



İSTANBUL
TİCARET
ODASI
—1882—

REGESTA

Cilt/Volume: 5 | Sayı/Issue:2 | 2020/2

ISSN 2146 - 6203

HASTALIK VE SAĞLIK SİGORTASI
ILLNESS AND HEALTH INSURANCE
Prof. Dr. Şaban KAYIHAN

**LİMİTED ŞİRKET PAY DEVRİ SÖZLEŞMESİNDE
TTK 595/1'DE YER ALAN KAYITLARIN
BULUNMAMASININ DEVİR SÖZLEŞMESİNİN
GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ**
*EFFECT OF THE ABSENCE OF THE RECORDS IN THE
TURKISH COMMERCIAL CODE 595/1 ON THE VALIDITY
OF THE ASSIGNMENT CONTRACT*
Dr. Raziye AKSU ÖZKAN

**SAHTE VEYA TAHRİF EDİLMİŞ ÇEKTE BANKANIN
HUKUKİ SORUMLULUĞU**
*LEGAL LIABILITY OF THE BANK FOR FORGED OR
ALTERED CHEQUE*
Arş. Gör./Res. Asst. Nihat Şenol UZUN

**HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA AYRILMA
HAKKI**
APPRAISAL RIGHT IN PUBLICLY HELD CORPORATIONS
Av./Atty. Yunus ÇETİNKAYA

**LİMİTED ŞİRKETLERDE MÜDÜRLERİN GÖREV
VE YETKİLERİ, SEÇİLMELERİ, AZLEDİLMELERİ**
*DUTIES, POWERS, ELECTION AND DISMISSAL OF
MANAGERS IN LIMITED LIABILITY COMPANIES*
Av. Arb./Atty. Mediator Ahmet Göktuğ KAYA, LL.M

**COVID-19 SONRASI HUKUKİ
SÜREÇLER WEBİNARI**
*WEBİNAR ABOUT LEGAL
PROCESSES AFTER COVID-19*
Prof. Dr. Ali PASLI
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr.
Harun DEMİRBAŞ

**HALKA AÇIK ŞİRKETLER
BAKIMINDAN KÂR
DAĞITIMINDA SON DURUM**
*THE LAST SITUATION IN
DISTRIBUTION OF DIVIDEND
BY PUBLICLY-HELD
CORPORATIONS*
Yavuz AKBULAK
(SPK Başuzmanı/Chief Expert of
Capital Markets Board of Turkey)



**İSTANBUL
TİCARET
ODASI**
— 1882 —

REGESTA

Ticaret Hukuku Dergisi
Journal of Commercial Law

Dört Aylık Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın

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

Cilt: 5/Sayı: 2
Volume: 5/Issue: 2
Yıl/Year: 2020

Regesta Ticaret Hukuku Dergisi
Regesta Journal of Commercial Law

“Hakemli Dergidir”/“Peer reviewed Journal”

Cilt: 5/Sayı: 2
Volume: 5/Issue: 2
Yıl/Year: 2020

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 86

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

Basıldığı Yer/ İkitelli Organize Sanayi Bölgesi Eskoop
Place of Publication: Sanayi Sitesi B1 Blok No: 35 34490
Başakşehir İstanbul
(Sertifika No./Certificate No. 13676)
Tel.: 0212 671 57 40

Basım Tarihi/Publication Date: Ekim/October 2020

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

URL: www.ito.org.tr

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

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

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

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

Katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri/

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

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

Reşadiye Cad. Eminönü/İstanbul

Tel: (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 © 2020

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

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

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ

Reşadiye Cad. Eminönü/İstanbul

Tel: (212) 455 60 00

İnternet adresi: www.ito.org.tr

EDİTÖR/EDITOR IN CHIEF

Av. Nurcan TURAN

YAYIN ve DANIŞMA KURULU EDITORIAL and ADVISORY BOARD

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

HAKEMLER/REFEREES

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

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

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

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

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

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

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

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

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

Kağıt boyutu: A4

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

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

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

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

Paper size: A4

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Hakem Değerlendirme Sistemi/Arbiter Evaluation System

15. Yayın Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan makaleler, anonim olarak hakeme gnderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda makalenin yayınlanmasına ya da dzeltme istenmesine ya da yayınlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda haberdar edilecektir. Tamamlanmış veya dzeltilmış yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gnderilir.

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.

16. Her makale için hakem sayısı en az iki olup, iki hakemin grşlerinin farklı olması durumunda editr veya unc bir hakemin grş 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.

17. Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kr hakemlik**) dayanır. Hakeme gnderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

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

Regesta Hakkında/About Regesta

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

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

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

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

Kişisel Verileriniz Hakkında Bilgilendirme

Dergimiz, İTO tarafından hakemli, uluslararası 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 yayımlandığı 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, international, 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 2020 yılında çıkan ikinci sayısıyla karşınızdayız.

Bu sayımızda; Prof. Dr. Şaban KAYIHAN'ın "*Hastalık ve Sağlık Sigortası*", Dr. Raziye AKSU ÖZKAN'ın "*Limited Şirket Pay Devri Sözleşmesinde TTK 595/1'de Yer Alan Kayıtların Bulunmamasının Devir Sözleşmesinin Geçerliliğine Etkisi*", Arş. Gör. Nihat Şenol UZUN'un "*Sahte veya Tahriş Edilmiş Çekte Bankanın Hukuki Sorumluluğu*", Av. Yunus ÇETİNKAYA'nın "*Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ayrılma Hakkı*" ve Av. Arb. Ahmet Göktuğ KAYA'nın "*Limited Şirketlerde Müdürlerin Görev ve Yetkileri, Seçilmeleri, Azledilmeleri*" adlı eserlerine yer verilmiştir.

Uzman görüşleri bölümünde ise, her zamanki gibi güncel konular irdelenmiş olup; Prof. Dr. Ali PASLI ve Doç. Dr. Harun DEMİRBAŞ'ın konuşmacı olarak yer aldığı "*Covid-19 Sonrası Hukuki Süreçler Webinari*" ile Yavuz AKBULAK'ın "*Halka Açık Şirketler Bakımından Kâr Dağıtımında Son Durum*" adlı yazısının, Covid-19 nedeniyle ortaya çıkan hukuki problemleri değerlendirmesi sebebiyle çok faydalı olacağını, içinde yaşadığımız süreçte karşımıza çıkan problemlerin bir kısmının çözümüne olumlu yönde katkı sağlayacağını ummaktayız.

Gelecek sayıda görüşmek dileğiyle.

Av./Aal. Nurcan TURAN

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ

Cilt: 5/Sayı: 2

Yıl: 2020

İÇİNDEKİLER

Makaleler	253
Araştırma Makalesi	
Hastalık ve Sağlık Sigortası <i>Prof. Dr. Şaban KAYIHAN</i>	255
Limited Şirket Pay Devri Sözleşmesinde TTK 595/1’de Yer Alan Kayıtların Bulunmamasının Devir Sözleşmesinin Geçerliliğine Etkisi <i>Dr. Raziye AKSU ÖZKAN</i>	283
Sahte veya Tahrif Edilmiş Çekte Bankanın Hukuki Sorumluluğu <i>Arş. Gör. Nihat Şenol UZUN</i>	317
Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ayrılma Hakkı <i>Av. Yunus ÇETİNKAYA</i>	345
Limited Şirketlerde Müdürlerin Görev ve Yetkileri, Seçilmeleri, Azledilmeleri <i>Av. Arb. Ahmet Göktuğ KAYA, LL.M.</i>	389
Uzman Görüşleri	413
Covid-19 Sonrası Hukuki Süreçler Webinarı <i>Prof. Dr. Ali PASLI</i> <i>Doç. Dr. Harun DEMİRBAŞ</i>	415
Halka Açık Şirketler Bakımından Kâr Dağıtımında Son Durum <i>Yavuz AKBULAK (SPK Başuzmanı)</i>	443

REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

Volume: 5/Issue: 2

Year: 2020

CONTENTS

Articles.....	253
Research Articles	
Illness and Health Insurance <i>Prof. Dr. Şaban KAYIHAN.....</i>	255
Effect of the Absence of the Records in the Turkish Commercial Code 595/1 on the Validity of the Assignment Contract <i>Dr. Raziye AKSU ÖZKAN.....</i>	283
Legal Liability of the Bank for Forged or Altered Cheque <i>Res. Asst. Nihat Şenol UZUN.....</i>	317
Appraisal Right in Publicly Held Corporations <i>Atty. Yunus ÇETİNKAYA.....</i>	345
Duties, Powers, Election and Dismissal of Managers in Limited Liability Companies <i>Atty. Mediator Ahmet Göktuğ KAYA, LL.M.....</i>	389
Expert Opinions	413
Webinar About Legal Processes After Covid-19 <i>Prof. Dr. Ali PASLI</i> <i>Assoc. Prof. Dr. Harun DEMİRBAŞ.....</i>	415
The Last Situation in Distribution of Dividend by Publicly-Held Corporations <i>Yavuz AKBULAK (Chief Expert of Capital Markets Board of Turkey).....</i>	443

MAKALELER

ARTICLES

* Hastalık ve Sağlık Sigortası
Illness and Health Insurance
Prof. Dr. Şaban KAYIHAN

* Limited Şirket Pay Devri Sözlüşmesinde TTK 595/1'de Yer Alan Kayıtların
Bulunmamasının Devir Sözlüşmesinin Geçerliliğine Etkisi
*Effect of the Absence of the Records in the Turkish Commercial Code 595/1 on the
Validity of the Assignment Contract*
Dr. Raziye AKSU ÖZKAN

* Sahte veya Tahrif Edilmiş Çekte Bankanın Hukuki Sorumluluğu
Legal Liability of the Bank for Forged or Altered Cheque
Arş. Gör./Res. Asst. Nihat Şenol UZUN

* Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ayrılma Hakkı
Appraisal Right in Publicly Held Corporations
Av./Atty. Yunus ÇETİNKAYA

* Limited Şirketlerde Müdürlerin Görev ve Yetkileri, Seçilmeleri, Azledilmeleri
Duties, Powers, Election and Dismissal of Managers in Limited Liability Companies
Av. Arb./Atty. Mediator Ahmet Göktuğ KAYA, LL.M

- Araştırma Makalesi -

HASTALIK VE SAĞLIK SİGORTASI*

(ILLNESS AND HEALTH INSURANCE)

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN¹

ÖZ

Hastalık ve sağlık sigortası özel sigortanın ayırımında TTK m. 1511-1519 hükümleri ile meblağ (can) sigortaları kategorisinde düzenlenmiştir. Her iki sigortanın 6102 sayılı TTK sisteminde ayrı başlıklar altında ele alındığı görülmektedir. Hastalık sigortasında sözleşmede belirlenen hastalıkların ortaya çıkması durumunda sigorta ettirene yine sözleşme belirlenen meblağın sigorta bedeli olarak ödenmesi kararlaştırılır. Sağlık sigortasının ise esasen zarar sigortası özelliği gösteren yanları ilke olarak ağır basar. Bu yönde olmak üzere sigortacı sağlık sigortasında kural olarak sigorta ettirenin gerçek zararı olan tedavi ve ilaç masraflarını ödemeyi üstlenir.

Bu çalışmamızda hastalık ve sağlık sigortasını yukarıda çerçevesini çizdiğimiz şekilde uygulama ve öğreti açısından ele almayı hedefledik.

Anahtar Kelimeler: Sigortacı, sigorta ettiren, hastalık, sağlık, tedavi giderleri, ilaç giderleri.

ABSTRACT

Illness and health insurance is adjusted according to the category of insurance of the amount with the provisions of the Turkish Com-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 11.09.2020 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 14.09.2020 tarihinde birinci hakem; 15.09.2020 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

¹ İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD. Öğretim Üyesi, sabanmanas@hotmail.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0003-3778-0250

Bu makaleye atıf için; KAYIHAN, Şaban, "Hastalık ve Sağlık Sigortası", REGESTA, Cilt: 5, Sayı: 2, 2020, s. 255-282.

mercial Code (Art. 1511-1519) in the separation of private insurance. Both insurances are considered under separate headings with the Turkish Commercial Code. In the case of illness specified in the contract in the health insurance, it is decided to pay the insurance amount to the insured as the insurance amount. On the other hand, health insurance, essentially outweighs the benefits of damage insurance in principle. At this respect, the insurer undertakes to pay the costs of treatment and medicine, which are usually the actual damage of the insured in health insurance.

To sum up, in this essay our purpose is to address illness and health insurance in terms of practice and doctrine in the way we draw the framework above.

Keywords: *Insurer, insured, illness, health, treatment expenses, medicine expenses.*

Giriş

Sigorta sözleşmesi, hukuki niteliği itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen (*sinallagmatik, karşılıklı edimleri hâvi*) sözleşmelerdendir² ve bu sözleşmede³, sigorta ettirenin asıl borcu prim ödemek; sigortacının asıl borcu ise bunun karşılığında sigorta sözleşmesi süresince sigorta himayesini üzerine almak (taşımak) olarak belirir⁴. 6102 sayılı yürürlükteki TTK'da sigorta sözleşmeleri sigorta konusu menfaate göre, zarar sigortaları (m.1453 – 1486) ve can sigortaları (m. 1487 – 1520) olmak üzere ikili bir ayrımına tabi tutulmaktadır.

Öğretide, aynı sigortaların başka bakış açılarıyla tasnife tabi tutulduklarını da görmekteyiz. Nitekim, rizikonun konusuna göre yapılan ayırmada sigorta sözleşmeleri öğretide **malvarlığı sigortaları** ve **şahısvarlığı (can) sigortaları** olmak üzere temelde ikiye ayrılarak incelenmektedir. Riziko konusunu malvarlığı kıymetlerinin oluşturduğu sigortalar *mal*

² ARSEVEN, Haydar, Sigorta Hukuku, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul 1991, sh. 93.

³ Bu konudaki tartışmalar için bkz. KAYIHAN, Şaban, Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu, Ankara 2004, sh. 33 vd..

⁴ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. KAYIHAN, Şaban / GÜNERGÖK, Özcan, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 5. Baskı, İstanbul 2020, sh. 97 vd..

sigortaları; insan hayatına yönelen rizikoları güvence altına alan sigortalar ise *can sigortaları* olarak isimlendirilir⁵.

Sigorta ettirenin uğradığı zararları karşılamak üzere yapılan mal sigortalarına ihtiyacın karşılanması ölçütüne göre yapılan ayırımda "**zarar veya tazminat sigortaları**" adı verilirken, şahısvarlığı yani can sigortaları ise "**meblağ sigortaları**" olarak adlandırılmaktadır⁶. Bu ölçüte göre zarar sigortaları da kendi içinde **aktif (zarar) sigortaları** ve **pasif (zarar) sigortaları** olarak ikiye ayrılmaktadır⁷. Görüldüğü üzere sigorta sözleşmeleri çeşitli bakımlardan ayırma tabi tutulmaktadır. Bize göre en sistemli ve anlaşılır ayırım **Kender**'in yapmış olduğu ihtiyacın karşılanması ölçütüne göre yapılan ayırımıdır⁸.

Bu ayrımların tümünü *hastalık ve sağlık sigortaları* olarak belirlediğimiz konumuz çerçevesinde yeri geldikçe ele aldık. Çalışma konumuzu dört paragraf etrafında topladık. Giriş kısmından sonra birinci paragrafta hastalık ve sağlık sigortalarının sigorta sözleşmesi ayrımındaki yerini ve hukuki niteliğini; ikinci paragrafta tanımını, kapsamını ve sigorta ettirenin prim ödeme borcunu; üçüncü paragrafta türlerini inceledik. Dördüncü paragrafta ise, TTK'nın sigorta sözleşmesinden doğan alacaklar hakkında öngördüğü genel zamanaşımı süresini düzenleyen 1420. maddesini hastalık ve sağlık sigortalarına uyarladık ve çalışmamızı sonuç kısmı ile nihayete erdirdik.

Ş I. Hastalık ve Sağlık Sigortasının Sigorta Sözleşmesinin Ayrımında Yerinin Belirlenmesi ve Hukuki Niteliği

Hastalık ve sağlık sigortaları TTK m. 1511-1519 hükümleri ile düzenlenmektedir. Kanun koyucununun düzenleme tarzına baktığımızda hastalık ve sağlık sigortalarının ayrı ayrı ele alındığını görmekteyiz.

Hastalık ve sağlık sigortası, sosyal sigortacılıkta geçerli olan sağlık yardımına benzer bir özel sigorta şeklidir. Özel sigorta şekli deme-

⁵ KAYIHAN / GÜNERGÖK, sh. 43-44; KENDER, Rayegan, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Güncelleştirilmiş 14. Baskı, İstanbul 2015, sh. 208; ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, 10. Baskı, Adana 2014, sh. 17.

⁶ KENDER, sh. 208; ÇEKER, sh. 19; GÜVEL, Enver Alper / GÜVEL, Afıtıp Öndaş, Sigortacılık, 5. Baskı, Ankara 2010, sh. 120 vd.; Ayrıca bkz. BOZER, Ali, Sigorta Hukuku, Genel Hükümler - Bazı Sigorta Türleri, Ankara 2004, sh. 43 vd..

⁷ GÜVEL / GÜVEL, sh. 121.

⁸ KENDER, sh. 208.

mizden maksat, bu sigortanın ihtiyari, yani isteğe bağlı olmasıdır⁹. Hiç şüphesiz hastalık ve sağlık sigortasının ihtiyari olması onu zorunlu niteliğe sahip kamu sigortaları olarak nitelendirebileceğimiz sosyal sigortalardan ayırır. Hastalık ve sağlık sigortalarında sigorta ettiren, düzenli olarak sigorta primini öderken sigortacının anlaşmalı olduğu özel doktor ve kamu veya özel hastanelerde ücretsiz olarak muayene ve tedavi olabileme olanağına kavuşur.

6102 sayılı TTK ile kanun koyucu hastalık ve sağlık sigortası ayırımına giderken, hastalık sigortasını bir meblağ sigortası şeklinde öngörmüşken; sağlık sigortasını ise, esas olarak ilaç ve tedavi giderlerinin karşılanması amaçlı düzenlemiştir¹⁰. Bu doğrultudaki ilaç ve tedavi giderlerindeki amaç, tedavi giderleri nedeniyle malvarlığında meydana gelen azalmanın giderilmesidir¹¹. Öyleyse tedavi giderlerinin karşılanması esas bünyesinde zarar sigortası karakteri olduğunu gösterir ve taraflar sağlık sigorta sözleşmesini bu şekilde akdetmiş olurlarsa bu sigorta türü niteliği itibarıyla aktif zarar sigortası olarak karşımıza çıkar. Böylece, bu ihtimalde zarar sigortasına hâkim olan ilkelere tabi olur¹². Örneğin bu şekilde akdedilen sağlık sigortasında sözleşmede öngörülen riziko, sigorta teminat süresinde gerçekleştiğinde sigortacı, sigorta ettirenin sağlık sorunu nedeniyle uğradığı gerçek zarar olan tedavi giderlerini, sigorta bedeli sınırı ile bağlı olmak üzere sigorta ettirene/sigortalıya sigorta tazminatı olarak öder (zenginleşme yasağı). Yani bu ihtimalde sigortacı, riziko gerçekleştiğinde sigorta ettirene sigorta sözleşmesinde kararlaştırılan belirli bir meblağı ödemez. Bununla birlikte hiç şüphesiz taraflar sigorta sözleşmesi ile açıkça kararlaştırdıkları takdirde sağlık sigortasını meblağ sigortası niteliğinde de akdedebilirler. Buna göre sağlık sigortaları kural olarak zarar sigortaları niteliğini hâiz olmaktadır.

Hastalık sigortası ise, niteliği itibarıyla bir meblağ (can) sigortası olup, sigortacı, bu sigorta ile sözleşmede öngörülen hastalıklardan birinin veya birkaçının, sözleşme süresi içinde gerçekleşmesi veya ortaya çıkması ihtimâli için sigorta teminatı sağlar (TTK m. 1512). Sözleşmede

⁹ SÜZEL, Cüneyt, Özel Sağlık Sigortası Sözleşmesinin Niteliği, Tarafları ve Ömür Boyu Yenileme Garantisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 2, Aralık 2018, sh. 936.

¹⁰ KARA, Etem, Sigortalabilir Menfaat İlkesi, Ankara 2020, sh. 143.

¹¹ KAYIHAN / GÜNERGÖK, sh. 43.

¹² Bu konuda bkz. KAYIHAN / GÜNERGÖK, sh. 47 vd..

birden çok hastalık sigorta teminatına bağlanmışsa, hastalıklardan birinin gerçekleşmesi veya ortaya çıkması hâlinde sözleşmede belirlenen meblağ sigorta bedeli olarak ödenir ve sigorta sözleşmesi sona erer¹³.

Ş II. Hastalık ve Sağlık Sigortasının Tanımı, Kapsamı, Sigortacının Bilgi Verme Yükümlüğü ve Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcu

A. Hastalık Sigortası

1. Tanımı

Hastalık, hekim kararıyla tespit edilen, kişinin bedensel veya ruhsal işlevlerinin kısmen ya da tamamen devre dışı kalmasına yol açan fiziksel veya ruhsal hal olarak tanımlanmaktadır¹⁴. Hastalık durumu bir kaza sonucu da meydana gelmiş olabilir. Bu doğrultuda hastalık sigortasını; sigorta ettirenin/sigortalının, sigorta teminat süresince, doğal olarak veya herhangi bir kaza sonucu hastalanması hâlinde tedavisinin sağlanması ve sigorta ettirenin/sigortalının eski haline gelmesi için sigortacı tarafından sigorta sözleşmesinde öngörülen meblağın ödenmesi amacıyla yapılan bir can sigortası türü olarak tanımlamak mümkündür.

2. Sigorta Teminatı

Anlaşıldığı üzere hastalık sigortasında riziko, hastalık hâlinin gerçekleşme ihtimalidir. Buna göre hastalık sigortasında sigortacı, sigorta sözleşmesinde öngörülen hastalıklardan birinin veya birkaçının, sözleşme süresi içinde gerçekleşmesi veya ortaya çıkması hâli için sigorta teminatı sağlayan bir meblağ sigortası türüdür. Sözleşmede birden çok hastalık rizikosu sigorta teminatına bağlanmışsa, hastalıklardan birinin gerçekleşmesi veya ortaya çıkması hâlinde riziko gerçekleşmiş sayılır ve sigorta bedeli ödenir ve sözleşme sona erer. Teminatın, aksi kararlaştırılmamışsa, hastalıklardan sadece birinin gerçekleşmesi hâli için verildiği kabul edilir (TTK m. 1512/1).

Uygulamada hastalık sigortalıları iki türlü akdedilebilmektedir. Bazı sigorta sözleşmelerinde riziko, hastalığın, daha önce doğmuş olsa bile, sözleşmenin devamı sırasında ortaya çıkması şeklinde kabul edilirken,

¹³ KAYIHAN / GÜNERGÖK, sh. 43.

¹⁴ ÜNAN, Samim, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap, C. III, Can sigortalıları, İstanbul 2017, sh. 401; KARA, sh. 145.

kimi sigorta sözleşmelerde riziko, sigorta sözleşmesinin akdedildikten sonra hastalığın gerçekleşmesi olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla, TTK m. 1512’de öncelikle her iki türlü riziko belirlenmesinin mümkün olduğu beyan edilmiş ve hastalık sigortasının esasen bir meblağ sigortası karakterinde olmasından dolayı sigorta teminatının da sözleşmede öngörülen hastalıkların birinin gerçekleşmesi ile son bulacağı hükme bağlanmıştır.

Bir başka taraftan, doğum sırasında, ana babadan biri için yapılmış bir hastalık veya sağlık sigortasının bulunması hâlinde, aksi sözleşme ile kararlaştırılmamışsa, doğumun tamamlanmasından itibaren bebek, TTK m. 1517/1 gereğince, ek prim olmaksızın sigortanın kapsamına girer. Ancak, bunun için doğumun en geç iki ay içinde sigortacıya bildirilmesi gerekeceği öngörülmüştür. Aynı düzenlemenin evlat edinilen küçükler hakkında da uygulanacağı kabul edilmiştir (TTK m. 1517/2).

3. Sigorta Ettiren veya Sigortalı Hesabına Hastalık Sigortası

a. Sigorta Ettiren Hesabına Hastalık Sigortası

Hastalık sigortasında sigorta ettiren bizzat kendisini sigorta ettirebilir. Bu durumda hem sigorta ettiren hem sigortalı sigorta ettirendir. Kendisini bu şekilde sigorta ettiren kişi için sigortalanabilir menfaatin peşinen var olduğu kabul edilir¹⁵. Böylece bizzat sigorta ettiren kendi üzerine sigorta yapabileceği gibi, kendisine yansıyacak bir gider yüküne karşı başkasının hastalık sorunu için de sigorta sözleşmesi akdedebilecektir.

b. Sigortalı Hesabına Hastalık Sigortası (Hastalık Sigortasında Lehtar Belirlenmesi)

aa. Genel Olarak

Hastalık sigortası, sigorta ettiren hesabına yapılabileceği gibi, bir üçüncü bir kişi lehine de akdedilebilir (TTK m. 1511). Sigorta sözleşmesinde bu şekilde lehtarın belirtilmediği hâllerde, TTK m. 1515/4’de, sigortanın sigortalı lehine yapıldığının kabul edileceği öngörülmüştür. Burada kanımızca hüküm “*sigortanın sigorta ettiren hesabına yapıldığı kabul edilir*” şeklinde kaleme alınmış olsaydı daha isabetli olurdu, zira

¹⁵ KARA, sh. 145.

bu ihtimalde sigorta sözleşmesine sigorta ettiren taraftır ve sözleşmenin borç ve yükümlülüklerini ifa etmek onun üstündedir. Koşulları çerçevesinde lehtar atandığında ise, esasen sigortalı olan bu üçüncü şahıstır ve bu ihtimalde sigortalı, yani lehtar sözleşmenin tarafı olmayan, fakat bundan yararlanan şahıs konumundadır. Bununla birlikte sigorta ettiren üçüncü kişiyi sigortalı olarak belirlemiş ve fakat sözleşmeyi onun değil de bizzat kendi hesabına akdettiğinde ise, bu kez üçüncü kişi lehtar değil riziko şahsı¹⁶ konumunda olur. O halde bu iki hususun birbirinden ayırt edilmesi önemlidir, zira hukuki sonuçları birbirinden farklıdır.

Bunun gibi öğretilerde **Ünan**'ın kanımızca da isabetle ifade ettiği gibi kanun koyucunun, hastalık sigortasında lehtar atanabileceğinin açıkça hükme bağlanması sonrasında başkası lehine sigortaya ayrıca yer verilmesi gereksiz bir düzenleme olmuştur¹⁷.

bb. Lehtar Atanması Koşulları

aaa. Sigortalı Menfaat Koşulu

Türk Ticaret Kanunu m. 1515/1, c.1'de; "*Lehtarını belirleyerek başkasının hastalığı üzerine sigorta yapılabilmesi için, o kimse ile lehtar arasında bir menfaat ilişkisinin bulunması şarttır*" şeklinde düzenleme mevcuttur. İşte bu durumda "*hastalığı üzerine sigorta yapılan kişi*" az önce sözünü etmiş olduğumuz riziko şahsıdır. Bu hükümden anlaşılması gereken, sigorta akdi kimin lehine yapılmış ise, yani lehtar ile riziko şahsı arasında sigortalı bir menfaatin bulunması zorunluluğudur¹⁸.

Ünan ise burada "*arada menfaat (çıkart) ilişkisi bulunması*" ifadesinin başarılı olmadığını, bundan maksadın esasen lehtarın çıkart sahibi olması olduğunu, tersine riziko şahsının (sigortalının) lehtar üzerinde çıkarının bulunmasının ise, sigorta sözleşmesinin geçerliliğine bağlanamayacağını ifade etmektedir¹⁹. Keza **Ünan**, burada menfaatin geniş olarak algılanması yerine, riziko şahsının hastalanmamasında olan çıkart olarak sınırlanmasının doğru olacağını, her ne kadar bazı hallerde varlığı peşinen kabul edilse de manevi çıkarın yeterli olduğunun kabul edilmesi halinde ise, hangi ilişkisinin manevi çıkart için yeterli kabul edileceğinin

¹⁶ Riziko şahsı kavramına ilişkin fazlası için bkz. KAYIHAN / GÜNERGÖK, sh. 127-128.

¹⁷ ÜNAN, sh. 436.

¹⁸ KARA, sh. 145.

¹⁹ ÜNAN, sh. 437

belirlenmesinin zor olduğunu, bu anlamda da her somut durum karşısında değerlendirme yapmanın ve manevi çıkarın varlığının kanıtlanmasının istemesinin en uygun çözüm tarzı olacağını ifade etmektedir²⁰.

Kanımızca da baştan sınırlamak yerine, her somut durum açısından değerlendirme yapmak ve her somut durumu da sigortalanabilir menfaat testine tabi tutmak yerinde olacaktır²¹.

bbb. İzin Koşulu

Sigortanın başkasının hastalığı için akdedilmesi durumunda ayrıca, riziko şahsının kendisinin veya kanuni temsilcisinin veya riziko şahsının onbeş yaşından büyük olması halinde kendisiyle birlikte kanuni temsilcisinin yazılı izni aranmaktadır. Bu yönde bir izin verilmemesi durumunda ise, sigorta sözleşmesinin geçerli olmayacağı öngörülmüştür (TTK m. 1515/1). Kanuni temsilcinin, lehtar olarak belirlendiği veya sigorta ettiren olduğu hâllerde, iznin verilmesinde sigortalıyı temsil yetkisinin olmayacağı da hükme bağlanmıştır (TTK. m. 1515/2).

bb. Lehtar Belirlenmesi ve Sigortacıya Bildirilmesi

Lehtar tek yanlı olarak sigorta ettiren tarafından atanabilmekte, ancak bu hususu sigortacıya bildirmesi gerekmektedir²². Bu yükümlülük yerine getirilmediği takdirde, sigortacının iyiniyetle yaptığı ödeme ile borcundan kurtulacağı öngörülmektedir (TTK m. 1515/3). Keza, lehtarın belirtilmemesi halinde ise, kanun koyucu yasal lehtarını belirlemiş bulunmakta ve bu durumda, sigortanın sigortalı lehine yapıldığını kabul etmektedir (TTK. m. 1515/4).

B. Sağlık Sigortası

1. Genel Olarak Kavram

Sağlık sigortası, hastane, ameliyat, ilaç, bakım ve ölüm giderlerini karşılamak veya çalışılmayan her gün için belirli oranda gelir kaybını önlemek amacıyla akdedilen bir sigorta sözleşmesidir²³. Sağlık sigortası,

²⁰ ÜNAN, sh. 437

²¹ Aynı yönde KARA, sh. 146.

²² KARA, sh. 146.

²³ AKMUT, Özdemir, Hayat Sigortası - Teori ve Türkiye'deki Uygulama, Ankara 1980, sh. 18; KARA, sh. 143.

hastalık sebebiyle çalışılmamasından dolayı gelir elde edememe veya bakım ihtiyacı içinde olma gibi hallerde zarar sigortası niteliğini haiz olması durumunda soyut değil somut olarak sigorta koruması sağlamaktadır²⁴. Buna karşın meblağ sigortası niteliğini haiz olacak şekilde akdedildiğinde ise sigorta koruması soyut bir şekilde sağlamaktadır²⁵.

2. Sigorta Ettiren Hesabına ve Başkası Lehine Sağlık Sigortası

a. Sigorta Ettiren Hesabına

Sigorta ettiren, bizzat kendi hesabına sağlık sigortası yaptırabilir. Bu durumda hiç şüphesiz sigorta ettirenin sigortalanabilir menfaati vardır. Ayrıca sigorta ettiren kendisine yansıtacak gider yüküne karşı başkasının sağlık sorunu bakımından da sigorta yaptırabilmekte ve bu ihtimalde de sigortadan yararlanacak kişi bizzat sigorta ettirenin kendisi olmaktadır²⁶.

b. Başkası Lehine Sağlık Sigortası

Can (meblağ) sigortalarında da tazminat alacaklısı, atanmış olması halinde lehtar olacaktır. Bu halde sigortacıdan edimi isteme ve tahsil yetkisinin sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça lehtara ait olduğu TTK m. 1493/7 ile açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle lehtar atanmış olması durumunda sigorta bedelinin alacaklısı da kural olarak lehtar olmaktadır. Başkası lehine veya hesabına sigorta²⁷, mal sigortaları bahsinde düzenlenmiş olsa da bütün sigortalarda söz konusu olabilecektir²⁸.

Ayrıca TTK m. 1494/1 düzenlemesi gereğince ölüm ihtimaline karşı sigortada birden fazla kişi payları belirtilmeksizin lehtar olarak atanmışsa, sigorta bedeli üzerinde hepsi eşit oranda hak sahibi olur. Buna karşın ölüm rizikosuna karşı yapılan sigortalarda lehtar belirtilmemesi halinde sözleşmenin sigorta ettirenin mirasçıları lehine; belirli bir zamanda yaşama ihtimaline karşı yapılmış sigortalarda ise, sigortalı lehine

²⁴ ÜNAN, sh. 392; KARA, sh. 143.

²⁵ ÜNAN, sh. 392; KARA, sh. 143.

²⁶ KARA, sh. 144; ÜNAN, sh. 393.

²⁷ SOMER, Mehmet, “Başkası Hesabına Sigortanın Gerçekleştirme Şekilleri”, Prof. Dr. Fahiman TEKİL’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, sh. 43.

²⁸ KARA, sh. 144.

yapıldığı kabul olunur (TTK m. 1494/2). Sağlık sigortası şayet meblağ sigortası şeklinde yapılmışsa bu ifade ettiklerimiz geçerlidir.

Bir başka taraftan zarar sigortası şeklinde öngörülen sağlık sigortalarında, üçüncü bir kişinin lehtar gösterilmesi mümkün değildir; bu ihtimalde sözleşmenin sigorta ettiren lehine yapılması gerektiği öngörülmüştür (TTK m. 1511). Keza, bu tür sağlık sigortalarında, sigortalının gerçek zararı tazmin edileceğinden zenginleşme yasağının (tazmin ilkesi) bir sonucu olarak aynı konuda, aynı süre için ikinci bir sigorta yapılması da mümkün kılınmamıştır. TTK m. 1514/1'in karşıt anlamından bu sonuca ulaşılmaktadır. Zira TTK m. 1514/1, "*sigortalının sağlığı, hastalık sigortaları ile meblağ sigortası şeklinde düzenlenen sağlık sigortalarında bir veya birkaç sigortacı tarafından, çeşitli bedellerle sigorta ettirilebilir*" diyerek hastalık ve sağlık sigortalarının can sigortaları şeklinde akdedildiği takdirde çifte sigorta yasağına tabi olmadığını da hükme bağlamış olmaktadır.

3. Teminatın Kapsamı ve Teminat Dışı Kalan Haller

a. Teminatın Kapsamı

Sağlık sigortası ile sağlık harcamaları, gündelik hastane giderleri, gündelik iş görememe, bakım giderleri ve gündelik bakım giderleri teminat altına alınmaktadır (TTK. m. 1513). Şu halde sağlık sigortası ile sigortacı, hastalık sonucu hastalığın teşhis ve tedavisi için gerekli hâle gelen giderleri; tedavinin tıbben yatarak yapılmasının gerekli olduğu durumlarda günlük hastane giderleri, hastalık sonucu çalışılmaması nedeniyle elde edilemeyen gelirler için kararlaştırılan günlük iş görememe parası, bakıma ihtiyaç duyulduğu hallerde de bakım nedeniyle doğan giderler veya kararlaştırılan gündelik bakım parası için teminat vermektedir (TTK. m. 1513).

Ayrıca sigortacı, ifa yükümlülüğünü incelerken, ilgili kişinin veya onun kanuni temsilcisinin istemesi hâlinde, bunlar tarafından belirlenen doktora, teminat kapsamındaki hastalığın gerçekleşip gerçekleşmediği ve tıbbi tedavi uygulanmasının gerekliliği konusunda aldığı rapor hakkında bilgi ve rapor üzerinde inceleme imkânı vermek zorundadır (TTK 1518).

Sağlık Sigortası Genel Şartlarının 1. maddesinde; "*işbu sigorta, sigortalıların sigorta süresi içinde hastalanmaları ve/veya herhangi bir kaza sonucu yaralanmaları halinde tedavileri için gerekli masrafları ile varsa gündelik tazminatları, bu genel şartlarla varsa özel şartlar çerç-*

vesinde, poliçede yazılı meblağlara kadar temin eder” denilerek sağlık sigortasının kapsamı belirlenmiştir.

Burada bahsi geçen tedavi kavramını geniş anlamak gerekir. Tedavi terimi genel olarak ilaç ya da cerrahi müdahale ile hastalığın giderilmesi prosedürü için kullanılır. Fakat bir hastalığın tedavi edilebilmesi için, öncelikle “teşhis” edilmesi yani hastalığa yeni deyimle “tanı” konulması gerekir. Bu itibarla, hastalığın teşhisi için yapılması gereken harcamalar da sağlık sigortasının teminatı kapsamına dâhil olur. Nitekim hastalıkların teşhisinde, sadece klinik yani tıp tekniği deyimini ile semptomlara dayalı bilgilerden yararlanılması mümkün değildir. Doktorlar, hastalığa teşhis koyarken birçok yardımcı teşhis yönteminden de yararlanmak durumunda kalırlar. Bu doğrultuda, çeşitli laboratuvar incelemeleri, ultrason, röntgen, tomografi gibi görüntüleme yöntemleri, elektro kardiografi gibi yardımcı yöntemler kullanılır. Teşhis ve tedavi için gereken bütün bu usul ve yöntemler, sigorta teminatı kapsamına girmektedir. Bir başka taraftan, bazı durumlarda tedavi için hastanın hastaneye yatırılarak tedavi edilmesi, pansuman, enjeksiyon, kulak yıkama, alçı uygulaması, endoskopik girişimler, biyopsi, kürtaj ve bunun gibi cerrahi müdahaleler de gerekebilir. Bu giderlerin de sigorta teminatı altında olduğunu kabul etmek gerekir. Bu gider kalemlerini sağlık sigortasında zikretmek gerekir zira sağlık sigortasında sigortacı kural olarak sigorta ettirenin/sigortalının gerçek zararını sigorta bedeline kadar tazmin etmesi gerekecektir. Oysa hastalık sigortasında riziko gerçekleştiğinde sigortacı sözleşme ile belirlenen tutarı sigorta ettirene öder.

b. Teminat Dışı Kalan Haller

Sağlık sigortasında, tedavinin nerede ve kim tarafından yapılacağı açık olarak belirtilmiş değilse bile, bu hizmetin ancak bilimsel yöntemler uygulanan ve yetkili resmi makam tarafından ruhsatlandırılmış hastane, klinik, ayakta teşhis ve tedavi merkezlerine verileceği açıktır. Geleneksel tedavi yöntemlerinden bir doktor tavsiyesi olmadan tedavi olmaya çalışma, sözelimi bir kaplıcaya gitme, sülük tedavisi görme, hacamat gibi yöntemler sigorta teminat kapsamında değildir. Ayrıca son yıllarda popülerliği artan akupunktur, biyoenerji gibi bilimselliği kanıtlanmamış alternatif yöntemler de teminat kapsamına girmez.

Sigorta sözleşmesine konulacak özel şartlarda, sigorta teminatının kapsamının daraltılıp genişletilmesi mümkündür, ancak hemen belirtelim ki salt olarak başlıkta “özel şartlar” yazıyor olması o şartları otoma-

tik olarak özel şart konumuna sokmaz. Sigortacının, sigorta ettiren ile müzakere etmediği, tartışmadığı şartlar özel şart olmayıp hala genel şart niteliğindedir.

Sağlık sigortası genel şartları m. 2 ile bazı hâllerin sağlık sigortası teminatı dışında bırakıldığı görülmektedir. Buna göre, aşağıdaki hâller teminat kapsamı dışında bırakılmış olup bu rizikolarda sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğü bulunmaz.

- Harp veya harp niteliğindeki harekât, ihtilal, isyan, ayaklanma ve bunlardan doğan iç kargaşalıklar,
- Cürüm işlemek veya cürme teşebbüs,
- Tehlikede bulunan kişileri ve malları kurtarmak hali müstesna, sigortalının kendisini bile bile ağır bir tehlikeye maruz bırakacak hareketlerde bulunması,
- Esrar, eroin gibi uyuşturucuların kullanımı,
- Nükleer rizikolar veya nükleer, biyolojik ve kimyasal silah kullanımı veya nükleer, biyolojik ve kimyasal maddelerin açığa çıkmasına neden olacak her türlü saldırı ve sabotaj,
- 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda belirtilen terör eylemleri ve bu eylemlerden doğan sabotaj sonucunda oluşan veya bu eylemleri önlemek ve etkilerini azaltmak amacıyla yetkili organlar tarafından yapılan müdahaleler sonucu meydana gelen biyolojik ve/veya kimyasal kirlenme, bulaşma veya zehirlenmeler nedeniyle oluşacak bütün zararlar.
- Sigortalının intihara teşebbüsü nedeniyle meydana gelebilecek hastalık veya yaralanma halleri.

Ayrıca, kanuna ve genel şartlara aykırı olmamak kaydıyla, sözleşme ile bazı özel durumların sigorta teminatı dışında bırakılması da söz konusu olabilir. Nitekim uygulamada, sigorta genel veya özel şartları ile dış implantasyonu, obezite tedavisi, psikolojik danışma, tüp bebek, resmen ilan edilmiş salgın hastalıklar, estetik ameliyatlar, özel hemşirelik giderleri gibi masraflar teminat kapsamı dışında tutulmaktadır. Bununla beraber *Covid 19* pandemisi sürecinde sigorta şirketleri üzerlerine sorumluluk almış ve bu salgın hastalığı teminat kapsamında kabul etmişlerdir.

4. Bekleme Süresi

Hastalık sigortasında olduğu gibi, sağlık sigortasında da, poliçe ile belirli bir bekleme süresi öngörülebilir (TTK. m. 1516). Buna göre, si-

gortacının belirli hastalıklardan kaynaklanan masrafları karşılama yükümlülüğü, poliçede gösterilen sürelerin geçmesinden sonra başlar. Bekleme sürelerini öngören sigorta sözleşmelerinde, bekleme süresinin üst sınırı Hazine Müsteşarlığınca veya Müsteşarlığın uygun göreceği bir kurum tarafından belirlenir.

Hemen belirtelim ki, sigorta poliçesinde yer alan bekleme süresi, ilk sigorta poliçesi yönünden geçerlidir. Konuya ilişkin daha sonraki sigorta sözleşmelerinde yeniden başlamaz. Diğer bir deyişle, aynı sigorta teminatını kapsayan ve teminat süresi açısından birbirini takip eden sigorta poliçeleri bir bütün olarak kabul edilir ve artık yeni poliçede bekleme süresi söz konusu olmaz. Buna karşılık, sigorta şirketince düzenlenen poliçede, zeyilname olduğu veya önceki poliçenin devamı olduğunu gösteren bir kayıt mevcut değilse, her sigorta akdi yapıldığında bekleme süresinin yeniden işlemeye başlayacağını kabulü gerekir.

C. Sigortacının Bilgi Verme Yükümlülüğü

Hastalık ve sağlık sigortalarında rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesinde hiç kuşkusuz doktor raporları büyük önem taşır. Tazminat talebi ile karşılaşan sigortacı konuya ilişkin olarak gerekli tetkik ve incelemeler yaptırır. Sigorta tazminatı talebinde bulunan kişiler ise özellikle tazminat talebinin reddedildiği veya kısmen kabul edildiği hâllerde, gerekçelerin ortaya konulabilmesi için yapılan inceleme ve düzenlenen raporlardan bilgi sahibi olmak isterler. Bu itibarla kanun koyucu TTK. m. 1518 ile *“sigortacı, ifa yükümlülüğünü incelerken, ilgili kişinin veya onun kanuni temsilcisinin istemesi hâlinde, bunlar tarafından belirlenen doktora, teminat kapsamındaki hastalığın gerçekleşip gerçekleşmediği ve tıbbi tedavi uygulanmasının gerekliliği konusunda aldığı rapor hakkında bilgi ve rapor üzerinde inceleme imkânı vermek zorundadır”* hükmünü öngörmüştür.

Ç. Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcu

a. Genel Olarak

Sigorta ettiren, sigorta sözleşmesinde esasen özellikle beyan yükümlülükleri gibi sigortacıya karşı önemli yükümlülükler altındadır. Örneğin sigorta ettiren beyan yükümlülükleri tahtında tüm sigortalarda olduğu gibi hastalık ve sağlık sigortalarında da sigortacıya karşı sigorta sözleşmesinin akdi esnasında, sözleşme devam ederken ve sona erdiğin-

de sigortacıya karşı beyan yükümlülükleri altındadır. Bu ve diğer yükümlülükler ve ihlaline bağlanan hukuki sonuçlar burada da geçerlidir. Biz incelememiz kapsamında bu genel yükümlülükleri burada ele almadık²⁹.

Öte yandan hiç şüphesiz sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinden doğan asli edim borcu, sigortacının sigorta himayesini taşıma borcunun karşılığı olarak sigortacıya karşı prim ödeme borcu altında olmasıdır. Prim, sigorta edilen rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortacının ödeyeceği tazminat veya bedelin esasını oluşturan bir miktar paradır³⁰. Prim ödeme borcunun yasal dayanağı TTK. m. 1430 hükmüdür. Sözü geçen düzenlemenin ilk fıkrasına göre, “*sigorta ettiren, sözleşmeyle kararlaştırılan primi ödemekle yükümlüdür*”.

Prim borcunun konusu her zaman bir miktar paradır ve dolayısıyla mal karşılığı sigorta sözleşmesi yapılması mümkün değildir³¹. Prim, peşin olarak ödenebileceği gibi taksitler halinde de ödenebilir³².

Primin ödeme zamanı sözleşme serbestisi kapsamında taraflarca serbestçe belirlenebilir. TBK. m. 90 hükmü uyarınca ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur. Alman hukukunda prim ödeme borcunun muacceliyeti DVVG. § 33 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, sigorta ettiren ilk primi, cari prim kararlaştırılmışsa ilk primi sigorta belgesinin (poliçe) ulaşmasından sonra ondört gün içinde gecikmeksizin ödemek zorundadır (Abs. 1). Şayet prim son defa sigortacı tarafından çekilmişse, sigorta ettiren sadece sigortacı tarafından yazılı şekilde istenmiş olması durumunda primi aktarmakla yükümlüdür (Abs. 2).

Primin ödeme yerinin neresi olacağına ilişkin TTK. m. 1432 genel bir kural öngörmektedir. Buna göre, “*sigorta primi, sigorta ettirenin sözleşmede gösterilen adresinde ödenir*”. Görüldüğü gibi burada TBK. m. 89’da yer alan genel prensibin, yani götürülecek borç olarak nitelendirilen para borcunun, alacaklının ikametgâhında (yerleşim yerinde) ödenmesi kuralının aksine, borcun sigorta ettirenin ikametgâhında ödeneceği düzenlenmiştir. Burada amaç sigorta ettirene kolaylık sağlamak-

²⁹ Bu hususlarda detay için bkz. KAYIHAN / GÜNERGÖK, sh.204 vd..

³⁰ KAYIHAN / GÜNERGÖK, sh.192.

³¹ KAYIHAN, Prim Ödeme Borcu, sh. 162, diğer ödeme şekilleri bakımından bkz. sh.170 vd..

³² Primin çeşitleri hakkında bkz. KAYIHAN, Prim Ödeme Borcu, sh.99.vd..

tır³³. Bu nedenle sigortacı yasal olarak, primi gidip sigorta ettirenden (sigorta ettirenin yerleşim yerinde) tahsil etmek zorundadır³⁴.

Şüphesiz bu kuralın aksi taraflarca kararlaştırılabilir. Örneğin, primin sigortacının veya acentesinin yerleşim yerinde ödenmesi hususunda taraflar anlaşmış olabilirler³⁵. Şu kadar ki, bu maddede anılan düzenlemeye rağmen prim, sigorta ettirenin yerleşim yerinde tahsil edilmekte ise, söz konusu sözleşme şartı yine uygulanmayacaktır. Nitekim TTK.'nın 1432. maddesinin devamında, “sözleşmede başka bir ödeme yeri gösterilmiş olmasına rağmen, sigorta primi fiilen sigorta ettirenin gösterdiği adreste ödenegelmekte ise, bu ödeme yerine ilişkin söz konusu şart yok sayılır” hükmüne yer verilmiştir. Öte yandan sigorta ettiren prim ödeme borcunda temerrüde düşmüş ise, ana kuralın aksine primi kendi yerleşim yerinde değil sigortacının yerleşim yerinde ödemelidir³⁶.

b. İlk Primin Ödenmesi ve Ödenmemesine Bağlı Hukuki Yaptırım

Türk Ticaret Kanunu m. 1421/1 hükmünün sigorta sözleşmelerine ilişkin genel düzenlemesine göre, *aksine sözleşme yoksa sigortacının sorumluluğu primin veya ilk taksidin ödenmesi ile başlar.* eTTK.'da da benimsenen ve sigortacılık uygulamasında çok eskilere dayanan bu ilkenin temelinde, sigortacının tehlike taşımasının hiç olmazsa karşı edimine kısmen kavuşmasından sonra başlaması gerektiği düşüncesinin yattığı ifade edilmektedir³⁷.

Bu düzenleme gereğince, sigorta primi ödenmedikçe kural olarak sigortacının riziko taşıma borcu başlamayacaktır. Bu nedenle sigorta sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulmasından sonra (sigorta süresinin şekli başlangıcı) henüz prim ödenmeden yani sigortanın maddi süresi işlemeye başlamadan riziko gerçekleşirse meydana gelen zarardan sigortacı sorumlu tutulamaz. Öte yandan TTK.'nın bu maddesi tam emredici nitelikte değildir. Bu nedenle taraflar sigorta ettirenin lehine olarak sözleşmede prim borcu ödenmeden önce sigortacının sorumluluğunun baş-

³³ BOZER, Sigorta Hukuku, 1981, sh. 128.

³⁴ KAYIHAN, Prim Ödeme Borcu, sh. 160.

³⁵ BOZER, Sigorta Hukuku, 1981, sh. 128.

³⁶ KAYIHAN / GÜNERGÖK, sh.198.

³⁷ KENDER, sh. 244-245; ARSEVEN, sh. 124; KAYIHAN / GÜNERGÖK, sh.200.

layacağını kararlaştırabilirler³⁸. Bununla birlikte sigorta ettiren prim ödemesine rağmen sigortacının sorumluluğunun başlamayacağı kararlaştırılmaz. Aksi durumda TBK. m. 27/2 hükmünün uygulanması gündeme gelir. Bütün bu ifade ettiklerimiz diğer sigorta türlerinde geçerli olduğu gibi hastalık ve sağlık sigortaları bakımından da geçerlidir.

c. İzleyen Primlerin Ödenmemesi ve Ödenmemesine Bağlanan Hukuki Yaptırım

aa. Genel Düzenleme

Primin taksitle ödenmesi kararlaştırılmış ve ilk taksit ödenip sigortanın maddi süresi işlemeye başlamasına rağmen izleyen prim taksitlerinin ödenmesinde temerrüt ortaya çıkmışsa sigortacının sorumluluğunun bu aşamada bundan etkilenmeyeceğini ifade edelim³⁹. Ancak sigortacı sonraki primlerin ödenmemesi ihtimaline karşı tamamen korunmasız bırakılmamış, kendisine bu ihtimalde genel bir fesih hakkı tanınmıştır. TTK. m. 1434/3. hükmüne göre, “*İzleyen primlerden herhangi biri zamanında ödenmez ise, sigortacı sigorta ettirene, noter aracılığı veya iadeli taahhütlü mektupla on günlük süre vererek borcunu yerine getirmesini, aksi halde, süre sonunda, sözleşmenin feshedilmiş sayılacağını ihtar eder. Bu sürenin bitiminde borç ödenmemiş ise sigorta sözleşmesi feshedilmiş olur*”.

Böylece sigortacı hastalık ve sağlık sigortalarında da sonraki primlerin yani prim taksitlerinin ödenmemesi durumunda bir fesih ihbarı göndererek sigorta sözleşmesini sona erdirebilir. Fesih ihbarı gönderen sigortacı, sigorta ettirene **on günlük** bir süre vermelidir. Bu süre fesih ihbarının sigorta ettirene ulaştığı andan itibaren başlar⁴⁰. Eğer bu süre içinde prim ödenmezse fesih beyanı hüküm ve sonuçlarını doğurur ve sözleşme *ex nunc* yani ileriye etkili olarak sona erer. Bu nedenle sigortacı, fesih tarihine kadar ödenmemiş olan primler için icra yoluyla takibe girişebilir⁴¹.

³⁸ ÇEKER, sh. 108; KAYIHAN / GÜNERGÖK, sh.200.

³⁹ KENDER, sh. 246; KAYIHAN / GÜNERGÖK, sh.200.

⁴⁰ KENDER, sh. 24; KAYIHAN / GÜNERGÖK, sh.202.

⁴¹ BOZER, Ali, Sigorta Hukuku, Ankara 1981, sh. 128; KAYIHAN / GÜNERGÖK, sh.202.

Yenilik doğuran bir hak olan fesih beyanı varması gerekli bir irade beyanı olup kural olarak karşı tarafa ulaşınca hüküm ve sonuçlarını doğurur. Fakat sigorta sözleşmesinin TTK. m. 1434/3 hükmüne dayanılarak feshedilmesi halinde fesih, bu yöndeki beyanın karşı tarafa varması ile değil, beyanda yer alan sürenin dolması üzerine hüküm ve sonuçlarını doğurur. Anılan hüküm yarı emredici niteliktedir. Diğer bir deyişle sigorta ettiren aleyhine değiştirilemez ancak sigorta ettiren lehine aksi kararlaştırılabilir. Bu nedenle sigortacı, prim borcunun ödenmesi için on gün yerine daha uzun bir süre verebilir ve fakat daha az süre veremez.

Türk Ticaret Kanunu m. 1434/3, c. son düzenlemesinde “*sigortacının, sigorta ettirenin temerrüdü nedeniyle Türk Borçlar Kanunu’ndan doğan diğer hakları saklıdır*” hükmüne yer verilmiştir. Borçlunun temerrüdünün sonuçları TBK. m. 125 hükmünde düzenlenmiş ve alacaklıya bazı seçimlik haklar verilmiştir ve bunların da uygulanması gündeme gelebilir. Bu itibarla sigortacı, prim borcunun ödenmemesi halinde sadece sözleşmenin feshini isteme hakkına sahip değildir. Sigortacı, özellikle büyük hacimli sigorta sözleşmelerinde primin tahsili davasını açarak sigorta sözleşmesini ayakta tutmayı tercih edebilir⁴². Ancak sigortacı, sözleşmeyi feshetmek istiyorsa mutlaka *on günlük* bir ihbar süresi vermelidir. TTK. m. 1434/4 hükmüne göre ise, *bir sigorta dönemi içinde sigorta ettirene iki defa ihtar gönderilmişse sigortacı, sigorta döneminin sonunda hüküm doğurmak üzere sözleşmeyi feshedebilir*. Bu maddenin bir önceki fıkrasında fesih ihtarından söz edildiğine göre bu fıkradaki ihtarın da fesih ihtarı olarak anlaşılması gereklidir.

O halde bu fıkra uyarınca sözleşme süresi sonunda sözleşmenin feshedilebilmesi ancak şu şekilde gerçekleşebilir:

Sigorta süresi içinde prim borcu ödenmediği için sigortacı fesih ihtarını göndermiş ancak bu ihtarında verilen süre içinde sigorta ettiren prim borcunu ödemiştir. Daha sonraki bir prim borcu yine yerine getirilmemiş ve sigortacı yine bir fesih ihtarında bulunmuş ve borcun ödenmesi için en az on günlük süre vermiştir. Sigorta ettiren yine bu süre içinde borcunu ödemiştir. Aslında bu maddede öngörülen fesih hakkı prim borcunun hiç ödenmemesinden değil, gecikerek ödenmesinden kaynaklanmaktadır. Elbette sigortacı para borcu niteliğindeki prim borcunun ödenmesinde temerrüde düşen sigorta ettirenden temerrüt faizi talep edebilecektir. Bu

⁴² KENDER, sh. 248; KAYIHAN / GÜNERGÖK, sh.202; ULAŞ, Işıl, Uygulamalı Can Sigortası Hukuku, Hayat ve Kişisel Kaza Sigortaları, 2. Bası, Ankara 2002, sh. 86.

noktada hemen ifade edelim ki, primin taksitlerinin ödenmesinde sigorta ettirenin temerrüde düşmesi için ihtar şart değildir. Zira uygulamada prim taksitlerinin ödenmesi için ödeme tarihleri belirlenmektedir. Bu itibarla bu tarihlerde taksitlerini ödemeyen sigorta ettiren prim borcunun ödenmesi bakımından temerrüde düşmüş olur ve faiz gibi bunun sonuçları ile karşılaşabilir. Çünkü bu durumlarda TBK. m. 117/2 anlamında süreli borç söz konusudur (belirli vade). Muaccel bir borcun borçlusu kural olarak alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer (TBK. m. 117/1). Ancak borcun ödeneceği gün birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanılarak taraflardan birinin yapacağı usulüne uygun bildirimle belirlenmişse, bu günün geçmesiyle borçlu kendiliğinden temerrüde düşer (TBK. m. 117/2). Sigorta Prim taksitlerinin hangi tarihlerde ödeneceği taraflarca bilindiğinden belirli vade söz konusudur ve prim taksiti ödenmediğinde ayrıca bir ihtara gerek olmaksızın sigorta ettiren prim borcunu ödemediğinde temerrüde düşmüş olur⁴³. TTK. m. 1434/3'ün düzenlemesi sigorta sözleşmesinin sigorta ettirenin izleyen primlerin ödenmesinde temerrüde düşmesinden ötürü sigorta sözleşmesinin feshine yöneliktir. Sigortacı ödemelerini devamlı olarak geciktiren biri ile sigorta sözleşmesi devam ettirmek zorunda değildir. Ancak sözleşme süresi sonunda sözleşme zaten kendiliğinden sona erecektir. Bu durumda böyle bir fesih hakkının pratik bir uygulaması olamayacaktır⁴⁴.

Nihayet belirtelim ki, buradaki açıklamalarımız bir yıl veya daha az süreli hastalık ve sağlık sigorta sözleşmeleri yönünden için geçerlidir. Şayet hastalık ve sağlık sigorta sözleşmesi bir yıldan uzun vadeli olursa hemen aşağıdaki ihtimal gündeme gelecektir.

bb. Prim Ödemeden Muaf Sigorta Hükümlerinin Uygulanması İhtimali

Hastalık ve meblağ sigortası şeklinde akdedilmiş sağlık sigortası primleri en az bir yıl süreyle akdedilmiş ve bu bir yıl içinde (bir yılın tamamı için) izleyen primler ödenmiş ise izleyen primlerde temerrüt durumunda sigortacı yukarıdaki açıkladığımız gibi TTK. m.1434/3'e istinaden sigorta sözleşmesini feshedemeyecektir. Çünkü bir yıl veya

⁴³ Belirli vade konusunda genel bilgi için bkz. GÜNERGÖK, Özcan / KAYIHAN, Şaban, Borçlar Hukuku Dersleri, Umuttepe Yayınları, İstanbul 2020, sh. 226 vd..

⁴⁴ KAYIHAN / GÜNERGÖK, sh.203; ULAŞ, sh. 83.

daha uzun vadeli hastalık ve meblağ sigortası şeklinde akdedilmiş sağlık sigortalarının akdedilmesi ihtimalinde bir yıllık primler ödendikten sonra izleyen primlerde temerrüt halinde hayat sigortaları için öngörülen ve TTK. m. 1502 ile hükme bağlanan *prim ödemedenden muaf sigorta düzenlemesi* TTK. m. 1519/1 ve özellikle 2 marifetiyle kıyasen uygulama alanı bulur. Gerçekten TTK. m. 1519/2 hükmü prim ödemedenden muaf sigortanın hastalık ve meblağ sigortası şeklinde akdedilmiş sağlık sigortalarında uygulanacağını sarih olarak düzenlemiştir.

Şu halde primin taksitle ödenmesinin kararlaştırıldığı ve ilk primin ödenmediği hallerde hastalık ve meblağ sigortası şeklinde akdedilmiş sağlık sigortaları ile diğer sigortalar arasında bir farklılık yoktur. Farklılık sigorta sözleşmeleri bir yıl ve daha fazla sürmüş hastalık ve meblağ sigortası şeklinde akdedilmiş sağlık sigortaları bakımından söz konusu olur.

Nitekim TTK. m. 1502 şu düzenlemeyi sevk etmiştir:

“En az bir yıldan beri yürürlükte bulunan ve bir yıllık primi ödenmiş olan sigorta sözleşmelerinde, sigorta ettiren daha sonra prim ödeme borcunu yerine getirmezse, sigortacı bu sebeple sözleşmeyi feshedemez ve prim isteyemez. Bu hâlde sigorta, prim ödenmesinden muaf sigortaya dönüşür. Prim ödenmesinden muaf sigortada, sigorta bedeli ödenen primle sözleşme uyarınca ödenmesi gereken prim arasındaki orana göre ödenir”.

Görüldüğü üzere hastalık ve meblağ sigortası şeklinde akdedilmiş sağlık sigortalarına kıyasen uygulanması gereken hayat sigortalarında söz konusu hüküm uyarınca sonraki primler yönünden, birinci yılın primlerine ilişkin temerrüt ve birinci yıldan sonraki primlere ilişkin temerrütün hukuki sonuçları farklılık arz eder. Eğer birinci yıl içerisinde ilk prim ödendikten sonra diğer primlere ilişkin bir temerrüt durumu ortaya çıkarsa sigortacı sözleşmeyi TTK. m. 1434/3 kapsamında feshedebilecektir. Ancak ilk yıl sona ermiş ve ilk yıla ilişkin tüm primler ödenmişse ilk yıldan sonraki primlere ilişkin temerrüt nedeniyle sigortacı sözleşmeyi artık feshedemeyecektir. Bu takdirde TTK. m. 1502 uyarınca sözleşme devam eder ve o zamana kadar ödenmiş primler primin tümü olarak kabul edilir⁴⁵. Ancak sigortacının riziko gerçekleştiği takdirde ödeyeceği *sigorta bedeli ödenen primle sözleşme uyarınca ödenmesi gereken prim arasındaki orana göre ödenir* yani sigorta bedelinden

⁴⁵ Karş. KENDER, sh. 251; KAYIHAN / GÜNERGÖK, sh.203.

buna göre bir indirim yapılır⁴⁶. İşte buna TTK. “*prim ödenmesinden muaf sigorta*” adını vermiştir⁴⁷.

Bununla birlikte zarar sigortası niteliğindeki sağlık sigortaları bakımından bu ihtimal gündeme gelmeyecektir çünkü bu sigortalar aktif zarar sigortaları niteliğinde oldukları için somut yani gerçek zararı teminat altına almak için akdedilirler. Zarar sigortalarında ise prim ödemedenden muaf sigorta uygulaması gündeme gelmez. Gerçekten TTK. m. 1519/2'nin açık düzenlemesine göre sigortalının uğradığı hastalık, ilaç ve tedavi giderleri için harcama yapılması gibi gerçek zararların sigortacı tarafından karşılanması öngörülen sağlık sigortalarında, genel hükümler dışında, zarar sigortalarına ilişkin hükümler ile 1500 ilâ 1502 nci madde hükümlerinin sağlık sigortası hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir. Ancak kanımızca düzenlemenin amacı zarar sigortası niteliğindeki sağlık sigortalarında prim ödemedenden muaf sigorta yaratmak olmamalıdır kanısındayız. Burada prim ödemedenden muaf sigortaya dönüşen sağlık sigortasından kasıt, meblağ ödemeli olarak akdedilen sağlık sigortalarıdır diye düşünmekteyiz.

§ III. Hastalık ve Sağlık Sigortasının Türleri

A. Sigorta Ettiren / Sigortalı Sayısı Bakımından

1. Ferdî (Bireysel) Hastalık ve Sağlık Sigortası

Bireysel hastalık ve sağlık sigortaları riziko kişisi olarak sadece bir kişiden oluşuyorsa bu durumda bireysel hastalık ve sağlık sigortası sözleşmesinden bahsedilir.

2. Grup Hastalık ve Sağlık Sigortası

Meblağ sigortalarında riziko kişisi bireysel hastalık ve sağlık sigortasındaki gibi belirli bir kişi olabileceği gibi bir gruptan da oluşabilir. Bireysel olarak hastalık ve sağlık sigortası yaptırmak yerine tek bir sözleşme ile kollektif olarak birçok kimsenin hastalığa ve sağlığını kaybı rizikosuna karşı sigortalanması halinde grup hastalık ve sağlık sigortasından söz edilir. Grup hastalık ve sağlık sigortaları akdedildiğinde

⁴⁶ KENDER, sh. 251; KAYIHAN / GÜNERGÖK, sh.203.

⁴⁷ KAYIHAN / GÜNERGÖK, sh.203-204.

grup hayat sigortalarını düzenleyen TTK. m. 1496 hükmü, yine TTK. m. 1519/1 marifetiyle kıyasen uygulanır.

Grup hastalık ve sağlık sigortası bir grubu oluşturan kişileri toplu halde hastalık ve sağlık rizikolarına karşı sigorta teminatı altına almakta ve grubun her bir üyesi grup hastalık ve sağlık sigortasının teminat altına aldığı bütün rizikolara karşı sigortalı olmaktadır⁴⁸.

Grup hastalık ve sağlık sigortalarında en az on kişiden oluşan riziko kişileri grubu oluşturur. Sigorta ettiren tarafından, belirli kıstaslara göre kimlerden oluştuğunun belirlenebilmesi imkânı bulunan bu gruba dâhil kişiler lehine, tek bir sigorta sözleşmesi ile sigorta akdi yapılabilir. Sözleşmenin devamı sırasında gruba dâhil herkes sigortadan, grup sigortası sözleşmesi sonuna kadar yararlanır. Sözleşmenin yapılmasından sonra grubun on kişinin altına düşmesi ise sözleşmenin geçerliliğini etkilemez.

Grupta yer alan her kişiye poliçe içeriğini özetleyen bir belge verilir. Grup sigortalarında lehtar atama hakkı, aksi sözleşme ile kararlaştırılmamışsa, grupta yer alan kişiye aittir. Sözleşme süresi içinde gruptan ayrılma hâlinde grup sigortası ile sağlanan teminat, aksi kararlaştırılmamışsa, sigorta ettiren, sigortalı veya lehtar tarafından bireysel olarak devam ettirilebilir. Sigortalı veya lehtarın sözleşmeye bireysel olarak devam etmesi ancak sigorta ettiren sıfatıyla olur. Bu kişiler geçmiş günlere ait kendilerine düşen prim borçlarından, önceki sigorta ettirenle birlikte sorumludur (bkz. TTK. m.1496).

B. Sigorta Bedelinin Ödenme Şekli Bakımından

1. Meblağ Ödemeli Hastalık ve Sağlık Sigortası

Rizikonun gerçekleşmesiyle birlikte sigorta ettirene/sigortalıya veya lehtara sigorta bedelinin bir defada toplu olarak ödenmesinin kararlaştırıldığı hastalık ve sağlık sigortaları meblağ ödemeli hastalık ve sağlık sigortası olarak isimlendirilmektedir.

2. Gerçek Zarar Ödemeli Hastalık ve Sağlık Sigortası

Bu kapsamda özellikle teşhis, tedavi ve ilaç masraflarını sigorta bedeli sınırında ödenmek üzere yapılan ve zarar sigortası niteliğini haiz

⁴⁸ KARA, sh.140; PEKİNER, sh.88

sağlık sigortalarını anmamız gerekir. Değişik vesilelerle de ifade etmiş olduğumuz gibi bu şekilde akdedilen sağlık sigortası sözleşmesi niteliği itibariyle somut olarak zarar sigortası sayılır ve bu durumda da sigortacı zenginleşme yasağının bir sonucu olarak sigortalının gerçek uğradığı zararı öder (karş. TTK. m. 1519/2).

§ IV. Hastalık ve Sağlık Sigortalarında Zamanaşımı

A. Sigorta Tazminatı Açısından

Sigorta sözleşmesinden kaynaklanan alacaklara ilişkin olarak TTK. m. 1420 hükmü bütün talepler için genel bir zamanaşımı süresi öngörmüştür:

*“Sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, **alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl** ve 1482 nci madde hükmü saklı kalmak üzere, **sigorta tazminatına ve sigorta bedeline ilişkin istemler her hâlde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıl** geçmekle zamanaşımına uğrar”.*

Bu hükme göre sorumluluk sigortası dışındaki zarar ve can sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar kural olarak iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Ancak hüküm bu sürenin yanında altı yıllık bir süreye daha yer vermiştir. Sözü geçen sigorta sözleşmelerinden doğan bütün taleplerin iki yılda zamanaşımına uğrayacağını öngören TTK. m. 1420 hükmü, TTK. m. 1452 hükmü dolayısıyla mutlak emredici bir karakterdedir. Buna karşılık TTK.’nın öngördüğü zamanaşımı süresi sadece sigorta sözleşmesine taraf olanları bağlar. Sigorta sözleşmesine taraf olmayan kişilerin sigortacı aleyhine açacağı davalarda genel hükümler uygulama alanı bulacaktır⁴⁹. TTK. muacceliyetin, rizikonun gerçekleşti-

⁴⁹ Karş. BAĞCI, Ömer, Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanaşımı, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2016, S. 11, sh. 163 vd.. Nitekim Yargıtay’da aynı görüştedir:

- “TTK.’nın 1268. maddesinde düzenlenen zamanaşımı süresi, sigorta sözleşmesinde taraf olanlar için geçerlidir. Davacı ise, sigorta sözleşmesinde taraf olmayıp, yangın nedeniyle zarar gören (üçüncü) kişidir ve davalılardan Ray Sigorta AŞ’yi sorumluluk sigortası nedeniyle dava etmiştir. Davalı, sigorta şirketi âkidi olan DDY. işletmesine teb’an dava edilmiş olması itibariyle olaya asıl sözleşme ilişkisinin zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir ki, o ardiyecilik sözleşmesinde 10 yıldır”. Y.11.HD. T.08.03.1979, E.1979/495, K.1979/1127 sayılı kararı. Bkz. KAYIHAN / GÜNERGÖK, sh.245.

