



**BAHÇEŞEHİR
ÜNİVERSİTESİ**

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 17 | Sayı: 208
Mayıs - Haziran 2022



Derginin Sahibi

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Hukuk Fakültesi Dekanı
Prof. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA

Sorumlu Müdür

Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN

Editör

Doç. Dr. Burak HUYSAL

Dil Editörü

Öğr. Gör. Mehmet Cengiz UZUN

Editör Yardımcıları

Dr. Öğr. Üyesi Begüm SÜZEN - Dr. Öğr. Üyesi Evrim AKGÜN

İletişim Adresi

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Çırağan Caddesi Osmanpaşa Mektebi Sokak No: 4-6
34353, Beşiktaş / İSTANBUL
Tel: +90 (212) 381 03 52
Faks: +90 (212) 381 03 50

İletişim: dergi@law.bau.edu.tr

Elektronik Ağ: www.bahcesehir.edu.tr

Sayfa ve Kapak Tasarımı

Emre KIZMAZ

Yayıncı

Seçkin Yayıncılık A.Ş. - Sertifika No: 45644
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13 Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30 - Faks: 0312 435 24 72

Basılan Matbaa

Vadi Grafik Ltd. Şti. - Sertifika No: 47479
İvedik Organize Sanayi Bölgesi 1420 Cad. No: 58/1 - Yenimahalle / ANKARA
Tel: 0 312 395 85 71

Basım Yeri | Yılı

Ankara | Temmuz 2022

ISSN

1304-7949

*Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,
iki ayda bir yayımlanan yerel, süreli ve hakemli bir dergidir.
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.*

YAYIN KURULU

Doç. Dr. Burak HUYSAL (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Dr. Öğr. Üyesi Begüm SÜZEN (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Dr. Öğr. Üyesi Evrim AKGÜN (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Arş. Gör. Oğuzhan YEŞİLTUNA (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Arş. Gör. Ecem ÇOBAN BİLİCİ (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Stephen MAZZA (University of Kansas School of Law / Kansas - ABD)
Prof. Dr. Steve MCALLISTER (University of Kansas School of Law / Kansas - ABD)
Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Süheyl BATUM (MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU (Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Gülsen GÜNEŞ (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Atilla ALTOP (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Sibel ÖZEL (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Oktay UYGUN (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Emre ÖKTEM (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Sultan UZELTÜRK (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Ali Necip ORTAN (Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Ziya AKINCI (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Hatice KOCASAKAL (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Havva KARAGÖZ (MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (TED Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi / Ankara - Türkiye)
Prof. Dr. Şükran ŞIPKA (Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Tolga AYOĞLU (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Aslı MAKARACI BAŞAK (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Ertan DEMİRKAPI (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Anlam ALTAY (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Murat Yusuf AKIN (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Pınar MEMİŞ (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)

Prof. Dr. Cemile DEMİR GÖKYAYLA (İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Prof. Dr. Tanasije MARINKOVIĆ (University of Belgrade - Faculty of Law / Belgrad - Sırbistan)
Doç. Dr. Öz SEÇER (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Doç. Dr. Ahmet YAYLA (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Doç. Dr. Seda ÖKTEM ÇEVİK (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Doç. Dr. Didem YILMAZ (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Doç. Dr. Burcu SAVAŞ (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK (MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Doç. Dr. Elif KÜZECİ (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Doç. Dr. Ece BAŞ SÜZEL (İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Doç. Dr. Melih ÇAKIR (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Doç. Dr. Doruk GÖNEN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Doç. Dr. Önder YEŞİLTEPE (Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Doç. Dr. Birgül SOPACI ÖZTUNA (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Dr. Öğr. Üyesi Ahu AYANOĞLU MORALI (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Sinan ALTUNÇ (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Dr. Öğr. Üyesi Alphan DİNÇKOL (Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Dr. Öğr. Üyesi Serkan KÖYBAŞI (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi / İstanbul - Türkiye)
Dr. Silvia TELLENBACH (Max Planck Institute for the Study of Crime Security and Law / Münih - Almanya)

BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'ne gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Yazı, Times New Roman karakterinde, ana metin 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotlar ise tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
3. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanacak bilimsel çalışmalarda aşağıdaki yazım esaslarına uyulması gerekmektedir.
 - a. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.
 - b. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir **kaynakça** bulunmalıdır.
 - c. Dipnotlarda ve kaynakçada **kitaplar** [Yazarın SOYADI, Adı, Kitabın Adı, Basıldığı Yer, Yıl] şeklinde yer almalıdır. Örneğin: YENİSEY, Feridun, Kolluk Hukuku, İstanbul, 2015. Sonraki dipnotlarda ise [Yazarın SOYADI, sayfa numarası] şeklinde atıf yapılmalıdır: Örneğin: YENİSEY, s. 1.
 - d. Dipnotlarda ve kaynakçada **makaleler** [Yazarın SOYADI, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, Sayı Numarası, Yılı, ilk ve son sayfa numaraları] şeklinde yer almalıdır. Örneğin, TUNCAY, Aziz Can, Magna Carta (Büyük Ferman), Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 135-136, 2015, s. 7-28. Sonraki dipnotlarda ise [Yazarın SOYADI, sayfa numarası] şeklinde atıf yapılmalıdır: Örneğin: TUNCAY, s. 7.
 - e. Çift yazarlı eserlere [Yazarın SOYADI, Adı / SOYADI, Adı] şeklinde atıf yapılmalıdır.
 - f. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda yazarın SOYADI, Eserin başlığı ile uyumlu ve anlamlı bir kısaltma, sayfa numarası verilmelidir. Örneğin, TUNCAY, Magna Carta, s. 7.
 - g. İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına ve siteye son erişim tarihine yer verilmesi gerekmektedir.
 - h. Metin, başlıklar ve alt başlıklara ayrılarak sistematize edilmelidir, alt başlıklandırma en fazla 6. seviyeye kadar inmelidir. Başlıklandırılmalar aşağıda belirtildiği gibi olmalıdır:
 1. seviye: **I, II, III, ...**
 2. seviye: **A, B, C, ...**
 3. seviye: **1, 2, 3, ...**
 4. seviye: **a, b, c, ...**
 5. seviye: **aa, bb, cc, ...**
 6. seviye: **aaa, bbb, ccc, ...**

4. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, yabancı dilde yazılan yazılar da Yayın Kurulu'nun onayı ile yayımlanabilir. Yazı, hangi dilde yazılmış olursa olsun başlığının ve en az 150, en çok 200 sözcükten oluşan özetinin ve beş anahtar kelimenin, yazıldığı dilde, İngilizce ve Türkçe olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir.
5. Yazar, yazısı ile birlikte görev yaptığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.
6. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir.
7. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olduğu saptanan ve hakemli yayımlanması talep edilen yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Hakem raporu en kısa sürede yazara bildirilir.
8. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki malî haklar, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. gibi ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir.
9. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.
10. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler ve bu yazılardan kaynaklanacak her türlü sorumluluk yazarlara aittir.
11. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanması istenen yazıların dergi@law.bau.edu.tr e-posta adreslerine *word* formatında gönderilmesi gerekmektedir.

İÇİNDEKİLER

Hakemli Makaleler

Tüketicinin Korunması İlkesi Olarak Etiket Zorunluluğunun Fiyat ve İndirim Açısından İrdelenmesi	
Herdem BELEN - Gözde ZEYTİN ÇAĞRI	481
Yönetim Kuruluna Karşı Açılan Sorumluluk Davasının Zamaşımı Başlangıcına İlişkin Sorunların İsviçre Borçlar Kanunu Madde 760'ın Yeni Düzenlemesi Işığında Değerlendirilmesi	
Birgül SOPACI ÖZTUNA	503
Hukukçunun Pedagojisi Sistemin Bugününde Şartlar, Kısıtlar ve İmkânlar	
Gökçe ÇATALOLUK	543
Characterization of the Mahr Concept in Turkish and German International Private Laws	
Hatice Selin PÜRSELİM ARNING	569
Din, Biyopolitika ve Feminizm Ekseninde Türkiye'de ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Kürtaj	
Şölen KÜLAHÇI - Emir Ali GÜRLER	585
Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemi, Deniz ve İçsu Araçlarının Anonim Şirkete Sermaye Olarak Getirilmesi	
Elvin BATMAZ SİLAHTAROĞLU - Ü. Selen SERDER KARAAĞAÇ	609
Anonim Ortaklıklar Hukukunda İmtiyaza Hâkim Olan İlkeler ve Bu İlkelerin İhlâlinin Sonuçları	
Emek TORAMAN ÇOLGAR	639

Tüketicinin Korunması İlkesi Olarak Etiket Zorunluluğunun Fiyat ve İndirim Açısından İrdelenmesi^(*)

Examination of Labelling Requirements in Terms of Price and Discount as a Principle of Consumer Protection

*Herdem BELEN^(**)*

*Gözde ZEYTİN ÇAĞRI^(***)*

Öz:

Günlük yaşamın en yaygın işlemi sözleşme, taraflar(ın)dan biri de çoğu zaman tüketicilerdir. Haklarında özel kanun bulunan tüketicilerin korunmasında temel eksenlerden birisi ekonomik çıkarlardır. Nitekim tüketiciler de işlemlerinde en çok ödeyecekleri parayı gözetirler. Tüketicilere sunulan ürünler, semeni gösteren etiketler, tarife ya da fiyat listeleri ile sergilenir.

Tüketicileri bilgilendiren, ürün hakkında fikir veren etiketler, istisnalar dışında, zorunlu unsurlardandır. Etiket denildiğinde hemen akla fiyat gelir, oysa fiyat, etiket bileşenlerinden sadece bir tanesidir. Etiketlerin tüketicinin kolaylıkla görebileceği yerde, okunabilir, eksiksiz ve gerçeğe uygun olması, tüketicileri aldatıcı bilgiler içermemesi gerekir.

Çalışmada aslen konusu taşınır olan tüketici işlemleri, Alman Hukukuna da değinilerek, en son yasal düzenlemeler göz önünde tutularak, tüketicinin korunması ilkesi kapsamında etiket zorunluluğu, uygulamadan fiyat etiketi ve indirim aldatmacası örnekleriyle irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Tüketicinin Korunması, Etiket, Miktar, Fiyat, İndirim.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale geliş tarihi: 23.05.2022 - Makale kabul tarihi: 20.06.2022.

^(**) Prof. Dr., Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi,
E-posta: herdemb@kocaeli.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-1031-3807>.

^(***) Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Arel Üniversitesi, Meslek Yüksekokulu, Adalet Programı, Öğretim Üyesi,

E-posta: gozdezeytincagri@arel.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-7062-8317>.

Abstract:

The most common legal transaction of everyday life is the contract and one of its parties is often the consumers. One of the essential points in the protection of consumers is economic interests. In fact, consumers are primarily concerned with the money they will pay in their transactions. Products available to consumers are displayed using labels that show sale price, tariffs or price lists.

Labels that inform consumers and give an idea about the product are indispensable elements, with some exceptions. Price immediately comes to mind when the name label is mentioned, but price is only one of the label components. Labels must be located where the consumer can easily see, be legible, clear and accurate and must not contain information which deceives the consumers.

In the study, consumer transactions dealing with moveable property has been examined through the examples of labelling requirements, price tag and discount deception within the scope of consumer protection principle by referring to the German Law and taking into account the recent legal arrangements.

Keywords:

Consumer Protection, Label, Amount, Price, Discount.

Giriş

Etiket zorunluluğu başlığı tüketici işlemini, günlük yaşamın en yaygın işlemi olan sözleşmenin kurulmasını, karşılıklı uygunluğu aranan irade açıklamalarının içeriğini kısaca anımsamayı gerektirir. Etiket, satım sözleşmelerinin objektif esaslı unsurlarından semeni gösterir.¹ Semen ürünün üzerinde, bulunduğu rafta, sergilendiği standlarda/reyonlarda yer alır. Bu demektir ki zaman açısından önceki irade açıklaması ‘öneri’de bulunan satıcıdır.

Öneri-fiyat-etiket kavramları bizi en başta sözleşmenin kurulması hükümlerine götürür (BK m.1-8). Günümüzde pek çok sözleşme genele yöneltilen öneriler devamında kurulmaktadır.² Öyle ki öneri düzenlemelerinden birinde yeni hüküm eskisinin dönüştürülmesine yol açmıştır. Artık “fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi,

¹ Çalışmamız, kanun terminolojisiyle tüketicinin mal alımı, bu kapsamda da aslen taşınır alımı içeriğindeki tüketici işlemleri hakkındadır. Başka deyişle konusu hizmet olan tüketici işlemleri irdeleme dışındadır. Bu nedenle metinde hizmet, sağlayıcı kavramları kullanılmamıştır.

² Bu saptama, inceleme konumuz tüketici işlemleri açısından da geçerlidir. Bilgi için bkz. OHLY / SOSNITZA / SOSNITZA, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2016, PAngV § 1 Rn. 17; ERBS / KOHLHAAS / HÄBERLE, 239. EL Dezember, 2021, PAngV § 1 Rn. 10; VÖLKER, Stefan, Preisangabenrecht, Recht der Preisangaben und Preiswerbung, München, 2002, PAngV § 1, Rn. 23.

aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır” (BK m.8/II). Anımsayalım önceden “tarife ve cari fiyat irsali icap teşkil etmez”di (EBK m.7/II).³

Değindiğimiz değişiklik “öneri sayılan” işleyişlerde özel kanunla korunan tüketicileri başlıca özne kılmaktadır. Yargıya yansıyan, içtihatlarla yön veren uygulama örnekleri, tüketiciyi korumaya çalışan kanunun amacını gerçekleştirmek için sürekli yeni alt düzenlemelerle desteklenmesi gereğinin temelini oluşturmaktadır. Dolayısıyla çalışmada TKHK, bazı hükümlerini irdeleyeceğimiz yönetmelikler karşımıza çıkmaktadır. Fikir vermek için adlarını analım: Fiyat Etiket Yönetmeliği⁴ (Etiket Yönetmeliği), Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği⁵ (Reklam Yönetmeliği). Konu, TKHK ilgili hükümlerinden başlanarak yer yer Alman Hukuku düzenlemeleri de göz önünde tutularak değerlendirilecektir.^{6,7}

Değerlendirmelerde, özel hukuk işlemi sözleşmelerin kuruluşundaki temel ilkeler/özellikler de anımsanmalıdır. Hukuken eşit konumdaki özel hukuk kişileri, görüşmelerini eşit söz hakkı ile yürüterek, objektif ve subjektif esaslı

³ Eski hükme ilişkin değerlendirmeler konusunda bkz. OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul, 2021, s. 56; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021, s. 276; BELEN, Herdem, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh), İstanbul, 2014, s. 46; NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2021, s. 52 vd.

⁴ RG, T. 28.06.2014, S. 29044. (Yönetmelik özellikle, RG, T. 18.02.2022, S. 31754 değişikliğiyle değerlendirilmiştir.)

⁵ RG, T. 10.01.2015, S. 29232.

⁶ İnceleme konumuza esas Alman Hukuku düzenlemeleri, yönetmelik çıkarma yetkisi veren, halen 2 §’i yürürlükte olan 1984 tarihli Preisangabengesetz ile Avrupa Parlamentosu’nun 2019/2161 sayılı direktifi doğrultusunda çıkarılan, 28.05.2022 tarihinde yürürlüğe girecek olan, tüketicinin korunması hükümlerinin iyileştirilmesine ve modernizasyonuna yönelik uygulama yönetmeliğidir (Verordnung zur Novellierung der Preisangabenverordnung [PAngV]). Almanya’da fiyat bildirme (etiket) yükümlülüğüne ilişkin yasal düzenlemelerin **tarihi, 1940**’a uzanmaktadır (KÖHLER / BORNKAMM / FEDDERSEN, UWG, 2022, Vorbemerkungen, Rn. 3). 1973 yılından başlayarak, değişiklik yasaları bağlamında Alman Hukukundaki düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ZIPFEL / RATHKE, LebensmittelR/Rathke, 180. EL Juli 2021, FPackV § 1, Rn. 7-19.

⁷ Türk Hukukundaki etiket düzenlemelerinin **tarihi de 1940** tarihli Milli Koruma Kanununa uzanmaktadır (RG T. 26. 1.1940 S. 4417). 1942 tarihli Ticaret Bakanlığı Tamimi ile Etiket Mecburiyetine ilişkin görev ve yetkilerin Belediyelere devri uyarınca, belediyelere ilgili maddenin uygulanması görevi anımsatılmıştır (RG 8 Teşrinievvel 1942, S. 5231). Durumun önemini vurgulayan bir örnekle, bir satıcı hakkında, sattığı yaş meyvalara fiyatlarını gösterir etiket koymamak suçundan para cezasına hükmolünmüş, aczi dolayısıyla parayı ödeyemediği için cezası hapse çevrilmiş, kocama haline ve hastalığına binaen de cezası Bakanlar Kurulu kararıyla kaldırılmıştır (RG T. 20.6.1946 S. 6338).

unsurlar konusunda görüş birliğine vararak sözleşme kurarlar.⁸ Tüketicilerin günlük yaşam ihtiyaçlarını karşılamak üzere yaptıkları mal edinme işlemleri aslen ‘kabul’ niteliğindeki davranışlarla sözleşmenin kurulması, çoğu zaman hemen ardından ‘ifa fiilleri’ biçiminde gerçekleşmektedir. Başka deyişle sözleşme görüşmesi yürütülmemektedir. Bu durum kanunun amacına varabilmesi için mal sunumunda bütün unsurların karşı taraf tüketiciler de gözetilerek belirlenmesini kaçınılmaz kılmaktadır.

Örneklerle açıklayalım. Tüketici hemen her gün beslenme, temizlik, sağlık, giyim, makyaj ürünleri, çoğu zaman elektronik gereçler, kimi zaman boş vakit uğraşı ürünü/gereci, oyuncak edinmek üzere tüketici işlemi yapmaktadır. Günlük yaşam hızı düşünüldüğünde bütün bu ihtiyaçları karşılama işlemlerinde hazırlık/araştırma yapması, gerekli bilgileri edinmesi beklenemeyecektir. Bu yaşam gerçeği devamında sözleşmelerin büyük kısmı borçlandırıcı işlemin hemen ardından tasarruf işlemleriyle yapılmaktadır.⁹ Kimi zaman -özellikle Covid-19 sürecinde/sonrasında- aslen internet alımları ile ürünlerin adrese gönderildiği işlemlerle yürütülmektedir. Bu durum malların hem içeriklerinin hem fiyatlarının olabildiğince ayrıntılı, doğru, tüketicinin ekonomik durumunun da gözetilerek belirlenmesini kaçınılmaz kılmaktadır.¹⁰ Kazanç sağlama amacıyla varlık gösteren satıcılarla (TKHK m.3 bent i), ticari veya mesleki amaçla hareket etmeyen tüketicinin (TKHK m.3 bent k) karşılıklı çıkarları bu gerek gözetilerek korunacaktır. Yazık ki uygulamalar bu yönde değildir. İşlemler en hızlı biçimde, çoğu zaman tüketicilerin soru sormasına da fırsat bırakmadan deyim yerindeyse oldubittiye getirilerek yapılmaktadır.

⁸ OĞUZMAN / ÖZ, s. 51 vd.; EREN, s. 211; AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2020, s. 23; NOMER, s. 61.

⁹ OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul, 2021, s. 184; BELEN, Herdem / KÖKSAL, Mehmet, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Şema Kitap, İstanbul, 2020, s. 183; DURAL, Mustafa / SARI, Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2021, s. 212.

¹⁰ Etiket zorunluluğu düzenlemelerinde amaç her şeyden önce, fiyat saydamlığı/doğruluğudur. Amaca erişmede bütün bileşenler göz önüne alınarak son fiyat belirlenmeli, aldatıcı açıklamalardan kaçınılmalıdır. Böylece optimum fiyat karşılaştırması sağlanarak, tüketicinin konumu güçlendirilmiş, piyasa ekonomisi düzeninin işleyişi güvence altına alınmış olur, (OHLY / SOSNITZA / SOSNITZA, Einführung, Rn. 17). Aynı yönde VÖLKER, PAngV § 1, Rn. 40. Wenglorz’un sözleriyle, fiyat etiketi (PAngV) ve haksız rekabet düzenlemeleri (UWG) aynı şey için savaş verirler. Ancak PAngV ilk sırada tüketicinin korunmasına ikinci sırada piyasa ekonomisinin güvenli işleyişini sağlayarak rekabetin teşvikine hizmet eder. UWG ise koruma hedefinde, tüketicilerle rekabeti aynı sırada/konumda kabul eder, (FEZER / BÜSCHER / OBERGFELL / WENGLORZ, [FEZER / BÜSCHER / OBERGFELL, Lauterkeitsrecht: UWG, 2016], PAngV Rn. 76).

I. TKHK m.54 Hükümünün Analizi

İnceleme konusu Etiket Yönetmeliğinin kaynağı kanundur. Çalışmamızda vurgulanacak kısmı ile kanunun amacı, “tüketicinin ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek”tir (TKHK m.1).

Bu amacı gerçekleştirmeye hizmet edecek bir hüküm de fiyat etiketi başlıklı m.54’tür. Adı üstünde ‘fiyat etiketi’nin akla getirdiği şey, semendir. Ancak hükmün tamamı okunduğunda, etiketin ürünün üretildiği ülkeden içeriğine bütün bilgileri içermesi gerektiği anlaşılmaktadır. Biraz açarsak maddede etiketin anlamı/işlevi, içeriği, nerede/nasıl belirtileceği/yazılacağı açıklanmış, korumayı gerçekleştirecek kurumlar sayılmış, ayrıntılı düzenleme için yönetmelik gereğine işaret edilmiştir¹¹ (bkz. ayrıca Etiket Yönetmeliği m.4 bent c, m.5, 13).¹²

Kanunun en başta ekonomik çıkarları koruma amacıyla birleştirirsek etiketin tüketici için en önemli yönü, fiyatı içermesidir. Tüketici fiyatı net bir biçimde bilmek/anlamak ister.¹³ Bunun için fiyatın bileşenlerini bilmesi/anlaması, indirimler hakkında doğru/sağlıklı bilgilendirilmesi olmazsa olmazdır.¹⁴ Bu gereği yerine getirmekle/etiket düzenlemekle yükümlü olanlar, doğrudan tüketiciye satış yapan, tüketici işleminin karşı tarafı satıcılardır.¹⁵

¹¹ Alman Hukukunda, Preisangabengesetz § 2’de, inceleme konumuza ilişkin sınırlı özetle, tüketicilerin korunması, bilgilendirilmesi ve rekabetin teşviki amacıyla, tüketicilere mal sunumunda ve ürün reklamlarında, fiyatlar, fiyatları belirleyen satış birimleri ve nitelik sınıflandırmalarının açıklanma esaslarına dair düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır. Başka deyişle yasada konuda ayrıntı denebilecek hüküm yoktur.

¹² İstanbul Büyükşehir Belediyesi, Zabıta Daire Başkanlığı’nca yürütülen etiket ve tarife denetimleri kapsamında, 2020 yılında 29.531 denetim yapılmış, 2.338 tutanak tutulup, valiliğe gönderilmiş, 1.430.641 TL idari para cezasına hükmolunmuştur (<https://o8rekfo0ziac.merlincdn.net/wp-content/uploads/2021/03/Zabita-DB-2020-BFR-GUNCEL.pdf>, s. 26), Erişim Tarihi: 28.04.2022. Alman Hukukunda bilgi isteme, muayene etme, para cezası verme yetkileri bulunan denetim makamları hakkında bilgi için bkz. FEZER / BÜSCHER / OBERGFELL / WENGLORZ, PAngV, Rn. 68-71.

¹³ Çünkü tüketici açısından fiyat, çeşitli ürünler arasında seçim yapıp karar verme noktasında, kalitenin yanı sıra, en önemli ölçütlerdendir, (KÖHLER / BORNKAMM / FEDDERSEN / KÖHLER, Vorbemerkungen, Rn. 2).

¹⁴ Köhler’in vurgusuyla, tüketici alacağı ürüne ne kadar ödeyeceğini bilmelidir, (KÖHLER / BORNKAMM / FEDDERSEN / KÖHLER, PAngV § 1 Grundvorschriften, Rn. 11).

¹⁵ KÖHLER / BORNKAMM / FEDDERSEN / KÖHLER, PAngV § 2, Rn. 2; MüKo / ERNST, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2022, PAngV § 1 Grundvorschriften, Rn. 2. Tü-

Bilgilendirilme gereğini/aksi durumda yaşanan sıkıntıya değineceğimiz bir örnekle dile getirelim. Yaygın aksak uygulamalarda indirimli ürüne yönelen tüketici kasada dahası faturada/fişte indirimli fiyatla yüz yüze gelmektedir. Bu demektir ki tasarruf işlemleri yapıldıktan sonra sözleşmeden dönme yahut indirimli fiyatı ödeyerek sözleşmeyi ayakta tutma mücadelesi verilecektir.

Mücadele yargısını fiyat etiketine ilişkin eski ve yeni kanun hükmü farkına işaretlerle gerekçelendirip devam etmek iyi olur. Tüketici aslen ekonomik yönden köşeye sıkıştırıldığı için her zaman en çok gözetmeye çalıştığı, alacağı ürüne ödeyeceği düşük fiyattır. Bunu bilen satıcılar da tüketici nezdinde cazibelerini/tercih edilmelerini “indirimli satış”larla sağlama yolunu izlemektedir. Tahmin edileceği/uygulamada sıkça karşılaşıldığı üzere sorunlar yaygın olarak sunumu “indirimli” satışı “indirimli” işlemlerde yaşanmakta, tüketici şikâyet yoluna başvurmaktadır. Örneğin, “Enflasyonla Topyekün Mücadele” ibaresi ile ürünün fiyatının 26,95 TL’den 24,25 TL’ye indirildiği ilan edilmesine rağmen, başvuru sahibi tüketiciye 26,95 TL indirimli fiyat ile satış” yapılmakta, tüketicileri aldatıcı ve yanıltıcı indirim vaatleri dolayısıyla reklamlar durdurulmakta, idari para cezasına hükmedilmektedir.¹⁶

İşlemler satıcıların hâkimiyet alanlarında yapıldığı, yine sıkça yargıya yansıyan uyuşmazlıklarda tüketiciyi bir de iddialarını kanıt güçlüğü/zorluğu beklediği için koruma amacının gerçekleştirilmesinde bir hüküm daha getirilmesi kaçınılmaz olmuştur. Kanun hükmündeki yeni bent 3 uyarınca indirim varlığı tartışmasını sona erdirmeye yükümlülüğü, ispat yükü satıcıdadır (m.54 bent 3). Bu tür bir hüküm yararlıdır. İspat yükünün, genel hüküm uyarınca tüketicide (MK m.6) olmasının, uyuşmazlığın”davanın baştan kaybedilme-

keticiye doğrudan satış yapan üreticiler de PAngV’ye tabidir (VÖLKER, Einf. Rn. 29). Özetle PAngV düzenlemeleri tüketiciye ürün sunulan bütün işlemlerde/işlemlerde geçerlidir/uygulanacaktır, (MüKo / HEERMANN / SCHLINGLOFF, Einleitung, Rn. 3). PAngV yükümlüleri (satıcılar) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MüKo / ERNST, PAngV § 1 Grundvorschriften, Rn. 3; VÖLKER, PAngV § 1, Rn. 23-25; FEZER / BÜSCHER / OBERGFELL / WENGLORZ, PAngV, Rn. 89-92.

¹⁶ **Reklam Kurulu, D. 2019/338, T. No. 286, T. 12.07.2019.** Bir diğer örnek, F1 Market şubelerinde standart raf etiketlerinden daha büyük fiyat etiketleri üzerinde “özel indirim”, “indirim indirim” ve “fırsat ürünü” ibareleri kullanılarak 2018 yılı içerisinde satışa sunulan gıda ürünlerinde indirim yapıldığı izlenimi yaratıldığı, ancak inceleme konusu etiketlerde indirimden önceki fiyatlara hiçbir şekilde yer verilmediği, dolayısıyla bu durumun tüketicileri yanıltıcı olduğu değerlendirilmiş olup... ilgili kanun ve yönetmelik maddeleri hükümlerine aykırı olduğuna... reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir,” (**Reklam Kurulu, D. 2018/3565, T. No. 288, T. 10.09.2019.**)

sine” götüreceği açıktır. Bu durumda tüketicinin korunması amacı, kanunun birinci maddesinin sözünde kalacaktır.

Ayrıntıların düzenlendiği yönetmeliğin etiket hükmünü anarak devam edelim. Öncesinde, akla ilk anda ve/veya sadece fiyatı getiren kavramın daha çok şey anlattığını anımsayalım. “Fiyat Etiket: Satıcı tarafından perakende satışa arz edilen mallara ilişkin olarak Yönetmelik ile belirlenen zorunlu hususlar hakkında tüketicileri bilgilendirme amacı ile kullanılan etiketi ifade eder” (m.4 bent c). Bir başka hükümdeki vurgularla işlevini de özetleyelim: Etiket, bilgilendirilmeye hizmet eder. Miktar, fiyat, nitelik bilgilerini içerir; malın veya ambalajının yahut kaplarının üzerine konular, dikilir, zımbalanır, yapıştırılır, bunlara herhangi bir bağ ile tutturulur veya asılır (m.7). “Etiket konulması mümkün olmayan hâllerde aynı bilgileri kapsayan listelerin görülebilir ve okunabilir şekilde uygun yerlere asılması zorunludur” (m.5/1). Fiyat etiketi, net düzenlenmiş, kolay anlaşılır, rahat okunur, kolay fark edilebilir olmalıdır.¹⁷

II. Etiket Zorunluluğu Uygulamaları

Başlıkla ilgili açıklamalar öncesinde etiket bulundurma zorunluluğu ile etikette bulunması zorunlu hususlar ilişkisine kısaca değinmek iyi olur. Etiket Yönetmeliği m.5/1’de etiketle satışa sunulma zorunluluğu, m.5/2’de Türkçe yazılması zorunluluğu ve bulunması zorunlu bilgiler açıklanmıştır.¹⁸ Etiket deyince akla ilk önce ve sadece fiyatın (semenin) geldiğini söylemiştik. Oysa hükmün tamamına bakıldığında fiyatın etikette bulunması gereken/beklenen hususlardan sadece bir tanesi olduğu anlaşılmaktadır. Aşağıda etiketin zorunlu unsurlarına değinme öncesi, ayrıntılar ortaya konacaktır.

Evet, etiket(ler)in zorunlu unsurları vardır: Malın üretim yeri, ayırıcı özelliği, tüm vergiler dâhil satış fiyatı, birim fiyatı, satış fiyatı ve birim fiyatının uygulanmaya başlandığı tarih, üretim yeri Türkiye olan mallar için Bakanlıkça tespit ve ilan edilen şekil, logo veya işaret, depozito bedeli var ise söz konusu bedelin tutarı (m.5/2). İthal edilmiş malların etiketlerinde, malın üretildiği ülke isminin (de) Türkçe yazılması zorunludur (m.5/3). Özetle

¹⁷ FEZER / BÜSCHER / OBERGFELL / WENGLORZ, PAngV, Rn. 151.

¹⁸ Türkçe yazma zorunluluğu 18 Şubat 2022 tarihli değişiklikle hükme girmiştir. Uluslararası bir kozmetik firmasının Türkiye mağazalarının broşürlerinde değişiklikten iki ay sonra para birimi TL, Türkiye menşeli ürün adının Türkçe, tanıtım bilgilerinin Arapça yazılmasının buyurucu açık hükme aykırılığı da açıktır.

etiket zorunluluğundan iki yükümlülük doğmaktadır, satıcı fiyatı bildirmek zorundadır ve (satış) fiyatın(ın) bütün bileşenleri içermesi gerekir.¹⁹

Günlük yaşam işleyişi düşünüldüğünde, tüketicilerin yılın her günü ve günün her saati, pek çok sözleşme ilişkisi kurduğu teslim edilecektir. Bu saptama ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket eden, çoğu zaman gerçek kişi tüketicilerle, aslen ticari kazanç elde etmek üzere faaliyet gösteren tüketici işlemi diğer taraflarının bulunduğu göstermektedir.²⁰ Bu demektir ki hemen her zaman taraflardan biri, hayatını sürdürmek için ihtiyaçlarını temel bir kanunun koruyuculuğunda edinmeye çalışan tüketici, karşı tarafısa çoğu zaman basiretli davranma yükümlülüğü altındaki ticari kişi ve oluşumlardır (TTK m.18 bent 2). Anımsatalım, fiyat etiketi düzenlemelerinin koruduğu özne münhasıran tüketicidir; başlıca amaç da tüketiciye sunulan ürünlerin fiyatı hakkında doğru, şeffaf/açık bilgiler verilmesini, böylece çeşitli ürünlerin fiyatlarının karşılaştırılmasını kolaylaştırarak yeknesak üst düzey koruma sağlamaktır.²¹ Bu amaç, nesnel, isabetli, eksiksiz bilgilendirme ile fiyat doğruluğu ve açıklığı sağlanarak gerçekleşecektir.²²

Değnilmesi **zorunlu, zorunluluk/zorunlu** ayrımı açıklamalarının ardından, farklı fiyat düzenlemelerini topluca değerlendirmek iyi olur. Sağlıklı değerlendirme için öncesinde iki hükmü aynen aktaralım. Kanun uyarınca “Etiket, tarife ve fiyat listelerinde belirtilen fiyat ile kasa fiyatı arasında fark olması durumunda tüketici lehine olan fiyat uygulanır” (m.54 bent 2). Yönetmelik uyarınca “satış fiyatı ile kasa fiyatı arasında fark olması durumunda tüketici lehine olan fiyat uygulanır” (m.10 bent 1). Hem kanunda hem yönetmelikte tüketici “lehine olan” fiyatın uygulanacağı **vurgulanmıştır**. Kanun tüketiciyi farklı mecralarda karşısına çıkan bedel belirlemelerinde/açıklamalarında koruma amacındadır. Yönetmeliğin de tüketiciyi koruma ilkesini tekrar ettiği söylenebilecektir.²³ Gelelim sözlerin anlamına. Kastedilen düşük fiyatın ödenecek olmasıdır. Öyle ya lehe olan daha az bedel/para ödemektir!

¹⁹ VÖLKER, PAngV § 2, Rn. 5.

²⁰ Bir tarafın tüketici olduğu bütün hukuki işlemlerde PAngV uygulanacaktır (ERBS / KOHLHAS / HÄBERLE, PAngV § 1 Rn. 2).

²¹ FEZER / BÜSCHER / OBERGFELL / WENGLORZ, PAngV Rn. 13. Sosnitz’a’nın ifadesiyle, fiyat etiketi düzenlemelerinin çifte amacı tüketicinin bilgilendirilmesi ve korunmasıdır, (OHLY / SOSNITZA / SOSNITZA, Einführung, Rn. 17).

²² MüKo / HEERMANN / SCHLINGLOFF, Einleitung, Rn. 5.

²³ Hükümde geçen satış fiyatı yönetmelikte şöyle tanımlanmıştır: “Satılan bir malın net miktarı üzerinden hesaplanan tüm vergiler dâhil peşin fiyatını... ifade eder” (m.4 bent h).

Hayali cihan değer (!) geçmiş zaman uygulamalarını kısaca anımsayarak/ anımsatarak devam edelim: Yaşamın aslen insan ilişkileri ile başka deyişle gerçek anlamda yüz yüze yürüdüğü zamanlarda MK m.2 hükmündeki dürüst davranma gereği pek çok sorunu çözmekteydi. İnsanlar yüz yüze baktıkları için ürünleri satın aldıkları fiyat esaslı ile belirledikleri değerlerle (üzerine kârlarını koyarak) satarlar, sonraki fiyat artışını yansıtmazlardı. (Çünkü aksi durumda birbirlerinin yüzüne bakamazlardı.) Hem insan ilişkileri hem ticari ahlak bunu gerektirirdi. Oysa bugün, abartarak söyleyelim her tüketici her günkü alışlarından en az birinde rafta yazan düşük fiyat yerine kasadaki yüksek fiyatı ödemek zorunda kalmaktadır. Düşük fiyatı ödemeye ilişkin kanun hükmü çoğu zaman mağazanın en yetkili kişisi ile görüşmenin ödülü olarak uygulanmaktadır. Dahası farklı fiyat uygulamaları hızına erişilmez sanal mecralarda sıklıkla karşımıza çıkmaktadır.

Yasaklanan bir reklama ilişkin Kurul Kararı bilgisi ile örnekleyelim. Bir zincir marketin şikâyet edilmesi üzerine Kurul, facebook sanal market hesabında bir ürünün 7,50 TL, sanal market uygulamasında 10,75 TL'den satışa sunulduğunu tespit etmiş, tüketicileri yanıltıcı olduğuna hükmetmiş, eylemi 8 bentlik madde 7 hükmünün 5 bendine, fıkra ayrımı/vurgusu olmaksızın 13, 28, 29, 32. maddelere, kanununun 61 ve 62. maddelerine aykırı bulmuş, reklamları durdurma cezası vermiştir.²⁴ Anılan 7. maddenin manidar başlığı 'Doğruluk ve Dürüstlük'tür.

Yaşamın hızına en yakın gerçek 'edinilenlerin' 'paha'sıdır. Tüketici, kazancı ile karşılaştırılınca hemen her şeyi çoğu zaman pahalıya edinmektedir. Bu yüzden de her şeyden çok fiyata yoğunlaşmaktadır. Halbuki yukarıda saydığımız bütün ihtiyaçlarda hem nitelik hem içerik önem taşımaktadır. Fiyatın açıklığı/netliği, etiketin içerik olarak doğruluğunu ve tamlığını da gerektirir.²⁵ Dolayısıyla mallara dair bütün bilgilerin doğru/güvenilir biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Fiyat açıklığı/doğruluğu, tüketicinin, nesnel biçimde, tam anlamıyla bilgilendirilmesiyle güvence altına alınır/sağlanır.²⁶ Hemen her gün karşılaştığımız sorunlarla bu gereğin yerine gelip gelmediğini örneklemek iyi olur.

²⁴ **Reklam Kurulu, D. 2021/5108, T. No. 316, T. 14.12.2021.**

²⁵ FEZER / BÜSCHER / OBERGFELL / WENGLORZ, PAngV, Rn. 149.

²⁶ Ohly/Sosnitza/Sosnitza, Einführung, Rn. 17. Fiyat açık/net/doğru olmadığı takdirde, tüketici kıyaslanması zor fiyatlarla karşı karşıya kalır, bu da sağlıklı bir fiyat tasavvuru oluşturmaya engeldir, (KÖHLER / BORNKAMM / FEDDERSEN / KÖHLER, Vorbemerkungen, Rn. 5).

Kimi ürünlerde birden fazla etiketle karşılaşmaktadır.²⁷ (Aldığımız ürünlerde üst üste beş etiketi olanlar bulunduğunu söyleyelim.) Dayanıklı tüketim malları, kitaplar, giysiler tipik örneklerdendir. Bu durumlarda satıcılar ürünleri en alttakinden (etiketteki fiyat üzerine konan kârı da içerdiği üzere) daha düşük fiyata edinmişlerdir. Dürüstlük kuralı, basiret (en alttaki) bu tutarla satımı gerektirmektedir. Ancak vaka tüketicinin kolay kolay artmayan kazancı ile (en üstteki etikette yazan) en yüksek bedeli ödemesidir.

Değınilesi çarpıklıklardan biri ürünlerin, sonu 99 ile biten kuruşlar olarak belirlenen/düzenlenen fiyatlarıdır. Bu tür etiketlerle satıcı kendisini iki şekilde kayırmaktadır. Hem fiyatı düşük göstererek tüketiciyi şaşırtmakta/aldatmakta hem kuruşu vermemektedir. (Örneğin etikette yazan 49.99 TL, tüketiciye elli lira bile değil dedirtir, tüketici küçük düşünmez, ürünü satın alır. Ama satıcı 1 kuruşu geri vermez. Zincir marketlerin ortalama işlem hacmi düşünüldüğünde, tutarını tahmin edemeyeceğimiz kadar fazla/vergisiz kazanç demektir).²⁸

Satıcıların tüketicileri aldatma eylemlerinden bir başkası gramaj ile ilgilidir. Gramaj aldatmacaları bazen miktarı azaltılmış ürünün, büyük boy (miktarı daha fazla ikenki) ambalajda sunumuyla gerçekleşmektedir. Bu durumlarda hem ürünün fiyatı yükselmiş hem miktarı azalmıştır. Bazen de fiyat aynı kalmakta miktar önemli oranda azaltılmaktadır. Katmerli aldatmaca içeren bazı durumlarda da tüketici raftan indirimli ürün aldığını sanmakta, kasada, hatta çoğu zaman ödeme sonrası fişi incelediğinde (çünkü fatura şaşırtıcı derecede kabarık çıkmaktadır) indirim olmadığını fark etmektedir. Sorduğunda indiri-

²⁷ “Mağazadan satın alınan ürünün kırmızı etiketinde yer alan ilk peşin fiyatın 229.99 TL, indirimli taksitli fiyatın 221.90 TL, indirimli peşin fiyatın 199.99 TL olduğu, tüketici tarafından ürünün üzerindeki kırmızı etiket kaldırıldığında etiketin altında yazan taksitli fiyatın 188.8 TL, peşin fiyatın 169.95 TL olduğunun görülmüş, dolayısıyla inceleme konusu tanıtımların; ilgili kanun ve yönetmelik maddeleri hükümlerine aykırı olduğuna... reklamları durdurma ve 6.907 TL idari para cezaları verilmesine karar verilmiştir.” (Reklam Kurulu, D. 2019/12784, T. No. 302, T. 13.10.2020) “N1” barkotlu ürünün kırmızı etiketinde yer alan indirimden önceki peşin satış fiyatının 169,99 TL, indirimli satış fiyatının ise 119,99 TL olduğu, tüketici tarafından ürünün üzerindeki kırmızı etiket kaldırıldığında etiketin altında yazan indirimsiz satış fiyatının 119,99 TL şeklinde görülmüş; buna göre, kampanya kapsamında yapılan indirimlerin gerçek bir indirim olmaması nedeniyle, tüketiciler nezdinde olduğundan daha fazla indirim yapılmış algısı uyandırılarak tüketicilerin yanıltıldığına, dolayısıyla inceleme konusu tanıtımların... ilgili kanun ve yönetmelik maddeleri hükümlerine aykırı olduğuna... reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir.” (Reklam Kurulu, D. 2019/951, T. No. 316, T. 14.12.2021).

²⁸ Yine günlük yaşam gözlemi aktarımı: Kasadaki görevliler nakit ödenme ihtimaline binaen fiyatları yuvarlayarak söylemekte (50 TL) kartla ödeme durumunda etiketteki fiyatla (49.99 TL) işlem yapılmaktadır.

min aynı ürünün daha düşük gramajlı olanında yapıldığını öğrenmektedir. Üstelik etikette bunun yazılı olduğu söylenmektedir. Kimi zaman bu sözler doğrudur. Ama indirimli fiyat büyük, gramaj bilgisi okunamayacak kadar küçük punto ile yazılmaktadır.²⁹ Tüketici rafta duran 500 gr çayı rafta yazan 50 liraya aldığını düşünmektedir. Oysa 50 lira olan 250 gramlık ambalajdır.³⁰ Halbuki indirimli satış fiyatının “malın veya hizmetin indirim öncesi satış fiyatıyla birlikte **görülebilir ve okunabilir şekilde gösterilmesi zorunludur**” (Yönetmelik m.11 bent 2).³¹ Fiyat etiketi gizlenmemeli, güçlkle okunur olmamalı (baş hizasının yukarısında duran fiyat etiketi kolay okunamaz); fiyat, tüketici tarafından makul mesafeden anlaşılabilmeli, harflerin/rakamların boyutu/renği itibarıyla bilgiler açıklıkla/netlikle çıkarılmalıdır ki kolay anlaşılabilirlik sağlansın.³² Tüketicinin kolayca/rahatlıkla anlayıp, fiyat karşılaştırması yapabilmesine hizmet etmektir kanun koyucunun arzusu.³³

Gramajla ilgili bir başka aksaklık, dahası aldatmaca uygulamanın düzenlemeye yön verdiği örneklerdendir. Satıcılar **reklamlar**³⁴ aracılığıyla da tüketiciye seslendikleri ürünlerin etiket fiyatını ambalajda yazandan değil daha yüksek bir ağırlık fiyatı üzerinden yazmaktadır. Açıklayalım, örneğin (kararlara yansıyan işlemlerden verilerle) alınan ambalajlı ürün (erik) 160 gramken, ödenen para 250 gram bedelidir;³⁵ yağ 1,5 lt iken ödenen para 2 lt bedelidir. Halbuki: “Reklamlarda bir mal veya hizmete ilişkin fiyata veya fiyatın hesap-

²⁹ Etiket, iyi okunur tam anlaşılır olmalıdır, fiyat bileşenlerinin çok küçük yazılmış olması, verilerin gizlenmesiyle eşdeğerdir, (HARTE-BAVENDAMM / HENNING-BODEWIG / WEIDERT, PAngV § 2 Grundpreis, Rn. 32).

³⁰ Tüketicinin birim fiyat ve satış fiyatını bir bakışta algılaması/anlaması gerekir (ERBS / KOHLHAAS / HÄBERLE, PAngV § 2 Grundpreis, Rn. 7). Birim ve satış fiyatı arasında hiçbir veri (özellikle iki fiyat arasında ürün bilgisi) olmamalıdır, (FEZER / BÜSCHER / OBERGFELL / WENGLORZ, PAngV, Rn. 174).

³¹ Hükümle kastedilen herhangi bir fiyatın değil, doğru fiyatın gösterilmesidir, fiyat etiketi tek olur, müşterinin makul bir mesafeden güçlük çekmeden fiyatı görebilmesi gerekir (ERBS / KOHLHAAS/HÄBERLE, PAngV § 2 Grundpreis, Rn. 4).

³² FEZER / BÜSCHER / OBERGFELL / WENGLORZ, PAngV, Rn. 153, 155.

³³ FEZER / BÜSCHER / OBERGFELL / WENGLORZ, PAngV, Rn. 169.

³⁴ Hemen her zaman emir kipiyle hazırlanan; emirleri, gizlenmiş versiyonda böğürerek dile getiren; üstü örtülü biçimde elimizdeki nesnelere vazgeçmemiz, onları miadını doldurmuş olarak görüp bir kenara itmeyiz, dolayısıyla acımasız davranmamız, hâsılı **yok etme** çağrısında bulunan **reklamlar**, (BELEN, Herdem, Tüketicinin Korunması Kanunu Kimi/Neyi Korum?, Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları, 2020, s. 20). Kanun, reklam yoluyla tüketicinin manevi değerleriyle oynanmasını yasaklamaktadır hâlbuki (KÖKSAL, Mehmet, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul, 2020, s. 4).

³⁵ **Reklam Kurulu, D. 2021/2109, T. No. 311, T. 13.07.2021.**

lanma yöntemine yer verilmesi halinde, verilen fiyat bilgileri, reklamı yapılan mal veya hizmet ile ilgili olmalıdır. Fiyat hakkında eksik bilgi vermek veya anlam karışıklığına yol açmak suretiyle tüketiciler yanıltılamaz” (Reklam Yönetmeliği m.13 bent 1). Bir hüküm daha aktaralım: “Bir mal ya da hizmetin miktarı, fiyatı, fiyatının hesaplanma yöntemi hususlarında tüketicileri aldatan ya da aldatma ihtimali olan eylemler aldatıcı eylemlerdir” (Reklam Yönetmeliği m.29 bent 2).³⁶

Bir vakte kadar Reklam Kuruluna şikâyet edilen aksi uygulamaların (160 gramlık ürüne 250 gramlık ürün fiyatı istemenin) TKHK (m.61, 62) hükümlerine aykırı olmadığına karar verilmekteydi. Çünkü yukarıda tırnak içinde verdiğimiz yargılar, (**şaka gibi**) **01.04.2021** yürürlük tarihli Yönetmelik değişikliğiyle hükme bağlanmıştı(r). Bu tür uygulamalar dürüstlük kuralına (MK m.2), “basiretli iş adamı” gibi davranma yükümlülüğüne (TTK m.18 bent 2) aykırıdır; tüketicinin korunması ilkeleriyle bağdaşmaz. Ancak temel kanunlarda genel ilkelerden olmasına rağmen, başlığı “Doğruluk ve Dürüstlük” olan alt düzenlemede açık hüküm yok diye yaptırıma uğramaz/uğramamaktadır.³⁷

Gramajla ilgili en çarpıcı değişikliği sona saklamış olalım. En yaygın, neredeyse istisnasız aldatma eylemlerinden birisi tüketicilere ödetilen ambalaj bedelidir. Paketlerde (tatlılar), kese kâğıtlarında (kuruyemişler, baharatlar, kuru meyveler) satılan mallarda, hemen hiçbir zaman, hemen hiçbir yerde ambalajın gramajı düşülmemekte, hoş deyimiyle dara alınmamaktadır. Yaşadığımız örneklerden aktaralım, yarım kiloluk tatlı kutusu 70 gram, bir kiloluk tatlı kutusu 110 gramdır. Yahut 100, 150, 200 gram gibi miktarlarla alınan kuruyemişlerin bulunduğu kese kâğıtları en az 10 gramdır. Gramaj düşülmediğinde örneğin, yarım kilo tatlıda yaklaşık 13,60, bir kilo tatlıda yaklaşık 21 TL

³⁶ Satış fiyatının, birim fiyatına oranla öne çıkarılması yükümlülüğü yoktur, çünkü çifte fiyatın yer aldığı bu etiketlendirmede bir fiyat sınıflandırması söz konusu değildir, tüketici iki fiyatı aynı anda/birlikte algılayabilmelidir, (HARTE-BAVENDAMM / HENNING-BODEWIG / WEIDERT, PAngV § 2 Grundpreis, Rn. 10-11).

³⁷ Andığımız değişiklikler Ticari Reklam ve Haksız Ticaret Uygulamaları Yönetmeliği’nde yapılmıştır. Reklam Kurulu, 2021 yılında, 1 Nisan’dan önceki başvuruların bir kısmında yönetmelik hükümlerine aykırılık bulunmadığı yönünde, 1 Nisan’dan sonraki başvurularda yönetmelik hükümlerine aykırılık bulunduğu saptamasıyla kararlar vermiştir. İlginçtir 1 Nisan’dan önce yayınlanan bazı reklamlarda da aykırılık bulunmuştur. Kararlarda tüketici aleyhine fark 3 gramla 90 gram arasında, 15 ml ile 500 ml arasında değişmektedir. Tekrar edelim: Tüketiciden 160 gram erik için, 250 gram parası alınmış, 1,5 litrelik yağ için 2 litre parası alınmıştır. Anılan değişiklik 31384 sayılı, 03.02.2021 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmış, nedendir bilinmez 01.04.2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

fazla para ödenebilmektedir. Her biri ayrı kese kâğıdına konan kuruyemişler alındığında ödenen fazla parayı hesap ediniz. 18 Şubat (2022) tarihli değişiklikle yönetmeliğe eklenen tanımlardan bir tanesi ‘net miktar’dır. Aktaralım: Ambalajlı malın, ambalaj malzemesi ve mal ile birlikte ambalajlanan diğer malzemeler hariç miktarını ifade eder (m.4 bent n). Hepimiz/bütün tüketiciler için umut edelim ki bundan böyle satın alacağımız bütün ambalajlı mallarda dara alınsın.

III. İndirimli Fiyatlar/Etiketler

Fiyat/etiket irdellemelerinde “indirim” düzenlemelerine ve uygulamalarına da değinmek gerekir. Aksak uygulama örneği anıp ardından bazı hükümleri aktararak değerlendirmelere geçelim.

İndirim sözcüğünün herkesin karşısına çıktığı yerlerin başında marketler gelmektedir. Marketlerde istisnasız her gün promosyonlar, indirimler yapılmaktadır. Bu tür ürünler belirli yerlerde sergilenmektedir. Anılan ürünler bazen normalden farklı renkte etiketlerle satışa sunulmaktadır. Ancak tüketici kasaya gittiğinde barkoddan normal fiyat okunmaktadır. Bu tür sıkıntılar abartısız her hafta en az bir kez yaşanmaktadır. Tersine örnek metin yazarlarınca bir kere bile yaşanmamıştır. Açıklayalım: Aldığımız herhangi bir ürünün kasadaki fiyatı raftakinden düşük çıkmamıştır. (Metni okuyanların bu tür örnekler yaşadığını umut ederiz!)

Kanun hükmü uyarınca “indirimli satışa konu edilen mal veya hizmetlerin indirimli satış fiyatı, indirimden önceki fiyatı, tarife ve fiyat listeleri ile etiketlerinde gösterilir. İndirimli satışa konu edilen mal veya hizmetlerin indirimden önceki fiyattan daha düşük fiyatla satışa sunulduğunun ispatı satıcıya aittir” (TKHK m.54 bent 3).³⁸ Etiket Yönetmeliğinin çeşitli/son hükümler bölüm başlığındaki (18.02.2022’den önceki) düzenlemesinde, kanun hükmünün iki tümcesi aynen tekrar edilip izleyen tek tümcede “yapılan indirimin miktarı

³⁸ “Şikâyet edilen firmaya ait “3’lü Kupa Bardağı” adlı ürüne ilişkin fiyat etiketi üzerinde yapılan tanımlarda indirimden önceki satış fiyatı 162,48 TL olan bahsi geçen ürünün %50+%20 indirimli olarak 64,99 TL peşin satış fiyatı ile tüketicilere sunulduğu; ancak şikâyet edilen firma tarafından, indirimden önceki satış fiyatının ispatlanamadığı; kampanya kapsamında yapılan indirimlerin gerçek bir indirim olmaması nedeniyle, tüketiciler nezdinde olduğundan daha fazla indirim yapılmış algısı uyandırılarak tüketicilerin yanıltıldığı değerlendirilmiş olup... ilgili kanun ve yönetmelik maddeleri hükümlerine aykırı olduğuna... reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir.” (Reklam Kurulu, D. 2019/1945, T. No. 305, T. 12.01.2021).

veya oranı hesaplanırken indirimli satış fiyatından bir önceki satış fiyatı esas alınır” denmişti (m.11/I). Kanımızca “bir önceki satış fiyatı” ibaresi kanun yapma tekniği açısından doğru bir ifade değildir. Sözü öze göre (gai) yorumlarsak, indirim yüzdeleri normal fiyat asıl alınarak belirlenmelidir.³⁹ Çünkü hükmün amacı indirimli fiyatı indirimsizden ayırmaktır. Oysa tüketicide yanılsama yaratmak/tüketiciyi aldatmak için kullanılmaktadır. Beklenen, ürüne bir kere, sözcüğün anlamını ortaya koyacak, anlamın içeriğini dolduracak oranda indirim yapılmasıdır.

Yönetmelik hükmü değişikliği öncesinde, özellikle tekstil ürünlerinde birden fazla kere, tüketicinin bir türlü hesaplayamadığı fiyatlarla indirimde gidilmekteydi. Son fiyat değil ilk ya da en yüksek fiyat esas alınmaktaydı. 200 TL’ye satışa sunulan (ilk fiyatı 200 TL olan) bir üründe ilk olarak %25 indirim yapıldığını düşünelim.⁴⁰ Ürünün fiyatı artık 150 TL’dir. Aynı üründe daha sonra (ikinci olarak) yapılacak %20’lik indirimde asıl alınacak fiyat 150 TL’dir. Böylece ürünün fiyatı 120 TL olmalıdır. Oysa %20’lik indirim de ilk fiyat olan 200 TL üzerinden uygulanmakta, ürün 180 TL’ye satılmaktaydı. Bu yöntemle yüksek oranda indirim yapıldığı izlenimi uyandırılmakta, fakat tam tersi olmaktaydı. 60 TL (ekonomik açıdan zayıf) tüketicinin cebinde kalmalırken (uygulanması basiretle bağdaşmaz) satıcının cebine girmektedir.

Değişiklik öncesindeki alışverişlerden birinde aldığımız tekstil ürününde üst üste üç etiket, toplamda dokuz ayrı fiyat bulunmaktadır. İlk etikette 2, ikinci etikette 3, üçüncü etikette 4 fiyat yazılıdır. Ürünün 69.99 TL ile başlayan serüveni, tüketicinin ödediği 34,99 TL ile sona ermiştir. Ödenen bedelin yazdığı, en üstteki kırmızı etikette yıldız içinde 5 yazmaktadır. Belli ki ödenen beşinci/indirimli fiyattır.

İlgili hüküm (m.11/1) değişmiştir. Artık: “... İndirimden önceki satış fiyatının tespitinde indirimin uygulandığı tarihten önceki otuz gün içinde uygulanan en düşük fiyat esas alınır. Meyve ve sebze gibi çabuk bozulabilen mallara ilişkin etiketlerde indirim miktarı veya oranı hesaplanırken indirimli fiyattan bir önceki fiyat esas alınır.”

³⁹ Anılan yorum türü hakkında bkz. OĞUZMAN / BARLAS, s. 67; SEROZAN, Rona, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1997, s. 81-82; AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya, Medeni Hukuk, İstanbul, 2020, s. 70; BELEN / KÖKSAL, s. 35; DURAL / SARI, s. 130, 131.

⁴⁰ İndirimlerde sadece % oranı bildirim (örneğin, kasada %20 indirim) yeterli değildir, indirimli fiyatın tam olarak açıklanması gerekir, (MüKo / ERNST, PANGV Grundvorschriften, Rn. 26).

Yeni hükümde meyve, sebze gibi çabuk bozulabilen mallarla diğerleri ayrımı yapılmaya çalışılmıştır. Ancak hüküm iyi kaleme alınmamıştır. İkinci tümce, meyve, sebze ve çabuk bozulabilen mallar hakkındadır. Söz, meyve ve sebze gibi çabuk bozulabilen mallar şeklindedir.⁴¹ Meyve, sebzede indirimli fiyatın nasıl belirleneceği sorusunun yanıtı açıkça yoktur. Alman Hukukundaki gibi çabuk bozulabilen veya raf ömrü kısa⁴² mallar şeklindeki bir başlangıç, içerikteki her şeyi daha doğru, ilk okuyuşta kapsam belirlenebilecek şekilde anlatırdı.

Sözdeki aksaklığı bir yana bırakıp değerlendirmelerimize geçelim. Bu hükmün amacı gerçekten fiyatta indirim olup olmadığını saptamak/anlamaktır. Bu ihtiyacın temelinde hükmün gerekçesinde de açıkça ortaya konan tüketicinin aldatılmasının önüne geçmek yatmaktadır. Başka pek çok yasal düzenlemede olduğu gibi yanlış aksak uygulamalar dolayısıyla kanuna eklenmiş bir hükümdür. Uygulamada tüketici aldatılmakta, amiyane deyim ile kazıklanmakta, öyle ki bu durum tüketicilerde infial yaratmakta, ardından yasalarda bu aksaklıkların düzeltilmesine yönelik hükümler getirilmektedir. Satıcılar dolambaçlı yollarla tüketiciyi aldatmaktadır. Kanun hükümleri açıklık ve sadelikle kaleme alınmalı, böylece aldatılmanın önüne geçilmelidir. Oysa incelediğimiz hükmü anlamak hayli güçtür.⁴³

Hükmün sözüne gelince. İkinci tümceden başlamak kolay anlaşılmayı sağlayacaktır. İndirim yapılan ürün meyve, sebze ve bunlara benzer çabuk bozulabilen mallardansa indirim miktarı ve oranı bir önceki fiyat esas alınarak belirlenecektir. İfade sanki bir önceki fiyat tüketicinin lehineymiş gibi anlaşılmaktadır. Oysa meyve, sebzenin fiyatı sürekli artmaktadır. İndirimin hesaplanacağı bir önceki fiyatın vurgulanmasının ne demek olduğunu anlamak güçtür. Önceki fiyat indirimli ise sonradan yapılacak indirim tüketici lehine, önceki fiyat daha yüksek ise tüketici aleyhine bir durum oluşacaktır. Fakat ürünlerin fiyatlarının sürekli arttığını, çoğu zaman indirim olmadığını düşündüğümüzde bu durum tüketici aleyhine sonuç doğuracaktır.

Gelelim diğer ürünlere: Sıklıkla tüketilen ve çabuk bozulmayan mallardan bakliyat, makarna, (sabun, deterjan, tuvalet kâğıdı gibi) temizlik malze-

⁴¹ Süt ürünleri de çabuk bozulur, bu yönüyle meyve ve sebze gibidir, ama başka açıdan iki kategori birbirine (hiç) benzemez.

⁴² PAngV § 11, 4 (2)'de "schnell verderbliche Waren oder Waren mit kurzer Haltbarkeit" şeklinde nitelenmiştir.

⁴³ Alman Hukukunda etiket zorunluluğunun bulunmadığı durumlar/ürünler için bkz. PAngV § 4, (3), 1-8.

meleri, (giyim, ev tekstili gibi) tekstil ürünleri bu kapsamdadır. Günümüzde giysiler ve ev tekstili ürünlerinin edinilme sıklığı beslenme ve temizlik malzemeleriyle yarışır duruma gelmiştir(!) Dolayısıyla örnek verdiğimiz kategorilerin hepsinde tüketicinin aynı biçimde korunması olmazsa olmazdır. Biz yine de çok tüketilen şeylerin, dayanıklı gıda maddeleri ve temizlik ürünleri olduğu kabulü ile açıklamalarımızı yapalım. Kanun koyucu, indirim tarihinden önceki otuz gün içinde uygulanan en düşük fiyattan indirim yapılacağını söyleyerek tüketiciyi korumayı arzu etmiş olsa gerektir.⁴⁴ Ancak son aylarda bu tür ürünlerin fiyatları neredeyse gün aşırı değişmektedir. Değişim hızını şöyle örnekleyelim, normal koşullarda etiketler market/mağaza kapanış saatinden sonra değiştirilir. Oysa son zamanlarda gün içinde alışverişler devam ederken etiket değiştirme uygulamaları başlamıştır. Deyim yerindeyse bazen tüketici yeni etiket yapıştırılmadan eski fiyattan mal alma yarışına girmektedir. Bu demektir ki otuz günlük süre belirlemesince yapılan indirimlerle tüketicinin korunmasından/korunduğundan söz etmek güçtür.

Örnekleym. Bahse konu ürünün fiyatının son otuz gün içerisinde altı kez değiştiğini düşünelim. Market/mağaza sahibi altı fiyatın hepsini tek tek fiyat etiketinde gösterecek midir? Tüketici alışveriş yaparken altı farklı fiyatı kontrol edip, “evet en düşük fiyattan indirim gidilmiş” diyebilecek midir? Öte yandan etikette altı fiyattan sadece en düşük olanın yer alması durumunda, tüketici etikette yazanın en düşük fiyat olduğundan nasıl emin olacaktır! (İstikrarlı ekonomilerde, 30 yıl boyunca bugünkü değerle satış fiyatı 40 cent olan çikolata malumumuzdur!) Bir başka açıdan bakalım: Tüketicinin aldığı ürünler (örneğin bakliyat) belli mevsimlerde üretilip paketlenmektedir. Fiyatının bir kere belirlenmesi satışın o fiyattan yapılması gerekmektedir. Bu durumda tüketicinin korunma ihtiyacı doğmayabilecektir. Ne var ki ürün tüketicisiyle buluşana kadar fiyatlar sürekli artmaktadır.

Kanunda indirimin etikette gösterilişi ve kanıtı düzenlenmiştir (m.54). Hemen uygulama örneği ile irdeleyelim. İndirimler bazen ürünlerin indirimsiz olanlardan başka yerlerde, bazen başka renkte etiketle sunumu yoluyla uygu-

⁴⁴ İndirimin uygulandığı tarihten önceki otuz gün içinde uygulanan en düşük (bir tür **Referans fiyat** belirlemesine ilişkin hüküm Alman Hukuku düzenlemelerinde de bulunmaktadır (PANGV § 11, 1). Konu hakkındaki çarpıcı yorumla “28.5.2022”de yürürlüğe girecek düzenlemede, referans fiyatın asıl alınmasına ilişkin hükmün alelacele kaleme alınmasının nedeni, Amerika menşeli, Kara Cuma diye bilinen satış geyiğindeki fiyat ve fiyat bildirimini cambazlığımıza karşı önlem almaktır”, (MüKo / HEERMANN / SCHLINGLOFF, Einleitung, Rn. 10-11).

lanmaktadır.⁴⁵ Başka yerde sunumda bazen birden fazla indirimli ürün birlikte, bazen indirimsiz ürünler indirimlilerin yanında satılmaktadır. Bu durumlarda tüketici ihtiyacı olmayan indirimli ürünü de, bazen fark edemeyerek indirimsiz ürünü de alabilmektedir. İki durumda da satıcı amacına ulaşmaktadır. Ama tüketici fazla para ödemiş, gereksiz şeyler almış olmaktadır. Düşündüğünden/hesapladığından fazla para ödeyen tüketici fişi/faturayı incelediğinde indirimli sandığı ürünün fiyatının indirimsiz olduğunu fark etmektedir. Kimi zaman her şeyi göze alıp ürünü iade etmek istemektedir. Alırken saniyeler süren işlem iptalde dakikalar almaktadır. Çoğu zaman kasadaki çalışan işlemi bilmemektedir. Yetkili kişiler yakınlarda bulunmamaktadır. Uzayan işlem kasada sıra bekleyen diğer tüketicilerin söylenmesine yol açmaktadır. Aynı konumda bulunanlar öfkeyi yanlış yerde sergilemektedir!

Etiket Yönetmeliği hükmü ile değerlendireceğimiz başka bir örnek, fiyatın belirlenmesine dairdir. Yaygın uygulamada indirim miktarı ve oranı, bir önceki satış fiyatından değil ürünün ilk/en yüksek fiyatından hesaplanmaktadır. Yönetmelik (m.11/1) hükmü açıktır, yorum gerektirmemektedir. İndirim, malın son fiyatı üzerinden yapılır/yapılmalıdır. Fakat tüketicinin bir türlü hesaplayamadığı tutarlardadır. Bu yöntemle yüksek oranda indirim yapıldığı izlenimi uyandırılmaktadır. Hâlbuki hükümler çifte dolanılmaktadır!

Aksak uygulamalardaki düşündürücü bir başka yön üst üste indirimin anlaşılmayan mantığıdır. Her yeni indirim tüketicide bir önceki alımda (günlük yaşam doğru nitelemesini yazmak kaçınılmazdır) kazıklandığı haklı düşüncesi yaratmaktadır. En basit çıkarım: En sonuncu indirimdir, diğerleri değildir. (Meğer ki indirim bir yerde bitsin.) İlk fiyattan daha aşağı olmaları gerçeği değiştirmez.

Ayrıntılı hüküm getirilen yönetmelikte kavram tanımlanmıştır: “İndirimli satış, mevsim değişimleri, mal stoklarının eritilmesi, işletmenin açılması, kapanması, devredilmesi, tasfiyesi, işyeri adresi veya faaliyet konusu değişikliği

⁴⁵ Farklı renkte etiketini kolaylık bir yana kafa karıştırıp, tüketiciyi şaşkına çevirdiği uygulamalarla karşılaşmaktadır. Reklam Kurulunun değerlendirdiği bir uygulamada internette satış yapan sitede şöyle bir açıklama bulunmaktadır: “Fırsat Ürünü etiketi, kampanya dönemlerinde indirmeye giren ürünleri, kampanyaya dâhil olmayan ürünlerden ayırtırmak için eklenen yeşil, mor, kırmızı renkli etiketlerdir. Ürünün belli bir zaman aralığı içindeki en düşük fiyatından daha da düşmesi durumunda yer alır. Etiket rengi ve yıldız sayısı; indirimin büyüklüğünü temsil eder. Yeşilden kırmızıya, indirim oranları katlanarak artar. Bu sayede müşterilerimiz kampanyanın en iyi fiyatlarını kolayca bulabilir.” (Anlaşırlık irdelemesi için okuyucunun takdirine sunarız!) İlgili karar için bkz. (Reklam Kurulu, D. 2022/333, T. No. 318, T. 08.02.2022).

ve benzeri nedenlerle indirim yapıldığını gösteren bir ibare ile gerçekleştirilen satışı ifade eder” (m.4 bent d). Örnekleyici sayılan sebepler irdelendiğinde satıcının durup dururken indirim yapmadığı/yapmayacağı yargısına varılmaktadır. Ancak bu konuda da yaşam gerçeği teoriden farklıdır. Hükümdeki sıralama ile örnekleyelim.

Sıklıkla karşılaşılan “kapatıyoruz”,⁴⁶ “zararına satışlar”, “stokları boşaltıyoruz”,⁴⁷ “tasfiye nedeniyle indirim” gibi sloganlar bu hükmün uygulama örneklerindedir. Durumun kötüye kullanılmasını engellemek isteyen kanun koyucu satıcıların bu nedenlerle yapacağı indirimli satışların süresini üç ay, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre tasfiye durumunda ise altı ay süre ile sınırlandırmıştır (Yönetmelik m.11/3).

Mevsim değişimleri: İlkbahar/yaz sezonu ürünleri eskiden mevsim aylarında sergilenirken şimdi sonbahar/kış sezonu ortasında boy göstermeye başlamaktadır. İlkbaharın ilk ayında indirim sezonu açılmaktadır. Yahut kış sezonu indirimleri yaz ortasına kadar devam etmektedir. Küresel ısınma sonrası uzayan/kısalan ayrımı yapılamayan mevsimler dolayısıyla satıcı haklıdır da denebilir.

Mal stoklarının eritilmesi: Mağazaların vitrinlerinde çok karşılaşılan bu duyuru bazen bir yılı bulan süreler boyunca durmaktadır. Marketlerde stoklarla sınırlı uyarısı ile duyurusu yapılan indirimli ürünler bazen tüketici markete var(a)madan bitmekte iken bazen indirim aylarca sürmektedir. Bu tür uygulamalar iki olasılıkta da gerçek anlamda indirim olmadığını göstermektedir.

⁴⁶ “İşletmenin dış cephe tanıtımlarında yer alan “Kapatıyoruz”, “Her şeyde Etiketin Yarısı”, “Büyük İndirim” ibareli reklamlarda indirimli satışın başlangıç ve bitiş tarihleri ile indirimli olarak satışa sunulan ürünlerin miktarına ilişkin bilgilere yer verilmediği kampanya kapsamında hangi tarihler arasında kaç adet ürün satışının gerçekleştirildiği ve firma tarafından satışı yapılan ürünlerin etiket fiyatının yarısından satıldığını kanıtlayacak nitelikte yeterli bilgi ve belgenin gönderilmediği, anılan reklamda yer alan ifadelerin gerçeği yansıtmadığı ve tüketicileri yanıltıcı nitelikte olduğu (görölmüş), tüm bu durumların yönetmelik, kanun hükümlerine aykırı olduğuna... reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir,” (Reklam Kurulu, D. 2019/2748, T. No. 297, T. 12.05.2020). Benzer kararlar için bkz. Reklam Kurulu, D. 2012/1016, T. No. 206, T. 13.11.2012; Reklam Kurulu, D. 2016/197, T. No. 253, T. 11.10.2016.

⁴⁷ “Fiyat Etiketleri Yönetmeliği”nin; “İndirimli satışlar” başlıklı 11’inci maddesi hükmüne rağmen; mağaza vitrinlerinin dışında yer alan büyük boy afişlerde “BOŞALTIYORUZ” ibaresine yer verildiği, ortalama bir tüketici tarafından “BOŞALTIYORUZ” kelimesinin mağazanın tasfiyesine yönelik anlaşılacağı ve fakat uzun zamandır mağazanın tasfiye edilmediği; bu vesileyle tüketicilerin yanıltıldığı ve mağazaya yönlendirilmeye çalışılması suretiyle diğer benzer firmalar açısından haksız rekabete neden olduğu anlaşılabilir olup... ilgili kanun ve yönetmelik maddeleri hükümlerine aykırı olduğuna... reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir,” (Reklam Kurulu, D. 2016/3231, T. No. 256, T. 10.01.2017).

İşletmenin açılması, kapanması, devredilmesi, tasfiyesi: Açılırken tanıtım, kapanırken/tasfiye edilirken eldekini tüketme, devredilirken belki ürün yelpazesi değişikliği gibi nedenlerle indirim yapılabilir. “Kapatıyoruz, uzağa taşınıp başka iş yapacağız” diyen esnafın, arka sokakta aynı şeyler satan dükkân açması yaşanmış örnektir.⁴⁸

İşyeri adresi veya faaliyet konusu değişikliği: Satıcının iş yeri adresinin değişeceğini ve yeni gideceği yere elindeki malları götürmeyeceğini söyleyerek elinde kalan tüm malları indirimli fiyattan ya da sözde indirimli fiyattan satması örnek verilebilir. Yine faaliyet konusunu değiştirmek isteyen satıcı elindekileri çıkarmak ister.

Benzeri nedenler: Kimi zaman alınan ürünlerin süresi geçmiş, kimi zaman son tüketim tarihine kısa süre kalmış olmaktadır. Bu tür durumlarda son tüketim tarihine bakıldığında neden indirim yapıldığı anlaşılmaktadır. Bir kere süresi geçmiş ürünlerin kesinlikle raflardan kaldırılması gerekir. Kullanım/tüketim süresi az kalmış ürünlerin ise bozulmamış olması gerekir. İki konuda da çoğu zaman tersi yaşanmaktadır. Tam bu aşamada marketlerdeki bir uygulamayı anlamadan geçmek olmaz. Büyük marketlerde meyve sebze reyonunun yakınında ürün etiketlerinde “olgunlaşmış” yazılarak yarı fiyatına satışlar yapılmaktadır. Tırnak içindeki sözcük bozulmuş, çürümüş, ezilmiş, kokmuş, kararmış hâsılı satılması değil atılması gereken ürünlere normal fiyatın yarısının istenmesi örneğidir. Olması gereken, küçük/tek marketlerdeki gibi üzerinde 50 Kuruş, 1 TL yazan etiketlerle satılmasıdır. Çoğu zaman olduğu gibi büyükler (zincirler) tüketiciyi aldatmakta, küçükler zayıf durumdakilere omuz vermektedir.⁴⁹

Ne demek istediğimizi çarpıcı örneklerden birisini anarak açıklayalım. Tekrar edelim yılın her mevsimi yaşamı kuşatan indirimler herkesin malı-

⁴⁸ Firmaya ait broşürlerde yer alan “Kapatıyoruz, ürünlerimiz 3/1 fiyatına” başlıklı reklamlarda “kapatıyoruz” şeklinde ifadeler yer almasına rağmen, mağazanın kapanmayıp faaliyetlerine halen devam ettiği, ürünler için indirim miktarı veya oranlarına yer verilmediği, ayrıca indirim döneminin bitiş tarihinin de belirtilmediği reklamların tüketicileri yanıltıcı ve mevzuata aykırı nitelikte olduğu; bu durumun... ilgili kanun ve yönetmelik maddeleri hükümlerine aykırı olduğuna... reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir,” (Reklam Kurulu, D. 2012/56, T. No. 199, T. 10.4.2012).

