

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

2017/1



Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 86
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 65

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu (Başkan)
Doç. Dr. E. Eylem Aksoy Retornaz
Doç. Dr. Tuba Akçura Karaman
Araş. Gör. Dr. Ali Cenk Keskin
Araş. Gör. Burcu Alkış

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Cemal Bâli Akal (İstanbul Bilgi Üni.)
Prof. Dr. Baki İlkay Engin (İstanbul Üni.)
Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu (Özyeğin Üni.)
Prof. Dr. M. Turgut Öz (Kültür Üni.)
Prof. Dr. Oktay Uygun (Yeditepe Üni.)

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar
Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu
Prof. Dr. Mehmet Helvacı
Prof. Dr. Turgut Öz
Prof. Dr. Durmuş Tezcan
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat
Prof. Dr. Hamdi Yasaman
Doç. Dr. Anlam Altay

Doç. Dr. Tolga Ayoğlu
Doç. Dr. Armağan Gözkaman
Doç. Dr. Fena İpek Kayalı
Yard. Doç. Dr. Nur Bolayır
Yard. Doç. Dr. R. Barış Erman
Yard. Doç. Dr. Esra Hamamcıoğlu
Yard. Doç. Dr. Zeynep Ceren Pirim
Dr. Fülürya Yusufoglu

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2017 yılının Haziran ayında yayımlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj : Beta Basım A.Ş. / Veysel Coşkun

Baskı-Cilt : Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.

Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2

Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İST.

Tel: (0-212) 269 30 00 (Sertifika No. 20179)

Kapak Tasarımı: Veysel Coşkun

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.

Narlıbahçe Sokak No: 11 (Sertifika No. 16136)

Cağaloğlu - İSTANBUL

Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77

Fax: (0-212) 511 36 50

www.betayayincilik.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

e-posta: hukukfd@gsu.edu.tr

İçindekiler

KAMU HUKUKU

Prof. Dr. Olivier DECIMA	3
Les investigations numériques en procédure pénale française: du piratage informatique aux perquisitions et saisies numériques ?	
Doç. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ	11
Le droit pénal turc à l'épreuve du mariage forcé <i>Criminalization Of Forced Marriage In Turkish Law</i>	
Dr. Müslüm YILMAZ	31
Les aspects institutionnels du dispositif antidumping turc: une analyse critique et une proposition de réforme <i>Institutional Aspects of the Turkish Antidumping System: A Critical Assessment and a Reform Proposal</i>	

ÖZEL HUKUK

Prof. Dr. iur. Fatih BİLGİLİ / Arş. Gör. M. Fatih CENGİL	69
Limited Şirket Genel Kurulunda Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu <i>Shareholder's Deprivation of the Right to Vote at Limited Liability Company General Assembly</i>	
Doç. Dr. Tolga AYOĞLU	123
Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshine İlişkin Davalarda Dava İkame Edildikten Sonra Şirket Bünyesinde Ortaya Çıkan Bazı Önemli Gelişmelerin Dava Sürecine Etkileri <i>Impacts of Certain Developments that Occurred Following the Initiation of the Lawsuit Regarding Dissolution of Joint Stock Companies for Just Cause</i>	
Doç. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU	157
İsviçre Federal Mahkemesi'nin 21 Temmuz 2015 Tarihli Kararı Uyarınca Sonradan Ortaya Çıkan Borçlunun Sorumlu Olduğu İmkânsızlığının Sonuçları <i>The Consequences of Subsequent Impossibility in Accordance with the Swiss Federal Court Decision Dated 21 July 2015</i>	

Doç. Dr. Mehmet ERDEM.....175

6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu
Kapsamında Finansal Kiralamada Ayıplı Teslimler

*Delivery of Defective Goods in Financial Leasing Contracts under the Financial
Leasing, Factoring and Financing Companies Law (Law No: 6361)*

Av. Duygu AKŞİT191

The Exportation of Pharmaceutical Products Subject to Compulsory
Licenses to Third Countries Facing Public Health Related Problems:
Actual Implementation of Relevant Amendments in the TRIPS
Agreement into Turkish Law

*Zorunlu Lisansa Tabi Eczacılık Ürünlerinin Kamu Sağlığı Sorunları Sebebiyle
Üçüncü Ülkelere İhracatı: TRIPS Sözleşmesi'nde Yapılması Öngörülen
Değişikliklerin Türk Hukuku'na Aktarılması*

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hakemli ulusal bir dergidir; Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanmakta olup, 2016 yılından beri TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
2. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Yazılar, ***hukukfd@gsu.edu.tr*** e-posta adresine Word formatında gönderilmelidir. Gönderilen metin yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.
4. Derginin yayın dili Türkçe, Fransızca, İngilizce, Almanca ve İtalyanca dilleridir. Bu dillerin dışındaki eserlerin kabulü Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Her yazı, en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce kısa öz (*abstract*), her iki dilde başlık ve beşer anahtar kelime içermelidir. Her eserin sonunda aşağıda belirtilen kurallara uygun kaynakça yer almalı, kullanılan kaynaklar dipnotta gösterilmelidir.
5. Metin, 12 punto boyutunda Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Koyu (bold) harfler başlıklarda, yatık (italik) yazı yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde kullanılır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır.
6. Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar “nesnel değerlendirme ilkesi” uyarınca en az iki hakemin incelemesine

sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir.

7. Dergide, hakem denetiminden geçen yazılar dışında, karar incelemesi, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici not vb. yazılara da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazıların kabul edilmesi Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Hangi yazıların hakem incelemesinden geçmediği dergi içinde açıkça belirtilir.
8. Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Galatasaray Üniversitesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
9. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler ve bu yazılardan kaynaklanacak her türlü sorumluluk, yazarlara aittir.
10. Metin içerisinde başlıklar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

A- Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a- Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

aa- Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

11. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

12. Kaynakçada gösterim:

Yazıda yararlanılan eserler soyadına göre alfabetik olarak sıralanır. Kararlar ve internet kaynakları için bölümlendirme yapılabilir.

- a) Kitap: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harfi büyük, normal), **Eser adı** (Kalın/Bold), Basım sayısı, Yayınevi, Yayın yeri, Yayın yılı. (normal)

Örnek: TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 16.bası, Beta, İstanbul, 2013.

Örnek: İNCEOĞLU Sibel (Editör),, ..

Çeviri kitaplar için:

SARTORI Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (çev. T. Karamustafaoğlu / M. Turhan), Yetkin, Ankara, 1996.

İki yazarlı kitaplar için:

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 15. bası, Beta, İstanbul, 2015.

Üç veya daha fazla yazarlı kitaplar için:

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray /BACAKSIZ Pınar, vd., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Seçkin, Ankara, 2016.

b) Yüksek Lisans veya Doktora tezleri için:

ALTAY Sıtkı Anlam, Bankaların Mali Durumlarının Bozulmasının Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.

c) Makale: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harfi büyük, normal), “Makale başlığı” (Tırnak içinde), **Eser adı** (Kalın/Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları.(Makalelerde, makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı belirtilir.)

Örnek: KOÇ Sedef, “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde İspat Sorunu”, **GSÜHFD**, S. 2012-1, 2014, ss. 281-300.

d) İnternet kaynakları: Tam adres ve son erişim tarihi belirtilmelidir.

Big Data, Crime and Security, Parliamentary Office of Science and Technology of the UK Parliament Note no: 470, 2014, <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/POST-PN-470/POST-PN-470.pdf> (Erişim Tarihi: 28.03.2016).

12. Dipnotlarda: Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile kaynakçada yer verilen eserler aynı biçimde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir.

- a) Kitap ve makaleler: Dipnotta sadece kalın harflerle yazarın soyadı; eserin yayın yılı ile sayfa numarası gösterilir. İki yazarın bulunması durumunda her iki yazarın soyadı da kullanılır. İki yazarın bulunması durumunda ilk yazarın soyadını “ve diğ./et al.” ifadesi takip eder. Eğer aynı yazarın aynı yılda basılmış birden fazla yayını kullanılmışsa basım yıllarının sonuna kaynakçada ki sıraya uygun olarak alfabetik bir karakter ilave edilir (2013a, 2013b...).

Örnek: **Koç**, 2012, s.17.

- b) Karar: Kararı veren kurum, esas sayısı, karar sayısı ve karar tarihi, karara ulaşılabilecek kaynak.

Y. 13. HD, E. 2016 / 5823, K. 2016 / 13745, 30.05.2016, YKD, c. 42, S. 10, 2016, ss. 2430-2431.

İnternet: Kullanılan içeriğe uygun kısa atıf kuralına uygun hareket edilmelidir.

KAMU HUKUKU

Les investigations numériques en procédure pénale française: du piratage informatique aux perquisitions et saisies numériques?

Prof. Dr. Olivier DECIMA*

La numérisation ne cesse de préoccuper la procédure pénale. Après la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016¹, l'heure est venue, lit-on, de l'«open data» - du «big data»? - et, partant, de la justice prédictive, aux charmes de laquelle certaines cours d'appel ont volontiers cédé, à Rennes ou à Douai². Par ailleurs, les techniques numériques d'investigation ne cessent d'être développées, en contemplation de la dématérialisation de la vie sociale. Par exemple, les écoutes téléphoniques, autrefois analogiques, ne sont plus qualifiées de «télécommunication» par les articles 100 et suivants du Code de procédure pénale, mais de «communications électroniques». L'introduction de la géolocalisation dans le même code, par la loi n° 2014-372 du 28 mars 2014, l'illustre également.

Bien souvent, cependant, la numérisation est limitée: elle suppose l'exploitation d'un support matériel, tel qu'un téléphone ou une balise GPS. Les «perquisitions informatiques» ne sont que des perquisitions et saisies «classiques», appliquées à du matériel informatique. L'article 57-1 du Code

Bu makale, hakem incelemesinden geçmemiştir.

* Professeur agrégé de droit privé et de sciences criminelles, Faculté de droit, Université de Bordeaux.

¹ Art. L111-13 COJ: *sans préjudice des dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et leur publicité, les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées.*

² http://www.francetvinfo.fr/societe/justice/justice-predictive-le-big-data-frappe-a-la-porte-des-tribunaux-et-des-cabinets-d-avocats_2196972.html

de procédure pénale, issu de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, permet aux enquêteurs d'accéder à des données stockées dans un système informatique sur les lieux de la perquisition, ou pouvant être accessible à distance à partir du système «initial». Les données ainsi recueillies peuvent être copiées sur tout support qui est saisi et scellé. L'accès distant, qui manifeste un début de dématérialisation, suppose donc une perquisition matérielle. A proprement parler, il doit être clairement distinguée d'une perquisition numérique.

En effet, il existe désormais des techniques d'investigations beaucoup plus incorporelles: la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, *renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*, a permis la préhension à distance de données, indépendamment de la détention matérielle du système ou du support. Ces techniques d'investigations sont donc largement dématérialisées, qui s'apparent à un piratage informatique élaboré. Pareil développement des investigations numériques (I) interroge cependant, car leur nature juridique devrait être davantage discutée (II).

1. Le développement des investigations numériques

Par le passé, le piratage informatique n'était pas étranger à la procédure pénale en matière de criminalité organisée. Au titre des «*captations de données informatiques*», par exemple, le juge d'instruction pouvait déjà ordonner la mise en place d'un dispositif technique, comme un code malveillant, ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, d'accéder, en tous lieux, à des données informatiques, «telles qu'elles s'affichent sur un écran pour l'utilisateur» du système («*screen logger*»), telles qu'il les y introduit par saisie de caractères ou telles qu'elles sont reçues et émises par des périphériques audiovisuels («*key logger*»)³. Mais la mesure d'investigation se limitait à visualiser et à capter l'activité numérique sur un support distant. Elle revêtait, autrement dit, la nature d'une surveillance, c'est-à-dire de l'observation d'une activité spontanée.

Dorénavant, le Code de procédure pénale permet l'utilisation de plusieurs procédés nouveaux en matière de criminalité organisée, mis en œuvre par l'«*agence nationale des techniques d'enquêtes numériques judiciaires*» et coordonnés par le «*comité d'orientation des techniques*

³ Art. 706-102-1 C. proc. pén.

d'enquêtes numériques judiciaires», créés par le décret n° 2017-614 du 24 avril 2017.

En premier lieu, la loi du 3 juin 2016 accentue substantiellement les investigations aux articles 706-102-1 et suivants du code de procédure pénale, en permettant la préhension de données «telles qu'elles sont stockées dans un système informatique», par l'emploi d'un «cheval de Troie» ou d'un «*backdoor server*» – hors de tout flux volontairement sortant ou entrant comme de toute activité du suspect sur lesdites données, sans que l'intéressé en soit informé, si les nécessités de l'enquête relative à la criminalité organisée l'exigent. Ces investigations doivent être autorisées par le juge des libertés et de la détention, lors de l'enquête, ou le juge d'instruction par ordonnance motivée.

Pareilles techniques sont redoutablement efficaces: l'intégralité du système distant, comme un ordinateur personnel, peut être fouillée – même s'il est précisé qu'elles ne peuvent, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées dans les décisions du magistrat et même si aucune séquence relative à la vie privée étrangère aux infractions visées dans les décisions autorisant la mesure ne peut être conservée. Le fait, de plus, que ces opérations de recherche révèlent des infractions autres que celles visées dans ces décisions ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes (ici comme ailleurs).

En second lieu, les articles 706-95-1 et suivants du code de procédure pénale autorisent, selon la même logique, la captation de correspondances électroniques stockées (et non pas échangées), à l'insu de l'intéressé, lors de l'enquête ou de l'instruction en matière de criminalité organisée, sur autorisation du juge des libertés et de la détention ou du juge d'instruction.

En troisième lieu, les données techniques de connexion peuvent encore être saisie pour permettre permettant l'identification d'un équipement terminal ou du numéro d'abonnement de son utilisateur, ainsi que les données relatives à la localisation d'un même équipement - dernière forme spéciale de capture de données stockées⁴. L'autorisation est donnée par le juge des libertés et de la détention pour une durée d'un mois renouvelable une fois ou par le juge d'instruction pour une durée de deux mois renouvelable

⁴ Art. 706-95-4, I, et 706-95-5, I, du Code de procédure pénale

trois fois. En cas d'urgence, au stade de l'enquête, elle peut être accordée par le procureur de la République, à la condition d'être confirmée par le juge des libertés et de la détention dans un délai de vingt-quatre heures. En dernier lieu, à côté de la captation des informations stockées, la loi du 3 juin 2016 développe les techniques de détournement des flux de données, telles que les interceptions des échanges électroniques par «IMSI catchers». Les articles 706-95-4, II, et 706-95-5, II, du Code de procédure pénale autorisent, sur décision du juge des libertés et de la détention ou du juge d'instruction, la détection à distance, l'interception et la captation «de correspondances émises ou reçues par un équipement terminal». Le procédé permet de capter tous les échanges dans une zone déterminée: le dispositif technique agit comme une fausse antenne-relais. L'autorisation, qui dure quarante-huit heures (renouvelables une fois au stade de l'enquête comme de l'instruction), est donnée par une ordonnance motivée insusceptible de recours. Ici comme ailleurs, les poursuites incidentes sont admises. La précision pourrait toutefois posséder une portée remarquable, car cette technique permet de capter toute conversation, quel qu'en soit l'auteur. Mais l'article 706-95-10 précise que «les correspondances interceptées (...) ne peuvent concerner que la personne ou la liaison visée par l'autorisation d'interception».

Il existe donc désormais des procédés très intrusifs, dont la qualification juridique devrait être davantage discutée, pour mieux protéger les droits fondamentaux.

2. La qualification des investigations numériques

La préhension de données distantes, telles que présentées ci-dessus, est-elle assimilable à une mesure de perquisition et saisie, au sens des articles 56, 76, 94 et suivants du Code de procédure pénale? Les critères classiques de la perquisition ne lui sont guère adaptés. C'est la raison pour laquelle la notion de perquisition numérique devrait être davantage développée.

En premier lieu, la notion de perquisition n'est pas invariable. Depuis la loi n°2010-768 du 9 juillet 2010, il existe principalement deux types de perquisitions⁵, selon qu'elles sont réalisées aux fins d'enquête ou aux fins de

⁵ Sont exclues les dispositions des articles 716-5 et 134 du Code de procédure pénale, relatifs à l'exécution des peines privatives de liberté et des mandats.

confiscation. La Cour de cassation⁶ affirme que la perquisition «classique» aux fins d'enquête *«implique la recherche, à l'intérieur d'un lieu normalement clos, notamment au domicile d'un particulier, d'indices permettant d'établir l'existence d'une infraction ou d'en déterminer l'auteur»*. Quatre critères doivent donc être réunis: une pénétration, aux fins de mener activement une recherche, dans un lieu clos (notamment assimilé au domicile), pour découvrir des éléments relatifs à une infraction ou à ses auteurs.

En matière d'investigation numériques, certains critères sont certainement satisfaits. La mesure a pour but, en effet, de découvrir des éléments relatifs à une infraction ou à ses auteurs. Au contraire, la pénétration motivée par un motif de police administrative ou en vue d'une simple interpellation ne pourrait être qualifiée de perquisition. De même, l'investigation participe bien d'une recherche active. Certes, la perquisition suppose classiquement des actes matériels de recherche (une fouille, par exemple)⁷: une simple constatation visuelle n'est pas suffisante⁸. Cependant les investigations numériques ne consistent pas seulement à observer le contenu du système distant. L'opération suppose l'implantation d'un logiciel malveillant et, techniquement, des actes de recherche, de préhension, d'enregistrement et d'exploitation des données.

Reste que, de prime abord, la préhension de données distantes ne répond pas à la notion de pénétration dans un lieu clos. Les notions de pénétration et de domicile, auquel le lieu clos est assimilé⁹, sont matérielles – et non pas immatérielles. Le domicile, notamment, apparaît comme un lieu de vie, c'est-à-dire *«le lieu où une personne a son principal établissement, mais encore le lieu où, qu'elle y habite ou non, elle a le droit de se dire chez elle, quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux»*¹⁰. Certains accessoires domiciliaires ont pu être qualifiés de la

⁶ Crim. 29 mars 1994, n° 93-84995

⁷ V. par exemple Cass. crim., 26 févr. 2014, n° 13-87065 ; 5 oct. 2016, n° 16-81843.

⁸ V. not. Cass. crim., 12 févr. 2008, n° 07-87753. Rappr. Cass. crim., 23 août 1994, n° 93-84739 ; 6 avr. 1993, n° 09-380185.

⁹ L'article 76 du Code de procédure pénale évoque le consentement *«de la personne chez laquelle l'opération a lieu»* et l'article 56 lie la perquisition au domicile.

¹⁰ Cass. crim., 26 févr. 1963, Bull. crim. 1963, n° 92 ; 13 oct. 1982: Bull. crim. 1982, n° 218; 23 mai 1995, Bull. crim. 1995, n° 193.

sorte, comme une valise¹¹ ou une boîte aux lettres¹². Mais, dans le cas présent, l'extension à l'ordinateur personnel ne réglerait rien, car les recherches pratiquées sur ce dernier ne pourraient être qualifiées de perquisitions que si l'autorité répressive s'empare matériellement d'un tel support. C'est, bien davantage, la protection accordée aux données elles-mêmes, suite à une intrusion dématérialisée, qui est en jeu. Mais la reconnaissance d'un «domicile numérique» ne semble pas à l'ordre du jour. La jurisprudence semble notamment hostile à la qualification des perquisitions distantes. La Cour de cassation s'est par exemple opposée à ce que l'accès à un serveur réalisé à la suite d'une perquisition matérielle puisse être qualifié – en lui-même – de perquisition. La chambre criminelle¹³ explique la connexion a été réalisée par les enquêteurs, à partir de leur propre matériel informatique, au moyen d'un code découvert à l'occasion d'une perquisition autorisée par le juge des libertés et de la détention. Il s'agit, par conséquent, d'une simple investigation et non d'une perquisition distincte exigeant une nouvelle décision de ce magistrat.

Pourtant, le rejet de la qualification en matière d'investigation numérique, sans autre forme de réflexion, n'est pas satisfaisant, en second lieu. En somme, il existe (ou devrait exister) désormais deux grands types d'investigations numériques, que le Code de procédure pénale traite malheureusement ensemble¹⁴.

D'une part, les autorités répressives peuvent détourner un flux de données, tel qu'une correspondance électronique ou une conversation téléphonique. Pareilles techniques s'apparentent à des mesures de surveillance, qui supposent un dispositif de recueil «passif» de données: l'information est recueillie lors de son utilisation spontanée par l'intéressé, qui est observée par les autorités répressives. En ce sens, la captation de l'activité spontanée sur un système distant possède la même nature.

D'autre part, les investigations peuvent consister à s'introduire dans un ordinateur pour en fouiller le contenu et extraire toute information utile – hors de toute communication intentionnelle. Fortement intrusives, elles conduisent

¹¹ Cass. crim., 5 oct. 2011, n° 11-81125.

¹² Cass. crim., 15 oct. 2014, n° 14-83702

¹³ Cass. crim., 6 nov. 2013, n° 12-87130

¹⁴ V. les art. 706-95-1 et s., 706-102-1 et s.