ğini bildirmeye bağlamıştır. TTK. m. 1446/1, sigorta ettirene, rizikonun gerçekleştiğini öğrenince durumu gecikmeksizin sigortacıya bildirme yükümlülüğü yüklemiştir. TTK.’nın 1427. maddesinin 2. fıkrası ise sigorta tazminatının ödenmesinin ne zaman muacceliyet kesbedeceğini şu şekilde hükme bağlamıştır:

*“Sigorta tazminatı veya bedeli, rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve her halde 1446. maddeye göre yapılacak ihbardan kırkbeş gün sonra muaccel olur. **Can sigortalı için bu süre onbeş gündür.** Sigortacıya yüklenemeyen bir kurdan dolayı inceleme gecikmiş ise süre işlemez”.*

Şu halde hastalık ve sağlık sigorta sözleşmelerinde rizikonun gerçekleştiği keyfiyeti sigorta ettiren/sigortalı veya duruma göre lehtar tarafından sigortacıya TTK. m. 1446/1’e göre beyan edilmelidir. Hastalık ve sağlık sigortası niteliği itibarıyla meblağ (can) sigortalılarından sayıldığı için, sigortacının sigorta bedelini ödeme borcu TTK. m. 1427/2’ye göre bu bildirimden aldıktan en fazla onbeş gün geçtikten sonra yasal olarak muaccel olacaktır. İşte sigorta bedelinin talebine ilişkin dava açma hakkı da bu muacceliyet tarihine göre belirlenecektir. Hastalık ve sağlık sigortalılarında iki yıllık zamanaşımı süresi muacceliyet tarihinden itibaren başlar.

Bir başka taraftan riziko kişinin sigorta ettiren veya sigortalının olmadığı ve sigorta sözleşmesi ile bir lehtar belirlenmiş veya mirasçılar lehtar olmuşlar ise rizikonun gerçekleştiğini öğrenmemiş ve sigorta şirketine bu yönde bir beyanda da bulunmamışlarsa altı yıllık uzun zamanaşımı süresinin hastalık ve sağlık rizikosunun vuku tarihinden başladığını kabul etmek gerekir.

Keza rizikonun gerçekleşmesi durumu şayet somut olarak ceza kanunlarına göre suç oluşturuyor ve ilgili cezai düzenleme o suç için TTK.’da öngörülen zamanaşımı süresinden daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörüyor ise bu zamanaşımı süresinin hastalık ve sağlık sigortası sözleşmeleri bakımından da uygulanması gerekir kanısındayız.

B. Prim Alacağı Açısından

Türk Ticaret Kanunu m. 1420/1 sigorta sözleşmesinden doğacak tüm istemleri kapsayan genel nitelikteki bir zamanaşımı süresi öngördüğünden ve prim alacağının talep edilmesi de sigorta sözleşmesinden kaynaklandığından sigortacının prim alacağı da TTK. m. 1420/1 kapsa-

mında kalmaktadır. Bu itibarla sigorta sözleşmesine ilişkin prim alacağı, bu alacağın muaccel olduğu andan itibaren başlayacak iki yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Öyleyse bu noktada prim alacağının ne zaman muaccel olacağının tespitini yapmak önemlidir.

Sigorta ettirenin borç ve yükümlülükleri düzenlenirken prim ödeme borcunun ödeme zamanı kara ve denizde eşya taşıma sigortaları hariç olmak üzere sigorta poliçesinin teslimine bağlanmıştır. Kısacası, sigortacının primlerin ödenmesini isteyebilmesi, sigorta poliçesinin, sigortacı tarafından sigorta ettirene teslim edilmesine bağlanmıştır⁵⁰. TTK. esasen poliçeyi tanzim etme ve sigorta ettirene vermeyi sigortacıya bir borç olarak yüklemiştir. Hatta geç teslim edilmesi sigortacının aleyhine bir takım hukuki sonuçlara da yol açabilecektir. Nitekim TTK. m.1424/1'e göre:

“Sigortacı, sigorta sözleşmesi kendisi veya acentesi tarafından yapılmışsa sözleşmenin yapılmasından itibaren yirmidört saat, diğer hallerde on beş gün içinde yetkililerce imzalanmış bir poliçeyi sigorta ettirene vermekle yükümlüdür. Sigortacı poliçenin geç verilmesinden doğan zararlardan sorumludur”⁵¹.

Bu düzenlemeye göre sigortacının poliçeyi verme borcunun ifası ile sigorta ettirenin prim ödeme borcu muaccel hale gelmiş olacaktır. Buna ilişkin düzenleme ise şu şekildedir:

“Sigorta priminin tamamının, taksitle ödenmesi kararlaştırılmışsa ilk taksidin, sözleşme yapılır yapılmaz ve poliçenin teslimi karşılığında ödenmesi gerekir. Karada ve denizde eşya taşıma işlerine ilişkin sigortalarda sigorta primi, poliçe henüz düzenlenmemiş olsa bile, sözleşmenin yapıldığı anda ödenir” (TTK. m. 1431/1). Sözü geçen düzenleme uyarınca, sigorta sözleşmesi ister sözel ister yazılı yapılsın sözleşmenin kurulmasıyla yani tarafların sözleşmenin kurucu unsurlarına ilişkin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını açıklamaları ile prim ödeme borcu doğmuştur⁵². Fakat bu borç TBK. m. 90'ın genel düzenlemesi olan *“ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur”* kuralına göre değil, bu konudaki özel düzenleme olan TTK. m. 1431/1 hükmüne

⁵⁰ BOZER, Sigorta Hukuku, 1981, sh. 57.

⁵¹ Fazlası için bkz. KAYIHAN / GÜNERGÖK, sh.165 vd..

⁵² ARSEVEN, sh. 122; KAYIHAN, Prim Ödeme Borcu, sh. 149.

göre sigorta poliçesinin sigorta ettirene teslimi ile muaccel olacaktır⁵³. Kısacası, sigorta poliçesinin verilmesi tarihinde prim alacağı muaccel olacağından, diğer sigortalarda olduğu gibi bu sigortada da iki yıllık zamanaşımı süresinin bu tarihten itibaren işlemeye başlaması gerektiği sonucuna varılmalıdır⁵⁴.

Sonuç

Hastalık ve sağlık sigortası, özel sigortanın klasik ayırımında soyut sigortalar olarak bilinen can (meblağ) sigortaları kategorisinde ele alınmaktadır ve TTK. m. 1511-1519 hükümleri ile düzenlenmektedir. TTK.'nın hastalık ve sağlık sigortalarını ayrı ayrı düzenlediğini görmekteyiz. TTK. hastalık ve sağlık sigortası ayırımına giderken, hastalık sigortasını bir can (meblağ) sigortası şeklinde öngörmüşken, sağlık sigortasını ise esas olarak teşhis, ilaç ve tedavi giderlerinin karşılanması amaçlı düzenlemiştir. Bu itibarla sağlık sigortası hukuki niteliği itibariyle bir aktif zarar sigortası niteliğindedir. Bununla birlikte sigorta sözleşmesi ile sağlık sigortasının da tıpkı hastalık sigortası gibi meblağ sigortası niteliğinde yapılmasında hukuki bir engel yoktur.

Uygulamada hastalık ve sağlık sigortası tek bir sigorta sözleşmesi ile yapılmaktadır. Sözleşmede teminat altına alınan hastalık sigortalıda gerçekleştiği takdirde ona sigorta sözleşmesinde kararlaştırılan meblağ sigorta parası olarak ödenir. Sağlık sigortasında ise riziko gerçekleştiğinde sigortalının teşhis gideri, tedavi süreci gideri, ilaç harcamaları gibi gerçek giderler sigortalıya sigorta bedeline kadar sigorta tazminatı olarak ödenir. Örneğin, sigorta ettiren şayet hastalık sigortası akdetmiş ve teminat altındaki hastalıklardan biri çıktığı takdirde kendisine 500.000 TL. meblağ ödeneceği kararlaştırılmış olur da riziko gerçekleşirse sigortacı, sigorta ettirene/sigortalıya bu meblağı sigorta tazminatı olarak ödemek durumundadır. 500.000 TL. sigorta bedeli ile sağlık sigortası yaptırmış bir sigorta ettiren için ise riziko gerçekleşmiş ve sigorta ettiren/sigortalı teşhis, tedavi ve ilaç masrafları olarak 200.000 TL. harcamak durumunda kalmış ise, bu gider sigortacı tarafından kendisine sigorta tazminatı ödenir. Bu doğrultuda olmak üzere sigorta ettiren sağlık sigortasında ilke

⁵³ ARSEVEN, sh. 122.

⁵⁴ Bkz. AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR Mehmet, Sigorta Hukuku, Ders Kitabı. Ankara, 2019, sh. 229.

olarak çifte sigorta yasağına tabi iken, hastalık sigortasında sigorta ettiren istediği kadar sigortacı ile hastalık sigortası akdedebilecektir. Zira zarar sigortası niteliğinde olan sağlık sigortasında zenginleşme yasağı (tazmin ilkesi) geçerli iken meblağ sigortası niteliğindeki hastalık sigortasında bu ilke söz konusu değildir. Keza, sağlık sigortasında sigortalıya kusuru ile zarar veren üçüncü kişiye sigortacı TTK. m. 1472 çerçevesinde kendi sigortalısına ödediği tazminat kadar halefiyet ilkesine göre sözü geçen üçüncü kişiye başvurabilir iken, yine hastalık sigortası meblağ sigortası niteliğinde olduğu için burada halefiyet ilkesi işlemez. Yani hastalık sigortasında sigortalı hem kendisini kusuru ile hasta eden üçüncü kişiye karşı tazminat davası açabilir, hem de sigortacıdan sigorta tazminatını talep edebilir.

Hastalık ve sağlık sigortaları bireysel veya grup şeklinde yapılabilir. TTK. m. 1519/2'ye göre hastalık ve sağlık sigortasında TTK. m. 1502 ile düzenlenen prim ödemededen muaf sigorta hükmü de uygulanır. Hastalık sigortası meblağ sigortası niteliğinde olduğu için prim ödemededen muaf sigortanın (TTK. m.1502) burada uygulama alanı bulacağına şüphe yoktur. Ancak sağlık sigortası zarar sigortası niteliğinde yapılmış ise prim ödemededen muaf sigortanın burada uygulama alanı bulmaması gerektiği, eğer meblağ sigortası şeklinde yapılmış olursa uygulama alanı bulabileceği düşüncesinde olduğumuzu ve yasal düzenlemenin bu şekilde anlaşılması gerektiğine yönelik düşüncemizi belirtmek isteriz.

Bir başka taraftan sigorta sözleşmesinde sigortacının sigorta himayesini taşıma borcunun karşılığı olarak sigorta ettirenin asli borcu prim ödeme borcudur. TTK. m. 142/1, c.1 gereğince sigortacının riziko taşıma borcu kural olarak, sigorta ettiren tarafından primin tamamının veya ilk primin ödenmesi ile başlar. İzleyen (sonraki) primlerin ödenmesinde temerrüt durumunda TTK. Sigortacıya sözleşmeyi nasıl feshedebileceğine ilişkin hükümler öngörmektedir (TTK. m. 1434/3). Keza izleyen primlerin temerrüdüne ilişkin bazı ihtimallerde ise TTK. m. 1519/2 marifetiyle TTK. m. 1502 ile hayat sigortalarına yönelik öngörülen prim ödemededen muaf sigorta uygulaması hastalık ve sağlık sigortası için de gündeme gelebilir.

Nihayet hastalık ve sağlık sigortasına yönelik taleplerde TTK. m. 1420 hükmü çerçevesinde 2 ve 6 yıllık zamanaşımı süreleri öngörülmektedir. Kanaatimizce rizikonun oluşması TCK.'nın düzenlediği bir suç sebebiyle oluşmuş olur ve TCK. bu suç için TTK. m. 1420 ile düzenlenen zamanaşımı sürelerinden daha uzun zamanaşımı süreleri öngörmüş

olursa burada da bu uzun zamanaşımı sürelerinin uygulanması isabetli olur.

Sigorta şirketinin prim alacağı ise muacceliyet tarihinden itibaren iki yıl geçtikten sonra zamanaşımına uğrar. Sigorta şirketinin hastalık ve sağlık sigortasına ilişkin prim alacağının muacceliyet kazanacağı an ise, kendisinin sigorta poliçesini sigorta ettirene teslim ettiği an olarak karşımıza çıkar (bkz. TTK. m.1421, 1431/1).

Kısaltmalar

ABD.	: Anabilim Dalı
Art.	: Article
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
c.	: cümle
DVVG.	: Gesetz über den Versicherungsvertrag (Deutsches Versicherungsvertragsgesetz)
E.	: Esas
eTTK.	: eski Türk Ticaret Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
§	: paragraf
S.	: Sayı
sh.	: sahife
T.	: Tarih
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TL.	: Türk Lirası
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay

KAYNAKÇA

AKMUT, Özdemir, Hayat Sigortası - Teori ve Türkiye'deki Uygulama, Ankara 1980.

ARSEVEN, Haydar, Sigorta Hukuku, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul 1991.

AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR Mehmet, Sigorta Hukuku, Ders Kitabı. Ankara, 2019.

BAĞCI, Ömer, Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanaşımı, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2016, S. 11.

BOZER, Ali, Sigorta Hukuku, Genel Hükümler - Bazı Sigorta Türleri, Ankara 2004.

BOZER, Sigorta Hukuku, 1981,

ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, 10. Baskı, Adana 2014.

GÜNERGÖK, Özcan / KAYIHAN, Şaban, Borçlar Hukuku Dersleri, Umuttepe Yayınları, İstanbul 2020.

GÜVEL, Enver Alper / GÜVEL, Afıtap Öndaş, Sigortacılık, 5. Baskı, Ankara 2010.

KARA, Etem, Sigortalanabilir Menfaat İlkesi, Ankara 2020.

KAYIHAN, Şaban / GÜNERGÖK, Özcan, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 5. Baskı, İstanbul 2020.

KAYIHAN, Şaban, Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu, Ankara 2004.

KENDER, Rayegan, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Güncelleştirilmiş 14. Baskı, İstanbul 2015.

SOMER, Mehmet, "Başkası Hesabına Sigortanın Gerçekleştirme Şekilleri", Prof. Dr. Fahiman TEKİL'in Anısına Armağan, İstanbul 2003.

SÜZEL, Cüneyt, Özel Sağlık Sigortası Sözleşmesinin Niteliği, Tarafları ve Ömür Boyu Yenileme Garantisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.24, S.2, Aralık 2018.

ULAŞ, Işıl, Uygulamalı Can Sigortası Hukuku, Hayat ve Kişisel Kaza Sigortaları, 2. Bası, Ankara 2002.

ÜNAN, Samim, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap, C. III, Can sigortaları, İstanbul 2017.

- Araştırma Makalesi -

**⚡ LİMİTED ŞİRKET PAY DEVRİ SÖZLEŞMESİNDE
TTK 595/1'DE YER ALAN KAYITLARIN BULUNMAMASININ
DEVİR SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ***
(EFFECT OF THE ABSENCE OF THE RECORDS IN THE TURKISH COMMERCIAL
CODE 595/1 ON THE VALIDITY OF THE ASSIGNMENT CONTRACT)

Dr. Raziye AKSU ÖZKAN^{†}**

ÖZ

Bu çalışmada limited şirket pay devri sözleşmesinde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 595/1'de yer alan kayıtların bulunmamasının devir sözleşmesinin geçerliliğine etkisi incelenmiştir. Buna göre, ilk olarak hükümdede yer alan kayıtlara genel hatlarıyla değinilmiştir. Bunlar ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri; rekabet yasağı ağırlaştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak biçimde genişletilmiş ise, bu husus, önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları ile sözleşme cezasına ilişkin koşullardır. Ardından kayıtların sözleşmede bulunmamasının sözleşmeye etkisi hakkında öğretilerde yer alan görüşlere ve kendi değerlendirmemize yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Limited Şirket, Pay Devri Sözleşmesi, Kayıtlar, Pay Devri Sözleşmesinin Unsurları.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 25.07.2020 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 03.08.2020 tarihinde birinci hakem; 07.09.2020 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı'nda Arş. Gör., raziye_aksu1905@hotmail.com, ORCID:0000-0003-2245-863X.

Bu makaleye atıf için; AKSU ÖZKAN, Raziye, "Limited Şirket Pay Devri Sözleşmesinde TTK 595/1'de Yer Alan Kayıtların Bulunmamasının Devir Sözleşmesinin Geçerliliğine Etkisi" REGESTA, Cilt: 5, Sayı: 2, 2020, s. 283-316.

ABSTRACT

In this study, the effect of the absence of the records contained in Article 595/1 of the Turkish Commercial Code numbered 6102 in the assignment contract of limited liability company on the validity of this contract is examined. Accordingly, first of all, on the records contained in the provision are touched generally. These are conditions for the additional financial and further material contributions; if the prohibition of competition is aggravated or expanded to include all partners, this is, subject to recommendation, pre-emption, repurchase and purchase rights and contractual penalty. Then, the opinions in the doctrine about the effect of the absence of the mentioned records in the contract and our own evaluation are included.

Keywords: *Limited Liability Company, Contract of Assignment, Provisions, Elements of Assignment Contract.*

I. GİRİŞ

Limited şirket pay devri sözleşmesi 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde 595'te düzenlenmiştir. TTK m. 595/1 uyarınca esas sermaye payının devrini içeren işlem yazılı şekilde yapılmalıdır. Buna göre limited şirkette payın devri için imzaları noter tarafından onaylanmış yazılı bir sözleşme yapılması gerekmektedir. Yazılı devir sözleşmesi, geçerlilik koşuludur¹. Pay devri sözleşmesinde, devre konu payın tam

¹ Ersin Çamoğlu, Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri (1st edn, Vedat Kitapçılık 2020) 36; Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku C. II (13th edn, Vedat Kitapçılık 2017) 408; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi (3rd edn, Adalet Yayınları 2018) 2755; Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı (4th edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 694; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku (14th edn, Beta Yayınevi 2020) 457; Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (3rd edn, Vedat Kitapçılık 2013) 483; Şükrü Yıldız, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku (1st edn, Arıkan Yayıncılık 2007) 133; Fatih Bilgili and Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku (9th edn, Legal Yayıncılık 2013) 750; Hanife Doğrusöz Koşut, 'Limited Şirkette Nama Yazılı Senede Bağlanmış Esas Sermaye Payının Devir Şartları' (2016) 22(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki Araştırmalar Dergisi 365, 372; Ramazan Durgut, 'Limited Şirkette Esas Sermaye Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması' (2013) (108)

olarak belirlenmiş olması, devir iradesinin ve sözleşmenin taraflarının bulunması şarttır². Bu unsurlar devir sözleşmesinin esaslı unsurlarıdır ve bunların bulunmaması pay devri sözleşmesinin kurulmaması sonucunu doğurur³. Bunun yanı sıra TTK m. 595/1- c. 1 uyarınca devir sözleşmesinde, ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri; rekabet yasağı ağırlaştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak biçimde genişletilmiş ise, bu husus, önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları ile sözleşme cezasına ilişkin koşullar da belirtilir. Bu kayıtların devir sözleşmesinde yer almaması durumunda, nasıl bir yaptırım uygulanacağı TTK’de düzenlenmemiştir. Dolayısıyla pay devri sözleşmesi yapan kişilerin, bu kayıtlar olmaksızın yapacakları sözleşmenin geçerli olup olmadığı cevaplanması gereken bir sorudur.

Bu bağlamda, öncelikle hükümde yer alan kayıtlara genel hatlarıyla değinilecektir. Ardından kayıtların bulunmamasının devir sözleşmesine etkisi hakkında öğretilerde yer alan görüşlere ve kendi değerlendirmemize yer verilecektir.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi 123, 131; İsmail Doğanay, ‘Limited Şirkette Ortaklık Payının Bir Başkasına Devredilmesinin Koşulları Nedir?’ (1975) 8(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 83, 90; Turgut Öz, ‘Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri’ (1987) 52(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 345, 363; Soner Altaş, ‘Limited Şirketlerde Genel Kurul Pay Devrini Onaylamazsa Ne Yapılır?’ (2014) (176) Vergi Raporu 160, 162; aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 11 HD, 5788/6746, 04.11.2019; Yargıtay 11 HD, 10075/4478, 19.09.2017. Kararlar için bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>> Erişim Tarihi 20 May 2020.

² Ertan Demirkapı, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri (Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (İzmir 2008) 209; Barbaros Çağa, ‘Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri’ (1974) 7(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 581, 596; Oruç Hami Şener, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2017) 301; Michael Gwelessiani, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung (3rd edn, Schulthess Verlag 2016) N 340; Hans Rudolf Trüeb, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Art. 772-1186 OR in Vito Riberto and Hans Rudolf Trüeb (eds), (3rd edn, Schulthess Verlag 2016) Art. 785 N 5; Rino Siffert, Marc Pascal Fischer and Martin Petrin, GmbH-Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR) (1st edn, Stämpfli Verlag 2008) 95.

³ Demirkapı (n 2) 209; Çağa (n 2) 596; Halil Arslanlı and Hayri Domaniç, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması Hisseli Komandit Şirketler -Türk Ticaret Kanunu Şerhi III- (1st edn, Temel Yayınları 1989) 242.

II. TTK M. 595/1’DE YER ALAN KAYITLARIN SÖZLEŞMEDE BULUNMAMASININ PAY DEVRİ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ

1. Hükümde Yer Alan Kayıtlar

A. Genel Olarak

TTK m. 595/1- c. 1 uyarınca devir sözleşmesinde, ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri; rekabet yasağı ağırlaştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak biçimde genişletilmiş ise, bu husus, önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları ile sözleşme cezasına ilişkin koşullar da belirtilir. Hükümde pay devri sözleşmesinde yer alması öngörülen kayıtlar tek tek belirtilmiş olup sınırlı sayıdadır⁴. Buna karşın, hükümün me hazı İsviçre Borçlar Kanunu (Obligationenrecht-OR) Art. 785/2’de, pay devri sözleşmesinde yer alacak kayıtlar tek tek sayılmamış bunun yerine devir sözleşmesinin şirket sözleşmesinde bulunan hak ve borçları içermesi gerektiği yer almıştır⁵. Kanaatimizce TTK’nin pay devri sözleşmesinde yer alan kayıtları düzenleme tarzı yerinde olmamıştır. Zira hükmün kaynağı olan OR Art. 785/2, pay senetlerine ilişkin OR Art. 784/2⁶ ile paralel şekilde düzenlenmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu’nun Gerekeçesi’nde bu sayede, payı devralanlara kanuni hakları ve yükümlülüklerinin uygun şekilde bildirileceği ifadesi yer almaktadır. Çünkü uygulamada, her şirket, payları temsil eden senet çıkarmadığı gibi, miras veya birleşme gibi hâllerde de pay senedi çıkarılsa bile paylar sözleşme olmaksızın devredilmektedir. Bu sebeple, ortakların hak ve borçlarının hem pay senetlerinde hem de devir sözleşmesinde yer alması

⁴ TTK m. 595’in gerekçesi; Yıldız (n 1) 139.

⁵ İsviçre Borçlar Kanunu m. 785/2 uyarınca “In den Abtretungsvertrag müssen dieselben Hinweise auf statutarische Rechte und Pflichten aufgenommen werden wie in die Urkunde über die Zeichnung der Stammanteile.” Hüküm Türkçeye, “Devir sözleşmesinde, sermaye payı taahhüdüne ilişkin senette olduğu gibi, esas sözleşmede yer alan haklar ve borçlarla ilgili aynı bilgiler belirtilmelidir.” şeklinde çevrilebilir.

⁶ Hüküm uyarınca, “In die Urkunde müssen dieselben Hinweise auf statutarische Rechte und Pflichten aufgenommen werden wie in die Urkunde über die Zeichnung der Stammanteile.” Hüküm Türkçe’ye “Pay senedinde, sermaye payı taahhüdüne ilişkin senette olduğu gibi, esas sözleşmede yer alan haklar ve borçlarla ilgili aynı bilgiler belirtilmelidir.” şeklinde çevrilebilir.

bu gibi durumlarda anlamlıdır⁷. Dolayısıyla Türk hukukunda da esas sermaye payının pay senetlerine bağlanmasını düzenleyen TTK m. 593/2 ile m. 595 arasında bir paralellik olmalıdır. Oysa TTK m. 593'te ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin, ağırlaştırılmış veya bütün ortakları kapsayacak biçimde düzenlenmiş rekabet yasağının ve şirket sözleşmesinde öngörülmüş önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım haklarının, bu senetlerde açıkça belirtilmesi aranmıştır. Buna karşın TTK m. 595'te düzenlenen sözleşme cezası hükmünde yer almamaktadır⁸. Bunun yanı sıra, TTK m. 593'te önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım haklarının şirket sözleşmesinde öngörülmüş olması hâlinde pay senedinde yer alması aranırken, TTK m. 595'te bu yönde bir koşul aranmamıştır. Dolayısıyla bu eksikliklerin giderilebilmesi için TTK m. 595'te yer alan kayıtların sayma yoluyla belirtilmesi yerine hükmün mehzazında olduğu gibi daha genel bir düzenlemeye gidilmelidir. Ayrıca rekabet yasağının ağırlaştırılmış olması hâlinde pay devri sözleşmesinde yer alacağı düzenlenmiştir. Oysa rekabet yasağının ağırlaştırılması tartışmaya açık bir husustur⁹. Olması gereken hukuk açısından hüküm değiştirilmeli ve şirket sözleşmesinde yazan hak ve yükümlülüklerin pay devri sözleşmesinde bulunması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yapılmalıdır.

TTK m. 595'te yer alan hak ve yükümlülükler, şayet pay devri sözleşmesinde yer alacaksa, bunların sadece belirtilmesi yetmeyecektir. Bunun yanı sıra, bu kayıtlara ilişkin koşulların da sözleşmede bulunması gerekecektir. Başka bir deyişle, bunlar açık bir biçimde somutlaştırılmalıdır¹⁰. Bunlara ilişkin ayrıntılar şirket sözleşmesinde yer aldığı için, burada bulunan bilgiler pay devri sözleşmesine aktarılmalıdır (TTK m. 577/1-b, c, d, f, g). Bu gereklilik, şirket sözleşmesinin pay devri sözleş-

⁷ Botschaft zur Revision des Obligationenrechts -GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht- (2002) 3185, <<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2002/3148.pdf>> Erişim Tarihi 15 May 2020.

⁸ Sözleşme cezasının TTK m. 595/2'de yer alırken, TTK m. 593/2'de bulunmamasının bilinçli bir tercih olmadığı hususunda bkz. Demirkapı (n 2) 42; Şener, 'Limited' (n 2) 302; İsviçre hukukunda getirilen düzenlemenin kapsamında sözleşme cezasının olduğunun da kabul edildiği hususunda bkz. Reto Bügler, Der GmbH-Anteil: insbesondere dessen Erwerb, Übertragung und Verlust (de lege lata et feranda) (Doktora Tezi), Zürich Universität (Zürich 2004) 184.

⁹ İnceleme için bkz. aşa. C. Rekabet Yasağı.

¹⁰ Bügler (n 8) 206.

mesine eklenmesi suretiyle de yerine getirilebilir¹¹. Buna karşın, kanaatimizce bu yöntem uygulamada tercih edilmeyebilir. Zira bu yöntemde şirket sözleşmesi, pay devri sözleşmesine olduğu gibi ekleneceği için pay devri sözleşmesi uzayacaktır ve bu sözleşme noter tarafından onaylanacağı için noter masrafları artacaktır.

B. Ek Ödeme ve Yan Edim Yükümlülüğü

TTK m. 595 uyarınca, şirket sözleşmesinde öngörülmüş olmaları kaydıyla, pay devri sözleşmesinde ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerine ilişkin koşullar bulunacaktır. Ortaklar şirket sözleşmesiyle, esas sermaye payı bedeli dışında ek ödeme ile de yükümlü tutulabilirler (TTK m. 603/1). Ek ödeme yükümlülüğü, şirketin faaliyetlerini sürdürmesini güvence altına almak için, ortaklara esas sermaye bedeli dışında ve belli koşulların gerçekleşmesi durumunda şirkete nakdi ödemede bulunulmasına ilişkin şirket sözleşmesiyle yüklenen yükümlülüktür¹². Bu yükümlülük temelde bilanço açığını kapatarak, şirketin kötü finansal durumdan kurtulmasına yardımcı olmak amacıyla¹³ öngörülmüş bir araçken, amaçtaki bu sınırlama TTK m. 603/1-b ve c ile ortadan kalkmıştır¹⁴. Bunun yanı sıra, şirket sözleşmesiyle, şirketin işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet edebilecek yan edim yükümlülükleri de öngörülebilir (TTK m. 606/1). İşletme konusuyla bağlantılı olmak üzere yan edim yükümlülükleri, bir yapma, yapmama veya katlanma edimi olabilir¹⁵.

¹¹ Şener, 'Limited' (n 2) 303; Rino Siffert and Nicholas Turin, Handelsregisterverordnung (1st edn, Stämpfli Verlag AG 2013) 669.

¹² Şener, 'Limited' (n 2) 406; benzer tanım için bkz. Hasan Karakılıç, 'Limited Ortaklıkta Ek Ödeme Yükümlülüğü' (2014) 4(2) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 107, 108; amaç kısmı olmaksızın aynı tanım için bkz. Tekinalp (n 1) 509; Yıldız (n 1) 188.

¹³ TTK m. 603'ün gerekçesi; aynı yönde bkz. Pulaşlı (n 1) 2816; Bahtiyar (n 1) 475; Yıldız (n 1) 189; Karakılıç (n 12) 116.

¹⁴ TTK m. 603'ün gerekçesi.

¹⁵ Botschaft (n 7) 3198; Marc Amstutz and Fernand Chappuis, Basler Kommentar Obligationenrecht II Art. 530-964 OR in Heinrich Honsell, Nedin Peter Vogt and Rolf Watter (eds), (5th edn, Helbing Lichtenhahn Verlag 2016) Art. 796 N 12; Sandro Germann, Die personalistische AG und GmbH Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen in Peter Forstmoser (eds) (1st edn, Dike Verlag 2015) 337; Yıldız (n 1) 191; Pulaşlı (n 1) 2820; Şener, 'Limited' (n 2) 449; Bilgili and Demirkapı (n 1) 747.

Ek ödeme ve yan edim yükümlülüğün öngörülebilmesi için şirket sözleşmesinde hüküm bulunmalıdır (TTK m. 603/1; 606/2; 577/1-c/d). Bu yükümlülükler, TTK m. 607 uyarınca şirket sözleşmesini değiştirilmeksizin alınacak bir genel kurul kararıyla veya müdürlerin kararıyla oluşturulamaz. Şirket sözleşmesinde, ek ödeme ve yan edim yükümüyle yüklenmiş esas sermaye payının belirlenmiş olması gerekmektedir (TTK m. 603/1; 606/2). Başka bir deyişle, ek ödeme ve yan edim yükümlülüğü ortakların kişiliğine değil, esas sermaye payına bağlı olarak öngörülebilir¹⁶. Dolayısıyla TTK m. 595'e uygun bir devirle, payı devralanın borç üstlenmesine (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu -TBK- m. 196 vd.) gerek olmaksızın, payı devralan ek ödeme ve yan edim yükümünü borçlanır¹⁷.

Ek ödeme yükümlülüğünün tutarı şirket sözleşmesinde açıkça belirtilmelidir (TTK m. 603/3; m. 577/1-c). Bu tutar ya belli bir meblağ olarak tayin edilir ya da esas sermaye payını esas alan bir oran ile tespit edilir¹⁸. Bunun yanı sıra, yan edim yükümlülüklerinin konusu, kapsamı, koşulları ve diğer önemli noktalar da şirket sözleşmesinde belirtilir (TTK m. 606/2; m. 577/1-d). Bu bağlamda, pay devri sözleşmesinde sadece ek ödeme ve yan edim yükümünün bulunduğu değil, bu yükümlülüklerin şirket sözleşmesinde yer aldığı şekilde belirtilmesi gerekmektedir.

C. Rekabet Yasağı

TTK m. 595/1 uyarınca rekabet yasağı ağırlaştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak biçimde genişletilmiş ise, bu husus, pay devri sözleşmesinde bulunması gereken kayıtlardandır. Buna göre, rekabet yasağının bulunması hâlinde değil, bu yasağın ağırlaştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak biçimde genişletilmişse pay devri sözleşmesinde yer alacaktır. TTK bağlamında limited şirketlerde rekabet yasağı müdürler ve ortaklar için söz konusudur (TTK m. 626; 613/2). Bununla birlikte, kanaatimizce TTK m. 595 açısından ortaklar için öngörülen rekabet yasağı ele alınmalıdır. Nitekim hüküm, limited şirket esas sermaye payının dev-

¹⁶ TTK m. 606'nın gerekçesi; Şener 'Limited' (n 2) 409, 450; Tekinalp (n 1) 509, 512; Bilgili and Demirkapı (n 1) 744, 747; Yıldız (n 1) 192; Karakılıç (n 12) 110, 114; Pulaşlı (n 1) 2816; Botschaft (n 7) 3194; Honsell/Vogt/Watter (Amstutz/Chappuis) (n 15) Art. 795 N 6 ve Art. 796 N 12; Lukas Handschin and Christof Truniger, Die GmbH (3rd edn, Schulthess Verlag 2019) 206; Germann (n 15) 339.

¹⁷ Şener, 'Limited' (n 2) 410.

¹⁸ Tekinalp (n 1) 509; Karakılıç (n 12) 117.

rini düzenlemektedir ve payı devralan kişi ortak sıfatını kazanacaktır. Buna ek olarak, hükümde düzenlenen diğer yükümlülükler de ortağa ilişkindir. Dolayısıyla ortağa ilişkin rekabet yasağı söz konusuysa, pay devri sözleşmesinde bu durumun belirtilip belirtilmeyeceği tartışılacaktır.

Limited şirkette müdürler kanunen rekabet yasağına tâbidir (TTK m. 626). Buna karşın ortaklar açısından, şirket sözleşmesinde ayrıca düzenleme yapılmalıdır¹⁹. Zira TTK m. 613/2'de şirket sözleşmesiyle, ortakların, şirketle rekabet eden işlem ve davranışlardan kaçınmak zorunda olduklarının öngörülebileceği yer almıştır. Buna göre, müdür olmayan ortakların kural olarak şirketle rekabet etmeme yükümlülüğü yoktur. Buna karşın, şirket sözleşmesiyle müdür olmayan ortaklara rekabet yasağı getirilebilir.

Rekabet yasağı belirli veya tüm ortaklar için öngörülebilir²⁰. Şayet belirli ortaklar için öngörülmüşse, TTK m. 595/2 uyarınca pay devri sözleşmesinde bunun belirtilmesine gerek yoktur. Örneğin üç ortaklı bir limited şirkette, şirket sözleşmesinde yalnızca ortak A için rekabet yasağı getirilebilir. Buna karşın, limited şirket sözleşmesinde “Ortaklar, rekabet yasağına tâbidir.” şeklinde bir kayıt bulunabilir. Bu durumda, bu husus, pay devri sözleşmesinde de yer alacaktır. Kanaatimizce bunun sebebi, rekabet yasağının ortaklık sıfatına bağlanması ile payı devralanın da bu yasağı tâbi olacak olmasıdır. Yukarıda belirtildiği üzere şirket

¹⁹ Aynı yönde bkz. Yıldız (n 1) 187; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (n 1) 463; Çamoğlu (n 1) 112; Şener, ‘Limited’ (n 2) 480; Pulaşlı (n 1) 2814; Bahtiyar (n 1) 478; Bilgili and Demirkapı (n 1) 740; Hasan Karakılıç, Limited Ortaklıkta Rekabet Yasağı (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2019) 105; Safiye Nur Bağrıaçık, ‘Limited Şirkette Bağlılık Yükümü ve Rekabet Yasağı’ (2017) 16(2-1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 251, 257; Fatih Aydoğan, Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı (1st edn, Vedat Kitapçılık 2005) 37; Yaşar Can Göksoy, ‘Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasalarının Kapsamı’ (2007) 9(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 633, 641, 643; Botschaft (n 7) 3203; Honsell/Vogt/Watter (Amstutz/Chappuis) (n 15) Art. 803 N 3; Rauf Karasu, ‘Limited Şirketlerde İdare Yetkisi Olmayan Ortakların Şirketle Rekabet Etme Yasağı’ (2004) 22(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 141, 163-164; Sergül Balsever, Limited Şirket Sözleşmesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (İstanbul 2017) 81; Osman Karaköse, Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülükleri (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (İstanbul 2016) 28.

²⁰ Yıldız (n 1) 187; Şener (n 1) 716; Botschaft (n 7) 3203; Arslanlı and Domaniç (n 3) 683.

sözleşmesinde belirli ortakların rekabet yasağına tâbi olduğu öngörül-müşse, rekabet yasağının konusunu limited şirketin fiilen uğraştığı işler oluşturur²¹. Süresi, ortaklık sıfatının başlamasından sona ermesine kadar geçen dönemdir²²; bölgesel alanı ise, şirketin işletme faaliyetleriyle kesişen yerdir²³. Zira bu alanların dışında işlem yapılması şirketin menfaatini zedelememektedir. Kanaatimizce bu durumda, pay devri sözleşmesinde rekabet yasağına ilişkin bir kaydın yer almasına gerek yoktur; çünkü rekabet yasağı öngörülmüştür; ancak koşulları ağırlaştırılmamıştır. Buna karşın, şayet şirket sözleşmesinde söz konusu sınırları aşan bir belirleme varsa rekabet yasağı ağırlaştırılmış olacaktır. Rekabet yasağı, ortak sıfatının sona ermesinden sonrası için de düzenlenebilir. Şirketten ayrılan ortakların belli bir süre daha rekabet yasağına tâbi olması ayrı bir sözleşme²⁴ ile getirilebilir²⁵. Öğretide bu rekabet yasağının şirket sözleşme-

²¹ Şener, 'Limited' (n 2) 484; Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I (14th edn, Vedat Kitapçılık 2019) 237; Pulaşlı (n 1) 2814; konu açısından belirlemede rekabet yasağının sınırını, şirket sözleşmesinde yazan konular oluşturmaktadır. Dolayısıyla şirket sözleşmesinde yazmayan, şirketin faaliyet alanı içinde olmayan konular yasağın kapsamına dâhil edilmeyecektir. Bkz. Bağrıaçık (n 19) 262.

²² Arslanlı and Domaniç (n 3) 683; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu 'Ortaklıklar I' (n 21) 238; Bilgili and Demirkapı (n 1) 740; Aydoğan (n 19) 119, 143; Gökhan Aktepe, Limited Ortaklıklarda Bağlılık Yükümlülüğü ve Rekabet Yasağı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Ankara 2017) 115.

²³ Şener, 'Limited' (n 2) 485; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu 'Ortaklıklar I' (n 21) 237; Aydoğan (n 19) 160; Aktepe (n 22) 117; taraflar arasında öngörülen sözleşme ile davalı işçi açısından düzenlenen rekabet etmeme yasağının birçok ili kapsıyor olmasının aşırı nitelikte olduğu hususu için bkz. Yargıtay 11 HD, 3977/990, 11.02.2019 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 20 July 2019.

²⁴ Öğretide bu sözleşme, akdi rekabet yasağı olarak da adlandırılmaktadır. Akdi rekabet yasağı, şirketin menfaatlerinin korunması için zorunlu olduğu takdirde geçerli olacaktır ve yer, zaman, konu bakımından uygun sınırlarının onu ihdas eden sözleşmede belirtilmesi gerekmektedir. Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 23 ile TBK m. 26 düzenlemeleri akdi rekabet yasağının kanuni sınırlarını çizmektedir. Öte yandan hizmet sözleşmesi kapsamında rekabet yasağının düzenlenmiş olduğu TBK m. 444 - 447 hükümleri akdi rekabet yasağının genel prensiplerini ortaya koymaktadır. Bkz. Karakılıç, 'Rekabet' (n 19) 265, 266; Nisim Franko, 'Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuniyeti' (1985) 13(1) Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 13, 26; Göksoy (n 19) 659; Rauf Karasu, 'Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar İçin Sözleşme İle Öngörülen Şirketle Rekabet Etme Yasağı' (2004) 22(4) Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 79, 91; Aydoğan (n 18) 35-36; Ozan Can, 'Rekabet Yasağı ve Rekabet Sınırlan-dırmaları Hukuku İlişkisi' (2007) (32) Rekabet Dergisi 3, 11-12.

siyle dahi getirilebileceği ifade edilmiştir²⁶. Kanaatimizce rekabet yasağının ortağın şirketten ayrılmasından sonra da devam edeceği öngörül-müşse²⁷, bu durumda da rekabet yasağı ağırlaştırılmıştır. Zira payı devralmak isteyen kişi, bunu yatırım amaçlı devralmış olabilir. Satın aldıktan sonra payı yeniden satmak isteyebilir. Bu durumda payı devralan, söz konusu rekabet yasağına payını devrettikten sonra da tâbi olacağı için, bunun da pay devri sözleşmesinde belirtilmesi gereklidir.

Kanaatimizce pay devri sözleşmesinde bu şekilde bir kayda yer verilmesinin istenmesi yerinde olmayan bir düzenleme tarzı olmuştur. Zira TTK'de limited şirket ortaklarının hangi işlem ve davranışlarının şirketle rekabet teşkil edeceği düzenlenmemiştir. Bu sebeple rekabet yasağının ağırlaştırılmasının ne demek olduğu tartışmaya açık bir durumdur. Bunun yanı sıra hükümde yer alan diğer hak ve yükümlülükler şirket sözleşmesiyle paralel şekilde düzenlenmişken, rekabet yasağı açısından ağırlaştırılmış olması koşulunun aranması birbiriyle çelişmektedir. Bunun yanı sıra, rekabet yasağı şirket sözleşmesinde yer almakla birlikte, TTK m. 587/1-j'de sayılmadığı için tescilin olumlu fonksiyonundan yararlanamayacaktır²⁸. Dolayısıyla payı devralanın, rekabet yasağına ilişkin düzenlemeyi bildiği de varsayılmayacaktır. Bu sebeple, payı devralanın rekabet yasağının ağırlaştırılması hâlinde değil, rekabet yasağına tâbi olunan her durumda bilgilendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca hükmün kaynağı OR Art. 785'te de bu şekilde bir ayrıma gidilmemiştir. Zira OR Art. 785/2 uyarınca pay devri sözleşmesi şirket sözleşmesinde yer alan yükümlülükleri içermelidir. OR Art. 776a/1(3)'te ise şirket ortaklarına uygulanacak rekabet yasağının şirket sözleşmesinde bulunması koşuluyla bağlayıcı olacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla mehz kanun açısından, ortaklara getirilen her türlü rekabet yasağının pay devri sözleşme-

²⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu 'Ortaklıklar I' (n 21) 238; Franko (n 24) 26; Karasu 'Limited' (n 24) 91; Aydoğan (n 18) 35; Aktepe (n 22) 116.

²⁶ Karasu 'Limited' (n 24) 91; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu 'Ortaklıklar I' (n 21) 238; hükmün kaynağı olan OR Art. 803/2'nin gerekçesinde ise, bu yönde bir düzenlemenin şirket sözleşmesine yazılamayacağı belirtilmiştir. Bkz. Botschaft (n 7) 3203.

²⁷ Öğretide sözleşme sonrası rekabet yasağının TBK m. 445 uyarınca kural olarak iki yıl için yapılabileceği, kanunen öngörülen iki yıllık sürenin aşılması özel durumların varlığı halinde örneğin dört yıllık bir rekabet yasağı düzenlemesi yapılmasının da mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Karakılıç, 'Rekabet' (n 19) 265-266.

²⁸ Bu konunun ayrıntılı incelemesi için bkz. B. Değerlendirmemiz, dpn. 70'e ilişkin metin.

sinde bulunması gerekecektir²⁹. Bu bağlamda, TTK m. 595 değiştirilmeli ve rekabet yasağının ağırlaştırılması ifadesi çıkartılmalıdır. Bunun yerine, ortaklar bakımından rekabet yasağı öngörülmüşse, bu husus pay devri sözleşmesinde belirtilmelidir.

D. Önerilmeye Muhatap Olma, Önalım, Geri Alım ve Alım Hakları

Pay devri sözleşmesinde, önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım haklarına ilişkin açıklama bulunacaktır. Bu hakların amacı, payın devredilmesi durumunda hak sahibine öncelik sağlamak suretiyle payın istenmeyen üçüncü kişilerin eline geçmesine, şirketteki güç dengesinin değişmesine, çoğunluk ortaklarının egemenliğinin yitirilmesine ve oy sözleşmelerinin işlemez hâle getirilmesine engel olmaktır³⁰. Bu düzenlemeyle, şirketin belirli kişilerle devam etmesi ve böylelikle iç süreklilik kazanması güvence altına alınmış olur³¹.

Önalım hakkı, ortağın payını bir üçüncü kişiye satmak üzere ilgili üçüncü kişi ile anlaşması halinde, hak sahibine tek taraflı beyanı ile söz konusu payın alıcısı olabilme yetkisi veren, yenilik doğurucu bir hak-

²⁹ Shelby du Pasquier, Matthias Wolf and Matthias Oertle, Basler Kommentar Obligationenrecht II Art. 530-964 OR in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Rolf Watter (eds), (5th edn, Helbing Lichtenhahn Verlag 2016) Art. 784 N 4 ve Art. 785 N 4; Siffert/Fischer/Petrin (n 2) 93, 96; Jeannette Wibmer, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht in Jolanta Kren Kostkiewicz Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (eds),(Orell Füssli Verlag 2016) Art. 785 N 1; Urs Schenker, Unternehmenskauf: Rechtliche und steuerliche Aspekte (1st edn, Stämpfli Verlag 2016) 220.

³⁰ Ünal Tekinalp, ‘Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geriye alım ve Benzer Haklara Konu Olması’ Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu 1. Tebliğler (İstanbul 1978) 345; Erdoğan Moroğlu, Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri (2nd edn, Sermaye Piyasası Kurulu 1996) 81 ff; Mehmet Bahtiyar, ‘Anonim Ortaklıkta Payların Üçüncü Kişilere Satılması Durumunda Diğer Ortaklara Önalım Hakkı Tanıyan Anasözleşme Hükümleri ve Etkileri’ (2002) 21(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 83, 88; oy sözleşmesi dışında aynı yönde bkz. Gül Okutan Nilsson and Atalay Oğuz, ‘Anonim Ortaklık Paysahipleri Sözleşmelerinde Öngörülen Pay Alım ve Satım Opsiyonlarının Hukuki Niteliği ve Cebri İcrası’ Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, (1st edn, Vedat Kitapçılık 2007) 409.

³¹ Şener, ‘Limited’ (n 2) 54.

tır³². Alım hakkı, hakkı elinde bulunduran şirket pay sahibine, diğer pay sahibinin paylarının tamamını veya bir kısmını, karşılaştırılmış bir bedelden satın alma hakkı sağlayan, diğer tarafı da yine aynı fiyattan satma borcu altına sokan bir haktır³³. Geri alım hakkında ise, esas sermaye payını bir başkasına devretmiş olan ortağa, tek taraflı irade beyanı ile söz konusu payı geri alabilme yetkisi verilmektedir³⁴. Geri alma bedeli karşılaştırılır, karşılaştırılmamışsa şüphe hâlinde esas sermaye payı satılırken ödenmiş olan bedelle geri alınır. Önerilmeye muhatap olma hakkı³⁵,

³² Kemal Oğuzman, Özer Seliçi and Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (19th edn, Filiz Kitabevi 2016) 536; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. I/1* (4th edn, Vedat Kitapçılık 2008) 274; Müslim Tunaboşlu, *Açıklamalı –İçtihatlı Şu'fa Vefa- İştirâ Davaları* (1st edn, Yetkin Yayınları 1996) 29, 30; Gül Okutan Nilsson, *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri* (1st edn, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları 2004) 214; diğer bir tanıma göre önalım hakkı, satılan bir malı öncelikle alma hakkıdır. Bkz. Ünal Tekinalp, *Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları Pay Defteri Hukuku ile* (1st edn, Vedat Kitapçılık 2012) 83.

³³ Bahtiyar, 'Önalım' (n 30) 84; Okutan Nilsson and Oğuz (n 30) 412; alım hakkının eşya hukukunda yapılan tanımına göre alım hakkı, hak sahibine tek taraflı beyanla bir taşınmazın alıcısı olabilme yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 32) 530; Tunaboşlu (n 32) 681; alım hakkının, hak sahibine, malikin satmak isteyip istemediğine bakılmaksızın söz konusu esas sermaye paylarını iktisap etme imkânı verdiği hususunda bkz. Tandoğan (n 32) 274.

³⁴ Tandoğan (n 32) 274, 275; Tekinalp, 'Bağlam' (n 32) 83; geri alım hakkının eşya hukukunda yapılan tanımına göre geri alım hakkı, taşınmazını başkasına devretmiş olan kimseye, tek taraflı irade beyanı ile o taşınmazı geri alabilme yetkisi sağlayan bir yenilik doğuran haktır. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (n 32) 534; Tunaboşlu (n 32) 693.

³⁵ Önerilmeye muhatap olma hakkı, TTK m. 466 uyarınca anonim şirketlerde şartlı sermaye artırımında, genel kurulun kararına istinaden yönetim kurulunun ihraç ettiği "değiştirme ve alım hakkını" içeren borçlanma ve benzeri senetlerinin çıkarılmasında mevcut pay sahiplerine payları oranında bu borçlanma senetlerinden alma hakkı tanınmasında söz konusu olmaktadır. Bu borçlanma senetleri menkul kıymet olup, Sermaye Piyasası Kurulunca kote edilmekte ve borsada işlem görmektedir. Limited şirketlerin, sermaye piyasası sisteminde borsaya kote olması hukuken mümkün değildir. Dolayısıyla bu maddedeki "önerilmeye muhatap olma hakkı"nın, öncelikle alım hakkı (Vorhand) olarak anlaşılması gerekmektedir. Bkz. Hasan Pulaşlı, 'Limited Şirketler Hukukundaki Güncel Gelişmeler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Bazı Sorunlar' (2009) 25(2) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 37, 50-54; buna karşın Tekinalp, satılması düşünülen payların şirket sözleşmesi uyarınca önce diğer ortaklara önerilmesi zorunluluğunun, bir önalım hakkı olmayıp önerilmeye muhatap olma

şirket sözleşmesine konulacak bir hükümle, ortağın payını devretmek istemesi hâlinde, üçüncü kişilerden önce diğer ortaklara devretme önerisinin yapılmasıdır³⁶. Önalım hakkından farklı olarak burada bir satış olgusunun varlığı şart değildir, dolayısıyla esas sermaye payını devir niyetinin varlığı yeterlidir³⁷.

Bu haklar, hem şirket sözleşmesinde hem de bir borçlar hukuku taahhüdü olarak şirket sözleşmesi dışında düzenlenebilir³⁸. TTK m. 595'te söz konusu hakların pay devri sözleşmesinde yer alacağı düzenlenmekle birlikte, kanaatimizce bundan anlaşılması gereken bu hakların şirket sözleşmesinde öngörülmüş olması hâlinde, pay devri sözleşmesinde yer almasıdır. Zira TTK m. 577/1(b)'de bu hakların, şirket sözleşmesinde yer alması ile bağlayıcı hüküm olacağı yer almaktadır. Bunun yanı sıra, TTK 593'te şirket sözleşmesinde öngörülmüş olma koşulu bulunmaktadır.

Limited şirket ortağı esas sermaye payını bu hakların gereklerine uymaksızın bir üçüncü kişiye devrettiğinde, hak sahibi, şirket genel kurulunun devre onay vermesine engel olabilecektir. Genel kurul onayının şirket sözleşmesi ile kaldırılmış olduğu ihtimalde ise bu durumun pay defterine kayda engel teşkil ettiğini ileri sürebilecektir³⁹. Hak sahibi payı devralan üçüncü kişiye başvurabilecek ve payların mülkiyetini talep edebilecektir.

hakkının başka bir türü olduğunu ve TTK m. 466'da yer alan haktan farklı olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Tekinalp, 'Bağlam' (n 32) 86.

³⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 'Ortaklıklar I' (n 22) 677; Tekinalp (n 1) s. 462; Tekinalp, 'Bağlam' (n 32) 86.

³⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 'Ortaklıklar I' (n 22) 677; Tekinalp, 'Bağlam' (n 32) 85; Bahtiyar, 'Önalım' (n 30) 90; bu hakkın kullanılabilmesi için hakkın borçlusunun payları satmak istediğine dair bir irade beyanı gerektiğinden ve sahibinin tek taraflı irade beyanı ile sözleşme kurma yetkisi bulunmadığından, hak, bir yenilik doğurucu hak olarak kabul edilmemektedir. Bkz. Okutan Nilsson and Atalay (n 30) 410.

³⁸ Moroğlu (n 30) 82; anonim şirket açısından pay sahipleri sözleşmesinde düzenlendiği hususunda bkz. Okutan Nilsson and Oğuz (n 30) 410.

³⁹ Tekinalp (n 1) 462; Moroğlu (n 30) 100; önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım haklarının, esas sermaye payının devri halinde pay defterine kayıttan kaçınma nedenleri arasında sayılması sebebiyle bu hakların bağlam gibi güçlendirilmiş olduğu hususunda bkz. Tekinalp, 'Hak' (n 30) 357; Bahtiyar, 'Önalım' (n 30) 101.

E. Sözleşme Cezası

Kanunda ya da şirket sözleşmesinde öngörülmüş bulunan yükümlülüklerin hiç ya da zamanında yerine getirilmemeleri hâlinde şirket sözleşmesi ile sözleşme cezası⁴⁰ öngörülebilir (TTK m. 577/1-f). Sözleşme cezası yükümlülüklerle bağlı olarak verilebilir. Örneğin sermaye koyma borcunun, ek ödeme ve/veya yan edim yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi durumunda sözleşme cezası öngörülebilir⁴¹. Bu ceza, bir miktar paranın ödenmesi yanında ilgili ortağın şirketten çıkarılması da olabilir⁴².

2. Kayıtların Bulunmamasının Pay Devir Sözleşmesine Etkisi

A. Öğretide Yer Alan Görüşler

Öğretide bir görüşe göre, TTK m. 595'te sayılan kayıtların kısmen veya tamamen devir sözleşmesinde yer almaması hâlinde devir sözleşmesi geçersiz olur⁴³. Zira sayımın numerus clausus ve devir sözleşmesi

⁴⁰ Sözleşme cezası, ceza koşulu başlığı altında TBK m. 179 ilâ 181 arasında düzenlenmiştir. Ceza koşulu, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi hâlinde ödemeyi üstlendiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir. Bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (23rd edn, Yetkin Yayınları 2018) 1210; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu and Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (7th edn, Filiz Kitabevi 1993) 341; Kemal Oğuzman and Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II (14th edn, Vedat Kitapçılık 2018) 534; Ali Naim İnan and Özge Yücel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (4th edn, Seçkin Yayıncılık 2014) 564.

⁴¹ Tekinalp (n 1) 462; Ünal Tekinalp, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları (2nd edn, Vedat Kitapçılık 2011) 352; Bilgili and Demirkapı (n 1) 638.

⁴² Tekinalp (n 1) 462; Tekinalp, 'Tek Kişi' (n 41) 352.

⁴³ Şükrü Yıldız, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Anonim ve Limited Şirketlere İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi' Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler-Tartışmalar (13-14 Mayıs 2005) (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü) 101; Şener (n 1) 696; Şener, 'Limited' (n 2) 303; Çamoğlu (n 1) 36; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (n 1) 409; Tekinalp (n 1) 483; Demirkapı (n 2) 211; Yıldız (n 1) 139, 161; Bilgili and Demirkapı (n 1) 751 dpn. 477; Handschin and Truniger (n 15) 257; Honsell/Vogt/Watter (du Pasquier/Wolf/Oertle) (n 29) Art. 785 N 4; Wibmer, (n 29) Art. 785 N 2; Trüb (n 2) Art. 785 N 6; Schenker (n 29) 220; Harald Bärtschi, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII in Peter V Kunz, Florian Jörg and Oliver Arter (eds) (1st edn, Stämpfli Verlag AG 2012) 301; Bügler (n 8) 204-206; Siffert/Fischer/Petrin (n 2) 95; Botschaft (n 7) 3185; Thomas Ritter, Einheitliche Entscheidung gesellschaftsrechtlicher Beschlussanfechtungsklagen vor Schiedsge-

için öngörülen şeklin geçerlilik şekli olması karşısında sayılan hususlardan birinin eksikliği sözleşmeyi geçersiz kılacaktır⁴⁴. Sözleşmenin geçersizliğini savunan yazarlar arasında, hükmün amacı açısından farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş bu düzenlemenin devralanı koruma amacı taşıdığını kabul etmektedir. Buna göre, bu düzenlemeyle payı devralan kişi ne gibi haklar iktisap ettiğini ve ne gibi yükümlülükler altına girdiğini bu aşamada öğrenecektir⁴⁵. Diğer görüş, ilk görüşe karşı çıkararak hükmün amacının şirketi korumak olduğunu savunmaktadır⁴⁶. Bu görüşe göre getirilen düzenleme devir işlemi değil, devir vaadini konu alsaydı ilk görüş doğru kabul edilebilirdi. Zira devralan borç altına girerken, bu konuda bilgi sahibi olursa, bu durum devralanın korunması bakımından önemli olacaktır. Oysa devir sözleşmesinde bu yönde kayıtların bulunması, devralanın bunlardan haberdar olduğunun anlaşılması bakımından önem taşır ve bu haliyle ancak işlemin diğer köşesini oluşturan ortaklığın korunması amacını taşıyabilir. Bu aşamada devralanın böylesi bir düzenlemeyle korunması, düzenlemenin tali nitelikte bir sonucu olarak kabul edilebilir. Yine bu görüşe göre, korunmak istenen bu menfaat ve İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki hükmün emredici olduğu dikkate alındığında, bu kayıtlara ilişkin düzenlemenin emredici düzenleme olması hükmün amacına daha uygun olacaktır⁴⁷. Öğretide bir görüş bu kayıtlardan sadece ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri için inceleme yapmış ve bu açıklamaların devralan bakımından borç yüklenilmesi anlamına geleceğini savunmuştur. Bu görüşe göre belirtilen hususlar devir sözleşmesinde yer almadığında, ortak sıfatından kaynaklanan yükümlülükler devralana geçmemiş olacağı gibi, ortak sıfatının da devralana geçmesinden bahsedilemeyecektir⁴⁸.

richten (1st edn, Schulthess Verlag 2015) 363; ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri için aynı yönde bkz. Peter Böckli, 'Das neue schweizerische GmbH-Recht - was ist wirklich neu? Eine Übersicht' in Peter Böckli and Peter Forstmoser (eds), Das neue schweizerische GmbH-Recht (1st edn, Schulthess Verlag 2006) 14; yan edim yükümlülüğü için aynı yönde bkz. Germann (n 15) 338.

⁴⁴ Yıldız, 'Konferans' (n 43) 101.

⁴⁵ Bügler (n 8) 204; Çamoğlu (n 1) 36; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (n 1) 409; Şener, 'Limited' (n 2) 451.

⁴⁶ Demirkapı (n 2) 211.

⁴⁷ Demirkapı (n 2) 211.

⁴⁸ Böckli (n 43) 14.

Diğer bir görüşe göre ise bu hükme aykırılık, devir sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır⁴⁹. Zira hükmün lafzından ve gerekçesindeki açıklamalardan hükmün emredici olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla devir sözleşmesi, TTK m. 595/1'de yer alan bilgileri içermese dahi geçerli olacak; ancak devreden devralanı esas sözleşmede yer alan yükümlülükler hakkında hiç veya gereği gibi bilgilendirmediği ya da yanlış bilgilendirdiği durumlarda, devralanın zarara uğraması hâlinde devreden sorumluluğuna gidilebilecektir⁵⁰.

Öğretide başka bir görüş söz konusu kayıtların devir sözleşmesinin geçerliliğine etkisini, pay devrinin yapıldığı kişileri göz önünde bulundurarak ikiye ayırmıştır. Buna göre esas sermaye payı, mevcut ortaklar dışında bir kişiye devrediliyorsa, şirket sözleşmesinde yer alan hak ve yükümlülüklerin pay devri sözleşmesinde bulunmaması sözleşmeyi geçersiz hâle getirir. Buna karşın, şayet pay devri mevcut ortaklar arasında yapılıyorsa, söz konusu hak ve yükümlülüklerin devir sözleşmesinde bulunmasına gerek yoktur. Zira onlar, bu hak ve yükümlülükleri biliyordur⁵¹.

Bir diğer görüşe göre ise, aranan kayıtların devir sözleşmesine yansıtılmamasının hukuki sonucu, çözümlenmesi gereken bir sorundur. Madde gerekçesinde sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği yer olsa da, en azından irade bozukluğuna ilişkin genel hükümler kapsamında, bu arada özellikle yanılma gerekçesine dayalı olarak devir sözleşmesinin geçersizliği ileri sürülebilir⁵².

B. Değerlendirmemiz

Kanaatimizce TTK m. 595'te yer alan kayıtların devir sözleşmesinde bulunmaması, pay devri sözleşmesini geçersiz kılar. Buna ilişkin gerekçelerimiz şunlardır:

İlk olarak TTK m. 595'in lafzı, bu kayıtları pay devri sözleşmesinin zorunlu içeriği hâline getirmiştir. Buna göre, TTK m. 595'te "Ayrıca devir sözleşmesinde, ... belirtilir." ifadesi kullanılmıştır. Hükmün lafzından yola çıkıldığında pay devri sözleşmesinde söz konusu kayıtların

⁴⁹ Doğrusöz Koşut (n 1) 373.

⁵⁰ ibid 373.

⁵¹ Gwelessiani (n 2) Art. 82 N 340a.

⁵² Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler (2nd edn, On İki Levha Yayıncılık 2012) 502.

belirtileceği anlamı çıkmaktadır. Bu konuda tarafların iradesine bir göndermede bulunulmamıştır. Aksine, pay devri sözleşmesinde belirtilmesi istenilen kayıtlar, hükümde tek tek sayılmıştır⁵³. Bu sebeple, hükmün lafzına dayanılarak, kayıtların devir sözleşmesinde bulunmamasının bu sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği savunulmamalıdır⁵⁴. Dolayısıyla pay devri sözleşmesinde, devre konu payın tam olarak belirlenmiş olması, devir iradesinin ve sözleşmenin taraflarının bulunmasının⁵⁵ yanında söz konusu kayıtlara da yer verilmelidir⁵⁶. Kanaatimizce TTK m. 595'teki düzenleme tarzıyla bu kayıtlar, kanun koyucu tarafından pay devri sözleşmesinin objektif esaslı noktaları hâline getirilmiştir⁵⁷. Objek-

⁵³ Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta payın devrinin ticaret siciline tescilinin pay devrinin geçerliliğine etkisi tartışılmıştır. Buna ilişkin yazılan karşı oy yazısında TTK m. 595'te yer alan kayıtlara değinilmiştir. Bu görüşe göre, TTK m. 595'te yer alan kayıtların pay devri sözleşmesinde bulunmaması sözleşmeyi geçersiz kılar. Zira TTK m. 595/1'de belirtilen hususlar devir sözleşmesinde yer almadığında, ortak sıfatından kaynaklanan yükümlülükler devralana geçmemiş olacağı gibi, ortak sıfatının da devralana geçmesinden bahsedilemez. Hükümle korunan bu menfaat, sayımın numerus clausus ve devir sözleşmesi için öngörülen şeklin geçerlilik şekli olması sebebiyle limited şirket pay devri sözleşmesinde TTK m. 595/1'de sayılan hususların bulunmaması geçersizlik sonucunu doğuracaktır. Bkz. Yargıtay 11 HD, 14676/409, 15.01.2015,

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>> Erişim Tarihi 01 June 2020. Karşı oy yazısında savunulan görüşe katılmakla birlikte, TTK m. 595/1'de belirtilen hususlar devir sözleşmesinde yer almadığında, ortak sıfatından kaynaklanan yükümlülüklerin devralana geçmemiş olacağı görüşüne katılmamaktayız. Nitekim bu yükümlülükler ortaklık sıfatından kaynaklanan yükümlülükler olduğu için payı devralanın borcu üstlenmesine gerek bulunmamaktadır. Bu konunun incelenmesi için bkz. dpn. 65 ilâ 69'a ilişkin metin.

⁵⁴ Görüş için bkz. Doğrusöz Koşut (n 1) 373.

⁵⁵ Demirkapı (n 2) 216; Çağa (n 2) 596; Şener, 'Limited' (n 2) 301.

⁵⁶ Bu unsurların aranmasıyla, TTK'nin, ETK'ye göre pay devri sözleşmesinin içeriğinde sistem değişikliğine gittiği hususunda bkz. Demirkapı (n 2) 210.

⁵⁷ Öğretide TBK m. 2'den yola çıkılarak ele alınan iradelerin uyumu konusunda bir sözleşmenin içerdiği noktalar, "esaslı noktalar" ve "ikinci derecede (yan) noktalar" olarak ikiye ayrılarak ele alınmaktadır. Esaslı noktalar, objektif ve sübjektif esaslı noktalardan oluşmaktadır. Objektif esaslı noktalar, kurulmak istenen sözleşmenin asgarî içeriğini oluşturur. Sübjektif esaslı noktalar ise, ikinci derecedeki yan noktaların taraflarca kararlaştırılarak sözleşmenin esaslı noktası haline getirilmesiyle oluşur. Bir sözleşmenin esaslı noktaları dışında kalan ve sözleşmenin kurulması için üzerinde anlaşmaya varılması zorunlu olmayan noktaları, ikinci derecedeki (yan) noktalarıdır. Bkz. Andreas Von Tuhr and Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I (3rd edn, Shulthess Verlag 1979) 156, 190; Peter Gauch,

tif esaslı noktalar, sözleşmenin kanunda yapılan tanımında yer alan, tipini belirleyen, karakteristik yapısını oluşturan noktalardır⁵⁸.

İkinci olarak, TTK m. 595/1 uyarınca pay devri sözleşmesi yazılı şekilde yapılır ve tarafların imzaları noterce onaylanır⁵⁹. Kanunda bunun aksine ilişkin bir düzenleme yer almadığı için de bu şekil, geçerlilik şekli⁶⁰ olacaktır (TBK m. 12/2). Şeklin kapsamına, objektif esaslı noktalar

Von den wesentlichen Vertragspunkten, (1991) 9 Recht 45, 45-47; Eren (n 40) 248-252; Kemal Oğuzman and Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I (14th edn, Vedat Kitapçılık 2016) 72, 73; Köksal Kocağa, 'Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar' (2008) (79) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 73, 79.

⁵⁸ Gauch (n 57) 46; Von Tuhr and Peter (n 57) 155; Eren (n 40) 249; Oğuzman and Öz (n 57) 73; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop (n 40) 75; Kocağa (n 57) 80.

⁵⁹ Hükümde "onanmak" terimi kullanılmış olmakla birlikte, terimin yanlış kullanılmış olması sebebiyle, yerine "onaylamak" terimi yazılmıştır. Zira onamak, doğru ve uygun bulmak anlamına gelmektedir. Onaylamak ise, kabul etmeyi ve yetkisine dayanarak mührünü basmayı ifade etmektedir. Bkz. <<https://sozluk.gov.tr/>>Erişim Tarihi 13 May 2020. Bunun yanı sıra, terim, 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 53 ve 82'de de "imzaların onaylanması" şeklinde yer almaktadır. Kanun için bkz. RG, 05.02.1972, S. 14090. Bu tespit için bkz. Raziye Aksu Özkan, 'Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirkette Pay Devrinin Ortağın Kamu Borçlarına Etkisi' (2020) 10(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 226, 230 dpn. 6.

⁶⁰ Öğretilerde payın devri açısından imzaların noterce onaylanmasının hukuki niteliği hakkında bir tartışma bulunmaktadır. Bir görüş imzaların noter tarafından onaylanmasının geçerlilik koşulu olduğu yönündedir (Bkz. Yıldız, 'Konferans' (n 43) 101; Yıldız (n 1) 134; Şener (n 1) 694; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (n 1) 408; Tekinalp (n 1) 483; Tekinalp, 'Tek Kişi' (n 41) 372). Diğer görüş imzaların noter tarafından onaylanmasının ispat koşulu olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüş tezini, gerekçede yer alan "yazılı şekil ve noter tarafından imzaların onaylanması hem ispat yönünden gereklidir hem güvenliği sağlamaktadır" ifadesine dayandırmaktadır. Yine bu görüşe göre, TTK'ye, ETK m. 520/5'te yer alan "şekle aykırılığın taraflar arasında dahi hüküm ifade etmeyeceği" cümlesinin alınmaması da, noter onayının ispat koşulu olduğunu ortaya koymaktadır (Bkz. Pulaşlı (n 1) 2755; Doğrusöz Koşut (n 1) 374-375). Kanaatimizce imzaların noterce onaylanması geçerlilik koşuludur. Zira kanunda yer alan şekil, bunun aksine ilişkin bir düzenleme olmadığı için geçerlilik şeklidir (TBK m. 12/2). Buna ek olarak, gerekçeye yapılan gönderme de yerinde değildir; çünkü gerekçede "... yazılı şekil, imza onaylanması hem ispat yönünden gereklidir hem güvenliği sağlamaktadır" ifadesi yer almaktadır. Burada ispat yönünden gereklilik yazılı şekil ve imza onaylanması aşamalarının her ikisini kapsamaktadır. Dolayısıyla gerekçeden varılacak sonuç ya yazılı şekil ve imza onaylanmasının geçerlilik şekli olduğu ya da her ikisinin yokluğunun da sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceğidir. Oysa bu görüşü savunan yazarlar, pay devri sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması-

ile edimi ve karşı edimi açıklayan hususlar dâhildir⁶¹. TTK m. 595/1’de yer alan kayıtlar, hem pay devri sözleşmesinin objektif esaslı unsurudur hem de devralanın edimini açıklamaktadır. Zira devralan, yalnızca pay devri sözleşmesi gereği kararlaştırılan bedeli ödemeyecektir. Buna ek olarak, sözleşmenin sonucunda limited şirkette ortak sıfatını da kazanacaktır. Dolayısıyla bu sözleşme sonucu onun edimi, sadece payın bedelini ödemek değil, aynı zamanda limited şirkette ortak sıfatının sonucu olarak katlanacağı yükümlülükleri ifa etmektir. Ayrıca bu kayıtların şeklin içeriğine dâhil edilmesi, şekil hükümlerinin amacıyla da bağdaşmaktadır. Buna göre şekle tâbi tutma, taraflardan birini veya her ikisini korumak için öngörülmüş olabilir⁶². Aşağıda açıklayacağımız üzere pay devri sözleşmesinde söz konusu kayıtların bulunması ile şirket, ortaklar ve payı devralan korunacaktır.