⁴⁹ İbretlik örnekler de verelim: Zincir marketlerden birisi, bu tür ürünleri mağazasının önündeki çöp varillerine atmakta, çaresiz bazı insanlar yiyecekleri çöpten toplamaktadır. Yüksek fiyata satılan ürünlerde son tüketim tarihinden önce indirim yapılmayıp, tarih geçince hepsi çöpe atılmaktadır. Kahve satılan zincir kafelerden birinde, satışa sunulan pastalar, 48 saat sonra, deforme edilerek çöpe atılmaktadır.

mudur. Ancak çoğu zaman indirim oranları belirli/kesin değildir. İlk aldatmaca burada başlar. İndirim %30/40/50 değildir. %30'a/40'a/50'ye varan orandadır. En dikkate alınmayacak, en önemsiz, değersiz, ucuza mal edilen ürünlerde indirim %30'a/40'a/50'ye varır. Diğer ürünlerde değişiklik yoktur. Tüketici içeri girmişken, indirimsiz ürünlerden de alır, pazarlananlar onlardır çünkü. Sonra eskiden %50, %75 indirimler varken, şimdi indirim %50, kasada bir de (%50 indirimli fiyat üzerinden) %25 diye yapılır.⁵⁰ Eski uygulamada, %75 indirimde 100 TL'lik ürüne 25 TL ödenirken, yeni uygulamada 37,5 TL ödenmektedir. Eskiyle karşılaştırıldığında, insan emeği ucuzlamış, ürünler çok daha düşük maliyetlerle üretilmişken/üretilmekteyken ödenen bedel daha yüksektir.

Bir başka indirim aldatmacası örneği verelim. Covid-19 salgını ile birlikte internetten satışlar çıkış gibi büyümüştür. Firmalar dükkân kirası ve diğer giderlerden kurtulmuş olarak görece ucuz fiyata hep indirimli ürünler satmaktadır. Ama aslında gerçek anlamda indirim yoktur.⁵¹ Eski uygulamayı anıp anımsayarak açıklayalım. (Sahi, eskiden iki sezon vardı: İlkbahar-Yaz, Sonbahar-Kış!) Mağazalarda sezon başında ürünlerde tek bir etiket vardır. Daha önce ayrıntılı örneklediğimiz bir uygulamayı analım, indirim yapıldığında önceki etiketin üzerine bazen farklı renkte yeni fiyat yazılmaktadır. Üst üste indirimlerde yapıştirilmiş etiketler kaldırıldıkça önceki fiyatlar, en altta da ilk fiyat görülmektedir. (Tekrar edelim satıcı alış fiyatının üzerine kârını koyup ilk fiyatı belirlemiştir.)

Gelelim internet uygulamalarına: Web sayfalarında yapay zekâ ile yaratılmış mankenler üzerindeki giysiler, fiyatları ile sergilenmektedir. Kasım ayı indirimleri duyurusuyla tüketicilere çağrı yapılmaktadır. Hepimiz biliyoruz, her yerde izleniyor, dinleniyoruz. Konuştuğumuz konularla ilgili ürünler, telefonlardan reklamlarla sürekli karşımıza çıkıyor. 500 TL'lik ürünü Kasım (%20) indirimi ile 400 TL'ye alıyoruz. Bu arada indirimler bitiyor. Aralık ayında ürünün fiyatı 700 TL'ye yükseliyor. 2 Ocakta yeni (%30) indirim baş-

⁵⁰ Olağanüstü fiyatlarda kasada %20 indirim şeklindeki sunum, son fiyatın etikette gösterilmesi gereğiyle de kolay(lıkla) anlaşılabilirlikle de bağdaşmaz, (FEZER / BÜSCHER / OBERGFELL / WENGLORZ, PAngV, Rn. 153).

⁵¹ Verdiğimiz örneğin yanında insafı kaldığı bir uygulama örneği aktaralım: "... Tablet" isimli ürün, 23.01.2019'da 51,95 TL fiyat etiketi ile 24.01.2019'da ise 59,50 TL fiyat üzerinden "%25 İndirim" ibaresi ile satışa sunulmakta, ürünün fiyatı yükseltilip (ardından) indirim yapılarak tüketiciler aldatılmakta, bu nedenle reklamları durdurma ve idari para cezasına hükmedilmektedir, (Reklam Kurulu, D. 2019/4619, T. No. 290, T. 12.11.2019).

lıyor. Ürünü 490 TL'ye alabiliyoruz. (İzleyen indirim sebebi/vesilesi 14 Şubat için örneğin devamını hayal gücünüze bırakıyoruz.)

Bir başka örnek de etiketın yanlış basılması ya da etiketın değiştirilmesinin gözden kaçırılmasıdır. Bu tür durumlarda tüketicinin itirazları hiçbir şekilde kabul edilmemektedir.⁵² Etiketın değiştirilmesinin unutulması tüketiciyi ilgilendirmez/bağlamaz. Etiket üzerindeki fiyat geçerlidir. Malın satış fiyatı ile kasa fiyatı arasında fark varsa tüketici lehine olan fiyat uygulanır (m.10/1). Bu hüküm kanun (m.54 bent 2) hükmünün tekrarıdır.

Sonuç

İnceleme konusuna ilişkin (hem Türk Hukuku hem Alman Hukuku) düzenlemeler(i), deyim yerindeyse, tüketicilerin korunmasını sağlayacak içeriklere ilişkin dileklerden ibarettir. Çalışmada, bilimsel görüşler, dileklerin gerçekleşip gerçekleşmediği sorusunun yanıtını sunan örneklerle ortaya konmaya çalışılmıştır. İki hukuk sisteminde de yeni yürürlüğe giren, henüz yürürlüğe girmemiş düzenlemeler de bulunması hasebiyle, söylenecek sözler bitmemiştir/çoktur. Sonraki çalışmalarda kaldığımız yerden söze devam etmeyi umuyoruz.

⁵² “Outlet mağazasında 23.11.2018 tarihinde ürünün etiketinde “peşin 43,19 TL, taksitli 49,99 TL” şeklinde fiyat bilgisi yer aldığı, tüketici ürünü satın almak için kasaya gittiğinde peşin fiyatın 49,99 TL, taksitli fiyatın ise 53,19 TL olduğu, etiketın yanlış basıldığıın belirtildiği, ancak tüketicinin aynı mağaza içerisinde birden çok üründe benzer nitelikte hatalı fiyat etiketlerinin olduğunu belirtmesi üzerine “makine basmıyor, ben 49,99 TL diyorsam olay bitmiştir” şeklinde kaba bir üslupla tüketiciye cevap verildiği, böylece fiyat konusunda anlam karışıklığına yol açmak suretiyle tüketicilerin eksik bilgilendirildiği, daha uygun/ucuz satış fiyatı sunulduğu algısı yaratarak tüketicilerin ürünü almasına teşvik edildiği, bu durumun tüketicileri yanıltıcı nitelikte olduğu ve dürüst rekabet ilkelerine aykırılık teşkil ettiği, ayrıca olayda satış fiyatı ile kasa fiyatı arasında çıkan fark sebebiyle tüketicinin lehine olan fiyatın uygulanması gerektiği halde uygulanmadığı, uygulamanın her halükârda mevzuata aykırılık teşkil ettiği, inceleme konusu tanıtımların... ilgili kanun ve yönetmelik hükümlerine aykırı olduğuna... reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir,” (Reklam Kurulu, D. 2018/7301, T. No. 286, T. 12.07.2019).

Kaynakça

- AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2020.
- AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya, Medeni Hukuk, İstanbul, 2020.
- BELEN, Herdem / KÖKSAL, Mehmet, Medeni Hukukun Temek Kavramları, Şema Kitap, İstanbul, 2020.
- BELEN, Herdem, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh), İstanbul, 2014.
- BELEN, Herdem, Tüketicinin Korunması Kanunu Kimi/Neyi Korur, Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları, İstanbul, 2020.
- DURAL, Mustafa / SARI, Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2021.
- ERBS / KOHLHAAS / HÄBERLE, 239. EL Dezember, 2021.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021.
- FEZER / BÜSCHER / OBERGFELL, Lauterkeitsrecht: UWG, 2016.
- HARTE-BAVENDAMM / HENNING-BODEWIG / WEIDERT, UWG, 2021.
- KÖHLER / BORNKAMM / FEDDERSEN, UWG, 2022.
- KÖKSAL, Mehmet, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul, 2020.
- MÜNCHENER KOMMENTAR zum Lauterkeitsrecht, 2022.
- NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2021.
- OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul, 2021.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul, 2021.
- OHLY / SOSNITZA, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2016.
- SEROZAN, Rona, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1997.
- VÖLKER, Stefan, Preisangabenrecht, Recht der Preisangaben und Preiswerbung, München, 2002.
- ZIPFEL / RATHKE, LebensmittelR/Rathke, 180. EL Juli 2021.

Yönetim Kuruluna Karşı Açılan Sorumluluk Davasının Zamanaşımı Başlangıcına İlişkin Sorunların İsviçre Borçlar Kanunu Madde 760'ın Yeni Düzenlemesi Işığında Değerlendirilmesi(*)

Review of the Issues with Regards to the Start of Prescription Period in the Responsibility Cases Against the Board Members in the Light of the New Regulation of Swiss Code of Obligations Article 760

*Birgül SOPACI ÖZTUNA(**)*

Öz:

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davasının zamanaşımı süresinin dolup dolmadığının tespiti, hiç kuşkusuz zamanaşımının hangi anda işlemeye başladığı sorusuyla ilişkilidir. Sorumluluk davasının zamanaşımı süresinin hangi anda işlemeye başlayacağı TTK m.560 hükmünde düzenlenmiştir. Maddeye göre, iki yıllık zamanaşımı süresi “davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten”; beş yıllık zamanaşımı süresi ise “zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren” işlemeye başlar. Uygulamada sorumluluk davasına konu fiil veya zarar devam eden, gelişen nitelik gösterdiği durumlarda zamanaşımı definin ileri sürülmesi haksız ve adil olmayan bir sonuç doğurmaktadır. Çünkü sorumluluk talebi yöneltilen davalı yönetici, TTK m.560'a istinaden ya iki yıllık sürenin “öğrenme tarihinden” ya da beş yıllık sürenin “fiilin meydana geldiği tarihten” başladığı ve zamanaşımı süresinin dolduğu savunmasını yapmaktadır. Oysa devam eden fiil veya zarar sona ermedikçe, zarar olgusu tam ve kesin olarak gerçekleşmemiştir. Bu yüzden devam eden fiil veya zararlara ilişkin sorumluluk davasında zamanaşımı savunması, davacı şirket, pay sahibi veya iflas halinde alacaklıların dava hakkının kaybına, sorumlu yöneticilerin sorumluluktan kurtulmasına sebep olmaktadır. Bu çalışmanın amacı, yöneticilere karşı açılmış sorumluluk davalarında, TTK m.560'deki zamanaşımının başlangıcına dair sorunları, özellikle devam eden fiil ve zararlar bakımından zamanaşımının başlangıcı sorununu, kaynak OR Art.760'ın yeni düzenlemesi ışığında inceleyerek, çözüm ortaya koymaktır.

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale geliş tarihi: 22.03.2022 - Makale kabul tarihi: 13.06.2022.

(**) Doç. Dr., Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku,

E-posta: bsopaci@marmara.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-6880-9565>.

Anahtar Kelimeler:

Anonim Şirket, Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, Sorumluluk Davası, Devam Eden Zarar, Zamanaşımının Başlangıcı.

Abstract:

In order to decide whether the prescription period for the responsibility cases against the board members of a joint stock company has elapsed, one must determine the start of the period. Article 560 of the TCC sets forth the start of prescription period for responsibility cases. According to the article, the period of two years starts running as of “the date when the claimant learns the damage and the responsible person”, the five years period starts running as of the “the day when the action causing the damage has occurred”. In practice, the defense of prescription period in cases, where the action and the damage subject to the responsibility case continues or evolves, results in unfair consequences. Since the director defends the elapse of the prescription period in two years as of the acknowledgement date or five years as of the occurrence date of the action in compliance with article 560 of the TCC. However, the damage does not occur totally or precisely unless the ongoing action or damage ceases. Thus, the prescription defense in responsibility cases regarding the ongoing actions or damages results in loss of right for claimant company, shareholders, or creditors in case of bankruptcy while releasing the directors of responsibility. The aim of this study is to examine the issues and propose solutions with regards to the start of the prescription period in responsibility cases against the directors especially for the cases of ongoing damages or actions with regards to the new regulation of article 760 of the Swiss Code of Obligations.

Keywords:

Joint Stock Company, Responsibility of the Members of the Board, Responsibility Cases, Ongoing Damage, Start of the Prescription Period.

Giriş

Kanun koyucu, Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.553’de, “*Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zardan sorumludurlar.*” demek suretiyle genel bir sorumluluk hükmü getirmiştir. TTK m.369’a göre de “*Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.*” Esasen, özen ve bağlılık yükümünü içeren TTK’nın m.369/1 hükmü, vekilin özen ve sadakat yükümlülüğünün öngörüldüğü Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 506. maddesinin 2. fıkrasındaki özen yükümlülüğünün daha geniş şekilde ve anonim şirketlere özgü hukuki sorumluluk sistemine “tedbirli yönetici” kriterini getiren bir yansımasıdır. Yöneticilerin TTK

m.369'daki özen yükümlülüğü, TBK m.506 düzenlemesine nazaran özel ve öncelikle uygulanması gereken bir hükümdür. Ayrıca TTK'da m.549 ile m.554 hükümleri arasında özel sorumluluk halleri, TTK m.193'te yapısal değişiklik ile ilgili sorumluluk düzenlenmiştir. Tüm bu sorumluluk hallerine istinaden anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilere karşı açılacak sorumluluk davasında zamanaşımı süresinin dolup dolmadığının tespiti, hiç kuşkusuz zamanaşımının hangi anda işlemeye başladığı sorusuyla ilişkilidir. Sorumluluk davasının zamanaşımı TTK m.560 hükmünde düzenlenmiştir. Zamanaşımının hangi anda işlemeye başlayacağı da bu hükümde belirlenmiştir. Maddede iki yıllık zamanaşımı süresi “davacının zararı ve sorumlu-yu öğrendiği tarihten”, beş yıllık zamanaşımı süresi ise “zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren” işlemeye başlar.

Uygulamada yönetim kurulu üyelerine karşı açılan sorumluluk davasına konu fiil veya zarar devam eden, gelişen nitelik gösterdiği durumlarda zamanaşımı definin ileri sürülmesi haksız ve adil olmayan bir sonuç doğurmaktadır. Çünkü sorumluluk talebi yöneltilen davalı yönetici TTK m.560'a istinaden ya iki yıllık sürenin “öğrenme tarihinden” ya da beş yıllık sürenin “fiilin meydana geldiği tarihten” başladığı ve zamanaşımı süresinin dolduğu savunmasını yapmaktadırlar. Oysa devam eden fiil veya zarar sona ermedikçe, zarar olgusu tam ve kesin olarak gerçekleşmemiştir. Bu yüzden devam eden fiil veya zararlara ilişkin sorumluluk davasında zamanaşımı savunması, davacı şirket, pay sahibi veya iflas halinde alacaklıların dava hakkının kaybına, sorumlu yöneticilerin sorumluluktan kurtulmasına sebep olmaktadır. Sorumluluk hukuku yönünden uygun olmayan bu durum, literatürde haksız fiilden doğan sorumluluğun zamanaşımı süresini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesi bakımından değerlendirilmiştir.¹

Bu çalışmanın amacı, yöneticilere karşı açılmış kusurlu eylemin veya zararın devam ettiği olayları konu alan sorumluluk davalarında TTK'nın 560. maddesindeki zamanaşımının başlangıcını, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İBK) 760. maddesinin (OR Art.760) yeni düzenlemesi ışığında değerlendirerek çözüm ortaya koymaktır. TTK m.560 hükmü, TTK m.644/1'deki atıf uyarınca limited şirketlerde ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 98. maddesindeki atıf gereği kooperatiflerde de uygulama alanı bulur. Ancak bu çalışmada yöne-

¹ Bkz. TOPUZ, Murat, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Zamanaşımının İşlemeye Başlaması İçin Gerekli Koşullardan Olan “Zararın Öğrenilmesi” Olgusu (TBK m.72), Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 157, Eylül 2019, s. 1774-1782.

tici sorumluluğu sebebiyle açılacak davanın zamanaşımı süresi, sadece anonim şirket bakımından inceleme konusu yapılmıştır.

Çalışmamızda, öncelikle TTK'daki düzenlemenin uygulama alanı, daha sonra zamanaşımının başlangıcına dair sorunlar ortaya konularak, özellikle devam eden zararlar bakımından zamanaşımının başlangıcı sorunu ve kaynak İBK m.760'ın yeni düzenlemesi incelenmiştir.

I. Sorumluluk Davasının Zamanaşımı Süresini Düzenleyen TTK m.560 Hükümü ve Uygulama Alanı

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davasının zamanaşımını düzenleyen 560. maddesine göre, “*Sorumlu olanlara karşı tazminat isteme hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her halde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki, bu fiil cezayı gerektirip, Türk Ceza Kanunu’na göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanır.*”

Sorumluluk davasına ilişkin olarak, TTK m.560'ta zararın ve sorumlunun öğrenilmesinden itibaren iki yıllık ve her halde zarar doğuran fiilin meydana gelmesinden itibaren beş yıllık zamanaşımı süreleri ile sorumluluk doğuran fiilin TCK'ya göre daha uzun zamanaşımına tabi bir suç oluşturması halinde, ceza zamanaşımı süresi olmak üzere üç çeşit zamanaşımı süresi öngörülmüştür. PULAŞLI, m.558'de ibrada olumsuz oy kullanan pay sahiplerinin dava hakları için öngörülen altı aylık zamanaşımı süresini de dahil etmek suretiyle - TTK m.560'daki sürelerle beraber- sorumluluk davası için dört grup zamanaşımı süresi bulunduğunu, ifade etmektedir.²

Doktrinde iki yıllık zamanaşımı süresi için “nispi/kısa/asgari/tabana zamanaşımı” kavramları, beş yıllık zamanaşımı için “mutlak/uzun/azami/tavan zamanaşımı” tabirleri kullanılmaktadır.³ Fiilin suç teşkil etmesi halinde uy-

² PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. IV, 4. Bası, Ankara, 2022, § 60, No. 91-92d, s. 2855.

³ Eren, Şerhi'nde TBK m.72 hükmündeki 2 yıllık zamanaşımı süresi için subjektif zamanaşımı süresi, 10 yıllık zamanaşımı süresi için objektif zamanaşımı süresi deyimlerini de kullanmıştır. Bkz. EREN, Fikret / DÖNMEZ, Uysal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. II, m.49-82, Ankara, 2022, m.72, No. 4, s. 1711; Oğuzman/Öz, normal süre ve istisnai süre tabirlerini de kullanmaktadır. OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 16. Bası, İstanbul, 2021, No. 215, s. 77; Bkz. STUDER, Christoph D., Kommentar zu den schweizerischen

gulanacak TCK'daki zamanaşımı hakkında ise, “uzamış/uzatılmış/olağanüstü zamanaşımı” deyimleri kullanıldığı görülmektedir.⁴ Bu çalışmada yer yer azami ve asgari zamanaşımı süresi tabiri ile kaynak İsviçre Hukuku'nda kullanılan “Mutlak Zamanaşımı” (*Absolute Verjährung*) ve “Nispi Zamanaşımı” (*Relative Verjährung*) deyimleri kullanılmıştır.

6102 sayılı TTK'da kanun koyucu ETTK'ya nazaran farklı, fakat kaynak İBK'da benimsenmiş sisteme uygun şekilde, anonim şirkette hukuki sorumluluğu ayrı bir bölümde (2. Kitap 11. Bölüm) ve toplu şekilde düzenlemiştir. Bu sistem çerçevesinde “Zamanaşımı” başlığı altında yer alan TTK m.560 hükmü, yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davasının davacıları arasında bir ayırım yapmayarak aynı zamanaşımı süresine tabi kılarak, 6762 sayılı mülga Ticaret Kanunu (ETTK) dönemindeki tartışmaya son vermiştir. Çünkü ETTK'da, “Ortakların ve Alacaklıların Tazminat Talebi” başlığını taşıyan 340. maddede,⁵ yönetim kurulu üyelerinin pay sahipleri ve alacaklılara karşı sorumluluğu hakkında, kurucuların sorumluluğu ve zamanaşımı süresini düzenleyen ETTK m.309⁶ hükmüne atıf bulunuyordu. Buna karşılık “Şirket Namına Açılacak Dava” başlığını taşıyan m.341'de⁷ ise, şirketin yöneticilere

Haftpflichtbestimmungen, 2016, s. 1041-1051; ÖZBOYACI, Alper, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin TTK 560 Uyarınca Uzamış Zamanaşımına Göre Sorumlu Tutulması, SÜHFD, C. 29, S. 2, 2021, s. 1041, 1042.

⁴ EREN / DÖNMEZ, Şerh II, m.72, No. 4, s. 1711; OĞUZMAN / ÖZ, Genel Hükümler, Cilt II, No. 230, 231 s. 81; SEROZAN, Rona / ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, K. Emre / DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat (Çelik, Nazlı Hilal), İstanbul Şerhi - Türk Borçlar Kanunu, İstanbul, 2018, No. 18, s. 542.

⁵ **ETTK Madde 340** - 336 ve 337'nci maddelerin hükümleri gereğince idare meclisi azalarına yükletilen mesuliyet hakkında 309'uncu madde hükmü de tatbik olunur.

⁶ **ETTK Madde 309/4** - Mesul olan kimselere karşı tazminat istemek hakkı davacının zararı ve mesul olan kimseyi öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her halde zararı doğuran fiilin vukuu tarihinden itibaren beş yıl geçmekle müruruzamana uğrar. Şu kadar ki; bu fiil cezayı müstelzim olup Ceza Kanununa göre müddeti daha uzun müruruzamana tabi bulunuyorsa tazminat davasına da o müruruzamana tatbik olunur.

⁷ **ETTK Madde 341** - Umumi heyet; idare meclisi azaları aleyhine dava açılmasına karar verirse yahut dava açılmamasına karar verilip de esas sermayenin en az onda birini temsil eden pay sahipleri dava açılması reyinde bulunursa, şirket, bu karar veya talep tarihinden itibaren bir ay içinde dava açmaya mecburdur. Bu müddet geçirilmesiyle dava hakkı düşmez. Murakıpların ve alacaklıların vekilinin mesuliyeti hakkındaki hükümler mahfuzdur. Şirket namına dava açmak, murakıplara aittir. Ancak azlığın reyiyile dava açılması halinde, azlık, murakıplar dışında bir vekil tayin edebilir. Dava açılması reyinde bulunan pay sahipleri hisse senetlerini şirketin zarar ve ziyanına karşı teminat olarak davanın sonuna kadar merhun kalmak üzere muteber bir bankaya yatırmaya mecburdurlar. Davanın reddi halinde pay sahipleri yalnız şirkete karşı tazminat ile mükelleftirler.

karşı açacağı tazminat davası ayrı olarak düzenlenmişti. Ancak ne zamanaşımı süresi hakkında bir hüküm, ne de 309. maddeye atıf yer alıyordu. Buradan hareketle doktrinde bazı yazarlar, şirket tarafından yöneticilere açılacak sorumluluk davasının 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu (EBK) m.126/4⁸ uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu görüşündeydiler.⁹ Bu görüşün aksine, doktrinde ve Yargıtay'da şirketin tazminat davasının da ETTK m.309'daki iki yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu görüşü hakimdi.¹⁰

6102 sayılı Ticaret Kanunu, bir taraftan 553. maddede yönetim kurulu üyelerinin şirkete, pay sahiplerine ve şirketin iflası halinde şirket alacaklılarına karşı sorumluluklarını genel olarak düzenlemiş; diğer taraftan tüm davacıların talebini aynı zamanaşımı süresine tabi kılan özel bir düzenleme olan 560. madde hükmünü ihdas etmiştir.

Yürürlükten kaldırılan EBK m.126/4'ün yerine getirilen TBK m.147/4 hükmünde de “*Bir ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki; bir ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacaklar*” için beş yıllık zamanaşımı uygulanacağı yazılıdır. Bu durumda, TBK m.147/4'teki zamanaşımı süresinin yöneticilere karşı sorumluluk davalarında uygulanıp uygulanmayacağı belirlenmelidir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, anonim şirkete ilişkin özel hüküm niteliğindeki TTK m.560'daki zamanaşımı süresinin, TBK m.147/4'e göre öncelikle uygulanması gerekir. Dolayısıyla şirketin yönetim kurulu üyelerine karşı açacağı dava için de kanaatimizce, TTK m.560'daki zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Ayrıca TTK m.560'da tazmi-

⁸ **ETBK m.126/4** - Ticari olsun olmasın bir şirket akdine dayanan ve ortaklar arasında veya şirketle ortaklar arasında açılmış bulunan bütün davalar ile bir şirketin müdürleri, temsilcileri, murakıplarıyla şirket veya ortaklar arasındaki davalar; vekalet akdinden, komisyon akdinden, acentalık mukavelesinden, ticari tellallık ücreti davası hariç, tellallık akdinden doğan bütün davalar; müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan bütün davalar.

⁹ Bkz. ANSAY, Tuğrul, Çağdaş Anonim Şirketin Hukuki Sorunları ve Türk Anonim Şirketleri, Ankara, 1971, s. 131; POROY, Reha (TEKİNALP, Ünal / TEKİNALP, Gülören), Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu, İÜHFİM, 1981, C. 45, S. 1-4, s. 366.

¹⁰ ETTK döneminde sorumluluk davasının zamanaşımı hakkında bkz. ÇAMOĞLU, Ersin, Anonim Şirket İdare Meclisi Üyelerine Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarında Zamanaşımı, Batıder 1965, C. III, s. 266-279; TÜRK, Hikmet Sami, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı ve Başlangıcı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI, Ankara 1989, s. 1-52; POROY (TEKİNALP / TEKİNALP), Organların Sorumluluğu, s. 366.

nat talep eden davacılar arasında bir ayırım yapılmamış olduğunu da gözden kaçırmamak gerekir. EBK m.126/4 hükmünün, TBK 147/4'te korunmuş olması, bu açıdan bir tereddüt yaratmaz. Çünkü TTK m.560'daki zamaşaşımı, yöneticilerin hukuki sorumluluğuna ilişkin özel hüküm niteliğinde olduğundan, TBK m.147/4 hükmüne göre öncelikle uygulanmalıdır. Ancak ortakların birbirlerine karşı ve şirkete karşı açacakları davalara ilişkin zamaşaşımı süresi, TBK m.560 hükmünde düzenlenmemiştir. Dolayısıyla TBK m.147/4'deki beş yıllık zamaşaşımı süresi, anonim şirket pay sahiplerinin birbirlerine veya şirkete karşı açacakları davalar bakımından uygulama alanı bulacaktır.

Nitekim ÇAMOĞLU eserinde, TTK m.560 hükmünde öngörülen zamaşaşımı ile TBK m.147/4 hükmündeki zamaşaşımı sürelerinin uygulanma alanlarını belirleme zorunluluğu doğduğunu, 560. maddenin özel hüküm olduğu ve TBK 147/4 hükmü ile örtüştüğü durumda TTK m.560'ın uygulanacağı, TBK 147/4'ün ancak TTK 560. madde kapsamı dışında kalan hallerde uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir.¹¹

TTK m.560 hükmünün mehzazını, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İBK) 760. maddesinin revizyon öncesi metni oluşturmaktadır. 2020 yılında İBK'da revizyon gerçekleşmiş ve İBK m.760 hükmü de değişikliğe uğramıştır. Bu husus aşağıda ayrıca incelenecektir.

II. TTK m.560'daki Zamaşaşımı Süreleri ve Başlangıç Anı

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davalarında zamaşaşımı bakımından Alman, İtalyan ve Fransız Hukuku'nda, İsviçre Hukuku'na göre daha kısa zamaşaşımı süreleri öngörülmüştür. Almanya (AktG § 93/6) ve İtalya'da (CC 2049) beş yıllık, İsviçre'de ise beş ve on yıllık süre (İBK Art.760) getirilmiştir.

TTK m.560, tazminle yükümlü olan sorumlulara karşı talep hakkının, TTK m.553'de sayılan davacıların zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki yılda ve her halde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yılda zamaşaşımına uğrayacağını, ancak fiil cezayı gerektirip, Türk Ceza Kanunu'na göre daha uzun dava zamaşaşımına tabiyse, tazminat davasına da bu zamaşaşımının uygulanacağını öngörmektedir. Hükme göre, yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davalarında üç ayrı za-

¹¹ ÇAMOĞLU, Ersin (POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal), Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, İstanbul, 2021, No. 612b, s. 451.

manaşımı süresi¹² öngörülmüştür: İki yıllık zamanaşımı süresi, beş yıllık zamanaşımı süresi ve ceza davası zamanaşımı süresi. Aşağıda bu zamanaşımı süreleri ve başlangıç anları tespit edilmiştir.

A. İki Yıllık Zamanaşımı Süresi

Sorumluluk davalarına konu olan tazminat taleplerinin ileri sürülmesi için, sorumluluğun unsurlarının, diğer bir deyişle, hukuka aykırı fiilin (eylem, işlem, ihmal), zararın, kusurun ve nedensellik bağının tespit edilebilmesi gerekir. Bu dört unsurdan kusurun kimin tarafından ispatlanacağı tartışma konusudur.¹³

Sorumluluk davası, ortaklık ve diğer hak sahipleri açısından da, haklarında sorumluluk davası açılacak olan yöneticiler açısından da kritik bir önem taşımaktadır. Ortaklık, pay sahipleri ve alacaklılar açısından, zararın bir an önce giderilmesinde yarar vardır. Yönetici açısından ise, yöneticinin faaliyetini elverişli şekilde sürdürmesi yönünden, önceki yönetim dönemi konusunda yöneticiye bir sorumluluk davasının yöneltilip yöneltilmeyeceğinin belirlilik kazanması gerekir. Bu itibarla Kanun koyucu, TTK m.560 hükmünde kısa zamanaşımı hükmünü getirirken, genel hükümlere (TBK m.72) koşut olarak “zararın ve failin öğrenilmesini” ölçü olarak benimsemiş ve hak sahibinin bu iki unsuru birden bildiği andan itibaren iki yıl gibi kısa bir süre içinde dava açmasını öngörmüştür.

Şirketin, pay sahiplerinin veya şirketin iflası halinde iflas idaresi veya alacaklıların, yönetim kurulu üyelerine karşı açacakları sorumluluk davasının iki yıllık zamanaşımı süresi, “*davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten*” itibaren işlemeye başlar.¹⁴ İki yıllık zamanaşımı süresi literatürde kısa, asgari, nispi zamanaşımı olarak da isimlendirilmektedir. İki yıllık zama-

¹² *Pulaşlı*, TTK m.558’deki zamanaşımı süresini dördüncü zamanaşımı süresi olarak görmektedir. Bkz. PULAŞLI, Şerh IV, § 60, No. 91-92d, s. 2855.

¹³ Kusurun ispatı hakkında detaylı bilgi için bkz. PULAŞLI, Şerh IV, § 63, No. 5-17, s. 2934-2939; PULAŞLI, Genel Esaslar, § 31, No. 74-87, s. 654-662; ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP) Ortaklıklar I, No. 590, s. 432; ŞENER, Oruç, Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 15. Bası, Ankara, 2022, s. 422; BOZKURT, Tamer, Şirketler Hukuku, 14. Bası, Ankara, 2020, s. 500-502.

¹⁴ ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP), Ortaklıklar I, No. 612-612e, s. 450-453; PULAŞLI, Şerh IV, § 60, No. 92, s. 2855; ŞENER, s. 430; EREN / DÖNMEZ, Şerh II, m.72, No. 6, s. 1712-1715; OĞUZMAN / ÖZ, C. II, No. 216, s. 217-224, s. 77-80; EREN, Genel Hükümler, § 34, No. 2583-2588, s. 947-949.

naşımının işlemeye başlaması için, her ikisinin birden hem zararın, hem de bu zarardan sorumlu olanların öğrenilmesi gerekir. Sadece zararın ya da sadece sorumluların öğrenilmesi halinde zamanaşımı işlemez.

B. Beş Yıllık Zamanaşımı Süresi

TTK m.560'da, zararın ve sorumluların öğrenilmemiş olması ihtimalinde, yöneticilerin belirsiz bir süre boyunca sorumluluk davasına muhatap olmaları uygun görülmediği için, sorumluluk talep hakkının kullanılabilmesi için azami bir beş yıllık süre öngörülmüştür. Beş yıllık zamanaşımı süresi için uzun/ mutlak/ azami zamanaşımı deyimleri de kullanılmaktadır. Beş yıllık zamanaşımı süresi, zarar veren **filin meydana geldiği tarihten itibaren** işlemeye başlar.¹⁵

Burada beş yıllık zamanaşımı süresi dolmak üzereyken, davacının zararı ve sorumluları öğrendiği ihtimalde, öğrenme anından itibaren iki yıllık bir zamanaşımı süresinin işlemeye başlayıp başlamayacağı sorusu akla gelmektedir. Bu soruya olumlu cevap verildiğinde, davacı örneğin, 5 yılın dolmasına 6 ay kala öğrendiğinde, ilaveten iki yıllık bir süre daha kazanmış olacaktır. Ancak kanaatimizce, TTK m.560 hükmünün açık ifadesi dolayısıyla, kanun koyucunun iradesini aşarak zamanaşımı süresinin yorum yoluyla uzatılması mümkün değildir. Bu yüzden fiilin meydana geldiği tarihten itibaren beş yıl dolmadan sorumluluk davasının açılması gerekir.¹⁶

Doktrinde ÇAMOĞLU, örneğin dördüncü yılda zarar ve sorumlular öğrenilmişse, bu andan itibaren iki yıllık zamanaşımı süresinin işlemeyeceği, davanın fiilin meydana geldiği tarihten itibaren beş yıl geçmeden davanın açılması gerektiği, beş yıllık sürenin tavan süre olduğu ve yorum yoluyla uzatılmasına imkan olmadığı fikrindedir.¹⁷ Gerçekten de, somut bir sorumluluk davasında, sadece kısa zamanaşımı süresine bakılmaz. Aynı anda hem kısa hem de uzun zamanaşımı süresinin dolmamış olması gerekir. Somut olarak kısa zamanaşımının dolmadığı ancak zararın meydana gelmesinden itibaren

¹⁵ ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP), Ortaklıklar I, No. 612f, s. 454; ŞENER, s. 430; EREN / DÖNMEZ, Şerh II, m.72, No. 15-20, s. 1720-1724; OĞUZMAN / ÖZ, C. II, No. 225-229, s. 80, 81; EREN, Genel Hükümler, § 34, No. 2589-2594, s. 950, 951.

¹⁶ Zararın mutlak zamanaşımı süresi dolduktan sonra ortaya çıkması halinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bedensel zararlara ilişkin olarak asbest mağdurları için verdiği kararın İBK Art.760 açısından anonim şirketler hukukunda uygulanıp uygulanamayacağı sorusuna Studer olumsuz yanıt vermektedir. Bkz. STUDER, Art.760 OR, Rn. 11, s. 1044.

¹⁷ ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP), Ortaklıklar I, No. 612f, s. 454.

beş yılın geçtiği durumlarda, artık hak sahibinin tazminat istemi, zamanaşımına uğramış demektir. Buna karşılık zararın meydana gelmesinden itibaren henüz beş yılın geçmediği, fakat hem failin hem de zararın öğrenildiği tarihten itibaren iki yılın geçmesi, yine tazminat isteminin zamanaşımına uğramasına ve eksik borç haline gelmesine yol açar.

TTK m.560'a göre, fiilin meydana geldiği tarihten itibaren beş yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması bakımından bir diğer sorun da, fiilin mütemadiyen devam ediyor olması halinde ne olacaktır. Doktrinde devam eden fiilin sona erdiği andan itibaren beş yıllık sürenin işlemeye başlayacağı ifade edilmektedir.¹⁸ Bu konu aşağıda incelenmiştir.

C. Ceza Davası Zamanaşımı Süresi

Zarara yol açan fiil, TCK uyarınca suç teşkil ediyorsa ve TTK m.560'da belirlenmiş zamanaşımı sürelerinden daha uzun bir zamanaşımına tabi kılınmışsa, ceza davası zamanaşımı süresi, hukuki sorumluluk davası için de uygulanır.¹⁹

Uzamış zamanaşımı,²⁰ uzatılmış zamanaşımı süresi, olağanüstü zamanaşımı süresi isimleriyle de anılan ceza davası zamanaşımı süresi, sadece beş yıllık uzun zamanaşımı süresi için mi öngörülmüştür? Yoksa hem iki hem beş yıllık zamanaşımı süresi bakımından da uygulanabilir mi? Kanaatimizce, maddenin metnine göre, zamanaşımı süreleri arasında bir ayırım yapılmadan, fiilin suç teşkil etmesi ve daha uzun bir ceza davası zamanaşımı süresine sahip olması yeterlidir. Bu yüzden ceza davası zamanaşımı, hem iki yıllık kısa zamanaşımı süresi, hem de beş yıllık uzun zamanaşımı süresi bakımından uygulama alanı bulur.²¹ Açık bir anlatımla, ceza zamanaşımının uygulanabildiği durumlarda, fiil veya ihmalin gerçekleşmesinden itibaren ceza zamanaşımı süresince hukuki sorumluluk davasının açılması mümkündür.²²

¹⁸ AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul, 2016, s. 460.

¹⁹ EREN / DÖNMEZ, Şerh II, m.72 No. 21-27 s. 1724-1729; EREN, Genel Hükümler, s. 943. *"Aynı fiil bazen, hem sorumluluğu gerektiren hem de ceza kanunlarına göre cezayı gerektiren bir fiil olabilir. Bu fiile göre Ceza Kanununun daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörüldüğü hallerde, tazminat davasının daha önce zamanaşımına uğraması tutarlı bir çözüm oluşturmaz"*; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 01.12.2020 tarihli, 2018/17-157 E., 2020/981 K. sayılı kararı, bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 10.03.2022.

²⁰ ÖZBOYACI, s. 1045-1073.

²¹ Ceza davası zamanaşımının uygulanması şartları hakkında bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Ankara, 2021, s. 616-627; ÖZBOYACI, s. 1043.

²² STUDER, Art.760 OR, Rn. 9, s. 1043.

ÇAMOĞLU'na göre, uzun ceza zamaşımı süresinden faydalanmak için, ceza yargılamasında verilen hükmün kesinleşmesi gerekir. Ceza soruşturması veya davası devam ediyorsa hukuk hakimi bu konuyu bekletici mesele yapmalıdır.²³

Buna karşılık TEKİNALP, fiilin cezayı gerektirip gerektirmediğine ticaret hakiminin karar vereceği görüşündedir.²⁴ Doktrinde hakim görüş, fail hakkında kesin hüküm aramamakta, hatta soruşturma açılmamış bile olsa, fiilin suç teşkil edip etmediği konusunda hukuk hakiminin kanaat getirmesini yeterli görmektedir.²⁵ Böylelikle, hukuk hakimi, somut olayda suçun unsurlarının bulunmadığını kendi başına değerlendirecek ve bu konuda suçun unsurlarının bulunduğu kanaatine varırsa, ceza zamaşımını uygulayacaktır; hatta öğretilerde kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın dahi hukuk hakimini bağlamadığı kaydedilmektedir.²⁶

OĞUZMAN/ÖZ, TBK m.72/2 bakımından ceza zamaşımı süresinin devreye girebilmesi için yaptığı değerlendirmede fiilin suç teşkil etmesinin yeterli olduğu, takibat yapılmamasının önem taşımadığını, ancak ceza mahkemesinin fiilin suç teşkil etmediğine karar verdiğinde, artık hukuk mahkemelerinde ceza davası zamaşımının dikkate alınamayacağını; ceza mahkemesi fiilin suç teşkil edip etmediği konusunda bir karar vermemişse, tazminat davasına bakan hakimin Ceza Hukuku kurallarına göre tayin edeceğini; ceza davasında mahkumiyet kararı verilmişse tazminat davasının ceza zamaşımına tabi olacağını, ifade etmektedir.²⁷

Yargıtay, 23. Hukuk Dairesi, 12.06.2013 tarihli kararında; ceza zamaşımı süresi içinde açılan tazminat davası bakımından, zimmet ve görevi kötüye kullanma sebebiyle ağır ceza mahkemesinde açılan davanın kesinleşmesinin beklenmesi gerektiğine karar vermiştir.²⁸

²³ ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP), Ortaklıklar I, No. 613, s. 454, 455; PULAŞLI, Şerh IV, § 60, No. 92c.

²⁴ TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2020, s. 475.

²⁵ Bu konudaki tahliller için özellikle bkz. GÜNEŞ, Derya Belgin, Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri, İstanbul, 2019, s. 272. Ayrıca bkz. EREN / DÖNMEZ, Şerh II, Genel Hükümler, m.72, No. 21-28, s. 1724-1730; YENERER ÇAKMUT, Özlem, Türk Borçlar Kanunu m.72 ve m.74 Bakımından Ceza Hukukunda Ceza Sorumluluğunun Esası ve Dava Zamaşımı Kavramlarına Kısa Bir Bakış, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, C. II, İstanbul, 2012, s. 35; SEROZAN / ÖZ / ACAR / GÖKYAYLA / DEVELİOĞLU (ÇELİK), s. 548-549.

²⁶ ALTIN, Hayrünisa, Haksız Fiillere Ceza Kanunlarındaki Zamaşımının Uygulanması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 69, 2020/1, s. 6.

²⁷ OĞUZMAN / ÖZ, C. II, No. 232, s. 82.

²⁸ Yargıtay, 23. Hukuk Dairesi, E. 2013/2631, K. 2013/4013, T. 12.6.2013: "Somut olayda, mahkemece, davacı kooperatifin 1998 tarihli ek sözleşmeden 7.7.2002 tarihli olağan genel kurulda haberdar olması sebebiyle 2 yıllık zamaşımı süresinin zarar gören tüzel kişiler bakımından

III. Zamanaşımı Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorular

İki ve beş yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç anını belirleyen “zararın ve sorumluların öğrenilmesi” ve “fiilin meydana geldiği tarih” kavramlarıyla ilişkili olarak uygulamada çeşitli sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu sorunlar arasında, şirketin zararının tazmini talebinde kimin zararı ve sorumluyu öğrenmiş olması gerektiği; birden fazla sorumlu bulunması halinde sorumlulardan birinin öğrenilmesinin tüm sorumlular için zamanaşımını başlatmaya yetip yetmeyeceği; özellikle devam eden fiil ve zararlarda zamanaşımının ne zaman başlayacağı, soruları ön planda yer almaktadır. Bu sorular aşağıda sırasıyla değerlendirilmiştir.

A. Şirket Zararının Tazminine Yönelik Davanın Zamanaşımı Süresinin Başlaması İçin Kimin Öğrenmesinin Dikkate Alınacağı Sorunu

TTK m.560’da zararı ve sorumluları öğrenmesi gerekenin “davacı” olduğu yazılıdır. Sorumluluk davasında davacıların kim olacağı²⁹ TTK m.553/1’ in ifadesinden anlaşılmaktadır. Zira TTK m.553’de, yönetim kurulunun ve yöneticilerin şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumlu oldukları düzenlenmiştir. Şu halde sorumluluk davasında şir-

dava açmaya yetkili organ olan genel kurulun eylemi ve faili öğrendiği bu tarihten itibaren başlatılması doğru ise de, davalı F.P. hakkında zimmet ve görevi kötüye kullanma suçlarından yargılanması için Alanya 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2007/44 E. sayılı dosyasında dava açıldığı, ceza mahkemesince, 8.10.2012 tarihinde davalı F.P.’in zimmet suçundan beraatine, atılı görevi kötüye kullanma suçunun ise zamanaşımı sebebiyle düşürülmesine karar verildiği, davacı vekilinin beyanına göre dosyanın temyiz edilmekle Yargıtay’da olduğu ve henüz kesinleşmediği anlaşılmıştır. Davalı F. P. hakkında ceza yargılamasına konu zimmet suçunu oluşturan eylemlerle işbu davaya konu eylemler aynı olup, zimmet suçu şikayete bağlı suçlardan olmadığından, bu suça dair ceza zamanaşımı süresi içinde tazminat davası açılmasının mümkün olduğunu ve davanın zimmet suçunun işlendiği 1998 yılında başlayan ceza zamanaşımı süresi içerisinde açıldığını gözden kaçıran mahkemenin zamanaşımı süresinin geçtiği yönündeki gerekçesinde isabet bulunmamaktadır. Öte yandan, 818 Sayılı B.K.nın 53. maddesi ve Yargıtay’ın istikrar kazanmış içtihatlarına göre, hukuk hakimisi gerek ceza hakiminin belirlediği kusur oranı ve gerekse delil yetersizliğine dayalı beraat kararıyla bağlı değil ise de, sanığın isnat edilen eylemi işlemediğinin kesin olarak tespiti olgusuna dayalı beraat kararı ile o eylemin hukuka aykırılığını ve failini belirleyen mahkumiyet kararının bu yönleriyle bağlıdır. Mahkemece, anılan madde hükmü koşulları üzerinde durulması, beraat kararının delil yetersizliğine dayalı olup olmadığına belirlenmesi, mahkumiyet kararı verilmesi yönünde bir bozma olasılığı sebebiyle Alanya 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2007/44 E. 2012/178 K. sayılı dosyasının kesinleşmesi beklenip, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu yönden de eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.” www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 14.03.2022).

²⁹ Sorumluluk davasının davacıları hakkında detaylı bilgi için bkz. PULAŞLI, Şerh IV, § 63, No. 70-97, s. 2972-2985.

ket, pay sahipleri ve şirket alacaklıları davacı olabilirler. Sorumluluk davasını kim açıyorsa, onun “zararı ve sorumluları” öğrenmesi gerekeceği de aşikardır. Ancak pay sahibi, iflas idaresi veya şirket alacaklısı, dolayısıyla zarar kapsamında şirket zararı için sorumluluk davası açmışsa, “zararı ve sorumluyu” şirketin mi, yoksa davacı sıfatını taşıyanların mı öğrenmiş olması aranacaktır? Bu soru, şirketin öğrenmesinin dikkate alınacağı şeklinde cevaplandırıldığı takdirde, bu kez de şirketin hangi yetkili organı öğrenmiş olmalıdır, sorusunu da içinde barındırmaktadır.

ÇAMOĞLU, asli dava hakkının şirkete ait olduğunu, şirketin zararı için davacı olan pay sahibi veya alacaklının değil, şirketin dava açmaya yetkili organın öğrenmesinden itibaren iki yıllık sürenin işlemeye başlayacağı görüşündedir. Yazar, şirket adına sorumluluk davası açma yetkisini genel kurula veren ETTK 341. madde, yeni TTK’ya alınmadığı için, yasa koyucunun sorumluluk davası açma yetkisini şirketin yasal temsilcisi yönetim kuruluna bıraktığı,³⁰ tüm yönetim kurulu üyelerine karşı dava açıldığı ihtimalde ise, MK m.426/3 uyarınca temsil kayyımı atanması isteneceği, bu durumda sorumluluk davasının temsil kayyımı veya yeni seçilen yönetim kurulu tarafından açılacağı, zamanaşımının da yeni seçilen yönetim kurulunun veya atanmış kayyımın sorumlu ve zararı öğrendiği tarihten itibaren başlayacağını, ifade etmektedir.³¹

AKDAĞ GÜNEY, ortakların ve alacaklıların dolayısıyla zararlarına dayanarak açılacak davalarda zamanaşımı başlangıcını, şirketin zararı ve zarar vereni öğrenmesi anına bağlamanın, TTK m.560’daki düzenlemenin ratio legis’ine aykırı olacağı, şirketin dava açma hakkından vazgeçmesi halinde hakkın ortaklara ve alacaklılara tanınması suretiyle, hem şirketin hem ortakların ve alacaklılarının korunmasının amaçlandığını, ayrıca maddede davacının öğrenmesi ibaresinin bulunduğunu, şirketten bahsedilmediğini, dolayısıyla zamanaşımının başlangıcının davacılardan her biri açısından ayrı hesaplanması gerektiğini söylemenin mümkün olduğunu ifade etmektedir.³² AKDAĞ GÜNEY, eserinde zarara uğrayan kamu veya özel hukuk tüzel kişisi ise yasa ve tüzük hükümleri uyarınca zararın ve zarar verenin dava açma kararı vermeye yetkili organca öğrenilmiş olmasını, anonim şirkette dava açmaya yetkili

³⁰ ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP), Ortaklıklar I, No. 602, s. 440; Ayrıca bkz. SÜMER, Ayşe, Ticaret Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2018, s. 263, 264.

³¹ Bkz. ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP), Ortaklıklar I, No. 612c, s. 451 ve s. 452’deki açıklamalar.

³² AKDAĞ GÜNEY, s. 463.

organın yönetim kurulu olduğunu, bu durumda yönetim kurulunun öğrenmesinden zamanaşımının başlayacağını, ancak üyelerin tamamına karşı dava açılacaksa, zararın şirket namına dava açılmasına karar verecek organ olan genel kurul tarafından öğrenilmesi gerektiğini, İsviçre Hukuku'ndaki yazarlara atıfta bulunarak belirtmektedir.³³

OĞUZMAN/ÖZ'e göre, zarara uğrayan bir tüzel kişi ise, dava açmaya yetkili organın öğrenmesi dikkate alınır.³⁴

ŞENER ise, Ortaklık tarafından sorumluluk davası açılması bakımından, bir genel kurul kararı almak gerektiğini, böyle bir karar zorunluluğunun dolaylı da olsa, TTK m.479/3c (ve ayrıca BTY m.19/2b) düzenlenmesinden anlaşıldığını, ifade etmektedir.³⁵

KENDİGELEN ve BAHTİYAR da sorumluluk davası açılması için genel kurul kararının gerekli olduğu görüşündedirler. Ancak öğrenmesi gerekenin kim olduğu hususunda açık bir kanaat belirtmemişlerdir.³⁶

Genel itibariyle, doktrinde ağırlıklı olarak davayı açmaya yetkili organın öğrenmesi gerektiği şeklinde görüş bildirildiği söylenebilir.

Kanaatimizce, dolayısıyla zararlar için açılacak sorumluluk davasında zamanaşımı süresi, her bir davacının, yani pay sahibi veya alacaklının öğrenme anı dikkate alınarak, ayrı hesaplanmalıdır. Pay sahibi veya alacaklının şirketin zararının tazmini için yöneticiye karşı açtığı sorumluluk davasında, şirketin öğrenmesi değil, davacı sıfatını taşıyan pay sahibi veya alacaklının öğrenmesi anı dikkate alınmalıdır. Kanun koyucu TTK 560. maddede hangi sıfatı taşıdığı konusunda bir ayırım yapmaksızın, davacının zararı ve sorumluları öğrendiği tarihten itibaren ifadesini kullandığı için, metnin lafzı bizi bu sonuca götürmektedir. Ayrıca maddede pay sahiplerine ve alacaklılara, şirketten ayrı olarak şirketin zararını talep hakkı tanınmış olması karşısında, zamanaşımı

³³ AKDAĞ GÜNEY, s. 459.

³⁴ OĞUZMAN / ÖZ, s. 77. Ayrıca s. 77, dn. 198'deki Yargıtay kararı.

³⁵ ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ders Kitabı, 5. Bası, Ankara, 2022, s. 425; Genel kurul kararı alınması zorunluluğuna ilişkin Yargıtay kararı değerlendirmesi için bkz. ŞENER, Oruç Hami, Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi, 2. Bası, Ankara, 2020, s. 159-163.

³⁶ Bkz. KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, İstanbul, 2016, s. 308, dn. 164; BAHTİYAR, Mehmet, Anonim Şirket Adına Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu, Prof. Dr. Seza Reisoğlu'na Armağan, Ankara, 2016/XII, s. 393-414.

süresi dolduğu için şirketin dava hakkını kullanamadığı durumda, bir opsiyon olarak pay sahibinin veya alacaklının öğrenme anından zamanaşımı süresini başlatmak, şirketin zararını tazmin ettirme imkanını verdiği için, şirketin ve sermayesinin korunması bakımından da uygun olacaktır.³⁷

İsviçre öğretisinde STUDER eserinde, “nispi zamanaşımı süresinin farklı zarar türleri ve farklı zarar gören taraflar için farklı şekilde başladığı açıktır.”³⁸ ifadesine yer vermiştir. Yazar, pay sahibinin dolayısıyla zarar kapsamında şirketin zararı için iflas dışında açtığı dava bakımından ise, zamanaşımının başlangıcı bakımından şirketin öğrendiği anın esas olacağını, pay sahibinin kişisel bilgisinin önemli olmayacağını, bunun ilk bakışta rahatsız edici görüldüğünü, ancak kanun koyucunun şirket adına dava açanların şirketten daha ağır şartlara tabi olmasını amaçlamadığını, ifade etmektedir.³⁹

İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına göre, zamanaşımı süresi zarar görenin zararın varlığına ve tazminat yükümlüsü kişiye ilişkin olarak, bir tazminat davasını haklı kılacak somut bilgileri öğrenmesiyle başlar.⁴⁰

Şirketin kendi zararının tazminini talep ettiği davada ise, sorumluluk davasının açılması için genel kurul kararının şart olduğunu düzenleyen ETTK m.341’deki gibi bir düzenleme 6102 sayılı TTK’da bulunmadığından, kanaatimizce, şirketi yönetim ve temsille görevli yönetim kurulu dava açmaya yetkili organdır ve onun öğrenmesi anı dikkate alınmalıdır. Oyda imtiyazın sorumluluk davasında kullanılmayacağını ifade eden TTK m.479/3’teki düzenleme, sorumluluk davası için genel kurul kararının şart olduğu şeklinde bir hüküm ihdas etmemektedir. Aksine yorum, sorumluluk davası hakkını, kanunda açık bir düzenleme olmamasına rağmen sınırlayan bir sonuç yarata-

³⁷ Aksi görüşte bkz. ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP), Ortaklıklar I, No. 612c, s. 451, 452.

³⁸ “*Es liegt damit auf der Hand, dass die relative Verjährung für die unterschiedlichen Schadensarten und die verschiedenen Geschädigten unterschiedlich beginnen.*” Bkz. STUDER, Rn. 13, s. 1045.

³⁹ STUDER, Art.760, Rn. 17, s. 1046.

⁴⁰ İsviçre Hukuku için bkz. STUDER, Art.760 OR, Rn. 14-1, s. 1045-1047; 16.03.2010 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 116 II 158 E.4. BGE 131 III 61, E. 3.1.1; BÖCKLİ, Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich, 2009, § 18, Rn. 469 vd., <https://d2949dc635c6a357b8576413b60d58d4bf7efa8d.vetisonline.com/de/doc/claw/f79fa89c-f239-49f7-a7c1-9fc9bcc0ea6e/search/156522938> Erişim Tarihi 11.04.2022; FORSTMOSER, Peter / MEIER-HAYOZ, Artur / NOBEL, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996, § 36, Rn. 149.

caktır. Ancak doktrinde bir çok yazar ve Yargıtay,⁴¹ sorumluluk davası açılması için genel kurul kararının dava şartı teşkil ettiği görüşündedir.⁴²

B. Teselsül İlişkisindeki Sorumlulardan Birinin Öğrenilmesinin Tüm Sorumlular Hakkında Zamanaşımını Başlatmaya Yeterli Olup Olmadığı Sorunu

İki yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için, zarar ile birlikte sorumluların da öğrenilmesi şarttır. Öğrenmeden kasıt, fiilen öğrenmiş olmayı, müspet bilgiyi ifade eder. Yoksa bilebilecek durumda olmak, zamanaşımını başlatmak için yeterli değildir.⁴³ Birden fazla sorumlu bulunduğu takdirde aralarında TTK m.557 uyarınca farklılaştırılmış teselsül ilişkisi⁴⁴ doğar. Bu durumda zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için sorumlulardan birinin öğrenilmesi zamanaşımını başlatır mı, yoksa tüm sorumluların öğrenilmesi şart mıdır, sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu konuda gerek Türk doktrininde gerekse kaynak İsviçre doktrininde davacı müteselsil sorumlulardan hangisini öğrenmişse, onun için zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı hususunda görüş birliği vardır.⁴⁵ Henüz öğrenilmemiş sorumlular hakkında zamanaşımı süresi işlemez. Sorumlular arasındaki teselsül ilişkisi sebebiyle, biri hakkında

⁴¹ Yargıtay. 11. HD. E. 2016/8829 K. 2017/4095 T. 12.7.2017; E. 2014/5386 K. 2014/14890 T. 30.09.2014; E. 2015/560 ve K. 2015/13614, 17.12.2015; E. 2015/3371, K. 2016/1194, T. 09.02.2016; E. 2015/7487 ve K. 201 6/6166 T. 02.06.2016. Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr. (Erişim Tarihi: 11.02.2022).

⁴² Sorumluluk davasında genel kurul kararının gerekli olup olmadığı konusunda detaylı bilgi için bkz. BAHTİYAR, s. 393; YANLI, Veliye, Şirkete Verilen Zarar Sebebiyle Sorumluluk Bağlamında Yönetici Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliliği Sorunu, Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, Özel Sayı, Mart 2019, s. 46-57; ALTAY, Sıtkı Anlam, Yargıtay Kararları Işığında Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunda Doğrudan Sorumluluk Dolayısıyla Sorumluluk Ayrımına Bağlanan Hukuki Sonuçlar, XXXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara, 2018/V, s. 69-97; HELVACI, Mehmet, Anonim Ortaklık Tarafından Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Genel Kurul Kararlarının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu, Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2018, s. 143-171; PULAŞLI, Şerh IV, No. 75, 76, s. 2973.

⁴³ ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP), Ortaklıklar I, No. 591a-b, s. 433, 434; STUDER, Art.760, Rn. 13, s. 1044.

⁴⁴ Farklılaştırılmış teselsül hakkında bkz. ALTAY, Sıtkı Anlam, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Farklılaştırılmış Teselsül, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C. 14, S. 151, Mart 2019, s. 68-75; PULAŞLI, Şerh IV, No. 30-64, s. 2948-2970; AKDAĞ GÜNEY, s. 372-395; ŞENER, s. 426; BOZKURT, s. 514, 515.

⁴⁵ Bkz. AKDAĞ GÜNEY, s. 458; OĞUZMAN / ÖZ, No. 217, s. 78; FORSTMOSER, Peter, Die Verantwortlichkeit der Organe, ST 65 (1991), Rn. 398; ÇAMOĞLU, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2010, s. 258.

gerçekleşen zamanaşımının kesilmesi vakıası, TBK m.155 uyarınca diğer sorumlular hakkında da etkili olacaktır.

Bu aşamada son olarak alacaklıların şirketin uğradığı zararın tazmini için açacağı davada zamanaşımı süresi üzerinde durulmalıdır. TTK m.556 uyarınca alacaklı, ancak şirketin iflası halinde şirketin zararının tazmini davasını açabilir. Buna göre, zamanaşımının işlemeye başlaması açısından aranan koşullar iflasın açılmasından önce oluşmuş olsa bile, alacaklı açısından ve TTK m.556 uyarınca öncelikle iflas idaresi açısından bu davanın açılmasına yönelik zamanaşımı süresi, iflasın açılması anından itibaren işlemeye başlar.⁴⁶

C. Devam Eden Fiil ve Zararlarda Zamanaşımının Hangi Anda Başlayacağı Sorunu

Zamanaşımının işlemeye başlaması için sorumluların ve zararın öğrenilmesi gerekmektedir. Bunun için öncelikle fiili, somut bir zarar gerçekleşmelidir. Zarar tehlikesinin varlığı yeterli olmaz. Zararın öğrenilmesi vakiasının gerçekleşmesi için, zarar verici olayın bilinmesi yeterli değildir. Zararın öğrenilmesi kavramı, zararın varlığını, niteliğini, unsurlarını ve kapsamını öğrenmeyi ifade eder. Bunlar öğrenilmedikçe zarar gören dava konusu yapacağı sorumluluk talebinin şartlarını ve sebeplerini tam ve doğru değerlendirme imkanına sahip olamaz.⁴⁷

Zararın öğrenilmesi olgusu, iki yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasını sağlayacağı için, devam eden/gelişen zararlarda ve fiillerde, tazminat hakkı sahibinin ne zaman öğrenmiş sayılacağı hususu önem taşımaktadır. Aşağıda doktrin ve Yargıtay'ın devam eden zararlar bakımından konuya yaklaşımı incelenmiştir.

1. Doktrinin Konuya Yaklaşımı

Zarar kavramının, kesinlik, şahsilik ve doğrudan doğrualık olmak üzere üç niteliği bulunur. Kesin zarar, belirli veya belirlenebilir bir zarardır.⁴⁸ Za-

⁴⁶ Bkz. STUDER, Art.760 OR, Rn. 18-21, s. 1046, 1047; GERİCKE, Dieter / WALLER, Stefan (Editörler Honsell, Heinrich / Vogt, Peter Nedim / Watter, Rolf, Basler Kommentar, Obligationenrecht, 5. Auflage, Bern, 2016, Art.760, Rn. 6; BÖCKLİ, § 18, N. 470; FORSTMOSER, Peter, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII EIZ Schulthess 2016, Rn. 509; ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 136 III 322; PULAŞLI, Şerh IV, § 60, No. 70, s. 2833.

⁴⁷ EREN, Genel Hükümler, No. 2584, 2585, s. 948; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Rn. 388.

⁴⁸ EREN / DÖNMEZ, Şerh II, m.72, No. 9, s. 1715, 1716.

rarın “kesinlik” niteliği mevcut değilse, hukuki anlamda zararın varlığından söz edilemez. Zarara neden olan olay gelişmeye devam ediyorsa, zararın da oluşmaya devam ettiği kabul edilmelidir.⁴⁹ Gelişme sona ermedikçe, zararın gerçekleşmiş olduğu kabul edilmez. Gelişen durum kavramı, hem eylemin hem de bunun sonuçlarının, yani zararın meydana gelmesi olgusunu kapsar.⁵⁰ Bu nedenle devam eden veya gelişen fiil ve zararlarda, zararın kesinlik niteliği de eksik olacaktır.

Doktrinde EREN, haksız fiilden doğan sorumluluk talebinin zamanaşımını düzenleyen TBK m.72 hükmüne ilişkin değerlendirmede bulunduğu eserinde; “Zararın öğrenilmesinden amaç, zarar verici olayı değil, zararın varlık ve niteliğini, unsurların, kapsamını öğrenmektir. Bunlar öğrenilmedikçe, zarar gören dava yoluyla talep edeceği tazminatın sebep ve şartlarını değerlendiremez, zararın öğrenilmesi, zararın gerçekleşmesini, zarar verici fiil veya olayın sona ermesini gerektirir. **Bu itibarla, zarar veya zarar verici fiil devam ettiği sürece, zarar görenin zararı öğrenmesi mümkün değildir.** Bu durum özellikle kesintisiz, sürekli (temadi eden) zararlarda söz konusu olur. Zarar verici fiil veya olay, dolayısıyla bundan doğan zarar, kesintisiz olarak devam ediyorsa, tazminat talebinin esasını oluşturan zarardan söz etmek mümkün olamaz. Zarar, ister ani ister sürekli bir fiilden doğsun, daima tektir. Buna “Zararın Tekliği İlkesi” denir. Zararın tekliği ilkesine göre, aynı ihlal fiili veya olayından doğan sonuçlar bir bütün oluşturur ve zarar gören, zarar devam ettiği sürece, bunu tam olarak öğrenemez. Zararın tekliği ilkesi, devam eden zarar halinde zaman süreci içinde gerçekleşen her zararı, ayrı bir zarar olarak anlamaya elverişli olmadığı gibi, zararı, zararlar toplamı olarak anlamaya da elverişli değildir. Sürekli zararlarda zarar, ancak kesin olarak gerçekleştiği zaman öğrenebileceği için sorumluluk zamanaşımına ilişkin iki yıllık süre de zararın gerçekleştiği anda işlemeye başlar”⁵¹ demektedir. Ayrıca EREN, TBK m.72 hükmündeki tazminat talebinin 10 yıllık mutlak/uzun zamanaşımı süresi hakkında da şu tespitlerde bulunmuştur: “Kanımızca sorumluluğu kuran (zarar verici) fiil veya olay uzun süre devam eden bir fiil veya olay niteliğindeyse, on yıllık süre (BK 72) için bu fiil veya olayın sona erdiği anda işlemeye başlamalıdır. Burada da zararın tekliği ilkesi söz konusu olur.

⁴⁹ GÜL, İbrahim, Zararın Birliği İlkesi ve Sonuçları, TBB Dergisi, S. 140, 2019, s. 228.

⁵⁰ BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, Maddi Zarar Kavramı, İstanbul, 2007, s. 90, 91.

⁵¹ EREN, Şerh II, No. 9, s. 1715, 1716; EREN, Genel Hükümler, No. 2585, s. 948, 949.

*Federal Mahkeme*⁵² de zarar verici fiil veya olay sürekli nitelikteyse, 10 yıllık sürenin bu fiil veya olayın sona erdiği anda başlayacağı görüşündedir. Mahkeme sürekli olarak radyasyona maruz kalmada zarar verici fiil veya olayın zarar görenin hizmet sözleşmesinin sona erdiği tarihte nihayete erdiğini kabul etmektedir.”⁵³

KILIÇOĞLU, “İsviçre Federal Mahkemesi zararın öğrenilmesini zararın varlığı, niteliği, ve esaslı unsurlarının öğrenilmesi olarak değerlendirmektedir.”⁵⁴ “Yargıtay’a göre de kısa zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için zararın öğrenilmesi demek, zararın varlığı, niteliği ve esaslı unsurları hakkında dava açmaya, bu davayı objektif şekilde desteklemeye ve davanın gerekçelerini göstermeye elverişli yeterli hal ve koşulların öğrenilmesi demektir.” “Haksız fiil devam ettiği sürece zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Zira bu durumda haksız fiilin etkileri devam etmekte ve zararın miktarı ortaya çıkmamaktadır. Haksız fiilin son bulunduğu andan itibaren zarar belli olur. Bu anda fail de belli ise, kısa zamanaşımı süresi işlemeye başlar.”⁵⁵ “Haksız fiil sona erdiği halde zarar devam etmekte ve sonuçları belirsiz bulunmakta ise, kısa zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz.”⁵⁶

AKDAĞ GÜNEY’e göre, “zararın öğrenilmesinden kasıt zarar görenin zarar verici olayı bilmesi değil, zararın varlık ve mahiyetini, unsurlarını, kapsamını öğrenmesidir.”⁵⁷ Zarar bir bütün teşkil ediyorsa bunun aynı zamanda öğrenilmesi normaldir ve zamanaşımı bu tarihten itibaren işlemeye başlar. Anonim şirketlerde ve özellikle Bankalarda zararın tek bir seferde değil, ama yönetim ve idare ile yetkili kimselerin tek bir iradi yükümlülük ihlaline dayanarak, yani tek bir illiyet bağına bağlı olarak kısım kısım meydana gelmesi hali, nadiren karşılaşılan bir durum değildir. O nedenle burada yöneltmesi gereken soru, zararın kısım kısım meydana gelmesi halinde, zamanaşımı süresinin, öğrenilen kısımlar için işlemeye başlayıp başlamayacağıdır. İsviçre içtihatlarında ve doktrininde hakim görüş, zararı bir bütün olarak değerlendirmekte ve zarar veren davranış devam ettiği veya geliştiği sürece, zamanaşımının işlemeye başlamayacağı yönündedir. Bir illiyet bağından kaynaklanan

⁵² BGE 106 II 134.

⁵³ EREN, Genel Hükümler, No. 2592, s. 951.

⁵⁴ KILIÇOĞLU, s. 611.

⁵⁵ KILIÇOĞLU, s. 612.

⁵⁶ KILIÇOĞLU, s. 613.

⁵⁷ AKDAĞ GÜNEY, s. 457.

zarar farklı zamanlarda meydana gelmişse, zamanaşımı süresi en son meydana gelen zararın öğrenilmesi tarihinden itibaren işlemeye başlamalıdır.”⁵⁸

ÇAMOĞLU, Ortaklığın yöneticilere/yönetim kurulu üyelerine sorumluluk davası açabilmesi için yöneticilerin kusurlu eylemleri sonucu fiilen bir zararının oluşması gerektiğini, zarar tehlikesinin bulunmasının dava açmak için yeterli olmadığını belirterek, eserinde şu örneği vermektedir: “Örneğin bir banka Yönetim Kurulu üyelerinin özensiz (kusurlu) kredi verme nedeniyle sorumlu tutulabilmeleri ve aleyhlerine dava açılabilmesi için, bankaca borçlu firmanın gereği gibi takip edilmesi ve sonuçta kredinin kısmen veya tamamen geri dönmeyeceğinin hukuken kesinleşmesi gerekir.”⁵⁹

İsviçre Hukuku’nda STUDER, İBK Art.760 açısından, devam eden fiillerde zamanaşımının başlangıcını tayinde güçlük olduğunu, bu durumda zamanaşımının devam eden fiilin sona erdiği anda başlayacağını ifade etmektedir.⁶⁰ İsviçre içtihadı da aynı yöndedir.⁶¹

Yukarıda yer verdiğimiz doktrindeki görüşlere göre, zarar devam ettiği sürece zamanaşımı işlemez. Zararın öğrenilmiş sayılması için, zararın varlığının bilinmesi yeterli olmayıp, bu zararın kapsam ve niteliğinin belli olması ve kalıcı hale gelmesi gerekir. Zararın kapsamının ve niteliğinin belirli olması, zarara yol açan olguların, bu olguların zarara yol açtığını ortaya koyabilecek ölçüde somutlaştırılabilmesi ve zararın olası miktarının kestirilebilmesi gerekir.⁶²

OĞUZMAN/ÖZ, TBK m.72 hükmü kapsamında bedensel zararlar açısından sorumluluk davasında konuyu değerlendirirken, devam eden zararlar da, zararın niteliğinden kapsamını tayin edebilmek mümkün ise zamanaşımının işlemeye başlayabileceğini, aksini savunanlar varsa da bu görüşün TBK m.72’nin amacı ile bağdaşmayacağını, zararın miktarını kesin olarak bilmenin gerekmediğini, devam eden zararın ayrı ayrı zararlar toplamı değil,

⁵⁸ AKDAĞ GÜNEY, s. 458.

⁵⁹ ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP), Ortaklıklar I, No. 603, s. 442.

⁶⁰ STUDER, Art.760 OR, Rn. 1041-1051, Rn. 1044.

⁶¹ 27.08.2009 tarihli karar için bkz. BGer 4A_67/2008, E. 7.3; 4A_65/2008, E. 9.2BGE 136 III 322 E.4.1. <https://d2949dc635c6a357b8576413b60d58d4bf7efa8d.vetisonline.com/de/doc/claw/5727388c-0c43-480a-987b-8d4743846db8/search/156522938> Erişim Tarihi 11.04.2022.

⁶² RİHM Thomas / KÄNZIG, David; Aktienrecht Kommentar Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, Orell Füssli Kommentar, Auflage 1, Zürich, 2016, No. 6; İsviçre Hukuku’nda Federal Mahkeme’nin bu ölçünün oluşturulmasına yönelik kararları için özellikle bkz. BGE 109 II 434, BGE 111 II 57 ve BGE 112 II 118.

tek zarar olduğunu, ancak İsviçre Federal Mahkemesi'nin gelişen zararlarda gelişmenin tamamlanmasından sonra, zamanaşımının zararın tümü için işlemeye başlayacağı görüşünün ancak gelişme sebebiyle henüz zararın kapsamının belirleyecek duruma gelinmediği takdirde geçerli olduğunu, gelişme değil de zararın devam etmesinin zamanaşımının işlemeye başlamasına engel olmayacağını, ifade etmektedir.⁶³

Kanaatimizce, sorumluluk hukukunda geçerli olan “Zararın Birliği İlkesine”⁶⁴ göre, “*aynı fiilden/davranıştan doğan zararların tümü, birbirinden bağımsız ayrı ayrı zararların toplamı olarak değil, bir birlik olarak ele alınır*”.⁶⁵ Bu nedenle sorumluluk hukukunda zarar, devam eden ve gelişen nitelikteyse, zararın birliği ilkesi gereği zarar, fiil ve zarar sona erdiğinde gerçekleşmiş kabul edilir. Dolayısıyla sorumlulara karşı talep hakkının zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması ve zarar görenin “zararı öğrenmesi” olgusunun gerçekleşmesi için, zararın sona ermesi gerekir. Zarar, devam ediyor ya da gelişmeyi sürdürüyorsa, sona ermemiş ve kesinleşmemiş demektir. Bu itibarla da zamanaşımını başlatan “zararın öğrenilmesi” olgusu gerçekleşmiş sayılmaz ve zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz. Başka bir deyişle, zararın kesin⁶⁶ ve net şekilde belirlenmesi mümkün olduğu ana kadar zamanaşımı süresi işlemez.

2. Yargıtay'ın Devam Eden Zarar ve Eylemlere İlişkin Tazminat Talebinde Yaklaşımı

Yargıtay'ın haksız fiil sorumluluğu sebebiyle TBK hükümlerine göre açılan sorumluluk davalarında zamanaşımını düzenleyen TBK m.72 hükmüyle ilişkili kararları da, anonim şirket yöneticilerine karşı açılan sorumluluk davasının zamanaşımı süresi bakımından yol göstericidir. Bu sebeple aşağıda önce Yargıtay'ın TBK m.72 hükmüne ilişkin olarak verdiği kararlar, daha sonra TTK m.560 hükmüne ilişkin olarak verdiği kararlar incelenmiştir.

a. Yargıtay'ın TBK m.72 Hükmüne İlişkin Kararları

Yargıtay, haksız fiilden kaynaklı sorumluluk dolayısıyla açılan bir çok davada davalı tarafından TBK m.72'ye göre ileri sürülen zamanaşımı def'i hakkında

⁶³ OĞUZMAN / ÖZ, No. 218-220, s. 78, 79.

⁶⁴ Zararın Birliği İlkesi terimi yerine, Zararın Tekliği İlkesi, Zararın Bütünlüğü ibaresi de kullanılmaktadır.

⁶⁵ GÜL, s. 223.