à rechercher activement des indices dans un espace numérique clos et privé. L'effet de ses techniques d'investigations est donc équipollent aux perquisitions et saisies «classiques» (notamment du support des données en vue de son exploitation): elles permettent aux autorités répressives de s'emparer de tous les éléments dématérialisés stockés dans un système distant et fermé (sans avoir à se déplacer sur les lieux). Il doit être observé que la vie privée et sociale des citoyens est largement dématérialisée ; que les ordinateurs personnels seraient eux-mêmes en voie de dématérialisation¹⁵ ; que la protection des données se développe en droit pénal spécial (inévitablement). La Cour de cassation admet l'application des infractions contre les biens¹⁶, de sorte qu'il existe une notion pénale de propriété (des données, dans le cas présent). Ne faut-il pas conclure, dans ces conditions que, la vie privée et la propriété sont atteintes dans les mêmes proportions qu'une perquisition matérielle «classique»? La procédure pénale ne devrait pas ignorer ces évolutions.

C'est la raison pour laquelle le régime juridique de ces investigations devrait être davantage conçu par analogie avec les perquisitions et saisies, plutôt que par rapport aux mesures de surveillance, que le législateur confond. Certes, ces perquisitions numériques sont exclues lorsque le suspect a la qualité d'avocat, de médecin, de parlementaire ou d'huissier du suspect ou qu'il appartient à une entreprise de presse. Mais la protection offerte à l'intéressé est par ailleurs insuffisante. Les perquisitions et saisies numériques sont ainsi menées à son insu. Si l'analogie avec les perquisitions matérielles était admise, le défaut de toute information devrait interdire. L'intérêt répressif des perquisitions numériques ne serait probablement pas anéanti si le propriétaire des données était informé en temps réel de la mesure ou, à tout le moins, *a posteriori*. De même, les opérations sont autorisées, sur le modèle des mesures de surveillance, pour des durées continues d'un à quatre mois renouvelables (et à toute heure, évidemment), alors qu'elles devraient être plus ponctuelles. À titre de comparaison, les autorisations dérogatoires des articles 706-89 et suivants «*sont données pour des perquisitions déterminées*». Par ailleurs, le respect des droits de la défense ou du secret professionnel n'est pas précisé.

¹⁵ Le «pc» se résumerait à un boîtier de connexion à une base de données. V. not. http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/06/14/l-entreprise-francaise-blade-ambitionne-de-faire-disparaitre-le-pc-dans-le-cloud_5144641_3234.html

¹⁶ V. not. Cass. crim., 20 mai 2015, n°14-81336 relatif au vol.

Les «captations» de courriers électroniques stockés s'apparentent à la saisie matérielle des correspondances. Elle ne devrait donc pas relever du régime des surveillances de la correspondance échangée: nul échange de données n'est détourné (la loi évoque pourtant une mesure d'«*interception*»).

Pourtant, leurs conditions de mise en œuvre sont encore moins protectrices. Les textes, par exemple, ne précisent pas la durée de l'accès aux correspondances, alors que la Cour EDH apprécie la conventionalité de l'ingérence dans la vie privée au regard, notamment, de la durée de la mesure¹⁷. L'article 706-95 du Code de procédure pénale prévoit un délai d'un mois renouvelable pour la seule interception des correspondances émises - mesure de nature différente. De même, la motivation de l'ordonnance n'est pas précisée, non plus que les correspondances litigieuses: tous les comptes de messagerie de l'intéressé peuvent-ils être visés ? Ajoutons encore que le régime de telles saisies s'annonce original dès lors que les données peuvent être «enregistrées ou copiées sur tout support», sans autre précision.

L'accès aux données distantes est un enjeu majeur, car il peut grandement contribuer à la manifestation de la vérité. Mais la dématérialisation des investigations ne devrait pas cacher leur nature véritable et conduire à diminuer la protection des droits fondamentaux, tels que la vie privée et la propriété. La procédure pénale française ne peut rester sourde à la numérisation de la vie sociale.

¹⁷ V. not. CEDH, *Uzun c. Allemagne*, 2 septembre 2010, n° 35623/05, not. § 63, 65, 69.

Le droit pénal turc à l'épreuve du mariage forcé

Doç. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ *

Öz: Zorla evlilik, ne Türk Ceza Kanununda ne de özel ceza kanunlarında bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu durum karşısında kişinin istemediği halde bir evlilik birliğini kurmaya ve devam ettirmeye zorlamanın, Türk Ceza Kanununda düzenlenmiş mevcut suç tiplerinin birinin kapsamına girip girmediği değerlendirilmelidir. Zorla evlilik, kişinin irade ve karar verme özgürlüğünün yanı sıra cinsel ilişkiye zorlanmasını da beraberinde getirdiğinden aynı zamanda kişinin cinsel özgürlüğünü ve aile düzenini ihlal eder. Bu çalışmada, zorla evlilik fiili, Türk Ceza Kanununda düzenlenmiş olan insan ticareti, yaralama, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, hürriyete karşı suçlar ve aile düzenine karşı suçlar bakımından değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Zorla evlilik, ceza hukuku, insan ticareti, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, hürriyete karşı suçlar, aile düzenine karşı suçlar.

Criminalization Of Forced Marriage In Turkish Law

Abstract: There is no provision sanctioning forced marriage in the Turkish legal system. However, this relative invisibility of forced marriage in Turkish criminal law does not mean that it is not punished. For this to be done, forced marriage must be seen as a set of different offenses which are not directly addressing the issue. Forced marriage can be seen as a breach of international order, personal liberty, sexual integrity and family order.

Keywords: Forced marriage, criminal law, human trafficking, offenses against sexual integrity, offenses against freedom, offenses against family order.

Makale gönderim tarihi: 22.05.2017. Makale kabul tarihi: 01.06.2017.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı (eaksoy@gsu.edu.tr)

Introduction

De prime abord, la qualification délictuelle des mariages forcés ne semble pas faire de doute dans les sociétés modernes fondées sur la liberté individuelle. Quiconque, n'ayant même qu'une idée très superficielle du droit pénal, conçoit sans difficulté qu'on punisse celui qui oblige autrui à se marier contre sa volonté. Avec un peu d'imagination, on peut même partir de l'idée qu'il doit exister dans le Code pénal national une infraction spécifique, prévoyant une sanction particulière suffisamment dissuasive pour rendre les mariages forcés peu nombreux. Cette manière d'aborder le problème est conforté par la lecture de certains instruments internationaux. Ainsi, la *Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique* (Convention d'Istanbul; STCE n° 210) met à sa charge des Etats parties l'obligation d' «*ériger en infraction pénale le fait, lorsqu'il est commis intentionnellement, de forcer un adulte ou un enfant à contracter un mariage*» (alinéa 1) et d'«*ériger en infraction pénale le fait, lorsqu'il est commis intentionnellement, de tromper un adulte ou un enfant afin de l'emmener sur le territoire d'une Partie ou d'un Etat autre que celui où il réside avec l'intention de le forcer à contracter un mariage*» (alinéa 2).

Membre du Conseil de l'Europe depuis 1949, la Turquie a été le premier pays à ratifier en mars 2012 la Convention d'Istanbul¹. On attendrait donc de trouver dans le Code pénal turc une disposition exécutant en droit interne l'engagement contracté au plan international. Il est donc surprenant de constater que le droit pénal turc n'envisage pas le mariage forcé comme une infraction pénale autonome. Par ailleurs, la société elle-même ne condamne pas aussi fermement le mariage forcé que dans d'autres Etats européens. Doit-on en déduire qu'il existe un conflit latent entre les engagements internationaux et les réalités nationales? Une telle conclusion serait assurément hâtive. Si le mariage forcé continue, malheureusement, à exister de nos jours, il n'est plus aussi fréquent que par le passé; quant au droit pénal, il appréhende la problématique par le biais de plusieurs infractions.

Le but de la présente contribution est de faire le point sur la question. Nous commencerons par une présentation du contexte sociologique des

¹ Entrée en vigueur pour la Turquie, par la décision du Conseil des Ministres qui approuve la publication de la loi n° 6251 sur la confirmation de la ratification de la Convention dans le journal officiel (Resmi Gazete) n° 28227 bis du 8 mars 2012.

mariages forcés en Turquie. Ensuite, nous aborderons de manière générale la manière dont le droit pénal turc envisage le problème du mariage forcé.

I) CONTEXTE SOCIOLOGIQUE

Le mariage forcé a fait pendant longtemps partie des réalités sociales peu contestées de la Turquie. Il s'agissait traditionnellement de mariage d'enfants, mariages qui étaient arrangés, on devrait plutôt dire orchestrés ou conspirés, par leurs parents respectifs dès la naissance. Il était assez fréquent qu'une différence d'âge considérable existât entre les deux époux, si bien que seule l'épouse était mineure. Les expressions «*çocuk gelin*», soit «*mariée-enfant*» ou «*beşik kertmesi*», c'est-à-dire «*les fiançailles au berceau*» font intégralement partie de la langue turque contemporaine et traduisent cette réalité sociale sur le plan linguistique.

La nature strictement patriarcale des rapports familiaux et les difficultés économiques chroniques frappant des couches entières de la population constituaient un creuset favorables aux mariages destinés à conserver, voire à accroître le patrimoine familial². Dès lors, la plus grande docilité naturelle des enfants, surtout lorsqu'ils ont été élevés dans le culte de l'obéissance absolue due au père, était le garant de l'opération matrimoniale destinée à assurer la prospérité du clan³. Cette docilité était encore renforcée par la plus forte proportion d'analphabétisme parmi les femmes, ces dernières formant ainsi un vivier d'épouses jeunes et peu éduquées, mariées de force à un homme plus âgé dont elles dépendaient entièrement⁴. C'est pourquoi la question des mariages forcés se recoupait intégralement avec celle des mariages d'enfants de sexe féminin et que les recherches dans ces deux domaines sont traditionnellement menées conjointement⁵.

² BORAN Perran/GÖKÇAY Gülbin/DEVECİOĞLU Esra/EREN Tijen, «Çocuk Gelinler », *Marmara Medical Journal*, n° 26, 2013, p. 60.

³ AYDEMİR Elvan, *Evlilik mi Evcilik mi? Erken ve Zorla Evlilikler Çocuk Gelinler*, USAK Rapor n° 11-08, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu/International Strategic Research Organization, Ankara, 2011.

⁴ Rapport de l'Assemblée nationale turque sur les mariages précoces, 2012. Ledit rapport peut être consulté sur http://sgb.aile.gov.tr/data/5434f321369dc31d48e42dc7/erken_yasta_evlilik_tbmm.pdf (lien consulté le 14 mai 2017).

⁵ Tel est le cas du rapport de l'Assemblée nationale turque auquel nous venons de nous référer.

Les changements sociaux de ces dernières années ont quelque peu diversifié le panorama des mariages forcés. Les mariages d'enfant, notamment de sexe féminin, demeurent une réalité sociale avec tous les risques de mariage forcé qu'ils comportent. Ainsi en 2013, une statistique officielle⁶ révèle que sur 3 136 003 femmes âgées de 15 à 19 ans, 196 766 déclaraient être mariées, 1 765 avoir déjà divorcé. Il est hautement probable qu'une portion non négligeables de ces mariages aient été des mariages forcés. Cela paraît d'autant plus probable lorsqu'on examine les statistiques de la population masculine. Il en ressort que parmi les hommes âgés de 15 à 19 ans, seuls 14 497 sur 3 306 601 déclaraient être mariés et 121 d'entre eux avoir divorcé. Le taux de conjugalité chez les femmes âgées de 15 à 19 ans est donc 13,6 fois plus élevé que chez les hommes du même âge⁷, ce qui témoigne de la persistance des schémas patriarcaux que nous venons d'évoquer.

La cruelle réalité des mariages forcés d'enfants de sexe féminin ne doit toutefois pas faire oublier qu'elle n'incarne pas à elle seule toute la problématique. Bien que moins concernés, les hommes ne sont pas entièrement épargnés, nous pouvons le deviner au vu des statistiques précitées. Par ailleurs, le mariage forcé d'adulte fait également partie des configurations possibles. On peut à cet égard mentionner le mariage blanc que la victime d'un réseau de prostitution est parfois contrainte de conclure avec un de ses bourreaux afin de régulariser son séjour au plan administratif.

II) L'APPREHENSION DU MARIAGE FORCE PAR LE DROIT PENAL TURC

Après cette présentation générale des conditions sociales conduisant à la conclusion de mariages forcés, nous pouvons envisager de manière plus claire l'approche juridique suivie au plan pénal. Un premier constat s'impose d'emblée. Il n'existe pas en droit turc de disposition du Code pénal

⁶ Qui peut être consultée dans la base de donnée démographique officielle: <http://rapory.tuik.gov.tr/01-05-2015-15:08:19-7321498191427581231506062627.html> (lien consulté le 14 mai 2017).

⁷ Voir la recherche sur la structure familiale en Turquie, disponible en anglais sur le site internet de la Direction générale des services familiaux et sociaux: <http://ailetoplum.aile.gov.tr/data/544f6ddd369dc328a057d01c/taya2013eng.pdf> (lien consulté le 14 mai 2017).

sanctionnant le mariage forcé. Cette circonstance a pour conséquence qu'il n'existe pas de définition communément admise du mariage forcé en droit turc et que les statistiques criminelles officielles ne le mentionnent pas⁸.

Cette relative invisibilité du mariage forcé en droit pénal turc ne signifie toutefois pas qu'il ne soit pas puni. Il faut pour cela envisager le mariage forcé comme un ensemble d'actes portant atteinte aux différents bien juridiques protégés⁹.

Le mariage forcé peut donc se définir comme une atteinte à la liberté de se marier de la victime, liberté qui est, entre autre, garantie par l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme, convention qui a été ratifiée par la Turquie¹⁰. Dans un premier temps, le mariage forcé peut donc être considéré comme une atteinte à l'ordre international. Il porte atteinte aussi à la liberté personnelle.

Sauf situation particulière, et difficilement envisageable en pratique, le mariage forcé entraînera pour sa victime l'imposition de relations sexuelles non consenties. C'est ainsi qu'un mariage forcé porte atteinte à l'intégrité sexuelle de sa victime.

Finalement, le mariage forcé, porte atteinte à l'ordre familial.

A) Atteinte à l'ordre international

a) Trafic d'être humain (article 80 du Code pénal turc)

Le trafic d'être humain est une infraction complexe impliquant soit qu'une personne est amenée en Turquie, enlevée ou emmenée hors du pays pour y être obligée de travailler, de se prostituer ou de faire le don de ses organes, en usant pour cela de la force, des menaces, de la ruse ou en abusant d'une fonction officielle.

⁸ EKİCİ ŞAHİN Meral, «Ceza Hukuku ve Zorla Evlendirme», **Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan**, vol. 1, Ankara Üniversitesi Yayınları n° 459, Ankara, 2015, p. 400.

⁹ SANCAR YALÇIN Tükan, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, p. 248.

¹⁰ Entrée en vigueur par la publication de la loi n° 6366 sur la confirmation de la ratification de la Convention européenne des droits de l'Homme dans le journal officiel n° 19895, du 18 mai 1954. La Turquie a reconnu la juridiction obligatoire de la Cour européenne des droits de l'Homme le 22 janvier 1990.

Le mariage forcé intervient fréquemment comme moyen de donner une apparence de légitimation à certaines activités s'inscrivant dans le cadre du trafic d'être humain, notamment la prostitution¹¹. C'est ainsi qu'il peut constituer l'un des éléments matériels de l'infraction visée à l'article 80 du Code pénal turc. On peut songer au cas, déjà évoqué, de la prostituée étrangère qui est contrainte de se marier pour régulariser sa situation au regard de la législation sur le séjour des étrangers ou de la victime d'un trafic d'organes à qui ont fait épouser un «*futur client*» dans le but de faire paraître le don d'organe plus naturel.

Il serait toutefois hâtif d'en déduire que tout mariage forcé constitue en soi une hypothèse de trafic d'être humain. Selon le texte même de la loi, le trafic d'être humain implique le travail forcé, la prostitution ou le don d'organe. En l'absence d'un tel élément, l'infraction n'est pas réalisée, même si la victime a été amenée contre son gré en Turquie et qu'elle est placée dans l'impossibilité de quitter le pays¹².

Le fait que la victime d'un mariage forcé doive par la suite accomplir certains travaux domestiques ou pourvoir à l'éducation des enfants qu'elle aura été contrainte de mettre au monde ne nous paraît pas susceptible de constituer un travail forcé au sens de l'article 80 du Code pénal turc, étant donné que la contribution à l'entretien du foyer et à l'éducation des enfants sont prévus par le code civil lui-même au titre des effets généraux du mariage¹³.

Au vu du libellé clair de l'article 37 alinéa 2 de la Convention d'Istanbul, l'approche restrictive suivie par le législateur dans l'incrimination du trafic d'être humain ne convainc guère. La Turquie s'est, en effet, engagée à incriminer spécialement le mariage forcé imposé à la suite d'un déplacement international involontaire.

B) Le mariage forcé comme atteinte à l'intégrité sexuelle

Sauf hypothèse relevant davantage de la spéculation théorique, la conclusion du mariage, fût-elle forcée, débouche nécessairement sur

¹¹ Cela se rencontrait tout particulièrement avant 2003, soit quand le mariage conférait automatiquement la nationalité turque à l'épouse qui en faisait la demande voir YENİDÜNYA Ahmet Caner, *İnsan Ticareti Suçu (TCK m. 80)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, p. 50

¹² EKİCİ ŞAHİN, p. 416.

¹³ Art. 185 al. 1 et 186 al. 3 du Code civil turc.

des relations sexuelles entre les deux époux. La nature particulière des relations entre les époux influe-t-elle sur la qualification pénale des relations sexuelles? C'est ce que nous allons voir en abordant les différentes infractions susceptibles d'être retenues. Il s'agit de l'agression sexuelle, des actes sexuels avec des enfants et des relations sexuelles avec un mineur.

a) L'agression sexuelle (article 102 du Code pénal turc)

L'agression sexuelle, telle que définie dans l'art. 102 du Code pénal turc, regroupe en son sein le viol et les autres agressions sexuelles. La pénétration sexuelle n'est conçue en droit turc que comme une circonstance aggravante de l'agression sexuelle. La peine est de deux à cinq ans de prison pour l'agression sexuelle dans sa forme la plus légère¹⁴, de cinq à dix ans si elle implique une atteinte à l'intégrité corporelle et de douze ans au moins en cas de pénétration¹⁵. Si la victime a subi des lésions corporelles, celles-ci font l'objet d'une peine qui vient s'additionner à celle prononcée pour le viol¹⁶ et si elle est plongée dans un état végétatif suite à l'agression sexuelle, la peine sera la perpétuité aggravée¹⁷. Des circonstances aggravantes particulières, énumérées à l'article 102 alinéa 3 du Code pénal, telles que l'utilisation d'une arme, la commission à plus de deux personnes, viennent renforcer l'arsenal répressif en conduisant à une augmentation de moitié de la peine.

A priori, la conclusion d'un mariage n'a aucune incidence sur la réalisation du délit d'agression sexuelle. L'agression sexuelle peut avoir lieu dans le cadre d'un mariage librement consenti, tout comme des relations sexuelles librement acceptées peuvent s'inscrire dans le cadre d'un mariage forcé, même si la réalité humaine veut que très souvent la consommation sous la contrainte d'un mariage suive la célébration forcée de celui-ci. En tout état de cause, les délits entourant la célébration du mariage forcé

¹⁴ Art. 102 al. 1 CP.

¹⁵ Art. 102 al. 2 CP.

¹⁶ Art. 102 al. 4 CP.

¹⁷ Art. 102 al. 5 CP. La perpétuité aggravée se définit comme une peine de prison à perpétuité dont le régime d'exécution est plus stricte que celui de la peine de perpétuité «simple», notamment en ce qui concerne la libération conditionnelle (art. 47 al. 1 ainsi art. 25 et 107 de la Loi sur l'exécution des peines et des mesures).

doivent être traités séparément de ceux portant sur d'éventuelles agressions sexuelles¹⁸.

L'indépendance au plan juridique de l'agression sexuelle et du mariage forcé ne signifie pas qu'il n'existe pas de liens entre eux. Ainsi, l'article 102 alinéa 2 du Code pénal turc dispose que l'agression sexuelle par voie de pénétration entre conjoints n'est poursuivie que sur plainte du lésé. Il est communément admis que le viol conjugal est, malgré la concision de la définition, une infraction séparée constituant un délit propre et que les autres agressions sexuelles que le viol ne sont pas punies entre conjoints¹⁹. Le viol conjugal ne pouvant être commis que par l'un des époux, les autres participants à la commission de celui-ci, on songe aux parents qui contraindraient leur enfant à subir l'acte sexuel, ne peuvent être punis qu'au titre de la complicité ou de l'instigation au sens de l'article 40 alinéa 2 du Code pénal. Les peines encourues ne sont pas nécessairement les mêmes que s'ils étaient considérés comme coauteurs. S'ils encourent en tant qu'instigateurs les mêmes peines que l'auteur principal²⁰, la peine est augmentée d'un tiers si l'auteur principal est leur enfant ou leur ascendant et qu'ils ont tiré profit de leur autorité familiale²¹. Pratiquement, cela signifie que les parents qui incitent leur fils à consommer par la force un mariage forcé sont passibles d'une peine plus élevée que l'auteur du délit lui-même. S'agissant de la complicité, la peine est, en revanche, réduite de moitié sans ne pouvoir dépasser, en aucune circonstance, huit ans²². Il est généralement

¹⁸ EKİCİ ŞAHİN, p. 421.

¹⁹ Voir ÇAKMUT YENERER Özlem, «Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunu'ndaki Konumu», *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016/1, p. 16; KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, p. 285; TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, p. 353; ÜNVER Yener, «Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar», *Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Sempozyumu*, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, s. 298. La jurisprudence va aussi en ce sens, v. récemment Y. (Cour de cassation) 14. CD, E. 2012/4276, K. 2014/1689, 13.02.2014 (www.kazanci.com.tr). Pour une autre approche voir TANER Fahri Gökçen, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, p.92-93.