Üçüncü olarak İsviçre öğretisinde çoğunluk görüş OR Art. 785/2’nin emredici olarak düzenlendiği yönündedir. Buna göre şirket sözleşmesinde yer alan hak ve borçların devir sözleşmesinde yer alması gerekir. Aksi takdirde devir sözleşmesi geçersizdir⁶³. TTK m. 595/2, hükmün mehzazına benzer bir düzenleme içerdiği için buna aykırılık Türk hukuku açısından da aynı sonuca yol açmalıdır⁶⁴.

nın geçerlilik şekli olduğunu ileri sürmektedir (Bkz. Pulaşlı (n 1) 2755; Doğrusöz Koşut (n 1) 374). Bu sebeple, aynı cümleye iki farklı sonucun bağlanması birbirine çelişmektedir. Bunun yanı sıra, Yargıtay da önüne gelen uyuşmazlıklarda noter onayının geçerlilik koşulu olduğu yönünde karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 11 HD, 3597/597, 21.01.2020; Yargıtay 11 HD, 15047/1697, 21.03.2017; Yargıtay 11 HD, 10442/3805, 22.05.2018; Yargıtay 11 HD, 2593/4787, 27.09.2017; Yargıtay 11 HD, 782/2723, 08.04.2019; Yargıtay 11 HD, 11875/3834, 23.05.2018; Yargıtay 11 HD, 11261/2908, 16.03.2016; Yargıtay 11 HD, 1126/1500, 23.01.2013; Yargıtay 11 HD, 7401/948, 25.02.1986. Kararlar için bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/> YargıtayBilgiBankasiIstemciWeb/> Erişim Tarihi 04 June 2020.

⁶¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop (n 40) 130, 131; Oğuzman and Öz (n 57) 152; farklı görüşler için bkz. Gökhan Antalya, ‘Hukuki İşlemlerin Şekle Bağlanması Gereken Noktaları’ (1991) 6 Hukuk Araştırmaları Dergisi 68, 68.

⁶² Oğuzman and Öz (n 57) 140.

⁶³ Honsell/Vogt/Watter (du Pasquier/Wolf/Oertle) (n 29) Art. 785 N 4; Bügler (n 8) 204-206; Bärtschi (n 43) 307; Siffert/Fischer/Petrin (n 2) 95; ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri açısından aynı görüşte bkz. Böckli (n 43) 14.

⁶⁴ Yargıtay önüne gelen uyuşmazlıklarda hükmün mehzazına uygun olarak yorum yapılması gerektiğini ifade etmiş ve olayı mehzaza uygun yorumla çözmüştür. Bkz. Yargıtay 22 HD, 8504/260, 14.01.2020; Yargıtay HGK, 621/1929, 13.12.2018; Yargıtay

Dördüncü olarak, TTK m. 595/1'de yazılı devir sözleşmesinde yer alması istenen kayıtların hepsi, ancak şirket sözleşmesiyle düzenlenebilir (TTK m. 577; 603/1; 606/1; 613/2). Bu kayıtlar, TTK m. 577'de şirket sözleşmesinde öngörüldükleri takdirde bağlayıcı hükümler arasında sayılmıştır (577/1-b, c, d, f, g). Dolayısıyla pay devri sözleşmesinde yer almasa bile, payı devralan ortak sıfatını kazandığı andan itibaren bu kayıtlar onu da bağlayacaktır. Bu sebeple, TTK m. 595'te bu kayıtlara yeniden yer verilmesinin başka bir sebebi olmalıdır. Kanaatimizce bu sebep, söz konusu kayıtların devir sözleşmesinin unsuru hâline getirilmek istenmesidir. Keza söz konusu kayıtların, ancak şirket sözleşmesiyle düzenlenebilmesi, kanun koyucunun, bunlara özel önem verdiğini ortaya koymaktadır. Bu bakış açısı, aynı kayıtların devir sözleşmesinde aranması ile de devam ettirilmek istenmiştir. Ayrıca bu gerekçemiz açısından, bu kayıtların sözleşmede yer almasının borcun üstlenilmesi anlamına geldiği görüşüne de katılmamaktayız⁶⁵. Zira TTK m. 595'te yer alan yükümlülükler, ortaklık sıfatından kaynaklanan yükümlülükler olduğu için payı devralanın borç üstlenmesine⁶⁶ gerek bulunmamaktadır. Ayrıca TBK m. 196 uyarınca borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borcundan kurtarılması, borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılan sözleşme ile olur. Oysa pay devri sözleşmesi, payı devralan ile şirket arasında değil payı devreden arasında imzalanmaktadır. TTK m. 595/2 uyarınca genel kurulun pay devrini onaylaması da borcun üstlenilmesinde alacaklının onayı olarak nitelendirilemeyecektir. Zira limited şirket sözleşmesinde pay devrinin geçerliliği açısından genel kurul onayı kaldırılabilir (TTK m. 595/2). Genel kurul onayı kaldırıldığında, devir için pay devri söz-

HGK, 683/1337, 19.09.2018; Yargıtay HGK, 555/442, 17.03.2018; Yargıtay HGK, 644/460, 15.03.2017; Yargıtay HGK, 859/428, 30.03.2016; Yargıtay HGK, 1/1539, 10.06.2015; Yargıtay HGK, 1957/1094, 27.03.2015; Yargıtay HGK, 13-74/1367, 18.09.2013. Kararlar için bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi 15 June 2020.

⁶⁵ Böckli (n 43) 14.

⁶⁶ Borcun üstlenilmesinin TBK m. 195 ilâ 204 arasında beş ayrı çeşidi düzenlenmiştir (Bkz. Eren (n 40) 1272). Çalışmamızda kullanılan borcun üstlenilmesi kavramı, borcun dış üstlenilmesi kurumunu ifade etmektedir. Borcun dış üstlenilmesi, alacaklı ile borcu üstlenen arasında yapılan bir sözleşme olup, bununla borçlu borcundan kurtulur ve borcu üstlenen yeni borçlu olarak borcundan kurtulur. Bkz. Eren (n 40) 1275; Oğuzman and Öz, 'Borçlar II' (n 40) 610, 611; İnan and Yücel (n 40) 534.

leşmesi yeterli olur⁶⁷. Bu durumda payı devralan, ortak sıfatını, imzaların noter tarafından onaylandığı tarihte kazanacaktır. Bunun yanı sıra, borcun dış üstlenilmesinden sonra, borçtan kurtulan eski borçluya karşı alacaklı artık hiçbir talepte bulunamaz⁶⁸. Buna karşın, payı devreden, payı devrettikten sonra da TTK m. 604 uyarınca ek ödeme yükümlülüğünden ve kamu borçlarından⁶⁹ sorumludur. Zira TTK m. 604/2’de ek ödeme yükümlülüğü, halef tarafından yerine getirilmemişse, ortağın sorumluluğunun, yükümlülüğü gerçekleştiği tarihte ortağa karşı ileri sürülebileceği ölçüde devam edeceği düzenlenmiştir. Keza hükmün ilk fıkrası uyarınca da şirket, ortağın şirketten ayrılmasının tescil edildiği tarihten itibaren iki yıl içinde iflas etmiş ise bu eski ortaktan da ek ödeme yükümlülüğünü yerine getirmesi istenir.

Beşinci olarak tescil ve ilân edilen şirket sözleşmesinde öngörülmuş bulunan ek yükümlülük veya yan edim yükümlülükleri, esas sermaye payları ile ilgili önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları hakkında TTK m. 36/1 uygulanacaktır (TTK m. 587/1-j). Buna göre, ticaret sicili kayıtları nerede bulunurlarsa bulunsunlar, üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade edecek ve üçüncü kişilerin, kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiaları dinlenmeyecektir (TTK m. 36/3). Bu durumda öğretide tescilin olumlu fonksiyonu olarak nitelendirilen⁷⁰ bu hüküm devreye girecektir ve payı devralan TTK m. 595’te sayılan rekabet yasağı ve sözleşme cezası dışın-

⁶⁷ Şener (n 1) 697.

⁶⁸ Oğuzman and Öz, ‘Borçlar II’ (n 40) 617; Eren (n 40) 1279; İnan and Yücel (n 40) 536.

⁶⁹ 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 35/2 uyarınca, limited şirkette ortak, şirketteki sermaye payını devrederse, payı devreden ve devralan şahıslar devir öncesine ait amme alacaklarının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur. Ayrıntılı inceleme için bkz. Aksu Özkan (n 63) 226-267.

⁷⁰ Yaşar Karayalçın, ‘Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri’ (1975) 8(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1, 15; Mehmet Emin Bilge, Ticaret Sicili (1st edn, Beta Yayınevi 1999) 169; Rıza Ayhan and Hayrettin Çağlar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar (11th edn, Yetkin Yayınları 2018) 263; Mehmet Bahtiyar, Ticaret Sicili Makaleler II (1st edn, Beta Yayınevi 2008) 41; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya and Füsün Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku (6th edn, Vedat Kitapçılık 2019) 377; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku (25th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2019) 267; Çamoğlu (n 1) 29.

daki⁷¹ kayıtları bilmediğini ileri süremeyecektir. Dolayısıyla rekabet yasağı ve sözleşme cezası açısından, payı devralanı bilgilendirme işlevi ticaret sicili tarafından gerçekleştirilemeyecektir. Bu eksiklik ise, bunlara ilişkin kayıtların pay devri sözleşmesinde yer almasıyla giderilecektir. Bu iki kayıt dışında, payı devralanın, diğer kayıtları bildiği varsayılacaktır. Bu sebeple, devreden devralanı şirket sözleşmesinde yer alan yükümlülükler hakkında hiç veya gereği gibi bilgilendirmediği durumlarda, devralanın zarara uğraması hâlinde devreden sorumluluğuna gidilebileceği⁷² görüşüne kısmen katılmaktayız. Zira TTK m. 36/3 hükmü ile kanun koyucu payı devralana TTK m. 595/1'de düzenlenen rekabet yasağı ve sözleşme cezası dışındaki kayıtlarla ilgili hususları kendisinin öğrenmesi hususunda külfet yüklemiştir⁷³. Ticaret Sicil Gazetesi'ne elektronik ortamda ulaşmak mümkün olduğu için payı devralan istediği bilgiye kolaylıkla erişebilecektir⁷⁴.

Bunun yanı sıra öğretilerde yer alan diğer bir görüş, bu kayıtların pay devri sözleşmesinde bulunmaması durumunda, irade bozukluğuna ilişkin genel hükümler kapsamında, bu arada özellikle yanılma gerekçesine dayalı olarak sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülebileceğini ifade etmiştir⁷⁵. Pay devri sözleşmesi açısından, payı devralanın sözleşmeyi

⁷¹ Rekabet yasağına ilişkin hükümler TTK m. 587'de tescil ve ilân edilecek hususlar arasında sayılmadığından üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Her ne kadar TTK m. 587'de, şirket sözleşmesinde düzenlenen rekabet yasağına ilişkin kayıtlarla ilgili bir açıklık bulunmasa da, bu maddedeki liste dikkate alındığında anılan hükmün bilinçli olarak eklenmediğinden değil, olsa olsa unutulmuş olduğu öğretilerde ifade edilmiştir (Bkz. Kendigelen (n 52) 499 dnp. 39). Kanaatimizce de rekabet yasağı ve sözleşme cezasının burada sayılmaması, bilinçli bir tercih değildir. Zira bunlar, tescilin olumlu fonksiyonundan yararlanan diğer hükümler gibi ortağa borç yüklemektedir. Aralarında neden böyle bir ayırma gidildiği anlaşılammaktadır. Kanunun tescil ve ilânını zorunlu kıldığı ya da tescil ve ilânına izin verdiği tüm hükümlerin sicilin olumlu işlevini doğurmasının bilimsel açıdan daha doğru bir yaklaşım olduğu hususunda bkz. Çamoğlu (n 1) 28.

⁷² Doğrusöz Koşut (n 1) 373.

⁷³ Bilge (n 70) 175.

⁷⁴ Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nin internet sayfasında, ilân görüntüleme için ayrı bir sekme açılmıştır. Burada bilgi edinmek istenilen şirketin ticaret unvanı yazılarak, kuruluşundan itibaren tescil ve ilân ettiği her türlü belgeye ulaşılabilir. İnternet sitesi için bkz. <<https://www.ticaretsicil.gov.tr/view/hizlierisim/ilangoruntuleme.php>> Erişim Tarihi 04 June 2020.

⁷⁵ Kendigelen (n 52) 502.

yapmasına kendisini iten sebepler de yanılma olabileceği için saik yanılması⁷⁶ tartışılabilir. Saik yanılması, bir kimsenin hukuki işlem yapma konusundaki iradesinin oluşumunu sağlayan etkenlerde yanılmasıdır⁷⁷. Saik yanılmasının sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilmesi için, yanılmanın esaslı olması gerekir. Bunun için de TBK m. 32 uyarınca yanılan, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli saymalıdır. Öğretide temel yanılmasının sübjektif unsuru⁷⁸ olarak adlandırılan bu düzenlemeye göre, sözleşmenin temelini oluşturan olay hakkındaki yanlış tasavvur ve düşünce, yanılanı, sözleşmeyi yapmaya sevk eden tek sebep olmalıdır. Buna karşılık yanlış tasavvur, yanılanı sözleşmeyi yapmaya sevk eden ortak sebeplerden yalnız biri ise, esaslı olma özelliğini kaybeder⁷⁹. Kanaatimizce payı devralanın saikte yanılması, bu unsuru karşılamadığı için esaslı yanılma hâline gelmeyecektir. Zira bir ortağın TTK m. 595'te yer alan yükümlülüklerden birine tâbi olmaması payı devralanı limited şirket ortağı olmaya yönelten temel sebep değildir. Bir şirkete ortak olmaya yönelten temel sebep, kâr payını elde etmektir. Kanaatimizce TTK m. 595'te yer alan sınırlandırmaların bulunmaması, pay devri sözleşmesi yapması için kişiyi teşvik edebilir. Buna karşın bu durum, söz konusu kayıtlara ilişkin saikte yanılmayı esaslı yanılma hâline getirmez. Nitekim yanılmaya düşülen unsurun, sözleşmenin kurulmasına yönelik saikin oluşmasını sağlayan yardımcı unsurlardan biri olması yeterli değildir. Hatalı veya eksik tasavvur sahibi olunan unsur ile sözleşme arasında tam bir neden sonuç ilişkisi olmalı, bu unsur sözleşmeye taraf olunmasının

⁷⁶ TBK'de yanılma hâlleri açıklamada, saikte ve iletmede yanılma olarak üç şekilde düzenlenmiştir (TBK m. 31-33). Bir kimsenin bir sözleşmeyi yapmak hususunda iradesini beyan ederken, farkında olmadan arzusundan farklı bir beyanda bulunması halinde "açıklamada yanılma" söz konusu olur (Bkz. Oğuzman and Öz (n 57) 93; Eren (n 40) 396; İnan and Yücel (n 40) 301). Payın devrinde, söz konusu yükümlülüklerin bilinip bilinmemesi açısından payı devralanın beyanında bir farklılık olmadığı için açıklamada yanılma ele alınmamıştır.

⁷⁷ Eren (n 40) 396; Seyfullah Edis, *Türk/İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata* (1st edn, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1973) 53; İnan and Yücel (n 40) 302; Oğuzman and Öz (n 57) 99.

⁷⁸ Öğretide TBK'den yola çıkılarak, saik yanılmasının esaslı yanılma oluşturabilmesi için dört unsur sayılmaktadır. Bunlar, "saik yanılması", "sübjektif unsur", "objektif unsur" ve "karşı tarafça bilinebilirlik" unsurlarıdır. Bkz. Eren (n 40) 405; Oğuzman and Öz (n 57) 100-105; İnan and Yücel (n 40) 316; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop (n 40) 429 ve devamı.

⁷⁹ Edis (n 77) 55; Eren (n 40) 405.

temel sebebini oluşturmalıdır. Aksi hâlde, hataya düşülen unsurun yanında başkalarının da sözleşmenin kurulmasına etki ettiği bir durumda, saik yanılmasının sübjektif olarak esaslı olduğu söylenemez⁸⁰. Ayrıca yanılmaya düşen tarafın, bilgiye erişme imkânı varken ilgisizliği nedeniyle bu bilgileri elde etmemesi yanılmanın sübjektif olarak esaslı olmasını engellemektedir⁸¹. Buna göre, TTK m. 595'te yer alan kayıtlar şirket sözleşmesinde yer almakta ve sicilin herkese açık olması sebebiyle (TTK m. 35) şirket sözleşmesine payı devralan tarafından kolaylıkla ulaşılabilecektir. Bunun yanı sıra, iki kayıt dışında sicilin olumlu fonksiyonundan yararlanılacak olması, payı devralanın bunlar açısından yanılma hükümlerine başvurmasına engel olacaktır. Zira sicile tescil ve ilân ile birlikte, kayda konu hususların üçüncü kişilerce bilinmediğine ilişkin iddiaları dinlenmez ve sicile tescilin olumlu etkisi bu şekilde yapılan sübjektif değerlendirmelerle bertaraf edilemez⁸².

Altıncı olarak korunmak istenen menfaat değerlendirildiğinde de aynı sonuca varılmaktadır. Kanaatimizce devir sözleşmesinde söz konusu kayıtların yer alması ile gerekçede ve öğretilerde⁸³ belirtildiğinin aksine sadece payı devralanın değil onunla birlikte şirketin ve ortakların da

⁸⁰ Eren (n 40) 405, 406; Bruno Schmidlin, Mängel des Vertragsabschlusses Art. 23-31 OR (Berner Kommentar) (2nd edn, Stämpfli Verlag 2013) Art. 23-24 N 165.

⁸¹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta açık artırmadan bir taşınmaz satın alınmış ve satın alan taraf, taşınmaz üzerinde var olması muhtemel yükleri araştırmamıştır. Bu sebeple, taşınmaz üzerinde bir irtifak hakkı olduğunu öğrenememiştir. Mahkeme yanılmanın sübjektif olarak esaslı sayılmasının mümkün olmadığı, satın alan kişinin taşınmaz üzerindeki yükleri araştırmaya uğraş vermemesinin, taşınmaz üzerindeki yükleri önceden bildiği anlamına gelmesi gerektiği sonucuna varmıştır (BGE 129 III 363). İtalyanca karar metninin Almanca özeti için bkz. Schmidlin (n 80) Art. 23-24 N 179.

⁸² Bilge (n 70) 170; Fahiman Tekil, Ticari İşletme Hukuku (1st edn, Tekil Müşavirlik ve Yayıncılık 1990) 156; öğretilerde sicilin olumlu etkisinin mutlak olmadığını savunan bir görüş de bulunmaktadır. Buna göre, olumlu etkiyi düzenleyen hükmün, ilgili kişilerin hukukî menfaatlerini korumak amacını taşıdığını ve ilgili kişilerin hukukî menfaatlerinin gerektirmediği hallerde, hükmün üçüncü kişiler aleyhine uygulanmaması gerekmektedir (Bkz. Karayalçın (n 70) 16-17; İsmail Kırca, Ticari Mümessillik (1st edn, Yetkin Yayınları 1996) 100). Bu görüşün savunulmasında dahi, payı devralan söz konusu kayıtları bilmediğini ileri süremeyecektir. Zira bu kayıtların bilinmesi payı devreden menfaatine olup, sicilin olumlu fonksiyonundan tam olarak yararlanacaktır.

⁸³ Doğrusöz Koşut (n 1) 373.

menfaati korunmak istenmektedir⁸⁴. Başka bir deyişle, hükmün amacı sadece devralanı bilgilendirmek değildir. Nitekim ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri veya rekabet yasağına aykırı davranış hem şirketin hem de dolaylı olarak ortakların menfaatini zedeleyecektir. Buna göre, ek ödeme yükümlülüğünün şirketin menfaatine olduğu TTK m. 603'te açıkça yer almıştır. Hüküm uyarınca ortaklardan ek ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmesi şu hallerde istenebilecektir: a) Şirket esas sermayesi ile kanuni yedek akçeler toplamının şirketin zararını karşılayamaması, b) Şirketin bu ek araçlar olmaksızın işlerine gereği gibi devamının mümkün olmaması, c) Şirket sözleşmesinde tanımlanan ve özkaynak ihtiyacı doğuran diğer bir hâlin gerçekleşmiş bulunması (TTK m. 603). Bu koşulların gerçekleşmesi hâlinde ek ödeme yükümlülüğü yerine getirilmezse, şirketin zararı daha da büyüyecek ve dolaylı olarak ortaklar da etkilenecektir. Keza ek ödeme yükümlülüğü ile belli durumlarda limited şirkete, esas sermaye tutarının değiştirilmesi yoluna gitmeksizin ve ortakların çevresini değiştirmeksizin, şirket için gerekli finansal araçları derhal sağlama olanağı verilmiştir⁸⁵. Dolayısıyla mevcut ortakların şirketteki gücü korunacağından, ek ödeme yükümlülüğü onların da menfaatine olacaktır. Bunun yanı sıra yan edim yükümlülüğü şirketin konusunu gerçekleştirmesine, ortaklarının bileşiminin korunmasına ve şirketin başka şirketlerin hâkimiyeti altına girmemesine hizmet eder⁸⁶. Önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları payın devredilmesi durumunda hak sahibine öncelik sağlamak suretiyle payın istenmeyen üçüncü kişilerin eline geçmesine, şirketteki güç dengesinin değişmesine, çoğunluk ortaklarının egemenliğinin yitirilmesine ve oy sözleşmelerinin işleme hale getirilmesine engel olacaktır. Dolayısıyla bu haklar da öncelikle mevcut ortakları korumaktadır. Şirket sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı ve sözleşme cezasına ilişkin hükümler tes-cilin olumlu fonksiyonundan yararlanmadığı için, payı devralanın aksi davranışta bulunması hâlinde, payı devralan bunları bilmediğini ileri sürebilecektir. Bu da, öncelikle şirketin menfaatine aykırı olacaktır. Ayrıca payı devralan, pay devri sözleşmesinin yapılması esnasında bu iki yükümlülüğe ilişkin bilgilendirilmiş olduğundan, bu kayıtların devir sözleşmesinde yer alması payı devralanın da menfaatine olacaktır. Bu

⁸⁴ ETK dönemi açısından aynı görüşte bkz. Çağa (n 2) 592.

⁸⁵ Honsell/Vogt/Watter, (Amstutz/Chappuis) (n 14) Art. 795 N 1; Karakılıç (n 12) 115.

⁸⁶ Bilgili and Demirkapı (n 1) 747.

sebeple, gerekçede yer aldığı aksine, TTK m. 595'te öngörülen kayıtların devir sözleşmesinde yer alması sadece devralanın menfaatine değildir. Aksine şirketin, ortakların ve payı devralanın korunması amaçlanmıştır. Bunun temini için de, söz konusu kayıtlar pay devri sözleşmesinin içeriğine dâhil edilmiştir.

Öte yandan öğretide payı devralan kişiye göre, söz konusu kayıtların devir sözleşmesinin geçerliliğini etkileyeceği görüşüne⁸⁷ de katılmaktayız. Zira pay devri sözleşmesine ilişkin TTK m. 595'te yer alan şekil kuralları kişiye göre farklılık gösterilmesine engeldir⁸⁸. Kanaatimizce kanun koyucu bir tercih yapmış ve bu kayıtları pay devri sözleşmesinin içeriğine dâhil edip onun esaslı unsurları hâline getirmiştir.

Kanaatimizce, öğretide savunulan bir görüşün⁸⁹ aksine, madde gerekçesine dayanılmaması gerekmektedir. Zira gerekçe incelendiğinde birbiriyle çelişkili ifadeler kullanıldığı görülmektedir: “Tasarıda *sınırlı sayıda* (numerus clausus olarak) öngörülmüş bulunan ve yükümlülük getirdiği için önemli gördüğü hususların devir sözleşmesinde açıkça öngörülmesini *emretmiştir*. Bu sözleşmeye *açıkça yazma zorunluluğunun* sebebi, devralanın yükümlülüklerinin tam bilincinde olması ve bu hususta onun bilgilendirilmesi yükümünü de satıcıya yüklemektir.” Gerekçede sınırlı sayı, emretmek ve açıkça yazma zorunluluğundan bahsedilirken, bir yandan da bunun geçerlilik koşulu olmadığını savunmak birbiriyle çelişmektedir. Bunun yanı sıra gerekçede “Ancak, bu kayıtların devir sözleşmesinde bulunmaması, sözleşmeyi geçersiz kılmaz, fakat devreden bazı hallerde sorumluluğuna sebep olur. ‘Bazı hâller’ ile alıcının söz konusu yükleri ve hakları bilmesi, payı bunları bilerek almasıdır.” ifadesine yer verilmiştir. Gerekçeye göre payı devralan, söz konusu yükleri ve hakları bilip buna göre payı devralıyorsa, payı devreden sorumlu olacaktır. Oysa payı devralanın bilmesi hâlinde değil, bilmemesi halinde payı devreden sorumlu olması gerekmektedir. Ayrıca bu hususlar yukarıda bahsettiğimiz üzere şirket sözleşmesinde yer almakta ve tescil ve ilân edilmektedir. Dolayısıyla payı devreden, devralana karşı ileri sürülebilecek ve sorumlu olmayacaktır.

⁸⁷ Gwelessiani (n 2) Art. 82 N 340a.

⁸⁸ Siffert and Turin (n 11) 670.

⁸⁹ Doğrusöz Koşut (n 1) 373.

Bu bağlamda, TTK m. 595'te yer alan kayıtların pay devri sözleşmesinde bulunmaması, devir sözleşmesini geçersiz kılacaktır. Bu sebeple, kural olarak devir işleminin diğer aşamalarının tamamlanması⁹⁰, pay devri sözleşmesinin geçersizliğini iyileştirmez⁹¹. Buna göre, devir sözleşmesi, genel kurulun onayıyla geçerli hâle gelmez⁹². Buna ek olarak, TTK m. 598'de pay devrinin tescili düzenlenmiştir. Sicil müdürlüğü söz konusu koşulların var olup olmadıklarını incelemekle yükümlüdür. Sicil müdürlüğü bir eksiklik saptarsa, tescil istemini reddeder. Sicil müdürlüğünün eksikliği görmemiş olması, dolayısıyla eksikliğe rağmen sözleşmenin tescil edilmesi ile sakatlık onarılamaz⁹³. Çünkü TTK m. 595/1'de söz konusu kayıtlar sözleşmenin zorunlu içeriği olarak kabul edilmiştir⁹⁴. Ayrıca, bu kayıtların sözleşmesinin zorunlu içeriği olmaması durumunda dâhi, tescille pay devri geçerli hâle gelmezdi. Zira limited şirkette payın devri açısından ticaret siciline tescil açıklayıcı etkiye⁹⁵ sahiptir⁹⁶.

III. SONUÇ

TTK m. 595/1- c. 1 uyarınca devir sözleşmesinde, ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri; rekabet yasağı ağırlaştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak biçimde genişletilmiş ise, bu husus, önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları ile sözleşme cezasına ilişkin koşullar da belirtilir. Pozitif hukuk açısından vardığımız sonuç, bu kayıtlar

⁹⁰ Hukuk sistemimizde şekle aykırılığın TMK m. 2/2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir (Bkz. Şener, 'Limited' (n 2) 297). Bu durum pay devri sözleşmesi açısından da geçerlidir. Bununla birlikte, çalışmada şirketler hukuku açısından sonuçları ele alındığı için, bu konuya değinilmemiştir.

⁹¹ Demirkapı (n 2) 217.

⁹² Arslanlı and Domaniç (n 3) 267; Bahtiyar (n 1) 457; Öz (n 1) 367.

⁹³ Tekinalp (n 1) 484; Wibmer (n 29) Art. 785 N 2; Siffert and Turin (n 11) 669; Trüeb (n 2) Art. 785 N 6a.

⁹⁴ Tekinalp (n 1) 484.

⁹⁵ Ticaret siciline tescilin kurucu ve açıklayıcı olmak üzere iki tür etkisi bulunmaktadır. Bunlardan ilki bir hakkın veya hukuki durumun ortaya çıkması için yapılırken; ikincisi bir hakkın veya hukuki durumun doğmuş olduğunu açıklamaktadır. Bkz. Bahtiyar, 'Sicil' (n 70) 41; Arkan (n 70) 265; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan (n 70) 373; Ayhan and Çağlar (n 70) 263; Bilge (n 70) 159.

⁹⁶ Bahtiyar (n 1) 460; Şener (n 1) 698; Pulaşlı (n 1) 2762; Kendigelen (n 52) 507; Tekinalp (n 1) 484.

rın sözleşmede bulunmamasının, pay devri sözleşmesini geçersiz kıldığıdır. Bununla birlikte, kanaatimizce TTK'nin pay devri sözleşmesinde yer alan kayıtları düzenleme tarzı yerinde olmamıştır. Zira esas sermaye payının pay senetlerine bağlanmasını düzenleyen TTK m. 593/2 ile m. 595 arasında bir paralellik olmalıdır. Olması gereken hukuk açısından hüküm değiştirilmelidir. Bu bağlamda kanun koyucu şirket sözleşmesinde yazan hak ve yükümlülüklerin pay devri sözleşmesinde bulunması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yapılmalıdır.

KISALTMALAR

Art. : Artikel

Bkz./bkz. : Bakınız

Botschaft : Botschaft zur Revision des Obligationenrechts –
GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-,
Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht-
(İsviçre Borçlar Kanunu, Limited Şirket Hükümleri
Değişiklik Gerekçesi)

dpn. : Dipnot

ETK : 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu

HD : Hukuk Dairesi

m. : Madde

mük. : Mükerrer

OR : Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)

RG : Resmi Gazete

TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

KAYNAKÇA

Aksu Özkan R, 'Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirkette Pay Devrinin Ortağın Kamu Borçlarına Etkisi' (2020) 10(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 226-267

Aktepe G, Limited Ortaklıklarda Bağlılık Yükümlülüğü ve Rekabet Yasağı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Ankara 2017)

Altaş S, ‘Limited Şirketlerde Genel Kurul Pay Devrini Onaylamazsa Ne Yapılır?’ (2014) (176) Vergi Raporu 160-166

Antalya G, ‘Hukuki İşlemlerin Şekle Bağlanması Gereken Noktaları’ (1991) 6 Hukuk Araştırmaları Dergisi 68-75

Arkan S, Ticari İşletme Hukuku (25th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2019)

Arslanlı H and Domaniç H, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması Hisseli Komandit Şirketler -Türk Ticaret Kanunu Şerhi III- (1st edn, Temel Yayınları 1989)

Aydoğan F, Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı (1st edn, Vedat Kitapçılık 2005)

Ayhan R and Çağlar H, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar (11th edn, Yetkin Yayınları 2018)

Bahtiyar M, Ortaklıklar Hukuku (14th edn, Beta Yayınevi 2020)

Bahtiyar M, ‘Anonim Ortaklıkta Payların Üçüncü Kişilere Satılması Durumunda Diğer Ortaklara Önalım Hakkı Tanıyan Anasözleşme Hükümleri ve Etkileri’ (2002) 21(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 83-127 (‘Önalım’)

Bahtiyar M, Ticaret Sicili Makaleler II (1st edn, Beta Yayınevi 2008) (‘Sicil’)

Bağrıaçık SN, ‘Limited Şirkette Bağlılık Yükümü ve Rekabet Yasağı’ (2017) 16(2-1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 251-271

Balsever S, Limited Şirket Sözleşmesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (İstanbul 2017)

Bärtschi H, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII in Peter V Kunz, Florian Jörg and Oliver Arter (eds) (1st edn, Stämpfli Verlag AG 2012)

Bilge ME, Ticaret Sicili (1st edn, Beta Yayınevi 1999)

Bilgili F and Demirkapı E, Şirketler Hukuku (9th edn, Legal Yayıncılık 2013)

Böckli P, ‘Das neue schweizerische GmbH-Recht – was ist wirklich neu? Eine Übersicht’ in Peter Böckli and Peter Forstmoser (eds), Das neue schweizerische GmbH-Recht (1st edn, Schulthess Verlag 2006)

Bügler R, Der GmbH-Anteil: insbesondere desen Erwerb, Übertagung und Verlust (de lege lata et feranda) (Doktora Tezi), Zürich Universität (Zürich 2004)

Can O, 'Rekabet Yasağı ve Rekabet Sınırlandırmaları Hukuku İlişkisi' (2007) (32) Rekabet Dergisi 3-42

Çağa B, 'Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri' (1974) 7(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 581-602

Çamoğlu E, Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri (1st edn, Vedat Kitapçılık 2020)

Demirkapı E, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri (Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (İzmir 2008)

Doğanay İ, 'Limited Şirkette Ortaklık Payının Bir Başkasına Devredilmesinin Koşulları Nedir?' (1975) 8(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 83-94

Doğrusöz Koşut H, 'Limited Şirkette Nama Yazılı Senede Bağlanmış Esas Sermaye Payının Devir Şartları' (2016) 22(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki Araştırmalar Dergisi 365-387

Durgut R, 'Limited Şirkette Esas Sermaye Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması' (2013) (108) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 123-138

Edis S, Türk/İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata (1st edn, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1973)

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (23rd edn, Yetkin Yayınları 2018)

Franko N, 'Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti' (1985) 13(1) Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 13-64

Gauch P, Von den wesentlichen Vertragspunkten, (1991) 9 Recht 45-52

Germann S, Die personalistische AG und GmbH Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen in Peter Forstmoser (eds) (1st edn, Dike Verlag 2015)

Göksoy YC, Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı' (2007) 9(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 633-681

Gwelessiani M, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung (3rd edn, Schulthess Verlag 2016)

Handschin L and Truniger C, Die GmbH (3rd edn, Schulthess Verlag 2019)

Honsell H, Vogt NP and Watter R, Basler Kommentar Obligationenrecht II Art. 530-964 OR (5th edn, Helbing Lichtenhahn Verlag 2016)

İnan AN and Yücel Ö, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (4th edn, Seçkin Yayıncılık 2014)

Karakılıç H, 'Limited Ortaklıkta Ek Ödeme Yükümlülüğü' (2014) 4(2) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 107-144

Karakılıç H, Limited Ortaklıkta Rekabet Yasağı (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2019) ('Rekabet')

Karaköse O, Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülükleri (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (İstanbul 2016)

Karasu R, Limited Şirketlerde İdare Yetkisi Olmayan Ortakların Şirketle Rekabet Etme Yasağı' (2004) 22(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 141-174

Karasu R, 'Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar İçin Sözleşme İle Öngörülen Şirketle Rekabet Etme Yasağı' (2004) 22(4) Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 79-96 ('Limited')

Karayalçın Y, 'Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri' (1975) 8(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1-29

Kendigelen A, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler (2nd edn, On İki Levha Yayıncılık 2012)

Kırca İ, Ticari Mümessillik (1st edn, Yetkin Yayınları 1996)

Kocaağa K, 'Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar' (2008) (79) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 73-102

Moroğlu E, Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri (2nd edn, Sermaye Piyasası Kurulu 1996)

Oğuzman K and Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I (14th edn, Vedat Kitapçılık 2016)

Oğuzman K and Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II (14th edn, Vedat Kitapçılık 2018) ('Borçlar II')

Oğuzman K, Seliçi Ö and Oktay Özdemir S, Eşya Hukuku (19th edn, Filiz Kitabevi 2016)

Okutan Nilsson G, Anonim Ortaklıklarda Payscaleleri Sözleşmeleri (1st edn, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları 2004)

Okutan Nilsson G and Oğuz A, 'Anonim Ortaklık Payscaleleri Sözleşmelerinde Öngörülen Pay Alım ve Satım Opsiyonlarının Hukuki Niteliği ve Cebri İcrası' Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, (1st edn, Vedat Kitapçılık 2007)

Öz T, 'Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri' (1987) 52(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 345-386

Poroy R, Tekinalp Ü and Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku C. II (13th edn, Vedat Kitapçılık 2017)

Poroy R, Tekinalp Ü and Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku C. I (14th edn, Vedat Kitapçılık 2019) (Ortaklıklar I)

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II (3rd, Adalet Yayınları 2018)

Pulaşlı H, 'Limited Şirketler Hukukundaki Güncel Gelişmeler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Bazı Sorunlar' (2009) 25(2) 37-54

Ritter T, Einheitliche Entscheidung gesellschaftsrechtlicher Beschlussanfechtungsklagen vor Schiedsgerichten (1st edn, Schulthess Verlag 2015)

Schenker U, Unternehmenskauf Rechtliche und steuerliche Aspekte (1st edn, Stämpfli Verlag 2016)

Schmidlin B, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR (Berner Kommentar) (2nd edn, Stämpfli Verlag 2013)

Siffert R and Turin N, Handelsregisterverordnung (1st edn, Stämpfli Verlag AG 2013)

Siffert R, Fischer MP and Petrin M, GmbH-Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR) (1st edn, Stämpfli Verlag 2008)

Şener O H, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı (4th edn, Seçkin Yayıncılık 2019)

Şener O H, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2017) ('Limited')

Tandoğan H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. I/1 (4th edn, Vedat Kitapçılık 2008)

Tekil F, Ticari İşletme Hukuku (1st edn, Tekil Müşavirlik ve Yayıncılık 1990)

Tekinalp Ü, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (3rd edn, Vedat Kitapçılık 2013)

Tekinalp Ü, ‘Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geriye alım ve Benzer Haklara Konu Olması’ Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu 1. Tebliğler (İstanbul 1978) (‘Hak’)

Tekinalp Ü, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, (2nd edn, Vedat Kitapçılık 2011) (‘Tek Kişi’)

Tekinalp Ü, Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları Pay Defteri Hukuku ile (1st edn, Vedat Kitapçılık 2012) (‘Bağlam’)

Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H and Altop A, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (7th edn, Filiz Kitabevi 1993)

Trüeb HR, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Art. 772-1186 OR in Vito Riberto and Hans Rudolf Trüeb (eds), (3rd edn, Schulthess Verlag 2016)

Tunaboylu M, Açıklamalı –İçtihatlı Şu’fa Vefa- İştirah Davaları (1st edn, Yetkin Yayınları 1996)

Ülgen H, Helvacı M, Kaya A and Nomer Ertan F, Ticari İşletme Hukuku (6th edn, Vedat Kitapçılık 2019)

Wibmer J, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (eds),(Orell Füssli Verlag 2016)

Von Tuhr A and Peter H, Andreas Von Tuhr and Hans Peter, Allgemeiner Teildes Schweizerischen Obligationenrechts, Band I (3rd edn, Schulthess Verlag 1979)

Yıldız Ş, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Anonim ve Limited Şirketlere İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi’ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler-Tartışmalar (13-14 Mayıs 2005) (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü) (‘Konferans’)

Yıldız Ş, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku (1st edn, Arıkan Yayıncılık 2007)

- Araştırma Makalesi -

 SAHTE VEYA TAHRİF EDİLMİŞ ÇEKTE
BANKANIN HUKUKİ SORUMLULUĞU*

(LEGAL LIABILITY OF THE BANK FOR FORGED OR ALTERED CHEQUE)

Arş. Gör./Res. Asst. Nihat Şenol UZUN**

Z

Bu alıŐmada 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 812. maddesinde yer alan sahte veya tahrif edilmiş ek başlıklı hüküm değerlendirilecektir. Hüküm sahte veya tahrif edilmiş çekin muhatap banka tarafından ödenmesi halinde meydana gelen maddi zararın düzenleyen ve muhatap banka arasında nasıl paylaŐılacađı düzenlenmektedir. Hükme göre muhatap banka kendisinin kusursuz olduğunu ispatlasa dahi sahte veya tahrif edilmiş çekin ödenmesinden doğan zararı kendisi karŐılayacaktır. Bu kapsamda muhatap bankanın sorumluluğu adi kanuni karine Őeklinindedir. Muhatap banka bu sorumluluktan ancak düzenleyenin de çekin sahte veya tahrif edilmiş hale gelmesi konusunda kusurlu olduğunu iddia ve ispat ettiği oranda kurtulabilecektir.

Anahtar Kelimeler: Sahte ek, tahrif edilmiş ek, düzenleyen, banka, hukuki sorumluluk

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 17.08.2020 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 26.08.2020 tarihinde birinci hakem; 28.08.2020 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Yalova ni. Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD, nihatsenoluzun@hotmail.com, ORCID ID: orcid.org/ 0000-0001-9747-1922

Bu makaleye atıf için; UZUN, Nihat Şenol, "Sahte veya Tahrif Edilmiş ekte Bankanın Hukuki Sorumluluğu", REGESTA, Cilt: 5, Sayı: 2, 2020, s. 317-344.

ABSTRACT

In this paper, the article 812 of 6102 Numbered Turkish Commercial Code titled forged or altered cheques will be evaluated. The article regulates how the financial damage will be divided in between the drawer and drawee bank when the forged or altered cheque paid by the drawee bank. According to the article, the drawee bank itself has to bear the loss because of paying the forged or altered cheque even if the drawee bank proves that it is not faulty. Within this scope the legal responsibility of the drawee bank is an ordinary legal presumption. The drawee bank may only evade legal responsibility of paying forged or altered cheque in the rate of claiming and proving that the drawer is also faulty on the issue of how the cheque became forged or altered.

Keywords: *Forged Cheque, altered cheque, drawer, bank, legal responsibility*

I. GENEL OLARAK

Ekonomik ilişkiler ve teknolojik olanaklar birlikte değerlendirildiğinde çekin yüzyıllardır nakit paraya oranla daha üstün özelliklerinin bulunduğu genellikle kabul gören bir yaklaşımdır. Çek de nakit para gibi bir ödeme aracıdır¹ ancak çekle ödeme yapmak, özellikle çalınma ve kaybolma riskleri açısından nakit paraya oranla daha kolay ve daha güvenlidir. Çekle birlikte paranın tedavülü artmakta ve kayıt dışı ekonomik ilişkilerin önlenmesi² ile birlikte bankalar açısından da gelir yaratılmaktadır. Ancak önemli bir ödeme aracı olan çekin bu işlev ve önemi karşısında çekin bu konumunu istismar etmek isteyenler, çek üzerinden hu-

¹ Ancak 5941 Sayılı Çek Kanunu Madde 3/8'de; "İleri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak hukuki takip yapılabilmesi için, çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulması şarttır." ve geçici madde 3/5'te yer alan; "31.12.2020 tarihine kadar, üzerinde düzenleme tarihine kadar, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir." hükümlerine yer verilmek suretiyle çek, nakit para gibi bir ödeme aracı olmak yanı sıra poliçe ve bono gibi bir kredi aracı haline de getirilmiştir.

² Nitekim 5941 Sayılı Çek Kanunu'nun Amaç ve Kapsam Başlıklı birinci maddesinde de ifade edildiği üzere iş bu kanunla aynı zamanda kayıt dışı ekonominin önlenmesi amaçlanmaktadır.

kuka aykırı yöntemlerle kazanç elde etmek isteyebilmektedirler. İşte bu durum karşısında bankalar açısından özellikle karşılıksız çek, kayıp-çalıntı çek ve sahte-tahrif edilmiş çek rizikoları gündeme gelmektedir.

İşte bu rizikolar karşısında daha sağlıklı ve güvenli bir ekonomik hayat ihdas etmek isteyen kanun koyucu, birtakım teknik düzenlemeler yapmış³ ve başta düzenleyen ile muhatap banka olmak üzere taraflara dikkat ve özen yükümlülüğü kapsamında önemli hukuki yükümlülükler getirmiş ve yaptırımlar öngörmüştür. İşte bu çalışmada TTK Md. 812'de (eTTK 724) düzenlenmiş olan sahte veya tahrif edilmiş çek ve böyle bir çekin muhatap banka tarafından ödenmesiyle ortaya çıkan hukuki ihtilaflar incelenmiştir. Doktrin ve yargı kararlarında⁴ tartışılan bu konu, özellikle bankalarca matbu olarak hazırlanan çek hesabı sözleşmelerinde yer verilen hukuki sorumsuzluk kayıt ve koşullarının geçerlik ve bağlayıcılığı ile yetkisiz temsil açısından sözleşmeler hukuku ve bankacılık hukuku açısından da önemli bir yer tutmaktadır.

II. SAHTE veya TAHRİF EDİLMİŞ ÇEK

A) TEMEL KAVRAMLAR (ÇEK, DÜZENLEYEN, MUHATAP BANKA)

Çek: Çek, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen kambyo senetlerinden birisidir ve TTK Md. 645 bağlamında hak-senet birlikteliği içerisinde söz konusu parasal nitelikli hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkasına da devredilememektedir. Özel hüküm niteliği itibariyle TTK Md. 780'de çekin unsurları ifade edilmekle birlikte özel bir tanımına yer verilmemiştir. Çek doktrinde kısaca, kanunlarda özel hükümlerle düzenlenmiş, yazılı ve mücerret (soyut) bir havale olarak tanımlanabilecektir.⁵ Aynı yönde Yargıtay'a göre de çek, Türk Tica-

³ Örneğin 6102 Sayılı TTK'nın çekin unsurlarını düzenleyen 780. Maddesinin birinci fıkrasının g ve h bentlerinde çekin zorunlu unsurlarına banka tarafından verilen seri numarası ve karekod eklenmiştir.

⁴ Örneğin bir araştırma göstermiştir ki 1979-1982 yılları arasında Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin çekle ilgili verdiği kararların % 32'sini sahte veya tahrif edilmiş çek oluşturmaktadır. Nurkut İNAN, Serpil KIVANÇ, "Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Çeke İlişkin Kararları (1979-1982)", Ayhan M. Menekşe ve Haluk Konuralp (drl.), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu – 1 (içinde), Ankara: Bankacılık Enstitüsü Yayınları, Ocak 1984, 1. Baskı, s.131.

⁵ Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku, 4. Bası, İstanbul: Arıkan Yayınevi, 2007, s.3.

ret Kanununa göre kıymetli evrak niteliğinde bir kambiyo senedir ve “*Hukuki niteliği itibariyle bir havaledir.*”⁶ Çekte düzenleyen muhataba, çek üzerinde belirtilen belirli bir meblağı lehdara veya onun senedi devrettiği yetkili hamile ödemedede bulunma yetkisi vermektedir.

Düzenleyen: Çekte düzenleyen (keşideci) gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Çekte düzenleyenin ehliyeti bakımından ise TTK Md. 670 hükmü söz konusudur. Hükme göre; “*Sözleşme ile borçlanmaya ehil olan kişi, kambiyo senetleri ile borçlanmaya da ehildir.*” Sözleşme ile borçlanma ehliyeti ise TMK Md. 10’da düzenlenmiştir ve fiil ehliyeti bulunan herkes çekte düzenleyen olma ehliyetine de sahiptir.

Muhatap: Çekte muhatap ancak bir banka olabilir. TTK Md. 782’ye göre; “*Türkiye’de ödenecek çeklerde muhatap ancak bir banka olabilir.*” Bu hükmün atfı ile banka tanımı ise 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu’nun üçüncü maddesinde bankalar; mevduat bankaları, katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankaları olarak ifade edilmiş ve tanımlanmıştır. Ancak bir görüşe göre; mevduat ve katılım fonu kabul etme yetkisi bulunmayan kalkınma ve yatırım bankaları çekte muhatap olmayacak olsalar da bize göre söz konusu bankalar kullandıracakları kredileri çek yoluyla ilgili kişilere kullandırabilme hakkına sahip olmalıdır zira çek de nakit para gibi bir ödeme aracıdır.⁷

B) GENEL OLARAK

Sahte veya tahrif edilmiş çek TTK Md. 812’de düzenlenmiştir. Hükme göre; “*Sahte 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.*” denilerek, sahte veya tahrif edilmiş çekin ödenmesi halinde doğacak rizikonun düzenleyene mi yoksa muhatap bankaya mı ait olacağı, yani yapılan hatalı ödemeden doğacak maddi zararı taraflardan hangisinin kısmen veya tamamen üstleneceği düzenlenmektedir. Zira hükümde sorumluluk ilişkisi sadece düzenleyen kusurundan bahsedilmek suretiyle düzenleyen ile muhatap banka

⁶ Yargıtay 11. HD.27.07.2011 T., 2011/29563 E., 2012/15122 K. (www.kararara.com). Aynı yönde bkz: Yargıtay HGK. 05.9.2012 T., 2013/12-374 E., 2013/1584 K. (www.kararara.com).

⁷ KENDİGELEN (Çek Hukuku), s. 49.

arasında kurgulanmıştır.⁸ Dolayısı ile bu hükümde düzenleyenin veya muhatap bankanın rücu edebileceği sahtelik veya tahrifata yol açan üçüncü kişiler bu hükmün dışında tutulmuştur.

Hükümde bir nevi adi kanuni karine oluşturulmuştur.⁹ Zira iki tarafın (düzenleyen ve muhatap) da kusuru olmaksızın sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmiş olması durumunda ortaya çıkan zarar, bir rizi-ko hali oluşturur ve TTK Md. 812/1’de ifade edilen özel bir hükümle bu zarara muhatabın katlanacağı belirtilmektedir. Bir diğer anlatımla muhatap banka iş bu ödemiş bulunduğu çek bedelini düzenleyenin çek hesabından düşemeyecek veya düzenleyene rücu edemeyecektir. Muhatap banka ancak ispat yükü kendisi üzerinde olmak üzere düzenleyenin kusurunu ispatlayabildiği ölçüde (oranda) düzenleyenin üzerinde bırakabilecektir. İspatlayamadığı takdirde ise hükümde ifade edildiği üzere sahte veya tahrif edilmiş çek bedelinin ödenmiş olmasından doğan zararı muhatap banka üstlenecektir.

III. 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU MADDE 812’NİN DÜZENLENME AMACI, UYGULANMA ALANI, UYGULANMA ŞARTLARI VE BAĞLANTILI HÜKÜMLERLE İLİŞKİSİ

A) DÜZENLENME AMACI

Bir çekin sahte veya tahrif edilmiş olmasına rağmen muhatap bankaya ibraz edilmesi üzerine ödenmesi halinde bundan doğan zararın düzenleyen ve muhatap banka arasında kim tarafından üstlenileceği önemli bir hukuki ihtilaf teşkil eder. TTK Md. 812’nin ihdas amacı da böyle bir çekin ödenmesinden doğan zararı, sahtelik veya tahrifata yol açan üçüncü kişi dışında, düzenleyen ve muhatap bankadan hangisinin üstleneceğini belirlemektir.¹⁰ Kanun koyucu TTK Md. 812’de düzenleyen ile muhatap banka arasındaki söz konusu menfaatler çatışmasını ekonomik bakımdan ve sahtelik-tahrifatı tespit etme bakımından daha üstün ko-

⁸ Müge Tekil, Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, 1. Bası, Ankara: Beta Yayınları, 1997, s.74; Ali Paslı, “Sahte ve Tahrif Edilmiş Çek”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 74, Sayı 7, 2000 s. 636.

⁹ Detaylı bilgi için bkz: Fatma Tülay KARAKAŞ, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 62, Sayı 3, 2013, s.729-760.

¹⁰ Ekrem Törüner, “Ticaret Yasamız Açısından Çekte Sahtekârlık ve Tahrifat”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2, 1980, s.205.

numda bulunan muhatap banka aleyhine çözümlenmiş ve maddi zarardan muhatap bankayı sorumlu tutmuştur.¹¹ Hakkaniyete uygun çözüm yolu da budur. Özetle denilebilir ki TTK Md. 812'nin temel ihdas amacı, düzenleyenleri korumak ve onları sahtecilik veya tahrifat fiilini ve failini araştırmaktan kurtarmaktır.¹²

B) UYGULANMA ALANI

Günümüzde TTK Md. 812'nin uygulama alanı konusunda öğretilerde üç görüşün varlığından bahsedilebilir. Bu görüşleri şöyle özetleyebiliriz:

a) Tüm sahtelik veya tahrifat hallerini maddenin uygulanma alanı içine alan görüş: Bu görüş, TTK Md. 812'de yer alan sahtelik veya tahrifat kavramlarının her türlü sahtelik veya tahrifat hallerini kapsadığını kabul etmektedir.¹³ Ancak TTK Md. 812 hükümlerinin uygulanması, bir diğer anlatımla muhatap bankanın çekte sahtelik veya hile eylemleri sonucunda sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için öncelikle söz konusu çekin muhatap tarafından ödenmiş olması ve iş bu ödeme sonucunda düzenleyenin maddi zarara uğramış olması gereklidir. Bu nedenle muhatap banka tarafından ödemesi yapılmayan ve düzenleyenin maddi zararına yol açmayan sahtelik veya tahrifat halleri, iş bu hükmün uygulanma alanına girmeyeceğinden dolayı bu görüş doktrinde eleştirilmektedir.¹⁴

b) Çekin zorunlu ve seçimlik zorunlu unsurlarındaki sahtelik veya tahrifat hallerini uygulanma alanı içine alan görüş:

Bu görüşe göre muhatap banka tarafından ödenen ve düzenleyenin maddi zarara uğramasına yol açan çek üzerindeki sahtelik veya tahrifat hallerinin TTK Md. 812'nin uygulanma alanına girebilmesi için söz konusu çekin, muhatap bankaya ibraz edilmiş olması ve ödenme anında zorunlu ve seçimlik zorunlu unsurlarının varlığını muhafaza etmiş olma-

¹¹ Fuat İlan, Bankalar Bakımından Modern Çek ve Hukukumuz, 1. Baskı, Ankara: Emel Matbaası, 1969 s.124.

¹² PASLI, s.638.

¹³ Faruk Erem, Turgut Kalpsüz ve Gürkan Çelebican, İktisadi ve Hukuki Yönden Çek, 1. Baskı, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1974, s.138.

¹⁴ TÖRÜNER, s.206.

sı gerekmektedir.¹⁵ Ancak bu yaklaşım eleştiriye açıktır. Zira örneğin lehdarın eline geçmeden önce çekin çalınması halinde, henüz kambiyo alacaklısı sıfatını kazanmayan lehdar, TBK Md. 133/2 hükmünden yararlanarak temel borç ilişkisine dayanarak düzenleyene başvurabilecektir. Dolayısı ile böyle bir durumda hem alacaklısına hem de hamile karşı çek bedelini iki kez ödemek zorunda kalacak olan düzenleyenin TTK Md. 812 kapsamına giren bir zararı söz konusu olabilecektir.¹⁶ Dolayısı ile bu yaklaşıma göre lehdarın çeki devretme yönündeki imzası taklit edilmek suretiyle yetkili hamil sıfatının kazanılması halinde söz konusu çekin ödenmesi TTK Md. 812 kapsamında değerlendirilmeyecektir.

c) Düzenleyenin maddi zarara uğramasına yol açan sahtelik veya tahrifat hallerini uygulanma alanı içine alan görüş: Bizim de katıldığımız bu görüşe göre hükmün uygulanabilmesi bir diğer anlatımla muhatap bankanın hukuken sorumlu tutulabilmesi için söz konusu sahte veya tahrif edilmiş çekin muhatap banka tarafından ödenmesi sonucunda düzenleyenin maddi zarara uğramış olması gereklidir. Bu zarar söz konusu ödemenin düzenleyenin hesabına muhatap banka açısından alacak kaydedilmesi veya hesabından düşülmesi ile gerçekleşmektedir. Düzenleyenin zarar görmediği sahtelik veya tahrifat halleri ise hükmün uygulanma alanı içerisinde değerlendirilmemektedir.¹⁷

C) UYGULANMA ŞARTLARI

1-Sahte veya Tahrif edilmiş Bir Çekin Bulunması ve Muhatap Bankaya ibraz Edilmesi:

Çekte sahtelik, çek üzerinde yer alan imza veya beyanların öyle olmadığı halde ilgili kişilere aitmiş gibi gösterilmesini; çekte tahrifat ise, gerçekten ilgili kişilere ait olan imza veya beyanların kazıma, kimyasallar veya benzeri yöntemlerle hukuka aykırı olarak (ilgililerinin izni veya onayı olmaksızın) değişikliğe uğratılmasını ifade etmektedir.¹⁸ Söz konusu sahtelik veya tahrifat hallerinin çekin ön veya arka yüzü ya da eki

¹⁵ Nurkut İnan, Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, 1. Baskı, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1981, s.150.

¹⁶ İNAN, s.154; TÖRÜNER, s.206.

¹⁷ TÖRÜNER, s.207; İNAN, s.150.

¹⁸ EREM KALPSÜZ/ÇELEBİCAN), s.138.

niteliğinde yer alan alonj üzerinde yer alması da çekte sahtelik veya tahrifat kapsamı içerisinde değerlendirilecektir.

2- Muhatap Bankanın Hamile Ödemede Bulunması:

TTK Md. 812 kapsamında sahte veya tahrif edilmiş çekten bahsedilebilmesi için söz konusu çekin muhatap bankaya ibraz edilmiş ve muhatap tarafından hamile ödemede bulunulmuş olması gerekmektedir. Bu gereklilik hükümde yer alan “*çekin ödenmiş olmasından doğan zarar...*” ifadesinden anlaşılmaktadır. İlk etapta muhatap bankanın herhangi bir gerekçe ile hamile ödemede bulunmayıp mahkeme kararı ile ödeme yapmak zorunda olması halinde dahi sahte veya tahrif edilmiş bir çekin muhatap banka tarafından ödenmesi bu sonucu değiştirmemektedir.¹⁹ Ancak muhatap bankanın hamil tarafından kendisine ibraz edilen çek bedelini, sahte veya tahrif edilmiş olması dışındaki farklı bir gerekçe ile ödememesi halinde ise muhatap bankanın hamile ödemede bulunması koşulu gerçekleşmeyeceği için TTK Md. 812 uygulanma alanı bulunmayacaktır. Yargıtay da sahte imzalı bir çekin karşılıksızlık gerekçesiyle muhatap banka tarafından ödenmemesi durumunda muhatap bankayı haksız bulsa da söz konusu ödeme sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmemiş olmasından dolayı TTK Md. 812'nin uygulanma alanı bulunmayacağını ifade etmiştir.²⁰ Böyle bir durumda her ne kadar çekin karşılıksızlık gerekçesiyle ödenmemesi nedeniyle düzenleyenin maddi zararı söz konusu olsa da, bu durum TTK Md. 812 kapsamında değil kambiyo senetlerinde başvurma hakkını düzenleyen TTK Md. 713 vd. hükümleri kapsamında değerlendirilecektir.²¹

3-Düzenleyenin Bu Ödemeden Dolayı Zarara Uğraması:

TTK Md. 812'nin uygulanması için sahte veya tahrif edilmiş çekin muhatap banka tarafından hamile ödenmesinden dolayı düzenleyenin maddi zararının söz konusu olması gereklidir. Ayrıca hükümde “*...senette düzenleyen olarak gösterilen kişiye... bir kusurun yüklenmesi...*” şeklindeki ifadeden de anlaşılacağı üzere hükmün sadece sahte veya tahrif edilmiş çekin ödenmesinden doğacak zarara düzenleyen-

¹⁹ İNAN, s.133.

²⁰ İNAN/KIVANÇ, s.160; Yargıtay 11. HD. 26.05.1979/2576-2828 (PASLI, s.639).

²¹ TEKİL, s.84.

muhatap bankadan hangisinin katlanacağı düzenlenmiş olup üçüncü kişiler kapsam dışı bırakılmıştır.²² Düzenleyenin zararından söz edilebilmesi için ise muhatap bankanın ödediği sahte veya tahrif edilmiş çek bedelini düzenleyenin çek hesabına borç kaydetmesi veya hesabından düşmesi gerekmektedir.

D) BAĞLANTILI HÜKÜMLERLE İLİŞKİSİ

TTK Md. 646/2, 801, 678 ve 680 hükümlerinin TTK Md. 812 ile ilişkisini değerlendirmek gereklidir. TTK Md. 646/2 hilesi veya ağır kusuru olmaksızın senet bedelini ödeyen kişinin sorumluluktan kurtulacağını düzenlemektedir. Acaba bu hükme dayanarak sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödeyen muhatap banka sorumluluktan kurtulabilecek midir? Bu soruya verilecek cevap “Hayır”dır. Zira TTK Md. 818’de çek hakkında da uygulanacak poliçe hükümleri ile ilgili olarak bu hükme atf yapılmamıştır. Aynı zamanda TTK Md. 646’da açıkça “borçlu” ifadesi kullanılmıştır ve TTK Md. 784’te poliçenin aksine çekte kabul işlemi yasaklanmıştır ve bu nedenle çekte muhatap banka çek borçlusu olarak kabul edilemeyeceğinden dolayı TTK Md. 646/2’nin TTK Md. 812 ile bir bağlantısı bulunmamaktadır.²³

TTK Md. 801’e göre muhatap banka düzenli ciro zincirini incelemekle yükümlü olsa da cirantaların imzalarının geçerliliğini incelemekle yükümlü değildir. Dolayısı ile cirantalardan birisinin imzasının sahte olmasına rağmen hamile ödemede bulunan banka TTK Md. 812 kapsamında sorumlu tutulabilecek midir? Bu soruya verilecek cevap “Evet”tir. Zira Yargıtay’a göre de TTK Md. 812 kapsamında muhatap bankanın sorumluluğu “kusursuz sorumluluk”tur.²⁴ Belirtildiği üzere TTK Md. 812 kapsamında muhatap bankanın düzenleyene karşı sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması aranmamaktadır. Dolayısı ile TTK Md. 801 kapsamında cirantaların imzalarının sahte olup olmadığını incelemekle yükümlü olmaması, bir diğer anlatımla bu yönüyle kusursuz olması onu bu imzaların sahteliği nedeniyle maddi zarara uğramış olmasından dola-

²² İNAN, s.117.

²³ Hulusi Gürbüz, Yargıtay Uygulaması ışığında Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar, 1. Baskı, İstanbul: Eğitim Yayınları, 1984, s.180; İNAN, s.115; PASLI, s.640.

²⁴ Örnek karar için bkz: Yargıtay 11. HD, T. 21.2.1991, E. 1989/9256, K. 1991/1139 (www.lexpera.com.tr).

yı düzenleyene karşı sorumluluktan kurtarmayacaktır.²⁵ Nitekim Yargıtay da bir kararında “...TTK’nın 801. (eTTK Md. 713) maddesinin muhatabın görevini saptamak suretiyle kusurunun belirlenmesinde yol gösterici bir nitelik taşımasına karşın, aynı yasanın 812. (eTTK Md. 724) maddesinde söz konusu olan sorumluluk, muhatap açısından kusursuz ve yasadan doğan bir sorumluluktur...” ifadesi ile bu husus açıkça ortaya konmuştur.²⁶

TTK Md. 678’de (TTK Md. 818/1-c atfı ile çekler hakkında da uygulanacaktır.) yetkisiz temsilcinin poliçeden (ve çekten) dolayı bizzat sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm yetkisiz temsil suretiyle sahte imza sahibinin şahsi hukuki sorumluluğunu düzenlemiş olmaktadır fakat TTK Md. 812 ise düzenleyen ile muhatap banka arasındaki sorumluluk ilişkisini düzenlemektedir. Bu nedenle TTK Md. 678 hükmü TTK Md. 812 kapsamında düzenleyenin sahte imza ile temsil edilmiş olması karşısında muhatap bankanın hamile ödeme yapması durumunda düzenleyenin uğradığı zararın muhatap banka tarafından üstlenileceği sonucunu değiştirmeyecektir.²⁷

TTK Md. 680’de yer alan açık poliçe anlaşmasına dair hükümler TTK Md. 818/1-c hükmü gereğince çekler hakkında da uygulanacaktır. Ancak açık çek anlaşmasından dolayı düzenleyen ve açık çek anlaşmasının muhatabı arasındaki çekin aralarındaki anlaşmaya aykırı olarak doldurulmuş olup muhatap bankaya ibraz edilerek tahsil edilmiş olmasından dolayı düzenleyenin maddi zarara uğramış olması TTK Md. 812 kapsamında değerlendirilmeyecektir. Zira düzenleyenin bir başka üçüncü şahıs ile aralarındaki anlaşmanın ihlal edilmiş olması muhatap bankanın sorumluluğu kapsamında değerlendirilemeyecek olup sadece ilişkinin tarafları arasında geçerlidir.

Aynı çerçevede sahte kimlik ve belgelerle çek hesabı açılması veya hayali gerçek ya da tüzel kişiler adına çek hesabı açılması suretiyle muhatap bankaya çek ibraz etmek suretiyle tahsilat yapılması hususu da TTK Md. 812’nin kapsamı dışındadır. Zira bankalar hesap açılırken

²⁵ İNAN, s.117. Aynı yönde bkz: Mahmut Coşkun, Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, İstanbul: Seçkin, 2018, s. 559.

²⁶ Yargıtay 11. HD. 15.04.1982/1270-1728 (A. Hulusi Gürbüz, Yargıtay Uygulaması Işığında Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar, 1. Baskı, İstanbul: Arpaz Matbaacılık, 1984, s.859).

²⁷ PASLI, s.643; Aksi görüş için bkz: KENDİGELEN (Çek Hukuku), s.250.

5941 Sayılı Çek Kanunu kapsamında çek hesabı açmak isteyen gerçek ve tüzel kişilerin kimlik bilgilerini almak ve ilgili resmi makamlara bildirmekle mükelleftir. Bu sorumluluklarını yerine getirmeyen banka ise objektif özen ve basiretli tacir gibi hareket etme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olacağından dolayı tazminat ödeme yükümlülüğü altına girecektir.²⁸

IV. 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU MADDE 812’NİN UYGULANMASI YÖNÜYLE ÇEKTE SAHTELİK VEYA TAHRİFAT HALLERİ

A) ÇEKTE SAHTELİK HALLERİ

Çekin sahte olması, çekin bir bütün olarak veya üzerindeki imzalar ya da beyanların sahteliğini ifade eder.²⁹ TBK Md. 30-39’da düzenlenen yanılma, aldatma ve korkutma gibi sebeplerle düzenlenen çeklerin muhatap banka tarafından iyiniyetle ödenmesi halinde muhatap bankanın sorumluluğu yoktur.³⁰ Zira düzenleyen söz konusu çekin ödenmesinden doğan zararını iş bu irade fesadına sebep olan kimselerden talep edebilecektir.³¹ Ancak düzenleyen TTK Md. 799 kapsamında çekten cayma hakkını kullanmışsa muhatap banka buna riayet etmek zorundadır. Bu talimata aykırı olarak cayma süresi geçtikten sonra dahi ibraz olunan sahte veya tahrif edilmiş olan çeki bedelini ödeyen muhatap banka düzenleyene karşı sorumlu olacaktır. Ancak eTTK Md. 711/3 hükmünde yer alan ödemeden men talimatı ise mülga olduğundan dolayı düzenleyen artık böyle bir hakkı kullanamayacaktır.

1- Düzenleyenin İmzasında Sahtelik:

Düzenleyenin imzasının sahteliği halinde, hesabından ödeme yapılması konusunda isteği bulunmamaktadır. Bu nedenle düzenleyenin bir kusurunun ispatlanmadığı hallerde TTK Md. 812’deki adi kanuni karine

²⁸ Örnek kararlar için bkz: Yargıtay HGK, T. 26.9.2019, E. 2017/11-411, K. 2019/962; Yargıtay 11. HD, T. 27.06.2018, E. 2016/13623, K. 2018/4845; Yargıtay 11. HD, T. 23.10.2017, E. 2016/3247, K. 2017/5625 (www.kazanci.com). Aynı yönde bkz: COŞKUN, s. 548 vd.

²⁹ TEKİL, s.76.

³⁰ Hayri Domaniç, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt 4, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1990, s.849.

³¹ DOMANIÇ (Şerh), s. 849.

gereği iş bu çek bedelinin hamile ödenmesi halinde düzenleyenin bundan doğan maddi zararını muhatap banka üzerine alacaktır. Yargıtay'ın da çeşitli kararlarında muhatap bankanın çekte yer alan imzanın düzenleyene ait olup olmadığını incelemeksizin hamile ödemede bulunmasını ağır kusur olarak kabul etmiştir.³²

2- Çekte Yer Alan Diğer İmzalarda Sahtelik:

TTK Md. 801 ile 812 arasındaki ilişki incelenirken çekte yer alan imzalardaki sahteliğin salt düzenleyenin imzasından ibaret olmadığı ifade edilmiştir. Burada temel ölçüt, düzenleyenin sahtelik veya tahrifat nedeniyle muhatap banka tarafından hamile ödenmemesi gereken bir çekten dolayı düzenleyenin maddi zarara uğramış olmasıdır. Ancak düzenleyenin imzası ile çekin devrini sağlayan ciroların dışındaki diğer imzalar, düzenleyenin maddi zarara uğramasına yol açmayacakları için TTK Md. 812 kapsamında değerlendirilmeyecektir.³³ Örneğin avalistlerden birisinin imzasının sahte olmasına rağmen muhatap bankanın hamile ödeme yapması düzenleyenin zararına yol açmayacaktır çünkü düzenleyen yetkili hamile karşı borcundan kurtulacaktır.³⁴ Avalistin imzasının sahte olması nedeniyle muhatap banka tarafından ödenmemesi halinde ise yetkili hamilin başvuru hakkı devam etmektedir ve bu nedenle düzenleyenin zararı söz konusu olmayacaktır.³⁵

Cirantalardan birisinin imzasının sahte olması söz konusu çekin gerçek hak sahibinin elinde olmadığı anlamına gelse de böyle bir sahte imzadan dolayı düzenleyenin zarara uğrayıp uğramadığının bir diğer anlatımla ikinci kez ödeme yapmak zorunda kalıp kalmayacağını tespiti gereklidir.³⁶ Ancak genel itibarıyla doktrindeki genel yaklaşım ise muhatap bankanın düzenleyen dışında başkaca kimselerin imzaların geçerlili-

³² Yargıtay 11. HD, T. 29.1.2001, E. 2000/9306, K. 2001/512 (www.kazanci.com); Yargıtay 11. HD, T. 10.5.2016, E. 2015/11429, K. 2016/5261; Yargıtay 11. HD, T. 7.12.2015, E. 2015/9683, K. 2015/13059; Yargıtay 11. HD, T. 12.5.2015, E. 2015/432, K. 2015/6736; Yargıtay 11. HD, T. 1.4.2015, E. 2014/15160, K. 2015/4486; Yargıtay 11. HD, T. 21.10.2014, E. 2013/15613, K. 2014/16098; Yargıtay 11. HD, T. 23.6.2014, E. 2014/3209, K. 2014/11921 (www.lexpera.com.tr).

