

# TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI

Değerlendirme ve Öneriler

Prof. Dr. Erdoğan Morođlu

2. Bası



İSTANBUL BAROSU

## GENEL DEĞERLENDİRME

T.C. Adalet Bakanlığı'nca 1999 yılı sonunda kurulan "Ticaret Kanunu Komisyonu" tarafından hazırlanan "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı" Mart ayı başında kamuoyunun değerlendirmesine sunulmuş bulunuyor. Tasarı "Başlangıç" hükümlerini takiben sırasıyla "Ticari İşletme", "Ticaret Şirketleri", "Kıymetli Evrak", "Taşıma İşleri", "Deniz Ticareti" ve "Sigorta Hukuku" konularını düzenleyen altı Kitap ile "Son Hükümler"den ve toplam 1514 maddeden oluşmaktadır.

Değerlendirme ve öneri için tanınan süre 24 Mayıs 2005'de sona ermektedir. Bu kısa süre içinde Tasarı'nın ancak "Başlangıç" hükümlerini, "Ticari İşletme" ile "Ticaret Şirketleri"ne ilişkin ilk iki kitabını ve "Son Hükümler"ini inceleme imkânını bulabildim. Dolayısıyla, bu kitapta yeralan değerlendirme ve öneriler Tasarı'nın belirtilen bölümleri ile sınırlı kalmıştır.

\* \* \*

Türk Ticaret Kanunu 48 yıldır yürürlüktedir. Bu süre içinde Dünya'da ve Türkiye'de toplumsal ve ekonomik koşullar önemli ölçüde değişmiştir. Bu değişikliğe bağlı olarak Türk Ticaret Kanunu'nun da eskidiği, değişen gereksinimlere yeteri kadar yanıt veremediği; ayrıca, Avrupa Birliği hukukuna uyum gereği olarak değiştirilmesinin zorunlu olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bu konudaki görüş ayrılığı, *değişikliğin yeni bir kanunla mı, yoksa yürürlükteki Kanun'un gereksinimlere yanıt verebilecek hale getirilmesi suretiyle mi gerçekleştirilmesi gerektiği* konusunda çıkmıştır. *Ticaret Kanunu Komisyonu*, yürürlükteki kanunun yenilenmesi yerine *yeni bir kanun hazırlanması gerektiği görüşünü benimsemiştir*. Aslında, hatalı veya gereksiz sistem değişikliğine ilişkin hükümler bir yana bırakılırsa, getirilen yeni düzenlemelerin yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde yapılabilmesi de mümkündür. Bununla beraber, tercih yeni bir kanun hazırlanması yönünde oluşmuş bulunmasına göre, bu aşamada eldeki Tasarı'nın yeterli hale getirilmesi yönünde çaba sarfedilmesi daha doğru ola-

caktır. Bu kitaptaki değerlendirme ve öneriler bu düşünce doğrultusunda şekillenmiştir.

\* \* \*

Tasarı'nın Gereke'sinde "arı ve güzel Türkçe için özen gösterilmiştir" denilmesine karşın, Tasarı'nın dili ve ifadesi başarısızdır. Örneğin, bir yerde "tahsis", diğer yerde "özgülenme"; bir yerde "işlem" ve hemen onun yanında "eylem" yerine "fül", bir yerde "şirket" bir başka yerde "ortaklık"; bir yerde "nevi değiştirme" bir yerde "tür değiştirme"; bir yerde "kanunu karşı hile", bir yerde "kanunu dolanma"; "azınlık" veya "azınlık pay sahipleri" terimi yerine "azlık" ve tutunmuş olan öztürkçe "anasözleşme" terimi yerine, "esas mukavele" teriminin yarısı öztürkçeleştirilerek "esas sözleşme" denilmektedir. Her ikisi de "öneri" anlamına gelmesine rağmen (md. 62/I-b'de) "...icap ve tekliflerinin..." sözcükleri ardarda kullanılmaktadır.

