

BAŞBAKANLIK'A SUNULAN TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI'NA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME

Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU*

TC Adalet Bakanlığı'nca 1999 yılında oluşturulan "*Türk Ticaret Kanunu Komisyonu*" tarafından hazırlanan "*Türk Ticaret Kanunu Tasarısı*" 2005 yılı Mart ayı başında kamuoyuna sunulmuş, değerlendirme ve öneriler için 24 Mayıs 2005 tarihine kadar süre verilmişti. Bu kısa süre içinde Tasarı'nın ancak "*Başlangıç*" hükümleri ile "*Ticari İşletme*" ve "*Ticaret Şirketleri*"ne ilişkin iki "*Kitap*"ını ve "*Son Hükümleri*"ni inceleyerek değerlendirme ve önerilerimi İstanbul Barosu tarafından yayımlanan kitabımda¹ ve konuşmacı olarak katıldığım beş bilimsel toplantıda ilgili kamuoyuna sunmuştum.

Daha sonra, Komisyon'ca gözden geçirilerek son şeklini alan Tasarı kısa bir süre önce Adalet Bakanlığı tarafından Başbakanlığa sunulmuş bulunmaktadır.

Komisyon Tasarı'ya son şeklini verirken, yapılan eleştiri ve önerilerin pek azını benimsemiş ve önemli hukuki ve ekonomik sonuçları olacak birçok hatalı düzenlemede ısrar etmiştir. Gerçekten, Tasarı'ya tarafımdan yöneltilen ve birçok hukukçu ile Tasarı'yı değerlendiren sivil toplum kuruluşları tarafından da kısmen veya tamamen benimsenen yüzlerce eleştirinin sadece otuz bir tanesi tamamen veya kısmen benimsenmiştir.² Bu durum karşısında, Tasarı'daki önemli aksaklıkların bir kere daha ilgili kamuoyuna sunulması kaçınılmaz olmuştur.

* İÜ Hukuk Fakültesi emekli öğretim üyesi.

¹ Bkz., Moroğlu, Erdoğan, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı-Değerlendirme ve Öneriler*, İstanbul Barosu Yayını, 1. Baskı Mayıs 2005, 2. Baskı Haziran 2005 İstanbul.

² Tasarı'nın 24/III, 64/V, 82/VII, 135, 136, 165, 169, 184, 186, 187, 210/III, 213, 333, 353/V, 392, 429, 430 ve 1505 (yeni 1524) ve 1509 (yeni 1531) maddelerine ilişkin

1. Dil ve İfade

Tasarı'nın genel gerekçesinde "... arı ve güzel Türkçe için özen gösterilmiştir." denilmesine karşın, kullanılan dil ve ifade yetersizdir. Her ne kadar, yapılan yoğun eleştiriler üzerine, Başbakanlığa sunulan son Tasarı'da bazı düzeltmeler yapılmışsa da, bunlar yeterli değildir. Örneğin; halâ "*muamele*" yerine doğru olarak "*işlem*" denilirken "*eylem*" yerine "*fiil*" (m. 1 ve 3), tutunmuş ve mevzuata girmiş öztürkçe "*ana sözleşme*" terimi yerine, "*esas mukavele*" teriminin yarısı öztürkçeleştirilerek "*esas sözleşme*" (m. 333 vd., 339 vd., 340 vd., 452 vd.), "*azınlık veya azınlık pay sahipleri*" yerine "*azlık*" (m. 411), "*açığa vurmak*" yerine "*ifşa etmek*" (m. 55/I-b4), "*uyuşmazlık*" yerine "*ihtilâf*" (m. 105/II), "*yeter sayı*" yerine "*nisap*" (m. 421), "*pay sahipliğinden çıkarma*" yerine "*iskat*" (m. 483), "*özgülenme*" yerine "*tahsis*" (m 73/II), "*ileri sürebilirler*" yerine "*dermeyan edebilirler*" (m. 688/II) ve "*dönüşme*" veya "*tür değiştirme*" yerine "*tahvil*" (m. 650) sözcüklerine yer verilmekte; aynı anlama gelen sözcük veya terimlerin Osmanlıcası ile öztürkçesi birlikte kullanılmaktadır.³

Yine, "*haksız ve hukuka aykırı*" (m. 54), "*icap ve tekliflerinin*" (m. 62/I), "*öneri, icap*" (m. 281/I), gibi, aynı anlama gelen veya "*dolandırıcılık, nitelikli dolandırıcılık*" (m. 363/II) ve "*kusur ve kasıt*" (m. 1407) gibi, biri diğerini içeren sözcüklere birlikte, arka arkaya yer verilmektedir.