³³ İNAN, s.119.

³⁴ İNAN, s.119-120; TÖRÜNER, s.209.

³⁵ İNAN, s.119-120.

³⁶ a.g.e., s.120.

ğini incelemek gibi bir imkâna sahip olmayacağı gerekçesiyle cirantaların imzalarındaki sahteliğe rağmen hamile ödeme yapmış olmasının TTK Md. 812 kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği yönündedir.³⁷

Nitekim aynı yönde lehdarın çeki çaldırması veya kaybetmesi halinde çalan kişinin çeki kendisine ciro edilmiş gibi göstermek suretiyle muhatap bankaya ibraz ederek çek bedelini tahsil etmesi durumunda da muhatap bankanın düzenleyene karşı TTK Md. 812 kapsamında bir sorumluluğunun söz konusu olmayacağı düşünülmelidir. Zira böyle bir durumda dahi düzenleyen, lehdara olan borcundan kurtulmuş olacak bir diğer anlatımla çek dolayısıyla ikinci kez ödeme yapmakla mükellef olmayacağından dolayı TTK Md. 812 kapsamında bir zararı da söz konusu olmayacaktır.³⁸ Aynı şekilde düzenleyenin çeki düzenledikten ve fakat lehdara teslim etmeden önce çaldırması halinde çek, hamil tarafından muhatap bankaya ibraz edilmek suretiyle tahsil edilir ise gerek düzenleyenin çekin ziyayı ve iptali gerekçesiyle dava açabilecek olması gerekse de lehdar ile aralarında bir kambiyo ilişkisi doğmayacağından dolayı çek bedelini ikinci kez ödemek zorunda kalmayacak ve TTK 812 kapsamında muhatap bankanın hukuki sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.³⁹ Ayrıca böyle bir durumda düzenleyenin çekin ziyayı ve iptali davası açmak suretiyle muhatap banka nezdinde ihtiyati tedbir kararı aldırılmaması da TTK Md. 812’de yer alan ve düzenleyenin kusuruna ilişkin “...kendisine verilen çek defterini iyi saklamamış olması gibi...” ifadesinin bir başka örneğini teşkil edecektir.

3- Çekte Yer Alan Diğer Beyanlarda Sahtelik:

Burada tartışılması gereken bir diğer husus ise düzenleyen adına yetkisiz temsilci imzası ile oluşturulan çekin muhatap bankadan tahsil edilmesidir. Böyle bir durumda TTK Md. 678’e göre; “*Temsile yetkili olmadığı halde bir kişinin temsilcisi sıfatıyla bir poliçeye imzasını koyan kişi, o poliçeden dolayı bizzat sorumludur.*” TTK Md. 818/1-c gereği bu hüküm çekler hakkında da uygulanacaktır. Yetkisiz temsilci imzalı bir çekin muhatap banka tarafından ödenmesi halinde banka, düzenleyenin

³⁷ TEKİL, s.78; İNAN, s.117.

³⁸ TÖRÜNER, s.209.

³⁹ a.g.e., s.209. Aynı yönde bkz: Reha POROY ve Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 14. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1999, s.43.

çek hesabını borçlandıracağı için düzenleyenin maddi zarara uğradığı düşünülebilecektir.⁴⁰ Fakat düzenleyenin imzasını taklit etmekle yetkisiz temsilci vasıtası ile çek düzenlenmesi arasında herhangi bir fark bulunmayacağı için bu halde dahi TTK Md. 812'nin uygulanması gereklidir.⁴¹ Ancak tüzel kişi tacirlerle ilgili olarak, örneğin bir tüzel kişi tacir adına çek düzenleme hakkına sahip olan ticari temsilci (TBK Md. 548) veya özel yetkili ticari vekillerin (TBK Md. 551) imza sirküleri ve hatta haklarında çek düzenleme yasağı bulunmadığına dair belgeler muhatap bankaya önceden bildirilmektedir. Bu nedenle muhatap bankanın iş bu imzaların geçerliliğini düzenleyenin imzasını incelemesindeki gibi değerlendirip buna göre hamile ödeme yapma yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla ile böyle bir durumda ödeme yapan muhatap banka TTK Md. 812 gereği düzenleyene karşı sorumlu hale gelecektir.⁴²

B) ÇEKTE TAHRİFAT HALLERİ

Çekte tahrifat olması, çekin unsurlarında, üzerindeki imza veya beyanlarda ilgililerin tümünün rızası olmaksızın değişiklik yapılması, silinmeleri veya kazınmalarını ifade etmektedir.⁴³ Tahrifat, mevcut bir çek üzerinde yer alan bilgi ve beyanlardan bazılarının çıkartılması, değiştirilmesi veya yenilerinin eklenmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir. Tahrifatın tespitinde uzman bilirkişilerden faydalanılabileceği gibi tahrifatın bariz olduğu hallerde hâkim bilirkişi incelemesine başvurmaksızın doğrudan karar verebilecektir.⁴⁴

⁴⁰ PASLI, s.649.

⁴¹ PASLI, s.649; İNAN, s.123.

⁴² Örneğin Yargıtay bu hususa bir kararında "...TL tutarındaki çek ile para çekildiğini, müvekkil şirketi temsil yetkisinin tek imza ile N. Ö.'a ait olduğunu, bu hususta imza sirkülerinin davalı bankaya verildiğini ileri sürerek, anılan meblağın temerrüt faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir." Şeklindeki talep ve davayı onayarak karar vermiştir: Yargıtay 11. HD, T. 21.11.2002, E. 2002/5981, K. 2002/10711 (www.kazanci.com). Ayrıca bkz: Yargıtay 11. HD, T. 4.10.2005, E. 2014/11757, K. 2005/9222 (www.lexpera.com.tr).

⁴³ KENDİGELEN (Çek Hukuku), s.250; GÖLE, s.149; İNAN, s.34; Mahmut Bilgen, "Kambiyo Senetlerinde Tahrifat (Değişiklik) Yapılması", Dokuz Eylül üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,, Cilt 11, Özel Sayı, 2010, s.985. Aynı yönde bkz: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Md. 207

⁴⁴ Abuzer Kendigelen, Hukuki Mütalaalar Mahkeme Kararları İle Birlikte, Cilt V, İstanbul: Arıkan Yayınları, 2003, s.322.

1- Çekte Yer Alan İsimlerin Tahrif Edilmesi

Çekte yer alabilecek isimler; düzenleyenin, lehdarın, cirantaların, avalistlerin ve varsa temsilcilerin imzalarıdır. Bir görüşe göre cirantalar ve/veya avalistlerinin isimleri üzerinde tahrifat yapılmış olması halinde muhatap bankanın hamile ödemede bulunması halinde düzenleyen artık cirantalar ve avalistlerine karşı başvuru borçlusu olmayacağından ve ikinci kez ödeme yapmak zorunda kalmayacağından dolayı TTK Md. 812 uygulama alanı kazanmayacaktır.⁴⁵ Zira böyle bir durumda düzenleyenin maddi zarara uğramasından söz edilemeyecektir.⁴⁶

Lehdarın isminde tahrifat yapılması hususunda ise ikili bir ayırım yapmak gereklidir. Eğer düzenleyen çeki lehdara teslim etmeden evvel çek çalınmış, kaybolmuş ve lehdar isminde tahrifat yapılmak suretiyle muhatap bankaya ibraz edilip tahsil edilmişse düzenleyen lehdara karşı kambiyo borçlusu olmayacağından dolayı bir zararı söz konusu olmayacaktır ve TTK Md. 812 uygulanmayacaktır.⁴⁷ Aynı zamanda daha evvel ifade edildiği üzere böyle bir durumda çekin ziyai ve iptali davası açmayarak muhatap banka nezdinde ihtiyati tedbir kararı aldırılmayan düzenleyen de TTK Md. 812 kapsamında kusurlu olacağından dolayı muhatap bankanın hukuki sorumluluğu doğmayacaktır. Eğer düzenleyen, çeki lehdara teslim ettikten sonra lehdarın isminde bir tahrifat gerçekleştirilerek muhatap bankadan tahsilat gerçekleştirilmiş ise çekin ödenmesi ile düzenleyen, asıl lehdara karşı da borcundan kurtulacağından dolayı maddi zararı doğmayacak ve TTK Md. 812 uygulanmayacaktır.⁴⁸

Bir diğer husus ise TTK Md. 785/2 kapsamında lehdar hanesinin yanına “veya hamiline” ibaresi eklenmek suretiyle çekin hamiline yazılı hale dönüştürülerek tahsil edilmeye çalışılmasıdır. TTK Md. 650/1 hükmüne göre çek tedavüle sokulduktan sonra böyle bir eklemenin yapılması çekte yer alan tüm imza sahiplerinin çek üzerinde açıkça belirttikleri muvafakatleri ile gerçekleşebilecektir. Ancak böyle bir durumda çeki elinde bulunduran kişi lehdarın isminde veya imzasında sahtelik yapmak zorunda kalmadan çeki tahsil edebilmektedir.⁴⁹ Böyle bir çeki ödeyen

⁴⁵ PASLI, s.650.

⁴⁶ TÖRÜNER, s.212.

⁴⁷ a.g.e., s.212.

⁴⁸ İNAN, s.156.

⁴⁹ a.g.e., s.123.

muhatap banka TTK Md. 812 kapsamında sorumlu tutulabilecek midir? Doktrindeki bir görüşe göre çekin doğrudan düzenleyenden çalınması halinde TTK Md. 812 uygulanacakken çekin lehdardan çalınması suretiyle böyle bir tahrifat gerçekleşir ise uygulanmayacaktır. Ancak bize göre çekin düzenleyen tarafından henüz tedavüle sokulmadan evvel çalınarak ve bu tahrifat yapılarak tahsil edilmesi halinde de çekin zıyaı ve iptali davası açmamak suretiyle tahsiline yol açması TTK Md. 812 kapsamında düzenleyenin kusurlu olması kapsamında değerlendirilmelidir.

2- Çekte Yer Alan Bedel Unsurunun Tahrif Edilmesi

Çekte tahrifat, çekte yer alan bedelden daha fazlasını tahsil etmek suretiyle hukuka aykırı kazanç elde etmek amacıyla çekte yer alan bedelin gerçeğinden daha yüksek gösterilmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bu uygulama, bedel hanesinde ekleme yapılan veya değiştirilen rakamlar suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi bedelin yazıyla ayrıca belirtileceği ve fakat boş bırakılan kısımda daha yüksek bir rakam yazılması suretiyle rakamla gösterilen bedel ile yazıyla gösterilen bedel farklı olursa yazıyla gösterilen bedele itibar olunacağı kuralından faydalanmak suretiyle de gerçekleştirilebilmektedir.⁵⁰ Ancak bedel kısmındaki tahrifatta rağmen muhatap bankanın yazıyla gösterilen kısma itibar ettiğini gerekçe göstererek hamile ödeme yapması halinde sorumluluktan kurtulmayacağını ifade etmek gereklidir.⁵¹ Aynı uygulama döviz cinsinin örneğin Türk Lirası yerine Amerikan Doları simgesi veya ifadesi koymak şeklinde de gerçekleştirilebilir.⁵² Bu durumda düzenleyen, maddi zarara uğrayacağından dolayı söz konusu tahrifat TTK Md. 812 kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak düzenleyenin bizzat çek bedeli üzerinde tahrifatta bulunması halinde ise çek geçerli olacak ve banka tarafından en yüksek bedel üzerinden değerlendirilecektir.⁵³

⁵⁰ Yargıtay 11. HD. 1978/1587-2170 (Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Ankara: Vedat Kitapçılık, 1997, s.985.).

⁵¹ Örnek karar için bkz: Yargıtay 11. HD, T. 23.6.2011, E. 2009/14253, K. 2011/7629 (www.kazanci.com)

⁵² İNAN, s.124; KENDİGELEN (Hukuki Mütalaalar), s.331.

⁵³ HAMİ AYDIN ve TOLGA ALA, İşletmelerde yapılan Çek Hileleri: Ortaya Çıkarılması ve Önlenmesi, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (ERZOSDE), XI-I, 2018, s. 88.

3- Çekte Yer Alan Düzenleme Tarihinin Tahrif Edilmesi

Çekte yer alan düzenleme tarihi, ibraz sürelerini geçiren ve düzenleyen muhtemel cayma beyanından etkilenmek istemeyen yetkili hamilin bu sürelerin geçirilmemiş gibi göstermek suretiyle çek bedelini tahsil etmeye çalışması ihtimalinde söz konusu olabilecektir. Söz konusu çekte cayma beyanı bankaya iletilmemişse düzenleyenin ibraz süresi geçtikten sonra dahi bankanın hamile ödeme yapmasına rıza gösterdiği kabul edilerek muhatap bankanın TTK Md. 812 kapsamında sorumluluğunun gündeme gelmeyeceği düşünülebilir.⁵⁴ Aksine, düzenleyen TTK Md. 799 kapsamında cayma beyanında bulunmuş ve fakat çekte düzenleme tarihi tahrif edilerek cayma beyanının gereği yapılacakken bu sürenin ötelenmesi suretiyle muhatap bankadan tahsilat yapılmışsa düzenleyenin maddi zarara uğraması söz konusu olacağından dolayı muhatap banka TTK Md. 812 kapsamında sorumlu tutulacaktır.⁵⁵ Ancak eğer çek üzerinde yer alan düzenleme tarihinin tahrifat suretiyle ileri bir tarih olarak belirtilmesi halinde muhatap banka gerçek tarihi baz alarak ödemede bulunmuş ve çek de bu tarihe uygun surette süresinde ibraz edilip tahsil edilmiş ise düzenleyenin herhangi bir maddi zararının söz konusu olmayacağı gerekçesiyle muhatapın sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemekten dolayı sorumlu tutulamayacağı düşünülebilir.⁵⁶

4- Çekte Yer Alan Düzenleme ve Ödeme Yerinin Tahrif Edilmesi

Çekte ibraz süreleri (TTK Md. 796) ve düzenleme yeri (TTK Md. 780/1-e) ve ödeme yerine (TTK Md. 780/1-d) göre belirleneceğinden dolayı söz konusu çek unsurları üzerindeki tahrifat çekte yer alan düzenleme tarihinin tahrif edilmesi ile ilgili açıklamalar ile aynı kapsamda değerlendirilmelidir.⁵⁷

⁵⁴ TEKİL, s.83.

⁵⁵ KENDİGELEN (Çek Hukuku), s.251; İNAN, s.124.

⁵⁶ Yargıtay 12 HD. T. 8.5.2007, E. 2007/7575, K. 2007/9416 (BİLGİN, s.998.).

⁵⁷ TEKİL, s.83; PASLI, s.653. Örnek karar için bkz: Yargıtay 11. HD, T. 16.11.1992, E. 1992/6479, K. 1992/10597 (www.kazanci.com).

V. SAHTE VEYA TAHRİF EDİLMİŞ ÇEKİN MUHATAP BANKA TARAFINDAN HAMİLE ÖDENMESİ HALİNDE SORUMLULUK

A) GENEL OLARAK

TTK Md. 812 sahte veya tahrif edilmiş bir çekin muhatap banka tarafından hamile ödenmesi durumunda düzenleyenin maddi zararını bu sahtelik veya tahrifata yol açan asıl kişi dışında düzenleyen ve muhatap banka arasında hangisinin ve hangi oranda karşılamakla yükümlü olacağını düzenlemektedir. Elbette bu durum zarar görenin ayrıca genel hükümlere göre asıl kişiye başvurmasına engel teşkil etmeyecektir.⁵⁸ Çekin sadece üzerindeki sahtelik veya tahrifat ile değil tahsil etmek üzere sahte vekâletname ile yetkisiz kişiler tarafından tahsil edilmesi halinde de muhatap banka sorumlu tutulabilecektir.⁵⁹ Aynı şekilde muhatap banka sahte veya tahrif edilmiş çekin farklı bir şubesine ibraz edilmesinden dolayı sorumsuzluk iddiasında da bulunamayacaktır.⁶⁰ Aynı doğrultuda muhatap bankanın sahte kimlikle adına çek hesabı açılan kişinin söz konusu hesaptan ödenen çeklerden dolayı da TTK Md. 812 kapsamında sorumlu olduğunun kabulü gereklidir. Ayrıca çoğu zaman sahte veya tahrif edilmiş çekin ödenmesinden dolayı maddi zarara uğratıldığını iddia eden düzenleyen tarafından muhatap bankaya dava açılacak ve düzenleyen sahte veya tahrif edilmiş bir çekin muhatap banka tarafından ödenmesi suretiyle maddi zarara uğradığını iddia ve ispat edecektir, aksi halde davası mahkemece reddedilecektir.⁶¹

B) MUHATAP BANKANIN HUKUKİ SORUMLULUĞU

TTK Md. 812'de sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinden dolayı oluşan zarardan dolayı muhatap banka sorumlu tutulmaktadır. Dolayısı ile herhangi bir sebeple muhatap banka böyle bir çek karşısında hamile ödemede bulunmamış ise TTK Md. 812 uygulama alanı bulmayacaktır.

⁵⁸ TÖRÜNER, s.213.

⁵⁹ Yargıtay 4. HD. T. 20.5.2016, E. 2015/15817, K. 2016/6449 (www.kazanci.com).

⁶⁰ Yargıtay 11. HD, T. 7.2.2002, E. 2001/8539, K. 2002/954 (www.kazanci.com).

⁶¹ Erhan GÜNAY, Yargıtay Kararları ve Öğreti Görüşleri Eşliğinde Kambiyo Takip Hakkı ve Ceza Hukuku Yönüyle Uygulamalı Çek Rehberi, 7. Baskı, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 92; Mahmut COŞGUN, Hukuki ve Ceza Yönleriyle kıymetli Evrak Hukuku: Bono-poliçe-Çek, 4. Baskı, İstanbul: Seçkin, 2018, s. 559.

Muhatabın bu sorumluluğu doktrinde objektif bir sorumluluk olarak değerlendirilmektedir.⁶² Dolayısı ile muhatap banka söz konusu sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemiş olmasından dolayı ispat yükü kendisinin üzerinde olmak üzere düzenleyenin kendisine verilen çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurunu ispatlamadığı sürece ödediği meblağı düzenleyene borç kaydedemeyecek ve bu zarara kendisi katlanacaktır. Bir başka ifade ile muhatap banka kendisinin kusursuz olduğunu ispatlamak suretiyle dahi sorumluluktan kurtulamayacaktır.⁶³ Aynı şekilde söz konusu sahtelik veya tahrifatın iğfal kabiliyeti olduğunu iddia ederek de sorumluluktan kurtulamayacaktır.⁶⁴

TTK Md. 812 kapsamında dava açacak olan kişi düzenleyendir çünkü muhatap banka sahte veya tahrif edilmiş çek bedelini ödeyerek onun çek hesabına borç kaydetmiştir ve maddi zarara uğramasına sebep olmuştur.⁶⁵ Burada düzenleyen, sadece muhatap bankaca ödenen çekte sahtelik veya tahrifat olduğunu ispatlayacaktır.⁶⁶ Söz konusu davada muhatap banka tarafından düzenleyenin kusurlu olduğu iddia ve ispat edilmediği sürece mahkeme düzenleyenin kusurunu aramayacak ve muhatap bankanın da kusurlu olup olmadığını inceleme gereği duymaksızın TTK Md. 812/1 gereği muhatap bankayı sorumlu tutacaktır.⁶⁷

C) DÜZENLEYENİN KUSURLU OLMASI HALİ

TTK Md. 812'ye göre muhatap banka kusursuz olduğunu ispat etse dahi hukuken sorumludur. Bir diğer anlatımla düzenleyenin maddi zararını karşılamak zorunda kalacaktır. Fakat eğer muhatap banka düzenleyenin de “...meğerki, kendisine verilen çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurun yüklenmesi mümkün olsun.” hükmünde yer aldığı üzere hükmün sınırlı sayı ilkesine göre düzenlenmediğini, dolayısı ile

⁶² İNAN, s.126; TÖRÜNER, s.214; TEKİL, s.75; PASLI, s.655; KENDİGELEN (Çek Hukuku), s.252; Erhan Günay, Uygulamalı Çek Rehberi, 8. Baskı, İstanbul: Seçkin, 2019, s.97; Ali Ayli, Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri, 1. Baskı, İstanbul: Seçkin, İstanbul, s. 112.

⁶³ DOMANIÇ (Şerh), s.841. Örnek karar için bkz: Yargıtay 11. HD, T. 21.2.1991, E. 1989/9256, K. 1991/1139 (www.lexpera.com.tr).

⁶⁴ Yargıtay 11. HD, T. 23.3.1989, E. 1988/4814, K. 1989/1859 (www.kazanci.com).

⁶⁵ İNAN, s.126.

⁶⁶ a.g.e., s.127.

⁶⁷ a.g.e., s.127.

düzenleyenin çek defterini iyi saklamaması haricindeki diğer hallerde de kusurlu olabileceği görülmektedir. Örneğin çekin dikkat ve özensiz doldurulması, güvenilir olmayan kimseye çek verilmesi, çekte sahtecilik yapmış bir kimseye bedel kısmının yazıyla gösterilen kısmının boş bırakılarak verilmesi, şirket kaşelerinin ve çek karnelerinin iyi muhafaza edilmemesi gibi haller düzenleyenin çekte sahtelik veya tahrifata yol açabilecek kusurlu davranışları olarak kabul edilebilecektir.⁶⁸ Aynı zamanda düzenleyenin yardımcı kişiler vesilesiyle çek düzenlemesi halinde onların kusuru kendi kusuruymuş gibi kabul edilecek ve bu kusurun muhatap banka tarafından iddia ve ispat edilmesi halinde bu kusur oranında sahte veya tahrif edilmiş çekin muhatap banka tarafından hamile ödenmesinden doğan zarara düzenleyen kendisi katlanacaktır.⁶⁹ Dolayısı ile muhatap bankanın düzenleyenin bu ve benzeri kusurlu davranışlarını iddia ve ispat etmesi halinde kusuru oranında hukuki sorumluluğu kısmen veya tamamen düzenleyen üzerinde bırakabileceği anlaşılmaktadır. Her iki tarafın da farklı oranlarda kusurlu olduğu tespit edilecek olur ise düzenleyen ve muhatap banka bu oranlarda sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinden doğan zararı birlikte karşılamakla yükümlü olacaktır.

Düzenleyenin kusuru tespit edilirken objektif olarak makul ve dikkatli bir çek defteri sahibinden beklenebilecek dikkat ve özen aranmalıdır ve özellikle kişi tacir ise TTK Md. 18 kapsamında basiretli bir tacir gibi hareket etmesi beklenecektir.⁷⁰ Bizim de katıldığımız görüşe göre düzenleyenin dikkat ve özensizliği ile sahtelik veya tahrifat eylemini gerçekleştiren kişinin eylemi arasında uygun illiyet bağı, bir diğer anlamıyla sahtelik veya tahrifat eylemini kolaylaştırıcı dikkat ve özensizliklerin gerçekleştirilmesi gereklidir.⁷¹

D) MUHATAP BANKANIN KUSURLU OLMASI HALİ

Belirtildiği üzere TTK Md. 812/1 gereğince muhatap banka kusurlu olmasa dahi sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemekten dolayı düzenleyenin uğradığı maddi zararın tamamından sorumlu olacaktır. Fakat

⁶⁸ a.g.e., s.127.

⁶⁹ Yargıtay 11. HD. T. 23.6.2011, E. 2009/14253, K. 2011/7629 (www.kazanci.com).

⁷⁰ PASLI, s.657; İNAN, s.163; TÖRÜNER, s.215.

⁷¹ İNAN, s.128.

TTK Md. 812/2 kapsamında muhatap banka düzenleyenin kusurunu iddia ve ispat edecek olur ise bu aşamada muhatap bankanın kusurunun oranı maddi zararı üstlenmesinin oranını belirleyecektir. Bir diğer anlamıyla düzenleyenin kusur oranının kalan kısmındaki oranda da düzenleyen maddi zarardan sorumlu olacaktır. Eğer muhatap banka düzenleyenin % 100 kusurlu olduğunu iddia ve ispat edebilirse artık zararın tamamından düzenleyen sorumlu olacaktır. Muhatap bankanın hukuki sorumluluğuna tacir yardımcılara ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre personelinin sahte ve tahrif edilmiş çekin ödenmesine ilişkin işlem ve eylemleri de dâhil olacaktır.⁷² Aynı şekilde muhatap banka sahtelik veya tahrifat şüphesi bulunan haklı durumlar dışında hamilden kimlik göstermesini talep edemeyecek fakat 5941 Sayılı Çek Kanunu Md. 3 gereğince ödeme yapmadan evvel emre veya nama yazılı çek hamillerinden kimlik sormakla mükellef olacak aksi halde kusurlu hareket etmiş olacaktır.⁷³

E) MUHATAP BANKANIN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

Eğer muhatap banka TTK Md. 812/1 gereğince TTK Md. 812/2 kapsamında düzenleyenin kusurlu olduğunu iddia ve ispat etmemişse düzenleyenin uğradığı maddi zararın tamamından faizi ile birlikte sorumlu olacaktır. Ancak Aksine muhatap banka düzenleyenin kusurunu iddia ve ispat etmişse o oranda hukuki sorumluluktan kurtulacaktır. Eğer çek üzerinde yer alan meblağ tahrifat yolu ile olduğundan daha yüksek gösterilmiş ise muhatap banka çek bedelinin tamamından değil aradaki farktan sorumlu olacaktır. Ancak açık çek anlaşmasına aykırı bir şekilde doldurulup tahsil edilen çek ile ilgili olarak ise muhatap banka sorumlu olmayacaktır. Böyle bir durumda düzenleyen zarara katlanacak ve iç ilişki gereği açık çek anlaşması yapmış olduğu tarafa rücu edebilecektir. Bir görüşe göre, muhatap banka bu kez kendisinin kusurlu olduğunun ispatlanması ve illiyet bağının bulunması şartı ile düzenleyenin uğramış olabileceği diğer zararları da karşılamak zorunda kalacaktır.⁷⁴ Ayrıca

⁷² PASLI, s.659. Örnek karar için bkz: Yargıtay 11. HD, T. 29.1.2001, E. 2000/9306, K. 2001/512 (www.yargitay.gov.tr)

⁷³ Ömer Özkan, Hilal Karaca, “Çekte Muhatap Bankanın Ödeme Yükümlülüğü”, Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi,, Cilt 1, Sayı 3, 2012, s.9.

⁷⁴ PASLI, s.661.

çekin garantili çek olması, muhatap bankaya sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemek yükümlülüğü vermeyecektir.⁷⁵ Aynı şekilde muhatap banka sahte veya tahrif edilmiş bir bloke çeki de ödemekle yükümlü değildir.⁷⁶

F) MÜTERAFİK KUSUR NEDENİYLE MADDİ ZARARIN MUHATAP BANKA VE DÜZENLEYEN ARASINDA KUSURLARI ORANINDA PAYLAŞTIRILMASI

Belirtildiği üzere muhatap bankanın iddia ve ispatı üzerine düzenleyenin de sahte veya tahrif edilmiş çekin ödenmesinden dolayı kusurlu bulunması halinde söz konusu maddi zararı iş bu kusur oranlarında paylaşacaklardır. Yargıtay'ın bir kararında da belirtildiği üzere düzenleyenin bir işçisinin çek defterini çalarak imza taklidi suretiyle çek düzenleyip muhatap bankadan tahsil etmesi hadisesinde düzenleyen çek defterinin iyi saklanmamasından, muhatap banka da imza sirküleri ile karşılaştırmalı imza incelemesi yapması halinde fark edebileceği bir sahteliği fark etmemesinden dolayı birlikte kusurlu bulunmuştur.⁷⁷ Aynı şekilde düzenleyenin çekin çalınma hadisesini bankaya bildirmemesinden dolayı da müterafik kusuru gündeme gelecektir.⁷⁸

G) MUHATAP BANKANIN RÜCU HAKKI

TTK Md. 812 kapsamında düzenleyenin maddi zararını karşılayan muhatap bankanın söz konusu sahtelik veya tahrifatın asıl failine rücu hakkı mevcuttur. Bilindiği üzere söz konusu failin yapmış olduğu fiil 5237 Sayılı TCK Md. 204, 207 ve 210 kapsamında eğer söz konusu çek emre veya nama yazılı ise resmi belgede sahtecilik, hamiline yazılı ise özel belgede sahtecilik suçunu oluşturacaktır.⁷⁹ Aynı zamanda muhatap

⁷⁵ Yargıtay 11. HD, T. 15.1.2013, E. 2012/192, K. 2013/669 (www.kazanci.com).

⁷⁶ Yargıtay 11. HD, T. 3.10.2012, E. 2011/8218, K. 2012/14979 (www.legalbank.net).

⁷⁷ Yargıtay 11. HD, T. 23.6.2011, E. 2009/14253, K. 2011/7629 (www.kazanci.com). Aynı yönde bkz: Yargıtay 11. HD, T. 22.1.2007, E. 2005/13760, K. 2007/538; Yargıtay 11. HD, T. 15.1.2007, E. 2005/13615, K. 2007/206 (www.kazanci.com).

⁷⁸ Yargıtay 11. HD, T. 11.10.2004, E. 2004/581, K. 2004/9645; Yargıtay 11. HD, T. 19.4.2001, E. 2001/1590, K. 2001/3376; Yargıtay 11. HD, T. 1.10.2013, E. 2013/900, K. 2013/17216; Yargıtay 11. HD, T. 11.8.1982, E. 1980/11-2025, K. 1982/591 (www.kazanci.com). Aynı yönde bkz: GÜNAY, s. 77.

⁷⁹ Detaylı bilgi için bkz: Ahmet Gökçen, Belgede Sahtecilik Suçları (M. 204-212), 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

banka asıl failine karşı sebepsiz zenginleşme (TBK Md. 77 vd.) ve haksız fiil (TBK Md. 49 vd.) hükümlerine göre dava açabilecektir.⁸⁰ Yine muhatap banka kusurlu davranışları ile TTK Md. 812 kapsamında sorumlu tutulduğu meblağı için personeline de aralarındaki sözleşmesel ilişki kapsamında rücu edebilecektir.⁸¹ Ayrıca muhatap banka TTK Md. 792 gereğince çeki kötüniyetle veya ağır kusurlu olarak iktisap etmişse geri vermekle ve dolayısı ile ödenmesi halinde rücu muhatap bankaya geri ödemek zorunda olacak fakat iyiniyetli hamile sahte veya tahrif edilmiş çek karşılığı ödeme yapılmış ise muhatap banka bu kişiye rücu edemeyip sadece faile dava açabilecektir.⁸²

VI. ÇEK ANLAŞMASINDA YER ALAN SORUMSUZLUK KAYITLARI

A) MUHATAP BANKANIN KASITLI VEYA AĞIR KUSURLU OLMASI HALİNDE

Sorumsuzluk anlaşmaları TBK Md. 115’te düzenlenmiştir. Hükme göre; *“Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* Dolayısı ile söz konusu hüküm emredicidir ve düzenleyen ile muhatap banka arasındaki çek hesabı anlaşması açısından da bağlayıcıdır. Böyle bir durum karşısında muhatap banka TTK Md. 812/1’de yer alan ve düzenleyenin de kusurlu olduğunu iddia ve ispat etmediği sürece düzenleyenin uğradığı maddi zararı karşılamakla yükümlü olduğuna dair hüküm karşısında muhatap bankanın böyle bir kayıtle bu yükümlülüğünü ortadan kaldırması söz konusu olamayacaktır. Nitekim Yargıtay da *“... taraflar arasında imzalanmış taahhütname hükümleri, TTK.nun 724. (TTK Md. 812) maddesinde düzenlenen sorumluluk ilkelerini ortadan kaldırmaz.”* ifadesi ile sorumsuzluk anlaşmalarının muhatap bankanın sahte veya tahrif edilmiş çekin ödenmesinden doğan ve temelde kusursuz sorumluluk olarak kabul edilen sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını ortaya koymuştur.⁸³

⁸⁰ PASLI, S. 663-664. Örnek karar için bkz: Yargıtay 11. HD, T. 10.3.2014, E. 2013/15921, K. 2014/4470 (www.lexpera.com.tr).

⁸¹ PASLI, s.664.

⁸² Yargıtay 11. HD, T. 10.9.2013, E. 2012/17465, K. 2013/15363 (www.kazanci.com).

⁸³ Yargıtay 11. HD, T. 5.6.2003, E. 2002/13371, K. 2003/5992; Yargıtay 11. HD, T. 7.4.1992, E. 1991/1137, K. 1992/5968 (www.kazanci.com).

B) MUHATAP BANKANIN HAFİF KUSURLU OLMASI HALİNDE

TBK Md. 115/1'de yer alan hüküm borçlunun ağır kusurlu (kasıt da dâhil) olması halinde alacaklısına karşı sorumlu olmayacağına dair önceden yapılan anlaşmaların geçersiz olacağını düzenlemektedir. Dolayısı ile buradan muhatap bankanın hafif kusurlu bulunması halinde düzenleyene karşı sorumlu olmayacağına dair sorumsuzluk anlaşmaları yapabileceği anlamı çıkarılabilecektir. Fakat TBK Md. 115/3 hükmü muhatap bankanın sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinde hafif kusuru halinde dahi sorumlu olmayacağına dair sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağını düzenlemektedir. Hükme göre; *“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* Dolayısı ile bankalar da uzmanlığı gerektiren bir hizmet yapmakta ve kanun ve yetkili makamların izniyle faaliyet yürüttüklerinden dolayı bu hükme tabi tutulacaklardır. Bu nedenle muhatap banka, çek anlaşmasına koyacağı hükümlerle sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesi halinde hafif kusurundan dahi sorumlu olmayacağına öngöreyecektir, aksi halde böyle bir hüküm kesin hükümsüz olacaktır.⁸⁴

VII. SONUÇ

TTK Md. 812'de sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinden dolayı oluşan maddi zararı muhatap banka üstlenmekle mükelleftir. Muhatap banka, kendisi herhangi bir kusuru bulunmasa dahi ancak iddia ve ispat yükü kendi üzerinde olmak üzere düzenleyenin çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurunun bulunduğunu ispat edebildiği oranda sorumluluktan kurtulabilecektir. Dolayısı ile kanun koyucu bir adi kanuni karine ve objektif bir sorumluluk olarak peşinen muhatap bankayı sorumlu tutmuş, onun salt kusursuzluğunu ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulamayacağını göstermiştir. Kanun koyucu sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesi suretiyle maddi zarara uğrayan düzenleyene pasif bir rol yüklemiş ve aksine muhatap bankaya düzenleye-

⁸⁴ Örnek karar için bkz: Yargıtay 11. HD, T. 14.10.1999, E. 1999/5785, K. 1999/7835; Yargıtay 11. HD, T. 15.6.1994, E. 1994/11-178, K. 1994/398 (www.kazanci.com).

nin kusurunu iddia ve ispatladığı oranda sorumluluğu düzenleyenin üzerinde bırakabilme yönünde aktif bir rol yüklemiştir.

Çek hesabı açan bankalar açtıkları çek hesabı sözleşmelerinde çeşitli sorumsuzluk kaydı koymak suretiyle sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinden doğan sorumluluğu düzenleyen üzerinde bırakmaya çalışabilmektedirler. Ancak TBK Md. 115/1 hükmü ağır kusurlu olan muhatap bankanın bu yöndeki sorumsuzluk kaydını kesin hükümsüz olarak kabul etmektedir. Her ne kadar hükümden hafif kusur ile ilgili sorumsuzluk kayıtlarının çek sözleşmelerine yazılabileceği ve bu hükümlerin taraflar açısından geçerli ve bağlayıcı olacağı anlaşılabilir ise de bankalar açısından hafif kusur halinde dahi sorumsuzluk kayıtları kesin olarak hükümsüz olacaktır. Zira TBK Md. 115/3 hükmü gereğince bankalar uzmanlığı gerektiren bir hizmet yaptıkları ve yetkili makamlar tarafından verilen izinle bu faaliyetlerini gerçekleştirdikleri için TBK Md. 115/3 hükmü kapsamına girmektedir. Dolayısı ile muhatap banka çek anlaşmasına hafif kusurundan dolayı sorumsuz olacağına dair hüküm koysa dahi bu hüküm TBK Md. 115/3 kapsamında emredici hüküm gereğince kesin hükümsüz olacaktır. TBK Md. 115 kapsamında bankaların çek anlaşmalarına koydukları sorumsuzluk hükümleri kesin hükümsüz olduğundan dolayı TBK Md. 20-25 arasında düzenlenen genel işlem koşulları kapsamında sorumsuzluk kayıtlarının geçerliliği ayrıca değerlendirilmemiştir.

Bu çerçevede elektronik çeklerin yaygınlaştırılması ve her bir çek yaprağı için belirli bir sigorta bedelinin çek sözleşmeleri ile öngörülmesi gerek çekte sahtelik veya tahrifatın önlenmesi gerekse de bankaların bu nedenle maddi zarara uğramasının önüne geçilebilmesi açısından önemli alternatif çözümler olabilecektir. Ayrıca teknolojinin de desteği ile düzenleyenin çeki düzenleyip lehbara vermeden önce fotoğrafını bankacılık uygulaması üzerinden sisteme yüklemesi ve daha sonra muhatap bankanın iş bu fotoğraf ile ödenmek üzere kendisine ibraz edilen çeki karşılaştırması da aynı şekilde çözümün bir parçası olabilecektir.

KAYNAKÇA

AYDIN, HAMİ ve ALA, TOLGA, İşletmelerde yapılan Çek Hileleri: Ortaya Çıkarılması ve Önlenmesi, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (ERZOSDE), XI-I, 2018, s. 85-96.

AYLİ, ALİ, Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri, 1. Baskı, İstanbul: Seçkin, 2019.

BİLGİN, MAHMUT, “Kambiyo Senetlerinde Tahrifat (Değişiklik) Yapılması”, Dokuz Eylül üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,, Cilt 11, Özel Sayı, 2010, s.985-1028.

COŞGUN, MAHMUT, Hukuki ve Ceza Yönleriyle kıymetli Evrak Hukuku: Bono-poliçe-Çek, 4. Baskı, İstanbul: Seçkin, 2018.

COŞKUN, MAHMUT, Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, İstanbul: Seçkin, 2018

DOMANİÇ, HAYRİ, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt 4, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1990.

EREM, F./KALPSÜZ, T./ÇELEBİCAN, G., İktisadi ve Hukuki Yönden Çek, 1. Baskı, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1974.

GÖKCEN, AHMET, Belgede Sahtecilik Suçları (M. 204-212), 5. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

GÜNAY, ERHAN, “Yargıtay Kararları ve Öğreti Görüşleri Eşliğinde Kambiyo Takip Hakkı ve Ceza Hukuku Yönüyle Uygulamalı Çek Rehberi”, 7. Baskı, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2018.

GÜNAY, ERHAN, Uygulamalı Çek Rehberi, 8. Baskı, İstanbul: Seçkin, 2019.

GÜRBÜZ, HULUSİ, Yargıtay Uygulaması ışığında Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar, 1. Baskı, İstanbul: Eğitim Yayınları, 1984.

İLALAN, FUAT, Bankalar Bakımından Modern Çek ve Hukukumuz, 1. Baskı, Ankara: Emel Matbaası, 1969.

İNAN, N./KIVANÇ, S., “Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Çeke İlişkin Kararları (1979-1982)”,

MENEKŞE, A. M./KONURALP, H.(dr.), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu – 1 (içinde), Ankara: 1. Baskı, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, Ocak 1984.

İNAN, NURKUT, Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, 1. Baskı, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1981.

KARAKAŞ, FATMA TÜLAY, “Karine Kavramı, Kanuni Karine-ler ve Varsayımlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 62, Sayı 3, 2013, s.729-760.

KENDİGELEN, ABUZER, Çek Hukuku, 4. Bası, İstanbul: Arıkan Yayınevi, 2007

KENDİGELEN, ABUZER, Hukuki Mütalaalar Mahkeme Kararları İle Birlikte, Cilt V, İstanbul: Arıkan Yayınları, 2003.

ÖZKAN, ÖMER/KARACA, HİLAL, “Çekte Muhatap Bankanın Ödeme Yükümlülüğü”, Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi,, Cilt 1, Sayı 3, 2012, s.3-27.

ÖZTAN, FIRAT, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Ankara: Vedat Kitapçılık, 1997.

PASLI, ALİ, “Sahte ve Tahrif Edilmiş Çek”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 74, Sayı 7, 2000 s. 635-671.

POROY, REHA/TEKİNALP, ÜNAL, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 14. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1999.

TEKİL, MÜGE, Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, 1. Bası, Ankara: Beta Yayınları, 1997.

TÖRÜNER, EKREM, “Ticaret Yasamız Açısından Çekte Sah-tekârlık ve Tahrifat”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2, 1980, s.204-222.

www.kararara.com

www.kazanci.com

www.legalbank.net

www.lexpera.com.tr

www.yargitay.com.tr

- Araştırma Makalesi -

HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA
AYRILMA HAKKI*
(APPRAISAL RIGHT IN PUBLICLY HELD CORPORATIONS)¹

Av./Atty. Yunus ÇETİNKAYA²

ÖZ

Pay sahiplerinin ayrılma hakkı halka açık anonim ortaklıklar için 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile kabul edilmiştir. Ortaklıklarda temel değişikliklere yol açan işlemlere muhalefet eden pay sahipleri, paylarını makul bir değerle ortaklığa satarak ayrılma hakkını kullanabilir. Ayrılma çözümü, çoğunluk ve azınlık pay sahipleri arasındaki çatışmayı dengelemek için tasarlanmıştır. Böylece, muhalif pay sahipleri çoğunluk pay sahiplerine karşı korunmuş olabilir.

Anahtar Kelimeler: Ayrılma Hakkı, Pay Sahibi, Halka Açık Anonim Ortaklıklar

ABSTRACT

Appraisal right of shareholder is accepted for publicly held corporations via Law No: 6362 which is the Capital Markets Code. Shareholders who dissent to transactions which creates fundamental corporate changes. Dissenting shareholders can use appraisal right by selling their

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 07.09.2020 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 29.09.2020 tarihinde birinci hakem; 30.09.2020 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

¹ Aynı başlıklı 2016 tarihli yüksek lisans tezimizden üretilmiştir.

² İstanbul Barosu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, yunuscetinkaya9@gmail.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0001-7008-0374
Bu makaleye atıf için; ÇETİNKAYA, Yunus, “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ayrılma Hakkı” REGESTA, Cilt: 5, Sayı: 2, 2020, s. 345-388.

shares for fair value to corporation. Appraisal remedy is designed to compensate conflicts between majority and minority shareholders. Thus, dissenting shareholders can be protected against majority shareholders.

Keywords: *Appraisal right, Shareholder, Publicly Held Corporations*

GİRİŞ

Anonim ortaklıklar hukukunun tartışılmalı sorunlarından biri, azınlık ve çoğunluk pay sahiplerinin menfaatlerinin dengelenmesidir. Çünkü anonim ortaklığın pay sahipleri arasında ticari hayatın olağan bir sonucu olarak sıklıkla menfaat çatışması yaşanabilmektedir. Pay sahipleri arasında çıkar çatışmaları yaşanmasının sebebi, anonim ortaklığın çoğunluk ilkesine göre yönetiliyor olmasıdır.

Birleşme, bölünme, ortaklık varlıklarının tümünün veya önemli bir bölümünün satılması ve ortaklığın amacını değiştiren esas sözleşme değişikliği gibi ortaklıkta temel değişikliklere yol açan işlemlerde azınlık ve çoğunluk arasındaki menfaatlerin uyumunda ihtilaflar yaşanmaktadır.

Ortaklıklar, ticari hayatın ve rekabetin gereği olarak ortaklığın yapısında önemli değişikliklere yol açan önemli nitelikte işlemlere başvurulabilirler. Ortaklıkta temel değişiklikler yaratan bu tür işlemler ticari hayatın ihtiyacıdır. Ancak bu tür işlemler pay sahipleri açısından olumsuz sonuçlar doğurabilir. Zira ortaklık üzerinde kontrolü olmayan küçük pay sahipleri, söz konusu işlemlerin kararının alınmasında etkin olmasına rağmen sonuçlarına katlanmak durumunda kalmaktadır.

Ayrılma hakkı, ortaklıkta temel değişikliklere yol açan önemli nitelikteki işlemlere muhalif kalan pay sahiplerinin adil bir değer üzerinden paylarını ortaklığa satarak ortaklıktan ayrılmasıdır. Ayrılma hakkı ilk olarak 19. yy.'da ABD ve İtalya'da ortaya çıkmış daha sonra başka ülkelerde de benimsenerek kanuni düzenlemeler getirilmiştir.

Türk hukukunda ayrılma hakkı ilk olarak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 141. maddesinde “ayrılma akçesi” başlığıyla ortaklık birleşmeleri için ve Kanununun 202. maddesinin ikinci fıkrasında şirketler topluluğunda hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması halinde ayrılma hakkına başvurulabileceği düzenlenmiştir. Halka açık anonim ortaklıklarda ise 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 24. maddesinde “ayrılma hakkı” başlığıyla düzenlenmiştir. Buna göre halka açık anonim or-

taklıklarda, önemli nitelikteki işlemlere muhalif kalan ve muhalefet şerhini genel kurul toplantı tutanağına işleyen pay sahipleri, paylarını ortaklığa satarak ortaklıktan ayrılma hakkına sahiptir. Sermaye Piyasası Kurulu ayrıca, yayımladığı tebliğler ile ayrılma hakkına ilişkin usul ve esasları düzenlemiştir.

I. SERMAYE PİYASASI KANUNU KAPSAMINDA AYRILMA HAKKI

A. Genel Olarak

SerPK'nın 3/1-e bendine göre payları halka arz³ edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklar halka açık ortaklık olarak kabul edilmektedir. Kanununun 16. maddesine göre, payları borsada işlem gören ortaklıklar ile pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıkların payları halka arz olunmuş sayılır. Halka açık anonim ortaklıklarda ayrılma hakkı, 2499 sayılı mülga SerPK'da düzenlenmemiştir. 6362 sayılı SerPK ile ayrılma hakkı hukukumuzda, halka açık anonim ortaklık için düzenlemeye kavuşmuştur. SerPK'nın 24. maddesine göre, önemli nitelikteki işlemlere ilişkin genel kurul toplantısına katılıp da olumsuz oy kullanan ve muhalefet şerhini toplantı tutanağına işleyen pay sahipleri, paylarını halka açık ortaklığa satarak ayrılma hakkına sahiptir⁴.

SerPK'nın 24. maddesine göre, aynı kanununun 23. maddesinde düzenlenen önemli nitelikteki işlemlerin varlığı, ayrılma hakkının şartı olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte Kurul'un, ayrılma hakkına ilişkin yürürlükte iki tane tebliği bulunmaktadır. Bunlar; Seri II-23.3 Sayılı Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği⁵ ve Seri II-23.2 Sayılı Birleşme Ve Bölünme Tebliği⁶.

³ Halka arz, bir anonim ortaklığın kaynak ihtiyacını karşılamak için uyguladığı alternatif bir satış yöntemidir. Alıcı tarafta geniş bir yatırımcı kitlesinin yer almasından dolayı halka arz özel olarak düzenlenmiş bir kurumdur. Halka arz kavramı hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlar, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara 2016, s. 587; MUTLU UŞAKLI Senem, Halka arz Kavramı ve Halka Arzda Kullanılan Satış Yöntemleri, İstanbul 2010, s. 54 vd.

⁴ MEMİŞ Tekin/ TURAN Gökçen, Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara 2015, s. 144.

⁵ 27/06/2020 tarihli ve 31168 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır; Bu tebliğ ile 24/12/2013 tarihli ve 28861 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan II-23.1 Sayılı Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği yürürlükten kaldırılmıştır.

B. Ayrılma Hakkı Kavramı

Ortaklıktan ayrılma, ortaklığı feshetmeden ortağın ortaklıkla ilişkisinin sona erdirilmesini ifade etmektedir⁷. Ayrılma hakkı, ortaklığa girme hakkının devamı olan bir haktır ve kaynağını sürekli borç ilişkilerinden almaktadır. Sürekli borç ilişkilerinde, ilişkinin taraflarının her birinin tek taraflı olarak ilişkiyi sona erdirmeye hakkı bulunmaktadır. Tüzel kişilik ilişkilerinde, tüzel kişiye üye olan kişi, ayrılma iradesinde bulunarak tüzel kişilikle arasındaki hukuki ilişkiyi sona erdirmektedir⁸. İlişkinin bu şekilde, tüzel kişiliğe üye olan kişi tarafından sona erdirilmesi ayrılma hakkı kurumunu oluşturmaktadır⁹.

Ortaklık ilişkisinin bireysel olarak sona erdirilmesi, şahıs ortaklıkları için ortakların şahsi sorumlulukları bulunması sebebiyle önem arz etmektedir¹⁰. Bir ortağın ortaklıktan ayrılması, hem diğer ortakların hem de ortaklık alacaklılarının menfaatleri için büyük bir önem oluşturmaktadır.

Pay devri esas olarak, pay sahibin rızasına bağlı olarak ortaya çıkmakta ve pay devri serbestisi uygulanmaktadır¹¹. Payın serbestçe devredilebilmesi anonim ortaklığın en temel özelliklerinden biridir¹². Ancak hukuk düzenleri, bazı durumlarda, pay sahipleri arasındaki dengeyi korumak için bu serbestiyi bazı sınırlamalar getirmektedir.

Bazı durumlarda, pay sahibinin payını devretmek istemesi halinde pay alım yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu durumlar, genel olarak üç şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlar, çağrıda bulunma yükümlülüğü, aleni pay alım teklifi sonrası azınlıkta kalan pay sahiplerinin paylarını

⁶ 28/12/2013 tarih ve 28865 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁷ DOMANIÇ Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi Cilt II, İstanbul 1988, s. 87.

⁸ ÇAMOĞLU Ersin, Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Ve Ortağın Haklı Sebep ile Çıkarılması, İstanbul 2008, s. 2.

⁹ SÖNMEZ Y Yusuf Z., Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, İstanbul 2009, s. 1.

¹⁰ Şahıs ortaklıklarında, sermaye ortaklıklarından farklı olarak, ortakların kişilikleri önemlidir. Şahıs ortaklıklarında her ortak, temsil ve idare hakkına sahiptir. Şahıs ve sermaye ortaklıkları ayrımı hakkında bkz. POROY Reha (TEKİNALP Ünal/ ÇAMOĞLU Ersin), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2010, 18.

¹¹ BAHTİYAR Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2015, s. 6.

¹² SEVİ Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara 2004, s. 47.

çoğunluğa satma hakkı ve bazı önemli nitelikteki genel kurul kararlarına muhalif kalan pay sahiplerinin paylarını ortaklığa satma hakkıdır.

SerPK'nın 26. maddesine göre, halka açık anonim ortaklığın yönetim kontrolünü ele geçiren¹³ kişi veya grup, diğer pay sahiplerine çağrıda bulunarak paylarını satın alma teklifinde bulunması zorunluluğu, çağrıda bulunma yükümlülüğüdür. Çağrıda bulunma yükümlülüğünün amacı, ortaklıktaki yönetim kontrolünün el değiştirmesi sebebiyle, kontrol değişikliğini yaratan satış fiyatı üzerinden ortakların paylarını satarak ortaklıktan ayrılmasına olanak sağlamaktır. Böylece, ortaklık kontrolünün el değiştirmesi sebebiyle ortaklıktan ayrılmak isteyen pay sahipleri zarara uğramaksızın paylarını satarak ortaklıktan ayrılacaktır¹⁴.

SerPK'nın 27. maddesine göre, azınlığın kendi paylarının satın alınmasını talep hakkı ise aleni pay alım teklifini kabul etmeyen ve ortaklıkta kalan pay sahiplerinin, teklif sonrasında çoğunluğu ele geçiren kişi veya gruba paylarını satmasıdır. Burada amaç, teklif sonrasında azınlıkta kalan pay sahiplerinin ortaklıkta kalma kararlarını bir kez daha gözden geçirme hakkının tanınmasıdır. Bu hak ile, aleni pay alım teklifine katılmayıp, diğer pay sahiplerinin teklifi kabul etmeleri sebebiyle azınlıkta kalan pay sahiplerinin paylarını, aleni pay alım teklifinde sunulan şartlar ile satabilmesini sağlamaktır. Burada, aleni pay alım teklifi sahibine, bu hakkı kullanan pay sahiplerinin paylarını satın alma yükümlülüğü getirilmektedir¹⁵.

Anonim ortaklıklarda ayrılma hakkı, pay devir serbestisinden farklı olarak pay sahibinin anonim ortaklıkla ilişkisinin kesilmesi sonucunu doğuran işlemler için kullanılan bir üst kavramdır¹⁶.

¹³ Anonim ortaklıklarda yönetim kontrolünün ele geçirilmesi (takeover) kavramı, hukuki bağımsızlığını devam ettiren bir hedef ortaklığın kontrolünün ele geçirilmesidir. Kontrolü ele geçirilen ortaklığın malvarlığı üzerinde doğrudan veya dolaylı hakimiyet elde edilmektedir. Anonim ortaklığın yönetiminin ele geçirilmesi hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK ÇELİK Feyzan Hayal, Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler, Ankara 2008, s. 52.

¹⁴ Pay alım teklifi SerPK'nın 25. ve 26. maddelerinde düzenlenmiştir. Bkz. DİNÇ İlhan, Sermaye Piyasası Hukukunda Çağrı Yoluyla Hisse Senedi Toplanması, İstanbul 2006, 128; MANAVGAT Çağlar, Aleni Pay Alım Teklifi, Ankara 1997, s. 121.

¹⁵ MANAVGAT, Teklif, s. 125-126.

¹⁶ ADIGÜZEL Burak, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Sayı 2, Ankara 2014, s. 5; SÖNMEZ, s. 7.

C. Hukuki Niteliği

Anonim ortaklıkta pay sahibi olmak bazı hakların kazanılmasını sağlamaktadır. Ayrılma hakkı da pay sahibi olmaktan kaynaklanan haklardan biridir. Sermaye Piyasası Kanununun 24. maddesine göre, halka açık anonim ortaklıklarda, kanunun belirlediği şartların oluşması halinde pay sahipleri, paylarını ortaklığa satarak ayrılma hakkına sahiptir. Kanunun lafzından anlaşılacağı üzere ayrılma hakkı bir pay sahipliği hakkıdır ve belirli bir oranda paya sahip olmaya gerek yoktur. Pay sahipliği hakları içinde doktrinde bazı ayrımlar yapılmıştır¹⁷. Bu haklar, hakkın kullanımını ve mahiyetini etkilememekte, ancak kavramsal olarak anlaşılmasına yardımcı olmaktadır¹⁸.

Anonim ortaklıklarda hukuk düzenleri, menfaatleri üç gruba ayırarak korumaktadır. Bunlar; çoğunluk hakları, azınlık hakları ve bireysel pay sahibinin haklarıdır. Çoğunluk hakları, pay sahipleri sayısının çoğunluğunun hakları olmayıp pay çoğunluğunun haklarını ifade etmektedir¹⁹. Ayrılma, hakkı pay sahibi tarafından ortaklığa karşı tek taraflı irade beyanıyla kullanılan bireysel bir hak niteliğindedir. Azınlık hakkı değildir. Çünkü azınlık hakkı, TTK'nın 411. maddesine göre, anonim ortaklıklarda sermayenin en az onda birini, halka açık anonim ortaklıklarda ise sermayenin en az yirmide birini temsil eden ortakları ifade eder²⁰. Esas sermayenin belirli bir oranını temsil eden azınlık pay gruplarına sağlanan haklar çoğunluk karşısında bireysel pay sahiplerini ko-

¹⁷ Pay sahiplerinin kanun veya esas sözleşme ile kazanılmış hakları olan müktesep haklar, pay sahibinin peşin iradesiyle de vazgeçemediği haklar olan vazgeçilmez haklar, diğer pay sahiplerine kıyasla üstün bir hak tanıyan imtiyazlı paydan doğan haklar ve hakkın içerik ve fonksiyonuna göre yapılan ayırım yönünden incelenmiştir. Hakkın içeriği ve işlemi yönünden ayrımı ise genel olarak malvarlığı veya malvarlıksal nitelikte olmayan haklar olarak iki gruba ayrılmıştır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. PULLAŞLI Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2020, s. 519 vd.

¹⁸ KENDİGELEN Abuzer, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul 1999, s. 41.

¹⁹ BİRSEL Mahmut, Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, İmran ÖKTEM'e Armağan, Ankara 1970, s. 219 vd.

²⁰ CANPOLAT Selin Sert, Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının İncelenmesi, TBB Dergisi Sayı: 74, Ankara 2008, s. 160 vd; DOĞAN Derya, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Ve Yargıtay Kararları Işığında Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:1, Sayı:2, Ankara 2010, s. 384 vd; HELVACI Mehmet, Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 301.

rumak için yetersizdir. Bu sebeple bireysel pay sahiplerini korumak amacıyla çeşitli hükümler getirilmiştir. Bireysel hakları genel olarak iki gruba ayırmak mümkündür. Birinci grup bireysel haklar, pay sahibinin anonim ortaklığın bir üyesi olarak diğer pay sahipleri ile müşterek olarak kullandığı haklardır. Örnek olarak, genel kurula katılma, oy verme, ortaklık işlemlerini inceleme ve kar payı gibi haklar bu gruptadır. İkinci grup, bireysel haklar ise çoğunluğun suistimaline karşı bireysel hak sahiplerini koruyucu haklardır. Örnek olarak, kuruculara, yönetim kurulu üyelerine ve denetçilere karşı sorumluluk davası açma, genel kurul kararlarına iptal davası açmak gibi haklar bu gruptadır²¹.

Ortaklıktan ayrılma hakkı sermayenin belirli bir oranını temsil etmeye ihtiyaç duymadan ortak sıfatını haiz her bir pay sahibinin bireysel olarak kullanabileceği için bireysel hak niteliğindedir. Ayrılma hakkından faydalanmak isteyen pay sahibi, kanunda öngörülen şartların varlığı halinde bu hakkını bireysel olarak kullanabilir²². Bu yüzden bireysel bir pay sahipliği hakkıdır²³.

Ayrılma hakkı vazgeçilmez bir hak niteliğindedir. Ayrılma hakkı, SPK'nın 24. maddesi ile kanun koyucu tarafından tanınmış ve pay sahibinin veya ortaklığın rızasına bağlı olamayan bir haktır. Bu yüzden pay sahibinin kendi iradesiyle ayrılma hakkından feragat etmesi mümkün olmadığı için ayrılma hakkı vazgeçilmez nitelikte²⁴ bir pay sahipliği

²¹ İMREGÜN Oğuz, Anonim Ortaklıklarda Pay sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962, s. 105.

²² BEKTAŞ İbrahim, Halka Açık Anonim Ortaklıkların Önemli Nitelikteki İşlemleri Nedeniyle Doğan Ayrılma Hakkı ve Pay Alım Teklifi Zorunluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara 2015, 761; ÖZDOĞAN Ayşegül, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, Cumhuriyetin 80. Yılına Armağan, SPK Yayınları, Yayın No:147, Cilt II, Ankara 2004, s. 720.

²³ ADIGÜZEL, s. 6.

²⁴ Vazgeçilemez nitelikteki haklar, pay sahibinin iradesinin rol oynamadığı hakları ifade etmektedir. Vazgeçilemez nitelikteki hakların müktesep haklardan farkı, pay sahibinin rızasıyla dahi değiştirilememesidir. Müktesep haklarda, pay sahibinin rızası olmaksızın değişiklik yapılamamakta ve pay sahibinin rızası ile değişiklik yapılmaktadır. Vazgeçilemez nitelikteki hak kavramı hakkında bkz. TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 454 vd; Ayrıca, nitelendirilen, pay sahibinin rızası ile ortadan kaldırılabilen haklar olarak nitelendirilen müktesep haklar ile vazgeçilmez nitelikteki hakların birbirinden ayrılması hususunda doktrinde eleştiri getirilmiştir. Niteliği ve kapsamı tartışmalı olduğu için bu ayrımın terkedilmesi gerekmektedir. Ancak,

hakkıdır. Bir başka deyişle ayrılma hakkı, pay sahibinin rızasıyla bile sınırlandırılmayan ve kanun koyucu tarafından mutlak emredici bir nitelikte bir pay sahipliği hakkıdır. Ayrılma hakkı, vazgeçilmez nitelikte bir hak olduğu için pay sahipleri açısından eşit işlem ilkesi mutlak olarak uygulanır. Çünkü, ayrılma hakkının vazgeçilmez bir hak olması sebebiyle bu hak üzerinde imtiyaz yaratılamaz ve böylece kullanım sürecinde belli bir pay grubu lehine farklılık yaratılamadığı için eşit işlem ilkesi mutlak olarak uygulanmış olur. Eşit işlem ilkesi, birden çok pay sahibine aynı türden belirli yarar ve yükümlülük veya aynı miktarda belirli yarar ve yükümlülük özgülmesini ifade etmektedir²⁵.

Ayrılma hakkı, pay sahibine para ile ölçülebilen bir bedel sağlama sebebiyle, malvarlıksal hak olarak kabul edilmelidir. Ayrılma hakkının kullanılmasıyla, pay sahibinin payları ortaklığa geçecek ve pay sahibi bunun karşılığında payın bedelini ortaklıktan alacaktır²⁶. Malvarlığı hakları, para ile ölçülebilen bir değere sahip olması sebebiyle malvarlığını ilgilendiren haklardır.

D. Önemli Nitelikteki İşlemler

Anonim ortaklıklarda bazı işlemlere, diğer işlemlere kıyasla daha farklı sonuçlar bağlanmıştır. Önemli işlemler, ortaklığın temel özellikleri olarak nitelendirilebileceğimiz, merkezi, ticaret ünvanı, faaliyet konusu, sermaye ve ortaklık yapısı gibi pay sahibinin ortak olma kararında etkili olan önemli amaçlarda meydana gelen değişiklikleri ifade etmektedir. Önemli işlemler, bu tanıma göre, ortaklığın işlem temelinde değişiklik meydana getiren ortaklık kararlarıdır²⁷. İşlem temeli, sözleşmenin ku-

TTK'nın düzenlemesinde müktesep ve vazgeçilmez haklar ayrımı devam etmektedir. Vazgeçilmez ve müktesep haklar ayrımı hakkında bkz. BAHTIYAR, Ortaklıklar, s. 152; ERDEM Nuri, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2012, s. 186 vd.

²⁵ Anonim ortaklıklarda eşit işlem ilkesi, çoğunluk tarafından alınan ortaklık kararlarında menfaat dengesinin sağlanması amacıyla hizmet eder. Eşit işlem ilkesinin amacı, çoğunluğun, yönetim organlarını, ortaklık malvarlığını, denetim gücünü ve benzeri hususları, keyfi ve orantısız bir biçimde dağıtmasını engellemektir. Eşit işlem ilkesi hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ Şükrü, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, İstanbul 2014, s. 60 vd.

²⁶ ADIGÜZEL, s. 6.

²⁷ ÖZDOĞAN, s. 722.

rulması sırasında, mevcut veya gelecekte ortaya çıkacağı bilinip itiraz edilmeyen hal ve şartlardır²⁸.

Önemli işlemlere muhalefet eden pay sahibinin ayrılma hakkına sahip olması, bu işlemlere bağlanmış sonuçlardan biridir. Böylece ortaklıktaki temel değişiklikler karşısında pay sahibinin ortaklıkta kalıp kalmamaya karar verme hakkı bulunmaktadır.

İşlem temelinin çökmesi halinde borçlar hukukunda uyarılama²⁹ veya sözleşmenin feshi söz konusu olur. Bu durum anonim ortaklıklarda ise pay sahibinin haklı sebeple ortaklığın feshini talep etmesi³⁰ veya pay sahibinin ortaklıktan ayrılmasıyla sonuçlanır. Haklı sebep ve işlem temelinin çökmesinin hukuki kaynağı dürüstlük kuralıdır. Haklı sebep kavramı, işlem temelinin çökmesi kavramını da kapsar³¹. Bu görüşe göre, pay sahibinin ayrılma hakkının haklı sebep oluşturan ortaklık kararlarında, esas itibarıyla de işlem temelinde değişiklik meydana getiren kararlarda ortaya çıkmaktadır. Çünkü ortağın, haklı sebeplerin varlığı halinde ortaklık ilişkisini sürdürmesi beklenemez³².

Önemli nitelikteki işlemler, Kanunun 23. maddesinde düzenlenmiştir. 23. madde önemli nitelikteki işlemleri tahdidi olarak düzenlenmiştir. 23. maddeye göre, halka açık ortaklıkların; birleşme, bölünme işlemlerine taraf olması, tür değiştirme veya sona erme kararı alması,

²⁸ Tarafların işlem iradeleri bu temel üzerine kurulur. Bu amaçlarla kurulan sözleşmenin gerçeği uymaması halinde işlem temeli çökmüş kabul edilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelendirilebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 506.

²⁹ Sözleşme kurulduktan sonra şartlarında önemli değişiklikler gerçekleşmiş olabilir. Sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olan ve taraflarca göz önünde tutulan şartlar, sonradan ortaya çıkan bu değişiklikler yeni bir hal almış olabilir. Sözleşme kurulmasında mevcut olan şartlar ile sonradan değişen şartlar birbirinden farklı olduğu için sözleşmenin yeni şartlara göre yeniden tanzim edilmesine uyarılama denir. Uyarılama hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2014, s. 203 vd.

³⁰ TTK'da ayrıca kolektif ortaklık için de haklı sebeple fesih hakkı düzenlenmiştir. TTK'nın 245. maddesine göre haklı sebep, şirketin kuruluşuna yol açan fiili veya kişisel sebeplerin şirketin işletme konusunu elde edilmesini imkânsız kılacak veya güçleştirecek şekilde ortadan kalkmış olmasıdır. 245. maddede haklı sebepler tahdidi olmadan örneksene yoluyla düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAMOĞLU, s. 24. vd.

³¹ ÇAMOĞLU, s. 31.

³² SÖNMEZ, s. 86-87.

mal varlığının tümünü veya önemli bir bölümünü devretmesi veya üzerinde bir ayni hak tesis etmesi veya kiralaması, faaliyet konusunu tümüyle veya önemli ölçüde değiştirmesi, imtiyaz öngörmesi veya mevcut imtiyazların kapsam veya konusunu değiştirmesi, borsa kotundan çıkması gibi işlemler önemli nitelikteki işlemler olarak düzenlenmiştir. SPK'nın, II-23.1 sayılı Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği'nin 5. Maddesinin e ve g bentlerine ayrılma hakkının kullanılabilmesi için iki husus daha eklenmiştir. Söz konusu tebliğ maddesine göre ortaklıkların kendi tüzel kişilikleri ile ilgili; ilişkili taraflarından önemli ölçüde mal varlığı edinmesi veya kiralaması ve yapmayı planladıkları bedelli sermaye artırımlarında, sermaye artırımından elde edilecek fonun ortaklığın mevcut sermayesini aşması ve kurulun ilgili düzenlemelerinde tanımlanan ilişkili taraflara olan ve ortaklığa nakit dışındaki varlık devirlerinden kaynaklanan borçların kısmen veya tamamen ödenmesinde kullanılacak olması hallerinde de ayrılma hakkı doğmaktadır. Bu haller, tebliğin 6. maddesinde düzenlenen önemlilik kriterlerini sağlamaları şartıyla önemli nitelikte işlem olarak kabul edilmiştir. SerPK'da tahdidi olmadan düzenlenen önemli nitelikteki işlemlerin takdir yetkisinin Kurul'a bırakılmasından dolayı, SerPK'da sayılmayan ve sonrasında Kurul tebliğleri ile düzenlenmeyen işlemler önemli nitelikteki işlemler olarak kabul edilmeyecektir³³.

SerPK ve II-23.1 sayılı Tebliğ'deki düzenlemeler dışında ayrılma hakkına yol açan önemli nitelikte işlemlerin bulunmamasıyla, pay sahiplerine payları karşılığında yapılacak olan ödemeler nedeniyle ortaklıktan büyük miktarda nakit çıkışının önüne geçilmek istenmiştir. Zira, ayrılma hakkına yol açan önemli nitelikteki işlemlerin geniş olarak yorumlanması ihtimalinde, bir çok genel kurul kararında ayrılma hakkı gündeme gelebilecek ve ortaklığın ayrılmak isteyen pay sahiplerinin paylarının bedelini ödemek için sürekli olarak karşılık ayırması gerekecektir. Böyle bir durumda ayrılma hakkı ortaklık açısından ciddi bir zarara sebep olurdu³⁴. Ancak burada Kurul'a takdir yetkisinin bırakılması pay sahiplerini korumak açısından kanaatimizce yerinde bir düzenlemedir.

³³ BEKTAŞ, s. 721.

³⁴ MANAVGAT, s. 325; ÖZDOĞAN, s. 720.

1. Birleşme

SerPK'nın 23. maddesine göre, ayrılma hakkını doğuran önemli nitelikteki işlemlerden biri birleşme işlemidir. Birleşme işlemi, ayrılma hakkının tarihsel süreçte ortaya çıkmasına yol açan işlem olması sebebiyle de ayrıca önemlidir. II-23.3 Sayılı Tebliğ'in 5/1 hükmünde hangi birleşme işlemlerinin önemli nitelikte kabul edileceği düzenlenmiştir. Buna göre, ortaklığın yeni kuruluş şeklinde birleşme işlemlerine taraf olması, devralma şeklinde birleşme işlemlerinde ortaklığın devrolunan taraf olması veya devralan taraf olması ve birleşme sonucunda yüzde elli veya daha fazla sermaye artırımını yapacak olması durumlarında önemli nitelikteki birleşme işlemi Kabul edilir.

