



İSTANBUL
TİCARET
ODASI
—1882—

REGESTA

Cilt/Volume: 9 | Sayı/Issue: 2 | 2024/2

ISSN 2146 - 6203

DOĞAL AFET, TARIM VE DİĞER SİGORTALARA İLİŞKİN GÜNCEL SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

*CURRENT ISSUES REGARDING NATURAL DISASTER,
AGRICULTURE AND OTHER INSURANCE AND SOLUTION
SUGGESTIONS*

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN

HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA İMTİYAZLI PAYLARA SAHİP OLUNMASIYLA PAY ALIM TEKLİFİNDE BULUNMA ZORUNLULUĞUNUN DOĞMASI

*THE OBLIGATION TO MAKE A TAKEOVER BID ARISES WHEN
HOLDING PRIVILEGED SHARES IN PUBLICLY TRADED JOINT-
STOCK COMPANIES*

Prof. Dr. Şafak NARBAY

Öğr. Gör./Assoc. Member Ayşe Gül ÖKSÜZ

HAKİM ŞİRKETİN DESTEK MEKTUBU PARENT COMPANY'S LETTER OF COMFORT

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Hüsnü TURANLI

Av. Dr./Atty. Dr. Ayşe EROL

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN YARGILAMAYA KATILMASININ TEORİK ÇERÇEVESİ

*THEORETICAL FRAMEWORK OF THE JOINING OF THIRD
PARTIES IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION*

Arş. Gör./Res. Asst. Burak IŞIK

KONKORDATO BAŞVURUSUNUN İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİLERİ

*EFFECTS OF CONCORDATE APPLICATION ON EMPLOYMENT
CONTRACT*

Öğr. Gör. Dr./Assoc. Member Dr. Mehmet Seyfeddin PENÇE



TÜBİTAK

ULAKBİM

TR Dizin Hukuk Veri Tabanında
Dizinlenmektedir



İSTANBUL
TİCARET
ODASI
— 1882 —

REGESTA

Ticaret Hukuku Dergisi
Journal of Commercial Law

Dört Aylık Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın

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

Cilt: 9/Sayı: 2
Volume: 9/Issue: 2
Yıl/Year: 2024

TR Dizin Hukuk Veri Tabanında Dizinlenmektedir



Regesta Ticaret Hukuku Dergisi
Regesta Journal of Commercial Law

“Hakemli Dergidir”/“Peer reviewed Journal”

Cilt: 9/Sayı: 2
Volume: 9/Issue: 2
Yıl/Year: 2024

Yayın Sahibi/Publisher: İstanbul Ticaret Odası adına İmtiyaz
Sahibi/On Behalf of Istanbul Chamber of
Commerce Publisher and Grant Holder
Şekib Avdağ

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Responsible Manager: Av./Aal. Nurcan Turan

Danışman ve Basıma
Hazırlayanın Adı/Name of the Legal Yayıncılık A.Ş.
General Counsel and Editing (Sertifika No./Certificate No. 27563)
Company: Tel.: 0 216 449 04 85-86

Basımcının Adı/Printed by: Ege Reklam Basım Sanatları San. ve Tic.
Ltd. Şti.

Basıldığı Yer/ Ziyapaşa Cad. No: 4/1 Ataşehir/İstanbul
Place of Publication: (Sertifika No./Certificate No. 45604)
Tel: 0 216 470 44 70

Basım Tarihi/Publication Date: Eylül/September 2024

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

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

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

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

Dergiye yapılan atıflarda “**REGESTA**” kısaltması kullanılmalıdır.
*For citations please use the abbreviation: “**REGESTA**”*

Katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri/
All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to:

E-mail: nurcan.turan@ito.org.tr
İstanbul Ticaret Odası Merkez Bina
Reşadiye Cad. Eminönü, Fatih/İstanbul
Tel.: 0 212 455 60 00

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.
Articles published in this journal represent only the views of the contributors.

Copyright © 2024

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

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

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ

İstanbul Ticaret Odası Merkez Bina
Reşadiye Cad. Eminönü, Fatih/İstanbul
Tel.: 0 212 455 60 00

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

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

EDİTÖR/EDITOR IN CHIEF

Av. Nurcan TURAN

DİL EDİTÖRÜ/LANGUAGE EDITOR

Av. Nur ÖZCAN

YAYIN KURULU EDITORIAL BOARD

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

Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDOĞAN (*İstanbul Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAĞ (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi H. Ali DURAL (*Galatasaray Üniversitesi*)

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ YAYIN İLKELERİ
PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF
REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

1. Katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri:

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

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

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

2. Dergilerde yer alan yazılar kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

The articles published in the journals may not be used without giving reference to their source.

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

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

4. Dergide yayınlanan yazılarda yer alan görüşler yazarlarına aittir.

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

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

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

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

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

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

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

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

Kağıt boyutu: A4

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

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

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

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

Paper size: A4

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

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

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

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

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

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

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

11. Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet (öz)** kısmı içermelidir. Özet (öz) yazımında en fazla 160 kelime kullanılmalıdır. Makaleler en az 5, en fazla 10 adet anahtar kelime/keywords içermelidir.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Hakem Değerlendirme Sistemi/Arbiter Evaluation System

19. Yayın Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan makaleler, anonim olarak hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda makalenin yayınlanmasına ya da düzeltme istenmesine ya da yayınlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda haberdar edilecektir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilir.

After the initial assessment of the articles is completed by the editorial board, the articles will be submitted to a peer reviewer anonymously. In accordance with the reviewer's report, editing may be requested, the article may get published, or the article may be rejected. The author shall be notified of the decision as soon as possible. The editorial board shall submit the final, or the edited article to the peer reviewer one more time.

20. Her makale için hakem sayısı en az iki olup, iki hakemin görüşlerinin farklı olması durumunda editör veya üçüncü bir hakemin görüşü alınacaktır.

For each paper there would be at least two arbiters; when these two arbiters have conflicting opinions, either the editor or a third arbiter will be consulted.

21. Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**ift kr hakemlik**) dayanır. Dergiye gönderilen tm alışmalar ift kr hakem değerlendirilmesine tabi tutulduğundan hakem listesine yer verilmemiştir. Hakeme gnderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **double blind peer review**. Because of the double blind peer review the journal doesn't include referee list. The identity of the author (s) and reviewer (s) will not be revealed to the other party.*

Regesta Hakkında/About Regesta

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

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

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

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

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

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

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

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

Kişisel Verileriniz Hakkında Bilgilendirme

Dergimiz, İTO tarafından hakemli, yerel ve süreli yayın vasfıyla yayımlanmakta olup abonelik kapsamında daha önce bize bildirmiş olduğunuz adresinize gönderilmektedir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve ikincil mevzuat kapsamında, Dergimizin dağıtım faaliyetinin gerçekleştirilebilmesi amacıyla isim, unvan, adres ve iletişim bilgileriniz işlenmekte ve ilgili kurye/kargo şirketine aktarılmaktadır. Söz konusu kişisel verileriniz, aksi yönde bir talebiniz olmaması halinde Dergimizin yayınlandığı süre boyunca mevzuata uygun olarak saklanacaktır.

6698 sayılı Kanun uyarınca, söz konusu faaliyet kapsamında veri sorumlusu İTO olup, Kanununun 11. maddesi kapsamındaki haklarınız için nurcan.turan@ito.org.tr adresine e-posta yoluyla başvurabilirsiniz.

Regarding Your Personal Information

Our journal published by İTO, is a peer reviewed, national, and a periodical publication. As a part of your membership status, it is mailed to the address that you previously supplied to us.

Under the 6698 numbered Law on the Protection of Personal Information, and secondary legislation, your name, your title, your address, and your contact information are recorded, and communicated to the relevant shipping company for the purpose of distributing our periodical. Unless you request otherwise, during the term of our publication, your personal information shall be kept in accordance with the legislation.

Under the 6698 numbered Law, İTO is the responsible party for the data. Regarding your rights under article 11 of the Law, you may get in touch with us by e mailing to us either at nurcan.turan@ito.org.tr

HAKEM DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Dergiye gönderilen yazıların ilk değerlendirme süreci Editör/Yayın Kurulu tarafından yapılır ve şekil ile içerik bakımından uygun bulunan yazılar bilimsel inceleme için en az iki kör hakeme gönderilir. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine veya yayımlanmamasına karar verilir. Düzeltme istenilen yazı değerlendirilmesi için tekrar hakeme gönderilir. Hakem değerlendirme raporları TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin Komitesi'nin incelemesine olanak verecek şekilde yayın tarihinden sonra en az beş yıl süreyle saklanmaktadır. Yazıların yayımlanması konusunda son karar Yayın Kuruluna aittir. Yayımlanmayan yazılar iade edilmez.

REVIEWER EVALUATION PROCEDURE

The editor/the publication board works on the initial review procedure of the papers submitted to the journal; and the papers endorsed based on their form and their content would be submitted to at least two blind reviewers for evaluation. Based on the reports of the reviewers, it is decided to either revise or to publish the paper. The paper requested to be revised would be submitted to the reviewer one more time. Reviewer evaluation reports would be kept at least for a period of five years after the date of publication in the form that would enable them to be examined by the TÜBİTAK ULAKBİM TR index commission. The publication board makes the final decision regarding the publication of the papers. Unpublished papers shall not be remanded.

EDİTÖRDEN.../FROM THE EDITOR...

Dergimizin 2024 yılına ait ikinci sayısıyla karşınızdayız.

Bu sayımızdaki ilk eser Prof. Dr. Şaban KAYIHAN'ın “*Doğal Afet, Tarım ve Diğer Sigortalara İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri*” olup; bunun yanı sıra Prof. Dr. Şafak NARBAY ve Öğr. Gör. Ayşe Gül ÖKSÜZ'ün “*Halka Açık Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylara Sahip Olunmasıyla Pay Alım Teklifinde Bulunma Zorunluluğunun Doğması*”, Doç. Dr. Hüsnü TURANLI ve Av. Dr. Ayşe EROL'un “*Hakim Şirketin Destek Mektubu*”, Arş. Gör. Burak IŞIK'ın “*Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Kişilerin Yargılamaya Katılmasının Teorik Çerçevesi*” ve Öğr. Gör. Dr. Mehmet Seyfeddin PENÇE'nin “*Konkordato Başvurusunun İş Sözleşmesine Etkileri*” isimli yazılarına yer verilmiştir.

Dergimizin çift kör hakem uygulaması gibi yüksek akademik kriterleri ile iş dünyasını yakından ilgilendiren güncel konuları değerlendiren makale ve uzman görüşlerine yer vermemiz dergimize ilginin artmasını sağlamıştır. Akademisyenlere ve iş dünyasına gösterdikleri yoğun ilgi nedeniyle teşekkür ediyoruz.

Gelecek sayıda görüşmek dileğiyle.

Av./Aal. Nurcan TURAN

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ

Cilt: 9/Sayı: 2

Yıl: 2024

İÇİNDEKİLER

Makaleler	289
Araştırma Makalesi	
Doğal Afet, Tarım ve Diğer Sigortalara İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri	
<i>Prof. Dr. Şaban KAYIHAN</i>	291
Halka Açık Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylara Sahip Olunmasıyla Pay Alım Teklifinde Bulunma Zorunluluğunun Doğması	
<i>Prof. Dr. Şafak NARBAY</i>	
<i>Öğr. Gör. Ayşe Gül ÖKSÜZ</i>	307
Hakim Şirketin Destek Mektubu	
<i>Doç. Dr. Hüsnü TURANLI</i>	
<i>Av. Dr. Ayşe EROL</i>	355
Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Kişilerin Yargılamaya Katılmasının Teorik Çerçevesi	
<i>Arş. Gör. Burak IŞIK</i>	383
Konkordato Başvurusunun İş Sözleşmesine Etkileri	
<i>Öğr. Gör. Dr. Mehmet Seyfeddin PENÇE</i>	443

REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

Volume: 9/Issue: 2

Year: 2024

CONTENTS

Articles..... 289

Research Articles

Current Issues Regarding Natural Disaster, Agriculture and Other Insurance
and Solution Suggestions

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN..... 291

The Obligation to Make a Takeover Bid Arises When Holding Privileged
Shares in Publicly Traded Joint-Stock Companies

Prof. Dr. Şafak NARBAY
Assoc. Member Ayşe Gül ÖKSÜZ 307

Parent Company's Letter of Comfort

Assoc. Prof. Dr. Hüsnü TURANLI
Atty. Dr. Ayşe EROL..... 355

Theoretical Framework of the Joining of Third Parties in International
Commercial Arbitration

Res. Asst. Burak IŞIK..... 383

Effects of Concordate Application on Employment Contract

Assoc. Member Dr. Mehmet Seyfeddin PENÇE 443

MAKALELER

ARTICLES

* Doğal Afet, Tarım ve Diğer Sigortalara İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri
*Current Issues Regarding Natural Disaster, Agriculture and Other Insurance and
Solution Suggestions*

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN

* Halka Açık Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylara Sahip Olunmasıyla Pay Alım
Teklifinde Bulunma Zorunluluğunun Doğması
*The Obligation to Make a Takeover Bid Arises When Holding Privileged Shares in
Publicly Traded Joint-Stock Companies*

Prof. Dr. Şafak NARBAY

Öğr. Gör./Assoc. Member Ayşe Gül ÖKSÜZ

* Hakim Şirketin Destek Mektubu

Parent Company's Letter of Comfort

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Hüsnü TURANLI

Av. Dr./Atty. Dr. Ayşe EROL

* Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Kişilerin Yargılamaya
Katılmasının Teorik Çerçevesi

*Theoretical Framework of the Joining of Third Parties in International
Commercial Arbitration*

Arş. Gör./Res. Asst. Burak IŞIK

* Konkordato Başvurusunun İş Sözleşmesine Etkileri

Effects of Concordate Application on Employment Contract

Öğr. Gör. Dr./Assoc. Member Dr. Mehmet Seyfeddin PENÇE

- Araştırma Makalesi -

**Ƨ DOĞAL AFET, TARIM VE DİĞER SİGORTALARA İLİŞKİN
GÜNCEL SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ***
(CURRENT ISSUES REGARDING NATURAL DISASTER, AGRICULTURE AND
OTHER INSURANCE AND SOLUTION SUGGESTIONS)

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN**

ÖZ

Deprem sigortaları ile tarım sigortaları, toplumun ve ekonominin korunması amacıyla devlet tarafından teşvik edilen sigorta türleridir. Bu sigortalar, doğal afet ve felaketlerin etkilerini azaltmayı ve kişilerin maddi kayıplarını en aza indirmeyi hedefler. BÖylelikle devlet, vatandaşlarının deprem veya tarımsal riskler karşısında mağdur olmasını önlemeye çalışır. Genel sigorta sözleşmesi hukuku eko sistemi içerisinde her iki sigorta türü de esasen sigorta sözleşmelerinin zarar sigortaları ve meblağ sigortaları olarak yapılan genel ayırımında aktif zarar sigortaları kısmına girerler. Sigorta hukukuna ilişkin genel sorunlardan bu sigortalar da etkilenir. Biz bu çalışmada özeldde deprem ve tarım sigortaları hakkındaki uygulama kaynaklı sorunları ve çözüm önerilerini, genelde ise tüm sigorta hukukuna ilişkin uygulama sorunlarını ve çözüm önerilerini özetlemeye çalıştık.

Anahtar Kelimeler: Zorunlu Deprem Sigortası, İhtiyari Deprem Sigortası, Tarım Sigortaları, Sigorta Şirketleri, Tarımsal Rizikolar, Doğal Afetler.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 16.04.2024 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 20.04.2024 tarihinde birinci hakem; 06.09.2024 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İstanbul Ticaret Üni. Hukuk Fak. Ticaret Hukuku ABD. Öğretim Üyesi, sabanmanas@hotmail.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0003-3778-0250

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bu makaleye atıf için; KAYIHAN, Şaban, “Doğal Afet, Tarım ve Diğer Sigortalara İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, REGESTA, Cilt: 9, Sayı: 2, 2024, s. 291-306.

ABSTRACT

Earthquake insurance and agricultural insurance are types of insurance that are encouraged by the state to protect society and the economy. These insurances aim to reduce the effects of natural disasters and disasters and to minimize the financial losses of individuals. Thus, the state tries to prevent its citizens from being victims of earthquakes or agricultural risks. In the eco-system of general insurance contract law, both types of insurance are included in the active loss insurance section in the general division of insurance contracts as loss insurance and sum insurance. These insurances are also affected by general problems related to insurance law. In this study, we tried to summarize the application-related problems and solution proposals about earthquake and agricultural insurance in particular, and the application problems and solution proposals related to all insurance law in general.

Keywords: *Compulsory Earthquake Insurance, Optional Earthquake Insurance, Agricultural Insurance, Insurance Companies, Agricultural Risks, Natural Disasters.*

Giriş

Dünya var olduğundan bugüne kadar geçen zaman diliminde insanoğlu burada sayamayacağımız kadar deprem, sel, fırtına, dolu vb. gibi doğal afet riski ile karşılaşmış zaten günümüz modern anlamda sigortanın kurumsallaşması bu risklerle olabildiğince hep birlikte mücadele etme fikrinin bir sonucu olmuştur. Gerçekten sözü edilen bu riskler son derece katastrofik (yıkıcı) niteliktedir ve bu nitelik kanun gerekçe metinlerinde de yerini almıştır. Bu türden riskler gerçekleştiğinde hep birlikte tanık olduğumuz üzere etkileri çok ciddi yıkıcı ve can yakıcı olmakta oluşturduğu zararları telafi etmek gerçekten çok zor olmaktadır. Bir de uygulamadaki zorluklar buna eklenince durum bir kat daha kaotik bir hal almaktadır.

Bilindiği üzere özel sigorta sözleşmelerinde genel kabul gören sınıflandırmaya göre sigortalar zarar sigortaları ve can (meblağ) sigortaları olarak iki temel başlıkta ele alınmaktadır. Sigorta ettirenin aktifinde olan malvarlığı açısından veya onun sorumluluğunu gerektiren ihtimaller yönünden zarar sigortaları kendi içinde aktif zarar sigortaları ve pasif sigortaları yani sorumluluk sigortaları olmak üzere ikiye ayrılarak incelenir ve hukuki düzenlemelere kavuşturulur. Zarar sigortaları açısından sistem budur. Bu doğrultuda kısaca DASK. olarak bilinen deprem sigortaları ve

tarım sigortaları sigorta ettirenlerin aktiflerinde yer alan malvarlığı içerisindeki menfaatlerini kapsadığı için bunların her ikisi de aktif zarar sigortası niteliği taşırlar ve genel ilkenin istisnası olarak yasa koyucu tarafından zorunlu kılınmışlardır. Yani bu iki sigorta türü aktif zarar sigortaları yönünden sözleşme özgürlüğü ilkesinin istisnaları olarak zorunlu kılınmışlardır. Bizlerin uygulamada trafik sigortası olarak bildiğimiz ZMMS. sigortaları ve hekimin sorumluluğu sigortaları ise pasif yani sorumluluk sigortaları yönünden ilgili yasal düzenlemelerce zorunlu kılınan sigortalardır. Öncelikle bu yönlerin farkında olmak gerekir¹.

Biz bu çalışmamızda öncelikle ve özellikle doğal afet sigortaları ve tarım sigortalarına ilişkin tespit edebildiğimiz aktüel sorunları ele aldık sonrasında bu kez özelden genele giderek diğer sigorta kollarındaki güncel sorunlara işaret ettik. Bu amaçla önce doğal afet sigortalarına ilişkin beliren güncel sorunları ve çözüm önerilerini, sonrasında tarım sigortasından kaynaklanan güncel sorunları ve çözüm önerilerini ele aldık. Akabinde diğer sigorta dallarına ilişkin genel güncel sorunlara işaret ettik ve çözüm önerilerimizi ifade etmeye gayret ettik. Çalışmamızı sonuç kısmımız ile bitirdik.

I. Doğal Afet Sigortalarına İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Günlük hayatta zorunlu deprem sigortası olarak bilinen DASK. 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu² ile özel olarak düzenlenmiştir³. Doğaldır ki, özel norm genel norm ilişkisi çerçevesinde bu kanun 6102 sayılı TTK.'dan⁴ önce uygulama alanı bulacaktır. 6305 sayılı ASK. m. 1 Afet Sigortası Kanunu'nun amacını, "*binalarda deprem sonucu meydana gelebilecek maddi zararların karşılanmasını teminen yaptırılacak zorunlu deprem sigortası ile sigorta şirketlerince teminat verilemeyen veya teminat verilmesinde güçlükler bulunan çeşitli afetler ve riskler sonucu meydana gelebilecek maddi ve bedeni zararların karşılanabilmesini teminen sunulacak sigorta ve reasürans teminatlarına ilişkin usul ve esasları belirlemek*" olarak ifade etmiştir. ASK. m. 2 ğ bendi ise zorunlu deprem sigortasını "*binalarda depremin doğrudan neden olduğu maddi zararlar ile dep-*

¹ Fazlası için bkz. Şaban KAYIHAN and Özcan GÜNERGÖK, Türk Özel Sigorta Hukuku, (Extended and Revised 6th edn, İstanbul 2021) 29 vd

² RG. T. 18/5/2012, S.28296

³ Bu konuda bkz. Şaban KAYIHAN, 'Zorunlu Deprem Sigortası' (2004) VIII (1-2) Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi 497-516

⁴ RG. T. 14/2/2011, S.27846

rem nedeniyle ortaya çıkan yangın, infilak, dev dalga (tsunami) ve yer kayması sonucu oluşan maddi zararları teminat altına alan zorunlu sigorta” olarak tanımlamıştır. Öyleyse bu sigorta, üzerinde bina olmayan arsa, tarla gibi arazileri kapsama almamaktadır.

Zorunlu deprem sigortasına ilişkin akdedilecek sigorta ve reasürans sözleşmelerine yönelik teminatların ilgili bakanlık nezdinde kurulan kamu tüzel kişiliğini haiz Doğal Afet Sigortaları Kurumu (DASK.) tarafından verileceği hükme bağlanmıştır (ASK. m. 3/1). DASK. bir kamu tüzel kişisi niteliğinde olup, sosyal amaçlı, kâr amacı gütmeyen ticaret şirketi niteliğinde olmayan bir devlet kurumu olarak belirmektedir.

Bundan hareketle öğretimizde *Seven*, yasal düzenlemeye uygun olarak DASK.’ı; “sosyal işlevi olan, kâr amacı gütmeyen, depremin ve depreme bağlı oluşan afetlerin devlete getirdiği mali yükü önemli ölçüde azaltmak amacıyla kurulan ve esas gelirlerini sigorta primleri ile bunlardan elde edilen mali gelirlerin oluşturduğu **kamu tüzel kişiliğini haiz bir kurum**” olarak tanımlamaktadır⁵.

Oysa klasik sigortacılık faaliyetleri kendileri de birer ticaret şirketi niteliğinde olan ve bu doğrultuda kâr amacı ile çalışan sigorta şirketleri tarafından gerçekleştirilmektedir. Hukuk sistemimizde sigorta şirketlerinin hangi şirketler formatında sigortacılık faaliyetini yürütebileceklerine ilişkin olarak 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu⁶ m. 3 hükmü yürürlükte. Buna göre ülkemizde faaliyet gösterecek sigorta şirketleri ve reasürans şirketleri sadece anonim şirket veya kooperatif şeklinde faaliyet gösterebilirler⁷.

Esasen uygulamadaki ilk sorun buradan kaynaklanmaktadır. Genel olarak sigortacılık faaliyetleri gerek 5684 sayılı Sig. K. Gerek TTK. çerçevesinde gerçekleştirilirken zorunlu deprem sigortasında bu faaliyet kamu tüzel kişisi niteliğindeki DASK. tarafından gerçekleştirilmektedir ve DASK. bir ticaret şirketi değildir. Bu durum da uygulama için ciddi kafa karışıklıklarını beraberinde getirmektedir.

Hemen belirtelim ki, zorunlu deprem sigortası (ZDS.); klasik zarar sigortalarına hâkim olan prensibin aksine sigorta ettirenin tüm (gerçek) zararının karşılanması anlayışı ve amacıyla oluşturulmamıştır. ZDS.’nin

⁵ Vural SEVEN, ‘Doğal Afet Sigortaları Kurumu’nun Hukuki Durumu ve Sözleşme Sonrası Bilgilendirme Yükümlülüğü’ <<https://blog.lexpera.com.tr/dogal-afet-sigortalari-kurumunun-hukuki-durumu-ve-sozlesme-sonrasi-bilgilendirme-yukumlulugu/>> (7.7.2023)

⁶ RG. T.14/6/2007, S.26552

⁷ Geniş bilgi için bkz. KAYIHAN and GÜNERGÖK (n 1) 51 vd

temel amacı deprem ve depreme bağlı hasarların devletin üzerinde oluşturacağı yükü azami hafifletmek ve zarar görenlerin zararlarını belirli oranda önceden düşük primler ödenmesi karşılığında teminat altına almaktır. Bu kapsamda ZDS.'nin azami teminat tutarları her yıl Bakanlık tarafından Resmî Gazete'de yayınlanmakta ve sağlanan teminat tarife ile sınırlı tutulmaktadır. Belirlenen bu sınırı aşan miktarda bir teminat için Doğal Afet Sigortaları Kurumu Çalışma Esasları Yönetmeliği'nin 19. maddesinde belirtildiği gibi ihtiyari deprem sigortası yaptırılabilir. Ancak DASK. tarafından yapılan Zorunlu Deprem Sigortası, standart bir sigorta sözleşmesi olarak belirmez⁸. Ülkemizde zorunlu sigorta bağlamında ZDS. yaptırma bilinç ve kültürü oluşmamışken, ZDS.'nin sınırını aşan tutar için ihtiyari yani isteğe bağlı deprem sigortası yaptırma işlemi de çok yaygın olmayacaktır. İhtiyari deprem sigortası için bu kez klasik sigorta şirketleri sigortacı olarak devreye girecektir. Böylece bu durumlar için bilinçli davranan bir sigorta ettiren, deprem durumunda tam ziya halinde DASK.'tan güncel limitler dahilinde tazminat alacak, artan kısım için ise klasik sigorta şirketleri ile akdettiği ihtiyari deprem sigortası çerçevesinde talepte bulunabilecektir.

Bu ihtimalin ne kadar düşük oranlı bir ihtimal olduğu ise ortadadır. Bu itibarla deprem sigortaları alanında böyle düalist bir sigorta akdi yapılması şeklindeki uygulama kanaatimce ihtiyaçlara cevap verir nitelikte değildir. Kanaatimizce deprem sigortasının zorunlu yapılması sistemi korunmalı, DASK. gibi kamu tüzel kişiliği kurumu uygulamasından vazgeçilmeli, bu sigorta sözleşmelerinin de klasik sigorta sözleşmeleri gibi gene klasik sigorta şirketleri ile yapılmasının önü yasal zeminde açılmalıdır. Devlet anayasada ifade edilen sosyal devlet ilkesi gereğince hem vatandaşın prim ödenmesinde hem de sigorta şirketlerine rizikonun gerçekleşmesi ihtimalinde yardımcı olacak yasal tedbirleri almalı ve deprem sigortasının tam sigorta şeklinde yapılması sağlanmalıdır. Böylece tüm teminat zorunlu deprem sigortası ile gerçekleştirilebilecek, bu alandaki kafa karıştıran ve ihtiyaçlara cevap vermeyen düalist yapı son bulacaktır. Her sene tarifeler yayınlamaya gerek kalmayacak ve sonraki tarifelerden önceki sigorta ettirenler de yararlanabilir mi gibi sorunlar da olmayacaktır.

DASK.'a ilişkin bir diğer sorun DASK.'ın klasik sigorta şirketi olmaması olarak belirmektedir. DASK. zorunlu deprem sigortasını düzenlerken tam sigorta olarak değil esasen eksik sigorta gibi düzenlemektedir. Gerçekten deprem rizikosunun gerçekleşmesi ve tam ziya durumunda DASK.'ın güncel tarifelerle ödeyeceği sigorta tazminatı reel zararın çok

⁸ SEVEN (n 5)

altında kalmaktadır. Bu durum esasen gerçek bir zarar teminatı sağlamaktan uzak tabiri caiz ise “mış” gibi yapmaktan öteye gitmemektedir. Sigorta şirketlerine TTK. m. 1423 ile yükümlenen aydınlatma yükümlülüğünün DASK.’a da uygulanıp uygulanamaması hususunda ciddi görüş ayrılıkları oluşmakta bu durum da maalesef ZDS. yaptıran depremzedelerin dertlerine merhem olamamaktadır. Bu itibarla bundan böyle dağınık sigorta düzenlemelerinden behemehâl vaz geçip sigorta sözleşmelerinin kendi eko sistemi içinde birbirinden farklı düzenlemelere tabi kılınması uygulaması yerine tüm sigorta sözleşmelerine yeknesak uygulama açısından tek çatı altında bir düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir. Bu bakış açısı esasen tarım sigortaları için de geçerlidir.

Tüm sigorta türlerini tek çatı altında düzenlemek sigortaya tabanda duyulan güvenin sağlanması bakımından da çok önemlidir. Kuşkusuz toplumu yakından ilgilendiren deprem, tarım ve mesleki sorumluluk sigortası gibi sigorta türlerinden devlet de anayasada ifadesini bulan sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak taşın altına elini koymalıdır.

II. Tarım Sigortalarına İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Tarım sigortaları çiftçilere tarımsal risklere karşı finansal koruma sağlamak amacıyla düşünülmüş bir aktif zarar sigortasıdır. Tarım sektöründe çeşitli riskler bulunur, bunlar arasında hava koşulları (kuraklık, don, dolu, aşırı yağış vb.), hastalıklar, zararlılar, yangın, sel, deprem gibi doğal afetler ve diğer tarımsal riskler yer alır.

Tarım sigortaları, bu risklere karşı çiftçilerin ürünlerini ve tarımsal varlıklarını korumak için öngörülmüştür. Sigorta şirketleri, çiftçilere bu risklere karşı teminat sağlayıp riziko gerçekleştiği takdirde tazminat ödeyerek çiftçilerin aktifindeki finansal kayıpları önler, azaltır.

Tarım sigortaları çoğunlukla bitkisel ürünler, büyük/küçükbaş hayvancılık, arıcılık ve seracılık gibi tarımsal faaliyetler için sunulur. Böylece çiftçiler, tarım sigorta poliçeleri ile ürünlerinin değerini, hasat miktarını veya hayvan varlığını güvence altına alabilirler.

Tarım sigortaları, çiftçilerin yaşadıkları kayıpları azaltarak sürdürülebilir tarım faaliyetleri yürütmelerine yardımcı olur. Bu sigortaların kapsamı ve detayları ülkeden ülkeye değişiklikler gösterebilmektedir.

Bu yönde olmak üzere ülkemizde tıpkı DASK. düzenlemesinde olduğu gibi bu alanda da öncelikle özel bir düzenleme olarak 2005 yılında 5363 sayılı Tarım Sigortaları Kanunu⁹ yürürlüğe girmiştir. Kanun’un

⁹ RG. T.21/6/2005, S.25852

amacı; üreticilerin bu TSK.'da belirtilen riskler nedeniyle uğrayacağı zararların tazmin edilmesini temin etmek üzere, tarım sigortaları uygulamasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi olarak ifade edilmiştir (TSK. m.1).

Sözü geçen kanuna göre tarım sigortaları havuzu (TARSİM.), bir ana şirket tarafından yönetilen (TARSİM. A.Ş.), TSK. kapsamındaki risklerin teminat altına alınması, standart sigorta poliçelerinin belirlenmesi, hasar organizasyonları, aktüerya çalışmaları, tazminat ödemelerinin yapılması, reasürans teminatının sağlanması, tarım sigortalarının geliştirilmesi, yaygınlaştırılması ve izlenmesi ile diğer teknik hizmetlerin yürütülmesi amacıyla kurulur ve bu havuz tüzel kişiliği haizdir (TSK m. 4). Havuzun işletilmesine ilişkin iş ve işlemlerin, Havuza katılan sigorta şirketlerinin eşit oranda pay sahibi olacağı anonim şirket statüsünde kurulacak Şirket tarafından yürütüleceği öngörülmüştür¹⁰ (TSK. m. 9/1). TSK. m. 13/1 ile ürünler, riskler, bölgeler ve işletme ölçekleri itibariyle Devlet tarafından sağlanacak prim desteği miktarlarının, her yıl Cumhurbaşkanı tarafından belirleneceği kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere tarım sigortaları devlet destekli bir özel sigorta türü olarak belirlemektedir.

Uzun sayılabilecek bir zaman dilimi yürürlükte bulunan TSK.'ya rağmen tarım sigortaları branşında da uygulama açısından sahada ciddi sorunlar oluştuğu gözlemlenmektedir. Her şeyden önce çiftçiler bu sigortaya yeterince güvenip rağbet etmemekte, genellikle bankalardan tarım ve hayvancılıkla ilgili kredi talep ettiklerini bankaların zorlaması ile bu sigortayı yaptırma yoluna gitmektedirler.

Bir diğer taraftan tarım sigortaları yönünden de esasen TTK.'dan ayrı bir sigorta sistemi kurmak ve TTK. hükümlerini tarım sigortaları yönünden genel düzenlemeler karakterinde bırakmak gene düalist bir yapıyı beraberinde getirmekte bu da dağınık ve karışık bir sigortacılığa neden olmaktadır. Bu tür düzenlemeler gerçekten uygulamada birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Bu itibarla sigortacılık alanında farklı düzenlemeler yerine tüm sigortaları yeknesak düzenlemelere bağlamak gerekli ve isabetlidir.

Keza, sahadan gelen bilgilere göre tarım sigortası yaptıran üreticilerin tarım sigortasına ilişkin mevcut sigorta düzeni içerisinde gördükleri temel sorunların eksperlerin özellikleri (hasar tespiti konusunda yeterli bilgiye sahip olmamaları, doğru hasar tespitinde bulunmamaları, üreticile-

¹⁰ Bu konuda fazlası için bkz. Tuğba ÇİFTÇİ, 'Tarım Sigortalarının Devlet Tarafından Desteklenmesi ve Tarım Sigortaları Havuzu Sistemi' (2014) (4) Ankara Barosu Dergisi 523 vd

re kaba yaklaşımları), muafiyet oranlarının yüksek bulunması, sigorta ettirenlere yüklenen prim miktarlarının yüksek bulunması, tarım sigortalılarına verilen destek primlerin az bulunması, hasar tespitinin beklenen makul sureden çok geç gerçekleştirilmesi, sigorta kapsamının genişletilmesi ve daha ziyade özel sigortacılık sistemine geri dönülmesi olarak belirlenmiştir¹¹.

Tarım sigortalı konusunda çiftçilerin de yeterli ve bilinçli bilgi sahibi olmadıkları, özellikle paylarına düşen sigorta primlerini gereksiz maliyet kalemi olarak düşündükleri görülmektedir. Primi düşük ödemek için çiftçilerin verimi düşük göstermek gibi değişik yollara gittikleri ifade edilmektedir¹². Tarım sigortalı konusunda özellikle sigortanın kapsamı ve önemi hakkında çiftçilerin yeterli bir bilince sahip olmadıkları anlaşılmaktadır. Tabiatıyla bu kendi içinde sistem için istenmeyen bir durumdur. Riziko gerçekleştiğinde çiftçilerin ihbarla ilgili harekete geçmesi çoğu zaman çok geç olmakta bu durum da sigorta tazminatının gerektiği gibi ödenmesi hususunda şirkete ciddi hukuki imkân sağlamaktadır. Gene sigorta ettiren çiftçi sigorta akdini yaparken şirketin aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde kendisine yazılı olarak verilmesi gereken bilgilendirme yazısını istemek bir tarafa çoğu kere sigorta poliçesini bile talep etmemekte, bir an evvel kredi kurumunda kredi alma telaşı ile hareket etmektedir. Bu durum tarım sigortalı sisteminin iyi işlemesi doğrultusunda çiftçi açısından başlı başına bir sorundur.

Tarım sigortalılarını ilgili tabana yayma hususunda ciddi görev alan sigorta acentelerinden kaynaklanan sorunları da burada zikretmek gerekir. Acentelerin bizzat kendileri çoğu zaman konu hakkında derin bilgi sahibi olmadan hareket etmekte, daha çok prim tahsili noktasına odaklanmakta, gerekli yazılı bilgilendirmeyi yapma hususlarında ihmale düşmekte ve hatta sigorta poliçelerini dahi verme hususunda çekingen davranmaktadırlar. Oysa bunlar sigorta şirketi için sözleşmeden kaynaklanan borç niteliğinde olan hususlardır¹³. Sigortanın güven satan kurumlar olduklarını düşündüğümüzde sözünü ettiğimiz bu durumun oluşturabileceği güvensizlik ortadadır.

¹¹ Fatma Eymen YAZGI and Emine OLHAN, 'Türkiye Tarım Sigortası Sisteminde Görülen Sorunlar ve Alternatif Model Arayışı' (2018) 15 (1) ADÜ. ZİRAAT DERGİSİ 41

¹² Ahmet YÜCEL, 'Tarım Sigortalılarında Güncel Sorunlar I' (Anadolu Gazetesi, 1 Haziran 2023)

¹³ YÜCEL (n 12)

Tarım sigortalarına hakkında sahaya ilişkin sorunları kaleme alan bir yazı olarak **Yücel**'in genel şartlardan kaynaklanan sahadaki sorunlara yönelik tespitlerine biz de katılmaktayız¹⁴:

- TSK. hasar tespit yetkisini mühendis, teknisyen, tekniker ve veterinerlere vermiş olmasına karşın uygulamada sigorta şirketi TSK.'nın verdiği bu yetkiyi sadece kendi sigorta eksperlerine kullanırmaktadır. Bu durum da gerçek bir hukuki denetimi engeller niteliktedir.

- Motorlu araç sigortalarında hasar rayiç değer üzerinden ödenirken, tarım sigortalarında hasar rayiç değer / gerçek zarar üzerinden tazmin edilmemektedir. Bu durum da hem çiftçinin mağduriyetine yol açmakta hem de sigortaya duyulan güveni erozyona uğratmaktadır.

- Sigorta poliçesi düzenlenirken bazı ürünlerde poliçeye aktüel ürün fiyatının yazılmadığı ve üst barem konulduğu görülmektedir. Baştan güncel ürün fiyatı yazdırmayıp sonradan bu konuda zeyilname düzenlenmesi uygun değildir. Durumun sigorta dönemi için başlangıçta poliçede gösterilmesi sigorta hukukunun gereğidir. Menfaat değerinin sigorta poliçesinde gösterilmesi gerekir.

- Öte yandan kitlesel hasarlarda İlçe hasar tespit komisyonlarınca verilen hasar oranları ile Tarsim.'in belirlediği hasar oranları arasında ciddi farklılıklar olduğu beyan edilmektedir. Bu güvensiz durumun izalesi için gereken tedbirlerin alınması elzemdir. Bu durumda köy muhtarları ile birlikte hareket edilmesi önerilmektedir. Tedbirlerden biri bu olabilecektir.

- Kuraklık sigortalarında köylerde referans parsellerin seçimi ile gerçekleşen verim tespitleri çiftçi, muhtar ve azalardan habersiz yapılması durumları da kuşkusuz sigortaya olan güveni aşındırır. Genel şartlarda bu hususların net bir şekilde düzenlenmesi gerekliliktir. Bu gibi işlemlerin gizli saklı yapılması yapılan işe duyulan güvene ciddi zarar verecektir.

- Keza, hasar tespit tutanaklarının bir nüshasının çiftçiye verdirilmeyerek bilgi gizlendiği beyan edilmektedir. Bu durum doğru ise elbette keyfiyet çiftçinin güvenini zedeleyecektir. Oysa ekspertiz işlemlerinde akla şüphe düşürmeyecek şekilde şeffaflık esastır¹⁵.

- Rüzgâr gibi doğal durumların ürünlerde zarar meydana getirdiği ortada ise tazminat öderken rüzgârın hızını ölçerek tazminat ödememe yoluna gidilmesi de sigortanın ciddi uygulanırlığına zarar vermektedir. Durum **Yücel** tarafından aynen şu şekilde ifade edilmektedir: “Tarlada ürün, ağaçta meyve ya da serada örtü kalmasa bile “*rüzgâr hızı saatte 62*

¹⁴ Ahmet YÜCEL, ‘Tarım Sigortalarında Güncel Sorunlar II’ (Anadolu Gazetesi 8 Haziran 2023)

¹⁵ YÜCEL, ‘Güncel Sorunlar II’ (n 14)

km'ye ulaşmadı” diye fırtına hasarı reddediliyor. Oysa ürünün olgunlaşma evresi veya topoğrafya etkisiyle orta şiddetli rüzgarlar bile büyük hasarlara yol açabilmektedir. Sigortacılıkta hasarın kabulü için aracın hızı, depremin şiddeti, alevin boyutu ya da selin miktarı sorgulanmazken, fırtına hasarlarında minimum rüzgâr hızı aranmasının izah edilebilir bir yanı yoktur¹⁶. Bu düşünceye katılmamak imkansızdır.

- Su baskınlarının oluşturduğu her türlü hasarın Tarsim tarafından giderilmesi gerekir. Bunun için “bölgede dere yatağı yok” gibi gerekçelerle reel zarar görmüş sigortalı çiftçinin zararının tazmin edilmemesi kuşkusuz çiftçiyi boş yere prim ödüyorum düşüncesine sokar. Hem bir yandan devlet destekli bir sigorta düşünüp hem diğer yandan hasar gerçekleştiğinde tazminat ödenmeme ihtimallerinin geniş bir şekilde genel şartlarla düzenlenmesi doğru değildir.

- Fırtına ve sel hasarlarında, henüz parselden dışarı çıkarılmamış, henüz toplanma aşamasındaki ürünler ile biçilmiş ama solması için beklenirken hasar gören tarla ürünleri “*hasat yapılmış*” diye teminat dışı sayılıyor olması da çiftçiyi hem dara sokmakta hem de mağduriyetine yol açmaktadır. Genel şartların bu noktada bu hususlar da gözetilerek çiftçi lehine revize edilmesi gerekir.

- Erken yetiştirme evresi maliyetleri (*toprak işleme, tohum, gübre, yabancı ot ilaçlama ve işçilik*) bütün ürünlerde toplam maliyetin % 60’ından fazlasını oluşturmasına rağmen, hasar durumunda %30’un altında tazminat ödendiği beyan edilmektedir¹⁷. Bu gibi tutumlar makul bir insana bu nasıl bir sigortacılık sorusunu sordurur. Bundan derhal vazgeçilmelidir.

- Sigorta şirketine genel şartlarla sigorta teminatı verdiği ürünlerde kolay iptal sağlama imkânı verilmemelidir.

- Tarım sigortalarında “*muafiyet*” yanında bir de “*müşterek sigorta*” uygulaması ile ödenecek tazminatın iyice kırılıyor görüntüsünün belirmesinin çiftçi mağduriyetini artırdığı ifade edilmektedir. Dürüst işleyen bir tarım sigortaları sistemi için bu şekil zihin karıştırıcı, istenmeyen tarzda davranılmasını haklı gösteren genel şartlara yer verilmemeli, verilse bile bu şartlar TBK. m. 20 vd. çerçevesinde göz ardı edilmeli, sigortalı çiftçi lehine yorum yapılmalıdır.

- “Ekspertizde hasar verilse bile çeşitli gerekçelerle (*fırtına başlayacak diye polişe düzenlenmiş, çevrede hasar emaresi yok, hayvanın has-*

¹⁶ İbid

¹⁷ İbid

talığı poliçeden önce başlamış, ikinci kulağında küpe yok, teminat başlamamış, teminat bitmiş, fizyolojik nedenler, monilya hastalığı vb.) Tar-sim.'in tazminat ödemeyi reddedebildiği" ifade edilmektedir¹⁸. Sahada bu kabilden davranışlar tarım sigortasının güvenilir ve inanılır işlerliğine ciddi zararlar vermektedir. Bu itibarla genel şartların bu düşüncelerle ele alınması gereklidir.

III. Diğer Sigorta Dallarına İlişkin Genel Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Çalışmamızın bu bölümünde ise esasen 6102 sayılı TTK.'nın 10. yılında yapılan çalıştayda başkanlığını tarafımın yaptığı değerli öğretim üyesi, hâkim ve avukatlardan oluşan ekiple birlikte sigorta hukukuna ilişkin genel olarak tespit ettiğimiz sorunları ve çözüm önerilerini belirtmeyi uygun gördük. Böylece konuya ilişkin bir farkındalık daha oluşur düşünce-sindeyiz.

Zorunlu deprem sigortası, tarım sigortası gibi sigorta türlerinin içinde bulunduğu özel sigorta eko sisteminde uygulamada yaşanan sorunların başında bu sigorta dallarına ilişkin çok farklı düzenlemelerin yapılması gelmektedir. Nitekim 6102 sayılı TTK.'nın 6. kitabının yanında, ayrıca zorunlu deprem sigortası, tarım sigortası, zorunlu mali sorumluluk sigortası gibi alanlarda değişik özel mevzuatlar hazırlanması özel sigorta uygulaması açısından yerinde değildir, ciddi uygulama sorunları ve neticede sigortaya duyulan inanç ve güveni sarsmaktadır. Çünkü kavram olarak aynı olan sigortanın taban nezdinde değişik uygulamalara sebep olur tarzında düzenlenmesi ve yetmeyip her sigorta dalı için ayrıca çok detaylı kafa karıştırıcı genel şartların uygulamaya sokulması doğru bir yöntem değildir. Bu genel şartlar öyle ki bir yandan teminat altındaki rizikoları düzenleyip diğer yandan bunların birçoğunu kapsam dışı bırakacak istisnai düzenlemeler içermektedir. Ayrıca 5684 sayılı Sig. K. da sigorta şirketlerinin ruhsat almaları, idari, kuruluş, işleyiş, sona erme denetimi gibi kamu amacını aşar şekilde maddi sigorta hukukuna müdahale eder nitelikte hükümler sevk etmektedir. Bunlar da etkili ve güvenilir bir sigorta hukuku uygulamasını olumsuz etkilemektedir. Örneğin, Sig. K. m. 2 d bendi brokerin sigorta veya reasürans sözleşmesi yaptırmak isteyenleri temsil ettiğinden söz etmektedir. Oysa broker hukuki niteliği itibarıyla TBK. m. 520 vd. hükümlerine göre simsardır ve simsarın hukuki işlemlerde tarafları temsil etme yetkisi bulunmaz. Bu hususun düzeltilmesi gerekir zira maddi

¹⁸ İbid

hukukun temsil ve tacir yardımcılara ilişkin oturmuş düzenlemeleri ve sistematüğini bozmaktadır¹⁹.

Keza Sig. K. m.2 bendi sigorta acentesinin tanımı tahtında TTK. m. 102 ile tanımlanmış acente tanımını yeniden yapmaktadır. Bu gereksiz bir tanımdır. TTK. m. 102 ve hatta devamı hükümleri karşısında Sig. K.'da acentenin ayrıca tanımının tekrar yapılmasına gerek yoktur.

Öte yandan Sig. K. m. 11 sigorta sözleşmelerine direkt müdahale etmektedir. Bu hükmün de kesinlikle tekrar ele alınması gerekmektedir. Sig. K. m.11/2 "Hayat sigortalarına ilişkin sözleşmelerin yapılmasına dair teklifnamenin sigorta şirketine ulaştığı tarihten itibaren otuz gün içinde sigorta şirketi tarafından reddedilmemesi halinde sigorta sözleşmesi yapılmış olur" şeklinde bir düzenleme ihtiva etmektedir. Bu hususların düzenlenmesi bu kanun da değil güncel koşullarda TTK.'da olmalıdır. Kaldı ki aynı yönde TTK. m. 1405/1 hükmü esasen tüm sigorta kolları için yürürlüktedir, o halde Sig. K.'da bu düzenlemeye ihtiyaç yoktur. Ayrıca Sig. K. m. 11/3 sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin bir düzenleme sevk etmektedir. Gene TTK. m. 1423 karşısında bu kafa karıştırıcı aynı konuda birbirinden farklı yorumlara sebep olan düzenlemenin Sig. K.'dan çıkarılması gerekir. Bu konuda aksayan yönler TTK. m. 1423 tahtında ele alınıp revize edilmelidir.

- Ezcümle kanımızca sigorta hukukuna ilişkin dağınık düzenlemelerin (DASK., TARSİM., ZMMS. gibi düzenlemeler de dahil) artık tek çatı altına alınması elzemdir. Bu amaçla TTK.'nın 6. Kitabının ilga edilerek ayrı tek bir özel kanun yapılması yerinde olur. Buna Almanya'daki gibi *sigorta sözleşmesi kanunu* adı verilebilir. Yurtdışı uygulamalarına paralel olarak büyük risklerin dışarıda tutulduğu bir mevzuat düzenlenebilir.

- Her ne kadar sigorta sektörünün buna itirazı olsa da sigorta sözleşmesinde menfaat değişikliği, sözleşmeyi derhal sona erdirmemeli. Belirli bir geçiş sürecinin yer alması sağlanması yerinde olur.

- ZMMS. sigortalarında maluliyet raporları alınmasında uygulamada temel sorunlar bulunmaktadır. Özellikle hastanelere sevkler ve uygun raporlar alınmasına yönelik etkin düzenlemeler yapılmalı. Gerekli alt yapının kurulması sağlanmalıdır. Bu doğrultuda maluliyet raporlarını düzenleyen yönetmeliklerdeki karışıklıkların giderilmesi için tek bir yönetmelik hazırlanmalı ve yetkili kılınan hastanelere nasıl başvuru yapılacağına ayrıca yetkililerin hangi kriterlere göre rapor düzenleyeceğinin belirlenmesi

¹⁹ Bkz. KAYIHAN and GÜNERGÖK (n 1) 70-171

gerekir. Aksi takdirde mevcut durum çeşitli spekülasyonları beraberinde getirmektedir.

- Mevcut koşullar altında sigortacının aydınlatma yükümlülüğü ile ilgili TTK. m. 1423'ün yeniden ele alınması, bilgilendirme yönetmeliği ile uyumlu hale getirilmesi. Sektörün bu konuda özel olarak bilgilendirmenin dijital ortamda da yapılması, kalıcı veri saklayıcı sistemi üzerinden gerçekleştirilmesinin sağlanması yerinde olacaktır.

- Sigorta hukukundaki sigorta brokerleri ve sigorta acenteleri arasındaki haksız rekabet oluşturan hususların ele alınması ve temsil yetkisine sahip olmayan brokerin acente gibi çalışmasının önüne geçilmesi gerekir.

- İnternet teknolojisi ile birlikte hayatımıza dahil olan siber rizikolara ilişkin düzenlemeler yapılmalı. Bu rizikoların da kural olarak sigorta teminatı kapsamında olması için genel şartlar hazırlanması yerinde olacaktır.

- Sigorta sözleşmesinin uygulanmasında kanundaki çok farklı sürelerle ilişkin yeniden çalışılmalı ve mümkün olduğunca yeknesak süreler geçerli olacak şekilde düzenlemeler yapılmalıdır. Zira değişik süre uygulamaları ciddi şekilde zaman alıcı ve kafa karıştırıcı olabilmektedir.

- Sigorta davalarına ilişkin ihtisas mahkemesi olarak görev yapacak asliye ticaret mahkemeleri belirlenmesi uygulama için çok faydalı olacaktır.

- Sigortacılık Kanunu 30. maddesi uyarınca temyize tabii kararların yargıtayca incelenmesinde, bozma sebeplerinin tahkim kurumunun özüne uygun şekilde yeniden düzenlenerek bozma sebeplerinin açıkça kanunda gösterilmesi isabetli olacaktır.

- Nihayet sigorta genel şartlarının çok sade anlaşılır, fazla yoruma ihtiyaç göstermeyen tarzda ve en önemlisi kanuna uygun kaleme alınması için azami dikkat ve özen gösterilmesi gerekir. Bu esasen tüm sigorta branşları için geçerlidir. Aksi takdirde çoğu somut olayda sigorta ettirenlere kaşıkla verilenlerin kepeyle geri alınması gibi güven sarsıcı durumlar ortaya çıkabilmektedir. Sonuç olarak sigorta genel şartları ile üst düzenlemeler arasındaki uyumun yeniden gözden geçirilerek daha etkin olması sağlanması yerinde olacaktır.

Sonuç

Yukarıdaki açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere özel sigortacılıkla ilgili düzenlemeler gerçekten çok değişik isimler altında değişik kanunlar ile düzenlenmeye çalışılmaktadır. Kuşkusuz bu çoklu düzenlemeler uygu-

lamada ciddi sorunlara neden olmakta hatta kimi zaman kişilik haklarını dahi ihlal eden tartışmalara yol açabilmektedir.

Gerçekten bu çalışmamızda işaret ettiğimiz üzere zorunlu deprem sigortası, tarım sigortası gibi sigorta türlerinin içinde bulunduğu özel sigorta sözleşmelerinde uygulamada yaşanan sorunların başında bu sigorta dallarına ilişkin çok farklı düzenlemelerin yapılması gelmektedir.

Nihayetinde, DASK., TARSİM., ZMMS. gibi düzenlemeler de dahil artık özel sigorta hukukuna ilişkin tüm düzenlemelerin sistematik şekilde tek çatı altına alınması elzemdir. Bu doğrultuda 6102 sayılı TTK.'nın 6. Kitabının ilga edilerek ayrı tek bir özel kanun yapılması yerinde olur. Buna Almanya'daki gibi *sigorta sözleşmesi kanunu* adı verilebilir. Yurtdışı uygulamalarına paralel olarak büyük risklerin dışarıda tutulduğu, internet rizikolarının da yer aldığı yeni bir sigorta bir mevzuatı düzenlenebilir.

Kuşkusuz böyle bir girişimde hem öğretinin hem uygulamanın tecrübelerinden de yararlanılmalı ve sigorta hukuku eko sistemi güncel sorunlarını tek bir kanun ile çözmüş şekilde geleceğe taşınmalı, dağınık tüm düzenlemeler hukuk devleti sisteminde olması gerektiği gibi tek bir çatı altında birleştirilmelidir. Elbette bu beyan ettiklerimiz sigorta sözleşmesi ve tüm türleri açısından dır. Sigortacılığın kamu hukuku boyutunu düzenleyen 5684 Sigortacılık Kanunu gibi kanunlar düzenlenebilir. Ancak bu nev'i düzenlemelerde hiçbir şekilde sigorta sözleşmesine ilişkin yani sigortanın özel hukuk düzenlemelerine yönelik hükümlere yer verilmemelidir.

KISALTMALAR

ADÜ.	: Adnan Menderes Üniversitesi
ASK.	: Afet Sigortaları Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
DASK.	: Doğal Afet Sigortaları Kurumu
m.	: madde
RG.	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
Sig. K.	: Sigortacılık Kanunu
T.	: Tarih
TARSİM.	: Tarım Sigortaları Havuzu
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TSK.	: Tarım Sigortaları Kanunu

TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
ZDS.	: Zorunlu Deprem Sigortası
ZMMS.	: Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası

KAYNAKÇA

YÜCEL A, ‘Tarım Sigortalarında Güncel Sorunlar I’ (Anadolu Gazetesi, 1 Haziran 2023)

YÜCEL A, ‘Tarım Sigortalarında Güncel Sorunlar II’ (Anadolu Gazetesi, 8 Haziran 2023)

YAZGI F E and OLHAN E, ‘Türkiye Tarım Sigortası Sisteminde Görülen Sorunlar ve Alternatif Model Arayışı’ (2018) 15 (1) ADÜ. ZİRAAT DERGİSİ

KAYIHAN Ş and GÜNERGÖK Ö, Türk Özel Sigorta Hukuku (Extended and Revised 6th edn, İstanbul 2021)

Şaban KAYIHAN Ş, ‘Zorunlu Deprem Sigortası’ (2004) VIII (1-2) *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*

ÇİFTÇİ T, ‘Tarım Sigortalarının Devlet Tarafından Desteklenmesi ve Tarım Sigortaları Havuzu Sistemi’ (2014) (4) Ankara Barosu Dergisi

SEVEN V, ‘Doğal Afet Sigortaları Kurumu’nun Hukuki Durumu ve Sözleşme Sonrası Bilgilendirme Yükümlülüğü’ <<https://blog.lexpera.com.tr/dogal-afet-sigortalari-kurumunun-hukuki-durumu-ve-sozlesme-sonrasi-bilgilendirme-yukumlulugu/>> (7.7.2023)

- Araştırma Makalesi -

**HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA İMTİYAZLI
PAYLARA SAHİP OLUNMASIYLA PAY ALIM TEKLİFİNDE
BULUNMA ZORUNLULUĞUNUN DOĞMASI***

*(THE OBLIGATION TO MAKE A TAKEOVER BID ARISES WHEN HOLDING
PRIVILEGED SHARES IN PUBLICLY TRADED JOINT-STOCK COMPANIES)*

Prof. Dr. Şafak NARBAY**
Öğr. Gör./Assoc. Member Ayşe Gül ÖKSÜZ***

ÖZ

Sermaye piyasası hukukunda halka açık anonim ortaklıklar bakımından öngörülen ve ortaklıkta yönetim kontrolünün el değiştirmesiyle azınlıkta kalan pay sahiplerinin yönetim değişikliğinin getireceği olumsuz etkilerden korunmasını amaçlayan zorunlu pay alım teklifi 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK)'nın 25 ve 26'ncı maddelerinde ve bu maddelere dayanılarak Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılan II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği (Tebliğ)'nde düzenlenmiştir.

SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümleri uyarınca pay alım teklifinde bulunma zorunluluğunun doğması için ortaklıkta yönetim kontrolünün elde edilmesi gerekir. Çalışmamızda SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümleri uyarınca ortaklıkta yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 16.05.2024 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 04.06.2024 tarihinde birinci hakem; 15.08.2024 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. safaknاربay@sakarya.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-3202-4395

*** Giresun Üniversitesi Espiye Meslek Yüksekokulu Öğretim Görevlisi; Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, ayseguloksuz_83@hotmail.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0003-4929-1139

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

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

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

Bu makaleye atif için; NARBAY, Şafak, ÖKSÜZ, Ayşe Gül, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylara Sahip Olunmasıyla Pay Alım Teklifinde Bulunma Zorunluluğunun Doğması", REGESTA, Cilt: 9, Sayı: 2, 2024, s. 307-354.

kabul edilen ve pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünü doğuran hal-lerden biri olan “yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması” hususu TTK m. 360’ta düzenlenen belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesi hakkında birlikte incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Pay Alım Teklifi, Zorunlu Pay Alım Teklifi, Yönetim Kontrolü, İmtiyazlı Pay, Oy Hakkı.

ABSTRACT

The mandatory takeover bid envisaged in capital market law for publicly traded joint stock companies and aimed at protecting minority shareholders who are left in the minority due to a change in control of management in the company from the adverse effects of the resulting management change, is regulated in articles 25 and 26 of Capital Market Law No. 6362 (CML) and in the Communiqué on Takeover Bids No. II-26.1 (Communiqué) issued by the Capital Markets Board based on these articles.

In accordance with the provisions of CML art. 26/2 and Communiqué art. 12/1 in order for the obligation to make a takeover bid to arise, management control must be obtained in the company. In our study, “holding privileged shares enabling their holder to elect simple majority of total number of the members of the board of directors or to nominate for the said number of directors in the general assembly meeting” which is considered as obtaining management control and one of the situations that trigger the obligation to make a takeover bid in accordance with the provisions of CML art. 26/2 and Communiqué art. 12/1, will be examined together with the right of to be represented on the board of directors of certain groups regulated in Article 360 of the TCC.

Keywords: *Takeover Bid, Mandatory Takeover Bid, Management Control, Privileged Share, Voting Right.*

GİRİŞ

Zorunlu pay alım teklifi kurumunun ortaya çıkışındaki temel düşünce halka açık anonim ortaklıkta yönetim kontrolü değişikliği nedeniyle

azınlıkta kalan pay sahiplerinin yeni kontrol sahibinin ortaklıkta yapacağı birtakım değişiklikler nedeniyle zarara uğrayabileceği ihtimalidir. Zorunlu pay alım teklifi ile hedef ortaklıkta yeni kontrol sahibi tarafından, azınlıkta kalan pay sahiplerine pay alım teklifinde bulunularak bu pay sahiplerine, paylarını adil fiyattan satın alma fırsatı sunulmaktadır.

Halka açık anonim ortaklıkta pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğması için ortaklıkta yönetim kontrolünün elde edilmesi gerekir. 6362 sayılı SerPK¹ m. 26/2 ve II-26.1 sayılı Tebliğ² m. 12/1 hükümlerine göre “ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına sahip olunması” veya “söz konusu orana bağlı olmaksızın yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyeler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması,” yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilmiştir. Bu hükümler uyarınca hedef ortaklıkta yönetim kontrolünü sağlayan payların veya oy haklarının iktisap edilmesi hâlinde azınlıkta kalan pay sahiplerinin paylarını satın almak üzere teklif yapılması zorunludur. İşte pay alım teklifinde bulunma zorunluluğu müessesesi hedef ortaklığın yönetim kontrolünde meydana gelen değişiklik nedeniyle azınlıkta kalan pay sahiplerinin kontrolü ele geçirenlere karşı korunması amacına hizmet etmektedir.

Çalışmamızda imtiyazlı paylar aracılığıyla ortaklıkla yönetim kontrolünün elde edilmesinin SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümlerinde belirtilen koşulları TTK m. 360 hükmüyle birlikte değerlendirilecek olup, halka açık anonim ortaklıklarda yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tanınması bakımından yönetim kurulu üye sayısına getirilen sınırlamaya ilişkin TTK m. 360/1/c. 4 düzenlemesine de değinilecektir.

HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA PAY ALIM TEKLİFİNDE BULUNMA ZORUNLULUĞUNUN DOĞMASI

I. Genel Olarak Pay Alım Teklifinde Bulunma Zorunluluğunun Doğması

SerPK'nın temel amaçlarından biri, sermaye piyasasında yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunmasıdır³. Bu amaçla SerPK'da düzenlenen

¹ Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 06.12.2012, RG 30.12.2012/28513

² Pay Alım Teklifi Tebliği, RG 23.01.2014/28891

³ SerPK'nin amacı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Burak Adıgüzel, Sermaye Piyasası Hukuku (5th edn, Adalet Yayınevi 2023) 13 vd.; Tekin Memiş and Gökçen Turan, Sermaye Piyasası Hukuku (6th edn, Seçkin Yayıncılık 2022) 31 vd.; Aysel Gündoğdu,

hükümlerden biri de zorunlu pay alım teklifidir⁴. Zorunlu pay alım teklifinde halka açık bir anonim ortaklıkta yönetim kontrolünün ele geçirilmesiyle yeni kontrol sahibi tarafından, azınlıkta kalan pay sahiplerine pay alım teklifinde bulunularak, sahip oldukları payları adil fiyattan satma fırsatı sunulmaktadır. Azınlıkta kalan pay sahipleri, hedef ortaklığın sermayesini temsil eden diğer paylarını elinde bulunduran, ortaklıkta pay sahibi olmalarına rağmen genel kurul kararlarının alınmasında bir etkinliği bulunmayan pay sahipleridir. Zorunlu pay alım teklifi müessesesi ile bu pay sahipleri, ortaklıkta kontrol değişikliğinden sonra kendileri için belirsizlik⁵ taşıyan dönemde yeni kontrol sahibini değerlendirme ve buna göre ortaklıkta kalıp kalmama konusunda tercih hakkına sahip olmakta, ortak-

Sermaye Piyasası Hukuku, Kavram-Uygulama-Yapı (3rd edn, Seçkin Yayıncılık, 2018) 20 vd.

- ⁴ SerPK’de pay sahiplerinin korunması bakımından TTK’de öngörülme- yen farklı imkânlar düzenlenmiştir. Zorunlu pay alım teklifi pay sahiplerine tanınan bu imkânlar- dan biridir. Aynı şekilde ortağa verilen ayrılma (çıkma) hakkı ve ortaklıktan çıkarma ve satma hakları da halka açık anonim ortaklıklarda pay sahiplerinin korunması amacına hizmet etmektedir. Bu hususta bkz. Memiş and Turan (n 3) 147 vd. Ortaklıktan çıkarma ve satma hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Firdevs Arslan, Pay Alım Teklifine Dayalı Çıkarma ve Satma Hakkı (1st edn, Adalet Yayınevi 2024) 23 vd.
- ⁵ Yönetim kontrolünün ele geçirilmesi ile yeni kontrol sahibi şirketin genel kurumsal yapısını değiştirebilir. Örneğin daha önce kendi yönetimi tarafından kontrol edilen halka açık ortaklık, yönetim kontrolünün değişmesiyle yeni kontrol sahibi hâkim ortak tarafından yönetilir ve bu hâkim ortak kendi istekleri doğrultusunda hareket edecek yönetim kadrosunu atayacağı gibi azınlık pay sahiplerinin menfaatlerinin aksine bir politika izleyerek şirketin işletme politikasında, faaliyet konusunda, ileriye yönelik hedeflerinde birtakım değişiklikler de yapabilir. Bkz. Ruth Luttmann, ‘Changes of Corporate Control and Mandatory Bids’ (1992) 12(4) International Review of Law and Economics 499; Nicholas Jennings, ‘Mandatory Bids Revisited’ (2005) 5(1) Journal of Corporate Law Studies 41; Reha Poroy, ‘Halka Açık Anonim Şirketlerde Çağrı Yoluyla Oyda Vekâlet veya Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Sorunlar’ in Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan (Mitos Yayınları 1995) 191; Abuzer Kendigelen, ‘Çağrıda Bulunma Yükümlülüğünün İhlâlinde Aktif Husumet Ehliyeti’ Makalelerim Cilt: II: 2001-2006 (Arıkan Yayıncılık 2006) 279; William D. Andrews, ‘The Stockholder’s Right to Equal Opportunity in the Sale of Shares’ (1965) 78 (3) Harvard Law Review 517. Bu durum hedef ortaklığın kazanç beklentilerinin azalacağı anlamına gelmez, ancak ortaklığın yönetim kontrolünün ele geçirilmesinden önceki hedeflerini dikkate alarak yatırım yapan azınlık pay sahipleri bu şekilde bir değişikliği zarar görebilecekleri ihtimalini de düşünerek kabul etmek istemeyebilirler. Bkz. Luttmann, 499. Zorunlu pay alım teklifi ile hedef ortaklıkta yönetim kontrolü değişikliğinden ürken, kontrol değişikliğinin bilincinde bulunmayanlara bir şans daha verilmektedir. Bkz. Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, Sermaye Piyasası Hukukunun Temel İlkeleri ve Gerekeçli Sermaye Piyasası Kanunu (2nd edn, Vedat Kitapçılık 2018) 37; Salih Önder Yeşiltepe, Çağrı Yoluyla Ortaklık Paylarının Toplanması (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2011) 160

lıkta kalmak istemeyenler ise ortaklıktan ayrılma hakkı⁶ elde etmektedirler⁷.

SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümleri uyarınca pay alım teklifinde bulunma zorunluluğunun doğması kural olarak ortaklıkta yönetim kontrolü değişikliğine bağlanmıştır.