²⁰ Art. 38 al. 1 CP.

²¹ Art. 38 al. 2 CP.

²² Art. 39 al. 1 CP.

admis qu'un complice peut participer à la commission d'un délit propre, lors même qu'il ne remplit pas les conditions pour être auteur principal²³.

Le fait qu'un mariage forcé soit nul²⁴ ne fait pas obstacle à sa prise en considération au plan pénal, en tout cas tant et aussi longtemps que la nullité n'a pas été déclarée par le juge civil²⁵. La question n'a pas encore été traitée par la jurisprudence, et c'est peut-être la preuve que les magistrats et les avocats considèrent qu'il s'agit d'une évidence. A supposer qu'un litige survienne en ce sens, il appartiendrait de toute façon à la victime de prendre l'initiative d'une action en nullité, la question ne nous semble pas pouvoir être jugée par la juridiction pénale. Bien que l'article 218 du Code de procédure pénale autorise les juridictions pénales à connaître, pour les besoins de la procédure, de toute autre question échappant en principe à leur juridiction, la jurisprudence se montre, en effet, restrictive²⁶.

b) Abus sexuel sur les enfants (article 103 du Code pénal turc)

L'article 103 du Code pénal turc traite de manière détaillée de toutes les possibilités d'infraction à l'intégrité sexuelle des enfants. On observera que si la victime est âgée de moins de quinze ans, son consentement n'est pas pris en compte. Les actes sexuels sont réprimés de la même manière que s'ils avaient été imposés par la violence²⁷. Pour les victimes âgées de plus de quinze ans, et dotées de la capacité de discernement, l'article 103 du Code pénal turc ne s'applique que si la victime n'a pas consenti à l'atteinte à l'intégrité sexuelle²⁸. En substance, le schéma suivi est le même que celui pour les adultes à l'article 102, les peines étant toutefois alourdies.

Il convient de noter que l'alinéa 2 de l'art. 103, qui prévoyait d'une peine d'emprisonnement d'au moins seize ans en cas de pénétration ou d'insertion de toute sorte d'objet lors d'une agression sexuelle sur mineur, a été annulé par la Cour Constitutionnelle par un arrêt du 12 novembre 2015 au motif que

²³ EVİK Vesile Sonay, *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, Oniki Levha Yayincılık, İstanbul, 2011. p. 329.

²⁴ Art. 151 du Code civil turc.

²⁵ EKİCİ ŞAHİN, p. 420-421.

²⁶ Voir ci-après.

²⁷ Art. 103 al. 1 litt. a CP.

²⁸ Art. 103 al. 1 litt. b CP.

la peine ne tient pas compte de l'âge de la victime est disproportionnée²⁹. Un arrêt subséquent, du 26 mai 2016, a infligé le même sort à plusieurs phrases du premier alinéa, pour des raisons similaires³⁰. En novembre 2016, le législateur a réécrit les deux dispositions en laissant subsister pour l'essentiel les disposition critiquées, tout en prévoyant une aggravation automatique de la peine lorsque la victime est âgée de moins de douze ans.

L'application de l'art. 103 du Code pénal en cas de mariage forcé d'un mineur ne va pas sans poser certains problèmes. La première concerne la qualité d'« *enfant* ». Le Code civil turc prévoit, en effet, qu'un mineur âgé de plus quinze ans peut être émancipé à sa demande par décision de justice³¹. Possible dès l'âge de dix-sept ans, voire seize moyennant autorisation de justice pour juste motif, le mariage est pourvu d'un effet émancipatoire³². Une personne âgée de moins de dix-huit ans mariée, ou émancipée, constitue-t-elle toujours un enfant au sens du Code pénal? La législation ne répond pas clairement à la question, tout en se bornant à indiquer que toute personne de moins de dix-huit ans est mineure au sens du Code pénal³³. La doctrine considère que l'émancipation de l'enfant n'a pas d'impact du point de vue du droit pénal. Jusqu'à l'âge de 18 ans révolu, l'enfant émancipé demeurera un enfant au sens du code pénal et par voie de conséquence, l'art. 103 réprimant l'abus sexuel sur des enfants sera toujours applicable, notamment aux atteintes provenant de tiers autres que son conjoint³⁴. S'agissant en revanche de ce dernier, seules les dispositions relatives au viol conjugal sont applicables. Cela signifie que les relations librement consenties entre époux dont l'un d'eux est émancipé ne peuvent pas être qualifiées d'abus sexuels sur des enfants, même si la victime est âgée de moins de 18 ans³⁵. La seule peine susceptible de s'appliquer sera celle de

²⁹ Anayasa Mahkemesi, (Cour Constitutionnelle), E. 2015/26, K. 2015/100, 12.11.2015.

³⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 2015/108, K. 2016/46, 26.05.2016.

³¹ Art. 12 du Code civil turc.

³² Art. 11 al. 2 du Code civil turc.

³³ Art. 6 litt. b CP.

³⁴ Voir notamment TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, p. 373; TANER, p. 171; AKBULUT Berrin, «Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması», **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, n°19, 2013, pp.548-550.

³⁵ ÖZBEK Veli Özer/ DOĞAN Koray/BACAŞIZ Pınar/TEPE İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, p. 351.

l'art. 102 al. 2 du Code pénal, à conditions que les éléments constitutifs de l'infraction soient réunis, notamment l'existence d'un viol conjugal et la plainte de la victime³⁶.

Il arrive aussi fréquemment que pour écarter tout contrôle de la part des autorités au moment du mariage, les parents de la victime d'un mariage forcé s'emploient à faire modifier par décision de justice son état civil de manière à la faire passer pour majeur³⁷. Ce genre de «*procédures en falsification de l'état civil*» ne sont pas rares en pratique, ce qui s'explique et par le manque de fiabilité générale de l'état civil, surtout dans les campagnes, et par la complaisance de certains magistrats qui considèrent qu'ils n'ont pas à s'immiscer dans une affaire purement familiale. La juridiction pénale peut-elle relever la supercherie et, le cas échéant, constater l'âge réel de la victime ainsi que la nullité du mariage forcé? L'article 218 du Code de procédure pénale turc déclare que les juridictions répressives sont également compétentes pour connaître des questions relevant d'autres branches du droit et qui se posent à elle. La jurisprudence pose toutefois des limites à cette faculté. Un arrêt rendu par l'assemblée générale des chambres pénales de la Cour de cassation indique ainsi que la juridiction pénale ne peut pas vérifier elle-même si la victime d'un assassinat est bien la mère de l'auteur, une éventuelle action en rectification de l'état civil ou en constat de l'absence de lien de filiation devant être ouverte devant les juridictions civiles exclusivement³⁸. Un arrêt ultérieur a admis que la juridiction pénale se pose la question de l'âge réel de la victime, sans toutefois pouvoir ordonner la rectification de son état civil en l'absence de procédure se penchant sur la question de ses frères et sœurs³⁹. Au vu de ces éléments il ne nous paraît pas concevable que les juridictions pénales se prononcent sur la nullité du mariage d'un mineur, fût-il forcé. Rien ne s'oppose en revanche à ce que, pour les besoins de la répression, l'âge réel de la victime ne soit constaté sans que cela n'emporte modification de son état civil.

³⁶ TANER, p. 171 et les arrêts de la Cour de cassation dans le même sens.

³⁷ La rectification de l'état civil sur décision de justice est prévue à l'article 39 du Code civil turc.

³⁸ YCGK, E. 2006/1-341, K. 2007/118, 29.05.2007 (www.kazanci.com.tr).

³⁹ YCGK, E. 2007/5-239, K. 2008/86, 15.04.2008. (www.kazanci.com.tr).

c) Relation sexuelle avec un mineur (article 104 du Code pénal turc)

Le délit de relations sexuelles avec un mineur est constitué lorsqu'une personne entretient une relation sexuelle librement consentie avec un mineur de moins de dix-huit ans en vertu de l'art. 104 du Code pénal turc⁴⁰. Contrairement à la majorité des pays européens, la Turquie n'a pas choisi de fixer l'âge de la «majorité sexuelle» plus tôt que la majorité civile.

Se pose alors la question des mineurs mariés, étant donné que le code civil turc autorise leur mariage, mariage qui pose fréquemment la question du mariage forcé. Peut-on poursuivre leur époux si le mariage est consommé avec leur consentement? Même si la question peut paraître surprenante, si ce n'est légèrement absurde, le mariage forcé se traduisant généralement par des actes sexuels contraints, elle n'est pas dépourvue de toute justification. Faute de preuves indiscutables de la violence sexuelle, surtout lorsque la victime accepte de guerre lasse les relations intimes, il serait envisageable d'avoir recours à cette disposition.

On observera, à titre liminaire, que cette question aurait dû être tranchée par le législateur dont le silence est très regrettable. En l'absence de jurisprudence établie, la doctrine admet généralement que le mariage confère le droit d'entretenir des relations sexuelles constituant un fait justificatif au sens de l'article 26 alinéa 1 du Code pénal turc⁴¹. Le délit de relation sexuelle avec un mineur ne peut donc être utilisé dans le cadre de la lutte contre les mariages forcés.

C) Le mariage forcé comme atteinte à la liberté personnelle

Le mariage forcé est avant tout un acte de contrainte qu'un futur époux, ou une famille, exerce sur une personne. Cette contrainte peut prendre la forme d'un mariage non désiré, que soit sur le principe ou en ce qui concerne l'identité de l'époux, mais elle peut aussi se matérialiser par la poursuite d'une

⁴⁰ A ce propos voir, MEMİŞ KARTAL Pınar, «Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m. 104)», **Özel Ceza Hukuku II, Kişilere Karşı Suçlar (I)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, pp. 537-554.

⁴¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, p.374; TEZCAN/ERDEM/ ÖNOK, p. 379. Pour une autre approche voir ÜNVER Yener; "Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisi Olarak İncelenmesi", **II. Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, p. 46-47.

union à laquelle on souhaite mettre fin. Dans ce contexte, trois infractions peuvent être réalisées: la menace, la contrainte ainsi que l'enlèvement et séquestration.

a) La menace (article 106 du Code pénal turc)

L'infraction de menace est définie à l'article 106 alinéa 1 du Code pénal turc. L'incrimination est opérée en deux temps, selon la gravité de la menace. Tout d'abord, le fait de «*menacer de porter atteinte à la vie, l'intégrité corporelle ou l'intégrité sexuelle d'un individu ou de ses proches*» est réprimé de six mois à deux ans d'emprisonnement ainsi que d'une amende. Ensuite, la menace d'un dommage infligé aux biens ainsi que d'un «*simple acte de méchanceté*»⁴² est punie, sur plainte de la victime, de six mois d'emprisonnement et d'une amende. Dans le contexte qui nous intéresse, il est plus probable que la première hypothèse soit réalisée.

L'infraction de menace est intimement liée à l'existence des mariages forcés⁴³. Il s'agit généralement du moyen le plus efficace d'extorquer le consentement de la victime. Ainsi, la menace de tuer la victime si elle ne consent pas au mariage ou de l'enlever⁴⁴ réalise le délit. De la même manière, le fait de menacer l'épouse souhaitant divorcer de la tuer par balle ou de la défigurer avec de l'acide⁴⁵ ou encore «*de lui briser les jambes si elle s'enfuit à nouveau du domicile conjugal*»⁴⁶ constitue également une menace pénalement répréhensible. Est controversée la question de savoir si la menace de faire usage d'un droit légitime est pénalement répréhensible, tel est le cas, par exemple, si l'auteur menace de dénoncer des délits commis par la victime au cas où celle-ci refuserait de l'épouser⁴⁷. Notons toutefois

⁴² La doctrine admet que cela signifie une atteinte à tous les biens juridiques protégés, voir à ce propos YILDIZ Ali Kemal, «Tehdit, Santaj ve Cebir, Suçları », Hilgendorf, E., Ünver, Y. (éd), **Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku-Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan**, vol. III, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul, 2010, p. 484.

⁴³ EKİCİ ŞAHİN, p. 412.

⁴⁴ Y. 4. CD, E. 2009/19649, K. 2011/20252; 02.11/2011; Y. 4. CD, E.: 2008/17166, K. 2010/16421, 11.10.2010 (www.kazanci.com.tr).

⁴⁵ Y. 4. CD, E. 2002/7394, K. 2002/7882, 06.05.2002 (www.kazanci.com.tr).

⁴⁶ Y. 4. CD, E. 2001/5318, K. 2001/6054, 28.05.2001 (www.kazanci.com.tr).

⁴⁷ ÜZÜLMEZ İlhan, **Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 82-83.

que des menaces sans grande importance, et qui de ce fait ne sont pas de nature à effrayer objectivement la victime, ne sauraient avoir de connotation pénale⁴⁸, le tribunal devant toutefois tenir compte de l'âge et de l'expérience de la victime *in concreto* avant d'en juger⁴⁹. Un adolescent est susceptible d'être plus facilement impressionné qu'un adulte.

Même si généralement la menace est assortie d'une exigence particulière à l'égard de la victime, telle que la célébration du mariage ou l'abandon d'un projet de divorce, cette exigence ne constitue pas un élément constitutif de l'infraction. Il suffit que l'auteur menace de s'en prendre à la victime ou à ses proches sans même indiquer ce qu'il attend d'eux. Cette précision a toute son importance lorsque la contrainte en tant que telle ne procède pas d'un ordre intimé à la victime, mais d'un climat de terreur générale créé par l'auteur de l'infraction.

b) La contrainte (article 108 du Code pénal turc)

La contrainte au sens de l'article 108 du Code pénal turc réside dans le fait «*d'employer la violence dans le but de contraindre une personne à faire, ne pas faire ou laisser faire quelque chose*». La peine prévue est celle du délit de lésion corporelle augmentée d'un tiers à la moitié, soit de un an et quatre mois à un an et six mois.

S'il est difficile d'envisager la célébration d'un mariage où l'un des deux époux, voir les deux, fait l'objet de pressions au cours de la cérémonie elle-même, il est tout à fait possible que les actes de violence fondant la contrainte ait eu lieu avant celle-ci, tout en étant assortis de la menace, en elle-même répréhensible, qu'ils reprendraient immédiatement si la victime ne consentait pas au mariage. L'infraction est également constituée lorsque les actes de violences sont dirigés contre des tiers, notamment contre des proches. On peut ainsi imaginer la situation du père qui bat régulièrement son épouse, et par ailleurs mère de la victime du mariage forcé, afin de s'assurer le consentement de sa fille⁵⁰. De la même manière, le mari qui tente d'étrangler son épouse en public pour

⁴⁸ ARTUK M. Emin/GÖKÇEN Ahmet/YENİDÜNYA A. Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, p.271.

⁴⁹ EKİCİ ŞAHİN, p. 414.

⁵⁰ EKİCİ ŞAHİN, p. 415.

l'empêcher de quitter le domicile conjugal après l'introduction d'une action en divorce⁵¹.

c) Séquestration et enlèvement (article 109 du Code pénal turc)

Le délit de *séquestration et enlèvement* se définit comme le fait de «*priver de manière illégale une personne de la liberté d'aller à un endroit ou d'y rester*»⁵² et il est puni par l'emprisonnement de un à cinq ans. La peine passe de deux à sept ans si la privation de liberté a lieu en usant de la «*contrainte, menace ou ruse*»⁵³. A cela viennent s'ajouter diverses circonstances aggravantes spéciales, telles que l'emploi d'une arme⁵⁴, la participation de plusieurs personnes⁵⁵, certains liens de parenté⁵⁶ ou le fait que la victime soit un enfant ou une personne sans défense⁵⁷. La peine est augmentée de moitié si la séquestration poursuit un but sexuel⁵⁸, circonstance qui se retrouve lorsque l'enlèvement a pour but de forcer la victime à épouser son ravisseur. La présence de chaque circonstance aggravante a pour conséquence que la peine est doublée pour atteindre au maximum trente ans⁵⁹. Cette limite est rapidement atteinte lorsque l'enlèvement se fait à plusieurs, moyennant l'usage d'une arme et que la victime est l'épouse ou la sœur de l'auteur.

La jurisprudence révèle quelques condamnations pour séquestration et enlèvement en lien avec un mariage forcé. Cela s'explique surtout par le fait que dans une société patriarcale, les femmes n'ont pas de place dans l'espace public et que les priver de leur liberté d'aller et venir constitue un des moyens de s'assurer la soumission de celles qui souhaiteraient aller à l'encontre de ce principe. Une femme peut être privée de sa liberté parce qu'elle refuse de se marier, ou parce qu'elle souhaite mettre fin à une union conjugale qu'elle n'a

⁵¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, p. 472.

⁵² Art. 109 al. 1 CP.

⁵³ Art. 109 al. 2 CP.

⁵⁴ Art. 109 al. 3 litt. a CP.

⁵⁵ Art. 109 al. 3 litt. b CP.

⁵⁶ Art. 109 al. 3 litt. e CP; il s'agit de la présence d'un lien de parenté en ligne directe et de la qualité de conjoint.

⁵⁷ Art. 109 al. 3 litt. f CP.

⁵⁸ Art. 109 al. 4 CP.

⁵⁹ Art. 61 al. 7 CP.

pas souhaité. C'est ainsi qu'un arrêt rendu en assemblée générale des chambres criminelles de la Cour de cassation confirme la réalisation du délit lorsque l'époux ramène de force son épouse à la maison et la tient enfermée pendant un jour et demi⁶⁰. Les tribunaux sont malheureusement confrontés à la pratique de l'enlèvement des épouses, qu'on rencontre aussi dans les pays d'Asie centrale, pratique qui est punie au titre de la séquestration et enlèvement⁶¹.

S'agissant de victimes mineures d'un mariage forcé, la jurisprudence exclut que leur consentement soit pris en compte lorsqu'elles sont âgées de moins de quinze ans, sans toutefois que la circonstance aggravante de la minorité ne puisse entrer en ligne de compte. A en croire un arrêt récent adopté par l'assemblée générale des chambres criminelles de la Cour de cassation, le mariage d'un enfant de moins de quinze ans constituerait systématiquement le délit de séquestration et enlèvement⁶². Un arrêt rendu quelques jours plus tard par la quatorzième chambre de la Cour de cassation acquitte toutefois de ce délit une personne accusée d'avoir incité une mineure à s'enfuir avec lui en vue du mariage, sous prétexte que la victime l'a suivi de son plein gré⁶³. Etant donné que l'arrêt en question ne mentionne pas l'âge de cette dernière, il est impossible de savoir si on se trouve en présence d'une remise en cause de la jurisprudence précitée, ou si les circonstances factuelles étaient différentes.

C. Le mariage forcé comme atteinte à l'ordre à la société

Le problème des mariages forcés ne porte pas atteinte aux seuls biens juridiques individuels, mais constitue également une atteinte à la société dans son ensemble. Parmi les différentes infractions qui peuvent être envisagées dans ce contexte, on songera plus particulièrement au *trafic d'être humain*, aux *mauvais traitements* et à la *soustraction de mineur*.

a) Mauvais traitements (article 232 du Code pénal turc)

Les «*mauvais traitements*» constituent une infraction en lien avec la communauté domestique, car elle implique que l'auteur et la victime

⁶⁰ YCGK, E. 1984/8-339, K. 1985/227, 22.04.1985. (www.kazanci.com.tr)

⁶¹ Y. 8. CD, E. 2001/14523, K.: 2002/916, 31.01.2002. (www.kazanci.com.tr)

⁶² YCGK, E. 2013/14-511, K. 2013/449, 12.11.2013. (www.kazanci.com.tr)

⁶³ Y. 14. CD, E. 2011/15673, K. 2013/11409, 12.11.2013. (www.kazanci.com.tr)

cohabitent. Dans le contexte du mariage forcé, on peut imaginer que les mauvais traitements soient infligés en vue de la conclusion du mariage, par les parents ou les proches de la victime, ainsi qu'après la conclusion de celui-ci par le conjoint.

Bien que le concept de «*mauvais traitement*» ne soit pas défini de manière précise par le texte légal, (article 232 du Code pénal turc) ce qui peut poser un problème au regard du principe de légalité, il est généralement admis que les actes commis doivent atteindre un certain seuil de gravité pour entrer en ligne de compte⁶⁴.

Si les mauvais traitements infligés constituent une autre infraction, tels que les menaces, la contrainte, les injures ou les lésions corporelles, l'auteur sera puni au titre de ces seules infractions⁶⁵. L'incrimination des mauvais traitements est donc amenée à jouer un rôle purement subsidiaire en matière de répression des mariages forcés.

b) Soustraction de mineurs (article 234 alinéa 3 du Code pénal turc)

La soustraction de mineur consiste à héberger, sans avertir le représentant légal, un mineur qui a fui le domicile familial. Cette infraction se distingue de la séquestration et enlèvement en ce que le mineur consent ou souhaite même sa présence hors de son domicile. Sachant que le consentement d'un mineur de quinze ans n'a aucune portée, l'infraction ne peut être envisagée que pour les mineurs dont l'âge se situe entre quinze et dix-huit ans⁶⁶.

En l'absence de contrainte directe exercée contre la personne mineur, l'infraction paraît s'insérer difficilement dans le cadre de la conclusion d'un mariage forcé. Elle nous paraît toutefois pertinentes lorsque le projet de mariage forcé est le fait de personnes autres que les parents. En effet, la contrainte, condition de la réalisation de l'infraction de séquestration, est parfois difficile à prouver, notamment lorsque le processus menant au mariage forcé est arrêté à un stade précoce. Il se peut ainsi que le séjour du

⁶⁴ NUHOĞLU Ayşe, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, p.110-111; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, p.276; ÖZBEK /DOĞAN /BACAŞIZ/TEPE, p. 895.