Birleşme, bir veya daha fazla ticaret ortaklığının diğer bir ticaret ortaklığı tarafından devralınması³⁵ veya iki veya daha fazla ticaret ortaklığının birbirleriyle birleşerek yeni bir ticaret ortaklığı kurması şeklinde meydana gelir. Birinci şekilde, devralan ortaklık feshedilmediği için ortaklığın eski varlığı sona ermekte, ancak bu ortaklığa katılan ortaklığın varlığı sona ermektedir. İkinci şekilde ise, yeni bir ortaklık oluşturulduğu için birleşen ortaklıkların eski varlıkları sona ermektedir³⁶. TTK'nın 136. maddesi, bir ortaklığın diğerini devralmasını devralma şeklinde birleşme ve ortaklıkların yeni bir ortaklık içinde bir araya gelmelerini yeni kuruluş şeklinde birleşme olarak tanımlamıştır³⁷.

Ayrılma hakkı, TTK'da düzenlenen birleşme işlemlerinde mümkündür. TTK'nın 136. maddesindeki tanıma uymayıp teknik anlamda birleşme işlemi olmayan işlemlerde ayrılma hakkı doğmaz³⁸.

³⁵ Anonim ortaklığın devralınması, ortaklığın tüzel kişilik yapısında, malvarlığı unsurlarının hukuki sahibinde ve malvarlıkları toplamında değişiklik olmaksızın ortaklığın sadece kontrol sahibinin değişmesidir. Anonim ortaklığın devralınması kavramı hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. PASLI Ali, Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul 2009, s. 87 vd.

³⁶ ÇEVİK Orhan N, Anonim Şirketler, (Ankara 1988), 1134; TURANLI Hüsnü, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, Ankara 2014, s. 55; TÜRK Sami, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986, s. 37.

³⁷ TTK'nın 136. maddesine göre, devrolunan ortaklığın malvarlığı karşısında, bir değişim oranına göre, devralan ortaklığın paylarının devrolunan ortaklığın ortakları tarafından kendiliğinden iktisap edilmesiyle oluşur. Birleşmeyle, devrolunan ortaklığın malvarlığı bütün olarak devralan ortaklığa geçer.

³⁸ TTK'nın 137. maddesine göre, sermaye ortaklıkları sermaye ortaklıklarıyla, kooperatiflerle ve devralan ortaklık olmaları şartıyla, kolektif ve komandit ortaklıklarla, bir-

Birleşme işlemine karar verilecek genel kurulda toplantı nisabı olarak TTK'nın 151. maddesi, anonim ortaklıklarda birleşme için genel kurulda esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunu temsil etmesi şartıyla, genel kurulda mevcut bulunan oyların dörtte üçüyle karar alınabileceği düzenlenmiştir³⁹. Ancak sözkonusu maddede TTK'nın 421/5-b bendinin saklı kaldığı belirtildiği için ilgili hükme göre, pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören ortaklıklarda, birleşme karar alınabilmesi için, yapılacak genel kurul toplantılarında, esas sözleşmelerinde aksine hüküm yoksa, TTK'nın 418. maddesinde düzenlenen sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır ve karar toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verilir⁴⁰.

TTK'dan farklı olarak SerPK'nın 29/6 hükmü ve II-23.1 Sayılı Tebliğ'in 7. maddesine göre, ortaklıkların esas sözleşmelerinde daha ağır bir nisap açıkça düzenlenmediği takdirde, toplantı nisabı aranmaksızın, ortaklık genel kuruluna katılan oy hakkını haiz payların üçte ikisinin olumlu oy vermesi olarak düzenlenmiştir. Yine aynı maddelerin devamında, toplantıda sermayeyi temsil eden oy hakkını haiz payların en az yarısının hazır bulunması hâlinde, esas sözleşmede açıkça daha ağır nisaplar öngörülmedikçe, toplantıya katılan oy hakkını haiz payların çoğunluğu ile karar alınacağı düzenlenmiştir⁴¹.

Görüldüğü üzere, TTK ile SerPK arasında birleşme kararının alınacağı genel kurul toplantı nisabı hususunda farklı düzenlemeler mev-

leşebilirler. II-23.2 Sayılı Tebliğ'in 2. maddesine göre de ayrılma hakkına yol açan birleşme işlemi, halka açık ortaklıkların; sermaye ortaklıkları devralan ortaklık olması şartıyla şahıs ortaklıkları ve kooperatifler ile olan birleşme işlemidir. Buna göre devralınan ortaklık halka açık anonim ortaklık olabilir. Devralan ortaklığın ise bir anonim ortaklık, halka açık anonim ortaklık veya limited ortaklık olması gerekmektedir. Diğer durumda ise devralan ortaklık halka açık anonim ortaklıktır. İki halde de halka açık anonim ortaklığın pay sahiplerinin payları ve pay sahipliği hakları ciddi değişikliğe uğrayacağı için birleşme işlemi, önemli nitelikteki işlemler arasındadır. Çünkü, birleşmeye muhalefet eden halka açık anonim ortaklığı pay sahipleri için birleşme işlemi ortaklıkta önemli değişiklikler meydana getirecektir. Bkz. ADIGÜZEL, s. 10-11.

³⁹ BAHTİYAR, Ortaklıklar, s. 62.

⁴⁰ PULAŞLI, s. 71 vd.

⁴¹ MANAVGAT, s. 142 vd.

cuttur. Halka açık anonim ortaklıkların birleşmesinde özel kanun olması sebebiyle SerPK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Birleşme işleminde bazı pay sahiplerinin hakları korunmayabilir, hatta birleşme işlemi ile hakları ellerinden alınabilir⁴². Bu yüzden pay sahibinin halka açık anonim ortaklıkta birleşme kararının alınmasından sonra, maruz kalabileceği ekonomik risklere karşı korunması gerekmektedir. Bu koruma, hem pay sahibi hem de ortaklık için gereklidir. Birleşme kararına muhalefet eden pay sahiplerinin ayrılma hakkına sahip olması bu korumayı sağlamaktadır⁴³.

2. Bölünme

Bölünme işlemi, bir ortaklığın malvarlığının bir kısmının veya tamamının ortaklıktan ayrılarak bir bütün halinde mevcut veya kurulacak bir ortaklığa veya ortaklıklara devredilerek ve karşılığında devralan ortaklık veya ortaklıkların paylarını bölünen ortaklığın pay sahiplerinin veya ortaklığın bizzat kendisinin iktisap etmesidir⁴⁴. II-23.3 Sayılı Tebliğ'in 5/2 hükmünde hangi bölünme işlemlerinin önemli nitelikte kabul edileceği düzenlenmiştir. Buna göre, tam bölünmelerde ortaklığın bölünen taraf olması veya devralan taraf olması ve devralanan mal varlığı karşılığında yüzde elli veya daha fazla sermaye artırımını yapacak olması durumunda önemli nitelikteki bölünme işleminin varlığı kabul edilir. Bununla birlikte, kısmi bölünmelerde⁴⁵ ortaklığın bölünen taraf olması ve devredilen mal varlığının altıncı maddede belirlenen önemlilik ölçütlerini taşıması veya devralan taraf olması ve devralanan mal varlığı karşılığında yüzde elli veya daha fazla sermaye artırımını yapacak olması durumlarında önemli nitelikteki bölünme işleminin varlığı kabul edilir.

Ortaklıkta bölünme işlemine karar yetkisi genel kurula aittir. Bölünme kararının alınacağı toplantı nisabı SerPK'nın 29/6 hükmüne göre,

⁴² AKBİLEK Nevzat, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, Ankara 2009, s. 251.

⁴³ SÖNMEZ, s. 176.

⁴⁴ TEKİNALP Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015, s. 654.

⁴⁵ Kısmi bölünmede, bölünen veya devreden ortaklık varlığını sürdürmekte ve ortaklık malvarlığının bir kısmı kendisinde kalırken diğer kısmı kendisinde ayrılarak mevcut veya yeni kurulacak bir veya birden fazla ortaklığa devredilmektedir. Bkz. ÇEBİ Hakan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2010, s. 27.

birleşme işleminde olduğu gibi, toplantı nisabı aranmaksızın, ortaklık genel kuruluna katılan oy hakkını haiz payların üçte ikisinin ve toplantıda sermayeyi temsil eden oy hakkını haiz payların en az yarısının hazır bulunması hâlinde, esas sözleşmede açıkça daha ağır nisaplar öngörülmedikçe, toplantıya katılan oy hakkını haiz payların çoğunluğu ile karar alınır⁴⁶. TTK'nın 173/2 hükmünün atfıyla birleşme kararının alınacağı toplantı nisabının düzenlendiği TTK'nın 151. maddesine göre karar alınacaktır. Ancak oranların korunmadığı asimetrik bölünme için TTK'nın 173/3 hükmünde, devreden ortaklıkta oy hakkını haiz ortakların en az yüzde doksanyla karar alınacağı düzenlenmiştir. Halka açık anonim ortaklıklarda bölünme işlemi için SerPK hükümleri uygulanacağı için halka açık anonim ortaklıklarda asimetrik bölünme işleminde TTK'ya göre daha kolay bir oran öngörülmüştür.

Bölünme işleminde pay sahiplerinin menfaatlerinde ciddi değişiklikler meydana geldiği için ayrılma hakkı tanınmıştır. Simetrik bölünmede ilk bakışta pay sahiplerinin haklarında önemli değişiklikler yok gibi görünebilir. Ancak, tam bölünmede ortaklıktaki pay sahipliği haklarının sonlanması, kısmi bölünmede ise malvarlığını devralan ortaklığın halka açık olmaması, pay sahibinin haklarında ciddi değişikliklere sebep olmaktadır. Bununla birlikte simetrik bölünmede, devralan ortaklık veya ortaklıkların pay sahipliği hakları orantılı olarak tahsis edilse bile o ortaklığın sermayesine katılım oranları değişebilir. Mevcut bir ortağın bölünme sonrası malvarlığını devralması halinde de pay sahiplerinin hakları ciddi değişikliklere uğramaktadır. Asimetrik bölünmede ise pay sahiplerinin haklarında mutlak olarak değişim ortaya çıkmaktadır⁴⁷.

Bölünme işleminde, birleşme işleminde olduğu gibi, bölünen ortaklığın pay sahiplerinin hakları önemli ölçüde etkilenmekte ve işlem temelini değiştirecek nitelikte sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Bu yüzden ortaklığın ve pay sahiplerinin korunması için bölünme kararına muhalif kalan pay sahiplerine ayrılma hakkı tanınmıştır⁴⁸.

⁴⁶ MANAVGAT, s. 143.

⁴⁷ ADIGÜZEL, s. 13-14.

⁴⁸ SÖNMEZ, s. 176.

3. Tür Değişirme

Tür değiştirme, bir ortaklığın tasfiye edilmeksizin ekonomik özelliklerini koruyarak aynı veya temelde aynı ortaklarla mevcut hukuki biçimden başka bir hukuki biçime dönüştürülmesidir⁴⁹.

Halka açık anonim ortaklıklar, TTK'nın 181. maddesi gereği ancak başka türdeki bir sermaye ortaklığına veya bir kooperatife dönüştürülebilir. Diğer sermaye ortaklıklarının ve kooperatifin halka açık anonim ortaklığa göre bariz farklılıklar içermesi sebebiyle tür değiştirme işleminde, halka açık anonim ortaklığın pay sahiplerinin hakları ciddi değişikliklere uğrayacaktır. Halka açık anonim ortaklıklarda, kapalı ortaklıklara kıyasla pay sahibine sağlanan haklar ve borsaya kote pay senetlerinin devir kolaylığının tür değiştirme ile kısıtlanması da bu değişikliklerdendir.

Tür değiştirme kararı genel kurulda, birleşme ve bölünme için öngörülen nisaplara göre alınır⁵⁰.

Ortaklığın tür değiştirme işlemine muhalefet eden pay sahiplerinin korunması için ayrılma hakkı düzenlenmiştir. Böylece, tür değiştirme kararını engelleme imkanı olmayıp muhalefet eden pay sahipleri, ayrılma hakkı ile, tür değiştirme işlemi sonrası yaşanacak mağduriyete karşı korunmaktadır⁵¹.

4. Ortaklığın Mal Varlığının Tümünün veya Önemli Bir Bölümünün Devredilmesi veya Üzerinde Üçüncü Kişiler Lehine Sınırlı Aynı Hak Tesis Edilmesi

SerPK'nın 23. maddesi gereği halka açık anonim ortaklıklarda, ortaklık mal varlığının tümünü veya önemli bir bölümünü devredilmesi veya üzerinde üçüncü kişiler lehine aynı hak tesis edilmesi durumunda, karara muhalefet eden pay sahipleri açısından ayrılma hakkı doğmaktadır.

Önemli miktarda ortaklık malvarlığının devri, TTK'nın 408/2-f hükmü gereği, ortaklık genel kurulunun devredilemez görev ve yetkileri

⁴⁹ KENDİGELEN Abuzer, Ticaret Şirketlerinde Nev'i Değiştirme, Ticaret Kanununun Düzenlenmesi, Tatbikat ve Doktrininin Tutumu, Makalelerim Cilt I:1986-2001, İstanbul 2006, İstanbul 2006, s. 14.

⁵⁰ TTK'nın 189. maddesi uyarınca tür değiştirme kararı, esas veya çıkarılmış sermayenin üçte ikisini karşılaması şartıyla, genel kurulda mevcut oyların üçte ikisiyle; limited şirkete dönüştürme hâlinde, ek ödeme veya kişisel edim yükümlülüğü doğacaksa tüm ortakların onayıyla alınır.

⁵¹ SÖNMEZ, s. 181.

arasındadır. Ortaklık malvarlığının devri kavramından, ortaklığın aktif ve pasiflerinin nasıl yorumlanacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, aktif kavramı dar yorumlanmakta ve tüm alacak kalemleri aktif kavramı içinde kabul edilmektedir⁵². Diğer bir görüşe göre ise, ortaklık varlığından aktiflerin ve pasiflerin birlikte kabul edilerek toptan devredilmesi gerekmektedir. Ortaklığın tüm aktif pasifleriyle devri değil, ortaklığın aktif ve pasiflerinin kısmen veya tamamen devri anlaşılmalıdır⁵³. Nitekim, SerPK'nın 23. maddesinde, ortaklık malvarlığının devri, birleşme ve bölünme işlemlerinin yanında ayrıca düzenlenmiştir. Çünkü burada, ortaklığın değil ortaklığın malvarlığının devrinden bahsedilmektedir⁵⁴.

Ortaklık malvarlığının devrinin ticari işletmenin devrinden⁵⁵ farkı, anonim ortaklığa ait aktif ve pasiflerin her zaman ticari işletme şeklinde bir organizasyon olmamasıdır⁵⁶.

TBK'da malvarlığının devri, 202. maddede işletmenin devriyle birlikte düzenlenmiştir. Burada ifade edilen malvarlığı, kendi içinde bütünlük arz eden parasal değeri olan haklar ve borçlar toplamıdır⁵⁷. Bu maddeye göre, devreden ve devralan, malvarlığının aktif ve pasifiyle birlikte devri konusunda anlaşarak bir sözleşme yapar ve ilke olarak bunların tamamı üzerinde işlem yaparlar. Devredilen malvarlığı sadece aktif değerler oluşabileceği gibi sadece pasif değerler de oluşabilir⁵⁸.

SerPK'nın 23. maddesine göre malvarlığının tümünün veya önemli bir bölümünün devredilmesi veya üzerinde aynı hak tesis edilmesi halinde ayrılma hakkı doğmaktadır. Burada, malvarlığının önemli bir bölümünün ne olduğu ve nasıl belirleneceği sorusu akla gelmektedir. Ano-

⁵² DOMANİÇ, s. 1480; BİÇER Levent/HAMAMCIOĞLU, Esra, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı, KHÜHFD, Sayı 1, İstanbul 2013, s. 39.

⁵³ BİÇER/HAMAMCIOĞLU, s. 40.

⁵⁴ BEKTAŞ, s. 784-785.

⁵⁵ Ticari işletmenin devrinde işletmenin bütün aktif ve pasifleri devredilir. Ticari işletmenin devri hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012, s. 41 vd.

⁵⁶ Örnek olarak, bir taşınmazın, banka hesabında yer alan bir miktar paranın, menkul kıymetlerin, alacağın veya bir markanın devrinde aktif ve pasiflerin bütün olarak devredilmesi zorunlu olmayabilir. Bkz. BİÇER/HAMAMCIOĞLU, s. 40.

⁵⁷ AKÇAAL Mehmet, İşletmenin Devri, Ankara 2014, s. 73.

⁵⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 611.

nim ortaklığın amacının gerçekleştirilmesi için hayati niteliğe sahip mal, malvarlığının önemli bir bölümü kabul edilmelidir⁵⁹. Buna göre anonim ortaklık, ortaklığın varlıkları, çapı, işletme konusu, somut olayda göz önünde tutularak, yapılan işlem ile ortaklığın amacının gerçekleşmesine devam edebiliyorsa işleme konu malvarlığının önemli miktarda olmadığı, devam edemiyorsa malvarlığının önemli miktarda olduğunun kabulü gerekir⁶⁰.

II-23.3 Sayılı Tebliğ'in 6. maddesinde, halka açık anonim ortaklıklarda malvarlığının devrinde veya üzerinde aynı hak tesis edilmesinde önemlilik kriterinin nasıl belirleneceği düzenlenmiştir.

II-23.3. Sayılı Tebliğ'e göre, işleme konu malvarlığının önemli miktarda kabul edileceği ilk kriter, bilançoda aktifte yer alan malvarlığının yüzde yetmiş beşinin devridir. Tebliğ'de finansal tablolardan bahsedildiği için II-14.1 Sayılı Sermaye Piyasasında Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliği'nin⁶¹ 7. maddesine göre, halka açık anonim ortaklıkların söz konusu Tebliğde düzenlenen esaslara uygun olarak üç, altı ve dokuz aylık dönemler itibarıyla ara dönem finansal rapor düzenleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna göre, malvarlığının devrinde, en yakın bilanço esas alınarak önemlilik kriteri incelenir. Burada, bilançodaki aktiflerin ne olduğu dikkate alınmamış ve aktif bir bütün olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, aktif malvarlığı üzerinde yük meydana getiren ve pasifte görünen borçlar da dikkate alınmamıştır⁶².

İşleme konu malvarlığının önemli miktarda kabul edileceği ikinci kriter, işlem tutarının yönetim kurulu karar tarihinden önceki altı aylık günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyatların aritmetik ortalaması baz alınarak hesaplanan ortaklık değerine oranıdır. Bu oranın yüzde yetmiş beşten fazla olması halinde malvarlığının önemli miktarda kısmı üzerinde işlem yapıldığı kabul edilecektir. Burada altı aylık günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyat, payları borsaya kote halka açık anonim ortaklıklar için belirlenmesi mümkün bir orandır. Çünkü ağırlıklı ortalama fiyat, borsada işlem gören pay senetlerinde hesaplanabilecektir. Bu yüzden,

⁵⁹ POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), s. 359.

⁶⁰ BEKTAŞ, s. 786; BİÇER/HAMAMCIOĞLU, s. 41.

⁶¹ 13/6/2013 tarihli ve 28676 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶² ADIGÜZEL, s. 18; TARHAN Damla Gül, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler ve Sonuçları, İstanbul 2018, s. 147.

payları borsada işlem görmeyen halka açık anonim ortaklıklarda bu kriterin uygulanması mümkün değildir⁶³.

İşleme konu malvarlığının önemli miktarda kabul edileceği son kriter ise malvarlığı unsurunun son yıllık finansal tablolara göre elde edilen gelire katkısının, son yıllık finansal tablolardaki⁶⁴ gelirlere oranıdır. II-14.1 Sayılı Tebliğ'in 4/1-b hükmüne göre finansal tablo, dipnotlarıyla birlikte finansal durum tablosu, kapsamlı gelir tablosu, nakit akış tablosu ve özkaynak değişim tablosunu ifade etmektedir. Böylece, malvarlığının son yıllık finansal tablolara göre elde edilen gelire katkısının gelirlere oranının yüzde yetmiş beşten fazla olması halinde önemli miktarda malvarlığı devredildiği veya üzerinde aynı hak tesis edildiği veya kiralandığı kabul edilecek ve karara muhalefet eden pay sahipleri için ayrılma hakkı doğacaktır. Çünkü, halka açık anonim ortaklığının elde edeceği geliri ciddi şekilde düşürecek önemli miktarda malvarlığı üzerinde işlem yapılması pay sahiplerinin menfaatlerini önemli ölçüde etkilemektedir.

5. İmtiyaz Öngörme veya Mevcut İmtiyazların Kapsam veya Konusunu Değiştirme

SerPK'nın 23. maddesine gereği, halka açık anonim ortaklık genel kurulunda bazı paylara imtiyaz tanınması veya mevcut imtiyazların kapsam veya konusunu değiştirilmesi önemli nitelikteki işlemler arasındadır.

İmtiyaz, ortaklıktaki bazı payların diğer paylara kıyasla bazı üstün haklara sahip olmasıdır⁶⁵. TTK'nın 478. maddesine göre imtiyaz, kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı olarak tanımlanmıştır. Kanunun lafzından anlaşılacağı üzere imtiyazlar ilgili maddede sayılan haklarla sınırlı değildir. TTK'nın 478. maddesine göre imtiyaz, esas sözleşme veya esas sözleşme değişikliği ile tanınabilen

⁶³ ADIGÜZEL, s. 19.

⁶⁴ Finansal tablolar, işletmelerin belirli bir dönem faaliyet sonuçlarını düzenleniş amacına uygun olarak gösteren ve işletme ile ilgili bilgilerin yer aldığı tablolardır. Finansal tablolar kapsamı içinde, bilanço, gelir tablosu, kar dağıtım tablosu, fon akım tablosu, öz sermaye değişim tablosu, öz sermaye değişim tablosu, nakit akım tablosu ve işletme sermayesi değişim tablosu yer almaktadır. Bkz. BAKIR Hasan/ŞAHİN Cumhur, Yöneticiler İçin Finansal Tablolar Analizi, Ankara 2009, s. 2.

⁶⁵ PULAŞLI, s. 527.

veya değiştirilebilen bir hak olduğu için genel kurulda alınan karar, esas sözleşmeyi değiştirmeye ilişkindir⁶⁶.

Payla alakalı olmayan haklar, imtiyaz olarak nitelendirilemez. Ancak, TTK'nın 478/3 hükmünün 360. maddenin⁶⁷ saklı olduğunu belirtmesi sebebiyle, esas sözleşmede düzenlenmiş olmak şartıyla belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir⁶⁸.

TTK'nın 421/3 hükmü uyarınca, imtiyazlı paylara ilişkin esas sözleşme değişikliği yapılması için ortaklık genel kurulu kararı, sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınabilir. Ancak, bu halka açık anonim ortaklıklarda SerPK kapsamında önemli nitelikteki kararlar arasında yer aldığı için SerPK'nın 29/6 ve II-23.1 sayılı Tebliğ'in 7/1 hükümlerinde düzenlenen nisaplara göre karar alınır.

Ayrılma hakkının doğacağı imtiyaz öngörme kararıyla birlikte mevcut imtiyazların kapsam ve konusunun değiştirilmesinden de bahsetmektedir. Bu karar için ortaklık genel kurulunda karar alınması yeterli değildir. Çünkü, TTK'nın 454. maddesine göre, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte olan karar, imtiyazlı pay sahiplerinin yapacakları özel bir toplantıda onanmasıyla uygulanabilir. Mevcut imtiyazların kapsamının veya konusunun değiştirilmesi, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek bir niteliğe sahip olabileceği için TTK. 454. maddesine göre, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun da karar almasına ihtiyaç vardır. SerPK'da ve Tebliğlerde farklı bir düzenleme olmadığı için imtiyazlı payların kapsamının ve konusunun değiştirilmesinde TTK'nın 454. maddesi uygulanacaktır.

TTK'nın 454. maddesine göre imtiyazlı pay sahipleri kurulu toplanıp karar almadıkça ayrılma hakkının kullanılması mümkün değildir. Ancak, TTK'nın 454/3 hükmüne göre özel kurul, imtiyazlı payları temsil eden sermayenin yüzde altmışının çoğunluğuyla toplanır ve toplantıda temsil edilen payların çoğunluğuyla karar alır. İmtiyazlı pay sahiplerinin

⁶⁶ BAHTİYAR Mehmet, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001, s. 199.

⁶⁷ TTK'nın 360. maddesinde, belirli bir grup pay sahiplerine ve azınlığa imtiyaz tanıma imkanı öngörülmesi, imtiyazın paya bağlılığı kuralıyla çelişmekte ve söz konusu imtiyazların belirlenmesi sorun yaratacak niteliktedir. Bkz. BAHTİYAR, Ortaklıklar, s. 270; KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 252 vd.

⁶⁸ KENDİGELEN, İmtiyaz, s. 25-27.

öngörülen bu toplantı ve karar nisaplarını sağlayarak genel kurulda olumlu oy vermeleri halinde TTK'nın 454/4 hükmü gereği, ayrıca özel toplantı yapılmaz. TTK'nın 454/5 hükmünde ise, çağrıya rağmen süresi içinde özel kurul toplanamazsa, genel kurul kararının onaylanmış sayılacağı düzenlenmiştir⁶⁹. Böylece TTK 454. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında düzenlenen durumların gerçekleşmesi halinde imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu toplanmadan ayrılma hakkı kullanılabilir.

6. Diğer Önemli Nitelikteki İşlemler

II-23.3 sayılı Tebliğ'in 4/3 hükmünde, yukarıda belirtilen önemli nitelikteki işlemlerin dışında Kurul'a bazı haller için takdir hakkı tanınmıştır. Kurul, bir bütün olarak ele alındığında ortaklığın temel faaliyetleri veya olağan ticari hayatında esaslı değişiklik yapılmak suretiyle yatırımcıların yatırım kararlarının değişmesine yol açacak, ortaklığın yapısına ilişkin temel işlemleri önemli nitelikteki işlem olarak değerlendirebilir. Kurul'un bu şekilde bir işlemi önemli nitelikte kabul etmesi halinde, bu işlemin alındığı genel kurul kararına karşı muhalefet eden pay sahiplerinin ayrılma hakkına sahip olması mümkün hale gelecektir. Bu işlemler, önemli nitelikteki diğer işlemlerin aksine sayma yoluyla düzenlenmemiş, mutlak anlamda önemli nitelikteki işlemlerden kabul edilmemiş ve önemli nitelikte kabul edilmesi için SPK'nın değerlendirmesine gerek vardır.

Önemli nitelikteki işlemlerin belirlenmesinde, bu madde ile sınırlı sayı prensibi yerine Kurul'a takdir hakkı verilmesi hukuk güvenliği açısından zafiyet yaratacağı akla gelebilir. Çünkü ayrılma hakkı tanınan hallerin yorum yoluyla genişletilmesi, hakkın düzenleniş amacına ve doğasına uygun değildir⁷⁰. Ancak, önemli nitelikte bütün işlemler önceden öngörülmesi her zaman mümkün olmayacağı için anılan şartlarda Kurul'un takdir yetkisinin olması küçük pay sahiplerinin menfaatlerini korumak açısından önemlidir.

E. Ayrılma Hakkının Doğmadığı Haller

II-23.3 sayılı Tebliğ'in 15. maddesinde ayrılma hakkının doğmadığı haller düzenlenmiştir. Buna göre, ortaklıkların tabi olduğu diğer

⁶⁹ PULAŞLI, s. 540.

⁷⁰ SÖNMEZ, s. 116.

ilgili mevzuat uyarınca yapılması zorunlu olan işlemler, yönetim kontrolüne bir kamu kurumunun sahip olduğu ortaklıklarca yapılan işlemler, yatırım ortaklıklarının yatırım ortaklığı niteliklerinin değiştirilmesi, yitirilmesi ve bu kapsamda yapılan imtiyaz değişiklikleri işlemleri, II-23.2 Sayılı Birleşme ve Bölünme Tebliği uyarınca gerçekleştirilen kolaylaştırılmış usulde birleşme ve bölünme işlemleri ile ortaklık tarafından oranların korunması yoluyla yeni kurulan şirketlere yapılan tam bölünme işlemleri, İcra ve İflas Kanunu çerçevesinde verilen bir karar uyarınca veya kamu alacağının tahsili amacıyla gerçekleştirilen işlemler, iflas ya da başka bir sona erme halinin oluşması sonucunda tasfiyeye giren ortaklıkların tasfiye kapsamında gerçekleştirdiği işlemler, geri kiralama amacıyla ve sözleşme sonunda geri alınması şartıyla finansal kiralama şirketine yapılan mal varlığı satışı işlemleri, geri alım hakkı tanınmak suretiyle finansal kuruluş veya bankalara yapılan satış işlemleri, varlığa veya ipotega veya projeye dayalı menkul kıymet ile kira sertifikası ihracı amacıyla yapılan mal varlığı devri işlemleri ve teminat yönetim sözleşmeleri kapsamında yapılan devir ve sınırlı ayni hak tesisi işlemleri, gayrimenkul yatırım ortaklıklarının portföylerinde yer alan varlıklar üzerinde II-48.1 Sayılı Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği⁷¹ hükümleri çerçevesinde ayni hak tesis edilmesine ilişkin işlemleri, girişim sermayesi yatırım ortaklıklarının portföylerinde yer alan varlıklar üzerinde III-48.3 Sayılı Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği⁷² hükümleri çerçevesinde ayni hak tesis edilmesine ilişkin işlemler, sermayesiyle kanuni yedek akçeleri toplamının yarısı zararlarla kaybolan veya borca batık durumda bulunan ortaklığın TTK'nın 139. maddesi kapsamında gerçekleştirdiği birleşme işlemleri, ortaklığın mali yapısının güçlendirilmesini teminen, elde edilecek fonun en az yüzde doksanınım elde edilme tarihinden itibaren otuz gün içinde her türlü muvazaadan ari bir şekilde nakdi banka kredilerine ve/veya ihraç edilen borçlanma araçlarına ilişkin muaccel borçların ödenmesine yönelik olarak kullanılması kaydıyla, ilişkili taraflara olmayan mal varlığı devri işlemleri, ortaklığın, sermayesinin en az yüzde doksanına sahip olduğu bağlı ortaklıkları ile dördüncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi çerçevesinde gerçekleştirdiği işlemler, ortaklığın

⁷¹ 28/5/2013 tarihli ve 28660 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁷² 9/10/2013 tarihli ve 28790 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

bağlı ortaklık paylarının halka arz yoluyla satılması işlemi ayrılma hakkının doğmadığı işlemler olarak kabul edilmiştir.

Tebliğ'in 15/2 hükmüne göre, bu kararların alınması için genel kurulun toplanmasının kanunen zorunu olduğu haller hariç olmak üzere, genel kurulun toplanmasına gerek olmayıp yönetim kurulu kararının yeterli olduğu düzenlenmiştir. İlgili başka düzenlemelerden dolayı genel kurul yapılma zorunluluğu olan hallerde ise, toplantı gündemine ayrılma hakkı doğmadığına ilişkin yönetim kurulu beyanı eklenecektir. Bununla birlikte her durumda, söz konusu madde kapsamında değerlendirilen işlemlere ilişkin olarak gerekçeli yönetim kurulu kararı, ilgili bilgi ve belgelerle birlikte kamuya açıklanmak zorundadır⁷³. Bunun amacı, pay sahibinin bilgi alma hakkı çerçevesinde ortaklığın faaliyetleri hakkında aydınlatılmasıdır⁷⁴.

F. Usule Aykırı İşlemlerin Sonuçları

Önemli nitelikteki işlemin usule aykırı halde kararlaştırılması durumunda işlem geçerli olacaktır. Ancak, SerPK'nın 23/2 hükmü uyarınca Kurul'un işlemin iptalini istemek ve idari para cezasına karar verme hakkı vardır. Buna göre Kurul, SerPK'nın 23/1 hükmünde düzenlenen zorunluluklara aykırı gerçekleştirilen işlemlerin ortadan kaldırılması için Kurul kararının tebliği tarihinden itibaren otuz gün içinde işlem öncesi durumun aynen sağlanmaması hâlinde idari para cezası verebilir ve bu işlemlerin iptali için TTK kapsamında genel kurul kararlarının iptali için dava açabilir.

Burada, Kurul'un işlemin ortadan kaldırılmasına dair kararının tebliğinden itibaren ortaklığın otuz gün süresi olmakta ve işlem öncesi durumun aynı şekilde oluşturulmaması durumunda Kurul, idari para cezası verebilmekte ve iptal davası açabilmektedir⁷⁵.

⁷³ Kamuya açıklama işlemi, SerPK'nın 3/1-k hükmünde tanımlanan, kamuya açıklanması gerekli olan bilgilerin elektronik imzalı olarak iletildiği ve kamuya duyurulduğu elektronik sistem olan Kamuyu Aydınlatma Platformu'nda gerçekleştirilir.

⁷⁴ KAYA Arslan, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001, s. 22.

⁷⁵ SerPK'nın 103. maddesinde Kurul tarafından yapılan düzenlemelere aykırı hareket etmenin neticesinde Kurul'un idari para cezası vermeye yetkili olduğu düzenlenmiştir. İdari para cezası hakkında bkz. MEMİŞ/TURAN, s. 196 vd.

İptal sebepleri olarak sadece önemli nitelikteki işlemler anlaşılmalıdır. SerPK'nın 23/1 hükmüne dayanılarak Kurul tarafından yayımlanan II-23.1 sayılı Tebliğ'de olduğu gibi önemli nitelikteki işlemler ve ayrılma hakkı birbirinden ayrı değerlendirilemez. Bu yüzden iptal sebepleri olarak önemli nitelikteki işlemlerin usulüne aykırı olarak alınması veya ayrılma hakkının kullanımının usulüne aykırı olması gibi durumlar söz konusu olacaktır⁷⁶.

İptal sebeplerinin varlığı halinde SPK, TTK hükümleri kapsamında genel kurul toplantısının iptali davası açacaktır. Hukuka aykırılık genel kurul kararına ilişkinse söz konusu düzenleme yerindedir. Ancak düzenleme, doktrinde Manavgat tarafından eksik bulunarak eleştirilmiştir. Çünkü önemli nitelikteki işlemin genel kurula sunulmamış olması veya yönetim kurulu kararının alınması ve kamuya açıklanması aşamasında hukuka aykırılık taşıması durumunda, işlemin iptali isteminin genel kurul kararının iptali istemiyle ilgisi bulunmamaktadır. Hukuka aykırılığın genel kurul kararıyla ilgisi olmadığı durumlarda, TTK'nın genel kurul kararlarına ilişkin hükümleri kıyasen uygulanacak ve işlemin iptali dava edilebilecektir⁷⁷.

SerPK'nın 23/2 hükmünde düzenlenen otuz günlük süreyi sadece idari para cezası belirlemek için öngörülmüş bir şart olarak kabul etmek gerekmektedir. Çünkü, genel kurul kararının iptali davası, TTK'nın 445. maddesine göre, genel kurul tarihinden itibaren başlayacaktır. Bu yüzden SerPK'nın 23/2 hükmündeki otuz günlük süre, Kurul'un iptal davası açma süresi değildir⁷⁸.

II. AYRILMA HAKKININ KULLANILMASI VE SONUÇLARI

Pay sahibinin ayrılma hakkının kullanması için SerPK'da ve II-23.3 sayılı Tebliğ'de bazı şartlar öngörülmüştür. Ayrılma hakkının kullanılması için maddi şart olarak pay sahibi olmak ve önemli nitelikteki işlemin varlığı gerekmektedir. Şekil şartı olarak ise öncelikle, önemli nitelikteki işlemin görüldüğü genel kurul toplantısında pay sahibinin olumsuz oy kullanması ve bunu toplantı tutanağına geçirmesi gerekmektedir. Ayrılma hakkının kullanılması için önemli nitelikteki işlemin ge-

⁷⁶ MANAVGAT, s. 315.

⁷⁷ MANAVGAT, s. 316.

⁷⁸ MANAVGAT, s. 317.

nel kurulda görüşülmesi zorunlu olduğu için TTK hükümlerine göre yönetim kurulunun yetkisinde olan önemli nitelikteki işlemler de genel kurula sunularak müzakere edilecektir⁷⁹.

A. Pay Sahibinin Genel Kurula Katılması, Katılmaması ve Pay Üzerinde İntifa Hakkı Bulunması Durumlarında Ortaklık Kararına Muhalefet Etmesi

1. Pay Sahibinin Genel Kurula Katılması

SerPK'nın 24. maddesine göre, 23. maddede düzenlenen önemli nitelikteki işlemlere ilişkin genel kurul toplantısında karara olumsuz oy veren ve muhalefet şerhini toplantı tutanağına işleyen pay sahipleri ayrılma hakkını kullanabilecektir. Bu durum, ayrılma hakkının niteliklerinden ve amaçlarından kaynaklanmaktadır. Çünkü karara muhalefet etmek ayrılma hakkının kullanımı amacının doğasında vardır⁸⁰. SerPK'ya göre ayrılma hakkının kullanımı için karara olumsuz oy kullanımının yeterli olmadığı ve muhalefet şerhinin tutanağa geçirilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Pay sahibinin muhalefet açıklamasının tutanağa geçirilmesinden, pay sahibinin karara muhalefet iradesi ve hangi karar veya kararlara karşı olduğu açıkça anlaşılmalıdır. Toplantı tutanağına yazılmış ve eleştiri düzeyinde kalmış olan açıklamalar karara muhalefet edildiği anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte, muhalefetin geçirilmesinde her zaman "muhalifim" veya "karşıyım" gibi ifadelerin kullanılmasına gerek olmayıp bu anlama gelen ifadeler yeterlidir. Ayrıca, toplantı boyunca muhalefet şerhini toplantı tutanağına yazdırma işleminin ne zaman yapıldığının da önemi yoktur⁸¹.

Muhalefet şerhinin toplantı tutanağına yazdırılması hususunda doktrinde iki farklı görüş mevcuttur. Doktrinde ve uygulamada son zamanlara kadar, hem genel kurulda karara olumsuz oy verilmesi hem de muhalefetin toplantı tutanağına ayrıca geçirilmesi gerektiği savunulmuştur⁸². Olumsuz oy kullananların tutanağa yazılması durumunda sadece

⁷⁹ MANAVGAT, s. 296.

⁸⁰ ADIGÜZEL, s. 33.

⁸¹ MOROĞLU Erdoğan, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2014, s. 267.

⁸² Yargıtay 11. HD'nin 8/12/1998 tarih, 1988/3761 esas ve 1988/7548 karar sayılı hükmünde, "genel kurul toplantısına katılmış bir pay sahibinin genel kurul kararının iptalini isteyebilmesi için red oyundan sonra ayrıca karara muhalif olduğunu belirte-

kimlerin olumsuz oy verdiği anlaşılır ve muhalefet kaydı anlaşılabilir. Çünkü, karara muhalefet etme, olumsuz oy kullanmanın ötesinde bir anlam taşımaktadır⁸³.

Moroğlu'nun da savunduğu ikinci görüşe göre, karara olumsuz oy verilmesi yeterli olup ayrıca muhalefetin toplantı tutanağına yazdırılmasına gerek yoktur. Çünkü, pay sahibinin karara muhalif olmasının temel unsuru olumsuz oy vermesidir. Böylece, pay sahibinin karara olumsuz oy kullanması ve bunun tutanağına geçirilmesi ile karara olumsuz oy verilmesi ve muhalefetin toplantı tutanağına geçirilmesi şartı gerçekleşmiş olacaktır.⁸⁴

Genel kurul toplantısında çekimser oylar olumsuz oy olarak kabul edilse bile ayrılma hakkının kullanımı için yeterli değildir. Çünkü çekimser oy, karara muhalefet edildiği anlamına gelmez. Ancak, genel kurulda önemli nitelikteki karara karşı çekimser oy kullanarak tutanağına muhalefet şerhini yazdıran pay sahibi ayrılma hakkını kullanabilecektir. Çünkü muhalefet şerhiyle birlikte, pay sahibinin karara muhalefet ettiği kabul edilecektir⁸⁵.

Ortaklık, oydan yoksun bir pay benzeri menkul kıymet⁸⁶ çıkarmışsa, bu pay sahipleri genel kurulda oy kullanma imkanına sahip olmasalar

rek bunu zapta geçirmesi gerektiği" belirtilmiştir. Bkz. İMREGÜN, s. 155-156; MOROĞLU, s. 263.

⁸³ Bu görüşe göre pay sahibi, karara muhalefet ederek, karara karşı kaygıları olduğunu ve kararı iptal ettirmeyi düşündüğünü belirtmektedir. Ancak pay sahibi hukuka uygun bir karara da uygun görmeyerek olumsuz oy kullanabilir. Ayrıca pay sahibi, hukuka uygunluğu aykırı olduğunu düşündüğü bir karara sadece olumsuz oy kullanıp muhalefet şerhini toplantı tutanağına işletmeyerek karara razı olabilir. Bu konuda bkz. KIRCA İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal/MANAVGAT Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku Cilt. 2/2, Ankara 2016, s. 186.

⁸⁴ MOROĞLU, 264; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 7/12/1984 tarih, 1984/4466 esas ve 1984/6101 karar sayılı hükmünün karşı oy yazısında olumsuz oyun tutanağına ismen geçirilmesiyle muhalefet şartının yerine getirilmiş olduğu kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 185.

⁸⁵ MOROĞLU, s. 265.

⁸⁶ Oydan yoksun paylara ilişkin, 2499 sayılı mülga SerPK'nın 14/A hükmünde, anonim ortaklıkların esas sözleşmelerinde hüküm bulunmak şartıyla, kar payı imtiyazı sağlanarak, oy hakkından yoksun paylar ihraç edebileceği ve bunları temsil eden hisse senetlerini halka arz edebileceği düzenlenmişti. Ancak 6362 sayılı SerPK'da oydan yoksun paylara ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Pay benzeri menkul kıymet, VII-128.1 sayılı Pay Tebliği'nde, sermayede temsil edilmesi zorunlu olmayan, sabit

bile muhalefet şerhini toplantı tutanağını yazdırırsalar ayrılma hakkını kullanabilirler. Oydan yoksun pay sahibi olmak, karara muhalif olduğunu belirtmesine engel değildir⁸⁷. Çünkü, oydan yoksunluk pay sahibi açısından oy vermekle sınırlıdır. Oydan yoksunluk, pay sahibinin genel kurulda müzakerelere katılmak gibi müktesep haklarını etkilememektedir. Bu yüzden oydan yoksun pay sahibi genel kurula katılarak muhalefet şerhini toplantı tutanağına geçirtebilir⁸⁸.

Genel kurul tutanağına muhalefet şerhi geçirilirken önemli karara muhalif kalındığının belirtilmesi gerekir. Muhalefet şerhinin tutanağına geçirilmesinin ayrılma hakkı kapsamında iki amacı bulunmaktadır. Birincisi, ayrılma hakkının kimler tarafından kullanılacağına tespitini sağlamaktır. İkincisi ise, muhalefet şerhini tutanağı geçirmeyen pay sahibinin karara olumsuz oy kullanmış olsa bile ayrılma hakkını kullanamayacağı için bu hakkın kullanımının pay sahipleri yönünden sınırlandırmaktadır. Karara muhalefet şerhinin toplantı tutanağına geçirilmesiyle birlikte hangi nedenle muhalif kalındığının belirtilmesine gerek yoktur⁸⁹.

Ayrıca, pay sahibinin genel kurula katılarak irade sakatlığı sebebiyle karara olumsuz oy kullanamayan pay sahibinin durumunu incelemek gerekmektedir. Türk Borçlar Kanununun 30 ile 39. maddeleri arasında düzenlenen hata, hile ve ikrah hallerinde⁹⁰ pay sahibinin, ayrılma hakkı hususunda mevzuatta bir düzenleme bulunmamasına rağmen, bunu ispatlayarak ayrılma hakkını kullanması mümkündür. Nitekim, irade sakatlığı hallerinde pay sahibi, bunu ispatlayarak oyunun iptalini istemek hakkına sahiptir. İrade sakatlığı hallerinde pay sahibinin muhalefet şerhini toplantı tutanağına geçirtmiş olması beklenemez. Çünkü böyle bir durumda, pay sahibinin ayrılma hakkı elinden alınmış olacaktır⁹¹.

bir getiri taahhüdü barındırmayan, pay sahipliği haklarından birini ya da bir kısmını veren ve bu nitelikte olduğu Kurulca belirlenen menkul kıymetler olarak tanımlanmıştır. Böylece, oydan yoksun paylar, pay benzeri menkul kıymet olarak çıkarılabilecektir. Bkz. ADIGÜZEL, s. 34.

⁸⁷ ÇEKER Mustafa, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000, s. 119.

⁸⁸ TEOMAN Ömer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Ankara 1983, s. 173.

⁸⁹ MOROĞLU, s. 269.

⁹⁰ İrade sakatlığı halleri hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 92 vd.

⁹¹ MOROĞLU, s. 338.

2. Pay Sahibinin Genel Kurula Katılmaması

Önemli nitelikteki işleme muhalefet etme ve muhalefet şerhini genel kurul toplantı tutanağına yazdırma şartı Kanun tarafından bazı hallerde aranmamıştır. SerPK'nın 24/2 ve II-23.3 sayılı Tebliğ'in 11/5 hükümleri uyarınca, pay sahibinin genel kurul toplantısına katılmasına haksız bir biçimde engel olunması, genel kurul toplantısına usulüne uygun davet yapılmaması veya gündemin usulüne uygun bir biçimde ilan edilmemesi hâllerinde, genel kurul kararlarına muhalif kalma ve muhalefet şerhini tutanağa kaydettirme şartı aranmaksızın ayrılma hakkı doğar. Bu şartlardan birinin bulunması durumunda, olumsuz oy kullanma ve muhalefet şerhini toplantı tutanağına yazdırmaya gerek kalmadan pay sahibi ayrılma hakkını kullanabilir. Ancak bahsedilen şartlardan birinin varlığını ispatlamak bu hakkı kullanmak isteyen pay sahibinin yükümlülüğündedir.

Pay sahibinin genel kurul toplantısına katılmasına haksız bir biçimde engel olunması, pay sahibinin genel kurula hiç katılmamasıyla birlikte genel kurula katılsa bile oy hakkını kullanmasını engellenmesi de dahildir⁹². Çünkü bu durumda da pay sahibinin oy hakkını serbestçe kullanabilmesi⁹³ engellenmektedir. Bu yüzden, oy kullanma hakkı engellenen pay sahibi bu durumu ispatlayarak ayrılma hakkına başvurabilecektir.

Genel kurul toplantısına usulüne uygun davet yapılmaması, pay sahibinin önemli nitelikteki işleme olumsuz oy kullanıp muhalefet şerhini toplantı tutanağına geçirtmeden ayrılma hakkını kullanabileceği bir diğer haldir. Burada, usulüne uygun davet yapılmamış olması ve pay sahibinin genel kurula katılmamış olması gerekmektedir. Usulüne uygun davet yapılmadığı halde genel kurula katılan pay sahibinin ayrılma

⁹² TTK'nın 446/2 hükmünde, genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmeyen pay sahibinin, genel kurul kararının iptali davasını açma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

⁹³ Pay sahibinin oy hakkını serbestçe kullanma ilkesi, genel kurula katılmakta, oyunu kullanmakta, değişik yönde oy kullanmakta ve temsilci aracılığıyla oy kullanmakta serbest olmasını ifade etmektedir. Bkz. YİĞİT İ İlhan, Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 2005, 212; Oy hakkı, pay sahibine değil paya bağlı bir haktır. Nitekim TTK'nın 434. maddesinde, pay sahiplerinin oy hakkını, paylarının toplam itibari değeriyle orantılı olarak kullanacağı düzenlenmiştir. Oy hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 498 vd.

hakkını kullanabilmesi için olumsuz oy vermesi ve muhalefet şerhinin toplantı tutanağına geçirtmesi zorunludur⁹⁴.

Halka açık anonim ortaklıklarda genel kurul daveti, SerPK'nın 29. maddesi gereği, esas sözleşmede gösterilen şekilde, ortaklığın internet sitesi ve KAP ile SPK tarafından belirlenen diğer yerlerde yayımlanan ilanla çağrılmak zorundadır. Bu çağrı, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere, toplantı tarihinden en az üç hafta önce yapılır. Bu madde ile Kurul tarafından düzenlenen usul ve esaslar uygun olarak yapılmayan çağrı, usulüne uygun yapılmayan davet olarak kabul edilecektir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre, borsada işlem görmeyen nama yazılı paylar için TTK'nın 414. maddesinin⁹⁵ uygulanacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki, SerPK'nın 16/2 hükmü gereği, payları borsada işlem görmeyen anonim ortaklıklar, halka açık ortaklık statüsünü kazandıktan sonra en geç iki yıl içinde paylarının işlem görmesi için borsaya başvurmak zorundadırlar. Dolayısıyla ortaklığın nama yazılı payları borsaya kote olduktan sonra bu paylar için TTK'nın 414. maddesi yerine SerPK'nın 29. maddesi uygulanacaktır.

Pay sahibinin genel kurula katılmadan ayrılma hakkını kullanabileceği bir diğer hal ise gündemin usulüne uygun bir biçimde ilan edilmemesidir. Anonim ortaklıklarda genel kurul, gündeme bağlı olarak toplanır ve karar alır⁹⁶. Halka açık anonim ortaklıkların genel kurulları için SerPK'nın 29/1 hükmüne göre, esas sözleşmede gösterilen şekilde,

⁹⁴ PULAŞLI, s. 576.

⁹⁵ TTK'nın 414 maddesine göre genel kurul toplantıya, esas sözleşmede gösterilen şekilde, şirketin internet sitesinde ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanan ilanla çağrılır. Bu çağrı, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere, toplantı tarihinden en az iki hafta önce yapılır. Pay defterinde yazılı pay sahipleriyle önceden şirkete pay senedi veya pay sahipliğini ispatlayıcı belge vererek adreslerini bildiren pay sahiplerine, toplantı günü ile gündem ve ilanının çıktığı veya çıkacağı gazeteler, iadeli taahhütlü mektupla bildirilir.

⁹⁶ Gündeme bağlılık ilkesi gereği, genel kurulda ancak gündemden bulunan konular hakkında müzakere edilebilir ve karar verilebilir. Bu ilke gereği genel kurul, gündeme madde de ekleyemez. Gündeme bağlılık kuralı, TTK'nın 416/2 hükmünde düzenlenmiştir. Bu kuralın istisnalarından biri, TTK'nın 416/2 hükmünde düzenlenen, çağrısız toplanan genel kurulda, gündeme oybirliği ile madde eklenmesidir. Bkz. PO-ROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), s. 372. Gündeme bağlılık kuralının diğer istisnaları için ayrıca bkz. Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik 25. madde.

ortaklığın internet sitesi ve KAP ile SPK tarafından belirlenen diğer yerlerde yayımlanan ilanla çağrı yapılması zorunludur. Bu çağrı, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere, toplantı tarihinden en az üç hafta önce yapılır⁹⁷. Toplantının gündemin usulüne uygun bir biçimde ilan edilmesi pay sahibinin oy kullanma hakkını engellediği için bu madde ile pay sahibi, genel kurula katılmadan ayrılma hakkını kullanabilecektir⁹⁸.

3. Pay Üzerinde İntifa Hakkı Bulunması

II-23.3 sayılı Tebliğ'in 11/6 hükmünde, pay üzerinde intifa hakkı⁹⁹ bulunduğu ve oy hakkının intifa hakkı sahiplerince kullanıldığı hallerde, intifa hakkı sahibinin ayrılma hakkını kullanamayacağı düzenlenmiştir. Bu durumda ayrılma hakkını kullanmak isteyen pay sahibi, kendisinin veya temsilcisinin genel kurul toplantılarına katılıp ilgili işleme karşı olumsuz oy kullanması ve muhalefet şerhini toplantı tutanağına işletmesi gerekmektedir.

TTK'nın 432/2 hükmüne göre, bir payın üzerinde intifa hakkı bulunması hâlinde, aksi kararlaştırılmamışsa, oy hakkı, intifa hakkı sahibi tarafından kullanılmaktadır. Böylece, intifa hakkı sahibi oy hakkına sahip olmaktadır. Ancak, intifa hakkı bir mülkiyet hakkı sağlamadığı için intifa hakkına sahip olan kişi ayrılma hakkına sahip olmaz. Çünkü ayrılma hakkı, pay sahipliğini sona erdiren bir irade beyanı ve intifa hakkı sahibinin kullanamayacağı bir malvarlığı hakkıdır¹⁰⁰.

İntifa hakkı sahibi, kanuni veya iradi bir şekilde temsilcisi değildir. İntifa hakkı sahibi, üzerinde intifa hakkı bulunan paydan kaynaklı oy

⁹⁷ TTK'nın 414. maddesine göre genel kurul, toplantıya, esas sözleşmede gösterilen şekilde, şirketin internet sitesinde ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanan ilanla çağrılır. Bu çağrı, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere, toplantı tarihinden en az iki hafta önce yapılır. Halka açık anonim ortaklıklarda ortak sayısının çokluğu sebebiyle çağrı ilanı, TTK'dan farklı düzenlemeye sahiptir. Bu hususta bkz. MA-NAVGAT, s. 136 vd.

⁹⁸ MOROĞLU, s. 273 vd.

⁹⁹ İntifa hakkı, bir irtifak hakkı olup başkasına ait bir eşya, hak veya malvarlığı üzerinde belirli bir kişiye tam yararlanma imkanı sağlayan bir irtifak hakkıdır. İrtifak hakkının kurulması ile malik, eşyanın veya hakkın özdeğerini kendisinde tutmakta iken bunlardan elde edilebilecek yararları belirli bir kişiye tahsis etmektedir. İntifa hakkı kavramı hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2012, s. 817 vd.

¹⁰⁰ SÖNMEZ, s. 68.

hakkını kendi adına ve hesabına kullanmaktadır İntifa hakkı sahibi pay sahibinin temsilcisi olmadığı için intifa hakkı sahibi oy hakkını, pay sahibinden her hangi bir onay veya talimat almadan bağımsız olarak kullanır¹⁰¹. Bu sebeple, intifa hakkı sahibi genel kurula katılarak önemli nitelikteki işleme olumsuz oy kullanma ve muhalefet şerhini toplantı tutanağına geçirme işlemlerini yerine getiremez.

Ayrılma hakkı, oy hakkından bağımsız olarak pay sahipliğinden kaynaklanan bir hak olduğu için intifa hakkı sahibi tarafından kullanılmaz¹⁰² ve pay sahibi ayrılma hakkını kullanabilmek için önemli nitelikte işlemin kararının alındığı genel kurula bizzat katılıp olumsuz oy kullanarak muhalefet şerhini toplantı tutanağına geçirtmek zorundadır¹⁰³.

B. Ayrılma Hakkının Kullanım Süreci

Ayrılma hakkının kullanılmasının işleyiş süreci, ayrılma hakkının kullanmak isteyen pay sahibinin hangi usullerle bu hakkı kullanacağıdır. İşleyiş süreci çeşitli aşamalardan oluşmaktadır. Bu aşamalar sırasıyla uygulanmak zorundadır. İşleyiş süreci, genel kurul öncesi yapılması gerekenler, genel kurul toplantısı sırasında ve genel kurul toplantısı sonrasında yapılmak üzere işlemler olarak üçe ayrılarak incelenecektir.

1. Genel Kurul Öncesi Yapılması Gerekenler

SerPK'nın 24/3 ve II-23.3 sayılı Tebliğ'in 9. maddesine göre, önemli nitelikteki işlemlerin görüşüleceği genel kurul toplantısının gündeminde, bu kararlara muhalefet oyu kullanacak pay sahiplerinin ortaklıktan ayrılma hakkının bulunduğu hususu, bu hakkın kullanılması durumunda payların ortaklık tarafından satın alınacağı birim pay bedeli ve ayrılma hakkı kullanılmasına ilişkin işleyiş süreci yer almak zorundadır.

¹⁰¹ KENDİGELEN Abuzer, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994, s. 270.

¹⁰² Pay sahipliğinden kaynaklanan bireysel haklar, pay üzerinde intifa hakkı bulunması sebebiyle bertaraf edilemez ve sınırlandırılmaz. Pay sahibinin bireysel haklarındaki menfaati, pay üzerinde intifa hakkı bulunduğu hallerde de varlığını sürdürmektedir. Bu yüzden pay sahibi, bireysel hakkı olan ayrılma hakkını bizzat kullanır. Bkz. KENDİGELEN, İntifa Hakkı, s. 329.

¹⁰³ KENDİGELEN, İntifa Hakkı, s. 312.

Bu madde uyarınca, önemli nitelikteki işlemlerin görüşüleceği genel kurul gündemine bu karara olumsuz oy kullanan pay sahiplerinin ayrılma hakkına sahip olacağı yazılacaktır. Burada gündeme, ayrılma hakkına ilişkin genel bilgi verilmeli ve bu hakkın kullanılabilmesi için pay sahibinin muhalefet şerhini toplantı tutanağına geçirmesi gerektiği yazılmalıdır. Genel kurul gündemi, çağrı usulüne göre toplantıdan önce pay sahiplerine bildirilmiş olmalıdır.

Genel kurul gündeminin çağrı yoluyla bildirilmemesi halinde SerPK'nın 24/2 ve II-23.3 sayılı Tebliğ'in 11/5 hükümlerine göre pay sahibi genel kurulda bulunmasa bile ayrılma hakkını kullanabilmektedir. Ancak bunun için pay sahibinin genel kurula katılmamış olması şarttır. Genel kurula katılan pay sahibi usulüne uygun çağrı yapılmamış olsa bile ayrılma hakkını kullanmak için karara olumsuz oy kullanarak muhalefet şerhini toplantı tutanağına geçirmek zorundadır.

Çağrıda, ayrılma hakkını kullanılması durumunda payların ortaklık tarafından satın alınacağı birim pay bedeli ve ayrılma hakkı kullanılmasına ilişkin işleyiş süreci de yer almak zorundadır. Bu hususların gündemde yer almaması durumunda çağrının usulsüz olarak yapılmış olduğunu kabul etmek gerekir¹⁰⁴.

Aynı genel kurul toplantısında birden fazla önemli nitelikteki işlem hakkında karar almak mümkün olabilir. Böyle bir durumda, önemli nitelikte işlemlerin ayrı ayrı genel kurul gündemine yazılması gerekmektedir. Çünkü, II-23.3 sayılı Tebliğ'in 9/3 hükmünde, Aynı genel kurul toplantısında karara bağlanacak her bir önemli nitelikteki işlemin ayrı bir gündem maddesi olarak görüşülmesi ve her bir işlem için belirlenecek ayrılma hakkı kullanım fiyatının gündemde ayrıca gösterilmesi zorunludur. Böylece, gündemde yer alan önemli nitelikteki işlemlerin herhangi birine olumsuz oy kullanarak muhalefet şerhini toplantı tutanağına geçiren pay sahibi ayrılma hakkını kullanabilecektir.

2. Genel Kurul Sonrası Yapılması Gerekenler

Genel kurulda önemli nitelikteki işleme olumsuz oy vererek muhalefet şerhini toplantı tutanağına yazdıran pay sahibinin ayrılma hakkını kullanacağını ortaklığa bildirmesi gerekmektedir. II-23.3 sayılı Tebliğ'in 12/2 hükmüne göre, ayrılma hakkının kullandırılması genel kurul tari-

¹⁰⁴ BEKTAŞ, s. 809.

hinden itibaren en geç altı iş günü içinde başlar. Ayrılma hakkının kullanım süresi, başlangıç tarihinden itibaren on iş günüdür. Ayrılma hakkı bu sürelerle bağlı olarak kullanılabilir. TTK'nın 445. maddesine göre, genel kurul kararının iptali davası karar tarihinden itibaren üç ay içinden istenebilirken, ayrılma hakkının kullanımı daha kısa bir süreye bağlanmıştır. Bunun sebebi, genel kurul tarihinden itibaren uzun süre beklenerek pay sahiplerinin ayrılma sürecinin uzatılmaması ve ayrılma iradelerinin etkilenmemesini sağlamaktır¹⁰⁵.

Ayrılma hakkının kullanımı, payını satmak isteyen pay sahibi ile bu payı almak zorunda olan ortaklık arasında kurulan bir satım sözleşmesi ile mümkün olmaktadır¹⁰⁶. Çünkü önemli nitelikteki işleme olumsuz oy kullanan pay sahiplerinin ayrılma hakkına sahip olacağının çağrı yoluyla bildirilmesi ortaklık tarafından yapılmış bir icap, genel kurulda muhalefet şerhini toplantı tutanağına geçirterek ayrılma hakkını kullanmak istediğini ortaklığa bildirmesi pay sahibi tarafından yapılmış bir kabul beyanıdır. Tebliğ hükmü gereği ortaklık, altı iş günü içinde ayrılma hakkını kullanabilecek pay sahiplerini açıklayacak ve bu pay sahipleri ortaklığa bildirim yaparak ayrılma hakkını kullanabilecektir. Bu bildirimden sonra ortaklık, en az on en fazla yirmi iş günü içinde ayrılmak isteyen pay sahibinin payını devralmak zorundadır. Böylece, pay sahibi ile ortaklık arasında satım işlemi gerçekleşecektir.

II-23.3 sayılı Tebliğ'in 12/4 hükmüne göre, ayrılma hakkını kullanmak isteyen pay sahipleri, bu hakkı grup ayrımına bakılmaksızın sahip oldukları payların tamamı için kullanmak zorundadır. Bu yüzden pay sahibi ayrılma hakkını payın bir bölümü için kullanamaz. Payın kısmi bir bölümü için ayrılma hakkının kullanımı ayrılma hakkının doğal yapısına da uygun düşmezdi. Çünkü önemli nitelikteki işlemde dolayı durumunda esaslı değişiklik olan pay sahibinin payının bir kısmını satmayarak ortaklıkta kalmaya devam etmesi düşünülemez. Ortaklıkta kalmaya devam etmek isteyen pay sahibinin ayrılma hakkını hiç kullanmaması gerekir. Burada, grup ayrımının da yapılmadan payın tamamının devredileceği Tebliğ hükmü ile düzenlenmiştir.

¹⁰⁵ BEKTAŞ, s. 813.

¹⁰⁶ SÖNMEZ, s. 141.

II-23.3 sayılı Tebliğ'in 12/1 hükmü gereği, ayrılma hakkının aracı kurum¹⁰⁷ vasıtasıyla kullandırılması zorunludur. Bunun nedeni, ortaklık tarafından satın alınacak payların SerPK'nın 24. maddesi gereği, borsada oluşan ağırlıklı ortalama fiyatların ortalaması üzerinden satın alınmasıdır. Bununla birlikte, payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar için aracı kurum kullanma zorunluluğuna talep üzerine Kurul tarafından muafiyet verilebilir. Tebliğ'in 12/3 hükmü gereği, ayrılma hakkını kullanacak pay sahipleri ayrılma hakkına konu payları, ortaklık adına alım işlemlerini gerçekleştiren aracı kuruma, kamuya açıklanan ayrılma hakkının kullanım sürecine ilişkin ilan edilen çerçevede ve genel hükümler doğrultusunda teslim ederek satışı gerçekleştirir. Ayrılma hakkını kullanmak için aracı kuruma başvuran pay sahiplerine pay bedelleri en geç satışı takip eden işgünü ödenmek zorundadır.

3. Ayrılma Hakkının Kullanımının Engellenmesi

II-23.3 sayılı Tebliğ'in 8/3 hükmü uyarınca anonim ortaklık yönetim kurulu, bazı şartlarda ayrılma hakkının konusunu oluşturan önemli nitelikteki işlemin gerçekleştirilmeyeceğini kararlaştırılabilir. Böylece, işleme muhalefet ederek ayrılma hakkına sahip olan pay sahiplerinin ayrılma hakkını kullanması engellenebilmektedir.

Tebliğ'in söz konusu hükmüne göre, anonim ortaklık yönetim kurulu, ayrılma hakkı kullanımları sonucunda ortaklığın katlanmak zorunda kalabileceği toplam maliyetin belirlenen tutarı aşması veya belirlenen orandan fazla paya sahip veya belirlenen nitelikteki ortakların olumsuz oy kullanması halinde genel kurul kararı alınmış olmasına rağmen söz konusu işlemin gerçekleştirilmeyeceğini kararlaştırabilir. Yönetim kurulu bu kararı, önemli nitelikteki işlemlerin görüşüleceği genel kurul toplantısına ilişkin gündemin ilanından önce almak zorundadır. Bahsedilen iki şarttan birinin varlığı halinde yönetim kurulu işlemin gerçekleştiril-

¹⁰⁷ Aracı kurum, SerPK'nın 3/1-a hükmünde tanımlanmıştır. Buna göre aracı kurum, sermaye piyasası araçlarıyla ilgili emirlerin alınması ve iletilmesi, sermaye piyasası araçlarıyla ilgili emirlerin müşteri adına ve hesabına veya kendi adına ve müşteri hesabına gerçekleştirilmesi, sermaye piyasası araçlarının kendi hesabından alım ve satımı, sermaye piyasası araçlarının halka arzında yüklenimde bulunularak satışa aracılık edilmesi, sermaye piyasası araçlarının halka arzında yüklenimde bulunmaksızın satışa aracılık edilmesi faaliyetlerini münhasıran olmak üzere yerine getiren Kurul tarafından yetkilendirilen yatırım kuruluşudur.

meyeceğini kararlaştırması, pay sahipleri tarafından kullanımından dolayı ortaklığın zarara uğramasını engellemektir. SPK, Tebliğ'e bu maddeyi ekleyerek halka açık anonim ortaklığın menfaatlerini de korumuş ve pay sahipleri ile ortaklık arasındaki menfaat dengesini korumayı amaçlamıştır.

İşlemden vazgeçmeye ilişkin oylamada nisabın belirlenmesi konusunda II-23.3 sayılı Tebliğ'de düzenleme yapılmamıştır. Bu yüzden, işlemden vazgeçilmesi oylamasında SerPK'nın 29/6 hükmünde düzenlenen nisabın aranması gerekmektedir¹⁰⁸.

C. Ayrılma Hakkı Kullanım Fiyatı

Ayrılma hakkını kullanan pay sahibi payını ortaklığa satarak karşılığında payının nakit bedelini almaktadır. Ayrılma hakkını kullanan ortağın pay bedelinin tespit edilerek adil bir değer karşılığında ortaklıktan ayrılması gerçekleşmektedir. Burada, pay bedelinin karşılığı olan adil değer tespiti tartışma konusu olmaktadır. Adil değer hesaplanması, bir yöntem konusudur ve bu konuda farklı hesaplama yöntemleri mümkündür¹⁰⁹. Mevzuatımızda, payları borsada işlem gören ve görmeyen halka açık anonim ortaklıklar olmak üzere iki farklı yöntemle ayrılma bedeli hesaplanmaktadır.

II-23.3. Sayılı Tebliğ'in 14/1 hükmü gereği, payları borsada işlem gören ortaklıklarda ayrılma hakkı kullanım fiyatı, önemli nitelikteki işlemin yönetim kurulu tarafından kamuya açıklandığı tarih itibarıyla payları Borsa İstanbul A.Ş. Yıldız Pazarda işlem gören ortaklıklar için bu tarihten önceki son bir aylık, diğer ortaklıklar için ise bu tarihten önceki son altı aylık dönem içinde borsada oluşan günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyatların aritmetik ortalaması olarak belirlenir. Tebliğde geçen bir ay ifadesinden otuz gün anlaşılmalıdır.

II-23.3. Sayılı Tebliğ'in 14/2 hükmü gereği, Payları borsada işlem görmeyen ortaklıklarda ayrılma hakkı kullanım fiyatının tespiti için alınan yönetim kurulu kararının kamuya açıklandığı tarihteki değeri esas alan değerlendirme raporu hazırlanır. Değerleme raporunun tamamı ya da özet bölümü, önemli nitelikteki işlemin görüşüleceği genel kurul toplantısı gündemi ile birlikte açıklanmalıdır. Değerleme raporu tarihi ile önemli nitelikteki işlemin genel kurulda görüşüleceği tarih arasında or-

¹⁰⁸ ADIGÜZEL, s. 40; MANAVGAT, s. 339.

¹⁰⁹ SÖNMEZ, s. 120.

taklığın değerini etkileyecek önemli bir değişiklik meydana gelmesi durumunda; değerlendirme kuruluşu tarafından söz konusu değişikliğin ayrılma hakkı kullanım fiyatına etkisini gösteren ek rapor hazırlanarak genel kurula sunulmalıdır. Ek raporda ayrılma hakkının fiyatının etkilendiği sonucuna varılırsa ayrılma hakkı yeni belirlenen fiyat üzerinden kullanılacaktır.

Pay bedelinin tespitinde hangi tarih üzerinden hesaplama yapılacağı önemlidir. Çünkü payın bedeli zamana göre değişebilmektedir. Payın bedelinin tespitinde yanlışlık yapılması ayrılma hakkının amaçlarında olan pay sahibinin hakkını koruma ilkesine aykırı olacaktır. Zira önemli nitelikteki işlemden sonra oluşacak pay bedeli üzerinden yapılması varsayımında işlemten etkilenen pay sahibinin hakları korunmamış olacaktır¹¹⁰.

II-23.3. Sayılı Tebliğ'in 14/4 hükmü gereği, aynı genel kurul toplantısında birden fazla önemli nitelikteki işlemin görüşülecek olması durumunda pay sahibine ödenecek ayrılma hakkı bedeli, pay sahibinin ayrılma hakkına sahip olduğu tüm önemli nitelikteki işlemler kapsamında, her bir işlem için hak kazanılan pay tutarları da dikkate alınarak, en yüksek fiyattan başlanarak hesaplanır. II-23.3. Sayılı Tebliğ'in 14/5 hükmü gereği, ayrılma hakkı bedelinin tam ve nakden ödenmesi zorunludur.

D. Payların Satın Alınmasının Sonuçları

Pay sahibinin önemli nitelikteki işleme muhalefet ederek muhalefet şerhini genel kurul toplantı tutanağına yazdırmak suretiyle sahip olduğu ayrılma hakkını kullanmasıyla ortaklık, pay sahibinin payını satın almak zorundadır. Pay sahibinin payının ortaklık tarafından satın alınmasıyla pay sahibi ile ortaklık arasındaki ilişki sona erer ve pay sahibinin ortak olmaktan kaynaklanan hakları kalkar.