Yönetim kontrolü SerPK m. 26/2⁸ ve Tebliğ m. 12/1 hükümlerinde tanımlanmıştır. Tebliğ'in "Yönetim Kontrolü" başlıklı 12'nci maddesinin birinci fıkrasının "Ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya söz konusu orana bağlı olmaksızın yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması, yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilir." şeklindeki hükmünde yönetim kontrolü "oransal güç" ve "imtiyaz gücü" olmak üzere iki ayrı unsura dayalı olarak tanımlanmıştır⁹. Burada

⁶ Çağlar Manavgat, Aleni Pay Alım Teklifi (Tender Offer-Takeover Bid) (1st edn, Sermaye Piyasası Kurulu 1997) 121; Çağlar Manavgat, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2016) 341; Çağlar Manavgat, 'Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çağrı Yükümlülüğünün Doğması Bakımından Yönetim Kontrolü Ölçütleri' in Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan C. II (Turhan Kitabevi 2010) 1450. Pay alım teklifinde bulunma zorunluluğunun pay sahiplerine dolaylı da olsa ayrılma hakkı ile eşdeğer bir sonuç sağladığı hususunda bkz. Memiş and Turan (n 3) 129. Halka açık anonim ortaklıklarda pay sahibinin şirketten ayrılmasına imkân sağlayan diğer düzenlemeler hakkında bkz. ibid 127 vd.

⁷ Zorunlu pay alım teklifi kuralının temel amacının, hedef ortaklıkta yönetim kontrolünün el değiştirmesi nedeniyle azınlıkta kalan pay sahiplerine dürüst fiyat üzerinden ortaklıktan ayrılma hakkının tanınması olduğu hususunda bkz. Manavgat, Aleni Pay Alım Teklifi (n 6) 121; Manavgat, Halka Arz (n 6) 341; Manavgat, Çağrı Yükümlülüğü (n 6) 1450; Kendigelen, Aktif Husumet (n 5) 279. Zorunlu pay alım teklifinde teklif yükümlüsünün söz konusu payları alma zorunluluğu olmasına rağmen teklif yöneltilen, yani hedef ortaklıkta azınlıkta kalan pay sahiplerinin paylarını satma zorunluluğu yoktur. Bkz. Memiş and Turan (n 3) 127 vd., Adıgüzel (n 3) 92

⁸ Tebliğ'in m. 12/1 hükmü SerPK'nin "Pay Alım Teklifi Zorunluluğu" başlıklı m. 26/2 hükmüne paralel bir şekilde düzenlenmiştir. Nitekim SerPK m. 26/2 hükmünde yönetim kontrolü "Ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması, yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması, yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilir..." şeklinde tanımlanmıştır.

⁹ Manavgat, Halka Arz (n 6) 358; Manavgat, Çağrı Yükümlülüğü (n 6) 1451. Tebliğ'in bu hükmünde yönetim kontrolü bakımından olumlu (aktif) kontrolün tercih edildiği, olumsuz kontrol gücünün yönetim kontrolü kapsamının dışında bırakıldığı öğretide ile-

oransal gücü ifade eden “[o]rtaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına...sahip olunması... yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilir.” şeklindeki düzenlemeye göre, oy hakları bakımından maddede belirtilen %50 oranında kontrol eşliğinin aşılması ortaklıkta yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilmekte ve bunun sonucunda pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü doğmaktadır. İmtiyaz gücünü ifade eden “...söz konusu orana bağlı olmaksızın yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması, yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilir...” şeklindeki düzenlemeye göre ise oy haklarına ilişkin %50 oranındaki kontrol eşliğine bağlı olmaksızın yalnızca yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması suretiyle ortaklıkta yönetim kontrolü elde edilebilmektedir. Bu durumda pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü imtiyazlı paylar aracılığıyla yönetim kontrolünün elde edilmesi sonucunda doğmaktadır.

ri sürdürülmektedir. Bkz. Manavgat, Çağrı Yükümlülüğü (n 6) 1451; Manavgat, Halka Arz (n 6) 357; Yusuf Ziyaeddin Sönmez, ‘Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kontrolü Kavramı-Yönetim Kontrolünde Değişiklik Olması ve Buna Bağlı Sonuçlar’ (2018) 4(2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 280; Barış Gözübüyük, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kontrolünün Değişmesi (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020) 45. Olumlu (aktif) kontrol gücü, kontrol sahibinin ortaklıkta istediği yönde karar alınmasını sağlaması, bir başka ifadeyle ortaklığın yönetimiyle ilgili kararlarının kişinin açık veya örtülü iradesi doğrultusunda yerine getirildiği her durumu ifade etmektedir. Bkz. Sönmez, 270; Gözübüyük, 43. Olumsuz (pasif, negatif) kontrol gücü ise, ortaklıkta salt belli kararların alınmasını engelleme gücü olarak ifade edilebilir. Ancak bu güce sahip ortaklar, sadece ortaklıkta karar alınma sürecini etkilemekte, ortaklığın politikalarına ilişkin alınacak stratejik kararlarda olumlu bir etkileri bulunmamaktadır. Bu nedenle öğretide pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğması bakımından olumsuz kontrol gücünün Tebliğ m. 12/1’de ifade edilen yönetim kontrolü kavramının dışında bırakılmasının isabetli bir tercih olduğu belirtilmektedir. Bkz. Manavgat, Çağrı Yükümlülüğü (n 6) 1451; Manavgat, Halka Arz (n 6) 358. Aynı yönde bkz. Gözübüyük, 44-45

II. İmtiyazlı Pay Kavramı ve İmtiyazlı Paylara Sahip Olmanın Anonim Ortaklık Yönetim Kontrolüne Etkisi

A. İmtiyazlı Pay Kavramı

İmtiyaz, paya tanınan üstün bir haktır¹⁰. İmtiyazlı pay ise esas sözleşme düzenlemesiyle adi paya¹¹ nazaran sahibine üstün hak/haklar sağlayan paydır¹². Kural olarak anonim ortaklıklar hukukunda “*oransallık ilkesi*” olarak anılan “*sermayeye katılım oranında haklardan yararlanma*” ilkesine göre, pay sahibi ortaklık sermayesine katılım oranı esas alınarak payın sağladığı haklardan yararlanır¹³. Ortaklıktaki her pay sahibi kural olarak eşit haklara değil, ortaklık sermayesine katılımı ölçüsünde değişen oranda yönetsel ve malvarlıksal haklara sahiptir¹⁴. Bu bakımdan pay sahipleri arasında mutlak¹⁵ değil nispi eşitlik söz konusudur¹⁶. Ancak TTK’da anonim ortaklıklarda imtiyazlı payların düzenlendiği m. 478 hükmü ile ortaklıkta paylar arasında nispi eşitliğin bulunmasının dahi zo-

¹⁰ TTK m. 478/2 gerekçesi. “Üstün” sözcüğüne hiyerarşik üstünlük anlamı verilmemelidir. Bu sözcük imtiyazlı payların adı paylara nazaran daha fazla pay sahipliği hakları sağladığını ifade eder. Bkz. TTK m. 478/2 gerekçesi.

¹¹ Adi pay, imtiyazlı olmayan paydır. Bkz. Reha Poroy and Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I (Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 14th edn, Vedat Kitapçılık 2019) 636, N. 784

¹² Poroy and Tekinalp and Çamoğlu, (n 11) 633, N. 781; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III (Yargıtay, İsviçre ve Alman Federal Mahkeme Kararları İşlenerek Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4th edn, Adalet Yayınevi 2022) 1800, N. 67; TTK m. 478/2 gerekçesi. İmtiyazlı pay kavramına yönelik öğretilerdeki farklı tanımlar için bkz. Abuzer Kendigelen, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz (1st edn, Beta Yayıncılık 1999) 16 vd.

¹³ Pulaşlı, Şerh C. III (n 12) 1801, N. 68, dp. 57; Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 28; Poroy and Tekinalp and Çamoğlu, (n 11) 687, N. 878

¹⁴ Merih Kemal Omağ, ‘Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi’ (1986) I(1) Hukuk Araştırmaları 2; N. Füsün Nomer, ‘Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi’ in Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 1998) 471; Pulaşlı, Şerh C. III (n 12) 1801, N. 68, dp. 57; Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 28

¹⁵ Mutlak eşit işlem ilkesi, pay sahiplerinin haklarda ve borçlarda tam anlamıyla eşit olmasını ifade eder. Bkz. Sami Karahan, Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması (Kazancı Kitap Ticaret 1991) 41. Anonim ortaklıklarda eşit davranma ilkesi, pay sahiplerine aynı şartlar altında eşit davranılmasını, ayrımcılık yapılmamasını ifade eder. Ancak buradaki eşitlik mutlak eşitlik değildir. Bkz. Nomer (n 14) 471

¹⁶ Nomer (n 14) 471-472; Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 28; Karahan (n 15) 42. Nispi eşit işlem ilkesi aynı pay grubuna ait paylar arasında eşitliğin sağlanmasını ifade eder. Bkz. Karahan (n 15) 42

runlu olmadığı ortaya konulmuştur¹⁷. Bahsi geçen hüküm ile anonim ortaklıkta esas sözleşme ile bazı paylara imtiyaz tanınması mümkündür. Dolayısıyla imtiyaz pay sahibine, payın sağlamış olduğu haklardan sermayeye katılım oranından daha üstün bir şekilde yararlanma imkânı vermektedir¹⁸. Bu kapsamda imtiyaz, sermayeye katılım oranında haklardan yararlanma kuralını değiştirmekte ve sahibinin lehine oransallık ilkesinden ayırlmaktadır¹⁹. TTK m. 478/2 hükmü ile imtiyaz kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda tanınabilir. Ancak ortaklık kontrolüne etki edebilmesi için imtiyazın konu olduğu pay sahipliği hakkının yönetsel haklara ilişkin olması gerekir²⁰.

B. İmtiyazlı Paylara Sahip Olmanın Anonim Ortaklık Yönetim Kontrolüne Etkisi

Anonim ortaklıklarda yönetim kavramı²¹, ortaklık işlerinin yürütülmesi, ortaklığın amacına ulaşabilmesi için gerekli kararları alma ve alınan kararları uygulama gücünü ifade etmekte; kontrol ise bu güç üzerindeki, yani yönetim üzerindeki hâkimiyeti, yönetimi yönlendirebilme gücünü ifade etmektedir²². Anonim ortaklık yönetimi üzerindeki hâkimiyet ise

¹⁷ Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 28.

¹⁸ ibid 28; Ali Paslı, Anonim Ortaklığın Devralınması (1st end, Vedat Kitapçılık 2009) 232

¹⁹ Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 28-29, dp. 109

²⁰ Paslı, Devralma (n 18) 233

²¹ Yönetim kavramının geniş anlamda dış ilişkide temsili ve icrayı da kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II (Yarğıtay, İsviçre ve Alman Federal Mahkeme Kararları İşlenerek Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4th edn, Adalet Yayınevi 2022) 1316, N. 1c. Yönetim kavramını dar ve geniş anlamda tanımlayan İsviçre Federal Mahkemesi'nin 27.10.2009 tarih ve 4A_248/2009 sayılı kararı için bkz. ibid 1406, N. 156a. Kararda geniş anlamda yönetim kavramına, şirketin amacının gerçekleştirilmesine yönelik tüm faaliyetlerin girdiği; dar anlamda yönetim kavramının ise iç ilişkide şirketin iç işlevlerinin yerine getirilmesini ifade ettiği belirtilmiştir. Bkz. ibid 1407-1408, N. 156a. Yönetimin işlevsel ve örgütsel anlamları için bkz. Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (Vedat Kitapçılık 2020) 243, N. 12-28, s. 245, N. 12-29; İsmail Kırca ve Feyzan Hayal Şehirli Çelik and Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku C. I (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013) 527; Sönmez (n 9) 264

²² Poroy and Tekinalp and Çamoğlu, (n 11) 371, N. 523; Paslı, Devralma (n 18) 25-35; Ali Paslı, 'Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu' (2008) 66(2) 2008 İÜHF 345; Sönmez (n 9) 264; Gül Okutan Nilsson, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku (1st edn 2009) 82; Sıtkı Anlam Altay, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures)

yönetim kuruluna hâkim olmak, yönetim kurulunu yönlendirebilme, kararlarını etkileyebilme gücüne sahip olmak ile mümkün olabilir²³. Zira yönetim kurulu ortaklığın yönetim ve temsil²⁴ organı olup anonim ortaklık yönetim kurulu tarafından yönetilmektedir (TTK m. 365). Kanun veya esas sözleşme ile genel kurula bırakılmayan, genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri kapsamında yer almayan yönetim işlerinde karar verme yetkisi yönetim kuruluna aittir (TTK m. 374). Dolayısıyla anonim ortaklık yönetimine hâkim olmak, yönetim kurulu kararlarına etki edebilmek, yönetim kurulu üyelerini seçme ve görevden alma (azil) yetkilerine sahip olmak ile mümkün olabilir²⁵. Zira anonim ortaklıkta bu yetkilere sahip olan pay sa-

(1st edn, Vedat Kitapçılık 2009) 338; Yeşiltepe (n 5) 150. Kontrol terimi bir ortaklık üzerinde belirli bir derecede etkiyi tanımlamaktadır. Bkz. Christian Faden, Das Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG) (1st edn, Cuvillier Verlag 2008) 23. Anonim ortaklıkta kontrol ve yönetim kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Paslı, s. 35 vd. Halka açık anonim ortaklıklarda kontrolün özel yararları ve ortaklığın malvarlığının azalmasına yol açan işlem türlerinden örtülü kazanç aktarımından dolayı kontrol sahibinin sorumluluğu hususunda bkz. Arif Duran, Örtülü Kazanç Aktarımı Yasası (SerPK m. 21) (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2021) 146-371 vd. Bir anonim ortaklığın kontrolünün elde bulundurulması, o ortaklığın yönetiminde ya da ortaklık açısından önemli kararlarda söz sahibi olunması anlamına gelmekte olup kontrol kavramı ortaklıkta sahip olunan sermaye ve ortaklık yönetiminde söz sahibi olunmasıyla yakından ilgilidir. Bkz. Feyzan Hayal Şehirli Çelik, Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2008) 52

²³ Paslı, Devralma (n 18) 40 vd. Yönetim kurulu “pay sahiplerinin ortaklık üzerindeki güçlerini uygulamaya geçirdikleri organ” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. Gül Okutan Nilsson, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri (Çağa Hukuk Vakfı Yayınları 2004) 130; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu (n 22) 106

²⁴ Temsil, yaptığı işlemlerle ortaklık tüzel kişisini hak sahibi yapabilme ve borç altına sokabilme yetkisini ifade eder. Bkz. Poroy and Tekinalp and Çamoğlu, (n 11) 384, N. 537. Anonim şirketlerde organ temsilcilerinin temsil kapsamına ilişkin olarak temsil gücü ve temsil yetkisi şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Temsil gücü (dış temsil, standart temsil yetkisi), organ temsilci sıfatını haiz kişilerin yasadaki öngörülen kapsamdaki temsil yetkisini içermekte olup şirketin işletme konusu ve amacına giren bütün hukuki işlemlerin doğrudan doğruya şirket adına yapılabilme gücünü ifade etmekte, temsil yetkisi (iç temsil, sınırlandırılmış temsil yetkisi) ise iç ilişkide geçerli olup temsilcinin şirketin amacı ve konusu kapsamına giren tüm iş ve işlemleri değil, sadece şirketle yapılan sınırlama çerçevesinde şirket adına işlem yapmaya izinli olmasını ifade etmektedir. Bkz. Pulaşlı, Şerh C. II (n 21) 1422, N. 177. Temsil yetkisi ve temsil gücü kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ibid 1422 vd.

²⁵ Paslı, Devralma (n 18) 40 vd. Bir ortaklığın yönetimi üzerinde hâkimiyet kurmanın en etkili yollarından biri yönetim organının belirlenmesidir. Bkz. Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu (n 22) 126. Anonim ortaklık faaliyetleri yönetim kurulu tarafından yönetildiğinden kontrolün, yönetim kurulu üyelerini (veya çoğunluğunu) seçme gücüne sa-

hibi/sahipleri ile seçilen yönetim kurulu üye/üyleri arasında ortaklık faaliyetlerinde bu pay sahiplerinin menfaatlerinin gözetilmesinin kaçınılmaz olduğu kişisel bir ilişki söz konusudur²⁶. Seçilen üyelerin kendilerini seçen (bir bakıma seçilmelerini borçlu oldukları) ve aynı zamanda görevden de alabilecek güce sahip olan pay sahiplerinin talimatları ve taleplerinden tam olarak bağımsız bir şekilde, ortaklığın menfaatlerini her zaman dikkate alarak yönetim faaliyetini yürüttüklerinin düşünülmesi pek de mümkün değildir²⁷. Bu nedenle anonim ortaklıklarda yönetim kurulu kararlarını yönlendirebilme, etkileyebilme gücüne sahip olmak kısaca, yönetim kurulu üzerinde hâkimiyet kurabilmek aynı zamanda anonim ortaklığın kontrolünü de getirecektir. Bir başka deyişle yönetim kurulu üyelerini belirleme gücüne sahip olmak yönetim üzerinde hâkimiyet kurmanın en etkili yollarından biridir²⁸.

Nitekim SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1’de belirtilen %50’lik kontrol eşiği oranına bağlı olmaksızın “yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme hakkını veren” veya “genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelükler için aday gösterme hakkını veren” imtiyazlı paylara sahip olunması ortaklıkta yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilmiştir. Zira ortaklık kontrolüne etki edebilmesi ve sahibine ortaklığın kontrol gücünü verebilmesi için imtiyazın konu olduğu pay sahipliği hakkının yönetime katılma haklarına²⁹ (yönetimsel haklara) ilişkin olması

hip olan kişi veya grubun elinde olduğunu söylemek mümkündür. Bkz. Adolf A. Berle and Means, Gardiner C., *The Modern Corporation and Private Property* (2nd edn, Transaction Publishers 1991) 66

²⁶ Ünal Tekinalp, *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları* (1st edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1979) 103; Kendigelen, *Yönetime Katılma Hakları* (n 12) 182; Paslı, *Devralma* (n 18) 41, dp. 95

²⁷ Tekinalp, *Yönetime Katılma* (n 26) 103; Kendigelen, *Yönetime Katılma Hakları* (n 12) 182; Paslı, *Devralma* (n 18) 41, dp. 95; Ömer Teoman, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1983) 107. Hatta seçilen üyelerin kendilerini seçen pay sahiplerinden talimat alıp vermeleri olağan karşılanmaktadır. Bkz. Tekinalp, *Yönetime Katılma* (n 26) 103

²⁸ Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu* (n 22) 126. Ortaklıkta oy çoğunluğunu ele geçiren pay sahipleri genel kurulda hâkimiyet sağlamasına rağmen yönetim kurulu üyelerinin başka bir grup tarafından belirlenmesi nedeniyle ortaklık yönetiminde etkin bir kontrole sahip olamaz. Bkz. Manavgat, *Aleni Pay Alım Teklifi* (n 6) 277

²⁹ Öğretide pay sahipliği haklarına yönelik en yaygın sınıflandırılma malvarlığı hakları ve yönetime katılma haklarıdır. Oy hakkı ve oy hakkı ile sıkı şekilde bağlantısı bulunan genel kurul toplantısına katılma, bilgi alma ve inceleme hakkı ve konumuz itibarıyla önem arz eden şirket organlarında temsil edilme hakkı yönetime katılma hakları arasın-

gerekir³⁰. İşte yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı, ortaklık kontrolüne etki etmekte ve bu payın sahiplerine ortaklık sermayesinde çoğunluğu temsil etmemelerine rağmen ortaklığın kontrolünü elde edebilme imkânını verebilmektedir³¹.

III. İmtiyazlı Paylara Sahip Olunmasıyla Pay Alım Teklifinde Bulunma Zorunluluğunun Doğması

A. Genel Olarak

Anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin tamamının veya çoğunluğunun belirlenebilmesiyle ortaklık yönetiminin kontrol edilebilmesi mümkündür³². Nitekim SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümlerinde halka açık anonim ortaklıklarda imtiyazlı paylara sahip olunması ortaklıkta yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, oy hakları bakımından öngörülen %50 oranındaki kontrol eşiğine tabi olmaksızın yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyeliler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması durumunda ortaklığın yönetim kontrolü elde edilmiş olacaktır. Ancak ortaklıkta oy gücüne sahip olunmaksızın imtiyazlı paylar aracılığıyla yönetim kontrolünün elde edilebilmesi için salt imtiyazlı paya sahip olmak yeterli değildir³³. Kontrolün elde edilebilmesi için bu imtiyazlı pay grubu içinde de hâkim konumda olunması gerekir³⁴. Yani ortaklıkta yönetim kontrolünün elde edilebilmesi ve pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğması için imtiyazlı payların tamamının değil, imtiyazın tanındığı pay grubu içinde çoğunluk paylarına sahip olunması kontrolün elde edilmesi için yeterlidir³⁵. Örneğin halka açık bir anonim ortaklıkta on kişiden oluşan yönetim kurulunun altı üyesinin TTK m. 360/1 hükmü kapsamında aday önerme hakkı ya da üyelerin belirli gruplar arasından seçilmesi hakkı ta-

da yer almaktadır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için Bkz. Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 40, özellikle dp. 6

³⁰ Paslı, Devralma (n 18) 233

³¹ ibid 233-234. İmtiyazlı paylar ortaklıkta kontrolün sağlanması açısından kullanılacak hukuki ve fiili araçlar arasında sayılmıştır. Bkz. Ercüment Erdem, Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar (1st edn, Beta Yayıncılık 2003) 56

³² Şehirli Çelik (n 22) 52

³³ Manavgat, Halka Arz (n 6) 358; aynı görüşte Sönmez (n 9) 277, dp. 66

³⁴ Manavgat, Halka Arz (n 6) 358; aynı görüşte Sönmez (n 9) 277, dp. 66

³⁵ Abuzer Kendigelen, 'Zorunlu Çağrıya İlişkin Son Gelişmeler' in Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan Cilt II (On İki Levha Yayıncılık 2010) 1180

nınmak suretiyle belirleneceği ortaklık esas sözleşmesinde öngörülmüşse, söz konusu imtiyazın tanındığı grubun paylarının tamamının değil çoğunluğunun iktisabı SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükmü kapsamında yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilerek pay alım teklifinde bulunma yükümlüğünü doğuracaktır.

B. İmtiyazlı Paylara Sahip Olunmasıyla Pay Alım Teklifinde Bulunma Zorunluluğunun Doğmasının Şartları

1. İmtiyazın Paya Tanınması

İmtiyazlı paylar aracılığıyla ortaklıkta yönetim kontrolünün elde edilebilmesi için SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümlerine göre imtiyazlı payların “*yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme*” veya “*genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme*” hakkını vermesi, yani yönetim kurulunda temsil edilme hakkını vermesi gerekmektedir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı, ortaklık kontrolüne etki etmekte ve bu imtiyaza sahip olan pay sahiplerine sermayede çoğunluğu temsil etmemelerine rağmen ortaklık kontrolünü elde edebilme imkânını vermektedir³⁶.

Anonim ortaklıklarda belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı TTK m. 360 hükmünde³⁷ düzenlenmiştir. Hükme göre, yönetim kurulu üyelerinin belirli gruplar arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülebileceği gibi, esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı da tanınabilir³⁸.

³⁶ Paslı, Devralma (n 18) 233-234

³⁷ TTK m. 360 hükmü “(1) Esas sözleşmede öngörülmek şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Bu amaçla, yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülebileceği gibi, esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı da tanınabilir. Genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup adayın haklı bir sebep bulunmadığı takdirde üye seçilmesi zorunludur. Bu şekilde tanınacak temsil edilme hakkı, halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamaz. Bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin düzenlemeler saklıdır. (2) Bu maddeye göre yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan paylar imtiyazlı sayılır.” şeklindedir.

³⁸ Yönetim kurulunda temsil edilme hakkı esas sözleşmede kuruluş aşamasında öngörülebileceği gibi sonradan yapılacak bir esas sözleşme değişikliğiyle de gerçekleştirilebilir. Bkz. Poroy and Tekinalp and Çamoğlu (n 11) 427, N. 588; Ersin Çamoğlu, Çamoğlu E, ‘6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili’ (Halil Arslanlı Bilim Arşivi, 2011)

TTK m. 360/1 hükmüne göre yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, “belirli pay grupları”, “özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri” ve “azlık” olmak üzere üç gruba tanınabilmektedir.

Belirli pay grubuna tanınan imtiyazda “pay” esas alınmakta olup, imtiyaz tek tek her paya değil, payların tümünü oluşturan gruba tanınmıştır³⁹. İmtiyaz gruba tanındığı için bu paylara kimlerin sahip olduğunun da bir önemi bulunmamaktadır⁴⁰. Bir başka deyişle, payın sahibi değil bizzat kendisi önem taşımakta, paya sahip olan kişilerin ortak bir özelliği, niteliği veya sıfatı taşınmaları gerekli değildir⁴¹. Payın devri durumunda ise payı devralan, başka herhangi bir işleme gerek kalmaksızın, kendiliğinden imtiyazlı pay grubuna dâhil olmakta ve bu imtiyazdan yararlanabilmektedir⁴². Örneğin, payların A grubu ve B grubu paylar olmak üzere iki gruba ayrıldığı bir ortaklıkta, yedi kişiden oluşan yönetim kurulunun dört üyesinin A grubu arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülmüşse TTK m. 360/1 kapsamında yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı belirli pay grubuna tanınmış olur⁴³.

<<http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/ErsinCamoglu-Anonim-Ortaklik-Yonetim-Kurulunda-Belirli-Gruplarin-Temsili.pdf>> erişim tarihi 02.09.2023, 4. TTK m. 478/1 gerekçesine göre imtiyazlı paylar ilk esas sözleşmede öngörülebileceği gibi, esas sözleşme değiştirilerek de çıkarılabilir veya mevcut paylara imtiyaz tanımlanabilir.

³⁹ Pulaşlı, Şerh C. III (n 12) 1849, N. 175; Kırca and Şehirli Çelik and Manavgat, (n 21) 427; Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 211-213; Arslan Kaya, ‘Yürürlüğünün Birinci Yılında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’ (2012) 16(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 143. Esas sözleşmede belirli pay grubunun istenilen şekilde tanımlanması mümkündür. Örneğin, yapısal olarak iki aileden ya da iki gruptan oluşan bir anonim ortaklıkta bunların A ve B grubu paylar şeklinde gruplara ayrılarak yönetim kurulunda temsilinin sağlanması mümkün olduğu gibi, hukukî konumları farklı olan oyda imtiyazlı payların bir grup, kâr payında imtiyazlı payların da bir grup olarak düzenlenerek temsil edilme hakkının tanınması mümkündür. Yine bu hakkın verilmesi amacıyla nama yazılı paylar bir grup, hamiline yazılı paylar başka bir grup olarak düzenlenebilir. Bu hususta bkz. Pulaşlı, Şerh C. II (n 21) 1252, N. 209

⁴⁰ Pulaşlı, Şerh C. III (n 12) 1849, N. 175; Kırca and Şehirli Çelik and Manavgat, (n 21) 427; Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 211-213

⁴¹ Pulaşlı, Şerh C. II (n 21) 1254, N. 215

⁴² Kırca and Şehirli Çelik and Manavgat, (n 21) 427-429; Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 213; Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku (4th edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 554

⁴³ Rauf Karasu, ‘Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı’ (2016) 2(1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 33; Kırca and Şehirli Çelik and Manavgat, (n 21) 427; Pulaşlı, Şerh C. II (n 21) 1251-1252, N. 209; Soner Altaş, ‘Anonim Şirkette Belirli Gruplara ve Azlığa Tanınabilecek Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı’ (2020) 15 (164) Terazi Hukuk Dergisi 788

Özellik ve nitelikleriyle⁴⁴ belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine tanınan imtiyazda ise payın değil, doğrudan pay sahiplerinin esas alındığı bir grup söz konusudur ve imtiyaz pay sahiplerine tanınmaktadır⁴⁵. Özellik ve nitelik paya değil pay sahiplerine ilişkin olduğundan pay değil pay sahibinin niteliği imtiyazın şartıdır⁴⁶. Örneğin; anonim şirket kurucuları arasında yer alan bir aileye mensubiyet, aynı kökten gelme, yan sanayi mensupları, bayiler, bir mali denetim şirketinde YMM belgesi sahipleri özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri arasında yer alabilir⁴⁷. Belirli pay grubuna tanınan imtiyazın aksine özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine tanınan imtiyazda payın devri durumunda payı devralan, esas sözleşmede belirtilmiş özellik ve nitelikleri

⁴⁴ Özellik ve nitelikleriyle ibaresi, aynı gruba giren pay sahiplerini tanımlamayı amaçlamaktadır. “Belirli bir grup oluşturan pay sahipleri” ile paylara değil, pay sahiplerine vurgu yapılmakta ve bununla meselâ bayiler, süt veya pancar üreticileri, şirketin ürettiği ürün ile ilgili yan sanayi sahipleri kastedilmektedir. Meselâ, ürün binek otomobili ise oto elektrik tesisatçıları, oto boya üreticileri, koltuk döşemeleri gibi. Bu hususta bkz. TTK Tasarısı ve Adalet Komisyon Raporu, s. 489.

⁴⁵ Pulaşlı, Şerh C. III (n 12) 1849, N. 175; Kırca and Şehirali Çelik and Manavgat, (n 21) 427. Özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine tanınan imtiyaz yeni bir kurumdur. Bu yenilik imtiyazın paya değil, payın sahibine tanınmasındandır. Bkz. Kırca and Şehirali Çelik and Manavgat, (n 21) 427. Öğretide temsil edilme hakkının özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine tanınması durumunda imtiyazdan yararlanmak için pay sahipliği mevkiini doldurmanın yeterli olmadığını, esas sözleşmede belirlenen özellik ve niteliğe de sahip olmak gerektiğini, aynı sıfatı taşıyan pay sahiplerinin oluşturduğu grubun da yine pay grubu olarak belirginleştiğini, imtiyazın yine soyut olarak paya tanındığını, ancak imtiyazın somut şekilde kullanılmasının, pay sahiplerinin esas sözleşmede yer alan özelliği taşımaya tabi olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Candemir Baltalı, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı (1st edn, On iki Levha Yayınları 2019) 261-262. Ancak kanaatimizce belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine imtiyaz tanınması durumunda pay değil pay sahipleri esas alındığından ve esas sözleşmede belirtilen özellik ve niteliğe sahip olmak yeterli olduğundan bu pay sahiplerinin hangi paya sahip olduklarının ya da hangi payı devraldıklarının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca TTK Tasarısı ve Adalet Komisyon Raporunda da “belirli bir grup oluşturan pay sahipleri” ile paylara değil, pay sahiplerine vurgu yapıldığı belirtilmiştir. Bkz. TTK Tasarısı ve Adalet Komisyon Raporu, s. 489. Dolayısıyla burada tanınan imtiyazın paya bağlandığını söylemek mümkün değildir.

⁴⁶ Pulaşlı, Şerh C. III (n 12) 1807, N. 82; Hasan Pulaşlı, ‘Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirkette İmtiyazlı Paylar’ (2013) 8(1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5-6

⁴⁷ TTK m. 360 gerekçesi. Bu şekilde imtiyaz tanınabilmesi için belirli pay sahipleri gruplarının belirlenebilir ve tanımlanabilir bir şekilde tanımlanması, diğer pay sahiplerinden ayrılabilir olmaları gerekmektedir. Bkz. TTK m. 360 gerekçesi.

taşıyorsa bu imtiyazdan yararlanabilir⁴⁸. Örneğin, bayilerden oluşan bir grupta bir bayi payını devrederse, devralan ancak bayi olması şartıyla o gruba tanınan imtiyazdan faydalanabilir⁴⁹.

Yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tanınabileceği bir diğer grup ise azlıktır⁵⁰. TTK m. 360/1 hükmü kapsamında azlık, ortaklıkta oy gücü bakımından yönetim kuruluna üye seçebilecek konumda olmayan (tüm oy hakkının %49'una kadar olan güçlü azınlık/azlık), başka bir deyişle %50+1 oya sahip çoğunluğun karşısında yer alan pay sahiplerini ifade eder⁵¹. Buradaki azlık, pay sahipliğine ilişkin sermayeye katılım ora-

⁴⁸ Pulaşlı, Şerh C. II (n 21) 1254, N. 215; Kırca and Şehirali Çelik and Manavgat, (n 21) 427; Altaş (n 43) 788; Tekin Memiş, 'Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikli Pay Sayılır mı?' (2014) 16(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3110; Tekinalp, Yeni Hukuk (n 21) 237, N. 12-17b

⁴⁹ Kırca and Şehirali Çelik and Manavgat, (n 21) 427

⁵⁰ Hem zorunlu pay alım teklifi kurumu hem de yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının düzenlendiği TTK m. 360/1 hükmünde bahsi geçen azlık, anonim ortaklıklar hukukunda "sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri" (TTK m. 411, m. 420, m. 439, m. 531, m. 559), bir başka deyişle, "sermayenin yüzde onunu, halka açık ortaklıklarda ise sermayenin yüzde beşini" (TTK m. 399/4) oluşturan pay sahipleri şeklinde ifade edilen dar ve teknik anlamda azınlık değildir. Bkz. Paslı, Devralma (n 18) 407, dp. 295; Kırca and Şehirali Çelik and Manavgat, (n 21) 430; Karasu (n 43) 35; Pulaşlı, Şerh C. II (n 21) 1258. Zorunlu pay alım teklifi bakımından azlık, ortaklığın kontrolünü herhangi bir şekilde elinde bulunduran ve bu kapsamda ortaklık organlarını seçme imkânına sahip olanların dışında kalan, bir başka deyişle kontrolün dışında kalan tüm pay sahiplerini ifade eder. Bkz. Paslı, Devralma (n 18) 407, dp. 295. Halka açık anonim ortaklıklarda ortaklıktan çıkarma ve satma hakkı kapsamında azınlık terimi için bkz. Arslan (n 4) 44

⁵¹ Pulaşlı, Şerh C. II (n 21) 1258, N. 221; Kırca and Şehirali Çelik and Manavgat, (n 21) 430; İsmail Kırca, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirket Yönetim Kurulu-Başlıca Yenilikler' (2012) 16(3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 126; Karasu (n 43) 35. Öğretide esas sözleşmeye hüküm konularak sermayenin örneğin %22'sini oluşturan payların sahiplerine yönetim kurulu üyeliğine aday gösterme hakkı tanınabileceği ileri sürülmektedir. Bkz. Tekinalp, Yeni Hukuk (n 21) 238, N. 12-18. Ancak madde gerekçesine göre hükmün uygulanabilmesi bakımından önemli olan azlığın belirlenebilir olmasıdır. Bunun için ise yüzdesel bir oranın anılması yeterli değildir. Bunun yerine pay senedi numaraları ve sayıları ayırt edilebilirlik yönünden daha iyi bir ölçüttür. Bkz. TTK m. 360 gerekçesi. Gerçekten de esas sözleşmede %22 gibi bir yüzdenin belirlenmesi durumunda bu oranın içine hangi pay sahiplerinin gireceği hususu belirsizdir. Azlığa yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı tanındığında adayın belirleneceği toplantıda anılan yüzdenin kimlerden oluşacağı veya yönetim kurulu üyesinin azlık arasından seçileceği öngörülmüşse bahsi geçen yüzdenin içinden kimin seçileceği hususları belirsizdir. Dolayısıyla bu belirsizlik hakkın kullanılması ve korunması bakımından imtiyaz kavramıyla bağdaşmamaktadır.

nıyla ilgili bir durum olup payla ilgili değildir, çünkü payın üzerinde imtiyazın belirlenmesi amacıyla “azlık” veya “azınlık payı” şeklinde bir ibare yer almaz⁵². Ayrıca ortaklıkta yönetim kontrolünün sağlanması bakımından pay sahiplerinin ortaklık işlerine olan ilgileri, oy sözleşmeleri, pay dağılım oranları gibi hususların önemli olması sebebiyle azlık şirketten şirkete farklılık gösterebilmektedir⁵³. Bir başka deyişle “azlık” sıfatı ortaklıkta değişken bir statüdür⁵⁴.

Görüldüğü üzere yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı TTK m. 360/1 hükmü uyarınca sadece belirli pay gruplarına⁵⁵ değil özellik ve nite-

Bkz. Kırca and Şehirli Çelik and Manavgat, (n 21) 431; Cafer Eminoğlu, ‘TTK m. 360 Hükmüne Göre Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Tanınabileceği Gruplar, Hakkın Hukuki Niteliği ve İcrası’, Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Tebliğler-Tartışmalar) (1st edn, On İki Levha Yayınları 2020) 345. Ancak gerekçede ifade edildiği şekilde ayırt edilebilirlik yönünden pay senedi numaraları ve sayıları vermek payları somutlaştırma işlevi görür, bir başka deyişle bu yolla zaten belirli bir pay grubu oluşturulmuş olur. Bkz. Kırca and Şehirli Çelik and Manavgat, (n 21) 431; Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu (n 22) 127, dp. 344. Dolayısıyla özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ya da belirli pay grupları oluşturularak da zaten temsil edilme hakkının azlığa tanınabilmesi mümkündür. Bu nedenle madde hükmünde azlık vurgusu yapılarak kanun koyucunun amacı bağımsız bir grup oluşturmak değil, azlığa bir şekilde temsil edilme hakkının verilebileceğini belirtmektedir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Kırca and Şehirli Çelik and Manavgat, (n 21) 431; Karasu (n 43) 35-36

⁵² Pulaşlı, Şerh C. III (n 12) 1807, N. 82; Pulaşlı, İmtiyazlı Paylar (n 46) 5-6. TTK m. 360/1’deki ilk hâlin yani belirli pay grubuna tanınan temsil edilme hakkının paya bağlandığı, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa tanınan hakkın ise pay sahiplerine bağlandığı yönünde bkz. Kaya (n 39) 143

⁵³ Kırca and Şehirli Çelik and Manavgat, (n 21) 430

⁵⁴ ibid 430; Kaya (n 39) 143; Poroy and Tekinalp and Çamoğlu (n 11) 426, N. 587.

⁵⁵ TTK m. 360/2’nin “Bu maddeye göre yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan paylar imtiyazlı sayılır.” şeklindeki hükmünde geçen “paylar” ifadesinden imtiyazın sadece belirli pay gruplarına tanınabileceği anlamı çıkmaktadır. Bu nedenle TTK m. 360/2 hükmünde geçen “paylar” ifadesinin çelişkili bir durum yarattığı ileri sürülmektedir. Bkz. Erdoğan Moroğlu, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler (8th edn, On İki Levha Yayıncılık 2016) 170. Oysaki TTK m. 360/2 hükmünde yönetim kurulunda temsil edilme hakkının açıkça imtiyaz olduğu belirtilmiş olup söz konusu imtiyazın birinci fıkra gereği özellik ve nitelikleriyle belirli grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa da tanınabildiği, dolayısıyla payın yanı sıra pay sahiplerine de imtiyaz tanınabildiği açıktır. Ancak imtiyazlı payların düzenlendiği TTK m. 478/1’in gerekçesinde imtiyazın kişiye değil “pay”a tanınabileceği ifadesi yer almaktadır. Bu ifade TTK m. 360/1 ve 2 hükmü karşısında yerinde değildir. Bu nedenle m. 478/1 gerekçesindeki sadece “pay”a ifadesinin “kural olarak pay”a şeklinde, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ile azlığın ise istisna olduğu şeklinde anlaşılma-

likleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa da tanınabilmektedir. Ancak belirli pay grubuna tanınan imtiyazda “pay” esas alınmakta iken, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ile azlığa tanınan imtiyaz⁵⁶ paylarla bağlantılı olarak değil, doğrudan şahıslara tanınmaktadır⁵⁷. Oysa ortaklıkta yönetim kontrolünün imtiyazlı paylar aracılığıyla elde edilmesi olarak imtiyazın paya tanındığı durum esas alınmaktadır. Zira SerPK m. 26/1 ve Tebliğ m. 11/1’in “...bir ortaklığın yönetim kontrolünü sağlayan paylarını...iktisap edenler...pay alım teklifinde bulunmak zorundadır...” şeklindeki hükmünde pay alım teklifinde bulunma zorunluluğu-

ldır. Bu hususta bkz. Pulaşlı, Şerh C. III (n 12) 1806, N. 82; Pulaşlı, İmtiyazlı Paylar (n 46) 5-6

⁵⁶ TTK m. 360/2 hükmü ile kanun koyucu yönetim kurulunda temsil edilme hakkının m. 360/1 kapsamında belirtilen gruplara tanınması durumunda hakkın hukuki niteliğinin açıkça imtiyaz olduğunu belirtmiş ve böylece öğretide hakkın hukuki niteliğine ilişkin görüş farklılıklarından imtiyaz lehine düzenleme madde hükmünde yerini almıştır. Bkz. Pulaşlı, İmtiyazlı Paylar (n 46) 5; Karasu (n 43) 32; Fatih Ölmez, Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili (1st end, On İki Levha Yayıncılık 2021) 62. Hakkın hukuki niteliğine ilişkin öğretide Kaya, imtiyazın paya bağlı olduğu temel kuralını değiştirme imkânının olmadığını, TTK m. 360/1’deki birinci halde imtiyazın paya, ikinci halde ise imtiyazın açık bir şekilde pay sahiplerine bağlandığını, azınlığın da değişken olduğunu, dolayısıyla TTK m. 360/2 hükmü ile kastedilenin m. 360/1’deki ilk hâl yani “belirli pay grubu”na tanınan temsil edilme hakkının paya bağlandığı için imtiyaz olduğunu, diğer iki hâlde ise söz konusu hakkın pay sahiplerine bağlandığını ve bu durumun imtiyazın mantığına aykırı olduğu gerekçesiyle bu hakkın bir imtiyaz değil grup hakkı olduğunu ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, TTK m. 360/2 hükmü uyarınca temsil edilme hakkı tanınan paylar ancak paya bağlandığı sürece imtiyazlıdır. Bkz. Kaya (n 39) 143. Kendigelen, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının bir imtiyaz değil, ana sözleşmeye dayalı “özel bir grup hakkı olarak” nitelendirilmesi gerektiğini, ayrıca doğrudan ana sözleşmeye dayalı bir hak olduğundan hakların korunmasına göre yapılan ayırım açısından da müktesep hak olarak kabul edileceğini belirtmiştir. Yazar pay sahipleri ve azınlığa da tanınmak istenen söz konusu hakkın somut bir “pay grubu” ayrımı yapılmadığı sürece uygulanma kabiliyetinin olmayacağını da ifade etmiştir. Bkz. Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 241-252; Abuzer Kendigelen, ‘Yürürlüğünün Birinci Yılında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’ (2012) 16(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 144. Aynı yönde bkz. Memiş (n 48) 3107-3111. Pulaşlı ise TTK m. 360/2’de açıkça yönetim kurulunda temsil hakkının imtiyaz olduğunun belirtildiğini, bu hakkın TTK m. 360/1 uyarınca özellik ve nitelikleriyle belirli grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa da tanınabileceğine göre “pay”ın yanı sıra pay sahiplerine de imtiyaz tanınabileceğinin açıkça anlaşıldığını ileri sürmüştür. Bkz. Pulaşlı, Şerh C. III (n 12) 1807, N. 82; Pulaşlı, İmtiyazlı Paylar (n 46) 5-6. Hakkın niteliğinin imtiyaz olduğu yönünde bkz. Poroy and Tekinalp and Çamoğlu (n 11) 634, N. 782; Ali Murat Sevi, ‘Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı’ (2021) 9(2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 447, dp. 8; Emi-noğlu (n 51) 340; Karasu (n 43) 32; Tekinalp, Yeni Hukuku (n 21) 236, N. 12-17

⁵⁷ Moroğlu (n 55) 170

nun doğması bakımından hedef ortaklıkta “*pay iktisabı*” esas alınmıştır. SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1’in “*yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması*” şeklindeki hükmünde geçen “*...imtiyazlı paylara sahip olunması...*” ifadesinde ise yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya aday gösterme hakkını veren imtiyazın tanınmasında “*pay*”ın esas alındığı görülmektedir.

Kanaatimizce⁵⁸ SerPK ve Tebliğ’in bahsi geçen bu hükümleri kapsamında söz konusu imtiyazın tanınmasında “*pay*”ın esas alındığı, yani imtiyazın “*pay*”a tanındığı durum yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilmeli ve pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü doğmalıdır. Dolayısıyla pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü bakımından TTK m. 360/1’de imtiyazın “*pay*”a tanındığı durum dikkate alınmalıdır. Zira TTK m. 360/1 hükmünde⁵⁹, yukarıda da ifade edildiği üzere, sadece “*belirli pay grupları*”na tanınan imtiyazda “*pay*” olgusu esas alınmaktadır. Bu nedenle SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 kapsamında bahsi geçen yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının sadece “*belirli pay gruplarına*”⁶⁰ tanındığı durumlarda pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü söz konusu olacaktır/olmalıdır.

⁵⁸ Aynı yönde görüş için bkz. Esra Erişir Karacan and Ali İhsan Karacan, Pay Alım Teklifi, Finans Hukuku Açısından Bir İnceleme (1st edn, Legal Yayıncılık 2018) 311; İsmail Türkyılmaz, Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2015) 65

⁵⁹ TTK m. 360 hükmü yönetim kurulunda temsil edilme hakkını hem pay sahibi gruplarına hem azlığa hem de pay gruplarına tanımıştır. Bu hak, imtiyaz gibi her paya değil, belirli pay sahipleri grupları ile belirli pay gruplarına ve azlığa bir bütün olarak tanınmaktadır. Böylelikle bu hükümde TTK m. 478’e bir istisna getirilmiştir. Bkz. TTK m. 360 gerekçesi.

⁶⁰ Belirli pay grubuna yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı 6762 sayılı TTK döneminde Kanunda düzenlenmemesine rağmen uygulamada esas sözleşme ile tanındığından, maddenin bu düzenlemesi bir yenilik içermemektedir. Bkz. Karasu (n 43) 33; Kırca and Şehirli Çelik and Manavgat, (n 21) 426. 6762 sayılı TTK döneminde bazı pay gruplarına tanınan yönetim kurulunda temsil edilme hakkının imtiyaz olduğu ve kendilerine bu hak tanınan payların da imtiyazlı pay olduğu görüşünde olan Yargıtay sonraki kararlarında da bu görüşünü korumuştur. Bkz. Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 232. Temsil edilme hakkının tek tek paylara değil, grubun tamamına tanınmasının da imtiyaz olarak nitelendirileceğine ilişkin Yargıtay’ın otuz yılı aşkın süreden beri uygulanan yerleşik içtihadı “grup imtiyazı”nın tanınması yönündedir. Bkz. TTK m. 360 gerekçesi. Grup imtiyazında payın sahibi değil payın kendisi önem taşıdığından “grup imtiyazı” kavramı imtiyazın paya tanınması gerektiği yönündeki ilke bakımından rahatsız edici bulunmamış ve benimsenmiştir. Bkz. Kırca and Şehirli Çelik and Manavgat, (n 21) 427. TTK m. 360/1 hükmünde geçen “belirli pay grubu” Yargıtay tarafından

Bu kapsamda TTK m. 360, SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümleri birlikte değerlendirilecek olup, SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 kapsamında ortaklıkta yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilen “yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme hakkını veren imtiyazlı payların iktisabı” veya “genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı payların iktisabı” başlıklarında bu imtiyazların “pay” a tanındığı durumlar esas alınarak inceleme yapılacaktır.

2. İmtiyazın Yönetimsel Haklara İlişkin Olması

Halka açık anonim ortaklıklarda imtiyazlı paylar aracılığıyla yönetim kontrolünün elde edilebilmesi için imtiyazın konu olduğu pay sahipliği hakkının yönetimsel haklara ilişkin olması gerekmektedir. Zira imtiyaz, yönetimsel haklara ilişkin olduğunda ortaklık kontrolüne etki edebilmekte ve sahibine ortaklığın kontrol gücünü verebilmektedir⁶¹.

SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümlerinde “yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması” veya “genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması” şeklinde belirtilen imtiyaz, ortaklık yönetim kurulunda temsil edilme hakkında tanınabilecek imtiyazdır⁶².

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı, sermayeye katılım oranı bakımından ortaklıkta çoğunluğu oluşturmayan gruba yönetim kurulunda çoğunluğu oluşturacak sayıda üye ile temsil edilme hakkı tanınarak daha az sermaye ile yönetimde etkinlik sağlanması amacıyla hizmet etmektedir⁶³. İmtiyaz tanınan pay grubunun sermayeye katılım oranının veya grup içerisindeki pay sahiplerinin sayısının herhangi bir önemi bulunmamakta-

kabul edilen grup imtiyazıdır ve bu düzenleme ile Yargıtay’ın yerleşik içtihadı pozitif düzenlemeye kavuşmuştur. Bkz. Kırca and Şehirli Çelik and Manavgat, (n 21) 426-427; Pulaşlı, Şerh C. III (n 12) 1848, N. 171; Mehmet Bahtiyar, Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş (1st edn, Beta Yayınları 2019) 52. Grup imtiyazının tanınmasına yönelik Yargıtay kararlarında yer alan ilke TTK m. 360/2’de “Bu maddeye göre yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan paylar imtiyazlı sayılır.” şeklinde öngörülerek kanunlaştırılmıştır. Bkz. TTK m. 360 gerekçesi.

⁶¹ Pahlı, Devralma (n 18) 233

⁶² Kendigelen, Zorunlu Çağrı (n 35) 1180

⁶³ Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 187. Organlarda temsil edilme hakkının diğer nedenleri olarak azınlık pay sahiplerinin menfaatlerinin korunması, finansman ihtiyacının giderilmesine yardımcı olması ve kamu yararının korunması hususlarında ayrıntılı bilgi için bkz. ibid 183 vd.

dır⁶⁴. Yani yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının tanınmış olduğu pay grubunun sermayeye katılım oranının %1 ya da %49 olması arasında bu imtiyazın sağlamış olduğu avantaj açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Anonim ortaklıkta yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı TTK m. 360'ta⁶⁵ düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün birinci fıkrasının “*yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülebileceği gibi, esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı da tanınabilir.*” şeklindeki hükmüne göre yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının tanınabilmesi için iki yöntem öngörülmüştür. Bunlar “*yönetim kurulu üyelerinin belirli gruplar arasından seçilmesi*” ve “*yönetim kurulu üyeliği için aday önerme*” yöntemidir. Dolayısıyla halka açık bir anonim ortaklıkta belirli gruplara TTK m. 360 hükmü uyarınca yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı tanınmış ise pay alım teklifinde bulunma zorunluluğu gündeme gelebilecektir⁶⁶.

a) Yönetim Kurulu Üye Sayısının Salt Çoğunluğunu Seçme Hakkını Veren İmtiyazlı Paylara Sahip Olunması

Anonim ortaklıkta kural olarak yönetim kurulu üyelerini belirleme gücü ortaklıkta oy haklarının çoğunluğuna sahip olan pay sahiplerindedir. Ancak ortaklık esas sözleşmesine konulacak bazı hükümlerle yönetim

⁶⁴ ibid 213; Hasan Pulaşlı, ‘Anonim Şirketlerde Yönetimde İmtiyaz ve Buna İlişkin Esas Sözleşme Düzenlemelerinin Anlam ve Etkisi’ in Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı (Beta Yayınları 1999) 563 vd.

⁶⁵ TTK m. 360/1 hükmü “*Esas sözleşmede öngörülmek şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Bu amaçla, yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülebileceği gibi, esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı da tanınabilir. Genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup adayın haklı bir sebep bulunmadığı takdirde üye seçilmesi zorunludur. Bu şekilde tanınacak temsil edilme hakkı, halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamaz. Bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin düzenlemeler saklıdır.*” şeklindedir.

⁶⁶ Ali Paşlı, ‘Pay Alım Teklifi Zorunluluğu’ in Mehmet Helvacı, Necdet Uzel, Numan Sabit Sönmez and Ahmet Özsoy (eds), *Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar)* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 295. SerPK’da TTK m. 360, m. 478 ve m. 479 hükümlerinin uygulanmayacağına dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu bu maddeler halka açık anonim ortaklıklar için de uygulanır. Bkz. Adıgüzel (n 3) 108

kuruluna üye seçtirme hakkının başkalarına tanınması mümkündür⁶⁷. Nitekim SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükmünde “yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme hakkı veren imtiyazlı paylar” a sahip olunması yönetim kontrolünün elde edilmesi bakımından belirleyici unsur olarak kabul edilmiştir. Ancak bu hüküm birtakım sorunları ihtiva etmektedir.

İlk olarak, hükümde belirtilen imtiyazın yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu “seçme” hakkını vermesi şeklinde belirlenmesi isabetli değildir⁶⁸. Zira yönetim kurulu üyelerini seçme hakkı TTK m. 408/2, b hükmü uyarınca genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri arasında sayıldığından bazı pay gruplarına veya pay sahiplerine yönetim kuruluna üye seçme (üye gönderme/atama) hakkı tanınması, organların seçimi hususunda genel kurulda oluşturulması zorunlu olan iradenin bütünüyle ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak ve genel kurulun devredilemez yetkisine aykırılık oluşturacaktır⁶⁹. Dolayısıyla genel kurulun yönetim kurulu üyelerini seçme yetkisine aykırı olarak belirli paylara yönetim kuruluna üye atama hakkı tanıyan ve “seçme” veya “atama” gibi ibarelere yer veren esas sözleşme hükümleri de geçersiz olacaktır⁷⁰. Bu sebeple SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümleri uyarınca yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması suretiyle ortaklıkta yönetim kontrolünün elde edilmesi mümkün görünmemektedir. Öğretide, yönetim kurulu üyeliğine seçim yapmak yetkisi münhasıran genel kurula ait olduğundan, Kanun ve Tebliğ’de geçen “yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme hakkını veren imtiyaz” ifadesini, yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu sağlayacak şekilde yönetim kurulu üyeliği seçiminde oy hakkında imtiyazlı paya sahip olmak şeklinde anlamak gerektiği ileri sürülmüştür⁷¹. Ancak oy hakkında imtiyaz tanınması durumunda bu husus SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükmünde yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilen olasılıklardan bir diğeri olan “ortaklığın oy haklarının %50’sinden fazlasına...sahip olunması” düzenlemesi gereğince %50 oranındaki kontrol eşinin hesabında dikkate alınmalıdır⁷².

⁶⁷ Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu (n 22) 126

⁶⁸ Kendigelen, Zorunlu Çağrı (n 35) 1180

⁶⁹ Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 220

⁷⁰ Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 220-221

⁷¹ Manavgat, Çağrı Yükümlülüğü (n 6) 1451-1465; Manavgat, Halka Arz (n 6) 358; Aynı yönde bkz. Baltalı (n 45) 352, dp. 1107

⁷² Kendigelen, Zorunlu Çağrı (n 35) 1180

Kanun ve Tebliğ'in yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması şeklindeki düzenlemede bir diğer husus ise, hükümde TTK m. 360/1'de öngörülen yönetim kurulu üyelerinin belirli gruplar arasından "*seçilmesi*" yönteminin dikkate alınmamış olmasıdır. Bu yöntemde söz konusu gruplara doğrudan doğruya yönetim kuruluna üye seçme yetkisi verilmemiştir⁷³. Yönetim kurulu üyeliğine esas sözleşmede öngörülen sayıda üye grup içinden⁷⁴ yine genel kurul tarafından seçilecektir⁷⁵. Ancak TTK m. 360/1'de öngörülen bu yöntem, SerPK m. 26/2⁷⁶ ve Tebliğ m. 12/1 hükmünde dikkate alınmamıştır. Bir başka deyişle, yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazına ilişkin TTK m. 360/1 hükmünde belirtilen "*belirli gruplar arasından seçilme*" ve "*aday gösterme*" yöntemlerinden yalnızca aday gösterme imtiyazına yer verilmiştir. Bu nedenle düzenlemenin bu haliyle eksik olduğunu söylemek mümkündür⁷⁷. TTK m. 360/1'de öngörülen söz konusu

⁷³ Poroy and Tekinalp and Çamoğlu (n 11) 428, N. 588a; Çamoğlu (n 38) 4; Kırca and Şehirli Çelik and Manavgat (n 21) 433; Karasu (n 43) 36. TTK m. 360 hükmünde yönetimde temsil imtiyazına ilişkin sınırlayıcı bir düzenleme yapıldığından maddede belirtilen yöntemler dışında başka bir yöntemle imtiyaz tanınmasına emredici hükümlerin düzenlendiği TTK m. 340 hükmü engel teşkil etmektedir. Bkz. Kırca and Şehirli Çelik and Manavgat (n 21) 433; Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 220 vd.; Karasu (n 43) 36

⁷⁴ Gruptaki pay sahiplerinin gerekmemesine rağmen toplantı yaparak adaylarını belirleyip genel kurula önermesi durumunda genel kurulun bu öneriyeye uygun hareket etme zorunluluğu yoktur. Bkz. Kırca and Şehirli Çelik and Manavgat (n 21) 436; Pulaşlı, Şerh C. II (n 21) 1258, N. 219; Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 260

⁷⁵ TTK m. 360/1/c.3'e göre genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup adayın haklı bir sebep bulunmadığı takdirde üye seçilmesi zorunludur. Bu yöntemde genel kurul yönetim kuruluna seçilecek üyeleri belirlemekte daha serbesttir. Zira temsil edilme hakkının tanındığı gruptan olmak kaydıyla genel kurul dilediği pay sahibini yönetim kuruluna seçmekte serbesttir. Genel kurulun üyelerin seçiminde esas sözleşmede belirtilen şartlara uygun hareket etmesi, esas sözleşmede öngörülen sayıda üyeyi mutlaka temsil edilme hakkı tanınan gruba dahil pay sahipleri arasından seçmesi zorunludur. Aksi halde alınan seçim kararının TTK m. 445 uyarınca esas sözleşme hükümlerine aykırılık gerekçesiyle iptali mümkündür. Grup paylarının tek pay sahibine ait olması halinde genel kurul bu pay sahibini yönetim kurulu üyeliğine seçecektir. Ancak bu pay sahibinin rakip işletme ile kişisel veya sözleşmesel bağının bulunması ya da yönetim kurulu üyeliğini kişisel sebeplerle gereği gibi yerine getiremeyecek olması durumunda genel kuruldan esas sözleşme hükmüne uygun davranması beklenemez. Bkz. Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 216-260-261. Bu yöntem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ibid 260-261; Kırca and Şehirli Çelik and Manavgat (n 21) 436 vd.; Pulaşlı, Şerh C. II (n 21) 1257, N. 217

⁷⁶ Madde gerekçesinde bu hususa ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

⁷⁷ Kendigelen, Zorunlu Çağrı (n 35) 1181

yöntemin SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümlerinde dikkate alınmaması, bu hükümlerde yer alan “yönetim kurulu üyelerinin salt çoğunluğunu seçme hakkını veren imtiyazlı paylar” ifadesinin lafzının dar yorumlanarak TTK m. 360/1’de belirtilen yönetim kurulu üyelerinin belirli pay grupları arasından seçilmesi yöntemi kapsamında ortaklık yönetiminde herhangi bir kontrol değişikliği olmadığı yönünde bir savunmaya gerekçe olarak gösterilebilir⁷⁸. Ancak kanaatimizce her ne kadar SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümlerinin lafzı dikkate alındığında yalnızca TTK m. 360/1’deki aday gösterme yöntemine yer verildiği ileri sürülebilirse de söz konusu hükümlerin amacı dikkate alındığında seçilme yönteminin kapsam dışında tutulduğu yönündeki yorum hükmün amacına uygun olmayacaktır. Zira SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümlerinde hedef ortaklıkta yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilen hallerin belirlenmesi amaçlanmıştır. Bu hallerden biri olan imtiyazlı paylar aracılığıyla ortaklıkta yönetim kontrolünün elde edilebilmesi için ise imtiyazın konu olduğu pay sahipliği hakkının yönetsel haklara ilişkin olması gerekmektedir. Bu nitelikte olan TTK m. 360’da belirtilen yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının tanınmasında ise iki yöntem “seçilme” ve “aday gösterme” yöntemleri öngörülmüştür. Yönetim kurulu üyelerinin salt çoğunluğunun belirlenmesine yönelik imtiyaz ister aday gösterme yöntemiyle ister üyelerin belirli gruplar arasından seçilmesi yöntemiyle tanınmış olsun söz konusu imtiyaz ortaklıkta yönetim kontrolünün elde edilmesini sağlayacak niteliktedir. Dolayısıyla bu yöntemlerden birinin dikkate alınıp diğer yöntemin kapsam dışında tutulduğu yönünde yorumun SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümlerinin amacına uygun olmayacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümlerinde yönetim kurulu üye sayısının belirli pay grupları arasından “seçilmesi” yöntemine yer verilmemiş olmasını bir eksiklik olarak görmek, bununla birlikte söz konusu hükümleri TTK m. 360/1’de öngörülen her iki yöntemi de kapsayacak şekilde geniş yorumlamak gerektiği kanaatindeyiz⁷⁹. Bu görüş doğrultusunda halka açık bir anonim ortaklıkta TTK m. 360/1 hükmü uyarınca belirli pay grupları arasından (örneğin A grubu) yönetim kurulu üyelerinin

⁷⁸ ibid 1181.

⁷⁹ SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1’in “...yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması, yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilir...” şeklindeki hükümlerinde geçen “olarak kabul edilir” ifadesinden yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilen hallerin örnek niteliğinde sayıldığı da öğretilmiş ifade edilmektedir. Bu hususta bkz. Bahtiyar (n 60) 52

“salt çoğunluğunun seçilmesi” şeklinde bir imtiyaz tanınması durumunda pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü doğmalıdır⁸⁰.

Sonuç olarak SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümlerinde geçen “yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme hakkını veren imtiyazlı paylar” ifadesinin gerek genel kurulun devredilemez yetkisine aykırılık oluşturması gerekse TTK m. 360/1 hükmünde bahsi geçen yöntem dikkate alınmadığından hükmün eksik olması gerekçeleriyle yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması suretiyle ortaklıkta yönetim kontrolünün elde edilemeyeceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu durumda, kanaatimizce SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükmünde “yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunun belirli pay grupları arasından seçilmesi hakkını veren imtiyazlı paylar” şeklinde bir düzenleme öngörülmesi, TTK m. 360/1 hükmü ile de uyum arz edeceğinden daha isabetli olacaktır.

b) Genel Kurulda Yönetim Kurulu Üye Sayısının Salt Çoğunluğu İçin Aday Gösterme Hakkını Veren İmtiyazlı Paylara Sahip Olunması

(1) Genel Olarak

Sermaye Piyasası Kanunu m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1’de belirtilen %50’lik kontrol eşiği oranına bağlı olmaksızın “genel kurulda yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğu için aday gösterme⁸¹ hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması” yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilen bir diğer hâldir. Ortaklık genel kurulunda oy çoğunluğuna sahip olmaksızın yönetim kurulu üyeliğine aday gösterme imtiyazı, ortaklık kontrolünün elde edilmesini sağlayan bir kontrol aracıdır⁸². Zira ortaklık faaliyetleri yönetim kurulu tarafından yürütülüp, yönetildiğinden yönetim kurulu üye sayısının çoğunluğunu belirleyebilen pay sahibi ortaklık faaliyetlerini de kontrol edebilme imkânını elde etmiş olur⁸³. Bu nedenle

⁸⁰ Burada pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü Yür. K. m. 28/2’deki koşullar oluşmuş ise söz konusu olacaktır. Bkz. aşağıda III. C. 1.

⁸¹ Bu hak TTK m. 360/1 hükmünde “aday önerme” hakkı olarak ifade edilmiştir. TTK hükmü ile uyumluluk açısından SerPK ve Tebliğ’in ilgili düzenlemelerinde de “aday önerme” teriminin kullanılması kanaatimizce daha isabetli olurdu. Çalışmamızda terim birliği olması açısından TTK m. 360 hükmündeki “aday önerme” ibaresi tercih edilmiş, ancak SerPK ve Tebliğ’in ilgili hükümlerine yapılan atıflarda “aday gösterme” terimi kullanılmıştır.

⁸² Paslı, Devralma (n 18) 63

⁸³ Okutan Nilsson Şirketler Topluluğu (n 22) 106

ortaklıkta oy çoğunluğuna sahip olunmasına rağmen imtiyaz yoluyla yönetim kurulunda karar alabilecek sayıda üyeyi aday gösterme hakkına sahip olan pay sahibinin ortaklıkta hâkim konumda olduğu kabul edilir⁸⁴.

Aday önerme imtiyazı TTK m. 360/1 hükmü uyarınca *belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa* tanınabilir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere⁸⁵ pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğması bakımından imtiyazın “*pay*”a tanındığı durumun dikkate alınması gerektiğinden, burada aday önerme imtiyazının sadece belirli pay grubuna tanındığı durum incelenecektir.

TTK m. 360/1 hükmü uyarınca aday önerme imtiyazı esas sözleşmede öngörülme şartıyla tanınabilir. Esas sözleşmede önerilecek adayın örneğin, “*yönetim kurulunun beş kişiden oluşması halinde A grubu pay sahiplerinin önereceği iki aday genel kurulca yönetim kuruluna seçilir*” şeklinde açık ve kesin olarak ifade edilmesi gerekir⁸⁶.

İmtiyaz tanınan pay grubunun belirlemiş olduğu aday genel kurulun onayına sunulur ve adayın yönetim kurulu üyeliğine seçimi genel kurul kararı ile gerçekleşir. Dolayısıyla son aşamada seçim ve atama yine genel kurul kararı ile gerçekleşmektedir⁸⁷. Önerilen adayın haklı bir sebep bulunmadığı takdirde genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine seçilmesi zorunludur. (TTK m. 360/1/c. 3). Genel kurulun pay grubu tarafından önerilen aday dışında (haklı sebepler haricinde) aynı gruptan da olsa başka bir aday seçme hakkı yoktur⁸⁸.

(2) Adayın Belirlenmesi

Yönetim kurulu üyeliği için önerilecek adayın belirlenmesine ilişkin TTK’de herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak aday belirleme

⁸⁴ ibid 105

⁸⁵ Bkz. III, B, 1.

⁸⁶ Aday önerme hakkının esas sözleşmede “yönetim kurulunun beş üyeden oluşması halinde A grubu pay sahiplerinin tavsiye edeceği iki aday genel kurulca seçilebilir” şeklinde belirlenmesi genel kurul açısından bağlayıcı değil tavsiye niteliğinde olup genel kurul önerilen adayı seçip seçmeme hususunda serbestiye sahiptir. Esas sözleşmedeki düzenleme “yönetim kurulu beş üyeden oluşur, bunlardan ikisi A grubu pay sahiplerinin arasından veya onların göstereceği adaylar arasından seçilir” şeklinde ise ve A grubu pay sahipleri aday önermişse genel kurul tarafından bu adaylar arasından üye seçilir; aday önerilmemiş ise genel kurul bu pay sahipleri arasından yönetim kuruluna üye seçebilir. Bkz. Pulaşlı, Şerh C. III (n 12) 1851, N. 181-182

⁸⁷ Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 215

⁸⁸ Pulaşlı, Şerh C. III (n 12) 1850, N. 180

yönteminin esas sözleşme ile düzenlenmesi mümkündür⁸⁹. Böyle bir düzenleme mevcut ise önerilecek aday bu düzenlemeye göre belirlenir. Esas sözleşmede bir düzenleme yoksa aday önerme hakkı münferit paylara değil bütün olarak belirli bir pay grubuna tanındığından bu grubun aday/adaylarını belirlemek amacıyla bir toplantı yapmaları ve bireysel değil birlikte hareket ederek ortak bir karar almaları gerekmektedir⁹⁰. Zira pay grubu içerisinde birden fazla pay sahibinin bulunduğu bir olasılıkta bu pay sahipleri önerilecek adaya ilişkin iradelerini ancak bir toplantı yaparak alacakları ortak bir karar ile açıklayabilirler⁹¹.