⁶⁵ NUHOĞLU, p.116ss.

⁶⁶ GÜLŞEN Recep, «Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)», **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, n°71, 2013, p.600.

mineur en dehors du domicile familial et à l'insu de ses parents constitue une première étape destinée à le couper de ses repaires afin de le rendre plus maléable, sans toutefois qu'on puisse déjà parler de contrainte.

Conclusion

Parvenu à ce stade de notre examen, nous pouvons constater que le mariage forcé, surtout dans les formes rencontrées en Turquie, est susceptible de réaliser plusieurs infractions, certaines étant sévèrement réprimées par le code pénal turc. On songe en particulier, sur ce point, aux menaces ou à la séquestration et enlèvement. Par ailleurs, le code pénal turc ne connaît pas de régime particulier en matière de concours réel d'infraction, silence qui se traduit dans la jurisprudence par un cumul des peines infligées sans limite maximale. Pour peu qu'un mariage forcé puisse être décomposé en une succession d'infractions différentes et suffisamment indépendantes les unes des autres pour que le concours idéal puisse être écarté⁶⁷, la peine infligée aux auteurs pourrait sans difficulté dépasser les vingt ans.

Il n'empêche que la multiplicité des incriminations ne garantit pas leur coordination et il est parfaitement envisageable que des lacunes puissent apparaître, laissant les autorités de poursuite démunies face à certaines situations, notamment lorsque le projet de mariage forcé a été interrompu à un stade extrêmement précoce. C'est pour cette raison, notamment, que la doctrine se prononce en faveur d'une incrimination séparée sur le modèle de ce qui se rencontre en droit allemand⁶⁸. Cela semble d'autant plus se justifier que le code pénal turc incrimine déjà séparément le mariage obtenu par les machinations ou la fraude (Art. 230 al. 3 CP)⁶⁹.

⁶⁷ Auquel cas, la punition serait encourue seulement au titre de l'infraction la plus grave: art. 44 CP.

⁶⁸ EKİCİ ŞAHİN, 2015, p. 427.

⁶⁹ Voir à ce propos NUHOĞLU, s. 35ss.

BIBLIOGRAPHIE

- AKBULUT Berrin, «Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması», **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, n°19, 2013, pp.541-586.
- ARTUK M. Emin/GÖKÇEN Ahmet/YENİDÜNYA A. Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- AYDEMİR Elvan, **Evlilik mi Evcilik mi? Erken ve Zorla Evlilikler Çocuk Gelinler**, USAK Rapor No: 11-08, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu / International Strategic Research Organization, Ankara, 2011.
- BORAN Perran/GÖKÇAY Gülbin/DEVECİOĞLU Esra/EREN Tijen, «Çocuk Gelinler», **Marmara Medical Journal**, 26/2013, pp.58-62.
- ÇAKMUT YENERER Özlem, «Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunu'ndaki Konumu», **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016/1, pp. 3-21.
- EKİCİ ŞAHİN Meral, «Ceza Hukuku ve Zorla Evlendirme» **Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan**, vol. 1, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2015, pp. 395-431.
- Erken Yaşta Evlilikler Hakkında İnceleme Yapılmasına Dair TBMM Raporu, (Rapport de l'Assemblée nationale turque sur les mariages précoces) http://sgb.aile.gov.tr/data/5434f321369dc31d48e42dc7/erken_yasta_evlilik_tbmm.pdf
- EVİK Vesile Sonay, **Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.
- GÜLŞEN Recep, «Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234)», **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, n°71, 2013, pp.589-605.
- KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. Baskı Adalet Yayınları, Ankara, 2016.
- MEMİŞ KARTAL Pınar, «Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m. 104) », **Özel Ceza Hukuku II, Kişilere Karşı Suçlar (1)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, pp. 537-554.
- NUHOĞLU Ayşe, **Aile Düzenine Karşı Suçlar**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.

- ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- SANCAR YALÇIN Türkan, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- TANER Fahri Gökçen, **Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- ÜNVER Yener, «Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar», **Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul 2008, pp. 294-342.
- ÜNVER Yener; «Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi», **II. Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, pp.13-58.
- ÜZÜLMEZ İlhan, **Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- YENİDÜNYA Ahmet Caner, **İnsan Ticareti Suçu (TCK m. 80)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- YILDIZ Ali Kemal, «Tehdit, Santaj ve Cebir, Suçları», Hilgendorf, E., Ünver, Y. (Ed), **Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku-Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan**, vol. III, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi, 2010, pp. 475-526.

Les aspects institutionnels du dispositif antidumping turc: une analyse critique et une proposition de r  forme

Dr. Müslüm YILMAZ *

  z: Türk anti-damping soruşturma makamı Ekonomi Bakanlığı İthalat Genel Müdürlüęü d  r. Anti-damping soruşturmalarını yürüten bu Genel M  d  rl  kt  r. Ancak, bu soru  turmalaradaki karar alma sürecinde önemli rol oynayan iki organ daha bulunmaktadır: İthalatta Haksız Rekabeti Değerlendirme Kurulu ve Ekonomi Bakanı. Hali hazırda, soruşturma makamının yapısı ve soru  turmalaradaki karar alma süreci Türk sanayiinin ihtiyaçlarına cevap verememektedir ve değişmelidir. Bu çalışmada, daha şeffaf ve etkili bir anti-damping sisteminin oluşturulması amacıyla, hem soruşturma makamının yapısında hem de karar alma sürecinde değişiklikler yapılmasını öneriyoruz.

Anahtar Kelimeler: Damping; anti-damping; İthalatta Haksız Rekabeti Değerlendirme Kurulu; Ekonomi Bakanlığı; İthalat Genel Müdürlüęü

Institutional Aspects of the Turkish Anti-dumping System: A Critical Assessment and a Reform Proposal

Abstract: The Turkish investigating authority for anti-dumping investigations is the Directorate-General for Imports at the Ministry of Economy. It is this Directorate-General that conducts anti-dumping proceedings. As far as the decision-making process is concerned, there are two other actors that also play an important role, namely, the Board on the Prevention of Unfair Competition in Imports, and the Minister of Economy. Neither the structure of the investigating authority nor the decision-making

Makale gönderim tarihi: 07.02.2017. Makale kabul tarihi: 13.06.2017.

* Conseiller, Organisation mondiale du commerce, Division des affaires juridiques (muslum.yilmaz@wto.org). Les opinions exprim  es dans le présent article n'engagent que leur auteur et ne sont pas nécessairement repr  sentatives de celles de l'Organisation mondiale du commerce.

process responds to the needs of the Turkish industries. They therefore have to be modified. We propose to modify both the structure of the investigating authority and the decision-making process in a way that would create a more transparent and effective anti-dumping system.

Keywords: Dumping; anti-dumping; Board on the Prevention of Unfair Competition in Imports; Ministry of Economy; Directorate-General for Imports

Abréviations

Am. U. Int'l L. Rev.: American University International Law Review

art. : article

eds : editors

GO : Gazette officielle

ibid. : ibidem

KHK : Kanun Hükmünde Kararname

no. : numéro

op.cit. : opus citatum

p. : page

pp. : pages

s. : sayfa

vol. : volume

I. INTRODUCTION

Dans cet article, nous analysons les aspects institutionnels de l'antidumping en droit turc. Par les aspects institutionnels, nous entendons tant la place et la structure de l'autorité d'enquête antidumping (AE) turque que le processus de prise de décision qui gouverne les différentes procédures antidumping menées par l'AE. Le travail est présenté en deux parties. Après l'introduction, dans la première partie, nous expliquons la structure de l'AE et le processus de prise de décision dans les procédures antidumping. Puis, dans la deuxième partie, nous identifions les problèmes qui empêchent le système antidumping turc de fonctionner de façon productive et de servir son objectif final, à savoir aider les industries turques à faire face à la concurrence déloyale causée par les importations faisant l'objet d'un dumping. Suite à ces explications, nous proposons, dans la même partie, une réforme de ce système qui mènera à une efficacité et une transparence considérablement accrue. Le travail se termine avec nos conclusions.

Avant d'aborder la substance de notre travail, nous donnons, dans ce qui suit, des explications générales sur l'historique de l'antidumping en Turquie ainsi que l'usage de l'antidumping par la Turquie.

1. L'historique de l'antidumping en Turquie

Après avoir poursuivi une stratégie de développement tournée vers l'intérieur pendant 50 ans, la Turquie est passée en 1980 à une politique économique orientée vers l'extérieur. L'objectif de cette ouverture était l'intégration dans l'Europe.¹ Jusqu'en 1980, les gouvernements ont utilisé un mélange variable de mesures commerciales restrictives, comme des tarifs, d'autres droits douaniers et des surtaxes, des contingents, des interdictions d'importations, des arrhes et des contrôles de changes.² Pendant les années 1960-1970, une stratégie de développement basée sur le remplacement des importations a été poursuivie. Dans cette période, la Turquie affichait toutes les caractéristiques d'une économie réprimée. En raison du choc pétrolier, de l'inefficacité de cette politique orientée vers l'intérieur et du financement inflationniste des déficits publics, le déficit du compte courant a augmenté de façon considérable pendant les années 1970.³

1980 a été une année marquante en ce qui concerne la politique économique de la Turquie. Commenant avec les fameuses décisions du 24 Janvier 1980⁴, les gouvernements successifs ont pris une série de décisions

1 TOGAN Sübidey, "Turkey after Helsinki Economic Challenges", in HAKIMIAN Hassan / NUGENT Jeffrey B. (eds), **Trade Policy and Economic Integration in the Middle East and North Africa**, RoutledgeCurzon, London and New York 2004, p. 254.

2 OLGUN Hasan / TOGAN Sübidey, "Trade Liberalization and the Structure of Protection in Turkey in the 1980s A Quantitative Analysis", **Review of World Economics**, Vol. 127(1), 1991, p. 153.

3 TOGAN Sübidey, **Foreign Trade Regime and Trade Liberalization in Turkey During the 1980s**, Ashgate 1994, p. 5.

4 Les décisions du 24 Janvier 1980 avaient des objectifs de court terme et de long terme. Les objectifs de court terme étaient d'éliminer la crise économique que les programmes précédents n'étaient pas parvenus à arrêter, et d'assurer une stabilité économique, c'est-à-dire de surmonter la pénurie des devises, de baisser l'inflation et de pousser le taux de développement. Les objectifs de long terme consistaient à limiter le rôle de l'état dans l'économie, d'orienter le pays vers une économie de marché, de quitter le système de remplacement des importations et d'adopter une stratégie de développement basée sur l'incitation des exportations. ŞEN Ali, "24 Ocak Kararlarının Siyasal Ekonomisi: 1980'li Yıllardaki

ayant pour but d'ouvrir l'économie turque et de l'intégrer à l'économie mondiale. Ces décisions représentaient «un ensemble de la politique économique» contenant une série de mesures visant à mettre fin à l'instabilité économique causée par des facteurs externes, tels que le choc pétrolier, ainsi que des facteurs et des politiques internes.⁵ Le modèle de remplacement des importations a été abandonné pour une nouvelle politique de développement orientée vers les exportations.⁶ Le programme a commencé avec une dévaluation, suivie de mesures visant à la libéralisation des échanges et des marchés financiers.⁷ Les contingents ont été progressivement éliminés et les tarifs diminués de façon notable.⁸

Les résultats de cette ouverture économique étaient frappants. Vers la fin des années 1970, les importations vers la Turquie augmentaient de 2% par an tandis que les exportations diminuaient de 1%. Pourtant, entre 1979-1989, les importations ont augmenté de 10.4% par an et les exportations de 19.2%. Si l'on note que l'accroissement annuel du PNB était de 5%, il en résulte que le commerce extérieur est devenu nettement plus important pour l'économie turque pendant cette période.⁹

L'union douanière entre la Turquie et la Communauté européenne est entrée en vigueur le 1.1.1996 et a causé une baisse supplémentaire du niveau

Reformlar Sürecinin Ekonomik Gelişmeleri, İç ve Dış Siyasal Faktörlerle Etkileşimi”, **21. Yüzyıl Eşiğinde Türkiye’de Siyasal Hayat** içinde, II. Cilt, Editörler Selahattin Bakan, Adnan Küçük ve Ahmet Karadağ, Aktüel Yayınları, Bursa 2005, s. 1174.

⁵ KILIÇBAY Ahmet, **Türk Ekonomisi**, Türkiye İş Bankası Yayınları, 3. bası, Ankara 1991, s. 171.

⁶ DURA Cihan, **Türkiye Ekonomisi**, Erciyes Üniversitesi Yayınları No: 19, Kayseri 1991, s. 207.

⁷ KOTAN Zelal / SAYAN Serdar, “Price competition between Turkish and East Asian exports in the European Union market in the 1990s”, in HAKIMIAN Hassan / NUGENT Jeffrey B. (eds), **Trade Policy and Economic Integration in the Middle East and North Africa**, RoutledgeCurzon, London and New York 2004, pp. 120-121.

⁸ TOGAN Sübidey, **Foreign Trade Regime and Trade Liberalization in Turkey During the 1980s**, *op.cit.*, pp. 220-226.

⁹ DORNBUSH Rudiger, “The Case for Trade Liberalization in Developing Countries”, **The Journal of Economic Perspectives**, Vol. 6(1), 1992, p. 77. Selon une étude comparative faite par la Banque Mondiale, le programme de libéralisation de la Turquie était “majeur, forte et durable”. *Ibid.*

des tarifs appliqués par la Turquie.¹⁰ Le taux moyen des droits douaniers sur les produits industriels, qui était de 16% avant l'union douanière, est tombé à 4.8% après l'entrée en vigueur de celle-ci.¹¹

La doctrine montre une corrélation entre la libéralisation des échanges et l'incidence des initiations d'enquêtes antidumping par un pays. C'est-à-dire, le premier recours à l'antidumping est généralement précédé d'une période de libéralisation des échanges.¹² Le cas de la Turquie confirme cette

¹⁰ L'histoire des relations entre la Communauté économique européenne et la Turquie remonte à 1963 où la Turquie et la Communauté ont signé l'Accord d'Ankara établissant une association entre les deux parties, qui est entré en vigueur le 1er Décembre 1964. L'association prévue par l'accord d'Ankara comportait trois phases: la phase préparatoire, la phase de transition et la phase finale. La phase préparatoire devait normalement durer 5 ans avec une possibilité de prolongation en conformité avec le Protocole provisoire annexé à l'Accord d'Ankara. L'article 1.1 du Protocole provisoire, à son tour, envisageait la fin de la phase préparatoire et le début de la phase de transition à travers la signature d'un protocole additionnel entre les deux parties. Le Protocole additionnel a été signé en 1970 et est entré en vigueur le 1er Janvier 1973. Le préambule au Protocole précise que ses dispositions sont annexées à l'Accord d'Ankara. Le préambule souligne aussi le fait que l'objectif ultime de la phase transitoire est de mettre en place une union douanière entre la Turquie et la Communauté. Conformément à l'article 11 du Protocole additionnel, le processus conduisant à l'établissement de cette union douanière prendrait fin en 22 ans. Le Conseil d'association Turquie-CEE a marqué l'achèvement de cette période de 22-ans par l'adoption de la Décision no. 1/95 du 6 Mars 1995, qui a créé l'union douanière et qui a défini les principes sur lesquels celle-ci serait basée. Selon cette Décision, l'union douanière entre la Communauté et la Turquie est entrée en vigueur le 1er Janvier 1996. L'union douanière ne couvre que le commerce des produits industriels (article 2). Les produits agricoles ne relèvent pas du champ d'application de l'union douanière. À propos de l'utilisation des mesures correctives commerciales dans le cadre de l'union douanière entre la Turquie et la Communauté européenne, voir YILMAZ Müslüm, "Trade remedies under Turkish law", in KABAALIOGLU Halûk / OTT Andrea/ TATHAM Allan F. (eds), **EU and Turkey: Bridging the Differences**, Istanbul: Economic Development Foundation Publications, 2011, pp. 220-221.

¹¹ Ministère de l'économie de Turquie, http://www.ekonomi.gov.tr/portal/faces/home/disIliskiler/ab/ortaklik-iliskisi?_afLoop=88320046394270&_afWindowMode=0&_afWindowId=cexuh0nvf_563#!%40%40%3F_afWindowId%3Dcexuh0nvf_563%26_afLoop%3D88320046394270%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dcexuh0nvf_617 (dernière visite 6.2.2017).

¹² Par exemple, Prakash Narayanan démontre que l'Inde a intensifié son usage de l'antidumping suite au démantèlement des restrictions quantitatives et l'abaissement des tarifs. NARAYA-

proposition.¹³ C'est suite au mouvement de libéralisation des années 1980 que les industries nationales ont senti le besoin d'avoir un système de mesures correctives commerciales.¹⁴

La première initiative de mise en place d'une base juridique pour les mesures antidumping a été prise par l'adoption en 1989 de la Loi no. 3577 relative à la prévention de la concurrence déloyale à l'importation¹⁵, suivie de l'adoption du Décret¹⁶ et du Règlement¹⁷ portant le même titre.¹⁸

Cette première Législation était basée sur les règles du code antidumping du cycle de Tokyo. Après la signature de l'Accord sur l'OMC, il a fallu réviser la Législation afin d'incorporer les nouvelles disciplines convenues lors du cycle d'Turquie. En outre, l'article 12 de la Décision relative à l'union douanière exige que, en ce qui concerne la politique commerciale, la Turquie

NAN Prakash, "Anti-dumping in India—Present State and Future Prospects", **Journal of World Trade**, Vol. 40(6), 2006, pp. 1084-1086. Thomas J. Prusa / Li Yue ont étudié les expériences de neuf pays en développement (l'Argentine, le Brésil, la Colombie, l'Inde, le Mexique, le Pérou, l'Afrique du Sud, la Turquie et le Venezuela) et sont arrivés aux mêmes résultats. PRUSA Thomas J. / YUE Li, «Trade Liberalization, Tariff Overhang and Antidumping filings in Developing Countries», 2009, Preliminary Draft, https://www2.gwu.edu/~iiep/assets/docs/prusa_gwu_ad_conference.pdf (dernière visite 6.2.2017), pp. 5-36.

¹³ SADNI Jallab Mustapha / ABDELMALKI Lahsen, "Contribution au débat économique sur les pratiques antidumping: Une illustration théorique et empirique à partir du cas de la Turquie", **L'année sociale**, 2004, pp. 12-14.

¹⁴ Ceci est très bien expliqué dans l'exposé des motifs qu'a préparé le gouvernement de l'époque pour le projet de loi antidumping adoptée en 1989. TBMM Tutanak Dergisi, dönem: 18, cilt: 29, birleşim: 101, 14.6.1989, sıra sayısı: 258, s. 2-3.

¹⁵ Loi no. 3577 relative à la prévention de la concurrence déloyale à l'importation (GO, 1.7.1989, no. 20212).

¹⁶ Décret no. 89/14506 daté de 8.9.1989 relatif à la prévention de la concurrence déloyale à l'importation (GO, 27.9.1989, no. 20295).

¹⁷ Règlement relatif à la prévention de la concurrence déloyale à l'importation (GO, 27.9.1989, no. 20295).

La Législation comprenant ces trois instruments juridiques régit non seulement les enquêtes antidumping, mais aussi les enquêtes de mesures compensatoires.

¹⁸ Avant l'adoption de la Loi antidumping en 1989, la Loi sur les douanes contenait, dans son article 21.1, une disposition générale permettant au Conseil des ministres de prendre les mesures nécessaires pour contrer les pratiques d'autres pays, telles que l'octroi des primes ou un dumping, qui réduisaient l'effet des droits douaniers. GO, 1.8.1972, no. 14263. Cette disposition très courte et de caractère très général n'a jamais été mise en œuvre et aucune mesure antidumping n'a été prise sur cette base.

applique, dans ses échanges avec les pays tiers, «des dispositions ainsi que des mesures d'exécution substantiellement similaires à celles relatives à la politique commerciale de la Communauté [Européenne]». Cette disposition est suivie d'une liste des mesures de politique commerciale pertinentes qui cite, entre autres, le Règlement de la Communauté relatif à l'antidumping.¹⁹ Donc, dans la mesure où il y avait des dispositions dans la législation de la Communauté européenne qui ne figuraient pas dans l'Accord antidumping de l'OMC, la Turquie était censée incorporer ces dispositions dans sa Législation.²⁰

Un projet de loi a été préparé et transmis au Parlement, mais c'est seulement en 1999 que la loi no. 4412²¹ modifiant l'ancienne loi y a été approuvée. Après l'adoption de la nouvelle Loi, un nouveau Décret et Règlement ont été adoptés en 1999.²²

La Législation issue de la modification de 1999 est toujours en vigueur, même si elle a subi deux modifications substantives depuis.²³

2. L'usage de l'antidumping par la Turquie

Même si la Turquie a commencé sa pratique antidumping relativement tard, en comparaison avec d'autres membres de l'OMC, dans le temps, elle

¹⁹ Décision No: 1/95 du 6 Mars 1995 du Conseil d'association Turquie-CEE. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A21996D0213\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A21996D0213(01)) (dernière visite 6.2.2017).

²⁰ Le fait que l'objectif de l'amendement de 1999 était de se conformer aux exigences du nouvel Accord antidumping et aux règles de l'UE a aussi été souligné dans l'exposé des motifs préparé par le gouvernement pour la Loi no. 4412. TBMM Tutanak Dergisi, dönem: 21, cilt: 6, birleşim: 35, 20.7.1999, sıra sayısı: 41, s. 5.

²¹ Loi no. 4412 amendant la Loi no. 3577 relative à la prévention de la concurrence déloyale à l'importation (GO, 30.10.1999, no. 23861).