⁶⁶ Gelecekteki zarar, muhtemel zarar farkı için bkz. GÜL, s. 229; BÜYÜKSAĞIŞ, s. 91.

değerlendirme yapmış ve “devam eden zarar”, “gelişen durum” hallerinde zarardaki gelişme sona ermedikçe zamanaşımı süresinin işlemeye başlamayacağı yönünde kararlar vermiştir. Bu kararlardan bazıları aşağıda yer almaktadır:

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK) 06.11.2002 Tarihli (E. 2002/4-882 K. 2002/874 sayılı) kararı:

*“Buna karşılık ortaya çıkan zarar, kendi özel yapısı içerisinde, sonradan değişme eğilimi gösteriyor, kısaca, zararı doğuran eylem veya işlemin doğurduğu sonuçlarda (zararın nitelik veya kapsamında) bir değişiklik ortaya çıkıyor ise, artık “gelişen durum” ve dolayısıyla, gelişen bu durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerinde ortaya çıkardığı değişiklikler (zarardaki değişme) söz konusu olacaktır. Böyle hallerde, zararın kapsamını belirleyecek husus, gelişmekte olan bu durumdur ve **bu gelişme sona ermedikçe zarar henüz tamamen gerçekleşmiş olamayacağı için zamanaşımı süresi bu gelişen durumun durduğunun veya ortadan kalktığı öğrenilmesiyle birlikte işlemeye başlayacaktır.** (bu yoldaki Yargıtay kararlarına örnek olarak: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun, 15.11.2000 gün ve: 2000/21-1609 K: 2000/1699, 4. Hukuk Dairesi’nin 13.05.1980 gün ve 1980/3493-6206 sayılı; 26.01.1987 gün, 1986/7532 esas, 1987/485 karar sayılı kararı).”⁶⁷*

YHGK 14.04.2004 Tarihli aşağıdaki (2004/4- 200 E. 2004/227 K.) kararı;

Bu kararında Yargıtay, yukarıdaki 06.11.2002 tarihli HGK kararına atıfta bulunarak, gelişen durum tamamlanmadıkça zararın gerçekleşmeyeceği ve zarar görenin de zarara ilişkin bilgi sahibi olmasının geciktirildiğini ifade etmektedir:

*“Ortaya çıkan zarar, kendi özel yapısı içerisinde, sonradan değişme eğilimi gösteriyor, kısaca, zararı doğuran eylem veya işlemin doğurduğu sonuçlarda (zararın nitelik veya kapsamında) bir değişiklik ortaya çıkıyor ise, artık, “gelişen durum” ve dolayısıyla, gelişen bu durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerinde ortaya çıkardığı değişiklikler (zarardaki değişme) söz konusu olacaktır. Böyle hallerde, zararın kapsamını belirleyecek husus, gelişmekte olan bir durumdur ve **bu gelişme sona ermedikçe zarar henüz tamamen gerçekleşmiş olmayacaktır.** Gelişen durum kavramı, doğan zararın kapsamının zarar görence tam olarak öğrenilmesinin herhangi bir nedenle geciktiği durumlara ilişkin olan, böylesi bir durumu ifade eden bir kavram değildir. Gelişen durum kavramı, salt zarar doğuran işlem ya da eylemin sonuçlarının gelişmesini ve bu nedenle zarar görenin bu konularda*

⁶⁷ www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 15.02.2022).

bilgi sahibi olabilmesinin zorunlu olarak bu gelişmenin tamamlanacağı ana kadar gecikmesini ifade eder.⁶⁸

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.12.2017 tarihli (E. 2017/3-2786 K. 2017/2016) kararına göre;

“Uyuşmazlıkta önem taşıyan, davacıların zararın varlığını öğrenmeleri koşuludur. Belirtilmek gerekir ki, kısa süreli zamanaşımının işlemeye başlaması için zarar görenin, zarar veren eylem veya olayı değil, zararı öğrenmesi gerekir. Zarar; zarar verici fiil veya olayın zarar görenin hukuki varlık ve değerleri üzerindeki olumsuz etki ve sonuçlardır. Zararın öğrenilmesinden amaç, zarar verici olayı değil, zararın varlık ve niteliğini, unsurlarını, kapsamını öğrenmektir (Eren, F.; s 852-853). Zararın varlığı ve bütün unsurları öğrenilmeden, zarar görenin dava yoluyla talep edeceği tazminat hakkında yeterli bir değerlendirme yapamayacağı açıktır. Hukuka aykırı bir eylem işlenilmesine karşın, onun doğuracağı zarar henüz ortaya çıkmamış, zararın ortaya çıkması için eylem tarihinden itibaren bir takım etkenlerin gerçekleşmesi veya belli bir zamanın geçmesi gerekiyor ise zararın bütün unsurlarıyla birlikte öğrenilmesi mümkün değildir. Oysa ki, zarar görenin mahkeme önünde ciddi bir dava açarak tazminat isteminde bulunabilmesi ve bu istemini objektif bir şekilde destekleyen, etkili gerekçelerini ortaya koyabilmesi için oluşan zararın niteliğini, kapsamını ve bütün unsurlarını öğrenmesi gerekir. Aksi hâlde, doğal olarak zamanaşımı süresi de işlemeye başlamayacaktır. Bazı hâllerde, gerek zararı doğuran eylem veya işlemin ne olduğu ve kim tarafından gerçekleştirildiği ve gerekse zararın kapsam ve miktarı aynı anda ve tam bir açıklıkla belirlenebilir. Böyle durumlarda, zarar görenin uğradığı zararın varlığını, zarar verenin kim olduğunu, kapsam ve miktarının neden ibaret bulunduğunu öğrendiği andan itibaren, zarar verenden bunun tazminini isteme hakkının doğacağı ve bu hakkına dair yasal zamanaşımı süresinin de o tarihte başlayacağı açıktır. Buna karşılık, ortaya çıkan zarar, kendi özel yapısı içerisinde sonradan değişme eğilimi gösteriyor, zararı doğuran eylem veya işlemin doğurduğu sonuçlarda (zararın nitelik veya kapsamında) bir değişiklik ortaya çıkıyor ise artık “gelişen durum” ve dolayısıyla gelişen bu durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerinde ortaya çıkardığı değişiklikler (zarardaki değişme) söz konusu olacaktır. Böyle hâllerde zararın kapsamını belirleyecek husus, gelişmekte olan bu durumdur ve bu gelişme sona ermedikçe zarar henüz

⁶⁸ www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 15.02.2022).

tamamen gerçekleşmiş olmayacağı için zamanaşımı süresi bu gelişen durumun durduğunun veya ortadan kalktığı öğrenilmesiyle birlikte işlemeye başlayacaktır. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 16.11.2002 gün ve 2002/4-882 E., 2002/874 K.; 01.03.2017 gün ve 2014/21-2372 E., 2017/379 K. sayılı kararlarında da aynı hususlar kabul edilmiştir. Önemle belirtmelidir ki, burada sözü edilen “gelişen durum” kavramı, uygulamada çoğu kez yanlış anlaşıldığı şekilde zararın kapsamının zarar görence tam olarak öğrenilmesinin herhangi bir sebeple geciktiği (örneğin buna dair bilirkişi raporunun geç alındığı) durumlara dair olan, böylesi bir durumu ifade eden bir kavram değildir. Eş söyleyişle gelişen durum kavramı, salt zarar doğuran işlem ya da eylemin sonuçlarının gelişmesini ve bu sebeple zarar görenin bu konularda bilgi sahibi olabilmesinin zorunlu olarak bu gelişmenin tamamlanacağı ana kadar gecikmesini ifade eder. Özellikle somut olayda olduğu gibi bedensel bütünlüğün zarar gördüğü ve tedavinin uzunca bir süreye yayıldığı durumlarda, oluşan zararın miktarı tıbbi bakım ve tedavi sonucunda düzenlenen hekim raporuyla belirli bir açıklığa kavuşmaktadır. Yukarıda anlatılan şekilde gelişen durumun bulunduğu, zararın niteliği ve kapsamının bu sebeple sonradan öğrenildiği hallerde zamanaşımının zararın kesin miktarının öğrenildiği tarihten başlayacağı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir çok kararında (21.03.2001 gün ve 2001/4-258 E., 2001/276 K.; 05.06.2002 gün ve 2002/4-470 E., 2002/477 K.; 15.05.2015 gün ve 2013/21-2035 E., 2015/1345 K. ve 01.03.2017 gün ve 2014/21-2372 E., 2017/379 K.) belirtilmiştir. Kaldı ki, henüz tedavinin tamamlanmadığı, zararın kapsam ve miktarı konusunda belirsizliğin devam ettiği bir aşamada, zarar göreni süre aşımı kaygısıyla dava açmaya zorlamak hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkına da zarar verecektir.”⁶⁹

Yukarıda aktarılan, hepsi Hukuk Genel Kurulu tarafından verilmiş olan kararlar, bedensel zararlar dolayısıyla TBK m.72’ye istinaden açılmış sorumluluk davalarına ilişkindir. Yargıtay, bu kararlarda zararın gelişme eğilimi gösterdiği durumlarda zarar görenin zararın kapsamını tam olarak öğrenmiş sayılmayacağı, gelişen durumun sona erdiği, gelişmenin tamamlandığı ana kadar zarar görenin bilgi sahibi olmasının geciktiğini ifade etmektedir.

TBK m.72 hükmüyle ilişkili bu kararlardan çıkan sonuç, zararın gelişme eğilimi gösterdiği durumda zararı öğrenme olgusu gelişmenin tamamlandığı andan önce gerçekleşmez. Dolayısıyla zamanaşımının işlemeye başlaması da ancak gelişen durumun tamamlandığı, sona erdiği andan itibaren mümkün olur.

⁶⁹ www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 15.02.2022).

b. Yargıtay'ın TTK m.560 Hükmüne İlişkin Kararları

Yargıtay'ın devam eden zarar, fiil nedeniyle TTK m.553'e göre yöneticilere karşı açılmış sorumluluk davalarında zamanaşımı hakkında tespit edilemeyen kararlarına aşağıda yer verilmiştir:

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (E. 2015/15493 K. 2016/9413 T.) 8.12.2016 Tarihli kararı şöyledir:

*“Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 309. maddesi uyarınca “Mesul olan kimselere karşı tazminat istemek hakkı davacının zararı ve mesul olan kimseyi öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her halde zararı doğuran fiilin vukuu tarihinden itibaren beş yıl geçmekle müruruzamana uğrar. Şu kadar ki; bu fiil cezayı müstelzim olup Ceza Kanununa göre müddeti daha uzun müruruzamana tabi bulunuyorsa tazminat davasına da o müruruzaman tatbik olunur.” Sorumluluk doğurduğu iddia olunan dava dışı İktisat Bankasından alınarak dava dışı...na kredi kullanılması şeklinde oluşan zararlandırıcı işlemin 26.09.2000 yılında yapıldığı, dava tarihi olan 24.10.2008 tarihi dikkate alındığında 2002 yılından önce görev yapan dava dışı yönetim kurulu üyeleri açısından TTK'nın 309. maddesinde öngörülen 5 yıllık zamanaşımı sürelerinin dolduğu, bu yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına gidilmesinin mümkün bulunmadığı, **devam eden zarar verici bir eylem söz konusu olmadığından fiilin gerçekleştiği tarih yani kredilerin tahsis edildiği tarihin esas alınması gerektiği**, önceki yönetim kurulu üyeleri açısından TTK'nın 309. maddesinde öngörülen 5 yıllık zamanaşımı süresi dolduğundan TTK'nın 337. maddesine istinaden sorumlu tutulmak istenen davalılar açısından da zamanaşımının gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Bu suretle; 5 yıllık zamanaşımı süresinin dolması sebebiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, mahkemece davanın TTK'nın 309. maddesinde düzenlenen 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu, bu sürenin zararın öğrenildiği tarihten itibaren başlaması gerektiği, davacı yan açısından zararın öğrenildiği tarih denetim kurulu raporunun düzenlendiği 31.10.2006 tarihi olduğundan bu tarihten dava tarihine kadar 5 yıllık zamanaşımı süresinin henüz geçmediği gerekçesiyle davalıların zamanaşımı itirazı yerinde görülmeyerek davanın esastan incelenmesine geçilerek yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu sebeplerle bozulması gerekmiştir.”⁷⁰*

⁷⁰ www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 20.02.2022).

Yukarıdaki 08.12.2016 tarihli kararında Yargıtay, zamanaşımı süresinin başlaması için, davacıların her biri açısından ayrı ayrı öğrenme anlarını dikkate almıştır. Bu kararın özelliği ve önemi, kararda “... *devam eden zarar verici bir eylem söz konusu olmadığından fiilin gerçekleştiği tarih yani kredilerin tahsis edildiği tarihin esas alınması gerektiği...*” ifadesine yer vermiş olmasıdır. Bu ifadenin aksi anlamından, TTK m.560 hükmü açısından Yargıtay’ın, devam eden zarar veya fiilin mevcut olduğu durumda, zamanaşımı süresinin “fiilin gerçekleştiği tarihten” itibaren işlemeye başlamayacağı kanaatinde olduğu anlaşılmaktadır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (E. 2004/1 K. 2004/9872) 30.9.2004 Tarihli kararı;

“Davacı vekilleri, müvekkili ile davalıların dava dışı C Unlu Mamuller Ltd. Şti.ni kurduklarını, davalıların müvekkilinin haberi olmaksızın C Unlu Mamuller Ltd.Şti. ile aynı iş sahasında faaliyet gösteren yeni bir şirket kurarak tarafların ortağı bulunduğu şirketin zarara uğratıldığını, bunun üzerine müvekkilince ortağı bulunduğu şirketin fesih ve tasfiyesine ilişkin açılan davanın yerinde görülerek, 23.09 1999 tarihinde fesih ve tasfiye kararı verildiğini, davalıların kötü niyetli hareketlerinin müvekkilini birçok yönden zarara uğrattığını ileri sürerek, şimdilik 10.000.000.000.-TL maddi zararın davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili, işbu davada tazminat istemine neden olarak gösterilen olayların fesih ve tasfiye davasında gösterilen iddialarla aynı olduğunu, davacının zarar ve sorumlu kimseleri öğrendiği tarihin şirketin fesih ve tasfiyesinin davacı tarafından talep edildiği 15.12.1995 tarihinden önce olduğunu, iddiaları kabul etmemekle birlikte müvekkillerinin söz konusu işlemlerden dolayı sorumluluklarının TTK’nın ilgili ve BK.nun 126/4 maddesi uyarınca zamanaşımına uğradığını savunarak, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan kanıtlara göre, davacının davalılar aleyhine ortağı bulunduğu şirketin fesih ve tasfiyesi amacıyla dava açtığı, fesih ve tasfiye kararı verilip, bu kararın kesinleştiği, işbu davadaki iddiaların fesih ve tasfiyeye ilişkin kesinleşen dosyada ileri sürüldüğü, davacının zararı ve sorumluları fesih ve tasfiye davasının açıldığı 15.12.1995 tarihinde öğrendiği, işbu davanın açılma tarihinin 02.08.2002 olduğu, TTK.nun 336, 309’ncu ve BK.nun 126/4’üncü maddelerinde gösterilen zamanaşımı sürelerinin dolduğu gerekçeleriyle, davanın zamanaşımı nedeniyle reddine, karar verilmiştir. Kararı, davacı vekilleri temyiz etmiştir. Dava, fesih ve tasfiyesine karar verilen Ltd.Şti. ortağının yönetici ortaklar aleyhine açtığı bir tazminat davası olup, 24.8.1991 tarihinde kurulan dava konusu C Unlu

*Mamulleri Ltd.Şti.nin %50 hissedarı davacının, yönetici hissedar diğer davalılar aleyhine İzmir Asliye 2. Ticaret Mahkemesine 15.12.1995 tarihinde açtığı 23.02.1999 da sonuçlanan 1995/1396- 1999/154 sayılı kesinleşen ve infaz edilen kararındaki, fesih ve tasfiyeye gerekçe yapılan, davalıların şirket aleyhine faaliyet göstermek üzere kurdukları, F-F Ambalaj San ve Tic. Ltd.Şti. ile E-F Ambalaj San ve Tic.Ltd.Şti.nin dosya arasındaki ticaret sicil kayıtlarına göre davanın açılmasından sonra da faal oldukları görülmektedir. Zararlandırıcı eylem devam ettikçe öğrenilmiş bir zarar söz konusu olamayacağı gibi, zamanaşımının başlamasından da söz edilemeyeceğinden mahkemece bu yön araştırılmadan zamanaşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.*⁷¹

30.09.2014 Tarihli bu kararda Yargıtay, zarar verici eylemin devam eden nitelik gösterdiği durumlarda zararın öğrenilmesi olgusunun gerçekleşmediği ve zamanaşımının işlemeye başlamayacağı açık bir şekilde ifade etmiştir.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi (E. 2012/2548 K. 2012/4223) 14.6.2012 Tarihli kararında,

Kooperatif yönetim ve denetim kuruluna karşı açılmış tazminat davasına ilişkin bu kararda, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun (Koop.K) 98. maddesindeki atıf uyarınca TTK m.309 (TTK m.560) hükmü uygulanmıştır.

*“Bunun yanı sıra, kooperatif yöneticileri ve denetçilere karşı dava açmak belli bir süreye tabi olup, T.T.K.nun 309. maddesine göre davacının, zararı ve sorumlu olan kimseyi öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her halde zararı doğuran fiilin vukuu tarihinden itibaren beş yıl içinde davayı açması gerekir. Zarar doğuran fiil cezayı müstelzim olup Ceza Kanununa göre müddeti daha uzun zamanaşımı süresine tabi bulunuyorsa tazminat davasına da o süre tatbik olunur. Mahkemece, davanın, uzamış ceza zamanaşımı süresinde açıldığı ifade edilmekte ise de; sorumluluğun dayanağını oluşturan zararlar, davalıların tek eyleminden kaynaklanmamaktadır. Dolayısıyla, davalıların tüm eylemlerinin tek bir zamanaşımı süresine tabi tutulması yerinde olmadığı gibi yönetici ve denetçilerin ancak görev yaptıkları dönemde oluşacak zarardan sorumlu tutulabilecekleri hususu gözardı edilerek zararın hesaplanmasında böyle bir ayrıma gidilmemesi yerinde görülmemiştir.”*⁷²

⁷¹ www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 20.02.2022).

⁷² www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 03.03.2022).

Yargıtay 23. HD'nin bu kararında, zararın tek eylemden kaynaklanmadığı durumda tek bir zamanaşımı süresine tabi tutulmasının uygun olmayacağı ifade edilerek, her bir sorumlu bakımından zarar doğuran eyleminin gerçekleştiği tarih dikkate alınarak beş yıllık zamanaşımı süresinin belirlenmesi gerektiğine işaret edilmiştir.

3. Doktrin ve Yargıtay'ın Yaklaşımının Değerlendirilmesi

Yukarıda Yargıtay'ın gerek TBK m.72 hükmüne ilişkin zamanaşımı süresine dair kararlarında, gerekse yönetim kurulu üyelerine karşı açılmış sorumluluk davalarında TTK m.560 (ETTK m.309) hükmüne dair kararlarında, zararın veya fiilin devam ettiği, gelişen durumun mevcut olduğu somut olaylarda, gelişen durum tamamlanmadıkça, devam eden fiil veya zarar sona ermedikçe oluşmuş zarardan söz edilemeyeceği, tamamlanma veya sona erme aşamasından sonra zararın meydana gelmiş sayılacağı ve ancak bu andan itibaren zararın öğrenilmesi olgusunun gerçekleşebileceği ve zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı görüşünde olduğunu ortaya koymaktadır.

Dolayısıyla doktrin ve Yargıtay içtihatlarında TTK m.560'da yer alan zamanaşımı sürelerinin, devam eden, gelişen zarar ve fiil olgusunun varlığında, devam eden veya gelişen zarar veya fiil sona ermedikçe zarar görenin zararı tüm kapsamıyla öğrenmesi mümkün olamayacağından, zamanaşımı süresinin de işlemeyeceği anlayışı ve yaklaşımı mevcuttur. Devam eden, gelişen zarar ve fiillere ilişkin olarak yönetici sorumluluğu sebebiyle açılan tazminat davalarının zamanaşımı süresinin başlangıcı bakımından Türk Hukuku'nda ortaya çıkan bu tablo, kaynak düzenleme İBK m.760 hükmünün 2020 yılında değiştirilmesinden önce İsviçre Hukuku'nda yönetici sorumluluk davalarının zamanaşımına ilişkin doktrin ve Yargıtay yaklaşımıyla benzerlik göstermektedir. İsviçre'de doktrin ve yüksek mahkemenin devam eden zarar ve fiil konusundaki yorumu, 2020 yılında yapılan değişiklikte İBK m.760 hükmünde normatif düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu sebeple aşağıda İBK m.760 hükmünün revizyon öncesi ve sonrası düzenlemesi incelenmiştir.

IV. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 760. Maddesindeki Düzenleme

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 760. Maddesi, 1991 yılında yapılan geniş çaplı revizyonda aynen korunan ve ilk kez 2020 revizyonunda ele alınan bir hükümdür.⁷³ 2020 yılındaki revizyon ile İsviçre Borçlar Kanunu'nda anonim

⁷³ Hükümün tarihçesi için bkz. GERICKE / WALLER, Art.760, No. 1.

şirketlere ilişkin birçok konuda,⁷⁴ bu arada zamanaşımıyla ilgili çeşitli hükümlerde değişiklik yapılmış, beraberinde zamanaşımına ilişkin yeni hükümler getirilmiştir.⁷⁵ İBK'da getirilen zamanaşımı konusundaki değişiklikleri genel olarak ifade etmek gerekirse, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmedeki asgari/nispi zamanaşımı süreleri 1 yıldan 3 yıla, beden sakatlığı veya ölüm doğuran eylemlerde azami/mutlak zamanaşımı süresi 10 yıldan 20 yıla çıkarılmış, zamanaşımını durduran haller değiştirilmiş, genişletilmiş, zamanaşımının kesilmesinin müteselsil sorumlulara etkisi düzenlenmiş, rücu zamanaşımı getirilmiş ve zamanaşımı definden feragatin şartları düzenlenmiştir.⁷⁶

İsviçre Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükümlerinde değişiklik öngören Tasarı, 15 Temmuz 2018 tarihinde kabul edilerek, 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁷⁷ 2020 tarihinde yapılan revizyonda anonim şirkette yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin İBK'nın 760. maddesinde de değişiklik yapılmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin kökleşmiş kararlarına göre, yönetim kurulu üyelerinin kişisel sorumluluğunda zamanaşımı münhasıran İBK m.760 hükmüne tabidir.⁷⁸ İBK m.760 hükmü, TTK m.560 hükmünün kaynağını oluşturduğu için, aşağıda revizyon öncesi ve sonrası düzenlemesine yer verilmiştir.

⁷⁴ 2020 Tarihli Revizyon Tasarısı'ndaki değişiklikler için bkz. GERICKE, Dieter / MÜLLER, Andreas / HÄUSERMANN, Daniel / HAGMANN, Nina, Neues Aktienrecht: Tour d'Horizon, GesKR 2020, s. 323; ŞAHİN, Ayşe, İsviçre Revizyon Tasarısı'nda Anonim Ortaklık Genel Kurullarına İlişkin Öngörülen Değişiklikler, Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, Ocak 2021, s. 395-416; Ayrıca 2016 Tarihli Revizyon Tasarısı hakkında bkz. ERDEM, Ercüment, İsviçre Şirketler Hukukuna İlişkin Kanun Taslağı ve Taslağın Türk Hukukuna Etkisi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Aralık 2015, s. 141-194.

⁷⁵ İsviçre Borçlar Kanunu'nda zamanaşımına ilişkin tüm hükümlerdeki değişiklikler hakkında bkz. KAŞAK, Esra / GANBARİ, Muhammed Kiobers, İsviçre Borçlar ve Ticaret Hukukunda Zamanaşımı Revizyonu, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIV, S. 1, 2020, s. 93-126; SARIKAYA, Murat, İsviçre Borçlar Hukuku'nda Zamanaşımına İlişkin 1 Ocak 2020 Yürürlük Tarihli Değişiklikler ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri: Özellikle Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararlarda Düzenleme İhtiyacı, MARUHAD, C. 26, S. 2, Aralık 2020, s. 1203-1219.

⁷⁶ Bu değişikliklere ilişkin detaylı bilgi için bkz. GERICKE / MULLER / HÄUSERMANN / HAGMANN, s. 323-341; SARIKAYA, s. 1204.

⁷⁷ Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts) Änderung von 15. Juni 2018, AS 2018 5343 (Erişim Tarihi: 11.02.2022, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2018/807/de>); BBI 2018 3537.

⁷⁸ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 31.03.2014 tarihli, 4A_452/2013 sayılı kararı ve orada atıf yapılan 04.10.2004 tarihli ve 4C.142/2004 sayılı kararı ile 21.12.2000 tarihli 4C.298/2000 sayılı kararı için bkz. BGer4A_452/2013, E.6.1 <https://d2949dc635c6a357b8576413b60d-58d4bf7efa8d.vetisonline.com/de/doc/claw/dfaed0f1-b678-43a1-bcd9-ea04fbd82472/se-arch/156540685> (Erişim Tarihi 3.4.2022).

A. Revizyon Öncesi İBK m.760 Düzenlemesi

TTK m.560'ın kaynağını oluşturan İBK m.760 hükmünün revizyon öncesi metni şöyleydi:

“(1) Yukarıdaki hükümlere göre sorumlulara karşı tazminat talebi, zarar görenin zararı ve tazminat ödemekle yükümlü olanı öğrendiği günden itibaren beş yıl, fakat herhalde zarar veren davranışın meydana geldiği günden itibaren on yıl sonra zamanaşımına uğrar.

(2) Eylem, ceza hukukunun daha uzun bir zamanaşımı süresi öngördüğü bir suçtan kaynaklanıyorsa, bu zamanaşımı süresi hukuk davası için de geçerlidir.”⁷⁹

TTK m.560'a kaynak teşkil eden İBK m.760'ın değiştirilmeden önceki halinde, yöneticilerin sorumluluğu, zarar görenin zararı ve sorumluları öğrendiği günden itibaren 5 yıllık, herhalde zarar doğuran eylemin meydana geldiği tarihten itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi kılınmıştı. Eylem daha uzun zamanaşımı süresine tabi bir suç teşkil ediyorsa, yöneticiye yöneltilen tazminat talebinin de ceza zamanaşımı süresine tabi olacağı öngörülmüştü.⁸⁰

Görüldüğü üzere, mehzaz hüküm İBK m.760'ın 2020 öncesi düzenlemesinde, yöneticilerin sorumluluğu TTK m.560'da öngörülen iki ve beş yıllık zamanaşımı süresine nazaran daha uzun bir zamanaşımı süresine tabi kılınmıştır. 6102 sayılı TTK oluşturulurken, önceki düzenlememiz 6762 sayılı ETTK m.309'da yer alan iki ve beş yıllık süreler, TTK m.560'a aynen aktarılmıştır. Nitekim Gerekçe'de de TTK m.560'ın ETTK m.309'un tekrarı olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla Kanun koyucu, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda öngörülen 5 ve 10 yıllık süreleri 6102 sayılı Kanun'a aktarmamayı tercih etmiştir.

⁷⁹ 2020 Değişikliği Öncesi -OR Art.760 - (1) Der Anspruch auf Schadenersatz gegen die nach den vorstehenden Bestimmungen verantwortlichen Personen verjährt in fünf Jahren von dem Tage an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablaufe von zehn Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet.

(2) Wird die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährung vorschreibt, so gilt diese auch für den Zivilanspruch.

⁸⁰ RİHM / KÄNZIG, s. 557-560; FORSTMOSER Peter / MEIER-HAYOZ Arthur / NOBEL Peter, Das schweizerische Aktienrecht, CHT Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Auflage 3, 2016, s. 1001-1003; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, Das schweizerische Aktienrecht, Bern, 1996, § 36, Rn. 146-171.

B. Revizyon Sonrası İBK m.760 Düzenlemesi

1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe giren İBK m.760'ın yeni düzenlemesinde önceki hükümdeki 5 ve 10 yıllık süreler aynen korunmuştur. Ancak 10 yıllık uzun/mutlak zamanaşımı süresinin başlangıcı bakımından önemli bir değişiklik öngörülmüş ve uzun zamanaşımı süresinin başlangıcı açısından zararın sona ermesinin etkisine yer verilmiştir. Bir diğer yenilik ise, ceza zamanaşımının sorumluluk davasına etkisi, yeni maddede daha ayrıntılı düzenlenmiştir. Bu değişiklikler, yenilikler İBK m.760'ın yeni metninden tespit edilebilmektedir:

“(1) Yukarıdaki hükümlere göre sorumlu kişilere karşı tazminat talebi, zarar görenin zararı ve tazminle yükümlü kişiyi öğrendiği günden itibaren beş yıl, fakat herhalde **zarar veren davranışın meydana geldiği veya sona erdiği günden itibaren** on yıllık sürenin geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

(2) Tazminle yükümlü kişinin zarar doğuran **davranışı** bir suç oluşturuyorsa, tazminat talebi en erken ceza davası zamanaşımına uğradığında zamanaşımına uğrar. İlk derece mahkemesinin mahkumiyet **kararının verilmesi sırasında dava zamanaşımı süresi dolmamışsa, talep kararın verilmesinden itibaren üç yıl sonra zamanaşımına uğrar.**”⁸¹

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 760. maddesinin yeni metninin Gerekçesinde, revizyonun amaçlarından birinin zamanaşımı sürelerinin uzatılması olduğu, İBK'da haksız fiile dair İBK'nın 60. maddesinde 1 yıldan 3 yıla çıkarılan zamanaşımı süresi dikkate alınarak, yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davasının 5 yıllık zamanaşımı süresinin, İBK m.60'daki süreyle yeknesaklığı sağlamak üzere indirilmesinin düşünülmediği ifade edilmiştir.⁸²

⁸¹ **2020 Değişikliği Sonrası-OR Art.760 - (1) Der Anspruch auf Schadenersatz gegen die nach den vorstehenden Bestimmungen verantwortlichen Personen verjährt in fünf Jahren von dem Tage an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablaufe von zehn Jahren, vom Tage an gerechnet, an welchem das schädigende Verhalten erfolgt oder aufhörte.**

(2) Hat die ersatzpflichtige Person durch ihr schädigendes Verhalten eine strafbare Handlung begangen, so verjährt der Anspruch auf Schadenersatz frühestens mit Eintritt der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung. Tritt diese infolge eines erstinstanzlichen Strafurteils nicht mehr ein, so verjährt der Anspruch frühestens mit Ablauf von drei Jahren seit Eröffnung des Urteils.

⁸² KAŞAK / GANBARİ, s. 119; BİNDER Andreas / ROBERTO Vito, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft - Vergütungsverordnung, Art.530-771 OR, Art.760 OR, Rn. 5, s. 1003; SETHE, Rolf / ÇETİNKAYA, Meltem, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht, SJZ 114/2018 s. 496; SETHE, Rolf / LÜTOLF, Daniel, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht, SJZ 116/2020, s. 709.

Bu düşünceden hareketle İBK m.760'ın yeni düzenlemesinde zamanaşımı süreleri aynen muhafaza edildiği gibi, 5 yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı an bakımından da bir değişiklik olmamıştır.

Buna karşılık 10 yıllık mutlak/azami zamanaşımı süresinin başlangıç anında olumlu yönde bir değişiklik öngörülmüştür. Revizyon öncesi metinde geçen, “*zarar verici eylemin meydana geldiği günden itibaren*” ibaresi yerine “zarar veren davranışın meydana geldiği veya sona erdiği günden itibaren” (*vom Tage an gerechnet, an welchem das schädigenden Verhalten erfolgte oder aufhörte*) ifadesi getirilmiştir.

Böylece 10 yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç anına ilişkin önemli bir değişiklik yapılmıştır. On yıllık mutlak zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için, İBK m.760'a eklenen “davranışın sona erdiği an” dikkate alınacaktır.⁸³ Bu değişiklik, zararın veya zarar veren davranışın zamansal olarak devam ettiği durumlar düşünülerek, 10 yıllık azami zamanaşımı süresini, zarar veren davranışın veya zararın sona erdiği andan başlatmayı amaçlamaktadır. Çünkü zarar verici eylemin veya onun sonucu zararın devam ettiği durumlarda, 10 yıllık zamanaşımı süresini zararın meydana geldiği tarihten başlatmak, devam eden zarar verici eylem sebebiyle doğan zararlar için zarar görenin, anonim şirket yöneticilerine açacağı sorumluluk davasının zamanaşımına uğraması gibi adil olmayan bir sonuç doğurmaya müsaittir. Bu nedenle İsviçre yargısı ve doktrininde⁸⁴ devam eden zarar ve eylem ilişkin sorumluluk talebinin 10 yıllık mutlak zamanaşımı süresinin zararın veya zarar veren davranışın sona erdiği andan itibaren işlemeye başlayacağı görüşü,, isabetli olarak İBK m.760'ın yeni metnine girerek yasal dayanağa kavuşturulmuştur.

İBK m.760'da dikkat çeken bir diğer olumlu gelişme ise, 10 yıllık azami sürenin zarar verici **davranışın** (*Verhalten*) meydana geldiği veya sona erdiği günden işlemeye başlayacağı şeklinde, revizyon öncesi metinde geçen “Eylem/Fiil” (*Handlung*) kelimesi yerine, “**Davranış**” (*Verhalten*) kelimesinin kullanılmasıdır.⁸⁵ Bu bilinçli bir tercihtir. Çünkü yönetici sorumluluğu doğuran bir çok olayda sadece bir fiil ya da eylem değil, bir davranış şekli, tutum

⁸³ İBK m.60 ve İBK m.760'daki değişiklikler için bkz. KAŞAK / GANBARİ, s. 96-99, s. 118-120.

⁸⁴ Bir çok kaynak yerine bkz. GERICKE / WALLER, Art.760, No. 4.

⁸⁵ *Binder/Roberto*, zamanaşımının revizyonu ile Mutlak zamanaşımı süresinin, hakim doktrin ve içtihat ile uyumlu olarak, sadece eylemin (fiilin) değil, zarar doğurmaya elverişli tekrarlanan ihmalleri de kapsayacak şekilde açıklığa kavuşturulmasını olumlu bulmaktadır. Bkz. BINDER / ROBERTO, Rn. 7, s. 1043; Ayrıca bkz. KAŞAK / GANBARİ, s. 97.

zarara sebep olabilir. Özellikle ihmali nitelikteki davranışlarda böyledir. Özen yükümlülüğüne aykırılıklarda, gösterilmesi gereken özenin gösterilmemiş olması halinde, icra edilen bir fiilden değil, icra edilmesi gerektiği halde yapılmadığı için sergilenen bir ihmali davranış söz konusudur. Örneğin, maden yatağı olduğu zannıyla şirket için satın alınan araziyi, satış öncesi uzmanlara incelettirerek uzman raporu alınmaması durumunda, ihmali bir davranışla şirketin zarara uğratılması söz konusudur. Bu nedenle, İBK m.760'da eylem/fiil (*Handlung*) kavramı yerine, daha kapsayıcı olmak üzere davranış (*Verhalten*) kavramının kullanılması yerinde olmuştur.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 760. maddesindeki bir diğer değişiklik ise, 760. maddenin 2. fıkrasında yapılmıştır. Revizyon öncesi metinde 2 fıkradaki düzenlemesine ekleme yapılmıştır. Öncelikle birinci cümlede, tazminle yükümlü kişinin zarar doğuran davranışı bir suç oluşturuyorsa, tazminat talebinin en erken ceza davası zamanaşımına uğradığında zamanaşımının gerçekleşeceği şekilde, daha açıklayıcı bir ifadeye kavuşturulmuştur. Ayrıca İkinci fıkranın ikinci cümlesine, "*İlk derece mahkemesinin mahkumiyet kararının sonucu olarak bu artık gerçekleşmeyecekse, talep kararın verildiği tarihten 3 yıl sonra zamanaşımına uğrar.*"⁸⁶ ifadesinin eklenmesiyle yapılmıştır. Buna göre, zarar veren davranış suç teşkil ettiği için daha uzun ceza davası zamanaşımına tabiyken, mahkemenin kararından dolayı ceza davası zamanaşımını uygulama imkanı kalmamışsa, kararın verildiği günden başlayacak 3 yıllık bir zamanaşımı süresi getirilmiştir. Böylelikle kararın verildiği günden başlayacak ilave bir 3 yıllık zamanaşımı süresi içinde zarar gören şirket, pay sahibi veya alacaklı sorumluluk davası açabilecek imkana kavuşmuştur. İBK m.760'ın yeni metnindeki bu değişiklik sayesinde, uzatılmış zamanaşımı süresi olarak doktrinde ifade edilen ceza davası zamanaşımı süresinin, sorumluluk davası bakımından daha etkin uygulanması mümkündür.

Sonuç

TTK m.560'da sorumluluk davasına ilişkin zamanaşımı süreleri davacılar arasında ayırım yapılmaksızın, şirket, pay sahipleri veya alacaklılar için aynı zamanaşımı süresi öngörülerek şirketin açacağı sorumluluk davasının geçmişten gelen 6762 sayılı TTK döneminde ETBK m.126/4 (TBK m.147/4)'e göre 5 yıllık zamanaşımına tabi olduğu tartışmasını bitirmiş olması isabetlidir.

⁸⁶ İBK m.760/2, c.2: "*Tritt diese infolge eines erstinstanzlichen Strafurteils nicht mehr ein, so verjährt der Anspruch frühestens mit Ablauf von drei Jahren seit Eröffnung des Urteils.*" BINDER / ROBERTO, Rn. 5, s. 1001.

Ancak sorumluluk davasının zamanaşımına ilişkin yukarıda yer verdiğimiz sorunlar varlığını devam ettirmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, TTK m.560 hükmünde zararın ve sorumlunun öğrenilmesinden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresi, devam eden zararlar bakımından uygulamada tereddüde yol açmaktadır. Her ne kadar bu çalışmada incelediğimiz üzere, “zararın öğrenilmesi” kavramının, zararın bilinmesini değil, kapsam, içerik ve şartları itibariyle öğrenilmiş olması, zararın unsurlarından olan “kesinlik” unsurunu taşıyor olması gerektiği, devam eden fiil ve zararlar fiil ve zarar tamamlanmadıkça, sona ermedikçe, zararı öğrenme olgusu gerçekleşmeyeceği hususu doktrinde ve içtihatlar da benimsenmiş gözükse de, bir sorumluluk davasında davalı konumundaki sorumlu yöneticiler tarafından bir savunma vasıtası olarak, zamanaşımı definin ileri sürülmesine engel olmamaktadır.

Aynı şekilde beş yıllık azami zamanaşımı süresine ilişkin TTK m.560’daki “*her halde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren*” ibaresi de, yine devam eden/gelişen fiil söz konusu olduğu davalar bakımından uygun olmayan sonuç yaratmaktadır. Fiil daha henüz sona ermemişken, beş yıllık azami zamanaşımı süresini maddenin lafzına uyarak fiilin ilk meydana geldiği tarihten başlatmak da, davacının dava hakkının zamanaşımına uğramasına sebep olmaktadır. Gerçi fiilin devam eden özellik gösterdiği durumlarda, fiilin bu özelliği sebebiyle sona ermeden meydana gelmeyeceği savunulabilirse de, sorumluluk davasında ileri sürülmesine engel değildir.

Bu yüzden İBK m.760’da 2020 yılında yapılan değişiklikle madde metninde, “... *sorumlu kişilere karşı tazminat talebi, zarar görenin zararı ve tazminle yükümlü kişiyi öğrendiği günden itibaren beş yıl, fakat herhalde zarar veren davranışın meydana geldiği veya sona erdiği günden itibaren on yıllık sürenin geçmesiyle zamanaşımına uğrar.*” şeklindeki değişiklik, devam eden zararlar bakımından zamanaşımı süresinin başlangıcında azami sürenin başlangıç anını belirlemesi bakımından faydalı olmuştur. Ancak görüleceği üzere, asgari/nispi zamanaşımı süresinin başlangıcı bakımından herhangi bir değişiklik bulunmamaktadır. Bu sebeple kanaatimizce, her ne kadar doktrin ve içtihatlar da devam eden fiil ve zararlar bakımından iki yıllık sürenin fiil veya zarar sona ermedikçe, tamamlanmadıkça başlamayacağı yönünde de olsa, bu görüşü yasal bir dayanağa kavuşturmak bakımından, TTK m.560 hükmünde sadece, beş yıllık azami sürenin başlangıç anı bakımından madde metnine, İBK m.760’daki değişikliği ithal etmek yeterli olmayacaktır.

Ayrıca İBK m.760'da 2020 revizyonu öncesi geçen zarar veren “*eylem, fiil*” (*Handlung*) kelimesi yerine, “*davranış*” (*Verhalten*) kelimesinin kullanılması da, İsviçre Hukuku'nda ihmali nitelikteki davranışların da sorumluluk ve zamaşaşımı bakımından etkisini vurgulamış olmaktadır. Ancak TTK m.560 hükmünde geçen “*fiil*” kelimesi Arapça kökenli olup, Türkçe'de “*davranış*” anlamını da taşımaktadır. Aynı şekilde, “*davranış*” kelimesi, muamele, hareket yani fiil anlamına da gelmektedir.⁸⁷ Dolayısıyla İBK m.760'ın metnine revizyon sonrası, ihmalleri de kapsamak amacıyla getirilen “*Verhalten*” kelimesinin Türkçe karşılığı “*davranış*” kelimesinin, “TTK m.560 hükmüne alınması, bir fark yaratmayacaktır. Ancak amaç, sorumluluk davasının zamaşaşımının başlangıcında sorumluluğu söz konusu yöneticinin aktif hareketleri yanına pasif tutumunu da, yani ihmallerini de dahil etmekse, bunun için TTK m.560 hükmüne “veya ihmalin” ibaresi eklenebilir.

Bu itibarla, yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde; bir fıkradan oluşan TTK m.560'ın birinci cümlesinde yer alan “*Sorumlu olanlara karşı tazminat isteme hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her halde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamaşaşımına uğrar.*” şeklindeki ifadenin, aşağıdaki şekilde değiştirilmesinin uygulamada faydalı olacağını düşünmekteyiz:

“Sorumlu olanlara karşı tazminat isteme hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her halde zarar doğuran fiil veya ihmalin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamaşaşımına uğrar. Fiil veya ihmali ya da bunlardan doğan zarar devam eder nitelikteyse, sona ermedikçe zamaşaşımı işlemez.”

Diğer taraftan, İBK m.760/2'de ceza davası zamaşaşımı süresinin uygulanması bakımından 2020 yılında yapılan; “*İlk derece mahkemesinin mahkumiyet kararının sonucu olarak bu artık gerçekleşmeyecekse, talep kararın verilmesinden üç yıl sonra zamaşaşımına uğrar.*” şeklindeki ekleme de sorumluluk davasında davacının talep hakkının daha uzun bir zamaşaşımına tabi tutulması imkanını getirmiştir. Şöyle ki, sorumluluk doğuran davranışın suç teşkil etmesi ve daha uzun ceza davası zamaşaşımına tabi olmasına rağmen, ceza davasındaki karar (takipsizlik, beraat) sebebiyle bunun uygulanma imkanı kalmamışsa, bu takdire kaynak İsviçre Hukuku'nda yöneticilere karşı sorumluluk davası bakımından karar tarihinden itibaren başlayacak üç yıllık

⁸⁷ Bkz. www.sozluk.gov.tr.

bir zamanaşımı süresinin işlemei mümkün hale gelmiştir. Bu itibarla, bu eklemenin de TTK m.560'a yansıması yöneticilere karşı sorumluluk davasının etkinliğine katkı sağlayacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yöneticilerin sorumluluk doğuran davranış, eylem ve ihmallerinin birçoğu uzun süre geçtikten, bu kişiler yönetim görevinden ayrıldıktan sonra fark edilmekte, öğrenilmektedir. Bu durumda da TTK m.560 hükmündeki “*her halde zararı doğuran fiilin meydana geldiği tarihten*” işlemeye başlayan beş yıllık zamanaşımı süresi çoktan geçmiş olabilmektedir. Bu sebeple TTK m.560'daki beş yıllık azami zamanaşımı süresinin, kaynak kanunda olduğu gibi on yıla çıkarılması, yöneticilerin vermiş olduğu zararın sorumluluğundan kısa sürede kurtulmalarının önüne geçecektir.

Kaynakça

- AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul, 2016.
- ALTAY, Sıtkı Anlam, Sorumluluk Perspektifinden Anonim Ortaklıkta Finansal Durumun Bozulmasını Önlemeye Yönelik Tedbirler: Basit Özkaynak Kaybı, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, Eylül-Ekim 2019, S. 181-182, s. 1595-1623.
- ALTAY, Sıtkı Anlam, Yargıtay Kararları Işığında Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunda Doğrudan Sorumluluk Dolayısıyla Sorumluluk Ayrımına Bağlı Hukuki Sonuçlar, XXXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara, 2018/V, s. 69-97.
- ALTAY, Sıtkı Anlam, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Farklılaştırılmış Teselsül, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C. 14, S. 151, Mart 2019, s. 68-75.
- ALTIN, Hayrünisa, Haksız Fiillere Ceza Kanunlarındaki Zamanaşımının Uygulanması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 69, 2020/1, s. 1-32.
- ANSAY, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, 1982 (Anonim Şirketler).
- ANSAY, Tuğrul, Çağdaş Anonim Şirketin Hukuki Sorunları ve Türk Anonim Şirketleri, Ankara, 1971 (Hukuki Sorunlar).
- BAHTİYAR, Mehmet, Anonim Şirket Adına Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu, Prof. Dr. Seza Reisoğlu'na Armağan, Ankara, 2016/XII, s. 393-414 (Sorumluluk).
- BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 14. Bası, İstanbul, 2020 (Ortaklıklar).
- BİNDER Andreas / ROBERTO Vito, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft - Vergütungsverordnung, Art.530-771 OR.
- BOZKURT, Tamer, Şirketler Hukuku, 14. Bası, Ankara, 2020.
- BÖCKLİ, Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich, 2009.
- BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, Maddi Zarar Kavramı, İstanbul, 2007.
- ÇAMOĞLU, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2010 (Yönetim Kurulu).
- ÇAMOĞLU, Ersin, Anonim Şirket İdare Meclisi Üyelerine Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarında Zamanaşımı, Batider 1965, C. III, s. 266-279 (Zamanaşımı).
- ÇAMOĞLU, Ersin, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı - Yaklaşım Dergisi, Mayıs 2012 (2012), <http://www.ticaretkanunu.net/makale-20> (Zamanaşımı).
- ERDEM, Ercüment, İsviçre Şirketler Hukukuna İlişkin Kanun Taslağı ve Taslağın Türk Hukukuna Etkisi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Aralık 2015, s. 141-194.

- EREN, Fikret / DÖNMEZ, Uysal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. II, m.49-82, Ankara, 2022 (Şerh II).
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Bası, Ankara, 2021 (Genel Hükümler).
- FORSTMOSER Peter / MEIER-HAYOZ Arthur / NOBEL Peter, Das schweizerische Aktienrecht, CHT Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Auflage 3, 2016 (Handkommentar).
- FORSTMOSER, Peter / MEIER-HAYOZ, Artur / NOBEL, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996 (Aktienrecht). 146-156.
- FORSTMOSER, Peter, Die Verantwortlichkeit der Organe, ST 65 (1991), s. 536-541 (Verantwortlichkeit).
- FORSTMOSER, Peter, Aktienrechtsreform 2020: Was Wurde Erreicht? Und Was Hat Man Verpasst?, Ekspert Focus, 2016, 6/21, Seite 320-323 (Aktienrechtsreform).
- FORSTMOSER, Peter, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII EIZ Schult-hess 2016, s. 185-233 (Unternehmensrecht).
- GERICKE, Dieter / WALLER, Stefan (Editörler Honsell, Heinrich / Vogt, Peter Neditim / Watter, Rolf, Basler Kommentar, Obligationenrecht, 5. Auflage, Bern, 2016.
- GERICKE, Dieter / MÜLLER, Andreas / HÄUSERMANN, Daniel / HAGMANN, Nina, Neues Aktienrecht: Tour d’Horizon, GesKR 2020, s. 323-341.
- GÜL, İbrahim, Zararın Birliğı İlkesi ve Sonuçları, TBB Dergisi, S. 140, 2019, s. 221-237.
- GÜNEŞ, Derya Belgin, Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri, İstanbul, 2019.
- HELVACI, Mehmet, Anonim Ortaklık Tarafından Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Genel Kurul Kararlarının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu, Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2018, s. 143-171.
- KAŞAK, Esra / GANBARİ, Muhammed Kiobers, İsviçre Borçlar ve Ticaret Hukukunda Zamanaşımı Revizyonu, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIV, S. 1, 2020, s. 93-126.
- KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, İstanbul, 2016.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Ankara, 2021.
- MİMAROĞLU, Sait Kemal, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967.

- OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 16. Bası, İstanbul, 2021.
- ÖZBOYACI, Alper, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin TTK 560 Uyarınca Uzamış Zamaşıımına Göre Sorumlu Tutulması, SÜHFD, C. 29, S. 2, 2021, s. 1037-1077.
- POROY, Reha (TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin), Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, İstanbul, 2021 (Ortaklıklar I).
- POROY, Reha (TEKİNALP, Ünal / TEKİNALP, Gülören), Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu, İÜHFM, 1981, C. 45, S. 1-4, s. 347-398 (Organların Sorumluluğu).
- PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 8. Bası, Ankara, 2022 (Şirketler).
- PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. IV, 4. Bası, Ankara, 2022 (Şerh IV).
- RİHM Thomas / KÄNZİG, David; Aktienrecht Kommentar Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, Orell Füsli Kommentar, Auflage 1, Zürich, 2016.
- SARIKAYA, Murat, İsviçre Borçlar Hukuku'nda Zamaşıımına İlişkin 1 Ocak 2020 Yürürlük Tarihli Değişiklikler ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri: Özellikle Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararlarda Düzenleme İhtiyacı, MARUHAD, C. 26, S. 2, Aralık 2020, s. 1203-1219.
- SEROZAN, Rona / ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, K. Emre / DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat (Çelik, Nazlı Hilal), İstanbul Şerhi - Türk Borçlar Kanunu, İstanbul, 2018.
- SETHE, Rolf / ÇETİNKAYA, Meltem, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht, SJZ 114/2018, s. 494-500.
- SETHE, Rolf / LÜTOLF, Daniel, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht, SJZ 116/2020, s. 709.
- STUDER, Christoph D., Haftpflichtkommentar Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, DIKE Verlag 2016, s. 1041-1051.
- STUDER, Christoph D., Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, 2016.
- SÜMER, Ayşe, Ticaret Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2018.
- ŞAHİN, Ayşe, İsviçre Revizyon Tasarısı'nda Anonim Ortaklık Genel Kurullarına İlişkin Öngörülen Değişiklikler, Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, Ocak 2021, s. 395-416.
- ŞENER, Oruç Hami, Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi, 2. Bası, Ankara, 2020 (Emsal Kararların).

- ŞENER, Oruç, Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 15. Bası, Ankara, 2022.
- ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ders Kitabı, 5. Bası, Ankara, 2022 (Ortaklıklar).
- TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2020 (Sermaye Ortaklıkları).
- TOPUZ, Murat, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Zamanaşımının İşlemeye Başlaması İçin Gerekli Koşullardan Olan “Zararın Öğrenilmesi” Olgusu (TBK m.72), Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 157, Eylül 2019, s. 1774-1782.
- TÜRK, Hikmet Sami, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı ve Başlangıcı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI, Ankara 1989, s. 1-52.
- YANLI, Veliye, Şirkete Verilen Zarar Sebebiyle Sorumluluk Bağlamında Yönetici Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliliği Sorunu, Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, Özel Sayı, Mart 2019, s. 46-57.
- YENERER ÇAKMUT, Özlem, Türk Borçlar Kanunu m.72 ve m.74 Bakımından Ceza Hukukunda Ceza Sorumluluğunun Esası ve Dava Zamanaşımı Kavramlarına Kısa Bir Bakış, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, C. II, İstanbul, 2012, s. 28-36.

Hukukçunun Pedagojisi Sistemin Bugününde Şartlar, Kısıtlar ve İmkânlar^(*)

Lawyer's Pedagogy Systemic Circumstances, Limits and Possibilities of the Day

*Gökçe ÇATALOLUK^(**)*

Öz:

Sistemik darboğaz yahut kriz dönemlerinde hukuk eğitimini tartışma konusu yapmak gelenekselleşmiştir. Hukuk eğitimi ise, çoğu kez bir fakülteler hatta daha kısıtlı bir müfredat sorunu olarak ele almır. Oysa hukukçu sosyal alanda sürekli kendini yeniden biçimlendirir. Mevzubahis biçimlendirmenin salt mesleki bir sterillige mi yoksa toplumsal dönüşüme mi meylettiği ise ciddi bir pedagoji sorunudur zira hukuk, eğitimi bahsine hiç girilmese dahi kendinde ideolojik ve dolayısıyla da inşa edici bir disiplindir. Bu makale, hukukçunun günümüzün ekonomik ve politik yapısal kısıtları içerisinde nasıl eğitildiğini, nasıl eğitilmesinin imkân dahilinde olduğunu ve nasıl eğitilirse bir toplumsal dönüşümün bir parçası sayılabileceğini ele alıyor. Bunu yaparken Paulo Freire'nin pedagojik yönteminden kısmen faydalanarak eleştirel/dönüştürücü bir hukukçuluğun zemininin sadece fakültelerde verilen eğitimde değil, hukukun uygulamasından yani pratikten yola çıkarak, pratiğin kendi üzerine düşünmesi yoluyla ortaya konabilecek teoride de olduğu savlanıyor. Bu, toplumsal faydayı ciddi oranda artıracak hukukçuluk tercihlerini de besleyecek bir zemindir ve teori ve pratiğin, tedrisatın ve icrannın sürekli birbirini beslemesi yoluyla bu yolu tercih etmeyecek hukukçuları dahi yetkinleştirir.

Anahtar Kelimeler:

Eleştirel Pedagoji, Hukuk Eğitimi, Müfredat, Hukuk Fakülteleri, Dönüştürücü Hukukçuluk.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale geliş tarihi: 11.04.2022 - Makale kabul tarihi: 03.06.2022.

^(**) Doç. Dr., İ. Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı,

E-posta: gokce.cataloluk@bilgi.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-6001-8582>.

Abstract:

It has become traditional to discuss about legal education in times of systemic rough passages or crises. Legal education, on the other hand, is often handled as a faculties or even a curriculum issue. However, lawyers reshape themselves in the social field. Whether this reshaping or reforming tends towards a purely professional sterility or social transformation is a serious pedagogical problem, since law is an ideological and thus formative discipline “in itself”, even if education is not mentioned. This article deals with how lawyers are educated within today’s economic and political structural constraints, how it is possible to be educated and how they can be considered as a part of a social transformation. It is also claimed that the basis of a critical/transformativ practice is not only in the education given at the faculties, but also in the theory that can be put forward through the practice of law that has a sense of self- reflexivity. This argument is formed partially benefiting from the pedagogical method of Paulo Freire. This is a ground that will feed the choices of legal practice that will significantly increase social benefit, and it will empower even the lawyers who would not prefer this path.

Keywords:

Critical Pedagogy, Legal Education, Curriculum, Law Schools, Transformativ Legal Practice.

Giriş

Ünlü Brezilyalı eleştirel eğitimci Paulo Freire esasen bir avukattır. Umudun Pedagojisi adlı geç dönem çalışmasının girişinde yoksullukla yüzleştiği anlardan birinde mesleği nasıl bıraktığını ve sadece eğitimle uğraşmaya başladığını anlatır. Kararını bir dış hekimini bürosuna çağırıp onunla konuştuktan sonra vermiştir. Doktor bir muayenehane açmak için kredi çekmiş fakat borcunu çalışarak kapatamamıştır. Alacaklının avukatı olan Freire, o gün doktoru takip etmek yerine müvekkiline işi bıraktığını söylediğini anlatır. Hukuk onun için hâlâ önemlidir, temel bir ihtiyaçtır. “Yapılması gereken bir iş ve tıpkı diğer her şey kadar etiğe, yetkinliğe, ciddiyete ve insanlara saygı duymaya dayanmalıdır”¹ fakat o avukatlık yapmayacaktır.

Elinizdeki makalede Freire’yi başka bir dönem ve coğrafyada, benzer toplumsal koşullar içinden anlamaya çalışırken tam tersi bir tutumu benimsemenin de mümkün olduğu savunulacaktır. Hukukun toplumsal anlamına ilişkin pedagojik bazı değerlendirmeler içeren çalışmada hukuk eğitimi de sadece fakülte müfredatı olarak değil, bütünsel bir mesleki biçimleniş olarak ele alınacaktır. Bunun için önce, “pedagoji” den anlaşılanın ne olduğu, ardından özgül olarak hukuk fakültelerinin durumu, son olarak ise hukuk mesleklerinin dönüşümü içerisinde hukukçunun pedagojisinin yeniden biçimlenme imkânı tartışılacaktır.

¹ FREIRE, Paulo, Umudun Pedagojisi, Ezilenlerin Pedagojisi’ni Yeniden Yaşamak, İstanbul, 2020, s. 21-22.

I. Pedagoji-İdeoloji İlişkisinde Hukuk

Pedagoji psikoloji, öğrenmeye ilişkin bilimsel teoriler ve eğitim felsefesinin kesişim alanında öğretme yöntemlerini ele alan bir disiplindir. Kelimenin etimolojik vaaadinin dışında gibi görünse de yetişkin pedagojisi gündelik hayatımızın önemli bir bölümünü teşkil eder. Avrupa’da, özellikle Alman *Bildung* anlayışı, neoliberal dönemde farklı bir kavram olan “yaşam boyu öğrenme” ile karıştırılarak bir sertifika ve kurslar yığınına tahvil edilmiş olsa dahi bir şekliyle ayakta sayılabilir.² Hukukçunun pedagojisinden kasıt ise, onun sadece fakültede aldığı eğitim değil tam da bu çerçevede, hukukçunun yetişmesi için gerekli eğitimlerin, staj ve benzeri uygulamaların tamamıdır. Fakat bununla kalmaz. Gramsci’ye, hegemonya ilişkilerinin tamamının zorunlu olarak pedagojik ilişkiler olduğunu söyleten gerçek,³ hukuk alanında da eğitimin başka bir yönüyle mesleğin pratiğinde devam ettiğini öne sürmeye temel sağlar.

Öyleyse ilk basit önerme, hukuku bir pedagoji meselesi olarak ele alma zorunluluğunun onun ideolojik yapısından kaynaklandığına dairdir. Bu çerçeveden bakıldığında hegemonya (Gramsci’ye göre sivil toplum aralığında) bir ideolojik etkinliktir,⁴ eğitim ise onun rıza üretme araçlarından biri. Hukuk, öte yandan, aynı çizgiyi takip ederek Althusser’e dönecek olursak, ideolojik bir aygıt olduğu kadar devletin zor aygıtıdır.⁵ Varlığını sürdürmesi düzeni, hem onun ifadesi hem zemini olan yasayı korumasına, uygulamasına ve böylece yeniden üretmesine bağlıdır. Bunu sağlayabilmek için hukuksal iletişim, karmaşık bir ağ şeklinde bütün toplumsal ilişkileri sarar, hukuka uygun olan ve olmayanı ayırt ederek kendilerini yeniden üretirler. Eğitim, hukukun bu kendini üretim sürecinde onunla yapısal olarak eşleşir.⁶

Hukuk eğitiminin “düzen” le olan bu bağı, hukukun tanımı gereği sayılır. Fakat aynı tanımlarda hukukun bazı değerleri içerdiği de söylenir. En basiti

² Fakat *Alex Demirović*, “Bilim mi Ahmaklık mı?” başlıklı çalışmasında reform sonrası bu duruma neoliberal *Halbbildung* (Yarım Bildung) adını verir. DEMİROVIĆ, Alex, *Wissenschaft oder Dummheit? Über die Zerstörung der Rationalität in den Bildungs Institutionen*, Hamburg, 2015, s. 49.

³ MAYO, Peter, *Gramsci, Freire ve Yetişkin Eğitimi*, Ankara, 2011, s. 52-53.

⁴ KANSU KARADAĞ, Akasya, *Güçler Ayrılığı ve Hegemonya: Kuramsal Bir Tartışma*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2020, s. 14.

⁵ ALTHUSSER, Louis, *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları*, İstanbul, 2003, s. 69.

⁶ Bir başka deyişle aynı iletişimleri farklı şekillerde “işler”.

ve ilk akla geleni adalet olan bu değerler, genellikle pratik felsefenin ahlâk alanıyla ortaklaşa tartışılır. Hukuk fakültelerinde giriş derslerinin çoğunda, hakkı olana hakkını vermek, eşit olanlara eşit muamele etmek, yasaların herkese eşit mesafede olması, hâkimin uygulamada nasafet gözetmesi gibi ölçütler vasıtasıyla aktarılmaya çalışılan değerlerin hiçbiri özsel olarak hukuki değildir. Onları hukuka özgüleyen, kurumsallaşmış olmalarıdır. Bir babanın bazı çocuklarını kayırmasının neticelerinden farklı olarak mahkemeler birbirine benzer konularda birbirine benzer kararlar vermediklerinde sistem, bunu kurumsal açıdan düzelterek teçhizata sahiptir. Hukuk üstelik, süreklilik vasfı nedeniyle bu davranışın biteviye devamını normatif olarak garanti eder. Burada normatif, olması gereken koşulları kast eder ve işlemeyen sistemler için bir rezerv koyar. Başka bir deyişle, sistem iyi işlemiyor diye norm geçerliliğini yitirmez.

Bu denilenlerin pedagoji ve ideoloji ile ilişkisi, hukukçu zihniyetinin belirlenmesi açısındandır. Hukuk fakülteleri kurumsallaşmış bu değerler sistemini onları hiç anmadan dahi olsa, öğrencilere belletirler. Örneğin hukuk metodolojisinde gerekçe bahsi, bir kararın doğruluğunu, dolayısıyla prosedürel adalet bakımından yerindeliliğini tartışmaya yöneliktir. Yahut vicdani delil sistemindeki vicdan, kendini sınıfta sorgular. Ancak elbette, hukukun hayatı, fakültelerde başlamadığı gibi orada son da bulmaz. Sistemin kurgusal olmayan (yaşam) dünya(sı)yla karşılaştığı, öğrencinin aldığı büyük oranda pratik dogmatik bilgisini sınavabileceği alanlar öncelikle hukukun asıl işlevi olan uyumsuzlukları çözdüğü mahkeme salonlarıdır. Mahkemelerde, uygulama vasıtasıyla hukuk toplumsal hayatın çekirdeğine kavuşur.

Mahkeme, öte yandan, hukukun pedagojik yönünün de bir başka yansımasıdır. Dava, uyumsuzluğu çözmekle kalmaz; çözüm prosedürü içerisinde kendisine dâhil olanların davranışını “düzenler”, “düzeltir”. Bu, sadece staj yani açıkça öğrenme aşamasındakiler için değil, bütün hukuk aktörleri açısından böyledir. Nitekim yeni ve bilinenin çok ötesinde bir siyasi sistemin kurulmasında bir laboratuvar sayılabilecek Sovyetler Birliği’nin ilk yıllarında mahkemelerin eğitim alanı olduğunun kabul edildiği bilinir. Mahkemeler sadece davaya dâhil olan hukuk özneleri açısından da eğitici değildir. Sistem, en geniş anlamıyla hukuk aktörü sayılan toplumun bütünü de eğitir.⁷ Ancak

⁷ PASHUKANIS, Evgeny, Lenin and the Problems of Law, <https://www.marxists.org/archive/pashukanis/1925/xx/lenin.htm> (Erişim Tarihi: 30.3.2022).

burada, konuyu çok genelleştirerek bulanıklaştırmama kaygısıyla bu son değiniyi bir kenarda tutmak gerekecek.

Fakat şu önemlidir; hukuk, yetişkinlere okulda eğitimi verilen ve yaşam dünyasında da bu eğitimi sürdüren bir disiplin olarak bir pedagoji meselesi olarak değerlendirildiğinde ve onun toplumsal düzenin devamını sağlama bakımından değersel bir anlamı olduğu söylendiğinde bu, onu düzene tamamen teslim etmeyi zorunlu tutmaz. Tersine, tam da bu nedenle ona eleştirel pedagoji yönetimiyle⁸ yaklaşarak yüzeydeki değerleri kazıyıp derindeki somut ilişkileri ifşa etmek mümkündür. Bu, bir karşı hegemonya hareketi olarak düşünülebileceği gibi bu terminoloji uygun görülmezse bir ideolojik biçimlendirmedir de denilebilir. Freire, *Ezilenlerin Pedagojisi*'nde böyle bir edimin ancak dönüştürmek amacıyla dünya üzerinde düşünmek ve eylemde bulunmakla mümkün olduğunu söyler⁹ ve hukukçunun bu "öteki" pedagojisi ışığında ki, Freire'nin başta sözü edilen tercihi tersine çevrilebilir hale gelir.¹⁰

II. Fakülteler Sorunu

Hukuk fakülteleri bir sorun kalemi olarak sık sık ülke gündemine gelir. Son dönemde, fakültelerde daha pratik bir eğitim verilmesi zorunluluğuna işaret eden ve bunu okulda "duruşma salonu" gereğinde sembolleştiren bir ifade de gördük.¹¹ Fakat fakültelerin yaşam dünyasından kopuk olduğu iddi-

⁸ Çünkü eleştirel pedagoji, *Peter McLaren ve Nathalia Jaramillo*'nun veciz ifadeleriyle tam da "kendimiz için olduğu kadar başkaları için de saygınlık ve adalet özlemi duymak" motivasyonu ile hareket eden bir akımdır. MCLAREN, Peter / JARAMILLO, Nathalia, *Pedagoji ve Praksis*, İstanbul, 2009, s. 276.

⁹ FREIRE, Paulo, *Ezilenlerin Pedagojisi*, İstanbul, 1995, s. 31.

¹⁰ Elbette, Freireci dönüştürücü pedagoji, hukukçunun öğretimi için doğrudan uygulanabilir bir reğete değildir. Bunun temel sebebi, bu yaklaşımın Brezilya'da yaygın dışlanma ve ezilme deneyimi içinde, bununla mücadele etmek için geliştirilmiş bir teori olmasıdır. Fakat öğreti, farkındalık ve bilinçlenme gerektiren bütün alanlarda bir dönüştürücü metod olarak kullanılmaya da elverişlidir. TUSTING, Karin / BARTON, David, *Öğrenme Kuramları ve Yetişkin Öğrenme Modelleri Üzerine Kısa Bir İnceleme*, İstanbul, 2011, s. 70-71.

¹¹ Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği. Hukuk Eğitim Sempozyumu Akademisyen ve Öğrencileri Bir Araya Getirdi. <https://basin.adalet.gov.tr/hukuk-egitimi-sempozyumu-akademisyen-ve-ogrencileri-bir-araya-getirdi> (Erişim Tarihi: 13.3.2022). *Bahri Öztürk Hoca*'nın söyledikleri bu yazının ana fikri ile büyük oranda paralellik içermekle beraber "Uygulamadan kopuk, masanın başına geçmiş, kurduğu hayalleri kağıda dökmüş, ondan sonra da öğrencinin kafasına boca eden kişiye ben öğretim üyesi demem" ifadesine asıl "hayaller"i normatif bir sistem olan hukukun ürettiğini, kurgusal olayların hukuk eğitiminin bir parçası olarak ve salt bu kapsamda "hayal" olarak nitelenmesinin yerinde olacağını eklemek gerekir.

ası, hukukun okulda bu şekilde öğretilmeyeceği savı ne Türkiye'ye ne de zamanımıza özgüdür.¹² Sistemik krizinin görünür olduğu dönemlerde hukukun nasıl öğretildiğiyle ilgili endişeler doğması, yukarıda değinilen ideolojik işlevleri nedeniyle doğal sayılmalıdır. Esasen çatırdayan düzenin kurallar doğru öğretilerek muhafaza edilebileceği saf inancı bir yana, bu eğilim üretim ilişkilerinin kaldıramayacakları yükler nedeniyle uyarı verdiği anlamına gelir. Nitekim, bugün büyük ihtimalle yeni krizle beraber nihayetine geldiğimiz ve çoğu kez “neoliberal” olarak adlandırılan süreç¹³ Avrupa Birliği'nin sanayi rekabet politikalarının üniversite sistemine baskısı ile biçimlenmişti.

Burada fakülteler sorununu bugününü, hukuk eğitiminin durumunu ve geleceğini tekrar ele almadan önce ihmal edilen bir hususa değinmekte fayda vardır.

A. Hoca ve Aydın, Yanlış bir Eşitleme

Neoliberal biçimlenme sürecinin daha uzun yıllara yayılmış ve artık nedensellik ilişkisini kurmamıza bir ölçüde engel olan ciddi bir sonucu; entelektüel, Türkçedeki daha sorumluluk yüklü anlamıyla aydın figürünün üniversite hocasına, yaptığı işe bağlı bir kurumsal aidiyet sahibi olan ve kurumundan maaş alan bir çalışana indirgenmesi idi. Bu yanlış kanı, indirgemeden önce özdeşlik olarak, tarihsel bir anlam taşır. Üniversite hocalarının toplumsal bir anlamının olduğu söz gelimi 1960'lı ve 70'li yıllar boyunca bu işi salt kariyer olarak görenler dışındaki hocaların doğalında kamusal figürler olması beklenirdi. Yine söz konusu kesitte, Batılıların *public intellectual* dedikleri aydın tipi üniversite dışında da mevcuttu, itibar sahibiydi. Bugün üniversitede piyasa lehine yaşanan dönüşümün temel çıktılarında birinin hocaları performans değerlendirme sistemine adapte olarak ve proje bazlı çalışan meslek figürlerine indirgemesi olduğu söylenebilir. Kapitalizmin toplumsal ölçekte verdiği hasarın, bu durumun tam yankısı olarak, üniversitede olmayan aydın figürünü de zayıflattığını görmek; bu iki meseleyi bir arada tartmak ise daha fazla anlam taşır. Kişilerin kimlikleriyle, kimliklerin de çoğu kez meslekleri-

¹² 1970'lerin başında ABD açısından bir örnek için VUCOWICH, William T., Comment: The Lack of Practical Training in Law Schools: Criticisms, Causes and Programs for Change, Case Western Reserve Law Review, Vol. 23, Iss. 1, s. 144-145. 2010 yılında Almanya'dan bir tartışma için PETERSEN, Niels, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, 2010, https://homepage.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_10online.pdf (Erişim Tarihi: 3.4.2022).

¹³ KARAPEHLİVAN, Funda, Akademinin Kapitalist Dönüşümü ve Neoliberal Üniversitenin İnşası, Hukuk Defterleri S. 35, Ocak-Mart 2022, s. 21-22.

le tanımlandığı bu çağın temel vurgusu profesyonelleşmedir.¹⁴ Kalın hatlarıyla aktarılan bu biçimlenmenin çok katmanlı olduğu muhakkaksa da sonuçlar vazıhtır, kolayca gözlemlenebilir. Entelektüellik bir meslek görünümü haline geldiğinde, doğal olarak uzmanlaşmaya, uzmanlaşma ise yabancılaşmaya kapı aralar. Piyasa ölçütleriyle belli bir üretim standardına zorlanan üniversite çalışanı, öte yandan, entelektüel etiketini iletişim kanallarında pazarlayarak kendi reklamını yapmaya da mahkûm edilir.¹⁵ Burası ise görünürlükle toplumsal faydanın korelasyonunun tartışılması gereken noktadır.¹⁶

Görünümü farklılaşsa da somut üretim koşulları aynı kaldığı sürece nasıl *Bildung*dan sertifikalar ve kurslar sistemine geçiş mümkünse, esasında çok verimli bir eğitim modeli olan politeknik yaklaşımdan sermaye üniversite işbirliğine atılacak adımın mesafesinin de o kadar kısa olduğu görülüyor. Üniversiteler, sermaye ile girdikleri fayda ilişkisi çerçevesinde üreten merkezler haline geldikçe, muhalif kimlikli “uyumsuz” üniversite çalışanlarını tasfiye edemezse pasifleştirerek yeniden şekillenmektedir.¹⁷

Öte yandan aynı toplumsal dinamiklerin belirlediği akademi dışı araştırma ve düşün dünyasında, iş yükü ve performans baskısının yokluğunda dahi

¹⁴ DALLYN, Sam / MARINETTO, Mike / CEDERSTRÖM, Carl, The Academic as Public Intellectual: Examining Public Engagement in the Professionalized Academy, *Sociology*, December 2015, Vol. 49, No. 6, s. 1033 Yazarlar profesyonelleşme ile antientelektüalizmin birbirini beslediği gibi bir saptama yaparlar. Bu, kimlikler ile düşünülen bir çağın zorunlu sonucu da sayılabilir. Not edelim ki, uzmanlaşmanın entelektüelin üzerinde yaptığı baskıya ilişkin olarak Edward Said, 1990’larda, “... uzmanlaşma heyecan duyma ve bir şeyler keşfetme duygusunu da öldürür ki bunların her ikisi de bir entelektüelde mutlaka bulunması gereken duygulardır. Son tahlilde bana öyle geliyor ki uzmanlaşmaya teslim olmak tembelliktir; çünkü uzmanlık alanınızın gereklerine uyarak başkalarının sizden yapmanızı istediği şeyleri yaparsınız.” yazıyordu. SAID, Edward, *Entelektüel, Sürgün, Marjinal, Yabancı*, İstanbul, 1994, s. 76.

¹⁵ Bahsedilen basit bir “reklam yapma” değildir. Kitabınız çıktığını yayıncının duyurması yetmez, okulunuz da duyurur, öğrenci kulüpleri duyurur; kendiniz instagram hikayesi, twitter ile-tisi olarak paylaşırsınız; bu dahi kâfi gelmez, paylaşılanları paylaşırsınız ve tabii ki üzerinden zaman geçtikçe yayını ara sıra da hatırlatırsınız. Bu tür hareketlerin yerleşmesi ve kanıksanmasının kişide ve ilişkilerinde yaratacağı erozyonu ayrıca düşünmek ve tartışmak gerekir.

¹⁶ DALLYN / MARINETTO / CEDERSTRÖM, s. 1043-1044.

¹⁷ Covid kriziyle beraber “tarihin sonu”nda entelektüel emeği inceleyen makalesinde Richard Hall, üniversitelerde çalışanların giderek artan bir oranda ya kendilerini sömürür ya kendilerine zarar verir yahut da artık dünyanın değişeceğine dair halis bir umut sahibi olmadıkları için gereğinden fazla uyumsuz bir bilişsel çaba sarf eder hale geldiklerini söyler. HALL, Richard, *The Hopeless University: Intellectual work at the End of History, Postdigital science and Education*, 2020, 2: 830-848, s. 339. Türkiye üniversitelerinde de doğrulanabilecek bir saptamadır bu.

aydın varlığının azaldığını görmek mümkündür. Elbette, geçmişten gelen ve sosyal sermayesi sabit figürler varlıklarını ve çalışmalarını sürdürür fakat kimlik ve profesyonellik odaklı pazarlama döneminde dile getirenin unvanı olmaksızın düşüncenin görünürlüğünün devamı güç görünmektedir. Başka bir ifadeyle üniversite, kendi içinde aydının hareketini sınırladığı gibi gölgesi, onun dışındaki aydının gelişebilmesine engel oluyor denilebilir.¹⁸

Hukuk fakülteleri, ara sıra “hukuk fakülteleri nerede?” serzenişiyle¹⁹ ayrıca gündeme gelseler de aynı sistemik arızadan mustarıptir. Bu serzenişin öznesi olan toplum yararına hukuk pratiğini dönüştüren hukuk hocası, kolektif hafızamıza ara sıra musallat olan bir hayalettir, zira üniversitenin artık 1990’lardaki performansıyla Mümtaz Sosyal²⁰ gibi figürleri sahiplenmesi çok da olası değildir. Öte yandan, toplumsala ilişkin fikrini çeşitli medya kanallarından aktarmak yahut bazı önemli davalarda cübbe giymek gibi inisiyatifler almak mümkündür elbette. Fakat belki de, eleştiriyi kurucu bir noktaya çekerek meslekten akademisyen olmayan hukukçulara dönmek daha faydalı olabilir. Hukukçu yetiştirmenin ikinci önemli ayağı olan yargı pratiğinin içinde, akademik kısıtların dışında, rutin hukuk uygulamasının ötesinde bir anlama ve dönüştürme pratiği geliştirmek mümkün müdür? Bu soru önemlidir çünkü “Diyalektik düşüncede dünya ve eylem ayrılmaz bir biçimde karşılıklı bağımlılık içindedirler. Fakat eylem ancak sadece bir uğraş değil ayrıca bir düşünme de olduğu zaman, yani düşüncenin karşı kutbuna konmadığı zaman insanidir.”²¹ Baroların verdiği eğitimlerden başlayarak meslek yaşantısının her aşamasında yaptığı iş üzerine bir de düşünen aktör, akademi dışındaki hukukçu, belki üniversitedeki çoraklığı ikame edebilir. Fakat elbette bu figürün yetişmesi memursa memuriyetin işçi avukatsa iş yükünün (öyleyse her du-

¹⁸ Bu, kimi zaman “uzmanlar ile entelektüeller arasındaki gerilim” dolarak yorumlanan bir fenomendir. Söz gelimi Gerard Delanty, “bilginin sonu”na dair yürüttüğü tartışmada, üniversitenin bu gerilimde artık bir arabuluculuk yapmadığını saptar. DELANTY, Gerard, Küresel Çağda Üniversite İddiası: Amaç Olarak Bilgiden Bilginin Sonuna Doğru mu?, Bilgi ve Üniversiteler. Eleştirel Yükseköğretim Araştırmalarına Giriş. Ed. Mete Kurtoğlu, İstanbul, 2019, s. 91-92.