(3) Aday Belirleme Toplantısına İlişkin Toplantı ve Karar Yetersayıları

Adayın belirlenmesi amacıyla yapılacak toplantının toplantı yetersayılarına ilişkin öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür⁹² ⁹³. Bizim de ka-

⁸⁹ Pulaşlı, Şerh C. II (n 21) 1263, N. 231; Poroy and Tekinalp and Çamoğlu (n 11) 428, N. 588a; Çamoğlu (n 38) 4

⁹⁰ Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 261-262; Pulaşlı, Şerh C. III (n 12) 1850, N. 179; Ömer Teoman, 'Yönetim Kuruluna Aday Gösterme Ayrıcalığına Sahip Bir Grubun Yapacağı Özel Toplantıda Uygulanacak Yetersayılar' in Prof. Dr. Halid Kemal Erbil'e Armağan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 1996) 499 vd.; Kırca and Şehirli Çelik and Manavgat (n 21) 433; Ömer Teoman, 'Ayrıcalıklı Paylar' Yaşayan Ticaret Hukuku (Hukuki Mütalaalar) C. I Kitap 5: 1992-1993 (2nd edn, Beta Yayıncılık 1995) 127. Bir görüşe göre, pay grubunda birden fazla pay sahibi bulunuyorsa bu pay sahiplerinin ayrı ayrı toplantı yaparak aday belirlemeleri mümkün olduğu gibi yapılan toplantıya katılmamış olan bir pay sahibi varsa bu pay sahibinin de bireysel olarak adayını önermesi mümkündür. Yönetim kurulu üyeliği için birden fazla aday önerilmişse söz konusu adaylar ister ortak bir toplantı yapılmak suretiyle ister bireysel olarak önerilmiş olsun genel kurul tarafından seçilecek adayın önerilen adaylar arasından en çok oyu alan aday olması şarttır. Bkz. Ölmez (n 56) 221

⁹¹ Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 262; Pulaşlı, Şerh C. II (n 21) 1263, N. 231. İmtiyaz tanınan payların tamamının tek pay sahibinin elinde olması durumunda adayın belirlenmesi amacıyla özel toplantı yapılmasına gerek olmadan aday gösterilecek kişi/kişilerin listesi genel kurula sunulur. Bkz. Pulaşlı, Şerh C. II (n 21) 1263, N. 230-231; Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 262. Aday önerme hakkının birden fazla pay grubuna tanındığı olasılıkta ise her pay grubu birbirlerinden bağımsız olarak yapacakları toplantıda kendi adaylarını belirleyebilecek olup birlikte hareket etme zorunlulukları yoktur. Bkz. Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 262.

⁹² Bir görüşe göre, toplantı nisabına ilişkin genel kurulun adi toplantı nisablarının düzenlendiği TTK m. 418 hükmü kıyasen uygulanabilir. Buna göre ilk toplantıda imtiyaz tanınan payları temsil eden sermayenin en az dörtte birinin temsil edilmesi gerekir. İkinci toplantıda ise nisap aranmaz. Pulaşlı, Şerh C. II (n 21) 1264, N. 234. Bir başka görüşe göre, aday belirlemek amacıyla yapılan toplantıda aday önerme hakkının kullanılma-

tıldığımız görüş uyarınca aday belirlenmesine ilişkin yapılacak toplantıda toplantı yetersayısı aranmamalıdır⁹⁴. Zira belirli gruplara aday önerme hakkı tanınmasındaki amaç bu grupların ortaklık organlarında temsil edilmek suretiyle menfaatlerinin korunmasını sağlamaktır⁹⁵. Bu nedenle imtiyaz tanınan pay grubunun bu haktan yararlanmasını veya hakkı kullanmasını güçleştirmemek gerekir⁹⁶. Eğer aday belirleme toplantısında TTK m. 418'deki toplantı yetersayısı aranırsa ilk toplantıda sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin hazır bulunmaması halinde hükme göre ikinci bir toplantının yapılması gerekecektir. Ancak aday belirlenme toplantısının genel kurul toplantısından önce ya da en geç yönetim kurulu üye seçimine ilişkin gündem maddesinin görüşülmesinden önceki bir zamanda yapılması gerektiğinden ilk toplantıda toplantı yetersayısının sağlanamaması ihtimalinde ikinci bir toplantı için zaman kalmayacak, genel kurul yönetim kurulu üyelerinin seçimine ilişkin gündem maddesini karara bağlayamayacaktır⁹⁷. Bu nedenle aday belirleme toplantısı için toplantı yetersayısı aranmamalıdır.

sından feragatin mümkün olması nedeniyle ikinci bir toplantının yapılmasına ihtiyaç bulunmadığından bir toplantı nisabı aramamak yerinde olur. Bkz. Kırca and Şehirali Çelik and Manavgat (n 21) 434. Bir diğer görüşe göre ise, toplanma ve aday belirleme yöntemine ilişkin Kanunda bir açıklık yoktur. Ortaklık esas sözleşmesi ile bu hususlar düzenlenebilir. Böyle bir düzenleme bulunmadığı takdirde imtiyazlı pay sahipleri genel kuruluna ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilir. Bkz. Poroy and Tekinalp and Çamoğlu (n 11) 428, N. 588a. Bu görüşe göre TTK m. 454/3 hükmü gereği imtiyazlı payları temsil eden sermayenin yüzde altmışının çoğunluğuyla toplanılır ve toplantıda temsil edilen payların çoğunluğuyla karar alınır. Bu son görüş öğretide eleştirilmiştir. Şöyle ki; TTK m. 454/3 hükmündeki nisaplar imtiyazların sınırlandırılması veya kaldırılmasına ilişkin olduğundan daha ağır nisaplar öngörülmüştür. Halbuki aday önermede imtiyaz niteliği taşıyan bir hakkın kullanılması, haktan yararlanılması söz konusu olduğundan yapılacak toplantıda bu hükmün uygulanması hükmün öngörülme amacına açıkça aykırı bir yorum olacaktır. Bu nedenle burada hafif nisapların uygulanması menfaatler dengesi bakımından daha uygundur. Bkz. Pulaşlı, Şerh C. II (n 21) 1264, N. 234; Kırca and Şehirali Çelik and Manavgat (n 21) 434; Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 265. Toplantı yetersayısına ilişkin görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz.; Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 263 vd.

⁹³ Adayın belirlenmesi sürecine ilişkin toplantıya çağrı, çağrının süresi ve şekli, toplantı yeri, önerilecek aday sayısı vs. hususlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ölmez (n 56) 201 vd.; Baltalı (n 45) 325 Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 261 vd.

⁹⁴ Teoman, Yetersayılar (n 87) 503; Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 267

⁹⁵ Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 261

⁹⁶ ibid 265; Teoman, Yetersayılar (n 87) 503-504

⁹⁷ Teoman, Yetersayılar (n 87) 504; Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 267. Burada ilk toplantıda toplantı yetersayısının sağlanamaması durumunda ikinci toplantı yapılması ihtimali göz önüne alınarak ilk toplantı tarihinin ona göre belirlenmesi gerek-

Aday/adayların belirlenmesine ilişkin kararın ise öğretilde, anonim ortaklıklardaki geçerli genel ilke uyarınca (TTK m. 418/2, m. 421/1 ve 454/3) toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile alınması gerektiği ileri sürülmüştür⁹⁸. Ancak karar yetersayısı olarak toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu yani mutlak (salt) çoğunluk⁹⁹ aranması aday önerme hakkının kullanılmasını, yapılacak toplantıda karar alınmasını zorlaştıracak niteliktedir¹⁰⁰. Bu nedenle bizim de katıldığımız görüş uyarınca, adayın belirlenmesi amacıyla yapılacak toplantının tıpkı toplantı yetersayısında olduğu gibi aday önerme hakkının kullanılmasını kolaylaştırmak amacıyla kararın alınabilmesi için de herhangi bir karar yetersayısı aranmaması, hatta bu karar basit (nispi)¹⁰¹ oy çoğunluğu ile yani adaylar arasından en fazla oyu alanın aday olarak belirlenmesi şeklinde dâhi alınabilmelidir¹⁰². Örneğin; sermayenin 500.000 TL, her bir payın itibari değerinin ise 100 TL olduğu bir anonim ortaklıkta aday önerme hakkı tanınan ve sermayeye katılım tutarı 200.000 TL olup üç pay sahibinden oluşan A pay grubundaki pay sahibi X'in sermayeye katılım oranı %40 (80.000 TL), Y'nin %35 (70.000 TL), Z'nin %25 (50.000 TL) ve sırasıyla oy sayıları 800, 700 ve 500'dür. Bu pay sahiplerinin kendi aralarında yapacakları aday önerme toplantısında her birinin farklı bir aday önerdiği bir olasılıkta karar yetersayısı olarak TTK m. 418/2 hükmü kıyasen uygulanarak mutlak (salt) çoğunluk aranması halinde toplam oyların (2000) salt çoğunluğunu hiçbir pay sahibi sağlayamayacağından genel kurula aday önerilmesi de mümkün olmayacaktır. Bu durumda ise ilgili pay grubu adayını belirleyemediği için genel kurul grubun adayını belirlemesini beklemek zorunda olmaksızın yönetim kurulu üyelerini serbestçe belirleyebilecek, bir başka deyişle üyeyi saptamak yetkisi genel kurula dönecektir¹⁰³. Aksi bir durumun benim-

tiği ileri sürülebilse de böyle bir durum aday önerme hakkının kullanılmasını güçleştirdiğinden hakkın öngörülme amacına aykırı olur. Bu hususta bkz. Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 268

⁹⁸ Pulaşlı, Şerh C. III (n 12) 1852, N. 183; Kırca and Şehirli Çelik and Manavgat (n 21) 435

⁹⁹ Yetersayı türleri nispi (basit) çoğunluk, salt (mutlak) çoğunluk ve nitelikli çoğunluk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pulaşlı, Şerh C. II (n 21) 1003 vd.

¹⁰⁰ Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 268

¹⁰¹ Basit (nispi) çoğunlukta karar bütün oyların veya toplantıda temsil edilen oyların mutlak çoğunluğu ile değil, belirli bir yönde toplanan en çok oy sayısına göre alınmaktadır. Bkz. ibid 217, dp. 153. Bu çoğunluk türünde sadece kullanılan olumlu veya olumsuz oylar hesaplanmakta ve lehteki oyların, aleyhteki oylardan fazla olması halinde teklif kabul edilmiş ve karar alınmış olmaktadır. Bkz. Pulaşlı, Şerh C. II (n 21) 1003, N. 327

¹⁰² Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 268

¹⁰³ Teoman, Yetersayılar (n 87) 503-504; Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 270

senmesi ise imtiyaz tanınan pay grubunun esas sözleşme ile kendilerine tanınan bu hakkı kullanmadıkları sürece genel kurulun yönetim kurulu üyelerini seçememesi gibi bir sonuca götüreceği ve bunu kabul etmenin kesinlikle olanaksız olduğu öğretide belirtilmektedir¹⁰⁴. Oysa aday önerme hakkının kullanılmasını kolaylaştırmak maksadıyla ve uygulamada ortaya çıkabilecek bu gibi güçlükler de göz önüne alınarak adayın belirlenmesine ilişkin karar yetersayısı olarak basit (nispi) çoğunluğun esas alındığı durumda örnekteki en çok oy hakkına sahip olan X pay sahibinin önerdiği aday, pay grubunun belirlediği aday olarak genel kurula sunulabilecek ve haklı bir sebep bulunmuyorsa genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine seçilecektir.

Belirli pay grubuna tanınan aday önerme hakkının SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümleri kapsamında pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünü doğurması için bu imtiyazın yönetim kurulu üye sayısının “salt çoğunluğu” için tanınması gerekir. Örneğin esas sözleşmede “yönetim kurulunun 7 üyeden oluşması halinde A grubu pay sahiplerinin önereceği dört aday genel kurulca yönetim kuruluna seçilir.” şeklinde bir hükümün yer alması durumunda bu pay sahipleri açısından pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Ancak ortaklıkta yönetim kontrolünün SerPK ve Tebliğ’in ilgili hükümleri uyarınca imtiyazlı paylar aracılığıyla elde edilebilmesi için salt bu imtiyazlı paylara sahip olmak yeterli değildir¹⁰⁵. Pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğması için söz konusu imtiyazlı pay grubu içinde hâkim konumda olunması gerekir¹⁰⁶. Dolayısıyla yukarıda verilen örnekte A grubu paylarının tamamının değil, çoğunluk hisselerinin iktisabı ortaklıkta kontrol gücünün elde edilmesi için yeterli olacak¹⁰⁷ ve pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü doğacaktır. Bir başka deyişle, imtiyaz tanınan pay grubunun genel kurula önereceği adayın belirlenmesinde katıldığımız görüş uyarınca karar

¹⁰⁴ Teoman, Yetersayılar (n 87) 504; Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 270

¹⁰⁵ Manavgat, Halka Arz (n 6) 358; Aynı görüşte Sönmez (n 9) 277, dp. 66

¹⁰⁶ Manavgat, Halka Arz (n 6) 358; Aynı görüşte Sönmez (n 9) 277, dp. 66

¹⁰⁷ Kendigelen, Zorunlu Çağrı (n 35) 1180. A grubu payların %50-%50 oranında iki pay sahibine ait olması ihtimalinde, bu pay sahiplerinden birinin payını devretmesi durumunda devralan pay sahibinin tek başına ortaklık yönetiminde hakimiyeti elde ettiği söylenemez. Bu iki pay sahibinin adayların belirlenmesine ilişkin toplantıda anlaşamamaları olasılığında ise A pay grubunun aday önerememe durumu söz konusu olur. Bu durumda ise seçim ortaklık genel kuruluna bırakılmış olur. Bkz. Abuzer Kendigelen, ‘Çağrıda Bulunma Yükümlülüğünün Doğmasının Şartları ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Hukukî Yaptırımı’ Hukukî Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte) Cilt VI: 2004 (Arıkan Yayıncılık 2006) 169-170

yetersayısı olarak basit (nispi) çoğunluk esas alındığında bu pay grubu içinde en fazla oya sahip olan X pay sahibinin önerdiği aday/adaylar genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine seçilmek zorunda olduğundan ve SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümleri uyarınca bu pay sahibinin imtiyazlı paylar aracılığıyla ortaklıkta yönetim kontrolünü elde ettiği kabul edildiğinden pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü doğacak, diğer pay sahipleri Y ve Z ise pay grubu içinde hâkim konumda olmadıklarından pay alım teklifinde bulunma yükümlülükleri de söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla aday önerme hakkı tanınan paylara sahip olsalar bile bu pay sahipleri açısından pay alım teklifinde bulunma zorunluluğu doğmayacaktır.

(4) Aday Önerme Hakkının Kullanılmamasının Pay Alım Teklifinde Bulunma Zorunluluğuna Etkisi

Aday önerme hakkı tanınan grup pay sahiplerinin bu haklarını kullanma zorunlulukları bulunmamaktadır¹⁰⁸. Münferit bazı seçimlerde bu haklarından feragat edebilmeleri mümkündür¹⁰⁹. Örneğin adayın belirlenmesi amacıyla yapılan toplantıya hiçbir pay sahibinin gelmemesi ya da gelinmesine rağmen adayın belirlenmemesi yahut üye seçiminin yapılacağı genel kurul toplantısına gelip herhangi bir itirazda bulunulmaması o seçim için aday önerme hakkından vazgeçildiği anlamına gelir¹¹⁰. Böyle durumlarda ise genel kurul pay grubunun aday belirlemesini beklemek zorunda olmaksızın yönetim kurulu üyelerini seçebilir, yani üyeyi belirleme yetkisi genel kurula geri döner¹¹¹. Aday önerme hakkından feragat edilmesi durumunda SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümleri kapsamında bu hakkın tanındığı pay grubu bakımından pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü doğacak mıdır? Kanaatimizce hakkın tanındığı gruptaki payların tamamının tek pay sahibine ait olması durumunda bu pay sahibi açısından; pay grubunda birden fazla pay sahibinin bulunması durumunda ise o grupta hâkim pay sahibi açısından yukarıda belirtildiği gibi

¹⁰⁸ Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 270; Kırca and Şehirli Çelik and Manavgat (n 21) 435

¹⁰⁹ Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 270; Kırca and Şehirli Çelik and Manavgat (n 21) 435

¹¹⁰ Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 270; Kırca and Şehirli Çelik and Manavgat (n 21) 435-436 Aday önerme hakkından genel anlamda feragat değil, bu hakkın kullanma imkânı doğduktan sonra feragat edilebilir. Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 269

¹¹¹ Teoman, Yetersayılar (n 87) 503-504; Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 270; Kırca and Şehirli Çelik and Manavgat (n 21) 436; Karasu (n 43) 37

haktan feragat edilmiş olsa dâhi pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü doğmalıdır. Zira pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğması için fiili duruma bakılmamakta, ortaklıkta yönetim kontrolünü ele geçirilme imkânının elde edilmesi yeterli olmaktadır¹¹². Bir başka deyişle ortaklıkta pay devri sonucunda devralanın yönetim kontrolünü ele geçirme kabiliyetini haiz olması yeterlidir¹¹³. Dolayısıyla imtiyazlı paylar aracılığıyla yönetim kontrolünün elde edilebilmesi için kontrolün fiilen elde edilmesi değil kontrolü sağlayan imtiyazlı paylara sahip olmak yeterli olacaktır¹¹⁴. Bu bakımdan aday önerme imtiyazının gerçekten kullanılıp kullanılmadığına, ortaklık kontrolünün fiilen ele geçirilip geçirilmediğine bakılmayacak, kontrolü elde etme imkânı veren payların iktisabı pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünü doğuracaktır¹¹⁵.

Ancak yukarıda da¹¹⁶ ifade edildiği gibi imtiyazlı paylar aracılığıyla yönetim kontrolünün elde edilebilmesi için bu imtiyazlı pay grubu içinde de hâkim konumda olunması gerekmektedir¹¹⁷. Yani, imtiyazlı pay grubu içinde hâkim konumda olmayan pay sahibi imtiyazlı paya sahip olmasına rağmen yönetim kontrolüne sahip bulunanlar içinde değerlendirilemez¹¹⁸. Dolayısıyla imtiyazlı pay grubundaki payların tamamı değil, çoğunluk payların iktisabı kontrol gücü için yeterli olup¹¹⁹ pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü sonucunu doğurur¹²⁰. Örneğin yönetim kurulunun

¹¹² Abuzer Kendigelen, ‘Çağrıda Bulunma Yükümlülüğünden Muafiyet’ Hukuki Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte) Cilt VI: 2004 (Arıkan Yayıncılık 2006) 228

¹¹³ ibid 228

¹¹⁴ Manavgat, Çağrı Yükümlülüğü (n 6) 1452; Manavgat, Halka Arz (n 6) 359; Paslı, Devralma (n 18) 449, dp. 386, s. 451; Kendigelen, Muafiyet (n 109) 228

¹¹⁵ Manavgat, Çağrı Yükümlülüğü (n 6) 1452; Manavgat, Halka Arz (n 6) 359; Paslı, Devralma (n 18) 449, dp. 386, s. 451; Kendigelen, Muafiyet (n 109) 228

¹¹⁶ Bkz. III, A.

¹¹⁷ Manavgat, Halka Arz (n 6) 358; Aynı görüşte Sönmez, (n 9) 277, dp. 66

¹¹⁸ Manavgat, Halka Arz (n 6) 358

¹¹⁹ Kendigelen, Zorunlu Çağrı (n 35) 1180

¹²⁰ Yukarıda verdiğimiz örnekteki X, Y ve Z pay sahiplerinden oluşan A pay grubu içinde hâkim konumda olan pay sahibi X’in aday belirlenmesi için yapılan toplantıda aday önermemesi ya da toplantıya katılmaması durumunda diğer pay sahipleri Y ve Z’nin ayrı ayrı önerdikleri adaylar arasında en fazla oya sahip olan Y’nin önerdiği aday genel kurul tarafından haklı bir sebep yoksa yönetim kurulu üyeliğine seçilecektir. Böyle bir durumda kanaatimizce pay grubu içinde hâkim konumda olan pay sahibi X açısından, aday önerme hakkını kullanmamış olsa dahi pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü doğacaktır. Zira imtiyazlı paylar aracılığıyla yönetim kontrolünün elde edilebilmesi için kontrolün fiilen elde edilmesi değil kontrolü sağlayan imtiyazlı paylara sahip bulunulması yeterli olmaktadır. Pay sahipleri Y ve Z açısından ise salt imtiyazlı paya sahip ol-

yedi üyeden oluştuğu bir ortaklıkta kurulun dört üyesinin A grubu pay sahipleri tarafından önerileceği şeklinde bir imtiyaz tanınmışsa bu grubunun çoğunluk payları el değiştirdiğinde bu payların sermayeye oranı kontrol eşiğinin altında kalsa dahi bu payları devralanın/devralanların pay alım teklifinde bulunması zorunludur¹²¹. Devralanın sadece aday önerme imtiyazı tanınan paylara sahip olması ve ortaklığın yönetim hakimiyetinin ele geçirilebileceğinin tespit edilmesiyle pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü doğar, ayrıca devralanın aday önerme imtiyazını fiilen kullanıp kullanmadığı yönünde bir ön araştırma yapılmaz¹²². Ancak kontrol gücünün fiilen kullanılmaması durumlarına yönelik SPK'ya başvuru üzerine Tebliğ m. 18/1, b¹²³ hükmü kapsamında muafiyet verilmesi söz konusu olabilir¹²⁴. Hükme göre muafiyet talep edilebilmesi için yönetim kontrolünün elde edilmesinden sonra, halka açık ortaklık paylarına ilişkin hakların herhangi bir genel kurul toplantısında kullanılmamış olması veya ortaklık yönetim kurulunda herhangi bir değişiklik yapılmaması şartları aranmıştır. Buna göre, kanaatimizce SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümleri uyarınca aday gösterme hakkını veren imtiyaza sahip olunmasıyla ortaklıkta yönetim kontrolü elde edilmiş olacak, ancak bu pay sahiplerinin haklarından feragat etmeleri sonucu yönetim kurulunda herhangi bir değişiklik yapılmamış olacaktır. Bu durumda ilgili pay sahiplerinin başvurusu üzerine SPK tarafından muafiyet kararı verilmesi söz konusu olabilecektir.

Aday önerme hakkı tanınan grubun bu hakkını kullanmasına rağmen genel kurulun adaylı haklı nedenlerle¹²⁵ reddetmesi ya da önerilen adayın

mak ortaklıkta kontrol gücünü ele geçirmek için yeterli olmadığından ve bu pay sahipleri pay grubu içinde hâkim konumda da bulunmadıklarından aday önerme haklarını fiilen kullanmış olsalar dahi kanaatimizce pay alım teklifinde bulunma yükümlülükleri söz konusu olmayacaktır.

¹²¹ Paslı, Devralma (n 18) 451

¹²² ibid 451

¹²³ Tebliğ m. 18/1, b “Yönetim kontrolünün elde edilmesinden sonra, halka açık ortaklık paylarına ilişkin hakların herhangi bir genel kurul toplantısında kullanılmamış olması veya ortaklık yönetim kurulunda herhangi bir değişiklik yapılmaması şartıyla halka açık ortaklık sermayesinde sahip olunan paylardan pay alım teklifi yapma zorunluluğunu gerektiren kısmın elden çıkarılması veya Kurulca uygun görülecek bir sürede elden çıkarılacağı yazılı olarak taahhüt edilmesi” şeklindedir.

¹²⁴ Manavgat, Çağrı Yükümlülüğü (n 6) 1452; Manavgat, Halka Arz (n 6) 359

¹²⁵ Haklı neden olarak kişinin ehliyeti, TTK m. 363/2'deki seçilme engelleri, eğitim durumu veya başka kanunlardaki emredici hükümlere aykırılık, bunun gibi esas sözleşme ile belirlenen niteliklere uygun olmama sayılabilir. Bkz. Pulaşlı, Şerh C. II (n 21) 1260, N. 225. Haklı nedenler hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 279

haklı bir neden olmadan genel kurul tarafından seçilmemesi üzerine bu hakkı haiz bulunan pay sahiplerinin iptal davası¹²⁶ açtığı durumda pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü doğacak mıdır? Bir görüşe göre; önerilen aday genel kurul tarafından haklı nedenlerle reddedildiğinde imtiyaz tanınan grubun yönetime katılamama durumu söz konusu olacağından, haklı bir neden olmaksızın red halinde ise ilgili imtiyaz sahipleri iptal davalarıyla uğraşmak durumunda kalacağından salt aday önerme hakkı nedeniyle ortaklıkta yönetim kontrolünden söz etmek doğru değildir¹²⁷. Ancak bizim de katıldığımız görüş uyarınca ve yukarıda aday önerme hakkından feragat durumuna ilişkin yapılan açıklamalar çerçevesinde hakkın fiilen kullanılmamış olmasının kontrolün elde edilmesinde herhangi bir etkisinin olmamasından hareketle SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümleri uyarınca imtiyazlı paylara sahip olunmasıyla pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü doğacaktır. Ancak bu durumda, yani genel kurulda önerilen adayın haksız olarak reddedilmesi sonucu iptal davası açmasına rağmen imtiyaz sahibi yönetim kurulu üyelerini belirleyemiyorsa başvuru üzerine muafiyet verilmesi söz konusu olabilecektir¹²⁸.

C. TTK m. 360/1 Hükmü Uyarınca Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı Bakımından Halka Açık Ortaklıklara Getirilen Sınırlama

1. Genel Olarak

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı aracılığıyla SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümlerine göre pay alım teklifinde bulunma zorunluluğunun doğması için imtiyazın “*yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme*” ya da “*genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler*

¹²⁶ Aday önerme hakkı genel kurul açısından bağlayıcı niteliktedir. Genel kurulun önerilen adayı seçmemesine ilişkin kararı, yönetim kurulunda temsil edilme hakkını ihlal ettiği için pay grubu tarafından yürütmenin durdurulması ve iptaline ilişkin dava açılabilir. Bu durumda mahkemenin bu genel kurul kararını iptal etmesi gerekir. Bkz. Pulaşlı, Şerh C. III (n 12) 1851, N. 180. Kendigelen’e göre aday belirlenmesi amacıyla yapılan toplantıda alınan kararın bağımsız olarak iptal edilmesi mümkündür. Alınan bu iptal kararı sonradan bu karara dayanarak alınan genel kurulun seçim kararını iptaline gerekçe oluşturabilir. Ancak Yazar, ortaklık genel kurulunun seçim kararına karşı iptal davası açma süresinin kaçırılmaması için her iki iptal davasının birlikte açılmasının uygun olacağını da ayrıca belirtmiştir. Bkz. Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 268; Kendigelen, Muafiyet (n 109) 228. Aynı yönde bkz. Kırca and Şehirli and Çelik and Manavgat (n 21) 435

¹²⁷ Kendigelen, Yaptırım (n 104) 168; Umut Kolcuoğlu, Sermaye Piyasası Hukukunda Zorunlu Çağrı (1st edn, Vedat Kitapçılık 2009) 102-103

¹²⁸ Paslı, Devralma (n 18) 449, dp. 386

için aday gösterme” şeklinde tanınmış olması gerekir. Yani yönetim kurulunda temsil imtiyazı aracılığıyla ortaklıkta yönetim kontrolünün elde edilmesi ve pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğması için söz konusu imtiyazın yönetim kurulu üye sayısının en az “salt çoğunluğu”nun belirlenmesine yönelik tanınması gerekir. Ancak yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının düzenlendiği TTK m. 360/1/c.4 hükmünde halka açık ortaklıklar bakımından yönetim kurulu üye sayısına ilişkin bir sınırlama getirilmiştir. Bahsi geçen hükmün “Bu şekilde tanınacak temsil edilme hakkı, halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamaz¹²⁹. Bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin düzenlemeler saklıdır.” şeklindeki ifadesine göre halka açık anonim ortaklıklarda yönetim kurulunda temsil edilme hakkı en fazla yönetim kurulu üye sayısının yarısı kadar tanınabilecektir. Bu hükümle yönetim kurulunda karar alabilecek çoğunluğun, temsil edilme imtiyazı tanınmak suretiyle belirlenmesinin önüne geçilmiştir. Dolayısıyla bu hüküm karşısında halka açık anonim ortaklıklarda SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümleri uyarınca imtiyazlı paylar aracılığıyla yönetim kontrolünün elde edilmesi sonucu pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğması mümkün görünmemektedir¹³⁰. Bir başka deyişle, SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1’in “...yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması...” şeklindeki hükmünün uygulanabilirliğinin olmadığını söylemek mümkündür. Bununla birlikte aşağıda incelediğimiz üzere Türk Ticaret Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un (Yür. K.) 28’inci maddesinin ikinci fıkrasında

¹²⁹ TTK Tasarısı’nın ilk metninde bu oran 2/3 olarak belirlenmişken Sermaye Piyasası Kurulu’nun bağımsız üye uygulamasını başlatmasından sonra bu oranın güçlük yaratacağı düşünülmüş ve oran yarıya indirilmiş, ayrıca bağımsız üyelere ilişkin düzenlemeler saklı tutulmuştur. Bkz. TTK Tasarısı ve Adalet Komisyon Raporu, s. 489. Kendigelen, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının ortaklıkta sermayenin çoğunluğunu elinde bulundurmayan gruba yönetim kurulunda söz sahibi olacak sayıda üye ile temsil edilme hakkı tanınması amacına hizmet ettiğini, ortaklıkta sermayenin çoğunluğuna sahip olan grubun temsil edilme hakkı tanınmasına gerek olmaksızın yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu ya da tamamını seçebilmesinin mümkün olduğunu, bu nedenle üye sayısına ilişkin oranın üçte ikiden yarıya indirilmesinin ayrıca tartışılması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (3rd edn, On İki Levha Yayıncılık 2016) 253

¹³⁰ Yönetim kurulu üye sayısı bakımından getirilen bu sınırlama ile şirket ele geçirmele-rine konu olabilecek halka açık anonim ortaklıklarda belli gruplara yönetimde temsil imtiyazı tanınması suretiyle yönetim kurulunun çoğunluğunun seçilmesi mümkün olmayacaktır. Bu hususta bkz. Şehirli Çelik, (n 22) 321

(m. 28/2) pay alım teklifinde bulunma zorunluluğunun doğmasını sağlayan bir olasılık öngörülmüştür.

2. Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 28/2 Düzenlemesi

Yür. K.¹³¹ m. 28/2 hükmünde halka açık ortaklıklarda imtiyazlı paylar aracılığıyla yönetim kontrolünün elde edilebilmesi ve pay alım teklifinde bulunma zorunluluğunun doğması bakımından bir olasılık bulunmaktadır. Söz konusu hükmün “6762 sayılı eski Kanun zamanında ve Türk Ticaret Kanununun kabul edilmesinden en az bir yıl önce esas sözleşme hükmü ile bazı pay gruplarına tanınmış olan yönetim kurulu üyeliği için aday gösterme hakkı¹³², Türk Ticaret Kanununun 360 ıncı maddesinin birinci fıkrasındaki sınırı aşsa bile mütesep hak sayılır.” şeklindeki ifadesine göre yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkının ve hükümde yer verilmese de öğretilerdeki hâkim görüş¹³³ uyarınca bazı yönetim kurulu üyelerinin belirli gruplar arasından seçilmesini öngören düzenlemenin de maddede belirtilen koşullar çerçevesinde TTK m. 360/1/c.4'deki “üye

¹³¹ Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6103, Kabul Tarihi: 14.01.2011, RG 14.02.2011/27846

¹³² Kendigelen, maddede atıfta bulunulan TTK m. 360/1 hükmünde “aday önerme hakkı” şeklinde kullanılan teknik terimin, bu hükümde “aday gösterme hakkı” olarak ifade edilmesine aynen kullanıl[a]mamasına bir anlam vermenin mümkün olmadığını belirtmiştir. Bu hususta bkz. Kendigelen, İlk Tespitler (n 126) 254, dp. 72. Bizim de katıldığımız bu görüş doğrultusunda konu içerisinde TTK m. 360/1 hükmü çerçevesinde “aday önerme hakkı” teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

¹³³ TTK m. 360/1 hükmünde yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tanınabilmesi bakımından iki yöntem öngörülmüştür. Bunlar yönetim kurulu üyeliği için aday önerme ve yönetim kurulu üyelerinin ilgili gruplar arasından seçilmesidir. Mütesep hak düzenlemesine ilişkin Yür. K. m. 28/2 hükmünde ise yalnızca “aday gösterme hakkı” ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla hükmün lafzından yönetim kurulu üyelerinin ilgili gruplar arasından seçilmesi yöntemine ilişkin TTK m. 360/1'deki sınırın aşılamayacağı sonucuna varılabilir. Ancak öğretilerde mütesep hakkın TTK m. 360/1'de belirtilen her iki yöntemle seçilen üyeleri de kapsayacağı şeklinde yorumlanması gerektiği, temsil edilme hakkının hangi yöntemle tanındığının Yür. K.'nin bahsi geçen hükmünün anlamı ve amacı bakımından bir önem arz etmediği ileri sürülmüştür. Bir başka deyişle maddede belirtilen mütesep hak, hem yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı hem de yönetim kurulu üyelerinin belirli gruplar arasından seçilmesi yöntemi bakımından söz konusu olacaktır. Bu hususta bkz. Poroy and Tekinalp and Çamoğlu (n 11) 428, N. 588b; Kendigelen, İlk Tespitler (n 126) 254, dp. 72; Çamoğlu (n 38) 6; Karasu (n 43) 38. Dolayısıyla halka açık ortaklıklarda “yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme” hakkını veren bir imtiyaz söz konusu olduğunda Yür. K. m. 28/2 hükmündeki şartlar oluşmuşsa TTK m. 360/1 hükmünde belirtilen sınır aşılsa bile mütesep hak sayılacaktır.

sayısının yarısını aşamayacağı” yönündeki sınır aşılsa bile müktesep hak sayılacağı belirtilmiştir¹³⁴. Yani 6762 sayılı TTK zamanında tanınmış yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşan hem yönetim kurulu üyelerinin belirli gruplar arasından seçilmesi hem de aday önerme hakkı müktesep hak sayılacaktır. Ancak söz konusu hakkın müktesep hak sayılabilmesi için TTK m. 360/1 hükmüne göre yönetim kurulunda temsil edilme hakkının esas sözleşme hükmü ile 6762 sayılı eTTK zamanında ve TTK’nin kabulünden (13.01.2011) geriye dönük en az 1 yıl önce (13.01.2010) ya da daha eski tarihlerde tanınmış olması gerekmektedir. Temsil edilme hakkının esas sözleşme ile TTK’nin kabulünden önce geriye dönük 1 yıl içerisinde tanındığı durumlarda bu sınırlama uygulanacaktır¹³⁵. Dolayısıyla 13.01.2010 tarihinden önce yönetim kurulunda temsil edilme hakkı üye

¹³⁴ Müktesep hak sayılması mevcut esas sözleşme hükmünün içerik, sayı ve lafız bakımından aynen korunmasına bağlı değildir. Müktesep hak, maddede belirtilen sınırın aşılmasına ilişkin olup sayı bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Yür. K. m. 28/2 hükmünde belirtilen koşullar çerçevesinde müktesep haktan yararlanan payların yönetim kurulunda temsil edilme kapsamında esas sözleşme ile değişiklik yapılması, örneğin halihazırda üye sayısına ilişkin sınırın üzerinde olan yönetim kurulu üye sayısının artırılması ya da azaltılması durumlarında müktesep hak yitirilmez. Bkz. Tekinalp, Yeni Hukuk (n 21) 238, N. 12-19. Ancak öğretilde, hâlihazırda TTK m. 360/1/c.4 hükmünde öngörülen sınırın üzerinde olan ve Yür. K. m. 28/2 hükmü uyarınca müktesep haktan yararlanan payların yönetim kurulunda temsil edilme kapsamının ortaklık esas sözleşmesinde yapılacak bir değişiklik ile daha da genişletilmesinin söz konusu olmaması gerektiği, zira Yür. K. m. 28/2 hükmünün istisnai nitelik taşıdığı, bu nedenle dar yorumlanması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Sevi (n 56) 464

¹³⁵ Öğretilde, TTK’nin kabulünden önce m. 360/1 kapsamında tanınan tüm imtiyazların tamamının müktesep hak sayılmayıp yalnızca kabulden önceki son 1 yıl içinde tanınan imtiyazların sınırlamaya tabi tutulmasının Yür. K. m. 28/2 ve m. 5’in “Bu Kanunda kazanılmış haklar korunur.” şeklindeki kazanılmış hak kavramıyla çeliştiği ve hükümde geçen 1 yıllık sürenin hangi ölçütlere göre belirlendiğinin belli olmadığı gerekçeleriyle tüm imtiyazların herhangi bir süre koyulmaksızın müktesep hak sayılması gerektiği, bu nedenle Yür. K. m. 28/2 hükmünde belirtilen TTK’nin kabulünden geriye dönük getirilen 1 yıllık sınırlamanın kaldırılmasının zorunlu olduğu, aksi halde mevcut halka açık anonim ortaklıklarda kurulan dengelerin bozulmasına neden olup, şirket içi barışı zedeleyebileceği ileri sürülmüştür. Bu hususta bkz. Kendigelen, İlk Tespitler (n 126) 253-254; Poroy and Tekinalp and Çamoğlu, (n 11) 428-429, N. 588b; Çamoğlu (n 38) 6-7. Aynı zamanda Kanun’un TBMM aşamasında verilen bir önergeyle kabul edilen bu hükmünün gerekçesinde 1 yıllık süreye ilişkin herhangi bir açıklama yapılmadığı, yalnızca TTK m. 360/1 ile getirilen sınırlamanın birçok anonim şirkette önemli menfaatlere ve mevcut dengeleri zedeleyebileceğinin belirtildiği, hükmün gerekçesinde yapılan bu açıklamanın aynı zamanda TTK’nin kabulünden önceki 1 yıllık sürede tanınan yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı bakımından da aynen geçerli olduğu ileri sürülmüştür. Bu hususta bkz. Kendigelen, İlk Tespitler (n 126) 253-254

sayısı bakımından TTK m. 360/1/c.4 hükmünde “yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamaz” şeklinde belirtilen sınırlamaya tabi olmayacak, 13.01.2010 tarihinden sonra tanınan yönetim kurulunda temsil edilme hakkı söz konusu olduğunda ise bu sınırlama uygulama alanı bulacaktır. Bir başka deyişle, halka açık bir anonim ortaklıkta esas sözleşme ile 13.01.2010 tarihinden sonra tanınacak yönetim kurulunda temsil edilme hakkı yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamayacaktır. Dolayısıyla bu tarihten sonra SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümleri uyarınca imtiyazlı paylar aracılığıyla ortaklıkta yönetim kontrolünün elde edilmesi mümkün görünmemektedir. Ancak 13.01.2010 tarihinden önce tanınan ve yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşan temsil edilme hakkı müktesep hak sayıldığından bu imtiyazın tanındığı payların 13.01.2010 tarihinden sonra devri durumunda payı iktisap eden pay sahibi bakımından pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğması söz konusu olabilecektir. Nitekim SPK 23.06.2015 tarihli bir kararında¹³⁶ bir ortaklığın yönetim kurulu üyelerinin tamamını aday gösterme imtiyazı veren paylarının 20.04.2015 tarihinde iktisap edilmesi nedeniyle SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümleri uyarınca ortaklığın yönetim kontrolünün elde edildiği ve pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğduğuna karar vermiştir.

TTK m. 360/1/c.4 hükmü ile yönetim kurulu üye sayısına ilişkin belirtilen sınırlama halka açık anonim ortaklıklar bakımından getirilmiştir. Dolayısıyla halka kapalı anonim ortaklıkların yönetim kurulunda temsil oranına ilişkin herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Halka kapalı anonim ortaklıkların yönetim kurulu üyelerinin salt çoğunluğunun hatta

¹³⁶ Selçuk Gıda Endüstri İhracat İthalat A.Ş.’de (Şirket) U... C...’nin sahibi olduğu 270.000 TL nominal değerli 27.000.000 adet A grubu imtiyazlı payların 20.04.2015 tarihinde Gönen Kuru Kahve Gıda, Turizm, Gemicilik ve Liman İşletmeciliği Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi (Gönen Ltd. Şti.) tarafından satın alınması sonrasında Gönen Ltd. Şti. tarafından Kurulumuza yapılan pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünden muafiyet verilmesi talebinin değerlendirilmesi sonucunda; Gönen Ltd. Şti.’nin Kurulumuza sunduğu gerekçelerin, II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği’nin (II-26.1 sayılı Tebliğ) 18’inci maddesinde sayılan pay alım teklifinde bulunma zorunluluğundan muafiyet halleri arasında sayılmadığı ve Gönen Ltd. Şti.’nin 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun (SPKn) 26’ncı maddesi ve II-26.1 sayılı Tebliğ’in 12/1 maddesi uyarınca Şirket’in yönetim kontrolünü elde ettiği tespit edilmiş olduğundan, Gönen Ltd. Şti.’nin ve Şirket’in; Gönen Ltd. Şti.’nin yönetim kurulu üyelerinin tamamını aday gösterme imtiyazı veren A grubu payları iktisap etmesi nedeniyle SPKn’nun 26’ncı maddesi ve II-26.1 sayılı Tebliğ’in 12/1 maddesi uyarınca Şirket’in yönetim kontrolünü elde ettiği ve pay alım teklifi yükümlülüğünün doğduğu hususunda bilgilendirilmesine karar verilmiştir. Bkz. SPK 2015/16 sayılı bülteni, s. 8. <<https://spk.gov.tr/data/61e0b4b71b41c613a0d633d6/2015-16.pdf>> erişim tarihi 22.04.2024

tamamının TTK m. 360 kapsamında öngörülen imtiyazlar tanınmak suretiyle belirlenmesi mümkündür. Ancak halka kapalı olan ve dolayısıyla TTK m. 360/1/c.4'te belirtilen sınırlamaya tabi olmayan, yani TTK m. 360/1'de belirtilen yöntemlerle tanınacak temsil edilme hakkının, yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşabileceği halka kapalı bir anonim ortaklığın halka açılmak istemesi halinde bu ortaklık da TTK m. 360/1/c.4'te belirtilen sınırlamaya tabi olacaktır¹³⁷. Bu durumda halka açılmak isteyen ortaklığın esas sözleşmesini TTK m. 360/1/c.4'te belirtilen sınıra uygun hale getirmesi gerekecektir¹³⁸.

Yönetim kurulunda temsil imtiyazına yönelik bu sınırlama yönetim kurulunda temsilci sayısı bakımından öngörülmüş olup, imtiyaz tanınan pay grubunun sermayeye katılım oranına ilişkin bir sınırlama söz konusu değildir¹³⁹. Pay grubunun sermayeye katılım oranı veya grup içerisindeki pay sahiplerinin sayısının bir önemi bulunmamaktadır¹⁴⁰. Örneğin halka açık bir ortaklıkta sermayeye katılım oranı %1 olan A pay grubuna TTK m. 360/1/c.4 hükmünde belirtilen sınır çerçevesinde yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilecektir. TTK m. 360/1/c.4 hükmünde belirtilen sınır bu hakkın yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamayacağına ilişkindir. Buradan hareketle örneğin, toplam yönetim kurulu üye sayısının

¹³⁷ Sevi (n 56) 462; Erişir Karacan and Karacan (n 57) 310

¹³⁸ Sevi (n 56) 462; Erişir Karacan and Karacan (n 57) 310. Halka açılmak isteyen ortaklığın VII-128.1 Sayılı Pay Tebliği (RG. 22.06.2013/28685) m. 5-m. 6 hükümleri kapsamında toplam yönetim kurulu üye sayısını artırması ya da temsil edilme hakkı doğrultusunda seçilecek üye sayısını TTK m. 360/1/c.4 hükmünde belirtilen sınıra indirmesi gerekecektir. Bkz. Sevi (n 56) 462. Zira ortaklığın ilk halka arzında esas sözleşmenin SerPK'ye uygun hale getirilmesi gerekir. Bkz. Manavgat, Halka Arz (n 6) 623. Bu kapsamda VII-128.1 sayılı Pay Tebliği m. 6/2 hükmü uyarınca bahsi geçen ortaklık yönetim kurulunun, esas sözleşmenin Kurul düzenlemelerine ve Kanunun amaç ve ilkelerine uygun hale getirilmesi için gerekli değişiklikleri içerecek şekilde hazırlanan madde tadil tasarılarını karara bağlaması ve ortaklık tarafından bu Tebliğin 1 numaralı ekindeki belgelerle birlikte Kurula başvurulması gereklidir. Esas sözleşme değişiklikleri, SPK'nin uygun görüş karar tarihinden itibaren azami 6 ay içerisinde yapılacak genel kurul toplantısında karara bağlanır. Yani bahsi geçen ortaklığın SPK'nin uygun görüş tarihinden itibaren 6 ay içinde esas sözleşme değişikliklerini tamamlaması gerekir. Ayrıca SerPK m. 28/1'in "Ortaklıkların sermaye piyasası araçlarının ilk halka arzında mevcut tüm imtiyazların şeffaf ve anlaşılır detayda kamuya duyurulması zorunludur." şeklindeki hükmü gereği halka açılmak isteyen ortaklığın yönetim kurulunda temsil imtiyazına ilişkin esas sözleşmesinde mevcut düzenlemelerin m. 28/1 hükmünde belirtildiği şekilde kamuoyuna duyurulması gerekecektir. Bu hususta bkz. Sevi (n 56) 463

¹³⁹ Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 213

¹⁴⁰ ibid 213; Pulaşlı, Yönetimde İmtiyaz (n 64) 563 vd.

10 olduğu halka açık bir anonim ortaklıkta sermayeye katılım oranlarının %20'şer olduğu A, B ve C pay gruplarının her birine ayrı ayrı yönetim kuruluna iki aday önerme hakkı tanınması mümkün olmayacaktır. Zira bu durumda temsil edilme hakkı TTK m. 360/1/c.4 hükmünde belirtilen üye sayısının yarısı aşmış olmaktadır. Ancak bu hükme göre, örneğin yine yönetim kurulu üye sayısının 10 olduğu halka açık bir anonim ortaklıkta sermayeye katılım oranı %1 olan A pay grubuna beş aday önerme hakkı tanınması üye sayısının yarısı aşılmadığından mümkün olabilecektir.

3. Kanaatimiz

Belirli gruplara tanınan yönetim kurulunda temsil edilme hakkı ortaklıkta belirli bir pay, pay sahibi veya azınlık grubunu korumak amacıyla değil, aksine azınlık konumundaki bir pay grubunun ortaklık yönetiminde söz sahibi olması amacıyla hizmet etmektedir¹⁴¹. Bu imtiyaz ile sermayeye katılım oranı bakımından çoğunluğu oluşturmayan belirli bir gruba yönetim kurulunda söz sahibi olacak sayıda üye ile temsil edilme imkânı sunulurken daha az sermaye ile yönetimde etkinlik sağlanması hedeflenmektedir¹⁴². Bu hakkın bahsi geçen amaca hizmet edebilmesi için yönetimde çoğunluğu oluşturacak şekilde değil, bir ya da birkaç yönetim kurulu üyesinin belirlenmesine yönelik tanınması gerektiği, yönetim kurulunda çoğunluğu kapsayan şekilde tanınması durumunda yönetimin devamlı belirli bir grubun hakimiyeti altında olacağı, pay sahiplerinin ortaklığa yabancılaşacağı, yönetime katılma haklarının pay sahiplerinin elinden alınmasına sebep olacağı ve bu nedenle temsil edilme hakkının sayısal olarak sınırlandırılması gerektiğini düşünmek mümkündür¹⁴³. Ancak halka açık anonim ortaklıklarda küçük pay sahipleri yönetime katılma konusunda ilgisiz ve yönetimden uzak olup yönetimin faaliyetlerinden çok borsadaki hareketlilikle ve elde edeceği ekonomik menfaatlerle ilgilenmekte, yani beklentileri malvarlığı haklarına ilişkin olmaktadır¹⁴⁴. Dolayısıyla halka açık ortaklıklarda önemli olan söz konusu pay sahiplerinin malvarlığı haklarına ilişkin beklentilerinin karşılanması ve teminat altına alınmasıdır¹⁴⁵. TTK m. 360/1/c.4 hükmü ile yönetim kurulu üye sayısı bakımından öngörülen sı-

¹⁴¹ Kendigelen, İlk Tespitler (n 126) 253-254; Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 187

¹⁴² Kendigelen, İlk Tespitler (n 126) 253-254; Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 187

¹⁴³ Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 293

¹⁴⁴ Paslı, Devralma (n 18) 419; Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 293

¹⁴⁵ ibid 293

nırlama ise küçük pay sahiplerinin korunması amacıyla getirilmiştir¹⁴⁶. Ancak bahsi geçen gerekçelerle zaten yönetime ilgi duymayan bu pay sahiplerinin yönetime ilişkin haklarının korunması maksadıyla ortaklıktaki diğer payların temsil edilme haklarının sınırlanması kanaatimizce isabetli değildir¹⁴⁷. Kaldı ki halka açık anonim ortaklıklarda zaten küçük pay sahiplerini koruyan hatta yönetim kurulunda temsil imtiyazını sınırlandıran TTK m. 360/1/c.4 düzenlemesinin de önüne geçen SerPK m. 28/2 hükmü¹⁴⁸ mevcuttur. Söz konusu hükümde, SPK'nin belirlediği esaslar çerç-

¹⁴⁶ Sevi (n 56) 470; Ölmez (n 56) 151. Öğretide, SPK'nin zorunlu bağımsız üye uygulamasını başlatmasından sonra güçlük yaratacağı düşünülerek, Alt Komisyon tarafından TTK m. 360/1/c.4'te üye sayısına ilişkin belirtilen sınırlamanın üçte ikiden yarıya indirildiği, Alt Komisyonun dayandığı gerekçeden ve madde hükmünde bağımsız üyelere ilişkin özel düzenlemelerin saklı tutulmasından hareketle kanun koyucunun halka açık anonim ortaklıklar bakımından TTK m. 360/1/c.4'teki sınırlayıcı hükmü esasen bağımsız yönetim kurulu üyeliği müessesesini göz önünde bulundurarak getirdiğinin anlaşıldığı, dolayısıyla halka açık anonim ortaklıklarda yönetim kurulunun en az yarısının bağımsız üyelere oluşması gerekeceği, geri kalan kısmının ise yönetim kurulunda temsil edilme hakkı kapsamında seçilebileceği öngörüsünde bulunduğu ileri sürülmüş, ancak Kurumsal Yönetim Tebliği'nin (RG. 03.01.2014/28871) 4.3.4. numaralı ilkesi uyarınca bağımsız üyelerin sayısının ikiden az olmamak kaydıyla toplam yönetim kurulu üye sayısının üçte birinden az olamayacağı ve bu düzenlemede belirtilen bağımsız üyelerin en az sayısına ilişkin üçte birlik oran ile TTK m. 360/1/c.4 hükmünde belirtilen oranın uyum içinde olmadığı, bu nedenle TTK m. 360/1 hükmünde belirli grupların yönetim kurulunda temsili ile seçilebilecek üyelerin toplam üye sayısının yarısı ile sınırlanmasının anlamlı olmadığı, TTK m. 360/1/c.4 hükmünde temsil edilme hakkı uyarınca seçilecek üyelere ilişkin sayısal bir sınırlama konulmaksızın salt bağımsız üyeler ile ilgili özel hükümlerin saklı tutulmasının daha uygun bir düzenleme olacağı belirtilmiştir. Sevi, (n 56) 463-464

¹⁴⁷ Ölmez (n 56) 151-152; TTK m. 360/1/c.4 hükmü ile halka açık anonim ortaklıklar için böylesi bir sınırlama getirilmesinin ve ayrı bir düzenleme yapılmış olmasının isabetli görülmediği yönünde bkz. Erişir Karacan and Karacan (n 57) 310. Buna karşılık aksi yönde, sınırlamanın isabetli olduğu, bu sınırlama ile ortaklığı kötü yöneten ve temsil imtiyazı aracılığıyla ortaklık kontrolünü sürekli elinde bulunduran yönetim kurulu üyelerinin ortaklık kontrolünü ellerinde bulundurmalarının önüne geçildiği hususunda bkz. Gözübüyük (n 9) 88. Kendigelen ise, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının oy hakkında tanınan imtiyaza oranla sonuçları itibarıyla daha hafif sakıncaları olduğunu, zira bir grup paya oy hakkında imtiyaz tanımak suretiyle sadece yönetim kurulu üyeleri seçiminin değil tüm genel kurul kararları bakımından etkili olacak üstünlük tanınabildiğini, bu nedenle yönetim kurulunda temsil edilme hakkının sınırlanmasının oy hakkında imtiyazı geçerli kabul eden kanun koyucunun iradesine uygun düşmeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları (n 12) 293-294

¹⁴⁸ Özellikle hükmün gerekçesinde Ülkemizde çoğunlukla aile şirketlerinin bulunması ve bu şirketlerin özellikle yönetim hakimiyetini kaybetmeme adına çeşitli imtiyazlarla halka açılması sonucu, bu şirketlere sonradan ortak olan yatırımcıların yönetime katıl-

vesinde, faaliyetlerinin makul ve zorunlu kıldığı hâller saklı kalmak kaydıyla, mevzuata uygun olarak hazırlanmış finansal tablolarına göre üst üste beş yıl dönem zararı eden halka açık ortaklıklarda, oy hakkına ve yönetim kurulunda temsil edilmeye ilişkin imtiyazların SPK kararı ile kalkacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla bu hüküm ile yönetim kurulunda temsil imtiyazı aracılığıyla ortaklığın yönetimini elde bulunduranların yönetimlerinin uygun olmaması ya da yönetimdeki becerisizliğe rağmen yönetimi devamlı surette elde tutmalarının önüne geçilmiş olmaktadır¹⁴⁹. Bu nedenle TTK m. 360/1/c.4 hükmü ile halka açık anonim ortaklıklarda küçük pay sahiplerinin korunması amacıyla yönetim kurulu üye sayısı bakımından öngörülen bu sınırlandırmanın isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

Nihayet, imtiyazlı paylar aracılığıyla ortaklıkta yönetim kontrolünün elde edilmesi ve pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğmasına ilişkin SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümlerinin işlerlik kazanabilmesi için yönetim kurulu üye sayısını sınırlandıran TTK m. 360/1/c.4 hükmünün yürürlükten kaldırılması gerekmektedir. Aksi halde halka açık anonim ortaklıklarda imtiyazlı paylar aracılığıyla yönetim kurulu üye sayısında salt çoğunluk sağlanamayacağından yönetim kontrolünün elde edilmesi de mümkün olamayacaktır.

SONUÇ

Halka açık anonim ortaklıklarla SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümleri uyarınca imtiyazlı paylar aracılığıyla yönetim kontrolünün elde edilmesi mümkündür. Ancak imtiyaz, yönetsel haklara ilişkin olduğunda ortaklık kontrolüne etki edebilmekte ve sahibine ortaklığın kontrol gücünü verebilmektedir. Bu nedenle imtiyazlı paylar aracılığıyla yönetim kontrolünün elde edilebilmesi için imtiyazın konu olduğu pay sahipliği

ma haklarının oldukça sınırlı olduğu, şirketlerin kötü yönetilmesi ve zarar etmesine karşın yönetim kontrolünün değişmeyeceğinin bilinmesinin de mevcut yönetimleri atalete ve rahatlığa sevk ettiği ve bu durumun şirketlerin kötü yönetimini sürekli hale getirdiği ifade edilmiştir. Ayrıca bu düzenleme ile imtiyazsız pay sahiplerinin korunması ilkesinin gözetilerek; imtiyaza sahip grupların diğer ortakların da menfaatine uygun davranmasının, belirli pay gruplarının aday gösterdiği yönetim kurulu üyelerinin gözetiminin daha etkin bir şekilde yapılmasının ve nihayetinde etkisiz yönetimlerin değiştirilerek şirketi daha iyi yönetecek kişilerin göreve gelmesinin sağlanmasının amaçlandığı da belirtilmiştir. Bkz. SerPK m. 28 gerekçesi. Bu düzenlemede SPK'ye hiçbir takdir hakkı bırakılmamış olması ve imtiyazlı pay sahiplerinin savunma hakları konusunda bir düzenlemenin olmaması hususlarına ilişkin bkz. Tekinalp, Yeni Hukuk (n 21) 93, N. 9-10a

¹⁴⁹ Adıgüzel (n 3) 107

hakkının yönetsel haklara ilişkin olması gerekmektedir. Nitekim SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümlerinde belirtilen ve yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilen imtiyaz yönetsel haklara ilişkindir. Bahsi geçen hükümlerde imtiyaz gücünün kapsamı iki şekilde belirlenmiştir. Birincisi imtiyazlı payların yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu **“seçme hakkı”**nı; ikincisi ise imtiyazlı payların genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelükler için **“aday gösterme hakkı”**nı vermesidir.

SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümlerinde imtiyazın yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu **“seçme”** hakkını vermesi şeklinde belirlenmesi kanaatimizce isabetli değildir. Zira yönetim kurulu üyelerini seçme hakkı TTK m. 408/2, b hükmü uyarınca genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Bu nedenle bahsi geçen **“seçme”** hakkı ifadesi genel kurulun devredilemez yetkisine aykırılık oluşturacaktır. Bu nedenle SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükmünde **“yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunun belirli pay grupları arasından seçilmesi hakkını veren imtiyazlı paylar”** şeklinde bir düzenleme, yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının yer aldığı TTK m. 360/1 hükmü ile de uyum arz etmesi bakımından daha isabetli olacaktır.

Yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğu için aday gösterme hakkının tanınmasına ilişkin imtiyaz uyarınca, bu hakkın tanındığı pay grubunun belirlemiş olduğu aday genel kurulun onayına sunulur ve adayın yönetim kurulu üyeliğine seçimi genel kurul kararı ile gerçekleşir. Aday önerme imtiyazı tanınan grubun adayını belirlemesi için bir toplantı yapılması gerekir. Bu toplantının toplantı ve karar yetersayılarına ilişkin öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Kanaatimizce belirli grupların ortaklık organlarında temsil edilmesini sağlayarak bu ortakların menfaatlerinin korunmasını amaçlayan aday önerme hakkının kullanılmasını güçleştirmek için aday belirlenmesine ilişkin yapılacak toplantıda toplantı yetersayı aranmamalıdır. Aynı şekilde hakkın kullanılmasını kolaylaştırmak amacıyla kararın alınabilmesi için de herhangi bir karar yetersayı aranmamalı, hatta bu karar basit (nispi) oy çoğunluğu ile yani adaylar arasından en fazla oyu alanın aday olarak belirlenmesi şeklinde dâhi alınabilmektedir.

Aday önerme hakkı tanınan grup pay sahiplerinin bu haklarını kullanma zorunlulukları bulunmamaktadır. Münferit bazı seçimlerde bu haklarından feragat edebilmeleri mümkündür. Ancak bu haktan feragat edilmesi durumunda SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 hükümleri kapsamında hakkın tanındığı pay grubu bakımından pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğup doğmayacağı sorunu gündeme gelecektir. Kanaatimizce aday önerme hakkından feragat edilmiş olsa dahi pay alım teklifin-

de bulunma yükümlülüğü doğmalıdır. Zira pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğması için fiili duruma bakılmamakta, ortaklıkta yönetim kontrolünü ele geçirilme imkânının elde edilmesi yeterli olmaktadır. Bu nedenle aday önerme imtiyazının gerçekten kullanılıp kullanılmadığına, ortaklık kontrolünün fiilen ele geçirilip geçirilmediğine bakılmamalı, kontrolü elde etme imkânı veren payların iktisabı pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünü doğurmalıdır. Ancak bu durumda kontrol gücünün fiilen kullanılmaması durumlarına yönelik SPK'ye başvuru üzerine Tebliğ m. 18/1, b hükmü kapsamında muafiyet verilmesi de söz konusu olabilir.

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının düzenlendiği TTK m. 360/1/c.4'ün "*Bu şekilde tanınacak temsil edilme hakkı, halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamaz.*" şeklindeki hükmüne göre halka açık anonim ortaklıklar bakımından yönetim kurulu üye sayısına ilişkin bir sınırlama getirilmiştir. Bu hüküm karşısında halka açık anonim ortaklıklarda SerPK m. 26/2 ve Tebliğ m. 12/1 uyarınca imtiyazlı paylar aracılığıyla yönetim kontrolünün elde edilmesi ve bunun sonucu olarak da pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğması mümkün görünmemektedir. Ancak Yür. K. m. 28/2'de pay alım teklifinde bulunma zorunluluğunun doğmasını sağlayan bir olasılık öngörülmüştür. Bahsi geçen hüküm uyarınca 6762 sayılı eTTK zamanında ve TTK'nin kabulünden (13.01.2011) geriye dönük en az 1 yıl önce (13.01.2010) ya da daha eski tarihlerde tanınan yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı müktesep hak sayıldığından bu imtiyazın tanındığı payların 13.01.2010 tarihinden sonra devri durumunda payı iktisap eden pay sahibi bakımından pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğması söz konusu olabilecektir.

TTK m. 360/1/c.4 hükmü ile yönetim kurulu üye sayısı bakımından öngörülen sınırlama küçük pay sahiplerinin korunması amacıyla getirilmiştir. Ancak halka açık anonim ortaklıklarda küçük pay sahipleri yönetimine katılma konusunda ilgisiz ve yönetimden uzak olup, yönetimin faaliyetlerinden çok borsadaki hareketlilikle ve elde edeceği ekonomik menfaatlerle ilgilenmekte, yani beklentileri malvarlığı haklarına ilişkin olmaktadır. Dolayısıyla yönetime ilgi duymayan bu pay sahiplerinin yönetime ilişkin haklarının korunması maksadıyla ortaklıktaki diğer payların temsil edilme haklarının sınırlandırılması kanaatimizce isabetli değildir. TTK m. 360/1/c.4 hükmü kaldırılmadığı sürece halka açık anonim ortaklıklarda imtiyazlı paylar aracılığıyla yönetim kontrolünün elde edilmesi mümkün olmayacaktır.

KAYNAKÇA

Adıgüzel B, Sermaye Piyasası Hukuku (5th edn, Adalet Yayınevi 2023)

Altaş S, 'Anonim Şirkette Belirli Gruplara ve Azlığa Tanınabilecek Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı' (2020) 15 (164) Terazi Hukuk Dergisi 786-790 n 43

Altay S A, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures) (1st edn, Vedat Kitapçılık 2009)

Andrews W D, 'The Stockholder's Right to Equal Opportunity in the Sale of Shares' (1965) 78 (3) Harvard Law Review 505-563

Arslan F, Pay Alım Teklifine Dayalı Çıkarma ve Satma Hakkı (1st edn, Adalet Yayınevi 2024)

Bahtiyar M, Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş (1st edn, Beta Yayınları 2019)

Baltalı C, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı (1st edn, On iki Levha Yayınları 2019)

Berle A A and Means G C, The Modern Corporation and Private Property (2nd edn, Transaction Publishers 1991)

Çamoğlu E, '6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili' (Halil Arslanlı Bilim Arşivi, 2011) <<http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/ErsinCamoglu-Anonim-Ortaklik-Yonetim-Kurulunda-Belirli-Gruplarin-Temsili.pdf>> erişim tarihi 02.09.2023

Eminoğlu C, 'TTK m. 360 Hükmüne Göre Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Tanınabileceği Gruplar, Hakkın Hukuki Niteliği ve İcrası', Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Tebliğler-Tartışmalar) (1st edn, On İki Levha Yayınları 2020) 335-351

Erdem E, Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar (1st edn, Beta Yayıncılık 2003)

Erişir Karacan E and Karacan A İ, Pay Alım Teklifi, Finans Hukuku Açısından Bir İnceleme (1st edn, Legal Yayıncılık 2018)

Faden C, Das Pflichtangebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG) (1st edn, Cuvillier Verlag 2008)

Duran, A, Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m. 21) (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2021)

Gözübüyük B, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kontrolünün Değişmesi (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020)

Gündoğdu A, Sermaye Piyasası Hukuku, Kavram-Uygulama-Yapı (3rd edn, Seçkin Yayıncılık, 2018)

Jennings N, 'Mandatory Bids Revisited' (2005) 5(1) Journal of Corporate Law Studies 37-64

Karahan S, Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması (Kazancı Kitap Ticaret 1991)

Karasu R, 'Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı' (2016) 2(1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 31-40

Kaya A, 'Yürürlüğünün Birinci Yılında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' (2012) 16(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137 vd.

Kendigelen A, 'Çağrıda Bulunma Yükümlülüğünden Muafiyet' Hukuki Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte) Cilt VI: 2004 (Arıkan Yayıncılık 2006) 217-240 (Kendigelen, Muafiyet)

Kendigelen A, 'Çağrıda Bulunma Yükümlülüğünün Doğmasının Şartları ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Hukukî Yaptırımı' Hukuki Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte) Cilt VI: 2004 (Arıkan Yayıncılık 2006) 159-195 (Kendigelen, Yaptırım)

Kendigelen A, 'Çağrıda Bulunma Yükümlülüğünün İhlâlinde Aktif Husumet Ehliyeti' Makalelerim Cilt: II: 2001-2006 (Arıkan Yayıncılık 2006) 277-284 (Kendigelen, Aktif Husumet)

Kendigelen A, 'Yürürlüğünün Birinci Yılında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' (2012) 16(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137 vd.

Kendigelen A, 'Zorunlu Çağrıya İlişkin Son Gelişmeler' in Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan Cilt II (On İki Levha Yayıncılık 2010) 1163-1204 (Kendigelen, Zorunlu Çağrı)

Kendigelen A, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz (1st edn, Beta Yayıncılık 1999) (Kendigelen, Yönetime Katılma Hakları)

Kendigelen A, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (3rd edn, On İki Levha Yayıncılık 2016) (Kendigelen, İlk Tespitler)

Kırca İ and Şehirali Çelik F H and Manavgat Ç, Anonim Şirketler Hukuku C. I (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013)

Kırca İ, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirket Yönetim Kurulu-Başlıca Yenilikler’ (2012) 16(3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121-137

Kolcuoğlu U, Sermaye Piyasası Hukukunda Zorunlu Çağrı (1st edn, Vedat Kitapçılık 2009)

Luttmann R, ‘Changes of Corporate Control and Mandatory Bids’ (1992) 12(4) International Review of Law and Economics 497-516

Manavgat Ç, ‘Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çağrı Yükümlülüğünün Doğması Bakımından Yönetim Kontrolü Ölçütleri’ in Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan C. II (Turhan Kitabevi 2010) 1449-1465 (Manavgat, Çağrı Yükümlülüğü)

Manavgat Ç, Aleni Pay Alım Teklifi (Tender Offer-Takeover Bid) (1st edn, Sermaye Piyasası Kurulu 1997) (Manavgat, Aleni Pay Alım Teklifi)

Manavgat Ç, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2016) (Manavgat, Halka Arz)

Memiş T and Turan G, Sermaye Piyasası Hukuku (6th edn, Seçkin Yayıncılık 2022)

Memiş T, ‘Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikli Pay Sayılır mı?’ (2014) 16(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3105-3121.