Ayrıca, "... değerlendirme ihtiyatla yapılmalıdır" (m. 78/d), "... uzman bir bağımsız denetleme kuruluşu" (m. 157/II), "*şirketin özüne ilişkin üretim araçları*" (m. 223), "*nakdi paylar*" (m. 346), "... genel kurul kararlarında hüküm bulunmalıdır" (m. 347), "... pay taahhütlerinin devri" (m. 352), "*dürüst resim ilkesi*" (m. 515) gibi yanlış, yetersiz veya kanun yazım üslubuna uymayan ifadeler yer almaktadır.

2. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'yla Uyum

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı hazırlanırken Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nı hazırlayan komisyon ile işbirliği yapılmamış olduğu, her iki

önerilerim tamamen ve 4/I, 8/II, 134/II, 157, 180, 340, 363/II, 407/II, 412, 421, 576/I-d ve 580/I maddelerine ilişkin önerilerim de kısmen benimsenmiştir. Bu konuda. Moroğlu, a.g.e., ilgili maddelere bkz.

³ Bu konuda geniş açıklamalar için bkz., Bahtiyar, Mehmet, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ve İfadeleri Yönünden Değerlendirilmesi, *Legal Hukuk Dergisi*, Y. 3, S. 31 (Temmuz 2005), s. 2457 vd.

Tasarı'da kullanılan terim ve kavramlarda bir uyumun sağlanamamış olmasından (örneğin; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda "*temerrüt*", "*genel işlem şartları*" ve "*tevdi eden*" denilirken; Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda "*direnim*", "*genel işlem koşulları*" ve "*saklatan*" denilmesinden) ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda yer alması gereken hükümlerin (örneğin; Tasarı'nın 207-208., 552-559 ve 625-646. maddeleri hükümlerinin) Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda yer alması gereken hükümlerin de Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda (örneğin; Tasarı'nın 10 ve 23. maddelerinde) yer almış olmasından açıkça anlaşılmaktadır.

3. İlgili Özel Kanunlarla Uyum

Tasarı'da, başta Sermaye Piyasası Kanunu olmak üzere, ilgili özel kanunlarla gerekli uyum ve bağlantının sağlanamamış olması da önemli bir eksikliktir.

a. Bir kere, Sermaye Piyasası Kurulu'nun özerk bir idare olarak düzenleme ve denetim yetkilerine ilişkin hükümlerin Sermaye Piyasası Kanunu'nda ve bu kanundaki halka açık ortaklıklar ile menkul kıymetlerle ilişkin özel hukuk hükümlerinin Türk Ticaret Kanunu'nda yer alması gereğinin gözden kaçırılması önemli bir hatadır. Buna göre, Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer alan kayıtlı sermaye, başlangıç sermayesi ve çıkarılmış sermaye tanımlarına (m. 3/d, e, f), nâma yazılı pay senedi sahiplerinin genel kurul toplantılarına davetine (m. 11/IV), kayıtlı sermaye ve buna ilişkin artırım merasimine (m. 12), payların ve pay senetlerinin bedellerinin ödenmesi ile pay senetlerinin çıkarılabilmesi koşullarına (m. 7), tahvillere ve diğer borçlanma senetlerine (m. 13, 13/A ve 14), oydan yoksun paylara (m. 14/A), temettütün ve ödemesiz (bedelsiz) payların dağıtımı esaslarına (m. 15) ilişkin hükümlerin Tasarı'da; ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun denetim ve düzenleme yetkilerini içeren (örneğin; 552 ve 1507. maddeler gibi) Tasarı hükümlerinin de Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer alması gerekirdi.⁴

Ayrıca, Sermaye Piyasası Kanunu ile Tasarı arasındaki uyum ve bağlantının gerektiği gibi sağlanamaması sonucunda çelişkili düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin; Sermaye Piyasası Kurulu, Sermaye Piyasası

⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz., Moroğlu, Erdoğan, *Sermaye Piyasası Kanunu 15. Yıl Sempozyumu*, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını No. 119, Ankara 1998, s. 15-21.