\* \* \*

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı hazırlanırken Türk Borçlar Kanunu Tasarısını hazırlayan Komisyon ile işbirliği yapılmamış olduğu, her iki tasarıda kullanılan terim ve kavramlarda bir uyumun sağlanamamış olmasından (örneğin, Türk Ticaret Kanunu Tasarısında "temerrüt", "genel işlem şartları" ve "tevdi eden" denilirken; Türk Borçlar Kanunu Tasarısında "direnim", "genel işlem koşulları" ve "saklatan" denilmesinden) ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında yer alması gereken hükümlerin (örneğin Tasarı'nın 207-208 inci, 552-559 uncu ve 625-646 ncı maddeleri hükümlerinin) Türk Borçlar Kanunu Tasarısında ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında yer alması gereken hükümlerin de Türk Ticaret Kanunu Tasarısında (örneğin Tasarı'nın 10'uncu ve 23 üncü maddelerinde) yer almış olmasından açıkça anlaşılmaktadır.

\* \* \*

Tasarı'da ilgili özel kanunlarla gereken bağlantının kurulmamış ve hattâ bu kanunlardaki isabetli düzenlemelerin atlanmış olması da önemli bir eksikliktir. Örneğin, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22/b maddesinde SPK Kurulu "...Kamu yararının gerektirdiği hallerde sermaye piyasası araçlarının halka arz ve satışını geçici olarak durdurmak" konusunda doğrudan yetkilendirilmiş olduğu halde, Tasarı'nın 552 nci maddesinde, SPK Kurulu'ndan izin alınmaksızın halktan para toplanması veya buna teşebbüs edilmesi halinde, Kurul'un para toplanmasını veya buna teşebbüsü ön-

lemek için Ankara Ticaret Mahkemesi'nden ihtiyatî tedbir kararı alması öngörülmüştür. Bu konuda doğru ve amaca uygun olan düzenleme, izinsiz para toplanması veya buna teşebbüs edilmesi halinde, SPKuru'nun özerk bir idare olarak kamu erkini kullanma yetkisi kapsamında sözkonusu eylemleri önleme konusunda doğrudan yetkili kılınmasıdır. Bu yetki SPK'nun 22/b maddesi hükmüyle SPKuru'na verilmiş olmasına göre, 552 nci madde hükmünün Tasarı'dan çıkarılması gerekmektedir.

Ayrıca, Tasarı'da Sermaye Piyasası Kurulu'nun özerk bir idare olarak **düzenleme ve denetim yetkilerine ilişkin hükümlerin** Sermaye Piyasası Kanunu'nda ve **özel hukuk hükümlerinin** Türk Ticaret Kanunu'nda yer alması gereğinin gözardı edilmesi hatalı olmuştur. Örneğin, Sermaye Piyasası Kanunu'nun halka açık anonim ortaklıklara ve menkul kıymetlere ilişkin özel ticari hükümlerine Tasarı'da ve Tasarı'nın 552 nci ve 1507 nci maddeleri hükümleri gibi Sermaye Piyasası Kurulu'nun denetim ve düzenleme yetkilerine ilişkin hükümlere de Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer verilmesi gerekirdi.

Tasarı'da diğer ilgili kanunlarla da gerekli uyum sağlanamamıştır. Örneğin, Tasarı'nın 4/d maddesi hükmü Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun değişik 76 nci maddesi hükmüyle; 210/No.3 üncü maddesi hükmü 2576 sayılı Kanun'un 5 inci maddesi hükmüyle; 65 inci maddesinin 1 inci fıkrası ve 70 inci maddesi hükümleri 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 215 inci maddesinin 1 inci ve 2 nci fıkraları hükümleriyle; 74 üncü maddesi hükmü yine Vergi Usul Kanunu'nun 326 nci maddesi hükmüyle ve 333 üncü maddesinin son cümlesi hükmü de herşeyden önce SPK'nun 12/1 inci maddesi hükmüyle uyumsuzdur.