¹⁹ Söz gelimi “Kılıçdaroğlu’ndan İnanılmaz İddia” başlığıyla verilmiş bu haberdeki gibi. İnternet Haber, 2010, <https://www.internethaber.com/kilicdaroglundan-inanilmaz-iddia-235212h.htm> (Erişim Tarihi: 4.1.2022).

²⁰ Mümtaz Soysal’ın 1993 senesinde iletişim alanındaki büyük özelleştirme hamlesine karşı Anayasa Mahkemesini aktif tutum almaya zorlayarak hem siyasete hem hukuk dogmatığına hem de teoriye yaptığı katkıya dair Bkz. ODYAKMAZ, Zehra, Yürürlüğü Durdurma, <https://www.anayasa.gov.tr/media/4747/odyakmaz.pdf> (Erişim Tarihi: 4.1.2022).

²¹ FREIRE, Ezilenlerin ..., s. 33.

rumda siyasi iktidar ve piyasanın) baskısı altında olacaktır. Her durumda, hukukçunun pedagojisinden bahsedilecekse, hukukun toplumsalla bağlantısını görüp gerekli noktalara temas ederek düşünsel birikime katkıda bulunmanın üniversiteye hasredilecek bir faaliyet olmadığını göz önünde tutmak gerekir.

B. Formel Hukuk Eğitimi

Öte yandan, aydın olsun olmasın bütün hukukçuların temel eğitimlerini aldıkları kurum olarak fakültenin eğitim bahsinin ilk adımı olması mantık gereğidir. Buna rağmen, çalışma müfredata ilişkin olmadığından bahsi fakülte eğitimin tartışmalı niteliğini, fakültenin politik değişim yönünü ve sonuçlarına gösterebilecek birkaç başlıkla sınırlamak yerinde olur.

1. Temel Dogmatik ve Pratik

Kıta Avrupasında hukuk eğitimi olası somut soruna haklar/kurallara öncelik vererek, onlar vasıtasıyla çözüm bulma faaliyetidir. Bu şu demektir: somut bir uyuşmazlık hukuk dünyasına iletişimsel olarak girdiğinde, sistem onu işlemeye başlar ve normlarla tasnif ederek kendisini aşan, “karar” adı altında yeni bir hukuk iletişimi üretir.²² Hukuk fakülteleri bu nedenle temelde uyuşmazlıkların çözümünde kullanılacak dogmatik kurallarının belletilmesi, bunların nerelerde nasıl bulunacağını öğretmesi ve kurgusal yahut tarihsel örneklere uygulanmasına dayalı bir eğitim verir. Bu, kelimenin tam anlamıyla bir eğitimidir zira sadece öğretilenler değil bir de uygulama konusunda davranış yerleştirme söz konusudur. Yargıç Holmes *Path of Law*'da bunun bir mantık eğitimi olduğunu söyler.²³ Bu, *common law* için olduğu kadar Kıta Avrupası hukuku için de doğrudur zira, Ortaçağ'da kullanılan trivium (gramer, mantık ve retorik) tümüyle hukukta içerilen sanatlardır²⁴ ve Bologna'da

²² Kararı sistemsel bir unsur olarak gören Luhmann, bu iletişimin “yeni” olduğunu ısrarla vurgular. Karar geçmişteki olanlar tarafından “belirlenmiş” değildir. O, geçmiş, kendi edimiyle yeniden kurar. Luhmann'dan aktaran ÇATALOLUK, Gökçe, Hukuk Sistemi ve Autopoiesis, İstanbul, 2021, s. 185-188.

²³ Analoji, ayırım yapma ve basit dedüksiyon işlemleri... Holmes bunu esasında bahis konusu eğitiminin aslında gerçeklikle ilişkisinin sorunlu olduğunu anlatmak için söyler. Bu mantıksal biçimlenmenin nihai hedefi “kesinlik”tir ki bu da bir yanılsamadır. HOLMES, Jr., Oliver Wendell, *The Path of Law*, Harvard Law Review 457, 1897, s. 8.

²⁴ Elbette bunu düşünürken dikkatli olmak gerekir. *Ortega y Gasset*, Ortaçağ üniversitesinin temel misyonunun araştırma olmadığını, tam tersine bir genel kültür aktarımı olduğunu, modern dönem Avrupa üniversitesinin bu fikri kaybetmesinin onu geriletmiş olduğunu anlatır. Fakat ona göre bu genel kültür “Ortaçağda bugünkü gibi beynin süsü ya da karakter eğitimi sayılmazdı; tam

kurulan ilk hukuk fakültesi, öğretilmekte olan bahis konusu sanatların üzerinde inşa edilmiştir.²⁵ Hukuk eğitimi, değişmeyen biçimsel bu özelliği nedeniyle geleneksel ve kanoniktir.

Hukuk eğitimi, yine tabiatı gereği, bir vakayı çözümlmek ve bir uyuşmazlığı sonuçlandırmak gibi bir paterne sahip olduğu için, büyük oranda bir yargıcın gözüyle yapılır.²⁶ Yargıcın bakışını “tümgören” bir göz yahut tanrısal bakıştan ayıran ise, hukukun hakikatle dikkat gerektiren ilişkisidir. Amerikan realistlerinin yerinde olarak uyardıkları üzere yargıç ancak dosyaya giren kadarını, araştır(t) abildiği kadarını, hâkim olabildiği kadarını olgu olarak değerlendirir. Onun bu epistemolojik nakıyası, insanî bazı başka nakıyalarla beraber düşünülür ve eğitim buna göre şekillendirilir. Karar verirken hata payı gözetilmelidir, kişisel alandan mümkün olduğunca sıyırılmalı ama yine de insanî zaafaların farkında olunmalıdır; olayların tekillikleri üzerinde düşünmelidir. Müfredat metodolojik bilinci geliştirecek dersler yönünden zayıf olsa da dogmatığı ve uygulamayı öğretenler, geleneksel olarak bu unsurları öğrencinin davranışına yerleştirirler.

Başta sözü edilen ve bugüne ve buraya özgü olmadığı söylenen eğitimin “çok teorik” olduğu eleştirisi²⁷ ise tam da burada anlam taşır. Hukukun edimi, zorunlu olarak, ancak belli dogmatik bir zemin belletildiğinde²⁸ işler hale gelebilir. Bu dogmatik temel ise normatif bir dizgedir (yahut bir dizge olduğu varsayılır) ve salt bahis konusu dizgenin öğretilmesine teori denemez. Başka bir ifadeyle hukuk öğrencinin normları ve bunların arasındaki ilişkileri ve rasyonel akıl yürütmeyi öğrenmesi teori öğrenmesi anlamına gelmez. Teori, Horkheimer’in

tersine o çağ insanının evren ve insanlık üstüne sahip olduğu fikirler dizgesiydi.” y GASSET, José Ortega, Üniversite’nin Mısyonu, İstanbul, 2022, s. 38-39.

²⁵ Daha ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. ATALAY, Ahmet Halûk / ÇATALOLUK, Gökçe, Hukukun Feneri ve Günümüzde Hukukun Bir Sanat Olarak Öğretimi, Hukuk Kuramı, C. 2, S. 6, Kasım-Aralık 2015, s. 53-54.

²⁶ Burada kast edilen olayın çözüm perspektifidir yaygınlaşan mesleki eğilimler değil.

²⁷ Esasen, hukuk fakültelerinde “butik” hukuk felsefesi, genel kamu hukuku yahut hukuk sosyolojisi gibi dersler bir kenara konulacak olursa, teorisinin herhangi bir ağırlığı yoktur. Kast edilen de zaten bu derslerin ağırlıkta olması değildir. Bu konuya ilişkin bir değerlendirme için ÇATALOLUK, Gökçe, Fakülte de Aldığımız Teorik Bilgileri ..., Hukuk Defterleri, S. 35, Ocak-Mart 2022, s. 25-28.

²⁸ Bu belletmenin zorunluluğu, onun işlevi konusunda düşünmeye engel olmamalıdır. Hayrettin Ökçesiz, belletmek- bellek ilişkisindeki ezberi anlatmak için hukuk öğrencisinin tutumunu şöyle tasvir eder: “Tartışmaksızın, düşünmeksizin belleğimize yüklediğimiz metinleri hocanın sorduğu sorunun karşılığı olarak cevap kağıdına kusmak, dersten geçtikten sonra öç alırcasına unutmak...” ÖKÇESİZ, Hayrettin, Ülkemin Hukukunu Düşünürken, Türkiye’de Hukuku Yeniden Düşünmek, der. Haluk İnanıcı, İstanbul, 2015, s. 30.

deyimiyle, eylemin amacını düşünmekse eğer,²⁹ hukuk normlarının, kavramlarının, tarihinin hizmet ettiği ne olduğu, işlevinin ve biçiminin nasıl analiz edilebileceği yahut tarihsel anlamının ortaya çıkarılması bir teori faaliyeti olurdu. Değinen türde eleştirilerin genel çıkış sebebi, öğretilen hukukun yaşam dünyasındaki hukuktan farklı olduğu gerçeği ise bu piyasaya ve politikaya dair bir meseledir ve elbette ancak doğru bir teorik bakışla kavranabilir.³⁰ Bunun tam tersi, hakiki anlamda pratiğin öğretilmesi ise sahada ve pedagojinin başka bir parçası olarak mümkün olacaktır. Netice olarak iyi bir hukuk eğitimi pratik felsefenin ve hukuk tekniğinin kesiştiği bir alanda yapılır ve Gramsci'nin pratiği bir anlamda hor gören yaklaşımından da y Gasset'nin asgari kültür + meslek eğitim formülünden de uzakta bir yerde pedagojinin diyalektiği işler.³¹

2. Eğitimin Dönüşümü

Türkiye’de hukuk eğitiminin son ciddi reformu, Avrupa Yükseköğretim alanına dâhil olma hedefiyle 2000’li yılların ortalarında başlamıştı.³² Derslerin sayısal olarak ölçülüp değerlendirilmesi imkânı³³ ve üniversitede performans, he-

²⁹ Buradaki küçük tartışmada *Adorno*'nun teorisinin pratiğin salt aracı olmaktan fazlası olduğunu söylediğini not edelim. Fakat *Horkheimer*, kendi üzerine düşünen saf teorisinin dahi bunu pratiği hedefleyerek başarabileceğini öne sürerek daha “Marksist” bir cevap verir. ADORNO, Theodor W. / HORKHEIMER, Max, Teori ve Pratik Üzerine Bir Tartışma (1956), İstanbul, 2019, s. 56.

³⁰ Değişen hukuk pratiği, yani hem küreselleşen piyasaların hem de açılan yeni alanların hukukçular tarafından doldurulabilmesi için de hukuk teorisinin öğretilmesine ihtiyaç vardır. Ancak öğretilen teorik içerik bugüne kadarkinden farklı, *zeitgeist* ile uyumlu ve pratik ihtiyaçlara da cevap veren bir kapsama sahip olmalıdır. VASCONCELOS VILAÇA, Guilherme, Why Teach Legal Theory Today?, German Law Journal, Vol. 16, No. 4, s. 781-819, s. 811-815.

³¹ Harvard Üniversitesinin hukuk pratisyenlerine yönelik Yaz Teori Enstitüsü mesela, bazı teorik metinleri beraber tartışma imkânı sunması bakımından örnek gösterilebilir. “Enstitüyü pratikle tam zamanlı uğraşırken bir taraftan da sosyal teori okumanın katılımcıların müvekkillerini dünya ile nasıl ilişkilendirebileceklerine dair bağımsız bir anlayışa ulaşmalarını teşvik etmek amacıyla kurduk.” AFARWAL, Nisha / SIMONSON, Jocelyn, Thinking Like a Public Interest Lawyer: Theory Practice, and Pedagogy, 34, New York University Review of Law & Social Change, 34, No. 3, 2010. Türkiye’de bunu vakıf üniversitelerinin bir tür sertifika rekabetine dönüştürmemek için Barolar eliyle benzer uygulamalar yapılabilir.

³² GÜMRÜKÇÜ, Harun, Bologna Sürecinin Tarihsel Gelişimi ve Bologna Toplantılarında Alınan Kararların Analizleri, Bologna Süreci ve Türkiye, Antalya, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları, 2010, s. 11-26, s. 14-19.

³³ Program amaçlarının yeterliklerinin, öğretim tekniklerinin standartlaştırılması için kullanılan tasnif ölçütlerine dair Galatasaray, Hacettepe, Gazi, Dokuz Eylül ve Uludağ Üniversitelerini kapsayan bir çalışma için KAVAK, Yüksel / SEFEROĞLU, S. Sadi / ATALAY KABASAKAL, Kübra / ŞEN, Zeynep / ULUDAĞ, Gonca, Eğitim Alanındaki Değişimler ve Hukuk Öğretimi: Bologna Süreci’ne Dayalı Örnek İnceleme, Yükseköğretim ve Bilim Dergisi, C. 5, S. 1, Nisan 2015, s. 1-13.

sap verebilirlik, şeffaflık gibi ilkelerin uygulanır hale gelmesini hedefleyen bu reformların hukuk fakülteleri üzerindeki etkisi, temelde derslerin modüler hale getirilip içeriklerinin hafifletilmesi şeklindeydi.³⁴ Modülerlik, pek çok fakülte açısından senelik ders verme sisteminden dönemlik sisteme geçişi de zorunlu kıldı. Böylece, geleneksel ve çekirdek hukuk dersleri muhafaza edilirken, onların iş yükünün azalmasıyla bilişim gibi, alternatif uyuşmazlık çözümleri gibi özgül bazı alanlarda seçimli dersler açmak da mümkün oldu. Eğitimde en çok bilgiyi yığmanın değil, asgari seviyede bilgiyi en iyi biçimde işlemenin tercihe şayan olduğu düşünüldüğünde, ilk elde bunun hukuk açısından da hayırlı olduğu söylenebilir.

Fakat bu reform dalgası için yapısal arazlarının³⁵ dışında Türkiye'ye özgü bazı sorunları da beraberinde getirdi. Özellikle vakıf üniversiteleri pazar paylarını artıracak, rekabeti güçlendirecek atılımlarla yeni ve popüler ve piyasa tarafından talep edilen dersler açmayı öncelidiler. Bu ise temel derslerin kimi zaman tek döneme kimi zaman üçten iki saate indirilmesi anlamına gelebiliyordu. Öte yandan, *ivy league* Amerikan üniversitelerinin programlarını örnek alma fikri temel eğitimde basit formel ve sosyal bilimler formasyonu almadan gelen öğrencilerle karşı karşıya gelince yerini büyük oranda fakülte öncesi temel dersler eğitimi gibi fikirlere bıraktı.³⁶

Her reform elbette pratik, somut bir ihtiyacın tezahürüdür; önemli olan ise bunun kimin ihtiyacı olduğu³⁷ ve neticesidir. Bologna Süreci, eğitimin

³⁴ Modülerleşmenin bütünsel bakışı ortadan kaldırdığı, bilgiyi kompartımanlara böldüğü ve nihayetinde sadece piyasa kullanım değeri olarak anlam taşıdığına ilişkin sert bir değerlendirme için Frankfurt Üniversitesi bileşenlerinin 2010 yılında çıkardığı broşüre bakılabilir. KAPFINGER, Emanuel, Die Enteignung der Bildung durch den Bologna Prozess, Hochschule im Neoliberalismus. Kritik der Lehre und des Studiums aus Sicht Frankfurter Studierender und Lehrender, Ed. Bauer, Christoph, s. 66.

³⁵ Derslerin çıktı ve hedeflerinin tanımlanmasının ardından bunlara yönelik matematiksel kısıtlar koymak, yükü hesaplayıp krediye ulaşmak yerine her ders için klasik önem sırası içinde bir kredi öngörülmesi ve hesabı buna uydurmak mecburiyeti gibi tuhafliklara yol açabiliyor.

³⁶ Üstelik, Türkiye'ye özgü bir sorun olarak tüm diğer öğrenciler gibi hukuk öğrencilerinin de ilk meselesinin ülke dışında mesleği sürdürebilmek olduğunu hatırlamak gerekir. Sodev'in 2020 araştırmasına göre, gençlerin %62,5'i eğer imkân olsa yurtdışına yerleşip orada yaşamak istediklerini beyan ediyorlar. "Türkiye'nin Gençliği Araştırması" Raporu, 2020, <https://sodev.org.tr/wp-content/uploads/2020/05/arastirma.pdf> (Erişim Tarihi: 3.4.2022).

³⁷ Mesela *Tuğrul Ansay*'ın aşağıda 50. Dipnotta değinilen makalesinin yayımlanmasından bir sene evvel, İstanbul'da hukuk fakültesi öğrencileri Roma Hukuku derslerinin azaltılmasını, yerine Tük Hukuk Tarihi ve İnkılap Tarihi derslerinin konulmasını talep ediyorlardı. İstanbul Üniversitesi Genel Reform Tasarısı ve Fakültele Özgü İstekler, İstanbul Üniversitesi İşgal Komiteleri Konseyi, İstanbul, 20 Haziran 1968, s. 34.

emek gücünün standartlaşması için sermayenin talep ve ihtiyaçları doğrultusunda dönüştürülmesi için öngörülümüştü.³⁸ Avrupa’da özellikle baskın hukuk gelenekleri olan ülkelerde bir miktar direnişle karşılanırsa da³⁹ neticede neoliberal üniversite düşünüyü gerçekleştiren bu süreç beraberinde üniversite çalışanları açısından da sermaye ile dirsek teması içinde, kendi projesi için gerekli fonu kendisinin temin etmek zorunda olduğu, giderek sabit kadroların sayısının azaldığı ve güvencesizleşen (böylece rekabeti çok artmış) bir üniversite ortamı kurdu. Bu kapsamda işler hukukta da formel eğitim sürecinin içerik olarak sayılabilir ve denetlenebilir yani standart bir hale getirilmesiyle kalmadı. Hukuk fakülteleri sermaye ile işbirliği kapsamında şirketlere kurumsal danışmanlık hizmetlerinden yeni hukuki alanlarda *know how* geliştirmeye kadar pek çok alanda paketlenip pazarlanabilir bilgi üretme mecburiyetine sürüklendi. Bu mecburiyet, elbette, öğretim programlarını bu pratik ihtiyaçları karşılaması gereğini beraberinde getirdi.

3. Akademi Geriye Kalan

Hal böyleyken, sonrası için söyleneceklerin spekülasyon olacağını kabul etmek gerekir. Fakat şu, açıkça görülebilir. Düzenlemesi yapılmış ve 2024 yılı itibarıyla uygulanmaya başlanacak Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı’nın da baskısı altında fakülteler, pratik faydası olmayacak dersler konusunda ısrarcı olmayacaktır.⁴⁰ Covid-19 Salgını dönemindeki online eğitim deneyiminden

³⁸ Elbette salt hukuki bir zaviyeden bu süreç, ekonomisi ve siyasetiyle beraber hukukunda birleşen Avrupa’nın ve gittikçe farklılıklarından soyunan *common law* ve *civil law* geleneklerinin sınır aşırı çalışabilecek hukukçular yetiştirme ihtiyacıyla da açıklanabilir. *Arzu Oğuz*, 2003 yılında yazdığı Almanya, İngiltere, İtalya, İspanya, Fransa ve Portekiz eğitim sistemlerini ayrıntılı olarak karşılaştıran makalesinin sonunda, bu nedenlerle reformun ulusal hukukun ötesinde ortak bir hukuk kültürüne hâkim, hukuk politikasını da bilen, hatta “hukuk ve toplum arasındaki diyalektik ilişkiyi kavrayabilecek” hukukçular ortaya çıkaracağı öngörüsünde bulunmuştu. (OĞUZ, Arzu, Hukuk Eğitimindeki Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimindeki Rolü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 4, 2003, s. 1-40, s. 39-40) Ancak piyasa koşulları bu ihtimali Almanya gibi sağlam gelenekler açısından dahi pratik bir işgücünün serbest dolaşımı problemine indirgedi.

³⁹ Almanya’da Bologna karşıtlarının iç tartışmalarını da içeren bir Reform değerlendirmesi için VAN DE LOO, Janwillem / STEHMAIER, Marinus, Wieso, weshalb, warum- Bleibt Jura Dumm. Perspektiven Eines Leitbildes, Kritische Justiz, January 2013, s. 388-393.

⁴⁰ Kaldı ki Resmi Gazetede yayımlanan sınav içeriğine ilişkin listede (2547 sayılı Kanun’da değişiklik yapan 17.10.2019 sayılı ve 7188 No.lu Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda değişiklik yapılmasına Dair Kanun, m.5) uluslararası hukuk gibi, insan hakları hukuku ve genel kamu hukuku gibi dersler yer almamakta, buna mukabil Türk Hukuk Tarihi mevcut olup Roma Hukuku bulunmamaktadır. Resmi Gazete, 24 Ekim 2019 Perşembe, Sayı 30928.

sonra derslerin bir kısmını hibrit, bir kısmının tamamen online hale dönüştürülmesi de düşünülebilir. Araştırmacıların piyasa için “faydalı” projeler olarak kendilerini finanse edecekleri süreçte bazı alanların tamamen elimine olması da söz konusu olacaktır. Bunlar belki de sistem ve tarihselliğini düşününce doğal karşılanması gereken dönüşümlerdir. Her durumda önemli olan, bu şartlar altında fakültelerin hukukçu yetişmesi açısından yapabilecekleridir.

Akademide kalan aydının ricat edebileceği son kale öğretimin ta kendisidir.⁴¹ Hukuk hocasının öğretme sürecinde neoliberal performans ve piyasaya karşı sorumluluk hususlarının tahrip ettiği aidiyet hissi ve bağımsızlığa⁴² karşı hâlâ, toplanabilecek bir potansiyel güç vardır ve bu güç eğitim faaliyetinin özünden kaynaklanır. Giroux ve Filipakou kriz döneminin yaygın otoriteryanizm koşullarında eğitimin öğrencileri uyandırma ve bilinçlendirme çalışmalarının ötesinde, eğitimcilerin ne yapmakta olduklarını birbirlerine ve daha da önemlisi kamuoyuna sürekli anlatmalarını da zorunlu kıldığını söyler.⁴³ Elbette bu, cengâver aktörlerin kişisel cesaretlerine güvenerek çıkılacak bir yol değildir. Hâlihazırda uygulanan politikalar nedeniyle etik kaygıları varoluşsal kaygılara dönüşmüş üniversite çalışanları, eğitimin gücünü ancak bildik dayanışma ilişkileri içinde kullanabilirler.⁴⁴ Bu ise aşağıda değinilecek hususlarla iç içe bir ihtimaldir.

Bir fakülte (o fakültenin çalışanlarını kast eden özgül bir anlamı olmakla beraber) belli bir sanat yahut bilim bölümüdür ve onu meydana getiren hocalar, diğer çalışanlar ve öğrencilerle bir bütündür. Bu bütün sadece öğretim ve

⁴¹ DALLYN, et. al., s. 1042. Yazarlar, Jacoby’ye de referansla (The Last Intellectuals: American Culture in the Age of Academe) bu saptamayı yaparken bir taraftan da ilginç bir şekilde, artık iyice ticarethaneye dönüşen üniversitelerde hocaların öğrenciyle ilişkisinin bir nevi müşteri hizmet veren ilişkiye dönüşmesinin belki de tek faydalı sonucu olarak öğrenme faaliyetinin (karşılığında para alındığı için) daha ciddi bir hal alması olduğunu söylerler. Bu saptama ticaret ilişkisinin götürdüklerine kıyasla bakıldığında fazla iyi niyetli olmakla beraber not etmeye değerdir.

⁴² RIKOWSKI, Glenn, Marksist Eğitim Kuramı ve Radikal Pedagoji, İstanbul, 2011, s. 115. *Rikowski*, haklı olarak öğretmenlikte profesyonelliğin aslında bir yanılsama olduğunu ve bunun fark edilmesinin de öğretmen açısından önemli olduğunu vurgular.

⁴³ GIROUX, H. A. / FILIPAKOU, O., Critical Pedagogy in an Age of Authoritarianism: Challenges and Possibilities, *Revista Izquierdas* 49, 2020, s. 2090.

⁴⁴ Eğer neoliberalizm sadece ekonomik bir yapı değil aynı zamanda bir söylem stratejisi kümesi ise karşıt stratejiler, söz gelimi öğrenci refahına odaklanmak öğrencilere müşteri değil insan olarak yaklaşan diyaloglar, hukuk mesleğinin ve hukuk fakültesinin pratiklerinin eleştirisi için de zemin hazırlar. HEATH, Mary / BURDON, Peter D., Academic Resistance to the Neoliberal University, *Legal Education Review*, Vol. 23, Iss. 2, s. 394.

araştırma faaliyeti yürütmez. Kampuslerin yaşamı, aynı bilim- sanat alanının paylaşan kişilerin sosyalleşmesi için uygun bir zemindir ve bu kişilerin sosyal pedagojisini biçimlendirir. Hukuk özelinde düşünecek olursak, hukukçu davranış biçiminin nüveleri; bir hukukçular camiası varsayımı, hukuk dilinin temellerinin atılması ve bu özgülüklerin diğer alanlarda öğrenim görenlerle karşılaşması ancak mekân olarak üniversitede mümkündür.

Bununla paralel olarak hukuk fakülteleri, üniversitenin “diğer” işlevi olan özgülleştirme ve özneleştirme pratiğinin deneyimlendiği yerlerdir. Hukuk öğrencilerinin uyumsuzlukların biçimlendiği topluma dair fikirleri de üniversitede olgunlaşır. Öğrencinin, kendisini yapılandığı dört yıllık bu değerli süreçte, bireysel insanın yanında öğrenci kulüplerinin faaliyetlerinden daha serbest birlikteliklere kadar uzanan bir alanda ortaya çıkan pratiklerin de katkıda bulunduğu bir olgunlaşmadır bahis konusu olan ve tam da bu nedenlerle Fakülte, pek çok açıdan (sertifika, eğitim, kurs vs. satan) bir tür ticarethaneye dönüşmüş olsa da orada mekânsal olarak var olmanın,⁴⁵ örneğin en basitinden, bir konuda bir dilekçe vermenin dahi sosyal pedagoji açısından bir anlamı vardır.

Öyleyse bugün için hukuk fakültesinin içine düştüğü neredeyse salt meslek öğretmeye cevaz veren açmaz, onu gözden çıkarmak için yeterli değildir zira hukukçuyu eğiten sadece akademik yaşamın uyguladığı müfredat değil, çok yönlü bir eğitim ilişkisi ve bundan da öte sosyalleşme pratiklerinin tamamıdır.

III. Hukukun Yaşamı ve Hukukçunun Pedagojisi

Hukuk eğitiminin fakülte ayağının üniversitenin politik yönüne uygun olarak piyasalaşması, hukukçunun genel pedagojisine dair değişimin de göstergesidir. Hukuk uygulamasında da gidişin kabaca uzmanlaşmış, teknikleşmiş, toplumsal faydası değişmiş bir hukukçuluğa doğru olduğu söylenebilir. Mesleklere biraz daha yakın plandan bakılacak olursa kamusal hukuk aktörleri olarak hâkim ve savcıların Adalet Akademisi eliyle politik iktidarla çelişmeyen bir profesyonelliğe yönlendirildiği;⁴⁶ (pekala tuhaf bir metafor olarak

⁴⁵ Doğrudan referans olarak düşünülmüş olmasa da Bourdieücü anlamıyla habitus kavramı, bu biçimlenmeyi anlamak için iyi bir dayanak noktası olabilir. İnsan bireylerinde cisimleşmiş toplumsal, bireylerin kolektif yönünü ortaya çıkartır. Bu şekilde birey, “toplumsal bir dünyaya ya da genel olarak uyum sağladığı bir alana etkin bir biçimde müdahil olabilir.” BOURDIEU, Pierre, Akademik Aklın Eleştirisi, Pascalca Düşünme Çabaları, İstanbul, 2016, s. 188.

⁴⁶ KUMBASAR, Enver, Türkiye Adalet Akademisi: İdeolojik Bir Aygıt mı?, Hukuk Defterleri, Sayı 35, Ocak-Mart 2022, s. 54.

da okunabilecek) “bağlı çalışan” yahut “işçi” olarak adlandırılan avukatların çoğaldığı avukatlık piyasasının ise bu çalışma biçiminin emek eksenli sorunlarından düçar olduğu görülmektedir.⁴⁷

Bu belirlenimin henüz fakülteden çıktığı anda başladığını saptamak da yanlış olmaz. Söz gelimi, hâkimlik savcılık kursları, çok gelişmiş bir özel sektör alanı olarak fakültede alınan yetileri yeniden test tipi bilgiye dönüştürür.⁴⁸ Bu örnekten ilerleyecek olursak, yazılı yarışma sınavını aşan adaylar bir mülakata alınır ve bu mülakatın sonucuna göre meslek adaylığına kabul edilir. Öte yandan avukat adayları da zorunlu stajlarını baroların verdiği eğitim, adliye ve “avukat yanı”nda tamamlarlar. Bu eğitim, kısmen kurslarda da vaat edilen iletişim teknikleri, meslek etiği vs. gibi pratik alanların yanı sıra hukuk alanlarında pratiğe yönelik bilgi ve performans tekniklerini de içerebilir.⁴⁹ Öyleyse, staj hukukun asıl pratik alanı olup⁵⁰ çok geniş bir bilgi, yeti ve performans alanını kuşatmaktadır. Bu, aynı zamanda girişinden itibaren hukukun “oyun kurallarının” “piyasasının”, “politikasının” yeniden biçimlendirildiği, yeni değerlerle karşılaştığı; sınırları gevşek ve geçişken bir habitustur. İşte hukukçuluğun toplumsal anlamı, bu ikinci temelin üstüne bina olur.

⁴⁷ Bu görünümün çerçevesini “hukukun yaşamı”yla çizmekteki murat, mesleklerin icra biçimlerinden ziyade yaşam dünyası içindeki yankılarını yorumlamak olduğundan konu ayrıntılandırılmayacak, mesleki eğitimin sembolik birkaç vechesini değerlendirmek için sadece değinmekle iktifa edilecektir.

⁴⁸ Bahis konusu kurslar, son yıllarda epey çeşitlenmiş gibi görünüyor. Yüzyüze geleneksel kurslar dışında *online* ve *offline* “paket”ler halinde hâkimliğe hazırlık dersleri bulmak mümkün. Bunu dışında, “hâkimlik kampı” gibi yoğunlaştırılmış bir seçenekler mevcut. Aynı üniversite hazırlık kurslarında olduğu gibi soru bankaları ve deneme sınavlarıyla ilerleyen bu hazırlık kurslarının bir kısmında avukatlara mülakat teknikleri yahut dilekçe yazımı da öğretiliyor. Örnek: <https://www.themisuzem.com.tr> (Erişim Tarihi: 4.3.2022), <https://yukseliskariyer.com.tr/kurslar/adli-ve-idari-hakimlik-savcilik-kampi> (Erişim Tarihi: 4.3.2022).

⁴⁹ İnternet erişimine açık programlardan Bursa ve İzmir Barosu staj eğitim programları şu adreslerde bulunabilir https://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/subat_2022_sabah_f_grubu.pdf (Erişim Tarihi: 4.3.2022), <https://www.bursabarusu.org.tr/tr/merkezler-staj-egitim-merkeziders-programi.html> (Erişim Tarihi: 4.3.2022).

⁵⁰ *Tuğrul Ansay*, 1969 yılında, üniversite, öğrenci hareketlerince yeniden toplumsallaştırıldığı sırada yazdığı hukuk eğitiminde reforma ilişkin makalesinde Almanya’da öğretimin bu pratik kısmının Jhering’in yaptığı teorik ayrıma dayanılarak üniversite sonrasına bırakıldığını anlatır. ANSAY, Tuğrul, Hukuk Öğretimine İlişkin Sorunlar, Hukuk Eğitiminde Reform (Bir Deneme), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 1, 1969, s. 261-321. 2003 senesinde yukarıda değinilen genel gelişmelerle uyumlu olarak çıkarılan Hukukçu Eğitimine ilişkin Reform Yasası’ndan (Gesetz zur Reform Der Juristenausbildung) sonra dahi süreler ve kapsamı değişmesine rağmen (SERT-ÇELİK, Çiğdem, Almanya’da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 54, 2004, s. 341-342) prensip aynı kalmıştır. Hukukçunun meslek eğitimi, staja dair bir meseledir.

Marx, yabancılaşmanın görünümelerini anlatırken öncelikle insanın kendi emek ürününe yabancılaşması ve emeğin çalışma içindeki üretim eylemi ile olan ilişkisi ne değinir.⁵¹ Fakat buradan bir üçüncü belirleme ortaya çıkar; insanın türüne özgü yaşayışından yabancılaşması, bir tür fiziksel varlık sürdürme eylemi içinde kalması. Ve nihayetinde insan, insana da yabancılaşır.⁵² Yabancılaşmanın çeşitli görünümünü, bir üretken emek alanında bulunulmasa dahi⁵³ avukatlıkta ve aslında hukukçuluğun her alanında gözlemlemek mümkündür. Bu, bir süreç olan davayı, öğrenilen akıl yürütme araçlarıyla başından sonuna kadar takip edememekle bağlantılı bir görüngüdür⁵⁴ ve özellikle işçi avukatlarda ortaya çıkan bir sorundur. Fazla çalışma koşullarına bağlı olarak fiziksel ve ruhsal yorgunluk, henüz staj yıllarından başlayarak bu görüngüyü destekler⁵⁵ ve nihayetinde kimilerince “avukat yoksullaşması” olarak adlandırılan bir tür işçileşme sürecini de görünür kılar. İşçileşme, avukatlık türü bir “serbest” meslekte belirleyicidir, zira Rahel Jaeggi, yabancılaşmamış kişiyi tanımlarken, onun kendine sahip olabilen, kendini kendisi belirleyebilen (*über sich verfügen können*) kişi olduğunu söyler.⁵⁶ Öte yandan, yabancılaşmanın büroda büro işi yapan işçi avukatlar açısından ortaya çıkışı, emek ve ürününe olduğu kadar çalışma alanı ve arkadaşlarına yabancılaşmaya da yol açar. Bu yabancılaşma türü, mesleki eğitim sırasında fazlaca uzmanlaşma (konu dışında genel hukuk nosyonunu gözden kaçırma), sterilleşme (hukuku sadece ve hukukun objektivite iddiasıyla beraberinde getirdiği, hukukçu gözüyle bakmak) yoluyla yaygınlaşır. Bunlar yargıç ve savcılarda da gözlemlenebilen olgulardır. Uzun erimde hukukçunun *camera obscurası* bir tür

⁵¹ MARX, Karl, 1844 Elyazmaları. Ekonomi Politik ve Felsefe, Ankara, 1993, s. 144.

⁵² MARX, s. 144-148.

⁵³ Elinizdeki yazı için önemli olmamakla beraber, bu oldukça tartışmalı bir konudur. TONAK, Ahmet / SAVRAN, Sungur, Productive and Unproductive Labour: An Attempt at Clarification and Classification, Capital and Class, 23(2), s. 113-152 krş. AKBAŞ, Kasım, “Yıldızlı Yakahılar”: Avukat Emeğinin Niteliğine İlişkin Bir Giriş Önerisi, <http://www.ankarabaru.org.tr/siteler/ankarabaru/tekmakale/2018-4/29.pdf> (Erişim Tarihi: 3.4.2022).

⁵⁴ Bu konuda Birleşik Krallık’ta ceza avukatlarının işlerinden, üretimden, çevrelerinden ve diğer avukatlardan yabancılaşma süreçlerine ilişkin olarak NEWMAN, Daniel, Are Lawyers Alienated Workers? European Journal of Current Legal Issues, Vol. 22, No. 3, 2016, <http://webjcli.org/index.php/webjcli/article/view/463/667> (Erişim Tarihi: 2.2.2022).

⁵⁵ 2015 senesi boyunca İstanbul staj eğitim merkezinde verdiğim metodoloji dersleri sırasında henüz ders başlamadan uyuyakalmış pek çok genç stajyerle karşı karşıya kaldığımda fark ettiğim konuyu her öğrenci grubuyla tekrar tekrar konuşma fırsatını buldum.

⁵⁶ JAEGGI, Rahel, Entfremdung, Zur Aktualität eines sozialphilosophischen Problems, Frankfurt, 2005, s. 50-61.

fetişizme zemin hazırlar ki bu fetişizmi, akademi fetişizmiyle beraber değerlendirmek pedagojinin asıl müdahalesinin gerektiği noktayı da gösterecektir.

Hukukun yaşantısını, pratiğini toplumsallaştırmak için önerilen, bunlar da kimi zaman çok ciddi oranda hukuki yardım sağlasalar da, iş dünyasının sosyal sorumluluk projesi benzeri yaklaşımlar değildir. Hukuk sistemi, “adalete” erişim sorununun çözmek için Avukatlık Kanunu kapsamında adli yardım ve zorunlu müdafilik sisteminin açık katkısının dışında, “piyasa”daki hukukçuluğun toplumla ilişkisi, avukatların siyasi/ ahlâki meşreplerine ve sosyal sermayelerine göre değişen şekillerde desteğine ihtiyaç duyar.⁵⁷ Söz gelimi, özellikle çeviri literatürün yaygınlaşmasıyla, Batıdan gelen *pro bono*⁵⁸ gibi uygulamalar popülerleşerek sosyal yükün bir kısmını en azından bazı çevreler açısından bir miktar kaldırma eğilimi göstermektedir.

Ancak mesele hukukçuluğu daha genel bir hegemonik karşı koyuş olarak formüle etmekse açık baskı altında yaşamış, yaşayan, yoksulluk yahut başka özgül sorunlar altında ezilen toplumların deneyimine bakmak yerinde olur. Hukuk mücadelesi bu tür toplumlarda bir “toplumsal fayda” isteğinden ötededir ve zaten kendinde içkin eğitici rolden fazlasını yüklenir.⁵⁹ Hukukçu toplumsal mücadelenin önemli bir parçasıdır zira her şeyden evvel sistemin ve araçlarının bilgisine sahiptir. Öyle ki bu kimi zaman, işleyen bir sistemde bilinçli bir yurttaşın sergilemesi gereken rolün bir temsilinden ötesi dahi olmayabilir.

Kaldı ki açıktan baskı altında olmayan fakat sistemsel olarak doğal eşitsizliklerden düşar olan toplumlarda dahi, hukukçuların böyle bir görev üst-

⁵⁷ KALEM BERK, Seda, Türkiye’de “Adalete Erişim”, İstanbul, 2012, s. 22, https://www.tesev.org.tr/wp-content/uploads/rapor_Turkiyede_Adalete_Erisim_Gostergeler_Ve_Oneriler.pdf (Erişim Tarihi: 13.1.2022).

⁵⁸ Bu konuda ayrıntılı bir rapor için ELVERİŞ, İdil, Adalete Erişimde Yeni Bir Yol: Pro Bono. Mesleki Sorumluluk Olarak Ücretsiz Hukuki Hizmet, https://www.tesev.org.tr/wp-content/uploads/rapor_Adalete_Erisimde_Yeni_Bir_Yol_Pro_Bono.pdf (Erişim Tarihi: 13.1.2022). “Pro bono; mahkemeye gitmeyen, müvekkille temas etmeyen avukatlara hem kendilerini bu alanlarda geliştirme hem de toplumsal sorunlarla ilgilenme dolayısıyla mesleki tatmin yaşama imkânı doğurmaktadır.” ifadesi ise toplumsal fayda her ne olursa olsun bunun “mesleki” bir mesele olduğunun altını çizmesi bakımından önemlidir.

⁵⁹ Tanzanyalı hukukçu Issa Shijvi, Lawyers in Neo-Liberalism: Authority’s Professional Supplicants or Society’ Amateurish Conscience? başlıklı son derece etkileyici makalesini şöyle bitirir: “Biz hukukçuların yapabileceği en azından Edward Said’in sözlerini açılarak şunu sormaktır: Biz hukukçular otoriteye/güce nasıl sesleneceğiz? Profesyonel ricacılar olarak mı ödüllendirilmemiş amatör vicdanlar olarak mı?”. SHIJVI, Issa, CODESRIA Bulletin, Nos 3 & 4. 2006, s. 25.

lendiğini görmek mümkündür.⁶⁰ Söz gelimi ABD’de gönüllü avukatlık, *cause lawyering*, *public interest law*⁶¹ gibi yönelimler, bu eşitsizlikleri kompanse etmek için sivil inisiyatif alma denemeleridir. Bu çabaların daha ileri bir adımı, 1937’de kurulan ve sadece dezavantajlı kesimlere hukuk yardımı yahut belirli amaçlara (söz gelimi cinsiyet eşitsizliğine) yönelik bir avukatlık pratiği ya da dava stratejisi geliştirmekle kalmayıp ülke sathındaki bütün demokratik hak mücadelelerinde hatta Filistin gibi dış politika meselelerinde de açık tutum alan *National Lawyers Guild* gibi birliklerdir. Hukuk öğrencileri, avukatlar, öğretim üyeleri vb. bütün aktörleri içine alarak sürekli kendi içinden beslenen ve eğitim veren bu tür birlikler hukuka yaklaşması zor olan toplumsal kesimlerle, onlar adına ve onlarla “özdeşleşerek”⁶² mücadele yürütürler.⁶³ Böyle mücadeleleri kişisel kefaret ödemelerden, hayır işlerinden yahut sosyal/kurumsal sorumluluk projelerinden ayıran, hukukçunun kelimenin gerçek an-

⁶⁰ 80’lerin ortasında ABD’de meslek icrasını profesyonel ve konvansiyonel hukukçuluk ve dönüştürücü ve eleştirel hukukçuluk olarak ayıran bir örnek için SIMON, William H., *Visions of Practice in Legal Thought*, 36, *Stanford Law Review* 469, 1984, s. 484-449. Buna göre profesyonel icrada sınırlar net çizilmiştir ancak eleştirel icrada müvekkilin farkında dahi olmadığı çıkarlarından söz edilir ve hiçbir olgu tartışılmaz değildir. Zira bu yaklaşım sadece bir hukuk yaklaşımı değil, hukukçunun daha özgür bir toplum için çabasının da yansımasıdır (s. 469-507), Elbette böyle bir pratiğin eleştirileceği temel nokta, hukuk ahlâk ve siyasetten ayıramama sorunudur. Ancak yazar, mesleği profesyonel olarak icra edenlerin de fark etmeden zaten böyle bir sarmal içinde olduklarını söyler (s. 507).

⁶¹ RODRIGUEZ, David B., Foreword: Public Interest Lawyering and Law School Pedagogy, *San Diego Law Review*, Vol. 40, S. 1, 2003, s. 5 *Rodriguez*, kamuya hizmeti hukukçunun yapabileceği en iyi iş olarak nitelendirir. Ona göre farklı biçimleri ve ideolojik temelleri olsa da ikna taktikleri ve aydınlatılmış hukuk stratejileri, demokratik toplumsal kurumları yeniden yapılandırır ve adalet böylece korunabilir. İdil Elveriş’in Gezi Parkı’ndaki avukat tutumu özelinde *cause lawyering* kavramını değerlendirdiği yazısı için bkz. ELVERİŞ, İdil, *Cause Lawyering when it really matters: how Istanbul Lawyers reacted to events in Gezi*, *International Journal of the Legal Profession*, Vol. 23, no. 2, s. 131-156.

⁶² Özdeşleşmeye ilişkin tercüme literatürde epeyce değişimi mevcuttur fakat Avukat Hakları Grubu’nun YouTube kanalında yayınlanan #AvukatlıkSanatı serisinin 7’nci bölümünde, Hasan Fehmi Demir’in, hangi şartlar altında nasıl bir özdeşlemenin doğru ve haklı olduğuna ilişkin değerlendirmesi ülke gerçeğine daha doğrudan temas etmektedir. (56:58 - 58:02). Bu serinin tamamı, eğitim açısından oldukça faydalı olmakla beraber özellikle bu bölüm, içeriği dışında, kendi üzerine düşünen pratiği (ki bu, teoridir) performatif olarak da örnekleyerek ciddi bir pedagojik çıktı üretmektedir. <https://www.youtube.com/watch?v=DVQ0gWMFP38&t=3485s> (Erişim Tarihi: 2.3.2022).

⁶³ Birliğin sitesini incelemek için <https://www.nlg.org> Tarih içerisinde çeşitli dönemlerde mücadelenin yönünü incelemek için <https://www.nlg.org/wp-content/uploads/2017/06/A-History-of-the-NLG-1937-1987.pdf> (Erişim Tarihi: 2.3.2022). Türkiye’de 1974 yılında kurulmuş olan Çağdaş Hukukçular Derneği farklı şartlar altında, benzer bir geleneği sürdürmeye çalışmaktadır.

lamıyla “angaje” olması ve hukuk bilgisini mücadeleye eklemesi fakat bunu bir “meslek” sorunu olarak görmemesidir.⁶⁴ İşte esas bu türden bir eylemin içinde, yukarıdan değinilmiş olan, hukuk fakültesinde alınan temel eğitimden kantin sohbetlerine mesleki eğitimden meslek içi eğitime, hatta mahkemelerde devam eden eğitime kadar hukuk sisteminin bütün pedagojik değeri tecesüm edebilir. Haddizatında bu, alternatif bir hukukçuluk kültürü de ortaya çıkararak mesleğin teknik ve profesyonel algılanmasının karşısına başka türden bir somut imkânı koyar.

Sonuç

Hukukçunun biçimlenmesi, inşası, pek çok unsurun bir araya geldiği pedagojik bir süreçtir. Bunun yanısıra hukuk, meta düzlemde, toplumu dönüştüren ideolojik zeminin önemli bir parçası olarak işlev görür. Hukuk eğitimi, mevzu bahis pedagojik işlevi yerine getirecek olanların eğitilmesidir ve dolayısıyla bir tür Gramscici “eğiticinin eğitilmesi” olarak düşünülebilir. Bu sebeple, hukuk sistemine övgü gibi tınlamaması için, yazılanlar hiçbir şart altında bir idealize etme olarak okunmamalıdır. Hukuk, ne ise odur. Öte yandan, pedagoji, eleştirel ve radikal pedagoji akımlarının açıkça gösterdiği üzere bu “eğitim” faaliyeti, statükoyu koruyan değil, halk yararına, hak ve özgürlükleri koruyan ve genişleten bir bilinçlenme faaliyeti olarak da sürdürülebilir. Böyle bir pratiğin bir tercih meselesi olduğu doğrudur fakat bu tercih esasen demokratik alanı genişleterek mesleğin “profesyonel” icrasını da kolaylaştırır.

Şu kabul edilmelidir; Salgın dönemiyle mekânla ilişkisini kesebildiğini trajik bir biçimde gözlemlediğimiz üniversite, belki de pek çok sistemik etken nedeniyle bugünkü anlamını yitirecektir. Bilinçlenme ve sosyalleşmeye ilişkin pek çok imkânı barındıran fakülteler hakikaten meslek edindirme kursuna dönüşebilir, pratik faydanın fakültede biçimlenmesi talepleri karşılık da bulabilir. Hatta fakülteler, öğretim külfetini üniversite dışı özel kurslarla paylaşmayı uygun da görebilir. Fakat üniversite, sadece öğretim demek değilse ve hukukçunun pedagojisine bir dönüştürme pratiği olarak bakılırsa bütün bu sistemik arazlar, daha yaygın bir eğitim faaliyetiyle dengeye gelebilir. Hukukun diğer disiplinlere göre avantajı, akademi dışında devam eden hayatının da

⁶⁴ Buraya küçük bir şerh düşerek hukukçuların meslek örgütlenmelerinin de pedagojik açıdan ayrıca anlam taşıdığını vurgulamak gerekir. Söz gelimi 2012 senesinde kurulan Yargıçlar Sendikası’nın hukuki varlığına kavuşmak için verdiği hukuk mücadelesi gayet öğreticidir. <https://www.yargiclarsendikasi.org/tarihce> (Erişim Tarihi: 12.3.2022).

eğitime dahil olmasıdır. Burada belirleyici olan, tercih edilen hukukçuluğun yönü, tarafı ve kapsayıcılığıdır.

Haddizatında bir mesleğin teknik ve steril bir alana hapsolması sistemsel bir altyapı sorunudur ve dolayısıyla pedagojik yollarla çözülemez. Ancak meta-müdahalenin, akademik alanın dönüştürülmesinin neticesi olarak hukuk eğitiminin yeniden biçimlendirilmesinin toplumsal etkilerini azaltmanın yolları vardır. Bu yolları tespit edebilmek bütünsel bir bakış ve eleştirel “özdüşünüm”le mümkündür. Bunu geliştirebilmek ve sistemik kodları araç olarak kullanabilen hukukçular eğitmek ise kolektif bir çabayı gereksinir. Zira, gittikçe artan mezun sayısı ve emeğin ucuzlaması karşısındaki varlığını sürdürme çabasına sistemik sterilleşme baskısı eklendiğinde karşımıza ciddi bir yabancılaşma sorunu çıkmaktadır. Yabancılaşmanın etkilerini hafifletmek de sosyal pedagojik bir müdahaleyi gereksinen bir durumdur. Freire, “...[E]ğitimciyi ve eğitilene bilme/öğrenme sürecinde Özneler olarak birleştiren bilgi kuramsal bir koşul olarak eğitim, onlara, praxis varlıkları olarak olumlanmalarına yönelten sayısız ve olmazsa olmaz yollar açar”⁶⁵ der. Söylenenlerle beraber düşünüldüğünde, bu yolları takip etmek, Avukat Freire’yi eğitime çeviren süreci tersine çevirerek hukukçuları ve toplumu dönüştürmenin bir aracı olarak kullanılabilir.

⁶⁵ FREIRE, Paulo, Eleştirel Bilinç için Eğitim, İstanbul, 2021, s. 181.

Kaynakça

- ADORNO, Theodor W. / HORKHEIMER, Max, Teori ve Pratik Üzerine Bir Tartışma (1956), İstanbul, 2019.
- AFARWAL, Nisha / SIMONSON, Jocelyn, Thinking Like a Public Interest Lawyer: Theory Practice, and Pedagogy, 34, New York University Review of Law & Social Change, 34, No. 3, 2010, s. 455-498.
- AKBAŞ, Kasım, “Yaldızlı Yakalılar”: Avukat Emeğinin Niteliğine İlişkin Bir Giriş Önerisi, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2018-4/29.pdf> (Erişim Tarihi: 3.4.2022).
- ALTHUSSER, Louis, İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları, İstanbul, 2003.
- ANSAY, Tuğrul, Hukuk Öğretimine İlişkin Sorunlar, Hukuk Eğitiminde Reform (Bir Deneme), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 1, 1969, s. 261-321.
- ATALAY, Ahmet Halûk / ÇATALOLUK, Gökçe, Hukukun Feneri ve Günümüzde Hukukun Bir Sanat Olarak Öğretimi, Hukuk Kuramı, C. 2, S. 6, Kasım-Aralık 2015, s. 52-58.
- BOURDIEU, Pierre, Akademik Aklın Eleştirisi, Pascalca Düşünme Çabaları, İstanbul, 2016.
- ÇATALOLUK, Gökçe, Hukuk Sistemi ve Autopoiesis, İstanbul, 2021.
- ÇATALOLUK, Gökçe, Fakültede Aldığımız Teorik Bilgileri ..., Hukuk Defterleri, S. 35, Ocak-Mart 2022, s. 25-28.
- DALLYN, Sam / MARINETTO, Mike / CEDERSTRÖM, Carl, The Academic as Public Intellectual: Examining Public Engagement in the Professionalized Academy, Sociology, December 2015, Vol. 49, No. 6, s. 1031-1046.
- DELANTY, Gerard, Küresel Çağda Üniversite İddiası: Amaç Olarak Bilgiden Bilginin Sonuna Doğru mu?, Bilgi ve Üniversiteler. Eleştirel Yükseköğretim Araştırmalarına Giriş. Ed. Mete Kurtoğlu, İstanbul, 2019, s. 63-99.
- DEMIROVIĆ, Alex, Wissenschaft oder Dummheit? Über die Zerstörung der Rationalität in den Bildungs Institutionen, Hamburg, 2015.
- ELVERİŞ, İdil, Adalete Erişimde Yeni Bir Yol: Pro Bono. Mesleki Sorumluluk Olarak Ücretsiz Hukuki Hizmet, https://www.tesev.org.tr/wp-content/uploads/rapor_Adalete_Erisimde_Yeni_Bir_Yol_Pro_Bono.pdf (Erişim Tarihi: 13.1.2022).
- ELVERİŞ, İdil, Cause Lawyering when it really matters: how Istanbul Lawyers reacted to events in Gezi, International Journal of the Legal Profession, Vol. 23, no. 2, s. 131-156.
- FREIRE, Paulo, Eleştirel Bilinç için Eğitim, İstanbul, 2021.

- FREIRE, Paulo, *Ezilenlerin Pedagojisi*, İstanbul, 1995.
- FREIRE, Paulo, *Umudun Pedagojisi. Ezilenlerin Pedagojisi'ni Yeniden Yaşamak*, İstanbul, 2020.
- GIROUX, H. A. / FILIPAKOU, O., *Critical Pedagogy in an Age of Authoritarianism: Challenges and Possibilities*, *Revista Izquierdas* 49, 2020, s. 2083-2097.
- GÜMRÜKÇÜ, Harun, *Bologna Sürecinin Tarihsel Gelişimi ve Bologna Toplantılarında Alınan Kararların Analizleri*, *Bologna Süreci ve Türkiye*, Antalya, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları, 2010, s. 11-26.
- HALL, Richard, *The Hopeless University: Intellectual work at the End of History, Postdigital science and Education*, 2020, 2, s. 830-848.
- HEATH, Mary / BURDON, Peter D., *Academic Resistance to the Neoliberal University*, *Legal Education Review*, Vol. 23, Iss. 2, s. 379-401.
- HOLMES, Jr., Oliver Wendell, *The Path of Law*, *Harvard Law Review* 457, 1897, s. 1-20.
- İstanbul Üniversitesi Genel Reform Tasarısı ve Fakültele Özgü İstekler, İstanbul Üniversitesi İşgal Komiteleri Konseyi, İstanbul, 20 Haziran 1968.
- JAEGGI, Rahel, *Entfremdung, Zur Aktualität eines sozialphilosophischen Problems*, Frankfurt, 2005.
- KALEM BERK, Seda, *Türkiye’de “Adalet Erişim”*, İstanbul, 2012, https://www.tesev.org.tr/wp-content/uploads/rapor_Turkiyede_Adalet_Erisim_Gostergeler_Ve_Oneriler.pdf (Erişim Tarihi: 13.1.2022).
- KANSU KARADAĞ, Akasya, *Güçler Ayrılığı ve Hegemonya: Kuramsal Bir Tartışma*, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2020.
- KAPFINGER, Emanuel, *Die Enteignung der Bildung durch den Bologna Prozess, Hochschule im Neoliberalismus. Kritik der Lehre und des Studiums aus Sicht Frankfurter Studierender und Lehrender*, Ed. Bauer, Christoph, s. 66-68.
- KARAPEHLİVAN, Funda, *Akademik Kapitalist Dönüşümü ve Neoliberal Üniversitenin İnşası*, *Hukuk Defterleri* S. 35, Ocak-Mart 2022, s. 20-25.
- KAVAK, Yüksel / SEFEROĞLU, S. Sadi / ATALAY KABASAKAL, Kübra / ŞEN, Zeynep / ULUDAĞ, Gonca, *Eğitim Alanındaki Değişimler ve Hukuk Öğretimi: Bologna Süreci’ne Dayalı Örnek İnceleme*, *Yükseköğretim ve Bilim Dergisi*, C. 5, S. 1, Nisan 2015, s. 1-13.
- KUMBASAR, Enver, *Türkiye Adalet Akademisi: İdeolojik Bir Aygıt mı?*, *Hukuk Defterleri*, Sayı 35, Ocak-Mart 2022, s. 51-54.
- MARX, Karl, *1844 Elyazmaları. Ekonomi Politik ve Felsefe*, Ankara, 1993.

- MAYO, Peter, Gramsci, Freire ve Yetişkin Eğitimi, Ankara, 2011.
- MCLAREN, Peter / JARAMILLO, Nathalia, Pedagoji ve Praksis, İstanbul, 2009.
- NEWMAN, Daniel, Are Lawyers Alienated Workers? European Journal of Current Legal Issues, Vol. 22, No. 3, 2016, <http://webjcli.org/index.php/webjcli/article/view/463/667> (Erişim Tarihi: 2.2.2022).
- ODYAKMAZ, Zehra, Yürürlüğü Durdurma, <https://www.anayasa.gov.tr/media/4747/odyakmaz.pdf> (Erişim Tarihi: 4.1.2022).
- ÖĞUZ, Arzu, Hukuk Eğitimindeki Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimindeki Rolü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 4, 2003, s. 1-40.
- ÖKÇESİZ, Hayrettin, Ülkemin Hukukunu Düşünürken, Türkiye’de Hukuku Yeniden Düşünmek, der. Haluk İnancı, İstanbul, 2015, s. 27-43.
- PASHUKANIS, Evgeny, Lenin and the Problems of Law, <https://www.marxists.org/archive/pashukanis/1925/xx/lenin.htm> (Erişim Tarihi: 30.3.2022).
- PETERSEN, Niels, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, 2010, https://homepage.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_10online.pdf (Erişim Tarihi: 3.4.2022).
- RIKOWSKI, Glenn, Marksist Eğitim Kuramı ve Radikal Pedagoji, İstanbul, 2011.
- RODRIGUEZ, David B., Foreword: Public Interest Lawyering and Law School Pedagogy, San Diego Law Review, Vol. 40, S. 1, 2003, s. 1-6.
- SAID, Edward, Entelektüel, Sürgün, Marjinal, Yabancı, İstanbul, 1994.
- SERT-ÇELİK, Çiğdem, Almanya’da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 54, 2004, s. 339-346.
- SHIJVI, Issa, Lawyers in Neo-Liberalism: Authority’s Professional Supplicants or Society’ Amateurish Conscience? CODESRIA Bulletin, Nos 3 & 4. 2006, s. 15-25.
- SIMON, William H., Visions of Practice in Legal Thought, 36, Stanford Law Review 469, 1984, s. 469-507.
- TONAK, Ahmet / SAVRAN, Sungur, Productive and Unproductive Labour: An Attempt at Clarification and Classification, Capital and Class, 23(2), s. 113-152.
- TUSTING, Karin / BARTON, David, Öğrenme Kuramları ve Yetişkin Öğrenme Modelleri Üzerine Kısa Bir İnceleme, İstanbul, 2011.
- VAN DE LOO, Janwillem / STEHMAIER, Marinus, Wieso, weshalb, warum- Bleibt Jura Dumm. Perspektiven Eines Leitbildes, Kritische Justiz, January 2013, s. 383-395.

VASCONCELOS VILAÇA, Guilherme, Why Teach Legal Theory Today?, German Law Journal, Vol. 16, No. 4, s. 781-819.

VUCOWICH, William T., Comment: The Lack of Practical Training in Law Schools: Criticisms, Causes and Programs for Change, Case Western Reserve Law Review, Vol. 23, Iss. 1, s. 139-152.

y GASSET, José Ortega, Üniversite'nin Misyonu, İstanbul, 2022.

Diğer Kaynaklar:

Resmi Gazete, 24 Ekim 2019 Perşembe, Sayı 30928.

<https://basin.adalet.gov.tr/hukuk-egitimi-sempozyumu-akademisyen-ve-ogrencileri-bir-araya-getirdi> (Erişim Tarihi: 13.3.2022).

<https://www.bursabarasu.org.tr/tr/merkezler-staj-egitim-merkezi-ders-programi.html> (Erişim Tarihi: 4.3.2022).

<https://www.internethaber.com/kilicdaroglundan-inanilmaz-iddia-235212h.htm> (Erişim Tarihi: 4.1.2022).

https://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/subat_2022_sabah_f_grubu.pdf (Erişim Tarihi: 4.3.2022).

<https://www.nlg.org> (Erişim Tarihi: 2.3.2022).

<https://www.nlg.org/wp-content/uploads/2017/06/A-History-of-the-NLG-1937-1987.pdf> (Erişim Tarihi: 2.3.2022).

<https://sodev.org.tr/wp-content/uploads/2020/05/arastirma.pdf> (Erişim Tarihi: 3.4.2022).

<https://www.themisuzem.com.tr> (Erişim Tarihi: 4.3.2022).

<https://www.yargiclarsendikasi.org/tarihce> (Erişim Tarihi: 12.3.2022).

<https://www.youtube.com/watch?v=DVQ0gWMFP38&t=3485s> (Erişim Tarihi: 2.3.2022).

<https://yukseiskariyer.com.tr/kurslar/adli-ve-idari-hakimlik-savcilik-kampi> (Erişim Tarihi: 4.3.2022).

Characterization of the Mahr Concept in Turkish and German International Private Laws^(*)

Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehir Kavramının Vasıflandırılması

*Hatice Selin PÜRSELİM ARNING^(**)*

Abstract:

Mahr, an Islamic law concept, has not been defined as a legal concept in Turkish and German laws. However, in both countries, courts occasionally have to deal with lawsuits regarding mahr. In Germany, mahr-related claims are made either by foreigners living in the country or by German citizens with an immigration background. In Turkey, such claims are set forward by Turkish citizens. It is also likely that some of these mahr-related lawsuits may involve a foreign element. In order to determine the law applicable to these claims, the court firstly needs to correctly characterize the concept with regards to conflict of laws. This article firstly explains the concept of mahr and afterwards discusses why the most suitable characterization is within the scope of the general provisions of marriage.

Keywords:

Characterization, International Divorce Law, Mahr, Private International Law, Sharia Law.

Öz:

İslam hukukuna ait bir kavram olan mehîr, Türk ve Alman hukuklarında tanımlanmamıştır. Ancak mehîre ilişkin uyuşmazlıklar iki ülkenin de mahkemelerinde görülen davaların konusunu oluşturabilmektedir. Alman mahkemelerinde mehîre ilişkin davalar, Almanya'da yaşayan yabancılar veya Alman vatandaşı olmakla birlikte Almanya'ya göç yollarıyla gelmiş kişiler tarafından açılmaktadır. Türkiye'de ise mehîre ilişkin talepler, Türk vatandaşları

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale geliş tarihi: 06.06.2022 - Makale kabul tarihi: 20.06.2022.

The Turkish translation of the work was published in PÜRSELİM ARNING, Hatice Selin, Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehîr Kavramının Vasıflandırılması, MHB, C. 33, S. 2, pp. 137-151.

^(**) Associate Professor Dr., Marmara University, Faculty of Law, Faculty Member of the Department of International Private Law,

E-posta: hselinpurselim@marmara.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-3067-4335>.

tarafından ileri sürülebilmektedir. Mehire ilişkin uyuşmazlıkların yabancılık unsuru içermesi ihtimal dâhilindedir. Mehire ilişkin yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda, mahkemenin uygulanacak hukuku tespit edilebilmesi için mehir kavramının kanunlar ihtilafı kurallarına göre vasıflandırılması gerekir. Bu makalede öncelikle mehir kavramı açıklamakta ve devamında evliliğin genel hükümlerinin mehrin vasıflandırılmasındaki yer tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

İslam Hukuku, Mehir, Milletlerarası Boşanma Davaları, Milletlerarası Özel Hukuk, Vasıflandırma.

I. Introduction

Today, people travel more often or live abroad for private, commercial, and professional purposes. While the coming together of different cultures, religions and traditions in a single society result in the building of new bridges, it also gives rise to multifaceted legal disputes. Due to its geographic location, Turkey has hosted different cultures, traditions, and customs throughout history. 21.9 million people with a migration background live in Germany according to 2020 official data.¹

Mahr is not a legal concept defined in Turkish and German laws. In both countries, the religious marriage ceremony takes place after the civil marriage ceremony and religious law is not implemented; still mahr-related lawsuits are being filed for various reasons.

In lawsuits filed in Germany, mahr claims are made by foreigners living in the country or by German citizens of foreign origin. In Turkey, lawsuits for mahr debts are filed by Turkish citizens.

II. Mahr (Die Brautgabe)

A. The Concept

In Islamic Law, money or property given or undertaken to be given by the husband to the wife at the time of the wedding is called “mahr”.² According

¹ 11.5 million of these 21.9 million people of immigrant origin acquired German citizenship, and the remaining 10.3 million are foreigners. The Federal Agency for Civic Education, <<http://www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/soziale-situation-in-deutschland/61646/migrationshintergrund-i>> (11 February 2022).

² AYDIN, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, 2012, p. 282; AYDIN, Mehmet Akif, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul, 1985, p. 103 (abbreviation: *Osmanlı Aile Hukuku*); CİN, Halil / AKGÜNDÜZ, Ahmed, *Türk Hukuk Tarihi*, Cilt 2, Konya, 1989, p. 83-84; KARAMAN, Hay-

to Islamic Law, the husband must give to the wife something of commercial value, such as money or a certain property, at the time of the marriage contract, during the marriage or after the marriage ends.³ If no mahr is undertaken during the wedding or if it is stipulated that mahr will not be given, this requirement does not apply.⁴ The mahr remains valid even if the spouses have not determined its amount.⁵ There is no upper limit to the amount of mahr to be paid; spouses are free to determine the amount.⁶ There is no consensus among different denominations as to the minimum amount of mahr.⁷ Mahr is not an amount paid to the father/family of the bride.⁸ It may be paid in advance or

rettin, Mukayeseli İslam Hukuku, Cilt I, İstanbul, 1982, p. 282 et seq.; EKİNCİ, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2012, p. 71; AKGÜNDÜZ, Ahmed, İslam ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı, Özel Hukuk-I, Cilt 2, İstanbul, 2012 (abbreviation: Özel Hukuk), p. 258; CİN, Halil, İslam Hukukunda Mehr, AÜHF Dergisi, C. 29, S. 1-2, 1972, p. 199.

³ CİN, İslam Hukukunda Mehr, p. 199.

⁴ AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, p. 283; AYDIN, Osmanlı Aile Hukuku, p. 104; EKİNCİ, Osmanlı Hukuku, p. 72; AKGÜNDÜZ, Özel Hukuk, p. 258; CİN / AKGÜNDÜZ, p. 83-84; KARAMAN, 283; CİN, Halil, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, 2. Baskı, Konya, 1988, p. 210 et seq.

⁵ In Islamic Law, a *mahr* whose value is specified by the spouses is called “*mahr al-musamma*” (specified *mahr*); whereas a *mahr* whose value is not specified is called “*mahr al-mithl*” (unspecified *mahr*); see AYDIN, İslam Osmanlı Aile Hukuku, p. 104; AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, p. 284; AKGÜNDÜZ, Özel Hukuk, p. 259; CİN / AKGÜNDÜZ, Türk Hukuk Tarihi, p. 83-84; KARAMAN, p. 283; CİN, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, p. 210 et seq.

⁶ AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, p. 283; AYDIN, Osmanlı Aile Hukuku, 103; AKGÜNDÜZ, Özel Hukuk, 258. See *Aydın* for the imposition of a maximum *mahr* limit through a special regulation in the Ottoman State which applied only to Janissaries, pp. 283-284.

⁷ There are four denominations in Islam: Hanafi, Maliki, Shafi’i and Hanbali. Hanafi Scholars set the minimum limit of *mahr* at ten *dirhams* of silver, Maliki Scholars at three *dirhams* of silver; while Shafi’i and Hanbali scholars do not define a minimum amount; AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, p. 283; AKGÜNDÜZ, Özel Hukuk, p. 258.

⁸ For detailed information, see WURMNEST, Wolfgang, Die Mär von der mahr-Zur Qualifikation von Ansprüchen aus Brautgabevereinbarungen, RabelsZ Band 71, 2007, p. 527-558, 531; KRÜGER, Hilmar, Beharrung und Entwicklung im islamischen Rechtsbereich, Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert, Symposium zum 65. Geburtstag von Ulrich Spellenberg, München, 2005, pp. 172-205, p. 178; MANKOWSKI, Peter, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2004, Art.14 EGBGB, Rn. 273; RAUSCHER, Thomas, Entscheidung des BGH zur Brautgabe, Anmerkung, DEuFamR 1999, p. 199. The author makes a comparison to the 4th verse of Nisa Surah of the Quran and indicates that *mahr*, which is a concept of Islamic Law, is a condition of marriage rather than something left to the free will of the husband; see WURMNEST, Die Mär von der mahr, p. 531-533. Jewish Family Law has a concept similar to *mahr*, called *ketubah*, which is a written marriage contract that sets forth the rights and obligations in marriage and specifies the amount to be given to the wife in the event of divorce or the husband’s death; EPSTEIN, Louis M., The Jewish Marriage Contract: A Study in the Status of the Woman in Jewish Law, New York: Jewish Theological Seminary, 1927, (Reprinted 2005 by The Lawbook Exchange), p. 207; JAYME, Erik, Zur Morgengabe in Kalifornien, IPRax 1986, p. 258; SIEHR, Kurt, Die Berücksichtigung religiösen Rechts bei gericht-

later (e.g. during divorce).⁹ The wife may freely dispose of the mahr given to her.¹⁰ If the wife donates the mahr to the husband, the obligation of the husband to pay mahr ceases.¹¹

In case the amount of the mahr is not determined at the time of the marriage, the wife is paid “mahr al-mithl” (mahr determined in consideration of the mahr paid to wife who are of the same social status and have similar characteristics);¹² this applies also in case the mahr determined is invalid (anything that is not prohibited by Islam and has financial value may be given as mahr).¹³ Even when the parties agree that no mahr will be given, the wife becomes entitled to *mahr al-mithl* after a valid marriage; but in order for the mahr to be transferred to the wife, either entrance to the nuptial chamber, legitimate *khalwa* (seclusion) must have taken place, or one of the spouses must have died before that.¹⁴

Most Islamic scholars consider mahr as one of the general conditions of marriage.¹⁵ The Maliki denomination thinks that mahr is a condition of validity, and marriage without mahr is invalid.¹⁶ In Turkish legal doctrine, mahr is regarded as one of the general conditions of marriage.¹⁷

tlicher Scheidung jüdischer Ehepaare bei Grenzüberschreitungen, in: Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtbarkeit, Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag, 2005, pp. 877-899, p. 887; YASSARI, Nadjma, Die Islamische Brautgabe im deutschen Kollisions- und Sachrecht, Heft 1, IPRax 2011, p. 63-67.

⁹ In Islamic Law, the term “*mahr al-muajjal*” (prompt *mahr*) is used for *mahrs* paid in advance; whereas the term “*mahr al-muwajjal*” (deferred mahr) is used for *mahrs* paid later; see AYDIN, Osmanlı Aile Hukuku, p. 102; AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, p. 284; AKGÜNDÜZ, Özel Hukuk, p. 259; CİN, İslam Hukukunda Mehr, p. 207.

¹⁰ AYDIN, Osmanlı Aile Hukuku, p. 104.

¹¹ AYDIN, Osmanlı Aile Hukuku, p. 104; CİN, İslam Hukukunda Mehr, p. 203.

¹² ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara, 1958, p. 200; CİN, İslam Hukukunda Mehr, p. 203.

¹³ AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, p. 284; AYDIN, Osmanlı Aile Hukuku, p. 103, footnotes 64-67; AKGÜNDÜZ, Özel Hukuk, p. 259; CİN, İslam Hukukunda Mehr, p. 204.

¹⁴ AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, p. 284; AKGÜNDÜZ, Özel Hukuk, p. 259. Hanafi, Shafi’i and Hanbali scholars think that, if any one of the spouses dies after marriage and before entrance to the nuptial chamber and legitimate *khalwa* (seclusion), the surviving spouse becomes the heir of the deceased and becomes entitled to the entire *mahr*; Maliki scholars think that *mahr* does not need to be paid anymore, and that inheritance alone will be sufficient; for details see AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, p. 284. Shi’ites also agree with the three Sunni denominations; CİN, İslam Hukukunda Mehr, p. 202.

¹⁵ For detailed information, see CİN, İslam Hukukunda Mehr, p. 201; AKGÜNDÜZ, Özel Hukuk, p. 259.

¹⁶ For detailed information, see CİN, İslam Hukukunda Mehr, p. 201; AKGÜNDÜZ, Özel Hukuk, p. 259.

¹⁷ For detailed information, see CİN, İslam Hukukunda Mehr, p. 204; AYDIN, Osmanlı Aile Hukuku, p. 103; EKİNCİ, Osmanlı Hukuku, p. 72.

B. Turkish Law

Turkish Civil Code, which became effective on 4 October 1926, was adopted from the Swiss Civil Code as a whole and through translation.¹⁸ The Republic of Turkey, which was founded in 1923, abandoned Islamic law, which was used at the time of the Ottoman Empire, and joined the European legal system. Mahr was an instrument of family law during the reign of the Ottoman Empire and was applied in line with Islamic law.

According to one view, the contract can be considered a donation contract in Turkish civil law, if the mahr has the nature of a promise to donate.¹⁹ If the cause of the mahr contract is divorce through *talaq* (the husband's ending the marriage unilaterally by saying to the wife "I divorce you" three times), the contract would be invalid since such a situation would disturb public order.²⁰ According to this view, if a mahr contract subject to the conclusion of marriage is made during engagement and if the engagement is dissolved thereafter, this donation, which is subject to a suspensive condition, will be returned since the condition has not been fulfilled.²¹ If the marriage is concluded, the mahr will be defined as a donation since the condition has been fulfilled. It is believed that a mahr contract made after civil marriage is regarded also as an abstract promise.²²

III. Characterization of Mahr in Turkish and German Private International Laws

A. The Decision Dated 9 December 2009 and Numbered XII ZR 107/08 of the German Supreme Court

The decision of the German Supreme Court on mahr offers detailed comparisons. This decision is important in terms of courts' interpretation of the issue. The background of the decision is as follows: Two Iranian citizens got married in Tehran in 1992 under Islamic law. The mahr arrangement was made as part of the marriage contract. Then the parties migrated to Germany in 1993 and acquired German citizenship after a while. The couple, which got married in Tehran in

¹⁸ ÖZTAN, Bilge, Resmi Nikahtan Sonra Yapılan Mehir Anlaşması Geçerli midir?, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998, pp. 389-397, p. 389.

¹⁹ ÖZTAN, p. 393, 397.

²⁰ ÖZTAN, p. 397.

²¹ HATEMİ, Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 1976, p. 319; ÖZTAN, p. 395.

²² ÖZTAN, p. 395.

1992, filed a lawsuit for divorce with the first instance court of Hamburg-Barmbek in 2006.²³ On the basis of the mahr contract made in writing at the time of the marriage contract, the wife asked the first instance court to order the husband to pay mahr to her. The amount of mahr was determined as 15,000,000 Iranian Rials on 29 March 2006, which was equal to 1,428.23 Euros at the exchange rate prevailing on such date. As a result of the mahr contract made by the Parties in Iran under Iranian law, the first instance court applied Article 14 (conflict of laws rules governing general provisions of marriage) to the wife's mahr claim and to the calculation of the mahr amount, relying on the general provisions of divorce in Article 17 of German Private International Law, and decided that German laws shall apply to the mahr claim. The wife who claimed mahr and was awarded a EUR 1,428.23 mahr by the first instance court, then applied to Hamburg Appellate Court as a plaintiff.^{24,25} Unlike the first instance court, the appellate court considered the mahr claim in accordance with property regimes.