Ayrılma hakkını kullanacak pay sahipleri payları, ortaklık adına alım işlemlerini gerçekleştiren aracı kuruma, kamuya açıklanan ayrılma hakkının kullanım sürecine ilişkin ilan edilen çerçevede ve genel hükümler doğrultusunda teslim eder. Teslimle birlikte ayrılma hakkı kullanılmış olur ve ayrılma hakkına konu payın satımı gerçekleşir¹¹¹.

¹¹⁰ DEVELİ Bilge, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Sayı 1-2, Ankara 2013, s. 456.

¹¹¹ SEMERCİ VURALOĞLU Tuğba, Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Ayrılma Hakkı, İstanbul 2018, s. 467.

Ayrılma hakkını kullanan pay sahibinin paylarının ortaklık tarafından satın alınmasıyla birlikte paylar, ortaklığın mülkiyetine geçer. Bir başka deyişle ortaklık, kendi paylarını iktisap¹¹² etmiş olur. Ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesi durumunda, TTK'nın 379. maddesine göre, esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşan veya bir işlem sonunda aşacak olan miktarda, ivazlı olarak iktisap edemeyeceği düzenlenmiştir. SerPK'nın 22. maddesinde, halka açık anonim ortaklıkların kendi paylarını iktisap etmesine ilişkin usul ve esasların Kurul tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. Bunun neticesinde çıkarılan II-22.1 sayılı Geri Alınan Paylar Tebliği'nin¹¹³ 9. maddesine göre, geri alınan payların nominal değeri ortaklıkların ödenmiş veya çıkarılmış sermayesinin yüzde onunu aşamaz. Bununla birlikte, II-23.3 sayılı Tebliğ'in 14/6 hükmüne göre, ayrılma hakkının kullanılması sonucunda geri alınan paylar, ortaklıkların kendi paylarını geri almasına ilişkin Kurul düzenlemelerine tabidir.

Ortaklık tarafından geri alınan payların, II-22.1 sayılı Tebliğ'in 19. maddesine göre, yüzde onu ortaklık mülkiyetinde tutulabilir. II-22.1 sayılı Tebliğ'in 9/3 hükmüne göre, geri alınan payların toplam bedeli, Kurul düzenlemeleri çerçevesinde kâr dağıtımına konu edilebilecek kaynakların toplam tutarını aşamamaktadır. Bu yüzden, ayrılma hakkını kullanan pay sahiplerinin satın alınan paylarının yüzde on sınırından fazla olması durumunda, ödenmiş ve çıkarılmış sermayenin yüzde onuna karşılık gelen ve kar dağıtımına konu edilebilecek toplam tutarı haricindekilerin ortaklık mülkiyetinden çıkartılması gerekecektir.

¹¹² Ortaklığın kendisinin oluşturduğu payları ve pay senetlerini satın alması, ortaklığın kendi paylarını satın almasıdır. İktisaba konu olan şey esas sermayenin bir parçası olan ve pay sahipliğinden doğan hak ve borçların bir bütünü olan paydır. Bu yüzden, temettü kuponları, intifa senetleri ve tahviller payları değiştirme veya yeni pay alma hakkı verseler bile TTK anlamında iktisap kavramına girmezler. Anonim ortaklık açısından bu çeşit senetlerin iktisap edilmesi yasağı bulunmamaktadır. İlmühaberler ise pay senetlerinin yerini tutmak üzere geçici olarak düzenlenmiş kıymetli evrak niteliğinde senetler olup hukuken pay senetleri ile aynı mahiyette olduğu için TTK'nın 379. Maddesi anlamında iktisap yasağına girerler. Anonim ortaklığın ilmühaberleri iktisap etmesi kendi paylarını iktisap etmesi olarak kabul edilir. Ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesi hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKTAŞ İlyas, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını İktisabı, İstanbul 2006, s. 29 vd.

¹¹³ 3/1/2014 tarih ve 28871 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Yüzde on sınırını aşan paylar, II-22.1 sayılı Tebliğ'in 19. maddesine göre, geri alım tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde elden çıkarılmak zorundadır. Bu süre içinde satılamayan paylar ise sermaye azaltımı suretiyle itfa edilecektir. Bununla birlikte, II-22.1 sayılı Tebliğ'in 19/3 hükmüne göre, ortaklık paylarının ödenmiş veya çıkarılmış sermayenin azaltılması çerçevesinde payların iktisap edilmesi haricinde, geri alınan payların ortaklığın ödenmiş veya çıkarılmış sermayesinin yüzde onunu aşan kısmının herhangi bir kayba yol açmadan devirleri mümkün olur olmaz ve her halükarda elde edilmelerinden itibaren üç yıl içinde elden çıkarılır. Bu süre zarfında elden çıkarılmayan paylar sermaye azaltımı suretiyle derhal itfa¹¹⁴ edileceği düzenlenmiştir. Bu durumda, ayrılma hakkının kullanımı sonucu kendi paylarını iktisap eden ortaklık, satın aldığı payların yüzde onu aşan kısmını üç yıl süreyle elinde tutabilir¹¹⁵.

E. Ayrılma Hakkına Konu Payların Diğer Pay Sahipleri veya Yatırımcılar Tarafından Alınması

II-23.3 Sayılı Tebliğ'in 13. maddesi ile ayrılma hakkını kullanan pay sahibinin payını ortaklığın satın alması zorunluluğuna bir istisna getirilmiştir. Buna göre, payları borsada işlem gören ortaklıkların yönetim kurulu, ayrılma hakkına konu payların ortaklık tarafından satın alınmasından önce ayrılma hakkı kullanım fiyatı üzerinden diğer pay sahiplerine veya yatırımcılara önerilmesine ilişkin karar alabilir. Burada açıkça payları borsada işlem gören ortaklıklardan bahsedildiği için halka arz edilmediği halde halka açık kabul edilen ortaklıkların bu kararı alması mümkün olmayacaktır.

II-23.3 Sayılı Tebliğ'in 13/2 hükmü gereği, ayrılma hakkına konu paylar, satın almayı talep eden tüm pay sahiplerine veya yatırımcılara aralarında eşitsizlik yaratmayacak şekilde oransal dağıtım esasına göre dağıtılacaktır. Satın alma talebinde bulunan pay sahiplerinin veya yatırımcıların kendi aralarında dağıtım şekli konusunda anlaşmaları halinde, anlaşmaları dağıtım şekli esas alınacaktır. Ayrılma hakkına konu payların diğer pay sahipleri veya yatırımcılar tarafından talep edilmeyen kısmı ortaklık tarafından satın alınacaktır.

¹¹⁴ Payların itfası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYDIN Alihan, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, İstanbul 2008, s. 261 vd.

¹¹⁵ MANAVGAT, s. 539 vd.

II-23.3 Sayılı Tebliğ'in 13/3 hükmü gereği, ayrılma hakkına konu payları satın almak isteyen pay sahipleri veya yatırımcıların, genel kurul tarihinden itibaren üç iş günü içinde almak istedikleri pay tutarına ilişkin yazılı taleplerini ortaklığın belirleyeceği aracı kuruma iletmeleri ve alımı karşılayacak tutardaki fonu aracı kurum nezdinde bloke etmek zorundadır. Aracı kurum kendisine iletilen alım taleplerini üçüncü iş günü sonunda ortaklığa iletir. Ortaklık yönetim kurulu dördüncü iş gününde, talep gelmesi durumunda alımda bulunacak kişiler ve her birinin alımda bulunacağı pay tutarını; talep gelmemesi durumunda ise satın almanın ortaklık tarafından gerçekleştirileceğini belirterek satın alma işleminin başlangıç ve bitiş tarihine ilişkin karar almak ve bu kararı aynı gün KAP'ta ilan etmek zorundadır.

II-23.3 Sayılı Tebliğ'in 13/4 hükmü gereği, ayrılma hakkı kullanım taleplerinin aracı kuruma iletilmesinde, hakkın kullandırılmaya başlandığı tarihten itibaren on iş günlük süre uygulanır. Gelen satım taleplerinin alım talebinde bulunanlara oransal olarak veya kendi aralarındaki anlaşmaya göre dağıtılması, alım talebinde bulunulmayan diğer payların ortaklık tarafından satın alınması ve ayrılma hakkını kullanan pay sahiplerine gerekli ödemelerin yapılması onuncu iş gününü takip eden iş gününde tamamlanır.

SONUÇ

Anonim ortaklıklarda pay sahipleri arasında yaşanan menfaat çatışmasının dengelenmesi ihtiyacı uzunca bir süre tartışma konusu olmuştur. Ayrılma hakkı da bu tartışmanın neticesinde ortaya çıkmış düzenlemelerden birisidir. Ayrılma hakkı, ortaklık genel kurulunda görüşülen bazı önemli nitelikteki kararlara muhalefet eden pay sahibinin payını makul bir değer üzerinden ortaklığa satarak ortaklıkla ilişkisini sona erdirmesi olarak tanımlanmıştır. 6102 sayılı TTK'da da düzenleme altına alınan ayrılma hakkı, halka açık anonim ortaklıklar için hukukumuzda 6362 sayılı SerPK ile düzenlenmiştir.

Ayrılma hakkı ile, rızai bir sözleşme olan alım satım sözleşmesi, ortaklık açısından zorunlu bir hale gelerek önemli nitelikteki işleme muhalefet eden pay sahibini payının ortaklık tarafından satın alınması zorunluluğu doğmaktadır.

6362 sayılı SerPK'nın 24. maddesine ayrılma hakkının düzenlenmesiyle halka açık anonim ortaklıklarda, önemli nitelikte işlemin görü-

şüldüğü genel kurul toplantısında olumsuz oy kullanan pay sahibinin ortaklıktan ayrılma hakkı doğmaktadır. Ayrılma hakkı, pay sahibi olmaktan kaynaklanan bireysel bir haktır. Çünkü, belirli bir pay grubuna ihtiyaç olmadan ortak sıfatını haiz her pay sahibi tarafından kullanılabilen bir haktır. Ayrılma hakkı, ortaklığın veya pay sahibinin rızasına gerek olmaksızın kanun tarafından tanınmış bir hak olduğu için vazgeçilmez nitelikte bir haktır. Bu yüzden pay sahibinin ayrılma hakkından feragat etmesi söz konusu değildir. Ayrılma hakkı, para ile ölçülebilen bir bedel sağladığı için malvarlıksal hak niteliğindedir.

Önemli nitelikteki işlemlerin, tahdidi olmaması pay sahiplerini korumak açısından önemlidir. Çünkü, kanun koyucunun ilerde yaşanması muhtemel tüm durumları öngörmesi her zaman mümkün değildir. Kanun koyucunun öngörmediği önemli nitelikte işlemin ortaya çıkması durumunda yine ayrılma hakkının kullanılması daha uygun olacaktır. Ancak, II-23.1 sayılı Tebliğ ile önemli nitelikteki işlemlerin Kurul tarafından düzenlenmesiyle tahdidi hale gelmesiyle, belirsizliğin yaratacağı sorunların önüne geçilmek istenmiştir. Çünkü, önemli nitelikteki işlemlerin neler olduğunun belirsiz olduğu ihtimalinde, ayrılmak isteyen pay sahiplerinin paylarının bedelinin ödenmesi için ortaklığın, sürekli olarak karşılık ayırması gerekecektir. Böyle bir durumda da ortaklığın ciddi şekilde zarara uğraması mümkün olacaktır. Bu yüzden, önemli nitelikteki işlemlerin sınırlarının Kurul tarafından çizilmesi kanaatimizce yerinde bir düzenlemedir.

Ayrılma hakkının kullanılabilmesi için, pay sahibinin genel kurula katılarak karara olumsuz oy vermiş ve muhalefet şerhini toplantı tutanağına geçirtmiş olması gerekmektedir. Ayrıca, pay sahibinin genel kurul toplantısına katılmasına haksız bir biçimde engel olunması, genel kurul toplantısına usulüne uygun davet yapılmaması veya gündemin usulüne uygun bir biçimde ilan edilmemesi hâllerinde, genel kurul kararlarına muhalif kalma ve muhalefet şerhini tutanağa kaydettirme şartı aranmaksızın ayrılma hakkı doğar. Bununla birlikte, pay üzerinde intifa hakkı bulunması halinde, intifa hakkı sahibi ayrılma hakkını kullanamamaktadır.

Önemli nitelikteki işlemlerin görüşüleceği genel kurul toplantısının gündeminde, bu kararlara muhalefet edecek pay sahiplerinin ayrılma hakkına sahip olduğu, bu hakkın kullanılması halinde, payların ortaklık tarafından satın alınacağı bedel ve ayrılma hakkının kullanılmasına dair işleyiş süreci yer almak zorundadır.

Ayrılma hakkını kullanmak isteyen pay sahibi, genel kurul tarihinden itibaren altı iş günü içinde bildirimde bulunur. En az on en fazla yirmi iş günü içinde, paylar satın alınarak ayrılma hakkı kullanılmış olur. Ayrılma hakkını kullanmak isteyen pay sahibi, paylarının tamamını satmak zorundadır. Ayrılma hakkı, aracı kurum tarafından kullanılmaktadır.

Ayrılma akçesi, payları borsada işlem gören halka açık anonim ortaklıklarda, Borsa İstanbul A.Ş. Yıldız Pazarda işlem gören ortaklıklar için önemli nitelikteki işlemin kamuya açıklandığı tarihten önceki bir ay içinde ve diğer ortaklıklar için son altı ay içinde borsada oluşan ağırlıklı ortalama fiyatların ortalaması, olarak hesaplanmaktadır. Payları borsada işlem görmeyen halka açık anonim ortaklıklarda payların makul ve adil değeri ise bir değerlendirme raporu ile tespit edilmektedir. Değerleme raporu, önemli nitelikteki işlemin görüşüleceği genel kurul toplantı gündeminde açıklanır. Değerleme raporu, Kurul'un ilgili düzenlemelerine göre hazırlanır.

Pay sahibinin ayrılma hakkını kullanmasıyla, ortaklığın payı satın alma zorunluluğu doğar ve bunun neticesinde pay sahibinin payı ortaklık tarafından satın alınarak, pay sahibinin ortaklık ile ilişkisi sona erer. Böylece, payın mülkiyeti ortaklığa geçer ve pay sahibinin ortak olmaktan kaynaklanan hakları ortadan kalkar.

Sonuç olarak ayrılma hakkı, anonim ortaklıklarda menfaat çatışmasını dengelemek ve ortaklığın faaliyetlerine sağlıklı şekilde devam etmesini sağlayan bir haktır. Ayrılma hakkı ile, önemli nitelikteki işleme muhalefet eden pay sahibinin payını ortaklığa adil ve makul bir değer üzerinden ortaklığa satarak ortaklık ilişkisi sona ermektedir.

KAYNAKÇA

ADIGÜZEL Burak, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Sayı 2, Ankara 2014.

AKÇAAL Mehmet, İşletmenin Devri, Ankara 2014.

AKBİLEK Nevzat, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, Ankara 2009.

ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012.

ARSLANLI Halil, Anonim Şirketler Umumi Hükümler, İstanbul 1959.

AYDIN Alihan, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, İstanbul 2008.

BAHTİYAR Mehmet, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001.

BAHTİYAR Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2015. (Anılış: Ortaklıklar)

BAKIR Hasan/ŞAHİN Cumhur, Yöneticiler İçin Finansal Tablolar Analizi, Ankara 2009.

BEKTAŞ İbrahim, Halka Açık Anonim Ortaklıkların Önemli Nitelikteki İşlemleri Nedeniyle Doğan Ayrılma Hakkı ve Pay Alım Teklifi Zorunluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara 2015, s. 749-828.

BİÇER Levent/HAMAMCIOĞLU, Esra, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı, KHÜHFD, Sayı 1, İstanbul 2013.

BİRSEL Mahmut, Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, İmran ÖKTEM'e Armağan, Ankara 1970, s 622-659.

CANPOLAT Selin Sert, Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının İncelenmesi, TBB Dergisi Sayı: 74, Ankara 2008.

ÇAMOĞLU Ersin, Kollektif Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması, İstanbul 2008.

ÇEBİ Hakan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2010.

ÇELİKTAŞ İlyas, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını İktisabı, İstanbul 2006.

ÇEKER Mustafa, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000.

ÇEVİK Orhan Nuri, Anonim Şirketler, Ankara 1988.

DEVELİ Bilge, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Sayı 1-2, Ankara 2013, s. 443-489.

DİNÇ İlhan, Sermaye Piyasası Hukukunda Çağrı Yoluyla Hisse Senedi Toplanması, İstanbul 2006.

DOĞAN Derya, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Ve Yargıtay Kararları Işığında Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:1, Sayı:2, Ankara 2010.

DOMANIÇ Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi Cilt II, İstanbul 1988.

ERDEM Nuri, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2012.

HELVACI Mehmet, Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998.

İMREGÜN Oğuz, Anonim Ortaklıklarda Pay sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat ihtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962.

KAYA Arslan, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001.

KENDİGELEN Abuzer, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul 1999. (Anılış: İmtiyaz)

KENDİGELEN Abuzer, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994. (Anılış: İntifa Hakkı)

KENDİGELEN Abuzer, Ticaret Şirketlerinde Nev'i Değişirme, Ticaret Kanununun Düzenlenmesi, Tatbikat ve Doktrinin Tutumu, Makalelerim Cilt I:1986-2001, İstanbul 2006, s. 13 vd.

KENDİGELEN Abuzer, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitleri, İstanbul 2016. (Anılış: İlk Tespitler)

KIRCA İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal/MANAVGAT Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku Cilt. 2/2, Ankara 2016.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelendirilebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 503-514.

MANAVGAT Çağlar, Aleni Pay Alım Teklifi, Ankara 1997. (Anılış: Teklif)

MANAVGAT Çağlar, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara 2016.

MEMİŞ Tekin/ TURAN Gökçen, Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara 2015.

MOROĞLU Erdoğan, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2014.

MUTLU UŞAKLI Senem, Halka arz Kavramı ve Halka Arzda Kullanılan Satış Yöntemleri, İstanbul 2010.

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükmeler Cilt I-II, İstanbul 2014.

OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2012.

ÖZDOĞAN Ayşegül, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, Cumhuriyetin 80. Yılına Armağan, SPK Yayınları, Yayın No:147, Cilt II, Ankara 2004, s. 693-759.

PASLI Ali, Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul 2009.

POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, Ortaklıklar Ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2010.

PULAŞLI Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2020.

SEMERÇİ VURALOĞLU Tuğba, Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Ayrılma Hakkı, İstanbul 2018.

SEVİ Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara 2004.

SÖNMEZ Yusuf Z., Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, İstanbul 2009.

ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal, Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler, Ankara 2008.

TARHAN Damla Gül, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler ve Sonuçları, İstanbul 2018.

TEKİNALP Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015.

TEOMAN Ömer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Ankara 1983.

TURANLI Hüsni, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, Ankara 2014.

TÜRK Hikmet Sami, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986.

YEŞİLTEPE Salih Önder, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkar ve Satma Hakları, Ankara 2015.

YİĞİT İlhan, Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 2005.

YILDIZ Şükrü, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, İstanbul 2014.

- Araştırma Makalesi -

**⌘ LİMİTED ŞİRKETLERDE MÜDÜRLERİN GÖREV VE
YETKİLERİ, SEÇİLMELERİ, AZLEDİLMELERİ***

(DUTIES, POWERS, ELECTION AND DISMISSAL OF MANAGERS IN LIMITED
LIABILITY COMPANIES)

Av. Arb./Atty. Mediator Ahmet Göktuğ KAYA, LL.M**

ÖZ

Limited şirketler, ülkemizde en yaygın bulunan şirket türüdür ve çok çeşitli işgal alanları ile uğraşan çok sayıda ve boyutta limited şirket mevcuttur. Özellikle küçük sermaye ile başlamak ve az ortaklı şirket kurmak isteyen yatırımcı ve girişimcilerin tercihi genellikle limited şirket yönündedir. Bu bakımdan limited şirket kurumu, ülkemiz ekonomisinin en önemli unsurlarından birini oluşturmaktadır ve bu bakımdan limited şirketlere ait kurumların hukuki açıdan doğru düzenlenmesi ve ele alınması önemlidir.

1 Temmuz 2012 yılında yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK ile limited şirketler belli açılardan anonim şirketlere yaklaşmıştır.

6102 sayılı TTK ile önemli değişikliklere uğrayan kurumlardan biri de limited şirketin yönetim organı olan müdürlerdir. Eski TTK'ya oranla anonim şirketlerin yönetim kuruluna yaklaşan müdürler ve müdürler kurulunun seçilmeleri, görevlerinin sona ermeleri ve hepsinden önemlisi çok çeşitli görev, yetki ve sorumluluklarının ortaya konması, bu en yaygın şirket türünün işleyişi açısından son derece önemlidir.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 06.08.2020 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 05.09.2020 tarihinde birinci hakem; 02.09.2020 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** goktugkaya@sabaozmen.av.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0003-4309-867X

Bu makaleye atıf için; KAYA, Ahmet Göktuğ “Limited Şirketlerde Müdürlerin Görev ve Yetkileri, Seçilmeleri, Azledilmeleri”, REGESTA, Cilt: 5, Sayı: 2, 2020, s. 389-412.

Bu makalede limited şirket müdürlerinin özellikleri ve seçilmelerinin yanı sıra görev ve sorumlulukları, yetkileri ve müdürlük sıfatının sona ermesi kısaca ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Türk Ticaret Kanunu, limited şirketler, Müdürler, Müdürlerin Seçilmesi, Azli, Görevleri, Yetkileri, Sorumlulukları,

ABSTRACT

Limited liability companies are the most common company type in our country and there are numerous limited liability companies in different sizes and engaged in different fields. Especially, investors and entrepreneurs who intend to start with small capitals and fewer partners usually opt for limited liability companies. Therefore, limited liability companies constitute one of the most significant elements of our economy and regulating and handling the institutions regarding limited liability companies are important.

With the enactment of Turkish Commercial Law Nr. 6102 on July 1st 2012, limited liability companies became more similar to joint-stock companies to a certain extent.

One of the institutions that underwent a change with Turkish Commercial Code Nr. 6102 is the managers which is the managing organ of the limited liability companies. It is very important for the functioning of this common type of company to set forth the appointment, dismissal, different powers and responsibilities of managers and boards of managers who became more similar to boards of joint-stock companies.

In this article, features, appointment, duties and responsibilities, powers and dismissal of managers are briefly discussed.

Keywords: *Turkish Commercial Code, Limited Liability Companies, Managers, Assignment and Dismissal of Managers, Powers and Liabilities of Managers*

I. LİMİTED ŞİRKET MÜDÜRLERİNİN ÖZELLİKLERİ VE SEÇİLMELERİ

A. Müdürlerin Seçilmeleri ve Özellikleri

TTK m. 623/I c. 1 uyarınca limited şirketin yönetimi ve temsili, şirket sözleşmesi ile düzenlenir. Aynı fıkranın ikinci cümlesi uyarınca, bu temsil ve yönetim yetkisi, bir veya birden fazla ortağa, tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebilir. Şu halde limited şirket müdürü veya müdürleri bir ortak olacağı gibi, ortak sıfatını taşımayan üçüncü kişiler de olabilir¹. Ancak tek bir müdür var ise bu müdür, birden çok müdür var ise tüm müdürler, ortak olmayan üçüncü kişilerden seçilemez; ortaklardan en az birisinin şirketi yönetim ve temsil hakkına sahip olması gerekmektedir (TTK m. 623/I c. 3)². Bu düzenleme esasen anonim şirketlerle ilişkin TTK m. 370/II hükmüne yaklaşan bir düzenlemedir³.

TTK m. 623/II uyarınca tüzel kişiler müdür olabilir, ancak müdür olarak seçilen tüzel kişinin kendisini temsil edecek bir gerçek kişiyi belirlemesi zorunludur. Tüzel kişi müdür, ETTK'da bulunmayan ve TTK'nun yeni getirdiği bir kurumdur.

TTK, anonim şirket yönetim kurulu üyeliğini sona erdiren ve seçilmesine engel teşkil eden TTK m. 363/II ve m. 359/IV hükümlerine benzer bir hükmü limited şirket müdürleri için öngörmemiştir⁴. Buna karşılık doktrinde iflas ve kısıtlılık hallerinin limited şirket müdürlerinin de seçimlerine engel oluşturan ve müdürlük sıfatlarını sona erdiren sebepler olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü benimsenmiştir⁵. Müdürlerin, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmaları ya da Türkiye'de ikamet etmeleri de gerekmez⁶.

¹ Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 90/I b. 1 uyarınca Ortak olmayan müdürler kurulu üyelerinin bu görevi kabul ettiklerine ilişkin yazılı beyanları alınır.

² ETTK uyarınca böyle bir zorunluluk yoktu. Bu madde yönetimde profesyonel hale gelme ilkesini amaçlayan 6102 sayılı TTK'nun ruhuna aykırı olmuştur. EKŞİ, Dağlar – Limited Şirketlerde Yönetim Organı: Müdür, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 s. 45.

³ AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet – Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 s. 527.

⁴ BAHTİYAR, Mehmet – Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2019 s. 442

⁵ ÇEBİ, Hakan – Limited Şirketler Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019 s. 131; PULAŞLI, Hasan - Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017 s. 858.

⁶ TTK m. 628 hükmü 6335 Sayılı Kanun ile yürürlükten kalkmıştır.

Ayrıca şirket sözleşmesi ile müdürlerin nitelikleri ayrıntılı olarak belirlenebilir, örneğin sadece üniversite mezunları ya da özden organ ilkesi benimsenerek yalnızca ortakların müdür olabileceği belirlenebilir⁷.

Limited şirket müdürleri, şirket sözleşmesi ile (TTK m. 623/II) ya da genel kurul kararı ile (TTK m. 616/I b. b) görevlendirilebilir. Bu noktada belirtilmelidir ki, ETTK döneminden farklı olarak 6102 Sayılı TTK’da, ortakların yönetim ve temsil *yükümlülüğü* yoktur⁸.

Limited şirket sözleşmesinde müdürlerin adlarının, soyadlarının, unvanlarının ve vatandaşlıklarının belirtilmesi zorunludur (TTK m. 576/I b. d)⁹.

Genel kurul, müdür seçimi için gereken kararı, TTK m. 620 uyarınca toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğu ile alır.

B. Müdür Sayısı

Limited şirket sözleşmesi ile bir veya birden fazla müdür seçilmesi öngörülebilir. Ancak bu sayının limited şirket sözleşmesinde belirtilmesi - yönetim kurulu üye sayısının TTK m. 339/II b. g uyarınca anonim şirket esas sözleşmesinde belirtilmesinin zorunlu olmasının aksine – zorunlu değildir.

Belirtmek gerekir ki, birden fazla müdür seçilmiş ise bunların toplanması ve karar alması bu konudaki TTK m. 624 hükmü uyarınca gerçekleşir.

C. Müdürün Görev Süresi

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin görev sürelerine TTK m. 362 ile getirilen üç yıllık maksimum süre gibi bir süre, limited şirketler için öngörülmemiştir. Bu sebeple müdürler, bir veya iki yıl gibi kısa süreli olarak seçilebileceği gibi onbeş, yirmi yıl gibi uzun süreler için de

⁷ KAYA, Mustafa İsmail – Limited Şirkette Müdürler Kurulunun Oluşumu ve İşleyişi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 22, Sayı 1, Yıl 2014 S. 61-100, s. 64 ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA, s. 64 vd.

⁸ Bu yükümlülük “özden organ ilkesini” teşkil eder ve 6102 Sayılı TTK bu ilkeden ayrılmıştır ve seçilmiş organ sistemi benimsenmiştir. EKŞİ s. 41; BAHTİYAR s. 438; YILDIZ, Şükrü - 6102 Sayılı TTK’ya Göre Limited Şirkette Müdürlerin Görev Süresi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:13 Sayı:26 Güz 2014/2 s.47-56 s. 50.

⁹ ETTK döneminde ETTK m. 540 gereği bu husus, tercihe bağlı idi.

seçilebilir. Hatta şirket sözleşmesi ile bir ortağın hayatı boyunca ya da süresiz müdürlük görevi öngörülebilir¹⁰. TTK m. 616/I b. b hükmü uyarınca limited şirket genel kurulu, müdürü istediği zaman görevden alabilir; ayrıca bu azil kararı için de TTK m. 589 hükmü uyarınca şirket sözleşmesinin değiştirilmesi için öngörülen yetersayının da aranması gerekir¹¹.

D. Müdürler Kurulu ve Müdürler Kurulu Kararları

1. Müdürler Kurulu

TTK m. 624 uyarınca birden fazla müdür seçilmesi halinde bu müdürler bir müdürler kurulunu teşkil ederler¹² ve müdürlerden biri şirket genel kurulu tarafından müdürler kurulu başkanı olarak atanır. Müdürler kurulu başkanının ortak olması şart değildir (TTK m. 624/I).

Müdürler kurulu başkanı, genel kurulu toplantıya çağırma ve toplantının yürütülmesi konusunda ve ayrıca genel kurulda başkaca bir karar alınmadığı ya da şirket sözleşmesinde başka türlü öngörülmediği takdirde tüm açıklamaları ve ilanları yapmak konusunda yetkilidir (TTK m. 624/II).

2. Müdürler Kurulu Kararları

TTK m. 624/III hükmü uyarınca, şirket sözleşmesinde başka türlü öngörülmedikçe müdürler kurulu oyçokluğu ile karar alır. Şayet olumlu ve olumsuz oyların sayısı eşit olursa, müdürler kurulu başkanının oyuna üstünlük tanınır. Ancak bu oy üstünlüğü de şirket sözleşmesi ile kaldırılabilir¹³.

Her ne kadar müdürler kurulunun toplantı yaparak karar alması zorunluluğu TTK'da bulunmasa da, anonim şirket yönetim kurulu toplantılarına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması sonucu müdürler kurulu-

¹⁰ YILDIZ, Müdürlerin Görev Süresi, s. 48; Bahtiyar, TTK m. 576, 577 ve 579 hükümleri sebebiyle müdürün görev süresinin şirket sözleşmesine konup konamayacağını tartışmalı olduğu görüşündedir. BAHTİYAR, s. 440.

¹¹ BAHTİYAR, s. 441.

¹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA, s. 77 vd.

¹³ EKŞİ, s. 55. Hatta yazar, şirket sözleşmesinde müdürler kurulu başkan vekili seçilmesinin öngörülmesinde de bir engel bulunmadığını ifade etmektedir.

nun toplantı ile karar alması gerektiğini kabul eden yazarlar vardır¹⁴. Ayrıca TTK m. 390/II maddesinin kıyasen uygulanması sonucu müdürlerin toplantılara bizzat katılmaları gerekmektedir¹⁵.

Anonim şirket yönetim kurulu toplantıları için öngörülen ve TTK m. 390/IV hükmü ile düzenlenen sirküler karar alma yöntemi, müdürler kurulu için düzenlenmemiştir; yine de bu yöntemin limited şirket için de kabulünün gerektiği görüşünde olan yazarlar vardır¹⁶. Öte yandan kanun koyucu, TTK m. 617/IV hükmü ile limited şirketlerin genel kurul toplantıları için bu tür bir karar alma yönetimini açıkça öngörmüştür. Limited şirket genel kurul toplantıları için öngörülen bir sistemi müdürler kurulu için öngörmeyen kanun koyucunun, burada bilinçli hareket ettiği düşüncesindeyiz.

II. LİMİTED ŞİRKET MÜDÜRLERİNİN HAK VE YETKİLERİ

Limited şirketin yönetim ve idare konumunda olan¹⁷ müdürlerin görev ve yetkileri TTK m. 625'te düzenlenmiştir. Bu görev ve yetkiler genel anlamda şirketin yönetimine, yürütülmesine, planlanmasına ve şirketle ilgili bildirimlerin yapılmasına ilişkin görev ve yetkililerdir. Ancak belirtmek gerekir ki müdürlerin görevleri bu maddede yazılanlarla sınırlı olmayıp, TTK m. 633 yollaması ile TTK m. 376, TTK m. 586/II, TTK m. 598/I ve TTK 603/V gibi hükümler de, müdürlerin görevlerine ilişkin hükümlere örnek gösterilebilir¹⁸.

Ayrıca TTK m. 623/III uyarınca müdürler, kanun tarafından genel kurula bırakılmamış bulunan tüm yönetim işleri ile ilgili konularda yetkilidirler. Bu şekilde kanun koyucu, müdürler bakımından genel bir yetki karanesi öngörmüştür¹⁹.

¹⁴ KOYLU, Samet - Limited Şirketlerde Müdürlerin Görev Ve Sorumlulukları (TTK Ve ETTK Karşılaştırmalı Olarak), s. 26.

¹⁵ ÇEBİ, s. 191.

¹⁶ ÇEBİ, s. 191; Bu yöntemin uygulanabilmesi için mutlaka şirket sözleşmesinde hüküm bulunması görüşü için bkz. KARAAHMETOĞLU, İsmail Özgün – Limited Şirketin Temsili, Kayseri, 2014 s. 216.

¹⁷ ŞENER, Oruç Hami – Ortaklıklar Hukuku, 4. Bası Seçkin Kitabevi 2019, s. 745.

¹⁸ ŞENER, s. 747.

¹⁹ ŞENER, s. 747.

Şirketin temsili ve yönetimi, limited şirket müdürünün en önemli yetkileridir. Hatta bu iki fonksiyona sahip olduğundan dolayı müdürün, limited şirketin yönetim organı olduğunu belirtmek yerinde olacaktır²⁰.

A. Temsil Yetkisi

Yukarıda da belirtildiği üzere limited şirketin temsili TTK m. 623/I c. 1 uyarınca limited şirket sözleşmesi ile düzenlenir ve TTK m. 576/I b. (d) uyarınca müdürlerin şirket sözleşmesinde bilgilerinin belirtilmesi, limited şirket sözleşmesinin zorunlu unsurlarındandır. Bu zorunlu unsurun limited şirket sözleşmesinde bulunmaması, şirket sözleşmesinin eksik olması ve ticaret siciline tescil talebinin reddedilmesi sonucunu doğurur²¹.

Temsil yetkisinin kapsamı, TTK m. 629/I'in yollaması ile anonim şirketlere ilişkin TTK m. 371 hükmünce belirlenmiştir²². Buna göre müdürler, şirketin amacına ve işletme konusuna giren her tür işleri ve hukuki işlemleri, şirket adına yapabilir ve bunun için şirket unvanını kullanabilirler. Ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca müdürlerin, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar; ancak üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilir ise, bu durumda bu işlemler şirketi bağlamaz. Bu hüküm ile ultra vires²³ prensibine bağlı kalınmadığı anlaşılmaktadır²⁴. Ayrıca TTK m. 371/II c. son hükmü, şirket esas sözleşmesinin ilan edilmiş olmasının, bu hususun ispatı açısından, tek başına yeterli kanıt olmayacağını da hükme bağlamıştır. Bu açıdan bu hüküm, üçüncü kişilerin, kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtların bilmediklerine ilişkin iddialarının dinlenmeyeceğini öngören TTK m. 36/III hükmünün istisnasını oluşturmaktadır.

Temsil yetkisi, şayet tek müdür var ise bu müdür tarafından şirket unvanı altına atılacak (TTK m. 629 yollamasıyla TTK m. 372) imza ile

²⁰ EKŞİ, s. 39 vd.

²¹ KAYIHAN, Şaban – Ticaret Hukuku, Umuttepe Yayınları, 2018 s. 305.

²² BAHTİYAR, s. 445.

²³ İşletme konusu dışında işlem yasağı

²⁴ BAHTİYAR, s. 445; EKŞİ, 105; ayrıca bu konuda ayrıntılı açıklamalar ve doktrin-deki tartışmalar için bkz. ÇEBİ, s. 126 vd.

kullanılır. Birden fazla müdür var ise ve şirket sözleşmesinde başka türlü öngörülmemişse, bu durumda, TTK m. 629 yollamasıyla TTK m. 370 uyarınca çift imza, yani iki müdürün müşterek imzaları ile kullanılır. Ancak bu hüküm emredici değildir, aksi şirket sözleşmesi ile kararlaştırılabilir ve farklı türlü temsil mekanizmaları öngörülebilir. Esasen TTK m. 587/I b. (h) ve b. (ı) hükümleri ile müdürler ve bunların şirketi temsil şekli, şirket sözleşmesinde belirtilmek zorundadır ve bu sebeple, çift imza kuralının limited şirket bakımından çok bir önemi kalmamıştır²⁵.

TTK m. 630/I hükmü uyarınca müdürün temsil yetkisi, şirketin üst derecede karar ve idare organı konumundaki²⁶ genel kurul tarafından sınırlanabilir. Müdürün genel kurul ya da şirket sözleşmesi ile seçilmiş olması, bu açıdan fark yaratmaz²⁷. Müdürün temsil yetkisinin kısıtlanması yönünde bir genel kurul kararı aranması için haklı bir sebep de gerekli değildir, ancak kötüye kullanımın engellenmesi için bir dayanak olmalıdır²⁸. Öte yandan TTK m. 629/I hükmünün yollaması ile TTK m. 371/III hükmü gereğince temsil yetkisinin sınırlandırılması, iyi niyet sahibi üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmez. Yalnızca temsil yetkisinin merkezin ya da bir şubenin işlerine özgülediğine veya birlikte kullanılmasına ilişkin olan ve ayrıca tescil ve ilan edilen sınırlamalar geçerlidir. Bunlar dışındaki sınırlamalar, ticaret sicilinin olumlu işlevinden yararlanamaz, ancak üçüncü kişinin durumu bilmesi halinde sınırlama etki alanı bulur²⁹.

Temsil yetkisi devredilebilir³⁰. Bu devir TTK m. 629 hükmünün yaptığı atıf ile TTK m. 367 hükmüne göre gerçekleşir. Buna göre madde, limited şirketlere göre uyarlanırsa, müdürler kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle³¹, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç müdüre veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Bu şekilde devir için, öncelikle şirket sözleşmesine bir hüküm konmalı ve sonra bir iç yönerge hazırlanmalı ve bu iç

²⁵ ÇEBİ, s. 164.

²⁶ PULAŞLI, s. 858.

²⁷ PULAŞLI, s. 858.

²⁸ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 533.

²⁹ KOYLU, s. 60; KARAAHMETOĞLU, s. 187; ayrıca bu konudaki doktrin tartışmaları için bkz. ÇEBİ, s. 168.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. KARAAHMETOĞLU, s. 164 vd.

³¹ Bu konu doktrinde tartışmalıdır. Bkz. ÇEBİ, s. 167, 378 ve 379 sayılı dipnotlar.

yönerge tescil ve ilan edilmelidir. Ancak belirtilmelidir ki, TTK m. 625 hükmünde sayılan müdürlerin devredilemez görevleri, bu devrin konusu olmamalıdır³². Ayrıca TTK m. 623/I c. 3 gereği en az bir ortağın temsil yetkisinin bulunması zorunludur.

B. Yönetim Yetkisi

Şirketin yürütme organı olan müdürün en temel görevi, limited şirketin yönetilmesidir. TTK m. 625/I c.1 hükmü sonucu müdürler, kanunlar veya şirket sözleşmesi tarafından şirket genel kuruluna yetki verilmeyen her türlü konuda görevli ve yetkilidir. Bu şekilde TTK m. 616 ile genel kurula bırakılmayan işlerde, müdür veya müdürler kurulu yetkilidir. Bu iki maddenin hükümleri ile TTK, organ sorumluluğunu daha belirgin hale getirmiştir³³.

Ayrıca TTK m. 625/I c. 2 hükmü ile belirtilen devredilemez ve vazgeçilemez nitelikteki görevlerin hepsi, doğrudan ya da dolaylı olarak şirketin düzgün bir biçimde yönetilmesi ile ilgilidir. Yönetim işleri, mal alım satımı, personel alımı ya da işletme sisteminin değiştirilmesi gibi işleri de kapsar³⁴.

Yine belirtmek gerekir ki TTK m. 625/II hükmü gereği, şirket sözleşmesi, müdürlerin belli kararlarını ya da belli meseleleri genel kurul onayına sunması zorunluluğunu öngörebilir. Ancak bu onay, müdürlerin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz ya da sınırlandırmaz. Bu hükmün, organ bağımsızlığı ilkesini yumuşattığı söylenebilir³⁵. Öte yandan genel kurul onayı, duruma göre zarara razı olmak anlamında yorumlanabiliyorsa, doktrinde hâkimin tazminat miktarında indirim yapabileceği doktrinde ifade edilmektedir³⁶.

Aynı temsil yetkisi gibi yönetim yetkisi gibi de devredilebilir ve bu husus, yani şirket yönetiminin üçüncü bir kişiye bırakılmasına ilişkin yetki hükümleri, TTK m. 577/I b. (i) uyarınca şirket sözleşmesine yazılmış ise bağlayıcıdır. Yönetim, sadece üçüncü kişilere ya da sadece müdürlere devredilebileceği gibi, devir kısmi de olabilir yani bazı yetki-

³² KARAAHMETOĞLU, s. 179 vd.

³³ EKŞİ, s. 75.

³⁴ ÇEBİ, s. 158.

³⁵ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 529-530.

³⁶ BAHTİYAR, s. 444, 802 sayılı dipnot.

ler müdürlerde kalabilir³⁷. Ancak daha önce de belirtildiği üzere en az bir ortağın TTK m. 623/I c. 3 gereği yönetim hakkının bulunması gereklidir.

Öte yandan, yönetim yetkisini devralan kişinin bu yetkiyi devredip devredemeyeceği doktrinde tartışmalıdır³⁸. Ancak devredilecek kişiyi müdürlerin seçmesi gerekliliğinden hareketle bu tür bir ikinci devir kamımızca mümkün değildir.

C. Mali Hakları

TTK m. 616/I b. f uyarınca müdürlerin ücretlerinin belirlenmesi genel kurulun devredilemez yetkileri arasındadır. Bununla birlikte, yönetim kurulu üyelerine esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla belirlenmiş olmak şartıyla huzur hakkı, ücret, ikramiye, prim ve yıllık kârdan pay ödenebileceğini öngören TTK m. 394 gibi bir hüküm limited şirketler için öngörülmemiştir ve bu açıdan müdürlere ödenecek ücretin nasıl belirleneceği belirsizdir³⁹.

Ayrıca müdürlerin, şirket kârından pay alması kararlaştırılabilir ve esasen bu durum, müdürlerin şirketin kar etmesi için daha fazla çalışmaları için bir teşvik olacaktır. Bu durumda yönetim kuruluna üyelerine kârdan pay ödenmesini düzenleyen TTK m. 511, her ne kadar limited şirketler bakımından bu maddeye atıf olmasa da, kıyasen uygulama alanı bulmalıdır⁴⁰.

TTK m. 611/I gereği haksız yere kar almış olan müdür bunu geri vermekle yükümlüdür. Şöyle ki müdür iyi niyetli ise iade etmekle yükümlü olduğu tutar, şirket alacaklılarının alacaklarını ödemek için gerekli olan tutarı aşamaz (TTK m. 611/II). Ayrıca TTK m. 611/III şirketin haksız alınan kârı geri alma hakkının paranın alındığı tarihten itibaren beş yıl olarak belirlemiştir. Müdürün iyiniyetli olması halinde ise bu süre iki yıla inecektir.

³⁷ ÇEBİ, s. 159.

³⁸ Bu konudaki tartışmalar için bkz. ÇEBİ, s. 161-162.

³⁹ EKŞİ, s. 130.

⁴⁰ ÇEBİ, s. 137; KOYLU, s. 32.

D. Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı

Müdürlerin görevlerini gereği gibi yapabilmesi için şirket hakkında sağlıklı bilgi sahibi olmaları gereklidir. Bu kapsamda müdürün şirket hakkında sorduğu yazılı veya sözlü sorulara doğru cevap verilmesi ve müdürlere gerekli belgeleri inceleme konusunda erişim sağlanması esastır⁴¹.

TTK'da müdürlerin bilgi alma ve inceleme haklarına ilişkin bir hüküm bulunmama ile beraber, TTK m. 644/I b. c hükmünün açık atfı gereği TTK m. 392 hükümlerinin, müdürlerin bilgi alma ve inceleme haklarına uygulanması gerekir.

Yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme haklarını düzenleyen TTK m. 392 hükümleri oldukça ayrıntılıdır. Buna göre müdürlerin bilgi alma ve belgeleri inceleme hakları engellenemez ve sordukları sorular yanıtızsız bırakılamaz. Hatta TTK m. 392/III gereği müdürler kurulu başkanı dahi müdürlerden birinin bu isteğini geri çeviremez; şayet çevirirse müdürün şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvuru hakkı vardır (TTK m. 392/IV). Aynı husus başkanın bilgi alma ve inceleme hakkının kurulca engellenmesi halinde de geçerlidir (TTK m. 392/V). Hatta bu hak esas sözleşme ile dahi kısıtlanamaz veya kaldırılmaz (TTK m. 392/VI). Ancak doktrinde şirket menfaatlerinin ve özellikle rekabet yasağının ihlal edildiği durumlarda, bu hakkın gerektiği ölçüde sınırlandırılabilmesi ifade edilmiştir⁴².

III. LİMİTED ŞİRKET MÜDÜRLERİNİN GÖREV VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Özen Yükümü

TTK m. 626/I uyarınca müdürler, görevlerini tüm özeni göstererek yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini, dürüstlük kuralı kapsamında, gözetmekle yükümlüdürler. Bu yükümlülük, müdürlere yüklenmiş münferit bir borçtur ve kusurlu olup olmadıklarının tespitinde kritik önem taşır⁴³. Bu özen yükümlülüğü şirketin yönetiminde, görevleri yerine ge-

⁴¹ ÇEBİ, s. 140.

⁴² AKTEPE, Gökhan - Limited Ortaklıklarda Ortakların ve Müdürlerin Sır Saklama Yükümlülüğü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXI, Y. 2017, Sa. 3, s. 137-166, s. 154-155 ve ayrıca bu konuda kriterler için AKTEPE, s. 155.

⁴³ ÇEBİ, s. 142.

tirme, şirket organizasyonu, şirketin mali yönetimi ve şirketin vergi gibi kamu ödemelerinde kendini gösterebilir⁴⁴.

Özen, iş ve işlemlerde gösterilmesi gereken dikkati, ciddiyeti ve bilimselliği ifade eder. Bir karar alınmadan önce pazar araştırması, finansal durum değerlendirmesi, borçlara ve etişe uygunluk incelemesi yapılması bilimselliğin ve modern yönetim ilkelerinin gereğidir, bu inceleme, araştırma ve değerlendirmeler özen kavramının içindedir (TTK m. 626 gerekçesi). Her ne kadar gerekçede “bilimsellik” ifadesi kullanılmış olsa da, uygulamada ülkedeki tüm limited şirketlerin müdürlerinin bilimsel bir biçimde hareket etmesini ve karar almasını beklemek gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Bu bakımdan kanun gerekçesindeki bu ifade kanımızca isabetsiz olmuştur.

Bu kapsamda müdürler riski yüksek işlemlerden kaçınmalı ve gerekirse uzmanlara danışmalıdır⁴⁵.

TTK’nun yönetim kurulu üyeleri için öngördüğü ve “tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek” şeklinde tanımladığı (TTK m. 369) özen ölçüsü ile müdürler için öngördüğü ve “tüm özeni yerine getirmek” (TTK m. 626) şeklinde tanımladığı özen ölçüleri aynı değildir. Ancak kanun koyucunun bu farkı bilinçli öngörüp öngörmediği açık değildir⁴⁶. Bu kapsamda madde gerekçelerine bakıldığında, müdürlere ilişkin TTK m. 626 gerekçesi yönetim kurulu üyelerine ilişkin maddenin aksine “tedbirli bir yöneticinin özeni kriteri bulunmamaktadır. Bu şekilde müdürlere ilişkin özenin kapsamının, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümünün kapsamında daha dar olduğu açıktır⁴⁷.

B. Rekabet Yasağı

TTK m. 626 uyarınca, şirket sözleşmesi başka türlü öngörmemiş ya da tüm ortaklar yazılı olarak rıza vermemiş ise, müdürlerin şirketle rekabet teşkil eden bir faaliyette bulunmaları yasaktır. Tüm ortakların yazılı onayı yerine, şirket sözleşmesi genel kurul onayını bile yeterli

⁴⁴ EKŞİ, s. 120-122.

⁴⁵ ÇEBİ, s. 143.

⁴⁶ YILDIZ, Şükrü – Limited Ortaklıklarda Müdürlerin Sorumluluğu İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:12 Sayı: 24 Güz 2013/2 s. 68.

⁴⁷ YILDIZ, s. 69.

görebilir⁴⁸. Bu karar, TTK m. 621/I b. (g) gereği temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması hâlinde alınabilir.

Her ne kadar müdürlerin sadakat yükümü altında değerlendirilse de, ortaklar için de geçerli olan sadakat yükümlülüğünün aksine rekabet yasağı, sözleşmede başka türlü öngörülmemişse, yalnızca müdürler açısından söz konusudur⁴⁹. Öte yandan ETTK'nun aksine TTK, rekabet yasağını yalnızca ortak olan müdürler değil, tüm müdürler için öngörmüştür (ETTK m. 547). ETTK zamanındaki hüküm, doktrinle eleştirilmiş ve bu eleştiri doğrultusunda TTK'da 626/II hükmü mevcut şeklini almıştır⁵⁰.

Ayrıca mehzaz madde olan İBK m. 812/III hükmü, TTK m. 626/II hükmü ile aynı olduğu halde, TTK gerekçesinde İsviçre Tasarisından farklı olarak düzenlendiği belirtilmiştir⁵¹.

Rekabet yasağının kapsamına şirketin iştegal alanındaki mevcut ya da planlanan faaliyetler girer. Ayrıca şirketin coğrafi olarak faaliyet gösterdiği bölge de rekabet yasağının bu anlamda sınırını belirler⁵².

Rekabet yasağı, müdürün görevi süresince geçerlidir. Ancak şirket ve müdür arasında yapılacak bir sözleşme ile, müdürlük sıfatı sona erdikten sonra da bir süre rekabet yasağının devam edeceği öngörülebilir; ne var ki bu süre, müdürün ekonomik hayatını tehlikeye düşürecek nitelikte olamaz. Bu konuda hizmet sözleşmelerine ilişkin TBK m. 444 ve 445 hükümleri uygulanır⁵³.

C. Bildirim Yükümlülüğü

TTK m. 633 hükmü, esas sermayenin kaybı ya da borca batık olma hâllerinde anonim şirketlere uygulanan hükümlerin kıyas yoluyla limited şirketlere de uygulanacağını belirtmiştir. Buna göre atıf yapılan madde TTK m. 376'dır. Bu hüküm ile yönetim kuruluna yüklenen bildirim yükümlülükleri, müdür ya da müdürler kurulu için de geçerlidir. Bu itibarla

⁴⁸ KAYIHAN, s. 307.

⁴⁹ BAHTİYAR, s. 446.

⁵⁰ KOYLU, s. 44.

⁵¹ PULAŞLI, s. 859.

⁵² ÇEBİ, s. 146.

⁵³ ÇEBİ, s. 147; EKŞİ, s. 126.

müdürler esas sermaye kaybını ya da borca batıklık durumunu tespit eder etmez durumu genel kurula bildirmeli ve önlemler konusunda adım atmalıdır⁵⁴.

Ayrıca TTK m. 634 gereği iflâsın bildirilmesi ve konkordato talebine ilişkin anonim şirketlere ait TTK m. 376/III ve TTK m. 377 hükümleri uygulanır.

D. Sadakat Yükümlülüğü

TTK m. 626/III hükmü, müdürlerin de ortaklar için öngörülmuş bulunan bağlılık yükümlülüğüne tabi olduğunu açıkça hükme bağlamıştır. Ortakların bağlılık yükümlülüğünü düzenleyen madde ise TTK m. 613'tür. Buna göre ortaklar (ve yapılan yollama sonucu müdürler) şirket sırlarını korumakla (TTK m. 613/I) ve şirketin çıkarlarını zedeleyebilecek davranışlardan kaçınmakla, bilhassa kişisel menfaat sağlamak için şirket menfaatlerini arka plana atmamakla (TTK m. 613/II) yükümlüdür. *Çamoğlu*, müdürlerin şirketle aralarında vekâlet ya da hizmet ilişkisi bulunması ve her iki sözleşme türünün içinde de TBK gereği sadakat yükümlülüğü zaten var olması sebebiyle (TBK m. 396 ve TBK m. 506), müdürlerin sadakat yükümlülüğünün, limited şirket ortaklarına atıfla düzenlenmeye çalışılmasını uygun bulmamıştır⁵⁵. Yazar, konunun esasen anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin TTK m. 553 ve yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğüne ilişkin TTK m. 369 hükümlerine, TTK m. 644/I hükmünün atfıyla çözüldüğünü belirtmiştir⁵⁶.

TTK m. 613 kapsamındaki ilk yükümlülük sır saklama yükümlülüğüdür. “Şirket sırrı” kavramının tanımı, TTK’da yer almamaktadır ancak İFM bunu, “ortaklığın meşru menfaatlerinin ifşa edilmemesini gerektirdiği ekonomik hayata ilişkin tüm veriler” şeklinde tanımlamaktadır⁵⁷. Müdürlerin de görevleri gereği vakıf oldukları bu verileri, ifşa

⁵⁴ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 531.

⁵⁵ POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin – Ortaklıklar Hukuku II, 13. Bası, 2017, s. 508

⁵⁶ POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 509.

⁵⁷ AKTEPE, Gökhan - Limited Ortaklıklarda Ortakların ve Müdürlerin Sır Saklama Yükümlülüğü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXI, Y. 2017, Sa. 3, s. 137-166, s. 143. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. agm.

etmemeleri, müdürlük vasfının doğal bir gereğidir ve TTK m. 613/I gereği genel kurul kararıyla bu yükümlülüğün kaldırılması yasaktır. Sır saklama yükümlülüğünün aynı zamanda görev süresi son bulduktan sonra da devam ettiğinin kabulü gerekir⁵⁸.

İkinci yükümlülük ise şirketin menfaatlerini gözetme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük müdürün, her türlü iş ve işlemde şirketin menfaatini ön planda tutması (aktif yükümlülük) ve şirket aleyhine sonuç doğuracak davranışlardan kaçınması (pasif yükümlülük) anlamına gelir⁵⁹. Şirket menfaatlerinin gözetilmesinin ölçüsü, TTK m. 626/I hükmünde geçen “dürüstlük kuralı” ibaresi gereği TMK m. 2 çerçevesindeki dürüstlük kuralıdır⁶⁰.

E. Şirkete Borçlanma Yasağı

TTK m. 644/I b. (b) gereği⁶¹, anonim şirket yönetim kurulu üyelerine ilişkin TTK m. 395/II hükmünün c. 1 ve c. 2 hükümleri, müdürlere de uygulanır. Buna göre pay sahibi olmayan müdürler ile müdürlerin pay sahibi olmayan ve TTK m. 393'te sayılan⁶² maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Öte yandan TTK m. 395/II hükmünün son cümlesi, limited şirketler bakımından uygulama alanı bulmaz. Bu sebeple 395/II c. 2 hükmünde sayılan işlemlerin kesin hükümsüz olacağı düşünülebilir⁶³.

F. Eşit İşlem Yapma Yükümlülüğü

TTK m. 627 uyarınca müdürler, ortaklara eşit şartlar altında eşit işlem yaparlar. Müdürlerin ortaklara karşı eşit davranmalarını temin etmek

⁵⁸ EKŞİ, s. 124.

⁵⁹ ÇEBİ, s. 143.

⁶⁰ PULAŞLI, s. 859.

⁶¹ 644. madde metninde, “müdürlerin yakınlarının borçlanması” denmiş ancak bu sınırlı yollama, bilinçli şekilde yapılmamıştır ve hükmün müdürleri de kapsadığının kabulü gerekir. AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 532; BAHTİYAR, s. 447.

⁶² ...alt ve üst soyundan birinin ya da eşinin yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından birinin...

⁶³ EKŞİ, s. 130.

isteyen bu hüküm gereği mutlak eşit işlem değil, eşit durumda olanlara eşit davranma, yani nispi eşit işlem yapma söz konusudur⁶⁴.

Eşit işlem yapma yükümlülüğü emredici niteliktedir⁶⁵.

Eşit işlem yapma ilkesine aykırı davranan müdürler, bu sebeple ortaklara karşı sorumlu olurlar. Ayrıca TTK m. 644/I b. © hükmünün atfı gereği, müdür ya da müdürler kurulu kararları eşit işlem ilkesine aykırı ise, TTK m. 391/I b. (a) gereği bu karar kesin hükümsüz olurlar ve bu kesin hükümsüzlüğün tespiti mahkemeden istenebilir.

IV. MÜDÜRÜN SORUMLULUĞU

TTK m. 644/I b. a hükmünün atfı gereği, kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 553 hükmü, müdürlere de uygulanır⁶⁶. Buna göre müdürler kanunun ya da şirket sözleşmesinin kendilerine yüklediği yükümlülükleri, kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, şirkete, şirket ortaklarına ve şirket alacaklılarına karşı sorumlu olurlar.

Burada *kusurlu* sorumluluk öngörülmektedir. Şöyle ki dolayısıyla müdürün gerekli özeni göstermesi, kusuru ve dolayısıyla sorumluluğu ortadan kaldırır. ETTK ve İBK'nun kullandığı “kasten ve ihmal” kavramlarının aksine TTK, “kusur” kavramını kullandığından, müdürün kasıt ya da ihmali ile zarara sebebiyet vermesi sorumluluk bakımından önem taşımaz, sadece tazminatın miktarına etki eder⁶⁷. Bu bakımdan TTK m. 369 hükmünün de limited şirket müdürlerine uygulanması gerektiği doktrinde dile getirilmektedir⁶⁸. Gösterilmesi gereken özen, yetki devredilen kişilerin seçiminde gösterilmesi gereken özeni de kapsamak-

⁶⁴ POROY /TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 510; EKŞİ, s. 129.

⁶⁵ POROY /TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 510; Aksi görüş için bkz. EKŞİ, s. 129.

⁶⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇEBİ, s. 207 vd.; YILDIZ, Şükrü – Limited Ortaklıklarda Müdürlerin Sorumluluğu İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:12 Sayı: 24 Güz 2013/2 s. 61-79.

⁶⁷ YILDIZ, s. 67.

⁶⁸ POROY /TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 508.

tadır (TTK m. 553/II)⁶⁹. Ayrıca TTK m. 553/III gereği müdürler kontrolü dışındaki kalan aykırılıklar sebebiyle sorumlu tutulamazlar⁷⁰.

TTK m. 632 gereği müdürün, şirkete ilişkin görevini yerine getirirken işlediği haksız fiillerden şirket sorumludur. Burada esasen müdürün değil, organının işlediği haksız fiil sebebiyle limited şirketin sorumluluğundan bahsedilir⁷¹.

Müdürlerin sorumluluğu kapsamında TTK m. 625/II hükmünden de bahsetmek gerekir. Buna göre şayet şirket sözleşmesinde, müdürün veya müdürlerin aldıkları belirli kararları veya münferit sorunları, genel kurulun onayına sunmaları gereği öngörülmüş ise genel kurulun onayının müdürlerin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı ve sınırlandırmayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak maddenin son cümlesi, konuya ilişkin, haksız fiil tazminatını ve bu tazminatın indirilmesini düzenleyen TBK m. 51 ve 52 hükümlerini de saklı tutmuştur.

Ayrıca VUK m. 10 ve AATUHK m. 35 gereği vergi ve amme alacakları dolayısıyla müdürlerin sorumluluğu bulunur.

Müdürler hakkında sorumluluk davası şirketin merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde açılır (TTK m. 561). Zamanaşımı davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıldır (TTK m. 560/I c. 1). Müdüre karşı sorumluluk davası açılmasına kimin karar vereceği doktrinde tartışmalıdır. *Pulaşlı*, ETTK m. 341 gibi bir hükmün, TTK'da bulunmadığından bahisle genel kurul izninin müdüre dava açılması için gerekli olmadığını savunmaktadır⁷². *Yıldız* ise, TTK m. 616 hükmü ile bu kararı alma yetkisinin açıkça genel kurula bırakıldığı düşüncesindedir⁷³.

⁶⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve doktrindeki tartışmalar için bkz. KARAAHMETOĞLU, s. 183 vd..

⁷⁰ Hükmün, müdürün TTK m. 375/I b. e ile getirilen üst düzey gözetim görevini etkisiz hale getirip getirmediğine ilişkin farklı görüşler için bkz. ÇEBİ, s. 214.

⁷¹ YILDIZ, s. 64.

⁷² PULAŞLI, s. 860.

⁷³ YILDIZ, s. 77.

V. LİMİTED ŞİRKET MÜDÜRLÜK SIFATININ KAY-BEDİLMESİ

A. Görevden Alma (Azil)

TTK m. 616/I b. (b) uyarınca müdürlerin görevden alınmaları, limited şirket genel kurulunun devredilemez yetkilerindedir. Ayrıca TTK m. 630/I uyarınca genel kurul, müdürleri görevden alabilir⁷⁴.

Şirketin müdürleri azletmesi için haklı bir sebebe dayanması gerekmez ve bu hakkından önceden feragat edebilmesi de söz konusu değildir⁷⁵. Her ne kadar kanun, müdürün görevden alınması için haklı bir sebebin varlığını aramamışsa da bu yetkinin kötüye kullanılmasını sağlamak için genel kurul kararının bir dayanağı olması gerektiği savunulmuştur⁷⁶.

Yine bazı yazarlar da müdür ve şirket arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisine dayandığını, vekâlet ilişkisinin de güven temelli olduğundan bahisle, şirketin müdürüne güveninin sarsıldığı anda onu görevden alabileceğini ileri sürmüşlerdir⁷⁷.

TTK m. 617/III hükmünün, TTK m. 413/III hükmüne atfı sonucu, müdürün görevden alınması, yılsonu finansal tablolarının müzakeresi maddesiyle ilgili sayıldığından, müdürü görevden alması için olağan genel kurul gündeminde bu hususa ilişkin madde bulunmasına gerek yoktur. Olağanüstü genel kurul gündemine ise oybirliği ile her zaman bu madde eklenebilir⁷⁸. Bu karar, şirket sözleşmesinde başkaca öngörülmemişse, toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğu ile alınır (TTK m. 620). Ayrıca TTK m. 630/IV gereği şartları oluşursa müdürün tazminat hakkı bulunduğunu da unutmamak gerekir. Bu tazminatı müdür, şirketle arasında olan sözleşme uyarınca isteyecektir⁷⁹.

Öte yandan TTK m. 630/II uyarınca ortaklardan her biri (bu arada aynı zamanda varsa ortak olan müdürler), haklı sebeplerin varlığı duru-

⁷⁴ Şirket sözleşmesi ile atanan müdürün genel kurul kararı ile azledilmesi sonucu sözleşmesel hakkın ihlal edildiğine ilişkin tartışmalar için bkz. KARAAHMETOĞLU, s. 109 vd.

⁷⁵ ÇEBİ, s. 133; KAYIHAN, s. 307

⁷⁶ POROY /TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 501; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 533

⁷⁷ PULAŞLI, s. 858.

⁷⁸ KARAAHMETOĞLU, s. 109.

⁷⁹ EKŞİ, s. 59.

munda, müdürlerin yönetim hakkının ve temsil yetkilerinin kaldırılması veya sınırlandırılmasını mahkemeden isteyebilir. TTK m. 630/III hükmünde, müdürün şirket sözleşmesi ve kanundan doğan yükümlülüklerini ağır şekilde ihlal etmesi, şirket yönetimi için gerekli olan yeteneği kaybetmesi ve özen ve bağlılık yükümünü ihlal etmesi, haklı sebep olarak görülmektedir⁸⁰. Sebebin haklı olması için şirketin zarar görmesi veya müdürün kusurlu olması şart değildir; bu kapsamda müdürün aske-re alınması ya da ağır bir hastalığa yakalanmış olması gibi kusuru olmayan durumlar da haklı sebeplerdir⁸¹.

Müdürün azline ilişkin genel kurul kararı kanuna, esas sözleşmeye ya da dürüstlük kuralına aykırı olursa, ortak olan müdür ve ortak olmasa da genel kurul kararını yerine getirmesi sorumluluğunu doğuracak olan müdür, iptal davası açabilir⁸². Dava şirketin bulunduğu yer mahkemesinde (HMK m. 14/II) ve şirkete karşı⁸³ açılır ve mahkemenin müdürlük sıfatını sona erdiren hükmü, bozucu yenilik doğuran bir hükümdür⁸⁴.

Bu dava açılınca, müdürün yerine bir kayyum atanması ve davanın bu kayyum aracılığıyla düzgün ve bağımsız bir biçimde devam ettirilmesi gerekmektedir⁸⁵.

B. Kendiliğinden Sona Erme Halleri

Müdürlük sıfatının sona ermesine ilişkin TTK'da bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak TTK m. 363/II hükmünün anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin üyeliğini sona erdiren sebeplerin gerçekleşmesi, yani müdürün iflasına karar verilmesi veya ehliyeti kısıtlanması ya da müdürün üyelik için gerekli kanuni şartları yahut şirket sözleşmesinde öngörülen nitelikleri kaybetmesi durumunda, müdürlük sıfatının kendiliğinden sona ermesi gerekir⁸⁶. Ölüm durumunda da sonuç aynı olacaktır.

⁸⁰ Ancak m. 630/III hükmünde sayılan haller örnektir. Sınırlı sayıda değildir. ÇEBİ, s. 133.

⁸¹ POROY /TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 505; KARAAHMETOĞLU, s. 115.

⁸² KARAAHMETOĞLU, s. 111.

⁸³ KARAAHMETOĞLU, s. 115. Ancak ortaklardan birinin müdür olduğu iki ortaklı limited şirkette, bu davanın müdüre karşı doğrudan açılabilmesi de mümkündür. KARAAHMETOĞLU, s. 115.

⁸⁴ POROY /TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 505.

⁸⁵ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 533.

⁸⁶ KARAAHMETOĞLU, s. 103; ÇEBİ s. 131; KOYLU, s. 74.

Öte yandan TCK m. 53/I b. d gereği kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin yasal sonucu olarak şirket yöneticisi olmaktan yoksun bırakılır. Ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca, kişi, hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar müdür olma hakkını kullanamaz.

C. İstifa

İstifa ile müdür tek taraflı ve bozucu yenilik doğran bir hak kullanarak şirketle arasındaki ilişkiye son verir ve ayrıca şirketin kabulüne bağlı olmadan sonuç doğurur⁸⁷. İstifaya ilişkin irade beyanında bir şekil şartı öngörülmemişse de, ispat bakımından noter kanalıyla ya da imza karşılığı yapılması uygun olacaktır⁸⁸.

İstifa beyanı şirkete ulaşmış ise bundan dönülmesi mümkün değildir ve ayrıca müdürün istifa hakkından önceden feragat etmesi mümkün değildir⁸⁹.

Müdür ile şirket arasındaki ilişki duruma göre vekâlet ya da hizmet ilişkisi olabileceğinden, müdürün uygun olmayan bir zamanda istifası sonucu şirket zarara uğramışsa bu durumda müdür bu zararı tazminle yükümlü olur⁹⁰.

Şirketin birden fazla müdürü var ise bu durumda istifa edecek müdür istifasını diğer müdürlere verir. Aynı zamanda ortak olan tek müdür istifasını diğer ortaklara verecektir. Ortak olmayan müdür ise istifasını temsil ve yönetim yetkisini haiz ortağa verir⁹¹.

D. Sözleşmede Öngörülen Nedenler

Müdür, müdürlük sıfatını, başta görev süresi olmak üzere şirket sözleşmesinde belirlenmiş olan bazı şartlara bağlı olarak kaybedebilir.

Öncelikle, müdür olmak için bazı vasıflar şirket sözleşmesinde öngörülmüş olabilir. Bu vasıf yitirilirse müdürlük sona erecektir. Örneğin müdürün YMM olması sözleşmede şart koşulmuş ise YMM belgesi iptal

⁸⁷ POROY /TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 501; KARAAHMETOĞLU, s. 108.

⁸⁸ POROY /TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 501; ÇEBİ, s. 132

⁸⁹ ÇEBİ, s. 133.

⁹⁰ POROY /TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 501.

⁹¹ ÇEBİ s. 132; KARAAHMETOĞLU, s. 108; POROY /TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 501.

edilen müdürün müdürlük sıfatı sona erer⁹². Ayrıca, ikametinin yurtdışına taşınması, belli bir yaşa gelme gibi müdüre ilişkin bazı olayların gerçekleşmesinin de müdürlük sıfatını sona erdireceği şirket sözleşmesinde öngörülebilir.

Öte yandan sözleşmeye bağlı müdürlük görevinin sona ermesinin en yaygın örneği müdürlük görev süresinin sona ermesidir⁹³. Yönetim kurulu üyelerinin aksine (TTK m. 362), müdürlerin görev süresi maksimum bir süre ile sınırlandırılmamıştır ve müdürler süresiz olarak da seçilebilirler.

Süre şirket sözleşmesi ile belirlenebileceği gibi, genel kurul tarafından da belirlenebilir. Bu sürenin bitimi ile müdürlük sıfatı kendiliğinden sona erer. Ancak belirtmek gerekir ki görev süresi bitmemiş müdür de her zaman genel kurul tarafından azledilebilir⁹⁴.

Öte yandan görev süresi bitmiş olsa dahi, şirketin genel kurulun toplantıya çağırılması başta olmak üzere SGK primleri, işçi ücretleri, sigorta primleri ve vergi ödemeleri gibi acil ve kritik işlerinin yürütülmesi açısından müdürlük sıfatının ilk genel kurulda yeni müdür seçilinceye kadar sürdüğünün kabulü gerekir⁹⁵.

KISALTMALAR

AATUHK	: 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun
agm.	: adı geçen makale
b.	: bent
bkz.	: bakınız
c.	: cümle
C.	: Cilt
ETTK	: 6762 Sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İFM	: İsviçre Federal Mahkemesi

⁹² POROY /TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 503; ÇEBİ, s. 134.

⁹³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ, Müdürlerin Görev Süresi.

⁹⁴ YILDIZ, Müdürlerin Görev Süresi, s. 55.

