179-200.

lemeyi de desteklerken büyük bir bölümü, genel kurulu denetçiyi görevden alma hak ve yetkisinin m. 399/2-c hükmü ile ortadan kalktığını savunmaktadır. Anonim şirkette “görevden alınma” kurumu, organ ilişkisinin devam ettiği yönetim kurulu üyeleri için söz konusu olabilir. Ancak, denetçilik kurumu, yeni yasal düzenleme ve ikincil düzenlemeler ile sözleşmeye dayalı bir ilişkidir. Bu durumda “görevden alma”dan değil, ya m. 399/2’de öngörüldüğü gibi mahkeme tarafından denetim görevinin geri alınması ya da koşulları oluştuğunda “sözleşmenin feshi”nden söz edilebilir.

Anahtar Kelimeler: Denetçi, Denetim Sözleşmesi, Genel Kurul, Anonim Şirket, Görevden Alınma.

ABSTRACT

The audit institution has been converted into an independent identity from its previous organ status with the introduction of the new Turkish Commercial Code (TCC). Auditor is elected by the general board and an “audit contract” is signed between the auditor and the company. The “independent identity” of the auditor is secured by Law. In article 399/2 of the new TCC it is stated that “the auditor may solely be dismissed by the court decision as prescribed by the paragraph four and provided that another auditor is appointed”. However, the provision in the previous Code which entitles the general board to dismiss the auditor is retained by the article 408/2-c. The contradiction between the two provisions has raised a dispute among the authors in doctrine. While some authors advocate both provisions, the majority assert that the right and power of the general board to dismiss the auditor is abrogated through the article 399/2. In the joint stock companies, the dismissal of the directors by general board is admitted since the organ relationship between the parties is preserved. But the audit institution is based on a contractual relationship through the primary and secondary regulations. In this case, it is deemed appropriate to mention about the dismissal of the directors by a court decision set forth by the provisions of article 399/2 or the termination of the contract but not the dismissal by a general board resolution.

Keywords: Auditor, Auditor Contract, Joint-stock Company, General Assembly, Dismissal.

GİRİŞ

Denetçilik, 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu (ETTK) döneminde şirket organı statüsünde iken 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ ile bağımsız bir yapıya dönüşmüştür. Dolayısıyla, anonim şirket ile denetçi arasındaki şirket-organ ilişkisi sona ermiştir. Eski Kanun döneminde gerek öğreti gerekse yargı kararlarında denetçinin görevden alınması konusunda herhangi bir tartışma mevcut değildi. Denetçi, tıpkı yönetim kurulu gibi bir organ vasfını taşıdığı için genel kurulun gerekli gördüğü takdirde denetçinin de görevine son vermesi olanaklıydı. Nitekim eski TTK m. 350’de buna imkân veren düzenleme yer almaktaydı. Öte yandan seçim yetkisini haiz bir organın seçtiği kişiyi görevden alması da yetkide paralellik ilkesinin bir gereği olarak görülmekteydi.

6102 sayılı TTK’ye göre kural olarak bağımsız denetçi şirket genel kurulu tarafından seçilir. Görevden alınması konusunda ise iki farklı düzenleme vardır. Bunlar, TTK m. 399/2’de yer alan “*Denetçiden denetleme görevi, sadece dördüncü fıkra da öngörüldüğü şekilde ve başka bir denetçi atanmışsa geri alınabilir*” hükmü ile genel kurulun görev ve yetkilerini düzenleyen TTK m. 408/2-c’de yer alan “*Kanunda öngörülen istisnalar dışında denetçinin seçimi ile görevden alınması*” hükmüdür. TTK m. 399/2’de “sadece” ibaresinin kullanılması, TTK m. 408/2-c’nin uygulanabilirliğine dair tartışmalara yol açmıştır².

Makalede, birbiriyle çelişkili görünen iki düzenlemenin kaynakları bakımından bir inceleme yapılmış, halka kapalı anonim ortaklıklar için yayımlanan Bağımsız Denetim Yönetmeliği (BDY), halka açık anonim ortaklıkların (HAAO) denetimi için yayımlanan Bağımsız Denetim Tebliği (BDT) hükümleri ve öğretideki görüşler ışığında denetçinin, genel kurul tarafından görevden alınıp alınamayacağı üzerinde durulmuştur.

I. BAĞIMSIZ DENETİME GENEL BİR BAKIŞ, TANIMI VE BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİ

A. GENEL OLARAK

Eski Türk Ticaret Kanunu döneminde şirket ile denetçi arasındaki ilişki şirket-organ ilişkisi idi. Bir başka deyişle, genel kurul tarafından

¹ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/ 27846

² Bkz. ‘Yürürlüğünün Birinci Yılında 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu’ (2013) XVI (3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 189-196

atanan denetçiler, göreve başlamak için ayrıca bir sözleşmeye gerek kalmaksızın genel kurul kararının tescil ve ilanı ile göreve başlamaktaydı. Yine söz konusu denetçiler (murakıplar) sadece bir kanuni zorunluluğu yerine getirmek için seçilen ve finansal konularda uzman olmayan kişilerden oluşmakta ve denetlenen şirkete herhangi bir katma değeri bulunmamaktaydı³. Hatta öğretide bazı yazarlarca eski Kanun döneminde şirketin gerçek anlamda hiç denetlenmediği de ifade edilmiştir⁴.

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile denetimin, şirket içinden seçilen denetçiler yerine, bağımsız, tarafsız ve denetim konusunda uzman kişi ve kurumlara bırakılması öngörülmüştür. Bağımsızlık ve tarafsızlık, yeni denetim kurumunun en belirgin unsurları olarak ortaya çıkmıştır⁵. Bir görüşe göre de denetçinin bağımsızlığını kamusal güvenin temelini teşkil eder⁶.

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun genel gerekçesine göz atıldığında denetim konusunda kısaca şu hususların yer aldığı görülmektedir:

1) Uluslararası piyasaların bir parçası olmak, bu bağlamda işletmelerin uluslararası finansal raporlama standartlarına (IFRS) göre düzenlenmiş ve uluslararası denetleme standartları (IAAS) uyarınca denetlenmiş finansal tablolara sahip olması,

2) Denetim konusunun AB hukuku ile uyumlaştırılması,

3) Denetimin dürüst resim ilkesi çerçevesinde açık, şeffaf ve uluslararası standartlara göre bağımsız kuruluşlarca yapılması.

Bağımsız denetçilik, şirketler hukukunda temel ilke niteliğini taşıyan kurumsal yönetim ilkesinin gereğidir. Kurumsal yönetim beraberinde

³ Tuğrul Ansay, Çağdaş Anonim Şirketlerin Sorunları ve Türk Anonim Şirketleri (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1975) 213; Tuğrul Ansay, Anonim Şirketler Hukuku Dersleri (5th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın No: 378, 1975) 159; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi C. I (Updated 2nd edn, Adalet Yayınevi, Şerh); Aslan Coşkun, 'KOBİ'lerin Denetiminde Uluslararası Denetim Standartlarının Uygulanması' <http://archive.ismmmo.org.tr/docs/SEMPOZ_YUMLAR/SEMPOZYUM_10/sunumlar/ASLANCOKUN.pdf> 3 erişim tarihi 28.11.2022.

⁴ Sami Karahan and Zekeriya Arı, Şirketler Hukuku (1st edn, 2013) 422; Tekin Memiş, 'Şirketler Hukukunda Denetim' (2012) XVI (3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 157

⁵ Suat Yıldırım, 'Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Denetçi' (2011) 21 (106) Mali Çözüm Dergisi 45

⁶ Memiş (n 4) 171

de “dürüst resim” ilkesini getirmiş ve şirket finansal tablolarının bu ilke kapsamında tam bir denetimini öngörmüştür⁷.

Öte yandan genel gerekçenin “Denetleme ve Denetçiler” başlıklı 73. paragrafta, denetlemeyi ve denetçiyi tanımlayan unsurun “bağımsızlık” olduğu vurgulanmıştır. Bu paragrafta “bağımsızlık” kavramı açıklanırken, denetçinin denetlediği şirketten bağımsız, onun bakımından tarafsız olduğu anlamına geldiği belirtilmiştir. Aynı paragrafta denetçinin, bizzat denetimi yapan kişiyi değil denetleme şirketini ifade ettiği açıklanmıştır.

Kanunsa denetime ilişkin yer alan düzenlemelerin gerekçeleri incelendiğinde, gerekçede yer alan birçok açıklamanın, bağımsız denetimin ipuçlarını da verdiği görülmektedir. İlk olarak, denetime ilişkin Üçüncü Bölüm başlığı altında genel bir giriş yapılarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile getirilen yeni düzenlemelerle kurumsal yönetim ve dürüst resim ilkesi bağlamında denetimin sonuçlarının, açık, anlaşılabilir ve kamuyu aydınlatma ilkeleri uyarınca düzenlenmiş bir raporla pay sahipleri başta olmak üzere ilgililere sunulması amaçlandığı ifade edilmiştir. Devamında denetimin bütünüyle denetçilere ait olduğu ve denetim işlevine ilişkin yetkilerin devredilmez ve vazgeçilmez nitelikte olduğu vurgulanmıştır.

Denetimi düzenleyen TTK m. 397/1’in gerekçesinde “denetimin kanuni bir yükümlülük” ve “denetimin bütünsel ve sürekli” olduğu belirtilmiştir. TTK m. 398/1’in gerekçesinde denetçiliğin “bir meslek olduğu” vurgulanmıştır⁸. Devam eden cümlelerde “meslek olmanın gerekleri, profesyonellik, meslek etiği ve mesleğin gerektirdiği özen yükümlüne” yer verilmiştir. Diğer bir ifade ile pay sahipleri arasından uzman olmayan kişilerin denetçi olmasının yolu kapanmıştır. Öğretide vurguladığı gibi denetim, eski Kanun’da düzenlenen ve uzmanlık bilgisine sahip olması zorunlu olmayan murakıplardan alınarak isabetli bir şekilde konu-

⁷ Korkut Özkorkut, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın No: 478 2013) 33

⁸ Özkorkut denetçiliğin ayrı bir meslek değil YMM ve SMMM’ler tarafından ya da bu kişilerin kurdukları bağımsız denetim kuruluşları vasıtasıyla yaptıkları bir iş olduğunu savunmuştur. Bkz Özkorkut (n 7) 33

sunda uzman bağımsız denetim kuruluşlarına⁹ ve mali müşavirlere bırakılmıştır¹⁰.

B. BAĞIMSIZ DENETİMİN TANIMI

Sözlük anlamı ile bağımsız denetim, “*şirketten tümüyle bağımsız olarak yapılan denetim*” anlamına gelir¹¹. Bağımsız denetim çeşitli kaynaklarda da benzer şekilde tanımlanmaktadır. Bağımsız denetim, “*bir işletmenin bilançosu, gelir tablosu ve kar dağıtım tablosu gibi mali tablolarının, önceden belirlenmiş kriterlere uygun olarak düzenlenip düzenlenmediği, bu tablolarda yer alan bilgilerin doğru olup olmadığı, muhasebe ile ilgili bilgileri içeren belgelerin defterlere, defterlerdeki bilgilerin mali tablolara doğru yansıtılıp yansıtılmadığı gibi hususların tespit edilmesi için yapılan denetim*” olarak tanımlanmaktadır¹².

Bağımsız Denetim Yönetmeliği’nin (BDY)¹³ “Tanımlar” başlıklı 4’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının b bendinde bağımsız denetim şu şekilde tanımlanmıştır: “*Bağımsız denetim Finansal tablo ve diğer finansal bilgilerin, finansal raporlama standartlarına uygunluğu ve doğrulu-*

⁹ Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin Tanımlar başlıklı 2’inci maddesinin c bendine göre bağımsız denetim kuruluşu: bağımsız denetim yapmak üzere, Kurum tarafından yetkilendirilen sermaye şirketlerini ifade etmektedir.

¹⁰ Pulaşlı, Şerh (n 3) §31, N. 163; Gönen Eriş, Açıklamalı, İhtihatlı, En Son Değişiklikler ile Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C 2 (3rd edn, Seçkin Yayıncılık) 2092; Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler (3rd edn, XII Levha Yayıncılık, 2016) 295 vd.; Fatih Bilgili and Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku (7nd edn, Dora Yayıncılık, 2020) 303. Eski TTK dönemindeki denetçilerin özellikleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Halil Arslanlı, Anonim Şirketler C. II-III (Fakülteler Matbaası, 1960) 289; Hayri Domaniç, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II (Temel Yayınevi, 1960) 731 vd.; Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar (4th edn, Yasa Yayıncılık 1989) 257 vd.; Oğuz İmregün, Kara Ticaret Hukuku (Yeniden Gözden Geçirilmiş İlaveli 11th edn, Filiz Kitapevi, 1989) 363 vd.

¹¹ <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/independent%20audit>> erişim tarihi 18.08.2022

¹² Ömer Duman, Muhasebe Denetimi ve Raporlama (TESMER Yayınları, Yayın No:78, 2008) 13. Bağımsız denetim hakkında farklı tanımlar için bkz. Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar and Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (2nd edn, Yetkin Yayınları, 2020) 381; Hasan Pulaşlı Şirketler Hukuku Genel Esaslar (8th edn, Adalet Yayınları, 2022) 457

¹³ Bağımsız Denetim Yönetmeliği, RG 26.12.2012/28509

ğu hususunda, makul güvence sağlayacak yeterli ve uygun bağımsız denetim kanıtlarının elde edilmesi amacıyla, denetim standartlarında öngörülen gerekli bağımsız denetim tekniklerinin uygulanarak defter, kayıt ve belgeler üzerinden denetlenmesi ve değerlendirilerek rapora bağlanmasıdır”. Aynı tanıma, 660 sayılı Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin¹⁴ 2’inci maddesinin 1’inci fıkrasının b bendinde de de yer verilmiştir.

Bağımsız denetimin özelliklerine de kısaca değinmek gerekirse, bağımsız denetim faaliyetinin temel unsuru bağımsızlıktır. 6102 sayılı Kanun ile denetimin, yukarıda sayılan ilkeler doğrultusunda uzman, bağımsız, tarafsız ve şirket dışı bir denetim kuruluşu ya da bu alanda yetkilendirilen sermaye şirketi, mali müşavir veya yeminli mali müşavirler tarafından yürütülecek bir faaliyet olması öngörülmüştür. Eski Kanun döneminde denetçiliğin organ niteliğinden dolayı yokluğu durumunda ortaklığın feshi için bir neden oluşurken yürürlükteki Kanun düzenlemesi bakımından bu niteliğinin ortadan kalkması sonucunda şirket için bir fesih gerekçesi de ortaya çıkmayacaktır.

Bağımsız denetimi, organ sisteminden ayıran en önemli unsurlar hem denetçinin hem de denetim sürecinin bağımsızlığının sağlanmış olması ve bağımsızlığın güvence altına alınmış olmasıdır.

C. BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİ, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

TTK çerçevesinde anonim şirket ile denetçi arasındaki ilişki sözleşmesel bir ilişki olarak tanımlanmıştır (TTK m. 399 kenar başlığı)¹⁵. Bu ilişki, halka kapalı anonim şirketler için ayrıntıları Bağımsız Denetim Yönetmeliği’nin(BDT) 29’uncu maddesinde düzenlenen ve “denetim sözleşmesi” adı verilen bir sözleşmenin denetçi ile şirket arasında imzalanmasıyla kurulur. Bunun öncesinde denetimi yerine getirecek bağımsız

¹⁴ Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG 02.11.2011/28103

¹⁵ Pulaşlı, Şerh (n 3) §31, N. 194; Pulaşlı, Genel Esaslar (n 12) §21, N. 9; Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 12) 388; Memiş (n 4) 173; Karahan and Arı (n 4) 456; Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, (Gözden Geçirilmiş 4th edn, 2019) 440

denetim kuruluşu ya da kişinin seçimine ilişkin genel kurul ya da mahkeme kararına ihtiyaç vardır¹⁶.

Öte yandan HAAO'larda bağımsız denetim, SPK tarafından yayımlanan Seri X no:22 “Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ”¹⁷ (BDST) ile düzenlenmiştir. HAAO'lar ile denetçi arasındaki hukuki ilişki tebliğin üçüncü kısmında düzenlenen “bağımsız denetim sözleşmesi” ile kurulur.

Denetim sözleşmesinin şekli ve içeriğine ilişkin olarak TTK'de herhangi bir hüküm mevcut değildir. BDY'de ise asgari hükümlere yer verilmiştir. BDY'nin 29'uncu maddesine göre denetçilik sözleşmesinin yazılı olması gereklidir. Aynı şekilde BDT Üçüncü Kısım Birinci Bölüm m. 5/1 uyarınca da bağımsız denetim sözleşmesi yazılı olarak yapılır.

Hem Yönetmelik hem de Tebliğ'de, sözleşmede bulunması gereken asgari hususlar kısaca; sözleşmenin amacı, kapsamı, konusu, içeriği, dönemi, tarafların sorumlulukları, denetim ücreti, denetimin başlangıç ve bitim tarihleri ve denetim raporunun teslim tarihi gibi konulardır.

Denetim sözleşmesini, denetçi ve anonim ortaklığı temsile yetkili olan kişilerin imzalaması gerekir. Denetimin bir denetim şirketi tarafından yapılması durumunda ise şirketi temsile yetkili bir kişi tarafından, denetimin yeminli ya da serbest muhasebeci mali müşavir tarafından yapılması durumunda ise bu kişi ya da temsilcisi tarafından imzalanması gerekir.

Sözleşmedeki imzaların noterden onaylanmasına ilişkin bir düzenleme kanunda öngörülmemiştir. Denetçi atanmasına ilişkin kararın bir genel kurul kararı olması nedeniyle ticaret siciline tescili gerekmektedir. Tescil kurucu değil bildirici nitelik taşır. Denetim sözleşmesi, tarafların imzalamasıyla birlikte yürürlüğe girer.

Denetim faaliyetinin kapsamı, TTK m. 398/1 ve 2'de düzenlenmiştir. Buna göre; denetim, finansal tablolar ve yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunun denetiminden oluşmaktadır. Denetçinin yapmış olduğu denetim çerçevesinde yönetim kuruluna bir denetim raporu vermesi gereklidir. Denetim raporunun kapsamı TTK m. 402'de düzenlenmiştir.

¹⁶ Nitekim denetim sözleşmesindeki zorunlu maddelerinden biri “Sözleşmenin dayanağını teşkil eden genel kurul kararı veya mahkeme kararının tarih ve sayısı”dır (BDY m. 29/1-a)

¹⁷ Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ, Mükerrer RG 12.06.2006/26196

Denetim faaliyeti, denetçinin denetim raporu ile sonuçlanır. Nitekim, BDY'nin 29'uncu maddesinde düzenlenen denetim sözleşmesinde “*Denetimin başlangıç ve bitiş tarihleri ile raporun teslim tarihi*” ifadesine yer verilmiştir (m. 29/1-ğ).

TTK'de yer alan bağımsız denetime ilişkin hükümler ve BDY hükümleri altında denetim sözleşmesinin, edim sonucunu içermesi, ücretin zorunlu bir unsur olması, denetçinin (yani yüklenicinin) bazı özelliklere sahip olması gerekliliği, özen borcu gibi özellikleriyle Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen eser sözleşmesine **yakın** olduğu söylenebilir¹⁸. Buna karşılık doktrinde denetim sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olduğu yönünde de görüşler mevcuttur¹⁹. Ayrıca doktrinde denetim sözleşmesinin her iki tarafa karşılıklı borç yükleyen, iş görme edimini esas alan ve kendine özgü sözleşme niteliğinde olduğu da ifade edilmektedir²⁰.

Denetim sözleşmesi her ne kadar özel hukuk bağlamında bir iş görme dolayısıyla eser sözleşmesine yakın olsa da gerek yönetmelik gerekse Tebliğ hükümleri incelendiğinde, kamusal boyutu da olan bir sözleşme türü olduğu ortaya çıkmaktadır²¹. Bu hükümlere göz atıldığında üç husus dikkati çekmektedir. Bunlar denetçinin kişiliğine dair aranan özellikler, denetçilerden bağımsızlık, tarafsızlık ve sır saklamaya ilişkin taahhüt alınması ve denetçinin bağımsızlığı ile bağımsızlığın denetim süresince korunmasına ilişkin hükümler olarak sıralanabilir.

Bağımsız denetim sözleşmesinin içeriğinde dikkati çeken diğer bir hüküm ise, sözleşmenin feshine ilişkin olandır. Bu hüküm, denetim söz-

¹⁸ Eser sözleşmesinin özellikler hakkında bkz. Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, (Yenilenmiş 14th edn, Beta Yayınları, 2016) 442 vd. Aynı görüş için Bkz. Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (4th edn, Vedat Kitapçılık, 2015) §17-27 (Yeni Hukuk); Abdüllatif Şener and İlhami Öztürk, ‘Anonim Şirketlerde Pay Sahibi Olmayan Denetim Kurulu Üyelerine ve Denetçilere Kar Payı Ödenmesinin Hukuki ve Mali Analizi’ (2012) 3 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 158

¹⁹ Bu yönde Pulaşlı, Şerh (n 3) 1115 (Şerh)

²⁰ Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 12) 389. Bağımsız denetim sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özkorkut (n 7) 276; Aytaç Köksal, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın 397 ilâ 406 Maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir organı olup Olmadığı Sorunu’(2019) I Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan 92 vd.; Ercan Urkan, *Sermaye Piyasalarında Bağımsız Denetim Sözleşmeleri ve Sorumluluk* (Yetkin Yayınları, 2016) 88 vd.

²¹ Memiş (n 4) 173, yazar şirket ile denetçi arasındaki ilişkiyi karma bir hukuki ilişki olarak tanımlanmıştır.

leşmesini, iş görme sözleşmelerinden ayıran ve kamusal boyut kazandıran bir hükümdür. Çünkü iş görme sözleşmelerinde, sözleşmenin feshi (ya da sözleşmeden dönme) genel hükümlere tabi iken denetim sözleşmesinin feshi sadece mevzuatın bu konuda öngördüğü kurallara tabi olacaktır.

II. DENETÇİNİN ATANMASI VE AZLI

A. DENETÇİNİN ATANMASI

TTK m. 399/1 uyarınca “Denetçi, şirket genel kurulunca; topluluk denetçisi, ana şirketin genel kurulunca seçilir”. TTK m. 408/2-c’de ise genel kurulun görev ve yetkileri arasında “Kanunda öngörülen istisnalar dışında denetçinin seçimi ile görevden alınması” yer almıştır. Dolayısıyla genel bir kural olarak denetçi genel kurul tarafından seçilir.

Ayrıca, bazı istisnai durumlarda denetçi seçimi, mahkeme tarafından ya da yönetim kurulu tarafından yapılmaktadır. Bunlar;

1) Denetçiye karşı görevden alınma ve yeni denetçi atanması davası yoluyla mahkeme tarafından (TTK m. 399/2 ve 399/4),

2) Faaliyet döneminin dördüncü ayına kadar seçilememişse, yönetim kurulunun, her yönetim kurulu üyesinin veya herhangi bir pay sahibinin istemi üzerine mahkeme tarafından (TTK m. 399/6-birinci cümle)

3) Seçilen denetçinin görevi ret veya sözleşmeyi feshetmesi, görevlendirme kararının iptal olunması, butlanı veya denetçinin kanuni sebeplerle veya diğer herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi veya görevini yapmaktan engellenmesi hâllerinde mahkeme tarafından (TTK m. 399/6-ikinci cümle),

4) Denetçinin TTK m. 399/6. fıkra hükmüne göre fesih ihbarında bulunması durumunda, yönetim kurulunca hemen, geçici bir denetçi seçilmesi ve fesih ihbarını genel kurulun bilgisine, seçtiği denetçiyi de aynı kurulun onayına sunması ile (TTK m. 399/9) atanmış olur.

B. GÖREVDEN ALINMASI

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda denetçinin görevden alınması iki farklı maddede düzenlenmiştir²². Bunlar TTK m. 399/2 ve genel kurulun görev ve yetkilerini düzenleyen TTK m. 408/2-c’dir.

²² Eski TTK bakımından denetçisinin görevden alınması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Arslanlı (n 10) 253 vd.; Domaniç (n 10) 735 vd.; Ansay, Anonim Şirketler (n 3) 160; İmregün (n 10) 371 vd.;

1. Mahkeme Tarafından Görevden Alınması ve Yeni Denetçi Seçilmesi Davası

TTK m. 399/2'de “Denetçiden denetleme görevi, sadece dördüncü fıkra da öngörüldüğü şekilde ve başka bir denetçi atanmışsa geri alınabilir” hükmü mevcuttur. Bu fıkranın gerekçesinde ise “Bu fıkra, denetçi ile yapılan sözleşmenin -kural olarak – feshedilmemesi ilkesini kabul ederek, yönetim kurulunun istemediği denetçiyi görevden uzaklaştırması olanağını ortadan kaldırmıştır. Denetçi sadece dördüncü fıkra da öngörüldüğü şekilde ve haklı sebeplerin varlığında görevden alınabilir” şeklinde bir açıklamaya yer verilmiştir. Bu fıkra da atıf yapılan dördüncü fıkranın ilk cümlesinde gerekçe olarak; “Dördüncü fıkra denetçi güvencesi ilkesi bağlamında düzenlenmiştir. Denetçi ancak bir mahkeme kararıyla görevden alınabilir. Mahkeme de bu kararı haklı sebebin varlığı durumunda verebilir. Başka bir deyişle denetçi, ancak haklı bir sebebin, özellikle tarafsızlığı bozan herhangi bir olgu veya davranışın varlığında, mahkemece görevden alınabilir.” ifadesine yer verilmiştir.

TTK m. 399/4'de “Şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi;

a) Yönetim kurulunun,

b) Sermayenin yüzde onunu, halka açık şirketlerde esas veya çıkarılmış sermayenin yüzde beşini oluşturan pay sahiplerinin, istemi üzerine, ilgilileri ve seçilmiş denetçiyi dinleyerek, seçilmiş denetçinin şahsına ilişkin haklı bir sebebin gerektirmesi, özellikle de onun taraflı davrandığı yönünde bir kuşkunun varlığı hâlinde, başka bir denetçi atayabilir” hükmü yer almaktadır. Belirtilen düzenleme ile seçilmiş denetçinin şahsına ilişkin haklı bir sebebin gerektirmesi, özellikle de onun taraflı davrandığı yönünde bir kuşkunun varlığı hâlinde görevden alınma davasının açılabilmesine imkân tanınmıştır. TTK m. 399/5'de ise “Görevden alma ve yeni denetçi atama davası, denetçinin seçiminin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilanından itibaren üç hafta içinde açılabilceği” hükme bağlanmıştır.

2. Genel Kurul Tarafından Görevden Alınması

Denetçinin görevden alınmasına dair ikinci düzenleme ise TTK m. 408/2-c'de genel kurulun görev ve yetkileri arasında sayılan “Kanunda öngörülen istisnalar dışında denetçinin seçimi ile görevden alınması” hükmüdür. Bu hükmün gerekçesinde de “Ancak (c) bendinde öngörülmüş bulunan hüküm, denetleme sisteminin yeniliği dolayısıyla bazı noktalara değinilmesini gerekli kılmıştır. Denetçi ve işlem denetçileri kural

olarak genel kurul tarafından seçilir ve görevden alınır (m. 399/2b). Fakat *inter alia* sermaye artırımı denetçisi yönetim kurulunca (m. 458) ve menkul kıymet ihraç denetçisi, yetkilendirilmişse yönetim kurulunca (m. 505) seçilir” şeklinde bir açıklama getirilmiştir. Gerekçede yer alan ve yönetim kuruluna (işlem denetçisi) denetçi seçme yetkisi tanıyan m. 458 ve 505/1’de yer alan “işlem denetçisini seçme” ibaresi, 6335 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Görüldüğü gibi TTK m. 408/2-c uyarınca “*Kanunda öngörülen istisnalar dışında denetçinin seçimi ve görevden alınması*” genel kurulun görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

3. Bağımsız Denetim Yönetmeliği’nde Yer Alan Düzenleme

Denetçinin görevden alınması hususunda BDY’de de bir hüküm mevcuttur. Yönetmeliğin “Denetim Sözleşmesi” başlığını taşıyan 29’uncu maddesinin 4’üncü fıkrasında “*Denetimi üstlenenden denetleme görevi, sadece Türk Ticaret Kanunu’nun 399’uncu maddesinin dördüncü fıkrasında öngörüldüğü şekilde ve başka bir denetim kuruluşu veya denetim üstlenen bağımsız denetçi atanmışsa geri alınabilir. Denetimi üstlenenler, denetim sözleşmesini, sadece haklı bir sebep varsa veya kendisine karşı görevden alınma davası açılmışsa feshedebilir. Sözleşmenin feshedildiği ve gerekçeleri denetimi üstlenenler tarafından yazılı olarak 10 gün içerisinde Kuruma bildirilir*” şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Bağımsız Denetim Yönetmeliği’nde denetçinin görevden alınmasıyla ilgili olarak sadece TTK m. 399/2 hükmüne atıfta bulunulmuştur. Buna karşılık TTK m. 408/2-c hükmüne hiç değinilmemiştir. Diğer bir deyişle, Yönetmelik hükmüne göre, denetçinin sadece mahkeme kanalıyla görevden alınabilmesi mümkün olabilecektir.

4. Bağımsız Denetim Standartlarına İlişkin Tebliğ’de Yer Alan Düzenleme

BDST’nin Üçüncü Kısımının İkinci Bölüm 8’inci maddesinin birinci fıkrasında sözleşmenin sona erdirilmesi şöyle düzenlenmiştir: “*Bağımsız denetim kuruluşu ile müşteri anlaşarak bağımsız denetim sözleşmesini sona erdiremezler. Ancak müşteriler, Kurul tarafından onaylanacak haklı gerekçelerin varlığı halinde; bağımsız denetim kuruluşları ise, müşteri tarafından çalışma alanının önemli ölçüde sınırlandırılması nedeniyle finansal tablolara ilişkin bilgi ve belgeleri elde edememesi durumunda ya da bu Tebliğin sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin olarak bu Kısma atıfta bulunulan maddelerinde sayılan haklı gerekçe-*

rin varlığı hallerinde, yazılı gerekçe göstermek koşuluyla bağımsız denetim sözleşmesini Kurul'dan görüş olarak sona erdirebilirler”.

Bu düzenlemede, halka kapalı anonim ortaklıklardan farklı olarak, halka açık anonim ortaklık müşteri olarak nitelendirilmiş ve bağımsız denetim kuruluşu ile müşteri yani ortaklığın anlaşarak bağımsız denetim sözleşmesini sona erdiremeyeceği hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte ortaklığın Sermaye Piyasası Kurulu tarafından onaylanmak kaydıyla haklı nedenlerin varlığı halinde sözleşmeyi sona erdirebileceği; denetim kuruluşunun ise, ortaklık tarafından çalışma alanının sınırlandırılması nedeniyle finansal tablolara ilişkin bilgi ve belgeleri elde edememesi durumunda ya da bu Tebliğin sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin olarak bu Kısma atıfta bulunulan maddelerinde sayılan haklı gerekçelerin varlığı halinde, yazılı gerekçe göstermek koşuluyla bağımsız denetim sözleşmesini Kurul'dan görüş olarak sona erdirebilecekleri hükme bağlanmıştır.

5. Değerlendirme

TTK m. 399'da düzenlenen “denetçinin mahkemece görevden alınması ve yeni denetçi atanması davasının” şartları şöyle sıralanabilir²³:

1) Denetçinin şahsına ilişkin haklı bir sebebin varlığı gerekir. TTK m. 399/4-b'de düzenlenen bu hükümde özellikle denetçinin taraflı davrandığı yönünde bir kuşkunun varlığı haklı sebep olarak vurgulanmıştır. Gerekçede ayrıca mesleki yetersizlik, itibar kaybı gibi nedenler sayılmıştır.

2) Dava, denetçi seçiminin TTSG'de ilanından itibaren üç hafta içinde açılmalıdır. Bu süre dolduktan sonra dava açılmaz.

3) Dava açma yetkisi sadece yönetim kurulu ve azınlığa verilmiştir. Yönetim kurulu tarafından dava açmak için bu yönde karar alması gerekir. Yönetim kurulu üyelerine ise bireysel olarak dava açma hakkı tanınmamıştır.

Bu düzenlemeler arasında kanaatimizce en önemlisi dava süresinin üç hafta ile sınırlandırılmış olmasıdır. Kanun koyucu, dava süresini üç hafta gibi kısa bir süreyle sınırlayarak özellikle yönetim kurulunun, denetçi hakkında henüz seçim yapılmadan gerekli araştırmayı yapmasını

²³ Moroğlu, denetçinin görevden alınmasına ilişkin bu düzenlemenin kanunun sistematik bakımından hatalı yerde olduğu kanaatindedir. Bkz. Erdoğan Moroğlu, Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları, Değerlendirme ve Öneriler (6th edn, Vedat Kitapçılık, 2009) 199

zorunlu tutmuştur. Hükümde yer alan denetçinin taraflı davrandığı yönündeki bir kuşkunun bu kadar kısa süre içerisinde ve nasıl tespit edileceği belirsizdir. Kanun koyucu, görevden alma davasında hak düşürücü süreyi üç hafta ile sınırlayarak denetim sürecinde görevden alınma davasının açılmasının da önünü kapatmıştır.

Kanun ve ikincil düzenlemelerde dikkati çeken bir başka husus örneğin BDY m. 29/4'de denetçinin görevden alınması hususunda sadece TTK m. 399/4 fıkrasına yer verilmesidir. Bu maddede genel kurulun denetçiyi görevden alma yetkisini düzenleyen m. 408/2-c hükmüne yer verilmemiştir.

HAAO'larda bağımsız denetimi düzenleyen BDST'nin 3. Kısım 2. Bölüm m. 8'de ise şirketlerin, ancak haklı gerekçelerin varlığı halinde ve bu gerekçelerin Kurulca onaylanması koşuluyla sözleşmeyi sona erdirebilecekleri hükme bağlanmıştır. Tebliğde "müşteri" olarak nitelendirilen HAAO'larda sözleşmeyi sona erdirilmesi için ayrıca bir genel kurul kararına ihtiyaç olup olmadığı açık değildir ancak kanaatimizce genel kurulca alınacak bir karara ihtiyaç olacaktır.

III. ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER

Öğretide genel kurulun denetçiyi görevden alıp alamayacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Ağırlıklı olarak savunulan görüşe göre, denetçinin anonim şirket tarafından görevden alınamayacağı, ancak haklı sebeplerin varlığı halinde görevden alma davasının açılabilmesi şeklinde²⁴.

İkinci görüş ise, genel kurulun denetçiyi görevden almasının istisnai bir hüküm olarak uygulanabileceği ve yönetim kurulunun da denetçiyi görevden alma yetkisini haiz olduğu yönündedir²⁵. Üçüncü bir gö-

²⁴ Tekinalp (n 18) §17-33; Poroy, Reha; Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I (13th edn, 2016) N. 640; Mustafa Çeker, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku (Karahana Kitapevi, 2014), 368; Karahan and Arı (n 4) 461-463; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku (7th edn, 2012) 202; Güzin Üçışık and Aydın Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku, I. Cilt (2013) 651; Eriş (n 10) 2100; Mehmet Karakoç, 'Türk Ticaret Kanunu İle Birlikte Bağımsız Denetimde Meydana Gelen Gelişmeler' (2013) (59) Muhasebe ve Finans Dergisi 23; Tamer Bozkurt, Şirketler Hukuku (11th edn, 2020) 311

²⁵ Pulaşlı, Genel Esaslar (n 12) §21-17; Pulaşlı, Şerh (n 3) §31-220; Özkorkut (n 7) 281 vd.; Memiş (n 4)183

rüş, kanuna aykırı davranan denetçinin azledilebileceği ve m. 408/2-c bendinin buna cevaz verdiği kanaatindedir²⁶.

Son görüş ise, asıl olanın genel kurulun denetçi sözleşmesinin feshi, istisnai olan ise m. 399/2 bağlamında mahkeme kanalıyla görevden alınması olduğunu, m. 399/2'deki “sadece” ibaresinin, denetçinin şirket yönetim kurulunca doğrudan doğruya görevden alınamayacağını vurgulayan bir sınırlama olduğu yolundadır²⁷.

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA YER ALAN DÜZENLEMELER

A. İSVİÇRE HUKUKU

İBK m. 698/2-2'de, genel kurulun vazgeçilmez görevleri arasında “dış denetçilerin seçimi”ne yer verilmiş ancak bu maddede “denetçilerin görevden alınması” düzenlenmemiştir. Yine İBK m. 730/1'de denetçinin genel kurul tarafından atanacağı düzenlenmiştir. İBK m. 730a/4'de “*genel kurulun hemen yürürlüğe girmek üzere denetçiyi görevden alabileceği*” düzenlenmiştir²⁸. Dolayısıyla kanaatimizce, TTK m. 408 İsviçre Borçlar Kanunu hükümleri esas alınarak düzenlenmiştir.

B. ALMAN HUKUKU

Alman Paylı Ortaklar Kanunu'nda(APOK) anonim şirketlerin denetimi için iki farklı yapı öngörülmüştür. Bunlardan ilki gözetim kurulu (Aufsichtsrats: supervisory board) diğeri ise denetçi (Abschlußprüfers: auditor)'dir. Gözetim kurulu 95 ilâ 117. maddeler arasında düzenlenmiştir²⁹.

Gözetim kurulu üyelerinin seçiminin istisnai haller dışında genel kurul tarafından yapılması hükme bağlanmıştır (APOK m.101/1). Bu

²⁶ Şener (n 15) 453

²⁷ Seniha Dal and Yıldırım Ercan Çalış, ‘Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim ve Bağımsız Denetçi’ (2013) (118) Mali Çözüm Dergisi 101

²⁸ İsviçre Hukukunda denetçi hakkındaki düzenlemeler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht (Zürich, 2004) 1856 vd.; Hans Von Der Crone, Aktienrecht (Zürich, 2014) 415 vd.; Arthur Meier-Hayoz and Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht (Bern, 1998) 507 vd.

²⁹ APOK'da gözetim kurulu hakkında yer alan düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hans Würdinger, Aktien-und Konzernrecht: eine systematische Darstellung (Hamburg, 1978) 116 vd.; Karsten Schmidt and Marcus Lutter, Aktiengesetz (I. Band, Köln, 2008) 1085 vd.

kişilerin görevden alınması yine genel kurulun yetkisinde olup bunun için nitelikli çoğunluk (3/4) oyu aranmıştır (APOK m.103/1).

Gözetim kurulunun hak ve görevleri APOK m. 111’de düzenlenmiştir. Kurulun başlıca hak ve görevleri arasında; şirket yönetiminin gözetimi, şirket defterleri, kayıtları ve malvarlıklarının denetimi, denetçilere Alman Ticaret Kanunu(HGB) m. 290 uyarınca yıllık mali tablolar ve konsolide mali tablolar hakkında talimat verilmesi, gerektiği hallerde genel kurulun toplanması sayılmıştır.

APOK m. 33/1 uyarınca yönetim ve gözetim kurulları, kuruluşta ortaklığın işlemlerini birlikte denetler. Ayrıca kuruluşta bazı koşulların oluşması halinde işlem denetçisi de seçilebilmesi imkânı da mevcuttur.

APOK m. 30/1’de “*kurucuların ilk mali yıl için ilk gözetim kurulu ve dış denetçileri ataması*” hükme bağlanmıştır. Aynı Kanun’un m. 119/1-4’de “*denetçinin genel kurul tarafından atanacağı*” düzenlenmiştir.

HGB m. 316’da yer alan düzenleme uyarınca şirketin yılsonu mali tablolarının denetçi tarafından denetlenmesi gerekmektedir. Aynı Kanunun m. 318/1’de denetçinin genel kurul tarafından atacağı, 318/3. fıkrasında ise şirketin yasal temsilcilerinin, gözetim kurulu ya da oy hakkının %20’sine ya da 500.000 Euro tutarında bir sermayeye sahip pay sahiplerinin başvurusu üzerine başka bir denetçi atayarak mevcut denetçiyi görevden alabileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, başvurunun denetçi seçiminden en geç iki hafta içinde yapılması ve başvuru yapacak pay sahiplerinin denetçi seçiminde olumsuz oy vermiş olması, özellikle de denetçinin tarafsızlığı konusunda kuvvetli şüphe olması gibi şartlar aranmıştır. Yukarıda belirtilen açıklamalar doğrultusunda, kanaatimizce, TTK m. 397 Alman Ticaret Kanunu esas alınarak hazırlanmıştır.

C. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

AB’nin 17 Mayıs 2006 tarih ve 2006/43/EC sayılı “Yıllık Hesaplar ve Konsolide Hesapların Kanuni Denetimi” Yönergesinin³⁰ 37. maddesinde “*denetçilerin genel kurul tarafından atanacağı*” belirtilmiştir. Yönergenin 38. maddesinde ise “*denetçilerin ancak haklı gerekçelerle görevden alınabileceği, muhasebe kayıtları veya denetim usullerine dair*

³⁰ Bkz <https://ec.europa.eu/info/law/audit-directive-2006-43-ec_en> Yönetmelik en son 16 Nisan 2014 tarihli 2014/56/EU Yönergesi ile değişikliğe uğramıştır.

görüş ayrılıklarının azil için haklı neden olamayacağı” hükme bağlanmıştır.