The German Supreme Court²⁶ considered comparative law precedents, emphasized that there is no common mahr application in international practice, and highlighted that Islamic law systems regulate mahr, that some mahr practices are similar to each other, but no uniform application exists and that each country has a different objective and definition based on cultural and traditional practices.²⁷ The Supreme Court ended the long-standing controversy in case law and the doctrine, and considered mahr as an institution related to the general provisions of marriage; and solved the case by applying Art.14 of German Private International Law (rule of conflict of laws governing general provisions of marriage).^{28,29}

²³ AG Hamburg-Barmbek 16 November 2006 - 891 F 21/06. Also see IPRax 2011, Heft: 1, 85-89.

²⁴ OLG Hamburg 29 May 2008 - 10 UF 83/06.

²⁵ For conversion tables up to 2003, see BASEDOW, Jürgen / YASSARI, Nadjma, *Iranian Family and Succession Laws and their Application in German Courts*, Tübingen, 2004, p. 171.

²⁶ BGH 9 December 2009 - XII ZR 107/08 <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=51052&pos=0&anz=1>> (10 February 2022).

²⁷ BGH 9 December 2009, no. 12. See HEBLER, Hans-Joachim, *Islamisch-rechtliche Morgengabe: Vereinbarter Vermögensausgleich im deutschen Scheidungsfolgenrecht*, Heft 2, IPRax 1988, p. 96 for an alternative view that *mahr* is defined in detail by Articles 80 to 90 of the Ottoman Family Law Decree (1917), that it can be considered in line with the general provisions of marriage on the basis of such decree, that it has an impact on property regimes, and that *mahr* and *ketubah* in Jewish law are similar mechanisms.

²⁸ As regards whether the wife is entitled to *mahr* in cases where the marriage is not valid, see WURM-NEST, *Die Mär von der mahr*, p. 528; OLG Düsseldorf 12 August 1992, FamRZ 1993, 187.

²⁹ BGH 9 December 2009, no. 14.

B. Characterization of Mahr in Turkish Law

1. Background of the Mahr-Related Decision on Unification of Conflicting Judgments

As we stated at the beginning, Islamic law was abolished and the Western Law system was adopted at the time of the foundation of the Republic of Turkey. Conflicts have arisen between the former legal system and the new legal system from time to time. One of these conflicts is described in a court decision ordering the payment of mahr:³⁰ At the time of the marriage, which took place during the reign of the Ottoman Empire, the parties made a mahr contract in line with Islamic law, but the mahr claim in the subsequent divorce suit caused controversy (the divorce suit was filed after the collapse of the Ottoman Empire and the foundation of the Republic of Turkey). The first decision on this issue is the decision dated 28 April 1935 and numbered 1166/1000 of the 2nd Civil Law Chamber of the Supreme Court of Appeals (Turkish Supreme Court); and the second one is the decision dated 2 June 1959 and numbered 2984/2385 of the same chamber of the same court. While the court ordered the payment of mahr in the first decision, in the 1959 decision the plaintiff's mahr claim was dismissed as it would disturb public order. In order to resolve the dispute, Attorney Çelebioğlu of the Ankara Bar Association submitted a petition requesting unification of conflicting judgments.³¹ The Office of the Supreme Court of Appeals in Charge of Decisions on Unification of Conflicting Judgments evaluated the issue and announced its majority opinion. Turkish courts still refer to this unification decision when deciding about mahr payments to wives.

2. Decision dated 2 December 1959 and numbered 14/30 on Unification of Conflicting Judgments

When hearing mahr-related cases, Turkish courts refer to the decision on unification of conflicting judgments dated 2 December 1959 and numbered 14/30. That unification decision involves a marriage contract which was made in line with Islamic law in Ottoman times, and then, after the declaration of the Republic, the parties filed a divorce suit with the court in line with the new Civil Code. When the marriage contract was signed, it had been agreed that

³⁰ For detailed information, see 4th Civil Law Chamber of the Supreme Court of Appeals, 18 February 1985 E. 1984/9153 K. 1985/1223 <www.kazanci.com.tr> (11 February 2022).

³¹ 4th Civil Law Chamber of the Supreme Court of Appeals, 18 February 1985.

the husband would pay mahr to the wife when divorcing.³² In the unification decision, the mahr contract made during the reign of the Ottoman Empire was regarded as an obligation on the part of the husband, and as an acquired right to receivables on the part of the wife. Thus, mahr was characterized as a debtor-creditor relationship whose performance is delayed and postponed, considering that the Civil Code of the Republic of Turkey does not prohibit the husband or the wife from giving, or undertaking to give, money/property to the other at the time of the marriage. According to the decision, mahr is not a compensation for divorce through *talaq* or a measure to prevent divorce, and would thus not disturb public order. In the second session held on 2 December 1959, the precedent dated 28 April 1935 was confirmed by a majority vote.

R.S., presiding judge of the 4th Civil Law Chamber, opposed the decision and in his dissenting opinion, he stated that this would disturb public order; that since the Civil Code does not provide for any payment by the husband to the wife in case of termination of the marriage through death or divorce, the court may no longer order the payment of “deferred mahr” (*mahr-al muwajjal*) receivables that arose during the former law; that since the mahr obligation is one of the legal consequences of the marriage contract in Islamic Law, it will arise automatically upon completion of the marriage without the need for the husband and the wife to reach any agreement on the issue; and that the will of the parties may affect the existence of the obligation only after such obligation has arisen. R.S. thus explained that since the mahr obligation is a legal consequence attributed by Islamic law to the marriage contract regardless of the will of the wife and the husband and since it is not an obligation concerning the management of the property owned by the spouses, this obligation has legal consequences attaching to them privately and because the new law doesn’t contain such an obligation, any claim to that end would contradict the law.³³

3. Mahr-Related Decisions of Turkish Courts

In Turkish law, there are currently no mahr-related decisions that involve a foreign element. Still, the Supreme Court of Appeals has issued some mahr-related decisions. It is noteworthy that mahr is characterized by the Supreme Court of Appeals as a donation contract and that the Supreme Court of Appe-

³² See footnote 9.

³³ 4th Civil Law Chamber of the Supreme Court of Appeals, 18 February 1985.

als decides cases in light of the unification decision dated 2 December 1959 and numbered 14/30.³⁴

The subject of the decision numbered 2011/8161-2011/9851 of the 1st Civil Law Chamber of the Supreme Court of Appeals is as follows:³⁵ A lawsuit was filed with Konya 2nd Civil Court of First Instance on 26 April 2011 with No. 2008/519-2011/176 for the registration of title deed cancellation. The husband got married for the second time after he got divorced and donated his immovable property to his second wife as mahr. However, the first wife and children of the husband claimed that the assignment of the immovable property to the new wife was concealment of assets, and thus was a fictitious transaction. The Supreme Court of Appeals summarized the case as follows: “... a mahr contract made in accordance with the former legislation cannot be regarded as a legal relationship that has been prohibited by the Civil Code. (Grounds for the Unification Decision dated 2 December 1959 and numbered 14/30). Mahr contracts are valid also today. (e.g. Decision dated 25 October 1965 and numbered 4557/5028 of the Second Civil Law Chamber of the Supreme Court of Appeals) Deferred mahr is a forward-looking promise for donation. A donation promise made by a third party other than the husband is also valid. However, this case involves a donation promise governed by Article 238 of the Code of Obligations, rather than an assumption of obligations in favor of a third party, which is set forth in Article 110 of the Code of Obligations. The validity of a donation promise is subject to the written form requirement. In fact, title to the immovable property was transferred to the defendant. (Art.238/1 of the Code of Obligations). (4th Civil Law Chamber, 18 February 1985 - 1984/9153 E, 1985/1223 K. Journal of the Decisions of the Supreme Court of Appeals 1985, p. 802). In light of the above, if the mahr is regarded as the reason of the assignment, it may not be claimed that the inheritor is acting for the purpose of concealing assets from his heirs”.

According to the precedent-setting decision of the Supreme Court of Appeals, which indicates that “mahr may not be given”,³⁶ a grossly negligent wife who

³⁴ Supreme Court of Appeals Grand Chamber for the Unification of Judgments, 2 December 1959 E. 14 K. 30, Official Gazette 24 February 1960 no. 10440, <<https://resmigazete.gov.tr/arsiv/10440.pdf>> (10 February 2022).

³⁵ 1st Civil Law Chamber of the Supreme Court of Appeals, 5 October 2011 E. 2011/8161 K. 2011/9851 <www.kazanci.com.tr> (10 February 2022).

³⁶ 4th Civil Law Chamber of the Supreme Court of Appeals, 18 February 1985.

has been materially disrespectful to the unity of family may not claim a time-bound donation, i.e. “mahr”. The wife claimed her mahr receivables from her father-in-law, and the court ordered the payment of the mahr. The lawsuit was brought before an appellate court. The Supreme Court of Appeals ruled as follows: “In Islamic Law, the husband must give a property, money or something of economic value to the wife as a gift at the time of the marriage contract, during the marriage or after the marriage ends, and this is called “mahr” (...). The debtor of the mahr is the husband as a rule. However, a third party may assume the obligation to pay on behalf of the husband. In this case, the debtor is the person giving the undertaking rather than the husband. Payment is claimed from the person who has given the undertaking. If the third party has assumed the obligation to pay the mahr without the knowledge of the husband, he/she will be deemed to have intended to make a donation to the husband. The Civil Code does not prohibit any of the spouses from giving money or property to the other at the time of the marriage contract, or from postponing such giving through a promise. Therefore, a mahr contract made in accordance with the former provisions cannot be regarded to be a legal relationship prohibited by the Civil Code. (Grounds for the Unification Decision dated 2 December 1959 and numbered 14/30). Mahr contracts are valid also today. Deferred mahr (*mahr-al muwajjal*) is a forward-looking donation promise (until the marriage ends in divorce or death). A donation promise made by a third party other than the husband is also valid. However, this involves a donation promise governed by Article 238 of the Code of Obligations, rather than an assumption of obligations in favor of a third party, which is defined in Article 110 of the same law. The validity of a donation promise is subject to the written form requirement. (Art.238/1 of the Code of Obligations). In the present case, the father-in-law made a donation promise as a third party, through a written contract dated 14 September 1970 (deferred mahr). In the hearing of 27 June 1984, he confirmed that the signature under the agreement was his signature. Therefore, the contract is valid and the defendant must pay deferred mahr (*mahr-al muwajjal*) as a rule. However, if the recipient of the donation fails to fulfill her legal obligations against the grantor or his family, or fails to comply with the same in material respects, the grantor has the right to avoid the contract (Article 244/s of the Code of Obligations). In Article 244/2 of the Code of Obligations, the law-maker does not consider the failure to perform familial obligations to be grounds for avoidance in itself, and requires the existence of material in compliance and disrespect, by adding the phrase “in material respects”. The judge has the discretion to decide in which cases the failure

to perform familial obligations will be deemed to constitute a material disrespect and incompliance, by taking into consideration the details of the specific case.”

In the Supreme Court of Appeals decision dated 27 May 2009,³⁷ the husband assigns his share in the immovable property to his wife as mahr through donation. The plaintiffs claimed that the purpose of the husband’s assigning his share in the lots of land to his wife before the land registry was to damage their reserved rights, and requested a decision for a deduction to be made from the mahr amount in proportion to their reserved rights. In its decision, the Supreme Court of Appeals referred to the unification decision dated 2 December 1959, and concluded that the share in the immovable property was given to the defendant through a mahr contract (simple written contract), that this was a donation and that the inheritor did not act with the intention of damaging the other heirs’ reserved shares.

In another decision of the Supreme Court of Appeals,³⁸ dated 13 October 2011, the immovable property was given by the husband (the plaintiff) to the wife as mahr. According to the apparent transaction, the parties went to the land register, stated that an assignment was being made through sale, and performed the necessary procedures. In the divorce suit, the plaintiff stated that he transferred the immovable property free of charge in order to ensure the unity of family, claimed that this was a fictitious transaction and requested the return of the immovable property. The Supreme Court of Appeals ruled as follows: “There is no fictitious transaction between the parties, their mahr contract is still valid. Deferred mahr (*mahr-al muwajjal*) is a forward-looking promise for donation. A donation promise made by a third party other than the husband is also valid. However, the present case involves a donation promise rather than an assumption of obligations in favor of a third party. The validity of a donation promise is subject to the written form requirement. The registration of the immovable property has also been transferred to the defendant”.

In mahr-related divorce suits filed with Turkish courts, we see that usually men ask for the mahr to be returned, or third parties file objections to the transaction because of a loss of rights. However, since the Supreme Court

³⁷ 1st Civil Law Chamber of the Supreme Court of Appeals, 27 May 2009 E. 2009/4577 K. 2009/6090 <www.kazanci.com.tr> (10 February 2022).

³⁸ 1st Civil Law Chamber of the Supreme Court of Appeals, 13 October 2011 E. 2011/8023 K. 2011/10250 <www.kazanci.com.tr> (10 February 2022).

of Appeals defines mahr as a donation made through a simple written contract, no returns are being ordered. As regards immovable property, title to the property is transferred to the wife through registration with the land register, and since the transaction is apparently a sale or a donation, again nothing is returned to the husband.

4. Characterization of Mahr in Turkish Private International Law

In Turkish law, qualification is expressed as the determination of the meaning and content of the legal relationship.³⁹ However, since the concept of mahr is not in Turkish law, the subject has not been discussed in detail, and no mahr-related lawsuit involving a foreign element has been filed yet. Although the issue has not been comprehensively discussed, Nomer thinks that mahr can be considered within the framework of property regimes in private international law.⁴⁰

In terms of private international law, it is possible to discuss whether mahr should be regarded as a donation promise, an element of property regime, or within the framework of the general terms of marriage, alimony, compensation or inheritance. In Islamic law, even if a contract is made that no mahr will be given, the wife is entitled to mahr by virtue of the conclusion of the marriage contract. Mahr may be paid either in advance during the wedding, or later (at the time of divorce or during the marriage). If the husband dies, the wife gets paid the mahr apart from her share in the inheritance. Thinking that mahr is part of the inheritance may be inconsistent with the purpose of mahr. Mahr is a broader concept than alimony and compensation, in that it can be paid either at the time of marriage or at a later time during a marriage that continues without divorce. Calculation of alimony and compensation by the court may be different from the payment of the amount specified in the mahr certificate to the wife (without further calculation). With respect to mahr, the wife knows in advance the amount she will be paid (the procedure to be followed in case the mahr amount has not been calculated constitutes an exception).⁴¹

³⁹ TEKİNALP, Gülören, *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*, 13. Bası, İstanbul, 2020, p. 36; ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 17. Bası, İstanbul, 2021, p. 74-75; ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. Baskı, İstanbul, 2021, p. 55; DOĞAN, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8. Baskı, Ankara, 2022, p. 27.

⁴⁰ NOMER, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 23. Baskı*, İstanbul, 2021, p. 266-267.

⁴¹ See p. 2 above.

Islamic Law considers mahr as a legal obligation and a transaction dependent on marriage, that needs to be performed at the time of the marriage.⁴² The characterization of mahr in Islamic law is clear and definite; it is an obligation within the scope of the general provisions of marriage and there is no controversy on that.⁴³ Mahr causes legal problems in Turkey and Germany because the family laws of both countries lack such a mechanism and both countries are trying to maintain public order.

In mahr-related lawsuits involving a foreign element, considering mahr within the context of the alimony, the inheritance or the property regime may cause loss of right on the part of the wife. If a Turkish woman and an Iranian man get married in Iran and a mahr contract is concluded, and the wife who leaves Iran and comes to Turkey files a divorce suit in Turkey and claims mahr, the mahr will need to be specified. In such a lawsuit, Article 13/3 of the Law on Private International Law and Procedure shall apply if mahr is considered within the context of the general provisions of marriage. According to this article, “the general provisions of marriage are subject to the spouses’ joint national law. If the spouses are of different nationalities, the law of their common joint domicile shall apply and in case of the absence of such law, Turkish law shall apply”. In the hypothetical example above, the spouses do not have a joint national law; the wife has left Iran and has come to Turkey, which means that there is also no law of joint domicile. In this case, Turkish law shall apply. Since mahr arises as part of the general provisions of marriage, it has a private nature. Considering mahr’s relation to family law and the fact that it is a consequence of the marriage contract, it would be more appropriate to apply that article of the Law on Private International Law and Procedure which governs the general provisions of marriage rather than the article governing contracts (if mahr is regarded as a donation, Article 24 of the Law on Private International Law, which governs the contractual relationship arising from contracts, should be applied to mahr). In decisions of the Supreme Court of Appeals, mahr is characterized as a donation contract, and every decision mentions the link between donation and family law.

⁴² HATEMİ, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, p. 392.

⁴³ CİN, *İslam Hukukunda Mehr*, p. 201; AYDIN, *Türk Hukuk Tarihi*, p. 283; ANSAY, p. 219; HATEMİ, *Hüseyin, İslam Hukuk Dersleri*, İstanbul, 2012, p. 182; ÜÇÖK, *Coşkun / MUMCU, Ahmet / BOZKURT, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi*, Ankara, 2011, p. 109, 115.

IV. Conclusion

Considering that the two countries have a parallel legal system with respect to mahr, it is interesting that courts evaluate the issue differently. The German Supreme Court has characterized mahr within the scope of the general provisions of marriage. Within the scope of the general provisions of marriage, mahr has been characterized as a consequence of marriage.⁴⁴ When hearing cases that do not involve a foreign element and involve payment of mahr to a wife, Turkish courts rely on the unification decision dated 2 December 1959 without exception. In view of the fact that mahr is not prohibited by the Civil Code, they rule that it is a donation contract, that it is enough to conclude a mahr contract in simple written form (legal form requirement must be met in case of immovable property) and that the transaction is valid.

No mahr-related lawsuit involving a foreign element has been filed yet with Turkish courts. Turkish courts consider mahr as a donation linked to family law. When the case involves foreign elements, it will be necessary to apply the Law on Private International Law and Procedure in order to reach a conclusion. In mahr-related lawsuits involving a foreign element, the material asset given by the husband to the wife as a gift due to the marriage arises from the general provisions of marriage. In this case, mahr can be considered within the context of the general provisions of marriage (Art.13/3 of the Law on Private International Law and Procedure).

⁴⁴ BGH 9 December 2009, no. 19.

References

- AKGÜNDÜZ, Ahmed, İslam ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı, Özel Hukuk-I, Cilt 2, İstanbul, 2012.
- ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara, 1958.
- AYDIN, Mehmet Akif, İslam Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul, 1985 (kısaltma: Osmanlı Aile Hukuku).
- AYDIN, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, 2012.
- BASEDOW, Jürgen / YASSARI, Nadjma, Iranian Family and Succession Laws and their Application in German Courts, Tübingen, 2004.
- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Bası, İstanbul, 2021.
- CİN, Halil / AKGÜNDÜZ, Ahmed, Türk Hukuk Tarihi, Cilt 2, Konya, 1989.
- CİN, Halil, İslam Hukukunda Mehr, AÜHF Dergisi, C. 29, S. 1-2, 1972.
- CİN, Halil, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, 2. Baskı, Konya, 1988.
- DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Baskı, Ankara, 2022.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2012.
- EPSTEIN, Louis M., The Jewish Marriage Contract: A Study in the Status of the Woman in Jewish Law, New York: Jewish Theological Seminary, 1927, (Reprinted 2005 by The Lawbook Exchange).
- HATEMİ, Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 1976.
- HATEMİ, Hüseyin, İslam Hukuk Dersleri, İstanbul, 2012.
- HEBLER, Hans-Joachim, Islamisch-rechtliche Morgengabe: Vereinbarter Vermögensausgleich im deutschen Scheidungsfolgenrecht, Heft 2, IPRax 1988.
- JAYME, Erik, Zur Morgengabe in Kalifornien, IPRax 1986.
- KARAMAN, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, Cilt I, İstanbul, 1982.
- KRÜGER, Hilmar, Beharrung und Entwicklung im islamischen Rechtsbereich, Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert, Symposium zum 65. Geburtstag von Ulrich Spellenberg, München, 2005.
- MANKOWSKI, Peter, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2004, Art.14 EGBGB.
- NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 23. Baskı, İstanbul, 2021.
- ÖZTAN, Bilge, Resmi Nikahtan Sonra Yapılan Mehir Anlaşması Geçerli midir?, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998, pp. 389-397.

- RAUSCHER, Thomas, Entscheidung des BGH zur Brautgabe, Anmerkung, DEu-FamR 1999.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Baskı, İstanbul, 2021.
- SIEHR, Kurt, Die Berücksichtigung religiösen Rechts bei gerichtlicher Scheidung jüdischer Ehepaare bei Grenzüberschreitungen, in: Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtbarkeit, Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag, 2005.
- TEKİNALP, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, 13. Bası, İstanbul, 2020.
- ÜÇÖK, Coşkun / MUMCU, Ahmet / BOZKURT, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara, 2011.
- WURMNEST, Wolfgang, Die Mär von der mahr-Zur Qualifikation von Ansprüchen aus Brautgabevereinbarungen, RabelsZ Band 71, 2007.
- YASSARI, Nadjma, Die Islamische Brautgabe im deutschen Kollisions- und Sachrecht, Heft 1, IPRax 2011.

Din, Biyopolitika ve Feminizm Ekseninde Türkiye’de ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Kürtaj^(*)

Abortion in Turkey and the Turkish Republic of Northern Cyprus on the Axis of Religion, Biopolitics and Feminism

*Şölen KÜLAHÇI^(**)
Emir Ali GÜRLER^(***)*

Öz:

Gebeliğin sona erdirilmesini sağlayan bir tıbbi işlem olan kürtaj, bu niteliği itibarıyla en çok tartışılan konulardan biri olmuştur. Kürtajın, kadının bedeni üzerindeki hakları ile ileride doğma potansiyeli olan ceninin hakları arasında ortaya çıkardığı çatışma bu tartışmaların temel konusunu oluşturmaktadır. Söz konusu tartışmalar, tüm dünyada olduğu gibi, Türkiye ve KKTC’de de önemli bir konu haline gelmiştir. Yahudilikte, Hristiyanlıkta ve İslamiyet’te insan kutsal bir varlıktır ve yaradanın izniyle dünyaya gelmektedir. Bu fikirden hareketle, üç dinde de hamileliği ortadan kaldıracak ve cenine zarar verecek her türlü hareket yasaklanmıştır. Dinin etkisinin yanı sıra, kürtajın nüfus politikasının önemli bir parçası olarak kabul edilmesi, biyoiktidarın cenine yapılan müdahaleleri kontrol altında tutma isteğini artırmıştır. Örneğin, 1920’lerde Rusya’da nüfusun aşırı artması ve çoğu kişinin açlıktan ölmesi nedeniyle kürtaj serbest bırakılmıştır. Diğer taraftan batılı ülkeler, İkinci Dünya Savaşı nedeniyle azalan nüfusun artmasını sağlamak amacıyla kürtajı yasaklama yolunu tercih etmiştir. Tarih boyunca, kürtaj üzerindeki bu dini ve biyopolitik etki, hamilelik sürecinden birebir etkilenen kadını dikkate almadan devam etmiştir. İşte bu durum, feminist akımın eleştirdiği en önemli sorunlardan biri olmuştur. Feminist akım, hamileliğin kadın bedeninin bir parçası olduğu ve bu noktada en son sözü söyleme hakkının da kadına ait olduğu düşüncesi ile dünyanın her yerinde eylemler başlatmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Kürtaj, Cenin, Din, Biyopolitika, Feminizm.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale geliş tarihi: 19.11.2021 - Makale kabul tarihi: 14.06.2022.

^(**) Doç. Dr., Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Öğretim Üyesi,

E-posta: skulahci@ciu.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-2105-0475>.

^(***) Öğr. Gör., Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,

E-posta: egurler@ciu.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-5706-7546>.

Abstract:

Abortion, due to its nature as a medical procedure that terminates pregnancy, is among the most contested issues in the world. The debate on this topic reflects the conflict that the procedure creates between women's rights over their bodies and the possible right to life of a future baby. These arguments are also taken up in discussions on this topic in Turkey and the TRNC. In Judaism, Christianity and Islam, human life is considered sacred, and it is believed that a baby is conceived with the permission of the Creator. Based on these beliefs, any act that would abolish pregnancy and harm the foetus is prohibited in all three religions. In addition to the influence of the monotheist religions, perception of abortion as an important tool for policies on maintaining populations has increased the desire of biopower to control foetal interventions. For instance, Russia legalised abortion in 1920s to prevent overpopulation and reduce famine. On the other hand, western countries preferred to ban abortion to increase the population that was severely affected by the Second World War. Throughout history, these religious and biopolitical influences on abortion have developed without paying central attention to women whose bodies are directly affected by pregnancy. This ignorance on the part of the influencers of the debate have been criticised by feminist movements. These movements started actions all over the world with the idea that pregnancy concerns the female body and that, women should have the last word on this issue.

Keywords:

Abortion, Fetus, Religion, Biopolitics, Feminism.

Giriş

Kürtaj, hamileliğin sona ermesini sağlayan bir tıbbi müdahaledir. Hukuk düzenleri, tıbbi bir gereklilik olup olmamasına göre kürtajla ilgili farklı düzenlemeler yapmaktadırlar. Kürtajın, tıbbi gereklilik dışında yapılmasının kadına bir hak olarak tanınması, ceninin yaşama hakkı ile de yakından bağlantılı olduğundan iki durum arasında menfaat çatışması yaşanmaktadır. Çünkü, bir tarafta bedeni üzerinde söz söyleme ve karar verme hakkı talep eden kadın ile diğer tarafta ileride yaşama olasılığı olan bir varlık arasında seçim yapmak gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında, kadına isteğe bağlı kürtaj hakkı vermek, bir taraftan da ceninin ileride yaşama olasılığını ortadan kaldırmaktadır. Söz konusu çıkar çatışması, kürtajın din, biyopolitika ve feminizm ile ilgili bağlantısını ortaya çıkarmaktadır.

Din, insanlığın başlangıcından itibaren toplumsal yaşamda etkisini sürdürmektedir. Bu etkinin derecesi ise, toplumun ve Devlet yapısının örgütlenmesi ile yakından ilgilidir. Nitekim, laik bir yapı izleyen toplumlarda dininin etkisi daha az hissedilirken, dini rejimle yönetilen toplumlarda bu etki daha sıklıdır. İşte bu durum, kadının hakları ve dolayısıyla da gebeliğin sona erdi-

rilmesi açısından yapılan hukuki düzenlemelerin şeklini de belirlemektedir. Dini etki, Devletin yaşam ve ölüm üzerindeki politikalarının şekillenmesini de sağlamaktadır ki, bu durum karşımıza biyopolitika olarak çıkmaktadır.

Biyopolitika, iktidarın yaşam üzerindeki politikalarını anlatmak için kullanılan bir terimdir. Ceninin yaşama hakkı bakımından biyopolitikanın en belirgin olarak hissedildiği konu kürtaçtır. Anne karnındaki ceninin yaşama hakkının nerede başlayıp nerede bittiği, çözülmesi zor bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceninin sağlıklı bir birey olarak dünyaya gelme olasılığının sonlandırılması en temel insan hakkı olan yaşama hakkının ihlali gibi görünmekle beraber, bu gebelikle birlikte yaşamı bütünüyle değişecek kadının da kendi hayatı üzerinde söz söyleme hakkının bulunması da konunun farklı açılardan ele alınmasını sağlar. Bu noktada, kadının kendi bedeni üzerinde hak sahibi olduğu gerçeğinden hareket edenlerle, ceninin yaşama hakkının her şeyden üstün olduğunu savunanlar arasında ciddi bir görüş ayrılığı doğmaktadır. İşte biyopolitika, tam da bu alanda belirlediği esaslarla konuya müdahil olmaktadır. Yani biyopolitika, egemen iktidarın ceninin yaşama hakkı ile ilgili görüşünü yansıtmaktadır.

Din ve biyopolitikanın tam karşısında ise feminizm kadının varlığını savunan ve sürdürülebilir politikalar yaratmaya çalışan bir ideoloji olarak kendini göstermektedir. Cenine ilişkin müdahalelerin kısıtlanması ya da serbest bırakılması feminizm ile yakından ilgilidir. Kadının varoluş mücadelesine, bilimsel ve aktivist bir bakış açısı getirmeye çalışan feminizm cenine ilişkin müdahalelerle ilgili olarak da görüş bildirmektedir. Zira, hamilelik süreci ile birlikte kadının yavaş yavaş iş hayatından ve sosyal hayattan çekilmesi tehlikesi feminizmin çalıştığı konulardan birini oluşturmaktadır.

I. Kürtaçta Dini Bakış Açısı

Din, insanlığın başlangıcından itibaren toplumların şekillenmesini ve yönetilmesini sağlayan en önemli araçlardan biridir. İlk çağdan bugüne kadar, insanın kendinden daha büyük bir gücün olduğuna inanma çabası dinin etkisini sürdürmesini sağlamıştır. Teknolojinin ve bilimin gelişmediği zamanlarda din, yasaklayıcı ve korkutucu bir güç olarak kullanılmıştır. Modernleşmenin başlaması ve öğrenmenin kolaylaşmasından sonra ise din, yasaklayıcı ve korkutucu olmaktan çok, toplumu şekillendirici bir araç olarak işlev görmüştür.¹

¹ KADIOĞLU, Ahmet Selim, Türk-İslam Sentezcilerinde Hukuk, Ahlak ve Din İlişkisi, Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, C. 17, S. 34, Y. 2021, s. 1559.

Dinin, yaşam ve ölüm üzerindeki etkisi ise, inananlar arasında etkinliğini her dönemde sürdürmüştür. İnsanlığın, Tanrı ile başladığı ve yine onun isteği ile sona ereceğine ilişkin inanış dünyevi ilişkilerin şekillenmesinde de kendini göstermektedir. Bu çerçevede, başlangıçta birçok hukuki düzenlemenin de teolojinin etkisi altında kalarak yapıldığı bilinmektedir.²

Dinin etkisinin en çok görüldüğü yerlerden biri de kürtajdır. Kürtajın, dinen yasak olup olmadığı tartışması iktidarların yaptığı hukuki düzenlemelerin temel noktasını oluşturmaktadır. Özellikle, kürtajın kadınlar açısından hak olup olmadığının tespiti bugün dahi dini çerçeveden açıklanmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle, Yahudilik, Hristiyanlık ve Müslümanlık açısından kürtaja ilişkin tespitler yapılmadan konu derinlemesine incelenmiş olmayacaktır.

A. Yahudilikte Kürtaj

Yahudilikte, bir hayatı yok etmenin en büyük günah olduğu inancı hakimdir.³ Tevratta, kürtaja ilişkin genel bir ifade olmamasına rağmen Mişna'da,⁴ bir hayatı sona erdirme bütün dünyayı yok etmeyle eşdeğer sayıldığından kürtaj da bu bağlamda değerlendirilmektedir.⁵ Yani, fetüsün canlı bir varlık olduğu ve kürtajın bu canlı varlığı öldürmeye yönelik bir hareket olduğu kabul edilmektedir. Yahudilikle ilgili kutsal metinlere, genel olarak bakıldığında da evlenmek ve neslin çoğalması için çocuk doğurmaya çok önem verildiği de görülmektedir.⁶ Çocuk, Tanrı'nın bir hediyesi olarak kabul edildiğinden kürtaj bu hediyeği reddetmek ve potansiyel bir hayatı bitirerek çoğalmayı engellemeye yönelik bir davranış şekli olarak algılanmaktadır. Buna rağmen, bazı durumlarda kürtajın yapılabileceği görüşü de benimsenmiştir. Örneğin, çocuğun, hamileliğin kırkinci gününden sonra oluşmaya başladığı, kırk güne kadar fetüsün sadece bir doku olduğu, bu nedenle de kırk gün içinde yapılan kürtajın günah olmadığına

² KADIOĞLU, s. 1561.

³ GÜNDÜZ, Şinasi, Dinler Tarihi Açısından Kürtaj, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Platformu, <https://www.sdplatform.com/Dergi/659/Dinler-tarihi-acisindan-kurtaj.aspx> (E.T: 10/09/2021); JACOBVITS, Immanuel, Jewish Views on Abortion, Case Western Reserve Law Review, C. 7, S. 2, s. 480.

⁴ "Eğer bir kadın zor bir doğum yapıyorsa ve dolayısıyla hayatı tehlikede ise, rahmindeki cenini parça parça keserler... Zira annenin hayatının cenininkine göre önceliği vardır" (Mişna, Ohalot 7:6).

⁵ CASTURE, Ignacio, A Social History of Christian Thought on Abortion: Ambiguity vs. Certainty in Moral Debate, C. 76, S. 1, 2017, s. 128.

⁶ BADER ERYİĞİT, Aynur, Yahudilik Hristiyanlık ve İslam'da Kürtaj, ANTAKİYAT / Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, s. 122.

inanılmaktadır.⁷ Bu sürenin dışında, hamileliğin evlilik dışı bir ilişki neticesinde olması halinde dahi kürtaj yasaktır.⁸ Böyle bir durumda yapılmak istenen kürtajın, masumu cezalandırmaktan başka bir şey olmadığı, bu nedenle de yasak olduğu düşünülmektedir. Kürtaja, sadece hamileliğin kadının sağlığını ve hayatını ciddi şekilde tehdit ettiği hallerde izin verilmektedir.⁹

Yahudilikte, kürtaja karşı olan bu keskin yasak, birçok bilim ve din insanı tarafından tartışılmış ve esnetilmeye çalışılmıştır.¹⁰ Kürtajın kabul edilip edilmemesine ilişkin çalışmalar, kürtajın tıbben gerekli olup olmadığı noktasına dayanmaktadır. Bu çerçevede, bazı din adamları kürtajın yalnızca kadının hayatı tehlikesi olması halinde yapılabileceğini kabul ederken, diğerleri hamileliğin kadının fiziksel veya psikolojik sağlığını tehdit ettiği hallerde de yapılabileceğini savunmaktadır.¹¹ Ayrıca, fetal gelişimi tamamlanmamış olan fetüse de kürtaj yapılabileceği kabul edilmektedir.¹² Kürtaja ilişkin bu görüş ayrılıkları Yahudiliğin iki mezhebi arasında da yaşanmaktadır. Nitekim, Ortodoks Yahudiler kürtajı kabul etmezken, Reform Yahudileri konuya daha ılımlı yaklaşmaktadırlar.¹³

Yahudiliğin resmi din olduğu İsrail’de, 1948’e kadar kürtaj hiçbir istisnası olmaksızın yasaktır. Kürtaj, daha sonraları, dini metinlerdeki yorumların esnetilmesi ve toplumsal baskı nedeniyle belli sınırlar altında serbest bırakılmıştır. 1948’ten sonra kürtajın yasallaştırılması için çeşitli çalışmalar sonucunda, 1977’de konu ile ilgili son düzenleme *Penal Amendment (Interruption of Pregnancy) Law (1977)* ile yapılmıştır.¹⁴ Buna göre, gebeliğin yasada sayı-

⁷ SILBER, Tomas, Abortion: A Jewish Wiew, *Journal of Religion and Health*, C. 19, S. 3, 1980, s. 232; ROSNER, Fred, The Jewish Attitude Toward Abortion, *Tradition: A Journal of Orthodox Jewish Thought*, C. 10, S. 2, 1968, s. 55.

⁸ BADER ERYİĞİT, s. 124; JACOBVITS, s. 494.

⁹ LEVINE, Phillip / STAIGEI, Douglas / KANE, Thomas / ZIMMERMAN, David, Roe v Wade and American Fertility, *American Journal of Public Health*, C. 89, S. 2, 1999, s. 199; SILBER, s. 233; ROSNER, s. 56; JACOBIVITS, s. 486.

¹⁰ LEVINE / STAIGEI / KANE / ZIMMERMAN, s. 18.

¹¹ LEVINE / STAIGEI / KANE / ZIMMERMAN, s. 319.

¹² BADER ERYİĞİT, s. 123; KIVITY, Sara / BARNOY, Sivia, Women’s Intention to Abort a Fetus Diagnosed with a Genetic Disease: Results from Israel, Cyprus and Germany, s. 2, <https://assets.researchsquare.com/files/rs-136856/v1/1bdeeddef-4e61-4dbd-9506-3df922b07635.pdf?c=1611290660>, (Erişim Tarihi: 16/11/2021).

¹³ LEVINE / STAIGEI / KANE / ZIMMERMAN, s. 323.

¹⁴ COOK, Rebecca / DICKENS, Bernard, International Developments in Abortion Laws: 1977-88, C. 78, S. 10, 1988, s. 1305 (p. 1305-1311); SILBER, 238; WILDER, Esther, Socioeconomic and Cultural Determinants of Abortion Among Jewish Women in Israel, *European Journal of Population*, S. 16, 2000, s. 132.

lan haller dışında kasten sona erdirilmesi suç olarak öngörülmüş ve böyle bir suç işleyen kişinin dört yıla kadar hapis cezası alacağı hükme bağlanmıştır. Aynı Yasa, gebeliğin sonlandırılabilmesini şu şartlardan en az birinin olması koşuluna bağlamıştır: Kadının yaşının 17'nin altında veya 40'ın üzerinde olması; gebeliğin, ceza kanunu tarafından yasaklanan bir ilişkiden örneğin ensest bir ilişkiden veya zinadan kaynaklanması; çocuğun fiziksel veya zihinsel bir kusuru olması; gebeliğin, devamının kadının hayatını tehlikeye atması veya fiziksel ya da zihinsel zarar görmesine neden olması; kadının ve ailesinin sosyal koşulları nedeniyle gebeliğin devamının kadına veya çocuklara ciddi zararlar verilmesinin muhtemel olmasıdır.¹⁵ Kürtaj, söz konusu koşullardan birinin olduğunun, gebeliği sonlandırma komitesi¹⁶ adı verilen bir komite tarafından onaylanmasının ardından, gebeliği sona erdirmeye yetkili bir jinekolog tarafından yapılmaktadır.

B. Hristiyanlıkta Kürtaj

Yahudilikte olduğu gibi, Hristiyanlıkta da insan Tanrı'nın hediyesi ve sureti olarak kabul edilmektedir.¹⁷ Bu nedenle, anne karnında oluşan çocuğun hayatına son vermek Tanrı'nın yarattığına müdahale etmek olarak değerlendirilir.¹⁸ Gerçekte, Tevrat'ta olduğu gibi İncil'de de kürtaj doğrudan doğruya düzenlenmemiştir. Ancak, İncil'de de yaşamın kutsallığından bahsedilmesi¹⁹ ve insan öldürmenin en büyük günahlar arasında gösterilmesi kürtajın da günah olarak değerlendirilmesini sağlamıştır.²⁰

Hristiyanlıkta çocuk, yaradanın varlığının bir kanıtıdır. Özellikle, İncil'de yer alan "*İsa Mesih'in doğumu şöyle oldu: Annesi Meryem, Yusuf'la nişanlıydı. Ama birlikte olmalarından önce Meryem'in Kutsal Ruh'tan gebe olduğu anlaşıldı...*"²¹ ayetinden hareketle, ceninin Tanrı tarafından yollanmış kutsal

¹⁵ SILBER, s. 238.

¹⁶ Gebeliği sonlandırma komitesi, Penal Amendment (Interruption of Pregnancy) Law (1977) kapsamında kurulur ve iki doktor ile kayıtlı bir sosyal hizmet uzmanından oluşur. Bu komitenin, Devlet tarafından kürtaj yapılması onaylanmış her tıbbi kurumda bulunması gerekmektedir.

¹⁷ GORMAN, Michael, *Abortion & The Early Church, USA*, 1992, s. 47.

¹⁸ BADER ERYİÇİT, s. 165; GORMAN, s. 47.

¹⁹ Matta 5:21 "21 "Atalarımıza, 'Adam öldürmeyeceksin. Öldüren yargılanacak' dendiğini duydunuz".

²⁰ GORMAN, s. 129.

²¹ Matta 1:18 "İsa Mesih'in doğumu şöyle oldu: Annesi Meryem, Yusuf'la nişanlıydı. Ama birlikte olmalarından önce Meryem'in Kutsal Ruh'tan gebe olduğu anlaşıldı. Nişanlısı Yusuf, doğru bir adam olduğu ve onu herkesin önünde utandırmak istemediği için ondan sessizce ayrılmak

bir ruh olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, bu varlığa dışardan yapılacak her türlü müdahale yasaktır. Yeni doğan bebek aynı zamanda, kilisenin görkemli nüfusunun devamını sağlayan bir hediyedir. Bebeğin doğumundan sonra yapılan vaftiz töreni de bu ruhu kutsamak için yapılmaktadır. Dolayısıyla, cenine yapılan her müdahale Tanrı’nın gücüne müdahale sayıldığı gibi kilisenin ihtişamını da engellemeye yönelik bir davranış olarak algılanmaktadır.

Hristiyanlıkta Kilise, dinin uygulanması yönünden çok baskın bir rol oynamaktadır. Ceninin, Tanrı tarafından yaratılan canlı bir varlık olduğu, bu çerçevede hamileliğin de Tanrı’nın iradesi ile meydana geldiği ve çocuğun nasıl bir yaşantıya sahip olacağına dahi önceden Tanrı tarafından belirlendiğine inanılmaktadır. Bu açıdan, cenine müdahalenin Tanrı’nın iradesine müdahale olduğu vurgulanmaktadır.

Kürtaja, Hristiyan mezhepleri açısından baktığımızda da durumda bir farklılık görülmemektedir. Bu mezhepler içinde, kürtaja en karşı olanlar Katoliklerdir.²² Katolik Kilisesi, *Yeremya* kitabındaki (1:5) “*Ana karnında sana şekil vermeden önce seni tanıdım, sen doğmadan önce de seni kutsadım*” ifadesinden hareketle, kürtajın uygulanmasını onaylamamaktadırlar. Zaten, kürtajın bir hak olarak tanınmasına ilişkin olarak en büyük kadın hareketleri de bu mezhebin üyeleri arasından çıkmıştır. Bu konuda, Ortodokslar ise daha esnek davranmaktadırlar. Ortodokslarda, Papa gibi bir dini lider bulunmamaktadır. Her Ortodoks cemaati ayrı şekilde yönetilir ancak birbirleriyle organik bağları vardır.²³ Bulgar, Yunan, Sırp, Kıbrıslı Rum, Rus gibi farklı Ortodoks cemaatleri bulunmaktadır. Bu cemaatlerin, dini lideri konumunda bulunan Piskoposlar, dini konularla ilgili kararlar almak için ekümenik konseyler toplarlar. Bu ayrılığa rağmen, Ortodokslar da Katolikler gibi kürtaja karşıdırlar.²⁴ Örneğin, Rus Partriği 2015 yılında Duma’da yaptığı bir konuşmada, Rusların nüfusunun azalmasının sebebini

niyetindeydi. Ama böyle düşünmesi üzerine Rab’bin bir meleği rüyada ona görünerek şöyle dedi: “Davut oğlu Yusuf, Meryem’i kendine eş olarak almaktan korkma. Çünkü onun rahminde oluşan, Kutsal Ruh’tandır. Meryem bir oğul doğuracak. Adını İsa a koyacaksın. Çünkü halkını günahlarından O kurtaracak.”

²² GORMAN, s. 133; PARENKOV, Daniil Alekseevich / LOSHKARIOV, Ivan Dmitrievich / KLIMENKO, Mikhail Borisovich, *Religious Lobbying: Comparing the Models of the USCCB and the Church of Cyprus*, *The Cyprus Review*, C. 31, S. 3, s. 68; HILDEBRANDT, Achim, *What Shapes Abortion Law? A Global Perspective*, *Global Policy*, C. 6, S. 4, 2015, s. 420.

²³ COWAN, Ruth Schwartz, *Moving Up the Slippery Slope: Mandated Genetic Screening on Cyprus*, *American Journal of Medical Genetics Part C (Seminars in Medical Genetics)*, S. 151, 2009, s. 98; PARENKOV / LOSHKARIOV / KLIMENKO, 66.

²⁴ COWAN, s. 98.

kürtajın yasak olmaması olarak gösterince, kürtaj karşıtlığı bir anda artmıştı.²⁵ İçerisinde, dinden çok biyopolitik çağrışımlar olan bu konuşma Putin'den de destek görmüştü. Putin, kürtaja bütçeden oldukça fazla bir pay ayrıldığı, bunun da Devlet'e büyük bir yük oluşturduğunu ifade ederek, bu tür müdahaleleri zorunlu olmadıkça ücretsiz sağlık hizmetleri sınıfından çıkarmayı teklif etmiştir.²⁶

Kıbrıs Rum Ortodoks Kilisesi de kürtaja karşıdır.²⁷ Ancak, cenindeki genetik hastalıklar söz konusu olduğunda kürtaja daha hassas bakıldığı gözlemlenmiştir. Özellikle, Akdeniz Bölgesi'nde yaşayan insanlarda sıklıkla görülen bir genetik hastalık olan *Thalassaemia* vakası ile bağlantılı genetik sorunlar bakımından kürtaja daha olumlu bakılmaktadır.²⁸ Ancak, bu tür tıbbi zorunluluk haricindeki kürtaja karşı olumsuz tavır içindedir. Kilise, 2016 yılında meclisin kürtajı yasallaştırma çalışmalarının başlaması nedeniyle yaptığı açıklamada kürtajı cinayet olarak nitelendirmiş ve insan yaşamının herhangi bir aşamada son verilmesinin ahlaki ve dini olarak kabul edilebilir olmadığını beyan etmiştir.²⁹ Kilisenin bu direnişine rağmen, 2018 yılında kürtaj Kıbrıs Rum Kesiminde yasal hale gelmiştir.³⁰

Protestanlıkta da ceninin, yaradanın kutsal bir hediyesi olduğuna inanılmakla birlikte, kürtajın belli sınırlar içinde yapılabileceği de kabul etmektedirler.³¹ Muhazafakar Protestanların, kürtaj konusunda Katoliklerden oldukça etkilendiği görülmektedir. Bu nedenle, Muhafazakar Protestanlar aynen Katolikler gibi ceninin tüm gebelik boyunca insan ruhuna sahip olduğuna ve kürtajın yasak olduğuna inanmaktadırlar. Muhazafakar Protestanlar dışında kalan protestanlar ise kürtaj gibi konulara daha ılımlı yaklaşmaktadırlar ve kürtajın kişinin kendisinin karar vermesi gereken ahlaki bir konu olduğuna dikkat çekmektedirler.³²

²⁵ ROOT, Leslie, "Abortion Culture," Demographic Crisis and Neotraditionalism in Russia: A MixedMethods Approach, <http://paa2019.populationassociation.org/uploads/193271> (Erişim Tarihi: 16.11.2021). (Root, 2019; <https://orthochristian.com>, 2021).

²⁶ CICHOWLAS, Ola, <https://www.themoscowtimes.com/2016/09/29/russias-abortion-debate-is-back-a55545>, Yayın tarihi: 29.06.2016, (Erişim Tarihi: 14.09.2021).

²⁷ COWAN, s. 98, PARENKOV /LOSHKARIOV / KLIMENKO, s. 73.

²⁸ KOLNAGOU, Anita / KONTOGHIORGHES, George, Advances in the Prevention and Treatment are Changing Thalassaemia from a Fatal to a Chronic Disease. Experience from a Cyprus Model and its Use as a Paradigm for Future Applications, International Journal for Hemoglobin Research, C. 33, 2009, s. 289.

²⁹ PARENKOV /LOSHKARIOV / KLIMENKO, s. 73.

³⁰ PARENKOV /LOSHKARIOV / KLIMENKO, s. 74.

³¹ HILDEBRANDT, s. 420.

³² RICHARDSON, James / WIGHTMAN, Sandie, Religious Affiliation as a Predictor of Voting Behavior in Abortion Reform Legislation, Journal for the Scientific Study of Religion, C. 11, S. 4, 1972, s. 347.

C. İslamiyette Kürtaj

Tüm dünyevi dinlerde olduğu gibi, İslamiyette de insan kutsanmış bir varlıktır ve onun dünyaya gelmesi Allah’ın izniyle gerçekleşir. Bu nedenle, insanın dünyaya gelmesini engelleyici davranışlar günahdır. Nitekim, Maide Süresi’nde yer alan “*bir nefsi haksız yere öldüren, tüm insanları öldürmüş gibidir (5/Maide, 32)*” ifadesi ceninin değerini ortaya koyan bir hüküm olarak değerlendirilmektedir.³³

Birçok İslami düşünür, kırk güne kadar cenine zarar verilmeksizin rahmin tahliyesinin mümkün olduğunu kabul etmektedir.³⁴ Bu açıdan, kırk güne kadar ceninin bir dokudan ibaret olduğu ve insan olarak nitelendirilemeyeceği düşünülmektedir. Bunlar dışında kalan düşünürler ise hamileliğin 120. gününden sonra cenine ruh üflendiği ve bu süreden sonra ceninin canlı bir varlık olduğuna kanaat getirdiklerinden bu süreye kadar kürtaj yapılabileceğini söylemektedirler.³⁵ Yumurtanın anne karnında döllenenmesinden, bir insan varlığına dönüştüğü aşamayı anlatan Mu’minun Süresi’nin 14. Ayeti de bu konuda önemli bir kanıt olarak kullanılmaktadır. Ayetin Türkçe meali şöyledir: “*Sonra nutfeyi bir alaka olarak yarattık. Alakayı da mudğa olarak yarattık. Mudğadan da kemikleri yarattık. Kemiklere de et giydirdik. Sonra onu başka bir yaratılışla şekillendirdik. Yaratıcıların en iyisi olan Allah ne yücedir (23/Mu’minun, 14)*”. Ayette anlatılanlarla, tıbbi bilgiler birleştiğinde ceninin bir dokudan insan suretine dönüşümünün yaklaşık olarak hamileliğin 120. gününe denk geldiği anlaşılmaktadır.³⁶ İşte, bu andan itibaren cenine “ruh üflendiği” yani insana dönüştüğü ve artık ceninin hayatına müdahale edilemeyeceği kabul edilmektedir.³⁷

Cenine ruh üflenmesi, cenine hayat ve bilinç verilmesi anlamına gelmektedir. Ruh üflenmeden önce, ceninin beslenme ve diğer hareketlerinin bilinçsizce

³³ ÇAM, Nail, İslam Hukuku’nda Cenin Ahkâmı, İstanbul, 2018, s. 119.

³⁴ GÖRGÜLÜ, Ülfet, Cenin Hukuku, İstanbul, 2018, s. 80; KESGİN, Hafsa, İslam Hukuku’nda Kürtaj, İstanbul, 2018, s. 148; TÜFEKÇİ, İbrahim, İslam Hukukuna Göre Gebeliğin Sonlandırılması, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 45, S. 45, 2013, s. 118; EL-KAHTANİ, Müfsir, (Çev. Kahraman, Abdullah), İslam Hukukuna Göre Anne Rahminde Sakat Olan Çocukların Kürtaj Yoluyla Düşürülmesinin Hükümü, CÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1, 2008, s. 450.

³⁵ ÇAM, s. 30; HILDEBRANDT, s. 420; GÖRGÜLÜ, s. 30; KESGİN, s. 149; TÜFEKÇİ, s. 118; DİRİK, Mehmet, İslam Hukuku Açısından Kürtaj, Türkiye Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi, S. 5, 2018, s. 79; EL-KAHTANİ, s. 451.

³⁶ ÇAM, s. 35; KESGİN, s. 169.

³⁷ ÇAM, s. 30; KESGİN, s. 170; TÜFEKÇİ, s. 122; DİRİK, s. 79.

olduğu, ancak bu aşamadan sonra ceninin kazandığı irade doğrultusunda hareket ettiği kabul edilmektedir.³⁸ İşte bu andan itibaren, ceninin hayatına son verme amacıyla yapılan tüm müdahaleler, yasaktır.³⁹ Burada yasak olarak öngörülen durum, herhangi bir tıbbi gerekçe olmadan ceninin hayatına kasten son vermektir. Dolayısıyla, tıbbi gerekçe ile yapılan müdahaleler kapsam dışındadır. Bu nedenle, hamileliğin anne için hayatı tehlike yarattığı durumlarda cenine müdahale edilebileceği ve hamileliğin sona erdirilebileceği kabul edilmektedir.⁴⁰

Ceninde genetik bir bozukluk olması ve özürlü doğacağına tıbben teşhis edilmesi halinde ise genel kanaat kürtajın yapılabileceği yönündedir.⁴¹ Ancak, bunun dışında kalan hallerde yani, isteğe bağlı kürtajda ve zina nedeniyle meydana gelen hamileliğin tahliyesinde ise yasakçı bir tavır izlenmektedir. Bu açıdan, zina günah sayılmasına rağmen, böyle bir ilişkiden meydana gelen hamileliğin sonlandırılmayacağına kabul edilmesinin, İslam'ın insan yaşamına verdiği önemin bir kanıtı olduğu söylenebilir.⁴²

II. Kürtaja Biyopolitik Yaklaşımlar

Biyopolitika, en yalın tabiriyle, yaşam üzerindeki politik davranış şeklidir. Biyopolitika kavramı ilk olarak, Foucault tarafından ortaya atılmış bir kavramdır.⁴³ Foucault, biyopolitikayı, iktidarın yaşam üzerinde gerçekleştirdiği politika olarak açıklamaktadır.⁴⁴ Yaşam üzerinde politikalar gerçekleştiren iktidar ise biyoiktidar olarak adlandırılmaktadır. Biyoiktidar, yaşamı yavaş yavaş kuşatma çabasında olan iktidar tipidir.⁴⁵ Biyopolitika, biyoiktidarın bir tasarrufu olarak yaşamın başlangıcından sona ermesine kadar geçen süreci etkilemektedir.⁴⁶

Biyoiktidar, biyopolitika çerçevesinde insanı, doğum ve ölüm oranları, sağlık düzeyi, yaşam süreleri gibi çeşitli açılardan ele alır ve değerlendirir. Bu bağlamda iktidar, kendi geleceğini korumak ve güvence altına almak için yaşam ve

³⁸ ÇAM, s. 31; GÖRGÜLÜ, s. 30.

³⁹ ÇAM, s. 57.

⁴⁰ HILDEBRANDT, s. 420; GÖRGÜLÜ; s. 174; EL-KAHTANİ, s. 459.

⁴¹ GÖRGÜLÜ, s. 87; DİRİK, s. 83; EL-KAHTANİ, s. 471-472.

⁴² GÖRGÜLÜ, s. 92; DİRİK, s. 82; EL-KAHTANİ, s. 465.

⁴³ FOUCAULT, Michel, Cinselliğin Tarihi, (Çev.: Hülya Uğur Tanrıöver), İstanbul, 2016, s. 3.

⁴⁴ FOUCAULT, s. 4.

⁴⁵ KOLOŞ, Umut, Foucault İktidar ve Hukuk (Modern Hukukun Soybilimi), İstanbul, 2016, s. 267.

⁴⁶ KOLOŞ, s. 170.

ölüm üzerinde tasarruflarda bulunur.⁴⁷ İktidarın gücünü sürdürmesinin bir şekli de doğum ve ölüm oranları, sağlık düzeyi, yaşam süresi gibi bir takım olgular üzerinde nüfusun politikasını düzenleyerek devamlılığını sağlama çabasında kendini göstermektedir. Dolayısıyla, klasik çağda iktidarın öldürme gücü, modern çağda kendisini yaşamı kuşatıcı politikalar geliştirmek olarak göstermektedir.⁴⁸ Yaşam alanını düzenleyen ve kuşatan bu politikalardan en önemlisi ise, nüfusun dağılımını ve kontrol altında tutulmasına yöneliktir. Bu açıdan, kürtaja ilişkin politikalar da biyoiktidarın ürünü olarak karşımıza çıkar.⁴⁹

Nüfusun fazlalığı ya da azlığı iktidarın zenginliğini ve devamlılığını etkileyen temel faktörler içinde yer almaktadır. Örneğin, kapitalizm başlangıcında insan gücüne olan ihtiyaç, iktidarı nüfusun çoğalmasını sağlayacak politikalar üretmeye ve insan bedenini üretim aygıtı olarak kabul etmeye yönlendirdiğinden, iktidar nüfus politikasını çoğaltıcı bir şekilde düzenleme eğilimine girmiştir.⁵⁰ Teknolojinin gelişmesi ise iktidarı, nüfusu çoğaltmak yerine yaşamı uzatma ve yaşam kalitesini artırmaya yönelik politikalar geliştirmeye yöneltmiştir. Tüm bu anlatılanlar ışığında, iktidarın insana verdiği önemin aslında yaşamın başlangıcından sonuna kadar hissedildiği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, iktidarın insanı araç mı yoksa amaç mı olarak gördüğü ortaya koyduğu politikalarla belirlenmektedir.

İktidarın, yaşam ve ölüm üzerinde güttüğü politikanın kendisini en açık olarak hissettirdiği hukuki düzenlemelerden biri de kürtajdır. Kürtaja ilişkin hukuki düzenlemeler, nüfus ve aile planlamasının önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Bu planlamayı yapan iktidar ise, kadın ve çocuktan bağımsız olarak biyopolitikasını şekillendirmektedir. Dolayısıyla, nüfus planlaması egemen iktidarın ortaya koyduğu ve karşılığını biyopolitikada bulabileceğimiz bir konudur.

Nüfusun çoğalmasını ya da azalmasını sağlamaya yönelik çalışmaların örneklerine çağlar boyunca rastlanmıştır. Osmanlı İmparatorluğu’nda dahi nüfusun artmasını sağlamak amacıyla kürtaja ilişkin her türlü fiilin ağır bir şekilde cezalandırıldığı görülmektedir.⁵¹ Özellikle, Birinci ve İkinci Dünya Savaşları sı-

⁴⁷ FOUCAULT, s. 96.

⁴⁸ FOUCAULT, s. 99.

⁴⁹ ATAY, Hazal, Kürtaj Yasasının Arkeolojisi: Türkiye’de Kürtaj Düzenlemeleri, Edimleri, Kısıtları ve Mücadele Alanları Fe Dergi: Feminist Eleştiri C. 9, S. 2, 2017, s. 3.

⁵⁰ FOUCAULT, s. 100.

⁵¹ ATAY, s. 6.

rasında yaşanan nüfus kayıpları devletleri, nüfus artırıcı ve aileleri çocuk sahibi olmaya teşvik edici politikalar oluşturmaya itmiştir.⁵² Bu çerçevede, birden fazla çocuk sahibi olan ailelere birçok ülkede mali ve manevi destek sağlanmaya başlanmıştır. Aynı şekilde, Almanya'da İkinci Dünya Savaşı nedeniyle azalan nüfusu artırmak amacıyla kürtaj yasaklanmış, daha sonra, 1950'li yıllarda nüfus dengesi normale dönünce kürtaj suç olmaktan çıkarılmıştır.⁵³

Nüfus artışını engellemek isteyen iktidar da doğum kontrol yöntemlerini, biyopolitika malzemesi olarak kullanır. Böylece, nüfus artışını yavaşlatan politikalar içerisinde en önemli yeri gebeliği ve doğumu önlemek almıştır.⁵⁴ Günümüzde kişilerin sahip olmak istedikleri çocuk sayısını ekonomik imkanlarına ve bireysel isteklerine göre sınırlayabilmeleri ve doğumlar arasında istenen süreleri ayarlayabilmeleri gibi olanaklar da bu fikre dayanmaktadır.⁵⁵

Nüfus artışını engellemek isteyen biyoiktidarın en önemli örneklerinden biri Çin'dir. Çin, 20. yüzyılın sonralarına doğru, nüfus kontrol metodu olarak kürtajı kullanmıştır. Bu dönemde, Çin'de, 20 yaşından önce hamile kalmak ve birden fazla çocuk sahibi olmak yasak olduğundan, oluşan gebelikler kürtajla sonlandırılmıştır. Bunun gibi, 1977'ye kadar İsrail'de kürtajın yasaklanma sebeplerinden biri de doğum oranlarının düşük olmasına karşılık Arap nüfusunun hızla artması olarak gösterilmektedir.⁵⁶

Tarihte, kürtajın, nüfusun azalmasını sağlamak için serbest bırakılması da biyopolitikanın ürünü olarak kullanılmıştır. 1920'lerde Rusya'da nüfusun aşırı artması ve çoğu kişinin açlıktan ölmesi nedeniyle kürtaj serbest bırakılmıştır. Bu tarihlerde, kürtaj biyopolitika aracı olarak kullanılırken kadınlara özgürlük ve eşitlik gibi söylemler kullanılarak özendirici bir yol izlenmeye çalışılmıştır.⁵⁷ Böylece kürtaj, toplam doğurganlık hızının sabitlenmesi, refahın yaygınlaşması, aile planlaması hizmetlerini de kapsayacak şekilde biyoiktidar tarafından istenildiği gibi düzenlenmiştir.

⁵² DÖNMEZER, Sulhi, Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü ve Bugünü, İHFM, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 7.

⁵³ DÖNMEZER, 7.

⁵⁴ OKTAY, Elif Yüksel, Türkiye'de Cumhuriyetin İlanından Günümüze Uygulanan Nüfus Politikaları, Yalova Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 7, 2014, s. 34.

⁵⁵ OKTAY, s. 34.

⁵⁶ LEVINE / STAIGEL / KANE / ZIMMERMAN, s. 319; WILDER, s. 135.

⁵⁷ DÖNMEZER, s. 7.

III. Kürtaja Feminist Bakış Açısı

Kadının toplumsal hayat içinde varoluş mücadelesi yüzyıllardan beri sürmektedir. Erkeğin, kadına nazaran daha güçlü bir fiziksel yapıya sahip olması, ailevi yükümlülüklerden dolayı kendini daha az sorumlu tutması gibi etkenler erkeğin toplumsal hayatta daha çok görünür olmasını sağlamıştır. Söz konusu görünürlüğü etkileyen en önemli etkenlerden biri de çocuk sahibi olmaktır. Çocuk sahibi olmanın, hamileliğin başlangıcından itibaren kadın bedeni ve psikolojisi üzerindeki etkisi erkeğe nazaran daha fazladır. Bu durum ise, kadının toplum içindeki rolünü de etkilemektedir.

Feminizmin çıkış noktası olan toplumsal cinsiyet eşitliği, kürtaj konusunda da önemli bir kavramdır.⁵⁸ Zira, toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması ile alınan politik kararlarda cinsiyetler arasında eşitlik sağlanacak ve böylece orantılı durumlar yaratılacaktır. Ayrıca, toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması ile kamusal alan ve özel alan arasındaki ilişki yeniden tanımlanarak kadının toplum içinde varoluş mücadelesi sonuçlanacaktır. Böylece, ev içi demokrasi ve toplumsal demokrasi sağlanmış olacaktır.

Kadının kamusal alanda tam olarak kendini göstermesi, toplumun tüm kademelerinde rol alabilmesi özel alanının, toplumsal cinsiyet temelli bir şekilde organize edilmesi ile mümkün olmaktadır. Feminizm açısından önemli bir söz olan “kişisel olan politiktir” söylemi de bu durumu açıklamaktadır. Zira, kadının ev içindeki rolü aynı zamanda toplumdaki rolünü de belirlemektedir.

Kürtaj hakkı, toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamakla ilgili en önemli konulardan biridir. Bu noktada, kadınlar açısından iki önemli açmaz bulunmaktadır. İlk olarak, özellikle yöneticilik pozisyonlarında çalışan kadınlar, hamile kalıp doğum nedeniyle iş dünyasından bir süre ayrılma olasılığını erkek egemen bir toplumda yok olma tehdidi olarak görmektedirler. İkinci olarak, hamilelik ve sonrası dönemde kadına tanınan sosyal hakların kısıtlı olması bebeğin bakımını noktasında işyerlerinin tümünde kreş uygulamasının olmaması yine kadının toplumdan geri çekilmesine neden olmaktadır. Tüm çekinceler dikkate alındığında, özellikle istenmeyen hamileliklerde kürtajın bir kurtulma yöntemi olarak kullanıldığı bilinmektedir. İşte tam da bu noktada, devletin belirlediği politikalar toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanıp sağlanmadığını göstermektedir.

⁵⁸ AKIN, Ayşe / TÜRKÇELİK, Ezgi, Sağlık Hizmetlerine Erişimde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği (Haritalama ve İzleme Çalışması), Ankara, 2018, s. 19.

Feminist akım, kürtajın kadın hakkı olarak tanınması için büyük çaba göstermiştir. Bunun en büyük sebebi, kürtajın yasak olsa dahi başvurulmuş bir yol olması, kadınların kürtajın yasak olduğu ülkelerde yasa dışı ve güvenli olmayan kürtaja başvurmaya devam etmeleri gerçeğidir. Diğer bir ifade ile, kürtajın yasak olması, kürtajı engellememekte, sadece erişimi güçleştirmektedir. DSÖ verilerine göre, 2010-2014 yılları arasında 56 milyon kadın isteğe bağlı kürtaj yaptırmıştır. Bu demek oluyor ki, gerçekleşen her dört hamilelikten biri kürtajla sonuçlanmıştır. Bu işlemlerden, 25 milyonu güvenli olmayan, sağlıklı ortamlarda gerçekleşmiştir. Küresel olarak bakıldığında, Asya, Afrika ve Latin Amerika en çok güvenli olmayan kürtajın yapıldığı yerlerdir. Güvenli olmayan kürtaj nedeniyle yaşanan komplikasyonlardan ölümle sonuçlananlar için hastanelere başvurulmaktadır. Bu ise devlet bütçesine oldukça ağır bir yük oluşturmaktadır. Bunun, sadece Amerika'da 553 milyon dolar olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla, kürtajı yasaklamak serbest bırakmaktan daha pahalı ve sonuçları itibarıyla daha ağır bir yük oluşturmaktadır.

Kürtajın yasallaşması, birçok ülke bakımından demokrasinin kazanımı olarak görülmelidir. Zira, dünya genelinde birçok kadın hareketi buldukları ülkede kürtajın yasak olması, kadınların üreme ya da ürememe hakları üzerinde karar verenlerin erkekler olması nedeniyle eylemler yapmış ve kürtajın yasallaşmasını sağlamıştır. Örneğin, ABD'de Kadın Sağlığı Hareketi ve feminist gruplar, 1973'te, ABD'de kürtajın yasallaşmasını sağlayan birçok eylem yapmıştır. Bu noktada, aynı yıllarda görülen Roe v. Wade davasının da yasal zeminin oluşturulmasına büyük katkısı olmuştur. Söz konusu dava 1969 yılında, Teksas'da açılmıştır. Davaya konu olan olayda, üçüncü çocuğuna hamile kalan *Norma McCorvey*,⁵⁹ bu hamileliği istemediği için kürtaj talep etmiş ancak o yıllarda yürürlükte olan yasada annenin sağlığını tehdit eden bir durum olmadıkça kürtaja izin verilmediğinden talebi reddedilmiştir. *McCorvey*, red cevabı üzerine Teksas'ın kürtaj yasalarının anayasaya aykırı olduğunu iddia ederek dava açmıştır. Davada, ABD Yüksek Mahkemesi, hamile bir kadının kürtaj yaptırıp yaptırmamayı seçme hakkı olduğuna karar verdi. Kararda ayrıca, kürtaj hakkının mutlak olmadığına, kadın sağlığını ve doğum öncesi yaşamı koruma konusundaki dengenin göz ardı edilmemesi gerektiğine de dikkat çekilmiştir. Bu noktada Mahkeme, kürtaja iliş-

⁵⁹ LEVINE / STAIGEL / KANE / ZIMMERMAN, s. 199; DONALD, Regan, Rewriting Roe v. Wade, Michigan Law Review, C. 77, Symposium on the Law and Politics of Abortion, 1979, s. 1569; GREENHOUSE, Linda / SIEGEL, Reva, Before Roe v. Wade, Yale Law School Publications, 2012, s. 304.

kin düzenlemelerin üçer aylık dönemler dikkate alınarak yapılabileceğine kanaat getirdi. Böylece, ilk üç aylık dönemde kürtajın hiçbir şekilde yasaklanamayacağı; ikinci üç aylık dönemde sağlık durumu dikkate alınarak düzenleme yapılabileceği ve son üç aylık dönemde ise annenin hayatını veya sağlığını kurtarmak için gerekli hükümlerin getirilebileceği karara bağlanmıştır.

Bugün, modern ülkelerde genel eğilim kürtaj açısından yasaklayıcı bir tavır sergilememek şeklindedir. Birçok ülke, isteğe bağlı kürtajı suç olmaktan çıkarmıştır. Bunun en büyük sebepleri, günümüz toplumlarındaki değer yargılarının dinden daha bağımsız hale gelmesi, kişisel özgürlüğün öneminin anlaşılması ve özellikle kadının kendi bedeni üzerinde söz söyleme hakkına sahip çıkması olarak gösterilebilir.⁶⁰ Zira, suç olgusu da toplumdaki anlayışın değişmesiyle zaman içinde farklılığa uğrayan dinamik bir yapıya sahiptir. Bu nedenle, Devletlerin kürtaj konusundaki eğilimi dikkate alarak belli sınırlar içerisinde serbestlik tanıması isabetli bir davranıştır.

IV. Kürtaja Türkiye ve KKTC’deki Bakış Açısı

Kürtaj hem Türk Hukuku’nda hem de KKTC Hukuku’nda düzenlenmiştir. Her iki hukuk sisteminin de de kürtaj, devletin gözetiminde gerçekleştirilebilen bir tıbbi müdahale şeklindedir. Diğer bir anlatımla kadın, ancak mevzuatta düzenlenmiş şartlar altında kürtaj yaptırabilir. Söz konusu şartların dışında, böyle bir müdahalenin yapılması hem müdahaleyi yapan kişi hem de müdahaleyi yaptıran kadın açısından suç oluşturmaktadır.⁶¹

Türk Hukuku’nda kürtajın hangi şartlar altında yapılabileceği Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun’da düzenlenmiştir. Kanun’un 5. maddesine göre, kadın hamileliğin 10. haftasına kadar herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın kürtaj yaptırabilir. Buradaki tek kısıtlama, evli kadın açısından dır. Zira, evli kadın kocasının yazılı izni olmadıkça kürtaj yaptıramaz. Bu iki husus, kürtajın Türkiye açısından da din, biyopolitika ve feminizm ekseninde değerlendirilmesi gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır.

Türk toplumunun geleneksel bir toplum olması, kürtajın bir hak olarak öngörülmesinden önce din ve ahlak ekseninde değerlendirilmesine neden ol-

⁶⁰ DÖNMEZER, s. 6.

⁶¹ Her iki ülkenin ceza kanunlarında da yasal süreyi aşan hamileliklerin sona erdirilmesine ilişkin müdahaleler, çocuk düşürme ve çocuk düşürtme suçları adı altında düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. Türk Ceza Kanunu m.99-100 ve KKTC Ceza Yasası m.167-168-169.

muştur. Bu nedenle kürtajın, ilk olarak teolojik eksende hükme bağlandığı ve hamileliğin ilk 120 gününde sadece tıbbi gerekçelerle kürtaja izin verildiği görülmektedir.⁶² Yine aynı sebeplerle, tecavüz mağduru kadının kürtaja başvurmasına tepki verilmezken, isteğe bağlı kürtaj ahlaki açıdan tartışılmaktadır.

Zaman içinde, Türkiye’de kürtaj dini bir mesele olmaktan çok, biyopolitik bir konu halini almıştır. Nitekim, kürtaja ilişkin hükümlerin Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun (NPHK)⁶³ içerisinde düzenlenmesi bunun en önemli göstergesidir. Son on yılda ise, kürtaj iktidarın nüfus politikalarına ilişkin çalışmalarının odak noktasını oluşturmuştur. Nitekim, iktidar mensuplarının sürekli olarak nüfusun artırılması yönünde verdikleri telkinler ve doğum yapan kadına tanınan yasal hakların artırılması bu politikanın gerçekleştirilmesini sağlamak için atılan adımların arasında yer almaktadır. Buna ek olarak, Türkiye nüfusunun yaşlandığı ve her ailenin en az “üç çocuk” yapmasına ilişkin söylemlerin zaman içinde “beş çocuk” şeklinde değişmesi de kürtaja olan bakış açısının bir yansımasıdır.⁶⁴

Kürtajın, Türkiye’de biyopolitik bir konu olmasının diğer bir göstergesi ise kürtajın sosyal güvenlik güvencesinden çıkarılması olmuştur. Özellikle, yoksul kesimin bir takım tıbbi müdahaleleri Devletin mali güvencesinde yapmasını sağlayan sosyal güvenlik sisteminden kürtajın çıkarılmasıyla bu kesimin güvenli kürtaja ulaşmasının yolu kapanmıştır.⁶⁵ Dolayısıyla, kadınlar

⁶² DÖNMEZER, s. 4.

⁶³ NPHK m.5: Madde 5 - Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir. Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir. Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmidört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur. Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak yönetmelikte belirtilir.

⁶⁴ OKTAY, s. 42; ADALI, Tuğba / ÇAVLİN, Alanur, Türkiye’de Kürtajın Yaygınlığı ve Kürtaj Kararlarını Etkileyen Faktörler, İÜ Sosyoloji Dergisi, C. 39, S. 2, s. 364; ATAY, s. 202.

⁶⁵ AKIN / TÜRKÇELİK, s. 23; ATAY, s. 12.

kürtaj olamadıklarından ya doğrumak ya da merdiven altı olarak tabir edilen mekanlarda güvensiz kürtaj yaptırmak zorunda kalmışlardır. Bu durum ise, genelde halk sağlığı, özelde ise kadın sağlığı açısından oldukça sakıncalı sonuçlar doğurmaktadır. Zira, yasal olarak kürtaj olanaklarına ulaşamayan kadın, bunu sağlamak amacıyla yasadışı yollara başvurmaya zorlanmaktadır. Dünyada, güvenli kürtaja ulaşamayan 600.000 kadının sekizde birinin, bu sebeplerle yaşamını yitirdiği tespit edilmiştir. Kürtajın dini ve ahlaki bir tabu olarak görülmesi nedeniyle yasak olan Latin Amerika ve Afrika ülkelerindeki düşüğe bağlı ölüm sayısı ise gelişmiş ülkelerdekinden kat kat fazladır. Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) 2009 verilerine göre, 19 milyonu gelişmekte olan ülkelerde olmak üzere her yıl 20 milyon güvenli olmayan isteğe bağlı kürtaj gerçekleştirilmektedir. Oysa, kürtajın yasal olarak düzenlenmesine rağmen, kürtaja erişimin engellenmesi hem bir sağlık hakkı ihlali hem de ayrımcılık olarak görülmektedir.⁶⁶

Türkiye’deki bu durumun yansımalarından biri, 2016 yılında KKTC’de yaşanmıştır. Türkiye’de yasal yollarla kürtaj hakkına erişemeyen; yasal süreyi aştığı için kürtaj yaptıramayan veya baskılar nedeniyle kürtaj olmaktan çekinen birçok kadının KKTC’de bulunan kliniklere yönlendirildikleri ve burada kürtaj işleminin farklı cerrahi başlıklar altında yapıldığı tespit edilmiş, ilgili hekimler hakkında cezai işlem başlatılmıştır.⁶⁷

Tüm bu yaşananlar karşısında, feminist akım kadın haklarını korumak için eylemlerini sürdürmektedir. Özellikle, NPHK m.5’te yer alan, tehlike durumunda kürtaj yapılması sonucu bu işlemi gerçekleştiren doktorun, 24 saat içerisinde bu durumu sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirme zorunluluğu kadının bedeni üzerindeki değişikliklerin devletçe bilinmesi ve kontrol edilmesine ilişkin hükümlerle madde 6’da⁶⁸ yer alan evli kadının kür-

⁶⁶ AKIN / TÜRKÇELİK, s. 54.