²² Décret no. 99/13482 daté de 20.10.1999 relatif à la prévention de la concurrence déloyale à l'importation (GO, 30.10.1999, no. 23861) et Règlement relatif à la prévention de la concurrence déloyale à l'importation (GO, 30.10.1999, no. 23861).

²³ Premièrement, en 2002, un article a été ajouté au Règlement au sujet de la constatation de dumping pour les entreprises des pays ENM. GO, 2.5.2002, no. 24743. En 2005, l'article 7(d) du Règlement portant sur le calcul de la valeur normale pour les entreprises des pays ENM a été modifié. GO, 12.1.2005, no. 25698. Deuxièmement, en 2005 et 2006, les dispositions du Décret et du Règlement portant sur les enquêtes anticcontournement ont été modifiées. Décret no. 2005/9840 daté de 27.12.2005 amendant le Décret relatif à la prévention de la concurrence déloyale à l'importation (GO, 31.12.2005, no. 26040 2bis). Pour la modification du Règlement, voir, GO, 26.1.2006, no. 26061.

est devenue un utilisateur fréquent de cet instrument. Selon les données de l'OMC, avec 196 enquêtes initiées pendant la période 1995-2015, la Turquie a été le dixième utilisateur le plus fréquent en ce qui concerne le nombre d'enquêtes initiées. Dans la même période, elle a imposé 170 mesures anti-dumping et a été le septième utilisateur le plus fréquent en ce qui concerne le nombre de mesures imposées. Le contraste entre ces deux figures démontre également que, durant cette période, le pourcentage des enquêtes menant à des mesures définitives a été supérieur dans le cas de la Turquie, en comparaison avec d'autres utilisateurs fréquents.²⁴

En ce qui concerne les secteurs impliqués par les 170 mesures adoptées entre 1993-2015, le secteur le plus protégé a été les plastiques/le caoutchouc qui a bénéficié de 28% des mesures. Le deuxième secteur le plus protégé par l'antidumping a été les textiles, avec 25% de mesures. Ces deux sont suivis par les métaux (16%), la machinerie (8%) et les produits chimiques (6%).

S'agissant des pays exportateurs impliqués par les mesures, la Chine est de loin le pays le plus ciblé, avec 39% des mesures visant ce pays. La Chine est suivie par la Turquie, l'Irak et le Vietnam, chacun représentant 6% de toutes les mesures. Ces pays sont suivis par l'Indonésie, la Thaïlande et la Malaisie. Il est important de noter que l'ensemble de ces pays, qui sont tous asiatiques, représentent 75% de toutes les mesures adoptées par la Turquie durant cette période.

II. LA STRUCTURE DE L'AE ET LE PROCESSUS DE PRISE DE DÉCISION

Notons d'emblée que l'AE antidumping turque est également chargée de mener les procédures de mesures compensatoires. Ainsi, les explications faites dans cette partie s'appliquent aussi auxdites procédures. Cependant, pour plus de commodité, nous appelons cette autorité «l'AE antidumping» dans cet article.

²⁴ À notre avis, ces chiffres sont peu surprenants étant donné la taille de l'économie turque. La Banque mondiale a classé la Turquie comme la 18^{ème} plus grande économie du monde en 2015. <http://databank.worldbank.org/data/download/GDP.pdf> (dernière visite 30.11.2016). Même s'il y a une certaine disparité, en ce sens que la Turquie occupe une place relativement élevée dans la liste des utilisateurs de l'antidumping, au vu de sa place dans la liste des grandes économies mondiales, cette disparité n'est pas très significative.

L'AE turque a été notifiée à l'OMC comme étant le Département des enquêtes en matière de dumping et de subventions de la Direction générale des importations du Ministère de l'économie.²⁵ Ce sont les fonctionnaires de ce Département qui mènent les enquêtes antidumping. Pourtant, comme la division des tâches parmi différents départements dans une direction générale peut varier selon les besoins, il serait plus logique de dire que la Direction générale des importations représente l'AE turque. D'ailleurs, dans les communiqués initiant des enquêtes ou imposant des mesures antidumping, il est toujours fait référence à la Direction générale des importations comme étant l'organisme qui mène les enquêtes.²⁶ Ainsi, dans cette étude, nous nous référerons à la Direction générale des importations comme l'AE turque.

Même si c'est la Direction générale qui mène les enquêtes, en ce qui concerne le processus de prise de décision, il y a aussi le Conseil de la concurrence déloyale à l'importation et le Ministre de l'économie qui jouent des rôles importants. Examinons maintenant les fonctions distinctes de ces trois organes dans le cadre d'une enquête antidumping.

1. La Direction Générale des Importations

Le Ministère de l'économie est chargé de la préparation et de la mise en œuvre de la politique du commerce extérieur du pays au sens général. Toutefois, les responsabilités de ce Ministère vont bien au-delà du commerce extérieur. Le Décret-loi établissant le Ministère de l'économie accorde à ce dernier des responsabilités assez étendues, non seulement sur le domaine du commerce extérieur, mais aussi concernant la promotion des investissements et des exportations, les services d'entrepreneuriat, ainsi que la promotion des investissements étrangers.²⁷ La Direction générale des importations est l'une des huit directions générales du Ministère, et le Département menant les enquêtes antidumping est l'un des neuf départements de la Direction générale.

²⁵ Voir, le document de l'OMC, G/ADP/N/14/Add.34, p. 26.

²⁶ Voir, par exemple, *tubes, tuyaux et profilés en acier inoxydable, soudés* (Chine, Taipei chinois), communiqué 2012/9, GO no. 28269, 19.4.2012 (ouverture), art. 6; *phtalate de dioctyle* (Roumanie), communiqué 2011/21, GO no. 28127, 29.11.2011 (mesures définitives), art. 1.

²⁷ Pour une liste complète des responsabilités accordées au Ministère de l'économie, voir Décret-loi KHK/637 daté de 3.6.2011 (GO, 8.6.2011, no. 27958bis), art. 2.

En ce qui concerne les enquêtes antidumping, l'article 5 de la Loi antidumping liste les fonctions de la Direction générale comme suit:

- a) Procéder sur demande ou, au besoin, de sa propre initiative à un examen préliminaire sur la base des renseignements et documents présentés ou de tous autres renseignements disponibles*

Le producteur national qui sent l'effet d'un dumping présumé contacte tout d'abord le département concerné dans la Direction générale pour expliquer les circonstances observées sur le marché et pour entendre les conseils d'un enquêteur. Puisque, en général, un tel producteur national ne connaît pas bien la procédure antidumping, l'enquêteur lui explique les conditions requises pour l'ouverture d'une enquête et pour l'imposition de mesures antidumping. Lors de cette rencontre, le producteur acquiert plus d'informations concernant la pratique dont il se plaint et poursuit la voie pertinente. Parfois, il devient clair que ce dont le producteur se plaint est une augmentation notable des importations du produit concerné, ce qui justifierait une enquête de sauvegarde plutôt qu'une enquête antidumping. Ou bien, le producteur remarque que son vrai problème est lié à son niveau de productivité et qu'il n'y a rien que l'État puisse faire en utilisant une mesure corrective commerciale.

Cette séance d'information est donc importante, car elle permet à l'AE d'analyser les plaintes potentielles et d'orienter vers d'autres voies juridiques les plaignants dont le problème ne provient pas d'un dumping. Lorsqu'il est clair qu'il y a un problème de dumping, l'enquêteur donnera au producteur national une copie du projet de plainte et expliquera les renseignements que le producteur devra présenter dans sa plainte.

Suite à la réception d'une plainte officielle, le chef de l'AE nommera un enquêteur qui s'occupera du dossier. Ce dernier conduira un examen préliminaire et préparera un rapport expliquant ses conclusions concernant le dumping, le dommage et le lien de causalité allégués.

- b) Recommander au Conseil l'ouverture ou la non-ouverture d'une enquête*

L'enquêteur chargé de l'affaire discutera ses constatations avec le chef du Département et finalisera le rapport d'examen préliminaire. Ce rapport sera accompagné d'une proposition par rapport à l'ouverture d'une enquête. Il sera ensuite présenté au Conseil pour une décision finale à ce propos.

c) Lorsqu'une enquête est ouverte, mener cette enquête et recommander les mesures à prendre au Conseil

Si le Conseil décide d'ouvrir une enquête, celle-ci sera menée par une équipe d'enquêteurs de la Direction générale. Cette équipe fera les constatations de dumping, de dommage et de lien de causalité, et les expliquera en détail dans son rapport final. Ce rapport, accompagné d'une proposition portant sur l'imposition des mesures, et si oui à quel niveau, sera présenté au Conseil.

La Loi n'est pas claire sur la question de savoir si cette fonction de la Direction générale ne concerne que l'imposition d'un droit antidumping ou si elle comprend aussi l'acceptation d'un engagement en matière de prix. Rappelons qu'une mesure antidumping peut prendre deux formes: l'imposition d'un droit antidumping ou bien l'acceptation d'un engagement en matière de prix. Ainsi, il faut interpréter cette disposition comme entendant aussi l'acceptation d'un engagement en matière de prix, car elle parle de «mesures». Donc, la Direction générale fera une recommandation au Conseil également dans les cas où il y a un engagement proposé par un exportateur étranger. La Direction générale pourra aussi recommander au Conseil qu'un engagement soit proposé à un exportateur étranger.

d) Remplir les fonctions de secrétariat du Conseil et toutes autres tâches que celui-ci lui assigne

Toutes les fonctions de secrétariat qu'exige la conduite d'une enquête sont remplies par la Direction générale. Par exemple, la Direction générale mène toute correspondance avec les parties intéressées, y compris la correspondance avec les missions diplomatiques à Ankara des pays exportateurs affectés par les enquêtes.

2. Le Conseil de la Concurrence Déloyale à l'importation

Le Conseil est l'organe principal dans le processus de prise de décision dans les procédures antidumping.²⁸ Toutes les décisions critiques, comme l'ouverture d'une enquête, l'imposition de mesures provisoires ou

²⁸ Il est intéressant de noter que le projet de loi original envoyé au Parlement en 1989 n'envisageait pas un tel Conseil dans le processus de prise de décision. Le Conseil a été ajouté dans la Commission de planification et de budget. Voir, TBMM Tutanak Dergisi, dönem: 18, cilt: 29, birleşim: 101, 14.6.1989, sıra sayısı: 258, s. 12.

définitives, proposition ou acceptation d'engagements en matière de prix, relèvent des pouvoirs du Conseil. La composition et les fonctions du Conseil sont stipulées à l'article 6 de la Loi.

A. La Composition du Conseil

Le Conseil est présidé par le Directeur Général des importations ou par le Directeur Général adjoint que celui-ci désignera. Composé des représentants de divers Ministères et de groupements professionnels, le Conseil est un organe de caractère interinstitutionnel. Il se compose de représentants du Ministère de l'agriculture et des affaires rurales²⁹, du Ministère de l'industrie et du commerce³⁰, du Sous-Secrétariat à la planification³¹, du Sous-Secrétariat aux douanes³², de l'Union des Chambres de commerce et d'industrie, et de l'Union des Chambres d'agriculture, ainsi que du chef du Département de la Direction générale des importations où l'enquête est menée. Donc, le chef des enquêteurs qui mènent les enquêtes assiste aussi aux réunions du Conseil, avec un vote, comme les autres membres du Conseil.

En pratique, la plupart du temps, c'est le Directeur Général adjoint des importations qui préside les réunions du Conseil, et non pas le Directeur Général lui-même.

B. Les Fonctions du Conseil

L'article 6 de la Loi énumère les fonctions du Conseil comme suit:

a) Décider s'il y a lieu d'ouvrir ou de suspendre une enquête

Le Conseil n'est pas tenu de suivre la proposition de la Direction générale concernant l'ouverture d'une enquête. Il peut décider d'ouvrir une

²⁹ À partir de 8.6.2011, le Ministère de l'agriculture et des affaires rurales est devenu le Ministère de l'alimentation, de l'agriculture et du bétail. Voir, le Décret-loi KHK/639 (GO, 8.6.2011, no. 27958bis).

³⁰ À partir de 8.6.2011, le Ministère de l'industrie et du commerce est devenu le Ministère de la science, de l'industrie et de la technologie. Voir, le Décret-loi KHK/635 (GO, 8.6.2011, no. 27958bis).

³¹ À partir de 8.6.2011, le Sous-Secrétariat à la planification est devenu le Ministère du développement. Voir, le Décret-loi KHK/641 (GO, 8.6.2011, no. 27958bis).

³² À partir du 8.6.2011, le Sous-Secrétariat aux douanes est devenu une partie du nouveau Ministère des douanes et du commerce. Voir, le Décret-loi KHK/640 (GO, 8.6.2011, no. 27958bis).

enquête malgré une proposition allant à l'encontre de cela par la Direction générale et *vice versa*. Donc, l'évaluation finale des éléments de preuve justifiant l'ouverture d'une enquête appartient au Conseil. De surcroît, cette décision n'exige pas d'approbation du Ministre.

La suspension de l'enquête est un acte entrepris suite à l'acceptation d'un engagement en matière de prix (Règlement, art. 29.3). Selon cette règle, en cas d'acceptation d'un engagement en matière de prix, l'enquête peut être suspendue. Dans ces cas-là, c'est au Conseil de prendre la décision portant sur la suspension.

- b) Soumettre à l'approbation du Ministère sa décision portant sur l'imposition de mesures provisoires lorsqu'il existe des éléments de preuve suffisants*

Le Conseil prend sa décision sur l'imposition d'une mesure provisoire sur la base du rapport présenté par la Direction générale, mais il n'est pas tenu de le suivre. Malgré un rapport s'y opposant de la part de la Direction générale, le Conseil peut décider d'imposer une mesure provisoire ou non. Pourtant, la décision du Conseil sur cet aspect n'est pas finale, elle sera soumise à l'approbation du Ministre.

- c) Évaluer les résultats de l'enquête, prendre les mesures nécessaires et soumettre à l'approbation du Ministère sa décision touchant les mesures définitives*

Comme dans le cas des mesures provisoires, le Conseil a le pouvoir de décider si une mesure définitive sera imposée à la fin de l'enquête ou pas, et ce, toujours indépendamment de la proposition de la Direction générale. La décision du Conseil devient ensuite une proposition à présenter au Ministre, et c'est ce dernier qui prend la décision finale à ce propos.

- d) Proposer des engagements au cours de l'enquête, décider s'il y a lieu d'accepter les engagements proposés et prendre les mesures nécessaires en cas de violation des engagements.*

Comme indiqué ci-dessus, un engagement est l'un des deux types de mesures antidumping, l'autre étant un droit antidumping. Donc, la Direction générale peut présenter au Conseil une proposition d'engagement faite

par un exportateur étranger, ou bien elle peut recommander au Conseil de proposer un engagement à un exportateur étranger. L'article 11 de la Loi stipule clairement qu'une proposition d'engagement ne peut être faite qu'à la décision du Conseil. Donc, la Direction générale ne peut pas faire une telle proposition sans qu'il n'y ait une décision du Conseil. Il est utile de rappeler que, en ce qui concerne la proposition d'un engagement ou l'acceptation d'un engagement proposé par un exportateur étranger, le Conseil a le dernier mot.

Ayant examiné les fonctions du Conseil énumérées à l'article 6 de la Loi, notons aussi une autre fonction qui ne figure pas dans cet article. Selon l'article 29 du Règlement, la clôture de l'enquête provient aussi des pouvoirs du Conseil. Cet article stipule comme suit:

«Clôture et suspension de l'enquête

Article 29 – Le Conseil clôt l'enquête lorsqu'elle le conduit à déterminer que les importations visées ne font pas l'objet d'un dumping ... ou qu'elles ne causent aucun dommage, ou que la marge de dumping ... ou le volume des importations est négligeable.

Le Conseil peut clore l'enquête lorsque la demande d'ouverture d'une enquête est retirée, ou que cette demande est devenue sans objet, ou que le plaignant ne coopère plus.»

Il ressort de ce texte que, lorsque l'AE constate qu'il n'y a pas de dumping ou de dommage, ou que la marge de dumping ou le volume des importations faisant l'objet de l'enquête est négligeable, le Conseil peut décider de clore l'enquête. Comme dans le cas d'une décision portant sur l'ouverture d'une enquête, la décision du Conseil pour la clôture d'une enquête, dans les circonstances précisées à l'article 29 du Règlement, ne nécessite pas d'approbation du Ministre.

C. Les Procédures de Travail du Conseil

Les procédures de travail du Conseil sont abordées à l'article 44 du Règlement. Le Conseil se réunit au besoin, sur convocation de son Président, c'est-à-dire le Directeur Général des importations. L'ordre du jour des réunions du Conseil est établi par la Direction générale et les documents pertinents sont transmis aux membres avant la réunion (art. 44.1).

Le quorum du Conseil est constitué par la majorité absolue. Si ce quorum n'est pas atteint à la première réunion, la réunion d'après se tient le jour ouvrable suivant sans quorum (art. 44.2). Pourtant cela ne s'est jamais produit. Le Conseil a toujours tenu ses réunions le jour indiqué dans la convocation de la Direction générale, sur la base du quorum requis.

Le Conseil se décide suivant la majorité des voix. En cas de partage des voix, celle du Président est décisive (art. 44.3). Les décisions du Conseil ne sont pas publiées mais, d'après nos connaissances, le Conseil a toujours décidé par consensus.

Si la nature des points à l'ordre du jour le justifie, le Président peut inviter à la réunion du Conseil des représentants d'universités et d'autres établissements compétents. Pourtant, de telles invitations seront seulement à des fins de consultation. Les invités n'ont pas le droit de voter (art. 44.4). Cependant, nous ne connaissons aucune enquête où le Conseil ait utilisé ce pouvoir.

La Loi ne permet pas aux membres du Conseil de participer aux réunions où les questions à l'ordre du jour pourraient causer un conflit d'intérêt. Ainsi, les membres dont il est établi qu'ils sont liés aux parties intéressées au sens de l'article 245 du Code de procédure civile³³ ne peuvent pas participer aux réunions qui concernent ces parties (art. 44.5).

Les membres du Conseil qui représentent des groupements professionnels ne doivent pas eux-mêmes produire, exporter ou importer le produit faisant l'objet de l'enquête, ni en faire le commerce d'une quelconque façon. Sinon, les dispositions du paragraphe 5 seront appliquées, c'est-à-dire que ces représentants ne seront pas autorisés à assister aux réunions dont l'ordre du jour contient de telles questions (art. 44.6). Le principe énoncé au paragraphe 6 de l'article 44 constitue une instance particulière d'application du principe général stipulé au paragraphe 5 en matière de conflit d'intérêt.

3. Le Ministre

Contrairement à la Direction générale et au Conseil, il n'y a aucun article dans la Législation qui regroupe, en une liste, les fonctions du Ministre

³³ La loi no. 6100 datée de 12.1.2011 (GO, 4.2.2011, no. 27836) a remplacé l'ancien Code de la procédure civile. Le contenu de l'ancien article 245 se trouve à l'article 248 du nouveau Code. Ainsi, nous proposons de modifier cette référence.

de l'économie dans les procédures antidumping. Ces fonctions sont plutôt citées dans diverses dispositions de la Législation, abordant différents aspects de ces procédures. Les fonctions du Ministre peuvent être regroupées en deux catégories, à savoir les fonctions portant sur des aspects substantiels des procédures antidumping et celles de caractère procédural.

À propos des aspects substantiels de l'enquête, le Ministre a deux pouvoirs, un portant sur l'imposition de mesures définitives et l'autre aux mesures provisoires. En ce qui concerne les mesures provisoires, l'article 6.3(b) de la Loi stipule que le Conseil doit soumettre à l'approbation du Ministre sa décision pour l'imposition d'une mesure provisoire. L'article 6.3(c) stipule que le Conseil doit soumettre à l'approbation du Ministre sa décision pour l'imposition d'une mesure définitive. Ainsi, un acte administratif concernant l'imposition d'une mesure provisoire ou définitive ne peut être complété que suite à l'approbation du Ministre.

Notons cependant qu'il y a encore deux autres dispositions dans la Loi qui portent sur l'imposition de droits provisoires et définitifs. L'article 12 répète que l'imposition d'une mesure provisoire nécessite une approbation ministérielle. Par contre, l'article 13 intitulé «mesures définitives» se lit comme suit:

«Article 13 – Lorsque, à la suite de l'enquête, il a été établi une détermination positive touchant les importations faisant l'objet d'un dumping ... et le dommage causé par elles, il est imposé, afin d'éliminer ce dommage, un droit antidumping ... définitif, soit d'un montant égal à la marge de dumping ... estimés par le Conseil et arrêtés définitivement par la sanction du Ministère, soit d'un montant ... moindres, suffisants pour faire disparaître ledit dommage.» (Soulignements ajoutés)

Lue hors de son contexte, cette disposition pourrait être interprétée comme nécessitant une approbation ministérielle pour la détermination de la marge de dumping. Mais cela n'est pas logique, car l'article 6.3(c) de la Loi stipule clairement que la fonction du Ministre est d'approuver la décision du Conseil pour l'imposition d'une mesure définitive, et non pas pour la marge de dumping. La marge de dumping est le résultat d'un calcul très technique et, par conséquent, le Ministre ne contrôle jamais les détails de ce calcul. Ce dernier est un politicien, et il prendra sa décision concernant l'imposition d'une mesure antidumping sur la base des considérations

politico-économiques. En pratique, le Ministre s'intéresse plutôt aux effets économiques de la mesure antidumping proposée et prend sa décision sur cette base-là. Ainsi, nous proposons une modification à l'article 13 de la Loi afin de supprimer la partie du texte de cet article exigeant une approbation ministérielle pour la détermination de la marge de dumping.