Kanunu'nun 22/b maddesinde "... Kamu yararının gerektirdiği hallerde sermaye piyasası araçlarının halka arz ve satışını geçici olarak durdurmak" konusunda; ve 46/ A maddesinde "Kayıt yükümlülüğü yerine getirilmeksizin yapılmış ihraç, halka arz ve satış işlemleriyle, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması için gerekli her türlü tedbiri almaya; kayıt yükümlülüğüne uyulmaksızın yapılan halka arz ve satış sonucu satılan kısmın karşılığı ve satışı yapılacak senetler için her türlü teminattan muaf olarak ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz istemeye, tedbir ve haciz tarihinden itibaren altı ay içinde dava açmaya ... yetkili" kılınmış olduğu halde, Tasarı'nın 552. maddesinde, Sermaye Piyasası Kurulu'ndan izin alınmaksızın halktan para toplanması veya buna teşebbüs edilmesi halinde, Kurul'un para toplanmasını veya buna teşebbüsü önlemek için Ankara Ticaret Mahkemesi'nden ihtiyati tedbir kararı alması öngörülmüştür. Bu konuda doğru ve amaca uygun olan düzenleme, kuşkusuz izinsiz para toplanması veya buna teşebbüs edilmesi halinde, Sermaye Piyasası Kurulu'nun özerk bir idare olarak, kamu erkini kullanmak suretiyle söz konusu eylemleri önlemek bakımından doğrudan yetkili kılınmasıdır. Bu yetki Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22/b ve 46/a maddeleri hükümleriyle Sermaye Piyasası Kurulu'na verilmiş olmasına göre, anılan 552. madde hükmünün Tasarı'dan çıkarılması gerekmektedir.

b. Yine, Tasarı'nın 333. maddesinde "Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca yayımlanacak tebliğle faaliyet alanları belirlenip ilân edilecek anonim şirketler Bakanlığın izni ile kurulur. Bu şirketlerin ana sözleşme değişiklikleri de aynı Bakanlığın iznine bağlıdır ..." denildikten sonra "... bunun dışında konumu ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin korumu ve esas sözleşme değişiklikleri herhangi bir makamın iznine bağlanamaz" denilmesi de Sermaye Piyasası Kanunu'nun 12/I. maddesinin kayıtlı sermaye sistemine geçiş için "izin alınmasını" öngören hükmüyle çelişmektedir.

c. Tasarı'da diğer ilgili kanunlarla da gerekli uyum sağlanamamıştır. Örneğin; Tasarı'nın 4/6 maddesi hükmü Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun değişik 76. maddesi hükmüyle; 210/No 3. maddesi hükmü 2576 sayılı Kanun'un 5. maddesi hükmüyle; 65. maddesinin 1. fıkrası ve 70. maddesi hükümleri 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 215. maddesinin 1 ve 2. fıkraları hükümleriyle; 74. maddesi hükmü yine Vergi Usul Kanunu'nun 326. maddesi hükmüyle uyumsuzdur.⁵

⁵ Bu konuda Moroğlu, a.g.e.'in ilgili maddelerinde yapılan açıklamalara bkz.

4. Sistematiik

Tasarı'nın sistematigi de bozuktur. Bu bozukluk hem yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nun bir kısım hükümlerinin olduğu gibi Tasarı'ya aktarılmasından ve hem de yeni düzenlemelerde sistematik konusundaki gerekli özenin gösterilmemiş olmasından kaynaklanmıştır. Örneğin; Tasarı'nın Birinci Kitap'ının başlığı "*Ticari İşletme*" olduğu ve ilk 11. maddesinde doğru olarak ticari işletme tanımına yer verildiği halde; devamında ticari işletmenin kuruluşu, teşkilâtı, devri, kiralınması, rehnedilmesi (özel kanunlarıyla da bağlantı kurularak) düzenlenecek yerde, 12. ve devamı olan maddelerde ticari işletmenin kişi unsurunu oluşturan "*tacir*"e atlanmış; ticari işletmeyle ilgili diğer düzenlemeler eksik olarak tacire ve ticaret unvanına ilişkin hükümler arasına serpiştirilmiştir. Ayrıca, yeni bir kanun hazırlanmasından yararlanılarak, "*tacir*"i takiben, ticari işletmenin diğer önemli kişi unsurlarını oluşturan ticari mümessil ile ticari vekilin düzenlenmesi gerekirken, bunlara hiç yer verilmemiştir. Ticari belgeler olan fatura ve teyit mektubu, ticari defter ve belgelerin düzenlendiği Kısım'da yer alacaklarına, bunlara (Türk Ticaret Kanunu'nda olduğu gibi) "*Tacir olmanın hükümleri*" arasında yer verilmiştir.

Yine, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin ibraları, "*sorumlulukları*" ile doğrudan bağlantılı bir kurum olduğu halde, (açık ibra'ya ilişkin kısmı eksik olarak) bulunması gereken yerde (yâni sorumluluğun düzenlendiği On birinci Bölüm 558. maddede), örtülü ibra'ya ilişkin kısmı ise "*genel kurul*" hükümleri arasında (m. 424) düzenlenmiş bulunmaktadır.