⁶⁷ Bu konuda bkz. www.mahkemeler.net/2016.

⁶⁸ **Gebeliğin sona erdirilmesinde izin:**

***Madde 6:** 5’inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akil maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz. 4’üncü maddenin ikinci ve 5’inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir.*

Veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir.

taj yaptırabilmesinin kocasının iznine tabi olması kadınının kişilik hakkının ihlali olarak kabul edilmelidir. Kürtaj şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır.⁶⁹ Zira, kadının rızası olmadan kendisine zorla kürtaj yapılması vücut bütünlüğü ihlali olarak değerlendirilmelidir. Bilindiği gibi, Türk Medeni Kanunu m.11/2 evlenmenin kişiyi ergin kılacağını düzenlemektedir. Bu nedenle, 18 yaşından küçük kişinin evlilikle kendi işlemlerini kendi yapabileceği kabul edilirken kürtaj için eş rızasını aranması kadının haklarını hiçe saymak anlamına gelmektedir.⁷⁰

Kürtaj, KKTC’de biyopolitika malzemesi olarak kullanılmamaktadır. KKTC’de kürtaja ilişkin hükümler, Kıbrıs Türk Tabipleri Birliği (KTTB) Tıp Meslek Ahlak Tüzüğü ve Fasıl 154 Ceza Yasası’nda⁷¹ düzenlenmiştir. KKTC’de, kürtajla ilgili olarak daha özgürlükçü bir rejim bulunmaktadır.

⁶⁹ SAYAR, Tansu / KILIÇ ÖZTÜRK, Yasemin, Türkiye’de Uygulanan Kürtajda Eşin Rızasını Alma Zorunluluğu ve Amerikan Yargısından Bir Örnek: Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey Kararı, C. 20 S. 1, 2018, s. 329; KOMUT, Sultan, Kadın, Kürtaj ve Cinsellik, Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, C. 3, S. 1, 2011, s. 90.

⁷⁰ SAYAR, s. 330; KOMUT, s. 93.

⁷¹ Fasıl 154, isteğe bağlı kürtajı 169A maddesinde düzenlenmiştir:

Madde 169 A: (1) *Hamileliğe, aşağıdaki bentlerde öngörülen hallerde ve Kıbrıs Türk Tabipler Birliği Yasası uyarınca kayıtlı bir doğum ve kadın hastalıkları uzmanı tarafından yapılması koşuluyla, son verilmesi suç sayılmaz.*

(A) *Hamileliğin ilk on haftalık süresi içinde, kadının evli olması halinde evli çiftin; kadının evli olmaması ve on sekiz yaşından büyük olması halinde kadının kendinin; on sekiz yaşından küçük olması halinde, ana-baba veya yasal vasisinin yazılı rızası ile; kadının aklen malûl olması halinde, ana-baba veya vasisi yoksa, kendi rızası olmadan, akli malûliyeti belgeleyen ilgili iki dal uzmanının raporuna dayanarak; veya*

(B) *Hamileliğin onuncu haftasının tamamlanmasından sonraki süre içinde, gebeliğin, annenin hayatını tehdit ettiğinin veya doğacak çocuğun fiziki ve akli sakatlık tehlikesinin varlığının veya hayat boyu sürecek tedavisi olanaksız kalıtsal veya bulaşıcı bir hastalığın saptanması halinde, bir doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ile ilgili dal uzmanının rapor ve belgelerinin, hamileliğin sona erdirilmesinden önce Sağlık Müdürlüğüne ibrazı ile;*

(C) *Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil durumlarda, bu durumu saptayan doğum ve kadın hastalıkları uzmanı tarafından hamileliğin sona erdirilmesi halinde;*

Ancak, bu durumda en geç yirmi dört saat içinde hamileliğine son verilen kadının kimliği, yapılan müdahale ve müdahale yapılmasını gerekli kılan durumların Sağlık Müdürlüğüne bildirilmesi zorunludur;

(2) *Yukarıdaki (1) ‘inci fıkraya kurallarına aykırı hareket eden ve öngörülen haller dışında hamileliğe son veren veya verilmesine göz yuman veya izin veren kişiler, suç işlemiş olurlar ve mahkûmiyetleri halinde, başka bir Yasada öngörülen soruşturma ve ceza işlemlerine halel gelmeksizin, üç milyon Türk Lirasına kadar para cezasına veya üç yıla kadar hapis cezasına veya her iki cezaya birden çarptırılabilir.*

KTTB Tüzüğüne göre, “gebeliğin onuncu haftasının sonuna kadar doğum yapmak ya da yapmamak konusunda karar vermek gebe kadının hakkıdır (madde 28/1)”. Bu hükümden hareketle, kürtajın kadına bir hak olarak tanındığı anlaşılmaktadır. Konu, kadının üreme hakkı ile doğrudan doğruya bağlantılıdır. Böylece, kadın çocuk doğurup doğurmayacağına kimsenin rızasına gerek duymaksızın karar verebilmektedir. Öte yandan, Fasıl 154 Ceza Yasası, kürtaja ek koşullar getirmektedir. Yasa’nın 169A maddesinin 1/A hükmü evli kadın bakımından eşin rızasını da aramaktadır. Bu hükme aykırı olarak, kürtaj yapılması ise hapis cezasıyla cezalandırılmaktadır. Ceza Yasası’nda eşin rızasının aranması, kadın hakları bakımından tartışılan bir konu olmuştur. Kürtajda eşin rızasının aranması, kişiye evli olmasından dolayı bir ayrımcılık yapılması ve hekim ile hasta arasındaki gizlilik ilişkisinin ihlal edilmesi olarak kabul edilmektedir.⁷² Kürtaj, sadece çocuk doğurup doğurmamakla ilgili bir karar değildir; aynı zamanda, kadının bedeni ve geleceği üzerindeki hakları ile ilgilidir. Bu nedenle, bu konuda karar vermesi gereken tek kişi kadındır.⁷³

İsteğe bağlı kürtaj KKTC’de, 2017 yılında gerçekleşen bir davada detaylı olarak tartışılmıştır. Yargıtay’da görüşülen 12/2017 numaralı dava, hamile kaldığı zaman nişanlı olan ve daha sonra nişanlısından ayrıldığı için yasa dışı şekilde kürtaj yaptıran bir kadının cezalandırılması ile ilgilidir (www.mahkemeler.net, 2017). Yargıtay, davanın görüşüldüğü Girne Ağır Ceza Mahkemesi’nin verdiği dokuz aylık hapis cezasını bozarak, üç aya indirmiştir. Kararda, Fasıl 154 m.169A’ya aykırı hareket edildiği, ancak mağdurun üzerinde hissettiği toplumsal baskı nedeniyle suça itildiğinin göz ardı edilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir. Ayrıca, Kıbrıs Türk toplumunun, “meşru aile birliği düzenini” benimseyen bir toplum olduğu ve bu bağlamda evlilik dışı çocukların dünyaya gelmesi açısından toplumumuzun büyük bir çoğunluğu tarafından paylaşılan ahlaki ve fikri düzeydeki yargılar dikkate alındığında, bir kadın olan ve küçük çocuklara eğitim veren bir okulda öğretmen olan sanığın, özelde ailesi ve çevresinin, genelde ise toplumun baskısına ve sosyal dışlanmaya maruz kalabileceği olgusu, sanığı suça iten faktörler çerçevesinde göz ardı edilmemesi gerektiğine dikkat çekilmiştir. Karardan hareketle, KKTC Hukuku’nda kürtaja ilişkin sorunların çözümünde kadın odaklı tavır sergilendiği görülmektedir. Bu açıdan, Yasa’nın düzenlendiği dönemden bağımsız olarak uygulamada feminist bir görüş hakimdir.

⁷² PAŞA, Faika Deniz, Kuzey Kıbrıs’ta Kadının İnsan Hakları, Lefkoşa, 2012, s. 32.

⁷³ PAŞA, s. 32.

Sonuç

Hamilelik kadın bedeninde gerçekleşen bir olay olmasına rağmen, bu süreçle ilgili olarak dini inanış ve görüşlerin insanlığın başlangıcından itibaren hakim olduğu görülmektedir. Bu çerçevede, başlangıçta bir ülkede hakim olan dini görüş kürtajla ilgili alınan kararlarda etkili olmaktadır. Yahudilik, Hristiyanlık ve İslam, kürtaja paralel şekilde yaklaşmaktadır. Tüm bu dinlerde, insan yaradanın bir hediyesi olarak kabul edildiğinden insan hayatını sona erdirmeye yönelik her türlü hareket günah olarak değerlendirilmektedir. Dinin yarattığı hareketle, ülkeler başlangıçta kürtaja yasakçı bir zihniyet ile yaklaşmış ancak daha sonra, kürtaj dini bir olgu olmaktan çıkarak biyopolitik bir mesele haline gelmiştir. Böylece, ülkeler kürtajı nüfusun azalmasını ya da çoğalmasını sağlayan bir araç olarak değerlendirmişlerdir.

Konuya, Türkiye ve KKTC açısından baktığımızda ise iki ülkede paralel düzenlemeler olmasına rağmen, farklı bakış açıları olduğu görülmektedir. Türkiye’de kürtaj, biyopolitik bir olgu olarak değerlendirilmektedir. Türkiye’de kürtaj, kanunen bir hak şeklinde düzenlenmesine rağmen uygulamada erişimi zor bir tıbbi müdahaledir. İktidarın, nüfusu artırmaya yönelik çalışmaları kürtajın erişiminin kısıtlanmasına neden olmuştur. Yasal düzenlemelerde kürtaj, bir kadın hakkı olarak düzenlenmiştir bu nedenle eşin rızasına ilişkin hükümler, her iki ülkede de feministler tarafından eleştirilmiştir.

Kaynakça

- ADALI, Tuğba / ÇAVLİN, Alanur, Türkiye’de Kürtajın Yaygınlığı ve Kürtaj Kararlarını Etkileyen Faktörler, *İÜ Sosyoloji Dergisi*, C. 39, S. 2, s. 359-378.
- AKIN, Ayşe / TÜRKÇELİK, Ezgi, Sağlık Hizmetlerine Erişimde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği (Haritalama ve İzleme Çalışması), Ankara, 2018.
- ATAY, Hazal, Kürtaj Yasasının Arkeolojisi: Türkiye’de Kürtaj Düzenlemeleri, Edimleri, Kısıtları ve Mücadele Alanları *Fe Dergi: Feminist Eleştiri* C. 9, S. 2, 2017, s. 1-17.
- BADER ERYİĞİT, Aynur, Yahudilik Hristiyanlık ve İslam’da Kürtaj, *ANTAKİYAT / Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, s. 116-141.
- CASTURE, Ignacio, A Social History of Christian Thought on Abortion: Ambiguity vs. Certainty in Moral Debate, *C. 76*, S. 1, 2017, s. 121-227.
- COOK, Rebecca / DICKENS, Bernard, International Developments in Abortion Laws: 1977-88, *C. 78*, S. 10, 1988, s. 1305-1311.
- COWAN, Ruth Schwartz, Moving Up the Slippery Slope: Mandated Genetic Screening on Cyprus, *American Journal of Medical Genetics Part C (Seminars in Medical Genetics)*, S. 151, 2009, s. 95-103.
- ÇAM, Nail, İslam Hukuku’nda Cenin Ahkamı, İstanbul, 2018.
- DİRİK, Mehmet, İslam Hukuku Açısından Kürtaj, *Türkiye Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi*, S. 5, 2018, s. 73-96.
- DONALD, Regan, Rewriting Roe v. Wade, *Michigan Law Review*, C. 77, Symposium on the Law and Politics of Abortion, 1979.
- DÖNMEZER, Sulhi, Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü ve Bugünü, *İHFM*, C. 50, S. 1-4, 1984.
- EL-KAHTANİ, Müfsir, (Çev. Kahraman, Abdullah), İslam Hukukuna Göre Anne Rahminde Sakat Olan Çocukların Kürtaj Yoluyla Düşürülmesinin Hükmü, *CÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1, 2008, s. 441-485.
- FOUCAULT, Michel, Cinselliğin Tarihi, (Çev.: Hülya Uğur Tanrıöver), İstanbul, 2016.
- GORMAN, Michael, Abortion & The Early Church, USA, 1992.
- GÖRGÜLÜ, Ülfet, Cenin Hukuku, İstanbul, 2018.
- GREENHOUSE, Linda / SIEGEL, Reva, Before Roe v. Wade, *Yale Law School Publications*, 2012.
- GÜNDÜZ, Şinasi, Dinler Tarihi Açısından Kürtaj, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Platformu, <https://www.sdplatform.com/Dergi/659/Dinler-tarihi-acisindan-kurtaj.aspx> (Erişim Tarihi: 10.09.2021).

- HILDEBRANDT, Achim, What Shapes Abortion Law? A Global Perspective, *Global Policy*, C. 6, S. 4, 2015, s. 418-428.
- JACOBVITS, Immanuel, Jewish Views on Abortion, *Case Western Reserve Law Review*, C. 7, S. 2, s. 480-497.
- KADIOĞLU, Ahmet Selim, Türk-İslam Sentezcilerinde Hukuk, Ahlak ve Din İlişkisi, *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, C. 17, S. 34, Y. 2021, s. 1549-1569.
- KESGİN, Hafsa, *İslam Hukuku'nda Kürtaj*, İstanbul, 2018.
- KIVITY, Sara / BARNOY, Sivia, Women's Intention to Abort a Fetus Diagnosed with a Genetic Disease: Results from Israel, Cyprus and Germany, s. 2, <https://assets.researchsquare.com/files/rs-136856/v1/1bdeeddef-4e61-4dbd-9506-3df922b07635.pdf?c=1611290660> (Erişim Tarihi: 16.11.2021).
- KOLNAGOU, Anita / KONTOGHIORGHES, George, Advances in the Prevention and Treatment are Changing Thalassaemia from a Fatal to a Chronic Disease. Experience from a Cyprus Model and its Use as a Paradigm for Future Applications, *International Journal for Hemoglobin Research*, C. 33, 2009, s. 287-295.
- KOLOŞ, Umut, Foucault İktidar ve Hukuk (Modern Hukukun Soybilimi), İstanbul, 2016.
- KOMUT, Sultan, Kadın, Kürtaj ve Cinsellik, *Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, C. 3, S. 1, 2011, s. 87-95.
- LEVINE, Phillip / STAIGEI, Douglas / KANE, Thomas / ZIMMERMAN, David, Roe v Wade and American Fertility, *American Journal of Public Health*, C. 89, S. 2, 1999, s. 199 199-203.
- OKTAY, Elif Yüksel, Türkiye'de Cumhuriyetin İlanından Günümüze Uygulanan Nüfus Politikaları, *Yalova Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, S. 7, 2014, s. 31-53.
- PARENKOV, Daniil Alekseevich / LOSHKARIOV, Ivan Dmitrievich / KLIMENKO, Mikhail Borisovich, Religious Lobbying: Comparing the Models of the USCCB and the Church of Cyprus, *The Cyprus Review*, C. 31, S. 3, s. 61-74.
- PAŞA, Faika Deniz, *Kuzey Kıbrıs'ta Kadının İnsan Hakları*, Lefkoşa, 2012.
- RICHARDSON, James / WIGHTMAN, Sandie, Religious Affiliation as a Predictor of Voting Behavior in Abortion Reform Legislation, *Journal for the Scientific Study of Religion*, C. 11, S. 4, 1972, s. 347-359.
- ROOT, Leslie, "Abortion Culture," Demographic Crisis and Neotraditionalism in Russia: A MixedMethods Approach, <http://paa2019.populationassociation.org/uploads/193271> (Erişim Tarihi: 16.11.2021).
- ROSNER, Fred, The Jewish Attitude Toward Abortion, *Tradition: A Journal of Orthodox Jewish Thought*, C. 10, S. 2, 1968.

- SAYAR, Tansu / KILIÇ ÖZTÜRK, Yasemin, Türkiye’de Uygulanan Kürtajda Eşin Rızasını Alma Zorunluluğu ve Amerikan Yargısından Bir Örnek: Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey Kararı, C. 20, S. 1, 2018.
- SILBER, Tomas, Abortion: A Jewish Wiew, Journal of Religion and Health, C. 19, S. 3, 1980, s. 231-238.
- TÜFEKÇİ, İbrahim, İslam Hukukuna Göre Gebeliğin Sonlandırılması, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 45, S. 45, 2013, s. 111-154.
- WILDER, Esther, Socioeconomic and Cultural Determinants of Abortion Among Jewish Women in Israel, European Journal of Population, S. 16, 2000, s. 133-162.

Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemi, Deniz ve İçsu Araçlarının Anonim Şirkete Sermaye Olarak Getirilmesi^(*)

Bringing of the Ships, Marine and Inland Water Vehicles Registered in the Home Port Log as a Capital to the Joint Stock Company

*Elvin BATMAZ SİLAHTAROĞLU^(**)
Ü. Selen SERDER KARAAĞAÇ^(***)*

Öz:

Anonim şirket, bir ticaret şirketi olduğundan ortaklar tarafından şirkete getirilecek sermaye hakkında TTK m.127 vd. hükümleri uygulanır. TTK m.127 hangi unsurların şirkete sermaye olarak getirilebileceğini sıralamıştır. Şirkete getirilebilecek unsurlar arasında aynı sermaye de bulunmaktadır. Aynı sermaye, değeri para ile ölçülebilen ve devredilebilen, nakdi sermaye dışında kalan her türlü malvarlığı unsurudur. Bir anonim şirkete aynı sermaye olarak getirilebilecek başlıca unsurlar taşınır mal, taşınmaz mal, bu mallar üzerindeki kullanma ve yararlanma hakları, gayri maddi mallar üzerindeki haklar, ticari işletmeler, haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler ile maden ruhsatnameleridir. Bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve iç su araçları da nitelikleri itibarıyla birer taşınır eşya olarak kabul edilmekle TTK m.127 uyarınca anonim şirketlere getirilebilecek aynı sermaye unsurları arasında yer almaktadırlar. Bu makalenin amacı bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve iç su araçlarının anonim şirketlere sermaye olarak getirilmesi prosedürünü ortaya koymaktır. Bu prosedür, bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve iç su araçlarının değerinin belirlenmesiyle başlayıp, taahhüt işleminin gerçekleştirilmesiyle devam eder. Tasarruf işleminin yapılması ve mülkiyetin anonim şirkete geçişiyle birlikte tamamlanır.

Anahtar Kelimeler:

Bağlama kütüğü, Anonim Şirket, Aynı Sermaye, Şirket Sermayesi, Taşınır Sermaye, Mülkiyetin İttikali, Geminin Değerlemesi, Gemi Deniz ve İç Su Araçları.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale geliş tarihi: 19.04.2022 - Makale kabul tarihi: 29.06.2022.

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, Tarsus Üniversitesi, Deniz Ticareti Hukuku Anabilim Dalı,

E-posta: eksilahtaroglu@tarsus.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-5956-4818>.

^(***) Dr. Öğr. Üyesi, Çağ Üniversitesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,

E-posta: selenserder@cag.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-2602-7856>.

Abstract:

The capital that will be brought to the company by the partners is specified in the article 127 of Turkish Commercial Code (TCC) since the joint stock company is a trading company. The elements which can be brought as capital is listed by the article 127 of TCC. Among the elements to be brought to the company, there is also capital in kind. All kind of assets other than cash capital, whose value can be measured in money and which can be transferred are capital in kind. The elements that can be brought to a joint stock company as capital in kind are movable property, immovable property, rights to use and benefit from these properties, rights over intangible properties, commercial enterprises, transferable electronic media that are used rightfully fields, names and signs and mining licenses. The ships, marine and inland water vehicles registered in the Home Port Log are capital in kind elements according to article 127 of TCC which are able to bring as a capital to jointstock companies. The purpose of this article is to reveal the procedure for bringing the ships, marine and inland water vehicles registered in the Home Port Log to the joint stock companies as a capital. This procedure starts with the determination of the value of the ships, marine and inland water vehicles registered in the Home Port Log and continues with the execution of the promissory transactions. The process is completed with the savings and transfer of ownership to the joint stock company.

Keywords:

Home Port Log, Joints Stock Company, Capital in Kind, Company Capital, Movable Property, Immovable Property, Transfer of Ownership, Valuation of the Ship, Ships, Marine and Inland Water Vehicles.

I. Bağlama Kütüğü ve Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemi, Deniz ve İçsu Araçları

A. Bağlama Kütüğüne İlişkin Yasal Düzenlemeler

Kanun koyucu tarafından “Bağlama Kütüğü” olarak adlandırılan ayrı bir kayıt sisteminin oluşturulmasının temel amacı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve TUGS’daki kurallar¹ uyarınca her iki sicile de kayıt olamayan

¹ Türk deniz hukukunda üç adet gemi sicili mevcuttur. Bunlar, Millî Gemi Sicili (MGS), Yapı Hâlindeki Gemilere Özgü Sicil (Yapı Sicili) ve Türk Uluslararası Gemi Sicili (TUGS)’dir. MGS, TTK m.954 ilâ 985 hükümlerinde düzenlenmiştir. MGS ifadesi, TTK’da değil, fakat 16/12/1999 tarihli ve 4490 sayılı “Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu ile 491 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un (TUGSK) m.2(c)’de yer alan bir ifadedir. TUGSK’da MGS; 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 839. ve diğer maddelerinde öngörülen gemi sicili olarak tanımlanmaktadır. MGS’ye TTK m.940 gereğince Türk bayrağını çekme hakkına sahip ticaret gemileri ile m.935 f.2 (a) ve (c)’de belirtilen gemiler tescil edilebilir. TTK m.935 f.2 (a) ve (c)’de belirtilen gemiler; yatlar, denizci yetiştirme gemileri gibi sadece gezinti, spor, eğitim, öğretim ve bilim amaçlarına tahsis edilmiş gemiler ile yabancı bir devlet veya onun vatanlıları adına Türkiye’de yapılmakta olan gemilerdir. Türk denizciliğinin geliştirilmesini hızlandırmak ve ekonomiye katkısını artırmak amacıyla kabul edilen TUGSK’nın 3. maddesi ile Denizcilik Müsteşarlığı nezdinde İstanbul’da Türk Uluslararası Gemi Sicili (TUGS) kurulmuştur. Kanunun 4. maddesine göre bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte MGS’ne kayıtlı bulunan Ka-

gemi, deniz ve içsu araçlarının kayıt altına alınmasının sağlanması ile çeşitli vergilerin yüksek olması sebebiyle yabancı bayrak çekme eğiliminde olan “ticaret dışı gemilerin” tekrar Türk Bayrağı çekmesini cazip hale getirerek bu yolla hem ülke denizciliğinin canlanması hem de ülke ekonomisine katkı sağlanmasıdır.² Bağlama kütüğüne ilişkin ilk düzenleme 06.05.2009 tarih ve 5897 sayılı Kanun ile Denizcilik Müsteşarlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında 491 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ye eklenen “Bağlama Kütüğü” başlıklı Ek m.12 uyarınca olmuştur. Ek m.12 uyarınca Türk Uluslararası Gemi Siciline tescilli olanlar ve Milli Gemi Siciline tescilli zorunlu olanlar dışındaki ticari veya özel kullanıma mahsus gemi, deniz ve iç su araçlarının malikleri veya işletenleri, Denizcilik Müsteşarlığınca liman başkanlıkları bünyesinde oluşturulacak bağlama kütüğüne gemi, deniz ve iç su araçlarını kaydettirmek zorundadır. Bu madde uyarınca yürürlüğe konulan 14.09.2009 tarih ve 27349 sayılı Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği ile bağlama kütüklerinin tutulmasına ilişkin usul ve esaslar ile idari yaptırımlar düzenlenmiştir.

01.11.2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 26.09.2011 tarihli ve 655 sayılı “Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hak-

nunun 1. ve 2. maddesi kapsamındaki bütün gemiler ve yatlar, yurt içinde inşa edilen gemiler ve yatlar ile yurt dışından ithal edilecek 3.000 DWT’nin (yolcu gemileri ile özel maksatlı, özel yapılmış gemilerde ise 300 grostonun) üzerindeki gemiler TUGS’ne talep üzerine tescil edilebilir. Yapı Sicili, TTK m.986 ilâ 992’de düzenlenmiştir. TTK m.986’ya göre yapı hâlindeki bir gemi, malikin istemi üzerine veya yapı üzerinde bir gemi ipoteğinin kurulması yahut yapının ihtiyatı ya da kesin haczi veya tersane sahibinin gemi ipoteğinin kurulmasına yönelik istem hakkını teminat altına almak amacıyla sicile şerh verilmesi söz konusu olduğu takdirde Yapı Siciline kaydolunur. Siciller hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. OKAY, Sami, Deniz Ticareti Hukuku. C. I, 3. Baskı, İstanbul, 1970, s. 132; ÇAĞA, Tahir / KENDER, Rayegan, Deniz Ticareti Hukuku. C. I, 12. Baskı, İstanbul, 2002, s. 70; YAZICIOĞLU, Emine/ KENDER, Rayegan / ÇETİNGİL, Ergon, Deniz Ticareti Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, 2020, s. 93 vd.; SÖZER, Bülent, Deniz Ticareti Hukuku-I, 5. Baskı, İstanbul, 2019, s. 57 vd. Doktrinde bazı yazarlar dört sicil olduğu görüşündedirler. TTK m.941 f.3 yer alan “Türk bayrağı çekmesine izin verilen gemiler Bakanlık tarafından tutulan özel bir sicile kaydolunur hükümü uyarınca, bu hükümde sözü edilen ve uygulamada “kiracı sicili” olarak anılan özel sicili de gemi sicilleri arasında kabul etmektedirler. “Kiracı sicili” olarak tabir edilen bu sicil Türk gemisi olmayan bir geminin TTK m.941’de yazılı niteliklere sahip kişilere en az bir yıl süreyle kendi adlarına işletilmek üzere bırakılmaları durumunda kaydedildikleri sicildir. Bkz. AKSOY, Sami, Türk Hukukunda Yeni Bir Düzenleme: Bağlama Kütüğü, Fırat Öztan’a Armağan, C. I, Ankara, 2010, s. 64; DEMİR, İsmail, Yeni Bağlama Kütüğü Rejimi Üzerine Değerlendirmeler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 64, S. 1, 2015, s. 104-105.

² ATAMER, Kerim, Bağlama Kütüğü: Yasama Amacı, Uygulama Alanı ve Özel Hukuk Kurallarına Etkisi, BATİDER, C. 25, S. 4 (Prof. Dr. Reha Poroy’un Anısına Armağan), 2009, s. 301 vd.; ALTOP, Atilla, Bağlama Kütüğü ile İlgili Yasal Düzenlemenin Getirdiği Bazı Sorunlar, Deniz Hukuku Dergisi, Y. 10, S. 1-2, 2005, s. 1-14, s. 2-3.

kında Kanun Hükmünde Kararname'nin 44. maddesiyle 491 sayılı KHK yürürlükten kaldırılmış ve bağlama kütüğünün yeniden düzenlenmesi amacıyla 491 sayılı KHK Ek. m.12 hükmünün yerine geçmek üzere 655 sayılı KHK m.43'te "Bağlama Kütüğü" başlıklı hüküm sevk edilmiştir. Madde 43 f.1'de tamamıyla önceki düzenlemeye paralel şekilde Türk Uluslararası Gemi Siciline tescilli olanlar ve Milli Gemi Siciline tescilli zorunlu olanlar dışındaki ticari veya özel kullanıma mahsus gemi, deniz ve içsu araçlarının malikleri veya işletenleri; söz konusu gemi, deniz ve içsu araçlarını bağlama kütüğüne kaydettirmek zorunda oldukları belirtilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise bağlama kütüğüne kayda ilişkin usul ve esaslar ile yapılacak iş ve işlemlerin nasıl ve kimler tarafından yürütüleceğinin yönetmelikle belirleneceği hüküm altına alınmıştır. 655 sayılı KHK m.43 f.2 hükmüne istinaden Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca yeniden hazırlanan "Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği" (BağKütY), 25.09.2014 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş, bu yönetmeliğin 37. maddesi ile 14/9/2009 tarihli ve 27349 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır. BağKütY hükümleri genel olarak 2009 tarihli Yönetmelik hükümleri ile paralellik arz etmektedir.³

B. Bağlama Kütüğünün Hukuki Niteliği

Bağlama kütüğüne ilişkin yapılan hukuki düzenlemelerde esas olarak TUGS'a tescilli olanlar ve MGS'ye tescilli zorunlu olanlar dışındaki ticari veya özel kullanıma mahsus gemi, deniz ve içsu araçlarının kayıt altına alınması hedeflenmiştir.⁴ Bununla birlikte ne TTK, ne de 655 sayılı KHK m.43'te bağlama kütüğünün hukuki niteliğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmaması doktrinde bağlama kütüğünün resmi sicil niteliğinde olup olmamasının tartışılmasına neden olmuştur. Doktrinde bir görüş bağlama kütüğünü resmi sicil olarak kabul ederken⁵ ağırlıklı görüş bağlama kütüğünün resmi sicil olarak kabul edilmemesi gerektiği yönündedir.⁶

³ DEMİR, s. 108 vd.

⁴ ATAMER, s. 327 vd.; DEMİR, s. 109 vd.; YAZICIOĞLU / KENDER / ÇETİNGİL, s. 127-128; 655 sayılı KHK m.43 ve BağKütY'nin ilgili maddelerinde tarif edilmiş araçların kayıtlarının tutulmasının ve bu araçlar için belli bir harç ödenmesi ve böylece hedefin belediyelere gelir sağlanması olduğu yönündeki görüş için bkz. SÖZER, Bülent, Deniz Ticareti Hukuku-I, 3. Baskı, İstanbul, 2014, s. 85 vd.

⁵ ALGANTÜRK LIGHT, Didem, Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği Hakkında Değerlendirmeler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 8, S. 16, 2009, s. 49-64, s. 51.

⁶ ATAMER, s. 344 vd.; DEMİR, s. 120 vd.; YAZICIOĞLU / KENDER / ÇETİNGİL, s. 133; SÖZER, 5. Baskı, s. 106.

Bağlama kütüğünün resmi sicil niteliğinde olduğunu savunan görüşe göre kayıt için liman başkanlıklarının sorumlu tutulması, “hak sahipliği” belgesinin düzenlenmesi, mülkiyetin nakli için tescil şartının aranması, kayıt ile birlikte Türk Bayrağı çekme hakkının kazanılması ve ruhsat verilmesi, ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir kararlarının ve özellikle menkul rehininin kütüğe kaydının gerekmesi, kütüğün resmi bir sicil niteliğinde olduğunun göstergesidir.⁷

BağKütY m.4 f.1 (a) bağlama kütüğünü “Gemi, deniz ve içsu aracının kaydedildiği, ana ve yardımcı kütüklerden oluşan elektronik kayıt sistemini ve bağlama kütüğü dosyasını” şeklinde tanımlamak suretiyle bağlama kütüğünün asıl amacının söz konusu araçların kayıt altına alınması olduğunu da ortaya koymaktadır.⁸ Nitekim hem 655 sayılı KHK m.43 hem de BağKütY’de bu durumu teyit eder şekilde “tescil” kavramının değil “kayıt” kavramının kullanıldığını görmekteyiz. BağKütY hükümleri incelendiğinde bağlama kütüğünün içeriğine ilişkin olarak m.8 f.1’de bağlama kütüğünün bağlama kaydı, re’sen tescil kaydı, yevmiye kaydı ile mâlikler listesi, işletenler listesi ve takyidatlar listesinden oluşacağı belirtilmiş ve 10. maddede de kaydedilecek takyidatların rehin ile ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz yahut haciz kararları olduğu belirtilmiştir. Ancak bu takyidatların hüküm ve sonuçlarının ne olacağına dair bir bilgi yer almamaktadır.⁹

Bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının üzerinde aynı hakların kurulmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Bu anlamda ne mülkiyet hakkının ne de rehin hakkının kazanılması, kaybedilmesi veya devredilmesinde bağlama kütüğünün bir etkisi bulunmamaktadır.¹⁰ Nitekim BağKütY m.14 uyarınca bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının mülkiyetinin devrini gerektiren hukuki işlemlere yönelik belgelerin başkanlıklar huzurunda veya noterde düzenlenmesi zorunlu olduğu belirtildikten sonra mülkiyetin devri işlemleri, gemi, deniz veya içsu aracının kayıtlı olduğu bağlama kütüğünün bağlı olduğu başkanlık dışında başka bir başkanlık huzurunda da yapılabileceği belirtilmektedir. İlgili maddenin devamı incelendiğinde de yine aynı şekilde, mülkiyetin devrine ilişkin taahhüt ve tasarruf işlemlerinin bağlama kütüğüne kayıt öncesinde yönetmelikte

⁷ ALGANTÜRK LIGHT, s. 51.

⁸ ATAMER, s. 343; YAZICIOĞLU / KENDER / ÇETİNGİL, s. 129; DEMİR, s. 117.

⁹ ATAMER, s. 343 vd.; DEMİR, s. 109 vd.; SÖZER, 5. Baskı, s. 106.

¹⁰ ATAMER, s. 327 vd.; DEMİR, s. 109 vd.; YAZICIOĞLU / KENDER / ÇETİNGİL, s. 130-131; SÖZER, 5. Baskı, s. 105-106.

ön görülen devir prosedürünün taraflarca yerine getirilerek tamamlanmasıyla gerçekleşeceği belirtilmektedir. Bir başka deyişle, mülkiyet hakkının bağlama kütüğüne kayıt ile devri söz konusu değildir. Zira yeni malik mülkiyet hakkını bağlama kütüğüne kendisini malik olarak kaydettirmeden önce kazanmaktadır. Dolayısıyla bağlama kütüğünde yeni malikin mülkiyet hakkına ilişkin kayıt, tamamen bilgi verme amacına yöneliktir.

Benzer bir durum rehin hakkı bakımından da geçerlidir. Bağlama kütüğüne kayıt, sınırlı aynı hakların kazanılması veya kaybedilmesi üzerinde de herhangi bir etkiye sahip değildir. Esasen sınırlı aynı hak olarak BağKütY m.10'da "rehin" ifadesi sadece kütüğe kaydedilecek takyidatlar sayılırken zikredilmiş, diğer sınırlı aynı haklardan ise hiç bahsedilmemiştir.¹¹ Dolayısıyla bu yönde bir düzenleme ne 655 sayılı KHK m.43'de ne de BağKütY'de bulunmamaktadır.

Bağlama kütüğü MGS ve TUGS'a tescilli olmayan gemi, deniz ve iç su araçlarının kime ait olduğu, üzerlerinde rehin, ihtiyati haciz veya haciz veya ihtiyati tedbir bulunup bulunmadığı bilgisini gösterir. Bağlama kütüğünde yer alan bu bilgilerin resmi sicillerde olduğu gibi üçüncü kişiler nezdinde olumlu veya olumsuz etkisinin varlığına ilişkin bir düzenleme de ne 655 sayılı KHK m.43'de ne de BağKütY'de bulunmamaktadır. Üçüncü kişilerin kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine dair iddialarının dinlenmemesi resmi sicillerin üçüncü kişiler üzerinde olumlu etkisi olarak anılmaktadır.¹² Bununla birlikte tescili zorunlu olduğu hâlde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilanı zorunlu iken ilan olunmamış bir husus ile ilgili olarak üçüncü kişilerin iyi niyetlerinin korunmasına yönelik etki ise sicilin olumsuz etkisi olarak tanımlanmaktadır.¹³ Bağlama kütüğünde yer alan kayıtların üçüncü kişiler nezdinde olumlu veya olumsuz etkisinin olacağına dair bir düzenlemenin de bulunmadığı açıktır.

Bu tespitler ışığında bağlama kütüğünün hukuk düzenimizde yer alan resmi sicillerden olduğunu söylemek mümkün değildir.¹⁴ Zira bilindiği üzere resmi siciller bir taraftan cisimlerin hukuki durumlarını ve kişiler ile cisimler arasındaki

¹¹ YAZICIOĞLU / KENDER / ÇETİNGİL, s. 131.

¹² TTK m.36 f.3 ticaret sicilinin olumlu etkisine yönelik bir düzenlemedir. Konuyla ilgili olarak bkz. AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009, s. 371; ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 24. Baskı, Ankara, 2018, s. 272.

¹³ TTK m.36 f.4 ticaret sicilinin olumsuz etkisine yönelik bir düzenlemedir. Konuyla ilgili olarak bkz. ARKAN, s. 273.

¹⁴ ATAMER, s. 344 vd.; DEMİR, s. 120 vd.; YAZICIOĞLU / KENDER / ÇETİNGİL, s. 133; SÖZER, 5. Baskı, s. 106. Bağlama kütüğünün resmi sicil niteliğinde olduğuna ilişkin görüş için bkz. ALGANTÜRK LIGHT, s. 51.

ilişkileri ve/veya cisimler üzerindeki hakları gösterdiği gibi; diğer taraftan da kişiler ile ilgili veya kişiler arasındaki hukuki durumlar hakkında da bilgiler içerir. Bu anlamda sicillere yapılan kayıtların yerine göre belli bir hukuki durumun doğumuna neden olması (kurucu etki) veya mevcut bir hukuki durumun varlığını ispata yarar (bildirici etki) olması gerekmektedir. Bir başka deyişle resmi sicilın asıl işlevi tanımlanmış ilişkilerdeki hukuki sonuçlara dayanak sağlamasıdır. Bağlama kütüğü bu amaçlara hizmet etmekten uzaktır. Dolayısıyla bağlama kütüğü söz konusu araçların kayıt altına alınmasından ibaret bir işleve sahiptir ve resmi sicillerden farklı olarak tanımlanmış herhangi bir hukuki sonuç yaratmamaktadır.

C. Bağlama Kütüğüne Kaydedilecek Gemi, Deniz ve İçsu Araçları ile Bu Araçların Hukuki Niteliği

655 sayılı KHK m.43 f.1 kapsamındaki bütün gemi, deniz ve içsu araçlarının bağlama kütüğüne kaydı zorunludur. Dolayısıyla 655 sayılı KHK m.43 f.1 uyarınca TUGS’ne tescilli olmayan gemi, deniz ve içsu araçları ile MGS’ne tescilli zorunlu olmayan gemi, deniz ve iç su araçlarının bağlama kütüğüne kaydedilmeleri gerekmektedir.¹⁵ BağKütY m.2 f.1 (a) ve (b) bendlerinde bağlama kütüğüne kaydedilecek araçlar, 18 gros tonilatodan küçük ticari gemi, deniz ve iç su araçları ile özel kullanıma mahsus gemi, deniz ve içsu araçları denilmek suretiyle sıralanmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise MGS ve TUGS’ne tescilli ticari gemi, deniz ve içsu araçları ile silahlı kuvvetlere ait gemi, deniz ve içsu araçlarının BağKütY’nin kapsamı dışında oldukları belirtilmiştir. Ayrıca gemi, deniz ve içsu araçlarının hangilerinin BağKütY m.9’da bağlama kütüğüne kaydedileceği sıralanmıştır. Buna göre, 18 gros tonilatodanın altında ve 2,5 metre ve üzerindeki; MGS veya TUGS’a tescil edilmiş ticari gemi, deniz ve içsu araçları ile boyu 2,5 metre ve üzerindeki özel kullanıma mahsus gemi, deniz ve içsu araçlarının bağlama kütüğüne kayıt edilmesi zorunludur. Bununla birlikte, TTK’nun bayrak çekme hükümlerine

¹⁵ 655 sayılı KHK m.43 f.1’de yer alan “... Milli Gemi Siciline tescili zorunlu olmayan gemi” ifadesi doktrinde eleştirilmektedir. Buna göre KHK m.43 f.1’de yer alan “MGS’ne tescilli zorunlu olmayan gemiler” ifadesi, MGS’ne tescilli ihtiyari olan gemiler anlamına gelmektedir. MGS’ne tescilli ihtiyari olan bir gemi, TUGS’ne de tescil edilmemişse Bağlama Kütüğüne kaydedilmek zorundadır. Buna karşılık m.43 f.1 hükmünün açık ifadesi uyarınca tescilli ihtiyari olan bir gemi, malikin talebiyle MGS’ne tescil edilmiş olsa dahi Bağlama Kütüğüne kaydedilmesi gereklidir. Bu durum ise hem MGS’de, hem de Bağlama kütüğünde iki ayrı kaydın mevcut olması sonucunu yaratacağı gerekçesiyle eleştirilmiş, BağKütY m.9 uyarınca tescilli ihtiyari olup da MGS’ye tescil edilmiş gemilerin bağlama kütüğüne kayıt zorunluluğundan çıkarılmasının daha isabetli bir düzenleme olduğu ifade edilmiştir. Bkz. DEMİR, s. 124-125; YAZICIOĞLU / KENDER / ÇETİNGİL, s. 136.

bağlı olmaksızın; yabancı uyruklu olup oturma izni bulunan gerçek kişilere ait özel kullanıma mahsus gemi, deniz ve içsu araçları, devlete ait olup temel kamu hizmetlerinde kullanılan gemi, deniz ve içsu araçları ile 2,5 metrenin altındaki ticari ve özel gemi, deniz ve içsu araçlarının ve Gençlik ve Spor Bakanlığınca tescil edilmiş spor kulübü ve federasyonların envanterinde kayıtlı olup da münhasıran spor faaliyetleri için kullanılan gemi, deniz ve içsu araçlarının bağlama kütüğüne kaydedilmesi maliklerinin isteğine bağlı kılınmıştır.

Yönetmeliğin tanımlar başlığını taşıyan m.4 f.1’de deniz aracı, gemi dışında, denizde yüzebilen ve tahsis edildiği gayeye uygun olarak kullanılan her türlü araç ve yapı şeklinde tanımlanmakta,¹⁶ gemi ise cinsi, tonilatosu ve kullanma amacı ne olursa olsun, denizde kürekten başka aletle yola çıkabilen her araç şeklinde ifade edilmektedir.¹⁷ Madde uyarınca, iç su aracı, iç sularda kullanılan ve gemi dışındaki her türlü tekne ve yapıyı ifade ederken; ticari gemi, deniz ve içsu aracı ise denizde veya içsularda kazanç elde etmek amacıyla tahsis edilen veya fiilen böyle bir amaç için kullanılan her türlü tekne ve yapı olarak ifade edilmektedir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m.762 hükmü, hangi eşyaların taşınır eşya olduğunu tanımlamakta ve nitelikleri itibariyle taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçleri taşınır eşya olarak kabul etmektedir. Taşınır satışının tanımının yapıldığı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.209 f.1’de de “Taşınır satışı, Türk Medeni Kanunu uyarınca taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerin satışdır.” denilmektedir. 6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu (ETTK) döneminde gemilerin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar¹⁸ söz konusu olmuş ise de doktrinde ağırlıklı olarak yukarıdaki

¹⁶ BağKütY’de yer verilen deniz aracı tanımına yönelik eleştiriler için bkz. SÖZER, 5. Baskı, s. 137; YAZICIOĞLU / KENDER / ÇETİNGİL, s. 137, dpn. 222.

¹⁷ BağKütY, geminin tarifinde TTK m.931’de yer alan gemi tanımından ayrılmış ve onun yerine Denizde Can ve Mal Korunma Hakkında Kanun’daki tarifi benimsemiştir. Bkz. SÖZER, 5. Baskı, s. 107; YAZICIOĞLU / KENDER / ÇETİNGİL, s. 137; ALGANTÜRK LIGHT, s. 50.

¹⁸ 14/1/2011 tarihindeki değişiklikten önce 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 23. Maddesinde yer alan “Taşınmaz tabiri, gemi siciline kayıtlı olan gemilere de şamildir. Diğer gemiler bu kanun hükmünce taşınır sayılır” şeklindeki son fıkra hükmü uygulamada bütün gemilerin taşınmaz hükmünde tutulması eğilimine yol açmıştır. 2011 tarihindeki değişiklikle birlikte maddenin son fıkrasında, “Açıkça öngörülen istisnalar dışında” -bayrağına ve bir sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın- bütün gemiler hakkında “İİK’nın taşınırlara ilişkin hükümlerinin uygulanacağı” hükmüne bağlanmış bulunmaktadır. Böylece “gemi siciline kayıtlı olan gemiler”in taşınmaz, buna karşın “gemi siciline kayıtlı olmayan gemiler”in ise taşınır kabul edilmesi ilkesinden vazgeçilerek “bayrağına ve bir sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün gemiler”in -kanunda açıkça

hükümlerden hareketle gemilerin taşınır eşya olduğu kabul edilmiştir. ETTK döneminde yaşanan görüş ayrılıklarını sonlandırmak amacıyla TTK m.936'da sicile kayıtlı olup olmadıklarına bakılmaksızın bütün gemiler bu Kanunun ve diğer kanunların uygulanmasında taşınır eşyadandır denilmek suretiyle gemilerin nitelik olarak “taşınır eşya” olduğunu açıkça belirtmektedir. Dolayısıyla ister MGS'ye ister TUGS'a ve isterse de bağlama kütüğüne kayıtlı olsun bu araçların tamamı nitelik itibariyle birer “taşınır eşya” olarak kabul edilecektir.

D. Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Araçlarda Mülkiyetin Hukuki İşlem Yoluyla Nakli

BağKütY'nin dayanağını teşkil eden 655 sayılı KHK m.43'de bağlama kütüğüne kayıtlı araçların mülkiyetinin nakline ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte TTK m.997 f.1'e göre TGS'ye kayıtlı bulunmayan Türk gemileri üzerindeki mülkiyet ve sınırlı ayni haklara, TMK'nın taşınırlara ilişkin hükümleri uygulanır. Dolayısıyla bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarına da TMK'nın taşınırların devrine ilişkin hükümlerinin uygulanması gerekir. TTK'da yer alan açık hükmün varlığına rağmen BağKütY m.14 f.1 hükmü, bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının mülkiyetinin devrini gerektiren hukuki işlemlere yönelik belgelerin¹⁹ başkanlıklar huzurunda veya noterde düzenlenmesinin zorunlu olduğunu, başkanlıklar veya noter dışında yapılmış mülkiyetin devrini amaçlayan işlemlerin geçersiz olduğunu ve bu tür işlemlerde hak sahibi olarak gözüken kişi adına kayıt yapılmayacağını, ancak İİK hükümlerinin saklı olduğunu belirtmektedir. Doktrinde haklı olarak

öngörülen istisnalar dışında- taşınır sayılması kuralı kabul edilmiştir.” Gemi, türü ne olursa olsun taşınır eşyadır. Zaten, bir taşıma aracının taşınır olmadığını düşünmek mümkün değildir. Ancak, İİK m.23 uyarınca; gemi siciline kayıtlı gemilerin icra hukuku hükümlerinin uygulanmasında taşınmaz gibi değerlendirilmeleri, uygulamada “bu tür gemileri taşınmaz niteliğine sahip olduğu” gibi yanlış bir kanaat oluşmasına sebep olmuştur. TTK m.936'da bu konudaki duraksamayı gidermek için “her türlü geminin o kanunun ve diğer kanunların uygulanmasında taşınır eşya olduğu” hüküm altına alınmıştır. TTK m.937'de ise; gemiler hakkında kıyasen uygulanacak taşınmazlara ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Uygulama Kanunu m.41 ile İİK m.23, 26, 28, 29 ve 136'da gerekli değişiklikler yapılmış ve İİK'na 31/a, 144/a ve 153/a maddeleri eklenmiştir.”; UYAR, Talih / UYAR, Alper / UYAR, Cüneyt, 6352 sayılı 2.7.2012 tarihli Kanun 6103 sayılı 14.1.2011 tarihli Kanun ile İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Getirilen Yenilikler ve Bu Konulara İlişkin Son İçtihatlar, <http://baro.izmirbarosu.org.tr/IzmirBaro/pdf/yayinlar/%C4%B0CRA%20K%C4%B0TAP.pdf> (Erişim Tarihi: 08.04.2022).

¹⁹ BağKütY m.14 hükmünde yer alan “mülkiyetin devrini gerektiren hukuki işleme ilişkin belge”nin nitelik itibariyle bir tasarruf işlemi kabul edilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. KUYUCU, Aslıhan Sevinç, Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemilerin Mülkiyetinin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Kazanılmasına İlişkin Esaslar, MHB, Y. 37 S. 2, 2017, s. 859-884, s. 871; YAZICIOĞLU / KENDER / ÇETİNGİL, s. 146.

temel kanunlardaki düzenlemeden yönetmelik ile ayrılmış olunmasının kurallar kademelenmesine de uygun olmadığı gerekçesiyle yönetmelik ile yapılan böyle bir düzenlemenin doğru olmadığı belirtilmektedir.²⁰

TTK'da ve 655 sayılı KHK m.43'te bu yönde bir düzenleme bulunması ve BağKütY m.14'te yer alan düzenlemedeki ifadelerde de bir açıklık olmaması doktrinde BağKütY ile getirilmiş olan bu düzenlemede mülkiyetin devrini gerektiren hukuki işlemlerin niteliğinin tartışma konusu olması sonucunu doğurmuştur. Doktrinde yer alan bir görüş yönetmelikte geçen mülkiyetin devrini gerektiren hukuki işlemlerin taraflar arasında yapılacak mülkiyetin devri borcunu doğuracak sözleşmeye yönelik işlem yani taahhüt işlemi olduğunu savunmaktadır.²¹ Diğer bir görüş ise 2009 tarihli yönetmeliğin "Resmi Sözleşme" başlığını taşıyan m.14 hükmü uyarınca sözleşmenin taahhüt işlemi olarak yorumlanmasının mümkün olabileceğini, ancak 2011 tarihli BağKütY'nin "Mülkiyetin devri" başlığını taşıyan m.14 hükmü ile getirilen düzenleme sonrası sözleşmenin taahhüt işlemi olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir. BağKütY m.14'de belirtilen hukuki işlemlere yönelik belgelerin, gemilerin mülkiyetinin devrinde mülkiyetin devri borcunu doğuran taahhüt işlemi niteliğinde değil; aynı hakkın devrine yönelik tasarruf işlemi niteliğinde oldukları savunulmaktadır. Bu görüş uyarınca m.14 f.1'de geçerlilik şekline tabi tutulmuş mülkiyetin devrine ilişkin belgeler ile geminin mülkiyetinin devredildiği tasarruf işleminden bahsedildiği kabul edilmelidir.²² Mülkiyetin devrine ilişkin belgelerin tasarruf işlemi niteliğinin

²⁰ Doktrinde *Demir* BağKütY m.14 hükmünün kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle uygulanmasının mümkün olmadığı görüşündedir. Bkz. DEMİR, s. 150-151; 2009 tarihli BağKüt bakımından *Altop*, mevcut düzenlemenin çözümsüz hukuki çekişmelere yol açabileceğini, resmî sözleşme şeklinden derhal vazgeçilerek TBK'nın şekil serbestliği ilkesine ve menkul satışlarda genel olarak geçerli bulunan şekle bağlı olmama ilkesine dönülmesi gerektiğini, Ek m.12(3)'ün sadece mülkiyeti devri borcu doğuran sözleşmeye ilişkin olduğunu, şekle bağlı hukuki işlem ile doğacak olan mülkiyeti nakil borcunun nasıl yerine getirileceğinin düzenlenmediğini savunmaktadır. Bkz. ALTOP, s. 4 vd.

²¹ ÜNAN, Samim, *Bağlama Kütüğü ile İlgili Bazı Sorunlar*, Deniz Hukuku Dergisi, Y. 10, S. 1-2, 2005, s. 15-26, s. 23; Doktrinde *Aksoy*, mevcut düzende ilgili başkanlık huzurunda yapılmış bir sözleşme ile mülkiyetin karşı tarafa geçmeyeceğini, mülkiyetin geçişi için zilyetliğin de geçirilmesinin gerektiğini, karşı tarafın malik olma arzusuyla davranarak zilyetliği kazandığı andan itibaren geminin mülkiyetinin karşı tarafa geçeceğini, sadece başkanlık önünde yapılan bir sözleşme ile mülkiyetin kazanılmasının yeterli olmadığını, bunun için getirilecek bir kanun hükmüyle kütüğe kaydın mülkiyetin nakli için resmi sözleşmenin yanında bir kurucu unsur olarak düzenlenmesinin uygun olacağını savunmuştur. Bkz. AKSOY, s. 98.

²² "Kanımızca Yönetmeliği düzenleyen makamın bu düzenleme ile karşılanmasını istediği hukuk güvenliği ihtiyacı, Yönetmeliğin farklı hükümlerinde aynı hukuki işlem için farklı ifadeler kullanılmış olması ve uygulamada ortaya çıkabilecek hukuki uyumsuzlukların önüne geçilmesi

de kabul edilmesinin gerekçesi olarak hukuk güvenliği ihtiyacı, BağKütYnin farklı hükümlerinde aynı hukuki işlem için farklı ifadeler kullanılmış olması ve uygulamadaki hukuki uyumsuzlukların önüne geçilmesi gösterilmektedir. Bu belgelerin aynı sözleşme aşaması olduğu ve bundan dolayı da tasarruf işlemi olarak kabul edilmesi gerektiği, böylece TMK ve TTK hükümlerinin de ilga edilmeyeceği ve yönetmelikle getirilen bu düzenlemenin ilave bir düzenleme olduğu da savunulmaktadır. Buna göre BağKütY’de kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının mülkiyetinin nakli için gerekli tasarruf işlemi, ilgili başkanlık veya noter huzurunda yapılan sözleşmeyle birlikte zilyetliğin devralana geçirilmesidir.²³ Yeni malikin bu belge ile bağlama kütüğüne kaydı ise araç üzerindeki sahipliğe ilişkin bilginin kayda geçirilmesinden ibarettir.²⁴

BağKütY’de kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçları bakımından taşınırlarda mülkiyetin nakline esas teşkil eden TTK m.997 f.1 atfıyla TMK prensiplerinin uygulanmasının daha doğru olacağı düşüncesindeyiz. Bir başka deyişle söz konusu belge ile bağlama kütüğüne kayıtlı aracın mülkiyetini devralacak olan kişi lehine bir alacak hakkı doğmakta ve taşınır mülkiyetinin naklinde esas teşkil eden zilyetliğin devri ile de mülkiyetin nakli gerçekleşmektedir. Nitekim söz konusu belgelerin tasarruf işlemi mahiyetinde olduğunu savunan görüş de mülkiyetin sadece bu belgelerin yönetmelikte ön görülen şekil şartının yerine getirilmesiyle birlikte nakledilmiş sayılmayacağını, ayrıca yine zilyetliğin devredilmesi gerektiğini belirtmektedir.²⁵

Bu çözüm tarzı aşağıda da ifade edileceği üzere bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının farklı işlemlere konu olmaları durumunda ve bağlama kütüğünün resmi sicil niteliğinde olmadığı da göz önünde bulundurulduğunda uygun bir çözüm şekli olabilecektir. Her ne kadar uygulama bakımından

ihhtiyacı göz önünde bulundurulduğunda borçlandırıcı işlemi şekle tabi tutma amacıyla olunmayacağı; hükümde işaret edilen sözleşmenin geminin mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşme olduğu sonucuna varılabilmektedir. Diğer bir anlatımla Kütüğe kayıtlı gemilerin mülkiyetinin devrinde mülkiyetin devri borcunu doğuran borçlandırıcı işleme değil; aynı hakkın devrine ilişkin tasarruf işlemine ilişkin düzenleme yapma ihtiyacı duyulduğunun ve BKUY m.14 f.1’de geçerlilik şekline tabi tutulmuş sözleşme olarak geminin mülkiyetinin devredildiği tasarruf işleminden bahsedildiğinin kabul edilebileceği kanısındayız”. Bkz. KUYUCU, s. 874’ten naklen.

²³ YAZICIOĞLU / KENDER / ÇETİNGİL, s. 146; KUYUCU, s. 877; YETİŞ ŞAMLI, Kübra, Gemi Mülkiyetinin Hukuki İşlem Yoluyla Kazanılması, İstanbul, 2021, s. 212.

²⁴ YAZICIOĞLU / KENDER / ÇETİNGİL, s. 146; Doktrinde *Algantürk Light* mülkiyetin naklinin resmi şekle tâbi tutularak, mülkiyetin intikali için bağlama kütüğüne tescil şartı aranmakta olduğu savunulmaktadır. Bkz. ALGANTÜRK LIGHT, s. 58.

²⁵ YAZICIOĞLU / KENDER / ÇETİNGİL, s. 146.

yönetmelikte aranan belge ile bağlama kütüğüne kayıt yapılması hukuk güvenliği sorununu gündeme getirebilecek ise de bağlama kütüğünün resmi sicil niteliğinde olmadığı kabul edildiğinde kütükte yer alan kayıtların da esasen hukuki sonuçlarının olmadığı tespit edilebilecektir. Sonuç olarak hukuk tekniği açısından doğru bir düzenleme olmamakla birlikte bağlama kütüğü sicil niteliğini haiz olmadığından BağKütY’de kayıtlı gemi, deniz ve iç su araçlarının mülkiyetinin nakli bakımından yönetmelik hükümleri uygulanacak ve kütüğe kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının mülkiyetinin naklini gerektiren hukuki işlemlere yönelik belgelerin bağlama kütüğü başkanlığı veya noter tarafından düzenlenmesi ve TMK hükümlerine de paralel olarak zilyetliğin devralana geçirilmesi gerekecektir.

II. Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemi, Deniz ve İçsu Araçlarının Anonim Şirkete Sermaye Olarak Getirilmesi

A. Genel Olarak Anonim Şirkete Aynı Sermaye Getirilmesi

Anonim şirket, bir ticaret şirketi olduğundan ortaklar tarafından şirkete getirilecek sermaye hakkında TTK m.127 vd. hükümleri uygulanır. Ticaret şirketlerine sermaye olarak TTK m.127’de sayılan unsurlar getirilebilir. Bu unsurlar arasında aynı sermaye de bulunmaktadır. Ancak yine aynı maddenin 2. fıkrasında anonim şirkete getirilecek sermaye bakımından TTK m.342 hükmü saklı tutulmuştur. Bu madde “Aynı sermaye konulabilecek malvarlığı unsurları” başlığını taşımaktadır. Madde hükmüne göre üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil, malvarlığı unsurları anonim şirkete aynı sermaye olarak konulabilir. Ancak hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olamaz. Anonim şirkete getirilecek aynı sermaye bakımından yapılan bu sınırlandırma, anonim şirketin özellikleri²⁶ nedeniyle sermayenin korunması düşüncesine dayanmaktadır.²⁷

²⁶ Bir sermaye şirketi olan anonim şirketlerde ortaklar sınırlı sorumlu olup yalnızca şirkete karşı getirmeyi taahhüt ettikleri sermaye ile sorumludurlar (TTK m.329 f.2). Şirket alacaklıları alacaklarını şirket ortaklarından değil yalnızca anonim şirketten talep edebilirler. Bu özellik anonim şirketlerin sermayesinin korunmasına özel bir önem verilmesini gerektirir. ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal (KIRCA, İsmail / MANAVGAT, Çağlar), Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara, 2013, s. 121.

²⁷ MANAVGAT (KIRCA / ŞEHİRALİ), s. 344, 352; ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, GG. 5. Baskı, Ankara, 2022, s. 112; ÖZDAMAR, Mehmet, 6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar, TFM, S. 1, 2015, s. 143-155, s. 146.

Aynı sermaye, değeri para ile ölçülebilen ve devredilebilen, nakdi sermaye dışında kalan her türlü malvarlığı unsurudur.²⁸ Bir anonim şirkete aynı sermaye olarak getirilebilecek başlıca unsurlar taşınır mal, taşınmaz mal, bu mallar üzerindeki kullanma ve yararlanma hakları, gayri maddi mallar üzerindeki haklar, ticari işletmeler, haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretleme ile maden ruhsatnameleridir.²⁹

Aynı sermaye olarak getirilmeye uygun unsurların sermaye olarak kabul edilebilmesi için, değerleri belirlendikten sonra taahhüt ve tasarruf aşamalarının da TTK'da belirlenen usul çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekir. Getirilecek aynı sermayenin türüne göre bu aşamalarda yapılması gereken işlemler farklılık arz etmektedir. Bu işlemler bakımından TTK m.128 ve devamında yapılan düzenlemeler, aynı sermayenin sermaye olarak getirilmesi aşamasında hem şirketi hem pay sahiplerini hem de şirket alacaklılarını koruma amacı taşımaktadır.³⁰ ETTK döneminde bu düzenlemeler bulunmadığından, taahhüt edilen aynı sermayenin şirkete getirilmesi aşamasında birtakım sıkıntılar ortaya çıkmakta ve şirketin sermayesi karşılıksız kalmaktaydı.³¹ Sermayenin korunması ilkesi kapsamında yapılan bu yeni düzenlemelerle birlikte taahhüt edilen aynı sermayenin şirkete getirilmesi düzenlenmiş ve şirketin sermayesinin karşılıksız kalması önlenmiştir.

Aşağıda öncelikle taşınır malların anonim şirkete aynı sermaye olarak getirilmesinde değerlendirme ile taahhüt ve tasarruf aşamalarının ne olduğu belirlendikten sonra, bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçları bakımından bu aşamalar ayrı ayrı ele alınacaktır.

B. Taşınır Malların Anonim Şirkete Aynı Sermaye Olarak Getirilmesi

Anonim şirkete getirilecek taşınır malların aynı sermaye olarak kabul edilebilmesi için ilk yapılması gereken değerlerinin belirlenmesidir. Anonim

²⁸ Aynı sermaye kavramı TTK'da açıklanmamakla birlikte doktrinde baskın görüş olarak eşya hukukundaki aynı kavramından daha geniş bir kapsamı olduğu ve nakit sermaye dışında kalan tüm malvarlığı unsurlarını kapsadığı kabul edilmektedir. BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, 2021, s. 53; ÇONKAR, Halil, Anonim Ortaklıkta Aynı Sermaye, İstanbul, 2016, s. 34 vd.

²⁹ PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 8. Baskı, Ankara, 2022, No. 32, s. 61.

³⁰ POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 14. Baskı, İstanbul, 2019, No. 467, s. 316-317; GÖZÜYEŞİL, Fevzi Fırat, Sicile Kayıtlı (Müseccel) Gemilerin Anonim Şirketlere Sermaye Olarak Getirilmesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 3, 2020, s. 163-204, s. 164.

³¹ Bkz. TTK m.128 Gereğesi.

şirkete getirilecek taşınır malların değerlerinin belirlenmesi, sermayenin korunması ilkesi kapsamında önem taşımaktadır.³² Anonim şirkete getirilecek taşınır malların gerçek değerlerinin belirlenmesi şirketin, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının menfaatlerinin korunmasına da hizmet eder.³³

TTK'da anonim şirkete getirilecek aynı sermayenin değerinin belirlenmesi hususu 343. maddede düzenlenmiştir. TTK m.343 uyarınca konulan aynı sermayeye, şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce değer biçilir. Aynı sermayenin değerinin mahkemenin atayacağı bilirkişi tarafından belirlenmesinin zorunlu kılınmasında amaç, bu aynı sermayenin değeri hususunda şirket ile ortak arasında ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkların ve aynı sermayenin gerçek değerinin altında veya üstünde bir değer belirlenerek şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların menfaatlerinin ihlal edilmesinin önlenmesini sağlamaktır. Bir aynı sermaye türü olan taşınır malların da değerinin TTK m.343 uyarınca mahkemenin atayacağı bilirkişi tarafından belirlenmesi zorunludur.³⁴ TTK m.131 f.1'de ise, getirilen aynı sermayeye bilirkişi tarafından biçilen değerlerin, ilgililerce kabul edilmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme uyarınca aynı sermaye olarak taahhüt edilen taşınırların değerinin mahkemenin atadığı bilirkişi tarafından belirlenmesinden sonra bu değer ilgililerce kabul edilmiş sayılır ve esas sözleşmeye yazılır.

Anonim şirkete taşınır sermaye getirilmesinde taahhüt ve tasarruf aşaması olmak üzere iki aşama bulunmaktadır.³⁵ TMK m.763 uyarınca taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir. Taşınırlar bakımından zilyetliğin devri tasarruf işlemi olup taahhüt işlemi TMK hükümlerince herhangi bir şekle tabi kılınmamıştır. Ancak TTK m.128 f.1'de yer alan "Her

³² PULAŞLI, No. 9, s. 244; ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA / MANAVGAT), s. 130; ÇAĞLAR, Hayrettin, Anonim Şirketlerde Aynı Sermayeye Değer Biçilmesi, BATİDER, C. 26, S. 2, 2010, s. 35-53, s. 40; AKDAĞ GÜNEY, Necla / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Taşınırların Anonim Şirkete Esas Sermaye Olarak Getirilmesi, REGESTA, C. 3, S. 3, 2013, s. 3-30, s. 11.

³³ POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, No. 467, s. 317; MANAVGAT (KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK), s. 352; KARAMAN COŞGUN, Özlem, Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Aynı Sermaye Değerinin Belirlenmesi, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C. 18, S. 2, 2012, s. 333-347, s. 340.

³⁴ Bilirkişi raporunun resmi niteliği hakkında bkz. TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2015, No. 10-59, s. 186.

³⁵ POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, No. 128, s. 114; PULAŞLI, No. 33, s. 61; BAHTİYAR, s. 53.

ortak, usulüne göre düzenlenmiş ve imza edilmiş şirket sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettiği sermayeden dolayı şirkete karşı borçludur.” şeklindeki düzenleme, anonim şirket esas sözleşmesinin bir taahhüt işlemi niteliğinde olduğunu ortaya koymaktadır.³⁶ Bu hüküm uyarınca esas sözleşmenin hazırlanıp usulüne göre imzalanmasından sonra taşınır malların sermaye olarak taahhüdü aşaması gerçekleşmiş olur. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise taahhüt aşamasının tamamlanmasından önce aynı sermayenin kabulü için yapılması gereken ek işlemler hükme bağlanmıştır.³⁷ Aynı sermaye taahhüdünde bu ek işlemlerin yapılmasının zorunlu tutulmasının nedeni, sermaye olarak taahhüt edilen unsurların şirket tüzel kişilik kazanıp mülkiyeti elde edene kadar güvence altında tutulması ve üçüncü kişilere intikali halinde şirketin haklarının korunmasıdır. TTK m.128 f.2 hükmüne göre şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede bilirkişi tarafından belirlenen değerleriyle yer alan taşınmazlar tapuya şerh verildiği, fıkri mülkiyet hakları ile diğer değerler, varsa özel sicillerine, bu hüküm uyarınca kaydedildikleri ve taşınırlar güvenilir bir kişiye tevdi edildikleri takdirde aynı sermaye kabul olunur. Dolayısıyla taşınırların aynı sermaye olarak taahhüdünde ek işlem taşınırların güvenilir kişiye tevdi edilmesiyle gerçekleşir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, taşınırlarda mülkiyet zilyetliğinin devri ile geçer. Ancak bir taşınır malın anonim şirkete sermaye olarak getirildiği hallerde tasarruf aşaması bakımından TTK m.128 f.4’de yer alan özel hüküm uygulanır. Bu hükme göre “paradan başka ekonomik bir değer veya bir taşınırın sermaye olarak konulmasının borçlanması hâlinde şirket, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebilir.” Bu hüküm bir teslimsiz iktisap hali öngördüğünden, anonim şirket zilyetliğinin devrine gerek olmaksızın tescilden itibaren bu taşınır mal üzerinde malik sıfatını kazanır.³⁸

C. Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemi, Deniz ve İçsu Araçlarının Anonim Şirkete Sermaye Olarak Getirilmesi İçin Yapılması Gereken İşlemler

Bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçları da taşınır mal niteliğinde olduğundan anonim şirkete getirilebilecek aynı sermaye türlerindedir. Bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının anonim şirkete sermaye

³⁶ ŞENER, s. 112.

³⁷ MANAVGAT (KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK), s. 354.

³⁸ BAHTİYAR, s. 55; ŞENER, s. 116.

olarak getirilmesi hakkında TTK'da taşınır malların aynı sermaye olarak kabulü için öngörülen düzenlemelerin uygulanması gerekmektedir. Bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının anonim şirkete aynı sermaye olarak konulabilmesinin ön şartı, üzerlerinde sınırlı aynı hak, haciz veya tedbir bulunmamasıdır.

Bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının anonim şirkete aynı sermaye olarak getirilmesi, aksi kararlaştırılmadığı sürece bu unsurların mülkiyetinin anonim şirkete devredilmesi anlamına gelmektedir. Nitekim TTK m.131 f.2'ye göre şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, sermaye olarak konulan ayınların mülkiyeti şirkete ait ve haklar şirkete devredilmiş olur.

Bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının anonim şirkete sermaye olarak getirilmesinde ilk yapılması gereken sermaye olarak getirilmek istenen gemi, deniz ve içsu araçlarının gerçek değerinin belirlenmesidir. Ardından getirilecek olan gemi, deniz ve içsu araçlarının bu değeriyle birlikte esas sözleşmeye TTK m.339 f.1(e) uyarınca yazılması gerekir. Esas sözleşme usulüne uygun bir biçimde düzenlenip imzalandıktan ve ek işlemler yerine getirildikten sonra taahhüt aşaması; anonim şirket ticaret siciline tescil edildikten sonra da tasarruf aşaması tamamlanır.

1. Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemi, Deniz ve İçsu Araçlarının Değerinin Belirlenmesi

Anonim şirkete sermaye olarak bağlama kütüğüne kayıtlı bir gemi, deniz ve içsu aracı getirilecekse, bu unsurların değerinin TTK m.343 uyarınca mahkemenin atayacağı bilirkişilerce tespit edilmesi gerekir. Sermaye olarak gemi, deniz ve içsu aracı getirildiğinde, bunların aynı sermaye olarak kabulü ve anonim şirketin ticaret siciline tescilinin yapılabilmesi için bilirkişinin değerlendirme raporunun mutlaka sunulması gerekir.³⁹

Bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının değerinin belirlenmesi için bilirkişi tayini, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından yapılır. Madde hükmünde bilirkişi tayini için mahkemeye kimin başvuracağı belirtilmemiştir; ancak bu başvurunun sermaye taahhüdünde bulunan ortak tarafından yapılması uygun olur.

Bilirkişi tayininde yetkili mahkemenin şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mahkeme olarak belirlenmesi uygulamada birtakım sorunlara yol açmak-

³⁹ AKDAĞ GÜNEY / GÜMÜŞ, s. 11.

tadır.⁴⁰ Bu sorunlar özellikle şirket merkezinin bulunduğu yer ile gemi, deniz ve içsu araçlarının bulunduğu yerin farklı olması halinde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda şirket merkezindeki mahkemenin bu unsurların bulunduğu yerdeki mahkemeye talimat yazarak istinabe yoluyla bilirkişiyi belirlemesi gerekir.⁴¹ Bu yöntem ise sürecin uzamasına ve ilave masraflar yapılmasına neden olmaktadır. Zaman ve para kaybının önlenmesi için kanun koyucu tarafından aynı sermaye unsurunun bulunduğu yerin de yetkili kabul edilmesi yönünde bir düzenleme yapılması daha uygun olacaktır. Bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının yurt dışında olması halinde ise bunların Türkiye'ye gelmelerini beklemek veya şartlar mevcutsa uluslararası istinabe⁴² yoluna gitmek gerekir; zira bu unsurlar görülmeden gerçek değerlerinin tespit edilmesi mümkün değildir.

Bilirkişinin hazırlayacağı değerlendirme raporunda, gemi, deniz ve içsu araçlarının değeri belirlenirken,⁴³ uygulanan değerlendirme yönteminin ve bu yöntemin somut olayın özellikleri dikkate alındığında herkes için en adil ve uygun seçim olduğunun gerekçelerinin de yer alması gerekir. Bilirkişi raporunda bahsi geçen hususlara tatmin edici gerekçelerle birlikte yer verilmesi hesap verilebilirlik ilkesi bakımından önem taşımaktadır.⁴⁴ Değerleme raporunda gemi ve deniz aracının TL karşılığı değeri belirlendikten sonra bunlara karşılık verilecek pay adedi de belirtilmelidir.

TTK m.343'te kurucular ile menfaat sahiplerinin bilirkişinin değerlendirme raporuna itiraz etme hakkı düzenlenmiştir. Bu halde bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarına biçilen değerlerin gerçek değerinin altında ya da üstünde olduğunu düşünen kurucu veya menfaat sahipleri, bu rapora itiraz edebilirler. Bunun yanı sıra bilirkişinin şahsından kaynaklanan hususlar da itiraz konusu olabilir. İtiraz, bilirkişiyi tayin eden mahkemede yapılır. Kanun

⁴⁰ KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Ekim, 2011, s. 197, 198.

⁴¹ ÖZDAMAR, s. 151.

⁴² Uluslararası istinabe kavramı ve şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 9. Baskı, İstanbul, 2021, s. 61; RUHİ, Ahmet Cemal, Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe, Ankara, 2016; ERDEM, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukukta İstinabe, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 9, S. 2, 1989, s. 121-133.

⁴³ Bilirkişi raporunun konusunu oluşturan bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının gros veya net tonilatosu, makine gücü gibi kendine özgü özelliklerinin de değerlendirilmesinde dikkate alınması gerekmektedir. ÇAĞLAR, s. 40; GÖZÜYEŞİL, s. 189.

⁴⁴ MANAVGAT (KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK), s. 353; ÖZDAMAR, s. 151.

hükmünde itiraz etme hakkına sahip olanlar belirlenmiş ancak itiraz süresi hakkında bir düzenleme yapılmamıştır.⁴⁵ İşin mahiyeti gereği bu rapora karşı itirazın şirketin ticaret siciline tescil ve ilanından önce yapılması gerekir;⁴⁶ anonim şirket kurulduktan sonra böyle bir itirazın yapılması çözülmesi güç sorunlara yol açacaktır.⁴⁷ Bu sorunları önlemenin en basit yolu itirazın kesin bir süreye bağlanmasıdır.⁴⁸ İtiraz sonucunda mahkeme bilirkişiden değerlendirme raporundaki eksiklikleri tamamlamasını isteyebileceği gibi yeni bir bilirkişinin görevlendirmesine de karar verebilir.

İtiraz neticesinde veya itiraz olmaksızın mahkemenin onayladığı bilirkişi kararı⁴⁹ kesindir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, TTK m.131 f.1’de getirilen aynı sermayeye bilirkişi tarafından biçilen değerlerin, ilgililerce kabul edilmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu halde itiraz neticesinde veya itiraz olmaksızın mahkemenin onaylaması suretiyle kesinleşen bilirkişi raporunda yer alan gemi, deniz ve içsu araçlarının değeri ilgililerce kabul edilmiş sayılır ve esas sözleşmeye yazılır.

2. Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemi, Deniz ve İçsu Araçlarının Sermaye Olarak Getirilmesi Bakımından Taahhüt İşlemleri

Bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının değeri mahkemenin atadığı bilirkişi tarafından belirlendikten sonra aynı sermaye olarak getirilen bu unsurların, değerleri ve bunların karşılığında verilecek pay adedi anonim şirket esas sözleşmesinde yer alır. Esas sözleşme daha sonra usulüne uygun biçimde⁵⁰ imzalanır. TTK m.128 f.1’deki “Her ortak, usulüne göre düzenlenmiş ve imza edilmiş şirket sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettiği sermayeden dolayı şirkete karşı borçludur” hükmü uyarınca esas sözleşme bir taah-

⁴⁵ Bilirkişi raporuna itirazın en geç mahkemece raporun onaylanmasından önce yapılması gerektiği görüşü için bkz. KARAMAN COŞGUN, s. 341.