D. FRANSIZ HUKUKU

Fransız hukukunda, tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi gözetim kurulu ve dış denetçilik kurumu mevcuttur. Belirli şartlara sahip anonim şirketler ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerle adi anonim şirketlerin (Sociétés par Actions Simplifiées), limited şirketlerin (Société à Responsabilité Limitée), kollektif şirketlerin (Société en Nom Collectif) ve adi komandit şirketlerin (Société en Commandite Simple) belirli koşulları sağlamaları durumunda bağımsız denetçi atamak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır³¹. Bağımsız denetçi ya şirket genel kurulu ya da her bir pay sahibinin talebi üzerine mahkeme tarafından atanmaktadır. Fransız Ticaret Kanunu madde L225-233 uyarınca denetçinin göreve başlamaması ya da görev engellerinin anlaşılması üzerine yönetim kurulu, payların en az yüzde beşine sahip pay sahiplerinin başvurusu ya da genel kurul kararı ile mahkemeye başvurulması durumunda mahkemece görevden alınabilir. HAAO'larda Borsa Kurulu tarafından da bu başvuru yapılabilir.

E. İTALYAN HUKUKU

İtalyan şirketler hukukunda da denetim iç ve dış denetim olarak ikiye ayrılmaktadır. İç denetim “Collegio Sindacale” adı verilen denetim kurul tarafından dış denetim ise “revisori contabili” adı verilen kayıtlı denetçiler tarafından yürütülmektedir³².

İtalyan Medeni Kanununa göre belli ölçütlere sahip anonim şirketler (Società per Azioni: S.p.A) ve limited şirketler (Società a responsabilità Limitata: S.r.L.) bağımsız denetçi bulundurmak zorundadır³³. 27.01.2010 tarih ve 39 nolu Yasama Kararı ile kabul edilen “Yıllık Hesaplar ve Konsolide Hesapların Kanuni Denetimine Dair 2006/43/EC Yönergesinin Uygulanması” başlıklı Karar ile denetim konusu düzenlenmiştir. Denetçiler, şirketlerin genel kurulları tarafından üç yıl için

³¹ <<http://www.actionexpertise.fr/wp-content/uploads/2013/10/Appointing-a-statutory-auditor-in-France.pdf>> erişim tarihi 19.09.2021

³² <<http://www.accaglobal.com/content/dam/acca/global/PDF-technical/business-law/tech-icl-003.pdf>> erişim tarihi 20.09.2022

³³ <<http://www.crowehorwath.net/crowe-horwath-global/services/audit/financial-reporting-frameworks/italy.aspx>> erişim tarihi 21.09.2022

seçilmektedir³⁴. Denetçiler haklı sebeplerin varlığı halinde mahkemece görevden alınabilir.

F. İNGİLİZ HUKUKU

2006 tarihli İngiliz Şirketler Kanunu (2006 CA) m. 485 uyarınca kapalı anonim şirketlerde (private company) denetçi genel kurul tarafından atanır. Halka açık şirketlerde (public company) ise ilk yıl yönetim kurulu ya da genel kurul tarafından, sonraki yıllarda ise genel kurul tarafından atanır. Aynı Kanun m. 510 uyarınca bir şirket, genel kurul kararıyla atamış olduğu denetçiyi, haklı sebeplerin varlığı halinde her zaman görevden alabilir³⁵. Bu karar için adi oy nisabı yeterlidir. Denetçinin şirkete yönelik eleştiri dile getirmesi ise asla haklı sebep teşkil etmez.

SONUÇ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun denetçiye ilişkin hükümlerinde, mülga Türk Ticaret Kanunu'nun bazı hükümleri muhafaza edilmiş, bazı hükümleri kaldırılmış ve yeni hükümler getirilmiştir. Kanun'un denetçiye ilişkin hükümlerinin hazırlanmasında esas olarak AB'nin şirketler hukuku alanındaki yönergeleri, İBK hükümleri, Alman Ticaret Kanunu, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu ve Limited Şirketler Kanunu hükümlerinden yararlanılmıştır.

Karşılaştırmalı hukukta genel kurulun denetçiyi görevden alması konusunda farklı düzenlemeler mevcuttur. İBK ve AB'nin ilgili yönergesinde genel kurula denetçiyi görevden alma yetkisi tanınmış buna karşılık Alman Ticaret Kanunu'nda denetçinin mahkeme tarafından görevden alınabileceği hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde İtalyan Medeni Kanununda da denetçinin sadece mahkeme tarafından görevden alınabileceği düzenlenmiştir.

Kanaatimizce TTK m. 399/2 ile 408/2-c arasındaki farklılığın temelinde farklı kaynakların esas alınması yatmaktadır. Gerçekten de iki farklı hukuk sisteminin kendine özgü gerekçeleriyle ayrılan iki hüküm TTK'de bir araya getirilmiş ve çelişkili bir durum ortaya çıkmıştır.

³⁴[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-502-0235?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1#co_anchor_a744653](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-502-0235?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1#co_anchor_a744653) erişim tarihi 19.09.2021

³⁵ Mayson, French and Ryan, Company Law (Oxford 2011) 525

İki düzenleme arasındaki farklılık ikincil düzenlemelerde de görülmemektedir. Bağımsız Denetim Yönetmeliği m. 29/4. fıkrasında TTK m. 399 hükmünün esas alınacağı açıkça düzenlenmiş ve TTK m. 408/2-c hükmüne hiç değinilmemiştir. HAAO'ların bağımsız denetimini düzenleyen BDT'de ise, şirketin (müşterinin) ancak *“Kurul tarafından onaylanacak haklı gerekçelerin varlığı halinde ve yazılı gerekçe göstermek koşuluyla bağımsız denetim sözleşmesini Kurul’dan görüş alarak sona erdirebileceği”* düzenlenmiştir. Burada şirket genel kurulunun denetim sözleşmesini, ancak Kurul tarafından onaylanacak haklı gerekçelerin varlığı halinde ve yine Kurulun görüşü alınarak sona erdirebileceği düzenlenmekle birlikte genel kurulun denetçiyi görevden alabileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır.

Anonim şirket ile denetçi arasında gerek TTK gerekse aynı paralelde çıkarılan yönetmelik ve yönergeler göz önüne alındığında, şirket ile denetçi arasındaki bağ, eskiden olduğu gibi bir organ bağı değildir. Bu bakımdan artık “görevden alınma” gibi daha ziyade organ bağının ya da bir tür içsellik bağının olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Gerçekten de bir yandan aradaki ilişkinin, iki farklı kuruluş arasında bir eser sözleşmesine dayalı bir iş görme ilişkisi olduğu dikkatten kaçmamalıdır.

Yukarıda sözü geçen Yönetmelik ve Tebliğde yer alan iki düzenleme birlikte ele alındığında, şirket genel kurulunun bağımsız denetçiyi sözleşme süresi içinde görevden alamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Denetçinin bağımsızlığı ve tarafsızlığının güvencesi de esasen bu sonuca yöneliktir. Bu durumda aklımıza, TTK m.408/2-c hükmünün akıbetinin ne olması gerektiği sorusu gelmektedir. Kanaatimizce TTK m.408/2-c hükmü, *“Kanunda öngörülen istisnalar dışında denetçinin seçimi”* şeklinde yeniden kaleme alınmalıdır. Böylece gerek iki hüküm arasında, gerekse ikincil düzenlemelerle TTK m.408/2-c hükmü arasındaki çelişki ve ayrıca öğretide tartışmaya yol açan bu farklılık ortadan kaldırılmış olacaktır.

KAYNAKÇA

Ansay T., Çağdaş Anonim Şirketlerin Sorunları ve Türk Anonim Şirketleri (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1971)

Ansay, T., Anonim Şirketler Hukuku Dersleri (5th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1971)

Arslanlı, H., Anonim Şirketler C. II-III (Fakülteler Matbaası, 1961)

- Ayhan R, Çağlar H. and Özdamar M., Şirketler Hukuku Genel Esaslar (2nd edn, Yetkin Yayınları, 2020)
- Bahtiyar M., Ortaklıklar Hukuku (7th edn, Beta Yayınevi, 2020)
- Bilgili F. and Demirkapı E, Şirketler Hukuku (7th edn, Dora Yayıncılık, 2020)
- Bozkurt T, Şirketler Hukuku (11th edn, Yetkin Yayınları, 2020)
- Böckli P, Schweizer Aktienrecht (Zürich, 2004)
- Coşkun A, ‘KOBİ’lerin Denetiminde Uluslararası Denetim Standartlarının Uygulanması’
- <http://archive.ismmmo.org.tr/docs/SEMPOZYUMLAR/SEMPOZYUM_10/sunumlar/ASLANCOSKUN.pdf> erişim tarihi 28.11.2022
- Çeker M., 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku (Karahana Kitapevi, 2014)
- Dal S and Çalış Y. E., ‘Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim ve Bağımsız Denetçi’ (2013) (118) Mali Çözüm Dergisi 87-106
- Domaniç H., Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II (Temel Yayınevi, 1988)
- Duman Ö., Muhasebe Denetimi ve Raporlama (TESMER Yayınları, 2008)
- Erdoğan M., ‘Muhasebe, Denetim ve Bağımsız Denetimin Gerekliği’ (2002) 3 (1) Doğu Üniversitesi Dergisi 51-63
- Eren F., Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Yetkin Yayınları 2014)
- Eren F., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler (18th edn, Yetkin Yayınları, 2015)
- Eriş G., Açıklamalı, İçtihatlı, En Son Değişiklikler ile Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler C: 2 (3rd edn, Seçkin Yayıncılık, 2017)
- İmregün O., Anonim Ortaklıklar (Yenilenmiş 4th edn, Yasa Yayıncılık, 1989)
- İmregün O., Kara Ticaret Hukuku (Yeniden Gözden Geçirilmiş İlaveli 11th edn, Filiz Kitapevi, 1996)
- Karahana S., Şirketler Hukuku (1st edn, Mimoza Yayınları, 2012)
- Karakoç M., ‘Türk Ticaret Kanunu İle Birlikte Bağımsız Denetimde Meydana Gelen Gelişmeler’ (2013) (59) Muhasebe ve Finans Dergisi 17-38
- Kendigelen A., Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler (3rd edn, XII Levha Yayıncılık, 2016)

Köksal A., ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın 397 ilâ 406 Maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir organı olup Olmadığı Sorunu’ (2010) I Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan 1387-1409

Mayson, French and Ryan, Company Law (Oxford, 2011)

Meier-H. and Arthur Forstmoser P., Schweizerisches Gesellschaftsrecht (Bern., 1998)

Memiş T., ‘Şirketler Hukukunda Denetim’ (2012) XVI (3-4) Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 151-186

Moroğlu E., Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları, Değerlendirme ve Öneriler (6th edn, Vedat Kitapçılık, 2012)

Özkorkut K., 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013)

Poroy R, Tekinalp Ü. and Çamoğlu E., Ortaklıklar Hukuku I (13th edn, Vedat Kitapçılık, 2014)

Pulaşlı, H., Şirketler Hukuku Şerhi, C. I (Adalet Yayınevi, Güncelleştirilmiş 2nd edn, 2014)

Pulaşlı H., Şirketler Hukuku Genel Esaslar (8th edn, Adalet Yayınevi, 2022)

Schmidt K. and Lutter M., Aktiengesetz (I. Band, Köln 2008)

Şener A. and Öztürk İ., ‘Anonim Şirketlerde Pay Sahibi Olmayan Denetim Kurulu Üyelerine ve Denetçilere Kar Payı Ödenmesinin Hukuki ve Mali Analizi’ (2012) 3 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 151-185

Şener O., Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku (Gözden Geçirilmiş 4th edn, Seçkin Yayınları, 2019)

Tekinalp Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (4th edn, Vedat Kitapçılık, 2014)

Urkan E., Sermaye Piyasalarında Bağımsız Denetim Sözleşmeleri ve Sorumluluk (Yetkin Yayınları, 2016)

Üçışık G. and Çelik A., Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt (2013)

Von Der Crone, H. Aktienrecht (Zürich, 2014)

Würdinger H., Aktien-und Konzernrecht: eine systematische Darstellung (Hamburg, 1973)

Yavuz C., Borçlar Hukuk Dersleri (Özel Hükümler) (Yenilenmiş 14th edn, Beta Yayınları, 2016)

Yıldırım S., ‘Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Denetçi’ (2011) (106) Mali Çözüm Dergisi 43-52

İnternet Kaynakları

<https://ec.europa.eu/info/law/audit-directive-2006-43-ec_en>
Yönetmelik en son 16 Nisan 2014 tarihli 2014/56/EU Yönergesi ile değişikliğe uğramıştır.

< <http://www.actionexpertise.fr/wp-content/uploads/2013/10/ Appointing-a-statutory-auditor-in-France.pdf>> erişim tarihi 19.09.2021

<<http://www.accaglobal.com/content/dam/acca/global/PDF-technical/business-law/tech-icl-003.pdf>> erişim tarihi 20.09.2022

<<http://www.crowehorwath.net/crowe-horwath-global/services/audit/financial-reporting-frameworks/italy.aspx>> erişim tarihi 21.09.2022

<[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-502-0235?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1#co_anchor_a744653](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-502-0235?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1#co_anchor_a744653)> erişim tarihi 19.09.2021

**# ALMAN TEDARİK ZİNCİRLERİ ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ
YASASI VE AVRUPA BİRLİĞİ ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ
YÖNERGE TASLAĞI KAPSAMINDA ŞİRKETLERİN
SORUMLULUĞU***

*(LIABILITY OF COMPANIES IN THE SCOPE OF THE GERMAN SUPPLY CHAINS
DUE DILIGENCE ACT AND THE DRAFT EUROPEAN UNION CORPORATE
SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE DIRECTIVE)*

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Alper ÖZBOYACI**

ÖZ

Son yıllarda özellikle tedarik zincirlerinin sebep olduğu yoğun çevre ve insan hakları ihlalleri karşısında münferit ülke düzenlemeleri ile başlayan regülasyon faaliyetlerine bölgesel kanun koyucular da kayıtsız kalamamıştır. İnsan hakları ve çevrenin korunması temasını odağına alan bu tür düzenlemelerde kilit kavram son yılların popüler deyimi “sürdürülebilirliktir”. Bu doğrultuda, nihai ürünlerini satışa arz edebilmek için mal ve hizmet ithal eden şirketler, tedarik zincirlerinde bulunan ve bire bir sözleşmesel ilişki kurdukları şirketleri (doğrudan tedarikçileri) hatta bazı durumlarda onların da tedarikçilerini (ara tedarikçileri) insan hakları ve çevrenin korunması prensiplerine uyup uymadıkları noktasında gözetlemekle yükümlü kılınmışlardır. Çalışmada Türkiye’nin en fazla dış ticaret ilişkisi bulunduğu ülke ve bölge olması sebebiyle doğrudan kendisini

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 07.03.2023 tarihinde Yayınımıza ulaşmış olup, 13.04.2023 tarihinde birinci hakem; 16.04.2023 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Bandırma Onyedü Eylül Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Hukuk Bölümü, aozboyaci@bandirma.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0001-8415-8355

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; ÖZBOYACI, Alper, “Alman Tedarik Zincirleri Özen Yükümlülüğü Yasası ve Avrupa Birliği Özen Yükümlülüğü Yönerge Taslağı Kapsamında Şirketlerin Sorumluluğu”, REGESTA, Cilt: 8, Sayı: 2, 2023, s. 201-242.

bağlayacak olan Alman Tedarik Zincirleri Özen Yükümlülüğü Yasası ve AB Özen Yükümlülüğü Yönerge Taslağı genel hatlarıyla tanıtılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tedarik Zincirleri, Çevrenin Korunması, İnsan Hakları, Risk Yönetimi, Sorumluluk

ABSTRACT

In recent years, regional legislators have also responded to the regulatory activities initiated by individual country regulations, in the face of intense environmental and human rights violations caused particularly by supply chains. The key concept in these regulations, which focuses on the theme of human rights and environmental protection, is "sustainability", the popular phrase of recent years. Accordingly, companies that import goods and services to offer their final products for sale are obliged to monitor the companies in their supply chains with which they have a one-to-one contractual relationship (direct suppliers) and, in some cases, their suppliers (indirect suppliers) for their compliance with the principles of human rights and environmental protection. In this study, the German Supply Chains Due Diligence Act, and the EU Draft Due Diligence Directive, which will directly bind Turkey as it is the country and region with which Turkey has the most foreign trade relations, have been introduced in general terms.

Keywords: Supply Chains, Environmental Protection, Human Rights, Risk Management, Responsibility

GİRİŞ

11.06.2021 tarihinde Alman Federal Parlamentosunda kabul edilen Tedarik Zincirleri Özen Yükümlülüğü Yasası (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz/LkSG) bazı şirketler için 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Öngörülen sistemde, yıllara yaygın olacak şekilde, yurt dışındaki tedarikçilerle işlem yapan tüm şirketlerin bu yasal

yükümlülüklerle tedricen uyum sağlamaları gerekmektedir¹. Kanun ile amaçlanan temel nokta, şirketleri, tedarik zincirlerindeki insan ve çevre hakkı ihlallerini durdurmaya teşvik etmektir².

Benzer bir çaba, Avrupa Birliği (AB) hukukunda da gözlenmektedir. Hatta bu hususta kaleme alınan AB Özen Yükümlülüğü Yönerge Taslağı (Corporate Sustainability Due Diligence Directive)³, LkSG'ye kıyasla daha kapsamlı hükümler ihtiva etmekte ve bir adım daha ileri giderek özen yükümlülüklerine aykırılık durumunda tazminat yaptırımını öngörmektedir⁴. Diğer taraftan Taslak ile benzer şekilde, şirketlerin tedarik

¹ 01.01.2023 itibariyle yasa ilk aşamada üç bin ve üzerinde işçi çalıştıran şirketler için yürürlüğe girmiştir. 01.01.2024 tarihi itibariyle bin ve üzerinde işçi istihdam eden şirketler için de bağlayıcı hale gelecektir

² Sophie Burchardi, 'Lieferkettensorgfaltspflichten: Risiken für die Unternehmensleitung' (2022) 31 NZG 1467, 1467; Mehmet Köksal, Alman Tedarik Zincirleri Özen Yükümlülüğü Kanunu Çerçevesinde Türk Şirketlerinin Sorumluluğu (1st edn, Aristo Yayınevi 2022) 5. Gerçekten de LkSG ile özellikle büyük şirketlere, tedarik zincirlerindeki tartışmalı olan üretim şartlarına yönelik önemli yükümlülükler getirilmiştir. Genel geçer ifade etmek gerekirse, mallarının üretimi için yurt dışından ürün veya ürün bileşenleri satın alan büyük ölçekli bir Alman şirketi, yasa ile belirlenen insan hakları ve çevre standartlarına ilişkin kriterlere yabancı tedarikçisinin de uymasını sağlamakla yükümlü hale gelmiştir. Bu itibarla, büyük şirketlerin yabancı fabrikalarındaki ve imalatçılardaki çalışma koşullarını iyileştirmek için nüfuzlarını kullanmaları, böylelikle insancıl bir çalışma ortamının ve çevreye duyarlı üretim yöntemlerinin oluşturulmasına katkıda bulunmaları beklenmektedir [Ludger Giesberts, 'Sorgfaltspflichten für die Lieferkette- Das deutsche Gesetz und der EU- Richtlinienentwurf' (2022) 20 NVwZ 1497, 1497]. Nitekim yasa tasarısında ifade edildiği üzere, büyük şirketlerin tedarik zincirlerini sorumlu bir şekilde yönetmeleri için ilk kez bağlayıcı yükümlülükler getiren LkSG, uluslararası insan haklarına ilişkin koşulları iyileştirmeyi amaçlamaktadır [Marc Ruttloff, Eric Wagner, Matthias Hahn and Lisa Freihoff, 'Der Menschenrechtsbeauftragte' (2022) 1-2 CCZ 20, 21]

³ Avrupa Parlamentosu, 10.03.2021 tarihli kararıyla, Avrupa Komisyonuna (yurt dışındaki tedarikçilerle işlem yapan) şirketlerin özen ve hesap verme yükümlülüklerine dair bir yönerge kabul etmesi yönünde çağrıda bulunmuştur. Çağrı üzerine Konsey, hazırlanmış olduğu taslak önerisini 23.02.2022 tarihinde yayımlamıştır. Taslağın, üye ülkeleri bağlayıcı olabilmesi için AB yasama sürecinden geçmesi gerekmektedir [Taslak için <https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2022/0101-0200/137-22.pdf?__blob=publicationFile&v=1> erişim tarihi 26 Aralık 2022]]

⁴ Carsten König, 'Die geplante EU-Richtlinie über Nachhaltigkeitspflichten von Unternehmen Zivilrechtliche Haftung und gesellschaftsrechtliche Konsequenzen' (2022) 25 NZG 1186, 1186. Buna karşılık LkSG'de daha sonra da belirtileceği üzere, özen yükümlülüklerine aykırılığın tazminat yaptırımını gerektirmediği açıkça belirtilmiş

rik zincirlerindeki insan hakları ve çevrenin korunması konusundaki fiili veya potansiyel olumsuz etkileri saptamaları, bunları devre dışı bırakmaları ya da etkilerini azaltmak suretiyle sürdürülebilir kalkınmaya katkıda bulunmaları amaçlanmıştır⁵.

Her ne kadar bu iki mevzuat, yerel ve bölgesel kanun koyucular tarafından kaleme alınmış olsa da etkileri Almanya ve AB üyesi diğer ülkelerle yoğun ticari ilişkileri bulunan ülkemizdeki tedarikçi şirketleri de doğrudan ilgilendirmektedir. Bu sebeple çalışmamızın birinci kısmında, LkSG ile AB Yönergesi'nde düzenlenen ve tedarikçilerle iş yapan şirketler için aranan özen yükümlülüklerine genel hatlarıyla değinilerek bilhassa iki mevzuat arasındaki farklılıklara dikkat çekilecektir. Zira AB Yönergesi'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte kaçınılmaz olarak LkSG'nin ona uygun olarak uyarlanması gündeme gelecektir.

İkinci olarak ise özen yükümlülüklerine aykırılıkların sonuçları ve LkSG'nin Alman şirketlerindeki yöneticilerin sorumluluğuna olan etkisi ele alınmaya çalışılacaktır.

(§3/III) ve yükümlülükler aykırı davranan şirketlere yetkili resmi makam tarafından zorlama (idari) para cezası kesilmesi öngörülmüştür (§§23, 24)

⁵ Burchardi (n 2) 1467; Michael Nietsch and Michael Wiedmann, 'Der Vorschlag zu einer europäischen Sorgfaltspflichten-Richtlinie im Unternehmensbereich (Corporate Sustainability Due Diligence Directive)' (2022) 5 CCZ 125, 125; Tobias Bomsdorf and Berthold Blatecki-Burgert, 'Lieferketten-Richtlinie und Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz' (2022) 5 ZRP 141, 141. Yönerge Taslağı'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, birliğe üye ülkelerdeki şirketlerin işletmesel kararlar alırken şirket menfaatinin yanı sıra, insan hakları, iklim değişikliği ve çevrenin korunması gibi bazı konulara da dikkat kesilmeleri gerekecektir [Patrick Späth and Felix R Werner, 'Ist es Zeit für eine Legal Judgment Rule? Rückblick auf die letzte Legislaturperiode und Ausblick auf anstehende Entwicklungen' (2022) 4 CCZ 107, 109]. Ayrıca Yönerge Taslağı'nın LkSG'den ayrıştığı temel noktalardan biri, "sürdürülebilirlik" temasının mevzuatın merkezine yerleştirilmiş olmasıdır [Leonhard Hübner, Victor Habrich and Marc-Philippe Weller, 'Corporate Sustainability Due Diligence, Der EU-Richtlinienentwurf für eine Lieferkettenregulierung' (2022) 14 NZG 644, 646]

I. TEDARİK ZİNCİRLERİ İÇİN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ GETİREN DÜZENLEMELERİN ARKA PLANI VE TEDARİK ZİNCİRİ KAVRAMI

A. Tedarik Zincirleri İçin Özen Yükümlülüğü Getiren Düzenlemelerin Arka Planı

Ekonominin küreselleşmesiyle birlikte mal ve hizmet üretimi büyük ölçüde yurt dışına taşınmıştır. Şirketleri buna sevk eden temel düşünce, kuşkusuz daha ekonomik iş gücü ve üretim standartlarının sonucunda önemli ölçüde maliyet avantajı elde edebilmektir. Buna karşılık kâr maksimizasyonuna dayanan küresel ekonomik politikaların karanlık yüzünü az gelişmiş ülkelerde yaşanan ciddi insan hakları ve çevre sorunları adeta bir turnusol kâğıdı gibi ortaya çıkarmıştır⁶. Özellikle, Eylül 2012'de Pakistan'da bir tekstil fabrikasında çıkan ve iki yüz elli sekiz kişinin ölümüyle sonuçlanan yangın olayı ile Ocak 2019'da Brezilya'daki bir demir cevheri madeninde meydana gelen ve iki yüz yetmiş kişinin ölümüne neden olan baraj patlamasının yaşanmış olması, küresel ekonominin insan ve çevre faktörünü hiçe saydığının tipik göstergeleri arasına girmiştir⁷. Buradan hareketle, Almanya başta olmak üzere AB hukukunda, benzer faciaların yaşanmaması adına tedarik zincirlerine yönelik bir takım özen yükümlülükleri ön görülmüştür⁸. Getirilen bu yükümlülüklerinin temeli, 16.06.2011 tarihli Birleşmiş Milletler (BM) İş Dünyası ve İnsan Haklarına Dair Rehber İlkeler'e dayanmaktadır⁹. Buna

⁶ Adam Sagan and Alexander J Schmidt, 'Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, Ein Überblick aus der Perspektive des Arbeitsrechts' (2022) 6 NZA-RR 281, 281

⁷ Giesberts (n 2) 1497. Dikkat çekici münferit vakalar bunlar olmakla birlikte bir tarafta Bangladeş'teki tekstil fabrikalarında veya Endonezya'daki palmye yağı plantasyonlarında insanlık dışı çalışma koşulları ve zorla çocuk çalıştırmalar, diğer tarafta Nijerya'daki petrol üretiminden kaynaklanan çevre kirliliği meselesi derken, küresel tedarik zincirlerinin olumsuzlukları saymakla bitmeyecek ölçüde fazladır [Bu yönde bkz. Vanessa Dohrmann, 'Das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz als Vorbild für den europäischen Gesetzgeber? – Eine kritische Analyse' (2021) 6 CCZ 265, 265; Ruttloff, Wagner, Hahn and Freihoff (n 2) 21]

⁸ Şirketlerin gönüllü taahhütleri yoluyla bu türden bir koruma standartlarına ulaşma çabalarının yeterince başarılı olmadığı noktasında bkz. Lothar Harings and Franziska Zegula, 'Die 'Lieferkette' als Anknüpfungspunkt der Compliance- Verpflichtungen nach dem LkSG' (2022) 6 CCZ 165, 165

⁹ Hübner, Habrich and Weller (n 5) 646; Zeynep Derya Tarman, 'İş Dünyası ve İnsan Hakları: Zorunlu İnsan Hakları Durum Tespit Yükümlülükleri'(2022) 3 (71) AÜHFD 1183, 1204. Rehber ilkeler için bkz. <<https://etkiniz.eu/wp-content/uploads/2021/01/BM-is-dunyas%C4%B1-ve-insan-haklari.pdf>> erişim tarihi 21 Aralık 2022

karşılık, kısmen farklılıklar içerse de LkSG'ye -dolayısıyla BM Rehber İlkeler'e- benzer içerikteki koruyucu düzenlemelerin, Fransa, Birleşik Krallık, Hollanda ve Amerika Birleşik Devletleri'nde çok daha önceden hayata geçirildiğini söylemek gerekir¹⁰. Dolayısıyla Alman ve AB kanun koyucusunun tedarik zincirlerinin gözetimi konusunda bu ülkeleri bir adım geriden takip ettiği söylenebilir.

Bunun dışında yine BM İnsan Hakları Konseyi nezdinde 2014 yılında bir çalışma grubu oluşturulmuş ve 10.08.2020 tarihinde bu grup tarafından uluslararası şirketlerin faaliyetlerini konu alan ikinci bir uluslararası anlaşma taslağı Konsey'e sunulmuştur. Anılan taslak, diğer hususların yanı sıra, -AB Yönerge Taslağı'na benzer olarak- taraf devletlerin insan haklarına ilişkin yükümlülükleri ihlal eden şirketler için bir sorumluluk rejimi oluşturmayı öngörmektedir¹¹.

BM Rehber ilkeler üç temele dayanmaktadır: “Koruma”, “Saygı” ve “Çözüm”. Buna göre, devlet dışı aktörler tarafından gerçekleşen de dahil olmak üzere, yurttaşlarını insan hakları ihlallerinden korumak devletin sorumluluğudur (Koruma). İşletmelerin insan haklarına saygı gösterme ve insan haklarını koruma noktasında uygun bir prosedür oluşturma sorumluluğu vardır (Saygı). Ayrıca, bir insan hakkı ihlalinin gerçekleşmesi durumunda, düzeltici tedbirler alınmalı, bu uğurda yargı organları veya yargı dışı şikâyet mekanizmaları geliştirilip güçlendirilmelidir (Çözüm) [Bu hususlarda bkz. Patricia Sarah Stöbener de Mora and Paul Noll, ‘Grenzlose Sorgfalt? – Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, Teil 1’ (2021) 29 NZG 1237, 1237-1238]

¹⁰ Bu yönde bkz. Erik Ehmann and Daniel F. Berg, ‘Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG): Ein erster Überblick’ (2021) 15 GWR 287, 287; Eric Wagner and Marc Ruttloff, ‘Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Eine erste Einordnung’ (2021) 30 NJW 2145, 2145, Nr. 1; Michael Nietsch and Michael Wiedmann, ‘Der Regierungsentwurf eines Gesetzes über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in der Lieferkette’ (2021) 3 CCZ 101, 102

Birleşik Krallık, 2015 yılında Modern Kölelik Yasası'ndaki (UK Modern Slavery Act) 54. bölüme getirdiği düzenlemelerle hareket geçen ilk ülkelerden biri olmuştur. Daha sonra benzer bir gelişme, 2017 tarihli Teyakkuz Görevi Kanunu (Loi de Vigilance) ile insan hakları ve çevresel etkiler için şirketlere özen yükümlülüğü getiren Fransa'da yaşanmıştır. Nihayet Avrupa'daki tüm bu gelişmelere, 2019 tarihli Çocuk İşçiliği Özen Yükümlülüğü Yasası (Wet Zorgplicht Kinderarbeid) ile Hollanda da ayak uydurmuştur [Sagan and Schmidt (n 6) 282; Tarman (n 9) 1202-1203]

¹¹ Ehmann and Berg (n 10) 287

B. Tedarik Zinciri Kavramı

LkSG’de düzenlenen insan hakları ve çevre yükümlülüklerine yalnızca Alman şirketlerinin uymaları beklemek, yasanın amacını gerçekleştirmeye noktasında yeterli olmayacaktır. Bunun dışında, söz konusu yükümlülüklerin tüm tedarik zinciri boyunca gözetilmesi ve onlara gereği gibi uyulması gerekir. Zira LkSG anlamında "tedarik zinciri"nin tanımlanışı, bu sonucu kaçınılmaz kılmaktadır. Buna göre tedarik zinciri, sektörel veya endüstriyel bir ayrıma dayanmaksızın, bir şirketin tüm ürün ve hizmetlerini kapsamaktadır (LkSG §2/V)¹². Dolayısıyla tedarik zinciri, yurt içi ve yurt dışında ham maddenin elde edilmesinden nihai tüketiciye teslimatın gerçekleşmesine kadar olan süreçte, ürünlerin imalatı ve hizmetlerin sunulması için gerekli olan tüm aşamaları kapsamaktadır. Hatta bir şirketin kendi iş sahasındaki faaliyetleri¹³ dışında, doğrudan veya ara tedarikçilerinin faaliyetleri de bu kavramın kapsamı içinde ele alınmaktadır¹⁴. Gerçekten de LkSG §27/V uyarınca tedarik zinciri, 1) Bir şirketin kendi iş sahasındaki faaliyetini, 2) Doğrudan tedarikçisinin faaliyetini ve 3) Ara tedarikçisinin faaliyetini içerir.

Kuralda tedarik zincirinin oldukça geniş kapsamda tanımlanması, Alman öğretisinde eleştiriye konu olmuştur. Eleştiriler doğrultusunda, yasada kavram o kadar geniş tanımlanmıştır ki söz gelimi bir şirketin nihai ürünle doğrudan bağlantısı olmayan -örneğin kalem gibi- basit bir ofis malzemesi satın alması da tedarikçilik faaliyeti olarak değerlendirilebilir¹⁵. Buna karşılık, şirketlerin tedarik zincirlerine yönelik özen yü-

¹² Giesberts (n 2) 1498

¹³ LkSG §2/VI’ya göre, bir şirketin faaliyet alanı, şirketin amacına ulaşmak için yapılan her türlü faaliyeti kapsamaktadır

¹⁴ Patrick C. Leyens, Hopt Handelsgesetzbuch, Beck'sche Kurz-Kommentare Band 9 (41th edn, Verlag C.H.BECK 2022) §347, Nr. 4b

¹⁵ Keza öğretide finansal kuruluşlar açısından LkSG’yi yorumlayan bir görüşe göre, yasal tanımlama dikkate alındığında, kredi kuruluşu müşterilerini bile tedarikçi konumunda görmek ve tedarik zincirinin bir parçası olarak yorumlamak akla gelebilecektir [Bu husustaki ayrıntılı analizler için bkz. Maximilian Bettermann and Volker Hoes, ‘Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Besondere Pflichten für Kreditinstitute?’ (2022) 1 BKR 23, 26-27]. Buna karşılık bir diğer görüşe göre, finansal hizmetler söz konusu olduğunda, üretim süreçlerini tetikleyen unsurlar da sisteme dahil edilmelidir. Örneğin bir tedarikçiye kredi verilmesi durumunda, kredi veren banka, üreticinin tedarik zincirinin bir parçası olmalıdır [Bu yönde bkz. Leyens (n 14) HGB §347, Nr. 4b]. Yeri gelmişken belirtelim ki, LkSG’den farklı olarak AB Yönerge Taslağı’nda, bankalardan ve diğer finans kuruluşlarından salt gerekçede bahsetmekle ka-

kümlülüklerini yerine getirirken kendi ürün veya hizmetlerinin üretimi için gerekli olan ilişkilere odaklanmaları daha akılcı ve doğru görünmektedir. Bu sonuca her koşulda LkSG §3'te düzenlenen ve özen yükümlülüğünün bir kıstası olarak belirlenen “uygun bir şekilde davranma” yaklaşımı ile de ulaşılabilir¹⁶. Bu bakış açısından hareketle, yasa tarafından yükümlü kılınan şirketlerin söz gelimi kantinlerinde servis edilen kahve ürününün tedarik zincirindeki çocuk işçiliğinden sorumlu tutulmaması gerektiği pekâlâ savunulabilir¹⁷.

linmamış, bunlar aynı zamanda özel bir şekilde düzenleme altına alınmıştır. Böylelikle temel olarak bir taraftan finans şirketleri için diğer sektörlerdeki şirketlere kıyasla daha fazla yükümlülükler getirilirken, diğer yandan bazı kolaylıklar da sağlanmıştır [Maximilian Bettermann and Volker Hoes, ‘Die EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive, Besondere Pflichten für Kreditinstitute?’ (2022) 10 BKR 686, 687]

¹⁶ Bu konuda bkz. aşa. III, B

¹⁷ Bu yönde bkz. Ehmann and Berg (n 10) 292; Christian Gehling, Nicolas Ott and Cécilie Lüneborg, ‘Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Umsetzung in der Unternehmenspraxis’ (2021) 5 CCZ 230, 233; Harings and Zegula (n 8) 166

Alman pratiğine yön veren idari görüşün LkSG'deki “tedarik zinciri” kavramını, şirketlerin yalnızca “kendi ürün veya hizmetlerinin” ortaya çıkmasına giden yolda insan hakları ve çevresel durumu gözlemlemekten sorumlu olmayacakları şeklinde yorumladığı anlaşılmaktadır. Bu anlayışa göre, şirkete yardımcı malzeme, alet ve işletme malzemeleri tedarik eden firmalar da “tedarik zincirinin” bir parçasını oluşturmaktadır. Şu hâlde şirketler, ofis ve konferans salonlarındaki kalem ve bloknotlardan, telefon kablo ve tellerinde kullanılan metallere varıncaya değin bir ürünün imalatı veya bir hizmetin sağlanmasıyla bağlantılı olarak kullanılan, ancak tam anlamıyla nihai ürüne dahil olmayan tüm unsurların üretim sürecinden ve şirket tarafından yahut şirket için sağlanan tüm hizmetlerden de sorumlu tutulmalıdır. Buna karşılık, ifade edildiği üzere LkSG'deki tedarik zincirinin bu denli geniş yorumlanması rasyonel bir tutum olduğu söylenemez. Ayrıca salt yardımcı malzemeler, yani sadece genel ofis operasyonlarına hizmet eden yardımcı veya işletme malzemeleri, kavramsal olarak zaten bir ürünün tedarik zincirinin parçası teşkil etmez. Kaldı ki yardımcı malzemelerin şirketlerin özen yükümlülükleri kapsamına dahil edilmesi Yönerge Taslağı'ndan anlaşıldığı kadarıyla ne AB hukukundaki anlayışa ne de LkSG'nin temelini oluşturan, bilhassa BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri ile Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü'nün (OECD) Şirketlerin Özen Yükümlülüklerine ilişkin Rehber İlkeleri'ne uymakta; son tahlilde anayasal prensiplere tezat oluşturmaktadır [Tüm bu hususlarda bkz. Harings and Zegula (n 8) 166]

Öğretide bir başka görüşe göre, şirkete dolaylı değer yaratan faktörler, örneğin kantinde kullanılmak üzere ürettirilen mobilyalar yasa kapsamına girmemektedir. Ancak bu noktada şirkete değer yaratan süreçlerin, şirketin konusu teşkil eden ve doğrudan

Bununla birlikte, yasadaki özen yükümlülüklerinin tedarik süreci dışında, daha sonraki üretim veya satış aşamaları (işleme ve dağıtım gibi) için de geçerli olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Yasadaki kurallara bakıldığında yasanın bunlardan yalnızca dağıtım (satış) sürecine ilgi duyduğu söylenebilir. Gerçekten de yasanın tedarik süreci dışında, "ürünün nihai varış noktasına ulaşmasını sağlayan" faaliyetleri de odağına aldığı görülmektedir. Buna ilişkin olarak distribütörlerin, depolama faaliyeti ile uğraşanların veya çevrim içi platformların faaliyetleri örnek gösterilebilir¹⁸.

Burada yine bir diğer önemli noktaya, doğrudan tedarikçi- ara tedarikçi ayırımına dikkat çekmek gerekir. Yasa bu terminolojik vurguyla tedarik zinciri kavramının kapsamı daha da genişletmiştir. LkSG §2/VII'de doğrudan tedarikçi, "...*şirketin ürününün imalatı veya ilgili hizmetin sağlanması, kullanılması ve tedarik faaliyeti için gerekli olan akit partner*" olarak tanımlanmışken; ara tedarikçi, (§2/VIII) "*doğrudan tedarikçi olmayan ve yukarıda belirtilen anlamda ürünün üretimi veya hizmetin sağlanması için tedarik faaliyeti gerekli olan herhangi bir işletme*" şeklinde tanımlanmıştır. Dikkat edilirse kural, doğrudan tedarikçinin statüsüne ilişkin iki şart getirmektedir. İlk doğrudan tedarikçi ile şirket arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmalıdır. İkinci olarak doğrudan tedarikçi, şirketin mal veya hizmetlerinin üretimi için gerekli olan malları teslim etmeli veya hizmetleri sağlamalıdır. Şu hâlde, şirketin doğrudan tedarikçi ile olan ilişkisinde, kendi değer zinciri (Wertschöpfungskette) kapsamında ekonomik olarak yararlandığı ürün veya hizmetler odak noktası alınmaktadır¹⁹.

şirkette işlenen maddelerle sınırlı olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Gerçi kanun tedarik zinciri kavramı bakımından, işleme- imalat ile bağlantılı hareket etmeye yönelik bir sınırlama içermemektedir. Buna karşılık gerekçede, en azından üretim ve hizmetlerde göz ardı edilemeyecek (yani LkSG §2/V, b.1'e göre "gerekli" olan) şeyler ile -kantin örneklerinde olduğu gibi- girişimcilik değeri yaratma noktasında zorunlu bir bileşen olarak görülmeyen şeyler arasında bir ayırım yapılması gerektiğine dikkat çekilmektedir [Michael Nietsch and Michael Wiedmann, 'Adressatenkreis und sachlicher Anwendungsbereich des neuen Lieferkettensorgfaltspflichtenengesetz' (2022) 1-2 NJW 1, 3-4]

¹⁸ Nietsch and Wiedmann (n 17) 4

¹⁹ Ancak belirtelim ki, LkSG'de esas itibarıyla "değer zinciri" kavramı yerine "tedarik zinciri" kavramı tercih edilmiştir. Değer zinciri, tedarik zincirine nazaran bazı noktalarda kapsam olarak daha dar nitelikte olup AB Yönerge Taslağı'nda tercih edilen terminolojik yaklaşımın bir yansımasıdır. Kavram, Taslak m. 3/I-g'de, "Ürün veya

Buna karşılık şirketin nihai müşteri olduğu hukuki ilişkilerde, tedarikçiyi “doğrudan tedarikçi” olarak nitelendirmek mümkün olmaz. Örneğin, bir sigorta şirketine yemek tedarik eden catering firması, LkSG §2/VII anlamında doğrudan tedarikçi olarak görülemez. Bunun dışında, tedarikçinin faaliyet gösterdiği yasal şekil (işletme, şirket vb.) ve merkezinin bulunduğu yer konumu itibarıyla herhangi bir önem teşkil etmez. LkSG § 2 VIII uyarınca ara tedarikçi ile doğrudan tedarikçi arasındaki tek fark, ara tedarikçinin şirket ile sözleşmeye dayalı bir ilişkisinin bulunmamasıdır²⁰.