\* \* \*

Tasarı'nın sistematigi de bozuktur. Bu bozukluk hem Türk Ticaret Kanunu'nun bir kısım hükümlerinin olduğu gibi Tasarı'ya aktarılmasından ve hem de yeni düzenlemelerde sistematik konusunda gerekli özenin gösterilmemiş olmasından kaynaklanmıştır. Örneğin, Tasarı'nın Birinci Kitap'ının başlığı "Ticari İşletme" olduğu ve ilk (11 inci) maddesinde doğru olarak ticari işletme tanımına yer verildiği halde; devamında ticari işletmenin kuruluşu, teşkilâtı, devri, kiralanması, rehnedilmesi (*özel kanunlarıyla da bağlantı kurularak*) düzenlenecek yerde, 12 nci ve devamı olan maddelerde ticari işletmenin kişi unsurunu oluşturan "tacir"e atlanmış; ticari işletmeyle ilgili diğer düzenlemeler eksik olarak tacire ve ticaret ünvanına 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 bölümde*), örtülü ibra'ya ilişkin kısmı ise "*Genel Kurul*" hükümleri arasında 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. Sistematik konusundaki başka bir hata, ilgili maddenin birkaç fıkrasından biri olabilecek hükümlerin ayrı maddeler halinde düzenlenmiş bulunmalarıdır. Diğer sistem hatalarına Tasarı maddelerinin değerlendirilmesi kapsamında değinilmiştir.

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

\* \* \*

Tasarı'nın içeriğine ilişkin genel değerlendirmelere gelince:

İncelediğim "*Başlangıç*" bölümü, "*Ticari İşletme*" ve "*Ticaret Şirketleri*" Kitapları ile "*Son Hükümler*" bölümüne ait yaklaşık 655 maddeden en az 250'sinin kısmen veya tamamen düzeltilmesi ve çoğunluğu önemli hukuki sorunlar çıkaracak olan 15'den fazla maddenin veya münferit hükmün (*bunlar arasında 64/No.5, 335, 340, 351, 434/I, 552, 579, 585, 1509 ve 1511 inci maddeler hükümleri sayılabilir*) Tasarı'dan çıkarılması gerekmektedir.

Hukuken yanlış ve sakıncalı olan maddelerin başında ticari defterlere ilişkin 64 üncü maddenin 5 inci fıkrası hükmü gelmektedir. Bu hükümle "*Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu*" ve dolayısıyla "*Uluslararası Finansal Raporlama Standartları*", Kanun'un ve Yasama Organının önüne geçirilmekte ve kanun hükümlerinin, anılan Standartların izin verdikleri ölçüde uygulanabileceği; Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu ile (*dolaylı olarak*

da) Uluslararası Finansal Raporlama Standartları'nın, kanun hükümlerini değiştirebilecek düzenlemeler yapabilmeleri kabul edilmektedir. Bu düzenlemenin hukukun normlar hiyerarşisine, Anayasa'nın kuvvetler ayrılığı ilkesine ilişkin hükümlerine ve "Kanunları koymak, değiştirmek ve kaldırmak Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir" diyen 87 nci maddesi hükmüne açıkça aykırı olduğu kuşkusuzdur.

Tasarı'nın anonim ve limited ortaklıklara ilişkin 335 inci ve 585 inci maddeleriyle "kurulma" ve "tüzel kişilik kazanma" gibi, Alman hukukunda benimsenen *Vorgesellschaft-Gründungsgesellschaft* sistemi hukukumuzda getirilmek istenmekte ise de, bu düzenleme her şeyden önce Borçlar Kanunu'nun 520 nci maddesinin 2 nci fıkrasında yer alan (ve Türk Borçlar Kanunu Tasarı'sının 625 inci maddesinin 2 nci 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, ayrıca ileride 335 inci maddeye ilişkin değerlendirmemde belirttiğim üzere, Tasarı'nın 355 inci maddesinin 2 nci ve 3 üncü fıkraları hükümleriyle de çelişkili bir durum oluşturmaktadır.

Tasarı'nın 340 inci maddesinde, sözleşmeler hukukunun temeli olan "*sözleşme özgürlüğü*" Borçlar Kanunu'nun 19/20 nci maddeleri ile Türk Medeni Kanunu'nun 23 üncü maddesinde öngörülen sınırlamaların çok ötesinde olarak, ayrıca sınırlanmaktadır. Bu hükme göre, anasözleşmede yapılacak olan ihtiyari düzenlemelerin geçerliliği, sadece emredici hükümlere, ahlâka ve âdaba, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık ile değil, ayrıca "*kanunda açıkça cevaz verilmiş olma*" koşulu ile de sınırlanmaktadır. Bu sınırlama ile anonim ortaklığa adeta çelik korse girdirilmekte ve anonim ortaklıklar hukukunun gelişmesi yolu önemli ölçüde kapatılmaktadır. Aynı durum, Tasarı'nın 579 uncu maddesinin paralel hükmü nedeniyle limited ortaklıklar için de sözkonusudur.