Anonim ortaklıkların denetimine ilişkin hükümlerin sistematigi de bozuktur. Öncelikle, denetimden ne anlaşılması gerektiği, kimin tarafından yapılacağı, denetçilerin atanmaları, görev ve yetkileri ile hakları düzenlenip, ondan sonra denetçiliğin sona ermesinin düzenlenmesi gerekirken, ilkin "*denetçinin seçimi ve görevinin sona ermesi*" hükümlerine yer verilmiştir.

Tasarı'nın anonim ortaklık genel kurul kararlarının iptal edilebilirliğini ve butlanını düzenleyen 445 ilâ 451. maddelerinin sistematigi de bozuktur. İptal edilebilirliğe ilişkin hükümlerin bütünlüğü bozularak araya butlan hükmünün konulması ve iptal ve butlan davalarına ilişkin hükümlere "*Çeşitli Hükümler*" başlığı altında yer verilmesi hatalı olmuştur. Doğru olan, "*genel kurul kararlarının geçersizliği (veya Hükümsüzlüğü)*" üst başlığı altında ilkin tam olarak iptal edilebilirliğin; daha sonra da

iki fıkralı bir maddede butlanın düzenlenmesidir. Butlanı düzenleyen maddenin 1. fıkrasında butlan nedenleri; 2. fıkrasında da, davanın açıldığı ilânı, dava nedeniyle şirketin uğrayabileceği zararlar için teminat gösterilmesi, dava konusu kararların icrasının ertelenmesi konularında iptal davasına ilişkin hükümlere yapılan yollama yer almalıdır.

Sistematik konusunda vurgulanması gereken diğer bir hata da, önceki veya sonraki bir maddenin fıkrası olması gereken bir çok hükmün ayrı maddeler halinde düzenlemiş bulunmasıdır. Buna ilişkin örneklerle ve diğer sistem hatalarına ileride maddelerle ilgili değerlendirmeler kapsamında değinilmiştir.

Nihayet, Tasarı'da tek fıkradan oluşan maddelerin metinlerinin baş tarafına da (1) rakamının konulması gereksiz bir uygulama ve şekil hatasıdır.

5. Tasarı'nın İçeriği

Tasarı'nın 2005 Mart ayında kamuoyuna açıklanan ilk şekline ilişkin değerlendirmemde, incelediğim *"Başlangıç"* bölümü, *"Ticari İşletme"* ve *"Ticaret Şirketleri"* Kitapları ile *"Son Hükümler"* bölümüne ait yaklaşık altı yüz elli beş maddeden en az iki yüz ellisinin kısmen veya tamamen düzeltilmesi ve çoğunluğu önemli hukuki sorunlar çıkaracak olan, bazıları Anayasa'ya da aykırı on beşten fazla maddenin veya münferit hükmün (örneğin; 64/No. 5, 210/III, 333/C. 4, 5, 335, 340, 351, 421, 434/I, 552, 579, 585, 1509 ve 1511. maddeler hükümlerinin) Tasarı'dan çıkarılıp atılması gerektiğini belirtmiştim.⁶ Her ne kadar, Başbakanlığa sunulan son Tasarı'da Anayasa'ya aykırı olduğunu belirttiğim 64/No. 5, 210/III ve buna bağlı olarak üç yüz otuz üç cümle dört hükümlerine yer verilmemiş,⁷ kısmen veya tamamen düzeltilmesini veya tamamlanmasını önerdiğim hükümlerden aşağı yukarı yirmi dokuz adedi önerilerim doğrultusunda tamamen veya kısmen düzeltilmiş veya tamamlanmış ise de, iki yüzü aşkın maddeye ilişkin eleştiri ve önerilerim güncelliğini

⁶ Moroğlu, Erdoğan, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler*, 1 ve 2. Baskı. Bkz., ilgili maddeler.

⁷ Tasarı'dan çıkarılan 64/No. 5 hükmüyle Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu'nun kural koyma yetkisi ve dolayısıyla uluslararası Finansal Raporlama Standartları Kanunu'nun ticari defterlere ilişkin hükümlerinin önüne geçiriliyor ve kanun hükümlerinin, anılan kuralların izin verdikleri ölçüde uygulanabilecekleri, standartlarla kanun hükümlerinin değiştirilebilmesi kabul ediliyordu. Ben, bu düzenlemenin hukukun

korumaktadır. Bunlardan bazılarını önemine binaen burada özel olarak vurgulamak isterim.

a. Öncelikle üzerinde durmak istediğim hükümler, Tasarı'da yer almaları için haklı ve tutarlı bir neden bulunmayan, adetâ yenilik yapma özentisiyle getirilmiş olanlardır.