Özen yükümlülüklerinin uygulanması noktasında ise ilk etapta şirketleri kendi ve doğrudan tedarikçilerinin faaliyet sahaları ile sınırlamak belirli ölçüde bir koruma sağlama adına yeterli olacaktır. Fakat yeri gelmişken belirtelim ki, yasa gereği özen yükümlülüğünün ihlaline yönelik “kanıtlı bilgi”²¹ edinilmesi durumunda, “ara tedarikçi” de fiilen doğrudan tedarikçi olarak değerlendirilmekte, dolayısıyla şirketlerin öngördü-

hizmetin geliştirilmesi, ürünün kullanılması ve elden çıkarılması da dahil olmak üzere, bir işletme tarafından malların üretilmesi veya hizmetlerin sunulması ile ilgili faaliyetlerin yanı sıra işletmenin yukarı ve aşağı yönlü yerleşik iş ilişkilerindeki ilgili faaliyetler” şeklinde tanımlanmıştır. AB Komisyonunun benimsediği bu tanım dikkate alındığında, yükümlü şirketle “yerleşik bir iş ilişkisi” teşkil etmeyen yardımcı malzeme tedarik faaliyetinin açıkça tedarik zincirinin önemsiz ve ikincil nitelikli bir parçası olarak görüldüğü ve özen yükümlülüklerine tabi olmadığı anlaşılmaktadır [Bu hususlarda bkz. Harings and Zegula (n 8) 168]. Buna karşılık “müşteriler” baz alındığında, değer zinciri kavramının, özen yükümlülüklerinin uygulama sahasını genişlettiği söylenebilir. Nitekim öğretide bir görüş bu noktadan hareketle, AB Yönerge Taslağı açısından, LkSG’den farklı olarak şirketlerin müşterileri de değer zincirinin bir parçası olarak görmeleri ve özen gösterme konusunda daha fazla çaba sarf etmeleri gerekeceğini vurgulanmaktadır [Bu yönde bkz. Burchardi (n 2) 1471; Bomsdorf and Blatecki-Burgert (n 5), 142]. Ancak özen yükümlülüklerinin müşterileri de kapsayacak şekilde “aşağı yönlü” (down-stream) genişletilmesinin önemli pratik kaygıları da beraberinde getireceği öğretide haklı olarak vurgulanmaktadır. Gerçekten de müşterilerin insan hakları ve çevre standartlarına uygunluğunu sözleşme imzalanmadan önce (yani iş faaliyetlerine daha yakından bakmadan) kontrol etmesi pratikte pek mümkün değildir. Bu durum “aşağı yönlü” tedarik zincirinin dolaylı üyeleri (yani “müşterilerin müşterileri”) için de evleviyetle geçerlidir. Kaldı ki, şirketler bile sözleşme imzalanmadan önce bir ürünün tüm akış döngüsünü öngörememekteyken, müşteriler için de böyle bir sorumluluk yüklemek haksızlık olur [Bomsdorf and Blatecki-Burgert (n 5), 143]

²⁰ Bu hususlarda bkz. Sagan and Schmidt (n 6) 284

²¹ Bu kavramın anlam ve önemi için ayrıca bkz. aşa. III, C, 2 ve 6

ğü faaliyet (tedbir) programının bunlara da uygulanması gündeme gelmektedir²².

II. TEDARİK ZİNCİRİ İÇİN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ GE-TİREN DÜZENLEMELERİNİN UYGULAMA SAHASI

A. Yasanın Kişi Bakımından Uygulanması

Yasanın hedef kitlesi, şirket türünden bağımsız olacak şekilde LkSG §1’de düzenlenmiştir. Buna göre LkSG; Alman Ticaret Yasası (Handelsgesetzbuch/HGB) § 13d’ye göre merkezi, şubesi, idari merkezi veya şirket sözleşmesinde yer alan merkezi yurt içinde bulunan ve yurt dışına gönderilen işçiler de dâhil olmak üzere kural olarak Almanya’da en az üç bin (01.01.2024 yılından itibaren bin) işçi istihdam eden şirketler için uygulanır²³.

Geçici işçi çalıştıran şirketlerde işçi sayısı hesaplanırken geçici işçilerin sayısı, görev süresi altı ayı aşıyorsa hesaplamaya dâhil edilir (LkSG §1/II).

Ortaklıklar topluluğu bakımından ise topluluğa ait bütün şirketlerin yurt içindeki çalışanları hesaplamada dikkate alınır (LkSG §1/III).

²² Ehmann and Berg (n 10) 292; Wagner and Ruttloff (n 10) 2148, Nr. 30; Stöbener de Mora and Noll (n 9) 1241. AB Yönerge Taslağı’nda bu hususta bir adım daha ileri gidilmiş ve prensip olarak tüm tedarik zincirinin yükümlülük kapsamına alınması hedeflenmiştir. Gerçekten de Taslak ilk bakışta bir şirketin kendi ve yavru şirketlerinin faaliyetlerini kapsıyor gibi gözükse de buna ilaveten tüm yerleşik iş ilişkilerini de bünyesinde barındırmaktadır (m. 1/I, m. 6/I). Burada “iş ilişkileri” ifadesini, BM Rehber İlkeler m. 13 bağlamında, ilgili şirketin tedarik zincirinde yer alan tüm süjele-ri kapsayacak şekilde anlamak gerekir. Dolayısıyla mevzuatın uygulanması noktasında, LkSG’de olduğu gibi kural olarak şirketlerle birlikte doğrudan tedarikçilere yönelik bir sınırlama söz konusu değildir [Bkz. Hübner, Habrich and Weller (n 5) 647-648]. Yönerge Taslağı’nın bu manada, Alman LkSG yerine, Fransız Teyakkuz Görevi Kanunu’ndaki (Loi de Vigilance) terminolojiyi benimsediği söylenebilir. Zira anılan düzenlemede, tedarikçi kavramından ziyade, Fransız ticaret hukukunda “ticari ilişki” (relation commerciale établie) olarak adlandırılan kavram referans alınmıştır. Bu şekilde bir ticari ilişkinin kurulabilmesi için taraflar arasında bir sözleşme bulunması ön şartı aranmamakta; bilakis ticari ilişkinin belirli bir süre boyunca istikrarlı ve düzenli bir şekilde tesis edilmiş olması yeterli sayılmaktadır [Nietsch and Wiedmann (n 5) 127]

²³ Giesberts (n 2) 1497

Yasadaki bu kurgu tek başına dikkate alındığında, ilk etapta büyük ölçekli şirketlerin doğrudan etkileneceği düşünülebilir²⁴. Buna karşılık, tedarik zinciri endüstrisinde yer alan küçük ve orta ölçekli şirketlerin de dolaylı olarak bu düzenlemeden etkilendiklerini söylemek yanlış olmaz. Zira LkSG kapsamında yükümlü kılınan şirketler, yasal düzenlemelere uyum konusunu sözleşmeyle ilişkili oldukları bu şirketlere pekâlâ devredebilirler²⁵.

AB Yönerge Taslağı'nda ise kişi bakımından uygulanma noktasında esasen ölçek sınırlaması referans alınmıştır. Buna göre, tedarik zincirlerine ilişkin özen yükümlülüklerinin muhatabı yalnızca büyük ölçekli şirketlerdir. Yönerge komisyonu, yükümlülükler uymanın getireceği büyük mali ve idari yükün küçük ve orta ölçekli şirketler (KOBİ'ler) üzerinde orantısız bir yük oluşturacağından endişe etmiş ve onları bu yükümlülüklerden muaf tutmak istemiştir. Ölçek sınırlandırması noktasında ise çalışan sayısı ile ciro eşikleri kriter alınmakla birlikte, ilgili şirketin yüksek riskli bir sektörde faaliyet gösterip göstermediğine ilişkin (örneğin tekstil ve tarım endüstrisi, mineral içeren hammaddelerin çıkarılması vb.) hususlara da dikkat edilmiştir. Birlik sınırları içinde faaliyet gösteren diğer yabancı menşeli şirketler bakımından ise sorumluluk, sadece bunların AB'deki ciroları ile sınırlanmıştır. Buna karşılık Yönerge Taslağı, sadece AB içindeki yerleşik şirketleri değil, birliğe üye ülkelerle ticaret yapan birlik dışı ülkelerdeki şirketleri de kapsamına almıştır²⁶.

B. Yasanın Konu Bakımından Uygulanması

LkSG §2, yasanın konu bakımından uygulanmasını düzenlemektedir. İlk bakışta düzenlemenin oldukça kazuistik bir yöntemle kaleme alındığı dikkatlerden kaçmamaktadır. Bu ayrıntılı düzenlemenin yanı sıra maddede belirtilen yükümlülükler somutlaştırılırken, yine maddenin

²⁴ Alman Federal Ekonomik İş Birliği ve Kalkınma Bakanlığına göre, yaklaşık dört bin sekiz yüz şirket LkSG'ye tabi olacaktır. Öğretide bu sayının, Birleşik Krallık Modern Kölelik Yasası'na nazaran oldukça az, ancak BGB §289 vd. maddeleri kapsamında yapılan KSS (Kurumsal Sosyal Sorumluluk) Raporlamalarına ve Fransız Teyakkuz Görevi Yasası'na nazaran oldukça fazla olduğu ifade edilmektedir [Nietzsch and Wiedmann (n 17) 2]

²⁵ Wagner and Ruttloff (n 10) 2145, Nr. 3. Yazar bu olguyu makalesinde, iktisadi bir kavram olan "trickle down- Effekt" (aşağıya sızma etkisi) olarak betimlemiştir

²⁶ Köksal (n 2) 20

atıfta bulunduğu ve yasanın ekinde yer alan uluslararası sözleşmeleri de göz önünde tutmak gerekir (LkSG §1/I). Dolayısıyla düzenlemenin yapısal olarak iki katmandan oluştuğu söylenebilir. Bu iki katmanlı yapıya daha sonra yürürlüğe girecek olan AB Yönergesi de eklenecektir.

Genel olarak bakıldığında, LkSG ile şirketlerin tedarik zincirlerine yönelik olarak uyması gereken özen yükümlülüğü iki tema çerçevesine oturtulmuştur. Bunlar kanun koyucu tarafından “insan hakları” ve “çevre hakları” şeklinde formüle edilmiş ve insan hakları teması açısından on iki yasak türü üzerinde durulmuştur. Bunları kısaca aktarmak gerekirse²⁷;

- İzin verilen yaşın altında çocuk işçi çalıştırma yasağı (LkSG §2/II-1),
- Çocuk işçiliğin en kötü görünümünün -kölelik, seks işçiliği vb.-on sekiz yaş altı için yasaklanması (LkSG §2/II-2),
- Kişileri zorla çalıştırma yasağı (LkSG §2/II-3),
- Her türlü kölelik ve kölelik benzeri uygulama yasağı (LkSG §2/II-4),
- Ulusal ve cari mevzuat kapsamında geçerli olan iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine riayet etmeme yasağı (LkSG §2/II-5),
- Örgütlenme özgürlüğüne riayet etmeme yasağı (LkSG §2/II-6),
- İstihdamda haksız ayrımcılık -etnik köken ve cinsiyet ayrımcılığı, eşit değerdeki iş için eşit olmayan ücretlendirme vb.- yapma yasağı (LkSG §2/II-7),
- Adil bir ücretin -en azından ulusal ve cari hukukta belirlenen asgari ücretin- ödenmemesi yasağı (LkSG §2/II-8),
- Zararlı toprak tahrifatının, su ve hava kirliliğinin, zararlı gürültü emisyonlarının ve aşırı su tüketiminin -bu menfi durumlar yasalarda tanımlanmış bazı insan haklarına aykırılık teşkil ettiği ölçüde- yasaklanması (LkSG §2/II-9),
- Hukuka aykırı tahliye yasağı ile arazi ve suların hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi (arazi gaspı) yasağı (LkSG §2/II-10),
- Güvenlik güçlerini, işkence yasağına, örgütlenme ve sendika özgürlüğüne riayet etmeyecek şekilde veya vücut ve hayat bütünlüğünün korunması ilkesine tehdit oluşturacak şekilde kullanma yasağı (LkSG §2/II-11),

²⁷ Ehmann and Berg (n 10) 288

➤ Yukarıda anılan yasakların kapsamına girmeyen ve insan haklarını özellikle ciddi bir şekilde ihlal etmesi muhtemel olan her türlü eylemin yasaklanması (LkSG §2/II-11)²⁸.

LkSG’de, çevre hakları bakımından ise Alman şirketlerinin, tedarik zincirlerinde faaliyet gösteren şirketler için dikkate almaları gereken sekiz temel yasak sayılmıştır. Bunları kısaca ifade etmek gerekirse²⁹;

- Cıvaya ilişkin Minimata Sözleşmesi kapsamında,
 - Cıva içeren ürünlerin imalatının yasaklanması (LkSG §2/III-1),
 - Cıva ve cıva bileşiklerinin üretim işlemlerinde Sözleşme’de ilgili ürün ve süreçler için belirtilen kaldırma tarihinden itibaren kullanılmasının yasaklanması (LkSG §2/III-2),
 - Cıva atıklarının işlenmesinin yasaklanması (LkSG §2/III-3),
- Kalıcı Organik Kirleticilere İlişkin Stockholm Sözleşmesi kapsamında,
 - Bazı kimyasalların üretiminin ve kullanılmasının yasaklanması (LkSG §2/III-4),
 - Cari hukuk sisteminde geçerli olan düzenlemelere uygun olarak, atıkların çevre dostu olmayan şekilde taşınmasının, toplanmasının, depolanmasının ve bertaraf edilmesinin yasaklanması (LkSG §2/III-5),
- Tehlikeli Atıkların Sınır Ötesi Taşınması ve Bertaraf Edilmesinin Kontrolüne İlişkin Basel Sözleşmesi kapsamında tehlikeli atıkların ve diğer atıkların ihracına ve Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 14 Haziran 2006 tarih ve 1013/2006 numaralı atık sevkiyatlarına ilişkin getirilen yasaklar (LkSG §2/III-6),
- Basel Sözleşmesi Ek VII’de listelenen ülkelerden, burada listelenmeyen ülkelere tehlikeli atık ihracatı yasağı (LkSG §2/III-7),

²⁸ Kanun koyucu insan hakları açısından bu şekilde genel bir kloz öngörerek yasanın uygulama sahasını olabildiğince genişletmişken, birazdan görüleceği üzere çevre hakları noktasında aynı tutumu sergilemekten imtina etmiştir [Bkz. ve karşı. Wagner and Ruttloff (n 10) 2145, Nr. 13, 15; Stöbener de Mora and Noll (n 9) 1240]

²⁹ Bu temaya ilişkin yasaklar özetlenirken Prof. Dr. Mehmet Köksal, Av. Sıla Şahin ve Stj. Av. Elif Girgin tarafından yapılan LkSG’nin Türkçe çevirisinden de istifade edilmiştir. Çevirinin tam metni için bkz. <<https://www.dtr-ihk.de/tr/bilgi-koesesi/tedarik-zincirlerinde-gerekli-oezeni-goesterme-yuekuemlueluegue-kanunu-lksg>> erişim tarihi 31 Aralık 2022)

➤ Basel Sözleşmesine taraf olmayan bir ülkeden tehlikeli atık ve diğer atıkların ithalatı yasağı (LkSG §2/III-8).

Öğretide, özen yükümlülükleri noktasında uluslararası sözleşmele-re yapılan atıflar dışında oldukça kazuistik bir yöntemin benimsenmiş olmasının uygulamada birtakım sorunlara yol açabileceği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, zorla çalıştırma yasağının bir yükümlülük ihlali olduğu konusunda hiçbir tereddüt yoktur. Buna karşılık Alman şirketlerin, yabancı tedarikçilerini ayrımcılık yasağı noktasında hassas davranmalarını sağlamaları oldukça güç görünmektedir. Kaldı ki birçok kişinin hemfikir olduğu üzere, Almanya’da bile iş hayatında cinsiyet eşitliğini sağlama noktasında epey mesafe katedilmesi gerekmektedir, tedarikçilere böyle bir dayatmada bulunmak haksızlık olacaktır. Keza kendi içinde tartışmasız olan çocuk işçi çalıştırma yasağı söz konusu olduğunda bile, on beş yaş sınırı kesinlikle her kesimin arzu ettiği bir olgudur. Buna karşılık LkSG’nin amacı açısından, söz gelimi yabancı bir tedarikçinin on dört yaşında bir ofis kuryesi istihdam etmesini engellemek Alman şirketinin görevi mi olacaktır? Kuşkusuz bu gibi aşırı yorumlar, LkSG §3/I’de özen yükümlülüğünün ölçütü olarak belirlenen ve aşağıda ele alınacak olan “uygun bir şekilde gözetmek” kuralıyla törpülenebilir. Fakat yine de LkSG’de koruma altına alınan yasal durumların özünün ve sınırının ne olduğunun açık olarak belirlenmesi daha isabetli olurdu. Ayrıca bu mesele, LkSG’de atıfta bulunulmakla birlikte, uluslararası arenada tamamen kabul gördüğü söylenemeyen ILO sözleşmeleri ile çözülebilecek gibi de değildir. Nitekim en basitinden, Çin’in sekiz ILO Sözleşmesinden dördünü (No. 5, 7, 10, 11), ABD’nin ise sadece ikisini (No. 6, 11) onayladığı düşünüldüğünde ILO korumasının çok da yeterli olmadığı açıktır³⁰.

Son olarak LkSG ile AB Yönerge Taslağı arasında konu bakımından önemli bir farklılığa dikkat çekmek gerekir. Gerçekten de AB Yönerge Taslağı’nda iklimin korunması temasına, çevreyle ilgili diğer yükümlülüklerle nazaran daha fazla vurgu yapılmıştır. Böylelikle yönerge kapsamına giren şirketlerin, iş modellerinin ve stratejilerinin Paris Anlaşması uyarınca küresel ısınmanın 1,5 °C ile sınırlandırılması hedefini dikkate almalarını sağlayacak bir plana sahip olmaları amaçlanmıştır (m. 15/I). İklim değişikliğinin şirketin faaliyetleri açısından önemli bir risk olarak tanımlanması halinde, emisyon azaltım hedefleri plana dahil edi-

³⁰ Tüm bu hususlarda bkz. Ehmann and Berg (n 10) 292

lecektir. LkSG'de ise buna karşılık gelen bir kural bulunmamaktadır. Yine AB Yönerge Taslağı'nda, 1999 tarihli BM Biyoçeşitlilik Sözleşmesine de atıfta bulunulmuştur. Yönerge koyucu bu atıfla, tıpkı iklim gibi biyoçeşitlilik konusunu da daha fazla odak noktası haline getirmeyi amaçlamıştır. Diğer taraftan, bu konunun LkSG'de özel olarak vurgulanmadığı görülmektedir³¹.

III. TEDARİK ZİNCİRLERLERİNE YÖNELİK GETİRİLEN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Özen Yükümlülüğünün Kapsamı

LkSG §3/I'e göre şirketler, tedarik zincirlerinde yukarıda özet olarak alıntıladığımız LkSG §2/I ve II'de düzenlenen yasakların gündeme gelmesini önlemek adına kanunda belirtilen özen yükümlülüklerine uygun bir şekilde davranmak zorundadır. Anılan fıkra kapsamında özen yükümlülüğünün kapsamı alt bentler halinde belirlenmiştir. Bunlar şu şekilde sıralanabilir³²:

1. Bir risk yönetiminin oluşturulması (§4/I),
2. Şirket içi yetki alanının belirlenmesi (§4/III),
3. Düzenli risk analizlerinin gerçekleştirilmesi (§5),
4. Bir ilkesel bildirge sunulması (§6/II),
5. Kendi faaliyet alanında (§6/I, III) ve doğrudan tedarikçilere (§6/IV) yönelik önleyici tedbirlerin sağlanması,
6. İyileştirici tedbirlerin alınması (§7/I-III),
7. Bir şikâyet prosedürünün oluşturulması (§8),
8. Ara tedarikçiden kaynaklanan risklere ilişkin özen yükümlülüğünün uygulanması (§9) ve
9. Belgelendirme (§10/I) ve rapor sunma (§10/II).

Belirtelim ki kuraldaki bu sayım örnekleyici değil, kesin niteliktedir. Ayrıca sistematik olarak bakıldığında, bunları kendi arasında "temel özen yükümlülükleri" ve "eşlik eden özen yükümlülükleri" olmak üzere iki temel gruba ayırabilmek de mümkündür. Eşlik eden yükümlülükler

³¹ Bu hususta bkz Giesberts (n 2) 1504; Harings and Zegula (n 8) 167

³² Ehmann and Berg (n 10) 288; Burchardi (n 2) 1467-1468. <<https://www.dtr-ihk.de/tr/bilgi-koesesi/tedarik-zincirlerinde-gerekli-oezeni-goesterme-yuekuemlueluegue-kanunu-lksg>> erişim tarihi 31 Aralık 2022

yer yer "ikincil yükümlülükler" olarak da adlandırılmaktadır. Zira bunlar şirketi doğrudan insan haklarını korumakla yükümlü kılmamakta, -şirket içi yetki alanının belirlenmesi ve şikâyet prosedürü oluşturulmasında olduğu gibi- daha ziyade organizasyonel ve prosedüre bağlı birtakım önlemler alınmasını gerektirmektedirler³³.

B. Özen Yükümlülüğünün Ölçütü

LkSG §3/I'de, özen yükümlülüğünün ölçütü olarak Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) benimsenen alışılmış (gerekli) özenin (verkehrsübliche Sorgfalt) gösterilmesine dair objektif kriter yerine³⁴, bu yükümlülükler sadece "uygun bir şekilde" (in angemessener Weise) uyulması gerektiği belirtilmiştir³⁵. Bu noktada şirketlerin özen yükümlülüklerine uygun hareket edip etmediklerinin neye göre belirleneceği sorusu akla gelebilir. Kanun koyucu bu ihtimali de göz önünde tutmuş ve özen yükümlülüğüne uygun hareket şekillerinin belirlenmesi noktasında aranan temel kriterleri saymıştır. Buna göre, şirketlerin özen yükümlülüğüne

³³ Holger Fleischer, 'Grundstrukturen der lieferkettenrechtlichen Sorgfaltspflichten' (2022) 7-8 CCZ 205, 211

³⁴ Alman hukukunda kural olarak özen yükümlülüğün ölçütü, objektif kritere göre belirlenir. Bu itibarla, kişinin subjektif yönden kınanabilir bir davranışı olmasa da kişi kendisinden objektif olarak beklenen tüm tedbirleri almaz ve gerekli dikkati göstermezse sorumlu tutulur [Köksal (n 2) 13]

³⁵ Bu ölçüt, literatürde uygunluk koşulu (Angemessenheitsvorbehalt) olarak da anılmaktadır. Uygunluk koşulu ile şirketlere takdir yetkisi tanımak ve serbest bir hareket sahası sunmak amaçlanmıştır [Bkz. Burchardi (n 2) 1468; Wagner and Ruttloff (n 10) 2146, Nr. 6]. AB Yönerge Taslağı'nda da şirketlere yükümlülükler uyma noktasında benzer bir hareket sahasının tanındığı görülmektedir. Özellikle Taslağın 6, 7 ve 8. maddelerinde uygun tedbirlerin (geeignete Maßnahmen) alınması öngörülmektedir. Taslak m. 3/q bendinde ise uygun tedbirden kastın ne olduğu şu şekilde ifade edilmiştir: "Uygun tedbir, sektörün ve belirli bir iş ilişkisinin özellikleri ile şirketin bunlar üzerindeki etkisi ve eylemin önceliklendirilmesini sağlama ihtiyacı da dahil olmak üzere somut olayın koşulları dikkate alındığında, tedarik zincirleri özen yükümlülüğü hedeflerine ulaşabilen, olumsuz etkinin ciddiyet derecesi ve olasılığı ile orantılı olan ve şirket için de makul sayılabilecek bir tedbir anlamına gelir." Bunun dışında Taslak'ta "uygunluk" kelimesinin de çok sık kullanılmış olması -51 kez- dikkatli gözlerden kaçmamıştır [Burchardi (n 2) 1471, özellikle dn. 50]. Son olarak aynı şekilde BM Rehber İlkeler de bir taraftan insan hakları özen yükümlülüklerine ilişkin ayrıntılı açıklamalarda bulunurken, diğer taraftan şirketlerin özel tedbirler alabilmele-ri noktasında belirli bir "hareket sahası" öngörmüştür [Stöbener de Mora and Noll (n 9) 1238]

uygun davranıp davranmadığı şu hususlar göz önünde tutularak tespit edilecektir (LkSG §3/II)³⁶:

- Şirketin ticari faaliyetinin türü ve kapsamı,
- Şirketin yasa ile koruma altına alınan insan haklarına ve çevresel yükümlülüklerle aykırı davranan faili doğrudan etkileme yetisi,
- İhlalin tipik olarak beklenen ağırlığı ve -insan haklarına ilişkin-korunan yasal bir durumun veya çevresel yükümlülüğün ihlal edilme olasılığı,
- Şirketin insan haklarına ve çevreye yönelik risklere dair neden-sel katkısının şekli.

Hükümet gerekçesinde ifade edildiği üzere, LkSG§3/II ile özen yükümlülüğü ölçütü hemşirketlerin hem de rizikonun münferit durumuna bağlı olarak esnek bir çerçevede belirlenmiştir. Bunun dışında gerekçedeki şu cümle getirilen kriterin aslında ne kadar muğlak olduğunu tek cümlede özetlemektedir: “*Bir ticari faaliyet, ürün ve üretim yeri noktasında insan hakları ihlali riskine ne kadar yatkınsa, tedarik zincirini gözetlemek o derece önem kazanır*”³⁷.

Öğretinin yorumuna göre ise şirketler, insan hakları ihlallerini kategorik olarak önlemek adına özellikle genel geçer bağlayıcı bir garanti-de veya sonuç odaklı bir taahhütte bulunmakla yükümlü kılınmamıştır. Bilakis şirketlerden sadece somut olayı bütünüyle göz önünde tutarak yasanın öngördüğü kıstaslar bağlamında “uygun bir şekilde” hareket etmeleri beklenmektedir³⁸. Yükümlülüğün bu denli esnetilmesi, kuşku-

³⁶ Bu hususlarda bkz. Ehmann and Berg (n 10) 288; Burchardi (n 2) 1468; Gehling, Ott and Lüneborg (n 17) 233

³⁷ BT-Drucksache 19/28649, 42

³⁸ Bu yönde bkz Burchardi (n 2) 1468. Yazarın gerekçeye atıfta bulunarak sarf ettiği veciz ifadeyle, tedarik zincirleri özen yükümlülükleri LkSG’de bir “başarı yükümlülüğü” olarak değil, “çaba yükümlülüğü” olarak kurgulanmıştır. Bu durum, acentenin yükümlülüğünü düzenleyen HGB §86/I, c. 1 kuralına -en azından kavramsal bazda- oldukça benzemektedir. Anılan kural gereği acente, sözleşmeye aracılık yapma veya sözleşmeyi akdetme konusunda “çaba” göstermekle yükümlü kılınmıştır [Bkz. Wagner and Ruttloff (n 10) 2145, Nr. 4. Aynı yönde bkz. Nietsch and Wiedmann (n 10) 106; Stöbener de Mora and Noll (n 9) 1240; Dohrmann (n 7) 267; Sagan and Schmidt (n 6) 282; Bomsdorf and Blatecki-Burgert (n 5), 141]. Her ne kadar “çaba yükümlülüğü” sözleşme hukukunda nispeten az tercih edilen bir özen derecesi olsa da belirtildiği gibi hukuk sistemine tamamen yabancı bir olgu değildir. Bununla birlikte, LkSG kapsamındaki özen yükümlülüklerinin hukuki niteliği belirlenirken, “çaba yükümlü-

suz tedarik zincirinde çok sayıda doğrudan ve ara tedarikçiye sahip olan şirketlerin işini kolaylaştırmaya yöneliktir. Aksi tutum takınılmış olsaydı, şirketlerin tedarikçilerindeki insan ve çevre hakkı ihlallerini layıkıyla izlemeleri çok daha güç hale gelirdi. Bu noktada, yasa gereği birçok durumda zararın fiilen önlenmesinin gerekli olmadığını özellikle vurgulamak gerekir. Zira LkSG'deki yükümlülüklerin ekseri çoğunluğu, "süreç odaklı yükümlülükler", yani risk tanımlama, kontrol ve önleme tedbirlerini içeren prosedürel gereklilikler olarak öne çıkmaktadır³⁹.

Bununla birlikte uygun davranma koşulu, şirketlere çeşitli tedbirler arasından isabetli olduklarını düşündüklerini seçme hakkı tanıdığından, geniş bir hareket sahası da sunmaktadır. Bu açıdan, uygunluk koşulunun hukuki bir belirsizliğe yol açtığı da söylenebilir⁴⁰. Ancak nihai olarak LkSG §3/II'de sayılan kriterler (yani uygunluk koşulu), ilk etapta BAFA (Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle / Alman Federal Ekonomi ve İhracat Kontrol Dairesi)⁴¹, daha sonraki aşamada ise mahkeme-

lülüğü" kavramı yanlış anlamalara yol açabilir. Öğretide haklı olarak şirketlerin bu manada sadece yasa gereği bir risk yönetim sistemi kurmak (LkSG §4/I), düzenli risk analizleri yapmak (LkSG §5) veya bir ilkesel bildirge yayımlamak (LkSG §6/II) için çaba sarf etmelerinin yeterli olmayacağı, bu önlemleri fiilen uygulamaları gerektiği hususu özel olarak vurgulanmaktadır [Fleischer (n 33) 210]. Özetle, şirketlerden ilk etapta yasal mekanizmaları fiilen kurmaları, bundan sonra ortaya çıkan aykırılıkları giderme noktasında "çaba sarf etmeleri" beklenmektedir. Zira daha sonra da görüleceği üzere, LkSG'de çaba (özen) yükümlülüklerine aykırılık durumunda, resmi makamın müdahalesi ve idari yaptırımlar öngörülmüştür [Leyens (n 14) HGB §347, Nr. 4a]

AB Yönerge Taslağı'nda da yükümlülüğün hukuki niteliği benzer şekilde betimlenmektedir. Bu itibarla, Taslak kapsamında yükümlü kılınan şirketler, insan hakları ve çevre üzerindeki olumsuz etkilerin hiçbir zaman meydana gelmeyeceğini veya her zaman durdurulacağını garanti etmek zorunda değildir. Bunun yerine, olumsuz etkiler karşısında "uygun önlemleri" -tespit, önleme, iyileştirme, vb.- alma bakımından çaba göstermeleri yeterlidir [Hübner, Habrich and Weller (n 5) 546-647]

³⁹ Diğer taraftan istisnai olarak gerçek bir başarı yükümlülüğünün LkSG §7/I b.3'te düzenlendiği söylenebilir. Buna göre şirketler, kendi sektörleri özelinde gereken iyileştirici önlemleri alarak doğrudan tedarikçilerindeki insan hakları veya çevreyle ilgili hak ihlallerine son vermelidir. Öğretide bu yükümlülüğün, prensip olarak şirketlerin yurtdışındaki faaliyet sahaları için de kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır [Bu hususlarda bkz. Burchardi (n 2) 1468]

⁴⁰ Bu yönde bkz. Burchardi (n 2) 1468

⁴¹ LkSG §19 uyarınca, kontrol ve uygulamadan sorumlu resmi makam BAFA'dır. BAFA, §10/II-III'e göre, gerekliliklerin yerine getirilip getirilmediğini belirlemek için şirketlerin raporlarını inceler (§13/I) ve gerekliliklerin yerine getirilmemesi durumunda, raporun iyileştirilmesini talep edebilir (§13/II). Bunun dışında BAFA, ihlalle-

ler tarafından her bir somut olay özelinde incelenip değerlendirilmektedir⁴².

Bu hususta son olarak, şirketler açısından uygunluk koşulunun imkân tanıdığı hareket sahasının somut sınırlarını tespit etmenin oldukça güç olduğunu vurgulamak gerekir. Nitekim LkSG’de düzenlenen özen yükümlülüklerinin yeterince açık belirlenmemesi ve şirketleri bu şekilde büyük bir hukuki güvensizliğe sürüklemesi, öğretide eleştiriye konu olmuştur⁴³. Gerçekten de bu eleştirilere hak vermemek elde değildir. Zira kanun koyucunun muğlak tutumu sebebiyle şüphe durumunda şirketler, kanunun kendilerine tanıdığı hareket sahasından istifade etmek yerine, durumlarını garantiye almaya çalışacaklar veya olası yükümlülük ihlallerine ilişkin riskleri büyük bir çaba ve maliyet sarf etmek pahasına tespit etmeye gayret edeceklerdir⁴⁴.

C. Özen Yükümlülüğü Noktasında Yapılması Gerekenler

1. Risk Yönetimi

Şirketler, öncelikle uygun ve “etkin” bir risk yönetimi kurmak vebu sistemin alt yapısını, tedarikçinin yapmış olduğu işin tüm süreçlerini kapsayacak şekilde oluşturmakla yükümlüdür (LkSG§4/I)⁴⁵. Bu itibarla risk yönetimi, önleyici tedbirlerin yanı sıra ticari faaliyetlerdeki

ri tespit etmek, düzeltmek veya önlemek amacıyla re'sen veya en azından korunan yasal durumun ihlalini kanıtlayan bir kimsenin talebi üzerine harekete geçebilir (§14/I). Yine BAFA, ilgili şirketten usulsüzlüklerin giderilmesi için bir plan sunmasını isteyebilir (§15/I, b. 2) veya yükümlülüklerini yerine getirmek için somut adımlar atmasını talep edebilir (§15/I, b.3)

⁴² Burchardi (n 2) 1468. Bununla birlikte hukuki veya fiili imkânsızlık durumunda yasal yükümlülüklerin devre dışı kalacağı açıktır. Hammadde menşeinin izlenememesi durumu buna örnek olarak gösterilebilir. Buna karşılık şirketlerin bu noktada da makul çaba sarf etmekle ve gerekirse blok zinciri gibi yeni teknik olanakları kullanmakla yükümlü olduklarını kabul etmek gerekir [Leyens (n 14) HGB §347, Nr. 4c]

⁴³ Burchardi (n 2) 1469; Nietsch and Wiedmann (n 10) 110; Späth and Werner (n 5) 108; Wagner and Ruttloff (n 10) 2146, Nr. 7

⁴⁴ Burchardi (n 2) 1469.

⁴⁵ Kuraldaki "etkin" vurgusu, korunan hukuki durumlara yönelik ihlallerin tespiti, asgari düzeye indirgenmesi ve sona erdirilmesine ilişkin efektif bir sistem gerekliliğine dikkat çekmek içindir. Bu bağlamda şirket yönetim sistemlerinde, LkSG'deki düzenlemeler dikkate alınmalı, şirket uygulamaları sistematik olarak izlenmeli ve gerekirse genel ilkelere göre tekrar gözden geçirilmelidir [Späth and Werner (n 5) 107]

iyileştirici tedbirleri de ihtiva eder. Nihai olarak risk yönetimi, korunan yasal durumlara veya çevreyle ilgili yükümlülöklere ilişkin risklerin önlenmesi, en aza indirilmesi ve sonlandırılmasına yönelik somut tedbirlerin devreye girmesi için tabiri caizse bir "menteşe" fonksiyonu görür ve tüm ilgili iş süreçlerine bu misyona uygun olarak sabitlenir⁴⁶.

Yasanın gerekçesinde, risk yönetiminde sadece şirketlerin sebep olduğu insan hakları ve çevre risklerinin ele alınması gerektiği belirtilmektedir. Buradaki "sebepl olmak", Alman şirketinin tek başına doğrudan risk doğuran olaya sebep olması veya eylemleriyle riskin ortaya çıkmasına veya artmasına -nedensel olarak- katkıda bulunması anlamına gelir. Yine şirketlerin bu kapsamda, doğrudan veya ara tedarikçiden kaynaklanabilecek riskleri her zaman göz önünde tutması gerekecektir⁴⁷.

Bunun dışında şirketler, tedarikçilerin yapacağı tüm işlemleri kapsayacak şekilde, risk yönetiminin izlenmesinden sorumlu olan bir (veya birden fazla) insan hakları sorumlusu tayin etmelidir (LkSG§4/III)⁴⁸. Prensipl olarak, insan hakları sorumlusunun görevlerini yerine getirebilmesi için ilgili tüm bilgilere erişiminin yanı sıra yeterli karar alma ve yönlendirme yetkisine de sahip olması gerekir. Bununla birlikte, insan hakları sorumlusunun şirkette ne şekilde konumlanacağı hususu açık değildir. Gerçekten de AB Çatışma Bölgesi Madenleri Tüzüğü⁴⁹ ve Alman Kara Para Aklama Yasası (GwG)⁵⁰ §7/I kapsamında benzer bir misyon üstlenen "uyum görevlisi" görev tanımlamasında yönetim kademesinde konumlandırılmışken, LkSG insan hakları sorumlusunun şirket-

⁴⁶ Wagner and Ruttloff (n 10) 2149, Nr. 34; Stöbener de Mora and Noll (n 9) 1241

⁴⁷ Giesberts (n 2) 1499

⁴⁸ Gerçi kuralın formülasyonunda "insan hakları sorumlusu" sıfatıyla birinin görevlendirilmesi bir zorunluluk olarak dayatılmamıştır. Gerçekten de kural şirketin "örneğin bir insan hakları sorumlusu atayarak şirket içinde risk yönetiminin izlenmesinden kimin sorumlu olduğunu belirlemesini" öngörmektedir. Bu nedenle Alman yazınında haklı olarak burada, LkSG §3/I, c. 2, b. 2'de tanımlanan şirket içi yetki sahasının belirlenmesine yönelik dahili sorumluluk kapsamında oluşturulacak olan risk yönetiminin izlenmesine atıfta bulunulduğu, dolayısıyla bir "insan hakları sorumlusunun" açıkça belirlenmesinin zorunlu olmadığı, bunun kanun koyucu tarafından yalnızca bir örnek olarak belirtildiği vurgulanmaktadır [Bu hususta bkz. Ruttloff, Wagner, Hahn and Freihoff (n 2) 22]

⁴⁹ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32017R0821>> erişim tarihi 28 Şubat 2023

⁵⁰ <https://www.gesetze-im-internet.de/gwg_2017/> erişim tarihi 28 Şubat 2023

te hangi konumda bulunacağı ve hangi özel gereklilikleri yerine getireceği konusunda sessiz kalmayı tercih etmiştir⁵¹.

2. Risk Analizi

Risk yönetimi kurmak ve insan hakları sorumlusu tayin etmek dışında, şirketlerin bazı hallerde faaliyet sahaları kapsamında risk analizi yapmaları gerekmektedir. Kanunda, şirketlerin kendi çalışanları ve tedarik zincirlerindeki çalışanlar üzerindeki etkilerini belirlemek amacıyla yılda bir kez risk analizi yapmaları öngörülmüştür. Ayrıca riskte veya ihlalde önemli bir artış olması gibi belirli hallerde de şirketlerin kendilerinin ve doğrudan tedarikçilerinin faaliyetlerini analiz etmeleri gerekir (LkSG §5/I-IV). Örneğin, yeni ürünler, projeler ithal edildiğinde veya iş alanları açıldığında yahut önemli ölçüde farklı risk profillerine sahip yeni tedarikçilerle iş ilişkileri kurulduğunda risk analizi yapılması gerekebilir. Bu itibarla risk analizinin statik değil, şirketin gelişimine ayak uydurulması gereken dinamik bir süreç olduğunun altını çizmekte fayda vardır⁵².