Moroğlu E, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler (8th edn, On İki Levha Yayıncılık 2016)

Nomer N F, ‘Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi’ in Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 1998) 467-490

Okutan Nilsson G, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri (Çağa Hukuk Vakfı Yayınları 2004)

Okutan Nilsson G, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku (1st edn 2009) (Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu)

Omağ, M K, ‘Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi’ (1986) I(1) Hukuk Araştırmaları 1-8

Ölmez F, Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2021)

Paslı, A, ‘Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu’ (2008) 66(2) 2008 İÜHFİM 345-357

Paslı A, 'Pay Alım Teklifi Zorunluluğu' in Mehmet Helvacı, Necdet Uzel, Numan Sabit Sönmez and Ahmet Özsoy (eds), Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar) (On İki Levha Yayıncılık 2019) 289-306

Paslı A, Anonim Ortaklığın Devralınması (1st end, Vedat Kitapçılık 2009) (Paslı, Devralma)

Poroy R and Tekinalp Ü and Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku I (Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 14th end, Vedat Kitapçılık 2019)

Poroy R, 'Halka Açık Anonim Şirketlerde Çağrı Yoluyla Oyda Vekâlet veya Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Sorunlar' in Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan (Mitos Yayınları 1995) 189-200

Pulaşlı H, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirkette İmtiyazlı Paylar' (2013) 8(1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-12 (Pulaşlı, İmtiyazlı Paylar)

Pulaşlı H, 'Anonim Şirketlerde Yönetimde İmtiyaz ve Buna İlişkin Esas Sözleşme Düzenlemelerinin Anlam ve Etkisi' in Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı (Beta Yayınları 1999) 563-592 (Pulaşlı, Yönetimde İmtiyaz)

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II (Yargıtay, İsviçre ve Alman Federal Mahkeme Kararları İşlenerek Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4th edn, Adalet Yayınevi 2022) (Pulaşlı, Şerh C. II)

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III (Yargıtay, İsviçre ve Alman Federal Mahkeme Kararları İşlenerek Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4th edn, Adalet Yayınevi 2022) (Pulaşlı, Şerh C. III)

Sevi A M, 'Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı' (2021) 9(2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 445-472

Sönmez Y Z, 'Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kontrolü Kavramı-Yönetim Kontrolünde Değişiklik Olması ve Buna Bağlı Sonuçlar' (2018) 4(2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 263-325

Şehirli Çelik F H, Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2008)

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

Tekinalp Ü, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları (1st edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1979) (Tekinalp, Yönetime Katılma)

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

Tekinalp, Ü and Çamoğlu, E, *Sermaye Piyasası Hukukunun Temel İlkeleri ve Gerekçeli Sermaye Piyasası Kanunu* (2nd edn, Vedat Kitapçılık 2018)

Teoman Ö, ‘Ayrıcalıklı Paylar’ Yaşayan Ticaret Hukuku (Hukuki Mütalaalar) C. I Kitap 5: 1992-1993 (2nd edn, Beta Yayıncılık 1995) 125-128

Teoman Ö, ‘Yönetim Kuruluna Aday Gösterme Ayrıcalığına Sahip Bir Grubun Yapacağı Özel Toplantıda Uygulanacak Yetersayılar’ in Prof. Dr. Halid Kemal Erbil’e Armağan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 1996) 499-504 (Teoman, Yetersayılar)

Teoman Ö, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1983)

Türkyılmaz İ, *Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2015)

Yeşiltepe S Ö, *Çağrı Yoluyla Ortaklık Paylarının Toplanması* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2011)

- Araştırma Makalesi -

 HAKİM ŞİRKETİN DESTEK MEKTUBU*

(PARENT COMPANY'S LETTER OF COMFORT)

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Hüsnu TURANLI**

Av. Dr./Atty. Dr. Ayşe EROL***

ÖZ

Türk Ticaret Kanunu'nun "Güvenden Kaynaklanan Sorumluluk" başlıklı 209.maddesinde "Hâkim Şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hâllerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre Şirketler topluluğunun kamuoyunda yarattığı itibar, toplulukta yer alan Şirketlerin üçüncü kişilerle ilişkilerinde kullanılabilir. Ancak bu itibar, itibar olmanın ötesinde bir güven oluşumuna yol açarsa ve söz konusu güven bir zarar ortaya çıkarırsa bunun sonuçlarına hakim Şirket katlanacaktır. Bu düzenleme, hakim Şirkete bir ödev yüklemektedir. Bu bağlamda, hakim Şirket bağlı Şirket üzerindeki kontrolünü üçüncü kişilerle ilişkilerinde de takip etmek durumundadır. Bahse konu hükümde sözü edilen güven çeşitli Şekillerde ortaya çıkabilmektedir. TTK m.209 bağlamında hakim Şirket, topluluk itibarının güven verme seviyesine ulaştığı noktada bu güvenin kullanılmasından sorumlu olduğuna göre topluluk itibarının güven verme seviyesine eriştiği noktanın somutlaşmış hali olarak daha önce himaye beyanı günümüzde ise destek mektubu adı verilen

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 04.06.2024 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 05.08.2024 tarihinde birinci hakem; 03.09.2024 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

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

*** Bornova Belediyesi Hukuk Müşaviri, av.dr.ayseerol@gmail.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0001-9122-4824

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

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

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

Bu makaleye atf için; TURANLI, Hüsnu, EROL, Ayşe, "Hakim Şirketin Destek Mektubu", REGESTA, Cilt: 9, Sayı: 2, 2024, s. 355-382.

bir enstrüman kabul edilmiştir. TTK m.209'un gerekçesinde destek mektubu yerine "patronaj açıklaması" kavramı kullanılmıştır. Patronaj açıklaması, bir himaye bir başka deyişle bir destek mektubudur. Bankacılık uygulamalarında yer alan destek mektubunun (himaye beyanı, letter of comfort, Patronatserklarung, Trostschriften, lettre de confort) bağlayıcılığı konusunda öğreti ve yabancı mahkeme kararlarında farklı görüşler vardır. Türk bankacılık sektöründe, destek mektubu sık rastlanılan bir uygulama değildir. Daha ziyade klasik anlamda, kredi mektubu, akreditif, teminat mektubu, garanti sözleşmesi ve kefalet sözleşmesi gibi çeşitli belge ve sözleşme türleri kullanılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Şirketler Topluluğu, Bağlı Şirket, Hakim Şirket, Destek Mektubu, Güven Sorumluluğu.

ABSTRACT

With the subtitle of "Liability arising from trust" article 209 of TCC 2011 states that "the parent company is liable for the trust that comes out from the usage of the prestige of company group at a point where it reaches to a level giving confidence to community or consumer". Accordingly, the prestige created by the group of companies in the public opinion may be used in the relations of the subsidiaries with the third parties. Nonetheless if this prestige leads to a formation of trust beyond being a prestige, and if a loss arises because of this trust then the parent company shall be liable thereof. This rule imposes a task to parent company. In this context, the parent company will have to pursue the control over the subsidiaries in their relationships with the third parties. The trust worded in the provision may appear in various ways.

Within the context of art.209 of TCC, since the parent company shall be liable for the usage of the trust of the group prestige at a point where it reaches to a level giving confidence to community or consumer a concrete form of this situation is named as a letter of comfort which was previously named as declaration of patronage. In the Rationale of art.209 this term is used instead of letter of comfort. This provision is quite an abstract one and we need to search how this confidence is substantiated and how the parent company' prestige is used by the subsidiaries. The declaration of patronage actually means a protection or a letter of comfort.. There are various opinions in doctrine and precedence on the binding power of the letter of comfort (Patronatserklarung, Trostschriften, lettre de confort) which is a banking practice. In Turkish banking sector letter of comfort is not regarded as a frequent practice. More frequently, documents such as

letter of credit, letter of guarantee and surety agreement are used in banking transactions.

Keywords: *Group of Companies, Subsidiary, Parent Company, Letter of Comfort, Liability Based on Confidence.*

GİRİŞ

Türk hukukuna 6102 sayılı TTK ile giren “şirketler topluluğu” düzenlemeleri, inter alia topluluk ortaklıklarının, ortakların ve alacaklıların korunması ve nesnel adaleti sağlamayı amaçlamaktadır¹. Mehz Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’na (POK) bakıldığında, hakim şirketin sorumlulukları bağlamında POK m. 311’deki “Schranken des Einflusses (hakimiyetin etkilerinin sınırları) ve m.317’deki “Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter (kontrol eden şirketin ve yasal temsilcilerinin sorumlulukları)” gibi hususların TTK’ya alınmadığı, ancak TTK m.202’de “Hakimiyetin hukuka aykırı kullanımı” kenar başlığı ile hakim şirketlerin sorumluluğunun tazminat esasına göre düzenlendiği görülmektedir. Öte yandan TTK m.209’daki “Güvenden doğan sorumluluk” kenar başlıklı düzenleme de sorumluluğa ilişkindir. Burada, hakim şirkete, “topluluk itibarının topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hâllerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumlu olduğu” hükme bağlanmıştır.

Genel hukuk kurallarına göre gerçek ya da tüzel her kişi kendi güven doğrucu davranışlarından kendisi sorumludur². Bahsi geçen “topluluk itibarı” ve “güven veren düzeye ulaşması” kavramları uygulamada netlik kazanacaktır. Bununla birlikte hem Amerikan hem de İngiliz hukukunda bankacılık uygulamasında görülen “comfort letter” yani “destek mektubu” adı verilen uygulamanın bahse konu “güven” kıstasına ait somut bir uygulama olarak düşünülebileceği ileri sürülmektedir³. Düzenlemenin gerekçesinde de bahse konu güvenin somutlaşmış şekline patronaj açıklaması de-

¹ Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (Değişiklik ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3th Edn, Vedat Kitapevi 2013) 534

² Hasan Pulaşlı, Şirketler Topluluğu Genel Esaslar (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4th edn, Adalet Yayınevi 2016) 259

³ Tekinalp (n 1) 603, Kırca’nın 1995 yılında yaptığı ‘Kredi Teminatı İhtiyacı olarak Himaye Beyanı’ başlıklı çalışmaya konu olan “himaye mektubu” bu konuda yapılan ilk çalışmadır. İsmail Kırca, ‘Kredi Teminatı Aracı Olarak Himaye Beyanı’ (1995) 44 (1-4) AÜHFD 451-475

nilmiştir. Türk bankacılık uygulamalarında pek de rastlanmayan “destek mektubu” şirketleri topluluğunun Türk ticaret hayatında teorik bir konu olmaktan çıkıp daha çok kabul gördüğü ve özüksendiği süreçte dikkate alınabilecektir.

Bu çalışmada destek mektubunun ne olduğu ve garanti veya kefalet mektuplarından ne tür farkları bulunduğu hususları” ele alınmıştır. Kredi kuruluşları genellikle kredi borçlusunun kendi malvarlığı ötesinde üçüncü taraflarca güvence vermesini arzu eder. Bir şirketler topluluğunda hakim (ana:parent) şirketten, bağlı şirketlerinden (subsidiary, affiliated: yavru) biri için güvence vermesi talep edilebilir⁴. Böyle bir durumda hakim şirket, bağlı şirketi için bir kefil ya da garanti vermek değil de daha çok kredi kurumunun endişelerini bertaraf etmeyi amaçlayan bir mektup da verebilmektedir. Bu mektuba destek ya da himaye mektubu denilmektedir.

İncelememiz iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde hakim şirket bağlı şirket, topluluk itibarı ve güven veren seviyeye ulaşması ve güvenden doğan sorumluluk, ikinci bölümde ise destek mektubunun ne olduğu, hukuki niteliği ve bağlayıcılığı, garanti ve kefalet mektuplarından farkları karşılaştırmalı hukuk kapsamında ele alınmaya çalışılmıştır.

I. HAKİM ŞİRKET-BAĞLI ŞİRKET İLİŞKİSİNDE GÜVEN VE GÜVENDEN DOĞAN SORUMLULUK

Hukumumuza 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile giren “şirketler topluluğu”nun kaynağı Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’nda (Aktiengesetz:AG) düzenlenen “Konzern” hükümleridir. Alman POK’na göre hakim şirket-bağlı şirket arasındaki ilişki bir kontrol ilişkisidir. Türk hukukunda ise kontrol ölçütüne bağlı hakimiyet ilişkisi vardır⁵. TTK m.195’de hakimiyetin hangi ölçütlere göre gerçekleşeceği hüküm altına alınmıştır. Konumuz açısından önemli olan husus ise bu bağdan kaynaklanan ve üçüncü kişiler nezdinde teşekkül eden güven ve bu güvenin hangi düzeye geldiği anda sorumluluk teşkil edeceğidir. TTK m.209 hükmüne göre “hâkim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hallerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur”.

⁴ Rene Sacasas and Don Wiesner, ‘Comfort Letters: The Legal and Business Implications’ (1987) 104 Banking Law Journal 313-338

⁵ Bkz. TTK Şirketler Topluluğu Genel Gerekçesi, 8.paragraf.

TTK m.209'un esin kaynağı İsviçre Federal Mahkemesinin Wibur/Swissair kararındaki ana fikirdir⁶. Esasen bu karara, ilgili maddenin gerekçesinde de atıfta bulunulmuştur. Söz konusu karara kısaca değinmekte yarar vardır. Bahse konu davada davacı Wibur, davalı Swissair (hakim şirket) altındaki IGR'nin taahhüdünü yerine getirmediğini, davalıya duyulan güven nedeniyle IGR ile hukuki ilişkiye girildiğini, dolayısıyla davalının bu güven nedeniyle ortaya çıkan zarardan sorumlu olduğunu ileri sürmüştür⁷. Mahkeme kararında, aynen alıntı ile *“bir konzerne bağlı olduğuna genel olarak işaret edilmiş olması, hâkim şirketin güven sorumluluğunun doğmasına yetmez. Güvenin korunmaya lâyık olması, hâkim şirketin davranışlarının yeterli derecede somut ve belirli beklentiler oluşturmayaya elverişli olmasına bağlıdır”* diyerek davayı reddetmiştir⁸. Bu olayda bir hakim şirketin verdiği güvenen istinaden bir yavru şirketin sözleşmesel yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda hakim şirketin sorumluluğuna gidilmesi gündeme gelmiştir. Burada *“bir şirketin bir başka şirketin arkasında durma, arka çıkma”* gibi bir durum söz konusu olmuştur⁹. *“Arkasında durma ya da arka çıkma”* ifadelerinin ne anlama geldiği şüphesiz tartışılabilir. Ancak genel olarak *“korumak, destek olmak, arka çıkmak”* gibi anlamlara geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır. TTK m.209'un gerekçesinde de bu hükme atıfta bulunulmuştur. Aynı gerekçede, Türkiye'nin bu düzenleme ile şirketler topluluğunun, toplumda veya tüketicide yarattığı güvenden doğan sorumluluğu kanunen düzenleyen ilk ülke olduğu belirtilmiştir. Gerekçede bir de *“patronaj açıklaması”* tabiri kullanılmıştır. Bu noktada *“patronaj açıklaması (Patronatserklärung)”* tabirine de değinmek gerekir. Bu tabir hukuki olmaktan ziyade ekonomik bir tabirdir¹⁰. Tabirin İngilizce karşılığı *“letter of comfort”* yani *“destek mektubu”*dur. Kırca bu tabiri *“himaye mektubu”* olarak tercüme etmiştir¹¹. Bu noktada *“himaye beyanı”*nın; verilen kredinin vadesinde ödenmesini sağlamak

⁶ Hasan Pulaşlı, ‘Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri’ (2007) 11 (1-2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Grundzüge Der Gesellschaftengruppe Nach Dem Entwurf Des Türkischen Haldelsgesetzes Und Vertrauenshaftung Der Herrschenden Gesellschaft) 177-268 dn.27, / Halit Aker, ‘Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum: “Hakim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu” (TTK Tasarısı m.209) İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Bir Değerlendirme’ (2008) 57 (4) AÜHFD 1-2

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aker (n 6) 13- 20

⁸ İbid 20

⁹ Gül Okutan, ‘Şirketler Topluluğu’(2011) Bankacılar Dergisi S.79, 90-104, 92 Poroy R/Tekinalp Ü/Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku II (Vedat Kitapçılık 2018) 821

¹⁰ Kırca (n 3) 452

¹¹ İbid 452

üzere yavru şirketin ana şirket tarafından finansal teşhisini sağlamaya yönelik bir tekeffül beyanında bulunma düşüncesine dayandığı ifade edilmiştir¹². Himaye beyanı esas olarak büyük şirketler için öngörülmüştür¹³.

A. GÜVEN SORUMLULUĞU VE ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDAKİ KONUMU

Güven kelimesi, sözlükte inanma ve bağlanma duygusu olarak tanımlanır. Güven sorumluluğu ise, kişinin üçüncü kişilerde yarattığı olumlu intiba nedeniyle bu kişilerin söz konusu güvene dayanarak girdiği bir hukuki ilişki sonucunda zarar görmesi durumunda ortaya çıkan bir sorumluluktur¹⁴. Bir başka deyişle güven ihlalden kaynaklanmaktadır.

Borçlar hukuku öğretisinde sözleşmenin kurulması aşamasında irade beyanlarının yorumu çerçevesinde “güven teorisi” de bir yorum teorisi olarak benimsenmiş, “klasik güven teorisi” ve “yeni güven teorisi” olarak iki başlık altında ele alınmıştır¹⁵.

Güven sorumluluğunun dayanağı TMK’nın 2. maddesidir¹⁶. Battal’a göre de TTK m.209, TMK m.2’nin özel bir uygulamasıdır¹⁷. Güven sorumluluğunun temelinde koruma yükümlülüklerinin ihlali söz konusu olmaktadır¹⁸. Güven sorumluluğu bir kusur sorumluluğu olduğuna göre burada kusur ve zarar da aranmaktadır¹⁹.

¹² İbid 452

¹³ İbid 454

¹⁴ Yasemin Durak, ‘Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo’ (2017) 25 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 239-288, 242 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333283>> (Erişim Tarihi 29.08.2023)

¹⁵ Bkz. Fikret Eren and Ünsal Dönmez, Borçlar Hukuku Şerhi (1st edn, Yetkin Yayınları 2022) 364 vd. Klasik güven teorisi ile yeni güven teorisi arasındaki temel fark, ilkinde makul ve dürüst üçüncü kişi esas alınırken ikincisinde makul ve dürüst muhatap esas alınmıştır. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (18th edn, Yetkin Yayınevi, 2015) 153

¹⁶ Durak (n 13) 242

¹⁷ Ahmet Battal, ‘Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk’ (2012) 18 (2) MÜHFHAD 245 - 254, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/799302>> (erişim tarihi: 14.09.2023) ; Durak (n 13) 248

¹⁸ İbid 244

¹⁹ Murat Can Atakan, ‘Şirketler Topluluğunda Hamilik Beyanları ve Sorumluluğa Etkisi’ (2020) 69 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1505-1522

Güven sorumluluğuna kısa bir giriş yaptıktan sonra şirketler topluluğunda güven konusunu ele almaya çalışalım²⁰.

Şirketler topluluğu, bir ya da daha çok şirketin bir hakim şirkete doğrudan ya da dolaylı olarak yasada öngörülen kontrol ölçütüne ya da bir sözleşmeye uygun olarak hakim şirketle birlikte oluşturduğu topluluktur²¹. TTK m.195’de bir şirketin hangi koşullarda hakim şirket sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu kimi zaman, bağlı şirketin hakim hissedarı, kimi zaman başka şirketlerle örneğin bir ortak girişim (joint venture) ya da başka bir sözleşme ile oy hakkını eline geçirme, kimi zaman yönetim hakkını elinde bulundurma, kimi zaman da bir şirketi sözleşme ile hakimiyet altına alma şeklinde tezahür edebilmektedir²². Sözleşme ile kast edilen “hakimiyet sözleşmesi”dir. Hakimiyet sözleşmesiyle ilgili olarak TTK’da ayrı bir düzenlemeye yer verilmemekle birlikte m.195/3b’de bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketini bir sözleşme ile hakimiyeti altına alabileceği öngörülmüştür. Mevzuatın Paylı Ortaklıklar Kanunu’nun 291.maddesinin ikinci fıkrasında “hakimiyet sözleşmesinin bir kontrol sözleşmesi olmadığı, daha ziyade bir şirketin başka bir şirkete bağımlı olmasının sözkonusu olduğu” belirtilmiştir. Hakimiyet sözleşmesinde hakim şirketin temel konularda bağlı şirkete talimat vermesi buna karşılık günlük işleyişine müdahale etmemesi öngörülmektedir²³. Hakimiyet sözleşmesi ile hakim şirketin, bağlı şirketin genel kurulu değil yönetimi üzerinde bir etkisi gündeme gelmektedir. Bir başka deyişle hakim şirket, sözleşme ile bağlı şirketin yönetimine ilişkin konularda bağlı şirkete talimat verebilmektedir²⁴. Bu noktada bağlı şirketin yönetim kurulu, TTK m.199 uyarınca hakim şirkete doğru ve dürüst hesap verme ilkelerine uygun olarak rapor vermelidir. Sözkonusu raporda bağlı şirketin, ya da ona bağlı bir şirketin yararına alınan veya alınmasından kaçınılan tüm diğer önlemlerin açıklaması yapılır. Bu raporun denetlenip denetlenmeyeceği, denetlenecek ise kim tarafından denetleneceği konusunda bir düzenleme olmamakla birlikte bağımsız denetçi tarafından denetlenmesi gerektiği yönündeki görüşe katılıyoruz²⁵. Bağlı şirketin, hakim şirkete doğru ve dürüst hesap

²⁰ Şirketler Topluluğunda güven sorumluluğu ile ilgili olarak bkz. Asuman Yılmaz, Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk (1st edn, Oniki Levha Yayınları 2010)

²¹ Pulaşlı (n 2) 159

²² Okutan (n 9) 102

²³ Yanlı, Veliye, ‘Hâkimiyet Sözleşmeleri’ (2013) Regesta Ticaret Hukuku Dergisi C3 S1, 6

²⁴ Tekinalp 739

²⁵ İbid 179

verme ilkesine uygun biçimde rapor vermesi yükümüne karşılık hakim şirketin de hakimiyeti hukuka aykırı kullanması halinde sorumluluğu söz konusu olmaktadır. TTK m.202’de bu sorumluluğun esasları düzenlenmiştir. Bu çalışmada hakim şirket-bağlı şirket ilişkisine derinlemesine girmekle birlikte şu husus vurgulamakta yarar vardır: Hakim şirket, bağlı şirketin aldığı kararlarda etkili konumdadır. Şüphesiz ki bağlı şirketin yönetim organı, hakim şirketin her talimatını ya da talebini uygulamak zorunda değildir²⁶.

Genel olarak topluluktan topluluğa farklılık arz etmekle birlikte hakim şirketin itibarının gündeme geldiği hallerde topluluğun itibarı söz konusu olmaktadır²⁷. Bu itibar toplulukta yer alan şirketlerin bağımsız olarak yarattıkları itibarın yanısıra esas olarak hakim şirkete olan güvenin yol açtığı bir itibardır. Şüphesiz her şirket normal olarak güven veren davranışlarından kendi sorumludur²⁸. Bununla birlikte şirketler topluluğunun itibarı, topluluğa dahil olan şirketlerin kümülatif itibarıdır. Dolayısıyla topluluk içindeki her şirketin bu itibarın eş zamanlı olarak yarattığı güvenden yararlanabilmesi söz konusu olmaktadır. TTK m.209 hükmü, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumluluğu düzenlemektedir.

Gerçekten de topluluk içinde yer alan bağlı şirketlerin hakim şirketten aldıkları destek, bir başka deyişle himaye (bir bakıma koruma), hakim şirketi üstü kapalı bir güven sorumluluğuna yöneltir. Alman hukukunda “konzern” adı verilen ve 6102 sayılı TTK ile hukukumuza “şirketler topluluğu” olarak takdim edilen yapıda hakim şirket- bağlı şirket (Parent company: Muttergesellschaft- Affiliate: Affiliate) arasındaki ilişki sadece kontrol veya hakimiyet değil aynı zamanda bir itibar ilişkisidir. Hakim şirket ne kadar itibarlı ise bağlı şirket de aynı derecede itibarlı kabul edilir. Hakim şirket, gerek ekonomik hacmi, gerek üretim kapasitesi gerekse ürünlerinin toplum ya da tüketici tarafından değerli bulunması sonucu yıllar içinde bir itibar yaratır. Öte yandan itibar ile güven eş anlamlı kelimeler olmamakla birlikte güven itibarı teşkil eden sebeplerden biridir²⁹. Gerçekten de tüketici ve toplum bir ürüne güven duyduğunda o ürünün sahibi ya da tedarikçisi firma itibar kazanır. İtibar ve güven bir bakıma eş zamanlı oluşan değerlerdir.

²⁶ Yanlı 17

²⁷ Okutan, 101

²⁸ Pulaşlı (n 6) 259

²⁹ Battal (n 16) 250

Şirketler topluluğunda topluluk itibarının topluma ya da tüketiciye güven verecek düzeye ulaşmasından ne kast edildiği konusunda hükmün gerekçesinde bir açıklık yoktur. Kanun koyucu bunun somut ilişkiye dayalı olduğunu ifade etmiştir. Kanaatimizce topluluk içinde yer alan bağlı şirketlerin, topluluğun genel anlamda yarattığı itibar ve güveni ihlal etmesi durumunda hakim şirketin sorumlu olacağına ilişkin bir kural getirilmiştir. Gerekçede yer alan “Tablo, bilgi, kalite vs. güvene uymuyor ise adının kullanılmasına sesini çıkarmayan hakim şirket sonuçtan sorumlu olmalıdır” şeklinde arguman, hakim şirketin bağlı şirket üzerindeki denetim hakkını ifade etmektedir. Bir başka anlatımla hakim şirketin bağlı şirket üzerinde, kendi yarattığı itibara uygun hareket etmesini talep hakkı doğmaktadır. Bu hak aynı zamanda hakim şirkete bir ödev yüklemektedir. Hakim şirketin bu ödevi yerine getirmemesi durumunda sonuçlarına katlanacağı yani bağlı şirketin karşı tarafa verdiği belgelerin gerçeği yansıtmaması ya da sunduğu hizmetlerin karşılaştırılan kalite ve yeterlilikte olmaması durumunda hakim şirketin sorumlu olacağı anlamı çıkmaktadır³⁰.

Üçüncü kişilerin yani tüketici ya da toplumun (TTK. m. 209’da bu şekilde ifade edildiği için) bağlı şirketlere duyduğu güvenin temelinde hakim şirketin itibarı ya da bu şirkete güven duyulması esas alınmakla birlikte sadece güven tesisi yeterli görülmemekte bu güvenin bağlı şirket tarafından kullanılarak üçüncü kişi ile bir hukuki işlem yapılması gerekmektedir³¹. Güvenin nasıl kullanılacağı hususunda gerekçede belirtildiği gibi somut olaya bakmak gerekecektir. Bununla birlikte, reklam ve ilanlarda hakim şirketin adının geçmesi, logosunun kullanılması vb. faaliyetler, hakim şirketin rızası olmak kaydıyla güvenin kullanılmasına örnek olarak sayılabilir³². Bunun dışında bağlı şirketin talebine binaen hakim şirketin, bağlı şirket hakkındaki beyanları da üçüncü kişide güven oluşuma yol açan önemli bir etkidir. Bu noktada hakim şirketin, bağlı şirketin ürün ve hizmetlerine yönelik olumlu açıklamaları, bağlı şirketin finansal durumu itibarıyla alınan kredileri ödeyebileceğine dair güven telkin etmesi üçüncü kişi nezdinde güven oluşuma yol açacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bağlı şirketin hakim şirkete olan güveni kullanması ile hakim şirketin himaye beyanında bulunmasının farklı şeyler olduğudur. Hakim şirketin himayesi, üçüncü kişilere yapılan bir beyanla gerçekleşir. Bu beyan, aşağıda inceleneceği gibi bir himaye (koruma, destek,

³⁰ Atakan bunu “sessiz kalma” olarak tarif etmiştir. Bkz. Atakan (n 18) 1521

³¹ İbid 1520

³² İbid 1521

arka çıkma) beyanı olabileceği gibi bir kefalet ya da garanti sözleşmesi olarak da şekillenebilir.

B.DESTEK MEKTUBU

1. Genel Olarak

Destek mektubu (himaye mektubu:letter of comfort) tabirini literatürde ilk kez Tekinalp kullanmıştır³³. Bunun yerine daha önce Kırca tarafından “himaye beyanı” kullanılmıştır³⁴.

“Destek (himaye) mektubu”nun tarihimizde de ilginç örnekleri vardır. Mesela, Osmanlı İmparatorluğu döneminde, bazı beyliklerin İmparatora “himaye mektubu” gönderip belirli bölgelerde yaşayan halkları kendilerinin himaye ettiğini ve bu konuda güvence verdiklerini okuyoruz³⁵. Bu örneklerden yola çıkıldığında himaye ya da destek mektubunun, daha güçlü bir kurumun himayesinde bulunan bir başka kurum ya da insan topluluğu (halk, devlet, şirket, örgüt) için bir başka kurum ya da topluluğa verdiği bir güvence ya da koruma beyanı olduğu söylenebilir. Mesela bir çalışmada, Kanada’da bir yabancının ikamet izni alabilmesi için bir destek mektubu sunması gerekliliğinden söz edilmiştir³⁶. Bir mahkeme kararında³⁷ delege adayı olan davacıya delegelerden “destek mektubu” verilmediğinden bahsedilmiştir. Bir başka mahkeme kararında ise³⁸ davacı şirkete “destek mektuplarının” verildiği ifade edilmiştir. Bu örnekler destek mektubunun sadece bankacılık değil farklı alanlarda da kullanıldığını ve kullanılmaya devam edildiğini göstermektedir.

Destek mektubu ya da himaye beyanı, adına ne dersek diyelim, bankacılık uygulamalarında şirketler topluluğunda bağlı şirketin bir kredi kuruluşundan ödünç talebi halinde kredi kuruluşunun hakim şirketten talep ettiği bir güvencedir. Bu çalışmada ele alınan ve TTK m.209’da söz edilen “güven”in somutlaşmış bir şekli olan “destek mektubu (comfort letter)” da özellikle bankacılık uygulamasında kullanılmaktadır.

³³ Tekinalp (n 1) 602

³⁴ Kırca (n 3) 451-475

³⁵ Mária Ivanics, ‘Macar Şehirlerine Verilen Kırım Tatar Vesikaları’ (2019) 1 (2) Journal of International Eastern European Studies/Uluslararası Doğu Avrupa Araştırmaları Dergisi <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/904339>> (Erişim Tarihi 05.10.2023)

³⁶ Öztürk, , Necla Yatırım Yoluyla İkamet Etme ve Vatandaşlık Kazanma (1st edn, Oniki levha Yayınları 2022) 98

³⁷ Ankara 12 BAM, 1511/1336, 14.12.2022

³⁸ İstanbul 17 BAM 1136/1762, 24.09.2020

Destek mektubun öğretide kimi yazarlarca “kesin olmayan, belirsiz, güvenilmez, söz vermekten kaçınmayı amaçlayan, gerçek niyeti ortaya koymaktan kaçınan sözcükler içeren bir ikiyüzlü (hypocritical) enstruman” olarak görülmektedir³⁹. Kimi yazarlar ise destek mektubunu “icra edilebilir garantiler sahası ile iflas denizi arasında bakir bir hukuki zemini kaplayan bir vasıta, öyle ki kredi kuruluşu bunu bir garanti olarak yorumlamakta, mektubu veren ise bir hukuki vasıta gibi görmekle birlikte sorumluluktan da kaçacak bir enstruman olarak kabul etmektedir”⁴⁰.

Destek mektubunun şirketler topluluğunda hakim şirketin, bağlı olduğu bir şirket hakkında olumlu görüş bildirdiği, bir garanti vermek değil ama bağlı (yavru) şirketin kendi topluluğu içinde yer aldığını belirterek söz konusu yavru şirketin üstlendiği edimi yerine getireceği hususundaki güveni aktaran bir enstruman olduğu söylenebilir⁴¹.

2. Destek Mektubunun Hukuki Niteliği

Destek mektubu hukukumuzda özel olarak düzenlenmemiştir. Destek mektubunun hukuk nazarında bir yerinin olup olmadığını tespit edebilmek için genel hükümlere başvurmamız gerekir.

Destek mektubu bir sözleşme değil hakim şirketin kredi kuruluşuna ilettiği tek taraflı bir irade beyanıdır. Destek mektubu kredi kuruluşu tarafından talep edilebileceği gibi böyle bir talep olmadan da hakim şirket tarafından kendiliğinden verilebilir. Hakim şirket, bağlı şirketin kredi talebinin kredi kuruluşunca değerlendirilmesi aşamasında, karar verici tarafından daha kabul edilebilir gerekçelere sahip olması için böyle bir beyanda bulunabilir. TBK'nun 19'ncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca beyanda bulunanın gerçek iradesi esas alınır.

Bir hukuki uyumsuzlukta hakim tarafların gerçek iradelerini araştırırken TMK m.2'de düzenlenen dürüstlük ve güven ilkesinden hareket eder⁴². Bu bağlamda hakim şirketin ilettiği irade beyanının kredi kuruluşunca doğru anlaşılması çok önemlidir. Bu noktada mektupta yer alan ifadelerin açık, anlaşılır ve başka türlü bir anlam taşımayacak şekilde yorum-

³⁹ Mcbain G, “Comfort Letters, Contractual or Moral Obligations” 1986 International Banking Law 69

⁴⁰ Trichardt A, “Comfort Letters—A Quartet of Decisions Interrupt the Judicial Quiescence” (2001) 9

Tilburg Foreign Law Review 162 at 166

⁴¹ Tekinalp (n 1) 602

⁴² Nurcihan Dalcı Özdoğan, “Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti, (2017) Inonu University Law Review InULR Vol:8 No:1 36

lanması önem taşır. Burada kredi kuruluşunun da söz konusu ifadeleri makul ve dürüst bir muhatap olarak yorumlaması gerekir⁴³.

Destek mektubunda kullanılan örneğin “bağlı şirketin kredi borcunun ödeyememesi halinde bu ödeme için elimizdeki tüm olanakları kullanarak bu ödemenin bağlı şirket tarafından yapılmasını taahhüt ediyoruz” şeklinde bir cümle, hakim şirketin bağlı şirket üzerinde ödeme için baskı tesisi taahhüdü altına girdiğini ifade eder ancak bu bir borç taahhüdü değildir⁴⁴. Bu ifade kredi kuruluşuna bir ifa talep hakkı vermez. Ancak bağlı şirket üzerinde baskı kurmasını talep hakkı verir. Buna karşılık böyle bir baskının gerçekleşip gerçekleşmediği ya da kredi kuruluşu tarafından gerçekleştirmediğinin kanıtlanması kolay değildir. Bu somut olayın koşullarına bağlı olarak mahkeme tarafından belirlenecektir.

Destek mektubu bir kefalet veya garanti sözleşmesi değildir. Bu incelememizde destek mektubunun garanti ve kefalet sözleşmelerinden farklılıklarını ayrı bir başlık altında inceledik⁴⁵. Bu nedenle bu bölümde ayrıca değinmeyeceğiz.

Bir başka açıdan destek mektubu ele alındığında bir bakıma üçlü bir ilişki doğurduğu söylenebilir. Bir tarafında, kredi kuruluşu, genellikle bir banka, diğer tarafında hakim şirket, bir diğer tarafında ise hakim şirketin destek ya da himaye beyanında bulunduğu bağlı şirket vardır. Bağlı şirket bir bakıma tarafsız gibidir yani sessiz ve sanki yapacak bir şeyi olmayan bir pozisyonadadır⁴⁶. Herşey iyi gidip kredi borcu kararlaştırıldığı biçimde geri ödendiği takdirde kredi kuruluşunun hakim şirkete yönelik bir talebi olmayacaktır. Asıl sorun geri ödemede sorun yaşandığında ya da bağlı şirketin ödemediği acz veya iflası (insolvency) halinde kredi kuruluşunun hakim şirkete başvurması ile ortaya çıkmaktadır. Mahkemeler böyle bir durumda destek mektubunun hukuki niteliğini araştırmaya başlar⁴⁷. Özellikle hakim şirket-bağlı şirket ikilisinin farklı hukuk düzenlerine sahip olduğu durumda bu durum daha da karmaşıklar⁴⁸. Böyle bir durumda, taraflarına farklı hukuk düzenleri dikkate alındığında hangi hukukun uygulanacağı (applicable law), uygulanacak hukuk belirlenmesi halinde ise o hukuka göre destek mektubunun hukuki niteliği gibi konular tartışma ko-

⁴³ Kırcı 464

⁴⁴ Bu daha ziyade katı destek mektubunda yer alan bir ifadedir. Bkz. s.13

⁴⁵ Bkz. 17 vd.

⁴⁶ Trichardt, A. P, “Letters of Comfort: A Comparative Law and Trans-systemic Analysis of Chamelonic Instruments, University of New South Wales 2010 27

⁴⁷ ibid

⁴⁸ ibid

nusu olacaktır. Bir başka deyişle şu sorular ortaya çıkmaktadır: Destek mektubu bir garanti mektubu mudur? Bir sorumluluktan kurtulma (indemnity) beyanı mıdır yoksa sadece bir centilmenlik anlaşması mıdır? Eğer bir sözleşme ya da güvence metni değil ise bir kusur ya da sözleşmesel bir sorumluluğu var mıdır? Tüm bu soruların cevabı her hukuk düzeninin kendi kuralları çerçevesinde araştırılmak durumundadır⁴⁹.

3. Destek Mektubunun İşleyişi ve Çeşitleri

Destek mektubunun işleyiş modeli konusunda şöyle bir öneride bulunabiliriz:

- a. Bağlı şirket fon arayışında olup kredi kuruluşuna başvurur.
- b. Kredi kuruluşu bağlı şirketin finansal yapısını inceler ve aslında bu şirketin, bir büyük şirketin hakimiyetinde olduğunu gözlemler.
- c. Kredi kuruluşu, hakim şirkete başvurur ve bağlı şirketin borcu için bir teminat arayışında olduğunu beyan eder.
- d. Hakim şirket, bağlı şirketi için kefalet ya da garanti vermektan kaçınır ancak bir destek (himaye) mektubu vermeyi ihmal etmez.
- e. Kredi kuruluşu fon ödemesi yapar.
- f. Bağlı şirket, geri ödemede sorunlar yaşadığında kredi kuruluşu doğrudan hakim şirkete başvurur.
- g. Hakim şirket, vermiş olduğu destek mektubunun bir garanti ya da kefalet sözleşmesi olmadığını sadece bir himaye beyanı olduğunu ileri sürer.
- h. Kredi kuruluşu yasal yollara başvurur.

Destek mektubunun işleyiş sürecine kısaca değindikten sonra bu mektubu temin eden hakim şirketin itibarı konusuna tekrar dönelim. Hakim şirket, vermiş olduğu destek mektubunun bağlayıcı olmadığını önceden bilse bile acaba bağlı şirketin krediyi geri ödememesi ya da ödeyememesi durumunda kredi kuruluşu ve toplum nezdinde itibar (güven) kaybedeceğinin farkında değil midir? Bu sorunun cevabı “elbette farkındadır ya da farkında olmalıdır” şeklindedir. Bu önermeden yola çıkarak hakim şirket, hakimiyeti altındaki bir şirketin mali durumu, almış olduğu krediyi geri ödeyip ödeyemeyeceği konusunda önceden bir fikir sahibi olması gerektiği tartışmasıdır. Örneğin hakim şirketin hakimiyet esaslarından biri olan bağlı şirketin yönetim kurulunda oy çoğunluğu tesis edilmiş ise söz konusu yönetim kurulunun kredi kuruluşundan kredi temini hususundaki kararı, hakim şirketin bilgisi dışında alamayacağı da a priori

⁴⁹ ibid

bilinmelidir. Bir başka deyişle destek mektubunu, hakim-bağlı şirket ikilisi arasındaki organik bağ göz önüne alınmadan tartışmak anlamsızdır. Hakim şirketin, bağlı şirketin finansal durumunun aldığı krediyi geri ödemeye yeterli olmayacağını bilerek kredi kuruluşuna bir destek mektubu sunması hakim şirket yönetim kurulu üyelerinin, eskiden basiretli iş adamı gibi davranma (prudent man rule) yükümü⁵⁰ iken TTK m.369 ile yeniden kalem alınan şekliyle “tedbirli yöneticinin (cautious manager) özeniyle” davranma yükümlülüğünün bir ihlali olarak görülmelidir.

Kredi kuruluşları şirketlere verecekleri kredi karşılığında esasen bir teminat talep ederler. Örneğin işletme rehni bu teminatlardan biridir. Öncesinde 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni kanunu ile düzenlenen işletme rehni, 2016 yılında 6750 sayılı “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu”⁵¹ ile yürürlükten kaldırılmış ve ticari işletme (ve esnaf işletmesi) üzerinde rehin tesisi konusu daha ayrıntılı düzenlenmiştir. Buna karşılık şirketlerin kredi talebinde kredi kuruluşları kişisel teminatlar da talep etmekte ve bu teminatlara kefalet sözleşmesi ve garanti sözleşmesi başta olmak üzere sıklıkla başvurulmaktadır. Ancak Türk hukukuna 6102 sayılı TTK ile giren şirketler topluluğu yapılanmasında hakim şirketin bağlı şirket hakkında kredi kuruluşuna verdiği “destek mektubu”ndan kaynaklanan bir uyumsuzluğa dair herhangi bir mahkeme kararına ulaşamadık.

TTK’nın 209.maddesi kapsamında özel bir araç olarak nitelendirilen destek mektubu, özenle hazırlanması gereken bir metindir. Destek mektubunda hakim şirketin bağlı şirket hakkındaki beyanları sonradan hakim şirketi sorumluluk altına sokmayacak biçimde kaleme alınması gerektiği söylenebilir. Destek mektubu, hakim şirketin ticari itibarına zarar veremeyecek ve güvenilirliğini (credibility) zedelemeyecek bir araç olarak görülmektedir.⁵²

⁵⁰ Gerçekten de eski Kanun döneminde anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünü, 320. madde düzenlemekteydi. İlgili hükümde yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerinde gösterecekleri dikkat ve basiret hakkında (Eski) BK’nin 528. maddesinin ikinci fıkrası hükmünün uygulanacağı hükme bağlanmıştı. Bkz. Eminoglu C, “Anonim Şirkette Özen ve Bağlılık Yükümlülüğünün Kişi Bakımından Kapsamına İlişkin Bazı Değerlendirmeler” Ankara Barosu dergisi 2022/1, 79-105 81-82

⁵¹ Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, Kanun Numarası: 6750, Kabul tarihi 20.10.2016, RG 28.10.2016/29871

⁵² Georg A. Wittuhn, ‘Kleinwort Benson Limited v. Malaysian Mining Corporation Berhad -- A Comparative Note on Comfort Letters’ (1990) cilt (sayı) CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE <<https://lawjournal.mcgill.ca/wp-content/uploads/pdf/7527889-Wittuhn.pdf>> (erişim tarihi: 19.01.2024)

Destek mektubu, üçüncü tarafın tam ve doğrudan bir taahhüt altına girmeme yönündeki tercihi karşısında ortaya çıkan bir seçenektir⁵³. Amerikan hukukunda destek mektuplarına “cold comfort letter” yani “soğuk destek mektubu” denildiğini görmekteyiz⁵⁴ İngiliz-Amerikan hukukunda destek ve teminat mektuplarına bakıldığında dört farklı kategoriye ayrıldığını görmekteyiz⁵⁵. Bunlar;

- a) Hakim-bağlı şirket arasındaki ilişkiden kaynaklanan mektuplar,
- b) Diğer üçüncü taraf teminat ilişkisinden kaynaklanan mektuplar,
- c) Profesyonel görüş olarak sunulan mektuplar,
- d) Daha önce verilen beyanların değiştirilemeyeceğine (estoppel) ilişkin mektuplar.

Bir başka sınıflandırmada destek mektuplarının zayıf (weak:yumuşak) ve güçlü (strong:sert) destek mektupları olarak ikiye ayrıldığı görülmektedir⁵⁶.

Katı destek mektubunun bir görüşe göre “garanti sayılabilecek ifadeler içeren mektup türü olduğu”⁵⁷, bir başka görüşe göre ise “hakim şirketin, kredi kuruluşuna karşı, bağlı şirkete sağlanan kredi borcunu ifa edebilmesi için gerekli önlemleri alma ve bu amaçla gerektiğinde mali kaynak sağlamaya yönelik sözleşmesel bir yükümlülük üstlendiği hallerde söz konusu olduğu ileri sürülmüştür”⁵⁸. Bu tür destek mektubunda, hakim şirketin bağlı şirketin alacaklısına değil bağlı şirkete ifa taahhüdünde bulunduğu ileri sürülmüştür⁵⁹. Bu durumda hakim şirket ile bağlı şirket arasında bir taahhüt sözleşmesinin varlığı öne sürülebilir mi? Kanaatimizce bu sorunun cevabı olumsuzdur. Bir başka deyişle, katı destek beyanında hakim şirketin bağlı şirketin taahhüdünü yerine getirmemesi/getirememesi durumunda hakim şirketin söz konusu taahhüdü bizzat yerine getirmesi değil bağlı şirket üzerindeki hakimiyetini kullanarak bu taahhüdü yerine getirmesi için bağlı şirket üzerinde baskı uygulaması gerekecektir.

⁵³ Sacasas and Wiesner (n 4) 315

⁵⁴ L. Bruce Resnik, ‘Understanding Comfort Letters for Underwriters’ (1979) 34 (4) The Business Lawyer 1725-1725
<https://www.jstor.org/stable/pdf/40686251.pdf?refreqid=fastly-default%3A00f60224cabecd05868ec1c41cae9bb6&ab_segments=&origin=&initiator=&acceptTC=1> (erişim tarihi: 22.12.2023)

⁵⁵ Sacasas and Wiesner, (n 4) 316

⁵⁶ Wittuhn (n 35) 491; Yılmaz (n 19) 207

⁵⁷ Tekinalp (n 1) 603

⁵⁸ Yılmaz (n 19) 207

⁵⁹ İbid 209

Zayıf (yumuşak) destek mektubunda kullanılan ifadeler, diğerine göre epey farklılık gösterir. Bunlar, inter alia ana şirketin yavru şirketi her zaman desteklediği, yönetimine tam güven duyduğu, kredi borçlarını zamanında ödeyeceğine güven duyduğu, yavru şirketin mali yapısının bu borcu ödemeye yeterli olduğu gibi ifadelerdir⁶⁰. Zayıf (yumuşak) destek mektubuna karşılık güçlü (sert) olarak nitelendirilen destek mektubunda kullanılan ifadeler hakim (ana) şirket açısından çok daha katıdır. Örneğin ana şirket tarafından yavru şirketin kredi kuruluşuna olan borcunu zamanında ödeyebilmesi için gerekli düzenlemeleri üstleneceği, vadesi gelen kredi borcunu ödemesi için baskı yapacağı, yavru şirketin temerrüdü durumunda bu şirketteki hisselerini devretmeyeceği ya da yavru şirketin ödeme güçlüğüne düşmesi durumunda ana şirket tarafından fon transferi yapılacağına dair ifadeler, garanti derecesinde olmasa bile kredi kuruluşunu ikna edici ifadelerdir⁶¹. Bu noktada kullanılan kelimelerin seçimi, beyanın bir himaye ya da destek mi yoksa bir vaad mi olduğu hususunda mahkemeye bir fikir verebilecektir. Örneğin “vadesi gelen kredi borcunu ödemesi için baskı yapacaktır” şeklinde bir ifade kullanıldığında kredi kuruluşu, ana şirketin baskı yapıp yapmadığını, ne tür bir baskı yaptığını, bir sonuç alıp almadığını nasıl belirleyecektir? Konu mahkemeye intikal ettiğinde ana şirket bunu nasıl ispat edecektir? İspat edemediğinde ya da mahkemeyi ikna edemediğinde bu bir garanti mektubu olarak mı kabul edilecektir? Görüldüğü gibi güçlü (sert) destek mektupları ile garanti ya da kefalet sözleşmeleri arasında ince bir çizgi vardır.

4. Karşılaştırmalı Hukukta Destek Mektubu

Alman ve İsviçre hukukunda Patronatserklärung olarak adlandırılan destek mektubu, ana şirket tarafından kredi kuruluşuna verilen ve temel olarak yavru şirketin güvenilirliğini teyit amaçlı bir belge niteliğinde olup ana şirkete bir sorumluluk yüklemeyi amaçlamamaktadır⁶². Burada ana şirketin bir yükümlülüğü de yavru şirketle ilişkisi hakkında tam ve doğru

⁶⁰ Gül Doğan, Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi) (1st edn, Yeditepe Üniversitesi Basımevi 2006) 81; Comfort Letters Under Danish Law, <<https://www.wissum.dk/wp-content/uploads/2019/09/Danish-Comfort-Letters-2.pdf>> (erişim tarihi: 29.09.2023) 24

⁶¹ Comfort Letters Under Danish Law 24

⁶² Manfred Obermüller, ‘Die Patronatserklärung’ (1975) 4 (1) Zeitschrift für Untemehmens und Gesellschaftsrecht 72

bilgi vermesidir⁶³. Alman hukuk literatüründe destek mektuplarının konu alındığı birçok tez ve kitaba rastlanılmaktadır⁶⁴.

Almanya’da 1981 yılındaki bir davada, ana şirketin borçlu yavru şirketin borcunu tümüyle ödeyinceye kadar fon transferi yapacağına ilişkin vaadine binaen borçlu şirketin iflas etmesi nedeniyle mahkeme açılan davayı kabul etmiştir⁶⁵. Benzer bir dava 1984 yılında görülmüş ve yerel mahkeme, borçlu şirketin iflas etmesine binaen ana şirketin, davacıya vermiş olduğu destek mektubunda vaad ettiği iflası önleme yükümünü yerine getirmediğinden dolayı sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Karar, Stuttgart Yüksek Mahkemesince onanmıştır⁶⁶.

1990’lı yıllarda Alman-Fransız mahkemelerinde destek mektuplarının bağlayıcı olduğu yönünde kararlarla karşılaşmıştır. Buna karşılık müşterek hukukun yürürlükte olduğu ülkelerde ise bağlayıcı olmadığı düşüncesi hakim idi. Bu düşünce, İngiltere’de Kleinwort Benson Ltd v. Malaysia Mining Corp Bhd davası ile köklü bir değişikliğe uğramıştır⁶⁷. Bu davada, bir Malezya firması, Londra’da faaliyet gösteren bağlı şirketi için kredi başvurusunda bulunmuş ve bankaya bir destek mektubu yazarak bağlı şirketinin alınan krediyi geri ödeyebileceği konusunda teminat vermiştir. Banka başlangıçta 5 milyon sterlin, ikinci bir mektuptan sonra 10 milyon sterlin tutarında kredi açmış ancak bağlı şirketin iflas etmesi üzerine ana şirketin verdiği mektuplara binaen bağlı şirketin kalan borcunun şirket tarafından ödeneceğine güvendiğini bildirmiştir. Malezya şirketi, söz konusu mektupların her iki tarafça da yasal bir yükümlülük oluşturmak için verilmediğini ifade etmiş ve bunun üzerine banka mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme, sözkonusu ödeme hususunda, destek mektuplarında açık bir yükümlülük beyanı olmaması karşısında, mektupta yer alan ifadelerin taraflarca bağlayıcı bir vaad olarak anlaşılıp anlaşılmayacağı konusunun tespitinin yapılması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, mektuplarda kullanılan cümlelerin sözleşmesel bir yükümlülük ifade etmediğini sadece bankanın mevcut “politikasını” ilgilendiren bir beyan olduğu sonucuna varmıştır. Öte yandan mahkeme kararında mektupların içeriği ve banka belgelerinin de geleceğe yönelik bir yasal yükümlülük yaratmaya yönelik bir niyet taşımadığı da vurgulanmıştır. Buna göre mektuplarda yer

⁶³ Doğan, s.25

⁶⁴ Trichardt 37 dn 118

⁶⁵ Comfort Letters Under Danish Law, s.24. Stuttgart Yüksek Mahkemesi, 21 Ekim 1981, Zeitschrift für Wirtschaft und Insolvenzrecht 1982, appendix 013)

⁶⁶ Comfort Letters Under Danish Law, s.24

⁶⁷ Wittuhn (n 35) 491

alan ifadeler sadece destek amaçlı ve manevi bir sorumluluk (comfort and moral responsibility) ifadeleri olup geleceğe yönelik bir vaad ya da yasal yükümlülük anlamına gelmemektedir.

Amerikan hukukunda destek mektubunu, açıkça destek mektubu (letter of comfort) adı altında değil daha ziyade bir tarafın bir banka ya da kredi kuruluşuna dikkatli biçimde kaleme alınmış, bir borcun garantisi, yükümlüsü ya da bir başka biçimde sorumluluğunu almadan, diğer tarafı rahatlatıcı ya da teşvik edici (soothing, relieving or encouraging) bir beyan olduğunu görmekteyiz⁶⁸. Amerikan mahkeme içtihatlarında, destek mektuplarının garanti mektubu gibi görüldüğü davalara da rastlamaktayız. Örneğin, Barclays Bank of New York v. Goldman davasında, davacı banka davalı Goldman'ın, borçlu Dankner Diamonds'ın garantörü olduğu ve kredi sözleşmesinde bankaya Ana şirket olan M.Dankner&Sons Ltd. Tarafından bir destek mektubu verilmesine dair bir hüküm konulduğunu, Dankner Diamonds (İsrail) Ltd. Şirketinin yükümlülüğünü yerine getirememesi durumunda Ana şirket olan M.Dankner& Sons Ltd.'in Bankaya ödeme yapmayı taahhüt ettiğini belirtmiştir⁶⁹. Sözleşmenin aksine bankaya destek mektubu gönderilmemiş ancak buna rağmen kredi süresi uzatılmıştır.

Destek mektubu İngiltere'de çok uzun yıllardır kullanılan bir enstrüman olmuştur⁷⁰. İngiliz müşterek hukuku (common law) uygulayan mahkemeler, destek mektubunu araştırırken akademik görüşlere ağırlık vermiştir⁷¹. Müşterek hukukta destek mektubunun yasal bir tanımı yoktur⁷². Destek mektubu müşterek hukukta 1988 yılına kadar nispeten belirsiz bir enstrüman iken bu yılda uluslararası kalay piyasasının çökmesi ile tüm dikkatlerin çekim merkezi olmuştur⁷³. İngiliz Kraliyet Mahkemesinin “Kleinwort Benson Ltd v Malaysia Mining Corporation Berhad” davasında destek mektubunun sözleşmesel bağlayıcılığına ve mektup veren tarafın sorumluluğuna karar verilmiştir. Buna karşılık İngiliz Temyiz Mahkemesi yerel mahkemenin kararının bozarak destek mektubunun yasal bir sorum-

⁶⁸ Trichardt 36

⁶⁹ Sacasas and Wiesner (n 4) 321

⁷⁰ Horn J, "Patronatserklärungen im common law und im deutschen Recht" (Peter Lang, Frankfurt am Main, 1999) 14 and 15

⁷¹ Trichardt 30

⁷² ibid

⁷³ Trichardt 39

luluk yüklemek için yeterli olmadığına, sadece holding şirketin bağlı şirket bakımından bir politikasını ortaya koyduğuna hükmetmiştir⁷⁴.

Destek mektubu sonraki yıllarda İngiliz bankacılığında yaygın olarak kullanılan bir enstrüman olmuştur⁷⁵.

5. Türk Hukukunda ve Türk Bankacılık Uygulamasında Destek Mektubu

Türk bankacılık uygulamalarında destek mektubuna sık rastlanılmaktadır. Öğretide neden destek mektubunun (himaye beyanı) tercih edilebileceği konusunda bazı görüşler ileri sürülmüştür. Bir yazara göre, hakim şirketin destek mektubunu tercih etmesi eski TTK m.465/I uyarınca “şirket bilançosunda ya da ekinde muhtemel borçlar olarak nitelendirilen kefalet, garanti taahhütleri ve üçüncü kişiler lehine verilen rehinlerin birer kalem olarak ayrı ayrı belirtilmesi zorunluluğundan kaynaklanmaktadır⁷⁶. 6102 sayılı TTK’da eski TTK m.465’in karşılığı yoktur. Bir başka deyişle bilançoda kefalet ve garanti taahhütleri ve üçüncü kişi lehine verilen rehinlerin birer kalem olarak ayrı ayrı belirtilmesi zorunluluğu kaldırılmıştır. “Koşullu borç”olarak da adlandırılan⁷⁷ kefalet ve teminat mektubu gibi taahhütler, bilançoda gösterilmeyecek ancak bunlara dipnotlarda yer verilecektir⁷⁸. Bununla birlikte kefalet ve garanti gibi taahhütler yerine destek mektubu verilmesi elbette hakim şirket açısından daha elverişli bir yöntemdir.

Yargı içtihatlarında konuya ilişkin az sayıda örneğe rastlıyoruz. İstanbul 1.Asliye Ticaret Mahkemesinin 26.05.2022 tarih ve E.2021/33, K. 2022/505 sayılı kararına konu teşkil eden davada , hem bir şirketler topluluğu içinde (davada “grup şirketleri” tabiri geçmektedir) yer alan bir holding ile yüklenici firma arasındaki garantörlük sözleşmesinin yerine getirilmesi hem de yabancı bir ülkede inşa edilecek güneş enerjisi projesinde yüklenici firmanın o ülkeden destek mektubu beklentisinden söz edilmektedir.

⁷⁴ < <https://www.lawteacher.net/cases/kleinwort-benson-v-malaysia-mining-corp.php>> (erişim tarihi:31.07.2024)

⁷⁵ Trichardt 43

⁷⁶ Yılmaz (n 19) 203

⁷⁷ Ayten Çetin and Ayça Akarçay Ögüz ‘Karşılıklar, Koşullu Borçlar ve Koşullu Varlıkların İncelenmesi’ (2010) 29 (2) MÜİİBFD 407-412 <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/3924>> (erişim tarihi:14.12.2023)

⁷⁸ Çetin and Ögüz (n 51) 413

II. DESTEK MEKTUBU VE BUNUN KEFALET VE GARANTİ SÖZLEŞMELERİNDEN FARKLARI

A. KEFALET VE GARANTİ SÖZLEŞMELERİ

Garanti sözleşmesi, kanunda düzenlenmeyen isimsiz bir sözleşme olup, kişisel teminat sağlama amacı taşımaktadır. Saf (bağımsız) garanti sözleşmesi ve teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmesi olarak iki şekilde akdedilebilmektedir. Saf garanti sözleşmesinde garanti veren garanti alana belirli bir borç ilişkisinden bağımsız olarak bir sonucu taahhüt etmektedir⁷⁹. Öğretide, bir kimseye, belirli bir bölgede belirli bir mağaza açtığı takdirde kâr garantisi verilmesi, bir ortaklığa ait pay senetlerinin belirli bir miktar kâr edeceği garantisinin verilmesi şeklinde örneklenmiştir⁸⁰ ve Yargıtay kararlarına da konu olduğu görülmektedir⁸¹. Kefalet sözleşmesinde kefilin üstlendiği temel risk borçlunun ödeme güçlüğüdür. Ancak saf garanti sözleşmesinde garanti veren döviz kurundan, mücbir sebepten, siyasî gelişmelerden, paranın transferinden, yabancılık unsurundan, ithalattan, kanunlaştırma hareketlerinden, sözleşme taraflarının çokluğundan doğan birçok riski üstlenmektedir⁸².

Öğretide kefalet benzeri olarak nitelendirilen teminat amaçlı garanti sözleşmelerinde ise, garanti veren, bir borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirilmemesinden doğan riski üstlenmektedir. Bu türdeki garanti sözleşmelerinin ayrıca üçüncü kişinin fiilini taahhüt⁸³ niteliğinde olan ga-

⁷⁹ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (4th edn, Vedat Kitabevi 1989) 804; Fahrettin Aral, Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri (7th edn, Yetkin Yayınevi 2007) 425; Hüseyin Murat Develioğlu, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri (1st edn, Vedat Kitabevi 2009) 15; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (1st edn, Vedat Kitabevi 2010) 656

⁸⁰ Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (n 53) 807; Burak Özen, Kefalet Sözleşmesi Özellikleri Kuruluşu Türleri (1st edn Vedat Kitabevi 2008) 26

⁸¹ Yargıtay 11 HD, 2269/11163, 29.11.2004 (Yargıtay İçtihat Bankası)

⁸² Develioğlu (n 53) 86-87; Aydın Zevkliler and K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (20 th edn, Vedat Kitabevi 2020) 706

⁸³ Türk Borçlar Kanunu'nun 128. maddesinde hüküm altına alınmış olan ve üçüncü kişinin fiilini başkasına karşı üstlenenin, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlü olduğuna dair düzenlemenin hukuki niteliği hakkında öğretide çeşitli görüşler bulunmaktadır. İlk görüşe göre üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesinin tamamen örtüştüğü; ikinci ve öğretide çoğunlukla desteklenen görüşe göre bu hükmün garanti sözleşmesinin tüm çeşitlerini değil, sadece teminat amaçlı kefalet benzeri garanti sözleşmesini düzenlediği; çok az taraftar bulan üçüncü görüşe göre ise üçüncü kişinin fiilini taahhüdün genel bir hüküm olduğu ve maddenin amacının garanti sözleşmesini düzenlemek olmadığı belirtilmektedir. Melek Bilgin Yüce, 'Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesinde Rücu' (2019) 11 (Özel) DEÜHFD 1435-1435; Me-

ranti sözleşmesi olarak adlandırıldığı da görülmektedir⁸⁴. Başka bir deyişle, kefalet sözleşmesinde olduğu gibi, burada da alacaklının alacağını elde edememesi durumunda meydana gelen müspet zararın tazmini üstlenilmektedir⁸⁵. Kefalet sözleşmesinde olan ancak saf garanti sözleşmesinde olmayan üçlü ilişki burada da bulunmaktadır. Banka teminat mektuplarının da üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde bir garanti sözleşmesi olduğu, Yargıtay İçtihatı Birleştirme kararlarıyla da kabul edilmektedir⁸⁶. Ancak bu türdeki garanti sözleşmesinin de aşağıda belirtilen yönleriyle kefalet sözleşmesinden ayrıldığı görülmektedir:

a) Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu fer'idir. Kefalet ile garanti sözleşmelerini birbirinden ayırt etmede kullanılabilecek temel ölçüt borcun fer'ilik niteliğidir. Buna karşılık garanti verenin borcu, asıl borcun varlık ve geçerliliğinden, dava ve takip edilebilirliğinden tamamen bağımsızdır⁸⁷. Bu bağımsızlık, garanti verenin esas ilişkiden doğan def'ileri ga-

lek Bilgin Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt* (1st edn Vedat Kitabevi 2007) 5; Nami Barlas, *Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi* Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı (1sr edn Beta Yayınevi 2002) 945; Ünal Tekinalp, Ünal Tekinalp'in *Banka Hukukunun Esasları* (2nd edn, Vedat Kitabevi 2009) 520; Haluk Tandoğan, *Garanti Mukavelesi Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki* (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınevi 1959) 46; Sulhi Tekinay and Sermet Akman and Haluk Burcuoğlu and Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yeniden gözden geçirilmiş 7th edn, Filiz Kitabevi 1993) 305; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23rd edn, Beta Yayınevi 2012) 393; Seza Reisoğlu, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, (baskı?, Ayyıldız Matbaası 1992) 78; A. Özge Yenice, *Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri* (1st edn, Oniki Levha Yayınevi 2009) 12; Atalay Özdemir, 'Borçlar Yasasının 110. Maddesine Eklene Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları' (1984) 10 (1-2) Yargıtay Dergisi 252-258

⁸⁴ Melek Bilgin Yüce, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Pratik Çalışmaları* (4th edn, Filiz Kitabevi 2019) 405

⁸⁵ Zevkliler and Gökyayla (n 56) 706; Abdülkerim Yıldırım, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 11th edn, Monopol Yayınevi 2020) 324

⁸⁶ Yargıtay İBK, 4/6, 11.6.1969 (Yargıtay İçtihat Bankası) Ankara-Kazan yolunun asfaltlama işinin ihalesine giren yüklenici A için, Y bankası tarafından ihaleyi yapan kuruma teminat mektubu verildiğine; bankanın(garanti veren), teminat mektubu vermekle ihaleyi yapan kuruma (garanti alana) A'nın (üçüncü kişinin) fiilini üstlenmiş sayıldığı ve A, edimini ifa etmediği takdirde bankanın sorumlu olacağına dair bkz. Yıldırım (n 59) 325 Teminat mektuplarının hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Vahit Doğan, *Teminat Mektupları* (5th edn, Savaş Yayınevi 2015) 7

⁸⁷ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (n 53) 812-820; Aral (n 53) 426; Barlas, *Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi* (n 57) 155; Özen (n 54) 24; Develioğlu (n 53) 114; Gümüş (n 53) 658-659;

ranti alana karşı ileri sürememesi sonucunu doğurmaktadır⁸⁸. Bunla birlikte, asıl borç ilişkisinin sonradan herhangi bir sebeple sona ermesi de garanti sözleşmesinin geçerliliğini etkilememektedir⁸⁹.

b) Kefil, yaptığı ödeme oranında alacaklının haklarına kanun gereği halef olduğu hâlde, garanti verenin kanundan doğan böyle bir hakkı bulunmamaktadır⁹⁰.

c) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğünden önce, kefalet sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekle bağlı olduğu hâlde garanti sözleşmesi özel bir şekle bağlı değildi⁹¹. Türk Borçlar Kanunu'nda ihdas edilen 603. madde ile garanti edenin gerçek kişi olması şartıyla diğer kişisel teminat amacı güden sözleşmelerde de kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır⁹².

Sözleşmenin garanti mi yoksa kefalet mi olduğu belirlenirken sadece kullanılan ifadelerle bakılarak sonuca ulaşmanın doğru olmadığı; tarafların

Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (5th edn, Yetkin Yayınevi 2014) 779; Özlem Acar, Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi (1st edn, On İki Levha Yayınevi 2015) 41

⁸⁸ Aral (n 53) 426; Nami Barlas, Makalelerim Cilt I (1st edn, Vedat Yayınevi 2008) 357-377; Develioğlu (n 53) 127; Yargıtay HGK, 19-534/583, 04.07.2001 (Yargıtay İçtihat Bankası)

⁸⁹ Bilgin Yüce, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Pratik Çalışmaları (n 58) 406; Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç ilişkisinde asıl borç ilişkisini sakatlayan bu eksikliği bildiği halde borca kefil olan kişinin kefalet sözleşmesinden doğan sorumluluğunun devam edeceğine dair TBK. m. 582/ f.2 deki düzenlemenin bir nevi kefalet hükümlerine tabi bir garanti sözleşmesi olduğuna dair görüş için bkz. Murat Aydoğdu and Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Özet Ders Kitabı (1st edn, Adalet Yayınevi 2019) 507

⁹⁰ Zevkliler and Gökyayla (n 56) 707; Fiili taahhüt edilen üçüncü kişinin borcunu ifa etmediğinde, teminat mektubu veren bankanın alacaklıya tazminat borcunu ifa etmesi gerektiği ancak fiili taahhüt edilen üçüncü kişi ile arasında rüçüya ilişkin bir sözleşme akdetmemişse, ancak şartları oluşmuşsa sebepsiz zenginleşme ya da vekâletsiz iş görme kapsamında fiilini taahhüt ettiği üçüncü kişiden bir talepte bulunabileceğine dair bkz. Bilgin Yüce, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Pratik Çalışmaları (n 58) 409-410; Uygulamada teminat mektubu veren bankaların genellikle kendilerini garantiye aldıkları, karşı garanti (konturgaranti sözleşmesi) ile borçluya rücu haklarını kararlaştırdıklarına dair bkz. Bilgin Yüce, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Pratik Çalışmaları ibid 410

⁹¹ Aral (n 53) 427; Barlas, Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması (n 62) 376; Develioğlu (n 53) 154-155; Zevkliler and Gökyayla (n 56) 707

⁹² İbid 707; Yıldırım (n 59) 326

gerçek iradelerinin tespiti suretiyle sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹³.