Tasarı'nın anonim ortaklıklara ilişkin 335. ve limitet ortaklıklara ilişkin 585. maddeleriyle bu ortaklıkların *"kurulmaları"* ile *"tüzel kişilik kazanmaları"* birbirinden ayrılmakta ve Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nce benimsenmiş olan Vorgesellschaft (ön şirket) veya Gründungsgesellschaft (kuruluş şirketi) sistemi hukukumuza getirilmek istenmektedir. Geçerli bir gerekçeye dayanmayan bu düzenleme hukukumuz bakımından bütünüyle gereksizdir. Ayrıca, Borçlar Kanunu'nun 520. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 625. maddesinin 2. fıkrasında tekrarlanan *"Bir şirket Ticaret Kanunu'nda tarif edilen şirketlerin mümeyyiz vasıflarını haiz değil ise, bu bab ahkâmına tâbi âdi şirket sayılır"* hükmüyle bağdaşmadığı gibi; Tasarı'nın kurucuların işlemlerinin ve masraflarının tüzel kişi şirkete devrini düzenleyen 355. maddesinin 2 ve 3. fıkraları hükümleriyle de çelişmektedir. Çünkü, 335. maddede benimsenen ön şirket-kuruluş şirketi sisteminde, ön şirketle tüzel kişilik kazanan şirket arasında bir ayniyet olduğundan, Tasarı'nın 355. maddesinin 2 ve 3. fıkrasında öngörüldüğü gibi bir devir söz konusu olmamalıdır.

Tasarı'nın anonim ortaklıklara ilişkin 340. maddesinde, sözleşmeler hukukunun temeli olan *"sözleşme özgürlüğü"* Borçlar Kanunu'nun 19/20. maddeleri ile Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinde öngörülen sınırlamaların çok ötesinde olarak, ayrıca sınırlanmaktadır. Bu hükme göre, ana sözleşmede yapılacak olan ihtiyari düzenlemelerin geçerliliği, sadece emredici hükümlere, ahlâka ve âdaba, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık ile değil, ayrıca *"Kanun'da açıkça cevaz verilmiş olma"* koşulu ile de sınırlanmaktadır. Bu sınırlama ile anonim ortaklığa çelik

normlar hiyerarşisine, Anayasa'nın kuvvetler ayrılığı ilkesine ilişkin hükümlerine ve özellikle "Kanunları koymak, değiştirmek ve kaldırmak TBMM'ne aittir" diyen 87. maddesi hükmüne açıkça aykırı olduğunu belirtmiştim.

İlk Tasarı'nın 210. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "... Bu iptal davasının usulünü, süreleri de belirleyerek bir yönetmelikle düzenlemeye Danıştay yetkilidir" hükmünü ise, yönetmelikle idari muhakeme usulü ve dava süresi düzenlemesini öngörmesi nedeniyle Anayasa'nın 142. maddesinin "Mahkemelerin ... işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir" diyen hükmüne aykırı bulmuştum.

korse girdirilmekte ve anonim ortaklıklar hukukunun gelişmesi yolu önemli ölçüde kapatılmaktadır. Aynı durum, Tasarı'nın 579. maddesinin paralel hükmü nedeniyle limitet ortaklıklar için de söz konusudur,⁸ Belirtilen sakıncaları yanında tutarlı bir gerekçesi de bulunmayan bu hükmün Tasarı'dan çıkarılması gerekir.

Ayrıca, Tasarı'nın 421. maddesi hükmüyle Türk Ticaret Kanunu'nun artık oturmuş olan ve ufak düzeltmelerle Tasarı'ya alınması gereken 388. maddesinin ana sözleşme değişikliklerine ilişkin nisapları gösteren hükmünün, tutarlı bir gerekçe gösterilmeden, on yıl ara ile ikinci defa değiştirilmesi de hatalı olmuştur. Her ne kadar ilk Tasarı'daki hatalı ve çelişkili hüküm eleştirim üzerine⁹ son Tasarı'da önemli ölçüde düzeltilmişse de, bu düzeltme yeterli değildir.

Gerek 340 ve 579. maddeler hükümleri ve gerekse ana sözleşme değişikliğine ilişkin nisapları belirleyen 421. madde hükmü yurdumuzda mevcut 90.000 anonim şirketin ana sözleşmeleri ve bu ana sözleşmelerde düzenlenen ortaklık ilişkileriyle ortaklar arası çıkar dengeleri bakımından büyük bir tehlike oluşturmaktadır. Bu tehlikeyi "*Geçici Hükümler*" ve "*Uygulama Kanunu*" ile gidermek de mümkün değildir.