LkSG’de, risk analizinin yapılması ve riskin yönetilmesi gerektiği vurgulanmakla birlikte bunun yönteminin nasıl olacağı ayrıntılı olarak

⁵¹ Aynı şekilde, şirketler topluluğu bakımından insan hakları sorumlusunun topluluğun en üst düzeyinde merkezi olarak mı konumlanacağı, yoksa her bir yavru ortaklık için ayrı ayrı mı belirleneceği konusu belirsizliğe terk edilmiştir (Bu hususlarda bkz. Wagner and Ruttloff (n 10) 2149, Nr. 32). Bununla birlikte yasa, kurumsal hiyerarşi noktasında yönetimin hemen altında bir insan hakları sorumlusu pozisyonunun oluşturulmasını önermektedir. Gerçi hem yasada hem de yasanın gerekçesinde yukarıda anılan benzer nitelikteki özel düzenlemelerde olduğu gibi belirli bir hiyerarşik entegrasyon öngörülmemiştir. Fakat LkSG §4/III’ün gerekçesinden mezkûr sorumluluğun aynı anda birden fazla kişi tarafından yerine getirilebileceği sonucunu çıkarmak mümkündür [Ruttloff, Wagner, Hahn and Freihoff (n 2) 24]. Nitekim öğretilde, şirketteki “Uyum Görevlisi”nin (Compliance-Officer) insan hakları sorumlusu olarak da belirlenebileceği ifade edilmiştir [Nietsch and Wiedmann (n 10) 106]. Yasanın gerekçesinde ise insan hakları sorumlusunun yönetim kurulunda, uyum veya satın alma departmanında konumlanabileceği örnekleyici bir sayımla ifade edilmiştir. Bu sayımlara ek olarak insan hakları sorumlusunun şirketin yönetim organı bünyesinde özel olarak kurulmuş lojistik, kalite yönetimi, hukuk departmanı veya sürdürülebilirlik, çevresel, sosyal ve yönetim ya da kurumsal sosyal sorumluluk konularıyla ilgilenen komitelere konumlanması da düşünülebilir [Ruttloff, Wagner, Hahn and Freihoff (n 2) 25]

⁵² Wagner and Ruttloff (n 10) 2148, Nr. 26; Giesberts (n 2) 1500

düzenlenmemiştir. Hükümet gerekçesinden anlaşıldığı üzere şirketler, kendilerinin ve doğrudan tedarikçilerinin iş birimlerindeki insan ve çevre haklarına ilişkin riskleri belirlemelidir. Bu belirleme, etkin, önleyici ve iyileştirici tedbirlerin tespiti noktasında temel bir veri oluşturur. Ancak bu temelin sağlıklı bir şekilde atılabilmesi için şirketlerin ilk etapta kendi tedarik süreçleri, tedarikçilerinin yapısı ve çalışanları ile faaliyetten etkilenebilecek başlıca insan grupları hakkında genel bir fikir edinmeleri; daha sonra kendi iş sahalarına, konumlara, ürünlere ve menşe ülkelere göre bir risk matrisi oluşturmaları önerilmektedir. Ayrıca bu aşamada, politikayla ilgili genel koşullar veya faaliyetten etkilenecek insan gruplarının özel hassasiyetleri gibi bağlamla alakalı risk faktörleri de dikkate alınması isabetli olur⁵³. İkinci etapta ise belirlenen riskler değerlendirilmeli ve gerekirse bunlar üzerinde öncelik- sonralık ilişkisi (önceliklendirme işlemi) tesis edilmelidir. Özellikle tüm risklerin aynı anda ele alınamaması durumunda, önceliklendirme işleminin yapılması zaruret arz edebilir⁵⁴. Öncelikli risklerin belirlenmesinde, yukarıda anılan ve LkSG §3/II ile getirilen kriterler dikkate alınır. Bundan sonra ortaya çıkan risk değerlendirme analizinin sonucu, LkSG §6'daki önleyici tedbirlerin ve §7'deki iyileştirici tedbirlerin alınmasında temel bir veri oluşturur⁵⁵ ve

⁵³ BT-Drucksache 19/28649, 44. Aynı yönde bkz. Wagner and Ruttloff (n 10) 2148, Nr. 27. Şirket ayrıca paydaşlarının çıkarlarını da dikkate almalıdır. Söz konusu paydaşlar, şirketin kendi çalışanları veya tedarik zincirindeki çalışanlar olabilir (LkSG §4/IV). “Dikkate almalıdır”dan kastın ne olduğu ise tartışmaya açıktır. Bir görüşe göre “dikkate almak” kıstası, şirketin anılan paydaşlarla istişareyi engelleyen dil veya diğer iletişim engellerini ortadan kaldırmak adına çaba sarf etmesi gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır [Nietsch and Wiedmann (n 10) 106]

⁵⁴ BT-Drucksache 19/28649, 45

⁵⁵ Ehmann and Berg (n 10) 289. Yazarların ifade ettiği üzere şirket, analizi gerçekleştirme şekli bakımından serbestçe sahiptir. Bununla birlikte hükümet gerekçesinde, yerinde denetime, işçilerle ve özellikle çevresel riskler söz konusu olduğunda o yerde mukim olanlarla yapılan görüşmelere dikkat çekilmiştir. Diğer taraftan, yasadan da açıkça anlaşıldığı üzere, risk yönetimi ve analizinin konusu insan haklarına ve çevreye yönelik tehlikelerden ibarettir. Ancak aynı yazarlara göre, özellikle insan haklarına ilişkin riskler LkSG §2'de görece olarak somutlaştırılıp tanımlandığından, hukuk uygulayıcılarının şüpheye düşmeleri halinde, yasada atıfta bulunulan uluslararası sözleşmeler [özellikle Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) sözleşmelerine] dışında ilgili literatüre de başvurmaları gerekecektir. Buna karşılık, çevreyle ilgili yükümlülükler bakımından LkSG'nin atıfta bulunduğu sözleşmelerle sınırlı bir inceleme yapmaları gerekecektir. Zira çevre hakkı noktasında korunan hukuki durum ve riskler doğrudan bu sözleşmelerle sınırlı olarak belirlenmiştir. Son tahlilde, her iki durumda hukuk uygulayıcıları, hak ve yükümlülükleri yalnızca LkSG'ye göre değerlendire-

sonuçlar ilgili karar mercilerine (yönetim kurulu, yönetici, satın alma departmanı vb.) aktarılır⁵⁶.

Risk analizi yapılırken belki de karşılaşılabilecek en önemli zorluk, tedarik zincirlerindeki insan hakları ihlalleri ile ilgili devletin haksız uygulamaları arasında doğrudan bir ilişki bulunmasıdır. Öğretide bir görüşe göre, bu gibi hallerde LkSG kapsamında tedarik zincirlerinin kendisini referans almak gerekir. Bir diğer deyişle, özen yükümlülüğü bakımından odak alınması gereken nokta, şirketlerin kendi iş sahasındaki eylemleri dışında, “tedarikçilerinin eylemleridir”. Yoksa tedarikçinin tabii olduğu devletin haksız tutum ve davranışları, LkSG kapsamında dikkate alınmamalıdır. Bu bağlamda Alman şirketleri, pekâlâ sendikal faaliyetlerin veya işçi temsilcisi uygulamasının yasak olduğu bir ülke ile tedarik ilişkisi kurmaya devam edebilecektir. Ancak tedarikçilerin, örneğin işçilerin sendika kurma girişimlerini onları işten çıkararak yaptırıma tabi tutması halinde artık bu kabul sorgulanabilir hale gelir. Benzer şekilde, tedarik zincirlerindeki insan hakları ihlali ile tedarikçi ülkede kamu iktisadi teşebbüslerde uygulanan haksız uygulamalar arasındaki ayırım da bazı güçlülere sebep olabilir. Burada temel bir prensip üzerinden hareket etmek gerektiği ve LkSG kapsamında yükümlü kılınan şirketlerin, yalnızca tedarikçi şirketlerdeki “somut” insan hakları ve çevre hakları ihlallerine yoğunlaşmaları gerektiği ileri sürülmektedir. Bu itibarla, tedarikçi devletin haksız uygulamaları, tedarikçideki işgücü durumu üzerinde dolaylı bir etkiye sahipse de göz ardı edilmelidir. Buna karşılık, Sincan Uygur Özerk Bölgesinde işçilerin zorla çalıştırılması örneğinde olduğu gibi bir tedarikçi, devletin haksız uygulamasını kendi uygulaması olarak da benimser veya bundan faydalanırsa hukuki durumu farklı şekilde değerlendirmek icap eder⁵⁷.

Risk analizi bakımından özellik gösteren diğer bir durum da kötüye kullanılan düzenlemeler söz konusu olduğunda, ara tedarikçilerin doğrudan tedarikçi olarak kabul edilmesidir (LkSG §5/I). Bu bağlamda şirketin eline herhangi bir “ara tedarikçisinin” yasa ile koruma altına alınan hususları ihlal ettiğine ilişkin “kanıtlı bilgi” (*substantiierte*

mezler; mutlaka yasanın atıfta bulunduğu uluslararası sözleşmelere de müracaat etmelidir [Ehmann and Berg (n 10) 291-292]

⁵⁶ Wagner and Ruttloff (n 10) 2148, Nr. 24

⁵⁷ Tüm bu hususlarda bkz Ehmann and Berg (n 10) 292

Kenttniss) geçerse, derhal usulüne uygun risk analizi yapması ve lüzumu halinde önleyici ve koruyucu tedbirleri alması (§9/III) gerekir⁵⁸. Burada şirketin bu bilgiyi ne şekilde elde edebileceği ve hangi durumda şirketin bilgi sahibi olduğunun kabulü gerekeceği şeklinde çeşitli sorular aklı gelebilir. Öncelikle belirtelim ki, tüzel kişiler söz konusu olduğunda, yalnızca yönetim sorumluluğunu taşıyan kişilerin bilgisi, özellikle yönetim organının, şirket temsilcilerinin ve kural olarak yönetim organından sonra ilk kademede görev yapan diğer yöneticilerin bilgisi referans olarak alınmalıdır⁵⁹. Kanıtlı bilginin ne şekilde elde edilebileceği konusu ise daha sonra, ara tedarikçiden kaynaklanan riskler bahsinde ele alınacaktır⁶⁰.

3. Önleyici Tedbirlerin Alınması

Şirketler, risk analizi sonucunda insan haklarıyla veya çevreyle ilgili herhangi bir risk tespit etmesi durumunda, uygun önleyici tedbirleri derhal almakla yükümlü kılınmıştır (LkSG §6/I). Bu doğrultuda şirketler, insan hakları stratejisine yönelik ilkesel bir bildirge sunmak zorundadır (LkSG §6/II). Şirket yönetimi tarafından hazırlanması gereken bu bildirge, şirketlerin LkSG kapsamındaki temel yükümlülüklerini yerine getirme prosedürünü (LkSG §6/II, b. 1) ve risk analizinde belirlenen insan haklarına yönelik önemli risk faktörlerini tanımlamalıdır. Bildirge aynı zamanda, şirketlerin çalışanlarına ve tedarikçilerine yönelik "insan hakları ile çevre beklentilerini" de ortaya koymalı (LkSG §6/II, b. 3)⁶¹ ve ara tedarikçilerde yeni riskler tespit edilmesi gibi durumlarda yeniden uyarlanmalıdır⁶².

Keza LkSG §6/III uyarınca şirketler, kendi faaliyet sahasında (§2/IV gereği ortaklıklar topluluğuna bağlı şirketler de dâhil olmak üzere) uygun önleyici tedbirleri de almak durumundadır. Hükümde özetle şu sayılan durumlar önleyici tedbir olarak belirlenmiştir:

➤ İnsan hakları stratejisinin, iş süreçlerine uygun bir şekilde uyarlanması (b. 1),

⁵⁸ ibid 289

⁵⁹ Gehling, Ott and Lüneborg (n 17) 237

⁶⁰ Bkz. aşağıda, III, C, 6

⁶¹ Bu hususlarda bkz. Ehmann and Berg (n 10) 289; Wagner and Ruttloff (n 10) 2147, Nr. 18-19; Stöbener de Mora and Noll (n 9) 1243

⁶² Stöbener de Mora and Noll (n 9) 1243

➤ Riskleri en aza indirecek uygun satın alma uygulamalarının hayata geçirilmesi (b. 2),

➤ Şirketin, kendi çalışanlarının ilgili faaliyet sahasında belirlediği insan hakları stratejisi ile davranış kuralları ve ilkelerini anlayıp uygulayabilmelerini eğitimler yoluyla sağlaması (b. 3),

➤ Şirketin, kendi faaliyet sahasında insan hakları stratejisine uyulup uyulmadığını ve iş süreçlerine entegre edilip edilmediğini kontrol etmek için risk temelli kontrol önlemlerini kullanması (b. 4).

Bu sayılanlar dışında, kanun koyucu şirketin “doğrudan tedarikçilere” karşı da birtakım uygun önleyici tedbirler almasını zorunlu tutmuştur. Bunlar (LkSG §6/IV):

➤ Doğrudan tedarikçiler seçilirken ilkesel bildirgede belirtilen insan haklarının ve çevrenin korunmasına yönelik beklentiler dikkate alınmalıdır (b. 1).

➤ Tedarikçinin, şirket tarafından belirlenen insan hakları ve çevre gerekliliklerine ilişkin şartlara uyacağı ve bunları kendi tedarikçileriyle uygun şekilde ele alacağı hususu sözleşmeyle teminat altına alınmalıdır (b.2). Kanunun gerekçesinde, şirketlerin tedarik zincirindeki akit partnerlerini (doğrudan tedarikçilerini) -sorumluluk devredici veya benzeri klorlar kararlaştırmak suretiyle- söz konusu yükümlülükleri kendi tedarikçilerine karşı da uygulamakla yükümlü tutmaları önerilmektedir⁶³.

➤ Doğrudan tedarikçilerin uyumluluğunu kontrol etmek için kontrol mekanizmalarını işletmenin yanı sıra eğitimler ile ilave eğitimlerin kararlaştırılmalıdır (b. 3).

➤ Bunların dışında şirketler, insan hakları stratejisine uyumun izlenmesi için elverişli ve sözleşmeye dayalı kontrol mekanizmalarını doğrudan tedarikçi ile kararlaştırılmalı ve bunlar risk temelli olarak devreye sokulmalıdır⁶⁴. Bu hususta gerekçede, denetimin bilfiil yerinde yapılması, üçüncü kişilere yaptırılması veya sertifika uygulamasına geçilmesi gibi birtakım yöntemlerin kullanılabileceği ifade edilmektedir⁶⁵.

⁶³ BT-Drucksache, 19/28649, 48. Bu sebeple LkSG, normalde çalışan sayıları nedeniyle bağlayıcılığı bulunmamakla birlikte, benzer yükümlülükleri yerine getirmeyi sözleşmeyle temin etmek zorunda kalan küçük tedarikçiler üzerinde de dolaylı bir etkiye sahiptir [Gehling, Ott and Lüneborg (n 17) 236]

⁶⁴ ibid 236

⁶⁵ BT-Drucksache 19/28649, 48

4. İyileştirici Tedbirlerin Alınması

Şirketler, korunan bir yasal durumun veya çevresel yükümlülüğün ihlalinin kendi faaliyet sahasında veya doğrudan bir tedarikçisinde meydana geldiğini yahut gelmek üzere olduğunu tespit ederse, söz konusu ihlali önlemek, sona erdirmek veya etkisini en aza indirmek için uygun iyileştirici tedbirleri almalıdır. İhlal, şirketlerin kendi faaliyet sahasında meydana gelmişse, uygulanan iyileştirici tedbirle birlikte ihlalin ortadan kalkmış olması gerekir (LkSG §7/I).

Yine ihlal, doğrudan tedarikçide meydana gelmiş ve öngörülebilir bir gelecekte sona erdirilemeyecek nitelikteyse, onu asgari düzeye indirmek için derhal bir plan hazırlanarak uygulanması gerekecektir (LkSG §7/II). Kanun koyucu, planın oluşturulup uygulanması noktasında özellikle şu tedbirlerin dikkate alınması gerektiği vurgulamıştır:

- İhlalin giderilmesi için tedarikçi ile ortak bir eylem planı geliştirip uygulamak (b. 1),
- Çevre kirliliğine neden olan faktörlere yönelik baskıyı artırabilmek adına sektörel girişimler ve standartlar çerçevesinde diğer şirketlerle güç birliğine gitmek (b. 2),
- Riski minimize etme çalışmaları sırasında iş ilişkisini geçici olarak askıya almak (b. 3).

Hükümet gerekçesinde ise hazırlanacak olan planda, somut zaman planının yanı sıra tedarikçiyle olan iş ilişkisinin ne zaman sonlandırılacağı hususunun da belirtilmesinin gerekli olduğu vurgulanmıştır⁶⁶. Bununla birlikte tedarikçilerle olan iş ilişkilerinin sonlandırılması gündeme geldiğinde, LkSG§7/III kuralını da dikkate almak gerekir. Buna göre, iş ilişkisinin sona erdirilmesi ancak ihlalin ciddi olması, çözüm yollarının başarısız olması, şirketin elinde sorunu gidermeye yönelik daha elverişli araçların bulunmaması ve alınan tedbirin ihlali etkileme kapasitesini umut verici şekilde arttırmaması durumunda mümkündür. Bu noktada her ne kadar iyileştirici tedbirleri düzenleyen §7/II, b. 3 uyarınca iş ilişkisinin geçici olarak askıya alınması ihtimali akla gelse de bu tür bir askıya almanın yalnızca tedarikçilerin tedbirlere uymayacağının anlaşılması halinde mümkün olabileceği unutulmamalıdır⁶⁷.

⁶⁶ BT-Drucksache 19/28649, 48

⁶⁷ Bu yönde bkz. Ehmann and Berg (n 10) 290

5. Şikâyet Sisteminin Oluşturulması

Şirketler, ilgililerin ve üçüncü kişilerin LkSG ile koruma altına alınan hususların ihlal edildiğini bildirmelerini sağlayan bir şikâyet sistemi kurmakla yükümlü kılınmıştır (LkSG §8/I). Şikâyet sistemi, ara tedarikçilerdeki ihlallerin de bildirilmesine olanak tanınmalıdır (LkSG §9/I). İşleyişin gerçekleşmesi noktasında, sisteme bir şikâyet verisi düşmesi halinde, verinin alındığı teyit edilecek ve ihbara konu mesele ihbar edenlerle müzakere edilecektir. Buna noktada şirket ayrıca, şikâyetin alındığını kabul eden ve dostane çözüm adına Ombudsman sürecini yönetebilecek bir yetkili atamalıdır. Ombudsman prosedürü, itibar suikastlarını önlemeyi ve ortaya çıkan durumun telafisini amaçlamaktadır. Şirketin ayrıca tüm bu hususlara ilişkin yazılı usul kurallarını metin halinde kamuoyuna arz etmesi gerekecektir⁶⁸ (LkSG §8/II).

Bunlar dışında, şirketin şikâyet prosedürünü yürütmekle sorumlu kıldığı kişiler, tarafsızlık garantisi sunmalı, bağımsız olmalı, talimat almamalı ve gizlilik ilkesine bağlı olmalıdır (LkSG §8/III). Şu hâlde şirket çalışanlarının bu türden bir görevi üstlenememesi gerekir⁶⁹. Bu açıdan şirketin, kamuoyunun da görebileceği şekilde şikâyet prosedürü hakkındaki uygun ve anlaşılır bilgiler yayımlanması icap eder (LkSG §8/IV, c.1).

Son olarak şikâyet prosedürü, potansiyel kullanıcılar için erişilebilir olmalı, gizliliği korumalı ve şikâyete dayalı olarak zarar görmeye veya cezalandırılmaya karşı etkin bir koruma sağlamalıdır (LkSG §8/IV, c. 2).

6. Ara Tedarikçiden Kaynaklanan Risklere İlişkin Özen Yükümlülüğü

Şirketler, ara tedarikçisinin (dolaylı tedarikçi / tedarikçinin tedarikçisi) insan hakları veya çevreyle ilgili yükümlülüklerini ihlal ettiğine dair kanıtlı bir bilgi edinirse, aynı şekilde risk analizi yapmalı ve önleyici tedbirleri almalıdır (LkSG §9/III, b. 1). Şu hâlde, kaçınılmaz bir ge-

⁶⁸ Wagner and Ruttloff (n 10) 2149, Nr. 35

⁶⁹ Ehmann and Berg (n 10) 290. Buna karşılık Wagner/Ruttloff'a göre, şirketler, ihlallerden etkilenen kişiler veya diğer kimseler tarafından ihbarda bulunulmasını sağlayan uygun bir “dahili veya harici” şikâyet sistemi kurmak ve bu sistemin etkinliğini her yıl gözden geçirilmek, gerekirse güncellemekle yükümlüdür. Harici şikâyet sistemi, şirketin şirketler arası bir harici şikâyet sistemine katılması şeklinde de kurulabilir [Wagner and Ruttloff (n 10) 2149, Nr. 35]

reklilik olarak ara tedarikçilerin de gözetilmesi, eğitilmesi ve desteklenmesi gerekecektir. Bunun dışında şirketin, mevcut ihlali önlemeye, sona erdirmeye veya asgari düzeye indirmeye yönelik bir plan da oluşturması gerekir (LkSG §9/I, b. 3). Bu uğurda, şirketin söz gelimi doğrudan tedarikçisine vereceği bir talimatla, ara tedarikçiyle olan iş ilişkisini askıya alması gerekebilir. Sonuç olarak ara tedarikçi de “kanıtlı bilgi” bulunması durumunda yasa gereği doğrudan tedarikçi gibi muamele görecektir⁷⁰.

Şirketlerin elinde kanıtlı bilginin olup olmadığının nasıl tespit edileceği noktasında yasada bir açıklık yoktur. Bu noktada yine hükümet gerekçesi konuya açıklık getirmektedir. Gerekçeye göre, ara tedarikçide bir insan hakkı veya çevre ihlalinin mümkün olduğunu gösteren olgusal birtakım emarelerin bulunması -örneğin §8 kapsamında şikâyet prosedürünün işletilmesi, şirketin elinde konuyla ilgili mevcut birtakım bulguların bulunması, yetkili makam veya sair bilgi kaynakları yoluyla birtakım verilerin elde edilmesi- halinde, ortada kanıtlı bir bilgi olduğu varsayılacaktır. Şu hâlde, gerekçeye göre kanıtlı bilgiden anlaşılması gereken, şirketlerin ara tedarikçilerinde olası bir insan hakkı veya çevre ihlali noktasında ciddi ve doğrulanabilir bilgilere sahip olmasıdır⁷¹. Ancak kanıtlı bilginin bu denli geniş yorumlanması eleştiriye muhtaçtır. Zira “kanıtlı bilgi” kavramı bu denli geniş yorumlanır ve yasanın lafzının ötesinde şirketlerden tüm tedarik zincirinde şeffaflık için çaba göstermeleri, bilhassa ara tedarikçileri de araştırıp sorgulamaları beklenirse, o zaman doğrudan ve ara tedarikçiler arasında kendi içinde belirgin olan ayırım yanıltıcı hale gelebilir⁷².

7. Belgelendirme ve Raporlama Yükümlülüğü

LkSG §3 vd. düzenlemelerinde yer alan özen yükümlülüğünün yerine getirildiğinin belgelendirilmesi gerekir (LkSG §10/I). Ayrıca şirketler, ilgili belgeleri en az yedi yıllık süre boyunca saklamakla yükümlü-

⁷⁰ Bu hususlarda bkz. Ehmann and Berg (n 10) 290

⁷¹ BT-Drucksache 19/28649, 50. Aynı yönde bkz. Giesberts (n 2) 1500. Kanıtlı, yani “doğrulanabilir ve ciddi bilgi”nin, oluşturulan şikâyet sistemi yoluyla veya radyo ve basın haberleri gibi diğer bilgi kaynakları yoluyla elde edilebileceği konusunda ayrıca bkz. Nietsch and Wiedmann (n 10) 108

⁷² Ehmann and Berg (n 10) 290. Aynı yazarlar, gerekçenin kavramı geniş yorumlaması sebebiyle STK’ların muhtemelen araştırma ve bilgilendirme faaliyetlerini genişletmek ve şirketleri bu doğrultuda “kötü niyetli” göstermek için çalışacaklarını öne sürmüştür [(n 10) 292]

dür⁷³. Belgeler kamuya açık olmamakla birlikte, denetim sürecinin parçası olarak BAFA tarafından görüntülenebilir (LkSG §§15, 17/II, b. 2).

Buna karşılık LkSG §10/II uyarınca şirket, özen yükümlülüklerinin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yıllık bir rapor hazırlamak durumundadır ve bu rapor şirketin internet sitesinde yayımlanarak kamuya duyurulur⁷⁴. Raporda, hangi risklerin tespit edildiği, şirketin buna karşılık hangi önlemleri aldığı, önlemlerinin etkinliğinin nasıl değerlendirildiği ve gelecek için yapılan değerlendirmeden hangi sonuçların çıkarıldığı açıkça belirtilir. Rapor şirketin internet sitesinde yedi yıl süresince yayımlanır (LkSG §10/II) ve incelenmek üzere BAFA'ya sunulur (LkSG §12).

Raporlardaki bilgiler anlaşılabilir, makul ve kontrol edilebilir olmakla birlikte, ticari ve işletmesel sırları ifşa edici nitelikte olmamalıdır (LkSG §10/IV). Ancak bu durum, en basitinden, doğrudan veya ara tedarikçileri tanımlanabilir kılan bilgilerin ilanı konusunda zor kararların alınmasına yol açabilir⁷⁵. Bu hususta öğretide, herhangi bir bilginin işletmesel ve ticari sır olarak nitelendirilebilmesi için dört koşulun birlikte gerçekleşmesi aranmaktadır. Bunlar şu şekilde sıralanabilir: (1) bilginin şirketle ilgili olması, (2) bilginin kamuya açık (aleni) olmaması, (3) bilgiyi koruma iradesi ve (4) gizliliğe yönelik haklı menfaat⁷⁶.

⁷³ Wagner and Ruttloff (n 10) 2147, Nr. 19; Nietsch and Wiedmann (n 10) 108

⁷⁴ Belgelendirme iç ilişkiye, raporlama ise dış ilişkiye yönelik bir yükümlülük olup bunlar diğer özen yükümlülüklerinin yerine getirilmesi için temel oluşturur. Ayrıca şirket bu yükümlülük setini, önceden herhangi bir risk tespit edilmiş olsun olmasın yerine getirmelidir [Wagner and Ruttloff (n 10) 2147, Nr. 17]

⁷⁵ Bu hususta bkz. Ehmann and Berg (n 10) 290

⁷⁶ Wagner and Ruttloff (n 10) 2147, Nr. 21. Keza öğretide, LkSG §10'daki belgelendirme ve raporlama yükümlülüğünün, Şirketlerin ve Şirketler Topluluğunun Yönetim Raporlarındaki Finansal Nitelikte Olmayan İzahatların Güçlendirilmesi Hakkında Kanun (CSR RUG) ile uyumlu olmadığına ve bu nedenle şirketlere daha fazla bürokratik külfet getireceğine dikkat çekilmektedir [Stöbener de Mora and Noll (n 9) 1244]

IV. ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

A. Dış İlişkide Sorumluluk

1. LkSG'de Öngörülen İdari Yaptırımlar

Yasa kapsamındaki özen yükümlülüklerinin gerçek kişiler tarafından kasten veya ihmali suretiyle ihlal edilmesi durumunda, 100.000 €'dan 800.000 €'ya kadar idari para cezası gündeme gelebilir (LkSG §24/I-II). Alman Düzene Aykırılıklar Yasası (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten /OWiG)⁷⁷ §30/II'ye göre, tüzel kişiler bakımından idari para cezası on katına kadar, yani 1 milyon €'dan 8 milyon €'ya kadar çıkmaktadır⁷⁸.

Yıllık ortalama cirosu 400 milyon €'nın üzerinde olan büyük şirketler içinse ceza, yıllık cironun %2'sine kadar çıkabilmektedir. Hesaplamada, ekonomik bir birim olarak faaliyet gösteren tüm tüzel kişilerin dünya çapındaki cirosu esas alınır (LkSG §24/III). Dolayısıyla, idari para cezasının belirlenmesi noktasında ulus ötesi şirketlerin dünya çapındaki cirosu belirleyici olacaktır⁷⁹.

Bunun dışında yasa kapsamında şirketlere kesilecek olan 175.000 € veya daha fazla miktardaki para cezaları, şirketlerin üç yıla kadar kamu ihalelerinden menedilmesine yol açabilecektir (LkSG §22)⁸⁰.

Kanunun öngörmüş olduğu idari para cezalarının muhatabı kural olarak şirkettir. Nitekim yaptırıma ilişkin kurallarda da muhatabın -dış ilişkide- “şirket” (Unternehmen) olduğu açıkça vurgulanmıştır. Kaldı ki

⁷⁷ Bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/OWiG.pdf> erişim tarihi 1 Şubat.2023

⁷⁸ Bu yönde ayrıca bkz. Burchardi (n 2) 1470; BT-Drucksache 19/28649, 57

⁷⁹ Ehmann and Berg (n 10) 291

⁸⁰ LkSG §22 kuralı, şirketlerin kamu ihalelerinden menedilmesini düzenleyen temel hükümdür. Bu itibarla, her ne kadar LkSG'de düzenlenen bir kural olsa da Kamu İhale Yasası'nın bir hükmü olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla kuralın LkSG'nin düzenleyici sistemi içinde bir istisna teşkil ettiğini söylemek yanlış olmaz. Kaldı ki öğretide kanun koyucunun bilinçli olarak böyle bir tercihte bulunduğu ve bu açıdan Asgari Ücret Yasası (MiLoG) §19 ile Kayıt Dışı İstihdam Yasası (SchwarzArbG) §21 hükümlerinden ilham alındığı ifade edilmektedir. Zira atfa konu hükümler de kendi düzenlemeleri bağlamında, ihlal durumunda kamu ihalelerinden men yaptırımı öngörmektedir [Matthias Freund and Levin Krüger, 'Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, Was haben öffentliche Auftraggeber im Vergabeverfahren zu beachten? - Ein erster Überblick' (2022) 10 NVwZ 665, 667-668]

şirketler hukukundaki temel prensip -dış ilişkide şirketin sorumlu tutulması- bu sonucu desteklemektedir. Bununla birlikte bazı hallerde şirket yöneticileri de idari para cezalarına doğrudan muhatap olabilirler. Zira OWiG §9/I'de “şirket” kavramına yapılan özel vurgu, anılan yaptırımları, suçun ortaya çıkmasına sebep olan tüzel kişinin organlarında temsil yetkisine sahip kişilere ve şahıs şirketlerinde yetkili temsilcilere uygulanabilmesine cevaz verir niteliktedir. Bu sebeple, idari yaptırım gerektiren tutumu sergileyen şirket yöneticileri de LkSG § 24 kapsamında yasa aykırı davranışın faili olarak değerlendirilebilir⁸¹.

2. İhlal Sebebiyle Zarar Gören İlgililere Tazminat Ödenmesi

Yasa çalışmaları sırasında, özen yükümlülüğüne aykırı davranan şirketlere medeni bir yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağı ve ilgililere bu kapsamda tazminat ödenip ödenmeyeceği meselesi oldukça tartışmalıdır⁸². Ancak yürürlükteki yasa bu hususta açık bir muafiyet kuralı öngörerek tartışmalara son vermiştir. Gerçekten de LkSG §3/III uyarınca, *“Bu Kanun kapsamındaki yükümlülüklerin ihlali hukuki (medeni) sorumluluk doğurmaz. Bu Kanun'dan bağımsız olarak tesis edilen herhangi bir hukuki (medeni) sorumluluk hali saklıdır.”* Keza yasanın gerekçesinde de LkSG'nin haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen BGB §823/II kapsamında koruyucu bir yasa olmadığına açıkça dikkat çekilmiştir⁸³.

Alman hukukunda, kanun koyucunun yasa düzeyinde özen yükümlülüğüne aykırılığı sıra dışı bir şekilde hukuki sorumluluktan açıkça muaf tutmasının bir yenilik olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, öğretide bir görüşe göre esasen kanun koyucu, LkSG ile bağlantılı olarak BGB §823/II'de öngörülen sorumluluğu, bu muafiyetten ayrı tutmak istemiştir. Hatta bu görüşe göre, BGB §823'te düzenlenen haksız fiil sorumluluğu kapsamında mahkemelerin, tedarik zincirlerini gözetme ve işlem güvenliğini sağlama noktasında şirketlerin LkSG'deki gibi benzer yü-

⁸¹ Bu yönde bkz. Burchardi (n 2) 1470. Aynı yazar çalışmasında, AB Yönerge Taslağı'nda buna ilişkin bir kural olmadığına dikkat çekmiştir (1472)

⁸² Burchardi (n 2) 1470

⁸³ Giesberts (n 2) 1500

kümlülüklerle sahip oldukları yönünde yorum geliştirmelerine engel bir durum bulunmamaktadır⁸⁴.

BGB §823'e göre sorumluluk ihdas edildiğinde, kaçınılmaz olarak kanunlar ihtilafını düzenleyen Roma II Tüzüğü m. 4 ile bağlantı kurmak gerekecektir. Anılan kural uyarınca, hukuki sorumluluk her halükârda zararın meydana geldiği devletin (ifa yeri) hukukuna tabidir⁸⁵. Şu hâlde, yargı yetkisine sahip Alman mahkemeleri, insan hakları ihlallerinden zarar gören tarafların talepleri söz konusu olduğunda, ihlalin gerçekleştiği yerde geçerli olan haksız fiil hukukunu, yani kural olarak tedarikçinin tabi olduğu haksız fiil hukukunu uygulamak zorundadır (EuGVVO⁸⁶ m.

⁸⁴ LkSG §3/III, c. 2'nin diğer sorumluluk hallerini (şu durumda BGB §823'ü) saklı tutması bu tezin dayanağı olarak gösterilmektedir [Bkz. ve karş. Ehmann and Berg (n 10) 291; Burchardi (n 2) 1470; Wagner and Ruttloff (n 10) 2150, Nr. 42; Dohrmann (n 7) 267]. Nitekim Alman Federal Meclisi, 09.06.2021 tarihli raporunda özellikle ciddiyet arz eden ihlallerde BGB §823'ün devreye girmesi gerektiğini vurgulamıştır. Anılan raporun ilgili kısmı şöyledir: "... (Tedarik Zincirleri) Özen Yükümlülükleri Kanunu tasarısı, mevcut yasal duruma kıyasla şirketler için herhangi bir ek hukuki sorumluluk riski doğurmama amacı ve düşüncesiyle kabul edilmiştir. Uluslararası tedarik zincirlerinde insan hakları durumunun iyileştirilmesine yönelik getirilen yeni özen yükümlülükleri, daha ziyade idari işlemler özelinde ve idari düzene aykırılıklara ilişkin hukuk kuralları (OWiG) uygulanarak yaptırıma tabi tutulacaktır. Bu husus, özellikle BGB §823/II maddesinin varlığı noktasında açıklığa kavuşturulmalıdır. Yeni oluşturulan özen yükümlülüklerinden bağımsız olarak hali hazırdaki yasal durum bakımından hukuki sorumluluk zaten mevcut olduğu sürece, bu durum değişmeden devam etmeli ve özellikle ciddi ihlal durumlarında (BGB §823/II'nin) uygulanması kolaylaştırılmalıdır." (BT-Drucksache, 19/30505, 39). Buna karşılık, tedarikçi ifa yardımcısı (BGB §278) konumunda bulunmadığından şirketlere bu dayanaklı hareketle herhangi bir sorumluluk yükletilemez. Zira şirket yükümlülüğünü yerine getirirken, örneğin ürünün zilyetliğinin kazanılmasında veya mülkiyetinin devredilmesinde (BGB §433/I b.1) tedarikçi -ifa yardımcısından farklı olarak- herhangi bir fonksiyon üstlenmemektedir. Bu sebeple şirketleri ancak haksız fiilden sorumlu tutmak mümkün olabilir [Leyens (n 14) HGB §347, Nr. 4d]. Öğretideki bir diğer görüşe göre ise hukuki (medeni) sorumlulukta muafiyet öngören LkSG'deki kural dar yorumlanmalı ve BGB §1004'te düzenlenen "meni müdahale" kuralı kıyas alınarak özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi sağlanabilmelidir. Ancak anılan tezin, Alman yazınında yasa koyucunun iradesine atıfta bulunan baskın görüşle çeliştiğini ifade etmek gerekir [Hübner, Habrich and Weller (n 5) 648]

⁸⁵ <<https://dejure.org/gesetze/Rom-II-VO/4.html>> erişim tarihi 1 Şubat 2023

⁸⁶ Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Hukuki ve Ticari Konularda Yargı Yetkisi ve Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Tüzük) için bkz. <<https://dejure.org/gesetze/EuGVVO>> erişim tarihi 1 Şubat 2023

4/ I ve m. 63)⁸⁷. Diğer taraftan LkSG §3/III kuralı, yasa ile getirilen özen yükümlülüklerinin, Roma II Tüzüğü m. 16 anlamında müdahaleci kural niteliğinde olmadığı⁸⁸, dolayısıyla Alman mahkemelerinin yabancı haksız fiil hukukunu uygularken LkSG'yi göz ardı etmesi gerektiği şeklinde de yorumlanabilir. Buna gerekçe olarak ise Roma II Tüzüğü m. 17 gösterilmektedir. Buna göre, aleyhine dava açılan kişinin tutum ve davranışları değerlendirilirken sorumluluğa yol açan olayın meydana geldiği yer ve zamanda yürürlükte olan güvenlik ve davranış kuralları dikkate alınmalıdır. Fakat sorumluluğa yol açan olayın, Almanya merkezli şirket yönetiminin organizasyon yükümlülüklerinin ihlali olarak görülmesi halinde, LkSG'deki özen yükümlülükleri de yabancı hukuka dahil sayılır. Dolayısıyla bu ihtimalde, LkSG'de düzenlenen bir özen yükümlülüğünün ihlali, yabancı haksız fiil hukuku kapsamında sorumluluğa yol açabilir. Bu nedenle uygulamada, Alman şirketlerinin yasada korunan değerler bakımından, tedarikçinin ülkesinde LkSG §§4, 5 ve 6'da düzenlenen özen yükümlülüklerine uygun hareket edilip edilmediğini araştırması gerekecektir. Hatta tedarik zincirinin sürdürülmesinin bir sonucu olarak söz konusu risklerin gerçekleşmesi ve yasal şartların oluşması durumunda mahkemeler, şirketleri BGB §823/I kapsamında da sorumlu tutabilecekler⁸⁹.

AB Yönerge Taslağı'nda ise LkSG'den farklı olarak şirketin zarar gören üçüncü kişilere karşı tazminat sorumluluğu açıkça düzenlenmiştir (m. 22/I). Buna göre üye devletler, şirketlerin; özen yükümlülüklerine uymamaları ve bu durumun makul önlemler alınarak tespit edilmesi, önlenmesi, hafifletilmesi, düzeltilmesi veya en aza indirilmesi konusunda olumsuz sonuçların ortaya çıkarak zarara yol açması halinde, tazmi-

⁸⁷ Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi de *Okpabi v Royal Dutch Shell ve Vedanta v Lungowe* davalarında grup ana şirketlerin sınır ötesi sorumluluğunu konu alan son içtihadında aynı sonuca ulaşmıştır. Bu itibarla, İngiliz "common law"ının (örf- âdet hukukunun) bazı Afrika ülkeleri ile Hint yarımadasının maddi hukukuna olan baskın etkisi nazara alındığında, Alman şirketlerinin de şu anda LkSG ve Roma II Tüzüğü m. 4/I nedeniyle -dolaylı da olsa- İngiliz örf ve âdet hukuku kapsamında hukuki sorumluluğa tabi olma riskiyle karşı karşıya olduğu söylenebilir [Dohrmann (n 7) 271]

⁸⁸ Roma II Tüzüğü m. 16 uyarınca tüzük, ilgili devlet hukukunda geçerli olan sözleşme dışı sorumluluğa ilişkin kurallar haricindeki emredici kuralların uygulanmasını etkilemez

⁸⁹ Tüm bu hususlarda bkz. *Ehmann and Berg* (n 10) 291; *Giesberts* (n 2) 1502

nattan sorumlu olmalarını sağlayacaktır⁹⁰. Kuraldan açıkça anlaşıldığı üzere, zararın bir yükümlülük ihlaliinden doğması gerekmektedir. İddia sahipleri bu ihtimalde, varsayımsal bir nedensellik bağımlı kanıtlamak zorunda kalacaklarından, bu durum pratikte önemli ispat sorularına yol açacaktır.

Nitekim öğretilde König, yakın geçmişten bu duruma örnek olarak Dortmund Eyalet Mahkemesi (LG Dortmund) ve Hamm Yüksek Eyalet Mahkemesinde (OLG Hamm) görülen meşhur KiK davasını göstermektedir. Davaya konu uyuşmazlıkta, KiK'in Pakistan'daki bir tedarikçisinin tekstil fabrikasında çıkan yangında iki yüz elli dokuz kişi ölmüş ve en az kırk yedi kişi de yaralanmıştır. Davada davacı tarafı, çıkan yangında yaralanan yahut yakınlarını kaybedenler oluşturmuştur. Davacılar, fabrika binasının yangın felaketi sırasında yürürlükteki bina ve yangın güvenliği yönetmeliklerine uygun olmadığını, bu eksikliğin can kaybı ve yaralanmaların nedenlerinden biri olduğunu ileri sürmüşlerdir. Yazara göre iddialar gerçekleri yansıtsa ve dava Almanya'da görülmüş olsaydı, BGB §823/I ve II kapsamında tedarikçinin sorumluluğunu tespit etmek nispeten kolay olurdu. Buna karşılık AB Yönerge Taslağı m. 22/I, belirli kişi varlığı değerleri veya herhangi bir koruyucu yasanın ihlaliini değil, yalnızca insan hakları veya çevre hakkının ihlaliini konu almaktadır. Buna ilişkin en önemli normlardan biri, BM Sosyal Sözleşmesi'dir. Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca sözleşmeye taraf devletler, herkesin sağlıklı ve güvenli çalışma koşullarına sahip olmasını teminat altına almakla yükümlü kılınmıştır. Yazara göre, KiK davasında, salt bir yangın çıkması gerçeğinden yola çıkılarak fabrikanın güvenli olmadığı sonucuna varmak kolaycılık olacaktır. Nitekim olayla ilgili yapılan soruşturma yangının kundaklamadan kaynaklandığını ortaya çıkarmış ve buna mukabil KiK, iş ve güvenlik düzenlemelerine uygunluğun denetim prosedürleri aracılığıyla düzenli olarak kontrol edildiğini öne sürmüştür. Bu koşullar göz önünde bulundurulduğunda, "güvenli çalışma koşulları" nitelemesinin altının doldurulmasının zor olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple

⁹⁰ Yönerge Taslağı'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte üye ülkelerin ilgili düzenlemelerine hukuki sorumluluğa ilişkin kurallar derç etmesi zorunluluk arz edecektir. Bu bir bakıma, sınır aşan işlemlerde dahi ulusal yasa koyucunun uluslararası özel hukuk aracılığıyla Yönerge'de standartlaştırılan özen ve sorumluluk yükümlülüklerinin uygulanmasını sağlaması gerektiği anlamına gelir. Bu açıdan, Yönerge Taslağı'ndaki sorumluluk hükmü, müdahaleci bir kural olarak anlaşılmalıdır [Bomsdorf and Blatecki-Burgert (n 5) 142-143]

yerel mevzuattaki yangından korunma yönetmeliklerine gerçekten uyulup uyulmadığına odaklanmak en akılcı yaklaşımdır. Keza bu sürece, Pakistan'ın BM Sosyal Sözleşmesi'ni onayladığı gerçeğini de dikkate almak gerekir⁹¹.