B. DESTEK MEKTUBU İLE KEFALET VE GARANTİ SÖZLEŞMELERİ ARASINDAKİ FARKLAR

Destek mektubunun garanti veya kefalet sözleşmesinden en önemli farkları şöyle sıralanabilir:

1. Destek mektubu bir sözleşme değil tek taraflı bir irade beyanıdır. Garanti ve kefalet sözleşmeleri adından da anlaşılacağı gibi birer sözleşme türüdür.

2. Destek mektubunun, garanti veya kefalet sözleşmesi gibi bir güvence aracı olup olmadığı tartışmalıdır⁹⁴. Yukarıda katı (sert) destek mektuplarında yer alan ifadelerin, garanti ya da kefalet sözleşmelerine kısmen benzemekle birlikte farklı amaç taşıyan belgeler olduğunu belirtmiştik⁹⁵. Destek mektubunda, kredi kuruluşuna yönelik bir vaat ya da taahhüt söz konusu değildir.

3. Destek mektubunda yer alan beyanlar bir garanti ya da kefalet niteliğinde ise bu durumda TTK .209 hükmü değil TBK'nun ilgili hükümleri uygulanır⁹⁶.

4. Destek mektubuyla ilgili bir uyuşmazlıkta TTK m.209 hükmünün uygulanabilmesi için hakim şirketin beyanının toplumda ya da tüketicide yarattığı itibarın güven verici düzeye ulaşmış olması, beyan verdiği tarafı, bağlı şirketin mali durumu, bağlılık ilişkisinin yüklenilen edimi ifa edecek kapasite ve güçte olduğunu ikna edici düzeyde olması, bu beyana dayanılarak bağlı şirket ile üçüncü taraf arasında bir sözleşme yapılması son olarak da bağlı şirketin üstlendiği edimi yerine getirememesi nedeniyle üçüncü tarafın zarar uğramış olması gerekir.

SONUÇ

TTK m.209 bağlamında, topluluk itibarının güven veren bir düzeye ulaşması halinde bu itibarın kullanılmasından kaynaklanan güvenden hakim şirketin sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır. İtibarın güven verecek düzeye ulaşması nasıl olur? Bu sorunun cevabı bu çalışmanın konusu

⁹³ Zevkliler and Gökyayla (n 56) 707 Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, 19-534/583, 04.07.2001 (Yargıtay İçtihat Bankası)

⁹⁴ Örneğin Atakan, hamilik beyanın bir güvence aracı olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. Atakan (n 18) 1508

⁹⁵ Comfort Letter Under Danish Law 24

⁹⁶ Tekinalp 822

değildir. Bu çalışmada, söz konusu güvenin somut bir örneği olan destek mektubu ele alınmıştır. Türk bankacılık uygulamasında sık karşılaşılmayan destek mektubu, garanti veya kefalet sözleşmesinin aksine bağlayıcılığı olmayan bir enstrümandır. Bununla birlikte somut olaya göre destek mektubunun bağlayıcılığı da ileri sürülebilir. Kredi kuruluşuna destek mektubu sunan hakim şirketin, bağlı şirketin geri ödemede temerrüde düşmesi durumunda sorumluluğu tümüyle reddetmesi de hakkaniyete uygun düşmemektedir. Kredi kuruluşu, krediyi, hakim şirketin destek mektubuna itibar ederek vermiştir. Hakim şirketin, ödeyememe durumunda müdahale edeceğini öngörmektedir. Hakim şirket, toplum ve elbette kredi kuruluşu nezdinde itibarlı ve güvenilir bir şirkettir. Kendi organik çatısı içindeki bir bağlı şirketin aldığı krediyi geri ödeyememesi, aslında hakim şirketin toplum gözünde uyandırdığı güveni zedelemektedir. Herşeyden önce hakim şirket, böyle bir durumda en çok zararı, en azından manevi zararı kendisinin göreceğini dikkate almalıdır. Çünkü itibarı ve güveni tesis etmek yıllar alabilir ancak bir kez zedelendiğinde tekrar kazanılması daha uzun zaman alır. İtibar ve güven, örneğin bir markanın en önemli unsurlarıdır. O nedenle sıkı koruma altındadır. Her ne kadar itibar ve güven marka gibi şeklen tescil edilemiyorsa da toplumun iç dünyasında tescil edilmektedir. Bu nedenle, hakim şirketin destek mektubunu verirken dikkate alması gereken bir çok husus vardır. Kendi hakimiyeti altında olan bir şirket için adına ister destek ister himaye ya da koruma diyelim, vermiş olacağı beyan belki gelecekte hukuki sorumluluk yüklemese de manevi sorumluluk yökleyecek ve zarar görmesine neden olacaktır. Burda son kez vurgulanması gereken başka bir husus ise, adının garanti veya sözleşmesi olmadığı durumda destek mektubu içindeki ifadeler mektubun ileildiği taraf nezdinde garanti ya da kefaletle yakın ifadeler ise ve nesnel olarak da bu şekilde kabul edilebilir durumda ise destek mektubunun verilmesinden doğan güven ve bu güvenin kullanılması sonucu ortaya çıkan sorumluluktan söz edilebilecektir.

KAYNAKÇA

Acar Ö, Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi (1 st edn, On İki Levha Yayınevi 2015) 41

Aker H, 'Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum: "Hakim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu"' (TTK Tasarısı m.209) İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Bir Değerlendirme' (2008) 57 (4) AÜHFD 1-97

Aral F, Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri (7th edn, Yetkin Yayınevi 2007) 425

Atakan MC, ‘Şirketler Topluluğunda Hamilik Beyanları ve Sorumluluğa Etkisi’ (2020) 69 (3) AÜHFD 1505-1540

Aydoğdu M and Kahveci N, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Özet Ders Kitabı (1st edn, Adalet Yayınevi 2019) 507

Barlas N, Makalelerim (1st edn, Vedat Yayınevi 2008) 357-399

Barlas N, ‘Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi’ Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı (baskı 1st edn, Beta Yayınevi 2002) 937-989

Bilgin Yüce M, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Pratik Çalışmaları (4th edn, Filiz Kitabevi 2019) 405

Bilgin Yüce M, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt (Vedat Kitabevi 2007) 5

Bilgin Yüce M, ‘Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesinde Rücu’ (2019) 11 (Özel) DEÜHFD 1435-1454

Develioğlu H, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri (1 st edn, Vedat Kitabevi 2009) 15

Doğan G, Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), (1st edn, Yeditepe Üniversitesi Basımevi 2006) 81

Doğan V, Teminat Mektupları (5th edn, Savaş Yayınevi 2015) 7

Eminoğlu C, “Anonim Şirkette Özen ve Bağlılık Yükümlülüğünün Kişi Bakımından Kapsamına İlişkin Bazı Değerlendirmeler” Ankara Barosu dergisi 2022/1, 79-105 81-82

Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (5th edn, Yetkin Yayınevi 2014) 779

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (18th edn, Yetkin Yayınevi, 2015)

Eren F and Dönmez Ü, Borçlar Hukuku Şerhi (1 st edn, Yetkin Yayınları 2022) 364

Gümüüş M, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (1 st edn, Vedat Kitabevi 2010) 656

Horn J, “Patronatserklärungen imcommonlaw und im deutschen Recht” (Peter Lang, Frankfurt am Main, 1999) 14 and 15

Kırca İ, ‘Kredi Teminatı Aracı Olarak Himaye Beyanı’ (1995) 44 (1-4) AÜHFD 451-475

Mcbain G, “Comfort Letters, Contractual or Moral Obligations” 1986 International Banking Law

Okutan G, ‘Şirketler Topluluğu’(2011) Bankacılar Dergisi S.79, 90-104

Özdemir A, ‘Borçlar Yasasının 110. Maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları’ (1984) 10 (1-2) YD 252-271

Nurcihan Dalcı Ö, “Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti, (2017) Inonu University Law Review InULR Vol:8 No:1

Özen B, Kefalet Sözleşmesi Özellikleri Kuruluşu Türleri (1st edn, Vedat Kitabevi 2008) 26

Öztürk N, Yatırım Yoluyla İkamet Etme ve Vatandaşlık Kazanma (1st edn, Onikilevha Yayınları 2022) 98

Poroy R/Tekinalp Ü/Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku II (Vedat Kitapçılık 2018)

Pulaşlı H, ‘Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri’ (2007) 11 (1-2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Grundzüge Der Gesellschaftengruppe Nach Dem Entwurft Des Türkischen Haldelsgesetzes Und Vertrauenshaftung Der Herrschenden Gesellschaft) 259-277

Pulaşlı H, Şirketler Topluluğu Genel Esaslar (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4th edn, Adalet Yayınevi 2016) 259

Reisoğlu S, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (23rd edn, Beta Yayınevi 2012) 393

Reisoğlu S, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet (baskı 1st edn, Ayyıldız Matbaası 1992) 78

Sacasas R and Wiesner D, ‘Comfort Letters: The Legal and Business Implications’ (1987) 104 Banking Law Journal 313-338

Tandoğan H, Garanti Mukavelesi Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınevi 1959) 46

Tandoğan H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (4th edn, Vedat Kitabevi 1989) 804

Tekinalp Ü, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (Değişiklik ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3rd edn, Vedat Kitabevi 2013) 534

Tekinalp Ü, Banka Hukukunun Esasları (2nd edn, Vedat Kitabevi 2009) 520

Tekinay S and Akman S and Burcuoğlu H and Altop A, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeniden Gözden Geçirilmiş 7th edn, Filiz Kitabevi 1993) 305

Trichardt, A. P, “Letters of Comfort: A Comparative Law and Trans-systemic Analysis of Chamelenoic Instruments, University of New South Wales 2010

Trichardt A.P, “Comfort Letters–A Quartet of Decisions Interrupt the Judicial Quiescence” (2001) 9

Tilburg Foreign Law Review 162 at 166

Yanlı, Veliye, ‘Hâkimiyet Sözleşmeleri’ (2013) Regesta Ticaret Hukuku Dergisi C.3 S.1, 6

Yenice A, Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri (1 st edn, Oniki Levha Yayınevi 2009) 12

Yıldırım A, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 11th edn, Monopol Yayınevi 2020) 324

Yılmaz A, Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk (1st edn, Oniki Levha Yayınları 2010)

Zevkliler A and Gökyayla K, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (20 th edn, Vedat Kitabevi 2020) 706

İnternet Üzerinden Erişilen Kaynaklar

Battal A, ‘Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk’ (2012) 18 (2) MÜHFHAD 245 - 254, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/799302>> (erişim tarihi: 14.09.2023)

Comfort Letters Under Danish Law, International Financial Law Review, March 1987, <<https://www.wissum.dk/wp-content/uploads/2019/09/Danish-Comfort-Letters-2.pdf>> (erişim tarihi: 29.09.2023)

Çetin A and Öğüz Akarçay A, ‘Karşılıklar, Koşullu Borçlar ve Koşullu Varlıkların İncelenmesi’ (2010) 29 (2) Marmara Üniversitesi, İ.İ.B.F. Dergisi <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/3924>> (erişim tarihi:14.12.2023)

du Jardin L, Un confort sous-estimé dans l'aménagement contractuel des groupes de sociétés : la lettre de patronage. Prom. : Horsmans, Guy ; T'Kint, François <<http://hdl.handle.net/2078.1/158027>> (erişim tarihi: 28.09.2023)

Durak Y, ‘Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo’ (2017) 25 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 239-288, 242 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333283> > (erişim tarihi: 29.08.2023)

Laurent Verbeke A, De patronaatsverklaring, Een persoonlijke zekerheid met vele gezichten (Letter of Comfort, a Personal Security with

Many Faces) <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id= 2305569](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2305569)> (erişim tarihi: 22.01.2024)

Resnik B, ‘Understanding Comfort Letters for Underwriters’ (1979) 34 (4) *The Business Lawyer* 1725-1725 <https://www.jstor.org/stable/pdf/40686251.pdf?refreqid=fastly-default%3A00f60224cabecd05868ec1c41cae9bb6&ab_segments=&origin=&initiator=&acceptTC=1> (erişim tarihi: 22.12.2023)

Wittuhn G A, *Kleinwort Benson Limited v. Malaysian Mining Corporation Berhad -- A Comparative Note on Comfort Letters* (1990) *CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE*, <<https://lawjournal.mcgill.ca/wp-content/uploads/pdf/7527889-Wittuhn.pdf>> (erişim tarihi: 19.01.2024)

- Araştırma Makalesi -

≠ MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE
ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN YARGILAMAYA KATILMASININ
TEORİK ÇERÇEVESİ*

(THEORETICAL FRAMEWORK OF THE JOINING OF THIRD PARTIES IN
INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION)

Arş. Gör./Res. Asst. Burak IŞIK**

ÖZ

Son yüzyılda sayıları giderek artan çok taraflı ve/veya çok katmanlı hukuki ilişkilerin de etkisiyle ikiden fazla kişiyi ilgilendiren hukuki uyuşmazlıkların sayısında kayda değer artışların yaşandığı söylenebilir. Bu fiili durumun sonuçlarından biri de tahkimde çok taraflı uyuşmazlıkların çözümüne yönelik hukuki araçların tanıtılması ve tatbik edilmesidir. Üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına ilişkin usûl hukuku araçları da bu bağlamda değerlendirilebilir. Zira çok taraflı ve/veya çok katmanlı hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda üçüncü kişilerin hakemlerce verilecek karardan etkilenmesi söz konusu olabileceği gibi, bazen de tarafların üçüncü kişi yargılamaya katılmaksızın yargılamadan istediği sonucu elde etmesi mümkün olmayabilir. Ancak devlet yargısının muadil usûl araçlarına nazaran üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılması farklı bir değerlendirme yapılmasını gerektirir: Tahkimin irade üzerine inşa edilen kurgusu nedeniyle -her ne kadar bir usûl hukuku müessesesi olarak nitelendirilebilse de- üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasında maddi hukuk kuralları da önem arz eder. Bu doğrultuda çalışma, bir milli hukuku temel almaksızın, üçüncü kişinin yargılamaya katılmasının teorik çerçeve-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 26.04.2024 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 13.06.2024 tarihinde birinci hakem; 28.06.2024 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Anadolu Üni. Hukuk Fak. Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, isik-burak@hotmail.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-5387-5498

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bu makaleye atf için; IŞIK, Burak, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Kişilerin Yargılamaya Katılmasının Teorik Çerçevesi", REGESTA, Cilt: 9, Sayı: 2, 2024, s. 383-442.

sini tahkimin evrensel kurgusu bağlamında tanımlamayı hedefler. Çalışmada, öncelikle, yargılamaya katılma kavramının çerçevesi ortaya konulur. Ardından yerel hukuk düzenlemelerinden, kurumsal tahkim kurallarından ve dolayısıyla bunların ayrıksı tercihlerinden bağımsız olarak tahkimde yargılamaya katılmanın teorik temelleri üzerinde durulur. Bu kapsamda ilgililerin tahkim iradesi, bu bağlamdaki taleplere ilişkin olarak yapılacak değerlendirmede dikkate alınması gereken diğer etkenler, tahkim yargılamasına katılmaya uygulanacak hukuk ve müessese ile ilgili bazı sorunlu meseleler ele alınır. Çalışmanın son bölümünde ise tahkim yargılamasına katılmaya ilişkin örnek düzenlemelere yer verilir.

Anahtar Kelimeler: Yargılamaya Dâhil Etme, Yargılamaya Müdahale, Çok Taraflı Uyuşmazlık, Tahkim İradesi, Maddi Hukuk, Hakem Heyetinin Teşekkülü, Hakem Kararlarının İcra Kabiliyeti.

ABSTRACT

There has been a surge in legal disputes involving more than two parties due to the increasing number of multilateral and/or multilayered legal relations in the last century. One of the consequences of this de facto situation is the introduction and application of legal instruments for the settlement of multi-party disputes in arbitration. Procedural law instruments regarding the joining of third parties in the proceedings may also be referred in this context. In disputes arising out of multilateral and/or multilayered legal relations, third parties may be affected by the arbitral award, and sometimes it may not be possible to resolve the dispute to the complete satisfaction of the parties without the involvement of third parties. However, the joining of third parties in arbitration proceedings requires a distinct assessment compared to the equivalent procedural tools of the state judiciary: Due to the consent-based nature of arbitration, the joining of third parties is also subject to the rules of substantive law. Accordingly, the study aims to establish the theoretical framework of third-party participation in the context of the universal construct of arbitration without taking a national law as a basis. Firstly, the study attempts to define the conceptual framework and then explores the theoretical foundations of the concept notwithstanding national laws and institutional arbitration rules and therefore the peculiarities thereof. In this context, consent of the parties involved, other factors to be considered in the assessment of such claims, the applicable law, and some contentious issues are

discussed. The last part of the study includes representative provisions regarding third-party participation in arbitral proceedings.

Keywords: *Joinder, Intervention, Multi-party Dispute, Consent to Arbitration, Substantive Law, Constitution of Arbitral Tribunal, Enforceability of Arbitral Awards.*

I. GENEL BAKIŞ

Uyuşmazlık çözüm yöntemleri, kural olarak, iki taraflı bir sistem üzerine inşa edilir. Bu doğrultuda davanın tarafları, davacı ve davalıdır. Ancak uyuşmazlığı çözmek üzere yürütülen yargılama faaliyeti sonucunda verilen hüküm, belirli durumlarda, üçüncü kişileri etkileyebilir ya da üçüncü kişilerin dahil olmaksızın kurulan hükümler yargılamadan beklenen faydayı sağlama noktasında yetersiz kalabilir. Bu doğrultuda verilecek hükümden etkilenen üçüncü kişinin yargılamaya dâhil olmasına veya derdest yargılamanın taraflarının üçüncü kişilere de talep yöneltebilmesine imkân tanınması ihtiyacı doğar. İki taraf sistemine aykırılık teşkil etmeyen bu durumun yargı sisteminin etkin işleyişi bakımından bir gereklilik olduğu öne sürülebilir. Nitekim uyuşmazlığın devlet mahkemeleri önünde çözümlenmesine ilişkin kurallar da bu ihtiyaç doğrultusunda birtakım düzenlemeler yapar. Zira devlet yargısının dayanağını devletlerin egemenlik yetkisinden alan ayırksı konumu, kanunlar vasıtasıyla bu gibi usûli mekanizmaların kurgulanmasına ve ilgililerin iradesi aranmaksızın işletilmesine izin verir.

Uyuşmazlığın yargılama yapılmak suretiyle çözüldüğü bir diğer uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkim de üçüncü kişinin yargılamaya katılması ihtiyacından arı değildir. Zira tahkim yargılamasında da -kural olarak- iki taraf sistemi esas olsa da üçüncü kişilerin hakemlerce verilecek karardan etkilenmesi mümkündür. Bazen de tarafların üçüncü kişi yargılamaya katılmaksızın yargılamadan istediği sonucu elde etmesi, başka bir ifade ile ihtilafın tarafları tatmin eder biçimde çözülmesi mümkün olmayabilir¹. Hatta tahkim yoluyla çözümlenmesi istenen uyuşmazlıkların gide-

¹ Örneğin yargılamaya katılma müessesesinin sıklıkla tatbik edildiği inşaat uyuşmazlıklarında tercih edilen proje teslimi modellerine bağlı olarak gündeme gelebilecek farklı ihtimaller için bkz. Steven Champlin and Tiana Towns, 'Construction Arbitration: Unique Joinder and Consolidation Challenges' (2020) 74(3) Dispute Resolution Journal 152, 158-160

rek daha karmaşık bir hâl aldığı², bu uyuşmazlıklar bakımından paralel yargılamalar yürütülmesi ve çelişkili hükümler verilmesi olasılığının çok daha yüksek ve hakem kararlarının nihai olduğu göz önüne alındığında, yargılamaya katılma müessesesinin tahkim yargılaması için daha da önemli olduğu öne sürülebilir. Nitekim müessese, bu doğrultuda, tahkim literatüründe tanınır ve kurumsal tahkim kurallarının birçoğunda kendisine yer bulur.

Diğer taraftan, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi hâlinde üçüncü kişilerin yargılamaya katılması, devlet yargısında genel kabul gören davaya katılma müessesesinden ayrı bir değerlendirmeyi gerektirir. Zira hakemler, hâkimlerin aksine, yetkilerini tarafların bu yöndeki iradesinden alır. Dolayısıyla hakemlerce verilecek karar üçüncü kişinin menfaatinin etkileyecek olsa dahi, ilgililerin iradesinin mevcut olmadığı durumlarda üçüncü kişinin tahkim yargılamasına katılması mümkün olmaz. Bu çerçevede tahkimde yargılamaya katılma müessesesinin -usûle ilişkin sınırlamalara ve üçüncü kişinin menfaatinin mevcudiyetine ek olarak- “tahkim iradesi” çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Bu da aslında bir usûl hukuku müessesesi olan yargılamaya katılmanın hukuki dayanağının maddi hukuk olduğunu ortaya koyar. Dolayısıyla üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılmasına ilişkin olarak yapılacak değerlendirmelerin de başlangıç noktasının maddi hukuk olması gerekir.

Bu doğrultuda çalışma, bir milli hukuku temel almaksızın, üçüncü kişinin yargılamaya katılmasına ilişkin teorik çerçeveyi tahkimin evrensel kurgusu bağlamında tanımlamayı hedefler. Çalışmada, öncelikle, yargılamaya katılma kavramının çerçevesi ortaya koyulur ve yargılamaya katılma müessesesinin sınırlarının belirginleştirilmesi amacıyla kavramın ilişkili kavramlardan farklı yönleri incelenir. Ardından yerel hukuk düzenlemelelerinden, kurumsal tahkim kurallarından ve dolayısıyla bunların ayrıksı tercihlerinden bağımsız olarak tahkime katılmanın teorik temelleri üzerinde

² Günümüzde tahkim yargılamalarının “iki kutuplu” uyuşmazlıklardan ibaret olmanın ötesine geçtiği; menfaatleri çelişen ikiden fazla tarafın karşı karşıya geldiği yönündeki tespit için bkz. Jonas Pust, ‘How to Join Third Parties to Arbitration Proceedings’ in Girsberger D and Müller C (eds), *Selected Papers on International Arbitration Volume 5* (Stämpfli Verlag AG 2020) 58. Önde gelen tahkim merkezlerince açıklanan istatistiklere dayanan benzer tespitler için bkz. Gary Born, *International Commercial Arbitration Volume II* (3rd edn, Wolters Kluwer 2021) 2760-2761; Lisa-Marie Ross and Kathrin Asschenfeldt, ‘Recent Developments of Third Party Joinder in International Arbitration’ (2022) 39(5) *Journal of International Arbitration* 691, 692-693; Fatih Işık, ‘Complex (Multi-Party and Multi-Contract) Arbitrations in Articles 7-10 of ICC Arbitration Rules’ (2020) 69 *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul* 167, 168

durulur. Bu kapsamda ilgililerin yargılamaya katılmaya yönelik iradesi, bu bağlamdaki taleplere ilişkin olarak yapılacak değerlendirmede dikkate alınması gereken diğer etkenler, tahkim yargılamasına katılmaya uygulanacak hukuk ve son olarak müessese ile ilgili bazı sorunlu meseleler ele alınır. Çalışmanın son bölümünde ise tahkim yargılamasına katılmaya ilişkin örnek düzenlemelere yer verilir.

II. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A. Yargılamaya Katılma Kavramı

Tahkim yargılamasına katılmayı, kavramsal olarak, her hukuk düzenindeki kuralları kapsayacak şekilde tanımlamak mümkün değildir. Nitekim yerel hukuk ile tahkim merkezlerinin kuralları tahkim yargılamasına katılma bakımından birbirinden farklı açılardan ayrışan kurallar öngörür ve farklı sistemleri kabul eder. Bu sebeple tahkim yargılamasına katılma kavramı, çalışmada en geniş anlamıyla kullanılır. Yargılamaya katılma kavramıyla, derdest bir tahkim yargılamasına derdest yargılamanın tarafları dışındaki herhangi bir üçüncü kişinin taraf olarak katılması kastedilir³. Dolayısıyla bu bağlamda yargılamaya katılan üçüncü kişinin derdest yargılamanın taraflarının bağlı olduğu tahkim anlaşmasının şeklen tarafı olması hâli de ilgilinin yargılamaya katılma bağlamında “üçüncü kişi” olarak nitelendirilmesine engel değildir. Başka bir ifade ile ikiden fazla kişinin şeklen tarafı olduğu tahkim anlaşmasına dayanarak iki kişi arasında başlatılan tahkim yargılaması bakımından tahkim anlaşmasına şeklen taraf olan diğer kişiler de “üçüncü kişi” olarak nitelendirilir.

Diğer taraftan tahkim yargılamasına katılma kavramı çeşitli yönlerden daraltılabilir. Örneğin kavram sadece derdest yargılamanın taraflarını değil, derdest yargılamanın yapılmasına imkân veren tahkim anlaşmasını “imzalayan”ları (*signatories*) dışlayacak şekilde kullanılabilir. Bu bağlamda yargılamaya katılma, tahkim anlaşmasının şeklen tarafı olmayan üçüncü kişinin (*non-signatory third party*) derdest yargılamaya katılmasını ifade eder⁴. Yine kavramın içeriğini katılma talebinde bulunan tarafın hukuki niteliğine göre farklı şekillerde sınırlandırmak mümkündür. Bu doğrultuda derdest yargılamanın taraflarından birisinin üçüncü kişinin yargı-

³ Benzer bir yaklaşım için bkz. Banu Şit Köşgeroğlu, ‘Başlıca Tahkim Merkezlerinin Kuralları Uyarınca Milletlerarası Ticarî Tahkimde Üçüncü Kişilerin Davaya Dahil Edilmesi (Joinder) ve Davaya Katılması (Intervention)’ (2023) 165 TBB Dergisi 173, 175

⁴ Kirtan Prasad, ‘Joinder and Consolidation In Institutional Arbitration Over the Last 10 Years: Evolution or Revolution?’ (2021) 7(2) NLS Business Law Review 24, 25

lamaya katılmasını talep etmesi ile üçüncü kişinin kendi isteğiyle yargılamaya katılması, başka bir ifade ile uyuşmazlığın taraflarına talep yöneltmesi hâlleri birbirinden ayrılabilir. Bunlardan ilki “yargılamaya dâhil etme (joinder^{5,6})”, ikinci ise “yargılamaya müdahale (intervention)” olarak nitelendirilir⁷. Nitekim tahkim literatüründeki ve tahkim merkezlerinin kural-

⁵ Ancak joinder kavramının, çalışmada esas alındığı anlamıyla “yargılamaya katılma” kavramının karşılığı olarak kullanılması da söz konusudur. Dolayısıyla bu durumlarda joinder, hem yargılamaya dâhil etme hem de yargılamaya müdahale kavramlarını da içine alan bir üst kavram olarak kullanılır. Örneğin bkz. Bernard Hanotiau, ‘Non-signatories in International Arbitration: Lessons from Thirty Years of Case Law’ in Albert Jan van den Berg (ed), ICCA Congress Series No. 13 (Kluwer Law International 2007) 343; Daniel Girsberger and Nathalie Voser, International Arbitration Comparative and Swiss Perspectives (4th edn, Schulthess Juristische Medien AG 2021) para. 576. İstisnai olarak joinder kavramının davaların birleştirilmesi (consolidation) anlamında, intervention kavramının ise üçüncü kişilerin yargılamaya katılması anlamında kullanıldığı da görülür. Örneğin ABD merkezli bir şirket olan ve uyuşmazlık çözümü alanında faaliyet gösteren “Judicial Arbitration and Mediation Services, Inc.”in (JAMS) Tahkim Kuralları’nın 6. maddesinde durum böyledir. Kurallar’da intervention, “participation of third parties” ile eş anlamlı kullanılırken “yargılamaya dâhil etme” ve “yargılamaya müdahale” kavramları arasında bir ayırım yapılmaksızın “[w]here a third party seeks to participate in an arbitration already pending” ve “where a party to an arbitration under these Rules seeks to cause a third party to participate in the arbitration” ifadelerine yer verilir. Kurallar için bkz. JAMS, ‘International Arbitration Rules & Procedures’ (Effective June 1, 2021) <www.jamsadr.com> accessed 14 June 2024

⁶ ICC tahkimi bağlamında joinder kavramının Türkçe karşılığı olarak “davaya katılma” kavramı da kullanılır. Bkz. Ali Yeşilirmak, ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması (On İki Levha Yayıncılık 2018) 52. Nitekim ICC Tahkim Kuralları’nın 2012 versiyonunun Türkçe çevirisinde de “davaya katılma” kavramı tercih edilmiş ancak sonraki versiyonların Türkçe çevirisinde “dâhil etme” kavramı esas alınmıştır. Bkz. Milletlerarası Ticaret Odası, ‘Tahkim Kuralları’ (2012, Türkçe) <https://icc.tobb.org.tr> accessed 12 April 2024. Aynı yönde bkz. Ergun Özsunay, 21. Yüzyıl Tahkim Hukukunda Üç Önemli Reform (Vedat Kitapçılık 2014) 217; Malike Polat Ortakaya, Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) Tahkim Uygulaması (Yetkin Yayınları 2018) 127

⁷ Aynı yönde bkz. Born, Volume II (n 2) 2760; S. I. Strong, ‘Third Party Intervention and Joinder as of Right in International Arbitration: An Infringement of Individual Contract Rights or a Proper Equitable Measure?’ (1998) 31 Vanderbilt Journal of Transnational Law 915, 920-921; Paolo Marzolini, ‘Is the Parties’ Consent Still an Overriding Principle for Joinder and Intervention of Third Parties in International Commercial Arbitration?’ in Favalli D and others (eds), Selected Papers on International Arbitration Volume 2 (Stämpfli Verlag AG 2012) 112-113; Ross and Asschenfeldt (n 2) 694; Philipp Schwarz, ‘Third-Party Participation in Commercial Arbitration - Fifty Shades of Consent?’ in Klausegger C and others (eds), Austrian Yearbook on International Arbitration 2023 (Manz, C.H. Beck, Stämpfli 2023) 145; Polat Ortakaya (n 6) 127. Aynı ayrımı esas almakla birlikte “intervention” kavramını “davaya katılma” olarak Türkçeleştiren çalışma için bkz. Şit Köşgeroğlu (n 3) 171ff.

larındaki yaygın kullanım da bu ayrımı esas alır. Bununla birlikte yargılamaya dâhil etme ve yargılamaya müdahale müesseseleri, özellikle teorik düzlemde, neredeyse bütünüyle örtüşür. Bu sebeple çalışmada, iki kavramı da kapsayacak şekilde, “yargılamaya katılma (*joining of third parties*)” kavramı esas alınır.

B. Üçüncü Kişilerin Yargılamada Yer Almasını Sağlayan Diğer Usûl Hukuku Araçlarından Farkı

Yargılamada yer alan üçüncü kişinin yargılamadaki dahlinin derecesi de “yargılamaya katılma” kavramının içeriği açısından belirleyici olur. Zira yargılamaya katılan üçüncü kişinin yargılamanın tarafı hâline gelmesi esas olmakla birlikte yargılamada yer alan üçüncü kişinin teknik anlamıyla “taraf” olarak nitelendirilemediği durumlar söz konusu olabilir. İlk durumda üçüncü kişi, yargılamadaki konumuna bağlı olarak, davacı ya da davalı olarak nitelendirilir ve bu doğrultuda derdest yargılamanın taraflarının sahip olduğu tüm haklar yargılamaya katılan üçüncü kişiye de tanınır. Dolayısıyla yargılama sonucunda kurulan hükmün etkisi bakımından derdest yargılamanın tarafları ile yargılamaya sonradan katılan üçüncü kişi arasında farklılık söz konusu olmaz: Yargılamanın tarafı olan üçüncü kişi hakkında da hüküm tesis olunur. Çalışmanın konusunu oluşturan “yargılamaya katılma” kavramı kapsamında davaya dâhil edilen (*by way of joinder*) ya da davaya müdahale eden (*by way of intervention*) üçüncü kişi bakımından durum böyledir. İkinci durumda ise üçüncü kişinin yargılamadaki dahli daha sınırlıdır ve bu nedenle kendine tanınan hakların kapsamı da daha dardır. Hatta üçüncü kişi hakkında hüküm kurulması dahi mümkün olmayabilir.

Her ne kadar yargılamada yer almış olsa da taraf olarak nitelendirilemeyen üçüncü kişiler açısından da ikili bir ayrıma gidilebilir. Uyuşmazlıkla ve uyuşmazlığa kaynak teşkil eden hukuki ilişkiyle organik bir bağı ve bu nedenle davanın kazanılmasında menfaati bulunan üçüncü kişiler ilk gruba dâhil edilebilir. Örneğin İsviçre usûl hukukundan “*Nebenintervention (accessory intervention, intervention accessoire indépendante, intervenuto adesivo litisconsortile)*” ve “*Streitverkündigung*” bu kapsamda yer alır⁸. Yine benzer bir işleve sahip olan “*intervention volontaire accessoi-*

⁸ Benzer bir tespit için bkz. Daniel Wehrli and Marco Stacher, ‘Arbitration under the Swiss Rules’ in Cordero-Moss G (ed), *International Commercial Arbitration Different Forms and their Features* (Cambridge 2013) 368. Detaylı bilgi için bkz. Philippe Bärtsch and Simon Demaurex, ‘Cross-Claim, Joinder, Intervention - Article 6’ in Zu-

re” ve “*intervention forcée aux fins de jugement commun*” de bu bağlamda Fransız hukukundan birer örnek teşkil eder. Amerikan usûl hukuku araçlarından “*vouching in*” de bu kapsamda örnek gösterilebilir⁹. Türk medeni usûl hukukunun “fer’î müdahale” kurumuna tekabül eden veya benzerlik gösteren¹⁰ bu gibi usûl araçları vasıtasıyla yargılamada yer alan kişiler birer taraf olarak nitelendirilmemekle¹¹ birlikte uyumsuzlukla ilişkileri ve yargılamadaki konumları itibarıyla “*side-party (Nebenpartei)*” olarak isimlendirilebilir¹². Yargılamaya katılmaya ilişkin olarak ortaya koyulmaya çalışılan teorik çerçeve, bu grupta yer alan usûli araçlar için de belirli oranlarda geçerli olmakla birlikte bu kapsamda yargılamada yer alan üçüncü kişilerin yargılamadaki dahlinin sınırlılığı ayrıksı bir değerlendirme yapılmasını gerektirir. Bu noktada farklı görüşler ileri sürülür¹³. “Tam taraf (*full-party, Hauptpartei*)” statüsü kazanmaksızın yargılamada yer alan üçüncü kişi ile derdest yargılamanın tarafları arasında bir tahkim anlaşmasının bulunmasının zorunlu olmadığı yönünde görüşler olduğu da ifade edilmelidir¹⁴. Ayrıca milletlerarası tahkimde esas alınan kuralların - bunlara milli hukuklar, kurumsal tahkim kuralları ve model kanunlar dâhil edilebilir- bu bağlamda çoğunlukla sessiz olduğu da eklenebilir.

Diğer taraftan genellikle uyumsuzlukla organik bir bağı bulunmamasına rağmen davanın kazanılmasındaki “özel menfaati” ya da sahip olduğu uzmanlık sebebiyle yargılamada yer alan üçüncü kişiler ise ikinci grupta yer alır. Bunun tipik örneği ise *amicus curiae* sıfatıyla yargılamada yer alınmasıdır ve bu bağlamda yargılamada yer alan üçüncü kişiler bakımın-

berbühler T, Müller C and Habegger P (eds), Swiss Rules of International Arbitration (Schulthess Juristische Medien AG 2023) 97-98

⁹ Detaylı açıklamalar için bkz. Schwarz (n 7) 150ff.

¹⁰ Diğer taraftan yargılamaya katılma müessesesi içinde yer alan usûli araçların, nitelikleri ve sonuçları itibarıyla Türk hukukundaki asli müdahaleye benzetilebileceği yönünde bkz. Yeşilirmak (n 6) 54-55

¹¹ Fer’î müdahalenin hukuki niteliği hakkında detaylı bilgi ve bu yöndeki tespit için bkz. Hakan Pekcanitez and Nedim Meriç, *Medenî Usûl Hukukunda Fer’î Müdahale* (2nd edn, On İki Levha Yayıncılık Yayıncılık 2020) 33-55

¹² Schwarz (n 7) 149

¹³ Konunun Türk hukuku perspektifinden tahlili için bkz. Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri* (DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1996) 208-211; Emre Esen, *Uluslararası Ticarî Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili* (Beta 2008) 304-306; Pekcanitez and Meriç (n 11) 414-419.

¹⁴ Detaylı bilgi için bkz. Bernhard Berger and Franz Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland* (4th edn, Stämpfli Verlag AG 2021) para. 580; Wehrli and Stacher (n 8) 368

dan “*non-disputing-party*” nitelendirmesi yapılabilir¹⁵. “Mahkemenin dostu (*friend of the court*)” olarak da bilinen *amicus curiae*, en basit tanımıyla, yargılamaya doğrudan taraf olmayan ancak uyuşmazlığa konu hukuki meselelerde uzmanlığa¹⁶ veya “özel menfaate¹⁷” sahip olan kişi veya kuruluşları ifade eder¹⁸. Bununla birlikte *amicus curiae*’nin -çoğu hukuk düzeninde kanuni düzenlemeden yoksun olduğunu ekleyerek- farklı hukuk düzenlerinde farklı şekillerde tanımlandığını¹⁹ ve farklı kişilerin *amicus curiae* sıfatıyla yargılamaya katıldığını belirtmek gerekir. Bu çerçevede farklı özelliklere sahip süljeler arasında hukuk profesyonelleri, uzmanlar, sivil toplum örgütleri ve diğer menfaat grupları sayılabilir. Menfaat grupları ile kastedilen ise hemen her zaman uyuşmazlıkla organik bağı bulunmamakla birlikte yargılama sonucunda verilecek karardan daha geniş bir perspektifte etkilenme ihtimali olanlardır. Her ne kadar genel geçer bir tanım yapmak mümkün olmasa da *amicus curiae*’nin temel işlevi, yargılamayı yapan kişileri bilgilendirmek ve aydınlatmaktır.

Geleneksel olarak devlet yargısında ve yatırım tahkiminde karşılaşılan *amicus curiae*’nin tahkim yargılamasında yer alması da mümkündür²⁰. Müessese, bu bağlamda, üçüncü kişinin tahkime taraf olmamasına rağmen görüşlerini, fikirlerini veya hukuki argümanlarını hakem heyetine sunmasına olanak tanır. *Amicus curiae* sıfatıyla yargılamada yer alınmasının amacı, tahkimde ele alınan konular hakkında hakem heyetine yardımcı

¹⁵ Schwarz (n 7) 153

¹⁶ Yargılamaya *amicus curiae* sıfatıyla katılanın hakem heyetine “yeni bir bakış açısı, bilgi veya içgörü kazandırması” gerektiğine ilişkin olarak bkz. Gary Born and Stephanie Forrest, ‘Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration’ (2019) 34(3) ICSID Review 626, 646

¹⁷ Menfaatin “genel” değil, “önemli” olması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Born and Forrest (n 16) 650

¹⁸ Nitekim bu işlev farklılığı sebebiyle öğretilerde “bilgiye dayalı *amicus curiae* (information-based *amicus curiae*)” ve “menfaate dayalı *amicus curiae* (interest-based *amicus curiae*)” ayrımı yapılır. Ayrım ve detaylı bilgi için bkz. Astrid Wiik, *Amicus Curiae before International Courts and Tribunals* (Nomos 2018) 133ff.

¹⁹ Aynı yönde bkz. Hande Ünsal, ‘Yatırım Tahkiminde Üçüncü Tarafların Tahkim Usulüne Katılımı’ in Tiryakioğlu B and other (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (Yetkin Yayınları 2016) 363; Wiik (n 18) 25ff.

²⁰ Milletlerarası ticari tahkimde *amicus curiae* katılıma pek az rastlandığı, kurumsal tahkim kurallarının genellikle bu bağlamda sessiz kaldığı ancak bu durumun *amicus curiae* sıfatıyla yargılamada yer alınmasını doğrudan engellemediği yönündeki tespitler için bkz. Jan Heiner Nedden and Friedrich Rosenfeld, ‘The New UNCITRAL Transparency Rules: How the Trend Towards Transparency Differs in Investment and Commercial Arbitration’ in Müller M and Rigozzi A (eds), *New Developments in International Commercial Arbitration 2013* (Schulthess Juristische Medien AG 2013) 57-58

olmaktır. Bu bağlamda hakem heyetine hukuki uzmanlık çerçevesinde yardım sunulabileceği gibi kamu yararı gerekçesiyle görüş bildirilmesi de söz konusu olabilir. Bu amaçla tarafların ya da üçüncü kişinin talebiyle *amicus curiae* sıfatıyla yargılamada yer alınması mümkündür. Örneğin milletlerarası inşaat uyuşmazlıklarında derdest yargılamanın tarafı olan yüklenicinin, sahip olduğu uzmanlık sebebiyle uyuşmazlıkla ilgili vakıalara açıklık getirmesi ve hakemleri bilgilendirmesi amacıyla alt yüklenicinin yargılamada yer almasını talep etmesi hâlinde de durum böyledir²¹. Durumun niteliğine bağlı olarak hakemler de üçüncü kişilerin *amicus curiae* sıfatıyla yargılamaya katılmasını talep edebilir.

Amicus curiae müessesesi ile davaya katılma müessesesini birbirinden ayıran temel farklar, kurumlar arasındaki işlev farklılıklarından ve tarafların yargılamadaki konumlarından ileri gelir. Davaya katılma usûlüne uygun olarak tahkim yargılamasına katılan üçüncü kişi taraf olarak nitelendirilirken *amicus curiae* yargılamanın tarafı değildir²². Dolayısıyla hakemler, davaya katılan üçüncü kişi hakkında hüküm tesis ederken *amicus curiae* hakkında hüküm tesis edilmesi mümkün olmaz²³. Yine *amicus curiae* müessesesinde uyuşmazlığın çözümü bakımından üçüncü kişilerin doğrudan menfaati söz konusu değildir ve hatta hukuki uzmanlık sebebiyle yargılamada yer alma durumunda üçüncü kişinin menfaati söz konusu değildir. Bunun karşısında yargılamaya katılan üçüncü kişinin uyuşmazlığın çözümünde doğrudan menfaati vardır. Son olarak yargılamaya taraf olarak katılan kişinin “tarafsız” olması beklenemeyecekken *amicus curiae* sıfatı ile yargılamaya katılan kişinin bağımsız olması gereken durumlar²⁴ söz konusudur. Dolayısıyla yukarıda verilen örnekte alt yüklenicinin *amicus curiae* sıfatıyla yargılamada yer alması durumunda kendisine usûli haklar tanınmadığı gibi hakemlerce hakkında hüküm kurulması söz konusu olmazken yargılamaya dâhil edildiği durumda uyuşmazlığın tarafı hâline gelir, bu doğrultuda yargılamanın tarafı olarak usûli haklarını kullanır ve yargılama sonunda alt yüklenici açısından da bağlayıcı bir hüküm tesis edilir.

²¹ Schwarz (n 7) 154

²² Marzolini (n 7) 115; Ünsal (n 19) 362; Wiik (n 18) 126-127

²³ Wiik (n 18) 127

²⁴ Detaylı bilgi için bkz. Born and Forrest (n 16) 654 vd. Yatırım tahkimi bağlamında bağımsızlığa ilişkin yeknesak bir ölçütün mevcut olmadığı yönündeki tespit ve değerlendirmeler için bkz. Wiik (n 18) 253ff.

C. Davaların Birleştirilmesinden Farkı

Yargılamaya katılma ile sıkça birlikte kullanılan kavramlardan birisi olan davaların birleştirilmesi (*consolidation*), en basit tanımıyla, iki veya daha fazla tahkim yargılamasının birleştirilmesini ifade eder²⁵. Tıpkı davaya katılmada olduğu gibi davaların birleştirilmesinde de amaç, zaman ve yargılama giderlerinden tasarruf etmek suretiyle etkinlik sağlamak ve çelişkili kararlar verilmesi ihtimalini bertaraf etmektir²⁶. Bu amaçla derdest davalar, davalardan birisi bünyesinde birleştirilebileceği gibi davaların yeni bir dava altında birleştirilmesi de mümkündür. Davaların birleştirilmesi için uyuşmazlığın aynı sözleşmeden kaynaklanması gerekmez, farklı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlık için açılan davalar da -kural olarak- birleştirilebilir²⁷. Önemli olan uyuşmazlık konularının dayandığı vakıalar ve hukuki ilişkiler arasında bağlantı bulunmasıdır. Bu doğrultuda davaya katılma, mevcut tahkim yargılamasına yeni bir taraf eklenmesiyle ilgiliyen davaların birleştirilmesi birden fazla tahkim yargılamasının tek bir tahkim yargılamasında birleştirilmesini ifade eder. Yöntemler, amaçları bakımından benzerlik gösterse de farklı kurallara tabidir²⁸. Elbette davaların birleştirilmesi hâlinde yargılamaya yeni bir tarafın eklenmesi ihtimaller dâhilinde olsa²⁹ da bu durumu, teknik anlamıyla, üçüncü kişilerin yargılamaya katılması olarak nitelendirmek mümkün değildir. Burada söz konusu olan durum, davaların birleştirilmesinin bir sonucudur. Dolayısıyla davaların birleştirilmesi, üçüncü kişilerin yargılamaya katılması bakımından dolaylı bir yol olarak görülebilir. Başka bir ifade ile tarafları aynı olan iki yargılamanın birleştirilmesi hâlinde taraflar bakımından bir değişiklik olmazken aksi durumda yeni bir taraf eklenmesi söz konusu olur ve bu ihtimalde çok taraflı tahkim gündeme gelir.

D. Çok Taraflı Tahkimle İlişkisi

Yargılamaya katılma kavramı ile ilişkilendirilebilecek bir diğer kavram olan çok taraflı tahkimde (*multi-party arbitration*), tahkim yargılamasının ikiden fazla tarafı vardır. Yargılamada ikiden fazla taraf olmasından kasıt ise uyuşmazlığın davacı veya davalı taraflarının en az birinde birden fazla kişi olmasıdır. Dolayısıyla çok taraflılık ile ifade edilmek istenen, davacı-davalı ayrımının ötesinde bir gruplandırmanın yapıldığı bir yargı-

²⁵ Born, Volume II (n 2) 2760; Girsberger and Voser (n 5) para. 584; Marzolini (n 7) 113

²⁶ Girsberger and Voser (n 5) para. 584

²⁷ Hanotiau, Non-signatories (n 5) 346; Berger and Kellerhals (n 14) para. 591

²⁸ Benzer değerlendirmeler için bkz. Prasad (n 4) 25-26

²⁹ Bu durumla sık karşılaşıldığı yönündeki tespit için bkz. Pust (n 2) 70

lama değil, ikiden fazla kişinin davacı ve/veya davalı sıfatıyla yargılamada yer almasıdır. Nitekim bu durumda da yargılamadaki kişilerin yönelttikleri ya da kendilerine yöneltilen talepler bağlamında davacı ya da davalı olarak tasnif edilmesi gerekir³⁰. Ancak birden fazla kişinin davacı ya da davalı olarak nitelendirilmesi, başka bir ifade ile “aynı grupta yer almaları”, bu kişiler arasında her zaman menfaat birliğinin mevcut olduğu çıkarımını yapmaya izin vermez. Hatta aynı tarafta yer alan kişilerin birbirlerine talep yöneltmeleri (*cross-claim*) dahi söz konusu olabilir. Tahkimin devlet yargısına nazaran ihtiva ettiği ayrıksı özellikler de bu duruma özgü kurallar ihdas edilmesini gerektirebilir.

Çok taraflı tahkim olarak nitelendirilebilecek yargılamalarda ikiden fazla tarafın uyuşmazlık çözüm sürecine dâhil olmasına imkân sağlayan aslında tahkim anlaşmasının kendisidir. Bu doğrultuda taraflar, anlaşma ile taraf sayısını belirleyebileceği gibi uyuşmazlık çözüm yöntemine dâhil olacak tarafların belirlenebilmesi için bir mekanizma öngörebilir³¹. Karmaşık ticari işlemlerde ve özellikle birden fazla tarafın ve sözleşmenin söz konusu olduğu ilişkilerde, bu tip tahkim anlaşmalarına rastlanması mümkündür. Modern ticaret hayatında sıkça rastlanan birleşme sözleşmeleri, geleneksel sinallagmatik sözleşmelere nazaran, uyuşmazlıkların çözümünün de çok taraflı olmasını gerektirebilir. Nitekim konsorsiyum sözleşmelerinde ikiden fazla tarafın yer aldığı tahkim anlaşmalarına sıkça rastlanır³². Ancak “çok taraflı tahkim” nitelendirilmesinin yapılmasına izin veren salt hukuki ya da fiilî ilişkinin çok taraflı olması değil, yargılamanın çok taraflı olmasıdır. Hâliyle iki kişi arasında çok taraflı alt ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlık sebebiyle başlatılan yargılama için “çok taraflı tahkim” nitelendirmesi yapmak mümkün olmaz. Diğer taraftan farklı iki taraflı hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlık sebebiyle ikiden fazla kişi tarafından başlatılan bir yargılama yine çok taraflı tahkime vücut verir.

Açıklanan çerçevede birden fazla davacının ya da davalının bulunduğu yargılamalarda çok taraflı tahkimin söz konusu olacağı ve -varsa-

³⁰ Bunun her zaman mümkün olmadığı yönündeki tespit için bkz. Micha Bühler and Lukas Fellmann, ‘Appointment of Arbitrators - Article 11’ in Zuberbühler T, Müller C and Habegger P (eds), *Swiss Rules of International Arbitration* (3rd edn, Schulthess Juristische Medien AG 2023) 165. Karş. Polat Ortakaya (n 6) 127

³¹ Detaylı bilgi için bkz. Gary Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements* (6th edn, Wolters Kluwer 2021) 292-300

³² Andreas Reiner and Christian Aschauer, ‘ICC Rules’ in Shütze RA (ed), *Institutional Arbitration Article-by-Article Commentary* (Beck, Hart, Nomos 2013) 60

çok taraflı tahkim bakımından öngörölmüş kuralların uygulanacağı söyle-
nebilir. Dolayısıyla bu açıdan “çok taraflılığın” ne şekilde ve ne zaman
ortaya çıktığı önem arz etmez. Yargılama doğrudan çok taraflı olarak baş-
latılabileceği gibi sonradan da çok taraflı hâle gelebilir. Nitekim çalışmada
temas edilen “davaların birleştirilmesi” ve yargılamaya katılma da bu bağ-
lamda önem arz eder. Başka bir ifade ile davacı ve davalı tarafında birer
kişinin yer aldığı bir yargılamada davanın, üçüncü kişinin tarafı olduğu
başka bir dava ile birleştirilmesi ya da üçüncü kişinin derdest yargılamaya
katılması söz konusu olabilir. Bu durumda çok taraflı tahkim gündeme
gelir. Dolayısıyla yargılamanın çok taraflı olarak nitelendirilmesi için
üçüncü kişinin yargılamaya katılması zorunlu olmadığı gibi herhangi bir
üçüncü kişinin katılmadığı yargılama hâlihazırda çok taraflı olabilir. Bu
doğrultuda çok taraflı tahkim, bir yargılama usûlü; davaya katılma ve da-
vaların birleştirilmesi de çok taraflı tahkim usûlünün uygulanmasını gerek-
tiren birer hukuki mekanizma olarak nitelendirilebilir.

E. Tahkim Anlaşmasının Teşmili ile İlişkisi

Tahkimde davaya katılma müessesesi ile kavramın sık sık birlikte
anıldığı tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili birbirleriyle yakından
ilişkilidir. Bu durumun temelinde yargılamaya katılacak üçüncü kişi ile
derdest yargılamanın taraflarını birbirine “bağlayan” bir tahkim anlaşma-
sının mevcut olması gerekliliği yatar. Zira tarafların bir tahkim anlaşma-
sıyla bağlı olmadığı durumda tahkim yargılaması yapılması mümkün ol-
maz. Dolayısıyla gerek üçüncü kişinin yargılamaya dâhil edilmesinde ge-
rek üçüncü kişinin yargılamaya müdahalesinde ilgililerin tahkim iradesi-
nin araştırılması gerekir. İlgililerin tümünün tarafı olduğu ve ilgililerin
tümü tarafından imzalanmış bir tahkim anlaşmasının bulunduğu durumda,
tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin değerlendirmeler bir tarafa, ilk
koşul sağlanmış olur. Diğer taraftan yargılamaya katılacak üçüncü kişinin
derdest yargılamanın taraflarını bağlayan tahkim anlaşmasının şeklen tara-
fı olmadığı, başka bir ifade ile ilgili tahkim anlaşmasının üçüncü kişi tara-
findan imzalanmadığı durumda ise üçüncü kişinin ilgili tahkim anlaşma-
sıyla bağlı olup olmadığı araştırılması gerekir. Bu noktada tahkim an-
laşmasının kişiler yönünden kapsamının (*personal scope of the arbitration
agreement*) belirlenmesine ilişkin bir değerlendirme yapılır ve gerekli ko-
şulların mevcut olması hâlinde, tahkim anlaşmasının yargılamaya katıla-
cak üçüncü kişiye teşmil edilmesi söz konusu olur³³. Bu nedenle tahkim

³³ Bu noktada “tahkim anlaşmasının teşmili” ile ne kastedildiği de önem arz eder. Zira öğretinin geleneksel yaklaşımı tahkim anlaşmasını imzalamamış olan kişilerin tahkim

anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilini yargılamaya katılma bakımından bir önkoşul ya da kavramları birbiriyle örtüşen müesseseler olarak nitelendirmek mümkün olmaz³⁴. Nitekim tahkim yargılamasına katılma, önkoşulları bakımından maddi hukukun önem arz ettiği bir usûl hukuku meselesiyle teşmil müessesesi bütünüyle maddi hukuka ilişkindir³⁵ ve müesseseye üçüncü kişinin yargılamaya katılması bakımından sadece belirli durumlarda başvurulur. Benzer şekilde tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmil edildiği her durumda üçüncü kişinin yargılamaya katılması gerekmez. Zira davanın -teorik olarak- doğrudan tahkim anlaşmasının teşmil edildiği üçüncü kişiye açılması da mümkündür.

III. TEORİK DÜZLEM

A. Genel Olarak

Tahkimde hakemlerin yetkisi kaynağını tarafların iradesinden alır. Zira taraflar, mahkemelerin uyuşmazlığın çözümündeki yetkisini ortadan kaldırmak ve bu bağlamda hakemleri yetkili kılmak amacıyla bir tahkim sözleşmesi akdeder. Her ne kadar etkilerini usûl hukukunda doğursa da tahkim anlaşması -herhangi bir sözleşme gibi- maddi hukuk kurallarına

anlaşmasıyla bağlı olduğu sonucuna varılabilen her durumu tahkim anlaşmasının teşmili olarak nitelendirmekle birlikte “teşmili (extension)” daha dar bir kapsamda ele alan görüşler de mevcuttur. Bu görüşler, genel olarak, “irade temelli teorilere (consensual theories)” dayanarak tahkim anlaşmasının kişiler yönünden kapsamı tespit edilirken ilgililerin tümünün tahkim anlaşmasıyla bağlı olmaya yönelik iradeleri ortaya koyulabildiğinden aslında ne üçüncü kişiden ne de “teşmilden (extension)” söz edilebileceğini ifade eder. Diğer taraftan “hakkaniyet temelli teoriler (equitable theories)” söz konusu olduğunda, tahkim anlaşmasıyla bağlı olmaya yönelik iradesi mevcut olmayan, dolayısıyla tahkim anlaşması bakımından “üçüncü kişi” olarak nitelendirilebilecek bir kişinin anlaşmanın tarafı olduğu kabul edilir. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili söz konusu olur. “İrade temelli teoriler” ve “hakkaniyet temelli teoriler” ayrımı için bkz. n 61. Teşmil müessesesinin dar yorumu için bkz. Gary Born, *International Commercial Arbitration Volume I* (3rd edn, Wolters Kluwer 2021) 1526. Bu doğrultuda yargılama katılma ile tahkim anlaşmasının teşmili arasındaki ilişkinin kapsamı da “teşmil” ile ne kastedildiğine bağlı olarak değişiklik gösterebilir ancak varılan sonuç değişmez: Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili, üçüncü kişinin yargılamaya katılması bakımından sadece belirli durumlarda bir araç olarak kullanılır.

³⁴ Benzer bir tespit için bkz. Şit Köşgeroğlu (n 3) 195

³⁵ Öğretide tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edilmesine imkân sağlayan müesseseler bakımından maddi hukuk müesseseleri ve usûl hukuku müesseseleri ayrımı yapın; usûl hukuku müesseselerinin bazılarının tatbiki için maddi hukuk müesseselerinin söz konusu olması gerektiği ancak bazı usûl hukuku müesseselerinin müstakil olduğu yönündeki görüş için bkz. Esen (n 13) 295

tabi olduğundan, bu bağlamda, geçerli bir tahkim anlaşmasından söz edilebilmesi için tarafların “tahkim iradelerinin” mevcudiyeti şarttır. Nitekim öğretide tahkim iradesi, tahkim sözleşmesinin temel kurucu unsuru olarak nitelendirilir³⁶. Bu doğrultuda “tahkim iradesi (*consent*)” de sözleşmenin tarafları bakımından tahkim anlaşmasında tezahür eder. Tahkim anlaşmasının tarafları da bu yöndeki iradelerini geçerli bir tahkim anlaşması bağlamında ortaya koydukları takdirde uyuşmazlığın hakem heyeti önünde çözülmesini talep etme hakkına sahip oldukları gibi uyuşmazlığın hakem heyeti önüne götürülmesi anlaşmanın tarafları için yükümlülük arz eder.

Tahkim anlaşması, anlaşmanın taraflarına sağladığı haklar ve yüklediği yükümlülükler bakımından, diğer sözleşmelerden farklı değildir. Bu açıdan nispiyet prensibi tahkim anlaşmaları için de geçerlidir. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının sadece sözleşmenin tarafları bakımından bağlayıcı olması gerekir. Başka bir ifade ile üçüncü kişilerin taraf olmadıkları tahkim anlaşmasına dayanması mümkün olmaz. Bununla birlikte anlaşmaya taraf olmaktan ne kastedildiğini tespit etmek her koşulda kolay değildir. Sözleşmenin tarafları, dar anlamda, sözleşmeyi imzalayan kişilerdir. Nitekim bu bağlamda sözleşmenin taraflarını ilk bakışta tespit etmek mümkündür ve bu sebeple bu kişiler, sözleşmenin şekli (*prima facie*) tarafları olarak nitelendirilebilir. Diğer taraftan sözleşmenin kişiler yönünden kapsamı, her durumda, şekli taraflardan ibaret olmaz. Bu kişiler daha kapsamlı bir inceleme sonucunda tespit edilebilir. Bu zorluk, iki taraflı uyuşmazlıklarda uyuşmazlığın karşı tarafını tespit etme noktasında dahi sorun yaratabilirken uyuşmazlığa üçüncü kişilerin dâhil edilmesi, durumu daha da karmaşıklaştırır. Derdest tahkim yargılamasına üçüncü kişinin katılmasında uyuşmazlığın taraflarının ve/veya üçüncü kişinin menfaatinin bulunduğu durumlarda dahi, tahkim iradeye dayalı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğundan, ilgililerin iradesinin bulunması gerekir. Bu doğrultuda tarafların iradesinin mevcut olup olmadığı, iradenin niteliği ve hukuki dayanağına ilişkin olarak bir değerlendirme yapılması uygun olur.

Öğretide üçüncü kişilerin hangi koşullarda tahkim yargılamasına katılabileceğine ilişkin açıklamalarda genellikle tahkim anlaşmasının kişiler yönünden kapsamı bağlamında bir değerlendirme yapılır ve -bazen- üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılabileceği durumlar kategorik olarak

³⁶ Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim (6th edn, On İki Levha Yayıncılık 2021) 152; Girsberger and Voser (n 5) para. 466.

incelenir³⁷. Ancak bu değerlendirmeler, genellikle, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edildiği durumlara ilişkindir³⁸. Ancak üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılması açısından yapılacak değerlendirmede bir adım öteye geçilmesi gerekir. Bunun için iki ana gerekçe ileri sürülebilir. Öncelikle, yukarıda da ifade edildiği gibi, tahkim yargılamasına üçüncü kişilerin katılması, her durumda, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edilmesini gerektirmez ancak her koşulda üçüncü kişinin de tahkim iradesinin aranması gerekir. Dolayısıyla değerlendirmenin tahkim iradesini merkeze alarak, teşmil kurumundan daha geniş bir perspektiften yapılması, metodolojik açıdan daha isabetlidir. İkinci gerekçe ise yargılamaya katılacak üçüncü kişi ile derdest yargılamanın tarafları arasında bir ayrım yapılması zorunluluğudur. Zira üçüncü kişinin yargılamaya katılma iradesi, bizatihi tahkim iradesiyken derdest yargılamanın tarafları için aynı şeyi ileri sürmek mümkün olmayabilir. Nitekim derdest yargılamanın taraflarının tahkim iradesi ile tarafların üçüncü kişinin yargılamaya katılmaya yönelik iradesi, teorik açıdan birbirinden farklı olduğu gibi her zaman örtüşmez.

Son olarak eklenmesi gereken husus, üçüncü kişinin tahkim yargılamasına katılmasına ilişkin olarak yapılacak değerlendirmenin kapsamının tahkim iradesinden ibaret olmadığıdır. Zira yargılamaya katılmaya imkân veren hukuki zeminin ikinci basamağı da üçüncü kişinin uyuşmazlıkla ilişkisidir. Başka bir ifade ile üçüncü kişinin yargılamaya katılması bakımından üçüncü kişi ile taraflar arasındaki ilişki, tahkim hukukunun kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir hususken üçüncü kişinin uyuşmazlıkla ilişkisi de yine maddi hukuk bağlamında değerlendirilmesi gereken ayrı bir meseledir. Bunlardan ilki, hakemlerin üçüncü kişi

³⁷ Örneğin bkz. Ross and Asschenfeldt (n 2) 695; Tamir Livschitz, 'Arbitration: An Efficient Solution for Multiparty Disputes?' in *Swiss Arbitration – Practical Aspects and New Developments* (NKF Dispute Resolution Team Publication 19 2015) 73ff.

³⁸ Tahkim anlaşmasının şeklen tarafı olmayan üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılmasına ilişkin kararları inceleyen Park, bu bağlamda tespit ettiği beş ihtimali şöyle sıralar: (i) üçüncü kişinin sözleşme müzakerelerine dahil, (ii) birden fazla belge ihtiva eden (çerçeve) sözleşmeler, (iii) tahkim anlaşmasının, tahkimde veya başka bir durumda imzalanmayan kişi tarafından zımnî veya açık olarak kabul edilmesi, (iv) imzacının tüzel kişiliğin bulunmaması ve (v) tüzel kişilik perdesinin dürüstlük kuralına aykırı kullanılması. Bkz. William W. Park, 'Non-Signatories And International Contracts: An Arbitrator's Dilemma' in *Permanent Court of Arbitration* (ed), *Multiple Party Actions in International Arbitration* (Oxford 2009) para. 1.31. Daha kapsamlı bir liste sunan Hanotiau ise üçüncü kişinin yargılamaya davacı ya da davalı tarafta katılması hâllerini birbirinden ayırarak benzer tespitlerde bulunur. Detaylı bilgi için bkz. Hanotiau, *Non-signatories* (n 5) 351-352

hakkında hüküm tesis etme yetkisinin temel dayanağını oluşturur; ikincisi ise menfaatle ilgilidir. Hâliyle bu iki aşamalı değerlendirme sonucunda hakemlerin yetkili olduğu ve ilgililerin menfaatinin bulunduğu tespit edildiği takdirde üçüncü kişinin derdest yargılamaya katılması mümkün olur.

B. İlgililerin İradesinin Tespit Edilmesi

1. Derdest Yargılamanın Taraflarının Yargılamaya Katılmaya Yönelik İradesi

Tarafların uyuşmazlığın hakem önünde çözülmesine ilişkin iradesinin mevcut olup olmadığına yönelik ilk değerlendirme tahkim anlaşması bağlamında yapılır. Bununla birlikte tarafların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesine yönelik iradesini, üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına ilişkin iradesinden ayırmak gerekir. Nitekim tarafların tahkim iradesinin tespit edilebildiği her durumda, üçüncü kişinin yargılamaya katılmasını yönündeki iradesinin de mevcut olduğunu kabul etmek mümkün olmaz. Bu nedenle tarafların üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına yönelik iradesinin ayrıca tespit edilmesi icap eder.

Tahkim anlaşması, tarafların yargılamaya üçüncü kişilerin katılmasına yönelik iradesinin tespiti için de ilk kaynaktır. Bu çerçevede üç ihtimal söz konusu olur: (i) Taraflar, tahkim anlaşmasında üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasını açıkça yasaklamış olabilir. (ii) Taraflar, tahkim anlaşmasında üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına açıkça izin vermiş olabilir. (iii) Tahkim anlaşmasında üçüncü kişilerin yargılamaya katılması hususu düzenlenmemiş olabilir³⁹.

Tarafların üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına yönelik iradesini tahkim anlaşmasında açıkça beyan etmiş olması düşük bir olasılıktır. Nitekim taraflar, öğretilerde de ifade edildiği gibi⁴⁰, sözleşme müzakerelerinde bu ihtimali nadiren değerlendirirler. Ayrıca bu ihtimal değerlendirildiğinde dahi, tarafların belki de yıllar sonra başvurmaları gerekecek tahkim anlaşmasında, uyuşmazlığın detaylarına hâkim olmaksızın, üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına izin vermesi ya da yargılamaya katılmasını yasaklaması stratejik açıdan doğru bulunmayabilir. Yine de tarafların iradelerini açıkça ortaya koymaları hâlinde iki farklı sonuç ortaya çıkar. Tahkim anlaşmasında tarafların üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına açıkça izin verdiği durumda derdest yargılamanın taraflarının yargılamaya katılmaya yönelik iradesinin tespiti açısından ayrıca bir değerlendirmeye

³⁹ Aynı yönde bkz. Strong (n 7) 924

⁴⁰ Born, Volume II (n 2) 2777; Ross and Asschenfeldt (n 2) 704

gerek kalmaz⁴¹. Diğer taraftan tarafların tahkim anlaşmasında üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasını yasakladığı ihtimalde, üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasının hiçbir durumda mümkün olmadığı sonucuna varmak mümkün değildir. Zira *lex arbitri* tahkim yargılamasına üçüncü kişilerin katılabilmesi açısından tarafların iradesini aramıyor olabilir⁴². Dolayısıyla *lex arbitri*'nin ilgili hükümlerinin emredici nitelikte olduğu durumda, istisnai olarak, üçüncü kişilerin yargılamaya katılması mümkün olabilir⁴³. Bu durumun tahkimin irade üzerine inşa edilen yapısıyla ne kadar bağdaştığı tartışmaya açık olmakla birlikte mahkemelerin müdahalesiyle üçüncü kişinin yargılamaya katılması ihtimalinin teorik olarak mevcut olduğunu not etmek gerekir. Öte yandan yargılamaya katılma için taraflardan birinin iradesinin yeterli olduğu durumda, tahkim anlaşmasında üçüncü kişilerin yargılamaya katılması açıkça yasaklanmış olmasına rağmen tarafın sonradan üçüncü kişinin yargılamaya katılması yönündeki talebi, çelişkili davranış yasağı bağlamında değerlendirilmelidir.