Ayrıca, Tasarı'nın 421 inci maddesi hükmüyle Türk Ticaret Kanunu'nun artık oturmuş olan ve ufak düzeltmelerle Tasarı'ya alınması gereken 388 inci maddesinin anasözleşme değişikliklerine ilişkin nisapları gösteren hükmünün, tutarlı bir gerekçe gösterilmeden, 10 yıl ara ile ikinci defa değiştirilmesi de hatalı olmuştur.

Gerek 340 inci ve 579 uncu maddeler hükümleri ve gerekse anasözleşme değişikliğine ilişkin nisapları belirleyen 421 inci madde hükmü yurdumuzda mevcut 90.000 anonim şirketin anasözleşmeleri ve bu anasözleşmelerde düzenlenen ortaklık ilişkile-

riyle ortaklararası çıkar dengeleri bakımından büyük bir tehlike oluşturmaktadır. Bu tehlikeyi "Geçici Hükümler" ve "Uygulama Kanunu" ile gidermek de mümkün değildir.

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

Tasarı'daki önemli yetersizliklerden biri de, yapılan yeni düzenlemelerin eksik bırakılmış olmasıdır. Bu konuda verilebilecek ilk örnek, tek kişilik anonim ve limited ortaklığa cevaz veren düzenlemedir. Anonim ortaklığın en az beş kurucuyla ve limited ortaklığın en az iki ortakla kurulması zorunluluğunun amaca hizmet etmediği, yapay kurucular veya ortaklar alınmasına yol açtığı doğrudur. Ancak, tek ortaklı şirket düzenlemesinin sınırlı sorumluluk imkânından yararlanmak için tek kişi firmalarının anonim ortaklıklara dönüştürülmesini ayrıca teşvik edeceği de yadsınmaz. Tasarı bu eğilimi önleyecek herhangi bir önlem öngörmemiştir. Örneğin, anonim ortaklığın asgari esas sermayesinin 500.000 lira olarak belirlenmesi; tek kişi ortağın hiç olmazsa özel durumlarda şirketin borçları ve yükümlülükleri için, üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun genişlemesi veya sınırsız hale getirilmesi bu konuda düşünülecek önlemler olabilirdi. Ayrıca, tek kişi anonim ortaklığının yeterli bir şekilde düzenlenmemiş olması da önemli bir eksikliktir. Örneğin tek kişilik ortaklıkta genel kurulun davetinin, toplantısının, karar almasının, kararların iptalinin, yönetim kurulu üyelerinin azlının vs. nasıl olacağı gibi özel düzenleme gereken birçok husus açık bırakılmıştır.

Tasarı'daki eksik düzenlemeye diğer bir örnek, Merkezi Kayıt Kuruluşu'nun, 496 ncı 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 bu kurumun işlevine yer verilmemiş olması önemli bir eksikliktir.

"Son Hükümler" bölümünde yer alan 1509 uncu maddede "Bu kanunda 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 verilmesi hatalı bir düzenlemedir. Türk Ticaret Kanunu, aynı şekilde özel hukuk alanını düzenleyen Türk Medeni Kanunu'na ve Borçlar Kanunu'na göre daha özel bir kanundur. 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 bağlanması hatalı ve ayrıca sakıncalıdır.

Keza, Tasarı'nın 1511 inci maddesinin 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 Kuruluna getirilebilmesine" ilişkin 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 ilgili bakanlıkların (ve genellikle Adalet Bakanlığının) görüşleri alınmaktadır.

Tasarı'da yukarıda belirtilenlerden başka daha birçok madde yanlış, eksik, çelişkili veya çıkarılması gereken hükümleri içermektedir. Bunlara Tasarı'nın maddeleriyle ilgili değerlendirmeler kapsamında işaret edilmiştir.

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