Buna karşılık Taslak m. 22/II'de bir güvenli liman kaydı bulunmaktadır (Safe-Harbour-Vorbehalt). Buna göre şirketler, Taslak kapsamında somut duruma uygun gereken tüm önlemleri almaları durumunda, ara tedarikçilerin neden olduğu zararlar için sorumluluk riskinden kendilerini muaf tutabileceklerdir. Bu kural sayesinde şirketlerin, tedarik zincirindeki bazı zararlardan sorumlu olmaktan kurtulmaları mümkün hale gelecektir⁹².

B. İç İlişkide Sorumluluk

LkSG uyarınca tedarik zincirine sahip şirketler, türlerinden bağımsız olarak sorumlu tutulmaktadır. Yükümlülük ihlali durumunda, daha önce de ifade edildiği üzere, şirketin idari para cezası veya şartlar oluştuğu takdirde tazminat ödemesi gündeme gelebilecektir. Ancak şirket, dış ilişkide üstlendiği bu sorumluluğu iç ilişkide yöneticilere rücu edebilir. Zira şirket yönetimi, iç ilişkide şirketin LkSG'deki yasal yükümlülüklerine uymasını sağlamakla mükelleftir (Legalitätspflicht / kanuna uygunluğu sağlama yükümlülüğü)⁹³.

Bununla birlikte yöneticilerin “kanuna uygunluğu sağlama yükümlülüğü”, kanun tarafından şirkete tanınan hareket sahasının sınırlanmasına yol açabilir. Bilhassa şirketin özen yükümlülüğünün ihlali, aynı zamanda yönetimin kanuna uygunluğu sağlama yükümlülüğünün ihlali şeklinde yorumlanırsa, şirketin hareket sahasında olan ve uygunsuz olarak değerlendirilme riski bulunmayan tedbirleri seçmesi rasyonel bir tutum olur. Fakat bu durum ister istemez şirketin daha ekonomik olabi-

⁹¹ Tüm bu hususlarda bkz. König (n 4) 1188

⁹² König (n 4) 1190; Harings and Zegula (n 8) 168; Hübner, Habrich and Weller (n 5) 649. Buna karşılık Taslak'ta benzer bir güvenli liman, şirket yöneticilerinin şirkete karşı olan sorumluluğu bakımından öngörülmemiştir. Öğretide, şirket yönetiminin şirkete kıyasla sistematik bir şekilde daha kapsamlı sorumluluğa tabi olma ihtimali ise reddedilmektedir [Bkz. Burchardi (n 2) 1472]

⁹³ Burchardi (n 2) 1467. Anılan yazar, söz konusu yükümlülüğün prensip olarak şirketler için öngörülen takdir yetkisi ve hareket sahası için de geçerli olması gerektiğine dikkat çekmektedir [(n 2) 1469]

lecek alt seviyedeki önlemleri göz ardı etmesine yol açacaktır. Gerçi ortaklık menfaati düşünüldüğünde, şirketin “uygunluk koşulu” kapsamında -kendisine daha az mali külfetler getirecek- önlemler alması yasa tarafından teşvik edilmektedir. Ancak bu teşvik, yönetim kademesindeki kişisel çıkarlarına ters düşebilir. Çünkü şirketin daha az mali külfet doğuran önlemlere yönelmesi ilk etapta kendi, ikinci etapta yöneticilerin sorumluluğunu doğurabilir. Dolayısıyla uygunluk koşulunun muğlak düzenlenmiş olması, şirket menfaati ile yöneticilerin menfaatinin potansiyel olarak çatışmasına ve yönetimin kendi çıkarları doğrultusunda -şirket adına- hareket etmesine (yani mali külfeti fazla olan tedbirleri tercih etmesine) yol açacaktır. Söz konusu çıkar çatışmasının nasıl çözülebileceği iç ilişkide önemli bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır⁹⁴.

⁹⁴ Bu hususlarda bkz. ve karşı. Burchardi (n 2) 1469. Öğretide Verse, anonim ortaklıklarda yöneticilerin sorumluluğunda ölçüt olarak dikkate alınan “iş adamı kararı” kuralına dayanarak belirsiz hukuki yükümlülüklerle muhatap olan şirket yönetiminin “yükümlülük üçlemesi” adını verdiği birtakım hususlara da dikkat etmesi gerektiğini savunur. Buna göre, yönetimin yasalardaki muğlak kriterlere göre vereceği karar; (1) alınan tedbirin hukuka uygun olma ihtimaline, (2) alternatif bir önlem alınması halinde şirket için oluşacak dezavantajlı durumun ağırlığına ve (3) kendi yasal bakış açısının hatalı olması halinde, -şirketin- yasal bir çıkarının ihlal edilme riskinin ciddiyetine dayanmalıdır. Yazara göre, anılan kriterler nihai olarak belirsiz hukuki duruma ilişkin gri alanların mantıklı ve genelleştirilebilir bir forma girmesine hizmet eder. Yani, bir taraftan hukuka uygunluk noktasında kamu menfaatinin diğer taraftan ise norm muhatabının hareket özgürlüğünü optimal bir dengede tutmayı sağlar [Dirk Verse, ‘Organhaftung bei unklarer Rechtslage- Raum für eine Legal Judgement Rule’ (2017) 46 ZGR 174, 188-189]. Şu hâlde LkSG’nin uygulanması açısından şirket yönetimi, en doğru tedbire karar verebilmek için §3/II’de düzenlenen kriterler (uygunluk koşulu) dışında, bu üç kriteri de göz önünde tutmak zorundadır. Her ne kadar bu yöntem pratiklikten uzak gibi görünse de şirket yönetimine tedarik zincirleri özen yükümlülüklerini uygularken belirli alanlarda hata payı sunma noktasında bir çözüm sunabilir [Burchardi (n 2) 1470]

Späth/Werner ise kaleme aldıkları makalede, Alman kanun koyucusunun son zamanlarda şirketlerin yönetim sistemlerine odaklandığını ve buna ilişkin LkSG başta olmak üzere bazı yasal düzenlemelerin hayata geçirildiğini vurgulamıştır. Yazarlara göre, tüm bu düzenlemeler, şirket yöneticilerinin işletmesel kararları alırken sorumluluklarını doğurmayacak şekilde hareket etmelerini ve takdir yetkilerini kullanmalarını güvence altına alan “iş adamı kararı kuralı”nın (Business Judgement Rule) uygulanmasına doğrudan etki etmektedir. Hatta yazarlara göre, önemli ölçüde artan sorumluluk riskleri göz önünde bulundurulduğunda -yöneticilerin aldığı işletmesel kararlar dışındaki diğer tüm kararları da kapsayacak şekilde- “kanuna uygun karar alma kuralı”na (Legal Judgement Rule) ihtiyaç olup olmadığı artık sorgulanmalıdır. Sorumluluğu daha da ağırlaştıran bu öneriye rağmen Federal Mahkemenin tutumu, ku-

AB Yönerge Taslağı'nda ise LkSG'den farklı olarak şirket yöneticilerinin özen yükümlülüğü açıkça düzenleme altına alınmıştır. Buna göre üye devletler, m. 2/I'de zikredilen şirket yöneticilerinin m. 4'te belirtilen özen yükümlülüğüne ilişkin tedbirlerin ve özellikle m. 5'te düzenlenen özen yükümlülüğünün yerine getirilmesine yönelik stratejiyi oluşturmasını ve izlemesini sağlamakla mükellef kılınmıştır (m. 26/I, c. 1)⁹⁵. Bunun dışında yine Taslak uyarınca üye devletler, yöneticilerin özen yükümlülüklerini yerine getirirken işletmenin menfaatine uygun olacak şekilde hareket etmelerini ve almış oldukları kararların sürdürülebilirlik açısından kısa, orta, uzun vadeli sonuçlarını -gereken hallerde insan hakları, iklim değişikliği ve çevre açısından sonuçları da dahil olmak üzere- dikkate almalarını sağlamakla yükümlüdür (m. 25/I). Dikkat edilirse Taslak'ta, şirket menfaati değerlendirilirken sürdürülebilirlik konusunun da dikkate alınması gerektiği özel olarak vurgulanmıştır. Bu durum kuşkusuz yöneticilerin şirket menfaatini gözetme görevini şekillendirmeyi hedefleyen bir düzenlemedir⁹⁶. Dolayısıyla şirket menfaati doğrultusunda alınacak olan kararların sürdürülebilir nitelikte olması elzemdir. Bunun dışında, tıpkı LkSG'de olduğu gibi, Yönerge Taslağı kapsamında yükümlülük ihlali nedeniyle şirkete para cezası kesilmesi veya tazminat sorumluluğunun gündeme gelmesi, şirket yöneticilerinin şahsi sorumluluğuna zemin hazırlayacaktır⁹⁷.

SONUÇ

Büyük ölçekli şirketlerin tedarik zincirlerinde karşılaşılan çevre ve insan haklarına yönelik ihlaller, birtakım tedbirlerin küresel ölçüde alınmasını zorunlu kılmıştır. Hatta bu açıdan ilk olarak kapitalizmin başkenti Amerika Birleşik Devletleri başta olmak üzere, sömürgecilik konu-

sur olmaksızın hata yapılan hallerde, ilgilileri sorumlu tutmama yönündedir. Nitekim 2014 yılında gerçekleşen 70. Alman Hukukçular Konferansı'nda da "kanuna uygun karar alma kuralı"nın (Legal Judgement Rule) getirilmesine karşı çıkmıştır [Späth and Werner (n 5) 107, özellikle 109]

⁹⁵ Yönerge Taslağı ile getirilen bu yükümlülüğün, LkSG'deki yöneticilerin kanuna uygunluğu sağlama yükümlülüğü (Legalitätspflicht) ile örtüşmesi noktasında bkz. Burchardi (n 2) 1471. Taslak ile yöneticilere getirilen yükümlülüğün iç ilişkiyle alakalı olması hususunda bkz. ve karşı. Hübner, Habrich and Weller (n 5) 650

⁹⁶ Burchardi (n 2) 1472

⁹⁷ König (n 4) 1191

sunda tarihsel mahareti hiçbir zaman yadsınamayacak Fransa ve Hollanda gibi ülkelerin harekete geçmesi manidar olmanın yanı sıra, durumun vahametini de gözler önüne sermektedir. Ticaret yaşamı ve hukuku özelindeki insan hakları geçmişi sabıkalı olan bu ülkeleri daha sonra Almanya takip ederek Tedarik Zincirleri Özen Yükümlülüğü Yasası'nı yürürlüğe koymuştur.

Bu tür münferit düzenlemelerin temel hedefi, her birinin gerekçesinde de özel olarak vurgulandığı üzere, ticaretin ciddi manada küreselleşmesiyle birlikte büyük ölçekli şirketlerin insan hakları ve çevrenin korunması noktasında sınır ötesi sorumluluklar üstlenmelerini sağlamak ve bu manada dünya ölçeğinde bir refleks geliştirebilmektir. Nitekim tam anlamıyla dünya ölçeğinde olmasa bile ticari hinterlandı tüm dünyaya yaygın olan Avrupa Birliği de bu noktada kendisini harekete geçmek durumunda hissederek bir Yönerge Taslağı hazırlamıştır. Taslak henüz yürürlüğe girmese de yakın bir zamanda bu sürecin tamamlanması beklenmektedir. Taslağın yürürlüğe girmesiyle birlikte Almanya başta olmak üzere, birliğe üye olan ülkelerin hali hazırda bu konuda cari olan kanunlarını revize etmeleri, yasal altyapısı bulunmayanların ise söz konusu Yönergeyi hızla iç hukuklarına dahil etmeleri gerekecektir. Çalışmada da görüldüğü üzere, Yönerge Taslağı ile üye ülkelerden Almanya'daki düzenleme (LkSG) arasında, önemli bazı temel farklılıklar bulunmaktadır. Bu hususta ilk akla gelenler, Yönerge Taslağı'nın iklim ve küresel ısınma konusunda özellikle vurgularda bulunması, özen yükümlülüklerine tabi şirketlerin kapsamını daha geniş tutması ve bu doğrultuda tedarik zinciri yerine "değer zinciri" kavramını odak noktası olarak almış olmasıdır. Keza Yönerge Taslağı, özen yükümlülüğe aykırılığın tespiti noktasında LkSG'den farklı olarak mümkün mertebe muğlak kavramlar kullanmaktan kaçınmış ve kullanmak zorunda kaldığı muğlak kavramların açıklamasını da net bir şekilde yapmaya gayret etmiştir. Buna karşılık çalışmada ifade edildiği üzere, Yönerge Taslağı'nda da eleştiriye muhtaç bazı noktalar bulunmaktadır.

Bu tür farklılıklar bir tarafa bırakıldığında, LkSG ile Yönerge Taslağı arasında özellikle tedarik zincirlerinde özen yükümlülüğü ihlallerine karşı öngörülen belli başlı prosedürlerin (risk yönetimi- risk analizi- önleyici tedbirler- iyileştirici tedbirler- şikâyet mekanizması- belgelendirme ve raporlama) benzer olduğu açık bir şekilde görülmektedir. Sadece Yönerge Taslağı'nda -LkSG'nin aksine- gözetim yükümlülüğüne aykırı davranan şirketlerin tazminat sorumluluğu açıkça düzenlenmiştir. Buna

karşılık LkSG bu konuda yalnızca idari yaptırımlar getirmekle yetinmiş ve medeni yaptırımı (tazminat) ise kapsamı dışında bırakmıştır.

Tüm bu ulus ötesi düzenlemeler, Almanya başta olmak üzere AB üyesi ülkelerle yoğun tedarik ilişkileri bulunan ülkemizdeki şirketleri de doğrudan bağladığından, konunun önemi bir kat daha artmaktadır. Özellikle sahada ve yerinde yapılan denetimlerde, insan hakları ve çevre koruma bilinci bakımından karnesi zayıf şirketlerin tedarik zinciri kapsamı dışında bırakılma tehlikesi bulunmaktadır. Ülkemiz, tedarik zincirlerine yönelik yerel ve bölgesel düzenlemelerde atıfta bulunulan ILO sözleşmelerine taraf olduğundan, Çin ve ABD'ye nazaran daha avantajlı konumdadır. Bu avantajı daha da perçinleyebilmek yine ülkemizde faaliyette bulunan şirketlerin elindedir. Bu açıdan şirketlerimizin yapması gereken, küresel düzenlemelerdeki benzer mekanizmaları (risk yönetimi, önleyici ve iyileştirici tedbirler, şikâyet mekanizması vb.) bire iş akışlarına tanımlamak ve her türlü denetime karşı hazırlıklı bulunmaktır.

KAYNAKÇA

Bettermann M and Hoes V, 'Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Besondere Pflichten für Kreditinstitute? ' (2022) 1 BKR (Bank- und Kapitalmarktrecht) 23-29

Bettermann M and Hoes V, 'Die EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive, Besondere Pflichten für Kreditinstitute? ' (2022) 10 BKR 686-693

Bomsdorf T and Blatecki- Burgert B, 'Lieferketten-Richtlinie und Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz' (2022) 5 ZRP (Zeitschrift für Rechtspolitik) 141-144

Burchardi S, 'Lieferkettensorgfaltspflichten: Risiken für die Unternehmensleitung' (2022) 31 NZG (Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht) 1467-1473

Dohrmann V, 'Das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz als Vorbild für den europäischen Gesetzgeber? – Eine kritische Analyse' (2021) 6 CCZ (Corporate Compliance Zeitschrift) 265-272

Ehmann E and Berg D F, 'Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG): Ein erster Überblick' (2021) 15 GWR (Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht) 287-293

Fleischer H, 'Grundstrukturen der Lieferkettenrechtlichen Sorgfaltspflichten' (2022) 7-8 CCZ 205-214

Freund M and Krüger L, 'Das neue Lieferkettensorgfaltspflichten-gesetz, Was haben öffentliche Auftraggeber im Vergabeverfahren zu beachten? - Ein erster Überblick' (2022) 10 NVwZ (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht) 665-670

Gehling C, Ott N and Lüneborg C, 'Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Umsetzung in der Unternehmenspraxis' (2021) 5 CCZ 230-240

Giesberts L, 'Sorgfaltspflichten für die Lieferkette- Das deutsche Gesetz und der EU-Richtlinienentwurf' (2022) 20 NVwZ 1497-1505

Harings L and Zegula F, 'Die 'Lieferkette' als Anknüpfungspunkt der Compliance- Verpflichtungen nach dem LkSG' (2022) 6 CCZ 165-171

Hübner L, Habrich V and Weller M, 'Corporate Sustainability Due Diligence, Der EU-Richtlinienentwurf für eine Lieferkettenregulierung' (2022) 14 NZG 644-651

Köksal M, Alman Tedarik Zincirleri Özen Yükümlülüğü Kanunu Çerçevesinde Türk Şirketlerinin Sorumluluğu (1st edn, Aristo Yayınevi 2022)

König C, 'Die geplante EU-Richtlinie über Nachhaltigkeitspflichten von Unternehmen Zivilrechtliche Haftung und gesellschaftsrechtliche Konsequenzen' (2022) 25 NZG 1186-1192

Leyens P C, Hopt Handelsgesetzbuch, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 9 (41th edn, Verlag C.H.BECK 2022)

Nietsch M and Wiedmann M, 'Der Regierungsentwurf eines Gesetzes über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in der Lieferkette' (2021) 3 CCZ 101-110

Nietsch M and Wiedmann M, 'Der Vorschlag zu einer europäischen Sorgfaltspflichten-Richtlinie im Unternehmensbereich (Corporate Sustainability Due Diligence Directive)' (2022) 5 CCZ 125- 137

Nietsch M and Wiedmann M, 'Adressatenkreis und sachlicher Anwendungsbereich des neuen Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz' (2022) 1-2 NJW 1-7

Ruttloff M, Wagner E, Hahn M and Freihoff L, 'Der Menschenrechtsbeauftragte' (2022) 1-2 CCZ 20-27

Sagan A and Schmidt A J, ‘Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, Ein Überblick aus der Perspektive des Arbeitsrechts’ (2022) 6 NZA-RR 281-291

Späth P and Werner F R, ‘Ist es Zeit für eine Legal Judgment Rule? Rückblick auf die letzte Legislaturperiode und Ausblick auf anstehende Entwicklungen’ (2022) 4 CCZ 107-109

Stöbener de Mora P S and Noll P, ‘Grenzlose Sorgfalt? – Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, Teil 1’ (2021) 29 NZG 1237, 1237-1244

Tarman Z D, ‘İş Dünyası ve İnsan Hakları: Zorunlu İnsan Hakları Durum Tespit Yükümlülükleri’(2022) 3 (71) AÜHFD 1183-1225

Verse D, ‘Organhaftung bei unklarer Rechtslage- Raum für eine Legal Judgement Rule’ (2017) 46 ZGR (Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht) 174-195

Wagner E and Ruttloff M, ‘Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Eine erste Einordnung’ (2021) 30 NJW 2145-2152

**ANONİM ŞİRKET GENEL KURUL TOPLANTI BAŞKANININ
SEÇİMİ, GÖREV SÜRESİ VE GÖREVİNİN SONA ERMESİ***
(ELECTION, TERM AND TERMINATION OF THE PRESIDENT OF THE GENERAL
ASSEMBLY OF JOINT STOCK COMPANY)

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Gizlem TURAN**

ÖZ

Anonim şirket genel kurul toplantılarını esas sözleşmede aksine herhangi bir düzenleme yoksa, genel kurul tarafından seçilen, pay sahibi sıfatını taşıması şart olmayan bir başkan yönetir (TTK m. 419/1). TTK’da ve GK Yönetmeliği’nde anonim şirket toplantı başkanına ilişkin hükümler yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle, anonim şirket genel kurul toplantılarını yönetmek gibi önemli bir görevi bulunan toplantı başkanının seçilmesi, görev süresi ve görevinin sona ermesi konularının ayrıntılı bir şekilde ele alınması gerekmektedir. Çalışmamızda özellikle genel kurul toplantı başkanının ne şekilde belirleneceği, esas sözleşmeye konulacak bir hüküm ile yönetim kurulu başkanının ya da yönetim kurulu üyelerinden herhangi birinin, genel kurul toplantı başkanı olup olamayacağı, esas sözleşmeyle, genel kurul toplantı başkanını seçme yetkisinin yönetim kuruluna bırakılıp bırakılamayacağı, esas sözleşmede belirlenen ya da genel kurul tarafından seçilen toplantı başkanının görev süresi ve görevinin sona ermesi konuları incelenecektir.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 22.04.2023 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 06.06.2023 tarihinde birinci hakem; 18.08.2023 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, gizlem-turan@aydin.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0003-4988-8760

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; TURAN, Gizlem, “Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Başkanının Seçimi, Görev Süresi ve Görevinin Sona Ermesi”, REGESTA, Cilt: 8, Sayı: 2, 2023, s. 243-274.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Genel Kurul, Toplantı Başkanı, Esas Sözleşme, Genel Kurul Kararı.

ABSTRACT

Unless otherwise stated in the articles of association, the general assembly meetings of joint stock companies are chaired by a chairman elected by the general assembly, who is not necessarily a shareholder (TCC art. 419/1). The election of the chairman of the meeting, who has an important task such as managing the general assembly meetings of joint stock companies, his term of office and the termination of his duty should be discussed in detail. In our study, in particular, how the chairman of the general assembly meeting will be determined, with a provision to be included in the articles of association, whether the chairman of the board of directors or any of the members of the board of directors can be the chairman of the general assembly meeting, whether the authority to elect the chairman of the general assembly meeting can be left to the board of directors with the articles of association. The term of office and the termination of duty of the meeting chairman, who is determined or elected by the general assembly, will be examined.

Keywords: Joint Stock Company, General Assembly, Chairman of the Meeting, Articles of Association, General Assembly Resolution.

GİRİŞ

Anonim şirket genel kurul toplantıları, toplantı başkanı tarafından yönetilmekle birlikte, toplantı başkanına ilişkin TTK¹ hükümleri özellikle başkanın seçimi, görev süresi ve görevinin sona ermesi sebepleri yönünden yetersiz kalmaktadır. GK Yönetmeliği²’nde de toplantı başkanına ilişkin hükümler bulunmakla beraber, bu düzenlemeler özellikle say-

¹ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13/01/2011, RG 14/02/2011/27846

² Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik, RG 28/11/2012/28481

miş olduğumuz konular yönünden meydana gelebilecek belirsizlikleri ortadan kaldırmamaktadır.

Toplantı başkanı, genel kurul toplantısının sağlıklı bir şekilde yürütülmesinden sorumludur. TTK'da toplantı başkanının görev ve yetkilerinin neler olduğuna ilişkin ayrıca düzenlenmiş bir madde bulunmamakla birlikte, bazı maddelerde toplantı başkanının görev ve yetkilerine yönelik hususlara yer verildiği görülmektedir. Bu kapsamda, TTK'da, toplantı başkanının, tutanak yazmanı ile gerekli görürse oy toplama memurunu belirleyerek başkanlığı oluşturacağı (TTK m. 419/1), azlığın finansal tabloların ve buna bağlı konuların müzakeresinin ertelenmesini talep etmesi durumunda, genel kurulun bir karar almasına gerek olmaksızın, toplantı başkanının kararıyla toplantının erteleneceği (TTK m. 420/1), genel kurul toplantı tutanağının, toplantı başkanı ve Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanacağı (TTK m. 422/1)³ ve pay sahiplerinin, genel kurul toplantısına yetkisiz katılan kişiler hakkında toplantı başkanına itiraz edebilecekleri (TTK m. 433/2) hükümleri yer almaktadır. GK Yönetmeliği'nde ise; toplantı başkanının, toplantı başkanlığını oluşturacağı (GK Yönetmeliği m. 3/1-d), toplantıyı yönetirken kanuna, esas sözleşmeye ve iç yönerge hükümlerine uygun hareket etmesi gerektiği (GK Yönetmeliği m. 7/4), genel kurula gündemi okuyacağı ya da okutacağı, gündem maddelerinin görüşülme sırasının değiştirilmesine yönelik bir teklifin olup olmadığı ve bir değişiklik önerisi varsa bu durumu genel kurulun onayına sunacağı (GK Yönetmeliği m. 9/1), toplantıda söz alma hakkını düzenleyeceği (GK Yönetmeliği m. 11/2), oylama ve oy kullanma usulünü belirleyeceği (GK Yönetmeliği m. 12), toplantı tutanağını düzenleyeceği (GK Yönetmeliği m. 13/1), toplantı sonunda toplantı tutanağının bir nüshasını ve hazır bulunanlar listesi dâhil toplantı ile ilgili tüm belgeleri şirkete teslim edeceği (BTY m. 14/1), hazır bulunanlar listesini, gündemi ve genel kurul toplantı tutanağının bir nüshasını Bakanlık temsilcisine teslim edeceği (GK Yönetmeliği m. 14/4), genel kurul toplantısını açıp yöneteceği (GK Yönetmeliği m. 23/3)⁴, toplantı tutanağını im-

³ Bakanlık temsilcisinin bulunması gereken genel kurul toplantılarında, temsilci olmadan alınan kararların yokluk yaptırımına tabi olacağı kabul edilmektedir [İsmail Kırca, Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2022) 8]

⁴ Toplantı başkanının, genel kurul toplantısının gündeminde yer alan maddelerden bir kısmının görüşülmemesi yönünde bir karar alması durumunda, ilgili karar hukuka aykırı olmakla birlikte, usule ilişkin olup, genel kurul kararı olmadığından, kararın

zalayacağı (TTK m. 422/1, GK Yönetmeliği m. 26/5), genel kurulun çalışma usul ve esaslarına ilişkin iç yönerge hükümlerini uygulayacağı (GK Yönetmeliği m. 42/1) belirtilmiştir. Mevcut düzenlemelerden de anlaşılabacağı üzere, toplantı başkanı esas olarak genel kurul toplantısının düzgün bir şekilde yürütülmesini sağlamak için ihtiyaç duyduğu tüm yetkilere sahiptir⁵. Toplantı başkanının görevini yerine getirirken tarafsızlık, eşit muamele ve orantılık ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir⁶. Görüldüğü üzere, toplantı başkanının görev ve yetkilerinin kapsamı oldukça geniş bulunmasına rağmen, başkanın seçimi, görev süresi ve görevden alınması hakkında mevcut yasal düzenlemeler yetersiz kalmaktadır.

Toplantı başkanı, bir defa seçilmekle, mevzuattan aldığı yetkileri kullanır. Bunun sonucu olarak, genel kurul, toplantı başkanının yetkileri

TTK m. 445 vd. maddeleri uyarınca iptali istenemez [Emre Kalender, ‘Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Gündemindeki Bir Konunun Görüşülmemesi Mümkün Müdür?’ (2022) 2 (2) Kırıkkale Hukuk Mecmuası 527, 538]

⁵ Michael Hoffmann Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (5th edn, C.H.Beck 2020) §37, Rn. 46, Hartmut Wicke, ‘AktG §129’ in Gerald Spindler and Eberhard Stolz (eds), Beck-Online Grosskommentar zum Aktienrecht (C.H. Beck oHG 2023) Rn. 50. Bunun yanında, esas sözleşmede toplantı başkanının görev ve yetkilerine ilişkin bir düzenleme bulunmuyorsa, toplantı başkanının yetkilerinin belirlenmesinde tek düzenleyici hareket alanının iç yönerge olacağı kabul edilmektedir [Dietmar Kubis, ‘AktG §119’ in Wulf Goette, Mathias Habersack and Susanne Kalss LL.M. (Florenz) (eds), Münchener Kommentar zum AktG, (C.H. Beck München 2022) Rn. 130]

⁶ BeckOGK/Wicke (n 5) AktG §129, Rn. 50. Öğretide bir görüş, genel kurul toplantı başkanının, toplantıda belirli bir karara varıldığını resmi olarak tespit etmesi ve açıklamasından sonra, açıklanan karara itibar edileceğini, bu nedenle, açıklanan kararın, oy hakkı olmayan kişilerin oyları da sayılarak ya da yanlış oylama yapılarak alınması durumunda dahi yokluğundan bahsedilemeyeceğini, bu gibi sebeplerin kararın iptaline yol açacağını ifade etmektedir [Haluk NOMER, Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar (1st edn, Beta Yayıncılık 2008) 57-58, Ulrich PRINZ and Norbert WINKELJOHANN, Beck’sches Handbuch der GmbH (6th edn, C.H.Beck oHG 2021) §4, Rn. 66]. Diğer yandan, toplantı başkanının, pay sahiplerinin toplantıya katılma haklarını engelleyebilecek nitelikte haklarının bulunduğu, toplantı başkanının seçiminin genel kurulda hâkimiyeti elinde bulunduran pay sahiplerinin kontrolü altında olduğu, bu sebeplerle, pay sahiplerinin, ilişkili taraf konumundaki pay sahiplerine karşı korunmaları gerektiği dile getirilmektedir [Rifat Cankat, Anonim Ortaklıklar Hukukunda İlişkili Taraf İşlemleri (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2022) 249]

çerçevesindeki kararını, aksi yönde bir karar vermek suretiyle, toplantı başkanının rızası olmaksızın değiştiremez⁷. Aynı şekilde; genel kurulun, toplantı başkanının hukuka aykırı bir kararını onaylayarak düzeltebilmesi de mümkün değildir⁸. Öte taraftan, toplantı başkanı genel kurulun seyri için sahip olduğu görev ve yetkilerini genel kurula devredemez. Toplantı başkanının, genel kurulun görüşünü almak amacıyla, bir kararı oylamaya sunabilmesi mümkünse de genel kurulun ilgili husustaki kararının hukuken bir bağlayıcılığı bulunmaz ve toplantı başkanının karar verme yetkisine de etki etmez⁹.

Toplantı başkanının, esas sözleşmeyle ya da genel kurul kararıyla seçilmesi mümkündür. Esas sözleşmeyle genel kurul toplantı başkanını belirleme yetkisinin yönetim kuruluna bırakılıp bırakılamayacağı ya da yönetim kurulu başkanı veya yönetim kurulu üyelerinden birinin, genel kurul toplantı başkanı olarak seçilip seçilemeyeceği konularının açıklığa kavuşturulması gereklidir. Diğer yandan, toplantı başkanının görev süresine yönelik bir hükme mevzuatımızda yer verilmemiştir. Bu kapsamda gerek esas sözleşmeyle gerekse de genel kurul kararıyla seçilen toplantı başkanının görevinin yalnızca seçildiği genel kurul toplantısı bakımından mı yoksa aksine bir genel kurul kararı olmadıkça, seçildikten sonraki tüm genel kurul toplantıları bakımından mı devam edeceği tespit edilmelidir. Toplantı başkanının görevinin sona ermesi de genel kurulun gündeminde ilgili hususa yer verilmesine ihtiyaç bulunup bulunmadığı ve görevden alma için önemli sebeplerin varlığına gerek olup olmadığı yönünden başkanın genel kurul kararıyla ve esas sözleşme ile belirlenmiş olması hâlleri bakımından ayrı ayrı incelenmelidir.

I. TOPLANTI BAŞKANININ SEÇİMİ

A. Genel Olarak

TTK m. 419 ve GK Yönetmeliği m. 14/1 hükümleri gereğince genel kurul toplantıları, toplantı başkanı tarafından yönetilir. İstisnai olarak, tek pay sahipli şirketlerde toplantı başkanlığının oluşturulması ve genel kurul toplantısına katılabilecekler listesinin hazırlanması zorunlu-

⁷ Müko AktG/Kubis (5) AktG §119, Rn. 39

⁸ ibid §119, Rn. 39

⁹ Becking (n 5) § 37, Rn. 48

luk arz etmemektedir (GK Yönetmeliği m. 14/2)¹⁰. Anonim şirket genel kurul toplantı başkanı esas sözleşmede aksi yönde bir düzenleme yoksa genel kurul tarafından seçilir (TTK m. 419/1). TTK’da genel kurul toplantı başkanının esas sözleşmeyle tayin edilebileceği, ancak esas sözleşmede toplantı başkanının seçimine ilişkin bir hüküm yoksa, başkanın genel kurul tarafından seçileceği öngörülmüştür. İlgili hükümde, “*esas sözleşmede aksi düzenlenmemişse*” kural olarak toplantı başkanını genel kurulun seçeceği belirtilmiştir. Bu sebeple, ilgili bölümde öncelikle genel kurul tarafından toplantı başkanının seçimi, sonrasında ise esas sözleşme ile bu durumun aksinin düzenlenmesi hususu irdelenecektir. Diğer yandan, TTK m. 419/2 hükmü ile GK Yönetmeliği m. 41 hükümleri de göz önüne alınarak iç yönerge ile de genel kurul toplantı başkanının seçilip seçilemeyeceği konusu değerlendirilecektir.

Anonim şirket ile toplantı başkanı arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin tespiti de toplantı başkanının hem göreve başlaması hem de görevinin sona ermesi konuları bakımından önem arz etmektedir. TTK’da bu yönde bir düzenleme bulunmamakla birlikte, toplantı başkanı ile şirket arasında bir iş görme sözleşmesi mevcuttur. Toplantı başkanı ile şirket arasındaki iş görme sözleşmesi, iş görme ediminin üstlenilmesi, yükümlülüklerin ivazsız olarak da yerine getirilebilmelerinin mümkün olması, işin şahsen ifa edilmesi gerekmesi gibi nedenlerle vekalet sözleşmesine benzetmekle birlikte, toplantı başkanının, vekilden farklı olarak, görevini ifa ederken yer ve zaman konusunda kendi kendine hareket edememesi sebebiyle, vekalet sözleşmesinden ayrılmaktadır. Bu nedenle, kanaatimizce de isabetli olarak, toplantı başkanı ile şirket arasındaki iş görme sözleşmesinin, *sui generis* nitelikte olduğu ve TBK m. 502/2 uyarınca, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin burada da uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir¹¹.

¹⁰ Alman hukukunda aynı yönde bkz. Jens Koch, Aktiengesetz (15th edn, C.H. Beck oHG 2021) §129, Rn. 17. Hukukumuzda kanaatimizde de isabetli bir biçimde, TTK m. 419 hükmünün emredici nitelikte olduğu, bu nedenle tek pay sahipli şirketlerde de toplantı başkanının bulunması gerektiği, GK Yönetmeliği m. 43 hükmünde tek pay sahibinin, toplantı başkanlığının tüm görevlerini kendi başına yapabileceğinin belirtildiği, ancak ilgili hükmün tek pay sahibinin dışındaki bir kişinin de toplantı başkanı olarak seçilmesine engel teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir [Nurdan Orbay Ortaç, Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Başkanı (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2023) 20]

¹¹ Orbay Ortaç (n 10) 49-50

B. Toplantı Başkanının Genel Kurul Kararıyla Belirlenmesi

Anonim şirket esas sözleşmesinde, genel kurul toplantı başkanının seçimine yönelik bir düzenleme yoksa, toplantı başkanı genel kurul tarafından seçilir. Genel kurul toplantısının sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için toplantı başkanı seçilmesi önem arz ettiğinden, genel kurulun gündeminde toplantı başkanının seçimine yönelik bir madde bulunmasa da genel kurulun, diğer gündem maddelerini görüşmeye başlamadan önce toplantı başkanını seçmesi gereklidir¹².

Genel kurul toplantı başkanının, pay sahibi sıfatını taşıması şart değildir (TTK m. 419/1). Bununla birlikte, pay sahibi olmayan bir üçüncü kişinin genel kurul toplantısına başkanlık edip edemeyeceği hususunun, genel kurul toplantısına katılmaya yetkili kişiler bakımından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullanmaları ve bu durumun genel kurul kararının alınmasında etkili olması, ilgili kararın iptaline sebep olur (TTK m. 446/1-b). İlgili hükümler çerçevesinde, öğretide bir görüş, genel kurul toplantı başkanlığına, pay sahiplerinden veya pay sahiplerinin yetkili temsilcilerinden başka birinin seçilmesinin, genel kurul toplantısına katılmaya yetkili olmayan kimselerin toplantıya katılmalarına izin verilmesi anlamına geleceği, TTK m. 419/1 hükmünün, TTK m. 446/1-b hükmüyle birlikte değerlendirilmesi gerektiği, bu nedenle TTK m. 419/1 hükmünde yer alan “*pay sahibi sıfatını taşıması şart olmayan*” ifadesinin, pay sahibi olmamakla birlikte, pay sahibinin temsilcisi sıfatıyla genel kurul toplantısına katılan kişileri kapsadığı, bunlar dışındaki kişilerin ise, genel kurul toplantı başkanı olamayacakları yönündedir¹³. Bir diğer görüş ise, şirkete tamamen yabancı olan üçüncü kişilerin de genel kurul toplantı başkanı olarak seçilebileceklerini, TTK m. 446/1-b bendinde genel kurul kararının iptali bakımından yalnızca genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılmalarının yeterli olmadığını, ayrıca ilgili

¹² Koch (n 10) AktG §129, Rn. 20, Orbay Ortaç (n 10) 20, Hasan Karşoğlu, Anonim Şirket Genel Kurul Kararları, Kararların Alınması ve Etkileri (1st edn, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 2007) 192. Arslanlı, toplantı başkanı seçilmeden oy lama yapılması ve karar verilmesi durumunda, alınan kararın iptalinin talep edilemeyeceği fikrindedir [Halil Arslanlı, Anonim Şirketler II-III (Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller) (1st edn, Fakülteler Matbaası 1960) 41]

¹³ Necat Azarkan, ‘Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarını Kim Yönetir?’ (2012-2013) 17-18 (26-27-28-29) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71, 84-85

kimselerin oy kullanmalarının ve bunun genel kurul kararının alınmasında etkili olmasının gerektiğini, şirket genel kurul toplantılarına bakıldığında, birçok durumda şirkette pay sahibi olmayan hukuki danışmanların veya muhasebecilerin toplantı başkanı olduklarının görüldüğünü, aslında şirkette pay sahibi olmayan kimselerin tarafsız ve profesyonel olmalarından dolayı, toplantı başkanı olarak seçilmelerinin, pay sahiplerinin de menfaatlerine uygun olacağını dile getirmektedir¹⁴. Bu görüş, GK Yönetmeliği m. 5'te de toplantı yerine girebilecek kişiler arasında yönetim kurulu tarafından düzenlenen hazır bulunanlar listesine kayıtlı pay sahipleri veya bunların temsilcileri, yönetim kurulu üyeleri, var ise denetçi, görevlendirilmiş ise Bakanlık temsilcisi yanında, toplantı başkanının üçüncü bir kişi olabilmesi ihtimali de göz önüne alınarak, toplantı başkanının da sayıldığı düşüncesindedir¹⁵. Biz de toplantı başkanının, şirkette tamamen yabancı bir üçüncü kişi olabileceği, pay sahibi veya pay sahibinin temsilcisi dışındaki kişinin, toplantı başkanı olarak genel kurul toplantısına katılmasının, toplantıda oy kullanmadığı müddetçe, TTK m. 446/1-b bendine aykırılık teşkil etmeyeceği, hatta esasında pay sahiplerinin veya temsilcilerinin toplantı başkanı olmaları durumunda, özellikle, kendilerini ilgilendiren konulardaki oylamalar bakımından, sıkıntı oluşabileceği, tüm bu nedenlerle, tarafsız üçüncü kişilerin toplantı başkanı olmalarının şirket menfaatlerine de uygun düşeceği fikrindeyiz.

Genel kurul tarafından toplantı başkanı seçilene kadar toplantıya kimin geçici olarak başkanlık edeceği hususu da öğretilde ihtilaflıdır. Bir görüş, genel kurulu toplantıya çağırma yetkisine sahip olan yönetim kurulunun, genel kurul toplantı başkanı seçilene kadar, genel kurul toplantısının düzeninden de sorumlu olduğunu, bu nedenle, toplantı başkanının seçilmesine kadar olan süreçte genel kurula, geçici olarak yönetim kurulu başkanının ya da yönetim kurulu üyelerinden birinin başkanlık edeceğini dile getirmektedir¹⁶. Yabancı öğretilde bir görüş ise, toplantı başka-

¹⁴ Orbay Ortaç (n 10) 47-48

¹⁵ ibid 47

¹⁶ Koch (n 10) AktG §129, Rn. 20, Wolfgang Hölters and Markus Weber, Aktiengesetz (4th edn, C.H.Beck 2022) AktG §129, Rn. 2, Hans Caspar von der Crone and Franz J. Kessler, 'Die Leitung der Generalversammlung' (2004) 1 (2) Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts-und Finanzmarktrecht (SZW) 1, 5, Orbay Ortaç (n 10) 60

nının seçilmesine kadar genel kurul toplantısını bir önceki genel kurul toplantısında seçilen başkanın yürüteceği yönündedir¹⁷.