D'après ce que nous savons, jusqu'à aujourd'hui, tous les Ministres ont approuvé les propositions du Conseil au sujet de l'imposition et du niveau des mesures antidumping provisoires et définitives proposées par le Conseil. Il n'y a eu aucun rejet d'une proposition pour l'imposition d'une mesure ou concernant le niveau d'une mesure proposée.

Les fonctions du Ministre, qui sont de caractère procédural, concernent la publication des communiqués suite aux décisions prises par le Conseil. Cela n'est pas stipulé dans la Législation antidumping, mais en droit turc, les mémorandums transmettant, à la Gazette Officielle, les projets de communiqué issus d'un certain ministère sont signés par le ministre concerné. Dans le cadre d'une enquête antidumping, les décisions qui sont prises sans approbation ministérielle par le Conseil, et qui sont publiées dans la Gazette Officielle sous la forme d'un communiqué, sont celles portant sur l'initiation d'une enquête, sur l'acceptation d'un engagement en matière de prix et sur la clôture d'une enquête sans mesures. Même si ces décisions sont prises par le Conseil, sans l'approbation du Ministre, elles ne peuvent entrer en vigueur que suite à la publication, dans la Gazette officielle, d'un communiqué à cet effet. L'envoi d'un projet de communiqué à la Gazette officielle fait partie des pouvoirs du Ministre. Ainsi, en théorie, le Ministre peut bloquer une décision du Conseil faisant partie de cette catégorie en ne signant pas le mémorandum qui enverra le projet de communiqué pour une publication à la Gazette officielle. Par contre, à notre avis, le Ministre n'a pas un tel pouvoir juridique. Il doit respecter son obligation et signer le mémorandum transmettant la décision du Conseil pour une publication dans la Gazette officielle. Ne pas le faire engagerait la responsabilité du Ministre.

III. LE SYSTÈME ACTUEL RÉPOND-T-IL AUX BESOINS DE LA TURQUIE?

À notre avis, l'actuel système antidumping turc ne répond pas aux besoins des industries nationales et doit donc changer. Il souffre de deux problèmes, à savoir la place et la structure de l'AE, ainsi que le processus

de prise de décision. Dans ce chapitre, nous discuterons en détail ces deux faiblesses du système turc et proposerons de le réformer.

1. La Place et la Structure de l'AE

Comme souligné ci-dessus, l'AE turque est la Direction générale des importations au Ministère de l'économie. Actuellement, un seul des neuf départements de cette Direction générale s'occupe de la conduite des enquêtes antidumping. Au moment de rédiger cet article, ce Département a environ 15 enquêteurs, dont presque aucun n'a une expérience de plus de dix ans. Le nombre d'enquêteurs est resté entre 8 et 15 depuis 1995. Nous trouvons ces nombres bas au vu de la capacité des autorités d'enquêtes d'autres pays. Même s'il n'y a pas d'information publique à ce propos, nous savons, grâce à des sources informelles, que la taille des autorités d'enquêtes de certains pays en développement est nettement supérieure à celle de la Turquie. Par exemple, le Brésil a récemment augmenté la capacité de son AE de façon très importante en ouvrant plus de 100 nouveaux postes de travail.³⁴ Dans les pays développés, notamment aux États-Unis et dans l'Union européenne, il y a plusieurs dizaines, sinon centaines, de personnes qui travaillent dans l'AE.

Comment peut-on expliquer le fait que l'AE d'un pays qui a adopté sa première Législation antidumping en 1989, et qui est actuellement l'un des utilisateurs actifs de l'antidumping au niveau mondial, ait un nombre aussi bas d'enquêteurs? Est-ce par défaut? À notre avis, oui, car la place et la structure actuelle de l'AE n'aurait pu mener à aucun autre résultat.

Le Ministère de l'économie est l'une des institutions publiques les plus prestigieuses de la bureaucratie turque. Obtenir une position dans ce Ministère exige de passer des concours difficiles. Une fois au Ministère, un jeune fonctionnaire est affecté à l'une des huit directions générales, y compris la Direction générale des importations. Typiquement, les nouvelles recrues passent trois ans là où on les affecte premièrement, et sont ensuite envoyées à l'étranger, pour deux ans, pour faire des études approfondies sur le commerce international. Au retour, elles travaillent encore trois ans, en général dans les mêmes départements qu'avant, et sont ensuite affectées, pour quatre ans, comme conseiller commercial dans une ambassade turque

³⁴ Voir, par exemple, http://www.kslaw.com/imageserver/KSPublic/library/publication/2013articles/6-17-13_Dorn_Steel_First.pdf (dernière visite 6.2.2017).

à l'étranger. Quand ces fonctionnaires rentrent de leur mission à l'étranger, ils ont généralement tendance à rejoindre d'autres départements dans leur direction générale initiale, ou d'autres directions générales au Ministère afin d'atteindre leurs objectifs professionnels. Le système de promotions dans le gouvernement turc est plus vertical qu'horizontal. Cela pousse les fonctionnaires complétant plus ou moins dix ans de service à tenter d'accéder à des postes de gestion. Comme l'AE n'est qu'un département dans la Direction générale des importations, elle ne peut pas satisfaire les ambitions professionnelles de tous ses fonctionnaires. Donc, la plupart des enquêteurs expérimentés quittent l'AE pour des raisons de carrière. Cela est normal, car, s'ils restent à l'AE, ces fonctionnaires seront surpassés par leurs collègues dans d'autres départements du Ministère en termes de promotion verticale. Il est donc clair qu'avec sa structure actuelle, l'AE turque n'est pas en mesure de garder un fonctionnaire au-delà de 10-12 ans.

Cette situation a trois conséquences graves sur le dispositif antidumping turc. Premièrement, elle crée un gaspillage d'expertise. L'antidumping exige une expertise technique très importante, et celle-ci ne peut être acquise qu'après avoir mené un certain nombre d'enquêtes. L'AE turque perd ses enquêteurs expérimentés après 10-12 ans de service. Depuis 1995, pas moins que 20 enquêteurs expérimentés ont quitté l'AE afin de poursuivre leurs futurs plans professionnels ailleurs au Ministère ou bien en dehors du Ministère. Donc, la structure de l'AE doit être modifiée afin d'arrêter ce gaspillage important de ressources humaines.

Deuxièmement, la capacité technique qui résulte de la structure actuelle est loin de répondre aux besoins des industries nationales. Nous ne soutenons pas que la Turquie doive augmenter sa capacité antidumping afin d'utiliser cet outil d'une façon excessive. Pourtant, ceux qui gardent un œil sur la pratique antidumping en Turquie sont au courant du fait que la capacité limitée de l'AE l'oblige à rejeter certaines plaintes par des producteurs nationaux qui, dans d'autres circonstances, auraient pu mener à l'ouverture d'enquêtes.³⁵ Nous avons noté, dans l'introduction, que l'établissement de l'union douanière avec l'UE au début de l'année 1996 a amené des baisses significatives des droits douaniers appliqués par la Turquie sur les impor-

³⁵ Puisque la réception d'une plainte ne peut pas être rendue publique (Règlement, art. 20.7), il n'y a pas de renseignements officiels à propos des plaintes rejetées par l'AE.

tations des produits industriels. Quand, en plus de cette baisse de la protection tarifaire, les industries nationales font face à des importations faisant l'objet d'un dumping, cela les pousse à exiger une protection antidumping bien méritée.

Troisièmement, le nombre actuel d'enquêteurs n'est pas suffisant pour permettre à l'AE d'observer ses obligations juridiques dans la conduite de ses enquêtes. Cela conduit à commettre des erreurs juridiques en pratique. L'antidumping est un domaine dynamique. La jurisprudence de l'OMC, qui se développe de façon régulière, met la lumière sur diverses questions techniques et légales concernant les enquêtes. Il est indispensable pour toute AE de suivre cette jurisprudence afin de faire des ajustements nécessaires à sa pratique en temps utile. Avec ses ressources humaines actuelles, il est simplement impossible pour l'AE turque de pouvoir suivre la jurisprudence de l'OMC de manière régulière.

En plus des problèmes liés à la structure et à la taille de l'AE, à notre avis, le système de mesures correctives commerciales de la Turquie, au sens général, souffre également d'une fragmentation entre différents départements chargés des enquêtes. Mis à part le Département chargé des enquêtes antidumping, il y a dans la Direction générale des importations un département chargé des enquêtes de sauvegardes et un autre chargé des enquêtes anticontournement. La nature des enquêtes de sauvegardes est très similaire aux constatations de dommage dans une enquête antidumping. Donc, cette division de tâches n'est pas rentable du point de vue de la gestion des ressources. De même, il n'est pas logique de séparer du Département antidumping les fonctionnaires chargés des enquêtes anticontournement. Ce qui ajoute à la fragmentation de la capacité investigatrice de la Turquie est que la responsabilité de défense des intérêts des entreprises turques dans les enquêtes menées contre elles par les AE d'autres pays est accordée à la Direction générale des exportations au Ministère de l'économie³⁶, et non pas à la Direction générale des importations où se trouve l'expertise technique concernant ces enquêtes. Ceci ne représente pas la meilleure distribution de tâches parmi les différentes directions générales du Ministère de l'économie.

³⁶ L'article 2.c du Décret-loi KHK/637 établissant le Ministère de l'économie cite, entre autre, la prise des démarches nécessaires pour l'élimination ou l'assouplissement des mesures restrictives visant les produits d'exportations turcs, parmi les fonctions de la Direction générale des exportations.

Il faut donc aussi éliminer cette incohérence dans l'organisation du dispositif antidumping turc.

2. Le Processus de Prise de Décision

En plus des observations que nous avons présentées sur la structure de l'AE, nous soutenons que le processus de prise de décision actuel n'est pas idéal et doit être modifié. Plus spécifiquement, nous sommes d'avis que l'existence du Conseil n'ajoute rien d'important au processus de prise de décision étant donné que la Législation n'exige pas de considération d'intérêt public. Ainsi, nous proposons soit d'exclure le Conseil de ce processus, soit de le préserver mais en ajoutant à la Législation une clause d'intérêt public.

3. Une Proposition de Réforme Institutionnelle

Les désavantages émanant de la place et de la structure de l'AE, que nous avons expliqués ci-dessus, sont significatives et nécessitent, à notre avis, une réforme institutionnelle du dispositif antidumping turc. En fonction de la façon dont on modifiera la structure de l'AE, nous proposons aussi de changer le processus de prise de décision. Ainsi, la réforme que nous proposons a deux aspects: a) la place et la structure de l'AE; b) le processus de prise de décision, notamment la question de l'intérêt public et de la préservation du Conseil dans ce processus. Procédons maintenant à la discussion de ces deux aspects de notre proposition.

A. Où Placer l'AE?

Nos explications ci-dessus démontrent que le désavantage principal du système actuel est lié au fait que l'AE soit organisée comme un département à la Direction générale des importations du Ministère de l'économie. Ainsi, il sera bénéfique de changer la place de l'AE afin d'éviter les désavantages que nous avons identifiés. Dans ce qui suit, nous proposons trois options différentes à cet égard dans l'ordre de préférence.

À notre avis, la meilleure solution serait d'organiser l'AE comme un organisme gouvernemental indépendant. L'autonomie qu'accorderait un tel système permettrait à l'AE de déterminer ses besoins de ressources humaines et de préparer son budget selon ces besoins. Une AE avec des ressources humaines adéquates serait aussi en mesure de donner une formation continue à ses fonctionnaires, ce qui contribuerait considérablement à la qualité

des enquêtes menées par la Turquie. Le désavantage potentiel d'une telle modification serait le coût financier de créer un nouvel organisme gouvernemental. Néanmoins, nous estimons que les bénéfices qui en découleraient à long terme surpasseraient les coûts.

S'il n'est pas possible de créer un organisme indépendant, nous proposons de sortir l'AE du Ministère de l'économie et de l'attacher à l'Autorité de la concurrence (*Rekabet Kurumu*). L'Autorité de la concurrence est un organisme public indépendant chargée de la mise en œuvre de la Loi sur la concurrence.³⁷ Il se compose du Conseil de la concurrence, d'un Président et de fonctionnaires travaillant dans divers départements. La raison principale soutenant cette proposition est le fait que l'Autorité de la concurrence soit un organisme indépendant et que ses fonctions soient très similaires à celles de l'AE antidumping. La Loi sur la concurrence protège la concurrence sur le marché interne, tandis que la Législation antidumping vise à contrebalancer le dommage causé par le dumping, pratique considérée comme étant une sorte de pratique déloyale à l'importation. L'enquête de concurrence menée par l'Autorité de la concurrence est aussi similaire à l'enquête antidumping, même si leur substance est différente. L'autre avantage de placer l'antidumping dans l'Autorité de la concurrence est que, contrairement au Ministère de l'économie, les fonctionnaires de cette organisation restent toujours à Ankara et ne sont pas affectés aux missions diplomatiques à l'étranger.

Nous estimons qu'il sera politiquement difficile de procéder à l'une de ces deux propositions de réformes institutionnelles, puisque le Ministère de l'économie s'y opposera probablement. Ainsi, notre troisième proposition concerne un changement intérieur au Ministère de l'économie, qui serait plus facile à réaliser, et qui serait vraisemblablement aussi utile que nos deux premières propositions. Nous proposons de sortir l'AE antidumping, l'AE de sauvegarde, ainsi que le Département chargé des enquêtes anti-contournement, qui sont actuellement à la Direction générale des importations, et de les réorganiser, tous ensemble, comme une nouvelle direction générale au Ministère de l'économie. Nous proposons d'appeler cette dernière «la Direction générale des mesures correctives commerciales». Une telle réorganisation

³⁷ Pour des explications détaillées au sujet de la structure de l'Autorité de la concurrence, voir KARAYALÇIN Yaşar / İNAN Nurkut / ÖZ Gamze Aşcıoğlu, «Unfair Trade Practices», in ANSAY Tuğrul / SCHNEIDER Eric C. (eds), **Introduction to Turkish Business Law**, Kluwer Law International, 2001, pp. 117-118.

amènerait deux avantages. Premièrement, une direction générale permettrait d'embaucher beaucoup plus d'enquêteurs que le nombre actuel d'enquêteurs à la Direction générale des importations. Il n'y a pas de limite officielle au nombre de fonctionnaires qui peuvent travailler dans une direction générale; cela peut être dans les centaines, ce qui suffirait à l'AE. Deuxièmement, organiser l'AE comme une direction générale arrêterait le gaspillage de l'expertise technique de l'AE, car moins d'enquêteurs auraient tendance à quitter l'AE pour des fins professionnelles. Une direction générale aurait un poste de directeur général, deux ou trois postes de directeur général adjoint et plusieurs départements, ce qui veut dire que les objectifs professionnels de plusieurs fonctionnaires pourraient être atteints avec cette nouvelle structure.

L'organisation de cette nouvelle direction générale chargée des mesures correctives commerciales doit être faite de façon à obtenir le plus de productivité possible. À cette fin, nous proposons qu'il y ait, dans cette direction générale, deux départements chargés des calculs de dumping ou de subventionnement (dans le cas des enquêtes de mesures compensatoires), deux départements chargés des constatations de dommage pour les enquêtes antidumping et les enquêtes de mesures compensatoires, ainsi que pour la conduite des enquêtes de sauvegardes, un département chargé des enquêtes anti-contournement, un département chargé des affaires juridiques et un département chargé des relations internationales et de la formation continue. Cela permettrait d'avoir une structure interne décentralisée dans une AE qui est essentiellement unifiée. Pour compléter ça, et afin de renforcer le caractère interne décentralisé de cette nouvelle AE, il serait très utile de mettre en place un système de mobilité interne obligatoire pour permettre aux enquêteurs d'acquérir suffisamment d'expérience sur tous les aspects des enquêtes des trois mesures correctives commerciales. Par exemple, il faudrait changer le département d'un enquêteur toutes les trois années, pour qu'il ou elle se familiarise avec tous les aspects des enquêtes de mesures compensatoires pendant sa carrière dans cette nouvelle direction générale. Un tel système de mobilité obligatoire permettrait d'économiser les ressources et d'améliorer la productivité de l'AE à long terme.

Il reste opportun de noter que la création d'une nouvelle direction générale au Ministère de l'économie ne coûterait pas trop cher. Bien entendu, la création de nouveaux postes, tels que celui d'un directeur général, de directeurs généraux adjoints et de chefs de départements, impliquera une charge financière supplémentaire. Par contre, il n'y aura pas besoin d'embaucher

de nouveaux fonctionnaires pour les postes d'enquêteurs, car on pourra les transférer depuis d'autres directions générales du Ministère. Cela diminuera le coût total de la création de cette nouvelle direction générale.

En dernier lieu, nous proposons également que, pour n'importe laquelle des trois propositions de réforme expliquées ci-dessus, ce soit à l'AE turque que l'on donne la responsabilité de défendre les exportateurs turcs dans les enquêtes ouvertes contre eux par des pays tiers. Car c'est celle-ci, et non pas la Direction générale des exportations du Ministère de l'économie, qui possède le savoir-faire nécessaire pour défendre les intérêts des exportateurs turcs dans de telles enquêtes. Le système actuel n'est pas productif, en ce sens qu'il divise en deux la capacité technique du Ministère de l'économie dans le domaine des mesures correctives commerciales.

B. Quel Processus de Prise de Décision?

Les deux premières propositions que nous avons faites prévoient de séparer l'AE du Ministère de l'économie. Ainsi, elles nécessiteront un nouveau processus de prise de décision soit dans un nouvel organisme gouvernemental qui sera l'AE, soit dans l'Autorité de la concurrence. Par contre, si l'on choisit notre troisième proposition qui prévoit d'organiser l'AE comme une nouvelle direction générale au Ministère de l'économie, nous proposons également de modifier l'actuel processus de prise de décision afin de faire un meilleur usage du Conseil dans le système.

À notre avis, inclure un organisme dans un système antidumping, comme le Conseil dans le système turc, peut servir soit l'objectif de réexaminer les constatations faites par les enquêteurs dans les enquêtes, soit celui de considérer la question de savoir si l'imposition d'une mesure antidumping serait dans l'intérêt public. Le Conseil n'est pas composé de représentants des entités ayant une expertise technique sur l'antidumping sauf le chef du Département qui est à la tête de l'équipe menant l'enquête et qui contrôle et approuve le rapport et la proposition présentés par la Direction générale au Conseil.

Par conséquent, le Conseil n'est pas en position de faire un réexamen technique des constatations faites par l'AE. La seule fonction qu'il peut occuper est celle de déterminer si l'imposition d'une mesure antidumping serait dans l'intérêt public, et, lorsqu'il est décidé d'imposer une mesure, de déterminer le niveau de la mesure. Ainsi, nous proposons soit d'écarter

le Conseil du processus de prise de décision, soit de le préserver, mais en ajoutant à la Législation nationale une clause d'intérêt public pour la considération du Conseil. Si cette deuxième option est suivie, nous proposerons également de changer la composition du Conseil. À notre avis, la deuxième option est préférable à la première, car le système antidumping turc bénéficiera de l'introduction d'une clause d'intérêt public et d'un processus de prise de décision qui donne la responsabilité de mettre en œuvre cette clause à un Conseil composé de représentants des organismes qui seront directement affectés par une enquête donnée.

a. L'introduction d'une Clause d'intérêt Public

L'Accord antidumping permet l'imposition d'une mesure antidumping si l'AE constate qu'il y a un dumping, un dommage subi par la branche de production nationale produisant le produit similaire et un lien de causalité entre le dumping et le dommage. Il n'y a pas d'autres conditions de fond requises pour l'imposition d'une mesure. Par contre, on peut faire valoir que l'Accord contient certaines dispositions inspirées par une idée de proportionnalité dans l'imposition de mesures antidumping. Premièrement, il y a l'article 9.1 qui stipule que «le montant du droit antidumping ne dépassera pas la marge de dumping déterminée selon l'article 2.»

Deuxièmement, l'article 9.1 reflète le souhait des rédacteurs de l'Accord selon lequel «le droit [antidumping] soit moindre que la marge si ce droit moindre suffit à faire disparaître le dommage causé à la branche de production nationale.» Cette disposition concerne le principe dit de droit moindre, qui a pour objectif d'encourager une AE à considérer la question de savoir s'il suffirait d'imposer une mesure antidumping à un niveau en-dessous d'une marge de dumping calculée dans une enquête. Le principe du droit moindre est basé sur l'idée qu'une mesure antidumping ne doit pas dépasser le niveau du dommage causé par le dumping.