Tasarı'nın 434. maddesinde, yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nun her paya en az bir oy hakkı tanıyan sistemi değiştirilerek bunun yerine pay sahiplerinin oy haklarını paylarının toplamı itibari değeriyle orantılı olarak kullanmaları sistemi getirilmektedir. "*Farklı itibari değerli payların aynı oy hakkına sahip olmalarının zoraki bir imtiyaza yol açtığı*" şeklinde, doğruluğu çok tartışmalı bir gerekçeye dayandırılan bu düzenleme ile de, halen mevcut olan anonim ortaklıkların ana sözleşmelerinin oy hakkına ilişkin hükümleri ve ortaklar arasında mevcut olan çıkar dengeleri altüst olacaktır.

b. Tasarı'nın vurgulamak istediğim önemli yetersizliklerinden biri de, yapılan yeni düzenlemelerin eksik bırakılmış olmasıdır. Bu konuda verilebilecek ilk örnek, Tasarı'nın 338. maddesinin tek kişilik anonim ve limitet ortaklığa cevaz veren düzenlemedir. Anonim ortaklığın en az beş kurucuyla ve limitet ortaklığın en az iki ortakla kurulması zo-

⁸ İlk Tasarı'nın 340. maddesinin "... Bu Kanun ile diğer bir kanundaki düzenleme çelişirse bu Kanun'un hükümleri üstün tutulur" diyen hükmü, tarafımdan "özel hüküm genel hüküm sınırlar" ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiş ve Tasarı'dan çıkarılmıştır.

⁹ Bkz., Moroğlu, a.g.e., 2. Baskı, s. 134-135.

runluluğunun amaca hizmet etmediği, yapay kurucular veya ortaklar alınmasına yol açtığı doğrudur. Ancak, bu kabulün zorunlu sonucu olan düzenlemelerin tam olarak yapılmamış olması önemli bir eksikliktir. Örneğin; tek kişilik anonim ortaklıkta genel kurulların nasıl toplanacağı ve nasıl karar alacağı; kararların iptalinin ve geçersizliğinin nasıl ileri sürüleceği; tek kişilik şirketin tek kişi ortağı ve onun sahibi olduğu diğer şirketlerle, kan ve kayın hısımlarıyla ve onların şirketleriyle ilişkileri; tek kişi ortaklığında yönetim kurulu üyelerinin azli ve ibraları ve en önemlisi tek kişi ortağın şirket borçlarından sorumluluğunun şahsi ve sınırsız hale gelmesi gereken durumlar hakkında Tasarı'da bir düzenleme yoktur. Ayrıca, tek ortaklı şirket düzenlemesinin, sınırlı sorumluluk imkânından yararlanmak isteyen tek kişilik firmaların anonim ortaklığa dönüşmelerini teşvik edeceği göz önünde tutularak, bu eğilimi bir ölçüde kırmak üzere, anonim ortaklıkların asgari esas sermayelerinin 500.000 TL olarak belirlenmesi ve tek kişi ortağın şirketin borç ve yükümlülükleri nedeniyle üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun, hiç olmazsa özel durumlarda, genişlemesi veya sınırsız hale gelmesi gibi düzenlemelere yer verilmesi gerekirdi.

İdare ve temsil organının tek bir kişiden oluşabilmesini öngören düzenleme de yetersizdir. Bir kere, tek kişilik organdan “kurul” diye söz edilmesi hatadır. Ayrıca, tek kişilik yönetimin gereklerine uygun ve yeterli bir düzenleme de yapılmamıştır. Örneğin; 359. maddede “Anonim şirketin ... bir veya daha fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur” denildikten sonra, 370. maddede, idare ve temsil organının bir kişiden oluşabileceği unutulurak “... temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir” denilmesi eksik bir düzenlemedir.

Tasarı'nın 499. maddesinde, anonim ortaklığın pay defterine kaydı gerekenler arasında pay üzerinde rehin hakkına sahip olanların sayılmaması da önemli bir eksikliktir. Paylar üzerindeki rehin hakkının ve bu hakkın rüçhan hakkı kullanılarak elde edilecek yeni payları da kapsadığına ilişkin sözleşme şartının ilgili şirkete karşı etkin bir şekilde ileri sürülememesi uygulamada önemli sorunlara yol açmaktadır. Bu nedenle, maddenin rehin hakkı sahiplerini de kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Tasarı'nın yöneticilerle denetçilerin ibralarını düzenleyen 424 ve 558. maddelerinde (yürürlükteki TTK'nın 380. maddesinde olduğu gibi) sadece örtülü (dolaylı) ibraya yer verilip, açık (doğrudan) ibranın