Bizim katıldığımız görüşe göre ise, aşağıda ayrıca ayrıntılı bir biçimde açıklanacağı üzere, genel kurul toplantı başkanı ister esas sözleşme ile tayin edilmiş olsun ister genel kurul kararıyla seçilmiş olsun yalnızca seçildiği genel kurul toplantısı bakımından değil, görevinden ayrılınca kadar ki tüm genel kurul toplantıları bakımından, toplantı başkanını sıfatını haiz olduğundan¹⁸, genel kurul tarafından yeni bir toplantı başkanının seçilmesi için, öncelikle hâlihazırdaki toplantı başkanının azledilmesi ya da toplantı başkanının istifası, ölümü, hastalığı gibi nedenlerle toplantı başkanlığı görevinin sona ermiş olması gerekir. Önceki tarihli genel kurul toplantısında seçilen başkanın ölümü, istifası ya da fiili imkânsızlıklar nedeniyle genel kurul toplantısına katılamaması gibi sebeplerin bulunması durumunda, belirtilen kişinin genel kurula geçici olarak başkanlık etmesi de mümkün olamayacağından, yalnızca bu gibi durumlara özgü olarak, toplantı başkanı seçilene kadar, çağrısı yönetim kurulu tarafından yapılan genel kurula, yönetim kurulu başkanının ya da yönetim kurulu üyelerinden birinin geçici olarak başkanlık etmesi ve genel kurul toplantısının sayılan kişiler tarafından açılması¹⁹ gerekir.

Nitekim, GK Yönetmeliği m. 42 hükmünde de genel kurulun çalışma esas ve usullerine ilişkin iç yönerge hükümlerinin *toplantı başkanlığı oluşturuluncaya kadar yönetim kurulu adına, yönetim kurulunun başkanı veya başkan vekili ya da başkanın görevlendireceği yönetim kurulunun bir üyesi tarafından* yerine getirileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, hâlihazırda, önceki genel kurul toplantısında seçilen toplantı başkanı bulunmuyorsa, toplantı başkanlığı da oluşturulamayacağından²⁰, genel kurul toplantısının düzeninden ve işleyişinden, genel kurulu top-

¹⁷ Becking (n 5) §37, Rn. 43

¹⁸ Genel kurul toplantı başkanının görev süresi hakkındaki görüşlerin değerlendirilmesi için bkz. III numaralı başlık

¹⁹ Arslanlı (n 12) 40, Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar (4th edn, Yasa Yayıncılık 1989) 141, Mehmet Bahtiyar and Esra Hamamcıoğlu, Yeni TTK'ya Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları (1st edn, Beta Yayıncılık 2014) 98

²⁰ Toplantı başkanlığının oluşturulmamasının tek başına genel kurul kararlarının geçersizliği sonucunu doğurmayacağı, ancak başkanlığın oluşturulmaması ile sakatlığı ileri sürülen genel kurul kararı arasında uygun nedensellik bağının bulunması durumunda, kararın iptalinin talep edilebileceği yönünde bkz. Bahtiyar and Hamamcıoğlu (n 19) 99, Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi (4th edn, Adalet Yayınevi 2022) §34, N. 203

lantıya çağıran yönetim kurulu sorumlu olacaktır. Zira toplantı başkanı, tutanak yazmanı ile gerek görürse oy toplama memurunu tayin ederek toplantı başkanlığını oluşturur (TTK m. 419/1, GK Yönetmeliği m. 14/2). Toplantı başkanının bulunmaması durumunda, toplantı başkanlığının meydana getirilmesi de mümkün olmayacağından, genel kurulun işleyişinden ve bu kapsamda genel kurul toplantısına geçici başkanlık yapılmasından da yönetim kurulu sorumlu olur²¹.

Bu noktada, ayrıca GK Yönetmeliği m. 23/1 ve m. 23/2 hükümleri ile GK Yönetmeliği Ek-5 İç Yönerge Örneği: m. 6 hükümlerinin de incelenmesi gerekmektedir. GK Yönetmeliği m. 23/1 hükmünde; çağrısı yönetim kurulu tarafından yapılan toplantıların, iç yönergede yapılan belirlemeye uygun olarak, çağrısı yönetim kurulu dışındaki yetkililer tarafından yapılan toplantıların ise iç yönergede bu konuda belirleme yapılmamışsa, bu yetkililer tarafından fiziki ve elektronik ortamda açılacağı ifade edilmiştir. GK Yönetmeliği m. 23/2 hükmünde ise, genel kurulun, açılışı müteakip, ilgili Yönetmeliğin 14. maddesi uyarınca oluşturulacak toplantı başkanlığı tarafından yönetileceği belirtilmiştir. EK-5 İç Yönerge Örneği: m. 6'da ise, toplantının şirket merkezinin bulunduğu yerde (*Esas sözleşmede aksine bir hüküm varsa bu durum belirtilecektir.*), önceden ilan edilmiş zamanda (Kanunun 416. maddesinde belirtilen çağrısız toplantı hükümleri saklıdır) yönetim kurulu başkanı ya da başkan yardımcısı veya yönetim kurulu üyelerinden birisi tarafından, Kanun'un 418. ve 421. maddelerinde belirtilen nisapların sağlandığının bir tutanakla tespiti üzerine açılacağı (*Esas sözleşmede aksine bir hüküm varsa bu durum belirtilecektir.*) öngörülmüştür.

Önemle ve tekraren ifade etmeliyiz ki; biz, hukukumuzda benimsenen diğer görüşten farklı olarak, önceki tarihli genel kurul toplantısında seçilen toplantı başkanının görev süresinin, yalnızca seçildiği genel kurul toplantısı bakımından değil, görevinden ayrılincaya kadar ki tüm genel kurul toplantıları bakımından süreceği görüşünde olduğumuzdan, gerek GK Yönetmeliği m. 42 hükmünün gerek GK Yönetmeliği m. 23/1 ve 23/2 hükümlerinin gerekse de EK-5 İç Yönerge Örneği: m. 6 hükmünün, yalnızca önceki tarihli genel kurul toplantısında seçilen genel kurul toplantı başkanının, toplantı başkanlığı görevini yapamadığı durumlarda

²¹ İlgili kabulün toplantı hakkındaki idari görevlerin yönetim kuruluna ait olmasından kaynaklandığı hakkında bkz. Karşlıoğlu (n 12) 191

uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz. Zira aşağıda da açıklandığı üzere, genel kurul toplantı başkanının görev süresinin, yalnızca seçildiği genel kurul toplantısı ile sınırlı olduğuna ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmamasının yanında, her genel kurul toplantısının başında, toplantı başkanının seçimi yönünde karar almak, toplantının gereksiz yere uzamasına sebebiyet verir. Ayrıca, yönetim kurulunun, her yıl üyeleri arasından bir başkan seçeceğine ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmakla beraber, genel kurul toplantı başkanı hakkında aynı yönde bir hüküm bulunmamaktadır²². Tüm bu nedenlerle, GK Yönetmeliği m. 42, m. 23/1 ve 23/2 hükümleri ve EK-5 İç Yönerge Örneği: m. 6 hükmü, hâlihazırda önceki tarihli genel kurul toplantısında seçilen toplantı başkanının, toplantıyı açıp, toplantıya başkanlık yapamayacağı durumlarda, yani genel kurul toplantı başkanının mevcut olmadığı durumlarda uygulama alanı bulur. Buna göre, genel kurul toplantı başkanının mevcut olmadığı bir genel kurul toplantısı, genel kurulun, yönetim kurulu tarafından toplantıya çağırılması hâlinde, yönetim kurulu tarafından hazırlanan iç yönergede yapılan belirlemeye göre açılır, genel kurulun, yönetim kurulu dışındaki yetkililer tarafından çağırılması durumunda ise, iç yönergede ilgili konuda bir hüküm bulunmuyorsa, çağrıyı yapan kişiler tarafından açılır (GK Yönetmeliği m. 23/1). Akabinde, genel kurul toplantısına bir başkan seçilip, toplantı başkanlığı oluşturularak, toplantı yönetilir (GK Yönetmeliği m. 23/2).

İlgili konuda, son olarak, GK Yönetmeliği m. 42 hükmü ve EK-5 İç Yönerge Örneği: m. 6 hükmü ile GK Yönetmeliği m. 23/1 hükmünün karşılaştırılması gerekir. GK Yönetmeliği m. 42 hükmü ve EK-5 İç Yönerge Örneği: m. 6 hükmü, genel kurulun, yönetim kurulu tarafından toplantıya çağırılması hâlini düzenleyen ve iç yönergede, genel kurul toplantısının açılması hakkında ayrıca düzenleme bulunmayan durumlarda, toplantının, yönetim kurulu adına, yönetim kurulu başkanı ya da başkan yardımcısı veya yönetim kurulu üyelerinden birisi tarafından açılacağını ve genel kurulun çalışma usul ve esaslarını içeren iç yönerge hükümlerinin de toplantı başkanı seçilene kadar, geçici olarak, sayılan kişiler tarafından yerine getirileceğini öngören genel nitelikli düzenlemelerdir. GK Yönetmeliği m. 23/1 hükmü ise, genel kurulun yalnızca yöne-

²² Konu hakkında aşağıda ayrıntılı bir değerlendirme yapılmakla beraber, inceleme konusu açısından arz ettiği önem nedeniyle, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, bu başlık altında da genel kurul toplantı başkanının görev süresi ile ilgili bilgi verilmesine gerek duyulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. III numaralı başlık.

tim kurulu tarafından değil, istisnai olmakla birlikte, yönetim kurulu dışındaki yetkililer tarafından toplantıya çağrıldığı hâlleri de kapsamaktadır. İlgili hükümde, genel kurul toplantısının açılması için, öncelikle iç yönergede bu konu hakkında bir düzenleme bulunup bulunmadığına bakılacağı, genel kurulun, yönetim kurulu dışındaki kimseler tarafından toplantıya çağırılması durumunda ise, öncelikle, iç yönergede toplantının açılması ile ilgili bir hükmün olup olmadığına bakılacağı, iç yönergede ilgili konu hakkında herhangi bir düzenleme mevcut değil ise, genel kurulun, çağrıyı yapan kişiler tarafından açılacağı ifade edilmiştir. Daha açık bir ifadeyle, GK Yönetmeliği m. 42 hükmü ve EK-5 İç Yönerge Örneği: m. 6 hükmü, genel kurulun, yönetim kurulu tarafından toplantıya çağrıldığı ve iç yönergede de genel kurul toplantısının açılmasına yönelik ayrıca bir düzenlemenin bulunmadığı durumlarda uygulama alanı bulur. Genel kurul, yönetim kurulu tarafından toplantıya çağrılmakla birlikte, iç yönergede toplantının açılmasına yönelik bir düzenlemenin bulunduğu veya toplantıya çağrının istisnai olarak yönetim kurulu dışındaki kimseler tarafından yapıldığı hâllerde ise GK Yönetmeliği m. 23/1 hükmü uygulanır²³.

C. Toplantı Başkanının Seçimi Konusunda Esas Sözleşmede Hüküm Bulunması

1. Toplantı Başkanının Esas Sözleşmeyle Belirlenmesi

Kanun koyucu, toplantı başkanının, esas sözleşmede aksine herhangi bir düzenleme yoksa, genel kurul tarafından seçileceğini belirtmiştir (TTK m. 419/1). Görüldüğü üzere, toplantı başkanı öncelikle esas sözleşmeye hüküm konulmak suretiyle tayin edilebilir. Esas sözleşmede toplantı başkanının seçimine yönelik bir maddenin bulunmaması durumunda ise toplantı başkanı genel kurul tarafından seçilir. Esas sözleşmede toplantı başkanının belirlenmiş olması hâlinde toplantının gün ve saati bu kişiye de bildirilmelidir²⁴.

²³ eTTK döneminde yazdığı eserde, Yiğit de genel kurul toplantı başkanının mevcut olmaması durumunda, genel kurulu geçici olarak, toplantıyı açmaya yetkili kişi veya organın açıp yöneteceğini dile getirmiştir [İlhan Yiğit, Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar (1st edn, Vedat Kitapçılık 2005) 145]

²⁴ Hayri Domaniç, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (TTK Şerhi II) (1st edn, Yaylacık Matbaası 1988) 827

Anonim şirket esas sözleşmesinde, genel kurul toplantı başkanının kim olacağına dair doğrudan bir düzenleme bulunması durumunda, genel kurula esas sözleşmede belirtilen kişi başkanlık eder. Esas sözleşmede toplantı başkanı ismen belirtilebileceği gibi, “*hazır bulunanların içindeki en yaşlı pay sahibi*” gibi nitelemelere de yer verilebilir²⁵. Esas sözleşmede, genel kurul toplantı başkanının, pay sahiplerinin dışından ya da pay sahipleri arasından seçilecek bir kişi olacağı kararlaştırılabilir. Özellikle, çatışma eğilimli genel kurul toplantılarında uzmanlık bilgisine sahip pay sahibi sıfatı bulunmayan bir kişinin toplantı başkanlığına seçilmesinin uygun olacağı dile getirilmektedir²⁶. Esas sözleşmede toplantı başkanının belirlenmiş olması durumunda, ayrıca bir seçim kararı alınmasına gerek yoktur²⁷. Toplantı başkanının esas sözleşme ile belirlenmesinin öneri niteliğinde olduğu, başkanın öneriyi kabule zorunlu olmadığı²⁸, bu sebeple, esas sözleşme ile belirlenen toplantı başkanının toplantıya gelmemesi veya başkanlık görevini kabul etmemesi durumunda, toplantıya başkanlık etmek üzere başkan vekili de tayin edilmesinde fayda bulunacağı dile getirilmiştir²⁹.

Esas sözleşmeye konulacak bir hüküm ile genel kurul toplantı başkanı olarak, yönetim kurulu başkanının ya da yönetim kurulu üyelerinden birinin seçilip seçilemeyeceği hususunun da incelenmesi gerekmektedir³⁰. Bu konu üzerinde yabancı öğretide yoğun tartışmalar olduğundan, öncelikle ilgili tartışmalara değinilip, sonrasında hukukumuzdaki durum ele alınacaktır.

Alman hukukunda genel kurul toplantılarının yürütülmesine ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmamakla birlikte, genel kurulun sorunsuz bir

²⁵ İmregün (n 19) 141

²⁶ BeckOGK/Wicke (n 5) AktG §129, Rn. 43

²⁷ Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (5th edn, Vedat Kitapçılık 2020) N. 13-37, Azarkan (n 13) 81

²⁸ Orbay Ortaç (n 10) 27

²⁹ Arslanlı (n 12) 40. Esas sözleşmede toplantı başkan vekilinin de belirlenmiş olması hâlinde, toplantı başkanının görevinden ayrılması durumunda, görev, esas sözleşmeyle belirlenen başkan vekiline geçer. Esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmuyorsa veya başkan vekili de görevi kabul etmezse, genel kurulun yeni bir toplantı başkanı seçmesi gerekir [Hölter and Weber (n 16) AktG §129, Rn. 3]

³⁰ Yönetim kurulu üyelerinin yanında, pay sahipleri, denetçi, tasfiye memurları, bakanlık temsilcisi gibi kişilerin de genel kurul toplantı başkanı olarak seçilip seçilemeyecekleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Orbay Ortaç (n 10) 43-48

şekilde yürütülmesi ve gündem maddelerinin ele alınabilmesi için esas sözleşmede genel kurul toplantılarının işleyişine yönelik hükümlere yer verilmesi tavsiye edilmektedir. Bu kapsamda, genel kurul toplantılarının sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için toplantı başkanının seçilmesi gerektiği, esas sözleşmede toplantı başkanına ilişkin hükümlerin bulunabileceği, esas sözleşmede bir hüküm yoksa, genel kurul kararıyla toplantı başkanının seçileceği kabul edilmektedir³¹. Diğer yandan, yönetici kurul (*Vorstandsrat*) başkanının aynı zamanda genel kurul toplantı başkanlığı görevini yapamayacağı, şirketin yönetim kurulu ile genel kurulunun aynı kişi tarafından yönetilmesinin, toplantı başkanının tarafsızlığı ve şirket menfaatleri nedeniyle yerinde olmayacağı belirtilmiştir³². İcrada görevli yönetim kurulu üyelerinin de şirket yönetimini üstlenen kişiler olmaları nedeniyle aynı zamanda genelde kurula başkanlık etmelerinin doğru bulunmayacağı gerekçesiyle, genel kurul toplantı başkanı seçilemeyecekleri kabul edilmektedir³³. Öte yandan, toplantı başkanlığının tarafsızlığı açısından, icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin, genel kurul toplantı başkanı olmalarında sakınca görünmemektedir³⁴.

Hukukumuz bakımından ise bir görüş, uygulamada şirket esas sözleşmelerine çoğunlukla yönetim kurulu başkanının aynı zamanda genel kurul toplantı başkanı da olacağı yönünde hükümler konulduğunu, ancak genel kurul toplantılarında, yönetim kurulu üyelerinin ibraları, üyeler hakkında sorumluluk davası açılıp açılmayacağı gibi konular görüşüleceğinden, genel kurul toplantı başkanının sayılan kişilerden olmamasının daha uygun olacağını belirtmiştir³⁵.

Bir diğer görüş, yönetim kurulu üyelerinin ibraları ve üyeler hakkında sorumluluk davası açılması gibi genel kurul kararları bakımından, çıkar çatışmalarını önlemek amacıyla toplantı başkanının, yönetim kurulu üyesi sıfatı bulunmayan bir kimseyi başkan yardımcısı olarak ataması

³¹ BeckOGK/Wicke (n 5) AktG §129, Rn. 2, Hölters and Weber (n 16) AktG §129, Rn. 2, Becking (n 5) § 37, Rn. 35, Koch (n 10) AktG §129, Rn. 18

³² BeckOGK/Wicke (n 5) AktG §129, Rn. 43

³³ Hölters and Weber (n 16) AktG §129, Rn. 2

³⁴ BeckOGK/Wicke (n 5) AktG §129, Rn. 45

³⁵ Azarkan (n 13) 81

ve sayılan kararlar bakımından toplantının yönetimini başkan yardımcısına bırakması gerektiği şeklindedir³⁶.

Kanaatimizce, esas sözleşmeyle genel kurul toplantı başkanının, yönetim kurulu başkanı ya da yönetim kurulu üyelerinden biri olarak tayin edilmesi mümkündür. Ancak böyle bir durumda, genel kurul toplantı başkanı seçilen yönetim kurulu başkanının ya da yönetim kurulu üyesinin genel kurul toplantı başkanlığı görevini yerine getirirken tarafsız davranması gerekir. Tarafsız davranmasının mümkün olmadığı durumlarla sınırlı olarak, toplantı başkanının toplantıyı yönetmesi için başkan yardımcısına talimat verebileceği, ancak bunun bir zorunluluk olmadığı görüşündeyiz. Zira, genel kurul toplantı başkanının yönetim kurulu üyelerinden biri olması durumunda, yalnızca ibra ve sorumluluk davası açma hakkındaki genel kurul kararları bakımından tarafsızlığı etkilenmez. Özel denetçi tayini, finansal tabloların incelenmesi ve onaylanması, pay sahiplerinin sorularının yanıtlanması gibi birçok konuda da yönetim kurulu üyesi olan genel kurul toplantı başkanının tarafsızlığını kaybedebilmesi mümkündür. Ayrıca, toplantı başkanı, toplantıyı kural olarak bizzat yönetip, yalnızca belirli işlemler bakımından toplantının yönetimini başkan yardımcısına bırakabileceğinden, bu yöndeki kabul, sorunu çözmek bakımından elverişli olmayacaktır³⁷. Pay sahiplerinin, toplantı başkanının tarafsız davranmadığını düşünceleri durumunda, toplantı başkanı ile şirket arasındaki iş görme sözleşmesinden kaynaklanan güven ilişkisi zedeleneceğinden, pay sahipleri, toplantı başkanının azline karar verebilirler³⁸. Ayrıca, toplantı başkanının tarafsız davranmaması, genel kurul kararlarının sakatlığına yol açacak nitelikteyse, kararların hükümsüzlüğünün dava edilmesi de mümkündür³⁹.

³⁶ Orbay Ortaç (n 10) 43

³⁷ Toplantı başkanının gözetimi ve denetimi altında çalışan yardımcıları tayin etmesi mümkündür. Örneğin, esas sözleşmede ayrıca bir hüküm bulunmasa dahi toplantı başkanı, kendisi tarafından hazırlanan konuşmacı listesine göre bir sonraki konuşmacıya söz verilmesi gibi belirli konularda yardımcı kişilerden yararlanabilir. Bu hususta belirleyici faktör, kendisine belirli bir görev bırakılan kişinin, genel kurul toplantısının gidişatı hakkında önemli herhangi bir yönetim kararı alamıyor olmasıdır [Becking (n 5) § 37, Rn. 39]. Hukukumuz bakımından da toplantı başkanının, görevini bizzat ifa etmesi gerekmele birlikte, gereğinde başkan yardımcısı seçerek belirli konularda yardım alması mümkündür (TTK m. 419/1)

³⁸ Bu konuda bkz. IV, C numaralı başlık.

³⁹ Orbay Ortaç, toplantı başkanının tarafsız olması nedeniyle, genel kurul kararının yalnızca iptalinin değil, yokluğunun ve butlanın da gündeme gelebileceğini ileri sür-

2. Toplantı Başkanının Belirlenmesinin Esas Sözleşmeyle Yönetim Kuruluna Bırakılıp Bırakılamayacağı

Esas sözleşmede aksine düzenleme bulunmadığı takdirde, toplantı başkanının genel kurul tarafından seçileceği düzenlenmekle birlikte (TTK m. 419/1), esas sözleşmede genel kurul toplantı başkanının seçiminin yönetim kuruluna bırakılıp bırakılamayacağı konusunda hukukumuzda doğrudan bir görüşe rastlanmamıştır. Bununla birlikte, ilgili husus yabancı öğretide tartışılmış olduğundan, öncelikle yabancı öğretideki durum aktarılıp, sonrasında ise bunun hukukumuz bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı üzerinde durulacaktır.

İsviçre hukukunda, genel kurulu toplantıya çağırma görevinin kural olarak yönetim kuruluna ait olduğu, bu kapsamda, genel kurul toplantı başkanının da yönetim kurulu tarafından belirleneceği, şirket esas sözleşmelerinde de genel kurul toplantılarının, çoğunlukla yönetim kurulu başkanı ya da yönetim kurulu üyelerinden biri tarafından yönetileceği, ancak bunun yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri içinde yer almadığı dile getirilmiştir⁴⁰. Esas sözleşmeyle yönetim kurulu başkanı veya yönetim kurulu üyelerinin dışında bir kişi de genel kurul toplantı başkanı olarak tayin edilebilir. Yönetim kurulunun, toplantı ve karar nisaplarına ulaşamaması nedeniyle, genel kurul toplantı başkanını seçemediği ya da çıkar çatışması nedeniyle seçmekten kaçındığı istisnai durumlarda ise toplantı başkanının genel kurul tarafından seçileceği ifade edilmektedir⁴¹.

Hukukumuzda esas sözleşmede aksi yönde bir düzenleme bulunmadığı takdirde, toplantı başkanının genel kurul kararıyla seçileceği hüküm altına alınmıştır (TTK m. 419/1). İlgili hüküm uyarınca, esas sözleşmeye, genel kurul toplantı başkanının kim olacağına ya da ne şekilde seçileceğine ilişkin madde konulabilir. Bu kapsamda, esas sözleşmeye, toplantı başkanının, yönetim kurulu tarafından seçileceğine yönelik bir madde konulmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Top-

mektedir [Orbay Ortaç (n 10) 194-195]. Başkanın tarafsız davranma yükümlülüğüne aykırı davranmasının yalnızca alınan kararın iptaline yol açacağı hakkında bkz. Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (8th edn, On İki Levha Yayıncılık 2017) 133

⁴⁰ von der Crone and Kessler (n 10) 4

⁴¹ Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht (2nd edn, Schulthess Verlag 1996) N. 1314b

lantı başkanının seçimi, genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri arasında da düzenlenmediğinden (TTK m. 408/2), esas sözleşmeye konulacak bu yöndeki bir hüküm organlar arasındaki yetki paylaşımını da ihlâl etmeyecektir.

D. Toplantı Başkanının İç Yönerge ile Belirlenmesi

Anonim şirket yönetim kurulu, genel kurulun çalışma esas ve usullerine ilişkin kuralları içeren, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından, asgari unsurları belirlenecek olan bir iç yönerge hazırlar ve genel kurulun onayından sonra yürürlüğe koyar. Bu iç yönerge tescil ve ilan edilir (TTK m. 419/2). İç yönerge, GK Yönetmeliği'nin 40-43. maddeleri arasında da düzenlenmiştir. İlgili Yönetmeliğin 41. maddesinde yönetim kurulu tarafından hazırlanacak iç yönergenin asgari unsurları arasında toplantı başkanlığının oluşturulması da bulunmaktadır.

Bu noktada GK Yönetmeliği m. 41 hükmünün, TTK m. 419/1 ile düzenlenen *“Esas sözleşmede aksine herhangi bir düzenleme yoksa, toplantıyı, genel kurul tarafından seçilen, pay sahibi sıfatını taşıması şart olmayan bir başkan yönetir.”* şeklindeki kanun hükmüne aykırılık oluşturup oluşturmadığı önem arz etmektedir.

Öğretide, iç yönergenin yönetim kurulu tarafından hazırlanıp, genel kurulun onayına sunulduğu ve ancak genel kurulun onayından sonra iç yönergenin yürürlüğe girdiği, genel kurulun iradesini yansıtmaması sebebiyle iç yönerge ile yapılan belirlemenin kanuna aykırılık da teşkil etmeyeceği belirtilmektedir⁴². Bu görüşe göre, iç yönerge, esas sözleşmenin altında yer almakla birlikte, esas sözleşmeyi tamamlayıp, esas sözleşmede ayrıntılı bir şekilde düzenlenemeyen hususları içerdiğinden⁴³, esas sözleşmede toplantı başkanının belirlenmesine ilişkin bir hükmün olmaması durumunda, iç yönerge hükümlerine göre toplantı başkanı tayin edilir.

Kanaatimizce, iç yönergede toplantı başkanının ne şekilde belirleneceğine ilişkin bir hükmün olması hâlini farklı durumları göz önüne alarak değerlendirmek gerekir. Öncelikle, esas sözleşmede toplantı başkanının nasıl tayin edileceğine yönelik bir hüküm olmamakla birlikte, genel kurulun da toplantı başkanının seçimi yönünde ayrıca bir karar

⁴² Orbay Ortaç (n 10) 35

⁴³ Necla Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu (2nd edn, Vedat Kitapçılık 2016) 85

almadığı ve hâlihazırda önceki tarihli genel kurulda seçilen toplantı başkanının da bulunmadığı durumlarda, esas sözleşmenin tamamlayıcısı niteliğinde olan iç yönerge hükümleri, genel kurulun iradesi sayılarak, iç yönergede belirtilen şekilde toplantı başkanı seçilebilir. Ancak hem esas sözleşmede hem de iç yönergede toplantı başkanının kim olacağına yönelik düzenlemeler bulunmasına rağmen, ilgili düzenlemeler farklılık arz edebilir. Böyle bir durumda, TTK m. 419/1 hükmü uyarınca esas sözleşmede yazılı olan düzenlemeye itibar edilmesi gerekir. Zira iç yönerge, hiyerarşik olarak esas sözleşmenin altında yer alıp, esas sözleşmeye aykırılık içeremez⁴⁴. Diğer bir husus ise, şirket esas sözleşmesinde toplantı başkanının belirlenmesine yönelik bir hüküm olmamakla birlikte, iç yönergede toplantı başkanının ne şekilde tayin edileceği hakkında bir düzenleme bulunmasına rağmen, genel kurulun, toplantının başında ayrıca toplantı başkanının seçimine ilişkin bir karar alması hâli olabilir. Bu durumda farklı görüşler benimsenebilir. Bir görüş; iç yönergenin, esas sözleşmenin parçası ve tamamlayıcısı olmasından hareketle, TTK m. 419/1 uyarınca, iç yönergede yer alan hükmün, esas sözleşme hükmü olarak yorumlanması ve bu nedenle iç yönergede yazılı olan usule göre toplantı başkanının tespit edilmesi yönünde olabilir. Bu görüşe göre, iç yönergede toplantı başkanına ilişkin hükmün varlığına rağmen, genel kurulun toplantı başkanı seçmesi durumunda, alınan genel kurul kararı, esas sözleşmeye aykırı olup, ilgili genel kurul kararının iptali gündeme gelebilecektir⁴⁵. Bizim katıldığımız diğer bir görüş ise, esas sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadığından, toplantı başkanının genel kurul tarafından seçilebileceği, bu kapsamda, TTK m. 419/1 hükmüne uygun olarak hareket edildiği, iç yönergede yer alan düzenlemeye, genel kurulun toplantı başkanı hakkında karar vermediği hâllerde gidilebileceği, genel kurul tarafından toplantı başkanının seçimi yönünde karar verilmesinden sonra, artık iç yönergenin ilgili hükmüne itibar edilemeyeceği şeklinde tezahür edebilir.

⁴⁴ Himmet Koç, ‘Anonim Şirketlerde İç Yönerge ve İç Yönergenin Benzer Hukuki Kurumlarla Olan İlişkisi’ (2017) 1 (2) Medeniyet ve Toplum 1, 5

⁴⁵ Kırca, esas sözleşmede genel kurul toplantı başkanına ilişkin bir düzenleme bulunmasına rağmen, toplantı başkanının seçimi hakkında genel kurulun karar alması hâlinde, esas sözleşmenin usûli nedenlerle iptalinin talep edilebileceğini, ancak bunun için alınan genel kurul kararı ile ihlâl edilen esas sözleşme hükmünün arasında illiyet bağının bulunması gerektiğini dile getirmektedir [Kırca (n 3) 90]

II. TOPLANTI BAŞKANININ GÖREV SÜRESİ

A. Genel Olarak

TTK'da ve GK Yönetmeliği'nde toplantı başkanının görev süresine yönelik bir hükme yer verilmemiştir. Esas sözleşmede veya genel kurul kararında toplantı başkanının görev süresi belirlenebilir. Ancak özellikle esas sözleşmede veya genel kurul kararında bu hususun düzenlenmemesi hâli bakımından, toplantı başkanının görev süresinin esas sözleşmede toplantı başkanına ilişkin bir hükmün bulunması ve genel kurul kararı ile toplantı başkanının belirlenmesi açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

B. Esas Sözleşme ile Belirlenen Toplantı Başkanının Görev Süresi

TTK'da ve GK Yönetmeliği'nde genel kurul toplantı başkanının görev süresini belirleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, esas sözleşmeye toplantı başkanının görev süresine yönelik bir hüküm konulması mümkündür. Zira kanun koyucu, esas sözleşmede aksine herhangi bir düzenleme yoksa, toplantıyı genel kurul tarafından seçilen toplantı başkanının yöneteceğini ifade etmiştir (TTK m. 419/1). Bu minvalde, esas sözleşmeye toplantı başkanının görev süresine ilişkin olarak konulan madde de *“esas sözleşmede aksine herhangi bir düzenleme”* kapsamında değerlendirilmelidir.

Esas sözleşmede genel kurul toplantı başkanının kim olduğu tayin edilmekle beraber, toplantı başkanının görev süresi ile ilgili herhangi bir düzenleme olmaması durumunda, toplantı başkanının görevinin yalnızca ilk genel kurul toplantısına özgü mü olduğu yoksa esas sözleşme değişikliği yoluyla farklı bir toplantı başkanı seçilene kadar devam mı edeceği konusu da genel kurul toplantı başkanının görev süresini tespit edebilmek açısından önem arz etmektedir. Alman hukukunda, toplantı başkanının görev süresi kanuni olarak düzenlenmemekle birlikte, esas sözleşmeyle belirlenen genel kurul toplantı başkanının, esas sözleşme değişikliği yapılmadığı sürece görevine devam edeceği, esas sözleşme değiştirilerek genel kurul toplantı başkanının azledilebilmesinin ise ancak önemli sebeplerin varlığı hâlinde mümkün olacağı görüşü ileri sürülmektedir⁴⁶.

⁴⁶ Becking (n 5) §37, Rn. 43

Kanaatimizce, esas sözleşmede genel kurul toplantı başkanının kim olduğuna yönelik bir düzenleme mevcut ise, esas sözleşmede, başkanın sadece ilk genel kurul toplantısına başkanlık edeceği ayrıca düzenlenmedikçe, toplantı başkanı görevinden ayrılmadığı ya da azledilmediği sürece, seçildiği tarihten itibaren tüm genel kurul toplantıları bakımından görevine devam eder. Esas sözleşmede toplantı başkanının kim olacağına yönelik bir düzenleme bulunmasına rağmen, genel kurulun toplantı başkanı seçimine yönelik karar alması, her ne kadar ilgili genel kurulda alınan kararların doğrudan⁴⁷ hükümsüzlüğüne yol açmayacaksa da başkan seçimine ilişkin kararın⁴⁸ iptaline sebebiyet verebilir⁴⁹. Bu hususta tekraren belirtmek gerekir ki; esas sözleşmede başkan vekili belirlenmişse ilgili kişi toplantıya başkanlık yapabilir. Esas sözleşmede böyle bir belirleme bulunmuyor ve toplantı başkanı, görevini sürdürmek istemiyor ya da toplantıda bulunmuyorsa, genel kurul tarafından yeni bir toplantı başkanının seçilmesi gerekir⁵⁰.

C. Genel Kurul Kararıyla Seçilen Toplantı Başkanının Görev Süresi

Esas sözleşmede toplantı başkanı seçimine yönelik herhangi bir düzenleme olmaması durumunda ise toplantı başkanı genel kurul tarafından seçilir (TTK m. 419/1). Genel kurul, toplantı başkanı seçimine ilişkin kararında, toplantı başkanının görev süresini de belirleyebilir.

⁴⁷ Başkanlığın oluşturulmaması ile sakatlığı ileri sürülen genel kurul kararı arasında uygun nedensellik bağının bulunması durumunda, kararın iptalinin talep edilebileceği yönünde bkz. Bahtiyar and Hamamcıoğlu (n 19) 99, PULAŞLI (n 20) §34, N. 203. Yiğit ise, seçimi iptal edilebilir bir genel kurul toplantı başkanının başkanlık yaptığı genel kurulda alınan kararların da iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olacağını belirtmektedir [Yiğit (n 23) 144]

⁴⁸ Azarkan (n 13) 82, Işık Özer, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve Genel Kurulun Elektronik Ortamda Toplanması ve Karar Alması (Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2006) 109. Arslanlı, esas sözleşmede toplantı başkanının kim olacağına yönelik bir düzenleme bulursa da pay sahiplerinin oybirliğiyle alacakları bir kararla başka birini başkan olarak seçebileceklerini, böyle bir genel kurul kararının iptal edilemeyeceğini, çünkü iptal davası açabilmek için gereken muhalefetin tutanağa geçirilmesi şartının bu durumda söz konusu olmayacağını dile getirmiştir [Arslanlı (n 12) 41]

⁴⁹ Yiğit (n 23) 144

⁵⁰ Toplantı başkanının azli hakkında bkz. IV, C numaralı başlık

Şirket esas sözleşmesinde toplantı başkanı ismen belirtilmemekle birlikte, başkanın görev süresi belirtilebilir. Böyle bir durumda da genel kurul tarafından toplantı başkanının seçilmesi gerekir. Yine aynı biçimde, şirket esas sözleşmesinde, genel kurul toplantı başkanının her genel kurul toplantısı için ayrıca seçileceğine yönelik bir hüküm varsa, toplantı başkanı genel kurul tarafından seçilecektir.

Genel kurul toplantısının başında, toplantı başkanının seçimi yönünde ayrıca bir karar alınmadığı takdirde, bir önceki genel kurul toplantısında seçilen başkanın, toplantıya başkanlık edip edemeyeceği konusu da ayrıca değerlendirilmelidir. Alman hukukunda, genel kurul tarafından seçilen toplantı başkanının görevinin, seçildikten sonraki genel kurul toplantılarında da devam edeceği, ancak toplantı başkanının genel kurul tarafından her zaman azledilebileceği, bunun için esas sözleşmede toplantı başkanının seçimine yönelik bir maddenin bulunmasından farklı olarak, genel kurulun adi nisaplarla karar almasının yeterli olacağı ve azil için önemli bir sebebin bulunmasına da ihtiyaç duyulmayacağı belirtilmiştir⁵¹.

Hukukumuzda bir görüş, toplantı başkanının, genel kurul tarafından seçildiği hâllerde, genel kurul toplantısı başladıktan sonra, ilk olarak toplantı başkanının seçilmesi gerektiği, her bir genel kurul toplantısı bakımından, ayrıca toplantı başkanı seçimi yönünde karar alınacağı şeklindedir⁵². Bir diğer görüş de esas sözleşmeyle belirlenen başkanın, tüm genel kurul toplantılarına başkanlık yapacağı, ancak genel kurul kararıyla belirlenen toplantı başkanının sadece seçildiği toplantıya başkanlık yapacağı yönündedir⁵³.

Biz ise, diğer görüşlerden farklı olarak, her bir genel kurul toplantısının başında toplantı başkanının seçimine yönelik ayrı bir oylama yapılabileceği, ancak bunun zorunluluk arz etmediği, genel kurul toplantısının başında, başkan seçimine ilişkin bir oylama yapılmadığı takdirde, önceki tarihli genel kurul toplantı başkanının, mevcut genel kurul toplantısına da başkanlık edeceği kanaatindeyiz. Genel kurul toplantılarının, toplantı başkanı tarafından yönetilmesi gerekmele birlikte (TTK m. 419/1), her bir genel kurul toplantısı için ayrı bir toplantı başkanı seçilmesi zorunluluğu gibi kanuni bir düzenleme bulunmamasının yanında,

⁵¹ Becking (n 5) §37, Rn. 43

⁵² Arslanlı (n 12) 41, Orbay Ortaç (n 10) 30

⁵³ Pulaşlı (n 20) §34, N. 201

her genel kurul toplantısının başında ayrı bir toplantı başkanı seçme kararı almanın genel kurul toplantılarının gereksiz yere uzamasına sebebiyet vereceği de gözden uzak tutulmamalıdır. Öte taraftan, yönetim kurulunun, her yıl üyeleri arasından bir başkan seçeceğine ilişkin kanuni düzenlemenin (TTK m. 366/1) aksine, genel kurul toplantı başkanının seçimi hakkındaki maddede (TTK m. 419/1), toplantı başkanının hangi aralıklarla seçileceğine yönelik bir ibare de bulunmamaktadır.

Her ne kadar genel kurulun toplantı başkanı tarafından yönetilmesi gerektiğinden, gündemde toplantı başkanının seçimiyle ilgili bir madde bulunmasa da toplantı başkanının seçimine karar verilebilecekse de⁵⁴ olağan genel kurul toplantısının asgari gündem maddelerinin düzenlendiği TTK m. 409/1 ve GK Yönetmeliği m. 5/1-a bendi hükümlerinde genel kurul toplantı başkanının seçimi sayılmamıştır. Bu kapsamda, önceki genel kurul toplantısında seçilen başkanın, genel kurul toplantısında görevini yapmaya hazır bir şekilde bulunması ve genel kurulun da ayrıca başka bir toplantı başkanı seçmeye yönelik karar almaması durumunda, önceki tarihli genel kurula başkanlık eden kişinin, mevcut toplantı bakımından da toplantı başkanı olarak görevine devam edeceği fikrindeyiz.

Bununla birlikte, toplantı başkanının ölümü, istifası gibi sebeplerle görev süresinin sona ermesi veya görev süresi içinde başkanlık görevini yapmak istememesi ya da pay sahiplerinin toplantı başkanını görevden alarak yeni bir toplantı başkanı seçmek istemeleri durumunda, genel kurulun gündeminde toplantı başkanının seçimine yönelik bir düzenleme bulunmasa da yeni bir toplantı başkanı seçmelerinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır⁵⁵.

III. TOPLANTI BAŞKANININ GÖREVİNİN SONA ERMESİ ve YENİ TOPLANTI BAŞKANI SEÇİLMESİ

A. Genel Olarak

Genel kurul toplantı başkanı herhangi bir gerekçe göstermesine gerek olmaksızın her zaman istifa ederek görevini sonlandırabileceği gi-

⁵⁴ Orbay Ortaç (n 10) 30

⁵⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. IV numaralı başlık

bi⁵⁶, görevini yapmasına fiili imkânsızlıklar engel olabilir ya da genel kurul tarafından hakkında azil kararı alınabilir.

Toplantı başkanının görevinin sona ermesi ve yeni toplantı başkanının seçimi usulüne ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, toplantı başkanının görevinin sona ermesi konusunda, genel kurul kararının dışında ve genel kurul kararıyla olmak üzere ikili bir ayırım yapılmalıdır.