Tahkim anlaşmasının, tarafların üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına yönelik iradesi hususunda sessiz kaldığı durumda ise bir sözleşme boşluğundan bahsetmek yerinde olur. Kuşkusuz, tarafların sonrasında üçüncü kişinin yargılamaya katılması yönünde anlaşmaları mümkündür ancak böyle bir anlaşmanın mevcut olmadığı durumda sözleşme boşluğu-

⁴¹ Girsberger and Voser (n 5) para. 577. Diğer taraftan Singapur Yüksek Mahkemesince verilmiş güncel bir kararda, esas sözleşmenin ve tahkim anlaşmasının tarafı olan kişilerin, sözleşmeyi imzalayan diğer kişiler arasında başlatılan yargılamaya dâhil edilebileceğini kabul ettiğine yönelik iradesinin tahkim anlaşmasında açık ve net (clearly and unambiguously) olarak ortaya koyulmuş olması gerektiği ifade edilir. Karar için bkz. CJD v. CJE and another [2021] SGHC 61. Kararın yargılamaya katılma bağlamında tahlili için bkz. Ross and Asschenfeldt (n 2) 701ff.

⁴² Aynı yönde bkz. Şit Köşgeroğlu (n 3) 179. Bu bağlamda Belçika hukuku ile Hollanda hukuku örnek teşkil eder. Belçika Usûl Kanunu'nun 1709. maddesinde ve Hollanda Medeni Usûl Kanunu'nun 1045. maddesinde üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına ilişkin düzenlemeler yer alır. Öğretide ayrıca Avustralya Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda (International Arbitration Act 1974) tahkim yargılamasına katılmaya ilişkin düzenlemeler yer aldığı ifade edilse de [Pust (n 2) 70], ilgili düzenleme davaların birleştirilmesine (consolidation) ilişkin olduğundan Avustralya hukukunda dar anlamda üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına ilişkin bir düzenleme yer aldığını ileri sürmek mümkün değildir.

⁴³ *Lex arbitri*'nin emredici düzenlemelerinin tarafların irade serbestinin sınırını oluşturduğu ve *lex arbitri* hükümlerinin emredici karakterinin tespitinde takip edilmesi gereken yöntemle ilgili olarak bkz. Alastair Henderson, 'Lex Arbitri, Procedural Law and The Seat of Arbitration – Unravelling the Laws of the Arbitration Process' (2014) 26 Singapore Academy of Law Journal 886, 898ff.

nun doldurulması gerekir. İlk akla gelenler, sözleşmenin kişiler yönünden kapsamının yorum yoluyla tespit edilmesi, belirli durumlarda teşmil müessesesinin dikkate alınması ve *lex arbitri*'nin ilgili hükümlerinden faydalanılmasıdır. Bu bağlamda Amerikan hukukundan bir yargı kararı yol gösterici olabilir. Karar'da⁴⁴, ilgililerin “davaların birleştirilmesine” ilişkin örtülü iradelerinin tespit edilmesi hususunda yararlanılabilecek kaynaklar şöyle sıralanır: (i) tahkim anlaşmasının lafzı, (ii) sözleşmede yapılan değişiklikler veya ekler, (iii) sözleşme müzakereleri ve (iv) davaların “birleştirilmesine” izin veren kurallara atıf yapılmış olup olmaması.

Derdest yargılamanın tarafları ile yargılamaya katılacak üçüncü kişinin aynı tahkim anlaşmasına ve uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşmesel ilişkiye taraf olduğu ancak tahkim anlaşmasında gerek üçüncü kişilerin yargılamaya dâhil edilmesi gerek üçüncü kişinin yargılamaya müdahale etmesi (ve yine davaların birleştirilmesi) hususlarında açık bir düzenlemenin yer olmadığı durumda, ilgililerin çok taraflı bir uyuşmazlığın çıkma ihtimalinin ve bu nedenle uyuşmazlığın ikiden fazla tarafın dahilyle çözülmesi gerekebileceğinin farkında olduğu öne sürülebilir. Bu yaklaşım, sözleşmenin ve tahkim anlaşmasının taraflarının herhangi ikisi arasında başlatılan tahkim yargılamasına, sözleşmeye ve tahkim anlaşmasına taraf olan üçüncü kişilerin de katılmasına yönelik örtülü irade beyanının mevcut olduğu yönünde bir çıkarım yapmaya imkân sağlar⁴⁵. Diğer taraftan tahkim anlaşmasında uyuşmazlıkların iki taraf arasında ya da “gizlilik” çerçevesinde çözümleneceğine ilişkin kayıtların yer alması durumunda aynı sonuca varmak mümkün olmayabilir.

İlgililerinin tümünün aynı sözleşmeye ve tahkim anlaşmasına taraf olmadığı ancak birbiriyle bağlantılı sözleşmelerde tahkim anlaşmalarının mevcut olduğu durumda ise öncelikle tahkim anlaşmalarının kıyaslanması gerekir. Tahkim anlaşmalarının tahkim yeri, atıf yapılan kurumsal tahkim kuralları, hakem sayısı, hukuk seçimi, tahkim dili gibi hususlar yönünden birbiriyle uyumlu olması hâlinde, ilgililer bu durumdan haberdarsa, ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümü için üçüncü kişilerin yargılamaya dâhil olmasının gerekebileceğini kabul ettikleri söylenebilir⁴⁶. Bu da -yine- üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına yönelik örtülü irade beyanı olarak kabul edilebilir. Ancak bu yorumun, yukarıdaki açıklamalara nazaran, daha kaygan bir zemin üzerine konumlandığını eklemek gerekir. Bir adım öteye giderek ilgililerin aynı sözleşmeye taraf olmadığı ve ilgililer arasın-

⁴⁴ Matter of Coastal Shipping and Southern Petroleum, 812 F. Supp. 396 (S.D.N.Y. 1993)

⁴⁵ Aynı yönde bkz. Born, Volume II (n 2) 2778; Livschitz (n 37) 68

⁴⁶ Aynı yönde bkz. Born, Volume II (n 2) 2779; Livschitz (n 37) 68-69

daki iki taraflı sözleşmelerde yer alan tahkim anlaşmalarının da birbiriyle uyumlu olduğunun ileri sürülemediği durumda artık ilgililerin üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına yönelik örtülü iradelerinin mevcut olduğunu öne sürmek kolay olmaz⁴⁷. Nitekim tahkim anlaşmalarında farklı tahkim yerlerinin seçildiği ya da farklı tahkim merkezlerinin kurallarına atıf yapıldığı durumlarda ilgililerinin diğer sözleşmelerin taraflarının da yargılamaya katılabilme ihtimalini kabul ettiği söylenemez.

Derdest yargılamanın taraflarının üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına yönelik örtülü iradesinin tespit edilmesinde dikkate alınabilecek bir diğer husus da tarafların bağlı olduğu tahkim anlaşmasında kurumsal tahkim kurallarına atıf yapıp yapılmadığıdır. Zira taraflar, bir tahkim merkezinin kurallarına atıf yaparak ya da uyuşmazlığın bir tahkim merkezi nezdinde çözümleneceğini kabul ederek, tahkim anlaşmasında aksine bir kayıt bulunmadıkça, ilgili tahkim merkezinin kurallarıyla bağlı olduklarını beyan etmiş olurlar. İlgili tahkim merkezinin kuralları içinde üçüncü kişilerin yargılamaya dâhil edilmesine ve/veya yargılamaya müdahale etmesine imkân sağlayan düzenlemeler mevcut ise tahkim anlaşmasının taraflarının da bu bağlamda örtülü iradelerinin mevcut olduğu ileri sürülebilir⁴⁸. Milletlerarası ticari tahkimde tahkim anlaşmalarının uyuşmazlıkların genellikle bu gibi merkezler nezdinde çözülmek üzere kurgulandığı ve önde gelen tahkim merkezlerinin birçoğunun kurallarında üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı göz önüne alındığında, bahsi geçen sözleşme boşluğunun doldurulmasında en çok başvurulabilecek yorumun bu olduğu da ileri sürülebilir.

2. Üçüncü Kişinin Yargılamaya Katılma İradesi

Üçüncü kişinin tahkim iradesi bağlamında yapılacak değerlendirme, tarafların üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına yönelik iradesinin tespitine ilişkin değerlendirmede takip edilenden ayrıksı bir yöntem gerektirir. Zira, yukarıda da ifade edildiği gibi, tarafların tahkim iradesi ile üçüncü kişinin yargılamaya katılmasına yönelik iradeleri birbirinden farklıdır. Diğer taraftan üçüncü kişi bakımından yapılan değerlendirmede aynı sonuca varmak mümkün olmaz çünkü üçüncü kişinin yargılamaya katılma iradesi, aslında bizatihi tahkim iradesidir. Hâliyle üçüncü kişinin yargılamaya katılma iradesinin mevcut olup olmadığı, tahkim iradesine ilişkin temel teorik çerçeve esas alınarak tespit edilebilir. Her ne kadar “tahkim

⁴⁷ Benzer bir tespit için bkz. Born, Volume II (n 2) 2780

⁴⁸ Aynı yönde bkz. Şit Köşgeroğlu (n 3) 197

iradesi” farklı hukuk sistemlerinde farklı şekillerde yorumlansa da tahkim iradesini teorik düzlemde inceleyen bir görüşten yararlanmak mümkündür. Bu görüş, tahkim iradesinin açık irade (*explicit consent*), örtülü irade (*implied consent*), varsayılan irade (*presumed consent*) ve “fiktif” irade (*fictitious consent*) olmak üzere dört farklı şekilde ortaya çıktığını öne sürer⁴⁹.

Açık irade, kural olarak, tahkim anlaşmasının kurulduğu sırada mevcuttur ve anlaşmanın “imzalanmasıyla” ortaya koyulur⁵⁰. Yine tahkim anlaşmasının tarafı olmayan üçüncü kişinin, sonradan, tarafların iradesiyle tahkim anlaşmasına katılmak ya da -halefiyet kuralları saklı kalmak koşuluyla- önceki taraflardan birinin yerine geçmek suretiyle taraf olması durumunda da açık iradeden söz etmek mümkündür⁵¹. Bu çerçevede derdest yargılamada esas alınan tahkim anlaşmasının tarafı olan ancak yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişinin yargılamaya katılmaya yönelik açık iradesinin mevcut olduğunu söylemek gerekir. Bu bağlamda yargılamanın tarafları ile üçüncü kişinin aynı tahkim anlaşmasının tarafı olması hâli ile üçüncü kişiyle yargılamanın tarafları arasında ayrı bir tahkim anlaşması olması hâlini birbirinden ayırmak gerekir. İlk durumda üçüncü kişinin yargılamaya katılmaya yönelik iradesi bakımından bir sonuca varmak mümkünken ikinci durumda, her koşulda, üçüncü kişinin yargılamaya katılma yönündeki iradesinin de mevcut olduğu söylenemez. Yine üçüncü kişinin yargılamaya katılma talebinin ardından katılma iradesini açıkça ortaya koymasının mümkün olduğunu eklemek gerekir.

Tahkim anlaşmasının şeklen tarafı olmayan, başka bir ifade ile tahkim anlaşmasını imzalamamış ve tahkim iradesini açıkça beyan etmemiş kişinin iradesini örtülü olarak ortaya koyması da mümkündür. Kişinin davranışlarından hareketle⁵² böyle bir sonuca varıldığı durumda örtülü iradeden söz edilir⁵³. Örneğin üçüncü kişi yararına yapılmış tahkim anlaşması-

⁴⁹ Johannes Landbrecht and Andreas Wehowsky, ‘Determining the Law Applicable to the Personal Scope of Arbitration Agreements and its “Extension”’ (2017) 35(4) ASA Bulletin 837, 839

⁵⁰ Bu bağlamda açık iradeyi, fiilî irade açıklaması olarak nitelendiren görüş için bkz. H. Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku (3rd edn, On İki Levha Yayıncılık 2024) para. 1710

⁵¹ Landbrecht and Wehowsky (n 49) 839

⁵² Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku (n 50) para. 1711. Bu anlamda “consent by conduct” kavramı da kullanılır. Bkz. Bernard Hanotiau, ‘Consent to Arbitration: Do We Share The Same Vision?’ (2011) 27(4) Arbitration International 539, 540

⁵³ Örtülü iradeden bahsedilen durumlarda üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğu sonucuna varılabileceği gibi üçüncü kişinin tahkim anlaşmasının icra edilmesinde bir menfaati de söz konusu olabilir. Bkz. Park (n 38) para. 1.12.

na dayanarak tahkimde dava açan kişinin tahkim iradesini örtülü olarak açıkladığını söylemek mümkündür. Benzer şekilde derdest yargılamaya müdahil olmak isteyen ya da yargılamaya katılma talebine usûli itirazda bulunmaksızın katılan üçüncü kişinin yargılamaya katılmaya yönelik iradesini örtülü olarak ortaya koyduğu sonucuna varılabilir.

Varsayılan iradenin kaynağı ise tahkim anlaşması ile asıl sözleşme arasındaki bağıdır. Her ne kadar tahkim anlaşmasının bağımsızlığından (*separability of the arbitration agreement*) bahsedilse de bu durum, tahkim anlaşmasının içeriğinden, kuruluş amacından ve sonuçlarını usûl hukuku alanında doğurmasından kaynaklanır ve tahkim anlaşmasının asıl sözleşmenin geçersizliğinden etkilenmemesi gerektiğini ifade eder⁵⁴. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının, örneğin bir bağımsız garanti sözleşmesinde söz konusu olduğu gibi, asıl sözleşmeden bütünüyle bağımsız olduğu söylenemez. Hâliyle halefiyet kuralları sebebiyle veya alacağın⁵⁵, borcun ya da sözleşmenin devri durumlarında asıl sözleşmenin kişiler yönünden kapsamının genişlemesi ya da değişmesi, tahkim anlaşmasının da -adeta bir ferî borç gibi⁵⁶- asıl sözleşmeyi “takip etmesini” gerektirebilir⁵⁷. Zira tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsız (ayrılabilir) olması hukuki düzlemde değerlendirilmesi gereken bir meseledir. Nitekim tahkim anlaşması ile esas sözleşme ekonomik düzlemde bir bütün arz eder ve sözleşmelerin birbirinden ayrılması mümkün olmaz⁵⁸. Bu durumda asıl sözleşmenin kişiler yönünden kapsamına giren (*ratio personae*) kişinin tahkim iradesinin mevcut olduğu varsayılır. Benzer şekilde üçüncü kişinin yargılamaya katılma iradesinin de mevcut olduğu sonucuna varmak mümkün olur.

⁵⁴ Born, Volume I (n 33) 377; Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku (n 50) para. 1698; Akıncı, Milletlerarası Tahkim (n 36) 199; Berk Demirkol, ‘Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili’, in Erkan M and Yasan Tepetaş C (eds), Tahkim Anlaşması, Tahkim Okulu Paneller Serisi, C. I (On İki Levha Yayıncılık 2020) 292-293

⁵⁵ Alacağı devralan kişinin bu yönde açık ya da örtülü iradesi bulunmadıkça tahkim anlaşmasıyla bağlı olmayacağı yönünde bkz. Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku (n 50) para. 1745; Esen (n 13) 194

⁵⁶ Demirkol (n 54) 294

⁵⁷ Landbrecht and Wehowsky (n 49) 840. Amerikan hukukunda tahkim anlaşmasının kişiler yönünden kapsamının belirlenmesinde sözleşmeler hukuku ile vekalet müessesesinin temel ilkelerinden yararlanılması gerektiği yönünde bkz. James M. Hosking, ‘The Third Party Non-Signatory’s Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice without Destroying Consent’ (2004) 4(3) Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 469, 577ff.

⁵⁸ Hanotiau, Consent (n 52) 541-542

Diğer taraftan fiktif irade⁵⁹ ise aslında kişinin iradesinin gerçekten var olmadığı durumlarda, hakkaniyet ve dürüstlük kuralının gereği olarak⁶⁰ tahkim iradesinin mevcut olduğunun kabul edildiği durumda söz konusu olur⁶¹. Dar anlamda tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili bakımından esas alınan fiktif irade, özellikle tüzel kişilik perdesinin aranması, *estoppel* doktrini ve şirketler topluluğu doktrini⁶² çerçevesinde hakemlerin üçüncü kişiler hakkında karar verme yetkisine dayanak oluşturur⁶³. Nitekim bu durumlarda tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeyi “takip edebilmesine” olanak sağlayan bir hukuki işlem söz konusu olmadığından üçüncü kişinin iradesinin mevcut olduğunu “varsaymak” mümkün olmaz. Aslında bu bağlamda, Türk hukuku perspektifinden bakıldığında, üçüncü kişinin iradesinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olmamak yönünde olduğu ancak üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olmadığını ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği söylenebilir⁶⁴.

Son olarak tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin her hukukta aynı şekilde karşılık bulduğunu ve uygulandığını söylemenin müm-

⁵⁹ Aynı bağlamda “dürüstlük kuralından kaynaklanan rıza” kavramı için bkz. Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku (n 50) para. 1713. Öğretide başka bir görüş ise “deemed consent” kavramı tercih eder. Bkz. Park (n 38) para. 1.45.

⁶⁰ Dürüstlük kuralına aykırılık gerekçesiyle teşmile, somut olayın koşullarının gerçekten de teşmili gerektirdiği çok istisnai durumlarda imkân tanınması, bu gerekçenin kural hâline dönüştürülmemesi gerektiği yönünde bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, ‘Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili’ in Özdemir Kocasakal H and Balkar S (eds), Tahkim Anlaşması (On İki Levha Yayıncılık 2020) 36

⁶¹ Öğretide bir görüş, tahkim anlaşmasının teşmiliyle ilgili olarak ortaya konan teorileri iki gruba ayırır. İlk grupta “irade temelli teoriler (consensual theories)” teoriler, ikinci grupta “hakkaniyet temelli teoriler (equitable theories)” yer alır. Detaylı bilgi için bkz. Loukas A. Mistelis and Giammarco Rao, ‘The Judicial Solution to the Arbitrator’s Dilemma: Does the ‘Extension’ of the Arbitration Agreement to Non-Signatories Threaten the Enforcement of the Award?’ 2022 39(3) Journal of International Arbitration 351, 354-355. Bu çerçevede fiktif irade üzerine inşa edilmiş teorileri bu gruba, diğerlerini ilk gruba dâhil etmek gerekir. Dayanağını hakkaniyetten ve dürüstlük kuralından alan bu teorilerin her hukuk sisteminde aynı derecede kabul gördüğünü söylemek mümkün değildir.

⁶² Tahkim anlaşmasının şirketler topluluğu doktrini çerçevesinde üçüncü kişilere teşmil edildiği durumlarda, somut olayın özellikleri diğer topluluk şirketinin asıl sözleşmenin kurulmasına veya ifasına dahlinin dikkate alınmasını gerektirdiğinde fiktif iradeden değil, örtülü iradeden bahsetmek gerekebilir. Benzer bir tespit için bkz. Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku (n 50) para. 1710; Landbrecht and Wehowsky (n 49) 840-841

⁶³ Konunun Türk hukuku perspektifinden tahlili için bkz. Esen (n 13) 225ff; Özdemir Kocasakal (n 60) 35ff.

⁶⁴ Esen (n 13) 239; Özdemir Kocasakal (n 60) 36-37

kün olmadığını eklemek gerekir⁶⁵. Özellikle bazı hukuk düzenlerinin fiktif iradeyi kabul etme hususunda çok daha temkinli olduğu göz önüne alındığında, üçüncü kişilerin yargılamaya katılabilmesinin mümkün olup olmadığının tespitinde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ve *lex arbitri* bağlamında değerlendirme yapmak gerekir. Hâliyle hukuk düzenin buna izin vermediği, başka bir ifade ile teşmil kurumunu tanımadığı durumda üçüncü kişinin fiktif iradesinin mevcut olmasından hareketle yargılamaya katılması gerektiği sonucuna varmak mümkün olmaz. Bununla birlikte uluslararası ticari tahkim uygulamasında hakemlerin tahkim anlaşmanın teşmiline ilişkin olarak verdikleri kararları herhangi bir milli hukuka dayandırmaya gerek görmediklerinin; somut olayın koşullarına ve ticari örf adet kurallarına göre karar verdiklerinin ifade edildiğini de göz önünde bulundurmak uygun olur⁶⁶.

C. Üçüncü Kişilerin Tahkim Yargılamasına Katılmasında Dikkate Alınması Gereken Diğer Etkenler

Üçüncü kişilerin yargılamaya katılması talebinin kabul edilebilmesi için tahkim hukuku bağlamında yapılacak ve bu doğrultuda hakem heyetinin üçüncü kişi hakkında da hüküm tesis etme yetkisini haiz olduğunu tespit edecek değerlendirme, tek başına, yeterli olmaz. Aksinin kabulü, yargılamaya katılma kurumunun mantığıyla bağdaşmaz. Zira üçüncü kişinin yargılamaya katılmasında üçüncü kişinin ya da derdest yargılamanın taraflarının menfaati olması gerekir. Bu menfaat, üçüncü kişinin uyuşmazlıkla ilişkisinde somutlaşır ve maddi hukuka göre tespit edilir. Ancak bu noktada menfaate ilişkin olarak yapılan değerlendirmede, üçüncü kişinin yargılamaya katılmasını talep eden kişinin yargılamadaki konumunun dikkate alınması uygun olur. Üçüncü kişinin yargılamaya katılmasını talep eden uyuşmazlığın tarafı ise tarafın menfaati dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekirken üçüncü kişinin uyuşmazlığın taraflarına talep yönelttiği, başka bir ifade ile yargılamaya müdahalenin söz konusu olduğu durumda değerlendirmenin üçüncü kişi yönünden yapılması gerekir.

⁶⁵ Türk hukukunda tahkim iradesinin açık olması konusuna çok hassas yaklaşıldığı; tahkim hukuku gelişmiş ülkelerde ise tarafların tahkim iradesinin mümkün olduğunca korunmaya çalışıldığı, tarafların tahkim iradesinin tespitinde oldukça yapıcı yaklaşımların esas alındığı yönündeki tespitler için bkz. Akıncı, Milletlerarası Tahkim (n 36) 152-153

⁶⁶ Hanotiau, Non-signatories (n 5) 352

Derdest yargılamanın taraflarının üçüncü kişinin yargılamaya katılmasını talep etmesi hâlinde talebi değerlendirecek mercinin göz önünde bulundurması gereken hususlardan ilki, tarafların uyuşmazlığın çözümünden beklediği faydadır. Nitekim üçüncü kişinin yargılamaya katılmaması hâlinde verilecek hüküm talepte bulunan tarafın tam olarak tatmin edilememesine sebep olabilir. Özellikle tahkim anlaşmasının hakkaniyet ve dürüstlük kuralı çerçevesinde üçüncü kişilere teşmil edilebildiği durumlarda, üçüncü kişi yargılamaya katılmaksızın verilen kararın tenfizinin istenen sonucu sağlamaması ihtimaller dâhilindedir. Yine üçüncü kişi, yargılama konusuyla ilişkili bir hakkının mevcut olduğunu ileri sürdüğünde ve üçüncü kişi yargılamaya katılmaksızın hüküm tesis edildiğinde üçüncü kişinin hak iddiası sebebiyle uyuşmazlığın taraflarının birtakım yükümlükleri gündeme gelebilir⁶⁷. Bu da uyuşmazlığın tam anlamıyla çözülmemesi anlamına gelir. Üçüncü kişinin uyuşmazlık konusuyla ilişkili hakkının başka bir yargılamada öne sürülmesinin mümkün olduğu durumda ise paralel yargılama ve çelişkili hüküm verilme riskleri de dikkate alınabilir.

Üçüncü kişinin yargılamaya katılma talebinde bulunması hâlinde, talebin kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin olarak yapılan değerlendirmede üçüncü kişinin menfaatine öncelik vermek uygun olur. Bu bağlamda, öncelikle, üçüncü kişinin uyuşmazlık konusuyla ilişkili bir menfaatinin bulunduğu tespitini gerekir. Yargılama sonucunda verilecek kararın bu menfaate etkisi de değerlendirilmesi gereken bir diğer husustur. Hakem kararının, üçüncü kişinin söz konusu menfaatinin korunmasını engellemesi ve hatta ortadan kaldırması söz konusu olabilir. Üçüncü kişinin menfaatinin uyuşmazlığın taraflarınca temsil edilip edilmeyeceğinin de değerlendirilmesi uygun olur⁶⁸. Yine yargılamanın etkin şekilde yürütülmesi açısından paralel yargılama yürütülmesi ve çelişki hükümler tesis edilmesi riskinin dikkate alınması da yargılamaya katılma müessesesinin amaçlarıyla bağdaşır.

İlgililerin menfaatine ek olarak üçüncü kişinin tahkim yargılamasına katılması hâlinde yargılama sonucunda verilecek hakem kararının iptal edilme ya da tenfizinin engellenmesi ihtimali, başka bir ifade ile icra kabiliyeti; yargılamaya katılma talebinin zamanlaması ve bu bağlamda derdest yargılamada hangi aşamada bulunduğu; üçüncü kişinin yargılamaya katılmasının ilgililer arasında bir çıkar çatışmasına sebep olup olmayacağı; üçüncü kişinin katılmasının derdest yargılamanın etkinliğine etkisi ile

⁶⁷ Benzer bir yaklaşım için bkz. Strong (n 7) 920

⁶⁸ Benzer bir yaklaşım için bkz. Strong (n 7) 920

üçüncü kişinin yönelttiği ya da üçüncü kişiye yöneltilen talepler bakımından esasa ve usûle uygulanacak hukukun da dikkate alınması gerekir⁶⁹.

D. Yargulamaya Katılmaya Uygulanacak Hukukun Tespit Edilmesi

Tahkim yargılamasına katılmaya ilişkin teorik meselelerden birisi de uygulanacak hukukun tespit edilmesidir. Zira yukarıda yer alan açıklamaların ve teorik yaklaşımların bir milli hukuk bağlamında ele alınması ve bu hukukun kuralları çerçevesinde tatbik edilmesi gerekir⁷⁰. Özellikle üçüncü kişinin tahkim yargılamasına katılmaya yönelik iradesinin hukuk normlarından bağımsız olarak tespit edilmesi olağan değildir. Ancak gerek üçüncü kişilerin yargulamaya dâhil edilmesinde gerek üçüncü kişinin yargulamaya müdahalesinde maddi hukuka ilişkin meseleler ile şekli hukuka ilişkin meseleleri birbirinden ayırt etmek, tahkim hukukunda uygulanacak hukuka ilişkin olarak kabul edilen sistem açısından bir zorunluluk olarak nitelendirilebilir.

Daha önce de ifade edildiği gibi üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılması usûl hukukuyla ilgilidir. Hakem heyetinin ya da *-lex arbitri-*'de bu yönde bir hüküm bulunması hâlinde- mahkemelerin yargulamaya katılmaya ilişkin yetkisi ve bu yetkinin kullanımı, yargulamaya katılmayla ilgili olarak yapılması gereken usûli işlemler ve bu işlerin tabi olduğu kurallar bu kapsamda yer alır. Diğer taraftan derdest yargılamanın tarafları ile yargulamaya katılacak üçüncü kişiyi birbirine bağlayan iradi ilişkinin ve ilgililerin yargulamaya katılmaya yönelik menfaatlerinin tespiti, yargulamaya katılmanın ön koşulu olarak, bir maddi hukuk meselesidir. Dolayısıyla yargulamaya katılmaya uygulanacak hukukun tespitinde de bu ayrımın esas alınması uygun olur.

Maddi hukuk düzleminde yargulamaya katılmayla ilgili olarak yapılan değerlendirmelerin merkezinde ilgililerin iradesi yer alırken bu değerlendirme, derdest yargılamanın taraflarının bağlı olduğu tahkim anlaşması ekseninde yapılır. Nitekim, ifade edildiği gibi, derdest yargılamanın taraflarının üçüncü kişinin yargulamaya katılmasına yönelik iradesi bakımından ilk kaynak tahkim anlaşmasıdır. Anlaşmanın bu bağlamda sessiz kaldığı durumda da bir sözleşme boşluğundan söz edilir ve tarafların (geniş anlamda) örtülü veya farazi iradesi araştırılır. Yine üçüncü kişinin yargıla-

⁶⁹ Bärtsch and Demaurex (n 8) 96

⁷⁰ Tahkimin hukuk dışında var olamayacağı dolayısıyla her tahkim yargılamasının bir hukuka tabi olduğu yönündeki tespit için bkz. Girsberger and Voser (n 5) para. 183

maya katılmaya yönelik iradesi de üçüncü kişinin bu anlaşmaya taraf olup olmamasına yönelik değerlendirmeye göre tespit edilir. Başka bir ifade ile bu noktada tahkim anlaşmasının kişiler yönünden kapsamının belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla bu hususta uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olması en doğal tercihtir. Diğer taraftan şekli hukuk düzleminde yer alan meselelerin, nitelikleri itibarıyla, tahkim usûlüne uygulanacak hukuka tabi olması uygun olur⁷¹.

Yargılamaya katılma bağlamında ele alınan meselelere uygulanacak hukuk açısından bir ayırım yapılması, tahmin edilebileceği üzere, nadiren pratik açıdan önem arz eder. Zira, öncelikle, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk⁷² ile tahkim usûlüne uygulanacak hukuk⁷³, genellikle, tahkim

⁷¹ Aynı yönde bkz. Born, Volume II (n 2) 2769

⁷² Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı prensibinin (separability of the arbitration agreement) sonuçlarından birisi de uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına doğrudan uygulanamamasıdır. Bu durum da tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun ayrıca tayin edilmesini gerektirir. Elbette tarafların tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere hukuk seçimi yapmaları mümkün olmakla birlikte buna nadiren rastlanır. Örtülü hukuk seçimine ilişkin tartışmalar bir tarafa, tarafların hukuk seçimi yapmadığı durumda ise tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde lex arbitri'nin tamamlayıcı hükümlerinin öncelikli olarak uygulanması gerekir. Zira lex arbitri, taraflarca hukuk seçimi yapılmadığında tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku doğrudan tayin ediyor ya da uygulanacak hukuku tayin etmek üzere bir kanunlar ihtilafı kuralı ihtiva ediyor olabilir. Nitekim Türk hukukunda da durum böyledir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun dördüncü maddesinin üçüncü fıkrası, tahkim anlaşmasının -bir hukuk seçimi yoksa- Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerli olacağını açıkça ifade eder. Diğer taraftan lex arbitri'nin bu bağlamda sessiz kaldığı durumda, teorik olarak, tahkim anlaşmasıyla en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesi metodolojik açıdan tercihe şayan yöntemdir. Ancak tahkim anlaşmasıyla en sıkı ilişkili hukukun tespitinde öne çıkacak iki seçenek olan “esas sözleşme” ve bu doğrultuda sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk (lex contractus) ile “tahkim yeri” ve bu doğrultuda tahkim yeri hukuku (law of the arbitral seat) arasında seçim yapmak her koşulda kolay değildir. Nitekim iki bağlama noktasının da esas alındığı yöntemlere rastlanabilir. Diğer taraftan tercihin ağırlıklı olarak tahkim yeri hukukundan yana yapılmasının nedeni, New York Konvansiyonu m. V(1)(a)'da, taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapılmamış olması hâlinde, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tahkim yeri hukukuna göre değerlendirileceğinin açıkça düzenlenmiş olmasıdır. Yine UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration m. 36(1)(a)(i)'de de aynı tercihe rastlanır. Tahkim anlaşmasının ikincil karakteri ve niteliği de bu tercih bakımından dikkate alınır. Bununla birlikte son tahlilde kesin bir yargıya varmanın kolay olmadığını not etmek gerekir. Tespitler, tartışmalar, detaylı açıklamalar ve karşılaştırmalı hukuktaki durum için bkz. Born, Volume I (n 33) 508ff; Gary Born, ‘The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective’ (2014) 26 Singapore Academy of Law Journal 814, 823ff; Ercüment Erdem, ‘Tahkim Anlaşması’ in Erdem HE and others (eds), Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan (On İki Levha Ya-

yıncılık 2017) 259-264; Lois Bravo Abolafia, 'Implied Choice of the Law Applicable to the Arbitration Agreement: The Effect of Non-Signatories in International Arbitration' (2019) 37(1) ASA Bulletin 64, 70ff; Sibel Özel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri (Legal Yayıncılık 2008) 79-86; Esen (n 13) 64-67

- ⁷³ Milletlerarası tahkimde esas alınan “hukuk matrisinde” lex arbitri’den farklı bir yere konumlandırılması gereken “tahkim usûlüne uygulanacak hukuk”, tahkim yargılamasındaki usûli işlemleri düzenler ve bu nedenle bütünüyle içe dönüktür. Dolayısıyla lex arbitri’nin usûle ilişkin düzenlemeleri hem lex arbitri’nin hem de tahkim usûlüne uygulanacak hukukun bir parçasıdır. Ancak bunların her ikisi de bu düzenlemelerden ibaret değildir. “Tahkime uygulanacak hukuk” olarak lex arbitri, içe dönük (internal) usûli meselelerin yanında, tahkim ile mahkemelerin ilişkisine yönelik dışa dönük (external) meseleleri de düzenler. Diğer taraftan lex arbitri’nin usûle ilişkin sınırlı düzenlemeleri karşısında “tahkimde uygulanacak hukuk” olarak tahkim usûlüne uygulanacak hukukun kapsamı daha geniştir. Zira milli tahkim kanunlarında usûle ilişkin detaylı düzenlemelere nadiren rastlanır. Kapsamlı düzenlemelerin bulunmaması ve tahkim usûlüne uygulanacak hukukun içe dönük karakteri de göz önüne alındığında tarafların tahkim usûlüne uygulanacak kuralları seçmelerinin de mümkün olduğu kabul edilir. New York Konvansiyonu m. V(1)(d) bu serbestinin evrensel dayanağıyken Türk hukukunda Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 8(A)(1) de taraflara aynı serbestiyi tanıır. Karşılaştırmalı hukukta ve yumuşak hukuk kurallarında da benzer düzenlemelere sıkça rastlanır. Taraflar, bu bağlamda, (i) bir milli hukuku, (ii) kurumsal tahkim kurallarını veya (iii) diğer yumuşak hukuk kurallarını seçebilecekleri gibi -kural olarak- uygulanacak kuralları bizzat belirleyebilirler. Devlet yargısı için kurgulanmış usûl kurallarının tahkim yargılamasında tatbik edilmesi birçok pratik sorun barındırdığından, milletlerarası ticari tahkim uygulamasında, kurumsal tahkim kurallarına atf yapılmasının, ad hoc tahkimde ise genellikle UNICITRAL Tahkim Kuralları’nın uygulanmasının kararlaştırılmasının yaygın uygulama olduğu, diğer ihtimallere daha az rastlandığı ifade edilebilir. Taraflarca tahkim usûlüne uygulanacak hukukun seçilmediği durumda ise uygulanacak hukuk kurallarının tespitinde iki farklı yaklaşımın öne çıktığı görülür. Bunlardan ilki, tahkim usûlüne uygulanacak hukukun doğrudan tahkim yeri hukuku olduğu öne sürer ve “klasik görüş” olarak nitelendirilir. “Modern görüş” olarak nitelendirilen ikinci yaklaşım ise taraflarca bu bağlamda bir seçim yapılmadığı durumda yargılama usûlünün hakemlerce tayin edilebileceğini savunur. Ancak bu ikinci yaklaşımda dahi -usûle ilişkin kuralları ihtiva etmesi olası olan- lex arbitri’nin emredici hükümleri ve “kamu düzeni” seçilen kurallara tatbiki bakımından belirli sınırlamalar getirir. Tespitler ve tartışmalar için bkz. Musa Aygül, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller (On İki Levha Yayıncılık 2014) 26ff; Born, Volume II (n 2) 1708; Henderson (n 43); Işıl Özkan, ‘Uluslararası Ticari Tahkimde Uygulanacak Hukuk’ (2020) 40(2) Public and Private International Law Bulletin 831, 847ff; İbrahim Doğan Takavut, Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule İlişkin Konularda İrade Serbestisi (On İki Levha Yayıncılık 2021) 180ff, 259ff, 317; Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku (n 50) para. 1750; Esen (n 13) 82

yeri hukukudur⁷⁴. Elbette tarafların aksi yönde bir hukuk seçimi yaptığı ya da durumun gereği olarak bunlardan en az birinin tahkim yeri hukukundan farklı bir hukuka tabi olduğu durumda yargılamaya katılma müessesesinin de farklı yönleriyle iki farklı hukuka tabi olması söz konusu olabilir. Özellikle tahkim usûlüne uygulanacak hukukun tespitinde tahkim yeri usûl kurallarının uygulanmasını öngören klasik görüş karşısında, tahkim usûlünün -tahkim yerinden bağımsız olarak- hakemlerce tespit edilebileceğini savunan modern görüş, bu bağlamda bir farklılığa dayanak teşkil edebilir⁷⁵. Ancak bu durumda dahi kayda değer bir pratik etkiden söz etmek mümkün olmaz. Zira, öncelikle, milletlerarası ticari tahkimde kurumsal tahkim kurallarına atıf yapılmış olması olağan uygulama olduğundan, yargılamaya katılmaya ilişkin usûli meseleler bakımından da bu kuralların öncelikli olarak uygulanması muhtemeldir. Ayrıca, her ne kadar tahkim açısından birçok pratik sorun ihtiva etse de, tahkim usûlüne uygulanmak üzere bir milli hukukun seçilmesi hâlinde bu hukukta tahkim yargılamasına katılmaya ilişkin kurallar bulunması olası değildir. Son olarak tahkim usûlüne uygulanacak hukukun hakemlerce belirlenebileceği kabul edilse dahi, *lex arbitri*'nin emredici hükümleri bu seçimin sınırlarını belirleyeceğinden yine tahkim yeri hukukunun dikkate alınması gerekir.

Yargılamaya katılmaya uygulanacak hukukla ilgili olarak değerlendirilmesi gereken bir diğer mesele *lex contractus*'un tahkim yeri hukukundan farklı olması ihtimalidir. Nitekim, daha önce de ifade edildiği gibi, yargılamaya katılma müessesesi içinde maddi hukukla ilişkili hususlar tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka tabidir ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tahkim yeri hukuku olduğu genel kabul gören yaklaşımdır. Ancak uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere farklı bir hukukun seçildiği ya da durumun başka bir hukukun uygulanmasını gerektirdiği⁷⁶ durumda tahkim yeri hukuku ile *lex contractus*'un maddi hukukla ilişkili bazı meselelere farklı çözümler getirmesi pratik açıdan sorun teşkil

⁷⁴ Aynı yönde bkz. Born, Volume II (n 2) 2769. Yargılamaya katılmaya ilişkin hususlar bakımından maddi hukuk ve usûl hukuku meseleleri ayırımı yapmaksızın, tahkim anlaşmasının usûl hukuku araçlarıyla üçüncü kişilere teşmiline ilişkin sorunların taraflar arasındaki anlaşmaya ve -varsa- kurumsal tahkim kurallarına, bu düzenlemelerin sessiz kaldığı durumda tahkim yeri hukukuna göre çözümlenmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Esen (n 13) 83

⁷⁵ Detaylı bilgi ve tartışmalar için bkz. Aygül (n 73) 71ff.

⁷⁶ Zira taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun açıkça seçilmediği durumda kurumsal tahkim kuralları ya da *lex arbitri*'de yer alan kanunlar ihtilafı kuralı veya hakemlere bu bağlamda tanınan takdir yetkisi, uyuşmazlığın esasına tahkim yeri hukukundan farklı bir hukukun uygulanmasına yol açabilir.

edebilir. Zira böyle bir durumda alt ilişkiden doğan hakların ve borçların geçişi ile tahkim anlaşmasından doğan hakların ve borçların geçişi açısından farklı sonuçlara varılması mümkündür⁷⁷. Özellikle yargılamaya katılacak üçüncü kişinin derdest yargılamanın taraflarının bağlı olduğu tahkim anlaşmasının şeklen tarafı olmadığı durumda böyle bir sorunla karşılaşmak ihtimaller dâhilindedir. Sorun, bir örnekle şöyle izah edilebilir: Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun, şirketler hukuku bağlamında, tüzel kişilik perdesinin aralanmasını kabul ettiği ve somut uyuşmazlığın hakkaniyete uygun şekilde çözümü açısından bunun gerekli olduğu durumda tüzel kişilik perdesinin ardındaki üçüncü kişinin yargılamaya dâhil edilmesi gerekir. Ancak bu, ilgili üçüncü kişinin tahkim iradesinin mevcut olması koşuluyla mümkündür ve üçüncü kişinin tahkim anlaşmasının şeklen tarafı olmaması tahkim anlaşmasının teşmiline ilişkin bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kılar. Bu değerlendirmenin tahkim yeri hukukuna göre yapıldığı ve bu hukukun, tahkim hukuku bağlamında, tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisine geçerlilik tanımadığı varsayımında üçüncü kişinin -tahkim iradesinin mevcut olduğu kabul edilmeyeceğinden- yargılamaya dâhil edilmesi de mümkün olmaz. Bu gibi sorunların çözümünde ilk akla gelen yaklaşım tahkim anlaşmasının da *lex contractus*'a tabi olmasıdır⁷⁸. Ancak -Türk hukukunda olduğu gibi- *lex arbitri*'nin bu bağlamda açık bir düzenleme getirdiği durumda bu yaklaşım, hakem kararının iptali için bir gerekçe teşkil edeceği gibi tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukukuna tabi olması gerektiği yönündeki yaklaşımın temel dayanağı olan New York Konvansiyonu m. V/1 (a) bağlamında bir tanıma ve tenfiz engeli olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla bu sorunun kesin bir çözümü olmadığını ifade etmek ve üçüncü kişilerin yargılamaya katılması müessesesinin, bu bağlamda, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespit edilmesine ilişkin süregelen tartışmalar ekseninde yorumlanması gerektiğini not etmek uygun olur. Diğer taraftan tarafların tahkim anlaşmasına ve uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçtikleri durumda, hukuk seçimi üçüncü kişilerin yargılamaya katılması açısından böylesi bir ikiliğe sebep olsa dahi, tarafların seçimine öncelik verilir.

⁷⁷ Born, Volume I (n 33) 1531; Demirkol (n 54) 286-287

⁷⁸ Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk tespit edilirken tahkim anlaşmasını ayakta tutacak hukukun dikkate alınmasının daha iyi bir çözüm olabileceği yönünde bkz. Gary Born, 'The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective' (2014) 26 Singapore Academy of Law Journal 814, 834ff.

E. Tahkim Yargılamasına Katılmayla İlgili Bazı Sorunlu Meseleler

Her ne kadar güncel eğilim, tahkim yargılamasına üçüncü kişilerin katılmasının mümkün olduğunu kabul etmek ve buna ilişkin kurallar tesis etmek yönünde olsa da tahkimin devlet yargısına kıyasla ayrık kurallar ihtiva eden bir uyumsuzluk çözüm yöntemi olması sebebiyle tahkim yargılamasına üçüncü kişilerin katılması, bazı yönlerden eleştirildiği gibi tahkim yargılamasının temel ilkeleriyle ters düştüğü öne sürülen birtakım meseleler de söz konusudur. Hakem kararının iptali için gerekçe ya da bir tanıma ve tenfiz engeli olarak nitelendirilebilecek bu meselelerin başında hakemlerin seçimine ilişkin sorunlar gelirken yargılamanın gizliliğiyle ilgili çekinceler de bu kapsamda değerlendirilebilir⁷⁹.

1. Hakemlerin Seçimiyle İlgili Sorunlar

Tahkimi devlet yargısından ayıran yönlerden birisi de tahkimde yargılamayı yürütecek kişilerin taraflarca belirlenebilmesinin mümkün olmasıdır. Tahkim yargılamasının en önemli aşamalarından birisi olarak nitelendirilen⁸⁰ hakem seçiminde taraflar -hakem sayısına ve hakemlerin seçimine ilişkin olarak tahkim anlaşmasında yer alan düzenlemeler saklı kalmak koşuluyla- serbesttir. Bu imkân, tahkimin tercih edilme nedenlerinden birisidir. Bu doğrultuda hakemlerin seçimi ve hakem heyetinin oluşturulması hususu, tahkim yargılaması bağlamında hukuki dinlenilme hakkı ve adil yargılanma hakkı ile ilişkilendirilebilir. Nitekim hakemlerin seçiminin ve hakem heyetinin oluşturulmasının tahkim anlaşmasında öngörülen yönteme ya da *lex arbitri*'ye aykırı olması da hakem kararının iptaline yol açabileceği gibi kararın tanınması ve tenfizine engel teşkil

⁷⁹ Bu çekincelere ek olarak üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasının derdest yargılamanın etkinliğini azaltabileceği yönündeki görüşleri de not etmek gerekir. Zira yargılamaya üçüncü kişinin katılmasıyla esasa ilişkin olarak yapılacak değerlendirmelerin ve bu doğrultuda sunulması gereken delillerin kapsamının genişleyeceği, ayrıca usûli işlemlerin artması ve bu bağlamdaki belirsizliklerin yargılama sürelerini uzatabileceği ve yargılama maliyetlerini artırabileceği ifade edilir. Bu yönde bkz. Pust (n 2) 70; Bärtsch and Demaurex (n 8) 83. Ancak üçüncü kişinin yargılamaya katılmasının mümkün olmaması sebebiyle paralel yargılamalar yürütülmesinin ve çelişkili kararlar verilmesi ihtimalinin sebep olacağı etkinlik kaybına nazaran bu çekincelerin göz ardı edilebileceği söylenebilir. Benzer bir tespit için bkz. Livschitz (n 37) 66. Diğer taraftan uyumsuzluğun farklı açılardan ele alınmasının ve yargılamanın daha geniş kapsamda yürütülmesinin bir avantaj olarak değerlendiren görüşler de vardır. Bkz. Ross and Asschenfeldt (n 2) 696

⁸⁰ Akıncı, Milletlerarası Tahkim (n 36) 245

edebilir. Tahkim yargılamasına üçüncü kişilerin katılmasının da bu bağlamda incelenmesi uygun olur.

Üçüncü kişilerin yargılamaya katılması hâlinde -her ne kadar maddi hukuk bağlamında yapılacak değerlendirme sonucunda hakemlerin ilgili üçüncü kişi hakkında karar vermeye yetkili olduğu tespit edilmiş olsa da üçüncü kişinin hakem seçiminde rol alması ayrı bir meseledir. Bu bağlamda yapılacak değerlendirmede üçüncü kişinin yargılamaya katıldığı ana göre bir ayırım yapılabilir. Üçüncü kişinin hakemler seçilmeden ya da hakem heyeti oluşturulmadan önce yargılamaya katıldığı durumda üçüncü kişilerin de hakem seçimine dâhil edilmesi, bu bağlamda bir çözüm olarak değerlendirilebilir. Nitekim bazı tahkim merkezlerinin kurallarında, üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına sadece hakemler seçilmeden önce imkân sağlanır⁸¹. Ancak bu yaklaşım da sorunu bütünüyle çözmek açısından yetersizdir.

Özellikle üç kişiden oluşan hakem heyetlerinin yargılamayı yürüteceği durumlarda, yargılamaya katılacak üçüncü kişinin hakem seçimine dâhil olması da kendi içinde birtakım sorunlar barındırır. Zira, öncelikle, üçüncü kişinin yargılamada yanında yer aldığı tarafla menfaatleri bütünüyle örtüşmeyebilir. Bu nedenle bu kişilerden ortak bir hakem seçmesini beklemek her koşulda tarafların tümüne hakem seçiminde eşit imkân sağlandığı anlamına gelmeyebilir⁸². Diğer taraftan yargılamayı yürütecek ha-

⁸¹ Örneğin American Arbitration Association (AAA) Tahkim Kuralları m. 8(b)(ii)'de - taraflar ve üçüncü kişi aksi yönde anlaşmazsa- üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına ilişkin taleplerin hakem seçiminden önce yapılması gerektiği düzenlenir. Kurallar için bkz. American Arbitration Association, 'Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures' (Rules Amended and Effective September 1, 2022) <www.adr.org> accessed 14 June 2024. Stockholm Chamber of Commerce (SCC) Tahkim Kuralları m. 13(2) ise dâhil etme talebinin olabildiğince erken yapılmasını, Divan (Board of Directors) aksi yönde karar vermedikçe tahkim talebine cevabın ibrazından sonra sunulan dâhil etme talebinin dikkate alınmayacağını düzenler. Kurallar için bkz. Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute, 'Arbitration Rules' (2023) <https://sccarbitrationinstitute.se> accessed 14 June 2024. Yine Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) Tahkim Kuralları m. 19(1) uyarınca da davaya dâhil etme talebinin hakemlerin seçiminden önce yapılması gerekir. Kurallar için bkz. Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, 'Arbitration Rules' (Effective as of 1 March 2018, 2018) <www.disarb.org> accessed 14 June 2024. Aynı tercih, The International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR) Tahkim Kuralları m. 3.12'de de görülür. Kurallar için bkz. The International Institute for Conflict Prevention & Resolution 'Rules for Administered Arbitration of International Disputes' (2019) <https://drs.cpradr.org/> accessed 14 June 2024

⁸² Aynı yönde bkz. Bühler and Fellmann (n 30) 172-173; Pust (n 2) 67; Livschitz (n 37) 76ff.

kemlerin her birini tarafların münferiden seçmesine olanak sağlamak da üçüncü kişinin yanında yer aldığı tarafın (üçüncü kişinin yargılamadaki konumuna bağlı olarak davacıya ya da davalıya) hakem heyetinin çoğunluğunu seçme imkânı tanımak anlamına gelir⁸³. Çünkü üçüncü kişinin yargılamada yanında yer aldığı tarafla menfaatlerinin her koşulda bütünüyle örtüştüğünü⁸⁴ söylemek mümkün olmadığı gibi menfaatlerinin bütünüyle ayrıştığı da öne sürülemez. Öğretide bu bağlamda getirilen çözüm, hakemlerin tümünün farklı bir makam tarafından atanmasıdır⁸⁵. Zira böylece tarafların tümü açısından eşitliğin sağlanacağı ve mevcut durumda daha iyi bir çözüm getirilmesinin mümkün olmadığı ifade edilir⁸⁶.

Diğer taraftan hakem seçiminin tamamlanmasının ardından üçüncü kişinin yargılamaya katılması durumunda, üçüncü kişinin hakem seçimi sürecine dâhil olması mümkün olmaz. Hatta kurumsal tahkim kurallarının bazılarında, hakem heyeti oluşturulduktan sonra yargılamaya katılma taleplerini değerlendiren ve karara bağlayan da hakem heyetinin kendisidir⁸⁷. Bu çerçevede üçüncü kişinin yargılamaya katılmayı kendisinin talep ettiği, başka bir ifade ile yargılamaya müdahalenin (*intervention*) söz ko-

⁸³ Benzer bir tespit için bkz. Livschitz (n 37) 78

⁸⁴ Üçüncü kişi ile üçüncü kişinin yanında yargılamaya katıldığı tarafın menfaatlerinin sadece kişilerin aynı şirketler topluluğunda yer alması hâlinde bütünüyle örtüşebileceği ancak bunun da her koşulda mümkün olmayacağı yönündeki tespit için bkz. Livschitz (n 37) 77-78

⁸⁵ Born, Volume II (n 2) 2811

⁸⁶ Born, Volume II (n 2) 2811; Ross and Asschenfeldt (n 2) 696

⁸⁷ Örneğin International Chamber of Commerce (ICC) Tahkim Kuralları m. 7(5) uyarınca hakem heyetinin teşekkülünün ardından yargılamaya dâhil etme talebi hakem heyetince karar bağlanır. Kurallar için bkz. International Chamber of Commerce, '2021 Arbitration Rules' (in force as from 1 January 2021) <<https://iccwbo.org>> accessed 12 April 2024. Diğer taraftan International Centre for Dispute Resolution (ICDR) Tahkim Kuralları m. 8(1) uyarınca taraflar ve üçüncü kişi arasında bu yönde bir anlaşma bulunmadığı durumda -yine üçüncü kişinin tahkim iradesi aranmakla birlikte- kararı hakem heyeti verir. Kurallar için bkz. International Centre for Dispute Resolution, 'International Dispute Resolution Procedures' (Including Mediation and Arbitration Rules, Rules Amended and Effective March 1, 2021) <www.icdr.org> accessed 14 June 2024. The Center for Arbitration and Mediation of the Chamber of Commerce Brazil-Canada (CAM-CCBC) Tahkim Kuralları m. 18(4) uyarınca da hakem heyetinin teşekkülünün ardından üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına ilişkin talepler hakemlerce karara bağlanır. Kurallar için bkz. The Center for Arbitration and Mediation of the Chamber of Commerce Brazil-Canada, 'Arbitration Rules' (Approved by the Advisory Board on 1st August 2022) <<https://ccbc.org.br>> accessed 14 June 2024. Asian International Arbitration Centre (AIAC) Tahkim Kuralları m. 9 düzenlemesi de aynı yöndedir. Kurallar için bkz. Asian International Arbitration Centre, 'Arbitration Rules' (2023) <<https://admin.aiac.world>> accessed 14 June 2024

nusu olması ya da yargılamaya dâhil edilen üçüncü kişinin açık iradesinin bulunması hâlinde, hakem seçimine açıkça itiraz etmemişse üçüncü kişinin hakem seçimi hakkında feragat ettiği yönünde bir yorum yapılabilir. Nitekim aksinin kabulü, çelişkili davranış yasağı ile bağdaşmayabilir. Yine üçüncü kişinin yargılamanın herhangi bir aşamasında yargılamaya dâhil edilmeye ilişkin örtülü iradesinin tespit edilebilmesi hâlinde hakem seçimi hakkında feragat ettiğinin de kabul edilebileceği öne sürülür⁸⁸. Bununla birlikte üçüncü kişinin özellikle tahkim anlaşmasının teşmili suretiyle yargılamaya dâhil edilmesi durumunda farklı bir değerlendirme yapılabilir. Başka bir ifade ile bu senaryoda, her koşulda, üçüncü kişinin hakem seçimine katılma hakkından feragat ettiği sonucuna varmak mümkün olmayabilir. Bu nedenle bazı kurumsal tahkim kurallarının, hakem seçiminin ardından üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasını üçüncü kişinin taraflarca yapılmış hakem seçimine onay vermesi hâlinde mümkün kılması yerinde bir yaklaşımdır⁸⁹. Yine mevcut hakemlerin değiştirilmesi ve tekrar hakem seçimi yapılması da bu gibi durumlarda bir çözüm olarak mütalaa edilir⁹⁰.

Açıklanan çerçevede, yargılamaya katılan üçüncü kişinin hakem seçimine katılmamasını, her durumda, hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkının ihlali olarak nitelendirmenin mümkün olmayacağı öne sürülebilir. Dolayısıyla üçüncü kişinin hakem seçimine katılmadığı gerekçesiyle hakem kararının iptalini talep etmesi ya da durumun kararın tanınması ve tenfizi için bir engel olarak nitelendirilmesi, sadece belirli hâllerde söz konusu olabilir. Zira tarafların yargılamayı yürütecek hakemleri seçebilmesi tahkim açısından belirleyici bir farklılık olsa da taraflar, en nihayetinde, kendilerini savunacak vekilleri değil, tarafsız ve bağımsız olması gereken hakemleri seçme hakkını haizdir. Hakemlerin ilgili tahkim merkezinin hakem listesinden seçilmesinin yaygın uygulama olduğu ve olası çıkar çatışmalarının tespiti ve bu bağlamda gündeme gelen bildirim yü-

⁸⁸ Ross and Asschenfeldt (n 2) 706

⁸⁹ Örneğin International Chamber of Commerce (ICC) Tahkim Kuralları m. 7(5) uyarınca hakem heyetinin teşekkülünün ardından yargılamaya dâhil edilen üçüncü kişinin taraflarca yapılmış hakem seçimine onay vermesi gerekir. Kurallar için bkz. International Chamber of Commerce, '2021 Arbitration Rules' (in force as from 1 January 2021) <<https://iccwbo.org>> accessed 12 April 2024. Benzer bir düzenlemeye Saudi Center for Commercial Arbitration (SCCA) Tahkim Kuralları m. 12(1)(a)'da rastlanır. Kurallar için bkz. Saudi Center for Commercial Arbitration, 'Arbitration Rules' (Effective 1 May 2023, 2023) <<https://sadr.org/>> accessed 14 June 2024

⁹⁰ Ross and Asschenfeldt (n 2) 698; Livschitz (n 37) 80

kümlülüklerine ilişkin yumuşak hukuk kurallarının⁹¹ tatbikinin giderek arttığı da hesaba katıldığında hakem seçiminin sınırsız olmadığı görülür. Bu noktada esas olan, üçüncü kişinin hakemlerin bağımsızlığı ya da tarafsızlığı hususunda bir çekincesinin bulunup bulunmadığıdır. Ancak burada da üçüncü kişi, yargılamanın tarafı hâline geldiğinden, hakemi reddetme imkânına sahiptir. Hâliyle üçüncü kişiye bu hakkın tanınmaması hakem kararının iptali için bir gerekçe olarak nitelendirilebilir.

Açıklanmaya çalışıldığı üzere, üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılmasının hakemlerin seçimi yönünden barındırdığı sorunları bütünüyle çözen genelgeçer bir öneri sunmak mümkün değildir. Bu bağlamda tarafların tümünün seçilen hakemlerin görev yapmasını açıkça kabul ettiği senaryolar hâricinde, tahkim yerinin ve kararın tenfiz edildiği ülkenin tarafların hakem seçimine katılmasına ve dolayısıyla tarafların eşitliği ilkesine yaklaşımının belirleyici olacağı söylenebilir⁹². Örneğin öğretilerde sıklıkla atıf yapılan *Dutco Kararı*⁹³, Fransız hukukunun bu bağlamdaki yaklaşımının oldukça katı olduğunu ortaya koyar. Nitekim Karar'da hakemlerin seçimi meselesinin kamu düzeni ile ilişkili olduğu ifade edilir. Dolayısıyla tahkim yerinin Fransa'da olduğu ya da kararın Fransa'da tenfiz edilmesi istenen durumlarda üçüncü kişilerin hakem seçimine katılmasıyla ilgili olarak ortaya çıkan sorunların kararın iptaline ya da tenfizinin engellenmesine yönelik riskler barındırdığı söylenebilir. Bu çerçevede özellikle yargılamaya dâhil edilen üçüncü kişinin hakem heyetinin seçimine katılmadığı ve seçilen hakemlere açıkça itiraz ettiği durumlarda, yargılamaya dâhil etme talebinin reddedilmesi gerektiği ileri sürülebilir⁹⁴. Zira bu durumda gerek iptal edilerek gerek tenfizi engellenerek icra kabiliyetini kaybetmesi oldukça olası bir hakem kararı söz konusu olduğundan yargılamaya katılma müessesesinin tatbik edilmesinin temel gerekçesini teşkil eden etkinlik argümanının geçerliliğini koruduğunu öne sürmek mümkün olmaz. Başka bir ifade ile böylesi bir durumda sadece derdest yargılama-

⁹¹ Örneğin bkz. International Bar Association, 'IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration' (Approved by the IBA Council, 25 May 2024) <www.ibanet.org/> accessed 20 June 2024

⁹² Tarafların eşitliği ilkesinin ihlal edilip edilmediğine ilişkin değerlendirmede tahkim yargılamasının seyrinin de dikkate alınması gerektiğine ilişkin olarak Ross and Asschenfeldt (n 2) 707

⁹³ Siemens AG and BKMI Industrieanlagen GmbH v. Dutco Construction Co. in 1992 (Cour de cassation, 7 January 1992, Rev.arb. 1992, 470). Kararın hakemlerin seçimi bağlamında tahlili için bkz. Born, Volume II (n 2) 2811-2813; Bühler and Fellmann (n 30) 164

⁹⁴ Aynı yönde bkz. Bärtsch and Demaurex (n 8) 91

nın taraflarıyla yapılacak bir yargılama sonucunda verilecek ancak icrası kabil hakem kararının tercih edilmesi ve -diğer koşullar mevcut ise- üçüncü kişi ile derdest yargılamanın ilgili tarafı arasında ayrı bir yargılama başlatılması uygun olur⁹⁵.

2. Yargılamanın Gizliliğiyle İlgili Sorunlar

Tarafların tahkimi tercih etmesinde rol oynayan bir diğer husus ise tahkim yargılamasında gizliliğin esas olmasıdır⁹⁶. Dolayısıyla, devlet yargısının aksine, tahkimde duruşmalar, kural olarak, sadece tarafların katılımına açık olarak yapılır⁹⁷ ve üçüncü kişilerin duruşmalara katılmamasının ötesinde bir yargılama yapıldığından dahi haberdar olmaması istenir. Ancak tahkim yargılamasında gizlilik ilkesiyle ilgili değerlendirmeler yaparken tahkim merkezlerinin kuralları ile *lex arbitri* hükümlerini de dikkate almak gerekir. Nitekim bu kurallar, gizliliği farklı derecelerde düzenleyebilir⁹⁸. Yine derdest yargılamanın tarafları arasında akdedilmiş gizlilik sözleşmesi de yargılamanın gizlilik esasında yürütülmesine ilişkin yükümlülük ve sınırlamalar getirebilir. Bununla birlikte tahkim yargılamasının gizlilik çerçevesinde yürütülmesi gerektiğine ilişkin olarak kurumsal tah-

⁹⁵ Aynı yönde bkz. Bärtsch and Demaurex (n 8) 92

⁹⁶ Tahkimin tercih edilmesinde gizliliğin önemli bir sebep olduğu, böylece tarafların ticari sırlarını ve üçüncü kişilerle paylaşılmayan ticari ilişkileri gizli tutabildiklerine ilişkin olarak bkz. Pust (n 2) 65; Ross and Asschenfeldt (n 2) 699. Gizlilik ilkesinin mutlak olmadığına, gizliliğin (i) tarafların iradesiyle, (ii) kamu yararı ya da adalet gereğince, (iii) şeffaflığı artırmaya yönelik hukuk normları sebebiyle bertaraf edilebileceğine yönelik olarak bkz. Kavya Bhardwaj, 'Multi Party Disputes: The Joinder of Third Parties to International Arbitration Agreements'(2020) 11(1) Indian Arbitration Law Review 1, 16. Uluslararası ticari tahkimde "şeffaflaşma" tartışmaları ve bu yönde bir eğilim olduğuna ilişkin olarak bkz. Catherine A. Rogers, 'Transparency In International Commercial Arbitration' (2006) 54(5) University of Kansas Law Review 1301, 1301ff. Yatırım tahkimi bakımından şeffaflaşma eğiliminden bahsedilebileceği ancak milletlerarası ticari tahkim için aynı şeyin söylenemeyeceği yönündeki tespit için bkz. Nedden and Rosenfeld (n 20) 59-60

⁹⁷ Milletlerarası ticari tahkimde kamuya açık duruşmalara hemen hiçbir zaman rastlanmadığı yönündeki tespit için bkz. Nedden and Rosenfeld (n 20) 56

⁹⁸ Bazı kurumsal tahkim kurallarında sadece hakemler ve merkezin yöneticileri açısından öngörülmuş gizlilik yükümlülükleri olduğu yönünde bkz. Ross and Asschenfeldt (n 2) 699. Milletlerarası ticari tahkimde gizlilik hususuna yeknesak bir yaklaşımın bulunmadığına ve karşılaştırmalı hukuktaki duruma ilişkin olarak bkz. Janis Matthys, 'How to Balance Third Party Funding and Confidentiality in International Arbitration?' in Girsberger D and Müller C (eds), Selected Papers on International Arbitration Volume 5 (Stämpfli Verlag AG 2020) 98

kim kurallarında ve *lex arbitri*'de açık bir hükmün bulunmadığı ve tarafların bu bağlamda sözleşmesel yükümlülüğünün söz konusu olmadığı durumlarda dahi, gizlilik ilkesinin tahkim yargılamasında içkin olduğu yönündeki görüşleri de not etmek gerekir⁹⁹. Bu çerçevede, üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasının gizlilik ilkesiyle bağdaşmadığı öne sürülebilir.

Üçüncü kişilerin yargılamaya katılması, hâliyle, tahkimde esas olan gizlilik ilkesi ile her zaman bağdaşmayabilir. Zira burada yargılamaya katılacak üçüncü kişinin de daha önce vakıf olmadığı birtakım bilgi ve belgelere erişim imkânına sahip olması söz konusu olabilir. Ancak bu değerlendirmede katılma talebini yönelten tarafa göre bir ayırım yapılabilir. Üçüncü kişinin yargılamaya katılmayı talep edebilmesi için bir uyumsuzluğun mevcut olduğundan ve tahkim sürecinin başlatıldığından haberdar olması gerekir¹⁰⁰. Bu durum, gizlilik sebebiyle mümkün olmayabileceğinden bazı tahkim merkezleri, üçüncü kişinin yargılamaya katılmayı talep etmesine izin vermez; yargılamaya katılma, sadece taraflardan birisinin talebiyle mümkün olur¹⁰¹. Hatta bazı durumlarda üçüncü kişinin yargılamaya katılmayı talep etmesi hâlinde ilgili tahkim merkezin tahkim sürecinin başlatıldığını kabul etmesi dahi gizlilik ilkesine aykırılık teşkil edebilir.

Diğer taraftan üçüncü kişinin tarafın talebiyle yargılamaya dâhil edilmesi, gizlilik ilkesiyle her koşulda ters düşmez. Nitekim bu durumda derdest yargılamanın taraflarının yargılamanın gizli olarak yürütülmesine ilişkin menfaatleri karşısında üçüncü kişinin yargılamaya katılmasına yönelik menfaatlerinin ağır bastığı açıktır. Yine göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus, üçüncü kişinin yargılamaya katılmasıyla birlikte yargılamanın gizlilik ilkesi çerçevesinde yürütülmesi gerektiğini öngören ve bu çerçevede ilgililerin yükümlülüklerini ortaya koyan kurullarla bağlı olacaktır¹⁰². Böylesine bir düzenlemenin mevcut olmadığı durumlarda ise bir gizlilik sözleşmesi yapılması, çekincelerin asgari düzeyde tutulması

⁹⁹ Clyde Croft, Christopher Kee and Jeff Waincymer, A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules (Cambridge University Press 2013) para. 17.31; Matthys (n 98) 98

¹⁰⁰ Milletlerarası tahkim uygulamasında menfaat sahiplerinin (stakeholders) çoğu durumda yargılamanın mevcudiyetinden haberdar olmadığı yönünde bkz. Nathalie Bernasconi, Martin Dietrich Brauch and Howard Mann, 'Civil Society and International Investment Arbitration' in Schultz T and Ortino F (eds), The Oxford Handbook of International Arbitration (Oxford University Press 2020) 326

¹⁰¹ Bu bağlamda UNCITRAL Tahkim Kuralları, ICC Tahkim Kuralları ve ITOTAM Tahkim Kuralları örnek gösterilebilir. Detaylı bilgi için bkz. 'IV. Örnek Düzenlemeler'

¹⁰² Ross and Asschenfeldt (n 2) 699

açısından bir çözüm olarak değerlendirilebilir¹⁰³. Bu bağlamda önerilebilecek bir başka çözüm ise hakemlerce alınan bir kararla üçüncü kişinin dava malzemesine erişiminin sınırlandırılmasıdır¹⁰⁴. Ancak üçüncü kişinin adil yargılanma hakkı ile tarafların yargılamanın gizlilik esasına göre yürütülmesindeki menfaati arasında oldukça titiz bir değerlendirme yapılmasını gerektiren bu çözümün de kendi içinde bazı riskler barındırdığını ifade etmek gerekir. Ancak üçüncü kişi ile yargılamanın taraflarının, hemen her zaman, aynı ya da oldukça yakın hukuki ilişkilerin tarafı olduğu¹⁰⁵ da dikkate alındığında, üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılmasının gizlilik bağlamında yarattığı sorunların yönetilemez olduğu sonucuna varmak mümkün değildir.