⁴⁶ TEKİNALP, No. 10-60, s. 186; MANAVGAT (KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK), s. 353; Anonim şirketin tescili için ticaret siciline başvuru yapıldıktan ancak henüz tescil gerçekleşmeden önce bilirkişi raporuna yapılacak itirazın sonuçları hakkında bkz. AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirketlerde Kuruluş, İstanbul, 2014, s. 112.

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDAMAR, s. 152-153.

⁴⁸ AKDAĞ GÜNEY, s. 112.

⁴⁹ Burada bahsi geçen bilirkişi kararı ifadesinin bilirkişi raporu olarak anlaşılması gerekir.; MANAVGAT (KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK), s. 353; ÖZDAMAR, s. 153.

⁵⁰ TTK m.339 f.1 uyarınca anonim şirket esas sözleşmesi yazılı şekilde hazırlandıktan sonra bütün kurucuların imzaları noter tarafından onaylanır veya esas sözleşme ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzalanır.

hüt işlemi olup esas sözleşmenin usulüne uygun bir biçimde imzalanmasıyla birlikte ortak anonim şirkete karşı sermaye koyma borcu altına girer.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının mülkiyeti devredilirken kural olarak TMK'nın taşınırlara ilişkin hükümleri uygulanmalıdır. Ancak her ne kadar kanuna aykırı bir düzenleme olarak nitelendirilse de özel hüküm niteliğindeki BağKütY m.14 f.1'in de dikkate alınması şarttır.

BağKütY'nin 14. maddesinin 1. fıkrasında, bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve iç su araçlarının mülkiyetinin devrini gerektiren hukuki işlemlere yönelik belgelerin başkanlıklar huzurunda veya noterde düzenlenmesinin zorunlu olduğu, başkanlıklar veya noter dışında yapılmış mülkiyetin devrini amaçlayan işlemlerin geçersiz olduğu ve bu tür işlemlerde hak sahibi olarak gözüken kişi adına kayıt yapılmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu hüküm esas alındığında bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının mülkiyetinin devrinde taahhüt işleminin resmi şekil şartına tabi olduğu söylenebilir. Bir başka ifadeyle, taşınır niteliğinde olsalar da gemi, deniz ve içsu araçlarının mülkiyetinin devri için yapılan taahhüt işlemleri yönetmelik gereği resmi şekil şartına bağlanmıştır. Ancak esas sözleşmeye değeriyle birlikte aynı sermaye olarak getirileceği yazılan bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçları bakımından m. 14 f.1'de belirtilen mülkiyetin devrini amaçlayan bir taahhüt işleminin yine aynı maddede öngörülen resmi şekil şartına uyularak yapılmasına gerek bulunmamaktadır. TTK m.128 f.3 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla bu sonuca varmak mümkündür. TTK m.128 f.3 uyarınca sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti veya taşınmaz üzerinde var olan veya kurulacak olan aynı bir hakkın konulması borcunu içeren şirket sözleşmesi hükümleri, resmî şekil aranmaksızın geçerlidir. Bahsi geçen fıkra her ne kadar esas sözleşmenin, taşınmaz mülkiyeti veya taşınmaz üzerinde var olan veya kurulacak olan aynı bir hak bakımından aranan resmi şekil şartının yerini tutacağını düzenlese de, bu hüküm taşınmaz mülkiyetindeki taahhüt işlemi dışında yazılı ve resmi şekil şartı aranan diğer sermaye unsurları bakımından da kıyasen uygulanabilir.⁵¹ Bu halde gemi, deniz ve içsu araçlarının aynı sermaye olarak getirilmesi maddesini usulüne uygun biçimde içeren ve imzaların noterce onaylandığı ya da ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzalanan esas sözleşme, BağKütY m.14 f.1'deki resmi şekil şartının yerini tutar. Bir diğer ifadeyle bağlama kütüğüne kayıtlı bir gemi, deniz ve içsu aracının aynı sermaye olarak usulüne

⁵¹ AKDAĞ GÜNEY, s. 101; AKDAĞ GÜNEY / GÜMÜŞ, s. 8; GÖZYÜREK, s. 190.

uygun taahhüdünü içeren ve usulüne uygun biçimde imzalanmış bir esas sözleşme, başkanlıklar huzurunda veya noterde düzenlenmiş mülkiyetin devrini gerektiren hukuki işlemlere yönelik belge niteliğindedir.⁵²

Bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının sermaye olarak getirileceği esas sözleşmeye usulüne uygun biçimde yazıldıktan sonra, bu unsurların TTK m.128 f.2 uyarınca sermaye olarak kabul edilebilmeleri için ek birtakım işlemlerin yapılması gerekmektedir. Bu fıkraya göre “Şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede bilirkşi tarafından belirlenen değerleriyle yer alan taşınmazlar tapuya şerh verildiği, fıkri mülkiyet hakları ile diğer değerler, varsa özel sicillerine, bu hüküm uyarınca kaydedildikleri ve taşınırlar güvenilir bir kişiye tevdi edildikleri takdirde aynı sermaye kabul olunur. Özel sicile yapılan kayıt iyiniyeti kaldırır.” Taşınırlar bakımından yerine getirilmesi gereken ek işlem güvenilir kişiye tevdir; ancak aynı sermaye olarak getirilecek taşınının tabi olduğu bir özel sicil varsa güvenilir kişiye tevdi yerine özel sicile yapılacak kayıtla ek işlem tamamlanır.

Bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçları aynı sermaye olarak getirildiğinde, TTK m.128 f.2 uyarınca yapılması gereken ek işlemlerin ne olduğu, bağlama kütüğünün TTK m.128 f.2 hükmünde bahsi geçen özel sicillerden olup olmadığına göre belirlenecektir. Anılan fıkranın son cümlesindeki hükme göre özel sicile yapılan kayıt iyiniyeti kaldırmaktadır. Bu halde özel sicil, sicile yapılacak kayıtlar bakımından sicilin olumlu etkisi işlevine sahip olmalıdır.

Özel sicile yapılan kayıt iyiniyeti ortadan kaldırmakta ancak tasarruf yetkisini kısıtlamamaktadır.⁵³ Bu sebeple özel sicili olup da sermaye olarak taahhüt edilen aynı sermaye unsurları, anonim şirkete sermaye olarak taahhüt edilmelerine rağmen, henüz şirket tescil edilmeden önce bir başkasına devredilirlerse, özel sicile yapılan kayıt iyiniyeti ortadan kaldıracığından anonim şirket bu aynı sermaye unsurunu iktisap edenlere karşı talep hakkına sahip olur.⁵⁴ Ancak özel sicil sicilin olumlu işlevi etkisine sahip değilse, TTK m.128 f.2 kapsamında bir özel sicil değildir; taahhüt edilen aynı sermaye unsurunun buraya kaydedilmesinin de şirketi koruyucu bir hükmü yoktur. Böyle bir durumda sicile kayıt yerine güvenilir kişiye tevdi işleminin yapılması anonim şirketin menfaatlerini korumak açısından daha uygundur.

⁵² GÖZÜYEŞİL, s. 192.

⁵³ Aksi yönde görüş için bkz. AKDAĞ GÜNEY / GÜMÜŞ, s. 6.

⁵⁴ GÖZÜYEŞİL, s. 195.

Bağlama kütüğü, bu kütüğe yapılan kayıtlar bakımından sicilin olumlu etkisi ilkesi geçerli olmadığından, TTK m.128 f.2’de bahsi geçen “özel sicil” niteliğinde değildir. Bağlama kütüğü söz konusu araçların kayıt altına alınmasından ibaret bir işleve sahip olduğundan, bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının anonim şirkete aynı sermaye olarak kabul edilmeleri için bağlama kütüğüne bu yönde bir kayıt düşülmesine gerek yoktur.⁵⁵

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, TTK m.128 f.2 son cümlede özel sicile yapılan kaydın iyiniyeti kaldıracağı hükme bağlanmıştır. Ancak bağlama kütüğü resmi sicillerden olmadığından ve sicile güven ilkesi kapsamında değerlendirilmediğinden, buraya yapılan kayıtların da olumlu ya da olumsuz bir etkisi bulunmamaktadır. Bağlama kütüğüne yapılacak bir kayıt iyiniyet bakımından bir sonuç doğurmayacağından, kanun koyucunun TTK’nın sermayeye ilişkin hükümleri ihdas etmesinde gözettiği amaca hizmet etmemektedir. Bir başka ifadeyle, bağlama kütüğüne bir gemi, deniz veya içsu aracının anonim şirkete sermaye olarak getirileceği yönünde kayıt düşülse dahi, daha sonra bu unsurların hak sahipliğinde değişiklikler olması halinde anonim şirket herhangi bir talepte bulunamayacaktır. Çünkü bağlama kütüğüne yapılan kayıt iyiniyeti ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla şirket, sermaye olarak taahhüt edilen bu unsurları devralana karşı herhangi bir talep hakkına sahip olmayacaktır.

Bağlama kütüğünü TTK m.128 f.2’de bahsi geçen özel sicillerden kabul etmemiz halinde bağlama kütüğüne bu kaydın işlenebilmesi için kim tarafından talepte bulunulacağı hususunda da sıkıntılar yaşanacaktır. Çünkü gemi, deniz ve içsu araçlarının maliki ile sermaye taahhüdünde bulunan ortağın aynı kişi olması zorunlu değildir. Bağlama kütüğünde malik olarak görünen ile ortak aynı kişi değilse bu kaydın bağlama kütüğünde malik olarak kayıtlı kişi tarafından yapılması gerekecektir; malikin bu kaydı yapmaktan kaçınması halinde söz konusu unsurlar bakımından aynı sermaye taahhüdü aşaması tamamlanamayacaktır. Bu durum ise anonim şirketin tescili aşamasında sıkıntılar çıkmasına yol açacaktır.⁵⁶

Ortaya çıkabilecek bir diğer sıkıntı ise, bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarında mülkiyet zilyetliğin devriyle geçtiğinden bağlama kütüğünde adı görünen kişi ile malikin farklı kişiler olmasıdır. Bu halde bağlama kütüğüne kaydın kim tarafından yapılacağı ve nasıl sonuç doğuracağı belirsizdir. Zilyetliğin devriyle gemi, deniz ve içsu aracının mülkiyetini kazanan malik bu unsurları ser-

⁵⁵ Aksi yönde görüş için bkz. GÖZÜYEŞİL, s. 185-186.

⁵⁶ AKDAĞ GÜNEY / GÜMÜŞ, s. 9.

maye olarak getirmek istediğinde bağlama kütüğünde malik olarak görünmüyorsa, bunların sermaye olarak getirileceğine dair bağlama kütüğüne kayıt düşülmesini de talep edemez. Bağlama kütüğü hak sahipliğine karine teşkil etmediğinden bu karışıklıkların yaşanması kaçınılmaz olacaktır. Bu tür karışıklıklar ise anonim şirketin sermayesinin karşılıksız kalmasına yol açar ki bu durum TTK m.127 ve devamındaki düzenlemelerle güdülen amaca aykırılık teşkil eder. Tüm bu hususlar dikkate alındığında bağlama kütüğünün TTK m.128 f.2 kapsamında özel sicil olarak kabulü mümkün değildir. Bu sıkıntıları ortadan kaldıracak şekilde bağlama kütüğüne yapılan kayıtlarla ilgili sicilin olumlu etkisini kabul eden bir düzenleme yapılarak, bağlama kütüğünün TTK m.128 f.2’de bahsi geçen özel sicil niteliğine kavuşması sağlansa gemi, deniz ve içsu araçlarının aynı sermaye taahhüdünde ek işlem olarak özel sicile kayıt mümkün olur. Kanaatimizce anonim şirketin sermayesinin korunması açısından en uygun çözüm yolu budur.

Bağlama kütüğü, yukarıda belirtilen hukuki nedenlerle TTK m.128 f.2’de bahsi geçen özel siciller kapsamında değerlendirilmediğinde, gemi, deniz ve içsu araçlarının aynı sermaye olarak kabul edilebilmesi için yine aynı fıkra hükmü uyarınca güvenilir bir kişiye tevdi edilmeleri ve tevdi belgesi⁵⁷ alınması gerekecektir. Bahsi geçen bu tevdi işlemi aynı sermaye taahhüdünde bulunan ortak veya yetki vereceği üçüncü bir kişi tarafından yapılmalıdır.⁵⁸ Güvenilir kişinin kim olacağı hususunda kanunda bir düzenleme yoktur. Kurucu ortaklar, güvenilir kişiyi birlikte belirleyebilirler.⁵⁹ Sermaye olarak getirilecek gemi, deniz ve içsu araçlarının malikinin ya da bu unsurları sermaye olarak taahhüt eden ortağın⁶⁰ dahi güvenilir kişi olması mümkündür. Gemi, deniz ve içsu araçlarının yapısı itibariyle umumi mağaza ya da yediemin depolarına tevdi edilmesi mümkün değildir.

⁵⁷ Tevdi belgesi, taşınırların güvenilir kişiye tevdi edildiğinin ispatı bakımından önem taşımaktadır. Ticaret sicili müdürlüğü, anonim şirketi tescil ederken taşınır sermaye taahhüdü varsa taşınırların güvenilir kişiye tevdi edildiğini ispatlayan bir belgenin varlığını arar. PULAŞLI, No. 41, s. 63.

⁵⁸ AKDAĞ GÜNEY, s. 116.

⁵⁹ KARAMAN COŞGUN, s. 339.

⁶⁰ Gemi, deniz ve içsu araçlarının sermaye olarak taahhüdünde ek işlem olarak güvenilir kişiye tevdi kabul edildiğinde, bu unsurların malikiyle bu unsurları sermaye olarak taahhüt eden ortağın farklı kişi olması sorun teşkil etmeyecektir. Böyle bir durumda sermaye olarak taahhüt edilen gemi, deniz ve içsu araçları güvenilir kişiye tevdi edilecek; anonim şirket ise tescilden sonra malik sıfatıyla güvenilir kişiden bu unsurların zilyetliğinin devrini talep edecektir. Sermaye olarak taahhüt edilen bu unsurların kim tarafından güvenilir kişiye tevdi edileceğinin önemi yoktur. Bu koşullarda, taahhüt edilen aynı sermayenin ifası, anonim şirket bakımından daha güvenli bir yöntemle gerçekleşmiş olur.

3. Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemi, Deniz ve İçsu Araçlarının Sermaye Olarak Getirilmesinde Tasarruf İşlemi ve Mülkiyetin Anonim Şirkete Geçişi

TTK m.128 f.4 uyarınca “Paradan başka ekonomik bir değer veya bir taşınırın sermaye olarak konulmasının borçlanılması hâlinde şirket, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebilir”. Bu düzenleme, taşınırlarda mülkiyetin zilyetliğin devriyle geçeceğini düzenleyen TMK hükümlerine istisna getiren özel bir hüküm niteliğindedir. Bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçları taşınır sermaye niteliğinde olduğundan TTK m.128 f.4 uyarınca şirket tescille birlikte bu unsurlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf etme hakkını kazanır. Bu durumda zilyetliğin devrine gerek kalmaksızın anonim şirket bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının mülkiyetini elde eder. Burada bir teslimsiz iktisap hali söz konusudur.⁶¹

Kanaatimizce bağlama kütüğü özel sicil niteliğinde olmadığından, aynı sermaye olarak taahhüt edilen gemi, deniz ve içsu araçlarının güvenilir kişiye tevdi edilmesi gerektiğini belirtmiştik. Anonim şirket, ticaret siciline tescil edilip tüzel kişiliğini kazandığı anda, TTK m.128 f.4 uyarınca bu unsurlar üzerinde mülkiyet hakkını da elde edeceğinden artık bu unsurların teslim edilmesini malik sıfatına dayanarak güvenilir kişiden talep eder.⁶² Güvenilir kişi bu unsurların zilyetliğini devretme hususunda gerekeni yapmazsa, anonim şirket bu unsurların zilyetliğinin devri için istihkak davası açar.⁶³

Yukarıda da belirttiğimiz üzere doktrinde⁶⁴ BağKütY m.14 f.1’de hükme bağlanan resmi şekil şartının gemi, deniz ve içsu araçlarının devri bakımından bir tasarruf işlemi olduğunu ileri süren görüşler yer almaktadır. Bu görüşlere göre gemi, deniz ve içsu araçlarında mülkiyet BağKütY m.14 f.1’de belirtilen resmi şekil şartının yerine getirilmesi ve zilyetliğin devriyle birlikte geçer. BağKütY m.14 f.1’de hükme bağlanan resmi şekil şartı bir tasarruf işlemi olarak kabul edilirse, anonim şirketin bu aynı sermaye unsurları üzerinde malik

⁶¹ ŞENER, s. 116.

⁶² PULAŞLI, No. 43, s. 64.

⁶³ SEVİ, Ali Murat, Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Ankara, 2013, s. 277; Anonim şirket tescil edildikten sonra taşınırları güvenilir kişiden sözleşmesel iadeyle talep etmesi hakkında bkz. AKDAĞ GÜNEY / GÜMÜŞ, s. 23-24.

⁶⁴ YAZICIOĞLU / KENDER / ÇETİNGİL, s. 146; KUYUCU, 877; YETİŞ ŞAMLI, s. 212.

sıfatıyla tasarruf edebilmesi için öncelikle bu resmi şekil şartının yerine getirilmesi gerekecektir. Çünkü TTK m.128 f.5 uyarınca taşınmazlarda aranan resmi şekil şartı olan tescil hala varlığını korumaktadır. Bir başka ifadeyle anonim şirkete aynı sermaye olarak taahhüt edilen taşınmazlar üzerinde şirketin malik sıfatıyla tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescil zorunludur. Bu hükmün kıyasen uygulanması neticesinde tasarruf işleminin resmi şekil şartına bağlandığı hallerde, esas sözleşmenin ya da anonim şirketin ticaret siciline tescilinin tasarruf işlemi niteliğinde kabul edilen bu işlemlerin yerini tutması mümkün olmayacağından, şirketin malik sıfatını kazanabilmesi için resmi şekil şartının ayrıca yerine getirilmesi gerekir. Bu durumda TTK m.128 f.4 uyarınca anonim şirketin tüzel kişilik kazandığı andan itibaren aynı sermaye olarak taahhüt edilen gemi, deniz ve içsu araçları üzerinde malik sıfatıyla tasarruf edebilmesi için zilyetliğin devriyle birlikte BağKütY m.14 f.1'deki resmi şekil şartının yerine getirilmesi de aranacaktır.

Kanaatimizce, BağKütY m.14 f.1'deki düzenleme uyarınca gemi, deniz ve içsu araçlarının devrinde aranan resmi şekil şartı taahhüt işlemi niteliğindedir ve bu unsurlar aynı sermaye olarak konulduğunda, anonim şirket esas sözleşmesi bu resmi şekil şartına bağlanmış taahhüt işleminin yerini tutmaktadır. Bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının mülkiyetinin devrinde tasarruf işlemi ise hem TMK hem de BağKütY hükümleri uyarınca zilyetliğin devridir. Ancak bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının anonim şirkete aynı sermaye olarak getirildiği hallerde, TTK m.128 f.4 uyarınca zilyetliğin devrine gerek olmaksızın, anonim şirket tescille birlikte bu unsurlar üzerinde malik sıfatıyla tasarruf yetkisini kazanır.

Bağlama kütüğünün olumlu ya da olumsuz bir işlevi olmamasına rağmen anonim şirketin, teslimsiz iktisap ettiği bu gemi, deniz ve içsu araçları üzerinde gerçek hak sahipliği durumunun kayıt altına alınabilmesi için bağlama kütüğüne malik olarak kaydedilmesi uygun olur.⁶⁵

Sonuç ve Değerlendirme

Kanun koyucu tarafından “Bağlama Kütüğü” olarak adlandırılan ayrı bir kayıt sisteminin oluşturulmasının temel amacı TTK ve TUGS'daki kurallar uyarınca her iki sicile de kayıt olamayan gemi, deniz ve içsu araçlarının kayıt altına alınmasının sağlanmasıdır.

⁶⁵ GÖZÜYEŞİL, s. 200.

01.11.2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 26.09.2011 tarihli ve 655 sayılı “Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 43. maddesinde bağlama kütüğü düzenlenmiştir. 655 sayılı KHK m.43 f.2 hükmüne istinaden “Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği” ise, 25.09.2014 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. TTK ve 655 sayılı KHK m.43’de bağlama kütüğünün hukuki niteliğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmaması doktrinde bağlama kütüğünün resmi sicil niteliğinde olup olmamasının tartışılmasına neden olmuştur. Bağlama kütüğünün hukuk düzenimizde yer alan resmi sicillerden olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira bağlama kütüğü resmi sicilin asıl işlevi olan tanımlanmış ilişkilerdeki hukuki sonuçlara dayanak sağlama işlevine sahip değildir.

TTK m.936 uyarınca ister MGS’ye ister TUGS’a ve isterse de bağlama kütüğüne kayıtlı olsun bu araçların tamamı nitelik itibarıyla birer “taşınır eşya”dır. Bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçları taşınır mal niteliğinde olduğundan anonim şirkete getirilebilecek aynı sermaye türlerindedir. Bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının anonim şirkete sermaye olarak getirilmesi hakkında TTK’da taşınır malların aynı sermaye olarak kabulü için öngörülen düzenlemelerin uygulanması gerekmektedir.

Bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının anonim şirkete sermaye olarak getirilmesinde ilk yapılması gereken sermaye olarak getirilmek istenen gemi, deniz ve içsu araçlarının gerçek değerinin belirlenmesidir. Bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının değerinin belirlenmesi için bilirkişi tayini, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından yapılır. Ancak şirket merkezinin bulunduğu yer ile gemi, deniz ve içsu araçlarının bulunduğu yerin farklı olması halinde ortaya çıkacak sorunlar aynı sermaye unsurunun bulunduğu yerin de yetkili kabul edilmesi yönünde bir düzenleme yapılmasıyla giderilebilir.

655 sayılı KHK m.43’de bağlama kütüğüne kayıtlı araçların mülkiyetinin devrine ilişkin bir düzenleme bulunmamasına rağmen BağKütY m.14 f.1 hükmünde bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının mülkiyetinin devrine ilişkin yer alan bir düzenleme bulunması ve bu düzenlemedeki hukuki işlemlerin niteliği doktrinde tartışmalara sebebiyet vermiştir. Tartışmalar mülkiyetin devrini gerektiren hukuki işlemlere yönelik belgelerin taahhüt işlemi olarak mı yoksa tasarruf işleminin bir parçası mı olması gerektiği konusunda yoğunlaşmaktadır. TTK m.997 f.1’e göre MGS’ye kayıtlı bulunmayan

Türk gemileri üzerindeki mülkiyet ve sınırlı aynı haklara, TMK'nın taşınır-
lara ilişkin hükümleri uygulanır. Dolayısıyla kanaatimizce mülkiyetinin dev-
rini gerektiren hukuki işlemlere yönelik belgelerin taahhüt işlemi olarak ka-
bul edilmesi ve sBağKütY'de kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçları bakımından
taşınırlarda mülkiyetin nakline esas teşkil eden TTK m.997 f.1 atfıyla TMK
prensiplerinin uygulanması daha uygun olacaktır.

Her ne kadar doktrinde kanuna aykırı bir düzenleme olarak nitelendirilse de
BağKütY m.14'ün de dikkate alınması gerekmektedir. Bu hüküm esas alındığın-
da bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının mülkiyetinin dev-
rinde taahhüt işleminin resmi şekil şartına tabi olduğu söylenebilir. TTK m.128
f.3'ün kıyasen uygulanmasıyla gemi, deniz ve içsu araçlarının aynı sermaye ola-
rak getirilmesi maddesini usulüne uygun biçimde içeren ve imzaların noterce
onaylandığı ya da ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzalanan
esas sözleşme, BağKütY'nin 14. maddesindeki resmi şekil şartının yerini tutar.
Kanaatimizce, BağKütY m.14 f.1'deki düzenleme uyarınca gemi, deniz ve içsu
araçlarının devrinde aranan resmi şekil şartı taahhüt işlemi niteliğindedir ve bu
unsurlar aynı sermaye olarak konulduğunda, anonim şirket esas sözleşmesi bu
resmi şekil şartına bağlanmış taahhüt işleminin yerini tutmaktadır.

Bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçları aynı sermaye ola-
rak getirildiğinde, TTK m.128 f.2 uyarınca yapılması gereken ek işlemlerin ne
olduğu, bağlama kütüğünün TTK m.128 f.2 hükmünde bahsi geçen özel sicil-
lerden olup olmadığına göre belirlenecektir. Bağlama kütüğü, bu kütüğe yapı-
lan kayıtlar bakımından sicilin olumlu etkisi ilkesi geçerli olmadığından, TTK
m.128 f.2'de bahsi geçen "özel sicil" niteliğinde değildir. Bağlama kütüğü söz
konusu araçların kayıt altına alınmasından ibaret bir işleve sahip olduğundan,
bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının anonim şirkete aynı
sermaye olarak kabul edilmeleri için bağlama kütüğüne bu yönde bir kayıt dü-
şülmesine gerek yoktur. Gemi, deniz ve içsu araçlarının aynı sermaye olarak
kabul edilebilmesi için yine aynı fıkra hükmü uyarınca güvenilir bir kişiye tevdi
edilmeleri ve tevdi belgesi alınması gerekecektir. Kanaatimizce anonim şirketin
sermayesinin korunması açısından uygun olan, bağlama kütüğüne yapılan ka-
yıtlarla ilgili sicilin olumlu etkisini kabul eden bir düzenleme yapılarak, bağla-
ma kütüğünün TTK m.128 f.2'de bahsi geçen özel sicil niteliğine kavuşmasının
sağlanması ve gemi, deniz ve içsu araçlarının aynı sermaye taahhüdünde ek
işlem olarak özel sicile kaydın mümkün hale getirilmesidir.

Bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının mülkiyetinin devrinde tasarruf işlemi ise hem TMK hem de BağKütY hükümleri uyarınca zilyetliğin devridir. Ancak bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve içsu araçlarının anonim şirkete aynı sermaye olarak getirildiği hallerde, TTK m.128 f.4 uyarınca zilyetliğin devrine gerek olmaksızın, anonim şirket, tescille birlikte bu unsurlar üzerinde malik sıfatıyla tasarruf yetkisini kazanır.

Kaynakça

- AKDAĞ GÜNEY, Necla / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Taşınırların Anonim Şirkete Esas Sermaye Olarak Getirilmesi, REGESTA, C. 3, S. 3, 2013, s. 3-30.
- AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirketlerde Kuruluş, İstanbul, 2014.
- AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009.
- AKSOY, Sami, Türk Hukukunda Yeni Bir Düzenleme: Bağlama Kütüğü, Fırat Öztan'a Armağan, C. I, Ankara, 2010, s. 65-139.
- ALGANTÜRK LIGHT, Didem, Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği Hakkında Değerlendirmeler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 8, S. 16, 2009, s. 49-64.
- ALTOP, Atilla, Bağlama Kütüğü ile İlgili Yasal Düzenlemenin Getirdiği Bazı Sorunlar, Deniz Hukuku Dergisi, Y. 10, S. 1-2, 2005, s. 1-14.
- ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 24. Baskı, Ankara, 2018.
- ATAMER, Kerim, Bağlama Kütüğü: Yasama Amacı, Uygulama Alanı ve Özel Hukuk Kurallarına Etkisi, BATİDER, C. 25, S. 4 (Prof. Dr. Reha Poroy'un Anısına Armağan), 2009, s. 297-368.
- BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, 2021.
- ÇAĞA, Tahir / KENDER, Rayegan, Deniz Ticareti Hukuku. C. I, 12. Baskı, İstanbul, 2002.
- ÇAĞLAR, Hayrettin, Anonim Şirketlerde Ayni Sermayeye Değer Biçilmesi, BATİDER, C. 26, S. 2, 2010, s. 35-53.
- ÇONKAR, Halil, Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye, İstanbul, 2016.
- DEMİR, İsmail, Yeni Bağlama Kütüğü Rejimi Üzerine Değerlendirmeler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 64, S. 1, 2015, s. 103-169.
- ERDEM, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukukta İstinabe, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 9, S. 2, 1989, s. 121-133.
- GÖZÜYEŞİL, Fevzi Fırat, Sicile Kayıtlı (Müseccel) Gemilerin Anonim Şirketlere Sermaye Olarak Getirilmesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 3, 2020, s. 163-204.
- KARAMAN COŞGUN, Özlem, Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Ayni Sermaye Değerinin Belirlenmesi, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Bekleyen 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C. 18, S. 2, 2012, s. 333-347.
- KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Ekim, 2011.

- KUYUCU, Aslıhan Sevinç, Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemilerin Mülkiyetinin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Kazanılmasına İlişkin Esaslar, MHB, Y. 37 S. 2, 2017, s. 859-884.
- OKAY, Sami, Deniz Ticareti Hukuku. C. I, 3. Baskı, İstanbul, 1970.
- ÖZDAMAR, Mehmet, 6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Ayni Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar, TFM, S. 1, 2015, s. 143-155.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 9. Baskı, İstanbul, 2021.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 14. Baskı, İstanbul, 2019.
- PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 8. Baskı, Ankara, 2022.
- RUHİ, Ahmet Cemal, Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe, Ankara, 2016.
- SEVİ, Ali Murat, Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Ankara, 2013.
- SÖZER, Bülent, Deniz Ticareti Hukuku-I, 3. Baskı, İstanbul, 2014.
- SÖZER, Bülent, Deniz Ticareti Hukuku-I, 5. Baskı, İstanbul, 2019 (5. Baskı).
- ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal / KIRCA, İsmail / MANAVGAT, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara, 2013.
- ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, GG. 5. Baskı, Ankara, 2022.
- TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2015.
- UYAR, Talih / UYAR, Alper / UYAR, Cüneyt, 6352 sayılı 2.7.2012 tarihli Kanun 6103 sayılı 14.1.2011 tarihli Kanun ile İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Getirilen Yenilikler ve Bu Konulara İlişkin Son İçtihatlar, <http://baro.izmirbarosu.org.tr/IzmirBaro/pdf/yayinlar/%C4%B0CRA%20K%C4%B0TAP.pdf> (Erişim Tarihi: 08.04.2022).
- ÜNAN, Samim, Bağlama Kütüğü ile İlgili Bazı Sorunlar, Deniz Hukuku Dergisi, Y. 10, S. 1-2, 2005, s. 15-26.
- YAZICIOĞLU, Emine / KENDER, Rayegan / ÇETİNGİL, Ergon, Deniz Ticareti Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, 2020.
- YETİŞ ŞAMLI, Kübra, Gemi Mülkiyetinin Hukuki İşlem Yoluyla Kazanılması, İstanbul, 2021.

Anonim Ortaklıklar Hukukunda İmtiyaza Hâkim Olan İlkeler ve Bu İlkelerin İhlâlinin Sonuçları^(*)

The Principles Regarding Privileges in Joint Stock Companies and the Consequences of the Violations Therof

*Emek TORAMAN ÇOLGAR^(**)*

Öz:

İmtiyaz tesisine hâkim olan ilkelerin, esas sözleşme ile öngörülme, belirlilik ve paya bağlanma şeklinde özetlenmesi mümkündür. Halka açık anonim ortaklıklarda, imtiyazın kamuya duyurulması gereğinden hareketle bu ilkelere şeffaflık ilkesi de eklenmelidir. Bu çalışmada sayılan ilkelerin kısaca tanıtılmasından sonra bunların ihlâlinin sonuçlarının ayrıntılı şekilde ve farklı ihtimalleri göz önünde bulundurarak tespiti amaçlanmıştır. Ayrıca, öğretilde oybirliği ile eleştirilen ve eTK'dan aktarılan TTK m.478/4, temel ilkelere uygun şekilde yorumlanarak hükmün uygulama alanı değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler:

İmtiyazlı Paylar, Temel İlkeler, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Eşit İşlem İlkesi, Esas Sözleşme Hükümlerinin Yorumu.

Abstract:

The principles regarding establishment of a privilege for shares are the inclusion in the articles of association, clarity and the requirement that privileges are conferred to shares. As far as public corporations are concerned, the principle of transparency could be added to this list. This paper briefly introduces these principles and examines in detail the consequences of infringement of them considering different circumstances. Moreover, the paper discusses -in light of main principles regarding privileged shares- the scope of application of Article 478/4 of the Turkish Commercial Code, a much-criticized provision inherited from the previous version of the TCC.

Keywords:

Privileged Shares, Main Principles, Validity of Shareholder Resolutions, The Principle of Equal Treatment, Interpretation of the Provisions of Articles of Association.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale geliş tarihi: 31.05.2022 - Makale kabul tarihi: 30.06.2022.

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi,

E-posta: ecolgar@ku.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-7210-0647>.

Giriş

Türk Ticaret Kanunu (“TTK” veya “Kanun”) m.478’de imtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda paya tanınan üstün¹ bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı olarak tanımlanmıştır. Bu üstünlüğün ancak diğer paylara nazaran² yaratılması mümkündür. Görüldüğü üzere, bir şirkette imtiyaz ihdası söz konusu olduğunda, ortaya çoğu zaman adi paylar ile imtiyazlı paylar³ çıkmaktadır ki bu durum da bir anlamda eşit işlem ilkesinin mutlak değil, nisbi anlamda bir eşitlik⁴ öngördüğünün kanıtıdır. Diğer bir ifadeyle, eşit işlem ilkesi aynı koşullarda bulunan payların⁵

¹ Bu üstünlük daha fazla hak ya da öncelik tanınması şeklinde olabilir. Bkz. TEKİNALP, Ünal (POROY, Reha / ÇAMOĞLU, Ersin), Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, İstanbul, 2019, N. 781; UYSAL, Esra, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar, 2. Bası, İstanbul, 2018, s. 48.

² KENDİGELEN, Abuzer, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul, 1999, s. 38; AYTUĞAR, Bilge, Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz, İstanbul, 2019, s. 137-140; ARICI, Fatih, İmtiyazlı Paylar, Yürürlüğünün 7. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu III, Tebliğler ve Tartışmalar 18 Ekim 2019, İstanbul, 2020, s. 159. *Kendigelen*, imtiyazı kanuna nazaran üstünlük olarak tanımlayan görüşü, imtiyaz teriminin anlamına ve tarihsel yorum ilkelerine aykırı bularak eleştirmektedir. Bkz. KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 25. “*Paya nazaran üstünlük*” ve “*kanuna nazaran üstünlük*” şeklinde özetlenebilecek görüşlerin ayrıntılı takdimi için bkz. ae., s. 19-21, 29-31.

³ İmtiyazlı pay çoğu zaman adi paya nazaran üstün olmakla birlikte üstünlüğün başka bir imtiyazlı paya nazaran olması da mümkündür. Zira, payların yarısının kârda, yarısının ise oy hakkında imtiyazlı olması hâlinde her iki grubun da imtiyazlı kabul edilmesi gerekecektir. Diğer bir ifadeyle, üstün olunan diğer payın adi pay olması zorunlu değildir. Bkz., TEKİNALP, Ünal, İmtiyazlı Paylara İlişkin Bazı Sorunlar, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII (5-6 Nisan 1996), Ankara, 1996, s. 3 vd., BİLGEÇ, Hakan, Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz, Ankara, 2017, s. 13, 14. İmtiyazı adi paya nazaran üstünlük olarak tanımlayan görüş için bkz. KARASU, Rauf, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Bası, Ankara, 2015, s. 140. İsviçre hukukunda ise OR Art. 656’da açıkça, üstünlüğün adi paylara nazaran olması gerektiği hükme bağlanmıştır. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. BAHAR Rashid / PEYER, Martin, Zürcher Kommentar, (Ed. Lukas HANDSCHIN), Art. 620-659b OR, Die Aktiengesellschaft, 2. Bası, Zürih, 2016, Art. 656, N. 1.

⁴ Gerekece TTK m.357; NOMER, Fusun, Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 471, 472, 485; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 28; PASLI, Ali, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi Corporate Governance, İstanbul, 2004, s. 184, 185; GRUNDMANN, Stefan / GLASOW, Falko, European Company Law, 2. Bası, Intersentia 2012, s. 215; ERDEM, H. Ercüment, Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, İstanbul, 2009, s. 403; ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal (KIRCA, İsmail / MANAVGAT, Çağlar), Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, 2013, s. 139; UYSAL, s. 39-41; BİLGEÇ, s. 63; TORAMAN ÇOLGAR, Emek, Şirkete Borçlanma Yasağı, İstanbul, 2019, s. 105, 106.

⁵ Farklı itibari değerli payların mevcut olması hâlinde payların eşitliğinden söz edilemeyeceğinden, imtiyaz paylar arasındaki eşitlik ilkesinin değil, oransallık ilkesinin bir istisnasıdır. Bkz.

sahiplerine eşit muamele yapılmasını emrettiğinden, Kanun'a uygun şekilde imtiyaz ihdası eşit işlem ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.⁶ Ancak hemen belirtmek gerekir ki, genel kurula davet edilme ve katılma, kurulda konuşma, öneride bulunma, iptal davası açma, inceleme, bilgi alma, denetleme ve payların birleştirilmesini reddetme gibi hakların kullanımında mutlak eşitlik söz konusu olduğundan,⁷ bu konularda üstünlük yani imtiyaz yaratılması mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, imtiyaz -konusu bakımından- ancak mutlak eşitliğin söz konusu olmadığı, oransallık ilkesinin geçerli olduğu pay sahipliği haklarında yaratılabilir.⁸

Bu çalışmada imtiyaz tesisine hâkim olan ilkeler hakkında kısaca açıklama yapıldıktan sonra, özellikle bu ilkelerin ihlâlinin sonuçları tartışılmıştır. Zira, imtiyazın esas sözleşme ile öngörülmesi, konusu ve kapsamının belirli olması, kural olarak paya bağlanması ve halka açık şirketler bakımından imtiyazın kamuya duyurulması⁹ hususlarında herhangi bir tereddüt yoktur ve bu konularda öğretide yeterli birikim bulunmaktadır. Dolayısıyla bu çalışma ile, özellikle anılan ilkeleri ihlâl eden esas sözleşme düzenlemelerinin hukuki sonuçlarının belirlenmesi amaçlanmıştır. Ayrıca, öğretide neredeyse oybirliği ile eleştirilen, eTK'dan aktarılan ve hissedarları arasında belirli tüzel kişilerin

KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 29; YATAĞAN ÖZKAN, Çiğdem, Anonim Şirketlerde Altın Paylar, İstanbul, 2016, s. 32, 33. Nitekim oy hakkının payın itibari değeriyle orantılı olarak belirleneceğini öngören TTK m.434/1 de varılan bu sonucu tasdik etmektedir.

⁶ KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 28; TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2020, N. 9-09a; BESEN, Murat, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar, İstanbul, 2018, s. 22, 23; BİLGEÇ, s. 65; AYTUĞAR, Oy Hakkı, s. 163, 164; OKUCU TAFTALI, İpek, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Şirketlerde İmtiyaz, İstanbul, 2018, s. 25.

⁷ TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), I, N. 784, 890; ERDEM, Eşit İşlem, s. 403; ÖLMEZ, Fatih, Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili, İstanbul, 2021, s. 22, 23.

⁸ KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 44; TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 9-09d; BİLGEÇ, s. 14, 68; ARICI, s. 160, 161. Pay sahibinin vazgeçilmez nitelikteki hakları açısından ilkenin mutlak şekilde uygulanacağını belirten görüş için bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA / MANAVGAT), C. 1, s. 139, 140.

⁹ SerPK m.28 uyarınca, ilk halka arzda mevcut tüm imtiyazların şeffaf ve anlaşılır detayda kamuya duyurulması zorunludur. Anılan düzenlemede sadece ilk halka arzda mevcut imtiyazların açıklanması öngörülmüş olsa da sonraki esas sözleşme değişikliği ile imtiyaz tesis edilmesi hâlinde de kamuya açıklama yapılması gereklidir. Bkz. BAHTİYAR, Mehmet, Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş, İstanbul, 2019, s. 55. SPK tarafından hazırlanan izahname formatında da ihraççının esas sözleşmesine yapılan atıfla hangi grup payların imtiyazlı olduğu belirtilerek, imtiyazlar hakkında bilgilere yer verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Index/12/0/12> (Erişim tarihi 18.1.2022).

bulduğu anonim ortaklıklarda diğer pay sahipleri lehine imtiyaz tesis edilmesini yasaklayan TTK m.478/4, imtiyaza hâkim ilkeler bakımından değerlendirilmiştir.

I. Esas Sözleşme ile Öngörülme İlkesi ve Üstünlüğün Farklı Bir Sözleşmede Düzenlenmesinin Sonuçları

Bilindiği üzere, imtiyazın ancak esas sözleşme ile öngörülmesi¹⁰ mümkündür. Gerek müktesep ve vazgeçilmez hakları ihlâl etmemek kaydıyla esas sözleşmenin tüm hükümlerinin değiştirilebileceğini hükme bağlayan TTK m.452, gerek imtiyazın esas sözleşme değişikliği ile tanınabileceğini belirten TTK m.478, gerekse imtiyazlı pay oluşturulması için sermayenin en az yüzde yetmiş beşini temsil eden pay sahiplerinin olumlu yönde oyunu arayan TTK m.421/3-b uyarınca bu sözleşmenin kuruluş esas sözleşmesi olması zorunlu değildir.¹¹ İmtiyazın bir esas sözleşme değişikliği ile yaratılması hâlinde, hem bu konudaki özel nisabı düzenleyen TTK m.421/3-b'de nisabın sermaye oranı üzerinden belirlenmiş olması¹² hem de TTK m.479'da oyda imtiyazın etkisizleşeceği hâller¹³ arasında esas sözleşme değişikliği kararlarının sayılmış olması nedeniyle, imtiyaz yaratan genel kurul kararında (varsa) oyda imtiyazlar kullanılamaz.

¹⁰ Her ne kadar, eTK m.279'da imtiyazların esas sözleşmede yer alması gerektiğine ilişkin bir açıklık bulunmasa da eTK'nın yürürlüğü döneminde de bu zorunluluğa ilişkin bir tartışma yoktu. Bkz. KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 35, 36; BAHTİYAR, Mehmet, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul, 2001, s. 199, 200.

¹¹ TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), I, N. 787; KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul, 2012, s. 383; AYTUĞAR, Oy Hakkı, s. 239-245; SEVİ, Ali Murat, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı, KHASHFD, C. 9, S. 2, 2021, s. 448.

¹² Nisabın sermaye oranına bağlı olarak düzenlendiği hâllerde var olan oyda imtiyazların kullanılması mümkün değildir. Bu konuda, rüçhan hakkının haklı sebeple sınırlandırılması ya da kaldırılması hakkındaki TTK m.461/2, tasfiyeden dönülmesi kararı hakkındaki TTK m.548 örnek olarak verilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AYTUĞAR, Oy Hakkı, 337-342; ZENGİN, İbrahim Çağrı, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar, İstanbul, 2020, s. 60. *Pulaşlı* ayrıca tüm yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılması hâlinde şirketi temsil edecek kayyımın belirlendiği genel kurulda da oy haklarında imtiyazın etkisizleşmesi gerektiği kanaatindedir. Bkz. PULAŞLI, Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Oy Hakkındaki İmtiyazın Sınırı ve Etkisiz Olduğu Hâller, Batider, C. XXIV, S. 3, 2008, s. 25.

¹³ Şüphesiz, TTK m.479 saklı olmak kaydıyla, esas sözleşmede düzenleme yapılarak, oyda imtiyazın sadece belli konularda kullanılacağına ya da belli konularda etkisizleşeceğinin benimsenmesi de mümkündür. Bkz. BALTALI, Candemir, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı, İstanbul, 2019, s. 110, 111.

Halka açık bir anonim ortaklıkta ise imtiyaz tesisi¹⁴ ya da mevcut imtiyazların kapsam veya konusunun değiştirilmesi gibi¹⁵ yatırımcıların yatırım kararlarının değişmesine yol açacak nitelikteki temel işlemler, önemli nitelikte işlem sayıldığından (SerPK m.23/1), bu karar SerPK m.29/6’da düzenlenen nisapla alınır. Anılan hüküm uyarınca, esas sözleşmelerinde “açıkça oran belirtilmek suretiyle”¹⁶ daha ağır nisaplar öngörülmediği takdirde, toplantı nisabı aranmaksızın, karar ortaklık genel kuruluna katılan oy hakkını haiz payların üçte ikisiyle alınır. Şirket için bu denli önemli kararların kural olarak toplantı nisabı aranmadan alınabiliyor olması ise öğretide haklı olarak eleştirilmekte ve olması gereken hukuk bakımından toplantı nisabının aranmadığı hâllerde en azından karar nisabının toplam sermaye üzerinden hesaplanması önerilmektedir.¹⁷ Öte yandan, toplantıda sermayeyi temsil eden oy hakkını haiz payların en az yarısının hazır bulunması hâlinde karar nisabı için aranan 2/3 oranı indirilmiş ve bu kez çoğunlukla karar alınabileceği hükme bağlanmıştır. Sonuç itibarıyla, halka açık bir anonim ortaklık genel kurulunda imtiyaz tesis edilmesi için gerekli nisap, toplantıya katılım oranına göre değişmektedir. Toplantı nisabının %50’nin altında olması hâlinde karar nisabı kullanılan oyların 2/3’ü iken, toplantıya katılım oranının %50 ve üzerinde olması hâlinde karar nisabı kullanılan oyların çoğunluğudur.

¹⁴ 2499 sayılı Kanun döneminde Sermaye Piyasası Kurulunun (“Kurul”) 1.7.1998 tarih ve 49/721 sayılı kararında, çağrı suretiyle halka açılan şirketlerin halka açıldıktan sonra yeni imtiyaz yaratılması taleplerinin reddedileceği belirtilmekteydi. Öte yandan yürürlükteki mevzuatta imtiyaz öngörülmesinin önemli nitelikte işlem sayılmasıyla bu işlemlerin yapılmasına izin verilmiştir. Bkz. MANAVGAT, Çağlar, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara, 2016, s. 304; ÇETİN, Nusret / TÖREMİŞ, Hatice Ebru / CANTİMUR, Zeynep, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun Sistemik Analizi, Ankara, 2014, s. 69, 70, 73; TARHAN, Damla Gül, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikte İşlemler ve Sonuçları, İstanbul, 2018, s. 150.

¹⁵ Hükümde kullanılan “gibi” ifadesi nedeniyle önemli nitelikteki işlemler tahdidi değildir. Bkz. BAHTİYAR, Sermaye Piyasası, s. 43, 44. Bu tercihin, Kurul’un yaptırım gücünü artırması ve yatırımcıların daha etkin bir şekilde korunmasına izin verdiği yönünde bkz. ÇETİN / TÖREMİŞ / CANTİMUR, s. 67; TARHAN, s. 105. Önemli nitelikteki işlem kavramı ile bu kavramın temel özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TARHAN, s. 41-66; AYDOĞAN, Fatih, Önemli Nitelikteki İşlemler, Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar), İstanbul, 2019, s. 237-247.

¹⁶ Esas sözleşmede sadece TTK’ya ya da yürürlükteki mevzuata gönderme yapılmış olması ihtimallerinde ise açıkça bir oranın belirlendiği kabul edilemez.

¹⁷ MANAVGAT, Halka Arz, s. 142, 143. Karş. TTK m.421/3, 4. Teorik olarak çok küçük bir nisapla dahi karar alınabileceğine dikkat çeken görüş için ayrıca bkz. BAHTİYAR, Sermaye Piyasası, s. 61. Aksi yöndeki görüşe göre, toplantı nisabının aranmaması, şirketin karar alma mekanizmalarının tıkanmasının önüne geçilmesi gerekçesiyle olumludur. Bkz. BİLGEÇ, s. 186; OKUCU TAFTALI, s. 133.

SerPK m.29/6’da açıkça bir oydan yoksunluk hâli düzenlenmiş ve lehine imtiyaz yaratılan pay¹⁸ sahiplerinin TTK m.436/1 uyarınca imtiyaz tesisi kararında oy kullanamayacakları belirtilmiştir. Bilindiği üzere, TTK m.436 uyarınca pay sahibinin oydan yoksun kabul edilebilmesi için gündem maddesinin kendisi veya hükümde sayılan yakınları ile ortaklık arasındaki “şahsi nitelikte” bir işe veya bir davaya dair olması gereklidir. Diğer bir deyişle pay sahibinin oydan yoksun kılınabilmesi, onun şirket karşısında pay sahibi sıfatından bağımsız, üçüncü bir kişi gibi kabul edilebilmesine bağlıdır.¹⁹ Halbuki, şirketin yapısal kararları niteliğindeki birleşme, bölünme veya esas sözleşme değişikliği gibi konularda alınan kararlar pay sahibinin şahsi işi sayılamaz.²⁰ Nitekim, II-23.3 sayılı Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği (“ÖNİ Tebliği”) m.10/3’te de önemli nitelikteki birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararlarının kişisel nitelikte sonuç doğurmayacağı açıkça belirtilmiştir. Öte yandan anılan hükümde imtiyaz tesisi sayılmadığından, halka açık bir şirkette imtiyaz tesisine ilişkin genel kurul kararı alınmasında, lehine imtiyaz sağlanacak pay sahipleri oydan yoksunken, kapalı şirket genel kurulunda alınan karar için oydan yoksunluk söz konusu değildir.²¹

İmtiyazın esas sözleşme ile öngörülmesi ilkesi, kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş şirketlerde de uygulama bulur. Zira, her ne kadar, kayıtlı sermayeli anonim ortaklıklarda yönetim kurulunun esas sözleşmede yer alan bir konuda imtiyazlı pay ihraç edebilmesi mümkün olsa da²² ihraç öncesinde yönetim kurulunun esas sözleşme ile yetkilendirilmesi gerekli olduğundan,

¹⁸ ÖNİ Tebliği m.10/3, SerPK m.29/6’dan farklı bir düzenleme içererek, önemli nitelikteki işlemlere taraf olan her kişinin değil, sadece nihai kontrol eden pay sahibi statüsündeki gerçek kişiler veya bunların yönetim kontrolüne sahip olduğu şirketlerin oy hakkından yoksun olacağını belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. YANLI, Veliye, Halka Açık Şirketlerde Önemli Nitelikte İşlemler, İNÜHFD, C. 6, S. 2, 2015, s. 466.

¹⁹ TEOMAN, Ömer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, İstanbul, 1983, s. 17. Ayrıca, oydan yoksunluk istisna olduğundan, yoksunluğun kapsamı dar yorum ile belirlenmelidir. TEOMAN, ae., s. 17, 18, 135, 136.

²⁰ Oydan yoksunluğun tespitinde menfaat açısından değerlendirme yapan ve menfaati özel menfaat-pay sahipliği sıfatına bağlı menfaat olarak inceleyen *Teoman*, pay sahibi sıfatına bağlı hukuki işlemlerin oydan yoksunluğa neden olmayacağını savunmaktadır. Bkz. TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 102-104.

²¹ Aksi görüş için bkz. SEVİ, s. 468.

²² Kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun imtiyazlı pay çıkarma yetkisi ancak esas sözleşmede yer alan imtiyazlarla sınırlıdır. Böylece sermaye artırımını yapıldığında, imtiyazlı payların toplam sermayeye oranı korunmuş olur. Diğer bir ifadeyle yönetim kurulunun esas sözleşmede yer almayan bir konuda yeni imtiyaz yaratması mümkün değildir.

imtiyazın esas sözleşme ile öngörülebileceği kuralı bu sistemde de geçerlidir (TTK m.460/4).²³ Benzer şekilde kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş bir halka açık anonim ortaklıkta da SerPK m.18/5 uyarınca, yönetim kurulunun esas sözleşmede yetkilendirilmek şartıyla²⁴ imtiyazlı pay ihdas etmesi²⁵ mümkündür.²⁶ Yönetim kurulunun bu yönde alacağı bir karar için özel nisap öngörülmemiştir. Ancak yukarıda açıklandığı üzere, halka açık anonim ortaklıklarda imtiyaz tesisi önemli nitelikte işlem sayıldığından (SerPK m.23/1), kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş halka açık anonim ortaklıklarda yönetim kurulunun kararının yine genel kurulda onaylanması gereklidir. Bu nedenle kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş halka açık ortaklıklarda sadece yönetim kurulu kararı ile yeni imtiyaz yaratılması mümkün değildir.²⁷

²³ MANAVGAT (KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK), C. 1, 325; BEKTAŞ, İbrahim, Kayıtlı Sermaye Sisteminde Yönetim Kuruluna Sermaye Artırımı Yetkisi ile Bağlantılı Olarak Tanınabilecek Yetkiler, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2016, YÖK Ulusal Tez Merkezi, 437319 sayılı Tez, s. 130; ÖLMEZ, s. 10, 38.

²⁴ Yönetim kuruluna verilecek yetkinin soyut ve genel bir yetki olmasının yeterli olmayacağı, imtiyazın konusu, sınırları, hak sahibi gibi konularda açıklık içermesi, aksi hâlde SPK'nın uygun görüş vermekten kaçınması gerektiği yönünde, MANAVGAT, Çağlar, Kayıtlı Sermaye Sisteminde Yönetim Kurulu'nun İmtiyazlı Pay Çıkarma Yetkisi ve Sınırları, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. III, Ankara, 2009, s. 675-677; CENKÇİ, Esra, Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi, İstanbul, 2015, s. 252, 253; BİLGEC, s. 128, 129; SEVİ, s. 449.

²⁵ Kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna artırımı kararıyla *bağlı* yetkiler verilebilmesinin nedeni, artırımı kararının uygulanmasına kolaylık sağlanmasıdır. Bu nedenle, yönetim kurulu imtiyazlı pay çıkarmak da dahil olmak üzere diğer yetkilerini ancak sermaye artırımı kararıyla birlikte kullanabilir. Diğer bir ifadeyle sermaye artırımı kararı alınmadan bazı adı payların imtiyazlı paya dönüştürülmesi mümkün değildir. Bkz. MANAVGAT, İmtiyaz, s. 674, CENKÇİ, s. 222, 223, 246; BEKTAŞ, s. 130. Varılan bu sonuç SerPK m.18/5 hükmünün lafzına rağmen halka açık anonim ortaklıklar için de geçerlidir. Bkz. CENKÇİ, s. 223.

²⁶ Genel kurulun yetkilendirme kararı neticesinde mevcut imtiyazlı pay sahiplerinin hakları ihlal ediliyorsa bu kararın imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu tarafından onaylanması gereklidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. CENKÇİ, s. 250, 251.

²⁷ MANAVGAT, İmtiyaz, s. 674 vd.; MANAVGAT, Halka Arz, s. 312; ÇETİN / TÖREMİŞ / CANTİMUR, s. 71; BİLGEC, s. 129, 130, 186; AYTUĞAR, Oy Hakkı, s. 286. Dikkat edileceği üzere, kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş bir halka açık anonim ortaklıkta, yönetim kurulunun sermaye artırımı kararı ile birlikte imtiyaz tesis edebilmesi için öncelikle yönetim kuruluna bir yetki verilmesi gereklidir. Ardından ise alınan yönetim kurulu kararının, işlemin önemli nitelikte olması hâlinde, genel kurulca ağırlaştırılmış nisapla onaylanması gereklidir (ÖNİ Tebliği, m.7/1, 7/2). Öngörülen bu süreç ise kayıtlı sermaye sisteminden beklenen faydanın elde edilmesine engel görülebilir. Nitekim *Bektaş* tarafından Mülga II-23.1 Tebliğinin yürürlüğü döneminde yazılan eserde, bu hususa dikkat çekilmiş ve önemli nitelikte kararın, yönetim kuruluna imtiyazlı pay çıkarma yetkisi veren karar olduğu savunulmuştur. Bkz. BEKTAŞ, s. 134. Her ne kadar, olması gereken hukuk bakımından bu görüşün gerekçeleri anlaşılabilir olsa da özellikle ÖNİ Tebliği m.7/2 nedeniyle, yönetim kurulunun imtiyaz tesisine ilişkin kararının önemli nitelikte işlem olarak kabul edilmesi ve sonrasında genel kurulun onayına sunulması

Öğretide savunulan bir görüşe göre imtiyazın esas sözleşme ile öngörülmesi kuralının bir istisnasına, TTK m.531 uyarınca mahkemenin alternatif bir çözüm olarak imtiyaz yaratılmasına hükmetmesinde rastlanır.²⁸ Öte yandan mahkemenin haklı nedenle fesih davasında, vereceği hüküm ile esas sözleşmeye imtiyaz eklemesinin mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, esas sözleşme değişikliği yapmak konusunda genel kurulun münhasır yetkisi bulunduğundan, imtiyaz tesisinin alternatif çözüm olarak kabul edilmesi hâlinde mahkemenin şirkete çağrıda bulunması ve genel kurulun esas sözleşme değişikliğini gerçekleştirmesi gereklidir.²⁹ Konuyu, TTK m.360 uyarınca öngörülen yönetime katılma hakkında imtiyaz ve eşitlik hâlinde başkana genel kurul ve yönetim kurulunda üstünlük tanıyan esas sözleşme hükümleri açısından özel olarak ele alan diğer bir görüş ise, her iki ihtimalde de mahkemenin imtiyaz yaratılmasına hükmetmesini, ortaklık tüzel kişiliğine müdahale sınırını aşması ve haklı sebebi ortadan kaldırmak için elverişli araç olmaması gerekçeleriyle mümkün görmemektedir.³⁰ İleri sürülen iki görüşü adeta bağdaştıran üçüncü bir yaklaşım ise esas sözleşmeyi değiştirme yetkisinin genel kurulda bulunduğunu kabul etmekte -ancak usul ekonomisi ilkesi gereği- mahkemenin vereceği ara kararlar, mahkemece önerilen esas sözleşme hükmünün kabul edilmesi için şirkete süre verilmesi gerektiğini, verilen sürenin sonunda değişikliğin yapılması hâlinde feshe hükmedilmesinin uygun olacağını savunmaktadır.³¹

İmtiyazın esas sözleşme ile öngörülmesi zorunluluğunun doğal sonucu, esas sözleşmede düzenlenmiş olsaydı imtiyaz olarak kabul edilecek bir hükme başka herhangi bir sözleşmede, örneğin pay sahipleri sözleşmesinde,³² yer

gereği kabul edilmelidir. Zira, yönetim kuruluna imtiyazlı pay çıkarma yetkisi veren genel kurul kararının önemli nitelikte işlem olduğu kabul edildiğinde, bu yetki kullanılmamış olsa bile ayrılma hakkının kullanılabilmesinin kabul edilmesi gerekir ki, kanımca şirket ve/veya pay sahipleri (ÖNİ Tebliği m.11/7) için ağır maliyetler yaratan bu sonuçların ancak yetkinin kullanılması ile söz konusu olacağı savunulmalıdır.

²⁸ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 9-09e; İLBASMIŞ HIZLISOY, Özlem, Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi, Ankara, 2016, s. 341-344.

²⁹ BİLGEÇ, s. 11; OKUCU TAFTALI, s. 18.

³⁰ ŞAHİN, Ayşe, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, İstanbul, 2013, s. 569-571, 573-575; AYTUĞAR, Oy Hakkı, s. 278, 279; BESEN, s. 24.

³¹ ERDEM, Nuri, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, İstanbul, 2012, s. 252, 253; AYOĞLU, Tolga, Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi, GSÜHFD, 2013/2, s. 247.

³² Gerçekten de pay sahipleri sözleşmesinde örneğin şirketin mali açıdan zor durumda olduğu bir dönemde şirkete fon sağlayan bazı pay sahiplerine daha fazla kâr payı ödeneceğinin kararlaştırılması mümkündür. Ancak bu düzenlemelerin esas sözleşmeye aktarılmaması hâlinde ortaklığa karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Öte yandan pay sahipleri sözleşmesine taraf olan ortakların

verilmiş olması hâlinde ilgili hükmün sadece sahibine akdi hak vermesidir. Bu sonuç, esas sözleşmede düzenlenmekle birlikte, gerçek/maddi/korporatif esas sözleşme hükmü niteliğinde olmayan ve üstünlük tanıyıcı düzenlemeler için de geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, şekli anlamda bir esas sözleşme hükmü olmakla birlikte, imtiyaza hâkim olan bazı ilkeleri ihlâl etmesi nedeniyle imtiyaz olarak kabul edilmeyen hükümler olsa olsa sahibi lehine akdi hak yaratmaktadır. Şekli anlamda esas sözleşme hükmü olarak karşımıza çıkan bu hükümlerin imtiyaz mı akdi hak mı yarattığının tespiti daha zor olduğundan aşağıda konu bu kapsamda ayrıntılı şekilde ele alınacaktır. Dolayısıyla şimdilik sadece esas sözleşme dışında üstünlük yaratan hakların imtiyaz olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını belirtmekle yetinilmektedir.³³

II. Belirlilik İlkesi

A. Genel Olarak

İmtiyaz tesisine hâkim olan en önemli ilkelerden biri belirlilik ilkesidir. Bu ilke, imtiyazın konusunun, kapsamının, süresinin ve şartlarının açıkça ve kuşkuya yer bırakmayacak şekilde esas sözleşmede yer alması gereğini ifade eder.³⁴

Belirlilik ilkesi bağlamında özellikle tartışılmayı hak eden konu, imtiyazın şarta bağlanmasının mümkün olup olmadığıdır. Öğretide, oyda imtiyaz tesisinde, OR Art. 693/2'ye paralel şekilde, imtiyazlı payların nama yazılı olmaları³⁵ hâlinde pay bedellerinin tamamının ödenmiş olması şartının

sözleşmeye aykırı davranmaları nedeniyle sorumlulukları söz konusu olabilir. Bkz. OKUTAN NILSSON, Gül, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul, 2003, s. 264, 265. Özellikle yönetime katılma haklarının pay sahipleri sözleşmesinde düzenlenmesi ile esas sözleşmede imtiyaz olarak düzenlenmesinin etki ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ALIŞKAN, Murat / ÖLMEZ, Fatih, Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazının Korunması, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 8 (1), 2021, s. 186-189.

³³ Esas sözleşmede düzenlenmekle birlikte sahibi lehine akdi hak yarattığı kabul edilen hükümlerin yorumu ve hukuki sonuçları hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. III, B.

³⁴ TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), I, N. 788; ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP), I, N. 588; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 36; UYSAL, s. 43, 44; BİLGEÇ, s. 12; KARAMANLIOĞLU, Argun, TTK Madde 360 Uygulamasına İlişkin İki Sorun: Belirli Grup ve Azınlık Kavramları-Haklı Nedenle Önerilen Adayın Reddi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 197-198, 2021, s. 243; SEVİ, s. 448.

³⁵ OR Art. 693/2 uyarınca, oyda imtiyaz ancak nama yazılı payların sahipleri için öngörülebilir. Bu zorunluluğun oy hakkında imtiyaz sahiplerinin şirketçe bilinmeleri gereğinin bir sonucu olduğu savunulmaktadır. Bkz. v. d. CRONE, Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Bası, Bern, 2020, § 12, N. 434.

öngörülebileceği,³⁶ bunun TTK m.340'ta düzenlenen emredici hükümler ilkesini ihlâl etmeyeceği ileri sürülmektedir.³⁷ Yine, şartlarının net belirlenmesi kaydıyla, şirket performansına bağlı olarak kâr payında imtiyaz tanınmasının da belirlilik ilkesi bakımından bir sorun teşkil etmediği savunulmaktadır.³⁸ Gerçekten de esas sözleşmede herhangi bir şüpheye mahal vermeyecek açıklıkta düzenleme yapılarak imtiyazın geciktirici³⁹ ya da bozucu şarta bağlanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.⁴⁰ Örneğin, imtiyazın şirkette yapılacak birleşme, bölünme gibi bir yeniden yapılandırma işlemine veya sermaye azaltımı ya da artırımı kararı alınmasına bağlanmasında, ya da şirketin belli bir özvarlığa ulaşması hâlinde imtiyazlı pay sahiplerine kâr dağıtımını yapacağına öngörülmesinde veya rüçhan hakkında imtiyazın sadece yapılan primli sermaye artırımında kullanılacağına belirtilmesinde herhangi bir engel yoktur. Zira sayılan tüm bu işlemlerde aranan şartların, ya tescil ve ilan edilmeleri ya da şirket bilançosundan saptanabilmeleri nedeniyle bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti kolaydır. Var olan imtiyazın, önceden

³⁶ İsviçre hukukunda oy hakkında imtiyaz, OR Art. 693/2 uyarınca ancak bedeli tamamen ödemiş nama yazılı paylar için tesis edilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BÖCKLI, Peter, Aktienrecht, 4. Bası, Zürih, 2009, § 4, N. 132; KENDİGELEN, Abuzer, İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar, Makalelerim, C. I, 2. Bası, İstanbul, 2006, s. 361, 364.

³⁷ TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), I, N. 794.

³⁸ AKAD, Gül, İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, İstanbul, 2013, s. 11; BESEN, s. 26.

³⁹ *Pulaşlı*, kuruluşta her payın sahibine iki oy vermesinin kararlaştırıldığı bir anonim şirkette, sermaye artırımına neticesinde çıkarılan aynı itibari değerdeki her bir payın sahibine bir oy hakkı verilmesinin kabul edilmesini, geçerli bir geciktirici şart örneği olarak vermektedir. Yazara göre, yapılan sermaye artırımına kadar imtiyaz askıdadır. Ancak yazar, daha az oy hakkı veren payların ihdasında dolaylı olarak önceki payların imtiyazlı hâle gelmesi nedeniyle, genel kurulda %75'lik nisabı aramaktadır. Bkz. PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi C. II, Ankara, 2015, s. 1321, 1322. Kanaatimce her ne kadar imtiyazın geciktirici şarta bağlanması mümkün olsa da verilen örnekte şarta bağlanmış bir imtiyazdan söz etmek güçtür. Zira, ilk esas sözleşmede oy hakları belirlenirken gerçekleşmesi belirsiz bir şart bulunmamaktadır. Buna karşılık, ilk esas sözleşmede her payın sahibine iki oy hakkı vereceği düzenlendikten sonra, sermaye artırımının yapılması ve artırılan sermaye neticesinde itibari değerleri eşit olan payların sahiplerine bir oy hakkı verilmesi şartlarına bağlı olarak ilk paylara imtiyaz tanınması mümkündür. Söz konusu düzenlemenin bir kuruluşun esas sözleşmesi değil de değişik esas sözleşme olması ihtimalinde, imtiyazı şarta bağlayan genel kurul kararının ağırlaştırılmış nisapla alınması, adi pay ihdas edilmesine neden olan ikinci genel kurul kararının ise genel artırım nisabı ile alınmasının yeterli olduğu kabul edilmelidir. *Pulaşlı*'nın görüşünün başka gerekçelerle eleştirisi için bkz. UYSAL, s. 47.

⁴⁰ AYTUĞAR, Oy Hakkı, s. 130. *Çamoğlu* da temsil edilme hakkının hangi koşullarda ve nasıl kısıtlanabileceğinin ya da kaldırılabilmesinin esas sözleşmede düzenlenmesinin mümkün olduğu kanaatindedir. Bkz. ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP), I, N. 588c. Somut olayın haklı göstermesi kaydıyla (oyda) imtiyazın şarta bağlanabileceği yönünde bkz. TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 9-09i.

belirlenmiş olgulara istinaden şirketin mali yapısının bozulması,⁴¹ belirli bir sermaye oranının altında sermayeye sahip olunması, imtiyazlı payın bedelinin ödenmesinde temerrüde düşülmesi, imtiyazlı payların esas sözleşmede tanımlanmış rakiplere devredilmesi hâlinde sona erecek olmasının öngörülmesi de yine belirlilik ilkesi bakımından sorun teşkil etmemektedir.⁴² Ancak imtiyazlı payın devri konusuna ihtiyatla yaklaşmak gereklidir. Mesela, görünüşte paya bağlanmış bir oyda imtiyazın, mevcut pay sahibi sıfatının değişmesi bozucu şartına bağlanması aslında imtiyazın paya değil, pay sahibine bağlanması anlamına gelmektedir ki bilindiği üzere, kanun koyucu sadece TTK m.360'ta imtiyazın paya bağlanması kuralına istisna tanımıştır.⁴³ Dolayısıyla, TTK m.478'in dolanılmasına neden olan böyle bir bozucu şart içeren hükmün imtiyaz hükmü olarak kabul edilmesi mümkün değildir.⁴⁴

Yargıtay'ın eTK'nın yürürlüğü döneminde hükme bağladığı bir kararında, özellikle geniş veto yetkileri veren esas sözleşme hükmü ile altın pay yaratıldığı belirtilerek bu payların imtiyazlı olduğu belirtilmiş⁴⁵ ve uyuşmazlık konusu esas sözleşme hükmünde D grubu payların devredilmesi hâlinde bu imtiyazın kendiliğinden sona ereceğinin öngörülmüş olmasında herhangi bir engel görülmemiştir. Dolayısıyla en azından bu kararında Yargıtay'ın da imtiyazın bozucu şarta bağlanabilmesini kabul ettiği söylenebilir.⁴⁶

B. Belirlilik İlkesinin İhlâlinin Sonuçları

Belirlilik ilkesini ihlâl eden bir düzenlemenin kuruluş esas sözleşmesinde öngörülmesi ya da genel kurulca karara bağlanması hâlinde, bu kararın sonuç-

⁴¹ *Aytuğar*'a göre, bu hükümlerin özellikle kredi veren kuruluşlarca tercih edilmesi muhtemeldir. Bkz. AYTUĞAR, Oy Hakkı, s. 131. Gerçekten de böyle bir bozucu şartın öngörülmesiyle oyda imtiyazlı payların özellikle verimsiz yönetimlerin değişmesini engelleyerek şirket değerini düşürücü etkisine karşı da önemli bir savunma yaratılmış olur.

⁴² İmtiyazın geçerli bir şekilde bozucu şarta bağlanması hâlinde, bozucu şartın gerçekleşip imtiyazın sona ermesi durumunda, esas sözleşmede imtiyazı öngören hükmün kaldırılması potansiyel pay sahipleri ile diğer üçüncü kişilerin yanılmasının önlenmesi bakımından faydalı olur. Ancak, burada yapılan işlem sadece görüneni gerçek duruma getiren bir güncelleme işlemi olduğundan, ayrıca imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun kararına gerek olmayacaktır.

⁴³ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. III.

⁴⁴ Ancak bu hükmün tahvil yoluyla ayakta tutulabilmesi mümkün olabilir. Tahvil hakkındaki açıklamalar için bkz. III, B.

⁴⁵ Veto hakkı veren düzenlemelerin imtiyaz olarak kabul edilmesinin mümkün olup olmadığı konusundaki açıklamalar için bkz. III, B.

⁴⁶ Bkz. Y. 11. HD, 13.11.2003, E. 2003/7508, K. 2003/10845, www.lexpera.com. Kararın ayrıntılı analizi için bkz. BİLGİÇ, s. 32-34.

ları açısından ayrıca bir değerlendirme yapmak gereklidir. Burada kast edilen, esas sözleşmede üstünlük öngören düzenlemenin hak sahibi,⁴⁷ konusu ya da süresi açısından tereddüt içermesidir. Öğretide, bu yönde bir esas sözleşme hükmünü kabul eden genel kurul kararına karşı iptal davası açılabilmesi savunulmaktadır.⁴⁸ Ancak, “*anonim ortaklığın niteliğiyle bağdaşmayan*”⁴⁹ (TTK m.447) bu genel kurul kararının batıl⁵⁰ olduğu kabul edilmelidir. Zira imtiyaz, anonim ortaklıklar hukukunda hâkim olan oransallık ilkesinin bir istisnasını teşkil ettiğinden, imtiyazın kapsamı açısından yorum ilkelerine başvurulması mümkün görülmele⁵¹ birlikte imtiyazın mevcudiyetine veya konusuna ilişkin düzenlemelerin yoruma yer bırakmayacak kadar açık olması gerektiği kabul edilmektedir.⁵² Bu nedenle, belirlilik ilkesini ihlâl eden, diğer bir ifadeyle, im-

⁴⁷ Gerçekten de TTK m.360 uyarınca lehine imtiyaz tanınması mümkün olan azlığın sadece sahip olduğu sermaye oranı ile tanımlanması belirlilik ilkesi bakımından sorunludur. Bkz. AKAD, s. 11; BESEN, s. 25; UYSAL, s. 44; ARICI, s. 154; AYTUĞAR, Bilge, Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Grubunun Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIII, S. 1, 2019, s. 100, 101; KARAMANLIOĞLU, s. 251, 258, 259; TORAMAN ÇOLGAR, Emek, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda İmtiyaz Tesisi Yoluyla Yönetim Kontrolünün Sağlanması, Batider, C. XXXVII, S. 4, 2021, s. 94. Aksi görüş için bkz. SEVİ, s. 451. TTK'nın pay grupları yanında azlığa ve belirli grup oluşturan pay sahipleri lehine bu imtiyazın tesis edilmesini eleştiren görüş için bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 252. Gerekçede de bu soruna dikkat çekilmiş ve ayırt etme kriteri olarak, pay senedi numaraları ve sayısının belirtilmesi önerilmiştir. Bkz. Gerekçe m.360. Sadece oran belirtilmesini yeterli kabul eden görüş için bkz. TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-18.

⁴⁸ UYSAL, s. 44.

⁴⁹ Kavram için bkz. KIRCA, İsmail, Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Güncellenmiş 3. Bası, İstanbul, 2022, s. 35, 36.

⁵⁰ Belirlilik ilkesini ihlâl eden genel kurul kararı TTK m.447 kapsamında anonim ortaklığın niteliğiyle bağdaşmayan bir karar olarak kabul edilme dahi yine ilgili kararın batıl olduğunu söylemek kaçınılmazdır. Zira, bu karar aynı zamanda “*anonim şirketler hukukuna özgü emredici kurallara aykırılık*” gerekçesiyle batıldır. Anonim şirketler hukukuna özgü olup TTK m.447’de sayılanlar dışındaki butlan hâlleri için bkz. KIRCA, s. 41-43. Çünkü, örneğin oy hakkında tanıyan bir sözde imtiyaz diğer pay sahiplerinin oy hakkını, kâr payında tanıyan sözde bir imtiyaz ise kâr payı hakkını ihlâl etmektedir. Burada, münhasıran mevcut pay sahiplerinin çıkarını koruyan emredici kuralların ihlâli değil, pay sahiplerinin vazgeçebileceği hükümlerin, ilerisi için kısmen veya tamamen kaldırılması sonucunu doğuran soyut ve genel nitelikli bir esas sözleşme hükmü ile ihlâli söz konusu olduğundan yine butlan yaptırımını kabul edilmelidir. Emredici kuralların ihlâlinin hangi hâllerde iptal davasına hangi hâllerde butlanın tespiti davasına neden olabileceği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, s. 55-64.

⁵¹ İmtiyazın kapsamına ilişkin dar yorumun benimsenmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 36 ve dn. 155’te anılan yazarlar; AYTUĞAR, Oy Hakkı, s. 128, 129.