B.Toplantı Başkanının Görevinin Genel Kurul Kararı Dışında Sona Ermesi

Toplantı başkanının görevi, ölümü, hastalığı ya da başka sebeplerle genel kurul toplantısında hazır olmasına fiili engel bulunması hâllerinde sona erer⁵⁷. Diğer yandan, toplantı başkanı her zaman istifa ederek görevinden ayrılabilir. Toplantı başkanının görevine genel kurul tarafından son verildiği hâllerin dışındaki bu gibi durumlarda, genel kurul tarafından yeni bir toplantı başkanı seçilmesi gerekir. Bu noktada, görevi sona eren toplantı başkanının esas sözleşmeyle atanmış ya da genel kurul kararıyla seçilmiş olması arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Kanun'da toplantı başkanının seçimine ilişkin ağırlaştırılmış nisaplar öngörülmediğinden, toplantı başkanının seçimine adi nisaplarla karar verilir (TTK m. 418/1). Bununla birlikte, toplantı başkanının seçimi için esas sözleşmede ağırlaştırılmış nisap tayin edilebilmesi mümkündür⁵⁸.

Esas sözleşmede toplantı başkanının nitelikleri hakkında bir hükme yer verilmişse, toplantı başkanının görevinin sona ermesi neticesinde yeni seçilecek toplantı başkanı yönünden de esas sözleşmede yer alan hükümlere uyulmalıdır. Bu kapsamda, esas sözleşmede toplantı başkanının, yönetim kurulu tarafından seçileceğine yönelik bir düzenleme varsa, göreve başlayacak olan toplantı başkanı da yönetim kurulu tarafından seçilmelidir. Aynı şekilde, esas sözleşmede toplantı başkanının, yalnızca pay sahipleri arasından seçileceğine ilişkin bir madde bulunması durumunda da genel kurul, ilgili esas sözleşme hükmüne uyarak toplantı başkanını seçmelidir.

⁵⁶ BeckOGK/Wicke (n 5) AktG §129, Rn. 46, Hölter and Weber (n 16) AktG §129, Rn. 3.

⁵⁷ Toplantı başkanının görevinin sona ermesi hâlleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Orbay Ortaç (n 10) 185-193

⁵⁸ Arslanlı (n 12) 40, Orbay Ortaç (n 10) 30

C. Toplantı Başkanının Görevinin Genel Kurul Kararıyla Sona Ermesi

1. Genel Olarak

Toplantı başkanının, genel kurul kararıyla azledilmek istenmesi hâlinde ise bu hususun genel kurulun gündeminde bulunmasına gerek olup olmadığı, toplantı başkanının azli için önemli sebeplerin varlığına ihtiyaç bulunup bulunmadığı ve genel kurulun adi nisaplarla azil kararı alıp alamayacağı yönlerinden toplantı başkanının genel kurul kararıyla seçilmiş olması ve esas sözleşmede genel kurul toplantı başkanının seçimine yönelik bir hüküm olması durumlarına göre ikili bir ayrım yapılmalıdır.

2. Genel Kurul Kararıyla Seçilen Toplantı Başkanı Bakımından

Kanun'da ağırlaştırılmış nisap öngörülmediğinden, genel kurul tarafından seçilen toplantı başkanının azli için de esas sözleşmede ağırlaştırılmış nisap öngörülmediği takdirde, adi nisaplarla karar alınması yeterli olacaktır (TTK m. 418/1). Bununla birlikte, genel kurulun, toplantı başkanının azli hakkında karar alabilmesi için önemli bir sebebin varlığının gerekip gerekmediği ve toplantı başkanının azli ile yeni toplantı başkanının seçiminin gündeme bağlılık ilkesinin istisnalarından birini teşkil edip etmeyeceği hususu da değerlendirilmelidir. Alman hukukunda genel kurul tarafından seçilen toplantı başkanının görevinden alınmasına ilişkin önemli sebepler olmasa da başkanın azline karar verilebileceği belirtilmiştir⁵⁹. Türk öğretisinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre, toplantı başkanı ile şirket arasındaki ilişkiye, niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacağından⁶⁰, TBK m. 512 hükmü gereği vekâlet verenin, her zaman vekalet ilişkisini tek taraflı olarak sona erdirebilmesi mümkün olup, genel kurul toplantı başkanının görevinden alınması için haklı bir sebebin bulunmasına gerek yoktur⁶¹.

Alman öğretisinde, genel kurul toplantı başkanının görevden alınabilmesi için genel kurulun gündeminde bir maddenin bulunmasına

⁵⁹ BeckOGK/Wicke (n 5) AktG §129, Rn. 46

⁶⁰ Konu hakkında bkz. I, A numaralı başlık

⁶¹ Orbay Ortaç (n 10) 188

gerek olmadığı belirtilmiştir⁶². Türk öğretisinde ise katıldığımız bir görüşe göre, toplantı başkanının seçimi kanuni bir zorunluluk arz ettiğinden, bu kişinin azli konusunda da gündemde madde bulunmasına gerek yoktur⁶³. Nitekim, genel kurul toplantısı açıldığında, ilk olarak toplantı başkanının seçilmesi ve toplantı başkanlığının oluşturulması gerekmektedir (TTK m. 419/1, GK Yönetmeliği m. 14/2).

3. Esas Sözleşme ile Belirlenen Toplantı Başkanı Bakımından

Esas sözleşme ile belirlenen genel kurul toplantı başkanının azli için önemli bir sebebin bulunmasına ihtiyaç olup olmadığı ve esas sözleşme ile seçilen toplantı başkanının azli için adi nisapla mı (TTK m. 418/1), yoksa, esas sözleşmenin değiştirilmesi için gereken ağırlaştırılmış nisapla mı (TTK m. 421/1) azil kararının alınacağı konularının da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. İlgili konular özellikle Alman hukukunda çok tartışıldığından, öncelikli olarak Alman hukukundaki görüşlere yer verilip, sonrasında ise ilgili görüşlerin Türk hukuku bakımından da geçerli olup olmayacağı tespit edilecektir.

Alman hukukunda esas sözleşme ile seçilen genel kurul toplantı başkanının önemli sebepler olmaksızın görevinden alınamayacağı belirtilmiştir⁶⁴. Bunun yanında, esas sözleşme hükmüne dayanılarak seçilen toplantı başkanının görevinden alınması esas sözleşme değişikliği niteliğinde olduğundan, esas sözleşme değişikliğine ilişkin ağırlaştırılmış nisaplarla toplantı başkanının azli hakkında karar verilmelidir⁶⁵.

Hukukumuzda bir görüş, Alman hukukunda da belirtildiği gibi esas sözleşmeyle atanan genel kurul toplantı başkanının azline karar verilebileceği, -aksinin kabulünün- özellikle toplantı başkanının önemli görev ihlallerinin bulunduğu durumlarda hakkaniyete uygun olmayacağı, ancak genel kurul kararıyla seçilen toplantı başkanından farklı olarak, bunun için önemli sebeplerin bulunması ve esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin ağırlaştırılmış nisaplarla karar alınması gerektiği yönündedir⁶⁶.

⁶² BeckOGK/Wicke (n 5) AktG §129, Rn. 46

⁶³ Orbay Ortaç (n 10) 30, 191

⁶⁴ BeckOGK/Wicke (n 5) AktG §129, Rn. 47

⁶⁵ BeckOGK/Wicke (n 5) AktG §129, Rn. 47, Becking (n 5) §37, Rn. 43

⁶⁶ Orbay Ortaç (n 10) 189

Önemli sebepler, özellikle ağır görev ihlâli gibi genel kurulun yönetimi ile ilgili olup, genel kurul toplantısının yönetimi ile ilgili bulunmayan hususlar toplantı başkanının azli için önemli sebep teşkil etmez⁶⁷. Öğretide, toplantıya katılmaya yetkisi olduğundan şüphe bulunmayan pay sahiplerinin genel kurul toplantısına kabul edilmemesi, genel kurul toplantısı esnasında ilk kez sorulan soruların toplantı başkanı tarafından gerekçesiz olarak değerlendirmeye alınmaması, oydan yoksun pay sahiplerinin oy kullanmalarına izin verilmesi gibi nedenler önemli sebep olarak kabul edilmektedir⁶⁸. Buna karşılık, genel kurul gündemindeki bazı maddelerin görüşülmesi sırasında şirket ile toplantı başkanı arasında çıkar çatışmasının bulunması, toplantı başkanının azli için önemli sebep teşkil etmez⁶⁹. Diğer taraftan, genel kurul toplantı başkanının, gündemdeki bir madde hakkında tarafsız olmadığını bir önceki genel kurul toplantısında ortaya koymuş olması durumunda, sonraki genel kurul toplantısında da tarafsız olmasının mümkün bulunmadığı gerekçesiyle azline karar verilebilir⁷⁰. Ancak görev ihlâline ilişkin sadece soyut bir tehlikenin varlığı toplantı başkanının azli için önemli bir sebep oluşturmaz⁷¹. Önemli sebeplerin varlığı nedeniyle toplantı başkanının azli oylamasının diğer genel kurul kararlarına ilişkin oylamadan önce yapılması gerekir⁷². Öte yandan, toplantı başkanının görevinden alınmasını gerektirecek önemli sebeplerin bulunması durumunda, esas sözleşmede aksi yönde hüküm bulursa dahi, toplantı başkanının azline karar verilebilir⁷³.

Biz, esas sözleşmeyle belirlenen toplantı başkanının genel kurul tarafından azledilebileceği, ancak bunun için esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin ağırlaştırılmış nisaplarla karar alınmasına ihtiyaç bulunduğu görüşüne katılmaktayız. Toplantı başkanının sırf esas sözleşmeyle belirlenmiş olması sebebiyle azli hakkında karar verilemeyeceğini söy-

⁶⁷ Becking (n 5) §37, Rn. 43

⁶⁸ BeckOGK/Wicke (n 5) AktG §129, Rn. 47, Matthias Schatz and Philip Stein, ‘Die Abwahl des Versammlungsleiters durch die Hauptversammlung’ [2016] NJW-Spezial 335

⁶⁹ BeckOGK/Wicke (n 5) AktG §129, Rn. 47

⁷⁰ Schatz and Stein (n 68) 335

⁷¹ ibid 335

⁷² ibid 335

⁷³ Hans Christoph Grigoleit, Aktiengesetz Kommentar (2nd edn, C.H. Beck/Verlag Vahlen 2020) AktG §129, Rn. 40

lemek, özellikle başkanın görevlerini önemli ölçüde ihlal ettiği durumlarda, genel kurulun buna katlanmasına sebebiyet verecektir ki, böyle bir hususun kabul edilebilmesi mümkün değildir. Diğer yandan, toplantı başkanının esas sözleşme ile belirlenmiş olması durumunda, başkanın azli kararı aynı zamanda esas sözleşme değişikliği anlamına geleceğinden, esas sözleşme değişikliği için aranan nisaplara göre karar alınması gerekir. Öte taraftan, esas sözleşme değişiklikleri için ayrıca belirtilmediği sürece önemli bir nedenin bulunmasına gerek olmadığı, esas sözleşme değişikliği niteliğinde olmasa dahi şirketin zorunlu organı niteliğindeki, yönetim ve temsil yetkisini haiz yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları için bile "*haklı sebebin*" geçerlilik şartı olmadığı, ancak haklı sebep olmaksızın azledilen yönetim kurulu üyesinin tazminat talep edebileceği (TTK m. 364/2) hususları göz önüne alındığında, esas sözleşmeyle belirlenen toplantı başkanının azli için de önemli bir sebebin varlığına ihtiyaç bulunmadığı kanaatindeyiz.

SONUÇ

Anonim şirket genel kurul toplantıları, toplantı başkanı tarafından yönetilir. Anonim şirket esas sözleşmesinde, genel kurul toplantı başkanının seçimine yönelik bir düzenleme bulunmuyorsa, toplantı başkanı genel kurul tarafından seçilir (TTK m. 419/1).

Toplantı başkanının seçimi, genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri arasında bulunmadığından (TTK m. 408/2) ve kanun koyucu toplantı başkanının seçimi hususunda esas sözleşme ile düzenleme yapılabilesine müsaade ettiğinden (TTK m. 419/1), anonim şirket esas sözleşmesine, toplantı başkanının, yönetim kurulu tarafından seçileceğine yönelik bir madde konulabilir. Esas sözleşmeyle, genel kurul toplantı başkanı olarak, yönetim kurulu başkanı ya da yönetim kurulu üyelerinden biri de tayin edilebilir. Böyle bir durumda genel kurul toplantı başkanı seçilen yönetim kurulu başkanı ya da yönetim kurulu üyesi, genel kurul toplantı başkanlığı görevini yerine getirirken tarafsız davranmalıdır. Toplantı başkanı tarafsız davranmasının mümkün olmadığı durumlarda sınırlı olarak toplantıyı yönetmek için başkan yardımcısına talimat verebilir, ancak bu bir zorunluluk arz etmez. Pay sahiplerinin, toplantı başkanının tarafsız davranmadığını düşünmeleri durumunda, toplantı başkanı ile şirket arasındaki iş görme sözleşmesinden kaynaklanan güven ilişkisi zedeleneyeceğinden, pay sahipleri, toplantı başkanının azline karar verebilirler. Ayrıca, toplantı başkanının tarafsız davranmaması,

genel kurul kararlarının sakatlığına yol açacak nitelikteyse, kararların hükümsüzlüğü de dava edilebilir.

Toplantı başkanı, pay sahipleri arasından seçilebileceği gibi, şirkete tamamen yabancı bir üçüncü kişi de olabilir. Üçüncü kişinin, toplantı başkanı olarak genel kurula katılması, TTK m. 446/1-b bendine aykırılık teşkil etmeyeceği gibi, toplantının üçüncü kişiler tarafından yönetilmesi, sayılan kişiler, toplantı gündeminde yer alan konular hakkında tarafsız olacaklarından, şirket menfaatlerine de uygun düşer.

TTK'da ve GK Yönetmeliği'nde genel kurul toplantı başkanının görev süresini belirleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, esas sözleşmeye toplantı başkanının görev süresine yönelik bir hüküm konulması mümkündür. Esas sözleşmede, genel kurul toplantı başkanının kim olduğuna yönelik bir düzenleme mevcut ise, başkanın sadece ilk genel kurul toplantısına başkanlık edeceğinin ayrıca düzenlenmesi hâli dışında, toplantı başkanı görevinden ayrılmadığı ya da azledilmediği sürece, seçildiği tarihten itibaren tüm genel kurul toplantıları bakımından görevine devam eder.

Esas sözleşmede toplantı başkanının seçimine yönelik bir hüküm bulunmaması durumunda, başkan, genel kurul tarafından seçilir. Genel kurul toplantısının başında toplantı başkanının seçimine yönelik ayrı bir oylama yapılmadığı takdirde, önceki tarihli genel kurul toplantı başkanı, mevcut genel kurul toplantısına da başkanlık eder. Genel kurul toplantılarının, toplantı başkanı tarafından yönetilmesi gerekmeyle birlikte (TTK m. 419/1), her bir genel kurul toplantısı için ayrı bir toplantı başkanı seçilmesi zorunluluğu yönünde kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Toplantı başkanının ölümü, istifası gibi sebeplerle görevinin sona ermesi ya da pay sahiplerinin toplantı başkanını görevden alarak, yeni bir toplantı başkanı seçmek istemeleri durumunda ise, genel kurulun gündeminde toplantı başkanının seçimine yönelik bir düzenleme bulunmasa da yeni bir toplantı başkanı seçilebilir.

Önceki tarihli genel kurul toplantısında seçilen toplantı başkanının mevcut olması durumunda, toplantıyı açıp yönetme görevi de ilgili kişiye ait olur. Diğer yandan, önceki tarihli genel kurul toplantı başkanının mevcut olmadığı bir genel kurul toplantısı, genel kurulun, yönetim kurulu tarafından toplantıya çağırılması hâlinde, yönetim kurulu tarafından hazırlanan iç yönergede yapılan belirlemeye göre açılır. Genel kurulun, yönetim kurulu dışındaki yetkililer tarafından çağırılması durumunda ise,

iç yönergede ilgili konuda bir hüküm bulunmuyorsa, çağırısı yapan kişiler tarafından toplantı açılır (GK Yönetmeliği m. 23/1). Akabinde, genel kurul toplantısına bir başkan seçilip, toplantı başkanlığı oluşturularak, toplantı yönetilir (GK Yönetmeliği m. 23/2).

Yönetim kurulu tarafından hazırlanıp, genel kurulun onayına sunulan iç yönergede de toplantı başkanlığının oluşturulmasına yönelik hükümlere yer verilir (GK Yönetmeliği m. 41). Esas sözleşmede, toplantı başkanının nasıl tayin edileceğine yönelik bir hüküm olmamakla birlikte, genel kurulun da toplantı başkanının seçimi yönünde ayrıca bir karar almadığı ve hâlihazırda önceki tarihli genel kurulda seçilen toplantı başkanının da bulunmadığı durumlarda, esas sözleşmenin tamamlayıcısı niteliğinde olan iç yönerge hükümleri, genel kurulun iradesi sayılarak, iç yönergede belirtilen şekilde toplantı başkanı seçilebilir. Ancak hem esas sözleşmede hem de iç yönergede toplantı başkanının kim olacağına yönelik düzenlemeler bulunmasına rağmen, ilgili düzenlemeler farklılık arz edebilir. Böyle bir durumda, TTK m. 419/1 hükmü uyarınca esas sözleşmede yazılı olan düzenlemeye itibar edilmesi gerekir. Zira iç yönerge, esas sözleşmenin altında yer alıp, esas sözleşmeye aykırılık içeremez. Şirket esas sözleşmesinde toplantı başkanının belirlenmesine yönelik bir hüküm olmamakla birlikte, iç yönergede toplantı başkanının ne şekilde tayin edileceği hakkında bir düzenleme bulunmasına rağmen, genel kurul, toplantının başında ayrıca toplantı başkanının seçimine ilişkin bir karar alabilir. Böyle bir durumda ise, esas sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadığından, toplantı başkanı genel kurul tarafından seçilebilir. İç yönergede yer alan düzenlemeye, genel kurulun, toplantı başkanı hakkında karar vermediği hâllerde gidilebilir, genel kurul tarafından toplantı başkanının seçimi yönünde karar verilmesinden sonra, artık iç yönergenin ilgili hükmüne itibar edilmez.

Toplantı başkanının görevinin sona erdiği hâllerde, genel kurul tarafından yeni bir toplantı başkanı seçilmesi gerekir. Bu noktada, görevi sona eren toplantı başkanının esas sözleşmeyle atanmış ya da genel kurul kararıyla seçilmiş olması arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

Genel kurul kararıyla seçilen toplantı başkanının azli için haklı bir sebebe ve gündemde ilgili konu hakkında madde bulunmasına gerek yoktur. Esas sözleşmeyle atanan toplantı başkanı da genel kurul tarafından azledilebilir. Bu hâlde, toplantı başkanının azli için esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin ağırlaştırılmış nisaplarla karar alınmasına ihtiyaç bulunmakla birlikte, haklı sebebin varlığı gerekmez.

KAYNAKÇA

Akdağ Güney N, Anonim Şirket Yönetim Kurulu (2nd edn, Vedat Kitapçılık 2016)

Arslanlı H, Anonim Şirketler II-III (Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller) (1st edn, Fakülteler Matbaası 1960)

Azarkan N, ‘Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarını Kim Yönetir?’ (2012-2013) 17-18 (26-27-28-29) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71- 91

Bahtiyar M and Hamamcıoğlu E, Yeni TTK’ya Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları (1st edn, Beta Yayıncılık 2014)

Becking M H, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (5. edn, C.H.Beck 2020)

Böckli P, Schweizer Aktienrecht (2nd edn, Schulthess Verlag 1996)

Cankat R, Anonim Ortaklıklar Hukukunda İlişkili Taraf İşlemleri (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2022)

Domaniç H, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (TTK Şerhi II) (1st edn, Yaylacık Matbaası 1988)

Grigoleit H C, Aktiengesetz Kommentar (2nd edn, C.H. Beck/Verlag Vahlen 2020)

Hölters W and Weber M, Aktiengesetz (4th edn, C.H.Beck 2022)

İmregün O, Anonim Ortaklıklar (4th edn, Yasa Yayıncılık 1989)

Kalender E, ‘Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Gündemindeki Bir Konunun Görüşülmemesi Mümkün Müdür?’ (2022) 2 (2) Kırıkkale Hukuk Mecmuası 527- 542

Karşlıoğlu H, Anonim Şirket Genel Kurul Kararları, Kararların Alınması ve Etkileri (1st edn, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 2007)

Kırca İ, Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2022)

Koch J, Aktiengesetz (15th edn, C.H. Beck oHG 2021)

Moroğlu E, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (8th edn, On İki Levha Yayıncılık 2017)

Koç H, ‘Anonim Şirketlerde İç Yönerge ve İç Yönergenin Benzer Hukuki Kurumlarla Olan İlişkisi’ (2017) 1 (2) Medeniyet ve Toplum 1-22

Kubis D, ‘AktG §119’ in Wulf Goette, Mathias Habersack and Susanne Kalss LL.M. (Florenz) (eds), Münchener Kommentar zum AktG, (C.H. Beck München 2022) Nomer H, Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar (1st edn, Beta Yayıncılık 2008)

Orbay Ortaç N, Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Başkanı (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2023)

Özer I, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve Genel Kurulun Elektronik Ortamda Toplanması ve Karar Alması (Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2006)

Prinz U and Winkeljohann N, Beck’sches Handbuch der GmbH (6th edn, C.H.Beck oHG 2021)

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Şerhi (4th edn, Adalet Yayınevi 2022)

Schatz M and Stein P, ‘Die Abwahl des Versammlungsleiters durch die Hauptversammlung’ [2016] NJW-Spezial 335-336

Tekinalp Ü, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (5th edn, Vedat Kitapçılık 2020)

von der Crone H C and Kessler F J, ‘Die Leitung der Generalversammlung’ (2004) 1 (2) Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts-und Finanzmarktrecht (SZW) 1-18

Wicke H, ‘AktG §129’ in Gerald Spindler and Eberhard Stilz (eds), Beck-Online Grosskommentar zum Aktienrecht (C.H. Beck oHG 2023)

Yiğit İ, Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar (1st edn, Vedat Kitapçılık 2005)

**#7445 SAYILI KANUN İLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER
IŞIĞINDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK AÇISINDAN
ANONİM ŞİRKETLERDE İBRA DAVASI***

*(RELEASE ACTION AT JOINT STOCK COMPANIES WITH REGARDS TO
MEDIATION AS A PREREQUIREMENT FOR ACTION IN THE LIGHT OF THE
AMENDMENTS INTRODUCED BY CODE NO. 7445)*

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Sercan UÇAR¹

ÖZ

İbra davası, anonim şirket yönetim kurulu üyeleri tarafından şirkete karşı açılan bir ticari davadır. Ayrıca, bize göre de isabetli olan doktrinde hâkim görüşe göre, bu dava, bir menfi tespit davası niteliğindedir. İbra davasının, ticari dava ve menfi tespit davası nitelikleri güncel bir soruyu ortaya çıkarmaktadır. Zira 7445 sayılı Kanun ile TTK m. 5/A'da değişiklik yapılmış ve ticari dava niteliğini haiz menfi tespit davaları, dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. İşte söz konusu düzenleme, hem bir ticari dava hem de bir menfi tespit davası olan ibra davasının da dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığı sorusunun yanıtlanmasını gerektirmektedir. Nitekim bu çalışma, anılan soruyu yanıtlamak; ibra davasının dava şartı arabuluculuk karşısındaki durumunu ortaya koymak amacıyla. Münferit bir soruya yanıt aranmakla birlikte, çalışmada, anonim şirketler hukukunun kendine özgü yapısı ile ara-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 24.07.2023 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 31.08.2023 tarihinde birinci hakem; 04.09.2023 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

¹ Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, sercanucar@uludag.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-6710-0351

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; UÇAR, Sercan, “7445 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler Işığında Dava Şartı Arabuluculuk Açısından Anonim Şirketlerde İbra Davası”, REGESTA, Cilt: 8, Sayı: 2, 2023, s. 275-298.

buluculuk kurumu arasındaki ilişkiye dair ilkesel açıklamalara da yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: 7445 sayılı Kanun, Anonim Şirketler, İbra Davası, Ticari Dava, Menfi Tespit Davası, Dava Şartı Arabuluculuk

ABSTRACT

A release action is a commercial action filed against the company by the executive board members of a joint stock company. In addition, according to the doctrine, which is also correct in our opinion, this action is in the nature of a negative declaratory action. The release action is a negative declaratory action in the nature of a commercial action, which raises a current question. Article 5/A of the Turkish Commercial Code was amended by Code No. 7445 to include negative declaratory actions in the nature of a commercial action in the scope of mediation as a prerequisite for action. This amendment requires answering whether the release action in the nature of both a commercial action and a negative declaratory action is also included in the scope of mediation as a prerequisite for action. This study aims to answer the foregoing question and reveal where the release action status against mediation as a prerequisite for action. Besides seeking an answer to a discrete question, the study provides principal explanations for the correlation between the distinctive structure of the joint stock company law and the mediation institution.

Keywords: Code No. 7445, Joint Stock Companies, Release Action, Commercial Action, Negative Declaratory Action, Mediation as a Prerequisite for Action

GİRİŞ

Kamuoyunda 7. Yargı Paketi olarak da bilinen 7445 sayılı Kanun² m. 31 ile TTK³ m. 5/A'da değişiklik yapılmış ve ticari dava (TTK m. 4)

² İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7445, Kabul Tarihi: 28.03.2023, RG 05.04.2023/32154

niteliğini haiz menfi tespit davalarında arabuluculuk, dava şartı olarak kabul edilmiştir. Kuşkusuz söz konusu düzenleme, en önemli pratik etkisini, takip (icra) hukukuna özgü menfi tespit davalarında (örn. bkz. İİK⁴ m. 72; m. 69/2) gösterecektir. Bununla birlikte, ticari dava niteliğini haiz menfi tespit davaları, takip hukukuna özgü olanlarla sınırlı değildir; hukukumuzda, bu niteliği haiz başkaca menfi tespit davalarına da tesadüf edilmektedir. Bunlardan birisi de anonim şirket yönetim kurulu üyeleri tarafından açılan ibra davasıdır. Belirtilen husus, ibra davasının dava şartı arabuluculuk karşısındaki durumunun ortaya konulmasını gerektirmektedir. Zira, 7745 sayılı Kanun ile değişik TTK m. 5/A, “hangi menfi tespit davalarının” dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu konusunda yeterli açıklığa sahip değildir. Bu durum, uygulamada, bir menfi tespit davası niteliğini haiz ibra davası öncesinde de arabulucuya başvurulmasının şart olup olmadığına dair tereddütlere yol açabilecektir. İşte bu çalışma, ibra davası-dava şartı arabuluculuk ilişkisini ele almak amaçındadır. Peşin olarak vurgulayalım ki, çalışmanın konusu ve kapsamı anılan nokta ile sınırlıdır; aşağıda, yalnızca dava şartı arabuluculuk açısından ibra davasına ilişkin açıklamalara yer verilecektir. Bu sebeple, çalışmada ne ticari dava niteliğini haiz menfi tespit davalarında dava şartı arabuluculuğa ne de ibra davasına dair ayrıntılı açıklamalar yapılacaktır. Doktrinde pek çok kez ve etraflı biçimde ele alınmış olan bu iki kavram, yalnızca çalışma konusunu ilgilendiren yönleriyle ortaya konulacaktır. Sözün kısası çalışma, ibra davasını salt dava şartı arabuluculuk açısından irdelemek gayesindedir. Bu incelemede iki pozitif hukuk normundan hareket edilecektir. Bunlardan ilki, ticari davalarda dava şartı arabuluculuğu düzenleyen 7745 sayılı Kanun ile değişik TTK m. 5/A; ikincisi ise, herhangi bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli ve dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığına dair değerlendirmelerde başlangıç noktası teşkil eden HUAK⁵ m. 1/2'dir.

³ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846

⁴ İcra ve İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG 19.06.1932/2128

⁵ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Kanun Numarası: 6325, Kabul Tarihi: 07.06.2012, RG 22.06.2012/ 28331

I. KONU İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR: TİCARİ DAVA NİTELİĞİNİ HAİZ MENFİ TESPİT DAVALARINDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK VE İBRA DAVASI

A. Ticari Dava Niteliğini Haiz Menfi Tespit Davalarında Dava Şartı Arabuluculuk

Ticari davalarda dava şartı arabuluculuk, 7155 sayılı Kanun⁶ ile birlikte pozitif hukukumuzun konusu halinde gelmiştir. Gerçekten 7155 sayılı Kanun m. 20 ile TTK'ya eklenen m. 5/A'ya göre, *“Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır”*.

Sözü edilen düzenleme bağlamında doktrinde ve uygulamada hatırı sayılır ölçüde tartışmaya yol açan dava çeşidi ise, menfi tespit davası olmuştur. Bu anlamda, konusu bir miktar para olan ticari dava niteliğini haiz menfi tespit davalarının da dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığına ilişkin olarak farklı görüşlere yer verilmiştir. Doktrinde hâkim görüş, menfi tespit davalarında dava konusunun (talep sonucunun) TTK m. 5/A'da ifadesini bulan “bir miktar paranın ödenmesi” olmadığı gerekçesiyle söz konusu davaların dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığını ileri sürmüştür⁷. Menfi tespit davalarının dava şartı

⁶ Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7155, Kabul Tarihi: 06.12.2018, RG 19.12.2018/30630

⁷ Bkz. Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz and Emel Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku (8th edn, Yetkin Yayınları 2022) 283, dn. 2; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan and Muhammet Özkes, İcra ve İflâs Hukuku (9th edn, On İki Levha Yayıncılık 2022) 139; Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes, Murat Atalı and Vural Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk (2nd edn, On İki Levha Yayıncılık 2019) 190-191; Süha Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (2nd edn, Yetkin Yayınları 2022) 156-157; Ali Pash, ‘Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması’ in Ceyda Süral Efeçinar and Mehmet Ertan Yardım (eds), Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 19; Mehmet Ertan Yardım, ‘Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru’ in Ceyda Süral Efeçinar and Mehmet Ertan Yardım (eds), Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 100; Murat Atalı and Ersin Erdoğan, ‘Türk Ticaret Kanunu’nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu’ (2020) 5 (1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fa-

arabuluculuk kapsamında olduğunu savunan ikinci görüş ise, esas olarak, TTK m. 5/A'nın uygulama alanının dava konusuna değil; dava sebebine göre belirlenmesi gerektiği düşüncesine dayandırılmıştır⁸. Benzer durum yargı kararlarında ortaya çıkmıştır. Zira bazı Yargıtay ve BAM kararlarında menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu yönünde hüküm kurulmuş iken, bazı kararlarda tersi sonuca varılmıştır⁹.

Nihayetinde konuyu kanun koyucu çözüme kavuşturmuştur. Daha önce de dikkat çektiğimiz üzere, 7445 sayılı Kanun m. 31 ile TTK m. 5/A'da değişiklik yapılmış ve ticari dava niteliğini haiz itirazın iptali ve istirdat davaları ile birlikte, aynı niteliği haiz menfi tespit davalarında da arabuluculuk dava şartı olarak kabul edilmiştir. Buna göre, “[b]u Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticarî davalardan, konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.” Bu düzenlemeyle birlikte kanun koyucu, doktrininde ve yargı kararlarında menfi tespit davası-dava şartı arabuluculuk iliş-

kültesi Dergisi (2020) 5 (1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 205, 216 - 217; Muhammet Özkes and Pınar Çiftçi, ‘Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dâhil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış)’ (2020) (148) TBB Dergisi 101, 129-130; İbrahim Ermenek and Betül Azaklı Arslan, ‘İcra İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m.5/A)’ (2020) (148) TBB Dergisi 135, 145; Cafer Eminoğlu and Ersin Erdoğan, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk (1st edn, Adalet Yayınevi 2020) 156 vd.; Nihat Taşdelen, Ticari Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk (1st edn, Yetkin Yayınları 2021) 83-84

⁸ Bkz. Ali Cem Budak, ‘Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk’ (2019) 15 (42) Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 25, 33; Nesibe Kurt Konca, ‘Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk’ (2018) (225) SETA Perspektif 1, 5; Cenk Akil, ‘Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Hakkında Usul Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler’ (2020) 11 (41) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 307, 321-322; Barış Toraman, ‘Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tâbi Olup Olmadığı Sorunu’ (2020) 5 (1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3141, 3163

⁹ Menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığına dair örnek kararlar için bkz. Yargıtay 19. HD, 85/454, 13.02.2020; Yargıtay 11 HD, 4396/3198, 01.04.2021; Yargıtay 11 HD, 5986/3832, 20.04.2021; İstanbul 14 BAM, 521/423, 21.03.2019. Aksi yöndeki örnek kararlar için ise bkz. Yargıtay 11 HD, 3048/1093, 10.02.2020; İstanbul 15 BAM, 2103/1517, 04.12.2019 (kararların tümüne Lexpera veri tabanından erişilmiştir)

kisi bağlamında süregelen tartışmalara nokta koymak istemiştir¹⁰. Gerçekten, açık yasal düzenleme gereği, 01/09/2023 ve sonrasında (bkz. 7745 sayılı Kanun geçici m. 1) ticari dava niteliğini haiz ve konusu bir miktar para olan¹¹ menfi tespit davaları açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması bir dava şartıdır.

B. İbra Davası

1. Genel Olarak

Anonim şirket yönetim kurulu üyeleri, kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal etmeleri halinde şirkete karşı verdikleri zararlardan sorumlu olurlar (karş. TTK m. 553/1¹²). Şirketin uğradığı zararlar dolayısıyla, “şirket, her bir pay sahibi ve şirketin iflası halinde alacaklılar” yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açabilir; şirketin zararının tazminini isteyebilirler (bkz. TTK m. 555, m. 556). Yönetim kurulu üyelerinin sözü edilen sorumluluğunu sona erdiren sebeplerin başında ise, genel kurulun ibra kararı vermesi gelmektedir¹³ (TTK m. 408/2/b, m. 558). Zira ibra kararı ile şirket, yönetim kurulu üyesinin ilgili faaliyet döneminde yaptığı işlemlerin kanuna ve esas sözleşmeye uygun olduğunu onaylamakta; ona karşı sorumluluk

¹⁰ Bu konuda ayrıca bkz. ve karşı. Barış Toraman and Hakan Hasırcı, ‘Yedinci Yargı Paketi (7445 Sayılı Kanun) ve Takip Hukuku: Tespit ve Değerlendirmeler’, (2023) 19 (54) Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 3, 39-40

¹¹ Bu konuda bkz. Aşa. II/A.

¹² TTK m. 553’te ifade edildiği üzere, yönetim kurulu üyeleri, sadece şirkete değil; pay sahipleri ve şirket alacaklılarına karşı da sorumludur. Öte yandan, pay sahipleri ve şirket alacaklılarının doğrudan zararları sebebiyle yönetim kurulu üyelerine açacakları sorumluluk davaları, ibra ile ilişkili değildir. İbra, pay sahipleri ve şirket alacaklılarının doğrudan zararları sebebiyle açacakları davalar üzerinde etkiyi haiz değildir. Bu çalışmanın konusu açısından, ibra ve ibra davası kavramları önem arz ettiği için, aşağıda, pay sahipleri ve alacaklıların doğrudan zararları ile ilgili açıklamalara yer verilmeyecektir.

¹³ Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu sona erdiren sebepler hakkında detaylı bilgi için birçoğu yerine bkz. Ersin Çamoğlu, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (3rd edn, Vedat Kitapçılık 2010) 223 vd.; Necle Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (2nd edn, Vedat Kitapçılık 2010), 297 vd.

davası açmayacağı yönünde ve menfi borç ikrarı niteliğinde¹⁴ bir beyanda bulunmaktadır. İbra kararı, “*şirketin, ibraya olumlu oy veren ve ibra kararını bilerek payı iktisap etmiş olan pay sahiplerinin*” üyeye sorumluluk davası açma hakkını ortadan kaldırmaktadır¹⁵ (TTK m. 558/2).

İbra kararının yönetim kurulu üyesi açısından önemi farklı açılardan ele alınabilir. İlk olarak, hemen yukarıda ifade edilen menfi borç ikrarı üye açısından önem arz etmektedir. Zira ibra kararı ile üye, kendisine karşı sorumluluk davası açılıp açılmayacağı belirsizliğinden kurtulmaktadır¹⁶. İkinci olarak ise, ibra, üye hakkında mevcut şüpheleri gidermekte; ona karşı bir güven açıklaması anlamına gelmektedir¹⁷. Bu açıdan yönetim kurulu üyesinin ibranın görüşülmesi ve karara bağlanmasında manevi bir menfaati de vardır¹⁸. Bu sebeplerle, yönetim kurulu

¹⁴ F. Wolfhart Bürgi, Das Obligationenrecht 5. Teil Die Aktiengesellschaft b/2: Art. 698-738 (1st edn, Schulthess & CO AG, Zürich 1969) Art. 698, N. 78; Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I (15th edn, Vedat Kitapçılık 2021) N. 613d; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi (4th edn, Adalet Yayınevi 2022) § 63, N. 103; Mehmet Helvacı, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu (2nd edn, Beta 2001) 137; Rolf Watter and Dubs Dieter, ‘Der Déchargebeschluss’, (2001) (8) Aktuelle Juristische Praxis 908, 909; Akdağ Güney (n 12) 299; Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku (5th edn, Seçkin Yayıncılık 2022) 431; Aydın Çelik, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası (1st edn, Adalet Yayınevi 2007) 103; Salih Canöz, Anonim Şirketlerde İbra (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2021) 38-39; Yargıtay 11. HD, 11856/9175, 28.11.2016; Yargıtay 11. HD, 12814/4510, 26.04.2010. Menfi borç ikrarı niteliğinden dolayı yöneltililebilecek eleştiriler için bkz. Zühtü Aytaç, Anonim Ortaklıklarda İbra (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1982) 32-33. İbra kararının hukuki niteliğine ilişkin olarak farklı yönde görüş ve değerlendirmeler için ise bkz. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht (5th edn, Schulthess Juristische Medien AG 2022) § 16, N. 379; Erol Ulusoy, ‘Şirketler Hukukunda İbranın Hukuki Niteliği’ in Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan (Turhan Kitabevi 2003) 270 vd.; Gizlem Turan, Anonim Şirketler Hukukunda İbra (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2023) 56-57

¹⁵ Hemen ifade edelim ki, ibra kararı, pay sahiplerinin sadece şirket zararları (dolaylı zarar) için açacakları sorumluluk davalarına etki etmektedir. Yoksa pay sahipleri, ibra yönünde oy kullanmış olsalar bile, ibra kararına rağmen doğrudan zararlarının tazmini için yönetim kurulu üyelerine dava açabilirler. Bu konuda bkz. Çamoğlu (n 12) 255-256; Aytaç, İbra (n 13) 208; Şener (n 13) 433; Akdağ Güney (n 12) 320; Canöz (n 13) 208-209

¹⁶ Aytaç, İbra (n 13) 154

¹⁷ Detaylı bilgi için bkz. Aytaç, İbra (n 13) 22 vd.; Canöz (n 13) 46

¹⁸ Aytaç, İbra (n 13) 154; Çelik (n 13) 240; Canöz (n 13) 312-313; Turan (n 13) 311-312

üyeyi ibranın görüşülmesi ve karara bağlanması talebinde bulunabilir. Bu talep, ibra talebi olarak nitelendirilmektedir¹⁹.

İbra talebi üzerine şirket, ibrayı görüşmeli ve karara bağlamalıdır. Ancak üyenin ibra talebi, bazı hallerde şirket nezdinde karşılık bulmaya-bilir; yani üyenin ibra talebi olumsuz karşılanabilir. Bu durumda yönetim kurulu üyesi, dava yoluyla ibrayı elde etme yoluna başvurabilecektir. İşte yönetim kurulu üyelerinin şirkete karşı açtıkları ibra talepli bu dava, ibra davası olarak nitelendirilmektedir²⁰. Türk ve İsviçre hukukunda açık bir yasal düzenlemeye²¹ konu edilmemişse de ibra davası, doktrinde ve yargı kararlarında, ibra talebinde bulunma hakkının bir uzantısı olarak tereddütsüz biçimde kabul görmektedir²².

İbra davasının açılabilmesi tipik durumlar, genel kurulun ibrayı görüşmek üzere toplantıya çağrılmaması veya çağrılrsa da gündemde ibra maddesine yer verilmemesi sebebiyle konunun karara bağlanmamasıdır. Bundan başka, genel kurulun toplantıya çağrıldığı, ibrayı görüştüğü ancak olumsuz yönde karara bağladığı ihtimalde de ibra davası açılabilir. Hemen ifade edelim ki, dile getirilen son ihtimal, genel kurulun yönetim kurulu üyesini ibra etmekle yükümlü olduğu anlamına gelmemektedir. Kuşkusuz genel kurul, ilgili faaliyet döneminde yaptığı işlemlerin kanuna ve esas sözleşmeye uygun olmadığı kanısında ise yönetim kurulu üyesini ibra etmeyebilecektir. Aslında genel kurul, yönetim kurulu üyesini ibra edip etmemek konusunda takdir yetkisine sahiptir; ancak bu yetki sınırsız değildir²³. Eğer ki, yönetim kurulu üyesi, kusursuz bir yönetim sergilemiş ve hesapları kanuna uygun şekilde tutup genel kurula sunmuşsa, artık, genel kurul ibra kararı vermelidir²⁴. Aksi halde yönetim

¹⁹ Çamoğlu (n 12) 244; Aytaç, İbra (n 13) 153; Watter and Dieter (n 13) 914; Çelik (n 13) 233 vd.; Canöz (n 13) 311; Turan (n 13) 310-311

²⁰ Poroy, Tekinalp and Çamoğlu (n 13) N. 615c; Aytaç, İbra (n 13) 173; Helvacı (n 13) 144; Şener (n 13) 436; Canöz (n 13) 345; Turan (n 13) 310 vd.