IV. ÖRNEK DÜZENLEMELER

A. *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Tahkim Kuralları*

Tahkim yargılamasına katılma, UNCITRAL Tahkim Kuralları'nda¹⁰⁶ ilk kez 2010 yılında yapılan değişikliklerle düzenlenir ve hüküm, Kurallar'ın hâlen yürürlükte olan 2021 versiyonunda da aynen korunur. Kurallar'ın "Genel Hükümler" başlıklı 17. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan düzenleme, üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılmasına ilişkin temel esasları belirler ve birtakım şartlar öngörür¹⁰⁷.

UNCITRAL Tahkim Kuralları uyarınca üçüncü kişinin -ya da kişilerin- tahkim yargılamasına katılması için taraflardan birisinin talepte bulunması gerekir. Hükmün lafzından hareketle Kurallar'ın tarafların üçüncü kişilere talep yöneltmesinin mümkün olduğu ancak üçüncü kişilere yargılamaya müdahale imkânı tanımadığı sonucuna varılabilir¹⁰⁸. Hükmün bu

¹⁰³ Pust (n 2) 65; Bärtsch and Demaurex (n 8) 93. Gizlilik hususundaki çekincelerin çözümlenmesi açısından gizlilik sözleşmelerinin daha iyi bir çözüm olduğuna ilişkin olarak bkz. Matthys (n 98) 100

¹⁰⁴ Bärtsch and Demaurex (n 8) 93

¹⁰⁵ Tespit için bkz. Ross and Asschenfeldt (n 2) 695; Livschitz (n 37) 66

¹⁰⁶ Kurallar için bkz. United Nations Commission on International Trade Law, 'UNCITRAL Arbitration Rules' (2021) <<https://uncitral.un.org>> accessed 12 April 2024

¹⁰⁷ Düzenlemenin Çalışma Grubu'nda (Working Group) büyük bir değişiklik olarak değerlendirildiği yönünde bkz. Croft, Kee and Waincymer (n 99) para. 17.21.

¹⁰⁸ Kurallar kapsamında yargılamaya müdahalenin (intervention) mümkün olmadığı yönünde ayrıca bkz. Paolo Michele Patocchi and Tilman Niedermaier, 'UNCITRAL Arbitration Rules' in Shütze RA (ed), Institutional Arbitration Article-by-Article Commentary (Beck, Hart, Nomos 2013) 1121; Bernasconi, Brauch and Mann (n 100) 326

yönüyle -özellikle *lex arbitri*'nin aksine düzenlemeler ihtiva ettiği durumlarda- üçüncü kişinin yargılamaya katılma imkânı bakımından bir “denge-sizlik” barındırdığı öne sürülür¹⁰⁹. Uyuşmazlığın davacı ya da davalı tarafında birden fazla kişinin yer alması durumunda talebin bu kişilerden birisi tarafından yapılması yeterlidir¹¹⁰. Öğretide, hüküm talebe ilişkin detaylı bir düzenleme barındırmadığından, bir hukuk boşluğunun mevcut olduğu ve bu boşluğun tahkimin usûlüne uygulanacak kurallar ve *lex arbitri* çerçevesinde doldurulması gerektiği ifade edilir¹¹¹.

Düzenleme, üçüncü kişinin tahkim yargılamasına katılabilmesi için tahkim anlaşmasına taraf olmasını (*party to the arbitration agreement*) arar¹¹². Bu bağlamda sözü edilen tahkim anlaşması, uyuşmazlığın taraflarının bağlı olduğu tahkim anlaşmasıdır. Bu doğrultuda üçüncü kişi ile uyuşmazlığın taraflarından birisi arasında bir tahkim anlaşması mevcut olması yeterli değildir¹¹³. Diğer taraftan “tahkim anlaşmasına taraf olmak” ifadesinin ne anlama geldiği tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka göre belirleneceğinden, bu açıdan kesin bir sonuca varmak mümkün olmaz. Katı bir yorumla üçüncü kişinin tahkim anlaşmasının şeklen (*prima facie*) tarafı olması gerekebileceği gibi tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline izin verdiği durumda tahkim anlaşmasının şeklen tarafı olmayan üçüncü kişilerin de tahkim yargılamasına katılması mümkün olabilir. Ancak üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına taraf olmasının aranması sebebiyle üçüncü kişinin başka bir tahkim yargılamasına taraf olduğu gerekçesiyle yargılamaya dâhil edilmesi söz konusu olmaz¹¹⁴. Dolayısıyla Kurallar'ın tatbik edildiği bir yargılamada, birbiriyle uyumlu farklı tahkim anlaşmalarının

¹⁰⁹ Patocchi and Niedermaier (n 108) 1122

¹¹⁰ Patocchi and Niedermaier (n 108) 1123

¹¹¹ Patocchi and Niedermaier (n 108) 1123

¹¹² Yargılamaya katılan üçüncü kişinin iradesinin yazılı olarak alındığı durumda da teorik olarak yargılamaya katılmanın mümkün olduğu ancak Çalışma Grubu'nun bu yaklaşımı benimsemediği yönünde bkz. Croft, Kee and Waincymer (n 99) para. 17.22. Çalışma Grubu'nda, LCIA Tahkim Kuralları'ndaki düzenlemeye benzer şekilde, taraflardan birinin üçüncü kişinin yargılamaya katılmasına rıza göstermediği durumlarda üçüncü kişinin yargılamaya katılmasına imkân veren bir düzenleme yapılmasının önerildiği ancak kararların icra kabiliyetini sınırlandırma ihtimali olan bu tercihin eleştirildiği yönünde bkz. Corinne Montineri, 'UNCITRAL Rules and Their Use in Ad Hoc Arbitration' in Cordero-Moss G (ed), International Commercial Arbitration Different Forms and their Features (Cambridge 2013) 102

¹¹³ Patocchi and Niedermaier (n 108) 1123

¹¹⁴ Born, Volume II (n 2) 2795

varlığı esas alınarak üçüncü kişinin yargılamaya dâhil edilemeyeceği öne sürülür¹¹⁵.

Kurallar çerçevesinde üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılabilmesi için aranan üçüncü şart ise -talep yöneltilen üçüncü kişiler de dâhil olmak üzere- tüm tarafların dinlenmesidir. Bu bağlamda tüm tarafların görüşlerinin alınması gerekir. Üçüncü kişinin yargılamaya katılmasının ilgililerin haklarına hâle getirmemesi (*prejudice to any of those parties*) gerekliliği ise düzenlemede öngörülen dördüncü şarttır. Ancak “stratejik” bir avantajın kaybedilmesi yeterli olmaz, gerçek bir hak kaybının söz konusu olması gerekir¹¹⁶. Son olarak hakemlerin üçüncü kişinin yargılamaya katılması talebine izin verme hususunda takdir yetkisini haiz olduğunu eklemek gerekir. Hüküm, yargılamaya dâhil etme talebi bakımından bir süre sınırı öngörmez. Bununla birlikte 17. maddenin birinci fıkrasında hakemlerin takdir yetkilerini kullanırken yargılamayı gereksiz şekilde geciktirmekten kaçınması gerektiği ifade edilir. Yine yargılama sonunda birden fazla karar verilebileceği gibi tüm taraflar hakkında tek bir karar verilmesi de mümkündür¹¹⁷.

B. International Chamber of Commerce (ICC) Tahkim Kuralları

ICC Tahkim Kuralları'nda¹¹⁸ yargılamaya katılma müessesesi ile ilişkili düzenlemeler Kurallar'ın 7. maddesinde yer alır¹¹⁹. Hüküm uyarınca tarafların üçüncü kişileri yargılamaya dâhil etmesi (*joinder*) mümkünken üçüncü kişiler yargılamaya müdahale (*intervention*) hakkını haiz değildir. Yargılamanın gizliliğinin esas olduğu bu usulde üçüncü kişinin yargılamaya katılmayı talep etmesi hâlinde, Sekretaryanın söz konusu yargılamanın mevcudiyetini kabul etmesi dahi mümkün olmaz¹²⁰. Ancak *lex arbitri*'nin emredici kurallarının aksine bir düzenleme getirdiği durumları bu bağlamda bir istisna olarak değerlendirmek gerekir. Hüküm, yargılamaya dâhil etmeye ilişkin usûli işlemleri detaylıca düzenlerken yargılama-

¹¹⁵ Born, Volume II (n 2) 2795

¹¹⁶ Croft, Kee and Waincymer (n 99) para. 17.26.

¹¹⁷ Patocchi and Niedermaier (n 108) 1125

¹¹⁸ Kurallar için bkz. International Chamber of Commerce, ‘2021 Arbitration Rules’ (in force as from 1 January 2021) <<https://iccwbo.org>> accessed 12 April 2024

¹¹⁹ Kurallar'ın yargılamaya katılmaya ilişkin açık düzenlemeler ihtiva etmeyen önceki versiyonlarına getirilen eleştiriler ve tespitler için bkz. Marzolini (n 7) 119-120

¹²⁰ Reiner and Aschauer (n 32) 61

ya katılmanın maddi hukuk yönüne ilişkin olarak ilgili hükümlere atıf yapmakla yetinir.

Hükümün ilk fıkrası uyarınca tahkime üçüncü bir tarafın katılmasını isteyen tarafın¹²¹ -ki bu tarafın genellikle davalı olduğu ifade edilir¹²²- ICC Tahkim Divanı Sekretaryasına (*Secretariat of the International Court of Arbitration*) üçüncü kişiyi yargılamaya dâhil etmek üzere talepte bulunması ve bu durumun uyuşmazlığın diğer taraflarına bildirilmesi gerektiği ifade edilir. Dâhil etme talebinin, üçüncü tarafın adını ve iletişim bilgilerini, üçüncü taraf ile mevcut taraflar arasındaki ilişkinin tanımını ve üçüncü tarafa karşı ileri sürülecek taleplerin veya konuların bir özetini içermesi gerekir. Dolayısıyla başvuru anında bir talep yöneltmeksizin üçüncü kişinin yargılamaya dâhil edilmesi mümkün değildir. Başka bir ifade ile üçüncü kişinin yargılamanın ileriki safhalarında talep yöneltme hakkı saklı tutularak yargılamaya dâhil edilmesi söz konusu olmaz¹²³. Yine Kurallar'ın 7. maddesinin işletilebilmesi için derdest bir yargılamanın mevcudiyeti gerektiğinden ilgili madde dayanak gösterilerek dava açılması da mümkün değildir¹²⁴.

Yargılamaya katılması istenen tarafın bilgilendirilmesi ve üçüncü kişinin yargılamaya katılma talebine ilişkin cevabını iletmesinin ardından, Divanın görüşüne de başvurularak, Kurallar'ın 6(3) ile 6(7) maddeleri uyarınca “*prima facie testi*” uygulanır. Bu doğrultuda üç durumda üçüncü tarafın katılmasına karar verilir¹²⁵: (i) Yargılamaya katılması istenen taraf, uyuşmazlığın taraflarının bağlı olduğu tahkim anlaşmasının şeklen (*prima facie*) tarafı ise dâhil etme talebi kabul edilir. Örneğin yargılamaya katılması istenen (C) de uyuşmazlığın tarafları (A) ve (B) tarafından imzalanan tahkim anlaşmasının tarafı olabilir. (ii) Tarafların imzaladıkları tahkim anlaşmasına ilişkin olarak yapılacak *prima facie* inceleme sonucunda tahkim anlaşmasının yargılamaya katılması istenen üçüncü kişiye teşmil edilmesinin mümkün olduğu anlaşılırsa üçüncü kişinin yargılamaya dâhil edilmesine yönelik talep kabul edilir¹²⁶. Bu bağlamda tahkim anlaşmasına

¹²¹ Daha önce yargılamaya dâhil etme suretiyle yargılamanın tarafı hâline gelmiş kişilerin (additional parties) de bu kapsamda olduğu yönünde bkz. Işık (n 2) 17; Polat Ortakaya (n 6) 129

¹²² Reiner and Aschauer (n 32) 60

¹²³ Pust (n 2) 72; Yeşilirmak (n 6) 53; Işık (n 2) 171

¹²⁴ Işık (n 2) 171

¹²⁵ Reiner and Aschauer (n 32) 60-61

¹²⁶ Bu durumda aranan ölçünün “makul olasılık (reasonable possibility)” olduğu yönünde bkz. Pust (n 2) 73

taraf olmayan üçüncü kişinin yargulamaya katılması mümkün olur. (iii) Üçüncü kişiye yöneltilen talebin farklı bir sözleşmeye dayandırılması hâlinde Kurallar'ın 9. maddesi uygulama alanı bulur ve bu maddenin atfıyla yine Kurallar'ın 6(3) ila 6(7) maddeleri bağlamında bir değerlendirme yapılır. Bu bağlamda iki sözleşmedeki tahkim anlaşmalarının birbirleriyle uyumlu olduğu ve tarafların tümünün uyuşmazlığın tek bir tahkim yargılaması içinde çözülmesi yönünde anlaştığı sonucuna varıldığı takdirde yargulamaya katılma talebi kabul edilir.

Aksi yönde bir anlaşma mevcut değilse, kural olarak, hakemlerin seçiminin ardından üçüncü kişinin yargulamaya dâhil edilmesi mümkün olmaz¹²⁷. Bununla birlikte Kurallar'ın 7. maddesine 2021 yılında eklenen 5. fıkrayla bir istisna tanınır ve hakem seçimi yapıldıktan sonra da üçüncü kişinin yargulamaya katılmasına imkân sağlanır. Ancak bu durumda, yargulamaya katılmaya getirilen eleştiriler ve adil yargılanma hakkı doğrultusunda, üçüncü kişinin tarafların hakem seçimine ve görev belgesinde yer verilen hususlara onay vermesi gerekir. Böylece verilen kararın yargulamaya dâhil edilen üçüncü kişinin talebiyle iptal edilme riski büyük oranda bertaraf edilmiş olur¹²⁸. Fıkra, hakem heyetinin karar verirken dâhil etme talebinin zamanlaması, olası çıkar çatışmaları ve kararın tahkim usûlü üzerindeki etkisi de dâhil olmak üzere ilgili tüm koşulları dikkate alması gerektiğini ifade eder. Tarafların tümünün iradesinin aranmasının gerekli olmadığı hükmün bu tercihi, 2021 yılında yapılan değişikliklerin en önemlilerinden birisi olarak nitelendirilir¹²⁹.

C. The London Court of International Arbitration (LCIA) Tahkim Kuralları

Tahkim yargılamasına katılma, LCIA Tahkim Kuralları'nın¹³⁰ “karakteristik” özelliklerinden birisi olarak nitelendirilir¹³¹. Nitekim 1926 tarihli Tahkim Kuralları'nda dahi, zincir şeklinde akdedilen sözleşmeler-

¹²⁷ Bu tercihin ICC'nin tarafların hakem heyetinin teşekkülüne katılımına atfettiği önemin bir yansıması olduğu yönündeki tespit için bkz. Işık (n 2) 173

¹²⁸ Raluca Maria Petrescu and Alexandru Stan, ‘The 2021 ICC Arbitration Rules - New Commitments to Achieving Better Arbitration’ (2021) 15(1) Romanian Arbitration Journal 15, 20

¹²⁹ Prasad (n 4) 34

¹³⁰ Kurallar için bkz. The London Court of International Arbitration, ‘LCIA Arbitration Rules 2020’ <www.lcia.org> accessed 12 April 2024

¹³¹ Sabine Konrad and Robert Hunter, ‘LCIA Rules’ in Shütze RA (ed), Institutional Arbitration Article-by-Article Commentary (Beck, Hart, Nomos 2013) 470

den (*chain of contracts*) kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü kişilerin yargılamaya katılması ihtiyacına cevap vermek amacıyla yargılamaya katılma imkânı sağlanır. İngiliz hukukunda tahkim yargılamalarına ilişkin detaylı düzenlemeler içeren 1996 tarihli Tahkim Kanunu'nda (*Arbitration Act 1996*) tahkim yargılamasına katılmaya ilişkin açık bir hüküm bulunmazken LCIA Tahkim Kuralları m. 22.1(x), müesseseye ilişkin bir düzenleme öngörür. Hükmün benzerlerinden ayrıştığı önemli bir nokta ise kurallar içindeki yeridir. Zira diğer örneklerde yargılamaya katılmaya ilişkin düzenlemeler genellikle tahkim usûlüne ilişkin kısımda yer alırken LCIA, yargılamaya katılmayı hakem heyetinin yetkileri bağlamında düzenler¹³².

Görece daha az hususu düzenleyen hüküm, diğer tahkim kurallarında yer alan düzenlemelerden temel bir noktada ayrılır. Şöyle ki -kural olarak- üçüncü kişinin yargılamaya katılması için üçüncü kişinin yanında uyuşmazlığın taraflarının bu yöndeki iradesi aranması gerekirken LCIA hükmü üçüncü kişi ile üçüncü kişinin yargılamaya katılmasını talep eden tarafın (*applicant*) iradesinin mevcudiyetini yeterli görür¹³³. Başka bir ifade ile yargılamaya katılmayı talep etmeyen tarafın (*non-applicant*) iradesinin mevcut olması aranmaz. İrade açısından ayrık olarak nitelendirilebilecek bir diğer husus ise iradenin açıkça (*expressly*) ve yazılı olarak beyan edilmesi gerekliliğidir. Kurallar'ın önceki versiyonlarında iradenin yazılı olması yeterliyken 2020 yılında yapılan değişikliğin ardından iradenin açık olması gerektiği ifade edilir. Böylece hükmün önceki versiyonlarına ilişkin tartışmalara son verilmiş olur¹³⁴. Zira iradenin açık olması gerektiğinin hükümde açıkça ifade edilmediği durumda, tahkim anlaşmasının kişiler yönünden kapsamına (*personal reach of the arbitration agreement*) dâhil olan üçüncü kişilerin de yargılamaya dâhil edilip edilemeyeceğinin ayrıca incelenmesi gerekir. İradenin açık olması gerektiği durumda ise tahkim anlaşmasının teşmili yoluyla üçüncü kişilerin yargılamaya dâhil edilmesi mümkün olmaz. Son olarak hükümde 2014 yılında yapılan deği-

¹³² Tespit için bkz. Şit Köşgeroğlu (n 3) 186, n 37

¹³³ Tarafların akdettikleri tahkim anlaşmasında LCIA Tahkim Kuralları'na atıf yapmış yani iradelerini bu yönde açıklamış olmalarının yeterli olduğu, bu nedenle üçüncü kişinin yargılamaya katılmasına ilişkin talebin yapılmasının ardından yargılamaya katılmayı talep etmeyen tarafın (*non-applicant*) iradesinin tekrar aranmamasının ilgilinin iradesinin yok sayılması anlamına gelmeyeceği öne sürülebilir. Benzer bir tespit için bkz. Born, Volume II (n 2) 2801; Johannes Koepf, Dorine Farah and Peter Webster, 'Arbitration in London' in Cordero-Moss G (ed), *International Commercial Arbitration Different Forms and their Features* (Cambridge 2013) 257

¹³⁴ Tartışma için bkz. Konrad and Hunter (n 131) 471

şiklikle “sadece bir tarafın başvurusu üzerine (*only upon the application of a party*)” ifadesi metinden çıkarıldığından üçüncü kişilerin yargılamaya katılmayı talep edebilmesi mümkündür¹³⁵.

Diğer taraftan hüküm, üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına ilişkin usûli hususlara açıklık getirmez. Bu bağlamda talebin yapılmasına ilişkin bir süre sınırlaması getirilmediği gibi yargılamaya katılma talebinin kabul edilmesi hâlinde hakemlerin seçimi ve hakem heyetinin oluşturulmasına ilişkin belirsizlik, hükme yöneltile eleştirilerin odak noktasında yer alır. Nitekim üçüncü kişinin yargılamaya katılmasının ardından hakem atanmasını talep hakkının mevcut olduğuna işaret eden somut bir dayanak bulmak mümkün olmadığı gibi hâlihazırda seçilmiş hakemlerin reddine ilişkin bir düzenleme de söz konusu değildir. Öğretide bu sebeple dahi üçüncü kişinin yargılamaya katılma talebinin reddedilebileceği ifade edilir¹³⁶. Ancak Kurallar’ın yargılamaya katılmayı talep etmeyen tarafın iradesini aramaması, üçüncü kişinin yargılamaya katılmasının ardından hakem heyetinin oluşumuna etki edebilme hakkını haiz olduğunu savunmayı zorlaştırır. Zira üçüncü kişiye bu hakkın tanınması, üçüncü kişinin yargılamaya katılması yönünde iradesi bulunmayan tarafın -hakemlerin seçimi bağlamında- bu durumdan etkilenmesi anlamına gelir ve bu durum, tahkimin iradeye dayalı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasıyla her koşulda bağdaşmaz.

D. Singapore International Arbitration Centre (SIAC) Tahkim Kuralları

Tahkim yargılamasına katılma, SIAC Tahkim Kuralları’nda¹³⁷ ilk kez 2016 yılında yapılan değişikliklerle düzenlenir. Kurallar’ın 7. maddesi, üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılmasına ilişkin detaylı düzenlemeler içerir. Hüküm, yargılamaya katılma talebinin hakem heyetinin oluşturulmasından önce ve sonra yapılmasına ilişkin olarak bir ayırım yapar.

Hükümün ilk fıkrası, hakem heyeti oluşturulmadan önce yapılan yargılamaya katılma taleplerinin maddi hukuk yönüne yoğunlaşır. Düzenleme uyarınca tahkim yargılamasının taraflarının yanında üçüncü kişilerin de

¹³⁵ Prasad (n 4) 28

¹³⁶ Konrad and Hunter (n 131) 472

¹³⁷ Kurallar için bkz. Singapore International Arbitration Centre, ‘Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre’ (6th edn, 1 August 2016) <<https://siac.org.sg>> accessed 12 April 2024

yargılamaya katılma talebinde bulunması mümkündür. Düzenleme bu yönüyle hem tarafların üçüncü kişilere hem de üçüncü kişilerin taraflara talep yöneltebilmesinin önünü açar. Bu doğrultuda yargılamaya katılma talebinde bulunulabilmesi ise iki farklı durumda mümkün olur: (i) Yargılamaya katılması istenen üçüncü kişinin tahkim anlaşmasının şeklen (*prima facie*) tarafı olması bu durumlardan ilkiyken, (ii) yargılamaya katılması istenen üçüncü kişi de dâhil olmak üzere, tarafların tümünün bu yöndeki iradesinin mevcut olduğu durumda da üçüncü kişinin yargılamaya katılması mümkündür. Dolayısıyla SIAC Tahkim Kuralları uyarınca yürütülen bir yargılamada tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü kişinin yargılamaya katılmasına izin verilmiş olur. Ancak bu durumda hem üçüncü kişinin hem de derdest yargılamanın taraflarının iradesinin mevcut olması¹³⁸ gerektiğinden üçüncü kişinin tarafların iradesi hilafına, tek taraflı olarak yargılamaya katılması mümkün değildir¹³⁹. Diğer taraftan düzenleme, iradenin açık olmasının gerekip gerekmediği konusunda sessizdir.

Hükmün ikinci, üçüncü ve beşinci fıkralarında talebin içeriğine ve ilgililerin bilgilendirilmesine ilişkin düzenlemeler yer alır. Dördüncü fıkrada ise Divanın (*Court of Arbitration of SIAC*), yargılamaya katılması istenen üçüncü kişi de dâhil olmak üzere, tarafların tümünün görüşlerini ve uyuşmazlığın koşullarını dikkate alarak karar vereceği ifade edilir. Fıkırada, diğer tahkim kurallarında rastlanmayan bir düzenlemeye yer verilir ve Divana, yargılamaya katılma talebini “tamamen” ya da “kısmen” kabul etme yetkisi açıkça tanınır. Yargılamaya katılma talebinin kabul edilmesinin ardından Divan, gerekli gördüğü takdirde, öncesinde hakem atanmış ise atama kararının iptaline karar verme yetkisini haizdir. Bununla birlikte hükmün yedinci fıkrası, hakemin atamasını iptal etme kararının, hakem tarafından ataması iptal edilmeden önce yapılan işlemlerin ve verilen kararların geçerliliğine hâlel getirmeyeceğini ifade eder. Ardından -taraflarca aksine bir anlaşma yapılmamış ise- çok taraflı tahkimde hakemlerin seçilmesini düzenleyen 12. madde de dâhil olmak üzere ilgili hükümlerin kıyasen uygulanacağı öngörülür.

Diğer taraftan hakem heyetinin oluşturulmasının ardından yargılamaya katılma talebinde bulunulması hâlinde ise talep hakem heyeti tarafından değerlendirilir. Ancak değerlendirmede maddi hukuka ilişkin olarak esas alınacak düzenlemeler farklılık göstermez. Yine usûle ilişkin ku-

¹³⁸ Bu şekilde tezahür eden tahkim iradesi için “ex post consent” nitelendirilmesi yapılır. Bkz. Marzolini (n 7) 122

¹³⁹ Tespit ve tespiti dayanak teşkil eden PT First Media Kararı’na ilişkin değerlendirmeler için bkz. Born, Volume II (n 2) 2803-2806

rallar bakımından da önemli farklılıklardan bahsetmek mümkün değildir. Bununla birlikte yargılamaya katılma talebinin hakem heyetince kabul edilmesinin ardından yargılamaya katılan taraf hakem seçme veya başka bir şekilde hakem heyetinin oluşumuna katılma hakkından feragat etmiş sayılır. Ancak bu durum, ilgili tarafın Kurallar'ın 14. maddesi uyarınca hakeme itiraz etme hakkını ortadan kaldırmaz.

E. Swiss Arbitration Centre (SAC) Tahkim Kuralları (Swiss Rules)

SAC Tahkim Kuralları'nın¹⁴⁰ 2021 yılında güncellenen en son versiyonunun 6. maddesi, yargılamaya katılmaya ilişkin düzenlemeler içerir. Hüküm, diğer kurallardan farklı olarak, tarafların üçüncü kişiye talep yönelmek suretiyle yargılamaya dâhil edilmesi ile üçüncü kişinin yargılamanın taraflarından birisine talep yönelmesi arasında bir ayrım yapar. Bunlardan ilki “joinder” olarak isimlendirilirken ikincisi “intervention” olarak nitelendirilir. Ancak bu ayrım kavramsal olmanın ötesine geçmez ve kurumlar aynı kurallara tabi olarak düzenlenir. Diğer taraftan aynı hükmün dördüncü fıkrasında üçüncü kişilerin tarafların talebiyle ya da kendi isteğiyle uyuşmazlığın tarafı olmaksızın yargılamaya katılması¹⁴¹ (*participation in the arbitration proceedings in a capacity other than an additional party*) ayrıca düzenlenir ve hakem heyetine, üçüncü kişiyi ve tarafları dinledikten ve durumun koşullarını değerlendirdikten sonra, üçüncü kişinin yargılamaya bu bağlamda katılmasına izin verme yetkisi tanınır.

Düzenleme, ayrıca, yargılamaya katılma talebinin yapıldığı zaman bakımından bir ayrım yapar. Bu çerçevede hakem heyeti oluşturulmadan önce yapılan yargılamaya katılma taleplerinin Sekretaryaya iletilmesi gerekir ve ilgililer bilgilendirilir. Taraflara, hakem heyetinin yetkisine ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere, itirazlarını ileri sürmek için süre tanınır. Bu süreçte, hükmün atfıyla Kurallar'ın beşinci maddesi uygulanır. Diğer taraftan hakem heyetinin oluşturulmasından sonra yöneltilen yargılamaya katılma talepleri ise taraflar ve üçüncü kişi de dinlendikten sonra hakem heyetince karara bağlanır. Hakem heyeti kararını verirken ilgili koşulları dikkate alır. Bununla birlikte hükümde ilgilerin tahkim iradesine ilişkin bir

¹⁴⁰ Kurallar için bkz. Swiss Arbitration Centre, ‘Swiss Rules of International Arbitration’ (Swiss Rules, 2021) <www.swissarbitration.org> accessed 12 April 2024

¹⁴¹ Hükmün kapsamına amicus curiae sıfatıyla katılmanın yanında İsviçre usûl hukukunda “Nebenintervention (accessory intervention, intervention accessoire indépendante, intervento adesivo litisconsortile)” olarak isimlendirilen müessesenin de girdiği yönündeki tespit için bkz. Bärtsch and Demaurex (n 8) 97-98

düzenleme yer almaz. Bu nedenle hakemlere çok geniş bir takdir yetkisi tanındığı ileri sürülür¹⁴².

F. Vienna International Arbitration Centre (VIAC) Tahkim Kuralları (Vienna Rules)

VIAC Tahkim Kuralları'nın¹⁴³ 2021 yılında güncellenen versiyonu, tahkim yargılamasına katılmayı düzenler. Kurallar'ın 14. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca üçüncü kişinin tahkime katılmasına ve uygulanacak usûle, taraflardan birinin veya üçüncü kişinin talebi üzerine, tüm taraflar ve katılacak üçüncü kişi dinlendikten ve ilgili tüm koşullar göz önünde bulundurulduktan sonra hakem heyeti tarafından karar verilir. Kurallar, üçüncü kişilerin yargılamaya dâhil edilmesinin yanında tarafların talebi olmaksızın üçüncü kişilerin de yargılamaya dâhil olmasına imkân sağlaması yönüyle diğer kurallarda yer alan yargılamaya katılmaya ilişkin düzenlemelerin bazılarında ayrılır. Ancak ilgili hüküm, üçüncü kişi ile tarafların tahkim iradeleri hususunda sessizdir.

Tahkim yargılamasına katılmaya ilişkin birtakım düzenlemeler öngören hüküm, tahkim yargılamasına katılma talebinin içermesi gereken hususları sıralar. Bu çerçevede talebin (i) üçüncü tarafın tam adını, elektronik posta adresi de dâhil olmak üzere adresini ve diğer iletişim bilgilerini, (ii) yargılamaya katılma talebinin dayandığı gerekçeleri ve (iii) üçüncü kişinin yargılamaya katılmasına ilişkin olarak uygulanması talep edilen usûle ilişkin açıklamaları içermesi gerekir. Yargılamaya katılma talebinin, bir dava dilekçesi (*statement of claim*) içinde verilmiş olması hâlinde, Sekreteryaya iletilmesi gerekir. Bu durumda, yargılamaya katılacak üçüncü kişi ile ilgili taraf arasında ayrı bir yargılama başlatılmasına karar verilmesi de mümkündür.

Hüküm, yargılamaya katılma talebinin sunulması açısından bir süre sınırı öngörmez. Kurallar'ın 14.3.2 düzenlemesi, hakemlerin seçilmesi ve atanmasından sonra da üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasının mümkün olduğuna işaret eder. Nitekim ilgili fıkra, üçüncü tarafın hakem heyeti henüz oluşturulmamışsa Kurallar'ın 18. maddesi uyarınca hakemlerin seçimine katılabileceğini ifade eder. Düzenleme bu yönüyle daha esnek bir düzenleme olarak değerlendirilebileceği gibi yargılamaya katılan üçüncü kişilerin hakem seçimine katılabilmesi, müesseseye yöneltilen eleştiriler

¹⁴² Girsberger and Voser (n 5) para. 583

¹⁴³ Kurallar için bkz. Vienna International Arbitration Centre, 'VIAC Rules of Arbitration' (Vienna Rules, in force as from 1 July 2021) <www.viac.eu> accessed 12 April 2024

göz önüne alındığında, tahkim yargılamasının işleyişiyle bağdaşır bir tercihtir.

G. İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları

İTOTAM Tahkim Kuralları'nda¹⁴⁴ 2021 yılında yapılan değişikliklerle tahkim yargılamasına katılmaya ilişkin düzenleme de Kurallar'a eklenir. Kurallar'ın 14. maddesinde "Davaya Dâhil Etme" başlığı altında yer alan düzenleme uyarınca üçüncü kişinin tahkim yargılamasına davalı taraf yanında dâhil edilmesini isteyen taraf, bu yöndeki talebini Sekreterliğe sunar. Davaya dâhil etme talebinde (i) davaya dâhil edilen kişi ve tarafların adı, soyadı, varsa unvanı, adresi ve iletişim bilgilerinin; (ii) mevcut tahkim dosyasının esas numarasının; (iii) uyuşmazlığın konusu olaylar ve hukuki sebeplerin; (iv) talep sonucunun ve varsa uyuşmazlık konusunun parasal değerinin; (v) taraflar arasındaki sözleşmelerin ve özellikle tahkim sözleşmesinin veya tahkim şartının yer alması ve (vi) birden fazla tahkim sözleşmesine dayanılması durumunda, ileri sürülen her bir talebin hangi tahkim sözleşmesine dayandığının belirtilmesi gerekir.

Hükümün birinci fıkrasında yapılan atıfla davaya dâhil etme talebi hakkında Kurallar'ın 12. maddesinin 2. fıkrası ile 16. madde uygulanır. Bu çerçevede davaya katılması istenen üçüncü kişi tahkim talebine cevap vermezse ya da tahkim sözleşmesi veya şartının varlığı, geçerliliği ya da içeriğine ilişkin bir itiraz ileri sürerse itiraz Divan tarafından karara bağlanır. Divan, tahkim sözleşmesinin veya şartının varlığına ilişkin itiraz üzerine yapacağı *prima facie* inceleme sonucunda, tahkim sözleşmesi veya şartının var olduğu kanaatine ulaşır ise tahkim yargılamasının devamına karar verebilir. Bu hâlde, tahkim sözleşmesi veya şartının geçerliliği de dâhil olmak üzere, kendi yargılama yetkisi hakkında karar vermek hakem kuruluna aittir. Divan tahkim sözleşmesinin veya şartının mevcut olmadığı kanısına varırsa Sekreterlik, tahkimin devam etmeyeceğini taraflara tebliğ eder. Diğer taraftan birden fazla sözleşmeden doğan veya bağlantılı olan talepler, bir veya birden fazla tahkim sözleşmesine dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın, tek bir yargılama içinde ileri sürülebilir.

Hüküm, davaya dâhil etme talebi bakımından bir süre sınırlaması öngörür ve taraflar ve davaya dâhil olan aksini kararlaştırmadıkça, herhangi bir hakemin onaylanmasından veya atanmasından sonra, üçüncü

¹⁴⁴ Kurallar için bkz. İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi, 'Tahkim Kuralları' (2021) <www.itotam.com> accessed 12 April 2024

kişinin davaya dâhil edilemeyeceğini ifade eder. Sekreterlik, davaya dâhil etme talebi için makul bir süre belirleyebilir. Talebin kabul edilmesinin ardından davaya dâhil olan üçüncü kişi taraf sıfatını kazanır. Bu doğrultuda, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, davaya katılanın İTOTAM Tahkim Kuralları'nın talebe cevap usûlünü düzenleyen 10. maddesinde belirtilen hususlara uygun bir dilekçe vermesi mümkündür. Yine davaya katılan tarafın çok taraflı davalara ilişkin 15. madde uyarınca diğer tüm taraflara karşı talepte bulunma hakkı vardır.

V. SON TESPİTLER

Ortaya konmaya çalışıldığı üzere, üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılması çok yönlü bir incelemeyi gerektirir ve müessese ile ilişkilendirilebilen meselelerin sistematik biçimde birbirinden ayırt edilmesi, incelemenin ilk aşamasını oluşturur. Bu doğrultuda, her ne kadar usûli bir araç olsa da, müessesesinin maddi hukuku ilgilendiren yönlerinin tespit edilmesi ve bunlara tahkim hukukunun mevcut yapısına uygun şekilde tayin edilmiş hukuk kuralların tatbik edilmesi önem arz eder. Özellikle ilgililerin yargılamaya katılmaya yönelik iradelerinin tespiti, bu değerlendirmenin merkezinde yer alır. Yine ilgililerin menfaati, yargılamaya katılma talebinin zamanlaması ve bu bağlamda derdest yargılamada hangi aşamada bulunduğu, üçüncü kişinin yargılamaya katılmasının ilgililer arasında bir çıkar çatışmasına sebep olup olmayacağı, üçüncü kişinin katılmasının derdest yargılamanın etkinliğine etkisi gibi dikkate alınması gereken başka etkenler de söz konusudur. Hâliyle bu düzlemde, usûli meselelere nazaran, çok daha sorunlu meseleler yer alır. Ancak, oldukça sınırlı sayıdaki istisnalar haricinde, milli hukuklarda tahkim yargılamasına katılmaya ilişkin düzenlemelere rastlanmadığı gibi kurumsal tahkim kuralları bakımından da yeknesak ve meseleyi her yönüyle ele alan düzenlemelerin mevcut olduğu söylenemez.

Diğer taraftan tahkim yargılamasına katılmanın şekli hukuk boyutu, tahkim usûlüne uygulanacak hukuku ilgilendirir. Yargılamaya katılma talebinin içeriği, talebin hangi merci tarafından değerlendirileceği, süreler, talebin kabul edilmesinin ardından yargılamanın nasıl devam edeceğine ilişkin meseleler, bu bağlamda akla ilk gelenlerdir. Bu çerçevede kurumsal tahkim kurallarında da birtakım düzenlemelere yer verildiği görülür. Elbette bu kuralların mevcudiyeti şart değildir. Zira bu bağlamda kuralların mevcut olmaması ya da mevcut kurallarda eksiklik bulunması, usûli bir hukuk boşluğuna işaret eder ve hakemler, bu boşluğu doldurma yetkisini haizdir. Nitekim üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasını açıkça düzenleyen tahkim merkezlerinin kuralları kapsamları itibarıyla ayrıştığı gibi usûli

meselere ilişkin detaylı düzenlemeler içermezler. Yine *lex arbitri*'nin temel çerçevesini oluşturan milli hukukta da üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılmasına ilişkin düzenlemelere hemen hiçbir zaman rastlanmaz. Bununla birlikte hukuk düzenleri arasındaki yakınsama (*convergence*), milletlerarası tahkimde belirli bir hukuk sisteminden bağımsız bir yapının inşası (*delocalization/denationalization*) çabaları ve kurumsal tahkim merkezleri ve hatta devletler arasındaki düzenleyici rekabet (*regulatory competition*) de dikkate alındığında, hem maddi hukuk hem de şekli hukuk açısından, tahkim yargılamasına katılmaya ilişkin düzenlemelerin gelecek yıllarda daha da yaygınlaşacağını, mevcut düzenlemelerin ise görece yeknesak bir zemine kavuşacağını öne sürmek mümkündür.

Tahkim yargılamasına katılmaya ilişkin pozitif hukuk kurallarının henüz birlik arz etmediği mevcut durumda ise tahkim hukukunun evrensel teorik temellerinden yola çıkarak birtakım tespitler yapılabilir. Ancak bu tespitlerin somut yargılamalar açısından yeknesak çözümler sunması elbette mümkün değildir. Zira milli hukukların ayrık yönlere ve tahkim hukukunun belirli meselelerine yaklaşımlarındaki farklılıklar, yargılamaya katılma müessesesinin tatbik edildiği hakem kararlarının icra kabiliyetini sınırlandırabilir. Bu risk, özellikle iki durum açısından söz konusu olur. Bunların ilki, taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının bulunmaması, ikincisi ise tarafların eşitliği ilkesine aykırılık hâlidir¹⁴⁵. Başka bir ifade ile yargılamaya katılma müessesesi ile ilişkilendirilebilen iki temel sorunlu mesele olan (i) ilgililerin iradesinin tespit edilmesi ve (ii) hakemlerin seçimi, bu bağlamda, hakem kararlarının icra kabiliyetini sınırlandırılması bakımından en büyük riskleri ihtiva eder.

Yargılamaya katılma bakımından maddi hukuk çerçevesinde yapılan değerlendirmede öncelikle tarafların ve üçüncü kişinin iradesinin olup olmadığı incelenir. Ancak tahkim iradesinin mevcudiyetini tespit etmek her durumda kolay değildir. İlgililerin açık iradesinin bulunduğu ve tahkim usûlüne uygulanacak kurallar ve/veya *lex arbitri*'de üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına izin veren bir düzenlemenin mevcut olduğu durumda sorun yoktur. Diğer taraftan ilgililerin açık iradesinin bulunmadığı durumlarda daha kapsamlı bir inceleme yapılması gerekir. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka göre yapılacak bu incelemede, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun sözleşmenin esasına uygulanacak hukuktan farklı olması ihtimali de söz konusu olabileceğinden, durum daha da karmaşık bir hâl alabilir. Zira, özellikle, tahkim anlaşmasının dü-

¹⁴⁵ Aynı yönde bkz. Livschitz (n 37) 82ff.

rüstlük kuralı ve hakkaniyet gereğince üçüncü kişilere teşmili her hukuk düzeninde aynı düzeyde kabul görmez¹⁴⁶. Bu nedenle tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk ile sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun katı şekilde birbirinden ayrılması, üçüncü kişilerin yargılamaya katılması bakımından sorunlara yol açabilir. Ancak, elbette, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun taraflarca seçildiği ya da *lex arbitri*'nin tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka ilişkin olarak açıkça tercih yaptığı durumda, değerlendirmenin bu hukuka göre yapılması bir zorunluluk arz eder.

Hakem kararlarının icra kabiliyetini sınırlandırma riski barındıran ikinci durum ise gerek yargılamaya dâhil etme gerek yargılamaya müdahale vasıtasıyla üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılması hâlinde hakemlerin seçimidir. Özellikle üç hakemden oluşan hakem heyetlerinin seçimi için takip edilen geleneksel usûl, tek bir davacı ve tek bir davalının bulunduğu iki taraflı yargılamalar için idealken üç kişinin bulunduğu bir yargılamada tarafların hakem seçimine eşit şekilde katılması teorik olarak mümkün değildir. Zira yargılamaya katılan üçüncü kişi ile üçüncü kişinin yanında yer aldığı tarafın menfaatlerinin ne bütünüyle örtüştüğü ne de birbirlerinden bütünüyle ayrıştığı söylenebilir. Yine üçüncü kişinin yargılamaya katılması açısından hakemlerin seçilmiş olup olmamaları da önem arz edebilir. Bu bağlamda bütünüyle teorik perspektiften yapılan değerlendirmeler ve öneriler, sorunları tamamen çözme noktasında yetersizdir ancak mevcut sorunlar ve ihtiyaçlar dikkate alındığında, üçüncü kişilerin yargılamaya katıldığı durumlarda hakemlerin tümünün tarafsız bir merci tarafından atanması, bu önerilerin en kabul edilebilir olanıdır. Yine de tahkim yeri ya da tenfiz yeri hukukunun hakemlerin seçimine atfettiği önem, bu yöntemin benimsendiği durumlarda dahi, kararın icra kabiliyetini sınırlandıran bir etmen olarak dikkate alınır.

Üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılması hâlinde ilgili kararın icra kabiliyetinin sınırlandırılması risklerine yönelik olarak yapılan tespitler, bu bağlamda, dört noktanın belirleyici olduğunu gösterir: (i) tahkim anlaşması, (ii) kurumsal tahkim kuralları, (iii) tahkim yeri ve (iv) tenfiz yeri.

Daha önce de ifade edildiği gibi yargılamaya katılma bağlamında ilgililerin iradelerinin tespiti açısından da birincil kaynak olan tahkim anlaşması, hemen hiçbir zaman, yargılamaya katılmaya ilişkin düzenlemeler içermez. Elbette tarafların belki de yıllar sonra başvurmaları gerekecek

¹⁴⁶ Yargı kararlarının incelendiği kapsamlı bir çalışmada elde edilen sonuçlar için bkz. Mistelis and Rao (n 61) 363-364

tahkim anlaşmasında, uyuşmazlığın detaylarına hâkim olmaksızın, üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına izin vermesi ya da yargılamaya katılmasını yasaklaması stratejik açıdan doğru bulunmayabilir. Ancak tahkim anlaşmasının konu yönünden kapsamını belirleyen ana sözleşmenin çok taraflı olduğu ya da alt ilişki bakımından bir “sözleşme zincirinin (*chain of contracts*)” veya “sözleşme grubunun (*group of contracts*)” söz konusu olduğu durumlarda, çok taraflı uyuşmazlıkların ortaya çıkması olası olduğundan, tahkim anlaşmasında yargılamaya katılmaya ilişkin düzenlemelere yer verilmesi önerilebilir¹⁴⁷. Zira bu düzenlemelerin hem ilgililerin iradelerini açıkça ortaya koyması hem de hakemlerin seçimine ilişkin kurallar ihtiva etmesi hâlinde, hakem kararının icra kabiliyetini sınırlandıran risklerin büyük oranda bertaraf edilebileceği ileri sürülebilir¹⁴⁸. Bu kapsamda, özellikle, çok taraflı tahkim usûlünde hakemlerin bir tayin merci tarafından atanacağına açıkça düzenlenmesi, çok taraflı sözleşmelerde sözleşmenin her bir tarafının taraflar arasında ilgili sözleşmeden doğan uyuşmazlıklardan haberdar edilmesine ilişkin yükümlülükler getirilmesi, sözleşme taraflarının yargılamaya dâhil edilmesine ya da yargılamaya müdahale etmesine yönelik iradelerinin açıkça ortaya koyulması, bu doğrultuda ilgililere süre tanınması akla ilk gelenlerdir¹⁴⁹. Yine birden fazla sözleşmenin ekonomik açıdan birlik arz ettiği hukuki ilişkilerde farklı sözleşmelerde yer alan tahkim anlaşmalarının birbirleriyle uyumlu olmaları da önemlidir. Bu doğrultuda çok katmanlı hukuki ilişkilerde ilgililerin tümünün tarafı olduğu ve çok taraflı uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin düzenlemelerin yer aldığı müstakil bir tahkim sözleşmesi yapılması da faydalı olabilir.

Tahkim yargılamasına katılma ile ilgili olarak önem arz eden ikinci nokta ise kurumsal tahkim kurallarıdır. Ortaya koyulmaya çalışıldığı üzere, en bilinen kurumsal tahkim kurallarının birçoğu tahkim yargılamasına katılmaya ilişkin düzenlemeler ihtiva etmekle birlikte bu düzenlemelerin yeknesaklık arz ettiğini öne sürmek güçtür. Zira düzenlemeler hem kapsamaları hem de yaklaşımları itibarıyla birbirinden kayda değer şekilde ayrışır. Yargılamaya katılmaya ilişkin düzenlemelere hiç yer vermeyen

¹⁴⁷ Benzer bir öneri için bkz. Girsberger and Voser (n 5) para. 485

¹⁴⁸ Elbette *lex arbitri*'nin emredici kuralları tarafların bu bağlamda yapacağı anlaşmalara sınır teşkil edeceğinden bu risklerin tahkim anlaşması vasıtasıyla bütünüyle bertaraf edilebileceğini ileri sürmek mümkün olmayabilir.

¹⁴⁹ Yargılamaya katılmaya ilişkin düzenlemelerin yer aldığı örnek tahkim şartı için bkz. International Bar Association, ‘IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses’ (2010) <www.ibanet.org> accessed 12 April 2024 37

kurallar bir tarafa, “yargılamaya katılma” üst kavramı içinde yer alan davaya dâhil etme (*joinder*) ve davaya müdahale (*intervention*) araçlarının bile merkezlerce farklı şekillerde düzenlenmiş olmaları dahi, yargılamaya katılma müessesesi ile ilişkilendirilen teorik sorunların kurumsal tahkim kuralları ile bütünüyle çözülemeyeceğine işaret eder. Bununla birlikte tahkim merkezlerinin kiminin kurallarının daha kapsamlı ya da esnek olması, bu bağlamda tahkim merkezlerinin seçimi açısından bir etken olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla çok taraflı hukuki ilişkiler bakımından tahkim merkezlerinin seçiminde, yargılamaya katılmaya ilişkin düzenlemelerin de dikkate alınması, bu düzenlemelerin yetersiz kaldığı noktada tahkim anlaşması vasıtasıyla olası belirsizliklerin engellenmesi önerilebilir.

Diğer taraftan uyuşmazlığın bir kurumsal tahkim merkezinin dahil olmaksızın çözümlendiği *ad hoc* tahkimde yargılamaya katılma müessesesi bakımından iki farklı senaryonun gündeme geleceği söylenebilir. Tarafların yargılama kurallarına ilişkin herhangi bir düzenleme yapmadığı ya da yapılan düzenlemeler içinde yargılamaya katılmaya ilişkin kuralların yer almadığı ilk durumda, uyuşmazlığın çözümünde esas alınan “hukuk matrisi”nde kurumsal tahkim kuralları ve benzeri nitelikteki yargılama kuralları yer almayacağından, üçüncü kişilerin yargılamaya katılmasına ilişkin meseleler de tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, *lex arbitri* ve tahkim usûlüne uygulanacak hukuk çerçevesinde çözümlenir. Bu bağlamda tahkim anlaşmasının da dikkate alınması gerekir. Yargılamaya katılmaya ilişkin açık düzenlemeler ihtiva etme ihtimali oldukça düşük olan bu kurallar bakımından sorun arz etmesi en olası meselenin, tarafların ve üçüncü kişilerin yargılamaya katılmaya yönelik iradelerinin tespiti olduğu öne sürülebilir. Ancak bütünüyle maddi hukuka ilişkin bu mesele bakımından açık düzenlemelerin bulunmaması, yargılamaya katılma müessesesinin işletilemeyeceği anlamına gelmez¹⁵⁰. Zira bu düzenlemelerin mevcut olmadığı durumda da ilgililerin yargılamaya katılmaya yönelik iradelerinin tespit edilebilmesi hâlinde -teorik olarak- üçüncü kişinin yargılamaya katılması mümkündür. Ancak maddi hukuk bakımından bu kuralların eksikliği, yorum yoluyla, ilgililerin yargılamaya katılmaya yönelik iradelerinin mevcut olduğu sonucuna varılmasını zorlaştırabilir. Elbette yargılama başladıktan sonra ilgililerin tümünün üçüncü kişinin yargılamaya katılması hususunda anlaşması da mümkündür. Usûli meselelere ilişkin boşluklar ise hakemlerce doldurulur ancak bu noktada, üçüncü kişinin yargılamaya katılmasının ardından hakemlerin seçimine ilişkin kuralların eksiliğinin özellikle dikkate şayan olduğunu not etmek uygun olur. Bu durumda ha-

¹⁵⁰ Aksi yönde bkz. Esen (n 13) 83

kem kararının icra kabiliyetinin görece zayıf olduğu ileri sürülebilir. Tarafların yargulamaya katılmaya ilişkin hükümler barındıran yargılama kurallarının uygulanmasının kararlaştırıldığı ikinci durumda ise çalışmadaki genel açıklamalardan ayrı bir sonuca varmaya gerek olmadığı söylenebilir. Zira bu bağlamda tahkim merkezinin dahli çoğunlukla idari faaliyetlerin ötesine geçmediğinden açık düzenlemelerin mevcudiyeti, müessesenin tatbik edilmesi bakımından yeterlidir. Dikkat edilmesi gereken husus, *ad hoc* tahkimde kurumsal tahkim kurallarının uygulanacağına kararlaştırıldığı çoğu durumda olduğu gibi, usûli işlemlerin yapılması ve hatta taleplerin değerlendirilip karara bağlanması bakımından hakemler dışındaki -sekretarya ya da divan gibi- bir mercinin görevlendirilmiş olmasının beraberinde getirdiği pratik sorunlardır. Diğer taraftan UNCITRAL Tahkim Kuralları gibi *ad hoc* tahkim dikkate alınarak kurgulanmış yargılama kurallarının seçildiği durumlarda böyle bir çekinceden söz etmek gerekmez.

Yine tahkim hukukunun merkez kavramlarından birisi olan ve kendisine birçok sonuç bağlanan “tahkim yeri” de yargulamaya katılma müessesenin tatbik edildiği yargılamalar sonucunda verilen hakem kararlarının icra kabiliyeti açısından oldukça önemlidir. Zira tahkim yeri, *lex arbitri*'nin ve hakem kararlarının iptaline ilişkin talepler bakımından yetkili mahkemenin tayin edilmesi noktasında önem arz eder ve bu nedenle tahkim yeri hukukunun özellikle ilgililerin iradesinin tespit edilmesine ve hakemlerin seçimine ilişkin yaklaşımı belirleyici olur. Nitekim üçüncü kişinin yargulamaya katılmaya yönelik iradesinin tahkim anlaşmasının teşmili suretiyle tespit edildiği veya hakem seçimine ilişkin olarak takip edilen usûlün yerleşik uygulamalardan ayrıldığı durumlarda farklı milli hukukların farklı sonuçlara varması ihtimaller dâhilindedir. Her ne kadar tahkim hukukundaki güncel küresel eğilimin daha esnek yaklaşımlar lehine olduğu söylenebilse de her milli hukukun bu hususlara yaklaşımının aynı olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Tahkim yerine bağlanan bir diğer sonuç ise tahkim yeri hukukunun tenfiz talepleri bakımından da nirengi noktası teşkil etmesinden ileri gelir. Nitekim New York Konvansiyonu'nun tenfiz engellerini düzenleyen beşinci maddesinin birinci fıkrasının tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin (a) bendi ve hakem heyetinin teşekkülüne ilişkin (d) bendi de -tarafkların aksi yönde bir anlaşmaları mevcut değilse- tahkim yeri hukukunu referans alır. Son olarak tahkim yerine göre tayin edilen *lex arbitri*'nin yargulamaya katılmaya ilişkin düzenlemeler ihtiva etmesi de teorik olarak mümkün olduğundan bu düzenlemelerin mevcudiyeti ve emredici karakteri de önem arz eder.

Bu bağlamda ele alınan diğer noktalara nazaran, fiilî bir durumun sonucu olması sebebiyle, tenfiz yerinin taraflarca seçilmesinde tam anla-

mıyla irade serbestisinden söz etmek mümkün olmaz. Ancak bu durum, tenfiz yerinin yargılamaya katılma müessesesi açısından belirleyici olduğu gerçeğini değiştirmez. Zira tenfiz talebi sebebiyle yapılacak değerlendirmede, taraflarca serbestçe belirlenen hususlar ve tahkim yeri hukukuna ek olarak, tenfiz yeri hukuku da önemli bir rol oynar. Zira New York Konvansiyonu'nun tenfiz engellerini düzenleyen beşinci maddesinin ikinci fıkrası, tenfiz yeri hukukundan kaynaklanabilecek tenfiz engellerini açıkça tanıır ve fıkranın (b) bendinde, ilgili hakem kararının tenfizi istenen ülkenin kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi hâlinde tenfiz talebinin reddedilebileceğini düzenler. Nitekim yargılamaya katılma müessesesinin tatbik edildiği hakem kararların icra kabiliyetini sınırlandırma riski barındıran iki önemli husus olan ilgililerin iradesinin tespit edilmesi ve hakemlerin seçimi meseleleri kamu düzeni ile ilişkilendirilebileceğinden, tenfiz yerinin ve özellikle tenfiz yerinin kamu düzeninin de bu bağlamda belirleyici olacağı söylenebilir.

KAYNAKÇA

Abolafia LB, 'Implied Choice of the Law Applicable to the Arbitration Agreement: The Effect of Non-Signatories in International Arbitration' (2019) 37(1) ASA Bulletin 64-81

Akıncı Z, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri (DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1996)

Akıncı Z, Milletlerarası Tahkim (6th edn, On İki Levha Yayıncılık 2021)

American Arbitration Association, 'Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures' (Rules Amended and Effective September 1, 2022) <www.adr.org> accessed 14 June 2024.

Asian International Arbitration Centre, 'Arbitration Rules' (2023) <https://admin.aiac.world> accessed 14 June 2024.

Aygül M, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller (On İki Levha Yayıncılık 2014)

Bärtsch P and Demaurex S, 'Cross-Claim, Joinder, Intervention - Article 6' in Zuberbühler T, Müller C and Habegger P (eds), Swiss Rules of International Arbitration (Schulthess Juristische Medien AG 2023)

Berger B and Kellerhals F, International and Domestic Arbitration in Switzerland (4th edn, Stämpfli Verlag AG 2021)

Bernasconi N, Brauch MD and Mann H, 'Civil Society and International Investment Arbitration' in Schultz T and Ortino F (eds), The Oxford Handbook of International Arbitration (Oxford University Press 2020)

Bhardwaj K, 'Multi Party Disputes: The Joinder of Third Parties to International Arbitration Agreements'(2020) 11(1) Indian Arbitration Law Review 1-18

Born G and Forrest S, 'Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration' (2019) 34(3) ICSID Review 626-665

Born G, 'The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective' (2014) 26 Singapore Academy of Law Journal 814-848

Born G, International Arbitration and Forum Selection Agreements (6th edn, Wolters Kluwer 2021)

Born G, International Commercial Arbitration Volume I (3rd edn, Wolters Kluwer 2021)

Born G, International Commercial Arbitration Volume II (3rd edn, Wolters Kluwer 2021)

Bühler M and Fellmann L, 'Appointment of Arbitrators - Article 11' in Zuberbühler T, Müller C and Habegger P (eds), Swiss Rules of International Arbitration (3rd edn, Schulthess Juristische Medien AG 2023)

Champlin S and Towns T, 'Construction Arbitration: Unique Joinder and Consolidation Challenges' (2020) 74(3) Dispute Resolution Journal 152-161

Croft C, Kee C and Waincymer J, A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules (Cambridge University Press 2013)

Demirkol B, 'Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili', in Erkan M and Yasan Tepetaş C (eds), Tahkim Anlaşması, Tahkim Okulu Paneller Serisi, C. I (On İki Levha Yayıncılık 2020)

Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, 'Arbitration Rules' (Effective as of 1 March 2018, 2018) <www.disarb.org> accessed 14 June 2024.

Erdem HE, 'Tahkim Anlaşması' in Erdem HE and others (eds), Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan (On İki Levha Yayıncılık 2017)

Erdem HE, Milletlerarası Ticaret Hukuku (3rd edn, On İki Levha Yayıncılık 2024)

Esen E, Uluslararası Ticarî Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili (Beta 2008)

Girsberger D and Voser N, International Arbitration Comparative and Swiss Perspectives (4th edn, Schulthess Juristische Medien AG 2021)

Hanotiau B, 'Consent to Arbitration: Do We Share The Same Vision?' (2011) 27(4) Arbitration International 539-554

Hanotiau B, ‘Non-signatories in International Arbitration: Lessons from Thirty Years of Case Law’ in Albert Jan van den Berg (ed), ICCA Congress Series No. 13 (Kluwer Law International 2007)

Henderson A, ‘Lex Arbitri, Procedural Law and The Seat of Arbitration – Unravelling the Laws of the Arbitration Process’ (2014) 26 Singapore Academy of Law Journal 886-910

Hosking JM, ‘The Third Party Non-Signatory’s Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice without Destroying Consent’ (2004) 4(3) Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 469-588

International Bar Association, ‘IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses’ (2010) <www.ibanet.org> accessed 12 April 2024

International Bar Association, ‘IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration’ (Approved by the IBA Council, 25 May 2024) <www.ibanet.org/> accessed 20 June 2024.

International Centre for Dispute Resolution, ‘International Dispute Resolution Procedures’ (Including Mediation and Arbitration Rules, Rules Amended and Effective March 1, 2021) <www.icdr.org> accessed 14 June 2024.

International Chamber of Commerce, ‘2021 Arbitration Rules’ (in force as from 1 January 2021) <<https://iccwbo.org>> accessed 12 April 2024

Işık F, ‘Complex (Multi-Party and Multi-Contract) Arbitrations in Articles 7-10 of ICC Arbitration Rules’ (2020) 69 *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul* 167-179

İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabulucuk Merkezi, ‘Tahkim Kuralları’ (2021) <www.itotam.com> accessed 12 April 2024

Judicial Arbitration and Mediation Services, Inc., ‘International Arbitration Rules & Procedures’ (Effective June 1, 2021) <www.jamsadr.com> accessed 14 June 2024.

Koeppe J, Farah D and Webster P, ‘Arbitration in London’ in Cordero-Moss G (ed), *International Commercial Arbitration Different Forms and their Features* (Cambridge 2013)

Konrad S and Hunter R, ‘LCIA Rules’ in Shütze RA (ed), *Institutional Arbitration Article-by-Article Commentary* (Beck, Hart, Nomos 2013)

Landbrecht J and Wehowsky AR, ‘Determining the Law Applicable to the Personal Scope of Arbitration Agreements and its “Extension”’ (2017) 35(4) *ASA Bulletin* 837-859

Livschitz T, ‘Arbitration: An Efficient Solution for Multiparty Disputes?’ in *Swiss Arbitration – Practical Aspects and New Developments* (NKF Dispute Resolution Team Publication 19 2015)

Marzolini P, ‘Is the Parties’ Consent Still an Overriding Principle for Joinder and Intervention of Third Parties in International Commercial Arbitration?’ in Favalli D and others (eds), *Selected Papers on International Arbitration Volume 2* (Stämpfli Verlag AG 2012)

Matthys J, ‘How to Balance Third Party Funding and Confidentiality in International Arbitration?’ in Girsberger D and Müller C (eds), *Selected Papers on International Arbitration Volume 5* (Stämpfli Verlag AG 2020)

Milletlerarası Ticaret Odası, ‘Tahkim Kuralları’ (2012, Türkçe) <<https://icc.tobb.org.tr>> accessed 12 April 2024

Mistelis LA and Rao G, ‘The Judicial Solution to the Arbitrator’s Dilemma: Does the ‘Extension’ of the Arbitration Agreement to Non-Signatories Threaten the Enforcement of the Award?’ 2022 39(3) *Journal of International Arbitration* 351-364

Montineri C, ‘UNCITRAL Rules and Their Use in Ad Hoc Arbitration’ in Cordero-Moss G (ed), *International Commercial Arbitration Different Forms and their Features* (Cambridge 2013)

Nedden JH and Rosenfeld F, ‘The New UNCITRAL Transparency Rules: How the Trend Towards Transparency Differs in Investment and Commercial Arbitration’ in Müller M and Rigozzi A (eds), *New Developments in International Commercial Arbitration 2013* (Schulthess Juristische Medien AG 2013)

Özdemir Kocasakal H, ‘Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili’ in Özdemir Kocasakal H and Balcar S (eds), *Tahkim Anlaşması (On İki Levha Yayıncılık 2020)*

Özel S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Legal Yayıncılık 2008)

Özkan I, ‘Uluslararası Ticari Tahkimde Uygulanacak Hukuk’ (2020) 40(2) *Public and Private International Law Bulletin* 831-858

Özsunay E, 21. Yüzyıl Tahkim Hukukunda Üç Önemli Reform (Vedat Kitapçılık 2014)

Park WW, ‘Non-Signatories And International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma’ in *Permanent Court of Arbitration* (ed), *Multiple Party Actions in International Arbitration* (Oxford 2009)

Patocchi PM and Niedermaier T, 'UNCITRAL Arbitration Rules' in Shütze RA (ed), Institutional Arbitration Article-by-Article Commentary (Beck, Hart, Nomos 2013)

Pekcanitez H and Meriç N, Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale (2nd edn, On İki Levha Yayıncılık 2020)

Petrescu RM and Stan A, 'The 2021 ICC Arbitration Rules - New Commitments to Achieving Better Arbitration' (2021) 15(1) Romanian Arbitration Journal 15-40

Polat Ortakaya M, Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) Tahkim Uygulaması (Yetkin Yayınları 2018)

Prasad K, 'Joinder and Consolidation In Institutional Arbitration Over the Last 10 Years: Evolution or Revolution?' (2021) 7(2) NLS Business Law Review 24-43

Pust J, 'How to Join Third Parties to Arbitration Proceedings' in Girsberger D and Müller C (eds), Selected Papers on International Arbitration Volume 5 (Stämpfli Verlag AG 2020)

Reiner A and Aschauer C, 'ICC Rules' in Shütze RA (ed), Institutional Arbitration Article-by-Article Commentary (Beck, Hart, Nomos 2013)

Rogers CA, 'Transparency In International Commercial Arbitration' (2006) 54(5) University of Kansas Law Review 1301-1338

Ross LM and Asschenfeldt K, 'Recent Developments of Third Party Joinder in International Arbitration' (2022) 39(5) Journal of International Arbitration 691-718

Saudi Center for Commercial Arbitration, 'Arbitration Rules' (Effective 1 May 2023, 2023) <<https://sadr.org/>> accessed 14 June 2024.

Schwarz P, 'Third-Party Participation in Commercial Arbitration - Fifty Shades of Consent?' in Klausegger C and others (eds), Austrian Yearbook on International Arbitration 2023 (Manz, C.H. Beck, Stämpfli 2023)

Singapore International Arbitration Centre, 'Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre' (6th edn, 1 August 2016) <<https://siac.org.sg>> accessed 12 April 2024

Şit Köşgeroğlu B, 'Başlıca Tahkim Merkezlerinin Kuralları Uyarınca Milletlerarası Ticarî Tahkimde Üçüncü Kişilerin Davaya Dahil Edilmesi (Joinder) ve Davaya Katılması (Intervention)' (2023) 165 TBB Dergisi 173-202

Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute, 'Arbitration Rules' (2023) <<https://sccarbitrationinstitute.se>> accessed 14 June 2024.

Strong SI, ‘Third Party Intervention and Joinder as of Right in International Arbitration: An Infringement of Individual Contract Rights or a Proper Equitable Measure?’ (1998) 31 Vanderbilt Journal of Transnational Law 915-996

Swiss Arbitration Centre, ‘Swiss Rules of International Arbitration’ (Swiss Rules, 2021) <www.swissarbitration.org> accessed 12 April 2024

Takavut İD, Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule İlişkin Konularda İrade Serbestisi (On İki Levha Yayıncılık 2021)

The Center for Arbitration and Mediation of the Chamber of Commerce Brazil-Canada, ‘Arbitration Rules’ (Approved by the Advisory Board on 1st August 2022) <<https://ccbc.org.br>> accessed 14 June 2024.

The International Institute for Conflict Prevention & Resolution ‘Rules for Administered Arbitration of International Disputes’ (2019) <<https://drs.cpradr.org/>> accessed 14 June 2024.