düzenlenmemesi de önemli bir eksikliktir. Gerçekten, ibra, bilânço, kâr ve zarar hesabının onaylanması suretiyle örtülü olarak verilebileceği gibi, bununla ilgili olmaksızın, bağımsız ve açık bir ibra kararıyla da verilebilir. Uygulamada ibra genellikle bu şekilde verilmektedir. İşte asıl hukuken geri alınamayacak olan ibra bu ibradır. Tasarı'nın 558. maddesinde "*ibra kararının geri alınamayacağı*" belirtilip, asıl ilgili olduğu açık (doğrudan) ibranın düzenlenmemesi önemli bir eksikliktir.

İsviçre hukuku örnek alınarak anonim ortaklıklar hukukumuzda getirilmek istenen ve Tasarı'nın 531. maddesinde yer alan haklı nedenlerle fesih davası da, özellikle, dava hakkının sınırlarının iyi belirtilmemesi ve dava için bir zamanaşımı süresinin belirlenmemiş olması bakımlarından eksik ve yetersizdir.

Tasarı'daki eksik düzenlemeye diğer bir örnek, Merkezi Kayıt Kuruluşu'nun, 496. maddedeki yan düzenleme dışında, âdeta görmezden gelinmiş olmasıdır. Özellikle, anonim ortaklık genel kuruluna katılabilecek pay sahipleri ile temsilcilerinin belirlenmesinde ve pay devrinde, anonim ortaklık paylarının tapu kütüğü konumunda bulunan ve kurumun işlevine yer verilmemiş olması önemli bir eksikliktir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 341. maddesi hükmüyle azınlık pay sahiplerine tanınmış olan sorumlu yönetici ve denetçilerin onları seçen ve yönlendiren egemen pay sahipleri tarafından ibra edilmelerini önleme imkanının, Tasarı'nın 559. maddesinde, sadece "*kuruluş ve sermaye artırımından doğan sorumluluk ile sınırlı*" hâle getirilmesi, azınlık ve çoğunluk pay sahipleri arasında mevcut olan hukuki dengenin egemen pay sahipleri lehine bozulması bakımından çok sakıncalı olmuştur. Böylece, münferit ve azınlık pay sahiplerinin, dolaylı zararlar nedeniyle tazminat davası açabilme hakları da önemli ölçüde kâğıt üstünde kalacaktır. Öte yandan, yöneticiler, denetçiler ve tasfiye memurları aleyhine şirket tüzel kişiliği adına açılacak tazminat davalarının genel kurulun aynı yönde vereceği bir karara bağlı olması gereğinin Tasarı'da ihmal edilmiş bulunması da önemli bir eksikliktir.

Keza, Tasarı'nın 1524. (eski 1505.) maddesinde, her sermaye şirketinin bir web sitesi oluşturması ve sitenin belirli bir bölümünü şirketin kanunen yapması gereken ilânlarına tahsis etmesi zorunlu tutulmuş olmasına karşın, ilân gereğini düzenleyen birçok maddede (örneğin;

154, 171/IV, 414/I, 448/I, 453, 532 ve 545. maddelerde) web sitesinde ilân yapılması gereğine yer verilmemiş olması önemli bir eksikliktir.

c. Tasarı'nın içerik bakımından aksayan diğer bir yanı da, yapılan düzenlemeler arasında gerekli olan uyumun sağlanamamış olmasıdır.

Örneğin; 344. maddede, nakit sermaye taahhütlerinin başlangıçta $\frac{1}{4}$ 'ünün ödenmesi yeterli bulunduktan sonra, 435. maddede nakit sermaye borcunun tamamını ödememiş olan pay sahiplerinin oy hakkını kullanmaktan yoksun bırakılmaları uyumsuz ve suistimale açık bir düzenlemedir. Oydan yoksunluğun, bakiye sermaye borcunun (yönetim kurulunun istemine rağmen) ödenmemesi hali için öngörülmesi daha tutarlı bir düzenleme olurdu.

Yine, Tasarı'nın 359. maddesinde *"anonim şirketin bir veya birden fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur"* denildikten sonra, 370. maddede, yönetimin tek kişiden oluşması hâli gözden kaçırılarak, kategorik bir şekilde *"Temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir"* denilmesi uyumsuz bir düzenlemedir.

d. Tasarı'nın 452. maddesinde, uygulamada çok yanlış yorumlara yol açan *"müktesep hak"* düzenlemesinde ısrar edilmesi ve ayrıca *"vazgeçilmez haklar"* diye bir hak kategorisi ihdas edilmesi de hatalı olmuştur.