⁵² İmtiyaza ilişkin belirsizliklerin dava yoluyla giderilemeyeceği yönünde bkz. TEKİNALP, Ünal (POROY, Reha / ÇAMOĞLU, Ersin), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Bası, İstanbul, 2010, N. 784.

tiyazın var olup olmadığı, hak sahibinin kim olduğu gibi sorular yaratan bir esas sözleşme hükmü geçersizdir.⁵³ Gerçekten genel kurul kararına karşı iptal davası açılacağı görüşü, evvela dava için öngörülen üç aylık hak düşürücü sürenin sonunda hükmün uygulanacağı gerekçesiyle kabul edilebilir değildir.⁵⁴ Bu nedenle, TMK m.2'nin çizdiği sınır çerçevesinde belirli bir süreye tabi olmadan, başta mevcut ve müstakbel pay sahipleri⁵⁵ olmak üzere, yönetim kurulu, münferiden yönetim kurulu üyeleri, alacaklılar⁵⁶ ve hatta rakipler olmak üzere “*hukuken korunmaya değer güncel bir yararı olmak kaydıyla*”⁵⁷ üçüncü kişiler esas sözleşme hükmünün butlanının tespitini mahkemeden talep edebilir.

Hakkın konusu veya süresi bakımından belirsizlikler barındıran batıl esas sözleşme hükmünün tahvil yoluyla ayakta tutulması çoğu zaman mümkün değildir. Örneğin, kâr payında imtiyazın, bilançodan tespit edilmesi mümkün olmayan bazı olgulara istinaden yaratılması durumunda bu hükmün akdi bir hak yaratması mümkün değildir. Benzer şekilde hak sahibini, sadece sahip olduğu sermaye oranı üzerinden tanımlayan bir esas sözleşme hükmü, belirlilik ilkesi bakımından sorunlu olduğu için, korporatif nitelikte olmadığı gibi, dağılık pay sahipliği yapısını haiz bir ortaklıkta sahibi lehine akdi hak da yaratmaz. Öte yandan, örneğin sadece iki ortaklı bir şirkette, imtiyazlı grubun, belli bir sermaye oranının altındaki hissedar şeklinde tanımlanması hâlinde, kast edilen hak sahibinin belirlenebilir olması nedeniyle bu hükmün bir akdi

⁵³ Belirlilik ilkesini ihlâl eden imtiyazların uygulanmayacağı yönünde bkz. BESEN, s. 26.

⁵⁴ Oy hakkında imtiyazın tam sayı esasına göre belirlenmesi gerektiği görüşünde olan *Aytuğar*, aykırı bir düzenleme aleyhine üç aylık hak düşürücü süre içinde iptal davası açılmaması hâlinde hükmün uygulanmasının kabul edilemeyeceğini belirterek, benzer gerekçeyle, ilgili esas sözleşme düzenlemesinin batıl olduğunu savunmaktadır. Bkz. AYTUĞAR, *Oy Hakkı*, s. 140, 141.

⁵⁵ Kanaatimce hisse devir sözleşmesinin (borçlandırıcı işlem) imzalanıp henüz tasarruf işleminin yapılmadığı bir esnada, devredilecek hisselerin alıcısına da bu yetkiyi tanımak gerekir. Zira bu kişinin, ortağı olacağı bir şirkette imtiyazın mevcut olup olmadığını bilmekte hukuki yararının olduğu kabul edilmelidir.

⁵⁶ Özellikle kâr payında tanınan imtiyazlar alacaklıların menfaatini yakından ilgilendirmektedir. Zira her ne kadar, kâr dağıtımının Kanun'da emredici kurullarla düzenlenmiş olması nedeniyle, imtiyaz tesisi yoluyla dağıtılmasına izin verilen kârdan fazla kâr dağıtımı yapılamayacağı söylenebilirse de imtiyazın varlığı hâlinde genel kurulca yedeklere ayrılmasına karar verilebilecek kârın dağıtımı zorunlu olacak, bu da alacaklılar açısından risk teşkil edebilecektir. Öte yandan katılım hakları bakımından tanınan imtiyazların çoğu zaman alacaklıların menfaati açısından bir önemi bulunmamaktadır. Elbette, istisnaen, kötü yönetim nedeniyle şirketin likiditesini yitirmesi ve borçlarını ödeyemez hâle gelmesi ihtimalinde durum farklıdır.

⁵⁷ KIRCA, s. 216.

hak yaratması kabul edilebilir. Ancak her halükârda, böyle bir hüküm gerçek/maddi esas sözleşme hükmü olarak değerlendirilemez. Bu nedenle genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının eşit durumdaki her payın sahibine aynı haklar verdiği göz önünde bulundurulurken alınması gereklidir.⁵⁸

Önemle belirtmek gerekir ki, belirlilik ilkesi ile aşağıda açıklanan diğer temel ilkeleri ihlâl ederek esas sözleşmede yer verilen bir üstünlüğün sermaye artırım kararı ile alınmış olması ihtimali ayrıca değerlendirilmelidir. Bilindiği üzere, TTK m.456/4'ün TTK m.353'e yaptığı gönderme nedeniyle, sermaye artırım kararının butlanı ve yokluğunun tespiti davalarının da genel kurulun sermaye artırım kararının tescil ve ilanından itibaren üç aylık hak düşürücü süre içinde açılması gereklidir.⁵⁹ Kanımca, butlan ve yokluğun süreye tabi olmadığı temel kuralının istisnası niteliğindeki bu sonucun sadece artırım kararı için benimsenmesi, bunun yanında sermaye artırım kararı ile yeni çıkarılan paylarda imtiyaz yaratılmış olması hâlinde imtiyazın batıl olduğunun her zaman ileri sürülebileceğinin kabul edilmesi gereklidir.

III. İmtiyazın Paya Bağlanması İlkesi

A. Genel Olarak

TTK m.478/2'de kural olarak imtiyazın paya tanınan üstün bir hak olduğu belirtildikten sonra TTK m.478/3'te TTK m.360 saklı tutulmuştur. TTK m.360 uyarınca imtiyazın sadece paya tanınabileceği kuralına⁶⁰ istisna getirilmiş ve pay yanında imtiyazın “*belirli pay gruplarına*”,⁶¹ “*azlığa*” ve “*özelik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine*” tanınmasına

⁵⁸ Bkz. III, B.

⁵⁹ KIRCA, s. 224-226.

⁶⁰ TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), I, N. 782; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 25-27; AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Bası, İstanbul, 2016, s. 52; KARAMANLIOĞLU, s. 237. İmtiyazın paya bağlanması, imtiyazlı payın sahibine, bu ayrıcalıktan diğer imtiyazlı payların sahiplerinden bağımsız şekilde yararlanma imkânı verir. İmtiyazın paya bağlanmasının bir diğer doğal sonucu da payın devri hâlinde, payı devralanın imtiyaza sahip olmaya devam etmesidir. Bkz. KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 26; UYSAL, s. 50; KARAMANLIOĞLU, s. 238.

⁶¹ eTK döneminde imtiyaz olarak tanımlanması tartışmalı olan bu üstünlük, TTK m.360 ile kabul edilmiştir. Böylece hem pay yerine belirli pay grupları lehine bu ayrıcalığın yaratılmasına izin verilmiş hem de bu üstünlük açıkça imtiyaz olarak nitelendirilmiştir. eTK'nın yürürlüğü döneminde, öğreti ve Yargıtay tarafından pay grubuna tanınan ayrıcalığı imtiyaz olarak nitelendiren görüşün eleştirisi için bkz. KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 240-251.

olanak verilmiştir. Öte yandan, yönetim kurulu üye seçimi dışında tanınacak imtiyazlar bakımından paya bağlanma ilkesi mutlaktır.⁶²

Dikkat edileceği üzere, TTK m.360'ta bile imtiyazın doğrudan pay sahibine tanınmasına izin verilmemiş,⁶³ nitelikleri itibariyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri lehine imtiyaz yaratılabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle pay yerine kişiye, sığata, TTK m.334 saklı olmak üzere, makama bağlanan hakların imtiyaz olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.⁶⁴ Örneğin, belirli bir kişiye ölünceye kadar yönetim kurulu başkanlığı, murahhas üyelik ya da genel müdürlük sıfatının tanınması, yönetim kurulu başkanına üstün oy tanınması,⁶⁵

⁶² Her ne kadar, TTK m.434/2 nedeniyle oy hakkı paya değil pay sahibine bağlansa da (TE-OMAN, Ömer, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkı, Tüm Makalelerim C. III: 2002-2010, s. 170-173; TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 14-58; TORAMAN ÇOLGAR, Emek, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Oy Hakkının Özellikleri ve Kullanılması, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul, 2010, s. 1719-1723), TTK m.478'in, TTK m.434/2'ye nazaran özel hüküm olması nedeniyle imtiyazın ancak paya tanınabileceği kuralı oy hakkı için de geçerlidir.

⁶³ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), C. 1, s. 428, 429; BESEN, s. 36; YATAĞAN ÖZKAN, Çığdem, s. 53; BALTALI, s. 237-242; VEZİROĞLU, Cem, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, İstanbul, 2021, s. 320, 321. Aksi görüş için bkz. ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP), I, N. 587; OKUCU TAFTALI, s. 22; ÇAMOĞLU, Ersin, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili, Arslanlı Bilim Arşivi, www.arslanlibilimarsivi.com, s. 2. Yazar, imtiyazın kişiye tanınması hâlinde temsil edilme hakkının hak sahibinin hayatı ile sınırlı olacağı kanaatindedir. Bkz. ae., s. 2. Aynı yönde, MEMİŞ, Tekin, Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikli Pay Sayılır Mı?, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16 Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014, s. 3111; UYSAL, s. 51, 52.

⁶⁴ v. d. CRONE, § 12, N. 446; İMREGÜN, Oğuz, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumî Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilâfları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul, 1962, s. 87; TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), I, N. 789; TEOMAN, Ömer, Ayrıcalıklı Paylar, Yaşayan Ticaret Hukuku C. 1: 1982-1991, İstanbul, 2011, s. 15; TEKİL, Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1998, s. 406, 407; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 26; PULAŞLI, Şerh, s. 1298; KIRCA, İsmail / GÜREL, Murat, Bazı Pay Sahipleri Diğerlerinden Daha mı İmtiyazlı? 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 478. Maddesinin 4. Fıkrası Hakkında Bir İnceleme, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, C. II, Ankara, 2013, s. 1039; ARICI, s. 156; AYTUĞAR, Oy Hakkı, s. 136; BALTALI, s. 61, 62; ÖLMEZ, s. 29.

⁶⁵ İmtiyaz olarak kabul edilmemekle birlikte bu düzenleme eTK döneminde geçerli kabul edilmekteydi. Bkz. TEKİNALP, Ünal, Yönetim Kurulu Başkanının Üstün Oya Sahip Olup Olamayacağı Sorunu, İkt. Mal. Der., C. XVIII, S. 8, 1971-1972, s. 303, 304. Aksi yönde bkz. ÜLGEN, Hüseyin, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Başkanının Üstün Oyu, Batider, C. VI, S. 4, 1972, s. 681, 685. Kanaatimce, eşitlik hâlinde başkana üstün oy tanınmasına ilişkin düzenlemelerin, nisbi emredici nitelikteki asgari nisapları azalttığından, geçerli olmadığı kabul edilmelidir. Kaldı ki TTK m.390/3 de varılan bu sonucu tasdik etmektedir. Bkz. TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-96.

genel kurul kararlarında veto hakkı tanınması, kurucu pay sahiplerinin şahsına tanınan mali haklara yönelik düzenlemeler⁶⁶ ya da kârda, tasfiye bakiyesinde veya rüçhan hakkında tanınan üstünlükler, geçerliklerine ilişkin tartışmalar bir yana, imtiyaz olarak kabul edilemeyecektir.

B. İmtiyazın Paya Bağlanması İlkesinin İhlâlinin Sonuçları

Şahsa tanındığı için imtiyaz olarak nitelendirilemeyeceği hususunda tartışma bulunmayan hakların geçerli olup olmadığı ve geçerli olması hâlinde hukuki sonuçlarının tespiti kolay değildir. Merkezi pay olmayan ve üstünlük tanıyan bu haklar, esas sözleşmede tanınsa dahi öğretide⁶⁷ ve Yargıtay kararlarında⁶⁸ akdi hak olarak nitelendirilmektedir. Zira, aksi bir düzenleme, imtiyazın TTK m.360 saklı olmak üzere ancak paya bağlanabileceğini öngören TTK m.478'den sapma anlamına gelir ki böyle bir sapmaya, Kanun'da izin verilmemiştir. Bu bakış açısının doğal sonucu olarak bu düzenlemelerin ortaklıksal sonuç doğurmayacağı ve üstün hak sahiplerinin, imtiyazlı paylara tanınan özel korumadan yararlanmayacağı⁶⁹ kabul edilmektedir. Bu tespit, esas sözleşmede yer alsa dahi bazı hükümlerin korporatif niteliği bulunmamasından kaynaklanır. Nitekim, esas sözleşmede yer alan hükümler gerçek/gerçek olmayan, maddi/şekli ya da korporatif olan/olmayan hükümler şeklinde ayırma tabi tutulur.⁷⁰ Korporatif hükümler ortaklıksal sonuç doğurup, mevcut ve müstakbel pay sahiplerini bağlarken şekli esas sözleşme hükümleri sadece taraflar arasında geçerli olur.⁷¹ Aşağıda öncelikle, imtiyaz olarak kabul edil-

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 26, 27.

⁶⁷ TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), I, N. 789; KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 46; PULAŞLI, Şerh, s. 1298; UYSAL, s. 50; BESEN, s. 30; OKUCU TAFTALI, s. 110, 111.

⁶⁸ Y. 11. HD, 25.12.1987, E. 3565, K. 7565; 1.3.1995, E. 1994/7391, K. 1995/1777; 13.2.2013, E. 2011/15478, K. 2013/2491; 27.6.2012, E. 2012/19169, K. 2014/6894; 10546 sayılı kararlar. Yargıtay kararlarının geniş bir analizi için bkz. ARICI, s. 167-191; VEZİROĞLU, s. 321-326.

⁶⁹ İmtiyazın korunması hakkında genel bilgi için bkz. ORUÇ, Murat, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkta İmtiyazların Korunması, Batider, C. XXVI, S. 4, 2010, s. 169-203; UYSAL, s. 143-229; BİLGEÇ, s. 233-316; AYTUĞAR, Oy Hakkı, s. 145-150.

⁷⁰ Birçokları yerine bkz. PREISTER, Hans-Joachim, Nichtkorporative Satzungsbestimmungen bei Kapitalgesellschaften -Begriff, Abgrenzung, Behandlung, Der Betrieb, C. XXVII, No: 1, 1979, s. 681 vd.; OKUTAN NILSSON, s. 95, 96; VEZİROĞLU, s. 278, 279, 300-315. Esas sözleşmenin korporatif nitelikte olmayan hükümleri TTK m.340'ta öngörülen emredici hükümler ilkesine tabi değildir. Diğer bir ifadeyle, zaten bu hükümler, TTK m.340 hükmünün denetimine takıldığı için korporatif nitelikte değildir. Alman hukukunda AktG § 23/5'in pay sahipleri sözleşmelerine uygulanmayacağı yönünde bkz. PENTZ, Andreas, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, (Ed. Goette/Habersack/Kalss), 1. Band, 5. Bası, 2019, § 23, N. 196.

⁷¹ KOCH, Jens (HÜFFER, Uwe / KOCH, Jens), Aktiengesetz, 16. Bası, 2022, § 23, N. 46;

mesi mümkün olmayan düzenlemelerin akdi hak olarak kabul edilebilmesi için gerekli şartlar irdelendikten sonra, bu düzenlemelerin çeşitli ihtimallere göre hukuki sonuçları tartışılmıştır.

Esas sözleşmede yer almasına rağmen, örneğin doğrudan kişiye tanındığı için imtiyaz olarak kabul edilmesi mümkün olmayan bir düzenlemenin, menfaat sağladığı kişiye bir akdi hak verdiğinin kabulü ancak, bu esas sözleşme düzenlemesinin tahvil yoluyla⁷² ayakta tutulabilmesine bağlıdır. Esas sözleşme hükmünün tahvil yöntemi ile ayakta tutulabilmesi için bu hükmün öncelikle, (i) kesin hükümsüz olması, (ii) geçersiz olduğunun taraflarca bilinmemesi, (iii) yedek işlemin hükümsüzlüğü öngören normun anlam ve amacına ters düşmemesi ve (iv) yedek işlemin geçerlilik şartlarının gerçekleşmiş olması⁷³ gerekir. Anonim ortaklıklar hukukunun temel ilkelerine aykırı şekilde kişiye üstünlük tanıyan bir hükmün, TTK m.447 ve TBK m.27 çerçevesinde kesin hükümsüz olduğu, ancak bu hükümsüzlüğün taraflarca bilinmediği, tahvilin hükümsüzlüğü öngören normun amacına ters düşmediği ve şekle tabi olmayan bir borç sözleşmesi hükmü olduğu kolaylıkla savunulabilir. Ancak tahvil için aranan (v) “*yedek işlemin kesin hükümsüz işlem ile aynı veya benzer sonuçlar doğuran, fakat ondan daha ileriye gitmeyen*”⁷⁴ bir nitelik taşıması şartına ihtiyatla yaklaşmak gerekir. Bu şartın örneğin *sözde* kâr payında imtiyaz tanınması hâlinde sağlandığı kabul edilebilir. Zira, tahvil yöntemiyle hüküm pay sahibinin, lehine kâr payında üstünlük tanınan sözde imtiyaz sahibi diğer pay sahibine, kendi payına düşen kârın bir kısmını temlik etmeyi taahhüt ettiği şeklinde yorumlanabilir. Yani bu sözleşme hükmünün, sözde imtiyazı dikkate almadan sermaye oranları ölçüsünde pay sahiplerine kâr payı dağıtımı yapıldıktan sonra, fazlaya ilişkin hakkın devri yönünde bir taahhüt

⁷² Konunun ayrıntılı takdimi için bkz. OKUTAN NILSSON, s. 102-104; VEZİROĞLU, s. 293, dn. 499 ve 310-315. İsviçre hukuku için bkz. FORSTMOSER, Peter, Der Aktionärbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht, Aktuelle Aspektes des Schuld - und Sachenrechts: Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Ed. Heinrich Honsell et al., 2003, s. 401-403. Alman hukukunda AktG § 23/5'e aykırılık nedeniyle geçersiz olan bir esas sözleşme hükmünün, geçersiz bir genel kurul kararının tescil edilmesinden itibaren 3 yılın geçmesiyle geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği hakkındaki AktG § 242/2 hükmünden yararlanılarak ayakta tutulabileceği savunulmaktadır. Bkz. PENTZ, § 23, N. 172; LIMMER, Peter, Grosskommentar, (Ed. Spindler/Stilz), 2022, § 23, N. 53. Öte yandan TTK'da benzer bir hüküm bulunmaması nedeniyle böyle bir sonucun kabul edilebilmesi mümkün değildir.

⁷³ Tahvilin koşulları için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip (HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir), Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, 6. Bası, İstanbul, 2014, § 44, N. 31 vd.

⁷⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 44, N. 39.

şeklinde yorumlanması mümkündür.⁷⁵ Yine belli bir kişiye yönetim kurulunda temsil edilme üstünlüğü veren hakkın imtiyaz olarak kabul edilmemesi hâlinde de bu düzenlemenin, pay sahiplerinin akdi hak sahibi kişi ya da onun önereceği aday lehine genel kurulda oy kullanmayı taahhüt ettiği şeklinde yorumlanabilir.

Veto hakkını içeren düzenlemelerin, öğretilerde aksi yöndeki görüşlere rağmen, kanımca imtiyaz olarak kabul edilmemesi gereklidir.⁷⁶ Veto hakkı, sahibinin rızası olmaksızın genel kurulda belirli kararların alınmasını engelleme yetkisi verdiği için, aslında bu düzenlemeler ile diğer pay sahiplerinin, veto yetkisini haiz pay sahibinin iradesine rağmen karar alınmasını sağlayacak şekilde oy kullanmamayı taahhüt ettiği kolayca söylenebilir. Diğer bir ifadeyle, veto hakkına ilişkin düzenlemeler tahvil yoluyla ayakta tutulduğunda akit pay sahipleri açısından daha ağır sonuçlar doğurmamaktadır. Her ne kadar, dağıntık pay sahipliği bulunan ya da kurucu pay sahiplerinin artık hissedar olmadığı bir ortaklıkta tahvil mümkün görülmemekte ise de,⁷⁷ veto hakkına ilişkin düzenlemeleri ayrı düşünmekte fayda vardır. Örneğin, veto hakkı veren hüküm kuruluş esas sözleşmesinde düzenlenmiş ve bu sözleşmede beş ortaktan biri lehine veto hakkı öngörülmüş olsun. Kurucu ortakların ikisinin hissedar sıfatını yitirmesi hâlinde bile, tahvil için aranan diğer şartların sağlanması kaydıyla, diğer iki ortağın akdi hak sahibinin iradesi yönünde oy kullanmayı taahhüt ettiği yönünde veto hakkı veren hükmün ayakta tutulması mümkündür.

⁷⁵ Alman hukukunda savunulan bir görüşte bir adım daha ileri gidilerek, Federal Mahkeme'nin 1983 tarihli kararına atıfla (BGH NJW 1983, 1910, 1911), pay sahipleri sözleşmesine tüm ortakların taraf olması ve bu sözleşmede öngörülen hükümlerin sadece mevcut pay sahiplerinin menfaatlerini ilgilendirmesi kaydıyla, bu sözleşme hükmünün esas sözleşme hükmünün yerine geçeceği savunulmaktadır. Bkz. KOCH, § 23, N. 47. Türk hukuku için kabul edilmesi mümkün olmayan bu yorum uyarınca, yönetim kurulunun pay sahiplerine akdi hakları ölçüsünde dağıtım yapması gerekir. Ancak Koch'un Federal Mahkeme kararına dayalı bu görüşü öğretinin büyük çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir. Bkz. PENTZ, § 23, N. 202.

⁷⁶ Öğretilerde bir grup yazar, belirli *pay grubu* lehine veto hakkı veren esas sözleşme hükümlerinin imtiyaz yarattığını savunmaktadır. Bkz. TEOMAN, Ömer, Karar İncelemesi (Yargıtay Ticaret Dairesi, 25.1.1972, E. 1971/4843, K. 1972/356), Batider, C. VII, S. 4, 1974, s. 951, 952; ALTAY, S. Anlam, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures), İstanbul, 2009, s. 497, 498; BALTALI, s. 102, 103; VEZİROĞLU, s. 410; TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 9-09j; YATAĞAN ÖZKAN, s. 40-42. Bu düzenlemeleri nisaba yönelik düzenleme kabul eden görüş için bkz. KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 302. Bu düzenlemelerin nisaba ilişkin düzenlemelerden ayrılması gerektiği, TTK'nın oyda imtiyaz sistemi ile bağdaşmaması, karar alma yetkisini adeta genel kuruldan alarak veto hak sahibine devreden bu düzenlemelerin TTK m.408'i ihlâl etmesi gerekçeleriyle korporatif etkiyi haiz olmayacağı görüşü için bkz. TORAMAN ÇOLGAR, İmtiyaz, s. 114-120.

⁷⁷ Bkz. FORSTMOSER, s. 403.

Öte yandan sözde bir oyda imtiyaz düzenlemesinin her zaman bir oy tahhüdü şeklinde değerlendirilmesi mümkün olmayabilir. Mesela, dağınık pay sahipliği yapısının söz konusu olduğu bir ortaklıkta, bir pay sahibi lehine tanınan sözde oyda imtiyazın varlığı her şartta diğer tüm pay sahiplerinin akdi hak (sözde imtiyaz) sahibiyle paralel şekilde oy kullanma yükümlülüğüne tabi olduğunun kabul edilmesi için yeterli değildir. Nitekim, sermayesi itibari değeri eşit 100 paya bölünen bir şirkette, sermayenin %3'üne sahip bir kişinin sahip olduğu her payın 15 oy hakkı vereceğinin öngörülmesi buna örnektir. Zira, bu kişi sahip olduğu 45 oy ile tek başına karar alabilme imkânından yoksundur. Öte yandan %60-%40 şeklinde bir sermaye dağılımına sahip ortaklıkta, %40 lehine yaratılan 1 paya 2 oy hakkı şeklindeki düzenleme aslında kararın akdi hak sahibinin iradesi doğrultusunda alınmasını öngördüğünden, sermaye çoğunluğuna sahip hissedarın diğer pay sahibine karşı oy tahhüdü bulunduğu kabul edilebilir.

Nihayet tahvil için aranan bir diğer şart olan (vi) “ *tarafların yaptıkları işlemin geçersiz olduğunu bilselerdi yedek işlemi istemiş olacaklarının söylenebilmesi*”⁷⁸ şartını da ayrıca değerlendirmek gerekir. Zira, akdi hak olarak nitelemenin bir diğer önemli sonucu da hakkın ancak akdin taraflarının mutabakatı ile değiştirilebilmesidir.⁷⁹ Öte yandan sadece bu açıdan değerlendirildiğinde, esas sözleşmede tanınan akdi hakkın sahibine imtiyazlı haklar için TTK’da öngörülen korumaya nazaran daha üstün bir koruma bahsettiği dahi savunulabilecektir.⁸⁰ Çünkü imtiyazın genel kurulda TTK m.421/1’de öngörülen nisapla sınırlandırılması, hatta kaldırılması⁸¹ ve alınan bu kararın bazı imtiyazlı pay sahiplerinin özel kuruldaki muhalefetine rağmen⁸² onay-

⁷⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 44, N. 40. Bu şarta açıkça kararında değinen İsviçre Federal Mahkemesi kararının (BGE 25 II 14) analizi için bkz. FORSTMOSER, s. 402, 403.

⁷⁹ KENDİGELEN, Yönetimde İmtiyaz, s. 46; BESEN, s. 30; VEZİROĞLU, s. 283.

⁸⁰ Akdi hak şeklindeki kabulün, adeta bu hakkı müktesep hak seviyesine çıkardığı gerekçesiyle bu görüşü eleştiren *Arıcı*’nın ayrıntılı analizi için bkz. ARICI, s. 166-170. Yazar, imtiyazı kişiye bağlayan esas sözleşme hükümlerini batıl kabul etmektedir. Bkz. ae., s. 168, 169. *Karasu* da bu hakları geçersiz saymasına rağmen, gerçekte imtiyaz olmayan bu hakkın esas sözleşme ile kaldırılması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. KARASU, Rauf, Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı, TFM 2016/1, s. 34, 35. Kanımca, hakkı veren esas sözleşme hükmü geçersizken bu hükmün sözleşme değişikliği ile kaldırılabilmesini kabul etmek güçtür.

⁸¹ Aynı yönde, bkz. AYTUĞAR, Oy Hakkı, s. 420.

⁸² İmtiyaza zarar veren esas sözleşme değişikliğine ilişkin genel kurul kararının imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunda onaylanabilmesi için gerekli nisap TTK m.454/3’ün lafzı nedeniyle tartışıla-

lanması mümkündür. Halbuki tanınan hakkın akdi hak olarak nitelendirilmesi hâlinde akdi hak sahibinin rızası olmaksızın hakta bir değişiklik yapılamaz, bu yönde bir genel kurul kararı alınamaz, alınsa bile bu kararın sözleşmenin tarafları arasındaki ilişkiye herhangi bir etkisi olmaz.⁸³

Ancak bu noktada, gerçek olmayan (şekli) esas sözleşme hükümlerinin sözleşmesel yorum kurallarına göre yorumlanması gereği hatırlanmalıdır.⁸⁴ Yani burada yapılması gereken, akdi hak yaratan hükmün, dürüstlük kuralı ışığında ve tarafların gerçek iradeleri doğrultusunda yorumlanmasıdır.⁸⁵ Bu nedenle sözleşmenin taraflarının kendilerince bilinen şartlar dahilinde aslında gerçek bir imtiyaz yarattıklarını düşünmeleri haklı ise bu kez, yaratılan imtiyazın oybirliği ile değiştirilmesi konusunda mutabık kalmadıkları, imtiyazın değiştirilmesi için yeterli nisapla bu akdi hakta değişiklik yapılabileceğini baştan kabul ettikleri de savunulabilir. Örneğin, üstünlüğün görünüşte bir pay grubu lehine yaratıldığını düşünelim. Ancak bu pay grubu, yeterli şekilde tanımlanmadığı için belirlilik ilkesini ya da grubun pay sahibi odaklı oluşturulması nedeniyle imtiyazın paya bağlanması kuralını ihlal ettiğini ve dolayısıyla bu hakkın sadece akdi hak yarattığını varsayalım. Yaratılan gruptaki payların tek bir pay sahibi olması durumunda, şüphesiz bu hak ister imtiyaz olarak isterse akdi hak olarak nitelensin, bu hakta, hak sahibinin rızası dışında değişiklik yapılamaz.

bilir niteliktedir. Zira anılan hükümdeki “*sermayenin yüzde altmışının çoğunluğu*” şeklinde ifade edilen toplantı nisabının haklı olarak yüzde altmışın çoğunluğu olan %30 artı bir pay şeklinde yorumlanması mümkündür. Öte yandan sehven yapıldığı düşünülen bu tercihe rağmen öğretilerde toplantı nisabı yüzde altmış olarak kabul edilmektedir. Bkz. ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP), I, N. 588d; AYTUĞAR, Oy Hakkı, s. 434. Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik’te ise, açıkça hüküm öngörülerek belirsizlik sonlandırılmak istenmiştir. Anılan yönetmeliğin 22/13 maddesi “*İmtiyazlı pay sahipleri özel kurul toplantısında, imtiyazlı payları temsil eden sermayenin en az yüzde altmışına sahip pay sahiplerinin veya temsilcilerinin hazır bulunmaları şarttır. Kararlar, toplantıda temsil edilen payların çoğunluğu ile alınır.*” hükmünü haizdir. Ancak açıktır ki, hangi yorum benimsenirse benimsensin, bazı imtiyazlı pay sahiplerinin muhalefetine rağmen, imtiyaza zarar veren genel kurul kararının özel kurulda onaylanması mümkündür.

⁸³ Aynı yönde bkz. ARICI, s. 168; VEZİROĞLU, s. 282, 283.

⁸⁴ OKUTAN NILSSON, s. 109; FLEISCHER, Holger, Zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen Notizen aus rechtsdogmatischer und rechtsvergleichender Sicht, Der Betrieb, No: 26/27, 2013, s. 1466. Öte yandan, esas sözleşmenin gerçek hükümlerinin yorumunda kural olarak objektif yorum yapılsa da (PENTZ, § 23, N. 40, 200; LIMMER, § 23, N. 60) bu hususun çeşitli menfaat sahipleri bakımından yerindeliği öğretilerde tartışılmaya devam etmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. FLEISCHER, s. 1466-1476.

⁸⁵ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU (HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 32, N. 11, 12; OKUTAN NILSSON, s. 105.

Öte yandan bu hak imtiyaz olarak nitelendirilebilse idi, genel kurulda hakkın değiştirilmesi için oybirliği gerekmeyecek, TTK m.421/1’de öngörülen nisapla karar alınabilecek ancak ardından bu kararın, imtiyazlı hak sahibi tarafından onaylanması gerekecekti. Dolayısıyla, hakkın akdi hak yarattığı kabul edilse bile, yine, akdi hak sahibinin onaylaması kaydıyla bu hakta gerekli çoğunlukla değişiklik yapılabileceği kabul edilmelidir. Böyle bir sonuca varıldığında ise, aslında tahvil için aranan “ *tarafların yaptıkları işlemin geçersiz olduğunu bil-selerdi yedek işlemleri istemiş olacaklarının söylenebilmesi*” şartının da kolaylıkla sağlandığı kabul edilebilir. Benzer şekilde, sözde imtiyazlı pay grubunun içinde birden fazla hissedarın bulunması durumunda da grubun içindeki hissedarların farazi iradelerinin, sözde imtiyazda, imtiyazlı grubun çoğunluğunun rızasıyla değişiklik yapılması yönünde olduğu kabul edilebilir.

İmtiyazın paya bağlanması ilkesini ihlâl ettiği için geçerli olarak kurgulanmamış bir esas sözleşme hükmünün tahvil için aranan şartların sağlanması nedeniyle akdi hak olarak kabul edilmesi hâlinde şirket yönetim kurulunun ve genel kurulunun bu düzenlemeleri dikkate almaması gerekir. Yani, örneğin belirli bir pay sahibi lehine tanınan “*sözde*” oyda imtiyazın, genel kurulda sahibine fazla oy vermemesi, fazla oy kullanmasına izin verilerek alınan genel kurul kararının ise -fazladan kullanılan oyun kararın alınmasında etkili olması hâlinde- geçersiz kılınması gereklidir. Mesela, sermayesinin itibari değeri eşit 100 paya bölüdüğü bir anonim şirketin esas sözleşmesinde, sermayenin %25’ine (25 pay) sahip (A)’nın her payının 15 oy hakkı vereceği düzenlenmiş olsun. Ağırlaştırılmış nisabın aranmadığı bir kararın oyladığı genel kurulda, “*sözde*” oyda imtiyazlı (A) ve 15 adi paya sahip (B)’nin olumlu yönde ve 60 adi paya sahip (C)’nin olumsuz yönde oy kullandığı varsayımında, gerçekte oyda imtiyaza sahip olmayan (A) ile (B)’nin oyları toplamı 40 iken olumsuz yönde kullanılan oy sayısı 60 olacağından kararın alınmaması gereklidir. Ancak, kişiye tanınan akdi hakkın yanlış bir şekilde imtiyaz olarak nitelendirilmesi ihtimalinde, (A)’nın (25*15=375) ve (B)’nin 15 olumlu oyu olmak üzere toplam 390 olumlu oya karşılık (C)’nin aleyhte 60 oyu kararın alınmasına engel olmayacaktır. Kanaatimce bu durumda, toplantı tutanağından anlaşılması mümkün, şekli bir eksiklikten söz edilemeyeceği için⁸⁶ karar aleyhine

⁸⁶ Kural olarak toplantı ve karar yetersayılarına uyulmaksızın alınan kararlar yoktur. Yokluk sonucu bakımından yetersayının kanunda ya da esas sözleşmede öngörülmesi fark yaratmamalı, diğer bir ifadeyle, esas sözleşmede yetersayının ağırlaştırılmış olması ihtimalinde dahi, esas sözleşmenin ihlâli nedeniyle iptal davası açılacağı kabul edilmemelidir. Bkz. KIRCA, s. 8, 9.

muhalif kalan (C)'nin üç aylık hak düşürücü süre içinde iptal davası açması gereklidir. İptal davasında (C), TTK m.446/1-b'ye istinaden “*genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin*”⁸⁷ toplantıya katılıp oy kullandıklarını” ve “... sayılan aykırılığın kararın alınmasında etkili olduğunu” ileri sürerek kararı iptal ettirebilecektir. Böyle bir ihtimalde, davacı pay sahibinin alınan kararın ayrıca TTK m.445'te belirtilen şekilde kanuna, esas sözleşmeye ya da dürüstlük kuralına aykırı olduğunu iddia ve ispat etmesi aranmayacaktır.⁸⁸

Benzer şekilde, yönetim kurulu, kâr payını, esas sözleşmedeki örneğin kişiye tanınan sözde kârda imtiyaz hükmünü dikkate almadan, pay sahiplerine sermaye oranları nispetinde dağıtmalıdır. Aykırı bir dağıtımın ise TTK m.512 uyarınca haksız bir dağıtım⁸⁹ olarak kabul edilmesi ve iadesi gereklidir. Bu durumda elbette özellikle kârını temlik etme taahhüdü bulunmayan pay sahiplerinin, haksız ve imtiyazlı dağıtım kararı⁹⁰ aleyhine iptal davası açmaları ve kararın yürütülmesinin geri bırakılmasını talep etmeleri (TTK m.449) faydalı olacaktır. Yine, imtiyaz olarak kabul edilmeyecek bir şekilde rüçhan hakkında üstünlük tanınması hâlinde yönetim kurulunun TTK m.461'e istinaden pay sahiplerine rüçhan hakkını kullandırması, taahhüdü geçerli kabul edilen pay sahiplerinin akdi hak sahibine rüçhan haklarını devretmesi beklenir. Üstünlüğün yönetim kurulunca dikkate alınması hâlinde, rüçhan hakkının yanlış kullandırıldığı sermaye artırımı kararının iptali gerekir.

⁸⁷ Hükmün lafzı, pay sahipliği haklarının ve dolayısıyla oy hakkının donması ya da pay sahibi olmayan kişilerin toplantıya katılması hâllerinde olduğu gibi, hükmün sadece genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin katılıp oy kullanması hâllerine hasredilmesine olanak vermektedir. Örneğin *Teoman*, pay sahibinin oydan yoksun olduğu bir konuda oy kullanmasını, ilgili pay sahibinin diğer gündem maddeleri için oy kullanabilmesi ve dolayısıyla genel kurula katılma yetkisi bulunması nedeniyle TTK m.446 (eTK m.381/1, 361/3) kapsamında değerlendirmemektedir. Bkz. TEOMAN, *Oydan Yoksunluk*, s. 204. Ancak kanaatimce, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin kullandığı oy kavramının kapsamına, toplantıya katılma yetkisi bulunan oydan yoksun pay sahiplerinin kullandığı oy da dâhil edilmelidir. Aynı yönde, KIRCA, s. 162. Bu anlamda, gerçekte imtiyazı olmamasına rağmen, varmışçasına fazla oy hakkı kullanan pay sahiplerinin statülerini de oydan yoksun pay sahiplerine benzetmek mümkündür.

⁸⁸ KIRCA, s. 157.

⁸⁹ Sözü edilen TTK m.512'de ayrıca kötü niyet şartının aranması hükmün uygulanma alanını daralttığından TTK m.512'de değişiklik yapılması önerilmektedir. Bkz. TORAMAN ÇOLGAR, *Borçlanma Yasağı*, s. 395, 396.

⁹⁰ Elbette, genel kurulda sadece dağıtım kararının verilmesi ve dağıtım miktarının yönetim kurulunca belirlenmesi hâlinde iptal davası açılmasına gerek yoktur.

Esas sözleşme düzenlemesinin, sahibine akdi bir hak verdiği kabul edildiğinde çözülmesi gereken diğer önemli bir sorun da söz konusu akde aykırılığın bir tazminat borcu doğurup doğurmayacağı, sorunun olumlu ya- nıtlanması hâlinde tazminat talebinin kime yöneltilebileceğidir. Problemi so- mutlaştırmak adına, yukarıdaki *sözde* oyda imtiyaz örneğinde, esas sözleşme- deki düzenlemeye rağmen, ancak haklı şekilde, genel kurulda hak sahibinin fazla oy kullanmasına müsaade edilmemesi ve diğer pay sahiplerinin *sözde* oyda imtiyaz sahibinin iradesine aykırı şekilde oy kullanması, yönetim ku- rulu üyesi seçiminde akdi hak sahibinin önerisinin reddedilmesi ya da veto hakkı sahibinin olumsuz yönde oy kullandığı hâllerde genel kurulun yeterli nisapla karar alması ihtimalleri değerlendirilmelidir.⁹¹ Kanaatimce, ortaklıklar hukukunun özgün kuralları ve yapısı, esas sözleşmede öngörülen ve imtiyaz kabul edilmeyen bir üstünlüğün akdi bir hakkın tüm sonuçlarını doğurmaya elverişli değildir. Bilindiği üzere, kural olarak⁹² pay sahibinin genel kurulda kullandığı ya da kullanmadığı oy dolayısıyla sorumluluğu yoktur.⁹³ Zira, pay sahibi oy haklarını kullanırken anonim ortaklığın menfaatlerini gözetmek zo- runda değildir.⁹⁴ Ancak elbette, pay sahibinin şirkete zarar vermek kastıyla oy kullanması TBK m.49/2 uyarınca sorumluluk doğurur.⁹⁵ Kaldı ki, *sözde* imti- yaz kuruluş esas sözleşmesinde öngörüldükten sonra, ihtilaf vuku bulduğunda hissedarlık yapısı değişmiş, ya da değişik esas sözleşmede “sözde” imtiyaz sermayenin %25’inin muhalefetine rağmen ihdas edilmiş olabilir. Bu durum- larda, hak sahibinin akde aykırılık nedeniyle, artık hissedar olmayan kurucu- ların ya da imtiyaz öngören değişik esas sözleşme hükmünün kabulü lehinde oy kullanan pay sahiplerinin sorumluluğuna gitmesi güçtür. Benzer şekilde,

⁹¹ Oy taahhüdünün çeşitli örnekleri olan bu durumlarda, taahhüdün aynen ifasının mümkün olup olmadığı konusundaki ayrıntılı bilgi için bkz. MOROĞLU, Erdoğan, Oy Sözleşmeleri, 5. Bası, İstanbul, 2015, s. 108-124; OKUTAN NILSSON, s. 344-384. Ancak her halükârda sözleşmeye aykırı şekilde kullanılan oylarla alınan kararın, sadece sözleşmeye aykırılık nedeniyle, iptali istenemez. Bkz. OKUTAN NILSSON, s. 288, 289. Varılan bu sonucu, temsilcinin talimata aykırılığın oyu geçersiz kılmayacağını düzenleyen TTK m.427 de desteklemektedir.

⁹² Bu kuralın önemli bir istisnasına, hâkim teşebbüsün, hâkimiyetin uygulanması ile gerçekleş- tirilen ve bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan, birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişik- liği gibi genel kurulda alınan karar (kullandığı oy) nedeniyle sorumluluğu hakkındaki TTK m.202/2’de rastlanır.

⁹³ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 14-54a, 14-54b.

⁹⁴ TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 12.

⁹⁵ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 14-54b.

hak sahibinin şirkete karşı bir talep hakkı da yoktur.⁹⁶ Fakat istisnai olarak, durumun haklı göstermesi şartıyla, kuruluştaki ortaklık yapısının değişmediği ya da değişimin önemli nitelikte olmadığı⁹⁷ bir anonim ortaklıkta,⁹⁸ pay sahiplerinin bu taahhütlerine aykırı davranmaları nedeniyle tazminat sorumlulukları gündeme gelebilir. Ancak elbette, burada sorumluluğun şartları olan kusur, zarar ve borca aykırılık ile zarar arasındaki uygun nedensellik bağının varlığı gerekecektir.⁹⁹ Sözde imtiyaz sahibinin akde aykırılık nedeniyle kimlerden zararının tazminin isteyebileceği sorusunun yanıtı diğer imtiyazlarda da paraleldir. Ancak malvarlıksal haklarda üstünlük yaratan düzenlemelerin ihlâli hâlinde en azından zararın ispatı görece kolaydır.

IV. İmtiyazın Anayasa'ya ve Eşit İşlem İlkesine Uygun Tesis Edilmesi

A. Genel Olarak

Her ne kadar, TTK m.357'de benimsenen eşit işlem ilkesi ile mutlak eşitliğin kast edilmediği ve Kanun'a uygun imtiyaz tesisinin bu ilkeyi ihlâl etmediği yukarıda açıklansa da¹⁰⁰ eTK'dan aktarılan ve öğretilde yoğun olarak eleştirilen TTK m.478/4'e ilkeler bakış açısıyla kısaca değinmekte fayda vardır. Anılan düzenleme ile sermayesinin yarısından fazlası tek başına veya birlikte;¹⁰¹ belirli tüzel kişilere ait olan anonim ortaklıklarda ve bu şirketlerin aynı oranda sermaye payına sahip oldukları iştiraklerinde;¹⁰² hükümde sayılan

⁹⁶ ARICI, s. 169. Yönetime katılma haklarında üstünlük tanıyan düzenlemeler ortaklığın genel kurulundaki karar alma usulünü ilgilendirdiğinden, bu düzenlemeler ayrı bir pay sahipleri sözleşmesinde düzenlenseler ve ortaklık bu sözleşmeye taraf olsa dahi yine hak sahibinin şirkete karşı bir talep hakkı olamaz. Bkz. OKUTAN NILSSON, s. 313, 314.

⁹⁷ Örneğin, %60 ve %40 şeklindeki bir ortaklık yapısını haiz şirkette hâkim pay sahipliğinin değişmesine yol açmayan pay devirleri hâlinde de akde aykırı davranan pay sahibinin sorumluluğuna gidilebilir.

⁹⁸ Gündeme gelen sorun, tüm pay sahiplerinin taraf olduğu sözleşmeye aykırı kullanılmış oya dayanarak alınan genel kurul kararının iptalinin mümkün olup olmadığı tartışmasını hatırlatmaktadır. Soruyu istisnai hâllerde olumlu yanıtlayan görüş için bkz. OKUTAN NILSSON, s. 289-300.

⁹⁹ *Moroğlu*, özellikle zararın ispatının güçlüğü nedeniyle sözleşmede cezai şart öngörülmesini önermektedir. MOROĞLU, s. 86.

¹⁰⁰ Bkz. Giriş.

¹⁰¹ Birlikte hareket eden kavramının nasıl belirleneceği için bkz. KIRCA / GÜREL, s. 1042, 1043.

¹⁰² Bu açıdan Devlete ait bir anonim şirket olarak kabul edilebilecek Türkiye Varlık Fonu'nun sermayesinin %50'sinden fazlasına sahip olduğu iştiraklerinde de fonun dışındaki ortaklar lehine imtiyaz tanınmayacak olmasının müstakbel yatırımlar üzerindeki olumsuz etkisi sorgulanabilir.

tüzel kişiler dışındaki pay sahipleri lehine imtiyaz tesis edilmesi yasaklanmıştır.

Değerlendirmeye geçilmeden önce hükmün ilginç olan yasalâşma süreci¹⁰³ kısaca hatırlanmalıdır. Konu hakkındaki ilk düzenleme, eTK'nın yürürlükte olduğu, TTK'nın intibak süresi içinde, 29.3.2011 tarihli ve 6215 sayılı Kanun'un¹⁰⁴ 15. maddesi ile eTK 401'e 2. ve 3. fıkralar¹⁰⁵ eklenmek suretiyle yapılmıştır. Söz konusu hükümler ise 6300 sayılı Kanun'un¹⁰⁶ 9. maddesi ile değişikliğe uğramıştır.¹⁰⁷ 6300 sayılı Kanun ile değişik eTK 401/3'te esas sözleşmelerinde söz konusu yasağa aykırı hüküm bulunan anonim şirketlerin esas sözleşmelerini 15.6.2012 tarihine kadar tadil etmeleri öngörülmüş, esas sözleşmenin tadil edilmemesi hâlinde ise kanuna aykırı olarak tanınan imtiyazların kendiliğinden geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır.

TTK tasarısında yer almayan bu yasa, TTK'ya 6335 sayılı Kanun'un 25. maddesi ile eklenmiş ancak esas sözleşmede değişiklik yapılmaması

¹⁰³ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA / GÜREL, s. 1029-1031.

¹⁰⁴ Bkz. Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG, 12.4.2011, S. 27903.

¹⁰⁵ 6215 sayılı Kanun'un 15. maddesi, "*Pay sahipleri arasında Devlet, il özel idaresi, belediye ve diğer kamu tüzel kişileri, sendikalar, dernekler, vakıflar, kooperatifler ve bunların üst kuruluşları bulunan anonim şirketlerde ve iştiraklerinde; kamu tüzel kişileri ile kamuya yararlı dernek ve vakıflar lehine tesis edilebilecek imtiyazlar hariç olmak üzere, diğer pay sahiplerinden biri veya birkaçı lehine bu Kanunda düzenlenen herhangi bir imtiyaz tesis edilemez.*

İkinci fıkraya aykırı esas mukaveleler, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde anılan fıkra hükmüne uygun hale getirilir. Gerekli esas mukavele değişikliklerinin ve uyarlamalarının bu süre içinde gerçekleştirilmemesi halinde, ilgili esas mukavele hükümleri bu sürenin dolduğu tarihte kendiliğinden geçersiz hale gelir ve esas mukavelede öngörülen imtiyazların tümü kanunen sona erer." hükmünü haizdir.

¹⁰⁶ Bkz. Bazı Kanunlar ile Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG, 10.5.2012, S. 28288.

¹⁰⁷ Eklenen yeni fıkralar şu şekildedir: "*Sermayesinin yarısından fazlası tek başına veya birlikte; Devlet, il özel idaresi, belediye ve diğer kamu tüzel kişileri, sendikalar, dernekler, vakıflar, kooperatifler ve bunların üst kuruluşlarına ait anonim şirketlerde ve bu şirketlerin aynı oranda sermaye payına sahip oldukları iştiraklerinde; bunların sahip oldukları paylara tesis edilebilecek imtiyazlar hariç olmak üzere, diğer paylara bu Kanunda düzenlenen herhangi bir imtiyaz tesis edilemez. Bu hüküm, payları borsada işlem gören anonim şirketlere, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 3 üncü maddesinde tanımlanan kredi kuruluşlarına ve finansal kuruluşlara uygulanmaz.*

İkinci fıkraya aykırı esas mukaveleler, 15/6/2012 tarihine kadar uygun hale getirilir. Gerekli esas mukavele değişikliklerinin ve uyarlamalarının bu tarihe kadar gerçekleştirilmemesi halinde, ilgili esas mukavele hükümleri kendiliğinden geçersiz hale gelir ve esas mukavelede öngörülen imtiyazların tümü kanunen sona erer."

hâlinde imtiyazın kendiliğinden sona ereceğine ilişkin fıkra eklenmemiştir. Bu tercih, yasağın geriye etkili uygulanmasına olanak veren düzenlemenin benimsenmemiş olması nedeniyle, yasağın 6762 sayılı eTK zamanında öngörülen imtiyazlara uygulanamayacağı görüşünün savunulmasına neden olmuştur.¹⁰⁸ Ancak, 6300 sayılı Kanun 9'un eTK 401'e yaptığı ekleme nedeniyle, 15.6.2012 tarihi itibarıyla yasağı ihlâl eden imtiyazlar kanunen sona ermiştir. Bu nedenle, TTK m.478/2'deki sınırlamanın eTK yürürlüğü dönemindeki imtiyazlara uygulanmayacağını kabul etmek güçtür. Diğer bir ifadeyle, TTK'nın yürürlüğe girmesinden önce (15.6.2012 tarihi itibarıyla) var olan imtiyazlar zaten sona erdiğinden burada 1.7.2012 tarihi itibarıyla korunması gereken bir müktesep haktan da söz edilmesi mümkün değildir.¹⁰⁹ Benzer şekilde, intibak süresinden sonra (15.6.2012) ve TTK'nın yürürlüğünden önce (1.7.2012) yeni imtiyaz yaratılmasına eTK 401/2, 1.7.2012 sonrasında ise TTK m.478/4 engel olmaktadır.

B. TTK m.478/4'ün Yorumu

Yukarıda kısaca açıklandığı üzere imtiyaz, oransallık ilkesinin ve anonim ortaklıklar hukukuna hâkim olan bir ilke olan eşit işlem ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır. Ancak bu saptama, aynı şartlar altında bulunan kişilere eşit davranılmasını emreden ve hem özel hukukta¹¹⁰ hem de kamu hukukunda karşılığı olan eşitlik ilkesinin tamamen reddedilmesi anlamına gelmemektedir. Ne var ki, TTK m.478/4 ile hukuk devleti ve hukuk güvenliği ile bağdaşmayan, serbest piyasa ekonomisi kurallarını ve Anayasa'nın 10. maddesi ile güvence altına alınan ve "*bütün hak ve özgürlükler için geçerli bir kavşak hak niteliğindeki*"¹¹¹ eşitlik ilkesini¹¹² ihlâl eden bir düzenleme öngörülmüş-

¹⁰⁸ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 9-09f.

¹⁰⁹ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 384.

¹¹⁰ NOMER, s. 471; PASLI, s. 184; ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA / MANAVGAT), C. 1, s. 132.

¹¹¹ KABOĞLU, Ö. İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 13. Bası, İstanbul, 2018, s. 232.

¹¹² "*Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.*" hükmünü haiz Anayasa m.10/4, *ayrıcalık* (imtiyaz) yasağını düzenlemektedir, TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necip, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 20. Bası, İstanbul, 2020, s. 131. Öte yandan elbette Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında da belirtildiği üzere, farklı durumda bulunan kişilere farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesinin ihlâli sonucunu doğurmaz. Bkz. E. 1988/7, K. 1998/27, T. 27.9.1988 (TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 132, dn. 123'te anılan karar). Ancak hükümde sayılan tüzel kişilerin ayrı hukuki rejime tabi tutulmaları için herhangi haklı bir gerekçe yoktur. Dolayısıyla "*eşitlerin eşitliğinden*" söz edilmesi mümkün olamayacağı için TTK m.478/4 ile Anayasa ile yasaklanan "*keyfi ayırım*" yapıldığı tereddütsüzdür. Nitekim, iştirak edilen şirket bir anonim

tür.¹¹³ Ayrıca, mevcut imtiyazların geçersiz hâle getirilmesi yine Anayasa'nın 35. maddesi ile güvence altına alınan mülkiyet hakkını da ihlâl etmektedir.¹¹⁴ Nitekim hem Anayasa m.35, hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 no.lu Ek Protokol 1 hükümleri mülkiyet hakkının ancak kamu yararı gerekçesiyle ve kanunla sınırlandırılabilceğini hükme bağlamıştır.¹¹⁵ Hükümün gerekçesinde Avrupa ülkelerinde imtiyazların sınırlandırılmasına ilişkin eğilimden ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın konuya ilişkin yaklaşımına¹¹⁶ uyum sağlama amacından söz edilmesi de çelişkilidir. Zira, Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki genel eğilim devlet ve kamu tüzel kişileri lehine tanınan imtiyazın sınırlanması iken Türk hukukunda aksi bir tercih öğretilde haklı olarak uygulanmaktadır.¹¹⁷ İşte bu nedenlerle, TTK m.478'in Anayasa'ya ve hukukun temel prensiplerine uygun yorumlanması gereklidir.

TTK m.478/4 ile sayılan tüzel kişilerin sermaye çoğunluğuna sahip olduğu anonim ortaklıklarda diğer pay sahipleri lehine imtiyaz “*tesis edilmesi*” yasaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle gerek eTK döneminde gerek TTK dö-

şirket olduğundan, pay sahibi sıfatı açısından kamu tüzel kişileriyle özel hukuk tüzel kişileri arasında dahi bir ayırım yapılması haklı olmayacakken, dernek ve vakıf gibi özel hukuk tüzel kişilerinin neden ticaret şirketlerine tercih edildiği sorusu izaha muhtaçtır. Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili kararlarının ayrıntılı analizi için bkz. KIRCA / GÜREL, s. 1033-1035.

¹¹³ Kamu kurumlarına yönelik benzer avantajlı bir düzenlemeye SerPK m.28/2 hükmünde (ayrıca bkz. II-28.1 sayılı Tebliğ) rastlamak mümkündür. Nitekim söz konusu hükümde, faaliyetlerinin makul ve zorunlu kıldığı hâller saklı kalmak kaydıyla, üst üste beş yıl dönem zararı eden halka açık ortaklıklarda, oy hakkına ve yönetim kurulunda temsil edilmeye ilişkin imtiyazların Kurul kararı ile kalkacağı hükme bağlanmış, ancak bu kuralın kamu kurum ve kuruluşlarına uygulanmayacağı belirtilmiştir. Hükümün kapsamının sadece yönetime katılma haklarına ilişkin imtiyazlarla sınırlı tutulmuş olmasının nedeni, verimsiz yönetimlerin bu suretle değiştirilmesi ve şirketi daha iyi yönetecek kişilerin göreve gelmesinin sağlanması ile azınlık pay sahiplerinin korunması olarak açıklanmıştır. Bkz. SerPK Genel Gerekeçe, s. 15; SerPK m.28/2 gerekçesi. Gerçekten öğretilde de bu düzenlemenin, yönetimler üzerinde baskı yaratarak şirketin daha verimli yönetilmesini sağlayacağı savunulmaktadır. Bkz. ÇETİN / TÖREMİŞ / CANTİMUR, s. 74. Öte yandan, amaç verimsiz yönetilen şirketlerdeki yönetimin değiştirilmesi ise istisna hükmü ile kamu kurumlarına bir ayrıcalık yaratılmasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bkz. AYTUĞAR, s. 349; YATAĞAN ÖZKAN, s. 75; BAHTİYAR, Sermaye Piyasası, s. 56. Bu nedenle anılan düzenleme doktrinde haklı olarak, hukuk devleti anlayışına aykırı olması nedeniyle eleştirilmektedir. Bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 9-10a; UYSAL, s. 109, 133.

¹¹⁴ Bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 384; KIRCA / GÜREL, s. 1029, 1033-1036; TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), I, N. 781; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), C. 1, s. 445; UYSAL, s. 70, 71; BİLGEÇ, s. 173-175.

¹¹⁵ Bkz. KABOĞLU, s. 270. Ancak söz konusu düzenlemenin kamu yararına hizmet edeceği şüphelidir.

¹¹⁶ Bkz. KIRCA / GÜREL, s. 1032, dn. 9; YATAĞAN ÖZKAN, s. 165-196.

¹¹⁷ Bkz. KIRCA / GÜREL, s. 1032, 1033; BİLGEÇ, s. 174.

neminde, devlet ve hükümde sayılan tüzel kişilerin sermayesinin çoğunluğa sahip oldukları anonim ortaklıklarda diğer pay sahipleri lehine tanınmış imtiyazlar geçersiz olacaktır. 10.5.2012 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6300 sayılı Kanun'un bu düzenlemesi ile 15.6.2012 tarihine kadar bir intibak süresi¹¹⁸ öngörüldüğünden, var olan imtiyazların geçersiz olacağı sonucunu kabul etmek için, bu süreden önce ilgili kamu tüzel kişilerin sermaye çoğunluğuna sahip olmaları yeterlidir. Diğer bir ifadeyle, kamu tüzel kişilerinin imtiyaz tesis edildiği anda sermaye çoğunluğuna sahip olmadıkları şirketlerde, bu tüzel kişiler, sonradan sermaye çoğunluğuna sahip olsalar da yine imtiyazların 15.6.2012 tarihi itibarıyla sona erdiğinin kabulü gereklidir.

Öte yandan, hükümde sayılan kişilerin sonradan sermaye çoğunluğunu sağlamaları hâlinde, diğer imtiyazlı payların akıbeti belirsizdir. Zira, bu durumda imtiyazların geçersiz sayılacağına ilişkin bir düzenleme ne TTK m.478'de ne de Yürürlük Kanunu'nda vardır. Öğretide, diğer pay sahiplerinin imtiyazlarının kendiliğinden geçersiz kalmayacağı, örneğin hükümde sayılan tüzel kişilerin pay oranlarının düşmesi gibi bir sebeple, hükümde belirtilen şartların bulunmadığı ana kadar donacağı, şartların ortadan kalkması ile imtiyazın tekrar canlanacağı savunulmaktadır.¹¹⁹

6300 sayılı Kanun'da 15.6.2012 tarihi itibarıyla mevcut imtiyazların sona ereceği öngörüldüğünden, kanun koyucu hem bu şirketlerde imtiyaz tesis edilmesini engellemekte hem de var olan imtiyazları ortadan kaldırmaktadır. Ancak benzer bir hükme yer vermeyen TTK m.478'in pekâlâ sadece hükümde sayılan tüzel kişilerin sermaye çoğunluğuna sahip oldukları anonim şirketlerde diğer pay sahiplerinin imtiyazlı olmalarını engellediği söylenebilir. Zira, “*tesis edildiği*” anda hükümde belirtilen sermaye yapısına sahip olmayan bir şirkette geçerli olarak kurgulanan imtiyazların, imtiyazlı pay sahibinin iradesi dışında oluşan hissedarlık yapısı nedeniyle sona erdiğini kabul etmemek Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının korunması için de gereklidir.¹²⁰ Sonuç itibarıyla, 15.6.2012 itibarıyla sermaye çoğunluğuna belirli

¹¹⁸ Benzer bir intibak süresine 6215 sayılı Kanun ile eklenen eTK 401/3'te de rastlanmaktadır. Ancak ilgili düzenlemedeki intibak süresi, hükmün yürürlüğünden itibaren (11.4.2011) altı ay olarak öngörüldüğünden intibak süresi sonunda yani 11.10.2011 tarihi itibarıyla imtiyazlar yine sona ermiştir.

¹¹⁹ KIRCA / GÜREL, s. 1045, 1046; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), C. 1, s. 444, 445; UYSAL, s. 69, 70; BESEN, s. 38; KARASU, Temsil Edilme, s. 36.

¹²⁰ Nitekim, öğretide kanun hükümlerinin yorumlanmasında da Anayasa'ya uygun olan yorumun kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2013, § 5, N. 24.

tüzel kişilerin sahip olduğu anonim şirketlerde, diğer ortaklar sahip oldukları imtiyazları yitireceklerdir. Öte yandan bu tarihten sonra, tanındığı anda sermaye çoğunluğunun ilgili tüzel kişilerde bulunmadığı için geçerli şekilde tesis edilen imtiyazların, sonraki sermaye yapısından etkilenmeyecekleri ve geçersiz hâle gelmeyeceği kabul edilmelidir.

TTK m.478/4 uyarınca öngörülen yasağa, payları borsada işlem gören anonim şirketler ile Bankacılık Kanunu 3'te tanımlanan kredi ve finansal kuruluşlar için istisna tanınmıştır. Söz konusu hükümde, sadece payları borsada işlem gören halka açık şirketler saklı tutulduğundan, pay sahibi sayısı nedeniyle halka açık olan ortaklıklarda yasak geçerlidir. 6300 sayılı Kanun'un gerekçesinde söz konusu istisnanın borsa şirketlerinde meydana gelebilecek herhangi bir tedirginliğin önlenmesi amacıyla öngörüldüğü ifade edilmiştir. Gerçekten de hukuki belirsizlik içeren bu düzenlemenin yatırımcılar üzerinde olumsuz etkisi olması kaçınılmazdır.¹²¹ Ancak bu noktada, borsa şirketleri ile kapalı şirket yatırımcıları arasında bir ayırım yapılmasının haklı bir gerekçesi yoktur.¹²² Kaldı ki, halka açık anonim ortaklıklara ilişkin mevzuatta pay sahiplerinin haklarını daha etkin şekilde koruyucu hükümlerin varlığı,¹²³ kapalı şirketlerle borsa şirketleri arasında bir tercih yapılması hâlinde, bu tercihin tam tersi yönde olmasını gerektirir.

Sonuç

İmtiyaz ancak kuruluş ya da değişik esas sözleşme ile yaratılabilir. İmtiyaz tesisi önemli nitelikte işlem sayıldığından, halka açık anonim şirketlerde de esas sözleşme değişikliğiyle imtiyaz yaratılması mümkündür. Halka açık şirketler için SerPK'da özel bir oydan yoksunluk hâli öngörüldüğünden, imtiyaz tesisine, imtiyazdan yararlanmayacak pay sahiplerinin karar vermesi gereklidir. Öte yandan imtiyaz tesisinin şirketin yapısal nitelikte kararı olması ve TTK'da oydan yoksunluğa ilişkin özel bir düzenleme bulunmaması nedenleriyle, kapalı şirketlerde lehine imtiyaz yaratılan pay sahibi oy kullanabilir.

¹²¹ YATAĞAN ÖZKAN, s. 134; TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 9-09f.

¹²² Öğretide, halka açık şirketlerde oy hakkında imtiyazdan kaçınılır hükmünü haiz Kurumsal Yönetim İlkeleri Tebliği m.1.4.2. nedeniyle, imtiyaz tesisine ilişkin bir yasaklama ihtiyacı varsa özellikle borsa şirketlerinde bu yasağın düzenlenmesinin isabetli olacağı savunulmaktadır Bkz. KIRCA / GÜREL, s. 1038.

¹²³ Kamuyu aydınlatma ilkesi, örtülü kazanç aktarımı yasağı, SPK'ya pay sahiplerinin menfaati için tanınan dava açma yetkisi, önemli nitelikteki işlemler için öngörülen özel karar alma usulü ve özellikle bunun sonucundaki ayrılma hakkı ve zorunlu pay alım teklifi gibi hükümler örnek olarak düşünülebilir.

İmtiyazın konusunun, kapsamının, süresinin ve şartlarının açıkça ve kuşkuya yer bırakmayacak şekilde esas sözleşmede yer alması gereğini ifade eden belirlilik ilkesini ihlâl eden esas sözleşme düzenlemeleri ve bu düzenlemeleri kabul eden genel kurul kararları batıldır.

İmtiyazın paya bağlanması kuralını ihlâl eden ve öğretisi ile Yargıtay kararlarında, sahibi lehine akdi hak yarattığı kabul edilen esas sözleşme düzenlemeleri ancak tahvil yoluyla ayakta tutulabilir ve tahvil için aranan şartların mevcudiyeti çeşitli ihtimaller göz önüne alınarak tespit edilmelidir. Özellikle tahvil için aranan bazı önemli koşulların somut olay bazında varlığının ihtiyatla araştırılması gerekir. Esas sözleşme hükmünün tahvil yoluyla ayakta tutulabileceği kabul edildiğinde ise, bu kez bu hükmün anlamı, sonuçları yine çeşitli ihtimaller üzerinden belirlenmeli ve hükmün şirket organları dikkate alınmasının gerekli olup olmadığı ortaya konmalıdır.

eTK'dan aktarılan TTK m.478/4, Anayasa ile güvence altına alınmış mülkiyet hakkı ile eşitlik ilkesini ihlâl eden bir düzenlemedir. Dolayısıyla, hükmün kapsamının genişletilerek yorumlanmasından kaçınılmalı ve “*tesis edildiği*” anda hükümde belirtilen sermaye yapısına sahip olmayan bir şirkette geçerli olarak kurgulanan imtiyazların, imtiyazlı pay sahibinin iradesi dışında oluşan hissedarlık yapısı nedeniyle sona erdiği kabul edilmemelidir.

Kaynakça

- AKAD, Gül, İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, İstanbul, 2013.
- AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Bası, İstanbul, 2016.
- ALIŞKAN, Murat / ÖLMEZ, Fatih, Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazının Korunması, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 8 (1), 2021, s. 183-209.
- ALTAY, S. Anlam, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures), İstanbul, 2009.
- ARICI, Fatih, İmtiyazlı Paylar, Yürürlüğünün 7. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu III, Tebliğler ve Tartışmalar 18 Ekim 2019, İstanbul, 2020, s. 151-191.
- AYOĞLU, Tolga, Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi, GSÜHFD, 2013/2, s. 219-252.
- AYDOĞAN, Fatih, Önemli Nitelikteki İşlemler, Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar), İstanbul, 2019, s. 237-247.
- AYTUĞAR, Bilge, Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz, İstanbul, 2019 (Anılış: Oy Hakkı).
- AYTUĞAR, Bilge, Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Grubunun Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIII, S. 1, 2019, s. 93-125 (Anılış: Temsil Edilme).
- BAHAR, Rashid / PEYER, Martin, Zürcher Kommentar, (Ed. Lukas HANDSCHIN), Art. 620-659b OR, Die Aktiengesellschaft, 2. Bası, Zürih, 2016.
- BAHTİYAR, Mehmet, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi İstanbul, 2001 (Anılış: Anasözleşme).
- BAHTİYAR, Mehmet, Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş, İstanbul, 2019 (Anılış: Sermaye Piyasası).
- BALTALI, Candemir, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı, İstanbul, 2019.
- BEKTAŞ, İbrahim, Kayıtlı sermaye Sisteminde Yönetim Kuruluna Sermaye Artırımı Yetkisi ile Bağlantılı Olarak Tanınabilecek Yetkiler, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2016, YÖK Ulusal Tez Merkezi, 437319 sayılı Tez.
- BESEN, Murat, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar, İstanbul, 2018.
- BİLGEÇ, Hakan, Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz, Ankara, 2017.

- BÖCKLI, Peter, Aktienrecht, 4. Bası, Zürich, 2009.
- CENKÇİ, Esra, Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi, İstanbul, 2015.
- v. d. CRONE, Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Bası, Bern, 2020.
- ÇAMOĞLU, Ersin, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu'nda Belirli Grupların Temsili, Arslanlı Bilim Arşivi, www.arslanli-bilimarsivi.com (Erişim tarihi: 7.7.2021).
- ÇETİN, Nusret / TÖREMİŞ, Hatice Ebru / CANTİMUR, Zeynep, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistemik Analizi, Ankara, 2014.
- ERDEM, H. Ercüment, Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, İstanbul, 2009, s. 393-419 (Anılış: Eşit İşlem).
- ERDEM, Nuri, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, İstanbul, 2012 (Anılış: Fesih).
- FLEISCHER, Holger, Zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen Notizen aus rechtsdogmatischer und rechtsvergleichender Sicht, Der Betrieb, No: 26/27, 2013, s. 1466-1476.
- FORSTMOSER, Peter, Der Aktionärbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht, Aktuelle Aspekte des Schuld - und Sachenrechts: Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Ed. Heinrich Honsell et al., 2003, s. 375-407.
- GRUNDMANN, Stefan / GLASOW, Falko, European Company Law, 2. Bası, Intersentia, 2012.
- HÜFFER, Uwe / KOCH, Jens, Aktiengesetz, 16. Bası, 2022.
- İLBASMIŞ HIZLISOY, Özlem, Anonim Şirketin Haklı Sebep Feshi, Ankara, 2016.
- İMREGÜN, Oğuz, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumî Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilâfları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul, 1962.
- KABOĞLU, Ö. İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 13. Bası, İstanbul, 2018.
- KARAMANLIOĞLU, Argun, TTK Madde 360 Uygulamasına İlişkin İki Sorun: Belirli Grup ve Azınlık Kavramları-Haklı Nedenle Önerilen Adayın Reddi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 197-198, 2021, s. 225-279.
- KARASU, Rauf, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Bası, Ankara, 2015 (Anılış: Emredici Hükümler).
- KARASU, Rauf, Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı, TFM 2016/1, s. 31-40 (Anılış: Temsil Edilme).

- KENDİGELEN, Abuzer, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul, 1999 (Anılış: Yönetimde İmtiyaz).
- KENDİGELEN, Abuzer, İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar, Makalelerim, C. I, 2. Bası, İstanbul, 2006, s. 341-390 (Anılış: Oyda İmtiyaz).
- KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul, 2012 (Anılış: İlk Tespitler).
- KIRCA, İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal / MANAVGAT, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, 2013 (Anılış: C. 1).
- KIRCA, İsmail, Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Güncellenmiş 3. Bası, İstanbul, 2022.
- KIRCA, İsmail / GÜREL, Murat, Bazı Pay Sahipleri Diğerlerinden Daha mı İmtiyazlı? 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 478. Maddesinin 4. Fıkrası Hakkında Bir İnceleme, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, C. II, Ankara, 2013, s. 1029-1047.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, 6. Bası, İstanbul, 2014.
- LIMMER, Peter, Grosskommentar, (Ed. Spindler/Stilz), 2022.
- MANAVGAT, Çağlar, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara, 2016 (Anılış: Halka Arz).
- MANAVGAT, Çağlar, Kayıtlı Sermaye Sisteminde Yönetim Kurulu'nun İmtiyazlı Pay Çıkarma Yetkisi ve Sınırları, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. III, Ankara, 2009, s. 671-683 (Anılış: İmtiyaz).
- MEMİŞ, Tekin, Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikli Pay Sayılır mı?, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16 Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014, s. 3105-3121.
- MOROĞLU, Erdoğan, Oy Sözleşmeleri, 5. Bası, İstanbul, 2015.
- NOMER, Füsün, Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi, Prof. Dr. Oğuz İmregüñg'e Armağan, İstanbul, 1998, s. 469-490.
- OKUCU TAFTALI, İpek, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Şirketlerde İmtiyaz, İstanbul, 2018.
- OKUTAN NILSSON, Gül, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul, 2003.
- ORUÇ, Murat, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkta İmtiyazların Korunması, Batider, C. XXVI, S. 4, 2010, s. 169-203.

- ÖLMEZ, Fatih, Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili, İstanbul, 2021.
- PASLI, Ali, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi Corporate Governance, İstanbul, 2004 (Anılış: Kurumsal Yönetim).
- PENTZ, Andreas, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, (Ed. Goette/Haber-sack/Kalss), 1. Band, 5. Bası, 2019.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Bası, İstanbul, 2010 (Anılış: 2010).
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, İstanbul, 2019 (Anılış: I).
- PREISTER, Hans-Joachim, Nichtkorporative Satzungsbestimmungen bei Kapitalge-sellschaften -Begriff, Abgrenzung, Behandlung, Der Betrieb, C. XXVII, No: 1, 1979, s. 681-687.
- PULAŞLI, Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Oy Hakkındaki İmtiyazın Sınırı ve Etkisiz Olduğu Hâller, Batider, C. XXIV, S. 3, 2008, s. 19-32 (Anılış: Oyda İmtiyaz).
- PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II, 2. Tıpkı Bası, Ankara, 2015 (Anılış: Şerh).
- SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2013.
- SEVİ, Ali Murat, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunda Temsil Edil-me Hakkı, KHASHFD, C. 9, S. 2, 2021, s. 445-472.
- ŞAHİN, Ayşe, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, İstanbul, 2013.
- TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 20. Bası, İstanbul, 2020.
- TARHAN, Damla Gül, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikte İşlemler ve Sonuçları, İstanbul, 2018.
- TEKİL, Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1998.
- TEKİNALP, Ünal, Yönetim Kurulu Başkanının Üstün Oya Sahip Olup Olamayacağı Sorunu, İkt. Mal. Der., C. XVIII, S. 8, 1971-1972, s. 301-304 (Anılış: Üstün Oy).
- TEKİNALP, Ünal, İmtiyazlı Paylara İlişkin Bazı Sorunlar, Ticaret Hukuku ve Yargı-tay Kararları Sempozyumu XIII (5-6 Nisan 1996), Ankara, 1996, s. 1-23 - Tartış-malar s. 24-36 (Anılış: Sempozyum).
- TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2020 (Anılış: Sermaye Ortaklıkları).

- TEOMAN, Ömer, Karar İncelemesi (Yargıtay Ticaret Dairesi, 25.1.1972, E. 1971/4843, K. 1972/356), Batider, C. VII, S. 4, 1974, s. 939-968 (Anılış: Karar İncelemesi).
- TEOMAN, Ömer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, İstanbul, 1983 (Anılış: Oydan Yoksunluk).
- TEOMAN, Ömer, Ayrıcalıklı Paylar, Yaşayan Ticaret Hukuku C. 1: 1982-1991, İstanbul, 2011, s. 9-19 (Anılış: Ayrıcalıklı Paylar).
- TEOMAN, Ömer, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkı, Tüm Makalelerim C. III: 2002-2010, Batider 2009, C. XXV S. 3, s. 167-191 (Anılış: Oy Hakkı).
- TORAMAN ÇOLGAR, Emek, Şirkete Borçlanma Yasağı, İstanbul, 2019 (Anılış: Borçlanma Yasağı).
- TORAMAN ÇOLGAR, Emek, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda İmtiyaz Tesisi Yoluyla Yönetim Kontrolünün Sağlanması, Batider, C. XXXVII, S. 4, 2021, s. 89-130 (Anılış: İmtiyaz).
- TORAMAN ÇOLGAR, Emek, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Oy Hakkının Özellikleri ve Kullanılması, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul, 2010, s. 1707-1750 (Anılış: Oy Hakkı).
- UYSAL, Esra, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar, 2. Bası, İstanbul, 2018.
- ÜLGEN, Hüseyin, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Başkanının Üstün Oyu, Batider 1972, C. VI, S. 4, s. 667-685.
- VEZİROĞLU, Cem, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, İstanbul, 2021.
- YANLI, Veliye, Halka Açık Şirketlerde Önemli Nitelikte İşlemler, İNÜHFD, C. 6, S. 2, 2015, s. 459-472.
- YATAĞAN ÖZKAN, Çiğdem, Anonim Şirketlerde Altın Paylar, İstanbul, 2016.
- ZENGİN, İbrahim Çağrı, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar, İstanbul, 2020.