²¹ Karş. TTK m. 403 gerekçesinde ise ibra davasından söz edildiği görülmektedir: “İbra etmeme kararına karşı dava açılıp, ibra mahkeme kararı ile sağlanabildiği gibi, ...”

²² Çamoğlu (n 12) 244 vd.; Aytaç, İbra (n 13) 173; Helvacı (n 13) 144; Watter and Dieter (n 13) 915; Çelik (n 13) 240; Şener (n 13) 436; Canöz (n 13) 345; Turan (n 13) 310 vd.; Yargıtay 11. HD, 252/594, 07.02.1984; Yargıtay 11. HD, 2459/8041, 10.06.2015 (Her iki karara da Lexpera veri tabanından erişilmiştir)

²³ Aytaç, İbra (n 13) 154; Canöz (n 13) 28-29; Turan (n 13) 308

²⁴ Aytaç, İbra (n 13) 153-154; Canöz (n 13) 349; Turan (n 13) 311

kurul üyesi, ibra davası açabilecektir. Yeri gelmişken burada ekleyelim ki, doktrinde, ortaya koyduğumuz bu son ihtimalde (yani genel kurulun toplantıya çağrıldığı, ibrayı görüştüğü ve fakat olumsuz yönde karara bağladığı halde), yönetim kurulu üyesinin olumsuz ibra/ibra etmeme kararına karşı iptal davası (bkz. TTK m. 445 vd.) da açabileceği yönünde görüşlere rastlanmaktadır²⁵. Bu bağlamda, olumsuz ibra kararına karşı açılan iptal davası ile ibra davasının birbirlerinden farklı olduklarına işaret edilmelidir. Olumsuz ibra kararına karşı açılan iptal davasında mahkeme kararı, sadece genel kurul kararını ortadan kaldırmakta; üyenin ibra edilmesi sonucunu ise doğurmamaktadır²⁶. Bu sebeple söz konusu karar, üyeye karşı açılacak sorumluluk davasında maddi anlamda kesin hüküm (HMK²⁷ m. 303) teşkil etmeyecektir. İbra davasının kabulü ise, genel kurulun ibra kararı vermesi ile paralel hukuki sonuçlar ortaya çıkaracaktır²⁸. Bu doğrultuda mahkeme kararı, şirketin zararı sebebiyle üyeye karşı sorumluluk davası açılması ihtimalini ortadan kaldıracaktır; zira, üyeye karşı açılacak sorumluluk davasında maddi anlamda kesin hüküm teşkil edecektir²⁹. Buraya kadar söylenenler, ibra davasının, olumsuz ibra kararının iptali davasına nazaran yönetim kurulu üyesi için daha lehe sonuçlar doğurduğunu da ortaya koymaktadır. Ancak bu dava-

²⁵ Ünal Tekinalp, ‘İbra Edilmeyen Yönetim Kurulu Üyelerinin veya Denetçilerin İptal Davası Açabilip Açamayacakları Sorunu’, (1976) 23 (4) İktisat ve Maliye Dergisi 165, 166; Zühtü Aytaç, ‘İbranın Reddi - İbra ve Sorumluluk Davası - Yargıtay’ın Görüşü’, in Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan (On İki Levha Yayıncılık 2019), 249 vd., 256-257; Tuğba Semerci Vuraloğlu, ‘Yargıtay Kararları Işığında Anonim Ortaklıkta İbra Edilmeme Kararının İptali Davası ve Hükmen İbra’, in Emek Toraman Çolgar and Abdurrahman Kayıklık (eds), Ticaret Hukukunda Genç Yaklaşımlar (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2021) 66. Bu konuda ayrıca bkz. Pulaşlı (n 13) § 63, N. 146 vd. Ancak karş. Canöz (n 13) 338; Turan (n 13) 297

²⁶ Aytaç, İbra (n 13) 171; Çelik (n 13) 241; Murat Alışkan and İsmail Akbaş, ‘Teori ve Uygulamada Anonim Şirket Genel Kurulu Tarafından Verilen İbranın Reddi Kararına Karşı İptal Davası Açılması’, (2019) 17 (200) Legal Hukuk Dergisi 3469, 3496

²⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836

²⁸ Hatta, mahkeme kararının, genel kurulun ibra kararı vermesinden bile daha lehe olduğu söylenebilir. Zira genel kurul kararı, “şirketin, ibraya olumlu oy veren ve ibra kararını bilerek payı iktisap etmiş olan pay sahiplerinin” (TTK m. 558/2) dava hakkını ortadan kaldırmakta iken, doktrinde, ibra davasının lehe sonuçlanması durumunda, “şirket, tüm pay sahipleri ve alacaklıların” şirketin zararları dolayısıyla dava açamayacağı ifade edilmektedir, bkz. Canöz (n 13) 349; Turan, 319

²⁹ Aytaç, İbra (n 13) 177; Turan (n 13) 319-320

nın kabulü için üye, kusursuz bir yönetim sergilediğini, hesapların usulüne uygun olduğunu ve ibra talebinin reddini haklı kılan nedenlerin bulunmadığını ispatlamalıdır³⁰.

İbra davasında, davacı taraf, ibra talebi karşılıksız kalan yönetim kurulu üyesidir. Öte yandan, dava sırasında yönetim kurulu üyesi sıfatını haiz olmak şart değildir; ibra talebi karşılıksız kalan eski yönetim kurulu üyeleri de bu davayı açabilir³¹. Davalı taraf ise, şirket tüzel kişiliğidir; ibra talebinin karşılıksız kalmasında rolü olduğu akla gelen diğer kişilere (örn. İbra gündemiyle genel kurulu toplantıya çağırmayan yönetim kurulu üyelerine veya genel kurulda ibranın reddi yönünde oy kullanan pay sahiplerine³²) karşı bu dava açılmaz. Kuşkusuz şirket tüzel kişiliği bu davada yönetim kurulu tarafından temsil edilecektir. Hal böyle olunca, bu davada, davacı ve davalı taraflarda aynı kişiler (halen görevde olan yönetim kurulu üyeleri) bulunabilir. Bu durumda, mahkemece şirkete bir temsil kayyımı atanması gerekecektir³³.

2. Hukuki Niteliği

İbra davasının hukuki niteliği iki farklı açıdan ortaya konulabilir. Öncelikle ifade edelim ki, ibra davası bir ticari dava (TTK m. 4) olarak nitelendirilmektedir³⁴. Ayrıca tarafımızca da paylaşılan doktrindeki hâkim görüş, ibra davasının bir menfi tespit davası niteliğinde olduğu yönündedir³⁵. Zira *Aytaç*’ın ifadesiyle bu dava ile yönetim kurulu üyeleri

³⁰ Bu konuda bkz. ve karşı. *Aytaç*, İbra (n 13) 178; Canöz (n 13) 347; Turan (n 13) 321

³¹ Canöz (n 13) 349-350. Bu konuda bkz. ve karşı. Pulaşlı (n 13) § 34, N. 164

³² Canöz (n 13) 350; Turan (n 13) 317. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD, 2659/4162, T. 10.06.2019 (Lexpera)

³³ *Aytaç*, İbra (n 13) 178; Turan (n 13) 317

³⁴ Canöz (n 13) 346; Turan (n 13) 320

³⁵ Bürgi (n 13) Art. 698, N. 88; Poroy, Tekinalp and Çamoğlu (n 13) N. 615c; Çamoğlu (n 12) 146; *Aytaç*, İbra (n 13) 177; Watter and Dieter (n 13) 914; Şener (n 13) 436; Canöz (n 13) 348-349; Turan (n 13) 319; S. Anlam Altay, ‘Yargıtay Kararları Işığında Anonim Ortaklıkta Hükmen İbra’ in İbrahim Bektaş and Yasin Barış Özenci (eds), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXXIV (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2022) 84. Açıkça bu yönde bkz. İstanbul BAM 14. HD, 739/48, T. 18.01.2018. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD, 175/3353, T. 02.05.2019 (Her iki karara da Lexpera veri tabanından erişilmiştir). İbra davasının eda davası niteliğini haiz olduğu görüşü için bkz. Fritz von Steiger, İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku (Tahir Çağa tr, 3rd edn, Fakülteler Matbaası 1968), 321. Ayrıca bkz. ve karşı.

“... ortaklığın kendilerine karşı bir alacak hakkının bulunmadığının tesbitini isterler. ... tazminat davalarına mahal olmadığının hükme bağlanmasına çalışırlar”³⁶. Esasen ibra davasında yönetim kurulu üyesi, şirkete karşı hukuki sorumluluğunun (borcunun) bulunmadığının tespiti talep etmektedir³⁷. Dolayısıyla mahkeme de üyenin şirkete bir borcunun olmadığını tespit etmekte; üyeye karşı sorumluluk davası açılmasına yer olmadığını hükme bağlamaktadır³⁸. Bu söylenenler, ibra davasının menfi tespit davası niteliğini de ortaya koymaktadır.

II. DAVA ŞARTI ARABULUCULUK AÇISINDAN İBRA DAVASI

İbra davası-dava şartı arabuluculuk ilişkisi, iki düzenleme ekseninde irdelenebilir. Öncelikle, 7745 Sayılı Kanun ile değişik TTK m. 5/A çerçevesinde inceleme yapılması ve davanın düzenlemede aranan şartları haiz olup olmadığının ortaya konulması isabetli olacaktır. İkinci olarak ise, ibra davası, HUAK m. 1/2 ekseninde arabuluculuğa elverişlilik yönünden ele almalıdır³⁹.

Halil Arslanlı, Anonim Şirketler II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller (1st edn, Fakülteler Matbaası 1960), 201; Yargıtay 11. HD, 5992/250, T. 15.01.2004 (Lexpera)

³⁶ Aytaç, İbra (n 13) 176. Aynı yönde bkz. Güzin Üçışık and Aydın Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt (1st edn, Adalet Yayınevi 2013), 570; Semerci Vuraloğlu (n 24) 83-84

³⁷ Turan (n 13) 318

³⁸ Aytaç, İbra (n 13) 178-179

³⁹ Bu noktada hemen ifade edelim ki, esasen hukuk tekniği açısından daha doğru olan, evvela arabuluculuğa elverişlilik (HUAK m. 1/2), akabinde ise dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmama (7445 Sayılı Kanun ile değişik TTK m. 5/A) yönünden inceleme yapılmasıdır. Zira, ancak herhangi bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olduğunun tespiti halinde, dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmama incelemesi anlam kazanacaktır. Gerçekten, eğer ki, ortada arabuluculuğa elverişli bir uyuşmazlık yoksa, dava şartı kapsamında olup olmama incelemesi yapmaya da gerek kalmayacaktır. Hal böyle olmakla birlikte, çalışmada farklı bir yöntem izlenmiş ve ibra davası, öncelikle 7445 Sayılı Kanun ile değişik TTK m. 5/A; arkasından ise HUAK m. 1/2 yönünden irdelenmiştir. Bu tercih ile, 7445 Sayılı Kanun ile değişik TTK m. 5/A’nın HUAK m. 1/2’den bağımsız düşünülemeyeceğine dikkat çekilmek istenmiştir. Zira bazı hallerde, dava şartı kapsamında olup olmama sorusuna salt 7445 Sayılı Kanun ile değişik TTK m. 5/A ekseninde yanıt aranması, hatalı sonuçlara yol açabilecektir. Öyle ki, bazı uyuşmazlıklar 7445 Sayılı Kanun ile değişik TTK m. 5/A’da dile getirilen şartları haiz olsalar da arabuluculuğa elverişli olmayabilirler.

A. 7445 Sayılı Kanun ile Değişik TTK m. 5/A Açısından İbra Davası

İbra davası bağlamında ve 7745 Sayılı Kanun ile değişik TTK m. 5/A çerçevesinde dava şartı arabuluculuktan söz edilebilmesi için üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlardan açık ve görece tespiti kolay olan ilk ikisi, davanın “ticari dava niteliğini haiz olması” ve “menfi tespit davası niteliği taşıması” olarak sıralanabilir. Hemen yukarıda, ibra davasının hem bir ticari dava hem de -bizim de katıldığımız doktrinde hâkim görüşe göre- menfi tespit davası niteliğinde olduğu ortaya konulmuştur. Dolayısıyla sözü edilen iki şartın ibra davasında mevcut olduğu söylenebilir.

Üçüncü ve son şart ise, davanın konusunun bir miktar para olmasıdır. Zira 7745 Sayılı Kanun ile değişik TTK m. 5/A’da yer verilen “*konusu bir miktar para olan*” ibaresi, sadece alacak davalarını değil; madenin bütünü ve bu arada menfi tespit davalarını da kapsamaktadır. Dolayısıyla, ticari dava niteliğini haiz her menfi tespit davası için değil, bunlardan yalnızca konusu bir miktar para olanlar için dava şartı arabuluculuktan söz edilebilir⁴⁰. Bu hususu somutlaştırmak adına, menfi tespit davalarında dava konusu hakkında kısaca bilgi vermek faydalı olacaktır:

HMK m. 106’da “*bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi*” talebiyle açılan dava olarak tanımlanan tespit davaları, müspet ve menfi

Aşağıda ortaya koymaya çalıştığımız üzere, ibra davasında da durum bu şekildedir. İşte özellikle uygulamada tereddüt yaratmaya elverişli görünen bu hususa dikkat çekmek adına, çalışmada ibra davası, öncelikle 7445 Sayılı Kanun ile değişik TTK m. 5/A; akabinde ise HUAK m. 1/2 yönünde irdelenmiş ve dava şartı kapsamında olup olmadığı sorusu, söz konusu iki düzenleme arasındaki ilişki esas alınarak yanıtlanmıştır.

⁴⁰ Menfi tespit davası-dava şartı arabuluculuk ilişkisinin tartışmalı olduğu 7445 sayılı Kanun değişikliği öncesi dönemde Atalı/Erdoğan ve Toraman, konusu bir miktar para olmayan menfi tespit davalarında dava şartı arabuluculuktan söz edilemeyeceğini belirtmişlerdir, bkz. Atalı and Erdoğan (n 6) 216; Toraman (n 7) 3153-3154. Yine bu dönemde menfi tespit davası-dava şartı arabuluculuk ilişkisini irdeleyen doktrinde pek çok yazarın (kuvvetle muhtemel konusu başka bir edim olan menfi tespit davaları açısından bir tartışmaya gerek görmemeleri sebebiyle) sadece konusu bir miktar para olan menfi tespit davaları üzerinde durduğu da görülmektedir, bkz. Tanrıver (n 6) 156-157; Ermenek and Azaklı (n 6) 144-145; Akil (n 7) 321; Eminoglu and Erdoğan (n 6) 158-159

tespit davaları olarak iki ayrılmaktadır⁴¹. Menfi tespit davasında davacı, bir hukuki ilişkinin mevcut olmadığının tespitini talep etmektedir⁴². Bu davada, mevcut olmadığının tespiti talep edilen hukuki ilişki farklı hususlara ilişkin olabilir⁴³. Her şeyden önce davacı, davalıya karşı para borcunun olmadığının tespitini isteyebilir. Ancak bu dava ile tespiti talep edilebilecek hukuki ilişkiler, konusu para borcu olanlar ile sınırlı değildir. Örneğin davacı, bir eşyanın teslim edilmesine veya bir işin yapılmasına yer olmadığının tespitini de talep edebilir⁴⁴. İşte 7745 Sayılı Kanun ile değişik TTK m. 5/A’da hukuki sonuç bağlanan menfi tespit davaları, sadece konusu para borcu olanlardır. Yani, sadece konusu para olan (davalının, davalıya karşı para borcu olmadığının tespitini talep ettiği) menfi tespit davalarında arabuluculuk bir dava şartıdır. Kanaatimizce, ibra davasında incelediğimiz üçüncü unsur da gerçekleşmektedir. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere bu davada, davacı yönetim kurulu üyesi, şirkete karşı hukuki sorumluluğunun olmadığının; yani, şirketin kendisinden tazminat talep edemeyeceğinin tespitini talep etmektedir. Başka bir ifadeyle, ibra davasında davacının talep ettiği hukuki himaye, şirkete karşı hukuki sorumluluğunun olmadığının; şirketin kendisinden tazminat talep edemeyeceğinin tespitidir. Bu nedenledir ki, mahkeme de şirketin davacı üyeden tazminat talep edip edemeyeceğini irdelemektedir. Eğer ki, tazminat talep etme hakkının var olduğu tespit edilirse mahkeme, ibra davasını reddedecektir⁴⁵. Aksi halde ise, davayı kabul edecek; şirketin davacı üyeden tazminat talep edemeyeceğini tespit edecektir⁴⁶. Bu yönüyle ibra davası, üyeye karşı yöneltilebilecek tazminat (para) talepli sorumluluk davasında etkisini göstermektedir. Dolayısıyla ibra davasının konusu, aslında, üyeden daha sonra sorumluluk davası ile talep edilebi-

⁴¹ Detaylı bilgi için bkz. Bâki Kuru, *Tesbit Dâvaları* (1st edn, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1963), 21-22

⁴² Kuru (n 40) 21; Ahmet Türk, *Maddi Hukuk ve İcra-İflâs Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası* (1st edn, Yetkin Yayınları 2006), 41

⁴³ Bu konuda bilgi için bkz. Türk (n 41) 44

⁴⁴ Toraman (n 7) 3154

⁴⁵ Aytaç, İbra (n 13) 178; Semerci Vuraloğlu (n 24) 87.

⁴⁶ Aytaç, İbra (n 13) 179; Semerci Vuraloğlu (n 24) 87. İbra davasının kabulü halinde, şirketin yönetim kurulu üyesine karşı herhangi bir “talebe” sahip olmadığının tespit edildiği yönünde bkz. Bürgi (n 13) Art. 698, N. 88; Şener (n 13) 436.

lecek bir miktar paradır⁴⁷; zira bu davada, üyenin şirkete karşı tazminat (para) borcunun olmadığı tespit edilmektedir. Bu nedenle, ibra davasının, 7745 Sayılı Kanun ile değişik TTK m. 5/A’da aranan “konusu bir miktar para olma” koşulunu sağladığı kabul edilmelidir.

Sonuç olarak ibra davası, ticari dava ve menfi tespit davası niteliklerini haiz olması ile bir miktar parayı konu edinmesi sebebiyle 7745 Sayılı Kanun ile değişik TTK m. 5/A’da aranan şartları taşımaktadır⁴⁸.

B. HUAK m. 1/2 Açısından İbra Davası

Arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar HUAK m. 1/2’de düzenlenmiştir. Kanun koyucu, aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığını özel olarak vurgulamış; arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkları ise, “... tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları” şeklinde tarif etmiştir. Görüldüğü üzere kanun koyucu, arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkları sayma yoluna gitmemiş; bunun yerine, hukuku-muza yabancı da olmayan⁴⁹ ilkesel bir elverişlilik kıstası belirlemiştir. Esasen, özel hukuk uyuşmazlıkları (HUAK m. 1/2) gibi, oldukça geniş bir uygulama alanı olan arabuluculuk açısından sayma yolu ile mesele-nin sonuca bağlanması herhalde mümkün de olmazdı. Bu nedenle, kanun koyucunun tercihi isabetli olmuştur⁵⁰.

Arabuluculuğa elverişlilik bağlamında öncelikle ifade edelim ki, kamu düzeniyle ilgili olan uyuşmazlıklar üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri; dolayısıyla bu uyuşmazlıkların arabuluculuğa

⁴⁷ “Çünkü, ibrada ... tazminat talep etme hakkının bulunmadığı hususu önem taşır”, bkz. Aytaç, İbra (n 13) 177. Aynı yönde bkz. Üçışık and Çelik (n 35) 570-571

⁴⁸ Karş. Menfi tespit davaları bakımından dava şartı arabuluculuğun tartışmalı olduğu 7445 Sayılı Kanun değişikliği öncesi dönemde Canözü ve Turan, ibra davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığını ifade etmişlerdir. Her iki yazar da “ibra davasının konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebini içermediği” gerekçesine dayanmışlardır, bkz. Canözü (n 13) 347; Turan (n 13) 320. Ancak kanaatimizce, 7445 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik sonrası bu yaklaşım, yasal altyapısını ve dolayısıyla güncelliğini yitirmiştir.

⁴⁹ Örn. bkz. HMK m. 226/1/a, m. 313/2, m. 308/2; karşı. HMK m. 408

⁵⁰ Bu konuda ayrıca bkz. Tanrıver (n 6) 59 vd.

elverişli olmadıkları konusunda bir tereddüt yoktur⁵¹. Örneğin evlat edinmeye ilişkin davalar ile hizmet tespiti davalarında durum bu şekildedir⁵². Öte yandan, HUAK m. 1/2 karşısında, arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların tespitinde “ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi” kavramına yüklenecek anlam da önem arz etmektedir. Madde gerekçesine göre, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek uyuşmazlıklar, “sulh olmak suretiyle sona erdirilebilecek uyuşmazlıkları” ifade etmektedir⁵³. Sulh ise, “... tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları” sözleşmedir (bkz. HMK m. 313/1). Ancak kanun koyucu, sulh yoluyla sonlandırılabilir uyuşmazlıkları da “ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar” şeklinde tarif etmiştir (HMK m. 313/2). Görüldüğü üzere, HUAK m. 1 gerekçesinde yapılan açıklama, arabuluculuğa elverişlilik açısından kavramsal bir kısır döngüden öteye anlam taşımamaktadır⁵⁴. Bu nedenle, arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların tespiti doktrin ve yargı kararlarının işi haline gelmektedir.

Doktrinde Kılıçoğlu’nun da belirttiği gibi, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek konular, “kişilerin özgür iradelerine terk edilmiş olan, kullanıp kullanmamaya karar verebilecekleri hak ve yetkileri” ifade etmektedir⁵⁵. Bu sebeple, tarafların özgür iradelerine terk edilmeyen; yani,

⁵¹ Nitekim HUAK m. 1 gerekçesinde de bu hususa dikkat çekilmiştir: “Bu durum karşısında, kamu düzenine ilişkin olan ve dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmalarına olanak vermeyen hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında, arabuluculuk kurumuna müracaat edilemeyecektir”. Doktrinde de kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı ortaya konulmaktadır. Birçoğu yerine bkz. Tanrıver (n 6) 59; Ekmekçi, Özkes, Atalı and Seven (n 6) 51-52. HUAK m. 1/2 anlamında kamu düzeni kavramının anlamı hakkında detaylı bilgi için bkz. Cenk Akil, ‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı’ in Emel Hanağası and Mustafa Göksu (eds), Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan (Yetkin Yayınları 2014) 79-80

⁵² Ekmekçi, Özkes, Atalı and Seven (n 6) 51. Başkaca örnekler için ise bkz. Tanrıver (n 6) 60-61

⁵³ Bkz. HUAK m. 1 gerekçesi: “Öte yandan, anılan kurum, her tür hukuk uyuşmazlıklarında değil; ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, yani ‘sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları’ bağlamında uygulanma alanı bulacaktır.”

⁵⁴ Bkz. Ebru Tüzemen Atik, ‘Anonim Şirketlerden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği Üzerine Düşünceler’ in Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan C. II (Yetkin Yayınları 2002) 1512

⁵⁵ Ahmet M. Kılıçoğlu, Arabuluculuk Sözleşmeleri (3rd edn, Turhan Kitabevi 2022), 25

hukuk düzeninin taraflara kendi iradeleriyle sonuca varma izni vermediği⁵⁶ konular, arabuluculuğa elverişli değildir. O halde arabuluculuğa elverişlilik değerlendirmesinde incelenmesi gereken temel nokta, uyuşmazlık konusunun tarafların özgür iradelerine terk edilip edilmediği; hukuk düzeninin taraflara kendi iradeleriyle sonuca varma yetkisi tanıyıp tanımadığıdır. Kuşkusuz sözü edilen incelemede, uyuşmazlık konusunun üçüncü kişilerin menfaatlerini etkileyip etkilemediği de dikkate alınmalıdır. Zira, sonucu üçüncü kişilerin menfaatlerini de etkileyen uyuşmazlıkların tarafların özgür iradelerine terk edildiği ve dolayısıyla arabuluculuğa elverişli olduğu söylenemez⁵⁷.

Arabuluculuğa elverişlilik açısından anonim şirketler hukukundan kaynaklanan korporatif nitelikli uyuşmazlıklar⁵⁸ ayrıca irdelenmelidir. Zira anonim şirketler, “şirket, pay sahipleri, alacaklılar ve toplum (kamu)” gibi, farklı çıkar gruplarını bünyelerinde barındırmaktadır⁵⁹. Bu sebeple, anonim şirketler hukuku uyuşmazlıkları, pek çok halde, sadece o uyuşmazlığa taraf olanları değil; diğer çıkar gruplarını da ilgilendirmektedir. Gerçekten, doktrinde *Eminoğlu*’nun da dikkat çektiği üzere, anonim şirketlere dair pek çok uyuşmazlık, usul hukuku açısından iki taraflı (davacı/davalı ya da arabuluculuk sürecinde başvuru/karşı taraf) görünse bile, uyuşmazlığın çözümü sadece o iki tarafı değil; diğer çıkar gruplarının (yani şeklen uyuşmazlığın tarafı görünmeyen üçüncü kişilerin) menfaatlerini de etkileyecektir⁶⁰. Bu sebeple, anılan uyuşmazlıklarının pek çoğu, usul hukuk açısından uyuşmazlığın tarafı görünenlerin “özgür iradelerine terk edilmiş, kullanıp kullanmamaya karar verebilecekleri” konular değildir. Dolayısıyla bu uyuşmazlıkların pek çoğu, arabuluculuğa elverişli de değildir⁶¹. Öte yandan doktrinde, anonim şirket-

⁵⁶ Eminoğlu and Erdoğan (n 6) 49-50

⁵⁷ Bu konuda ayrıca bkz. Yardım (n 6) 95

⁵⁸ Korporatif nitelikteki uyuşmazlık kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Cafer Eminoğlu, ‘Anonim Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği ve Elverişliliğin Tespitinde Ölçüt Önerileri’ (2021) 7 (2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 271, 278 vd.; Tüzemen Atik (n 53) 1521-1522

⁵⁹ Detaylı bilgi için bkz. İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirali Çelik and Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1 (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013), 255 vd.

⁶⁰ Eminoğlu (n 57) 279

⁶¹ Eminoğlu (n 57) 280; Tüzemen Atik (n 53) 1545. Karş. Akil, Kapsam (n 50) 110

ler hukukundan kaynaklanan korporatif nitelikli uyumsuzlukların arabuluculuğa elverişliliği konusunda somut kıstaslara da başvurulabileceği ifade edilmektedir⁶². Bu açıdan göz önünde tutulması gereken belki de en önemli kıstas ise, anonim şirketlerin organsal düzeni ile organları arasındaki yetki paylaşımıdır. Şöyle ki:

Bilindiği üzere, anonim şirketlerin yönetim kurulu (TTK m. 359 vd.) ve genel kurul (TTK m. 407 vd.) olmak üzere iki zorunlu organı vardır⁶³. Ayrıca TTK’da bu iki organ arasındaki iş bölümü netleştirilmiştir. Kanun koyucu, yönetim kurulu (TTK m. 375⁶⁴) ve genel kurulun (TTK m. 408/2⁶⁵) devredilemez görev ve yetkileri ile bunlar dışında kalan hususlara ilişkin yetki paylaşımını açıkça düzenlemiştir (bkz. TTK m. 374, m. 408/1). Esasen kanun koyucu, her iki organa da bazı yetkileri hasretmiş ve organlardan birisine hasredilmiş yetkilere, diğer organın müdahale edememesi esasını benimsemiştir (ayrıca bkz. TTK m. 391/1/d⁶⁶). Yönetim kurulu ile genel kurul arasındaki bu yetki paylaşımı arabuluculuk sürecinde de göz ardı edilmemelidir. Öncelikle belirtelim ki, arabuluculuk sürecinde şirket, kural olarak, temsil organı olan (TTK m. 365/1) yönetim kurulu tarafından temsil edilecektir. Öte yandan yönetim kurulu, tıpkı genel kurulun yetkisine giren konularda karar almaya yetkili olmadığı gibi (TTK m. 391/1/d), genel kurulun yetkisine giren

⁶² Eminoglu (n 57) 281 vd.; Tüzemen Atik (n 53) 1521 vd.

⁶³ Denetçi (TTK m. 397 vd.) ise organ olarak nitelendirilmemektedir. Birçoğu yerine bkz. Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (5th edn, Vedat Kitapçılık 2020), N. 11-05; Kırca, Şehirali Çelik and Manavgat (n 57) 393

⁶⁴ Doktrinde TTK m. 375’de yer verilen sayımın sınırlayıcı olmadığı kabul edilmektedir. Birçoğu yerine bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları (n 62) N. 12-37; Kırca, Şehirali Çelik and Manavgat (n 58) 540

⁶⁵ Belirtelim ki, doktrinde genel kurulun devredilemez görev ve yetkilerinin de TTK m. 408/2’de sayılanlar ile sınırlı olmadığı kabul edilmektedir. Birçoğu yerine bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları (n 61) N. 13-13; Pulaşlı (n 13) § 32, N. 29-30

⁶⁶ TTK m. 391/1/d’de “diğer organların (ve bu arada genel kurulun) devredilemez yetkilerine giren” yönetim kurulu kararlarının batıl olduğu açıkça belirtilmiştir. Öte yandan benzer ifadeye, genel kurul kararlarının butlanı sebeplerini düzenleyen TTK m. 447’de yer verilmemiştir. Ancak doktrinde, yönetim kurulunun devredilemez yetkilerine giren genel kurul kararlarının da batıl olduğu kabul edilmektedir. Birçoğu yerine bkz. Ömer Korkut, Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı (1st edn, Karahan Kitabevi 2012), 124; İsmail Kırca, Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (3rd edn, On İki Levha Yayıncılık 2022), 36

konularda temsil yetkisine de sahip değildir⁶⁷. Bu sebeple, yönetim kurulunun, genel kurulun yetkisine giren (genel kurulun karara bağlaması gereken) konularda arabuluculuk faaliyeti yürütmesi de mümkün olmalıdır⁶⁸. Zira yönetim kurulu, genel kurulun karara bağlaması gereken konular üzerinde serbestçe tasarruf edebilme (HUAK m. 1/2) olanağına sahip değildir. Dolayısıyla -ve doktrinde *Tüzemen Atik* tarafından isabetle ortaya konulduğu üzere⁶⁹- genel kurulun karara bağlaması gereken konulara ilişkin uyuşmazlıklar, arabuluculuğa elverişli değildir.

Buraya kadar yapılan açıklamalar, ibra davasının HUAK m. 1/2 karşısındaki konumunu tespit etmeye de elverişlidir. Öncelikle ifade edelim ki, tıpkı ibra davasında olduğu gibi, ibra davası öncesi başvurulacak dava şartı arabuluculukta da taraflar, mevcut veya eski yönetim kurulu üyesi (başvuran) ile şirket tüzel kişiliğidir (karşı taraf). Yine bu arabuluculuk sürecinde de şirket, kural olarak, yönetim kurulu tarafından temsil edilecektir. Ancak ibra, genel kurulun devredilemez yetkileri arasındadır (TTK m. 408/2/b); yani, genel kurul tarafından karara bağlanması gereken bir konudur. Dolayısıyla arabuluculuk sürecinde şirketi temsil edecek olan yönetim kurulu, ibra davasına konu uyuşmazlık üzerinde serbestçe tasarruf edebilme imkânına sahip değildir. Bu anlamda yönetim kurulu, ne ibraya karar verme ne de genel kurulun üyeyi ibra edeceği yönünde taahhütte bulunma yetkisine sahiptir⁷⁰. Bu husus, ibra davasının arabuluculuğa elverişli olmaması sonucunu da beraberinde getirmektedir.

C. 7445 Sayılı Kanun ile Değişik TTK m. 5/A ve HUAK m. 1/2 İlişkisi Açısından İbra Davası

Görüldüğü üzere ibra davası, 7445 Sayılı Kanun ile değişik TTK m. 5/A'da aranan şartları haiz ise de HUAK m. 1/2 gereği arabuluculuğa elverişli değildir. Bu durum, ibra davası-dava şartı arabuluculuk ilişkisi bağlamında tereddütlere yol açabilir. Öyle ki, salt 7445 Sayılı Kanun ile

⁶⁷ Birçoğu yerine bkz. Kırca, Şehirali Çelik and Manavgat (n 58) 644: "... temsile yetkili kişinin yaptığı işlemin şirketi bağlaması için, ilgili işleme konu husus, genel kurulun ... yetkisinde bırakılmış hususlardan olmamalıdır."

⁶⁸ Bu konuda bkz. Eminoğlu (n 57) 284-285

⁶⁹ Tüzemen Atik (n 53) 1524-1525. Benzer yönde bkz. Eminoğlu (n 57) 284

⁷⁰ Kırca, Şehirali Çelik and Manavgat (n 58) 644

değişik TTK m. 5/A çerçevesinde yapılacak bir inceleme, ibra davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında görülmesi sonucunu doğurabilecektir. Ancak kuşkusuz bu yaklaşım isabetli olmayacaktır. Zira bir uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında nitelendirilebilmesinin ön koşulu, arabuluculuğa elverişli olmasıdır⁷¹. Bu anlamda 7445 Sayılı Kanun ile değişik TTK m. 5/A, HUAK m. 1/2'den bağımsız düşünülemez. Kısacası, arabuluculuğa elverişli olmayan bir uyuşmazlık, evleviyetle, dava şartı arabuluculuk kapsamında da olmayacaktır. Bu sebeple, ibra davası, arabuluculuğa elverişli olmamasının bir sonucu olarak dava şartı arabuluculuk kapsamında da değildir; ibra davası öncesi dava şartı arabuluculuk sürecinin tüketilmesi gerekmemektedir.

SONUÇ

Bu çalışmada ulaşılan sonuçlar şu şekilde sıralanabilir:

1. Anonim şirket yönetim kurulu üyeleri tarafından şirkete karşı açılan ibra davası, konusu bir miktar para olan ticari dava niteliğini haiz bir menfi tespit davasıdır. Bu sebeple, 7445 sayılı Kanun ile değişik TTK m. 5/A'da aranan şartlar, ibra davasında da mevcuttur.

2. Öte yandan ibra davası, HUAK m. 1/2'de aranan arabuluculuğa elverişlilik kriterini ise sağlamamaktadır. Zira ibra davasına konu olan uyuşmazlık, tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri türden bir uyuşmazlık değildir.

3. Herhangi bir davanın, dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilebilmesinin ön koşulu, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmasıdır. Bu anlamda, arabuluculuğa elverişli olmayan bir uyuşmazlık ve o uyuşmazlığın çözümüne yönelen dava, dava şartı arabuluculuk kapsamında da olmayacaktır. Bu sebeple, ibra davası öncesi arabulucuya başvurulması gerekmemektedir.

⁷¹ Yardım (n 6) 93 vd. Anonim şirketler hukuku uyuşmazlıklarına özgü olarak bu yönde bkz. Tüzemen Atik (n 53) 1509; Mustafa İsmail Kaya and Burçak Tatlı, 'Anonim Şirketlerde Hukuki Sorumluluk Davalarının Dava Şartı Arabuluculuğa Elverişliliği Problemi' in Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan C. I (Yetkin Yayınları 2002) 344

KAYNAKÇA

Akdağ Güney N, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (2nd edn, Vedat Kitapçılık 2010)

Akil C, ‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı’ in Emel Hanağası and Mustafa Göksu (eds), Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan (Yetkin Yayınları 2014) 75-135

Akil C, ‘Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Hakkında Usul Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler’ (2020) 11 (41) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 307-324

Alışkan M and Akbaş İ, ‘Teori ve Uygulamada Anonim Şirket Genel Kurulu Tarafından Verilen İbranın Reddi Kararına Karşı İptal Davası Açılması’ (2019) 17 (200) Legal Hukuk Dergisi 3469-3523

Altay S A, ‘Yargıtay Kararları Işığında Anonim Ortaklıkta Hükmen İbra’ in İbrahim Bektaş and Yasin Barış Özelci (eds), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXXIV (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2022) 49-94

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S and Hanağası E, İcra ve İflâs Hukuku (8th edn, Yetkin Yayınları 2022)

Arslanlı H, Anonim Şirketler II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller (1st edn, Fakülteler Matbaası 1960)

Atalı M and Erdoğan E, ‘Türk Ticaret Kanunu’nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu’ (2020) 5 (1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2020) 5 (1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 205-221

Aytaç Z, Anonim Ortaklıklarda İbra (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1982)

Aytaç Z, ‘İbranın Reddi - İbra ve Sorumluluk Davası - Yargıtay’ın Görüşü’ in Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan (On İki Levha Yayıncılık 2019) 245-266

Böckli P, Schweizer Aktienrecht (5th edn, Schulthess Juristische Medien AG 2022)

Budak A C, ‘Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk’ (2019) 15 (42) Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 25-40

Bürgi F W, Das Obligationenrecht 5. Teil Die Aktiengesellschaft b/2: Art. 698-738 (1st edn, Schulthess & CO AG, Zürich 1969)

Canözü S, Anonim Şirketlerde İbra (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2021)

Çamoğlu E, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (3rd edn, Vedat Kitapçılık 2010)

Çelik A, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası (1st edn, Adalet Yayınevi 2007)

Ekmekçi Ö, Özkes M, Atalı M and Seven V, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk (2nd edn, On İki Levha Yayıncılık 2019)

Eminoğlu C and Erdoğan E, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk (1st edn, Adalet Yayınevi 2020)

Eminoğlu C, ‘Anonim Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği ve Elverişliliğin Tespitinde Ölçüt Önerileri’ (2021) 7 (2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 271-291

Ermenek İ and Azaklı Arslan B, ‘İcra İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m.5/A)’ (2020) (148) TBB Dergisi 135-196

Helvacı M, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu (2nd edn, Beta 2001)

Kaya M İ and Tatlı B, ‘Anonim Şirketlerde Hukuki Sorumluluk Davalarının Dava Şartı Arabuluculuğa Elverişliliği Problemi’ in Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan C. I (Yetkin Yayınları 2002) 339-378

Kılıçoğlu A M, Arabuluculuk Sözleşmeleri (3rd edn, Turhan Kitabevi 2022)

Kırca İ, Şehirali Çelik F H and Manavgat Ç, Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1 (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013)

Kırca İ, Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (3rd edn, On İki Levha Yayıncılık 2022)

Korkut Ö, Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı (1st edn, Karahan Kitabevi 2012)

Kuru B, Tesbit Dâvaları (1st edn, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1963)

Kurt Konca, N ‘Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk’ (2018) (225) SETA Perspektif 1-6

Özkes M and Çiftçi P, ‘Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dâhil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış)’ (2020) (148) TBB Dergisi 101-134

Paslı A, ‘Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesi-nin Yorumlanması’ in Ceyda Süral Efeçinar and Mehmet Ertan Yardım (eds), Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 13-25

Pekcanıtez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M and Özekes M, İcra ve İflâs Hukuku (9th edn, On İki Levha Yayıncılık 2022)

Poroy R, Tekinalp Ü and Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku I (15th edn, Vedat Kitapçılık 2021)

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Şerhi (4th edn, Adalet Yayınevi 2022)

Semerci Vuraloğlu T, ‘Yargıtay Kararları Işığında Anonim Ortaklıkta İbra Edilmeme Kararının İptali Davası ve Hükmen İbra’ in Emek Toraman Çolgar and Abdurrahman Kayıklık (eds), Ticaret Hukukunda Genç Yaklaşımlar (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2021) 47-96

Şener O H, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku (5th edn, Seçkin Yayıncılık 2022)

Tanrıver S, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (2nd edn, Yetkin Yayınları 2022)

Taşdelen N, Ticari Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk (1st edn, Yetkin Yayınları 2021)

Tekinalp Ü, ‘İbra Edilmeyen Yönetim Kurulu Üyelerinin veya Denetçilerin İptal Davası Açabilip Açamayacakları Sorunu’ (1976) 23 (4) İktisat ve Maliye Dergisi 165-168

Tekinalp Ü, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (5th edn, Vedat Kitapçılık 2020)

Toraman B, ‘Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tâbi Olup Olmadığı Sorunu’ (2020) 5 (1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3141-3170

Toraman B and Hasırcı H, ‘Yedinci Yargı Paketi (7445 Sayılı Kanun) ve Takip Hukuku: Tespit ve Değerlendirmeler’ (2023) 19 (54) Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 3-52

Turan G, Anonim Şirketler Hukukunda İbra (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2023)

Türk A, Maddi Hukuk ve İcra-İflâs Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası (1st edn, Yetkin Yayınları 2006)

Tüzemen Atik E, ‘Anonim Şirketlerden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği Üzerine Düşünceler’ in Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan C. II (Yetkin Yayınları 2002) 1507-1553

Ulusoy E, ‘Şirketler Hukukunda İbranın Hukuki Niteliği’ in Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan (Turhan Kitabevi 2003)

Üçışık G and Çelik A, Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt (1st edn, Adalet Yayınevi 2013)

von Steiger F, İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku (Tahir Çağa tr, 3rd edn, Fakülteler Matbaası 1968)

Watter R and Dieter D, ‘Der Déchargebeschluss’, (2001) (8) Aktuelle Juristische Praxis 908-923

Yardım M E, ‘Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru’ in Ceyda Süral Efeçinar and Mehmet Ertan Yardım (eds), Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 89-110



**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