Kaynağı olan İsviçre'de bile elli beş yıllık bir uygulamadan sonra kanundan çıkarılmış olan müktesep hak kavramının Tasarı'da muhafaza edilmesi, bugüne kadarki yanlış yorum ve uygulamaların (özellikle yapay mutlak müktesep hak – Nisbi müktesep hak ayırımının) devam etmesinden başka bir sonuç vermeyecektir. İşin dikkate değer yanı, İsviçre kanun koyucusunun ve uygulayıcısının yanlıştan dönmeyi bilmelerine karşılık, onların Türkiye'deki takipçilerinin yanlışta ısrar etmeleridir.

*"Vazgeçilmez haklar"*ın ne olduğu Tasarı'nın gerekçesinde açıklanmamış ve sadece *"müktesep hakların bir türü olduğu"* belirtilmiştir. Ancak bu nitelme bizatihi *"vazgeçilmez hak"* nitelmesiyle bağdaşmamaktadır. Çünkü, müktesep hakkın temel özelliği, sahibinin rızasıyla *"vazgeçilebilir"* olmasıdır.

e. Ticaret ortaklıklarında ve bu arada anonim ortaklıkta işletme konusu ile sınırlı ehliyet ilkesi (ultra vires) terkedildikten sonra, Tasarı'nın 371. maddesinin 2. fıkrasında işletme konusuyla sınırlı temsil yetkisinin öngörülmesi çelişkili bir tutumdur. Aynı durum tasfiye memurlarının temsil yetkileriyle ilgili olarak Tasarı'nın 539. maddesinin 2. fıkrası hükmü bakımından da söz konusudur.

f. Tasarı'nın Türk Ticaret Kanunu'nun herhangi bir hükmünü kaldıran, değiştiren, uygulanmaz konuma getiren veya istisna eden diğer kanunlara ve kanun değişikliklerine ilişkin tasarıların "*Adalet Bakanlığı'nın onayı alınarak Bakanlar Kurulu'na getirilebilmesini*" öngören 1533. (eski 1511.) maddesi hükmü de hukuken hatalı ve gereksizdir. Bir kere, bakanlıklardan birinin Bakanlar Kurulu'na kanun tasarı taslağı sunabilmesinin diğer bir Bakanlığın "*onayına*" bağlı tutulmasının hukuken geçerliliği en azından tartışmalıdır. Kaldı ki, uygulamada Bakanlar Kurulu'na sunulacak olan tasarı taslakları için uygulamada ilgili bakanlıkların (ve genellikle Adalet Bakanlığı'nın) görüşleri alınmaktadır.¹⁰

Tasarı'da yukarıda belirtilenlerden başka daha birçok madde yanlış, eksik, çelişkili veya çıkarılıp atılması gereken hükümleri içermektedir.¹¹

Sonuç olarak, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın en azından "*Ticari İşletme*" ve "*Ticaret Şirketleri*" Kitapları ile "*Son Hükümler*" bölümünün TBMM'ye sunulmasında acele edilmemesi, Adalet Komisyonu'nda veya oluşturacağı alt komisyonda düzeltilebileceği iyimserliğine kapılınmaması ve Tasarı'nın herhalde oluşturulacak yeni bir komisyonda gözden geçirilerek düzeltilmesi zorunludur.

¹⁰ Tasarı'nın ilk metninin 1509. maddesinde "Bu Kanun'da yer alan bütün tanımlar ve kanuni terimler, aynı kavramlar için diğer kanunlar farklı tanımlar ve terimler kullanmış olsalar da, o kanunlar için de geçerli tanımlar ve terimlerdir" hükmüne yer verilmişti. Bu hükmü, Türk Ticaret Kanunu'nun aynı şekilde özel hukuk alanını düzenleyen Türk Medeni Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu'na göre daha özel bir kanun olduğu; hal böyle iken, Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan bütün tanımlar ile kanuni kavram ve terimlerin, farklı da olsalar, tüm kanunlar için geçerli olduğunun hükme bağlanmasının hukuk tekniği bakımından hatalı ve ayrıca sakıncalı olduğu nedenleriyle eleştirmiştim. Hüküm son tasarıdan (yeni 1531. maddeden) çıkarılmıştır.

¹¹ Bu hükümlerle ilgili açıklamalar için İstanbul Barosu tarafından yayımlanan *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı-Değerlendirmeler ve Öneriler*, (1. Baskı Mayıs 2005, 2. Baskı Haziran 2005) adlı kitabıma bakabilirler.