The London Court of International Arbitration, ‘LCIA Arbitration Rules 2020’ <www.lcia.org> accessed 12 April 2024

United Nations Commission on International Trade Law, ‘UNCITRAL Arbitration Rules’ (2021) <<https://uncitral.un.org>> accessed 12 April 2024

Ünsal H, ‘Yatırım Tahkiminde Üçüncü Tarafların Tahkim Usullüne Katılımı’ in Tiryakioğlu B and other (eds), Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu (Yetkin Yayınları 2016)

Vienna International Arbitration Centre, ‘VIAC Rules of Arbitration’ (Vienna Rules, in force as from 1 July 2021) <www.viac.eu> accessed 12 April 2024

Wehrli D and Stacher M, ‘Arbitration under the Swiss Rules’ in Cordero-Moss G (ed), International Commercial Arbitration Different Forms and their Features (Cambridge 2013)

Wiik A, Amicus Curiae before International Courts and Tribunals (Nomos 2018)

Yeşilirmak A, ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması (On İki Levha Yayıncılık 2018)

- Araştırma Makalesi -

**≠ KONKORDATO BAŞVURUSUNUN
İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİLERİ***

(EFFECTS OF CONCORDATE APPLICATION ON EMPLOYMENT CONTRACT)

Öğr. Gör. Dr./Assoc. Member Dr. Mehmet Seyfeddin PENÇE¹

ÖZ

Gerek ulusal gerekse de uluslararası alanda gerçekleşen likidite sıkıntılarını, tedarik zincirindeki aksamalar, salgın hastalıklar ve buna benzer birçok sorun ülke içerisinde faaliyet gösteren firmaların da etkilenmelerine sebep olabilmektedir. Bu sebeple firmaların korunması açısından devletler birtakım önlemler alma yoluna gitmektedirler. Bu önemlerden en çok tanınan ve uygulamada en çok karşılaşılanı ise konkordato müessesidir.

Konkordato müessesesi özellikle 7445 sayılı kanun ile uluslararası bir statüye kavuşturularak şirketlerin iflas ve tasfiye işlemleri haricinde ayakta kalmalarını sağlamak adına birçok köklü değişime gidilmesini sağlamıştır. Makalemizde bu köklü değişim içerisinde yegâne geçim kaynakları elde ettikleri ücret olan işçilerin, iş hayatından soyutlanmadan hayatlarına devam edebilmeleri için gerçekleştirilen düzenlemelerin uygulamadaki görünüm ve aksaklıkları ile bu aksaklıkları gidermek için izlenmesi gereken yollar değerlendirilmiştir.

Çalışmamızın birinci ve ikinci bölümünde genel hatlarıyla konkordato müessesesi ve konkordato başvurusu için izlenmesi gerekenler çalışmamızın amacına uygun bir şekilde sınırlı olarak değinilmiştir.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 10.05.2024 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 10.06.2024 tarihinde birinci hakem; 22.06.2024 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

¹ Marmara Üniversitesi, Öğretim Görevlisi Dr., mpence@marmara.edu.tr , ORCID ID: orcid.org/0000-0001-7689-183X

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bu makaleye atıf için; PENÇE, Mehmet Seyfeddin, “Konkordato Başvurusunun İş Sözleşmesine Etkileri”, REGESTA, Cilt: 9, Sayı: 2, 2024, s. 443-466.

Üçüncü ve dördüncü bölümlerde ise işçilerin iş sözleşmesinden kaynaklı sorunları tespit edilerek bunlarla ilgili çözüm yolları geliştirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Konkordato, Konkordato Başvurusu, İş Sözleşmesinin Temel Unsurları, Konkordato Başvurusu Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshi, Konkordato Sürecinde İşçi Alacakları.

ABSTRACT

Liquidity problems, both national and international, disruptions in the supply chain, epidemics and many similar problems can also affect companies operating within the country. For this reason, states are taking some precautions to protect companies. The most well-known and most frequently encountered of this importance is the concordat institution.

The institution of concordat has gained an international status, especially with Law No. 7445, and has enabled many radical changes to be made in order to ensure the survival of companies other than bankruptcy and liquidation procedures. In our article, the practical appearance and flaws of the regulations made to ensure that workers, whose only source of income is the wages they earn in this radical change, can continue their lives without being isolated from business life, and the ways to be followed to eliminate these flaws are evaluated.

In the first and second part of our study, the concordat institution and the things to be followed for concordat application are mentioned in a limited way in accordance with the purpose of the study.

In the third and fourth chapters, the problems of workers arising from their employment contracts were identified and solutions were tried to be developed.

Keywords: *Concordat, Application for Concordat, Basic Elements of the Employment Contract, Termination of the Employment Contract Due to Application for Concordat, Employee Receivables During the Concordat Process.*

GİRİŞ

Küresel çapta zaman zaman yaşanan büyük ve uzun süren krizler kuşkusuz ülkemiz ekonomisini de etkilemektedir. Bu etkileşim neticesinde

tacirlerin elinde olmayan sebeplerden dolayı iş akışları sekteye uğramakta, işletmelerinin nakit akışında sorunlar yaşanmaktadır.

Ülkemizde yaşanan ekonomik krizlerden dolayı sermaye şirketleriyle birlikte kooperatiflerin mevcut borçlarının yeniden yapılandırılması sürekli olarak gündeme gelmiş kavramdır. Ülkemizde bu konuyla ilgili düzenlemeler, temelde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunda ve kısmen mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'yla birlikte 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nda bulunmaktadır.

Bu çerçevede hukukumuzda özellikle 2003 ve 2004 yıllarında gerçekleştirilen değişiklikler ile birlikte aktifin terki suretiyle konkordato ve uzlaşma yoluyla borçların tasfiyesi ile iflasın ertelenmesi kurumları dahil edilmiştir.

İşletmelerin iflas etmeleri, o işletmelerde çalışmakta olan çalışanların yararına olmadığı gibi alacaklılarında yararına değildir. İflas veya tasfiyesine karar verilen bir işletmenin ülke ekonomisine vermekte olduğu zararların yanında işçilerin işlerini kaybetmeleri sebebiyle sosyolojik birçok sorunlara da karşılaşılmaktadır. Bu çerçevede özellikle 7445 sayılı kanunla gerçekleştirilen birçok değişiklik işletmelerin kapatılmasının önüne geçerek toplumda oluşabilecek sorunların minimize edilmesini hedeflemiştir.

Çalışmamızda, konkordato müessesesinin temel özellikleri ve başvuru süreçleri temel hatlarıyla anlatılmış, işçilerin çalışmakta oldukları firmaların konkordato sürecine girmesiyle birlikte iş sözleşmesinden kaynaklı olarak gelişen sorunlar ve hukuki alt yapıları incelenmiştir.

I. KONKORDATO KAVRAMI VE TÜRLERİ

A. KONKORDATO KAVRAMI

İtalyanca kökenli bir sözcük olan konkordato anlaşmalı iflas anlamına gelmektedir². Haciz ve iflas durumları dışında zaman zaman kaçınılmaz bir şekilde işleri kötü giden ve mali anlamda zor durumda olan dürüst borçluları korumak amacıyla İİK'da düzenlenmiş olan konkordato, borçlunun teklifi ile kanunda bulunan diğer şartların varlığı ve alacaklıların belirli bir oranının (en az 2/3) kabulü ve mahkemenin tasdik etmesiyle birlikte ortaya çıkan kolektif bir icra şeklidir³. Konkordato iflasın veya

² Hakan TAŞTAN and Saime DOĞAN, 'Konkordato Sürecinde Yabancı Para Alacaklarının İncelenmesi' (2023) 19 (217) Mali Hukuk Dergisi 6

³ Serdar KALE, Sorularla Konkordato (İflas İçi ve İflas Dışı Adi Konkordato) (1st edn, Oniki Levha Yayıncılık 2017) 2; Melisa GÖZAÇAN, Sermaye Şirketlerinde İflas İçi Konkordato (1st edn, Seçkin Hukuk 2021) 69; İltan EKMEKÇİOĞLU, Türk

tasfiyenin bir başka seçeneği olarak borçlu tarafa ayakta kalma ve yaşama olanağı veren bir kurumdur⁴.

Konkordato alacaklıların eşit olarak tatminini hedefleyen ve gerek taraflara gerekse de kamu menfaatine hizmet eden bir cebri icra kurumudur. Konkordato kendisine muvafakat vermeyen alacaklıları da bağladığından dolayı bir özel hukuk sözleşmesi değildir⁵.

Konkordato, gerçek anlamda (*icra veya iflas takibi gibi*) bir takip yolu değildir. Konkordato, alacaklıların tek başlarına veya toplu bir şekilde borçluyu takip etmelerine imkân sağlayan bir usul değil, alışılmış takip şekillerinin uygulanmasını bloke ederek borçlunun muhtemel takiplerden de kurtulmasını sağlamaya yönelik, özellikle iflası önlemeyi amaçlayan bir hukuksal kurumdur⁶. Konkordato toplu bir takip yolu değildir. Ancak borçlunun mal varlığının tamamında etkili olduğundan dolayı toplu bir tasfiye biçimidir⁷.

Öğretide kabul gören genel görüş, konkordatonun alacaklıların eşit olarak tatmin edilmesini hedefleyen, iflasa haline yaklaşan fakat iflasa göre hafifletilmiş olan cebri icra kurumu olduğu yönündedir⁸.

Konkordato sadece borçlu şirketlerin değil, aynı zamanda işçilerin ve alacaklılarında haklarını koruyan ve ekonomik düzeni kollayan hükümlerdir⁹.

Hukukunda Konkordato (1st edn, Adalet Yayınevi 2021) 13; Efrail AYDEMİR, Konkordato ve Yeniden Yapılandırma (2nd edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 17; Orhan EROĞLU, Uygulamada Konkordato (5th edn, Seçkin Hukuk 2023) 31; Yıldırım BAYRAK, Geniş Açıklama ve İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu (1st edn, Seçkin Hukuk 2023) 1180; Cenk AKİL and Süleyman TOPAK, Şematik İcra ve İflas Hukuku (1st edn, Seçkin Hukuk 2023) 221

⁴ Sema TAŞPINAR AYVAZ, İcra İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma (1st edn, Yetkin Yayınları 2005) 239; BAYRAK, Geniş Açıklama ve İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu (n 3) 1180; AYDEMİR, Konkordato ve Yeniden Yapılandırma (n 3) 18; EKMEKÇİOĞLU, Türk Hukukunda Konkordato (n 3) 14; EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 38; AKİL and TOPAK, Şematik İcra ve İflas Hukuku (n 3) 221

⁵ Ömer ULUKAPI, Konkordatonun Feshi (1st edn, Mimoza Basım, Yayım ve Dağıtım 1998) 68; EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 39

⁶ TAŞPINAR AYVAZ, İcra İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma (n 4) 381; GÖZAÇAN, Sermaye Şirketlerinde İflas İçin Konkordato (n 3) 71; EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 40

⁷ Süha TANRIVER and Adnan DEYNEKLİ, Konkordatonun Tasdiki (1st edn, Yetkin Yayınları 1997) 34

⁸ ULUKAPI, Konkordatonun Feshi (n 5) 88; EKMEKÇİOĞLU, Türk Hukukunda Konkordato (n 3) 15

B.KONKORDATO TÜRLERİ

1. OLUŞUM BİÇİMLERİNE GÖRE KONKORDATO

a. MAHKEME DIŞI KONKORDATO

Konkordato süreci dahilinde görevli bir resmi makamın katılımı olmadan, borçlunun direkt olarak alacaklılarıyla uzlaşarak birbirinden farklı anlaşmalar düzenlemek suretiyle gerçekleştirdiği konkordato, mahkeme dışı konkordato olarak adlandırılır. Bu şekilde yapılan konkordatolar herhangi bir şekle bağlı değildir. Tüm alacaklılar için değil, yalnızca kabul eden alacaklılar için bağlayıcı etki taşır ve takipleri durdurucu bir etkiye sahip değildir. Bundan dolayı alacaklılar yeni takip yapabilir ya da başladıkları takipleri devam ettirebilir, hatta borçlunun iflasını isteyebilirler¹⁰.

Niteliği bakımından mahkeme dışı konkordato bir özel hukuk sözleşmesidir. Mahkeme dışı konkordatonun gerçekleşebilmesi için mahkeme içi konkordato da aranan şartların bulunması gerekmez. Mahkeme dışı konkordato özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğundan dolayı mahkeme içi konkordato hükümlerini doğurmaz¹¹.

b. MAHKEME İÇİ KONKORDATO

İİK 'da belirtilen usuller uyarınca borçlu ile alacaklıların yanında, asliye ticaret mahkemesi gibi resmi makamların katılımıyla gerçekleştirilen konkordatoya mahkeme içi konkordato veya resmi konkordato denilmektedir¹².

Alacaklı tarafların matluplarından belirli bir oranda feragat etmelerini ve borçlunun da belirlenen yüzde oranında ödemede bulunarak tüm borçlarından kurtulmasının sağlandığı konkordato türü yüzde (*tenzilât*) konkordatosu olarak adlandırılmaktadır. Yüzde konkordatosunda borçlu, borçlarının bir kısmını ödemekten kurtulur¹³.

⁹ Yavuz AKBULAK, 'Sermaye Şirketlerinde İflasın Ertelenmesi' (2016) Cilt 12 (Sayı 135) Mali Hukuk Dergisi 879

¹⁰ TANRIVER and DEYNEKLİ, Konkordatonun Tasdiki (n 7) 35; GÖZAÇAN, Sermaye Şirketlerinde İflas İçin Konkordato (n 3) 73

¹¹ TANRIVER and DEYNEKLİ, Konkordatonun Tasdiki (n 7) 38

¹² İsmail ERCAN, İcra ve İflas Hukuku - Takip Hukuku (1st edn, Oniki Levha Yayınları 2012) s. 273; GÖZAÇAN, Sermaye Şirketlerinde İflas İçin Konkordato (n 3) 73; EKMEKÇİOĞLU, Türk Hukukunda Konkordato (n 3) 15

¹³ Erdal TERCAN, İcra ve İflas Hukuku (1st edn, Gazi Kitabevi 2010) 233; GÖZAÇAN, Sermaye Şirketlerinde İflas İçin Konkordato (n 3) 73; AKİL and TOPAK, Şematik İcra ve İflas Hukuku (n 3) 222; Yavuz AKBULAK, 'Yeni Düzenlemeler Işığında Konkordato ve Sonuçları' (2018) 7 (25) Banka ve Finans Hukuku Dergisi, s. 98.

Borçlunun, borçlarını eksiksiz bir şekilde ödemesiyle beraber yeniden borçların vadesini düzenleyerek ileri bir tarihe ertelemesini ya da tak-sitlere bağlamasını sağlayan konkordato vade (*mühlet*) konkordatosu olarak adlandırılmaktadır¹⁴. Alacaklıların hem matluplarının bir bölümünden vazgeçtiği hem de geriye kalan tutarın yeni bir vadede ödenmesini öngör-dükleri konkordato ise karma (*birleşik*) konkordato olarak adlandırılmak-tadır¹⁵.

Yapılış zamanına göre ise, iflasa tabi olmayan borçlularla birlikte if- lasa tabi olup da hali hazırda iflas etmemiş olan borçluların önerdiği kon- kordato iflas dışı, iflas etmiş olan borçlunun iflas tasfiyesi devam ettiği sırada iflastan kurtulmak amacıyla önerdiği konkordato ise iflas içi kon- kordato olarak adlandırılmaktadır¹⁶.

2. ETKİSİNE GÖRE KONKORDATO

a. ADİ KONKORDATO

Borçlunun borçlarını tasfiye edip mal varlığının elinde kalmasını ve işlerini sürdürmesini sağlayan konkordatodur. Adi konkordato iflas içi ve iflas dışı olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır¹⁷.

İflasa tabii olan borçlular hali hazırda iflas etmeden bir konkordato başvurusu gerçekleştirirse iflastan kurtulurlar. Bu sebeple iflas dışı kon- kordatoya iflası önleyen konkordato da denmektedir¹⁸.

Borçlunun iflasına karar verilmesinin ardından, iflasın kaldırılması amacıyla önerdiği konkordatoya ise iflas içi konkordato denir. İflas içi

¹⁴ TANRIVER and DEYNEKLİ, Konkordatonun Tasdiki (n 7) 39; GÖZAÇAN, Sermaye Şirketlerinde İflas İçeri Konkordato (n 3) 74; AKİL and TOPAK, Şematik İcra ve İflas Hukuku (n 3) 222; AKBULAK, 'Yeni Düzenlemeler Işığında Konkordato ve Sonuçları' (n 13) 98.

¹⁵ GÖZAÇAN, Sermaye Şirketlerinde İflas İçeri Konkordato (n 3) 74; AKİL and TOPAK, Şematik İcra ve İflas Hukuku (n 3) 222; AKBULAK, 'Yeni Düzenlemeler Işığında Konkordato ve Sonuçları' (n 13) 98.

¹⁶ ERCAN, İcra ve İflas Hukuku - Takip Hukuku (n 12) 273; GÖZAÇAN, Sermaye Şirketlerinde İflas İçeri Konkordato (n 3)76; AKİL and TOPAK, Şematik İcra ve İflas Hukuku (n 3) 222

¹⁷ Hasan ÖZKAN, Açıklamalı - İçtihatlı İcra ve İflas Davaları ve Tatbikatı, Konkordato (1st edn, Legal Yayınları 2014) 7; BAYRAK, Geniş Açıklama ve İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu (n 3) 1180; AKİL and TOPAK, Şematik İcra ve İflas Hukuku (n 3) 222

¹⁸ Çağatay Serdar ŞAHİN, Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2020) 35; İlhan E POSTACIOĞLU, Konkordato (1st edn, Kenan Matbaası 1965) 154; EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 51.

konkordato borçlunun iflasını engellemek için değil, halihazırda iflasına karar verilmiş olan borçlu hakkında iflas kararının kaldırılması için düzenlenmiş bir hukuksal kurumdur¹⁹.

İflas içi konkordato İİK 182. madde belirtilen iflasın kaldırılmasından farklıdır. İflasın kaldırılmasında müflis alacaklılarla kendi arasında farklı anlaşmalar gerçekleştirerek alacakların bir bölümünü peşin diğer bölümünü taksitle ödeyeceğini vaat edebilir. Bu anlaşmalar neticesinde müflis, alacaklıların taleplerini geri aldığına veya alacakların ödendiğine dair mahkemeye bir belge sunar. Ancak konkordato da alacaklılar arasında eşitlik olduğu için alacaklar konkordatonun tasdiki itibarıyla eşit bir şekilde pay edilmektedir²⁰.

İİK’da iflas dışı adi konkordatonun detaylı bir şekilde düzenlenmesine rağmen iflas içi konkordatoyla ilgi olarak yalnızca özellikli durumlar belirtilmiş ve diğer hususlarla ilgili olarak iflas dışı adi konkordato hükümlerine atıfta bulunulmuştur²¹.

İflas dışı adi konkordatoya borçlu ve alacaklılardan herhangi bir tanesi başvurabilirken iflas içi adi konkordatoya sadece müflis başvurabilmektedir. Dolayısıyla alacaklılar iflas içi konkordatoya başvuramazlar. Ayrıca iflas içi konkordatoya Asliye Ticaret Mahkemesi’nin iflasın açılması kararının ardından başvurulabilir. İflas içi adi konkordatoya başvurmak isteyen müflis, hazırladığı konkordato projesini iflas idaresine teslim eder²².

b. MAL VARLIĞININ TERKİ SURETİYLE KONKORDATO

Borçlunun mal varlığı üstünde tasarrufta bulunma ya da malların tümünü veya belirli bir kısmını üçüncü kişilere devretme yetkisinin alacaklılara verildiği konkordato türüdür. Bu tür konkordatoya *mevcudun terk edilmesi suretiyle konkordato* da denilmektedir. Mal varlığının terki sure-

¹⁹ ERCAN, İcra ve İflas Hukuku - Takip Hukuku (n 12) 289; EKMEKÇİOĞLU, Türk Hukukunda Konkordato (n 3) 16; EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 51

²⁰ EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 52.

²¹ Orhan EROĞLU, 'İflas İçeri Konkordatoya İlişkin Yargılamalarda Karşılaşılan Sorunlar ve İflas Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Yargılamadan Farkları' (2023) 15 (34) Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi 339.

²² KALE, Sorularla Konkordato (İflas İçeri ve İflas Dışı Adi Konkordato) (n 3) 95; ŞAHİN, Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları, s. 36.

tiyle konkordato 2003 yılında 4949 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile hukukumuzda girmiştir²³.

Mal varlığının terki suretiyle konkordatoda, alacaklılara mal varlığını bırakan borçlu, mameleki iflas usulleri uyarınca tasfiye edilen borçludan farklı olarak borçlarından kurtulmaktadır²⁴.

Adi konkordatoda amaç, borçlunun işletmesinin ayakta kalmasıdır. Ancak mal varlığının terki suretiyle konkordatoda amaç, borçlunun ekonomik bütünlüğünün tasfiye edilmesini sağlamaktır. Dolayısıyla adi konkordatoda borçlunun çıkarları, mal varlığının terki suretiyle konkordatodaysa alacaklıların çıkarları öne çıkmıştır²⁵.

II. KONKORDATO TEKLİFİ VE BAŞVURUSU

A. KONKORDATO TEKLİFİ

Konkordato hükümlerinden faydalanmak isteyen herhangi bir borçlu, asliye ticaret mahkemesine gerekçeli bir dilekçeyle birlikte konkordato projesi verir. Bu projeye ayrıntılı bir bilanço, gelir tablosu ve defter tutmaya mecbur kişilerden ise defterlerin durumunu bildiren bir cetvel, borçlunun malvarlığının durumunu gösterir belgeler, alacaklı ve alacak listesi, karşılaştırma tablosu ve makul güvence veren denetim raporu ekler²⁶.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin, 2017 tarihli kararında bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, borçlunun inandırıcı bir gerekçe sunmadığı, borçlarını ödemeye dair bir kaynak gösteremediği, projenin sadece

²³ Mete TEVETOĞLU, 'Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato' (2006) 2 (16) Mali Hukuk Dergisi, s. 796; ERCAN, İcra ve İflas Hukuku - Takip Hukuku (n 12) 274; ŞAHİN, Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları, s.40; EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 53; EKMEKÇİOĞLU, Türk Hukukunda Konkordato (n 3) 17; AKİL and TOPAK, Şematik İcra ve İflas Hukuku (n 3) 223.

²⁴ Baki KURU, Ramazan ARSLAN and Ejder YILMAZ, İcra ve İflâs Hukuku, vol 27. Baskı (1st edn, Yetkin Yayınları 2013) s. 729; EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 53.

²⁵ Süha TANRIVER, '4949 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adi Konkordato ile Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi' (2004) Sayı:51 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 67; EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 53.

²⁶ Hakan PEKCANITEZ and others, İcra ve İflas Hukuku (2nd edn, Yetkin Yayınları 2005) s. 42; EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 54; BAYRAK, Geniş Açıklama ve İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu (n 3) 1181; AKİL and TOPAK, Şematik İcra ve İflas Hukuku (n 3) 223; Duran BÜLBÜL, 'Konkordatonun Mali Yönü' (2019) 15 (173) Mali Hukuk Dergisi 968.

ödeme vaadi içerdiği, bu projenin alacaklıları zarara uğratacağı gerekçeyle davacının temyiz itirazı yerinde görülmemiştir²⁷.

Konkordato talebini İİK'nun 285. maddesi "...konkordato hükümlerinden yararlanmak isteyen her bir borçlu" şeklinde açıkça tanımladığından dolayı, konkordato talep edecek kişinin tacir olma zorunluluğu yoktur. Ayrıca konkordato talep edecek kişinin fiil ehliyetinin bulunması gerekmektedir. Bundan dolayı vesayet altında olan gerçek bir kişinin konkordato talep edebilmesi için vesayet makamından izin alması gerekmektedir²⁸.

İİK 208. ve 209. maddeleri çerçevesinde geçici mühlet talebinin reddedilmesi veya geçici mühlet kararının kaldırılması durumunda gerekli koşulların oluşması halinde sadece iflasa tabii borçlular için iflas kararı verilebilir²⁹.

HMK'nın 74. maddesine göre açıkça yetki verilmemişse vekil konkordato talebinde bulunamaz. Konkordato talebi borçlu tarafından bizzat verilebileceği gibi vekaletnamede özel yetki bulunması halinde vekil tarafından da yapılabilmektedir³⁰.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 2016 tarihli kararında; özel yetkili kılınmayan vekilin dava açamayacağı, sulh olamayacağı, hakeme başvuru gerçekleştiremeyeceği, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemeyeceği, kambiyo taahhüdünde bulunamayacağı, bağışlama yapamayacağı, kefil olmayacağı, taşınmazı devredemeyeceği ve bir hak ile sınırlandırılmayacağı hususundaki TBK'nın 504/3. maddesi çerçevesinde alacaklının temyiz itirazının kısmen kabulüne karar vermiştir³¹.

Borçlular borca batık olsun veya olmasın konkordato başvurusunda bulunabilirler. Ancak konkordato talebinin değerlendirilebilmesi için birden fazla borçlunun olması gerekmektedir. Konkordato başvurusunda tek

²⁷ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, Esas: 2015/7948 Karar: 2017/3594, Karar Tarihi: 05.12.2017.

²⁸ KALE, Sorularla Konkordato (İflas İçi ve İflas Dışı Adi Konkordato) (n 3) 6; EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 55; BAYRAK, Geniş Açıklama ve İhtihatlarla İcra ve İflas Kanunu (n 3) 1181; AKİL and TOPAK, Şematik İcra ve İflas Hukuku (n 3) 223.

²⁹ EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 56.

³⁰ KALE, Sorularla Konkordato (İflas İçi ve İflas Dışı Adi Konkordato) (n 3) 6; BAYRAK, Geniş Açıklama ve İhtihatlarla İcra ve İflas Kanunu (n 3) 1181.

³¹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, Esas: 2016/20093 Karar: 2017/11711, Karar Tarihi: 02.10.2017.

bir alacaklı olması halinde, hukuki bir yarar bulunmadığı için yetkili mahkeme başvurusu usulden reddeder³².

Konkordato teklifini yalnızca borçlu yapmaz. Borçlusu iflasa tabi kişilerden olan bütün alacaklılar da İİK 285/2. maddesine göre gerekçeli bir dilekçeyle mahkemeden borçlu hakkında konkordato işlemlerinin başlatılmasını isteyebilir³³. Borçlu hakkında konkordato işlemlerinin başlatılmasını talep edecek olan alacaklının, borçlu hakkında iflas talep edebilecek bir alacaklı olması gerekmektedir. Dolayısıyla alacaklılar sadece iflasa tabii borçlular hakkında konkordato talep edebilirler³⁴.

Adi ortaklığın bir tüzel kişiliği bulunmadığından dolayı bir konkordato talebinde bulunamaz ancak adi şirket ortakları bireysel olarak konkordato talep edebilirler³⁵.

Kollektif ve komandit şirketlerde konkordato talebinde bulunabilir. TTK 223. madde hükmüne göre konkordato talebi şirketi yönetenlerin tek başına yapamayacağı olan dışı işlemler olduğundan dolayı tüm ortakların oybirliği ile konkordato talebinde bulunmaları gerekmektedir³⁶. Şahıs ortaklıklarında, yönetim hakkına sahip olsun ya da olmasın bütün ortakların imzalarının bulunması gerekmektedir. Konkordato talebinin bir vekil aracılığıyla gerçekleştirilmesi halinde bütün ortaklar, konkordato talebinde bulunacak olan vekile konkordatoyla ilgili özel yetkiler içeren bir vekaletnameyle yetki vermelidir³⁷.

TTK'nın 377. ve 634. maddeleri uyarınca anonim şirket yönetim kurulları, limitet şirketlerde ise müdür veya müdürler kurulu konkordato teklifine karar vermeye yetkilidir. Anonim şirketlerin konkordato teklifi için ayrıca genel kuruldan karar alma zorunluluğu bulunmamaktadır³⁸.

³² EROĞLU, Uygulamada Konkordato, s. 57; BAYRAK, Geniş Açıklama ve İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu (n 3) 1181.

³³ ERCAN, İcra ve İflas Hukuku - Takip Hukuku (n 12) 275; EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 67.

³⁴ EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 67

³⁵ Ibid 59

³⁶ KALE, Sorularla Konkordato (İflas İçi ve İflas Dışı Adi Konkordato) (n 3) 7; EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 57; BAYRAK, Geniş Açıklama ve İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu (n 3) 1187.

³⁷ EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 57; BAYRAK, Geniş Açıklama ve İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu (n 3) 1187.

³⁸ KALE, Sorularla Konkordato (İflas İçi ve İflas Dışı Adi Konkordato) (n 3) 8; EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 58; BAYRAK, Geniş Açıklama ve İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu (n 3) 1182.

Kooperatiflerde konkordato teklifine karar vermeye yetkili organ yönetim kuruludur³⁹.

Şirketler topluluğu bünyesinde faaliyet gösteren şirketlerin konkordatoya başvuru yapmak istemeleri halinde her bir şirketin ayrı ayrı başvuru yapması gerekmektedir. Bu şirketlerin dava arkadaşı olduğu kabul edilerek ortak ön proje, denetim raporu ve dilekçe ile başvuruda bulunmaları mümkün değildir. Dolayısıyla her bir başvuru diğerlerinden bağımsız bir şekilde ayrı ayrı değerlendirilir⁴⁰.

B.KONKORDATO BAŞVURU USÜLÜ VE YETKİLİ MAHKEME

Konkordato başvurusu için görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemesi'dir. Yetkili Asliye Ticaret Mahkemesi, borçlu iflasa tabii kişilerden biri ise işlem (*muamele*) merkezinin bulunduğu, iflasa tabii kişilerden değilse yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesidir⁴¹.

Sermaye şirketi veya kooperatiflerin borçlarının aktifinden fazla olması durumunda doğrudan iflasın talep edilebileceği belirtilmiştir. Ancak şirketin veya kooperatifin mali durumunun iyileşmesinin mümkün olduğuna ilişkin iyileştirme projesi sunulması durumunda iflasın ertelenebileceği kabul edilmiştir⁴².

İİK'nın konkordatoya ilişkin düzenlemelerine göre konkordato başvurusu gerçekleştirmek için borca batık olma şartı bulunmamaktadır. İflasın ertelenmesi için gerekli olan borca bataklık şartı konkordatoda aranmamaktadır⁴³.

Konkordato kurallarından yararlanmak isteyen herhangi bir borçlu Asliye Ticaret Mahkemesine dilekçe ile başvuracak, başvuru dilekçesine konkordato projesi, geniş ve açıklamalı bilanço defterinin vaziyetini bildirir bir liste (cetvel) ekleyecektir. Bu listede TTK 64. madde hükmü çerçevesinde tutulması zorunlu olan defterlerin tutulmuş olduğunu gösterecek-

³⁹ BAYRAK, Geniş Açıklama ve İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu (n 3) 1182.

⁴⁰ EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 58; BAYRAK, Geniş Açıklama ve İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu (n 3) 1182

⁴¹ ERCAN, İcra ve İflas Hukuku - Takip Hukuku (n 12) 275; EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 69; BAYRAK, Geniş Açıklama ve İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu (n 3) 1188; AKİL and TOPAK, Şematik İcra ve İflas Hukuku (n 3) 224.

⁴² Muhammet ÖZEKES, 'İflasın Ertelenmesi' (Eylül, 2005) 33 (c.3.) LEGAL Hukuk Dergisi 3260

⁴³ KALE, Sorularla Konkordato (İflas İçi ve İflas Dışı Adi Konkordato) (n 3) 8

lerdir⁴⁴. Borçlunun Asliye Ticaret Mahkemesi'ne verdiği dilekçe bir dava dilekçesi olmadığı için, alacaklıların ya da başka kişilerin hasım olarak gösterilmesi gerekmemektedir. Ayrıca dilekçede borçlunun içerisinde bulunduğu ekonomik şartları, konkordatoyu neden talep ettiğini sebepleriyle birlikte dilekçesinde gerekçelendirilmesi gerekmektedir⁴⁵.

Konkordato istemi üzerine Asliye Ticaret Mahkemesi, borçlunun Asliye Ticaret Mahkemesi dışında rehin tesis etmesine, kefalette bulunmasına, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen bile olsa devir etmesine ve sınırlandırılmasına ve karşılıksız kazandırmalarda bulunmasına yasak getirebilir⁴⁶.

İflas içi konkordatoda ise müflis, iflas tasfiyesi sırasında konkordato teklifini iflas idaresine verir. Müflisin mal varlığı ile orantılı olarak bir ödeme teklifinde bulunması yeterlidir. İflas idaresi müflisin konkordato teklifini gerekçeli bir rapor ile ikinci alacaklılar toplantısına sunar. Toplantıda müflisin teklifi uygun görülürse, kaydedilmiş olan alacakların yarısını ve alacakların üçte ikisini aşan bir çoğunluk tarafından imza edilmiş olması şartıyla konkordato kabul edilir⁴⁷.

İsviçre hukukunda, Amerika Birleşik Devletleri konkordato düzenlemelerinde kabul edilen otomatik durdurma kurumundan ilham alınarak, ödeme gücü içerisinde bulunan borçluya geçici hukuki koruma sağlama yönelik bir düzenleme yapılmıştır. Bu yapılan düzenleme çerçevesinde mahkeme, konkordato talebi üzerine derhal, dört aya kadar geçici konkordato mühleti kararı verebilir⁴⁸. Geçici konkordato mühleti, kesin konkordato mühletiyle aynı sonuçları doğurur⁴⁹.

⁴⁴ ÖZKAN, Açıklamalı - İçtihatlı İcra ve İflas Davaları ve Tatbikatı, Konkordato (n 17) 9; BAYRAK, Geniş Açıklama ve İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu (n 3) 1187.

⁴⁵ KALE, Sorularla Konkordato (İflas İçi ve İflas Dışı Adi Konkordato) (n 3) 10.

⁴⁶ ERCAN, İcra ve İflas Hukuku - Takip Hukuku (n 12) 276; BAYRAK, Geniş Açıklama ve İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu (n 3) 1202.

⁴⁷ ERCAN, İcra ve İflas Hukuku - Takip Hukuku (n 12) 289

⁴⁸ Ali Cem BUDAK and Müjgan TUNÇ YÜCEL, 'İflas, Tasarrufun İptali Davası ve Konkordato ile ilgili 2013 Tarihli İsviçre İcra ve İflas Kanunu Değişiklikleri' (Şubat, 2015) 31 (c.11.) Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 30

⁴⁹ BAYRAK, Geniş Açıklama ve İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu (n 3) 1200; AKİL and TOPAK, Şematik İcra ve İflas Hukuku (n 3) 224; BÜLBÜL, 'Konkordatonun Mali Yönü' (n 26) 994; AKBULAK, 'Yeni Düzenlemeler Işığında Konkordato ve Sonuçları' (n 13) 103

C. MAHKEMEYE TESLİMİ GEREKEN BELGELER

İİK 285. madde hükmü çerçevesinde konkordato talebinde bulunan borçlu tarafından Asliye Ticaret Mahkemesine sunulması gereken ilk belge gerekçeli dilekçedir. Borçlu bu gerekçeli dilekçesinde talepte bulunduğu konkordato türüne göre sahip olduğu veya olacağı imkanları belirterek, konkordatoya başvurmasına sebep olan ekonomik gerekçeleri açık bir şekilde ortaya koyarak açıklamalıdır. Ayrıca dilekçede konkordatonun, konkordato komiseri denetimiyle mi yoksa bizzat konkordato komiseri marifeti ile mi ticari faaliyetlerine devam edeceğini, konkordato komiseri olabilecek kişi veya kişilerin isimlerini, konkordato süresinin ne kadar olacağı ile bu süreyi uzatma hakkını kullanıp kullanmayacağını belirtmesi gerekmektedir⁵⁰.

Asliye Ticaret Mahkemesinden mühlet talep eden borçlunun, en azından önemli alacaklıların ön mutabakatıyla oluşturulmuş bir konkordato projesini de mahkemeye sunması gerekmektedir. Bu projenin çok detaylı olmasına gerek olmadığı gibi borçlunun malvarlığı değerleri, giderleri ve alacakları projede önemli bir yere sahiptir⁵¹.

Proje konkordatonun başarısı konusunda açıkça umut vaat etmemesi halinde mahkemenin mühlet talebini reddetmesi gerekmektedir. Projenin umut vaat edip etmediği konusunda takdir asliye ticaret mahkemesine aittir⁵².

Konkordato mühleti talebinde bulunan borçlu, konkordato mühletine yönelik hazırladığı dilekçeye TTK 66. madde hükmü çerçevesinde kanunun 64. ve 65. maddelerinde yer alan pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defteri gibi ticari defterlerin durumunu da gösteren bir çizelgeyi de eklemek zorundadır⁵³.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 2017 tarihli kararında; borçlunun bazı alacaklılardan olumlu oy almak için proje dışı sözleşmeler yaparak bu alacaklılara faizli ödeme öngördüğü, tasdik edilen projede davacının, borç-

⁵⁰ KALE, Sorularla Konkordato (İflas İçi ve İflas Dışı Adi Konkordato) (n 3) 11; EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 75; BAYRAK, Geniş Açıklama ve İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu (n 3) 1187.

⁵¹ AKBULAK, 'Sermaye Şirketlerinde İflasın Erteleme', s.883; EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 80; BAYRAK, Geniş Açıklama ve İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu (n 3) 1191; BÜLBÜL, 'Konkordatonun Mali Yönü' (n 26) 970

⁵² KALE, Sorularla Konkordato (İflas İçi ve İflas Dışı Adi Konkordato) (n 3) 11; EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 86.

⁵³ Lütfü BAŞÖZ and Ramazan ÇAKMAKCI, İcra ve İflas Kanunu ve İlgili Mevzuat (Legal Yayıncılık 2014) 116; EROĞLU, Uygulamada Konkordato (n 3) 91; BAYRAK, Geniş Açıklama ve İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu (n 3) 1194

larını 18 ayda faizsiz olarak ödemeyi teklif etmiş olmasına rağmen projenin dışına çıkararak alacaklılar arasında adaletsizlik oluşturacak şekilde sözleşme yapmış olmasının konkordatonun dürüstlük kuralına uygun düşmediği gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararının bir kısım alacaklılar yararına bozulmasına karar vermiştir⁵⁴.

III. KONKORDATO BAŞVURUSUNUN İŞ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI ÜZERİNE ETKİLERİ

Tarafların işçi ve işveren sıfatını kazanabilmeleri için bir iş sözleşmesi gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁵⁵. İşK'nın 2. maddesi uyarınca işçinin bağımlı olarak iş görmeyi işverenin ise işçinin gerçekleştirdiği işlere karşılık olarak belirli bir ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmeler iş sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Kanunun bu tanımından yola çıkarak iş sözleşmesinin iş, ücret ve bağımlılık olmak üzere üç temel unsuru bulunmaktadır⁵⁶.

A. İŞÇİNİN GERÇEKLEŞTİRDİĞİ ÇALIŞMALARA ETKİSİ

İş görme borcu işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan temel borcudur. İşçi, işverenin emir ve talimatları çerçevesinde iş sözleşmesinde kararlaştırılan işi görmek zorundadır⁵⁷. İş sözleşmesinde kararlaştırılan bu iş, bedeni bir iş olabileceği gibi fikri bir işte olabilmektedir⁵⁸.

İşverenin konkordato başvurusu yapmasıyla birlikte işçiler ileride yeni bir iş aramak zorunda kalacakları düşüncesine kapılmaktadırlar. Her ne kadar işçiler konkordato başvurusu yapılan işyerinde çalışmaya devam

⁵⁴ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, Esas: 2015/8856 Karar: 2017/939, Karar Tarihi: 27.03.2017

⁵⁵ Ercan AKYİĞİT, Bireysel İş Hukuku (2nd edn, Seçkin Hukuk 2021) 104; Yusuf ALPER and İlknur KILKIŞ, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku (4th edn, Dora Yayıncılık 2018) 23; Haluk Hadi SÜMER, İş Hukuku (26th edn, Seçkin Yayıncılık 2022) 37

⁵⁶ AKYİĞİT, Bireysel İş Hukuku (n 55) 105; SÜMER, İş Hukuku (n 55) 37; Sarper SÜZEK, İş Hukuku (18th edn, Beta Yayıncılık 2019) 223

⁵⁷ Nuri ÇELİK and others, İş Hukuku Dersleri (35th edn, Beta Yayınevi 2022) 167; Fahrettin KORKMAZ and Nihat Seyhun ALP, Bireysel İş Hukuku (4th edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 102; AKYİĞİT, Bireysel İş Hukuku (n 55) 105; Emine Tuncay SENYEN KAPLAN, Bireysel İş Hukuku (10th edn, Gazi Kitabevi 2019) 83

⁵⁸ A. Murat DEMİRCİOĞLU, Tankut CENTEL and Hasan Ali KAPLAN, İş Hukuku (20th edn, Beta Yayınevi 2019) 68; Kadir ARICI, Türk İş Hukuku - I Ferdi İş İlişkileri Hukuku (1st edn, Gazi Kitabevi 2022) 78

etseler de gerçekleştirmekte oldukları işlerin verimliliğinde düşüş olduğu gözlemlenmektedir.

B.İŞÇİNİN ÜCRET ALACAKLARINA ETKİSİ

İşçinin gerçekleştirmiş olduğu işlerin karşılığı olarak para ile ödenen tutar ücret olarak adlandırılmaktadır⁵⁹. İşçinin iş görme borcunun karşılığı olarak işveren çalışan işçisine ücret ödemek zorundadır. Ayrıca işveren işçisinin emeklerinin karşılığı olarak mutlaka ücret ödemek zorundadır. Ücret, işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan asli borcudur. Dolayısıyla işverenin ücret ödeme yükümlülüğü altına girmediği bir iş ilişkisi söz konusu değildir⁶⁰.

İşveren işyerini serbest bir şekilde açabileceği gibi yine istediği zaman serbest bir şekilde kapatabilmektedir. İşverenin işyerini kapatması halinde işçinin iş sözleşmesini derhal feshetme hakkı yoktur. İşveren tarafından işyerinin tasfiye edilmesi halinde İşK'nın 17. maddesi uyarınca işçilere fesih bildiriminde bulunulması ve müeccel olan alacaklarının yerine getirilmesi gerekmektedir⁶¹.

İşverenin temerrüdü sebebiyle işyerinin tasfiye edilmesi halinde ise TBK'nın 136. maddesi uyarınca ifa imkansızlığı sebebiyle işçinin herhangi bir kusuru olmadan iş görme edimini yerine getirememesi halinde işçi temerrüt tarihi itibarıyla müeccel olan haklarını talep edebilir. Ayrıca TBK'nın 137. maddesi uyarınca temerrüt tarihinden itibaren tam veya kısmi ifa imkansızlığı nedeniyle ödemesi gerçekleştirilmeyen alacaklarını talep etme hakkına sahiptir⁶².

İşçinin yegâne geçim kaynağının elde ettiği ücreti olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple kanun koyucu işçi alacakları gibi birtakım alacaklara imtiyaz tanımıştır⁶³. Kanun koyucunun burada tanıdığı imtiyaz

⁵⁹ Aydın BAŞBUĞ and Mehtap YÜCEL BODUR, İş Hukuku (5th edn, Beta Yayıncılık 2018) 146; SENYEN KAPLAN, Bireysel İş Hukuku (n 57) 83; SÜMER, İş Hukuku (n 55) 76.

⁶⁰ Kazım Yücel DÖNMEZ, İşçi Ücreti ve Ödenmemesinden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar (1st edn, Seçkin Hukuk 2018) 15

⁶¹ SÜZEK, İş Hukuku (n 56) 206; BAŞBUĞ and YÜCEL BODUR, İş Hukuku, s. 107; KORKMAZ and ALP, Bireysel İş Hukuku (n 57) 90; ÇELİK and others, İş Hukuku Dersleri (n 57) 142; SÜMER, İş Hukuku (n 55) 26

⁶² Serap HELVACI and Gediz KOCABAŞ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Pratik Çalışmaları (2nd edn, Legal Yayıncılık 2017) 225

⁶³ Tahsin AKÇAKANAT and İlker Hüseyin ÇAKIRCI, Performansa Dayalı Ücret Sistemi ve Sağlık Kurumlarında Uygulanması (1st edn, Hiper Yayın 2019) 70; ÇELİK

alacaklara ilişkindir. Dolayısıyla alacaklı olan tarafın matlubunu başkasına devretmesi durumunda imtiyaz hakkı da devralan tarafa geçer. İşK'nın 35. maddesi uyarınca nafaka borçları hariç işçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası haczedilemez ya da başka birisine herhangi bir şekilde devir ve temlik olunamaz. Ücret niteliği olmayan alacaklar devir yasağının kapsamında değildir. Ücret kapsamı haricindeki alacakların devri durumunda imtiyaz hakkı da alacakla beraber devralana geçer⁶⁴.

İİK 206. madde hükmü uyarınca imtiyazlı alacaklar üç sıra halinde belirtilmiştir. Üçüncü sıra özel kanunlarla imtiyazlı olduğu belirlenen alacaklara ilişkin olduğu için esas olarak imtiyazlı alacaklar iki sırada toplanmıştır. İşçilik alacaklarına ilişkin düzenlemeler birinci sıranın a,b ve c bentlerinde belirtilmiştir⁶⁵. Gerçekleştirilen düzenlemeye göre;

İşçilerin iş ilişkisinden kaynaklı ve iflasın açılmasından önceki bir yıl içerisinde tahakkuk etmiş olan ihbar ile kıdem tazminatları dahil bütün alacakları ve iflas sebebiyle iş sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle hak ettikleri ihbar ile kıdem tazminatları a bendinde belirtilmiştir⁶⁶. İşçilerin bu şekilde belirlenen alacaklarına ilişkin olarak iflasın açılmasından daha önceki dönemde birikmiş bir kısmı olması halinde bunların son bir yıllık kısmı imtiyazlı alacak kapsamındadır. Dolayısıyla iflasın açılmasından önceki son bir yıllık dönemden önce tahakkuk eden işçilik alacakları imtiyazlı alacak kapsamında değildir. Bu tarz alacaklara dördüncü sıra iflas alacağı olarak iflas masasına yazdırılır⁶⁷.

and others, İş Hukuku Dersleri (n 57) 336; SENYEN KAPLAN, Bireysel İş Hukuku (n 57) 168

⁶⁴ Aslihan KAYIK AYDINALP, 'Konkordatonun İşçilik Alacakları ve İş Sözleşmeleri Üzerine Yansımaları' (2019) 21 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 494

⁶⁵ Erdal TERCAN, '4949 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Sonra, İcra ve İflas Kanunu m. 206'ya göre İmtiyazlı Alacaklar (Sıra Cetveli)' (2003) 22 (2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 24; Aziz Serkan ARSLAN, 'Konkordato Mühletinin İşçi Alacaklarına Etkisi' (2019) 32 (142) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 261; KAYIK AYDINALP, 'Konkordatonun İşçilik Alacakları ve İş Sözleşmeleri Üzerine Yansımaları' (n 64) 494; BÜLBÜL, 'Konkordatonun Mali Yönü' (n 26) 975

⁶⁶ Tarık Gökhan TOSUN, Basın İş Hukukunda Ücret (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2019) 97; TERCAN, '4949 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Sonra, İcra ve İflas Kanunu m. 206'ya göre İmtiyazlı Alacaklar (Sıra Cetveli)' (n 65) 25; KAYIK AYDINALP, 'Konkordatonun İşçilik Alacakları ve İş Sözleşmeleri Üzerine Yansımaları' (n 64) 494; ARSLAN, 'Konkordato Mühletinin İşçi Alacaklarına Etkisi' (n 65) 262; BÜLBÜL, 'Konkordatonun Mali Yönü' (n 26) 975

⁶⁷ TERCAN, '4949 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Sonra, İcra ve İflas Kanunu m. 206'ya göre İmtiyazlı Alacaklar (Sıra Cetveli)' (n 65) 25

İşçiler için yardım sandıkları ya da yardım teşkilatı kurulması veya yaşatılması amacıyla meydana gelmiş ve tüzel kişilik kazanmış olan tesis ya da derneklere olan işverenlerin borçları imtiyazlı alacak olarak b bendinde belirtilmiştir. Bu düzenlemede herhangi bir zaman sınırlaması getirilmediği için işverenin bu sebeple birikmiş olan borçlarının tümü imtiyazlı alacak olarak kabul edilir. Ayrıca işçilerin meydana getirdikleri yardım kuruluşlarının imtiyazlı sayılabilmesi için kurulmuş ve tüzel kişilik kazanmış olan işçi yardım kuruluşunun müflis işverene ait malvarlığının bir unsuru olmaması gerekmektedir. Müflis işverenin yardım kuruluşunu kendi imkanlarıyla kurması ve tasarrufu kendi yetkisine vermesi halinde imtiyazlı alacak iddiasında bulunulamaz⁶⁸.

İflasın açılmasından önceki son bir yıl içerisinde tahakkuk etmiş ve nakden ifası gereken aile hukukundan kaynaklı nafaka alacakları c bendinde belirtilmiştir⁶⁹.

İİK 206. maddenin ilk ücret sırasında belirtilen alacaklar haricindeki bütün alacaklar imtiyazsız alacaklardır. İmtiyazlı olan alacakların ödenmesinin ardından kalan para imtiyazsız alacaklara ödemeye yetmemesi halinde İİK 207. madde hükmü uyarınca alacaklıların alacakları oranında eşit bir şekilde iflas masası alacaklarına dağıtılır⁷⁰.

Konkordato mühleti verilen borçlu işverene karşı işçiler sadece haciz yoluyla takip başlatabilirler. İİK 294/2. madde uyarınca konkordato mühleti verilen borçlu işverene karşı işçiler iflas yolu ile takip başlatamazlar. İşçilerin işverene konkordato mühletinden önce iflas yoluyla takip başlatması halinde konkordato mühletinin borçlu işverene verildiği andan itibaren devam ettirilemez. Böyle bir durumda işçiler, İİK 43. madde hükümleri uyarınca başlatmış oldukları iflas takip yolunu bir kereye mahsus olmak şartıyla harç ödmeden değiştirerek, aynı dosya üzerinden haciz yoluyla takibe devam edebilmektedirler⁷¹.

⁶⁸ KAYIK AYDINALP, 'Konkordatonun İşçilik Alacakları ve İş Sözleşmeleri Üzerine Yansması' (n 64) 494; TERCAN, '4949 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Sonra, İcra ve İflas Kanunu m. 206'ya göre İmtiyazlı Alacaklar (Sıra Cetveli)' (n 65) 26; BÜLBÜL, 'Konkordatonun Mali Yönü' (n 26) 976

⁶⁹ TERCAN, '4949 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Sonra, İcra ve İflas Kanunu m. 206'ya göre İmtiyazlı Alacaklar (Sıra Cetveli)' (n 65) 27; KAYIK AYDINALP, 'Konkordatonun İşçilik Alacakları ve İş Sözleşmeleri Üzerine Yansması' (n 64) 494; BÜLBÜL, 'Konkordatonun Mali Yönü' (n 26) 976

⁷⁰ Funda USTAOĞLU, Proje Finansmanında Türk Hukukuna Tabi Teminatlar ve Özellikle Hesap Rehni (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2019) 97

⁷¹ ARSLAN, 'Konkordato Mühletinin İşçi Alacaklarına Etkisi' (n 65) 262

Son bir yıl içerisinde aynı işyerinde çalışmakta olan ve zaman aşımına uğramamış ücret alacakları açısından 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa tabi olarak çalışmalarına gerçekleştiren işçilerin işverenlerinin konkordato ilan etmesi, işveren için aciz vesikası alınması ve iflas gibi sebeplerle ödeme güclüğü yaşadığı durumlarda işçilerin iş sözleşmelerinden kaynaklı olarak üç aya kadar ki ücret alacaklarının karşılanması için ücret garanti fonu oluşturulmuştur⁷².

C. BAĞIMLILIK UNSURU ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

İş sözleşmesini konusu iş görme edimi olan diğer sözleşmelerden ayıran en temel unsur bağımlılık unsurudur. Bağımlılık unsuru gereği işçi işverene bağımlı bir şekilde, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda iş görme edimini yerine getirir⁷³. Dolayısıyla işveren bağımlılık unsuru çerçevesinde işçilere emir ve talimatlar vererek denetlemektedir⁷⁴.

Bir işyerinde çalışmakta olan bütün işçilerin işverene karşı olan bağımlılığı aynı derecede değildir. İşçilerin ifa etmekte oldukları işin niteliği ve çalışma teknikleri bağımlılık unsurunun derecesini etkilemektedir. Özellikle son dönemde covid-19 pandemisiyle birlikte klasik çalışma modellerinden uzaklaşarak uzaktan çalışma ve tele çalışma modelleri gibi modern çalışma modellerinin yaygınlaşması taraflar arasında bağımlılık unsurunun zayıflamasına neden olmuştur. Ancak bu zayıflama bağımlılık unsurunun hiç olmadığı anlamına gelmez⁷⁵.

İşverenin konkordato başvurusu gerçekleştirmesiyle birlikte işçiler ücretlerinin kesintili veya hiç ödenmeyeceğine dair bir kaygı duymaktadırlar. Yegâne geçim kaynaklarının elde ettikleri maaşları olduğu değerlendirilen işçiler, işverenlerin emir ve talimatları çerçevesinde hareket ederek hak etmiş oldukları net ve sosyal ücretlerin kesintisiz bir şekilde ve zama-

⁷² Özgür OĞUZ, 'Konkordatonun İş Sözleşmelerine Etkisi' (2019) 17 (195) Legal Hukuk Dergisi 1135

⁷³ Sabahattin YÜREKLİ, Türk Borçları Kanuna Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi (3th edn, Seçkin Hukuk 2016) 43; SÜMER, İş Hukuku (n 55) 38

⁷⁴ ÇELİK and others, İş Hukuku Dersleri (n 57) 168; SÜMER, İş Hukuku (n 55) 38

⁷⁵ Mehmet Özgür AVCI, 'İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü' (2010) 7 (28) Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 1401; Nuray GÖKÇEK KARACA, Basın İş Hukuku (Medya Çalışma İlişkileri) (2nd edn, Seçkin Hukuk 2020) 102; KORKMAZ and ALP, Bireysel İş Hukuku (n 57) 104; Günther LÖSCHNIGG and Alpay HEKİMLER, Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku ile Karşılaştırmalı Avusturya İş Hukuku'nun Temel Esasları (1st edn, Efil Yayınevi 2011) 69; SENYEN KAPLAN, Bireysel İş Hukuku (n 57) 84; SÜMER, İş Hukuku (n 55) 38

nında ödenmesini sağlama düşüncesine gitmektedirler. Dolayısıyla konkordato başvurusu gerçekleştiren bir işverenin işçileriyle arasında bağımlılık unsurundan kaynaklı bir etkilenme gözlemlenmemiştir.

IV. KONKORDATO BAŞVURUSUNUN İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNE ETKİLERİ

TBK 436. maddesi uyarınca işverenin konkordato talebini bir sebep olarak gösteren işçi hakları için kendisine bir güvence verilmesini talep edebilir ve bu talebinin karşılanmaması halinde iş sözleşmesini feshedebilir. Ancak işçinin TBK 436. maddeye dayanarak gerçekleştirmiş olduğu bu tür bir fesih İİK 296/1. maddesi uyarınca haksız fesih olarak kabul edilir. Ayrıca konkordato ilan eden borçlu işveren İİK 296/2. maddesi gereğince işçileriyle gerçekleştirmiş olduğu iş sözleşmesini feshedemez. İİK 296/2. madde hükmü çerçevesinde hizmet sözleşmeleri hükmün kapsamı dışında tutulmuştur. Her ne kadar kanun koyucu hizmet sözleşmesi olarak adlandırsa da kanunun amacı dikkate alındığında TBK, İşK, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu gibi bütün bireysel iş hukukunu düzenleyen kanunlar içinde bu düzenlemenin uygulanması gerekmektedir⁷⁶. Borçlu işveren sadece TBK ve İşK hükümlerinde belirtilen sebeplerden dolayı iş sözleşmesini feshedebilir⁷⁷.

Yürürlükte bulunan bu düzenlemeler ışığında kanun koyucu, taraflar arasındaki iş ilişkisinde konkordato ilan edilmesi bahane edilerek iş ilişkisinin sonlandırılmasını önlemeye çalışmıştır. Ancak başka ülkelerdeki örnekleri incelediğimizde konkordato sürecinin başarıya ulaşabilmesi için işverenin konkordato projesinde kaç işçinin iş sözleşmesinin feshedileceğini belirtme imkânı bulduğu da görülmektedir⁷⁸.

Uygulamada konkordato talebinde bulunan işverenin konkordato projesinde işyerinin küçülmeye gitmesi sebebiyle bazı şubelerini kapatacağı için istihdam fazlalığı meydana geleceğini ve kapatılacak olan şubelerde çalışan işçilerin başka bir bölümde değerlendirme imkânının olmadığı için işçi çıkarması gerektiğini belirttiğine rastlanılmaktadır. Bu şekilde gerçekleştirilen fesih, işverenin konkordato talep etmesi sebebiyle değil işyerinin küçülmeye gitmesinden dolayı gerçekleştirilmektedir.

⁷⁶ Dilek AYDEMİR, 'Konkordato Mühletinin Sözleşmelere Etkisi (İİK m.296)' (2019) 15 (44) Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 863

⁷⁷ Ibid 864

⁷⁸ Samuel ESTREICHER and Matthew T. BODIE, Labor Law (2nd edn, Foundation Press 2020) 267

SONUÇ

Dünyada yaşanan çeşitli ekonomik buhranlar sebebiyle finans sektöründeki yardımlar doğrudan devlet kurumları ya da özerk statülü kurumlara yapılabilmekteyken, özel sektörde yaşanan ekonomik buhranlarda devletin kredi tahsisleri haricinde herhangi bir yardımı ve müdahalesi mümkün değildir. Ekonomik darlıkla baş edemeyen şirketler müccel borçlarını ödeyememesinden dolayı birtakım yasal takiplerle karşılaşmakta, haciz ve muhafaza işlemleriyle hayati fonksiyonlarını yerine getiremez ve üretim yapamaz hale gelip ticari hayatına devam etmekte zorlanmakta ve bunun sonucunda da iflasa sürüklenmektedir. Yaşanılan bu sıkıntıların giderilmesi amacıyla gerek şirketi gerekse de alacaklıları en hafif zararla kurtarmak ve faaliyetlerin devamlılığını sağlamak için konkordato kurumu mevzuatta düzenlenmiştir.

TTK 324. madde uyarınca alacakları borçlarını karşılamayan bir şirketin aktifinin şirket alacaklarını karşılamaması halinde, şirketin yönetim kurulu gecikmeksizin mahkemeye bildirmelidir. Böyle bir durumda mahkeme şirketin iflasına hükmeder. Fakat şirketin durumunun düzelebilecek olması halinde borçlu, borçlarını nasıl ve ne şekilde ödeyeceğini gösteren bir konkordato projesi hazırlayarak mahkemeye başvurur. Bu başvurunun ardından mahkeme konkordato talebini uygun görürse, şirketin daha zor bir duruma düşmemesi amacıyla hakkındaki icra takiplerini durdurur.

İşyerinin konkordato başvurusu gerçekleştirilmesiyle birlikte o işyerinde görevlerini ifa etmekte olan işçiler her an ücretlerinin ödenmeyeceği veya iş sözleşmelerinin sona erdirileceği düşüncesiyle özellikle başvurunun gerçekleştirildiği dönemlerde bir panik yaşadıkları gerçekleştirmiş olduğumuz araştırmalar ve deneyimlerimizden saptanmaktadır.

İş sözleşmesinin temel unsurları olan iş görme, bağımlılık ve ücret ödeme unsurları özelinde değerlendirildiğinde işçilerin genellikle işi gerçekleştirme performanslarında gözle görülebilen bir düşüş olmasına karşın özellikle işverenin emir ve talimatlarına uymadıklarında ücretlerinin ödenmeyeceğine olan inançları sebebiyle bağımlılık unsurunda bir zayıflamaya rastlanılmamıştır. İşveren açısından ise işçilik ücretleri imtiyazlı olacak kapsamında olduğundan dolayı konkordato sürecinin başarıya ulaşmayacağına kesinleşmesine kadar olan süreçte işçilerin ücretlerinin ödenmesinde herhangi bir aksaklığa rastlanılmamıştır.

Diğer ülkelerdeki örnekleri incelendiğinde konkordato projelerinde, projenin başarıya ulaşması için kaç işçinin iş sözleşmesinin feshedileceği belirtilebilirken ülkemizde kanun koyucu konkordato başvurusunun baha ne edilerek işçilerin iş sözleşmelerini feshetmelerini yasaklamıştır. Bu nedenle bir şubenin veya bölümün kapatılması gibi durumlar haricinde

işçilerin sadece konkordato başvurusu gerçekleştirilmesi sebebiyle iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi mümkün değildir.

KAYNAKÇA

AKÇAKANAT T and ÇAKIRÇI İH, Performansa Dayalı Ücret Sistemi ve Sağlık Kurumlarında Uygulanması (1st edn, Hiper Yayın 2019)

AKİL C and TOPAK S, Şematik İcra ve İflas Hukuku (1st edn, Seçkin Hukuk 2023)

AKYİĞİT E, Bireysel İş Hukuku (2nd edn, Seçkin Hukuk 2021)

ALPER Y and KILKIŞ İ, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku (4th edn, Dora Yayıncılık 2018)

ARICI K, Türk İş Hukuku - I Ferdi İş İlişkileri Hukuku (1. edn, Gazi Kitabevi 2022)

AYDEMİR E, Konkordato ve Yeniden Yapılandırma (2nd edn, Seçkin Yayıncılık 2019)

BAŞBUĞ A and YÜCEL BODUR M, İş Hukuku (5th edn, Beta Yayıncılık 2018)

BAŞÖZ L and ÇAKMAKCI R, İcra ve İflas Kanunu ve İlgili Mevzuat (Legal Yayıncılık 2014)

BAYRAK Y, Geniş Açıklama ve İçtihatlarla İcra ve İflas Kanunu (1st edn, Seçkin Hukuk 2023)

ÇELİK N and others, İş Hukuku Dersleri (35th edn, Beta Yayınevi 2022)

DEMİRCİOĞLU AM, CENTEL T and KAPLAN HA, İş Hukuku (20. edn, Beta Yayınevi 2019)

DÖNMEZ KY, İşçi Ücreti ve Ödenmemesinden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar (1st edn, Seçkin Hukuk 2018)

EKMEKÇİOĞLU İ, Türk Hukukunda Konkordato (1st edn, Adalet Yayınevi 2021)

ERCAN İ, İcra ve İflas Hukuku - Takip Hukuku (1st edn, Oniki Levha Yayınları 2012)

EROĞLU O, Uygulamada Konkordato (5th edn, Seçkin Hukuk 2023)

ESTREICHER S and BODIE MT, Labor Law (2nd edn, Foundation Press 2020)

GÖKÇEK KARACA N, Basın İş Hukuku (Medya Çalışma İlişkileri) (2nd edn, Seçkin Hukuk 2020)

GÖZAÇAN M, Sermaye Şirketlerinde İflas İçi Konkordato (1st edn, Seçkin Hukuk 2021)

HELVACI S and KOCABAŞ G, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Pratik Çalışmaları (2nd edn, Legal Yayıncılık 2017)

KALE S, Sorularla Konkordato (İflas İçi ve İflas Dışı Adi Konkordato) (1st edn, Oniki Levha Yayıncılık 2017)

KORKMAZ F and ALP NS, Bireysel İş Hukuku (4th edn, Seçkin Yayıncılık 2019)

KURU B, ARSLAN R and YILMAZ E, İcra ve İflâs Hukuku, vol 27. Baskı (1st edn, Yetkin Yayınları 2013)

LÖSCHNIGG G and HEKİMLER A, Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku ile Karşılaştırmalı Avusturya İş Hukuku'nun Temel Esasları (1st edn, Efil Yayınevi 2011)

ÖZKAN H, Açıklamalı - İctihatlı İcra ve İflas Davaları ve Tatbikatı, Konkordato (1st edn, Legal Yayınları 2014)

PEKCANITEZ H and others, İcra ve İflas Hukuku (2nd edn, Yetkin Yayınları 2005)

POSTACIOĞLU İE, Konkordato (1st edn, Kenan Matbaası 1965)

SENYEN KAPLAN ET, Bireysel İş Hukuku (10th edn, Gazi Kitabevi 2019)

SÜMER HH, İş Hukuku (26th edn, Seçkin Yayıncılık 2022)

SÜZEK S, İş Hukuku (18th edn, Beta Yayıncılık 2019)

ŞAHİN ÇS, Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2020)

TANRIVER S and DEYNEKLİ A, Konkordatonun Tasdiki (1st edn, Yetkin Yayınları 1997)

TAŞPINAR AYVAZ S, İcra İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma (1st edn, Yetkin Yayınları 2005)

TERCAN E, İcra ve İflas Hukuku (1st edn, Gazi Kitabevi 2010)

TOSUN TG, Basın İş Hukukunda Ücret (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2019)

ULUKAPI Ö, Konkordatonun Feshi (1st edn, Mimoza Basım, Yayım ve Dağıtım 1998)

USTAOĞLU F, Proje Finansmanında Türk Hukukuna Tabi Teminatlar ve Özellikle Hesap Rehni (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2019)

YÜREKLİ S, Türk Borçları Kanuna Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi (3th edn, Seçkin Hukuk 2016)

AKBULAK Y, 'Sermaye Şirketlerinde İflasın Ertelenmesi' (2016) Cilt 12 Mali Hukuk Dergisi 875

AKBULAK Y, 'Yeni Düzenlemeler Işığında Konkordato ve Sonuçları' (2018) 7 Banka ve Finans Hukuku Dergisi 81

ARSLAN AS, 'Konkordato Mühletinin İşçi Alacaklarına Etkisi' (2019) 32 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 249

AVCI MÖ, 'İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü' (2010) 7 Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 1397

AYDEMİR D, 'Konkordato Mühletinin Sözleşmelere Etkisi (İİK m.296)' (2019) 15 Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 847

BUDAK AC and TUNÇ YÜCEL M, 'İflas, Tasarrufun İptali Davası ve Konkordato ile ilgili 2013 Tarihli İsviçre İcra ve İflas Kanunu Değişiklikleri' (Şubat, 2015) 31 Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 21

BÜLBÜL D, 'Konkordatonun Mali Yönü' (2019) 15 Mali Hukuk Dergisi 967

EROĞLU O, 'İflas İçi Konkordatoya İlişkin Yargılamalarda Karşılaşılan Sorunlar ve İflas Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Yargılamadan Farkları' (2023) 15 Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi 337

KAYIK AYDINALP A, 'Konkordatonun İşçilik Alacakları ve İş Sözleşmeleri Üzerine Yansıması' (2019) 21 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 487

OĞUZ Ö, 'Konkordatonun İş Sözleşmelerine Etkisi' (2019) 17 Legal Hukuk Dergisi 1123

ÖZEKES M, 'İflaşın Ertelenmesi' (Eylül, 2005) 33 LEGAL Hukuk Dergisi 3249

TANRIVER S, '4949 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adi Konkordato ile Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi' (2004) Sayı:51 Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TAŞTAN H and DOĞAN S, 'Konkordato Sürecinde Yabancı Para Alacaklarının İncelenmesi' (2023) 19 Mali Hukuk Dergisi 3

TERCAN E, '4949 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Sonra, İcra ve İflas Kanunu m. 206'ya göre İmtiyazlı Alacaklar (Sıra Cetveli)' (2003) 22 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 17

TEVETOĞLU M, 'Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato' (2006) 2 Mali Hukuk Dergisi 793



**İSTANBUL
TİCARET
ODASI**

— 1882 —

Adres : Reşadiye Cad. 34112
Eminönü, Fatih/İstanbul
Telefon : (212) 455 60 00
Faks : (212) 513 15 65 / 520 16 56
E-posta : ito@ito.org.tr
İnternet : www.ito.org.tr

KDV'den muaftr

ISSN 2146 - 6203



9 772146 620008