Troisièmement, il y a la notion de l'intérêt public.³⁸ L'intérêt public fonctionne comme une soupape de sécurité empêchant l'imposition

³⁸ Pour une étude approfondie de ces trois aspects du principe de proportionnalité incorporés dans l'Accord, voir KOTSIUBSKA, Viktoriia, "Public Interest Consideration in Domestic and International Anti-dumping Disciplines", **World Trade Institute**, MILE 11 Thesis, September 2011, http://www.wti.org/media/filer_public/82/63/82633863-36ea-42d8-9b8f-9d6a313b77c5/masters_thesis_viktoriia_kotsiubska.pdf (dernière visite 6.2.2017), pp. 9-10.

systématique d'une mesure dans les cas où une telle imposition causerait des effets défavorables sur d'autres secteurs de l'industrie.³⁹ Une considération de l'intérêt public exigerait que la mesure ne soit pas imposée, ou bien qu'elle soit imposée à un niveau réduit, si l'effet négatif de la mesure serait disproportionné en comparaison avec son effet positif. La deuxième phrase de l'article 9.1 de l'Accord stipule qu'il est souhaitable que l'imposition soit facultative, même si toutes les conditions de fond qui justifieraient l'imposition d'une mesure sont remplies. Donc, la préférence des rédacteurs de l'Accord semble être que les autorités du pays importateur aient le pouvoir de refuser d'imposer une mesure, même lorsque cela serait permis sous l'Accord. Cette disposition semble encourager l'application du principe de l'intérêt public. Dans ce sens, nous sommes d'avis que la notion d'intérêt public est liée au principe du droit moindre et au principe que l'imposition d'une mesure soit facultative, même si les conditions de fond sont remplies pour une imposition. En outre, il a également été soutenu, dans la doctrine, que l'obligation prévue à l'article 6.12 de l'Accord⁴⁰, selon laquelle il doit être accordé aux utilisateurs industriels ainsi qu'aux associations de consommateurs l'opportunité d'exprimer leur point de vue par rapport à une enquête, représente une sorte d'exigence de considérer l'intérêt public.⁴¹ Pourtant, l'Accord ne contient aucune disposition qui exige l'application du principe de l'intérêt public au sens strict.⁴²

³⁹ WELLHAUSEN Marc, "The Community Interest Test in Antidumping Proceedings of the European Union", 2001, 16 *Am. U. Int'l L. Rev.* 1027, p. 1030.

⁴⁰ L'article 6.12 de l'Accord antidumping stipule:
"Les autorités ménageront aux utilisateurs industriels du produit faisant l'objet de l'enquête, et aux organisations de consommateurs représentatives dans les cas où le produit est vendu couramment au stade du détail, la possibilité de fournir des renseignements qui ont un rapport avec l'enquête en ce qui concerne le dumping, le dommage et le lien de causalité."

⁴¹ MORGAN Clarisse, "Competition Policy and Anti-Dumping – is it Time for a Reality Check?", *Journal of World Trade*, October 1996, Vol.30(5), pp. 61-88, p. 73.

⁴² Il est intéressant de noter que, contrairement à l'Accord antidumping et à l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, l'Accord sur les sauvegardes fait référence à la question de l'intérêt public. L'article 3.1 de cet Accord exige que les règles de procédure gouvernant les enquêtes de sauvegardes donnent aux parties intéressées l'opportunité d'exprimer à l'AE leur point de vue, entre autres, sur la question de savoir si l'imposition d'une mesure de sauvegarde serait dans l'intérêt public ou pas. Il est généralement soutenu que cette différence est due au fait que, contrairement à l'antidumping et aux mesures compensatoires, les mesures de sauvegardes visent des pratiques qui ne sont pas considérées

En dépit de l'absence d'une exigence de suivre le principe de l'intérêt public, certains pays membres de l'OMC, tels que l'Union européenne⁴³ et le Canada⁴⁴, l'ont incorporé dans leurs législations et l'appliquent dans les enquêtes qu'ils mènent. Il est difficile de savoir quel sera le sort des négociations de Doha, mais il convient de noter que plusieurs négociateurs ont proposé l'inclusion dans l'Accord d'une clause d'intérêt public obligatoire. Par exemple, dans l'une de ces propositions identifiant les sujets de négociations sur l'Accord antidumping, faite au début des négociations, un groupe de membres de l'OMC, y compris la Turquie, citent, entre autre, l'intérêt public et demandent s'il faut renforcer l'Accord pour que les renseignements pertinents relevant de l'intérêt public soient pris en compte de façon plus significative ou pas.⁴⁵

Les partisans de cette proposition soulignent que l'imposition d'une mesure antidumping n'affecte pas seulement la branche de production nationale concernée mais aussi d'autres secteurs de l'économie du pays importateur, tels que les utilisateurs industriels et les consommateurs du produit concerné. Ces conséquences de l'imposition d'une mesure peuvent être très graves. Donc, il serait conforme aux principes de l'équité et de la régularité de la procédure de permettre à toutes les parties intéressées de formuler leurs observations sur la mesure envisagée avant que cette dernière ne soit formellement imposée. Cela ajouterait à la transparence du processus d'enquête. De surcroît, la clause d'intérêt public alerterait le gouvernement importateur dans les cas où les effets négatifs d'une mesure antidumping l'emporteraient sur ses avantages, et donc empêcherait l'application des mesures qui vraisemblablement se retourneraient contre l'économie du pays importateur.⁴⁶

déloyales. KOTSIUBSKA, Viktoriia, "Public Interest Consideration in Domestic and International Anti-dumping Disciplines", *op.cit.*, p. 8.

⁴³ Le Règlement antidumping de l'UE, art. 21 (document de l'OMC, G/ADP/N/1/EEC/1 datée de 31 mars 1995).

⁴⁴ Special Import Measures Act 1984, c. 25, s. 1, art. 45(1) (document de l'OMC, G/ADP/N/1/CAN/2 datée de 9 juin 1995).

⁴⁵ Document de l'OMC, TN/RL/W/6, circulé à la demande du Brésil; du Chili; de la Colombie; de la Corée; du Costa Rica; de Hong Kong, Chine; d'Israël; du Japon; du Mexique; de la Norvège; du Singapour; de la Suisse; de la Thaïlande et de la Turquie, pp. 6-7.

⁴⁶ Voir, les documents de l'OMC, TN/RL/W/174/Rev.1; TN/RL/GEN/53; TN/RL/GEN/85; TN/RL/W/194 et TN/RL/W/222.

À la lumière de ces avantages d'une clause d'intérêt public, étudions maintenant si la Turquie doit aussi l'introduire dans sa Législation ou pas. Notons d'emblée que, strictement parlant, la Législation turque ne fait aucune référence à l'intérêt public. Donc, à première vue, elle donne l'impression que ce principe n'est pas pris en compte dans l'application des mesures antidumping. Pourtant, nous sommes d'avis que, en pratique, le système turc prend en considération l'intérêt public, au moins partiellement. Notre argument est basé sur deux facteurs, à savoir la composition du Conseil et l'application du principe du droit moindre.

Comme nous l'avons noté, le Conseil est composé, entre autres, des représentants d'entités comme le Ministère de l'alimentation, de l'agriculture et du bétail, l'Union des Chambres de commerce et d'industrie ainsi que l'Union des Chambres d'agriculture. Chacun de ces organismes représentent les intérêts de certains acteurs économiques. Par exemple, le Ministère de l'alimentation, de l'agriculture et du bétail et l'Union des Chambres d'agriculture représentent les intérêts des agriculteurs, tandis que l'Union des Chambres de commerce et d'industrie représente ceux des industriels et des commerçants au sens large. Il serait logique de faire valoir que l'existence des représentants de ces trois organismes n'a rien à voir avec l'imposition des mesures antidumping, mise à part la considération de savoir si l'imposition d'une mesure antidumping serait dans l'intérêt des secteurs qu'ils représentent.

Nous avons déjà noté que la Législation turque incorpore le principe du droit moindre et que cela est appliqué de façon assez régulière par l'AE. Même si l'Accord antidumping ne contient aucune obligation à ce propos, la Turquie a choisi d'appliquer ce principe qui exige de l'AE de déterminer si l'imposition d'une mesure à un niveau en-dessous de la marge de dumping suffirait à éliminer le dommage causé à la branche de production nationale du produit concerné ou pas. Nous avons déjà souligné que la notion du droit moindre était liée au principe de l'intérêt public, car tous les deux exigent, en quelque sorte, l'observation d'une proportionnalité entre l'ampleur de la mesure envisagée et le dommage expérimenté par la branche de production nationale.

Donc, la composition du Conseil et l'existence du principe du droit moindre indiquent que l'AE turque prend l'intérêt public en considération dans

la mise en œuvre de la Législation antidumping. De surcroît, nous savons qu'il y a eu des cas où soit la Direction générale n'a pas proposé l'initiation d'une enquête à cause de la sensibilité du secteur concerné, soit elle l'a proposée, mais le Conseil a refusé d'initier une enquête. Pourtant, comme le rejet d'une plainte n'aboutit à aucune publication dans la Gazette officielle, il n'y a pas de registre public de ces deux cas. Notons quand même que le premier concernait les chaussures, une industrie dans lequel le niveau des prix est très important pour les consommateurs, et le deuxième les engrais chimiques, un secteur politiquement très sensible, car il concerne les agriculteurs.

Ces explications démontrent que, en pratique, l'AE turque tient compte de l'intérêt public sans forcément l'appeler ainsi. Par conséquent, il serait utile d'insérer une disposition dans la Législation demandant, d'une façon expresse, l'application de ce principe. Comme nous l'avons noté, l'application de ce principe ajoutera à la transparence de l'enquête et améliorera le niveau de participation de toutes les parties qui risquent d'être affectées par des mesures antidumping.

Comme déjà signalé, si une clause d'intérêt public est ajoutée à la Législation, nous proposons également de modifier la composition du Conseil afin de donner plus de sens à l'application de cette clause. Tournons-nous maintenant vers cet aspect de la réforme que nous proposons.

b. La Composition du Conseil

Nous soutenons que l'adoption d'une clause d'intérêt public doit être complétée par une modification de la composition du Conseil afin de faire le meilleur usage d'une telle clause. Certes, les discussions au Conseil ne sont pas le seul moyen de considérer la question de l'intérêt public. Ce qui importe, c'est de donner aux parties intéressées l'opportunité de formuler leurs observations sur l'intérêt public et de les présenter à l'AE pendant l'enquête. Cela dit, étant donné que, dans le système turc, il y a un organe comme le Conseil, nous estimons qu'il serait mieux de le composer de façon à ce que celui-ci devienne une plateforme plus utile où l'on puisse tenir des discussions étendues sur la question de l'intérêt public.

En ce qui concerne la composition du Conseil, nous nous basons, comme point de départ, sur le fait que la liste des parties qui seront affectées

par l'imposition d'une mesure antidumping dépendra des particularités du produit faisant l'objet de l'enquête en question. Chaque enquête n'aura pas la même importance pour toutes les parties intéressées. Par exemple, certains produits ne sont pas vendus au niveau de détail. Dans une enquête impliquant un tel produit, ce ne sera probablement pas la peine de donner un siège de Conseil aux organisations de consommateurs. Par contre, dans une enquête sur le prêt-à-porter, il ne sera pas légitime de ne pas écouter les observations desdites organisations.

Ainsi, nous proposons d'avoir deux catégories de sièges au Conseil, à savoir des sièges permanents et des sièges changeants. Au total, nous envisageons trois sièges permanents et trois sièges changeants. Les sièges permanents seront attribués au Ministère de la science, de l'industrie et de la technologie, à la Direction générale des importations au Ministère de l'économie ainsi qu'au Ministère du développement. Le Ministère de la science, de l'industrie et de la technologie est chargé de superviser l'activité industrielle dans l'économie, tandis que le Ministère du développement est chargé de planifier et d'encourager le développement économique en général y compris dans le secteur industriel. Donc, ces deux Ministères seront directement concernés par chaque enquête antidumping et seront bien placés pour évaluer si l'imposition d'une mesure serait dans l'intérêt public ou pas, prenant en compte les priorités de la politique économique du pays au sens large. Ces deux Ministères pourront notamment discuter la question de savoir si une telle mesure aurait des effets négatifs sur d'autres secteurs ou pas. En outre, afin de permettre aux membres du Conseil de bien comprendre les aspects techniques des enquêtes, il serait également utile de donner un siège permanent au Conseil à la Direction générale des importations du Ministère de l'économie.

Les trois sièges changeants seront accordés aux autres entités qui, selon le Président du Conseil, seraient également affectées par l'imposition d'une mesure antidumping dans une enquête donnée. Par exemple, si le produit concerné est un produit qui est utilisé dans l'industrie et qui n'a pas de consommateurs finaux, le Président pourra considérer d'accorder un siège aux représentants de l'industrie qui utilise le produit concerné. Alternativement, dans une enquête touchant un produit vendu aux consommateurs au niveau de détail, le Président pourra donner un siège aux représentants des consommateurs. Si l'enquête concerne un produit agricole vendu aux industriels qui

en font un produit alimentaire, un siège peut être attribué aux représentants de ce secteur. Avec un tel système flexible, tous les aspects de l'intérêt public seront pris en considération. Comme ça, l'imposition d'une mesure fera l'objet d'un contrôle significatif, et une utilisation abusive des mesures antidumping sera évitée.

Contrairement au système actuel, notre proposition ne donne de siège ni à l'Union des Chambres de commerce et d'industrie, ni à l'Union des Chambres d'agriculture. La raison pour laquelle nous proposons d'exclure du Conseil l'Union des Chambres de commerce et d'industrie est d'assurer l'objectivité du processus d'enquête. Cette Union représente, entre autres, toutes les chambres d'industrie en Turquie. Donc, elle est le groupement principal à travers lequel les industriels communiquent leurs problèmes à l'État et font du lobbying pour leur résolution. L'industrie nationale produisant le produit similaire à celui faisant l'objet d'une enquête antidumping est une partie intéressée qui bénéficiera de l'imposition d'une mesure à la fin de l'enquête. Les entreprises dans une telle industrie seront naturellement des membres de l'Union des Chambres de commerce et d'industrie. Ainsi, la participation de cette Union dans le processus de prise de décision dans cette enquête antidumping risquerait de compromettre l'objectivité du processus.

Quant à l'Union des Chambres d'agriculture, nous ne considérons la présence de ce groupement au Conseil ni nécessaire ni appropriée. Une telle présence n'est pas nécessaire, car la Turquie n'a jamais mené une enquête sur un produit agricole. Donc la connaissance technique du secteur agricole n'a, jusqu'à présent, jamais été importante dans la pratique antidumping turque. La présence dans le Conseil de l'Union des Chambres d'agriculture n'est pas appropriée, car, comme dans le cas de l'Union des Chambres de commerce et d'industrie, l'Union des Chambres d'agriculture a pour objectif de promouvoir les intérêts du secteur agricole. Ainsi, lorsqu'il y a une enquête sur un produit agricole, la présence de cette Union dans le processus de prise de décision ne sera naturellement pas objective.

On pourrait faire valoir que la disposition de la Loi concernant les conflits d'intérêt assurera une objectivité dans le processus de prise de décision. Pourtant, il faut souligner que cette disposition a pour objectif d'empêcher la participation des individus représentant les entités membres du Conseil

aux réunions dont l'ordre du jour couvre une enquête sur un produit dont ces individus sont producteurs, exportateurs ou importateurs, ou en font le commerce de quelque façon que ce soit. L'objectivité des groupements professionnels représentés au Conseil est différente de l'objectivité des individus y représentant ces groupements. Notre proposition a pour objectif d'assurer l'objectivité du processus en général. Soulignons que, dans le système que nous proposons, il y aura toujours besoin de la disposition du Code de procédure civile portant sur l'objectivité des individus qui assistent aux réunions du Conseil. Il n'est pas à exclure qu'un fonctionnaire représentant un groupement qui, en tant que tel, n'est pas en situation de conflit avec l'enquête concerné soit en conflit personnel pour des raisons énumérées dans ledit Code.

En ce qui concerne les trois sièges changeants, selon notre proposition, le Président du Conseil décidera à quels organismes il faut les accorder, tenant compte des particularités d'une enquête donnée. Cela peut être une association de consommateurs, d'utilisateurs industriels du produit concerné, un organisme non-gouvernemental qui a un intérêt dans le produit concerné, etc. Comme ça, une réunion du Conseil se déroulera sur une base qui permettra une considération de toutes les conséquences possibles de l'imposition d'une mesure, et elle assurera une transparence et une efficacité significative.

Par ailleurs, nous proposons que le Sous-Secrétaire du Ministère de l'économie soit le Président du Conseil; que le représentant du Ministère de la science, de l'industrie et de la technologie ainsi que celui du Ministère du développement soient au moins au niveau de directeur général; et que les entités invitées par le Président à remplir les sièges changeants envoient des représentants du plus haut niveau possible. Ceci assurera un niveau de participation considérablement plus élevé que la composition actuelle. À notre avis, une telle participation sera plus compatible avec l'importance politico-économique de l'imposition des mesures antidumping et permettra une application efficace du principe de l'intérêt public.

Finalement, parallèlement à notre proposition de modifier le titre du Règlement en «Règlement antidumping», nous proposons également de changer le nom du Conseil de «Conseil de la concurrence déloyale à l'importation» à «Conseil antidumping».

IV. CONCLUSION

L'AE turque est la Direction générale des importations au Ministère de l'économie. Outre cette Direction générale, il y a également le Conseil de la concurrence déloyale à l'importation et le Ministre de l'économie qui jouent des rôles importants dans le processus de prise de décision dans les procédures antidumping. Le cadre institutionnel du système antidumping turc n'est pas en mesure de répondre aux besoins des industries nationales et doit donc changer.

Le premier problème émanant du système actuel concerne la place et la structure de l'AE. Le cadre institutionnel actuel ne permet pas la préservation des enquêteurs dans l'AE pour de longues périodes, car il ne leur donne pas suffisamment d'opportunités professionnelles. Par conséquent, les enquêteurs expérimentés quittent l'AE après 10-12 ans de service, ce qui rend impossible le cumul d'une bonne expérience technique chez l'AE et affecte négativement la qualité du travail effectué. Pour éviter ces problèmes systémiques, nous proposons l'organisation de l'AE comme un organisme gouvernemental indépendant. Si cela n'est pas faisable, nous proposons de sortir l'AE du Ministère de l'économie et de l'attacher à l'Autorité de la concurrence. Si cette option n'est pas réalisable non plus, nous proposons de sortir de la Direction générale des importations les Départements qui fonctionnent comme l'AE antidumping et l'AE de mesures compensatoires, l'AE de sauvegardes et le Département qui s'occupe des enquêtes anticonournement, et de les organiser, tous ensemble, comme une nouvelle direction générale au Ministère. Nous proposons d'appeler cette dernière «la Direction générale des mesures correctives commerciales».

Si l'on applique cette troisième proposition, nous proposons également une modification du processus de prise de décision. Á cet égard, nous proposons l'introduction d'une clause d'intérêt public dans la Législation. Parallèlement à ça, nous proposons de changer la constitution du Conseil de la concurrence déloyale à l'importation de façon à y avoir trois sièges permanents et trois sièges changeants. Afin d'observer l'objectivité du processus de prise de décision, nous proposons d'exclure du Conseil les représentants de l'Union des chambres de commerce et d'industrie et ceux de l'Union des chambres d'agriculture. D'autre part, nous proposons un mécanisme flexible qui permettrait au Président du Conseil de convoquer, selon les particularités

du produit faisant l'objet de l'enquête, les représentants des organismes qui seraient le plus affectés par les résultats d'une enquête donnée. Nous proposons d'appeler ce nouveau Conseil «le Conseil antidumping».

Dans le cadre de ces trois propositions portant sur la place de l'AE, nous proposons également de donner la responsabilité de défendre les exportateurs turcs dans les enquêtes menées contre eux par des pays tiers, à l'AE antidumping, au lieu de la donner à la Direction générale des exportations au Ministère de l'économie.

Notre proposition de réforme améliorera le système antidumping turc tant sur le plan institutionnel qu'en ce qui concerne la transparence du processus de prise de décision. Ce nouveau système permettra à la Turquie d'utiliser le dispositif antidumping de façon plus efficace et plus compatible avec ses obligations internationales.

BIBLIOGRAPHIE

- DORNBUSH Rudiger, “The Case for Trade Liberalization in Developing Countries”, **The Journal of Economic Perspectives**, Vol. 6(1), 1992.
- DURA Cihan, **Türkiye Ekonomisi**, Erciyes Universitesi Yayınları No: 19, Kayseri 1991.
- KARAYALÇIN Yaşar / İNAN Nurkut / ÖZ Gamze Aşcıoğlu, “Unfair Trade Practices”, in ANSAY Tuğrul / SCHNEIDER Eric C. (eds), **Introduction to Turkish Business Law**, Kluwer Law International, 2001.
- KILIÇBAY Ahmet, **Türk Ekonomisi**, Türkiye İş Bankası Yayınları, 3.. bası, Ankara 1991.
- KOTAN Zelal / SAYAN Serdar, “Price competition between Turkish and East Asian exports in the European Union market in the 1990s”, in HAKIMIAN Hassan / NUGENT Jeffrey B. (eds), **Trade Policy and Economic Integration in the Middle East and North Africa**, RoutledgeCurzon, London and New York 2004.
- KOTSIUBSKA, Viktoriia, “Public Interest Consideration in Domestic and International Anti-dumping Disciplines”, **World Trade Institute**, MILE 11 Thesis, September 2011, http://www.wti.org/media/filer_public/82/63/82633863-36ea-42d8-9b8f-9d6a313b77c5/masters_thesis_viktoriia_kotsiubska.pdf (dernière visite 6.2.2017).
- MORGAN Clarisse, “Competition Policy and Anti-Dumping – is it Time for a Reality Check?”, **Journal of World Trade**, October 1996, Vol.30(5).
- NARAYANAN Prakash, “Anti-dumping in India—Present State and Future Prospects”, **Journal of World Trade**, Vol. 40(6), 2006.
- OLGUN Hasan / TOGAN Sübidey, “Trade Liberalization and the Structure of Protection in Turkey in the 1980s A Quantitative Analysis”, **Review of World Economics**, Vol. 127(1), 1991.
- PRUSA Thomas J. / YUE Li, «Trade Liberalization, Tariff Overhang and Antidumping filings in Developing Countries», 2009, Preliminary Draft, https://www2.gwu.edu/~iiep/assets/docs/prusa_gwu_ad_conference.pdf (dernière visite 6.2.2017).
- SADNI Jallab Mustapha / ABDELMALKI Lahsen, «Contribution au débat économique sur les pratiques antidumping: Une illustration théorique et empirique à partir du cas de la Turquie», **L’année sociale**, 2004.