⁹⁵ POROY /TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 502.

m.	: madde
sa.	: sayı
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
VUK	: 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu

KAYNAKÇA

AKTEPE, Gökhan - Limited Ortaklıklarda Ortakların ve Müdürlerin Sır Saklama Yükümlülüğü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXI, Y. 2017, Sa. 3, s. 137-166

AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet – Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019

BAHTİYAR, Mehmet – Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2019

ÇEBİ, Hakan – Limited Şirketler Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019

EKŞİ, Dağlar – Limited Şirketlerde Yönetim Organı: Müdür, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019

KARAAHMETOĞLU, İsmail Özgün – Limited Şirketin Temsili, Kayseri, 2014

KAYA, Mustafa İsmail – Limited Şirkette Müdürler Kurulunun Oluşumu ve İşleyişi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 22, Sayı 1, Yıl 2014, S. 61-100

KAYIHAN, Şaban – Ticaret Hukuku, Umuttepe Yayınları, 2018

KOYLU, Samet - Limited Şirketlerde Müdürlerin Görev Ve Sorumlulukları (TTK Ve ETTK Karşılaştırmalı Olarak), yayınlanmamış yüksek lisans tezi

POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin – Ortaklıklar Hukuku II, 13. Bası, 2017

PULAŞLI, Hasan - Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017

ŞENER, Oruç Hami – Ortaklıklar Hukuku, 4. Bası Seçkin Kitabevi 2019

YILDIZ, Şükrü – Limited Ortaklıklarda Müdürlerin Sorumluluğu İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:12 Sayı: 24 Güz 2013/2 s. 61-79

YILDIZ, Şükrü - 6102 Sayılı TTK'ya Göre Limited Şirkette Müdürlerin Görev Süresi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:13 Sayı:26 Güz 2014/2 s.47-56 (“YILDIZ, Müdürlerin Görev Süresi” olarak anılacaktır.

UZMAN GÖRÜŞLERİ

EXPERT OPINIONS

* Covid-19 Sonrası Hukuki Süreçler Webinarı
Webinar About Legal Processes After Covid-19
Prof. Dr. Ali PASLI
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Harun DEMİRBAŞ

* Halka Açık Şirketler Bakımından Kâr Dağıtımında Son Durum
The Last Situation in Distribution of Dividend by Publicly-Held Corporations
Yavuz AKBULAK
(SPK Başuzmanı/Chief Expert of Capital Markets Board of Turkey)

COVID-19 SONRASI HUKUKİ SÜREÇLER WEBİNARI

(WEBINAR ABOUT LEGAL PROCESSES AFTER COVID-19)

Prof. Dr. Ali PASLI*

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Harun DEMİRBAŞ**

İstanbul Ticaret Odası, başta üyeleri olmak üzere tüm girişimci ve girişimci adaylarına yönelik olarak ulusal ve uluslararası alanda iş yapma becerilerinin güçlenmesi ve güncel konulara dair farkındalığın artırılması amacıyla çeşitli konularda seminer, panel ve eğitimler düzenlemektedir. Pandemi süreci ile birlikte, gerçekleştirilen çalışmalar dijital ortama taşınmış olup seminerlerin yerini webinarlar almıştır. Çeşitli konularda gerçekleştirilen webinarlar arasında 20 Temmuz 2020 Pazartesi günü gerçekleştirilen "Covid-19 Sonrası Hukuki Süreçler" webinarında Covid-19 süreci ile birlikte yaşanan güncel olaylar ve sorunlar hukuki açısından değerlendirilmiştir. İstanbul Üniversitesi Öğretim Üyesi Doç. Dr. Ali Paslı ve Medipol Üniversitesi Öğretim Üyesi Doç. Dr. Harun Demirbaş'ın konuşmacı olarak yer aldığı webinarın açılış konuşması İstanbul Ticaret Odası Yönetim Kurulu Başkan Yardımcısı İsrail Kuralay tarafından, moderatörlüğü de İstanbul Ticaret Odası Genel Sekreter Yardımcısı Av. Nurcan Turan tarafından gerçekleştirilmiştir. Söz konusu webinar İstanbul Ticaret Odası'nın kurumsal Youtube kanalından canlı olarak yayınlanmıştır.

Prof. Dr. Ali Paslı:

Herkesi, tüm hazirûnu, dinleyicileri öncelikle saygıyla selamlıyorum. Nurcan Hanım ve İsrail Bey nezdinde İstanbul Ticaret Odası'na bu nazik daveti için teşekkür ediyorum. Bu fırsatı bize sundular. Gerçekten

* İstanbul Üniversitesi Öğretim Üyesi, alipasli@istanbul.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0001-6393-4167

** Medipol Üniversitesi Öğretim Üyesi, hdemirbas@medipol.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0001-6365-1693

bizler için de doğru kanallardan sesimizi duyurabilmek açısından önemli bir webinar bu. O yüzden teşekkür ediyorum.

İstanbul Ticaret Odası neden doğru kanal? Çünkü gerçekten bir taraftan tacirleri temsil eden bir kurum, diğer taraftan tacirlerin yaptığı işlemlere ilişkin sicil işlemleri çerçevesinde bu işlemlerin tescil merkezi, aynı zamanda bunları idare ve organize eden kurum. Dolayısıyla hem doğrudan etkilenen kişileri temsil etmesi hem de onlarla ilgili işlemleri yapan kurum olması ile bu süreçte önemli bir fonksiyonu var. Biz uzmanlık alanımız olan ticaret hukuku açısından bazı ana başlıklarıyla konuyu değerlendireceğiz. Sorularla da konuyu açarız. Ancak ilk etapta çok ayrıntıya girmeksizin özellikle önemli gördüğümüz hususları ve bunların pandemi süreci ile olan bağlantısını, genel olarak küresel salgın ile ticaret hukukunun bağlantısını ve etkilenen hususları ortaya koymaya çalışacağız.

Malumunuz ticaret hukuku dediğimiz zaman Ticaret Kanunu'muz taşıma, deniz, ve sigorta hukukunu bir tarafa bırakırsak; ticari işletme hukuku, şirketler hukuku ve kıymetli evrak hukuku üstüne temellenmiştir. Dolayısıyla biz de ana hatlarıyla pandemi döneminin bu hukuk dallarına olan özel etkilerini irdeleyeceğiz.

Harun Hoca çok önemli noktalara değinerek teorik ve uygulamaya yönelik açıklamalar yaptı. Ben bunların akabinde özellikle iki konuyla başlamak istiyorum. Bunların ilki ticari davalar kısmı. Zira sözleşmelerin birçoğu ticari dava doğuracak. Ticari davalar nasıl olacak? Özellikle mücbir sebep ve öngörülemezlik ile basiretli iş adamı gibi davranma zorunluluğunun ilişkisi ve ölçüsü ne olacak?

“Ticari dava” dediğimiz davalarda tarafların mutlaka tacir olması gerekmiyor. Ticaret Kanunu'nun 5'inci maddesi ticari davaları ortaya koyuyor. Oldukça geniş bir alana yayılan ticari davalar sadece ticaret mahkemesinde de görülmek zorunda değil. Yeri geliyor tüketici mahkemesinde, yeri geliyor fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde, yeri geliyor başka mahkemelerde görülebiliyorlar. Ticaret mahkemesinde görülenler zaten çok fazla dava var. Dolayısıyla çok geniş bir alana yayılan ticari dava skalamız var.

Halihazırda Türk yargı sistemi bu davalarla yoğun şekilde mücadelede devam ederken şimdi karşımıza çok ciddi etkileri olan pandemi dönemi çıktı. Pandemiden dolayı ne olacak? Birçok olayda, şu ana kadar hukuki ihtilaf doğurmamış ve doğurmayacak işlerde bile potansiyel davalarla karşı kaşıya kalacağız. Pandemiden sonra 7226 Sayılı Özel Ka-

nun'la 15 Haziran tarihine kadar duruşmalar ve icra takipleri durduruldu, süreç bir şekilde "donduruldu". 15 Haziran'dan sonra davalar yeniden başladı. Davalar daha öncesinde açılabilirdi ama duruşmalar olmuyordu. Şimdi ise adli tatil başladı. Ama adli tatilin de Ağustos sonunda bitmesiyle birlikte çok ciddi bir dava yığılmasıyla karşı karşıya kalabileceğiz. Adli sistemimizin, hukuk sistemimizin bununla mücadele edebilmesi lazım. Hazırlıklı mıyız, hazırlıklı değil miyiz? Özellikle Eylül'den sonra bunu göreceğiz. Çünkü ihtilaf doğurmayacak hususlarda bile - özellikle bu mücbir sebep vesaire konularından dolayı- birçok dava ile karşı karşıya kalabileceğiz.

İşte bu durumda yani bir ticari dava ortaya çıkıyorsa Ticaret Kanunu'nun 5A maddesi çerçevesinde arabuluculukla da karşılaşabileceğiz. Bu kapsamda konusu bir miktar paranın alacağına ilişkin ticari davalar açısından arabuluculuk süreci olacak. Arabuluculuğun önemi de Eylül ayından sonra çok fazla artacak. Çünkü aksi takdirde yargı sistemimizin üzerine binen yük iyice artmış olacak.

Harun Hoca öngörülemezlikten bahsetti. Öngörülemezlik meselesi ticaret hukukuyla doğrudan ilişkili. Zira mücbir sebepten bahsedebilmek için pandeminin öngörülemezlik olması gerekli. Bu noktada 2001'deki ekonomik kriz sonrası yaşananlar bugünkü yaklaşımla bağlantılı. Yargıtay'ın verdiği kararlarda, Türkiye gibi ülkelerde bu türden durumların öngörülebilir olması gerekliliği içtihadının dayandığı nokta, esasında Ticaret Kanunu'nun 18'inci maddesi. Ticaret Kanunu'nun 18'inci maddesinin 2'inci fıkrası "*her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir*" hükmünü taşıyor. Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bazen öylesine sert vurgulanıyor ki, tacirler o an olacak her şeyi öngörebilmeliler... Tacir olmayan kişilere göre çok daha sıkı bir özel ölçüye tabiler. İşte buradan hareketle, böyle salgınların da olabileceğini önceden öngörebilmeli miydiler? Bu noktada, kanaatimce mücbir sebebe ilişkin davalarda bu tartışmalarla karşılaşacağız. Sözleşmelerine buna göre hükümler koymalıydılar, buna göre önlemler almalıydılar, buna göre sigorta yaptırmalıydılar, buna göre taahhüt altına girmeliydiler, buna göre ödeme sistemlerini, ödeme akışlarını ayarlamalıydılar, riski ona göre kontrol etmeliydiler... Tamam, doğru, ama basiretli iş adamı gibi hareket etme zorunluluğunun kusursuz sorumluluğa ulaştıracak şekilde yorumlanmaması gerektiği kanaatindeyim. Önümüzdeki süreçte, davalarda özellikle edimini ifa edemeyen ya da uyarılma isteyen tacirler açısından bu savunma günde-

me gelecek. Ancak kanaatimce pandemiye de öngörmeleri gerektiğini söyleyemeyiz.

Burada tabii ki, zaman açısından da farklı sonuçlara varabiliriz. Yani Ocak ayındaki durum nasıldı, Şubatta nasıldı, Martta nasıldı, Nisan'da nasıldı? İlgili tarihteki sözleşmelere göre de öngörülemezliğin değerlendirilmesi lazım. Yani Ocak ayında öngörülemez olan bir olayın Nisan ayında hâlâ öngörülemez olduğunu söylemek, savunmak da doğru olmayacaktır. Tacirler açısından bugün örneğin ikinci dalga öngörülemez midir? Kanaatimce burada farklı yorum yapılabilir. Artık bugün için bu salgının devam eden sonuçları öngörülemez olmayacaktır.

Bu dönemde en çok gündeme gelen sorunlardan bir tanesi de sözleşmelerin akdi meselesidir. Sözleşmelerin imzalanması için taraflar bir araya gelemiyor, en çok zorlandıkları hususlardan biri bu. Çünkü bazen fiziken bir araya gelmeleri yasaklardan dolayı mümkün değil. Evde kalın deniliyor, taraflar verilen talimatlara uyuyorlar ve bir araya gelmek istemiyorlar. İşte bir araya gelemeyen kişilerin nasıl sözleşme yapacağı meselesinin çözümü olarak elektronik imkânlar, elektronik araçların kullanılması yaygınlaşıyor. Özellikle elektronik imzanın yaygınlaşması yoluyla sözleşmeler akdediliyor. Hatta elektronik imza yoluyla akdedilmesi yasak olan kambiyo senetlerinin dahi elektronikleşmesine ilişkin kanun tasarıları vardı. Bankacılık ve sermaye piyasası mevzuatında uzaktan erişimle sözleşme akdine ilişkin özel değişiklikler bu dönemde yapıldı. Dolayısıyla ticaret hukuku açısından en önemli sorunlardan biri olan bir araya gelme meselesinde sözleşmenin nasıl akdedileceği noktasında elektronik araçların olabildiğince kullanıldığı bir dönemdeyiz. Elektronik imza birçoğumuzda var, kullanıyor ya da kullanmıyoruz ama bunun çok yaygınlaştığını göreceğiz ilerleyen süreçte ve birçok sözleşme artık bu yolla akdedilecek.

Bu noktada Ticaret Kanunu'nun 21'inci maddesine değinmek gerekir. Hüküm uyarınca telefonla, telgrafla, herhangi bir iletişim, bilişim veya diğer bir teknik araçla ya da sözlü olarak kurulan sözleşmelerle yapılan açıklamaların içeriğini doğrulayan bir yazıyı -yani teyit mektubunu- alan kişi, o yazıya itirazda bulunmazsa içeriğini kabul etmiş sayılıyor. Sadece klasik sözleşmelerde değil, birçok büyük sözleşmede de teyit mektubunun madde 21/3'ten yararlanarak kullanılabilme imkânı ortaya çıkacak. Buna ilişkin yöntemler geliştiriliyor. Çünkü taraflar bir araya gelip imza atamıyorlar. Elektronik imzaları olmayabilir. O zaman teyit mektubundan yararlanılması düşünülebilir. Unutmayalım, ben bir

yazı aldığım zaman bu yazıya sessiz kalırsam sözleşme kurulmaz. Sükût ikrardan gelmez ama işte burada sükût ikrardan geliyor. Siz bir yazı aldığınızda, tıpkı faturaya itiraz etmemedeki gibi o yazının içeriğine 8 gün içerisinde itiraz etmediğiniz zaman, ilgili yazının bir şekilde kurduğunuz sözleşmenin içeriğine uygun olduğuna, yani sözleşme ilişkisinin bu şekilde kurulmuş olduğuna delalet edecek. Bu yönde bir karine ortaya çıkacak. Bu da Ticaret Kanunu'muzun getirdiği olanaklardan birisi.

Tabii en çok gündeme gelen konulardan bir diğeri de pandemi döneminin şirketlerde, tacirlerde yarattığı ekonomik yıkım. Bu ekonomik yıkımın da doğru yorumlanması lazım tabii ki. Harun Hoca da söyledi, Sadece ekonomik yıkımın varlığı, iflas tehlikesi vesaire bunlar bir sözleşmenin ifa edilmemesinde geçerli bir sebep teşkil etmez. Bu anlamda bunu gerekçe olarak gösterip sözleşmelerden kurtulamayacak tacirler belki, ama yorum yaparken biraz daha bu dönemin özelliklerine uygun çözümler bulmaya çalışmak lazım. Örneğin Ticaret Kanunu'muzun 22'inci maddesinin Borçlar Kanunu'nun 182'inci maddesine yaptığı atıfla, birçok sözleşmede cezai şartlar görüyoruz. Bu cezai şartlar çok yüksek olabiliyor. Ben bir edimi ifa etmedim, malı göndermiyorum, inşaatı zamanında bitiremiyorum... İşte bu durumlarda çok ciddi cezai şart taahhütleri altına girmiş olabiliyoruz.

Kural olarak Borçlar Kanunu'nun 182'inci maddesindeki cezai şart fahişse bu cezai şartın fahiş olduğunun mahkemeden tespit edilip indirilmesi istenebilir, cezai şartın indirilmesine karar verilebilir. Mahkeme bunu resen de yapabilir, talep üzerine de yapabilir. Borçlar Kanunu böyle bir imkân veriyor. Ama talepte bulunan yani cezai şartın yükümlüsü tacirse, bu halde Ticaret Kanunu'nun 22'inci maddesi bu imkânı engelliyor. Tacirler için ciddi bir külfet bu. Tacir cezai şartın indirilmesini, fahiş olsa bile isteyemiyor. Hâkim de bu yönde bir karar veremiyor. Ancak Yargıtay burada bir adım attı: "Ticaret Kanunu madde 22, Borçlar Kanunu madde 182'yi kısıtlıyor, ama eğer bu cezai şart öylesine bir noktada fahişse ve cezai şartı ödeyecek kişinin 'ekonomik mahvı' sonucunu doğuracaksa işte bu durumda artık ahlaka aykırılık seviyesine ulaşmıştır" dedi. Yani Yargıtay, Ticaret Kanunu madde 22'deki açık yasağa rağmen cezai şartın tacir tarafından indirilmesinin talep edilebileceğine hükmetti.

Pandemi döneminde, buradan hareketle, biraz daha yumuşak yorum yapılabileceği kanaatindeyim. Çünkü birçok sözleşmede edimin ifa edilmediği durumlarda -özellikle zararı ispat zorunluluğu sebebiyle- ce-

zai şart hükümleri var. Tacir nasıl ödeyecek bu cezai şartı? İşte burada artık “tacirin ekonomik mahvı” hususunun daha yumuşak yorumlanması lazım. Tacirin iflası söz konusu olmasa bile, kanaatimce Ticaret Kanunu madde 22’ye rağmen bu cezai şartların indirilmesi istenebilmeli. Burada tabii makul bir değerlendirme yapacak Mahkeme ve fikrimce 22’inci maddenin varlığına rağmen bu özel dönemden dolayı cezai şartların indirilmesi yoluna gidilebilecek.

Pandemi döneminin ticari işletme hukuku açısından İstanbul Ticaret Odası’yla da bağlantılı en önemli noktalarından biri ticaret sicili işlemleri. Türk ticaret hukuku, özellikle 2012’de yürürlüğe giren Ticaret Kanunu devriminden sonra kanaatimce elektronikleşme konusunda Avrupa Birliği’nin ilerisinde yer alıyor. Tıpkı MERSİS sisteminde, UYAP’ta, e-devlette olduğu gibi ticaret sicili işlemlerinde de elektronikleşmede çok ciddi adımlar atılmış durumda. Birçok sicil işlemi, fiziken sicile gitmeye gerek olmaksızın yapılıyor. Çünkü insanlar bir araya gelmek istemiyorlar, birileriyle muhatap olmadan işlemleri yapmak lazım. Salgından kurtulmak açısından bu böyle, ama bir taraftan da hız var. Bir taraftan da bu gereklilik nasıl karşılanır? Burada Ticaret Kanunu’muz gerçekten ciddi bir sistem kurmuş durumda. Nitekim ikincil mevzuat da bunu destekledi. Odalar da kendi sistemlerini buna entegre ettiler ve ciddi bir noktaya gelindi. Ancak ben burada Ticaret Kanunu’nun 40’ıncı maddesinin altını çizmek istiyorum. Bu konumdan biraz geri adım atıldı maddeyle. Söz konusu hüküm zaman içerisinde değişen bir madde, zaman içerisinde birkaç değişiklik gördü. İmza işlemlerini düzenleyen ilgili hükümde imza işlemlerinde her tacirin kullanacağı ticaret unvanını ve bunun altına atacağı imzayı sicil müdürlüğüne vermesi gerektiği ifade ediliyor. Tacir tüzel kişi ise unvanla birlikte onun adına imzaya yetkili kişilerin imzaları sicil birimine verilecek. İmza beyanı herhangi bir ticaret sicil müdürlüğünde, yetkilendirilmiş personelin huzurunda, yazılı beyanda bulunmak suretiyle verilir deniliyor. Ticaret Kanunu madde 40/2 hükmü ile öncesinde noterin onaylayacağı bir imza beyanı da yeterli görülüyordu. Ancak çeşitli yolsuzluklar karşısında böyle bir usul belirlendi ve imza beyanı verecek kişinin sicil müdürlüğüne gelmesi gerektiği üzerine 40’ıncı madde ile böyle bir sistem kuruldu. Bu sistem elektronikleşme ve hız açısından doğru bir sistem değil, kanaatimce kolaylaştırılması lazım. Nitekim buna ilişkin tasarılar da çıktı. 7244 sayılı ikinci Covid Kanunu’nda buna ilişkin, yani 40’ıncı maddeyi değiştiren ve bu sistemi kolaylaştıran bir hüküm vardı. Ancak yasalaşan metinde yer al-

madı, bu kolaylık gerçekleşmedi. Bugün gelinen noktada TTK'nın 40'ıncı maddesi mevcudiyetini koruyor. Ancak İstanbul Ticaret Odası ile Ankara Ticaret Odası'nın uygulaması farklıydı. İstanbul Ticaret Odası 40'ıncı maddenin varlığına rağmen kanaatimce pratik bir çözüm geliştirmişti. Fakat gelinen noktada bir sirküler çıktı benim son takip ettiğim kadarıyla, yine mecburen Kanunun sistemine gelindi ve imza beyanının sicil müdürlüğünde yetkilendirilmiş personelin huzurunda verilmesi gerekli kılındı.

Ticaret Kanunu'nun 372'inci maddesinde de var; anonim bir şirket kuruyorsunuz, zaten mevcut bir şirkete bir temsilci atıyorsunuz, bir tacirsiniz ve ticaret unvanınızı tescil ettiriyorsunuz... Çeşitli açılardan imza beyanının sicil müdürlüğüne verilmesi söz konusu. İlgili 40'ıncı maddenin yeniden ticaret hukukumuzun gelişen elektronikleşme geleneğine uygun bir şekilde düzenlenmesi ve imzanın sicil müdürlüğüne gidilmesine gerek olmaksızın kolay bir şekilde verilmesinin sağlanması gerektiğini düşünüyorum. Buna ilişkin adımların atılması gerektiğinin altını çiziyorum.

Ticari işletme hukuku açısından son dönemde önemli tartışmalardan bir diğeri de aşırı fiyatlama meselesi. Bununla ilişkili 7224 sayılı ilk Covid Kanunumuzla özel bir komisyon kuruldu bunları takip etmeye yönelik olarak, uygulamaları takip edeceğiz. Rekabet Kanunu madde 6 hükmüyle düzenlenen zaten bir soruşturma yolu var. Yani bunlar aşırı fiyatlama ve aynı zamanda hâkim durumun kötüye kullanılması hali de teşkil ediyor. Ayrıca kanaatimce Ticaret Kanunu madde 55/1(e) çerçevesinde bu bir haksız rekabet hali de olabilir iş şartlarına uymamak açısından. Yani hem haksız rekabet hukuku hem rekabet hukuku hem de 7224 sayılı Kanunla kurulan bu özel komisyon üzerinden, aşırı fiyatlama ile ticari işletme hukukunun mücadelesini önümüzdeki dönemde göreceğiz.

Konuyu şirketler hukuku açısından ele alırsak en önemli meselelerden birisi yönetim kurulu ve genel kurul toplantıları meseleleri. Covid döneminde yönetim kurulları nasıl oluşacak, genel kurullar nasıl yapılacak soruları gündeme geldi. Bu gerçekten ciddi bir tartışma konusu oldu. İnsanlar bir araya gelmekten korkuyorlar ya da bir araya gelemiyorlar, fiilen bu mümkün değil. Evden çıkma yasakları oldu, şehir dışına çıkma yasakları oldu. Bunları nasıl aşacağız?

Yönetim kurulları açısından bu sorun elektronik yolla yönetim kurulu toplantısı yapılması, dolaştırma yoluyla karar alınması gibi imkanlarla nispeten çözülebildi. Genel kurullar açısından ise bunun çözümü

özel bir kanunu gerektiriyordu kanaatimce. Bu konuda 1-2 tane makale de yazdım. Eleştirdim genel kurulların yapılma sürecini. Ancak kanun koyucunun tercihi şu oldu genel kurullar açısından; 7244 sayılı Kanun'da kanun koyucu dernekler ve kooperatifler açısından genel kurulları Temmuz sonuna kadar erteledi. Genel kurulların alması gereken önemli kararlarda yönetim kurulu üyelerinin görev süresi açısından özel bir düzenleme yapıldı ve sürelerinin uzayacağını öngörüldü. Ama anonim ve limited şirketler için böyle bir düzenleme yapılmadı. Dolayısıyla genel kurullar yapıldı, yani yapılabilirdi. Ancak göreceğiz, Eylül sonrasında bu konuda davalar olacak mı? Çünkü saatlerce süren genel kurullar biliyorum. Genel kurullara pandemiden dolayı katılamamış olabilir bir pay sahibi, ama haklarını da o genel kurulda kullanması gerekiyordu. Katılamadı çünkü evden çıkamadı. Katılamadı çünkü şehir dışına çıkma yasağı vardı. Katılamadı çünkü devlet büyüklerimizin, yetkililerin talimatlarına uydu, evde kaldı. İşte katılamadığı için de haklarını kullanamadı, oy kullanamadı, sermaye artırımını kararına itiraz edemedi. Ne olacak şimdi pay sahibinin bu durumu? İlginç bir şekilde dernek ve kooperatifler için kanun koyucu tercihini genel kurulları ertelememe noktasında yaptı. Dolayısıyla ben önümüzdeki dönemin önemli sorunlarından biri olarak bu dönemde yapılan genel kurullara katılmayan pay sahiplerinin Covid tehdidini ileri sürerek açabilecekleri davaları görüyorum; sonuçta yeterli veri de varsa lehe sonuçlar alınabileceği düşüncesindeyim.

Bu dönemin en önemli sorunlarından, en önemli argümanlarından biri de genel kurulların ertelenmemesi noktasında şuydu; yönetim kurullarının süresi devam ediyor ve bitiyor. Süresi biten yönetim kurullarının akıbeti ne olacak? O yüzden mecburen seçim yapmak ve genel kurulu toplamak lazım. Bu konuda özel bir kanun çıkarılması en doğru olandı. Maalesef belirttiğim üzere kanun koyucu bu tercihini iyi kullanmadı. Ama böyle bir kanun mevcut olmasına rağmen Yargıtay'ın çeşitli içtihatları var bu konuda. O içtihatların yardımıyla, bir sonraki yönetim kurulunun seçilmesine kadar görev süresinin devam etmesine ya da en azından acil işlerin yapılmasına ilişkin yorum yapılabilir. Yahut Borçlar Kanunu madde 138'in, yani uyarılmanın bile bu konuda kullanılabileceğini düşünüyorum. Bununla ilişkili bir yazı da yazdım. Ama bugün gelinen noktada süresi biten yönetim kurulları açısından özel bir dava görmedim. Bu kurulların devamı nasıl olacak? Süresi biten yönetim kurullarının -mecburen- sicillerde tescil işlemlerini yapamıyorlar, noterler imza

sirküleri çıkaramıyorlar. Doğru, çünkü özel bir düzenleme yok. Bu benim söylediklerim ancak bir mahkeme kararını gerektiren durumlar. Dolayısıyla sicilin süresi biten yönetim kurulunun görev süresini otomatikman uzatma noktasında bir yetkisi yok. Bu konuda da önemli ticaret hukuku ihtilafları olacak. Ne yapılacak, çare ne? Genel kurullar öyle ya da böyle yapılıyor, yapılacak. Bir araya gelme, normalleşme dönemi, böylelikle aşılması düşünüldü sorunun. Bunların sonuçlarıyla da ayrıca Eylül sonrasında mücadele edeceğiz...

Arada bir dipnot söyleyeyim: Bu noktada Bakanlığın elektronik genel kurul konusunda bir yazısı vardı, “kapalı şirketler için elektronik genel kurul”. Bunun da doğru olmadığını düşünüyorum. Çünkü fiilen birçok pay sahibinin elektronik yolla genel kurula katılmasının hele pandemi döneminde mümkün olmamasının, e-imza temin etmenin mümkün olmamasının yanı sıra; kapalı şirketin elektronik genel kurul toplantısı yapabilmeleri için esas sözleşmelerinde hüküm olması gerekiyor. Peki esas sözleşmesini nasıl değiştirecek genel kurul yapmaksızın? Dolayısıyla Bakanlığın bu noktada yaptığı tercihi de doğru bulmuyorum.

Şirketler hukuku açısından üzerinde durmamız gereken bir diğer husus yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu. Yine öngörülemезlikle ve Harun Hoca'nın bahsettiği basiretli iş adamı gibi davranma sorumluluğuyla bağlantılı. Çünkü geniş, sert bir sorumluluk sistemi var yönetim kurulu üyeleri için. Bu rejimin, pandemi döneminde biraz daha dikkatli yorumlanması gerektiği kanaatindeyim. Çünkü Covid döneminde yapılan sözleşmelerden önce ifa edilemeyen ya da karşılığı alınamayan sözleşmelerden dolayı şirketler zarara uğradı. Bu zararlardan dolayı o sözleşmeyi akdeden yöneticilerin sorumluluğu olacak mı? Bu noktada yönetim kurulu üyelerinin basiretli iş adamı gibi davranma zorunluluğuyla bunu önceden öngörmeleri gerekirdi, buna göre sözleşme yapmaları lazımdı. Ancak öngöremedikleri için şirkete zarar verdiler. Buna karşılık biraz daha yumuşak olunması ve ehil insanların yönetim kurulu üyeliğinden kaçırılmaması gerektiği görüşündeyim. İşletme gerekliliği çerçevesinde o gün için Covid'i öngöremeyen bir yönetim kurulu üyesinin bence kusurlu sayılmaması ve oluşan zarardan da sorumlu tutulmaması lazım. Ama devam eden süreçte ikinci dalgayı, üçüncü dalgayı öngörmeyen, gerekli yönetsel yapılanmayı kurmayan, risk komitelerini oluşturmayan yönetim kurulu üyeleri için bir sorumluluk söz konusu olabilir.

Pandemi döneminin şirketler hukuku açısından önemli bir diğer meselesi kâr dağıtım meselesi. 7244 sayılı kanunun 12'inci maddesi ile Ticaret Kanunu'na geçici 13'üncü madde eklendi. Bu eklenen geçici madde ile şirketlerin Eylül sonuna kadar mevcut kârlarının, yani 2019 yılı kârlarının ancak %25'ini dağıtabilecekleri, serbest yedeklerde bulunan birikmiş kârları ise hiç dağıtamayacakları kuralı getirildi. Bu şiddetle eleştirildi ama ben bu eleştiriye katılmıyorum. Çünkü birçok gelişmiş ülkede de benzer kâr dağıtım sınırlamaları var ve Covid dönemine özel olarak kâr dağıtım sınırlamaları öngörüldü. Dolayısıyla böyle şey mi olur, ekonominin çarklarını döndürmek lazım, o yüzden kâr dağıtımına cevaz vermek lazım şeklindeki yaklaşımlara katılmıyorum, bu doğru değil. Bu Amerika'da da böyle, Almanya'da da böyle, Dünya Bankası raporlarında da var.

Kâr dağıtımının yasaklandığı şirketlerin özellikle finansal destek alan şirketler olduğunu görüyoruz. O şirketlerin Devletten aldıkları özel Covid desteklerini şirket faaliyetlerinde kullanmalarını sağlamaya yönelik bir tedbir bu. Yoksa o desteği alırsın ama ortaklara kâr payı olarak dağıtırsın, bunu engellemek gerekir. Yoksa bütün şirketleri kapsayacak genel bir yasak söz konusu değil. Bizdeki durum ise öyle oldu biraz. Genel bir yasak oldu ve genel yasak da sert oldu. Çünkü çok sıkı bir şekilde ekonomiye müdahale edildi. İşte bu çerçevede Kanunun verdiği imkânla çıkarılan bir yönetmelikle birtakım istisnalar öngörüldü.

Öncelikle temel kuralımız şu: Eylül sonuna kadar anonim şirketlerde kâr dağıtımını sınırlaması var. Mevcut 2019 kârlarının yanı sıra kâr payı avans dağıtımları da mümkün değil. 2019 kârının ancak %25'ini dağıtabilecek, ayrıca serbest yedekler hiç dağıtılamayacak. Dağıtım kararı alınmışsa ve fakat henüz dağıtılmamışsa o da dağıtılmayacak. Şimdi bu durumda konuya üç temel istisna getirildi; bir tanesi 120.000 TL rakamsal sınır. Buna göre 120.000 TL'ye kadar olan kâr payı dağıtımlarına cevaz verildi. Ama yine finansal destek alan şirketler açısından bu istisnaya da istisna var. Onlar 120.000 TL'lik sınırlamadan da yararlanamayacak. Pay sahibi aldığı kâr payıyla bir başka şirkete olan sermaye borcunu ödeyecekse pay sahibi olarak, işte o durumda da bir istisna var. Yani o tür şirketlerde alınan kâr payıyla bir başka şirkete olan sermaye borcu ödenecekse istisnadan yararlanılıp, kâr payı dağıtım kararı alınması mümkün. Burada ise %50'lik bir sınır var. Bir diğer istisna ise bilhassa şirketler topluluğunda gündeme gelen bir sorun. O da şu; pay sahibi şirketten aldığı kârla kredi borçlarını ödüyor. Finansal sistemin ayakta

kalabilmesi için kredi borcu bulunan ortaklar açısından, bunun kanıtlanması ve yine Bakanlıktan ön izin alınması şartıyla kredi borcunun kâr payıyla ödeniyor olması halinde bu şirketlere de yasaktan muafiyet getirildi. Yani yapılan kâr payı dağıtımından alınan parayla bankalara olan kredi borcunu ödeyecekse pay sahipleri, -özellikle şirketler topluluğunda bunlar gündeme geliyor- işte bu şirketlerde kâr dağıtımını sınırlaması söz konusu olmayacak.

Biraz da kıymetli evrak hukukundan, özellikle çek hukuku ile ilgili gelişmelerden bahsedip sözlerimi tamamlamak istiyorum, akabinde sorularla devam edelim. Ana hatlarıyla şirketler hukuku açısından, yönetim kurulu ve genel kurul toplantıları ile kâr payı dağıtım meselesi önemli. Kıymetli evrak hukuku açısından ise en önemli gelişme çek hukuku konusunda yaşandı. 7226 sayılı ilk Covid Kanunu ile bir düzenleme yapıldı bahsettiğim ticari davalara ilişkin olarak. Davalar durduruldu, süreler durduruldu. 7226 sayılı Kanunda süreler durdurulurken aynı zamanda yargılama alanındaki hak kayıplarının önlenmesinden bahsedilmesine rağmen ibraz sürelerinden de bahsedildi. İbraz sürelerini, hak düşürücü süreleri, bir hakkın ileri sürülmesine ilişkin gerekli bütün süreleri biz 7226 sayılı Kanun ile durdurduk dendi.

Bu düzenlemenin çek hukuku açısından anlamı şu: 7226 sayılı Kanun'un geçici 1'inci maddesinde geçen ibraz süresi ifadesi esasen sadece davalardaki delil ibrazına mı ilişkin? Acaba çekteki ibraz süreleri de durmuş mudur? Ben yazdığım makalede bunun çekteki ibraz sürelerini de kapsadığı görüşünü savundum ve bu genel olarak kabul gördü. Çünkü orada hak düşürücü sürelerden de bahsediliyor, ibraz süresi deniliyor ve genel olarak bunların dışında da bir hakkın ileri sürülmesi için tabi olunan sürelerden bahsediliyordu. Kanunda bütün sürelerin durduğundan bahsedildiğine göre kanaatimce bu çekteki ibraz sürelerini de kapsar ve çekteki ibraz süreleri bu anlamda durmuştur.

Bu, iki sorun meydana getirdi. Ben bir çek aldım, ibraz süresi içinde çeki ibraz etmem lazım. Süresi içinde ibraz etmediğim zaman cayma ihtimali var, süresinde ibraz etmediğim için İcra İflas Kanunu'na mahsus icra takibi yapamayacağım, çek suçu için şikâyette bulanamayacağım karşılıksız çekten dolayı... Ciddi bir mesele, süresinde ibraz etmek lazım bankanın kısmi ödeme sorumluluğunun doğabilmesi için. İbraz bu denli önemli ama evdeyim. Evden çıkmam tehlikeli. Nasıl ibraz edeceğim? Çek elimde ama yasak belki de evden çıkmam. İşte ibraz süreleri durdu, bana bir imkân getirildi ve süre önce 30 Nisan'a sonra 15 Haziran'a ka-

dar uzatıldı. İbraz sürelerinin durmasından bir süre yararlanacağım. Burada çok büyük tartışma yok. Hamillerin bundan yararlanabileceği kabul edildi, bu anlamda sorun yok.

Daha büyük sorun, benim oradaki görüşüm kısmen destek buldu ve bir mahkeme kararına da yansıdı ama genel baskın görüş uygulamada bunu reddetti. Benim kanaatim çekte ibraz süresi durduysa, bunun anlamı ibrazın mümkün olmamasıdır. Zira çekte “vade” yok, “ibraz süresi” çekin ibraz edilebileceği süreyi gösterir. Çek Kanunu bunu düzenlemiştir. Çek Kanunu geçici madde ile Covid’den önce öngörülen bir düzenlemeydi bu. Aralık 2020 sonuna kadar, ibraz süresinden önce, ibraz süresi başlamadan yapılan bütün ibrazlar geçersizdir. Normalde Ticaret Kanunu sistemini hepimiz biliriz. Siz bir çeki aldınız, çekte vade yok, götürürsünüz, çekin üzerinde yazılı tarihi beklemenize gerek yok, çeki bankadan tahsil edebilirsiniz karşılığı varsa. Karşılığı yoksa da arkasını yazdırıp karşılıksız çek takibatı yapabiliriz. Bu Ticaret Kanunu’ndaki genel sistem, gelişmiş ülkelerin sistemine de uygun. Ama Çek Kanunu’yla bütün bunları bir tarafa bıraktık ve bambaşka bir sistem öngördük. Bugün için adeta çekte vadeyi getirdik. Çek adeta bankanın ödediği bir bono haline geldi. Bugün bizim sistemimiz bu. Çekin üzerinde yazılı tarihten önce çeki ibraz ederseniz bu ibraz geçersizdir. Çek Kanunu madde 3/5 bunu düzenler. İbraz süresi başlamadan önce yapılan ibraz Çek Kanunu’na göre geçersiz oldu. Konumuz özelinde 7226 sayılı Covid Kanunu da ibraz sürelerini durdurduğuna göre o dönem açısından 15 Haziran’a kadar yapılan ibrazlar da geçersizdir, ibraz süresi durmuşsa ibraz da yapılamaz. Bu görüşü Bankalar Birliği kabul etmedi ancak doktrinde kısmen destek buldu. Belirttiğim gibi genel olarak kabul edilmedi fakat bir mahkeme kararına da aynen yansıdı, orada kabul edildi bu süreler içerisinde çek ibrazının yapılamayacağı. Bakalım ilk derece mahkemeleri, Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay ne diyecek? Çünkü benim görüşüm 15 Mart - 15 Haziran arasındaki bütün çek ibrazları, ödemeleri sorunludur. O dönemde siz çeki ibraz ettiniz, arkasını yazdırdınız, takip yapacaksınız, suç duyurusunda bulunacaksınız, kanaatimce yaptığınız ibraz geçersizdir. O yüzden çeki 15 Haziran’dan sonra yeniden ibraz etmeniz gerekirdi. Ama bu konunun nasıl çözümleneceğini ne olacağını zaman gösterecek.

Sabrınızdan dolayı teşekkür ediyorum. Sorularla konuları açabiliriz. Teşekkür ediyorum...

Doç. Dr. Harun Demirbaş:

Tüm katılımcıları saygı ve sevgiyle selamlıyorum. Pandemi süreci hepimizi hem bireysel hem toplumsal olarak etkiledi. Sosyal hayatımız önemli ölçüde etkilendi. Pek çok değişikliğe gitmek, aramıza mesafe koymak zorunda kaldık. Bakın, bu toplantıyı bile bir salonda tertip edemiyor, online ortamda görüşmek durumunda kalıyoruz. Aynı şekilde ekonomik hayat da etkilendi. Bunun birinci derecede muhatabı sizlersiniz. Meseleyi ele almadan önce Ali Hoca'mla beraber mevcut durumu değerlendirdik. Konunun öncelikle "genel hükümler" kapsamında ele alınması gerektiğini düşündük. Bu kapsamda aslında en temel soru: "Pandemi mücbir sebep teşkil eder mi?" Teşkil edecek olursa tarafı olduğumuz sözleşmelere etkisi ne olur? Böyle bir etki karşısında hangi hukuki imkânlarla sahibiz? Bu imkânları kullanırsak hem bizim açımızdan hem sözleşmenin karşı tarafı açısından sonuçları neler olur? Aramızdaki ticaret nasıl etkilenir? Hepimizin aklındaki en genel sorular bunlar. Veliler okullar devam edecek mi etmeyecek mi diye merak içerisinde. Eğitim ücretini ödeyecek miyiz? Servis ücretini ödeyecek miyiz? Kiracılar iş yeri kiralaları bakımından acaba kira bedelimizde bir indirim talep edebilir miyiz, diye düşünüyor. Mülk sahipleri ise yatırım aracı olarak gördükleri kira bedelini aynı şekilde almaya devam edebilecek mi telaşında. Herkesin aklında çeşitli sorular var. Herkes, meşgul olduğu faaliyet alanına göre çeşitli sorunlarla karşı karşıya. Biz bu meseleyi incelemeye başlarken bir plan takip edelim isterseniz. Öncelikle sözleşme hukukuna ilişkin temel prensiplerden hareket edelim. Biliyorsunuz, Borçlar Kanunu'nun "Sözleşme Hukuku"na ilişkin genel hükümleri arasında birtakım temel prensipler düzenlenmiş. Aynı zamanda Borçlar Kanunu'nda bu hususta bir düzenleme olmasa bile Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralından doğan birtakım temel ilke ve prensipler mevcut. Bunlardan bir tanesi "Sözleşme Serbestisi." Bir sözleşmede taraflar sözleşmenin karşı tarafını, sözleşmenin konusunu, içeriğini, bu sözleşmenin tabi olduğu şekilleri, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri, bunların ne şekilde ifa edileceğini veya bu sözleşmeye bağlı kalıp kalmamak konusunda genel olarak bir serbestliğe sahipler. Bu sözleşme serbestisi, Batı medeniyetinde bizim de dâhil olduğumuz Roma Cermen Hukuk Sistemi'nde kanunlara ilk defa kodifikasyon, kanunlaştırma hareketleriyle 1789'dan sonra girdi. Fransız Medeni Kanunu 1804'te hukuk hayatına girdi. Bizim de iktisap ettiğimiz İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu, sonrasında 1926 Medeni

Kanunu ve Borçlar Kanunu ile tamamlandı. Meseleyi bu çerçevede ele alacak olursak birinci ilkimiz Sözleşme Serbestisi. Bu kuralın istisnaları mevcut mu? Evet. Kişi dilediğiyle sözleşme yapabilir, dilemediğiyle sözleşme yapmak zorunda değildir. Hiç kimse onu sözleşme yapmaya mecbur tutamaz. Bu kuralın bir istisnası var: Biz bunu kısaca “Sözleşme Yapma Zorunluluğu” olarak tarif ediyoruz. Tekel niteliğindeki işletmeler, kendileriyle sözleşme kurmak için başvuranları reddedemezler. Aynı şekilde şekil serbestisi de mevcuttur ama kanunlar çeşitli gerekçelerle kamu düzeni veya sözleşmede korunan tarafı, onun hukuki pozisyonunu takviye edebilmek, yeniden düşünmeye sevk edebilmek, kefalet sözleşmesi örneğinde olduğu gibi aile birliğini kurmak, devam ettirmek, bunun zarar görmesini engellemek gibi amaçlarla birtakım şekil zorunlulukları yükler. Bunun istisnası bu. İkinci olarak Sözleşme Hukuku’nda “Nispilek İlkesi” mevcuttur. Sözleşmenin taraflar arasında hüküm ifade etmesi gerektiği ve üçüncü kişinin bu sözleşmeden doğan hak ya da alacağı talep edemeyeceğini aynı şekilde ifa da edemeyeceğini ifade eder ama bunun yine istisnaları mevcut. Üçüncü kişinin, borcun ifasına izin verildiği haller veyahut üçüncü kişi yararına sözleşme yapılmasına imkân verilen haller mevcuttur. Mevduat ya da sigorta sözleşmelerinde üçüncü bir kişi lehtar olarak tayin edilebilir ve sözleşmeden doğan hakları talep edebilir. Yine bir üçüncü ilke olarak kusur sorumluluğu ortada bir tazminata esas zarar var mı yok mu gibi değerlendirmeler yaparken, ilgili kişinin kusurunun bulunması bir ön şart olarak kabul edilmiştir. İstisna olarak ilgili kişinin kusuru bulunmasa hatta bazı durumlarda eylemi dahi bulunmasa onun sorumluluğuna gidebiliriz. Asıl pandemi süreci bakımından baktığımızda sözleşme hukukuna hâkim olan “ahde vefa” ilkesinin rol oynadığını görüyoruz. “Ahde vefa” ilkesi bir sözleşmeyi kurduktan sonra yüklenmiş olduğumuz yükümlülüklerin, borçların ifası ile bağlı kalmaktır. Bu sözleşme, birbirine bağlı kalmayı ifade eder. Sözleşmeyi kurduktan sonra haklı bir sebep olmaksızın sözleşmeden kaçınma imkânı vermez. Fakat bu ilkenin de her ilkenin istinası olduğu gibi bir istisnası vardır: Bizim uygulamada kısaca “uyarlama” diye bildiğimiz, “emprevizyon”, yani sözleşmenin kurulduğu sıradaki şartların değişen şartlara göre yeniden ele alınması, değerlendirilmesi; edim yükümlülüklerinin yeni değişen bu koşullara göre yeniden yapılandırılması. Uyarlamaya istisnai olarak başvurulabileceğini söyledik. Hangi hallerde başvurulabilir? Bu meseleye geçmeden önce konunun özünün “mücbir sebep” ile bağlantılı olduğunu ifade etmek lazım. “Mücbir sebep” doktrinde tarif

ediliyor, yargı kararlarında tarif ediliyor. Kanunlarımızda mücbir sebebi tanımlayıcı bir hukuk kuralı mevcut değil. Genel olarak mücbir sebebi tanımlayan doktrin ve yargı kararları birkaç kriterden bahsediyor. “Mücbir sebep” bir borcun ifasını güçleştiren ya da onu imkânsızlaştıran, zorlaştıran dolayısıyla bunun ihlaline sebep olan olay olarak tarif ediliyor. Her olay mücbir sebep teşkil eder mi? Bu sonuca, bu niteliğe sahip, bu sonucu doğuran her olay acaba mücbir sebep teşkil eder mi? Etmez. Bunun için birtakım kriterler aranmış. Bunlardan bir tanesi “haricilik” kriteri. Yani ifanın güçlüğüne sebep olan olay borçludan kaynaklanmamalı. Dışsal, ekstrem olmalı. Üçüncü kişilerden, sosyal olaylardan, sözleşmenin taraflarından bağımsız bir kaynaktan meydana gelmeli. İkincisi “öngörülemelik.” Bu ikinci kriter ise sözleşmenin kurulduğu sırada tarafların böyle bir engelleyici durumun borcu ihlale ya da borcun ifasını güçleştirmeye sebep olacak bu olayı önceden öngöremeyecek durumda olmalarını ifade eder. Öngörülebilir nitelikte olan hususlar ya da olaylar gelecekte sözleşmemize etki edecek olursa biz bunu öngörebilecek durumdaydık. O zaman buna göre önlem almamız gerekir. Tacirlerin basiretli davranma yükümlülüğünü de hesaba katacak olursak öngörülemelik ilkesinin önemi ortaya çıkar. Üçüncüsü “engellenemezlik.” Öngöremediğimiz bu durumu ne yaparsak yapalım engelleyemeyecek durumda olmamız gerekir. Bir yangınla, bir depremle mücadele etmeyi ifade etmiyor bu husus. Mevcut olayın bizim sözleşmeye olan yükümlülüğümüze, sözleşmemize etkisini ortadan kaldırmak anlamında yapabileceğimiz hiçbir şey olmamasını ifade ediyor. Biz alacağımız önlemlerle, sözleşmede kararlaştıracığımız hükümlerle bu olayın sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ifa etmemizi engellemesini, sözleşmeyi sağlıklı bir biçimde sonuca ulaştırmamızı, ifayı ne yaparsak yapalım sağlayamayacak durumda olmalıyız. Sonuncu olarak özellikle Yargıtay kararlarında vurgulanan, taraflar arasındaki sözleşmede belli bir durumda mağdur kişinin “Ben şu olaydan dolayı sözleşmeden doğan borcu yerine getirmiyorum, getiremiyorum” diyerek başvurusu veya ifa güçleştiği zaman belli bir durumda sözleşmede mücbir sebep olarak kabul edilmeyeceğinin kararlaştırılmış olmasıdır. Yani A ile B sözleşme yaptığı vakit, “aramızdaki sözleşmeden doğan yükümlülükler şunlardır, bu yükümlülüklerin yerine getirileceği tarih şudur, usul şudur, ne olursa olsun şu veya bu sebeple mücbir sebebe dayanılmayacaktır, mücbir sebepler sözleşmeden doğan bu borcun ifasını engelleyecek bile olsa karşı tarafın sorumluluğu doğacaktır, ifa yükümlülüğü devam etmektedir” şeklinde açık veya dolaylı olarak “mücbir sebebe başvurulamaz” gibi bir ifade yer alacak olursa o

zaman bu mücbir sebebe başvurarak sözleşmenin uyarlanmasını istemek mümkün olmaz. Niteliği itibarıyla mücbir sebep illiyet bağımlı kesen hallerden biri olarak değerlendirilmektedir, üst başlık olarak böyledir, pedagojik olarak borçlar hukuku kitaplarında bu başlık altında değerlendirilir. Yargıtay bu kriterler çerçevesinde mesele hakkında önüne gelen olayları incelerken iki şeye dikkat ediyor. Bunlardan bir tanesi mücbir sebep teşkil eden ya da mücbir sebep olduğu iddia edilen olay acaba yerel mi bölgesel mi yoksa ülkenin bütününde mi gerçekleşiyor, bunu değerlendiriyor. Yani, yerelde değil ülkenin bütününde benzer sektörde faaliyet gösterenler için, benzer borçlar için böyle bir sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilmesinin mümkün olmamasıdır. Dolayısıyla ülkenin bütününde mücbir sebebin etkisinin cari olmasını arıyor. İkincisi özellikle tacirler bakımından basiretli davranma yükümlülüğü kapsamında mesele değerlendiriliyor ve öngörülemezlik, engellenemezlik kriterlerinin tacirler açısından daha dikkatli, daha seçici uygulandığını görüyoruz. Adi işler bakımından önlem alma, engelleme ve öngörme açısından gösterilmesi gereken performans farklıdır. Bununla beraber Yargıtay, tacirler için bu konuda basiretli davranma yükümlülüğünü, ekstra bir çabayı, uzmanlığı, meseleye ilişkin bilgi ve tecrübesini aktarmasını bekliyor. Şimdi mücbir sebeple yakından alakalı bir kavram daha var, “beklenmeyen hal” ya da “umulmayan hal” olarak tarif ediliyor. Mücbir sebeple bu beklenmeyen halin ilişkisini de dikkate almamız gerekir. Mücbir sebep ve beklenmeyen hal acaba hangisi daha geniş, hangisi diğerini kapsıyor? Bu konuda farklı tasnifler mevcut doktrinde. Bu açıdan bakıldığında çoğunlukla mücbir sebebin daha geniş bir kavram olduğu, bunların içerisinde beklenmeyen hal olarak sayılacak hallerin de bulunabileceğini görüyoruz. Bir başka tasnifte asıl beklenmeyen haller daha üst bir başlıktır. Bunlar içerisinde bazı haller mücbir sebep teşkil ederler şeklinde tasnife tabi tutuluyor, pratik bir önemi yok. Bir teorik bir tartışma. Fakat hem doktrin hem de Yargıtay kararlarında bu ikisini birbiriyle karşılaştırırken temel kriterler belirlenmiş. Bunlardan en önemlisi mutlakiyet. Mücbir sebep beklenmeyen hale oranla mutlak bir etki ve sonuç doğuruyor. Dolayısıyla o çerçevede hemen tüm borçlar için geçerli olan bir sonuç doğuruyor. Diğer taraftan niteliği itibarıyla mücbir sebep sözleşme tarafının faaliyet alanından bağımsızdır. Dışsalılığı daha baskındır. Ekstrem olma özelliği daha baskındır. Deprem, yangın, sel gibi felaketler veya genel olarak sosyal felaketler mücbir sebep olarak değerlendirilebilir. Beklenmeyen haller ise mücbir sebebe oranla

nispeten daha çok borçlunun faaliyet alanıyla ilgilidir veya daha farklı özellikler göstermektedir ya da daha sınırlı bir ölçüde ortaya çıkmaktadır. Birinci kriter bu. İkinci ayrıma ilişkin kriter de mücbir sebebin herkes için benzer sonuçlar doğurmasıdır ama beklenmeyen hal niteliğindeki olay sadece belli bazı borçlar için sözleşmeden doğan borcun ifasını güçleştiren özelliğe sahiptir. O açıdan bakıldığında mücbir sebep hem daha genel, daha mutlak hem de faaliyet dışı olması özelliğiyle beklenmeyen halden ayrılır. Şimdi bizim kanunlarımızda mücbir sebeple ilgili düzenlemeler mevcut mu ondan bahsetmek isterim sizlere. Efendim borçlar hukukuna ilişkin olarak genel hükümler arasında mücbir sebebin sözleşmeye etkisini düzenleyen birkaç madde var. Bunlardan birincisi 136. madde, Borçlar Kanunu'nda ifa imkânsızlığına ilişkin düzenlenmiş. İkincisi 137. madde, geçici ifa imkânsızlığı. Üçüncüsü ise 138. madde, aşırı ifa güçlüğü. Bunlar Borçlar Kanunu'ndaki genel hükümler. Yine Borçlar Kanunu'nun özel hükümlerine göre belli bazı sözleşme tiplerinde mücbir sebebe sonuç bağlanan haller de mevcuttur. Bunlardan birincisi kira sözleşmesiyle ilgili bir düzenleme. "Kira Sözleşmesinin Olağüstü Sebeple Feshi" başlığını taşıyan bir düzenleme, 331. madde. İkincisi ise 480. maddede düzenlenen eser sözleşmeleriyle alakalı. Eser sözleşmelerinde götürü bedel kararlaştırılmışsa, bir işin yapılması için teslim, anahtar teslim gibi sonuç odaklı bir bedel belirlenmişse emek ya da masrafın artmasından dolayı bu bedelin değiştirilip değiştirilmeyeceği sorunu konusunda 480. madde düzenleme alanı bulmuş. Biliyorsunuz 480. madde 2012'de değişen Borçlar Kanunu'muzdan önce de yürürlükteydi. Eski 365. madde olarak istisna sözleşmelerinde beklenmeyen haller olarak tarif edilirdi ve genel olarak borç ilişkilerinde kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle hukuki sorunların çözümünde bir başvuru kaynağıydı. 2012 yılında yeni Borçlar Kanunu'muzla beraber ticari hayattaki ihtiyaçlar doğrultusunda genel hükümlere "Aşırı İfa Güçlüğü" başlıklı 138. madde eklendi, böylece bu gibi sorunların çözüldüğü temel bir başvuru kaynağı olarak bir kanun maddesi karşımızda duruyor.

Şimdi isterseniz pandeminin mücbir sebep teşkil edip etmeyeceği, sözleşmemize ne şekilde etkisinin olacağı meselesine geçelim. Bir defa borçlar hukukunun temel prensiplerinden bir tanesi de Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin kural olarak yedek hukuk kuralı niteliğinde olmasıdır. Yani asıl olan taraflar arasında bir kanun hükmüyle çelişiyor da olsa sözleşme hükmü varsa bu sözleşme hükmünün uygulanmasıdır. Fransız medeni kanunundaki tabirle sözleşme, taraflar için

bir zorunlu unsurdur. Onları birbirlerine bağlayan zincirdir. Yani taraflar için sözleşme, onların anayasasıdır, kanundan daha üstündür. Tabii bu ifade genel olarak kanunun emredici kurallarına aykırı olmayan sözleşmeler için geçerlidir. Ne demek istiyoruz? Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde düzenlenen, her türlü sözleşmenin tabii olduğu geçerlilik şartları var. Sözleşmenin kurulmasında tarafların fiili ehliyetinin bulunması gerektiği, bu sözleşmenin konusunun kanuna, ahlaka ve kanunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine aykırı olmaması gerektiği, sözleşmede muvazaa bulunmaması gerektiği, sözleşmenin konusunun imkânsız olmaması gerektiği gibi temel prensipler. Borçlar Kanunu m. 27'de sayılan bu hususlara aykırı olmayan sözleşmeler kural olarak sözleşmenin taraflarını bağlar ve Borçlar Kanunu'ndaki yedek hukuk kurallarından taraflar için önce gelir. Taraflar arasında bir uyuşmazlık yaşandığı vakit hâkimin de bakması gereken şey esas itibarıyla bu sözleşmedir. Şimdi bu mülâhaza baktığımız zaman mücbir sebebe ilişkin olarak taraflar arasında bir düzenleme var mı yok mu? Öncelikle yaşadığımız hukuki sorunu çözmek için bir numaralı başvuru kaynağımız sözleşme. Sözleşmeye bakacağız. Sözleşmede mücbir sebebe ilişkin bir düzenleme var mı yok mu? Sözleşmede mücbir sebebe ilişkin herhangi bir düzenleme yoksa o zaman Borçlar Kanunu'nun yedek hukuk kuralı niteliğindeki genel hükümlerine bakılabilir. Yani 138. maddeye başvurma imkânımız olabilir. Fakat sözleşmede mücbir sebeple ilgili bir düzenleme varsa işte o zaman bu düzenlemeyi adamakıllı incelememiz gerekir. Bu düzenlemeyi bağlı bulunduğu sözleşme çerçevesinde ele almak lazım, sistematik olarak değerlendirmek, tarafların hak ve yükümlülüklerini ve sözleşme taraflarının menfaatini dengeleyecek bir biçimde yorumlamak gerekir. Şimdi bakalım sözleşmede mücbir sebebe ilişkin bir düzenleme nasıl olabilir? Mücbir sebep tarif edilmiş olabilir, açıkça sayılmış olabilir, deprem, yangın, sel denmiş olabilir, salgın hastalık denmiş olabilir veya deprem, yangın, sel "ve benzeri" ifadesiyle örnekleme biçiminde ifade edilmiş olabilir. Genel olarak ifade etmek gerekirse sözleşmede olumlu ya da olumsuz bir düzenleme söz konusu olabilir. İlk olarak olumsuz bir düzenleme olarak sözleşmeden doğan borçların ifasında "borçlu mücbir sebebe dayanamaz, mücbir sebep gerekçesiyle borcun ifasından kaçınmaz, ek ücret ödenmesini isteyemez veya ek süre verilmesini isteyemez" şeklinde olumsuz anlam içeren düzenlemeler bulunabilir. Böyle bir durumda da Yargıtay uygulamasını hatırlarsak mücbir sebebe dayalı olarak bir hak talebinde bulunmak mümkün değil-

dir. Bununla birlikte mücbir sebebe dayanma imkânı vermiş olabilir, mücbir sebebe sonuç bağlanmış olabilir, bu ne olabilir? Mücbir sebep tanımlanmış, tarif edilmiş, açıkça söylenmiş olabilir veya mücbir sebep ifadesi ya da bu anlama gelen başka ifadeler kullanılmış olabilir. Böyle bir durumda 138. maddeye başvuracak mıyız başvurmayacak mıyız? İkinci bir inceleme yapmamız gerekir. Sözleşmede taraflar mücbir sebeplerin neler olduğunu belirtmişlerse, sınırlı bir biçimde saymışlarsa bunlar arasında Covid-19'u da karşılayacak şekilde salgın hastalık, genel salgın gibi bir tanım var mı yok mu ona bakacağız veya mücbir sebep halleri şunlardan ibarettir diye bir ifade varsa o zaman değerlendirmemizi ona göre yapacağız. Eğer salgın hastalığı kapsayacak şekilde bir düzenleme varsa birinci aşama tamamlanmış demektir. Şimdi ikinci aşamaya geçmek gerekir. Nedir o? Mücbir sebebe bağlanan sonuçlar nelerdir? Yani mücbir sebeple karşılaşılmışsa sözleşmeden doğan borcun ifasının güçleştiği ya da imkânsızlaştığı, geciktiği, sözleşmenin etkilendiği hallerde ne yapılması gerektiğini acaba sözleşme söylüyor mu? Sözleşme bizi yönlendirecek. Eğer sözleşmede bir fiyat farkı ya da ek ücret ödenir, ek süre verilir şeklinde veya taraflar bu şekilde somut adımlar atmayarak ikinci kez bir araya gelirler, iyi niyetli sözleşme müzakeresine geçerler, birlikte karar verirler ya da bir hakem tayin ederler, şu kuruma başvururlar ve gereğince hareket ederler şeklinde bir atıf yoluyla yönlendirme yapılmışsa bu usulü takip etmek zorunludur. Buna aykırılık sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilir.

Şimdi bu sözleşmede açık bir mücbir sebep halinde sözleşmenin nasıl etkileneceği belirlenmişse ona göre davranmak gerekir dedik. Peki, belirlenmemişse mücbir sebebe başvurma imkânları nelerdir? Mücbir sebebin sözleşmeye etkisinin ne olacağı taraflarca sözleşmede kararlaştırılmamışsa ne yapmak gerekir? İşte bu durumda Borçlar Kanunu yedek hukuk kurallarına başvurmak gerekir. Demek ki birincisi sözleşmeye bakacağız, sözleşmede yetkinin ne olduğu belli değilse Borçlar Kanunu'na gideceğiz. Borçlar Kanunu'nda mücbir sebeple ilgili genel hükümler arasında üç tane madde var. Birincisi 136 ifa imkânsızlığı, 137 kısmi ifa imkânsızlığı, 138 de aşırı ifa güçlüğü. Zamanı etkili kullanmak bakımından bu maddeleri tek tek okumaktan kaçınmak isterim. Fakat sırasıyla izah edecek olursak imkânsızlık bir borç doğduğunda da, sözleşmenin kurulduğu sırada da gündeme gelebilir, sözleşmeden doğan borcun ifası sırasında da gündeme gelebilir. O açıdan bakıldığında imkânsızlığın birkaç tasnifi vardır. Bunlardan birincisi "baştaki imkân-

sızlık”, diğeri “sonraki imkânsızlık.” Baştaki imkânsızlık sözleşmenin kurulduğu sırada borcun ifasının mümkün olmamasını ifade eder. Sonraki imkânsızlık ifa imkânsızlığıdır. Sözleşmenin kurulduğu sırada ifa mümkün halde olup, ifası aşamasına, uygulama aşamasına geçtiğimiz zaman bu borcu yerine getiremediğimiz halleri ifade eder. Bunlardan başka hukuki ya da fiili imkânsızlık türleri mevcuttur. Hukuki imkânsızlık bu borcun ifasının hukuki bir engeli bulunduğu, fiili imkânsızlık hukuki olmasa da fiili olarak bu borcu ifa etmenin mümkün olmadığını ifade eder. Objektif ve sübjektif imkânsızlık olarak bir ayırım da söz konusudur. Objektif benzer durumda bulunan herkes için geçerli olan bir imkânsızlık türüdür, sübjektif imkânsızlık ise sadece o sözleşme tarafı için bu borcun ifasının mümkün olmadığını ifade eder. Pandemi açısından, Covid-19 açısından meseleye baktığımız zaman biz sözleşmenin kurulduğu sırada mı yoksa ifası aşamasında mı bir imkânsızlıkla karşılaşıyoruz? Meseleyi bu açıdan ele almak gerekecek. Çünkü Borçlar Kanunu’nuzun 136. maddesinde düzenlenmiş olan ifa imkânsızlığı sözleşmenin kurulduğu sırada değil sonradan ortaya çıkan bir sebeple ifasının mümkün olmamasını ifade eder. Bununla ilgili düzenlenmiş hükümde birinci fıkrada borcun ifası eğer borçludan kaynaklanmıyorsa, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşmışsa bu borcun sona ereceği yönündedir. Borçlu kendi borcunu ifa etmekten kurtulur. Buna karşılık acaba karşı taraftan bir talepte bulunabilir mi? Bununla ilgili ikinci fıkrada açıkça daha önce almış olduğu şeyi iade eder, henüz bir şey almadı ise bunu talep edemez, isteme hakkını kaybeder şeklinde açık bir düzenleme mevcuttur. Kısmi ifa imkânsızlığı sözleşmenin bütünüyle değil sadece belli bir unsuruyla, sadece belli bir borcun ifasının imkânsız olduğu hallerle ilgilidir. Orada da genel hüküm eğer taraflar arasında bir sözleşme yoksa sadece sözleşmenin o kısmındaki borcun ifasından kurtulur. Yine karşılıklı edimler bakımından, karşı edimi talep edemez hale gelir. Tabii bunun istisnası olarak karşı taraf kısmen imkânsızlaşmış olduğunu başta bilecek olsaydı, öngörebilecek olsaydı bu sözleşmeyle devam etmeyeceğinin kabul edildiği hallerdir, bütünüyle sözleşmenin tamamının imkânsızlığından söz edilebilir veyahut bölünemeyen nitelikte edimler söz konusuysa burada da kısmi ifa imkânsızlığı olmaz, bütünüyle sözleşmenin imkânsızlığından söz edilir.

Üçüncü olarak asıl konumuza geliyoruz, Aşırı İfa Güçlüğü başlıklı Borçlar Kanunu’nuzun 138. maddesinde düzenlenen hal, uygulamada uyarılama davası olarak tarif edilen davaların dayanağıdır. 138. maddeye

göre de belirli bir sözleşmede aşırı ifa güçlüğünden söz edilebilmesi için bazı şartlar öngörülmüştür. Bunların birincisi, sözleşmenin kurulduğu sırada bu ifa güçlüğü yaratacak sebebin öngörülemez durumda olması; öngörülse bile bunun beklenmeyen olağanüstü bir durum olması gerekir. İkinci olarak, bu borçlunun kusurundan kaynaklanmamalıdır. Tamamen dışsal olmalıdır, bu haricilik unsurudur. Üçüncüsü, sözleşmede belirlenmiş olan edimlerin borçludan aynen yerine getirilmesini istemek dürüstlük kuralına göre uygun olmamalı, değişen bu şartlar çerçevesinde artık borçlunun sözleşmeye bağlı kalmasını istemek dürüstlüğe aykırı olmalı. Artık değişen şartlara göre borçlunun borcunun niteliğinde, türünde, kapsamında birtakım değişikliklere gidilmesi, dürüstlük kuralı tarafından gerekli görülmeli. Dördüncüsü ve uygulamada sıklıkla bizim davayı açacağımız ya da talepte bulunacağımız şartlar açısından önümüzde engel teşkil eden hallerden henüz borcun ifa edilmemiş olmasıdır. Ya da borç ifa edilmişse bile “Ben bir ifa güçlüğüne maruz kalıyorum ama yine de bu borcu yerine getiriyorum, ileride şu şu sebeplerle aşırı ifa güçlüğüne veya sözleşmenin değiştirilmesine uyarlamaya başvuracağım, bilgin olsun, şimdi bu borcu ifa ediyorum ama gönül rızasıyla ifa etmiyorum” şeklinde karşı tarafı bilgilendirerek bir ihtirazi kayıtla çekince ileri sürmüş olmasıdır. Bu şartların varlığı halinde ilgili kişi hâkime başvurabilir. Efendim doğrudan hâkime başvurulur mu? Tabii ki gönül ister ki tüm sözleşmenin kurulmasında karşılıklı nezaketle ve birbirlerinin hukuk alanına girmek dolayısıyla karşılıklı anlayış, aydınlatma, dayanışma, yardımlaşma ve bilgi verme yükümlülüğü kapsamında sözleşmenin akamete uğraması, sıkıntı yaşanması, ifasının gerçekleştirilememesi durumlarında da tarafların müzakere yoluyla bu meseleyi halletmeleridir. Fakat müzakere yoluyla bunu halledemeyen taraflar için 138. madde hâkime başvurma yetkisi vermiştir. Hâkime başvurduğumuz zaman ne talep edeceğimizi de 138. madde açıkça öngörmüştür. Demiş ki 138. madde, mevcut sözleşmenin değişen bu yeni koşullara uyarlanması, bu mümkün olmazsa sözleşmenin feshi ya da bu sözleşme aynı edimli bir sözleşmeye bu sözleşmeden dönülmesi gerekir. Bu haklara sahip olduğunu 138. madde ifade etmiştir.

Şimdi genel olarak toparlayacak olursak... Şimdi, bir, mücbir sebeplere ilişkin sözleşmede bir hüküm var mı? Bu tanımlanmış mı, mücbir sebep hariç mi tutulmuş, başvurma yasaklanmış mı? İki, sözleşmede böyle bir yasaklama yoksa başvurma imkânı devam ediyorsa acaba mecbur sebebin sözleşmeye etkisinin ne olacağı konusunda sözleşmede bir

yönlendirme var mı? Varsa bunun takip edilmesi gerekir. Yoksa Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde düzenlenmiş olan 138. maddeye başvurarak hâkimden uyarılama, bu mümkün olmazsa sözleşme müfrezini isteme imkânı getirilmiştir. Genel olarak tüm sözleşme ilişkilerinde adi olsun, ticari olsun, tüketici olsun uygulanması gereken kanun düzenlemesi 138. maddedir.

Şimdi genel hükümlerin dışında az önce bahsettim, iki sözleşme tipinde de Borçlar Kanunu, bu sözleşme tiplerine uygun şekilde düzenlemeler getirmiş, mücbir sebebe sonuç bağlanmış. Bunlardan birincisi kira sözleşmesi. Kira sözleşmesine ilişkin olan “Olağanüstü Fesih” başlıklı 331. madde. Kira ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren bir sebep mevcutsa her bir sözleşme tarafı için “Artık şu şartlar gerçekleşti, ben bu şartlar dâhilinde bu sözleşme ilişkisine devam edebilecek durumda değilim, benim buna katlanmamın beklenmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder, ben bu sözleşme ilişkisine devam edemeyeceğim, bu sözleşmeyi fesih ediyorum” şeklindeki yaklaşıma hak veren olağanüstü fesih hakkına ilişkin düzenlemedir. 331. madde, taraflardan her biri kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hale getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda yasal fesih bildirim sürelerine uyarak her zaman sözleşmeyi fesih edebilir, diyor. Fesih edeceğiz. Bunun sonuçları ne olacak? İkinci madde bunu düzenliyor, hâkim feshin parasal sonuçlarını karara bağlar. Burada hâkim, işin niteliğine göre, tarafların menfaat dengesini gözeterek parasal sonuçları, tazminatı, iadeleri karara bağlayacak. Kira sözleşmeleriyle ilgili pandemi sürecinde birtakım tecrübelerimiz oldu, hepimiz gayet iyi biliyorsunuz. Bunlardan bir tanesi, 7226 sayılı kanunda, geçici ikinci maddeyle iş yeri kiralari bakımından bir değişikliğe gidildi. Bu geçici ikinci madde 26 Mart 2020 tarihli Resmî Gazete’de yayımlandı. 1 Mart 2020 ila 30 Haziran 2020 tarihleri arasındaki iş yeri kira bedeli ödenememesi sebebiyle kiraya verenlerin kira sözleşmesini fesih etmesi ve kiracının tahliyesini talep etmesi imkânlarını ortadan kaldırdı. Böyle bir hakkı geçici bir süreyle ortadan kaldırdı. Bu süre dolduğu için, bundan sonra böyle bir düzenleme mevcut olmadığı için yine fesih ve tahliye yollarına gitmek mümkün. Yine kira sözleşmeleriyle alakalı hepimizin bildiği İç İşleri Bakanlığının bir kapatma kararı aldığı, yanlış hatırlamıyorsam 16 Mart 24 gecesini itibarıyla bazı iş yerleri kapatıldı. Bu iş yerlerinde faaliyetler durduruldu, eğlence sektörü, restoranlar, birtakım spa merkezleri, hamamlar gibi birtakım başka tesislerin de kapatılmasına karar verildi. Böyle bir kapatma kararı alındığı dönem içeri-

sinde biz kiracı olduğumuzu düşünelim, kira borcunu ödeyecek miyiz? Veya kiraya veren olduğumuzu düşünelim, bu süre içinde bir kira bedeli talep etmemizin önünde bir engel var mı? Bu meseleyi, bu hususu daha çok Borçlar Kanunu'nun 301. maddesinde düzenlenen yükümlülük çerçevesinde değerlendirmek gerekir. 301. madde kiraya verenin borçlarını tarif ederken şöyle diyor, kiraya veren kiralananı kararlaştırılan tarihte sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür. Bu hüküm çerçevesinde kiracı olarak "Ben bu kafeyi işletiyorum fakat sen mevcut hukuki çerçevede, mevzuat çerçevesinde benim burayı kafe olarak işletmeme, restoran olarak işletmeme uygun bir vaziyette tutabilecek durumda değilsin, sen kendi borcunu ifa edemiyorsun, o zaman ben de kendi borcum olan ifa bedelini ödemekten kaçınıyorum" diyecek olsam böyle bir talep acaba hukuk nazarında karşılık bulur mu? Uygun olur mu? Bu hususta doktrinde pandemi süreci açısından olmasa da genel olarak iki farklı görüş ortaya çıkmış. Bunlardan bir tanesi kiraya verenin borcunu esas alarak sözleşme süresince bu borcun devam ettiğini, bu borcun sürekli nitelikte bir borç olması dolayısıyla kira sözleşmesinin de borç ilişkisi tasnifi bakımından sürekli borç ilişkisi olarak anılmasına sebep olan asıl yükümlülüğün bu olduğunu ifade ederek, madem ki bu borcu yerine getiremiyor, dolayısıyla bunun karşılığı olan, karşı edim olan kira bedelini de talep edemez sonucuna ulaşıyor. Doktrinde diğer bir görüş ise kirayı verenin bu borcun esas itibarıyla teslimle sona erdiği, kira süresi boyunca kiralananın, kiralama amacına uygun bir biçimde bulundurulmasının işin doğasına uygun olduğu, aksi bir iddia varsa kiracının her zaman ayıp ihbarında bulunarak uygun konumda bulundurulmasına, kiraya verenin bu konuda bir çaba göstermesine imkân tanıyabileceği ifade edilmiş. Bu açıdan bakıldığında eğer kiraya verenin bir kusuru yoksa kiralananın kullanılmamasından dolayı, iş yeri kirası olduğunu düşünelim, cafe olduğunu düşünelim, herhangi bir kiraya verene yüklenecek bir sorumluluk, yükümlülük söz konusu olamaz. Her zaman kiracı kira bedelini ödemek zorundadır. Ben şahsi olarak yine kiraya verenin kusurunun bulunmadığı hallerde kiracının kira bedelini ödemekten kaçınmayacağını düşünüyorum. Bu benim şahsi kanaatim. Özellikle bu pandemi sürecinde kapatılmış iş yerleri bakımından bu iş yerlerini işletenler açısından katlanılması gereken bir yükümlülük olduğunu düşünüyorum. Tabii ki müzakere yoluyla basında birtakım haberler de gördük, AVM'ler belli bir süre kira almayacaklar. Bazı kiralayanların da belli bir süre kira ücreti almadıklarını veya kira ücretinde artış yapacak olanların

yapmadığını veyahut kira bedelinde esaslı bir indirimde gidenler olduğunu da biliyoruz. O açıdan toplum olarak böyle bir salgın karşısında aslında dayanışma örneği teşkil edecek şeyleri gönül arzu ediyor ama hukuki olarak baktığımız zaman, kiracının elinde her zaman olağanüstü sebeple fesih imkânı mevcut ve bu fesih imkânından yararlanarak kira ilişkisini sona erdirmesi mümkünken fesih etmediyse, bu kira ilişkisi devam ediyorsa o zaman kira bedelini de ödemesi gerektiği kanaatini taşıyorum. İkinci olarak İç İşleri Bakanlığı tarafından faaliyet bulundurma kararı verilmemiş, kapatılmış olsun, buna rağmen işlerin durgunluğu sebebiyle ben kiracı olarak mağazayı kapattıysam acaba burada kira bedelini ödemeye devam etmek zorunda mıyım? Elbette. Her ne sebeple olursa olsun kira bedeli ödenmesi gereken bir durumdur. Bu husus da Borçlar Kanunu'nun 324. maddesinde karşılık buluyor. 324. madde "Kiralananın Kullanılmaması" başlığını taşıyor. Bu maddeye göre kullanıma elverişli bulundurulduğu sürece kiralanan, kiracının kendisinden kaynaklanan bir sebeple kullanılmasa veya sınırlı olarak kullanılsa bile kiracı kira bedelini ödemekle yükümlüdür. Böyle bir durumda ben kapatma kararı bulunmasa bile işlerin durgunluğu sebebiyle müşteri bulunmamasından veya işletme giderlerini ödeyemeyecek durumda olmamdan dolayı bu iş yerimi kapatmışsam eğer kira bedelini ödemeye devam etmek durumundayım. Borçlar Kanunu'nun 331. maddesi, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hale getirmişse hiçbir sözleşme tarafı böyle bir kira sözleşmesine bağlı olmak zorunda değil. Yasal fesih bildirim sürelerine uyarak bu sözleşmeyi ortadan kaldırabilir, yükümlü amir böyle bir durumda olağanüstü feshe başvurmak mümkün. Fakat burada işte dikkat edilmesi gereken başka bir husus var, olağanüstü feshe ilişkin bu 331. madde Borçlar Kanunu'nun kabulünden hemen sonra oluşan kamuoyuyla beraber uygulanması 8 yıl süreyle ertelenen hükümler arasında. Bu 8 yıllık süre de 1 Temmuz 2020 tarihi itibarıyla dolmuş oluyor. Dolayısıyla 331. maddeye dayalı olarak tacirler açısından böyle bir kira sözleşmesinin olağanüstü sebeple feshi konusu gündeme gelecek olursa, bu durum 1 Temmuz 2020 tarihinden sonra ortaya çıkacak olan durumlar için geçerli olacak. Eğer bu pandemi süreci devam edecek, ikinci dalgayla karşılaşacak olursak yine 331. madde bir başvuru kaynağı olarak karşımızda.

Diğer bir sözleşme ilişkisi bakımından mücbir sebebin düzenlendiği hal eser sözleşmelerinde söz konusu. Eser sözleşmelerine ilişkin Borçlar Kanunu'nun 482. maddesi "Götürü Bedel" başlığını taşıyor.

Buna göre bir eser sözleşmesinde götürü bedel sözleşmesi kararlaştırılmışsa bu eserin meydana getirilmesi, bu üretimin yapılması için yüklenicinin sarf edeceği emek veya sarf edeceği masraf artacak olursa benim emeğim ya da masrafım arttı diyerek sözleşme bedelinde artış talep edemez. Aynı şekilde işin tamamlandığı vakit, iş sahibi de “Sen bu işi sözleşmenin kurulduğu sırada 100 liraya masraf ediyordun, 30 gün çalışman gerekiyordu fakat bugün itibarıyla anlıyorum ki sen bunu 80 liraya mal etmişsin ve bu sana 30 gün değil 20 güne mal olmuş, bu emek ve masrafta birtakım kolaylıklar elde etmişsin, buna göre ben de götürü bedelde indirim talep ediyorum” diyemez. Götürü bedelin temel kuralı bu. Siz bunu bizden çok daha iyi biliyorsunuz. Fakat istisna olarak kural bu olmasına rağmen 480. maddenin ikinci fıkrası ancak diye başlayarak başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülüp de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlamasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Adi edimli sözleşmelerde dönme, sürekli edimli sözleşmelerde de fesih hakkının kullanılacağını ifade etmek isterim.

Son olarak kamu ihale sözleşmeleriyle ilgili mücbir sebeplerle ilgili kamu ihale sözleşmeleri de kanunda düzenlenmiştir, mücbir sebep maddesi vardır, orada genel salgın hastalık onuncu maddenin c bendinde açıkça düzenlenmiştir, doğal afet, kanuni grev, genel salgın hastalık ve diğerleri gibi durumlarla karşılaşıldığı vakit bu hususun bir mücbir sebep teşkil edip etmeyeceği konusunda kanun şöyle kriter belirlemiş, demiş ki bunlardan birincisi bu durum yükleniciden kaynaklanmayacak, bu durum taahhüdün ifasına engel oluşturacak ve yüklenici engeli kaldırmaya gücü yetmeyecek durumda olacak. Bu şartlar mevcutsa o zaman mücbir sebep sözleşmeyi etkilemiştir ve buna bağlı olarak da o zaman birtakım sonuçlar doğar. Nedir o sonuçlar? 23. madde, mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshi başlıklı bu madde aynen şöyle, mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin fesih edilmesi halinde hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek kesin ve varsa ek teminatlar da iade edilir hükmünü içermektedir. Bunun dışında, mücbir sebep halleri dışında yüklenicinin sözleşmeyi fesih etmesi halinde bu teminatlar irat kaydediliyor, bu husus da 19. maddede düzenlenmiş. Fakat mücbir sebebe dayalı olarak sözleşme fesih edilecek olursa teminatları kurtarmak mümkün. Tabii pandemi sürecinde bu mevzuata bir ek düzenleme daha yapıldı. 2020/5

Cumhurbaşkanlığı genelgesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Kanunu çerçevesi içerisinde mücbir sebebe dayalı olarak fesih talebinde bulunulabilmesi için ilgili kişilerin kanunda öngörülen 20 günlük yazılı bildirim süresi içerisinde idareye yazılı olarak başvurulması gerekiyor. İdareye yazılı olarak başvurduktan sonra idare bu hususu değerlendirecek ama pandemi sürecinde bu Cumhurbaşkanlığı genelgesiyle ilgili idare bu hususta görüş almak üzere durumu Maliye ve Hazine Bakanlığına bildirmek zorunda. Maliye ve Hazine Bakanlığının görüşü çerçevesinde hareket etmek zorunda.

Benim tespit edebildiğim, Ali Hoca'mın da konusuna çok girmek istemediğim bazı hususlar var ama niteliği itibarıyla borçlar hukukuna, genel hükümlere dâhil olan hususlar olduğu için bunları da aktarmakta yarar görüyorum. Birkaç dakikaya kadar bitiriyorum inşallah. Özelde bu süreçte ekonomik durumun bozulması başlı başına bir mücbir sebep teşkil eder mi? Etmez. “Ekonomik durumumuz bozuldu, mücbir sebep ortaya çıktı, iflas edeceğiz işte, bundan daha önemli bir mücbir sebep mi vardır?” şeklindeki yaklaşım hukuki bir gerekçeye dayanmıyor. Dolayısıyla her türlü para borcumuzun, özellikle bankalardan alınan ticari krediler, imkânsızlaşması söz konusu olamaz. Para borcu niteliği itibarıyla bir çeşit borcudur, değer sağlama borcudur. Çeşit borçları imkânsızlaşmaz. O çeşitten yeryüzünde bulmak mümkündür. Finansman maliyeti olur o ayrı ama duruma göre şartları varsa 138. Madde çerçevesinde uyarılma davasına konu olabilir. Özellikle yabancı para borcu altında isek uyarılma davasına konu olup olamayacağı konusunda geçmişte bir tecrübemiz var. 2001 ekonomik krizinden sonra yaşanan dövizdeki fiyat artışlarıyla, Türk Lirası karşısında dövizin değer kazanmasıyla yargıya intikal eden olaylarda Yargıtay'ın temel kriterleri mevcut. Özetle Türkiye gibi ekonominin sallantıda olduğu, dövizin her an artabileceği, enflasyonun çok yüksek olduğu böyle bir ülkede dövizin artacağını bilmek, bunu öngörememek doğru değildir. Basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir. Dolayısıyla son derece sınırlı bir uyarılma davasını da kabul ediyor Yargıtay. Genel olarak para borçlarını da uyarlamak mümkün değil. Çok çok, son derece sınırlı. 2007-2008'den sonra belki tarihler çok net olmasa da İsviçre Frangı ve Japon Yeni üzerinden krediler gündemdedi. Daha stabil olduğu düşünülüyordu ama hemen dalgalanma onlar için de gerçekleşti. Onlar da uyarılma davası açtılar ve yine Yargıtay aynı şekilde sadece dolar değil tüm para birimleri açısından uyarılma davalarını genel olarak reddetti.

Şimdi sözleşme hukukunda sözleşmeden doğan borcumuzu yerine getirmedüğümüz zaman karşılaşılabileceğimiz götürü tazminatlar veyahut cezai şartlar gibi sözleşme durumlarıyla karşılaşılabılırız, cezai şart ödememiz gündeme gelebilir. Genel olarak Covid-19 bir salgın hastalıktır. Mücbir sebep teşkil eder. Yargıtay kararlarına da bu şekilde geçmiştir. Covid-19’la ilgili Yargıtay kararlarını ancak bu dönemden sonra göreceğiz ama genel olarak salgın hastalıkların mücbir sebep olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz. Böyle bir durumda ifanın mümkün olmadığı hallerde bu ifa acaba geçici bir imkânsızlık halinde mi yoksa sürekli bir imkânsızlık mı söz konusu? Bunun değerlendirmesinin yapılması gerekir. Şu an itibarıyla biz bu pandeminin süreli bir ifa imkânsızlığı oluşturup oluşturmadığını kesin biçimde söyleyebilecek durumda değiliz. Fakat her birimiz tarafı olduğumuz sözleşme bakımından birtakım aksaklıklar yaşıyoruz, yaşadığımız bu aksaklıklar üstlendiğimiz edimleri zamanında ve uygun biçimde, sözleşmeye uygun biçimde ifa etmemizi engelliyorsa burada bir geçici imkânsızlık halinden söz edebiliriz. Geçici imkânsızlık hali Yargıtay kararlarında da kabul edilen bir hal. Böyle bir durumda sözleşmenin Borçlar Kanunu 136. maddesinde belirtilen borcunun sona ereceği ve karşı edim hasarında katlanma yükümünü doğuran bir hal görülmemiş. Yargıtay geçici imkânsızlık halinde sözleşmeye bir miktar daha bağlı kalınması gerektiğini kabul ediyor. Bunu “akde tahammül süresi” olarak tarif ediyoruz. Eğer imkânsızlık hali geçici değil sürekli bir biçimdeyse o zaman borcun ödeneceğini kabul etmek gerekir. Böyle bir durumda da özellikle bayilik sözleşmelerinde asgari alım taahhütleri içeren sözleşmelerde geçici ya da sürekli imkânsızlık hallerinin değerlendirilmesi ışığında cezai şart yükümlerinin devam edip etmeyeceğine karar vermek gerekir.

Son olarak tacirler açısından önem arz eden yine medeni hukuk kapsamında, borçlar hukuku kapsamında değerlendirilebilecek bir başka husus da uluslararası taşınır mal satımlarına ilişkindir. Birleşmiş Milletler Viyana anlaşması çerçevesindeki yükümlülüklerimiz acaba mücbir sebepten nasıl etkilenir? Bu hususta anlaşmanın 79. maddesi “Sorumluluktan Kurtulma” başlığı altında, sözleşmenin geçici ifa imkânsızlığıyla karşılaşması halinde, bu gecikme eğer bir mücbir sebepten kaynaklanıyorsa, (force majeure) mücbir sebepten kaynaklanıyorsa bu gecikme dolayısıyla borçlunun bir tazminat ödeme yükümlülüğü olmadığını ifade ediyor açıkça. Geçici değil sürekli bir biçimde yine ifa imkânsızlığı varsa yine bizdeki 136 gibi burada da borcun sona ereceğini ve bu sebeple

sona eren borç dolayısıyla karşı tarafın herhangi bir tazminat talep edemeyeceğini, dolayısıyla yine 136'daki gibi mücbir sebep dolayısıyla kendisinden kaynaklanmayan sebeple borcu ifa edemeyecek durumda olan borçlunun herhangi bir tazminat ödemeyeceğini kararlaştırıyor.

Benim söyleyeceklerim ana hatlarıyla bunlar. Soru da olursa yine her bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde her duruma vakıf olamayabiliriz ama genel hatlarıyla cevap vermeye çalışırım. Teşekkür ederim.

HALKA AÇIK ŞİRKETLER BAKIMINDAN KÂR DAĞITIMINDA SON DURUM*

(THE LAST SITUATION IN DISTRIBUTION OF DIVIDEND BY PUBLICLY-HELD
CORPORATIONS)

Yavuz AKBULAK

(SPK Başuzmanı/*Chief Expert of Capital Markets Board of Turkey*)

ÖZ

Ülkemizde, kâr dağıtımını mefhumu esas olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) düzenlenmiştir. Pay sahiplerinin şirketlerin net dönem kârlarına payları oranında katılma hakları bulunmasına karşın, mutlak nitelikte olmayan bu hakkın bazı durumlarda ve ekonomik ortamlarda sınırlandırıldığı olagelmektedir. Çin'de ortaya çıkan ve tüm Dünyayı etkileyen Covid-19 nedeniyle diğer tüm ülkelerde olduğu gibi Türkiye'de de bir takım mali, hukuki ve sosyal tedbirler alınmış; bu kapsamda sermaye şirketlerinin kâr dağıtımları konusunda 7244 sayılı Kanun ile süreyle sınırlı olmak üzere bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu yazıda, TTK ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) sonrasında Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yapılan ikincil düzenlemeler de dikkate alınarak, halka açık anonim şirketlerin kâr payı dağıtımına ilişkin esaslar üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, kâr dağıtımını, kâr payı, halka açık anonim şirket, 7244 sayılı Kanun

ABSTRACT

The concept of profit distribution is mainly regulated in the Turkish Commercial Code (TCC) numbered 6102 in our country. Although

* Bu yazıda yer alan görüşler yazarına ait olup çalıştığı kurumu bağlamaz, yazarın çalıştığı kurum veya göreviyle ilişki kurulmak suretiyle kullanılamaz. Yazıdaki tüm hatalar, noksanlıklar ve eksiklikler yazarına aittir.

shareholders have the right to participate in the net profits of companies in proportion to their shares, it is common for this non-absolute right to be limited in some cases and economic environments. Because of the Covid-19 which is originated in China and rapidly spread worldwide, certain financial, legal and social measures have been taken in Turkey as in all other countries. Within this scope, measures have been taken regarding the profit distribution of stock corporations and some time limited regulations have also been made with the Law No. 7244. In this article, the principles regarding the dividend distribution of publicly-held corporations will be discussed taking into account the secondary regulations made by the Capital Markets Board following the TCC and the Capital Markets Law (CMB) numbered 6362.

Keywords: *Turkish Commercial Code No. 6102, distribution of dividend, dividend, publicly-held corporation, Law No. 7244*

1. TTK'DA KÂR PAYI

Anonim şirketler bakımından kâr payı, hükümleri esas itibariyle 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren TTK'nın 507-513 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre, her pay sahibi, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına, payı oranında katılma hakkını haizdir. Şirketin sona ermesi halinde her pay sahibi, esas sözleşmede sona eren şirketin mal varlığının kullanılmasına ilişkin, başka bir hüküm bulunmadığı takdirde, tasfiye sonucunda kalan tutara payı oranında katılır (TTK m.507/1)¹. Anılan madde bir değişiklik ile mülga 6762 sayılı TTK m.455'den alınmıştır. Yapılan değişiklik ise “safî kazanç” ibaresi yerine, “net dönem kârı” kavramının konulmasıdır. Çünkü “kazanç” sözcüğü şirketler ve bilanço hukukunda değil, vergi hukukunda kullanılmaktadır. Ayrıca “kazanç payı” 6102 sayılı TTK'da, yönetim kurulu üyelerinin yıllık kârdan aldıkları kâr payını ifade için, “tantième” karşılığı olarak özel bir teknik kavramdır. Net dönem kârı ise, Türkiye Muhasebe Standartlarında yer alan

¹ Esas sözleşmede payların bazı türlerine tanınan imtiyaz haklarıyla özel menfaatler saklıdır. Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri saklıdır (TTK m.507/2-3).

bir kavram olup, 6102 sayılı TTK m.509'da da net dönem kârı terimi kullanılmıştır (TTK m.507, Gereğesi).

Esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa kâr ve tasfiye payı pay sahibinin sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesap edilir. Yıllık kâr, yıllık bilançoya göre belirlenir (TTK m.508)².

Sermaye için faiz ödenemez. Kâr payı ancak net dönem kârından ve serbest yedek akçelerden dağıtılabilir. Kâr payı avansı, Sermaye Piyasası Kanununa (SPKn) tabi olmayan şirketlerde, Ticaret Bakanlığının³ bir tebliği ile düzenlenir (TTK m.509).

Söz konusu maddenin birinci fıkrası mülga 6762 sayılı TTK m.470'in birinci fıkrasından küçük bir değişiklikle alınmıştır. Mülga metinde birinci fıkrada "esas sermaye" denilmişken, 6102 sayılı TTK'da, kavramın kayıtlı sermaye sistemini de kapsamı için "sermaye" kavramı kullanılmıştır. Hükmün ikinci fıkrası da, mülga 6762 sayılı TTK m.470'in ikinci fıkrasından esinlenerek düzenlenmiş olup, ilk değişiklik "net dönem kârından" ibaresi ile yapılmıştır. Mülga metindeki "safî kâr" kavramı uygulamada ve öğretilerde açıklıktan yoksun bir kavram olarak nitelendirilerek eleştirilmiştir. "Safî" sözcüğü açık olmakla birlikte, "kâr" kavramının bir sıfatla tanımlanması gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir. Hangi kâr? Dönem kârı mı yoksa bilançoda geçen yıldan aktarılan kârı da içerebilecek olan bilançodaki kâr mı? "Dönem kârı" bu tartışmaları ortadan kaldıracak açıklıktadır. "Net" sözcüğü ise, 6102 sayılı TTK'nın başka maddelerinde kullanılan ve uluslararası literatürde geçerli olan kavramla da uyumu sağlamaktadır. İkinci fıkrada, olağanüstü, yani genel kurulun kendi takdiriyle ayırdığı yedek akçeler dâhil şirketin isteğiyle ayrılan tüm yedek akçeler uygulamamızda "dağıtılmak amacıyla" ayrıldıkları belirtilmeden "amaçsız olarak" yedek akçe hesabına alınmaktadır. Başka bir deyişle, şirketin iradesi gereği yedek akçe hesa-

² Anılan madde, mülga 6762 sayılı TTK'nın 456'ncı maddesi ile 457'nci maddesinin birinci fıkrası hükümlerini aynen içermektedir.

³ 6335 sayılı Kanun'un 42'nci maddesi uyarınca, 6102 sayılı Kanunda yer alan "Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca" ibareleri "Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca" şeklinde değiştirilmiştir. Bu arada, "Sanayi ve Ticaret Bakanlığı"nın adı, 6223 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulu'nca 03.06.2011 tarihinde kararlaştırılan 640 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile "Gümrük ve Ticaret Bakanlığı" biçiminde değiştirilmiştir. Mülga Ekonomi Bakanlığı ile mülga Gümrük ve Ticaret Bakanlığı 10.07.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile birleştirilerek "Ticaret Bakanlığı" kurulmuştur.

bına alınan kârlarda “dağıtılma amacı” hiçbir zaman belirtilmemektedir. Böyle bir uygulama yoktur. Bu sebeple yorum güçlüklerine ve bazı yanlış anlamalara yol açmamak için 6102 sayılı TTK’da “serbest yedek akçelerden” ibaresi tercih edilmiştir. Kâr payı, vergisi ödenmek koşuluyla, yeniden değerlendirme, enflasyon düzeltmesi gibi fonlardan da dağıtılabilir. Ancak, bunlar 6102 sayılı TTK’da düzenlenmemiş, dağıtım kuralları ilgili mevzuatta öngörülmüştür. 6102 sayılı TTK’daki “net dönem kârı” ibaresiyle her şeyden önce bilanço zararı düşüldükten sonra kalan kâr kastedilmiştir. Anonim şirkette, bilançoda geçmiş yıl zararı/zararları varken, yıllık kâr dağıtılamaz. Bu yasak “sermayenin korunması ilkesi” gereği olup, anonim şirketlere ilişkin evrensel bir kuraldır. “Net kâr”ın vergi öncesi veya vergi sonrası kârı ifade etmesi ise şirketler hukukunun bir sorunu değildir. Anılan maddenin üçüncü fıkrası ise halka kapalı anonim şirketler açısından tamamen bir yenilik getirmektedir. Kâr payı avansını halka açık anonim şirketlere özgülemenin haklı bir sebebi yoktur. Bu sebeple avans 6102 sayılı TTK’da genelleştirilmiş, uygulama kurallarının halka kapalı anonim şirketlerde⁴ Gümrük ve Ticaret Bakanlığına bir tebliğ ile düzenlenmesi uygun görülmüştür (TTK m.509, Gerekçesi).

Yönetim kurulu üyelerine kazanç payları, sadece net kârdan ve ancak kanuni yedek akçe için belirli ayırım yapıldıktan ve pay sahiplerine ödenmiş sermayenin %5’i oranında veya esas sözleşmede öngörülen daha yüksek bir oranda kâr payı dağıtıldıktan sonra verilebilir (TTK m.511). Bu hüküm, mülga 6762 sayılı TTK’nın 474’üncü maddesinden esinlenerek, ancak bir değişiklik yapılarak alınmıştır. 6762 sayılı TTK m.472’de pay sahiplerine ayrılması gereken kâr payı oranı %4’tür. Bunun 6102 sayılı TTK m.519/2b.3 ile uyumlu olabilmesi için oran %5’e çıkarılmıştır (TTK m.511, Gerekçesi).

⁴ 6362 sayılı SPKn’na tabi olmayan (halka kapalı) anonim şirketler ile limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketleri kapsayan ve anılan şirketlerin kâr payı avansı dağıtımında uyacakları usul ve esasları düzenleyen Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nın “Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ”i 09.08.2012 tarihli ve 28379 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Halka açık ve/veya halka kapalı tüm anonim şirketlerde kâr payı avansının esasları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz AKBULAK, ‘Anonim Şirketler Bakımından Avans Kâr Payı Dağıtımının Esasları’ Eylül 2012 288 (Vergi Sorunları Dergisi)

Haksız yere ve kötü niyetle kâr payı veya hazırlık dönemi faizi alan pay sahipleri, bunları geri vermekle yükümlüdür. Yönetim kurulu üyelerinin kazanç payları hakkında da aynı hüküm uygulanır. Geri alma hakkı, paranın alındığı tarihten itibaren 5 yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (TTK m.512)⁵.

Şirketin iflası halinde, yönetim kurulu üyeleri şirket alacaklılarına karşı, iflasın açılmasından önceki son 3 yıl içinde kazanç payı veya başka bir ad altında hizmetlerine karşılık olarak aldıkları ve fakat uygun ücreti aşan ve bilanço uygun bir ücret miktarına göre tedbirli bir tarzda düzenlenmiş olsaydı ödenmemesi gereken paraları geri vermekle yükümlüdürler. Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler gereğince alınması mümkün olmayan paraların geri verilmesi yükümlülüğü yoktur. Mahkeme, halin bütün gereklerini göz önünde bulundurarak takdir hakkını kullanır (TTK m.513)⁶.

2. SERMAYE PİYASASI MEVZUATINDA KÂR PAYI

2.1. SPKn Hükümleri

Bilindiği üzere, 30.12.2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan SPKn'nun;

i) "Kâr payı ve bedelsiz pay dağıtımı ile bağış yapılması" başlıklı 19'uncu maddesinde;

"Halka açık ortaklıklar, kârlarını genel kurulları tarafından belirlenecek kâr dağıtım politikaları çerçevesinde ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak dağıtırlar. Kurul halka açık ortaklıkların kâr dağıtım politikalarına ilişkin olarak, benzer nitelikteki ortaklıklar bazında farklı esaslar belirleyebilir. Kanunen ayrılması gereken yedek akçeler ve esas sözleşmede pay sahipleri için belirlenen kâr payı ayrılmadıkça başka yedek akçe ayrılmasına, ertesi yıla kâr aktarılmasına ve intifa senedi sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine ve ortaklık çalışanlarına kârdan pay dağıtılmasına karar verilemeyeceği gibi, belirlenen kâr payı ödenmedikçe bu kişilere kârdan pay dağıtılamaz. Halka açık ortaklıklarda kâr payı, dağıtım tarihi itibarıyla mevcut payların tümüne, bunların ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın eşit olarak dağıtılır. Halka

⁵ Bu madde, mülga 6762 sayılı TTK'nın 473'üncü maddesinden aynen alınmıştır.

⁶ Söz konusu madde, mülga 6762 sayılı TTK'nın 474'üncü maddesinden aynen alınmıştır.

açık ortaklıkların sermaye artırımlarında, bedelsiz paylar artırım tarihindeki mevcut paylara dağıtılır. Halka açık ortaklıklar tarafından bağış yapılabilmesi veya pay sahibi dışındaki kişilere kârdan pay dağıtılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması şarttır. Yapılacak bağışın sınırı halka açık ortaklık genel kurulunca belirlenir. Kurul, bağış tutarına üst sınır getirmeye yetkilidir. Ortaklıkların ilgili mali yıl içinde yapmış olduğu bağışlar, dağıtılabilir kâr matrahına eklenir.”

ii) “Kâr payı avansı” başlıklı 20’nci maddesinde ise;

“Bir hesap döneminde verilecek toplam kâr payı avansı bir önceki yıla ait dönem kârının yarısını aşamaz. Önceki dönemde ödenen kâr payı avansları mahsup edilmeden ilave kâr payı avansı verilmesine ve kâr payı dağıtılmasına karar verilemez. Kusurlarına ve durumun gereklerine göre zararlar şahsen kendilerine yükletilebildiği ölçüde yönetim kurulu üyeleri ve hazırladıkları raporlarla sınırlı olarak bağımsız denetimi yapanlar, ara dönem finansal tablolarının gerçeği dürüst bir şekilde yansıtmamasından veya mevzuat ile muhasebe ilke ve kurallarına uygun olarak düzenlenmemiş olması nedeniyle dağıtılan kâr payı avansının doğru olmamasından doğan zararlar için ortaklığa, pay sahiplerine, ortaklık alacaklılarına ve ayrıca doğrudan doğruya olmak üzere kâr payı avansının kararlaştırıldığı veya ödendiği hesap dönemi içinde pay iktisap etmiş bulunan kişilere karşı sorumludurlar. Hukuki sorumluluk doğuran hallerin varlığı halinde, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri tarafından kararın ilanından itibaren 30 gün içinde, 18’inci maddenin altıncı fıkrasına⁷ göre iptal davası açılabilir. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından düzenlenir.”

denilmektedir.

SPKn’nun 19’uncu maddesiyle;

- Sermaye Piyasası Kurulu’nun (SPK/Kurul) temettü oranı belirlenmesi ve bu oran çerçevesinde halka açık anonim ortaklıkların esas sözleşmelerinde birinci temettü oranının gösterilmesi zorunluluğu uygulanması yerine halka açık ortaklıkların genel kurulları tarafından belirlenecek kâr dağıtım politikaları çerçevesinde kârlarını dağıtabilecekleri dü-

⁷ 6362 sayılı SPKn m.18/6: “Yönetim kurulunun bu maddedeki esaslar çerçevesinde aldığı kararlar aleyhine, 6102 sayılı Kanunun genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümleri çerçevesinde yönetim kurulu üyeleri veya hakları ihlal edilen pay sahipleri, kararın ilanından itibaren 30 gün içinde ortaklık merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde iptal davası açabilirler.”

zenlenmiştir. Böylelikle dağıtılacak kâr payına ilişkin oransal veya asgari tutar şeklinde herhangi bir kısıtlama getirilmeyerek şirketlere finansal yapıları ve yatırım planlarına uygun hareket edebilme esnekliği sağlanmıştır. Bununla birlikte söz konusu serbestinin kötüye kullanımını engellemek ve piyasanın ihtiyaçları doğrultusunda karar alınabilmesini sağlamak amacıyla SPK'ya sektör ve şirket bazında farklı esaslar belirleme yetkisi verilmiştir.

- Halka açık ortaklıklar için bağış ve yardım yapılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması şartı getirilmiş olup, şirketlerin yatırımcıların bilgisi dâhilinde bağış ve yardım politikalarını belirlemeleri amaçlanmıştır. Diğer yandan genel kurulca sınırı belirlenecek bu tutara gerektiğinde yatırımcıların ve ortaklıkların malvarlıklarının korunması hususlarını gözeterek SPK'nın üst sınır getirme yetkisi olduğu hükme bağlanmıştır. Yatırımcıların korunması amacıyla SPK tarafından kâr payı dağıtım uygulamasında dönem içinde yapılan bağışların kâr tutarına eklenerek kâr payının bulunmasına ilişkin yöntem Kanun hükmü haline getirilmiştir.

- Getirilen bir diğer yenilik ise kâr payının ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın mevcut payların tümüne eşit olarak dağıtılacağına hükme bağlanması olup, “dönem sonu” ifadesinin kaldırılmasıyla paylarda eski-yeni ayrımının oluşmasının ve bu durumun neden olduğu yatırımcı mağduriyetlerinin engellenmesi amaçlanmıştır.

Diğer taraftan, aynı Kanun'un 20'nci maddesi kâr payı avansını düzenlemektedir. TTK'nın halka açık ortaklıklara ilişkin SPK düzenlemelerini saklı tutması sebebiyle ayrı bir maddede düzenlenmesi uygun görülen kâr payı avansına ilişkin hükümler büyük ölçüde korunmuş olup, detay düzenlemeler içeren Kanun maddesi sadeleştirilmiş ve SPK tarafından yapılacak alt düzenlemeler ile ayrıntıların belirlenmesi esası benimsenmiştir.

2.2. SPK Düzenlemeleri

SPK, SPKn'nun yukarıda yer verilen hükümlerine dayanarak, halka açık anonim ortaklıkların kâr payı⁸ ile kâr payı avansı dağıtımında, kâr payının korunmasında ve kâr dağıtım politikasının belirlenmesinde uyacakları usul ve esasları “II-19.1” sayılı “*Kâr Payı Tebliği*” (Tebliğ)

⁸ Bu konuda bkz. Yavuz AKBULAK, ‘Halka Açık Anonim Şirketlerde Kâr Payı’, Şubat 2014 5(59) (Leges Hukuk Dergisi) 18-27

ile düzenlemiş ve anılan Tebliğ, 23.01.2014 tarihli ve 28891 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Söz konusu Tebliğ, 01.02.2014 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, 13.11.2001 tarihli ve 24582 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Sermaye Piyasası Kanununa Tabi Olan Halka Açık Anonim Ortaklıkların Temettü ve Temettü Avansı Dağıtımında Uyacakları Esaslar Hakkında Tebliğ (Seri:IV, No:27)” yürürlükten kaldırılmıştır⁹. Bu Tebliğin yatırım ortaklıkları açısından uygulanmasında SPK’nın ilgili düzenlemeleri saklıdır¹⁰.

İşbu yazı bakımından;

- Ara dönem finansal tablo: 3, 6 ve 9 aylık dönem sonları itibarıyla hazırlanmış finansal tabloları,

- Borsa: SPK’nın 3’üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlanan borsayı,

- Hesap dönemi: Normal veya özel hesap dönemi olarak belirlenen 12 aylık dönemi,

- İmtiyazlı pay: Kâr payı imtiyazlı bulunan payları,

- Kâr payı: Genel kurulca belirlenen politika çerçevesinde hesap dönemi itibarıyla net dönem kârı ve kâr dağıtımına konu edilebilecek diğer kaynaklar üzerinden

- Ortaklara ve
- Kâra katılan diğer kişilere¹¹

genel kurulca dağıtılmasına karar verilen tutarı,

⁹ Türk mevzuatında “kâr payı” kavramına ilişkin ilk tanımlanma, yürürlükten kaldırılan IV/27 Tebliği ile yapılmıştır.

¹⁰ Yatırım ortaklıklarında kâr dağıtımı esaslarının yer aldığı düzenlemeler aşağıda verilmektedir:

	Düzenleme Konusu	İlgili Tebliğ	Yayımlandığı Resmi Gazete	Tebliğ Maddesi
1	Gayrimenkul Yatırım Ortaklıkları	III-48.1	28.05.2013-28660	m.45
2	Menkul Kıymet Yatırım Ortaklıkları	III-48.5	27.05.2015-29368	m.39

Kaynak: www.spk.gov.tr

¹¹ Bu kimseler; i) imtiyazlı pay sahipleri, ii) intifa senedi sahipleri, iii) yönetim kurulu üyeleri, iv) ortaklık çalışanları ve v) pay sahibi dışındaki kişiler olabilir.

- Kâr payı avansı: Yıllık finansal tablolar üzerinden dağıtılacak kâr payından mahsup edilmek üzere ara dönem finansal tablolara göre oluşan kârlar üzerinden söz konusu Tebliğ hükümlerine göre hesaplanan tutarı,

- Ortaklık: Payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıkları ifade etmektedir.

2.2.1. Kâr Dağıtım Politikasına ve Kâr Payına İlişkin Esaslar

Ortaklıklar, kârlarını genel kurulları tarafından belirlenecek kâr dağıtım politikaları çerçevesinde ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak genel kurul kararıyla dağıtır. Ortaklıkların kâr dağıtım politikalarına ilişkin olarak SPK tarafından benzer nitelikteki ortaklıklar bazında farklı esaslar belirlenebilir. Ortaklıkların kâr dağıtım politikalarında asgari olarak;

i) Kâr payı dağıtılıp dağıtılmayacağına, dağıtılacaksa ortaklar ve kâra katılan diğer kişiler için belirlenen kâr payı dağıtım oranına,

ii) Kâr payının ödenme şekline,

iii) Kâr payı dağıtım işlemlerine en geç dağıtım kararı verilen genel kurul toplantısının yapıldığı hesap dönemi sonu itibarıyla başlanması şartıyla, kâr payının ödenme zamanına,

iv) Kâr payı avansı dağıtılıp dağıtılmayacağına, dağıtılacaksa buna ilişkin esaslara

yer verilmesi gerekir. Kâr dağıtım politikasında değişiklik yapılmak istenmesi durumunda, bu değişikliğe ilişkin yönetim kurulu kararı ve değişikliğin gerekçesi, SPK'nın özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde kamuya duyurulur.

Ortaklıklarda kâr payı, dağıtım tarihi itibarıyla mevcut payların tümüne, bunların ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın payları oranında eşit olarak dağıtılır. Kâr payı imtiyazına ilişkin haklar saklıdır.

Kâr payı, dağıtımına karar verilen genel kurul toplantısında karara bağlanmak şartıyla eşit veya farklı tutarlı taksitlerle ödenebilir. Kâr payının taksitle ödenmesinde aşağıdaki hususlara uyulur:

a) Taksit sayısı genel kurulca veya genel kurulca açıkça yetkilendirilmesi şartıyla yönetim kurulu tarafından belirlenir.

b) Taksit ödeme zamanlarının genel kurul kararıyla belirlenmediği durumlarda; yönetim kurulu kararıyla belirlenecek ödeme zamanları,

genel kurulu takip eden 15 gün içinde SPK'nın özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri¹² çerçevesinde ortaklık tarafından kamuya duyurulur.

c) Taksit ödemeleri, ödeme tarihi itibarıyla mevcut payların tümüne, bunların ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın payları oranında eşit olarak dağıtılır.

ç) Genel kurulca pay sahibi dışındaki kişilere dağıtılmasına karar verilen kâr payı tutarı, pay sahiplerine yapılacak taksit ödemeleri ile orantılı olarak ve aynı usul ve esaslar çerçevesinde ödenir.

TTK'ya göre ayrılması gereken yedek akçeler ile esas sözleşmede veya kâr dağıtım politikasında pay sahipleri için belirlenen kâr payı ayrılmadıkça;

- Başka yedek akçe ayrılmasına,
- Ertesi yıla kâr aktarılmasına ve
- İntifa senedi sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine, ortaklık çalışanlarına ve pay sahibi dışındaki kişilere

kârdan pay dağıtılmasına karar verilemeyeceği gibi, pay sahipleri için belirlenen kâr payı nakden ödenmedikçe bu kişilere kârdan pay dağıtılamaz. Yani, dağıtılması öngörülen kâr payı tutarının tamamı, ancak Vergi Usul Kanunu'na göre tutulan "yasal" kayıtlarda mevcut net dağıtılabılır kârdan veya diğer kaynaklardan karşılanabildiği sürece dağıtılabilecektir. Bir başka deyişle, dağıtılacak kâr payı tutarında üst sınır, yasal kayıtlarda yer alan ilgili kâr dağıtım kaynaklarının dağıtılabılır tutarıdır. SPK'nın 136'ncı maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, payları halka arz yoluyla satılan bankaların dağıtacakları kâr payına ilişkin esaslar ise kendi özel mevzuatına tabidir.

Kâr payının taksitle ödenmesine ilişkin hükümler ile TTK'nın 348'inci maddesinin birinci fıkrası ve üçüncü fıkrası hükümleri¹³ saklıdır.

¹² Anılan düzenlemeler, SPK'nın 23.01.2014 tarihli ve 28891 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "II-15.1" sayılı "Özel Durumlar Tebliği"nde yer alır.

¹³ TTK m.348/f.1, f.3: "Şirketi kurdukları sırada harcadıkları emeğe karşılık olarak kuruculara, para ve bedelsiz pay senedi vermek gibi şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurabilecek bir menfaat tanınmaz. Bu hükme aykırı esas sözleşme hükümleri geçersizdir. Ancak, dağıtılabılır kârdan 519'uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı yedek akçe ile pay sahipleri için %5 kâr payı ayrıldıktan sonra kalanın en çok %10'u intifa senetleri bağlamında kuruculara ödenir.

...

- i) İmtiyazlı pay sahiplerine,
- ii) İntifa senedi sahiplerine,
- iii) Yönetim kurulu üyelerine,
- iv) Ortaklık çalışanlarına ve
- v) Pay sahibi dışındaki kişilere

kârdan pay verilebilmesi için ortaklık esas sözleşmesinde hüküm bulunması zorunludur. Esas sözleşmede söz konusu kişilere kâr payı dağıtılması hususunda hüküm bulunmasına rağmen, kâr payına ilişkin olarak herhangi bir oran belirlenmemişse; bu kişilere dağıtılacak kâr payı tutarı, imtiyazdan kaynaklananlar hariç her durumda pay sahiplerine dağıtılan kâr payının dörtte birini (%25) aşamaz.

Katılma intifa senetleri sahiplerinin kâr payı hakkı ile tahvillere kârdan pay verilmesine ilişkin SPK düzenlemeleri saklıdır.

Ortaklıklarca bağış yapılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması şarttır. Yapılacak bağışın sınırı, esas sözleşmede belirtilmeyen durumlarda genel kurulca belirlenir. SPK, bağış tutarına üst sınır getirmeye yetkilidir. Ortaklıkların ilgili hesap dönemi içinde yapmış olduğu bağışlar dağıtılabilir kâr matrahına eklenir. Bu hüküm çerçevesinde yapılacak bağış ve ödemelerin, SPK'nın özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde kamuya duyurulması ve olağan genel kurulda ortakların bilgisine sunulması zorunludur. SPK'nın örtülü kazanç aktarımı yasağına ilişkin düzenlemeleri ve uyulması zorunlu kurumsal yönetim ilkeleri saklıdır.

Payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar için kâr payı dağıtım oranı, söz konusu Tebliğ hükümleri uyarınca belirlenen bağışlar eklenmiş net dağıtılabilir dönem kârının %20'sinden az olamaz. Payları borsada işlem görmeyen ortaklıkların kâr payını tam ve nakden dağıtmaları zorunludur. Kâr payı ödemeleri kâr payı kuponunun ortaklığa ibrazı karşılığında yapılır. Bu ortaklıklar, taksitle kâr dağıtımını uygulamasından yararlanamazlar.

Payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar;

- Hesaplanan kâr payı tutarının genel kurula sunulacak son yıllık finansal tablolara göre sermayenin %5'inden daha düşük olması veya

Dağıtılacak kâr mevcut ise şirket kârın dağıtılmamasını kararlaştırmış olsa bile kurucu intifa sahipleri esas sözleşmede öngörülen kâr paylarını alırlar.”

• Söz konusu finansal tablolara göre net dağıtılabilir dönem kârının 100.000,-TL'nin altında olması durumunda

ilgili hesap dönemi için kâr payı dağıtmayabilir. Bu durum, dağıtmama nedeni ile birlikte SPK'nın özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde kamuya duyurulur. Dağıtılmayan kâr payı¹⁴, daha sonraki dönemlerde yapılacak hesaplamalarda kâr payı kalemi olarak dikkate alınır.

Payları borsada işlem gören ortaklıkların kâr dağıtımına ilişkin yönetim kurulu önerisi veya kâr payı avansı dağıtımına ilişkin yönetim kurulu kararı, şekli ve içeriği SPK tarafından belirlenen kâr dağıtım tablosu veya kâr payı avansı dağıtım tablosu ile birlikte SPK'nın özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde kamuya duyurulur. Kâr dağıtım tablosunun en geç olağan genel kurul gündeminin ilan edildiği tarihte kamuya açıklanması zorunludur. Payları borsada işlem görmeyen ortaklıkların kâr dağıtımına ilişkin yönetim kurulu önerisi, şekli ve içeriği Kurulca belirlenen kâr dağıtım tablosu ile birlikte en geç olağan genel kurul gündeminin ilan edildiği tarihte, SPK'nın özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde kamuya duyurulur ve ortaklığın merkezinin bulunduğu yerde mahalli veya ülke çapında yayınlanan en az bir gazetede ve varsa ortaklığın internet sitesinde ilan edilir. Kâr dağıtım tablosu ayrıca ortaklık merkezinde pay sahiplerinin incelemesine açık tutulur.

2.2.2. Kâr Payı Avansına İlişkin Genel Esaslar

Payları borsada işlem gören ortaklıklar, ara dönem finansal tablolarında yer alan kârları üzerinden nakden kâr payı avansı dağıtılabilir. Belirli bir ara döneme ilişkin kâr payı avansı taksitle dağıtılamaz.

Kâr payı avansı dağıtmak isteyen ortaklıkların;

- a) esas sözleşmelerinde hüküm bulunması ve
- b) genel kurul kararıyla ilgili hesap dönemi ile sınırlı olacak şekilde yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtımına karar vermek üzere yetki vermeleri

zorunludur. Anılan genel kurul toplantısında, ilgili hesap dönemi sonunda yeterli kâr oluşmaması veya zarar oluşması durumlarında, dağı-

¹⁴ TTK m.521'e göre, yedek akçeye yıllık kârın %5'inden fazla bir tutarın ayrılacağı ve yedek akçenin ödenmiş sermayenin %20'sini aşabileceği hakkında esas sözleşmeye hüküm konabilir. Esas sözleşme ile başka yedek akçe ayrılması da öngörülebilir ve bunların özgülleme amacıyla harcanma yolları ve şartları belirlenebilir.

tılacak kâr payı avansının söz konusu hesap dönemine ilişkin yıllık finansal durum tablosunda yer alan kâr dağıtımına konu edilebilecek kaynaklardan mahsup edileceği hususunun da karara bağlanması gereklidir.

Yönetim kuruluna genel kurulca kâr payı avansı dağıtımı için yetki verildiğinde; yönetim kurulu tarafından kâr payı avansı dağıtma veya dağıtmama konusunda bir karar alınması ve bu kararın en geç ara dönem finansal tabloların kamuya açıklandığı tarih itibarıyla SPK'nın özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde ortaklık tarafından kamuya duyurulması zorunludur.

Ortaklıklarda kâr payı avansı, dağıtım tarihi itibarıyla mevcut payların tümüne, bunların ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın payları oranında eşit olarak dağıtılır. Pay sahibi dışındaki kişilere kâr payı avansı dağıtılamaz. Kâr payı avansı, imtiyazlı paylara imtiyaz dikkate alınmadan ödenir.

Kâr payı avansının hesaplanması ve dağıtılmasında yönetim kurulu üyeleri ve varsa bağımsız denetimi yapanların sorumlulukları SPK'nun 20'nci maddesi hükümlerine tabidir.

Dağıtılacak kâr payı avansı, ara dönem finansal tablolara göre oluşan net dönem kârından TTK'ya ve esas sözleşmeye göre ayrılması gereken yedek akçeler ile geçmiş yıllar zararları düşüldükten sonra kalan kısmın yarısını (%50) geçemez.

Bir hesap döneminde verilecek toplam kâr payı avansı tutarı;

- a) Bir önceki yıla ait net dönem kârının yarısından,
- b) İlgili ara dönem finansal tablolarında yer alan net dönem kârı hariç kâr dağıtımına konu edilebilecek diğer kaynaklardan düşük olanı aşamaz.

Aynı hesap dönemi içinde birden fazla sayıda kâr payı avansı ödemesi yapıldığı takdirde; sonraki ara dönemlerde ödenecek kâr payı avansları hesaplanırken, önceki ara dönemlerde ödenen kâr payı avansları yukarıda hesaplanan tutardan indirilir.

Önceki hesap dönemlerinde ödenen kâr payı avansları mahsup edilmeden, sonraki hesap dönemlerinde ilave kâr payı avansı verilemez ve kâr payı dağıtılamaz.

2.2.3. Diğer Hususlar

- i) Ortaklıkların geçmiş yıllar zararlarının; geçmiş yıllar kârları, paylara ilişkin primler dâhil genel kanuni yedek akçe, sermaye hariç

öz kaynak kalemlerinin enflasyon muhasebesine göre düzeltilmesinden kaynaklanan tutarların toplamını aşan kısmı, net dağıtılabilir dönem kârının hesaplanmasında indirim kalemi olarak dikkate alınır.

ii) Ortaklar ve kâra katılan diğer kimselerce tahsil edilmeyen kâr payı bedelleri, 12.06.1933 tarihli ve 2308 sayılı “*Şirketlerin Müruru Zamana Uğrayan Kupon Tahvilat ve Hisse Senedi Bedellerinin Hazineye İntikali Hakkında Kanun*”¹⁵ uyarınca dağıtım tarihinden itibaren 5 yılda zaman aşımına uğrar.

iii) SPK, kâr payı dağıtımına konu edilebilecek kaynaklar ile ortaklıkların kâr payı ve kâr payı avansı dağıtımına ilişkin bir rehber hazırlayarak kamuya duyurur ve bu rehberi gerektiğinde günceller.

iv) Ortaklıklarca net dağıtılabilir dönem kârının en az %25’i oranında nakit kâr payı dağıtımına karar verilmesi durumunda; dağıtıma ilişkin genel kurul kararının alınmasından itibaren 1 yıl içinde gerçekleştirilecek pay ihraçlarından alınacak Kurul ücretlerinde, 22.06.2013 tarihli ve 28685 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “VII-128.1” sayılı “Pay Tebliği”nin 26’ncı maddesinde düzenlenen oranların %75’i esas alınır.

3. 7244 SAYILI KANUNLA YAPILAN DÜZENLEME

3.1. Genel Olarak

Bilindiği üzere, 16.04.2020 tarihli ve 7244 sayılı “*Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” 17.04.2020 tarihli ve 31102 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış ve anılan Kanunun 12’nci maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa (TTK) aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“Geçici Madde 13 – (1) Sermaye şirketlerinde, 30/9/2020 tarihine kadar 2019 yılı net dönem kârının yalnızca yüzde yirmi beşine kadarının dağıtımına karar verilebilir, geçmiş yıl kârları ve serbest yedek akçeler dağıtıma konu edilemez, genel kurulca yönetim kuruluna kâr payı avansı

¹⁵ 26.06.1933 tarihli ve 2437 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış olup, anılan Kanun Anayasa Mahkemesinin (AYM) 10.04.2019 tarihli ve E.:2018/136; K.:2019/21 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. AYM kararı için bkz. AYM, 136/21, 10.04.2019 <<http://kâarlar.yeni.anayasa.gov.tr/Kâarar/Content/0473d9db-8df8-45be-a855-63178610557e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>> erişim tarihi 10 Ağustos 2020

dağıtım yetkisi verilemez. Devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin ve sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait fonların, doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin yüzde ellisinden fazlasına sahip olduğu şirketler hakkında bu fıkra hükmü uygulanmaz. Bu fıkroda belirtilen süreyi üç ay uzatmaya ve kısaltmaya Cumhurbaşkanlığı yetkilidir.

(2) Genel kurulca 2019 yılı hesap dönemine ilişkin kâr payı dağıtım kararı alınmış ancak henüz pay sahiplerine ödeme yapılmamışsa veya kısmi ödeme yapılmışsa, 2019 yılı net dönem kârının yüzde yirmi beşini aşan kısma ilişkin ödemeler birinci fıkroda belirtilen sürenin sonuna kadar ertelenir.

(3) Bu maddenin kapsamına giren sermaye şirketlerine ilişkin istisnalar ile uygulamaya dair usul ve esasları belirlemeye, Hazine ve Maliye Bakanlığının görüşünü almak suretiyle Ticaret Bakanlığı yetkilidir.”

Bu düzenlemeye göre;

❖ Sermaye şirketlerinde, 30.09.2020 tarihine kadar 2019 yılı net dönem kârının yalnızca yüzde yirmi beşine kadarının dağıtımına karar verilebilir, geçmiş yıl kârları ve serbest yedek akçeler dağıtımına konu edilemez, genel kurulca yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilemez (TTK, geçici m.13/f.1; **“genel yasak”** denilebilir).

❖ Devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin ve sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait fonların, doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin yüzde ellisinden fazlasına sahip olduğu şirketler hakkında bu fıkra hükmü uygulanmaz (TTK, geçici m.13/f.1, **“maddeye/yasağa tabi olmayanlar”** denilebilir).

❖ Genel kurulca 2019 yılı hesap dönemine ilişkin kâr payı dağıtım kararı alınmış ancak henüz pay sahiplerine ödeme yapılmamışsa veya kısmi ödeme yapılmışsa, 2019 yılı net dönem kârının yüzde yirmi beşini aşan kısma ilişkin ödemeler birinci fıkroda belirtilen sürenin sonuna kadar ertelenir (TTK, geçici m.13/f.2).

❖ Bu maddenin kapsamına giren sermaye şirketlerine ilişkin istisnalar ile uygulamaya dair usul ve esasları belirlemeye, Hazine ve Maliye Bakanlığının görüşünü almak suretiyle Ticaret Bakanlığı yetkilidir (TTK, geçici m.13/f.3).

3.2. Konuya İlişkin Ticaret Bakanlığı Düzenlemesi

Ticaret Bakanlığı'nın TTK m.210 ve geçici m.13 ile 10.07.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 1 sayılı Cumhurbaş-

kanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m.446 (İç Ticaret Genel Müdürlüğü) uyarınca hazırladığı “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Geçici 13 üncü Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ”¹⁶ 17.05.2020 tarihli ve 31130 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

3.2.1. Kâr Payı ve Kâr Payı Avansı Dağıtım Esasları

Sermaye şirketlerinde. TTK'nın geçici 13'üncü maddesinin yürürlüğe girmesinden 30.09.2020 tarihine kadar 2019 yılı net dönem kârının, yalnızca %25'ine kadarının nakden dağıtımına karar verilebilir, geçmiş yıl kârları ve serbest yedek akçeler dağıtımına konu edilemez. Bu sınırlama, TTK m.462 uyarınca iç kaynaklardan yapılacak sermaye artırımında uygulanmaz. Sermaye şirketlerinde genel kurul tarafından 30.09.2020 tarihine kadar yönetim organına kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilemez. TTK geçici m.13'ün yürürlüğe girmesinden önce genel kurulca kâr payı dağıtım kararı alınmış, ancak henüz pay sahiplerine ödeme yapılmamışsa veya kısmi ödeme yapılmışsa, yukarıdaki %25 sınırını aşan

¹⁶ Devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin ve sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait fonların, doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin yüzde ellisinden fazlasına sahip olduğu şirketler söz konusu Tebliğ kapsamı dışındadır. Tebliğde geçen;

- Geçmiş yıl kârları: Geçmiş faaliyet dönemlerinde ortaya çıkan ve henüz diğer öz-kaynak hesaplarına aktarılmasına karar verilmemiş olan tutarları,
- Hesap dönemi: Hesap dönemi olarak takvim yılını esas alan şirketlerde 2019 yılı hesap dönemini, özel hesap dönemini esas alan şirketlerde ise tamamlanmış olan son hesap dönemini,
- Kâr payı: Net dönem kârı veya serbest yedek akçeler üzerinden ortaklara ve kâra katılan diğer kimselere genel kurulca dağıtılmasına karar verilen tutarı,
- Serbest yedek akçe: Kanuni yedek akçelerin sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşan kısmı ile kanun ve sözleşme gereği ayrılanlar dışında genel kurulca ayrılmasına karar verilen yedek akçeleri,
- Sermaye şirketi: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi halka açık şirketler de dâhil olmak üzere anonim ve limited şirketler ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketleri,
- Yönetim organı: Anonim şirketlerde yönetim kurulunu, limited şirketlerde müdür veya müdürler kurulunu, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yöneticiyi veya yöneticileri ifade eder.

kısmı ilişkin ödemeler ile hesap döneminde zarar edilmiş olmasına karşın serbest yedek akçelerden dağıtım kararı alınmışsa henüz ödenmemiş kısma ilişkin tüm ödemeler 30.09.2020 tarihine kadar ertelenir. Ertelelenen ödemelere ilişkin olarak faiz tahakkuk ettirilmez. Genel kurulca yönetim organına kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilmişse, avans ödemeleri 30.09.2020 tarihine kadar ertelenir.

3.2.2. Kâr Payı Dağıtımına İlişkin İstisnalar

Aşağıda belirtilen şartları sağlayan şirketler hakkında, aşağıdaki yazının 3 numaralı maddesinde yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla, yazının 1 numaralı maddesi hükümleri uygulanmaz:

a) 25.08.1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun ek-2 nci ve geçici 23 üncü maddesi uyarınca yeni koronavirüs (Covid-19) kaynaklı zorlayıcı sebep gerekçesiyle kısa çalışma ödeneğinden ve/veya ücretsiz izne ayrılanlardan 4447 sayılı Kanunun geçici 24'üncü maddesi uyarınca nakdi ücret desteğinden yararlandırılanları istihdam edenler ile 28.03.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun geçici 20'nci maddesi ve ilgili Kararlar uyarınca Hazine destekli kredi kefaleti kullanan ve halen kapanmamış kredi borç bakiyesi bulunanlar hariç, **120.000 Türk Lirası ve altında kâr payı dağıtım kararı alınan şirketler,**

b) Pay sahiplerince, **dağıtımına karar verilen kâr payının yarısından fazlasının, TTK hükümleri çerçevesinde başka bir sermaye şirketine olan sermaye taahhüt borcunun nakden ve defaten ifasında kullanılması şartıyla, kâr payı dağıtım kararı alınan şirketler,**

c) Pay sahiplerince, **dağıtımına karar verilen kâr payının, imzalanan kredi sözleşmeleri veya proje finansman sözleşmeleri kapsamında 30.09.2020 tarihine kadar muaccel hale gelen yükümlülüklerin ifasında nakden kullanılması şartıyla, kâr payı dağıtım kararı alınan şirketler** (bu şirketlerde, pay sahiplerinin ifa yükümlülüklerini aşan tutara ilişkin ödemeler 30.09.2020 tarihine kadar ertelenir).

3.2.3. Bakanlıktan Uygun Görüş Alınması

Yazının yukarıdaki 3.2.2. numaralı maddesi uyarınca yapılacak kâr payı dağıtımlarının genel kurulda görüşülebilmesi için Ticaret Bakanlığında uygun görüş alınması zorunludur. Başvurularda genel kurul yapılmasına ilişkin yönetim organı kararının noter onaylı örneği, şirketin

hesap dönemine ilişkin finansal durum tablosu ile kâr veya zarar tablosuna ek olarak aşağıdaki belgeler İç Ticaret Genel Müdürlüğüne sunulur:

a) Yazının 3.2.2.(a) bendinde öngörülen istisna uyarınca kâr payı dağıtımı yapılacak şirketlerde; anılan bentte belirtilen desteklerden yararlanılmadığına ilişkin ilgili kurumlardan alınacak tevsik edici belge,

b) Yazının 3.2.2.(b) bendinde öngörülen istisna uyarınca kâr payı dağıtımı yapılacak şirketlerde; dağıtılacak kâr payının yarısından fazlasını alma hakkı olanların başka bir sermaye şirketine olan sermaye taahhüt yükümlülüğünü tevsik edici belge,

c) Yazının 3.2.2.(c) bendinde öngörülen istisna uyarınca kâr payı dağıtımı yapılacak şirketlerde; kredi sözleşmeleri ve proje finansman sözleşmeleri kapsamında ifa yükümlülüklerini tevsik edici belge.

3.2.4. Kâr Payının Hesaplanmasında Esas Alınacak Finansal Tablolar

Kâr payının hesaplanmasında; finansal tablolarını Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca belirlenen standartlara uygun hazırlamak zorunda olanlar tarafından TTK m.88'e göre hazırlanan, bunlar dışında kalanlar tarafından ise 213 sayılı Vergi Usul Kanununa (VUK) göre hazırlanan finansal tablolar esas alınır. *Dağıtılması öngörülen kâr payı tutarı, VUK'a göre tutulan kayıtlarda bulunan kâr dağıtımına konu kaynakların toplam tutarını aşamaz.*

3.2.5. Hükme Aykırılık Halinde Uygulanacak Yaptırım

TTK'ya eklenen geçici 13'üncü madde hükmüne aykırı şekilde alınan genel kurul kararları aleyhine kanuna aykırı olduklarından bahisle iptal davası açılabilir (TTK m.445). Diğer yandan TTK m.447 hükmünde batıl kabul edilen genel kurul kararları sınırlı sayıda düzenlenmediğinden, bu hallerin dışında da TBK m.27/1 hükmü gereğince kanunun emredici hükümlerine ve kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle hükme aykırı şekilde alınan genel kurul kararları aleyhine butlanın tespiti davası açılabilir. Kanuna aykırı işlemler için öngörülen bu genel yaptırımların yanında, Bakanlığın da şirketler üzerindeki denetleme yetkisini kullanabileceği söylenebilir (TTK m.210/3). Bakanlık, kamu düzenine aykırı işlemlerde, hazırlıklarda veya muvazaalı işlemlerde bulunduğu belirlenen şirketler hakkında fesih davası açabilir. Kâr payı dağıtımına sınırlama getiren hükmün, kamu düzeninin ekonomik ayağını sağ-

lam tutuma amacıyla kabul edildiği dikkate alındığında, hükme aykırı işlemlerde bulunan veya hükmü dolanmak amacıyla hukuken izin verilen diğer imkânları kullanan şirketlerden Bakanlık tarafından belirlenenler hakkında fesih davası açabilir¹⁷.

4. SONUÇ

Halka açık anonim şirketler açısından, kâr payına ilişkin olarak yukarıda yer alan hükümler birlikte dikkate alındığında, ulaşılan sonuçlar aşağıdaki şekilde özetlenebilir.

a) Halka açık ortaklıkların, kârlarını genel kurullarınca belirlenecek kâr dağıtım politikaları çerçevesinde ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak genel kurul kararıyla dağıtacakları düzenlenerek; kâr dağıtım politikasında bulunması gereken asgari hususlar belirlenmiştir.

b) Ortaklıklarda kâr payının, dağıtım tarihi itibarıyla mevcut payların tümüne, bunların ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın payları oranında eşit olarak dağıtılacağı düzenlenmiştir.

c) Kâr payı dağıtımının tamamlanmasına ilişkin sürenin belirlenmesi yerine, dağıtım işlemlerine en geç dağıtım kararı verilen genel kurul toplantısının yapıldığı hesap dönemi sonu itibarıyla başlanması şartıyla, kâr payının ödenme zamanının kâr dağıtım politikasında yer alması gerektiği düzenlenerek, ödeme zamanına serbesti tanınmıştır.

ç) Kâr payının, genel kurul toplantısında karara bağlanması koşuluyla, taksitlerle ödenebileceği hüküm altına alınarak, bu kapsamda kâr payının taksitle ödenmesinde uyulacak usul ve esaslar belirlenmiştir.

d) Esas sözleşmede imtiyazlı pay sahiplerine, intifa senedi sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine, ortaklık çalışanlarına, pay sahibi dışındaki kişilere kârdan pay verilebilmesi hususunda hüküm bulunmasına rağmen, kâr payına ilişkin olarak herhangi bir oran belirlenmemişse; bu kişilere dağıtılacak kâr payı tutarının, her durumda pay sahiplerine dağıtılan kâr payının %25'ini aşamayacağı düzenlenmiştir.

e) Payları borsada işlem görmeyen halka açık ortaklıkların, bağışlar eklenmiş net dağıtılabilir dönem kârının %20'sinden az olamayacak

¹⁷ Bu konuda bkz. Bilge AYTUĞAR, 'Anonim Şirketlerde Kâr Payı ve Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında 7244 Sayılı Kanun İle Öngörülen Tedbirler', 11(2) (2020) (İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi) 396-410

şekilde kâr payını tam ve nakden dağıtmalarının zorunlu olduğu düzenlenmiştir.

f) Ortaklıklarca bağış yapılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunmasının şart olduğu, yapılacak bağışın sınırının ortaklık genel kurulunca belirleneceği ve SPK'nın bağış tutarına üst sınır getirmeye yetkili olduğu hükme bağlanmıştır.

g) Payları borsada işlem gören halka açık ortaklıklar tarafından ara dönem finansal tablolara göre oluşan kâr üzerinden dağıtılacak kâr payı avansı tutarının hesaplanmasına ilişkin yeni esaslar belirlenmiştir.

ğ) Ortaklıklarca net dağıtılabilir dönem kârının en az %25'i oranında nakit kâr payı dağıtımına karar verilmesi durumunda, dağıtıma ilişkin genel kurul kararının alınmasından itibaren 1 yıl içinde gerçekleştirilecek pay ihraçlarında, SPK kayıt ücretlerinde %25 oranında indirim uygulanması düzenlenmiş olup, bu bir teşvik mekanizması olarak öngörülmüştür.

h) Kâr dağıtımı ilke olarak ihtiyari kılınmış olup, payları borsada işlem görmeyen halka açık anonim şirketlerde ise kâr payı dağıtımı zorunludur.

ı) Dağıtılacak kâr payı tutarının üst sınırı, Vergi Usul Kanunu'na göre tutulan yasal kayıtlarda yer alan ilgili kâr dağıtım kaynaklarının dağıtılabilir tutarı kadardır.

i) TTK'ya göre ayrılması gereken yedek akçeler ile ana sözleşme ve kâr dağıtım politikasında ortaklar için öngörülen kâr payı ayrılmadıkça, başka yedek akçe ayrılmasına, ertesi yıla kâr aktarılmasına karar verilemez.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

AKBULAK, Yavuz, 'Anonim Şirketler Bakımından Avans Kâr Payı Dağıtımının Esasları' Eylül 2012 288 (Vergi Sorunları Dergisi)

AKBULAK, Yavuz, 'Halka Açık Anonim Şirketlerde Kâr Payı' Şubat 2014 5(50) (Leges Hukuk Dergisi)

AYTUĞAR, Bilge, 'Anonim Şirketlerde Kâr Payı ve Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında 7244 Sayılı Kanun İle Öngörülen Tedbirler' 11(2) (2020) (İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi) 396-410

Mahkeme Kararları ve Web Siteleri

AYM, 136/21, 10.04.2019 <http://kârarlaryeni.anayasa.gov.tr/Kârar/Content/0473d9db-8df8-45be-a855-63178610557e?exclude_Gerekce=False&wordsOnly=False> erişim tarihi 10 Ağustos 2020

Sermaye Piyasası Kurulu, < <https://www.spk.gov.tr/>> erişim tarihi 10 Ağustos 2020

Mevzuat

Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 06.12.2012, RG 30.12.2012/28513

Şirketlerin Müruru Zamana Uğrayan Kupon Tahvilat ve Hisse Senedi Bedellerinin Hazineye İntikali Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 2308, Kabul Tarihi: 12.06.1933, RG 26.06.1933/2437

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

Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7244, Kabul Tarihi: 16.04.2020, RG 17.04.2020/31102

II-19.1 sayılı Kâr Payı Tebliği, RG 23.01.2014/28891

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Geçici 13 üncü Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, RG 17.05.2020/31130



**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

ISSN 2146 - 6203