ŞEN Ali, «24 Ocak Kararlarının Siyasal Ekonomisi: 1980’li Yıllardaki Reformlar Sürecinin Ekonomik Gelişmeleri, İç ve Dış Siyasal Faktörlerle Etkileşimi», **21. Yüzyıl Eşiğinde Türkiye’de Siyasal Hayat** içinde, II. Cilt, Editörler Selahattin Bakan, Adnan Küçük ve Ahmet Karadağ, Aktüel Yayınları, Bursa 2005.

TOGAN Sübidey, “Turkey after Helsinki Economic Challenges”, in HAKIMIAN Hassan / NUGENT Jeffrey B. (eds), **Trade Policy and Economic Integration in the Middle East and North Africa**, RoutledgeCurzon, London and New York 2004.

TOGAN Sübidey, **Foreign Trade Regime and Trade Liberalization in Turkey During the 1980s**, Ashgate 1994.

WELLHAUSEN Marc, “The Community Interest Test in Antidumping Proceedings of the European Union”, 2001, 16 **Am. U. Int’l L. Rev.** 1027.

YILMAZ Müslüm, “Trade remedies under Turkish law”, in KABAALIOGLU Halûk / OTT Andrea/ TATHAM Allan F (eds), **EU and Turkey: Bridging the Differences**, Istanbul: Economic Development Foundation Publications, 2011.

Décision No: 1/95 du 6 Mars 1995 du Conseil d’association Turquie-CEE. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A21996D0213\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A21996D0213(01)) (dernière visite 6.2.2017).

http://www.kslaw.com/imageserver/KSPublic/library/publication/2013articles/6-17-13_Dorn_Steel_First.pdf (dernière visite 6.2.2017).

Ministère de l’économie de Turquie, <http://www.ekonomi.gov.tr>

TBMM Tutanak Dergisi

ÖZEL HUKUK

Limited Şirket Genel Kurulunda Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu

Prof. Dr. iur. Fatih BİLGİLİ *

Arş. Gör. M. Fatih CENGİL **

Öz: Her pay sahibi, ilke olarak, limited şirket genel kurulunda oy hakkını haizdir. Bu hak, vazgeçilmez niteliktedir. Ortakların ve ortaklığın menfaati gereği bazı hallerde pay sahibinin oy hakkından yoksunluğu kanunda öngörülmüştür. Limited şirketler için oy hakkından yoksunluk 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 619’da düzenlenmiştir. Esasında TTK’da oy hakkından yoksunluğun düzenlenmesi, ortaklık menfaatinin, ortağınkine nazaran tercihe şayan olmasından kaynaklanır. Kural olarak, oy hakkından yoksunluğun kanunda tadadi bir şekilde sayıldığı kabul edilir. Buna karşın, öğretilde, pay sahibinin oy hakkından yoksun olması gerektiği başkaca hallerin varlığı da ifade edilmektedir.

Çalışmamızda, genel olarak oy hakkı ile ilgili bilgi verildikten sonra, limited şirketlerde oy hakkından yoksunluk konusu ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Limited Şirket, Genel Kurul, Oy, Oydan Yoksunluk, Pay Sahibi.

Shareholder’s Deprivation of the Right to Vote at Limited Liability Company General Assembly

Abstract: In principal, each shareholder has the right to vote at limited liability company general assembly. This right is indispensable. However, the law prescribes deprivation of right to vote of shareholders in some circumstances when the benefit of

Makale gönderim tarihi: 28.04.2017. Makale kabul tarihi: 05.06.2017.

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (fatih.bilgili@gmail.com)

** Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Anabilim Dalı (m.fatihcengil@gmail.com)

the partnership or the partners require. Such deprivation is regulated in article 619 of Turkish Code of Commerce, the Law No. 6102. Principally, the regulation for deprivation of right to vote is introduced based on the circumstances that the partnership benefit is preferred over partners' benefit. As a rule, it is deemed that the circumstances for the deprivation of right to vote are strictly listed by the law. However, there are some views in the doctrine, which suggest that there are other circumstances which necessitate the deprivation of right to vote, besides those listed by the law.

In this study, having been provided some general information with regard to right to vote, deprivation of right to vote will be elaborated in detail.

Keywords: Limited Liability Company, General Assembly, Right to Vote, Deprivation of Right to Vote, Shareholder.

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Art.	: Artikel (madde)
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
eSPK	: 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
eTK	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
eTTK	: 865 sayılı Türk Ticaret Kanunu
dpn.	: Dipnot
f.	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
N.	: Kenar Numarası
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
T.	: Tarih
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay

I. OY HAKKI

1. Genel Olarak

Pay sahipliğinden doğan, şirket yönetimine ilişkin hakların başında, genel kurula katılma ve oy hakkı gelir¹. Oy hakkı, her ortağın ortaklık haklarından bir parçadır². *Teoman*'ın ifadesiyle, oy hakkı, genel kurul toplantılarında kararın oluşumuna katılarak, şirketin bünyesi, yönetim ve temsili ile denetimi konularında etkili olabilme yetkisidir³. Şirkete ortak olmayla birlikte, oy hakkı doğar⁴. Paya karşılık gelen sermaye koyma borcu tam olarak yerine getirilmese dahi, oy hakkı kullanılabilir (TTK m. 435)⁵. Oy hakkının kullanılabilmesi için, kanunen veya esas sözleşmeyle belirlenmiş asgari miktarın ödenmesi yeterlidir (TTK m. 435). Kanunda anonim şirketler bakımından öngörülen bu hükmün, TTK m. 585'in yaptığı atıf nedeniyle limited şirketler açısından da geçerlidir⁶. Oy hakkına işlerlik sağlamak için; tartışmalarda söz alma, görüş açıklama, ilgili organlara sorular yöneltme, bilgi edinme ve iptal davası açma hakkı gibi imkanlar pay sahibine tanınmıştır⁷. Esasında oy hakkı, ifade ettiğimiz diğer hakların, somutlaşmış halini teşkil eder⁸. Oy hakkının özelliklerini; vazgeçilemezliği, paya bağlı olması ve bağımsız şekilde kullanılabilmesi şeklinde sayabiliriz⁹.

-
- 1 TEOMAN Ömer, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983, s. 2.
 - 2 Oy hakkı, ortaklara aittir (RAISER Thomas/ WEIL Rüdiger, *Recht Der Kapitalgesellschaften*, 4. Auflage, Vahlen, München, 2006, s. 536, N. 35; BAYER Wolf (LUTTER Marcus / HOMMELHOFF Peter), *GmbH-Gesetz Kommentar*, 17. Auflage, Otto Schmidt, Köln, 2009, s. 1093, N. 4).
 - 3 *Teoman*, 1983, s. 3.
 - 4 Alman hukukunda oy hakkı, şirkete ortaklık ve ön şirketin kurulması ile başlar (SCHMIDT Burkhard (ENSTHALER Jürgen / FULLER Jens T.), *Kommentar zum GMBH-Gesetz*, 2. Auflage, Luchterhand, Berlin, 2010, s. 425, N. 5).
 - 5 *Schmidt* ve diğ., 2010, s. 425, N. 5; *Bayer* ve diğ., 2009, s. 1094, N. 5.
 - 6 TTK m. 585/f. 1 uyarınca, “*esas sermaye pay bedellerinin ödenmesi, ödeme yeri, ifa borcu, ifa etmemenin sonuçları, bedelleri tamamen ödenmemiş payların devri hususlarında bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır*”. Hükmün 6335 sayılı Kanun'daki gerekçesinde, limited şirketlere de anonim şirketlerde olduğu gibi sermayenin dörtte birinin kuruluşta ödenmesi, geri kalan kısmının da yirmi dört ay içinde ödenmesi olanağının tanındığı belirtilmiştir.
 - 7 *Teoman*, 1983, s. 2.
 - 8 BİLGİLİ Fatih / DEMİRKAPI Ertan, *Şirketler Hukuku*, 9. Baskı, Dora, Bursa, 2013, s. 728.
 - 9 *Teoman*, 1983, s. 5 vd.

Oy hakkı, pay sahibi tarafından bizzat kullanılabilceği gibi, temsilci vasıtasıyla da kullanılabilir (TTK m. 617/f. 3). Şirket sözleşmesinde, oy hakkı bakımından temsilin sınırlandırılması mümkündür¹⁰.

2. Hukuki Niteliği

Oyun hukuki niteliği, doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe¹¹ göre oy verme (*votum*), bir hukuki eylemdir. Zira, oy verenler, sözleşmelerde olduğu gibi, iradelerini birbirlerine karşılıklı olarak yöneltmezler. Burada söz konusu olan şey, bir ortak davranış ve oyların toplanmasıdır. Tek başına bir değer taşımayan oy, diğer oylarla birlikte sonuç doğurur ve bu sonuç istenilen şekilde olmayabilir.

İkinci görüşe göre¹², oy kullanma, bir hukuki işlemdir. Genel kurul kararı, kullanılan oyların toplanması suretiyle alınır. Fakat bu olgu, her bir oyun tek başına değersiz ya da sonuçsuz olduğu anlamına gelmez. Zira her bir oyda, pay sahipleri, hukuki sonuca yönelen bir irade açıklamasında bulunurlar.

İkinci görüş ile aynı sonuca varan bir diğer görüşe göre¹³, oyun hukuki niteliği, bizatihi genel kurul kararının¹⁴ hukuki niteliğine bağlıdır. Kararda, katılanların, bağlayıcı nitelikteki irade açıklamalarının saptanması amacı güdülür. O halde, pay sahiplerinin oy kullanmaları ile ortaya çıkan irade açıklamaları hukuki işlem niteliğindedir.

Bir başka görüşe göre¹⁵ ise, genel kurul kararı hukuki işlem, oy verme ise irade beyanı niteliğindedir.

¹⁰ BOCKLI Peter, *Schweizer Aktienrecht*, 2. Auflage, Schulthess, Zürich, 1996, s. 719, N. 1411k.

¹¹ Teoman, 1983, s. 3, dpn. 9'da belirtilen yazarlar.

¹² PASLI Ali, "Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Kullanılan 'Oy'un Hukuki Niteliği", İÜHFM, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 178 vd.

¹³ Teoman, 1983, s. 3-4, dpn. 10'da belirtilen yazarlar.

¹⁴ Genel kurul kararı, ortaklığın irade beyanıdır. Bu beyan, bütün pay sahiplerini ve organları bağlar. Bu özellikler dikkatinde genel kurul kararını, tek taraflı bir hukuki işlem olarak nitelendirebiliriz (Pash, 2009, s. 167).

¹⁵ ŞENER Oruç Hami, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2017, s. 530.

Konuya ilişkin görüşümüzü belirtmeden önce, hukuki işlemin tanımını yapmak istiyoruz. Tekinay¹⁶ hukuki işlemi şu şekilde tanımlamaktadır: *“Hukuk düzeni hukuki bir sonucu, ancak bu sonuca yönelen bir irade açıklamasına bağladığı ve bu açıklamanın içeriğine uygun olarak gerçekleştirdiği taktirdedir ki bir hukuki işlem söz konusu olur”*. Pay sahibinin olumlu, olumsuz ya da çekimser bir şekilde kullandığı oy, divan başkanına varmakla pay sahibini bağlar ve böylece pay sahibinin ilgili konudaki iradesi açıklanmış olur¹⁷. Şüphesiz ki, bu şekilde gerçekleşen irade açıklaması bir hukuki sonuç doğurmaya yöneliktir¹⁸. Genel kurulu kararı bu oyların her birinin etkisi ile oluşur¹⁹. Bununla birlikte, kanun koyucu her bir oya da hukuki sonuçlar bağlamıştır. Buna örnek olarak; olumsuz oy kullanan pay sahibinin iptal davası açabilmesi ya da olumlu oy kullanan kişinin iptal davası açamaması, müdür/lerin ibrası oylamasında olumlu oy kullanan pay sahibinin, şirketten bağımsız şahsi sorumluluk davası açamaması gösterilebilir²⁰. Sonuç olarak, oy kullanma işleminin, yeni bir hukuki sonuç yaratan bir hukuki işlem olduğu kanaatindeyiz²¹. Hemen belirtelim ki, genel kurul kararı, oylardan bağımsız, kendi başına bir hukuki işlemdir²².

Son olarak belirtelim ki, irade beyanına ilişkin hükümler (örneğin, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 30-39) oy hakkı bakımından da uygulanır²³. Örneğin irade bozukluğu nedeniyle, pay sahibi kullanmış olduğu oyu, iptal edebilir. Bu durumda iptal edilen, genel kurul kararı değil, pay sahibinin oy verme işlemidir. Şayet, iptal edilen oylar, genel kurul kararının alınmasını etkiliyorsa, bu karara karşı iptal davası açılabilir.

¹⁶ TEKİNAY Selahattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Haluk / ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz, İstanbul, 1993.

¹⁷ ARSLANLI Halil, **Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahvil-ler**, İstanbul, 1960, s. 49; **Teoman**, 1983, s. 3; **Pashı**, 2009, s. 179.

¹⁸ **Bayer** ve diğ., 2009, s. 1092, N. 2.

¹⁹ **Şener**, 2017, s. 506.

²⁰ **Pashı**, 2009, s. 179.

²¹ **Pashı**, 2009, s. 182.

²² Genel kurul kararı, sözleşme değil, çok taraflı bir hukuki işlemdir (**Bayer**, ve diğ., 2009, s. 1092, N. 1; **Schmidt** ve diğ., 2010, s. 424, N. 1). Genel kurul kararı ortaklığın irade açıklaması iken, oy kullanma, pay sahiplerinin –ya da duruma göre intifa hakkı sahibinin– irade açıklamasıdır (**Pashı**, 2009, s. 180; **Şener**, 2017, s. 530).

²³ **ÇEKER** Mustafa, **Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2000, s. 14; **Şener**, 2017, s. 507.

3. Belirlenmesi

Ortakların oy hakkının hesaplanması, esas sermaye paylarının itibarı değerine göre yapılır (TTK m. 618/f. 1). Şirket sözleşmesinde, oy hakkının belirleneceği değer kararlaştırılabilir. Şayet bu şekilde bir kararlaştırma yapılmamış ise, her yirmi beş Türk Lirası bir oy hakkı verir (TTK m. 618/f. 1). TTK m. 618/f. 1 uyarınca oy hakkının oransallık ilkesine göre düzenlenmesi kuralı emredici değildir. Öyle ki, şirket sözleşmesinde oy hakkı, itibari değerden bağımsız olarak her esas sermaye payına bir oy hakkı düşecek şekilde de belirlenebilir (TTK m. 618/f. 2). Bu şekilde yapılan bir belirlemede, en küçük esas sermaye payının itibarı değeri, diğer esas sermaye paylarının itibarı değerleri toplamının onda birinden az olamaz (TTK m. 618/f. 2). Aslında burada ifade edilmek istenen şey; her paya bir oy hakkı tanındığında, itibari değeri en düşük pay ile itibari değeri en yüksek pay arasındaki oran on kattan az olmalıdır²⁴. Hükümde geçen “*itibari değerleri toplamı*” ibaresi, kaynak hüküm olan İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m. 806/f. 2’nin hatalı çevrilmesinden kaynaklanmaktadır. Zira, İBK m. 806/f. 2’de²⁵ diğer payların itibari değerine göre bir karşılaştırma söz konusudur²⁶.

Şirket sözleşmesi ile birden fazla paya sahip ortakların oy haklarının sınırlandırılması mümkündür. Ancak kural olarak her bir ortak en az bir oy hakkını haizdir (TTK m. 618/f. 1, c. 4). Bu hükümden şu sonucu çıkarabiliriz: Kural olarak limited şirketlerde her ortak oy hakkını haizdir ya da bir başka ifadeyle, oy hakkı vermeyen esas sermaye payı bulunmamaktadır²⁷.

Tam da bu hususta TTK m. 140/f. 3’e değinmek istiyoruz. Ticaret şirketlerinin birleşmesi kapsamındaki düzenlemelerden TTK m. 140/f. 3 uyarınca, devrolunan şirketin oydan yoksun paylarına²⁸ sahip ortaklarına aynı değerde,

²⁴ **Bilgili / Demirkapı**, 2013, s. 665.

²⁵ İBK m. 806/f. 2 son cümle: “*In diesem Fall müssen die Stammanteile mit dem tiefsten Nennwert mindestens einen Zehntel des Nennwerts der übrigen Stammanteile aufweisen.*”.

²⁶ **Bilgili / Demirkapı**, 2013, s. 665, dpn, 170.

²⁷ ÇEKER Mustafa (editör: KARAHAN Sami), **Şirketler Hukuku (Limited Şirketler)**, Konya, 2013, s. 850; **Bilgili / Demirkapı**, 2013, s. 728.

²⁸ Oydan yoksun paylara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Çeker**, 2000, s. 103 vd; Oydan yoksun paylar, doğuştan oy hakkına sahip değildir (POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, Vedat, İstanbul, 2014, s. 559, N. 775a; BOZGEYİK Hayri / KARAHAN Sami (editör), **Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Mimoza, Konya, 2013, s. 660).

oydan yoksun veya oy hakkını haiz paylar verilir²⁹. Gerek anonim şirketlerde (TTK m. 434/f. 2) gerek limited şirketlerde (TTK m. 618/f. 1) her pay sahibi en az bir oy hakkını haizdir. O halde, bu şirketlerde, oydan yoksun pay bulunmamaktadır. Sonuç olarak TTK m. 140/f. 3, TTK m. 434/f. 2 ve m. 618/f. 1, c. 4 ile çelişmektedir³⁰. Helvacı'nın³¹ da haklı olarak belirttiği gibi, oydan yoksun pay çıkarma hakkına sahip olmayan bir şirketin, oydan yoksun pay vermesi beklenemez. Birleşme, bölünme ve tür değiştirmede, oydan yoksun pay söz konusu olsa dahi, bu paylara sahip kişilere, oy hakkını haiz payların tahsis edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira, bu şirketlerde oy hakkı, payın karşılığıdır. Bu nedenle, bu kişiler pay sahibi ise, oy hakkını haiz olmalıdır. Ayrıca TTK'da oydan yoksun pay teriminin kullanılmış olması, kanunun bu payları tanıdığı anlamına gelmez³². Kanunda oydan yoksun payların zikredilmesi, eski SPK m. 14/A'ya dayanılarak çıkarılan oydan yoksun payların³³, TTK döneminde de geçerliliklerini korudukları anlamına gelir³⁴. Hemen belirtelim ki, geçerliliği devam eden oydan yoksun olarak çıkartılan paylar, TTK ile birlikte, sahibine oy hakkı bahşeder.

4. Kullanılması

A. Genel Olarak

İlk olarak belirtmek gerekir ki, pay sahipleri, oy kullanmakla yükümlü değildirler³⁵. Kural olarak, ortaklar, oylarını genel kurulda kullanırlar (TTK m. 407/f. 1). TTK m. 617/f. 4 uyarınca, genel kurul kararları, ortaklardan birinin gündem maddesi ile ilgili önerisine diğer ortakların yazılı onayları alınmak suretiyle de alınabilir, meğerki, ortaklardan biri sözlü görüşme ta-

²⁹ Benzer düzenleme, TTK m. 161/f. 1 uyarınca bölünme, TTK m. 183/f. 1 uyarınca tür değiştirme için de öngörülmüştür. Ayrıca, TTK m. 146/f. 1-c ve 167/f. 1-d'de de oydan yoksun paydan bahsedilmektedir.

³⁰ Aynı yönde bkz. EMİNOĞLU Cafer, **Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)**, On İki Levha, İstanbul, 2014, s. 155, dpn. 512.

³¹ HELVACI Mehmet, **Anonim Ortaklığın Bölünmesi**, Beta, İstanbul, 2004, s. 121.

³² **Tekinalp** ve diğ., 2014, s. 559, N. 775a.

³³ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda oydan yoksun paylar bulunmamaktadır.

³⁴ **Tekinalp** ve diğ., 2014, s. 559, N. 775a.

³⁵ TEKİNALP Ünal, **Tek Kişilik Ortaklık I, Tek Paysahipli Anonim Ortaklık**, Vedat, İstanbul, 2011, s. 209, N. 14-49; KORKUT Ömer, **Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı**, Karahan, Adana, 2012, s. 106.

lebinde bulunsun. Aynı öneri, tüm ortakların onayına sunulmadıkça, karar, geçerlilik kazanmaz (TTK m. 617/f. 4). Bu tür kararlar, yabancı öğretide sirküler karar olarak nitelendirilmiştir³⁶. Kanun koyucunun buradaki amacı, limited şirketlerde genel kurul kararlarının alınmasında büyük bir ihtiyaca cevap vermektir³⁷. TTK m. 1527/f. 2, 3 uyarınca, oy hakkı, elektronik ortamda kullanılabilir.

TTK m. 617/f. 4 hükmü emredici nitelikte değildir³⁸. Zira hüküm, oy hakkının kullanılması bakımından bir zorunluluktan değil, hak olmasına bağlı olarak bir imkandan bahseder. Esas sözleşmeyle, oy hakkının başka bir şekilde kullanılabileceği düzenlenebilir. Örneğin sözleşmede, toplantı yapılmadan karar alınamayacağı öngörülmüş ise, yazılı şekilde oy kullanılması suretiyle karar alınması mümkün değildir. Şayet karar bu şekilde alınırsa, geçersizdir.³⁹

TTK m. 617/f. 3 uyarınca, ortaklar, genel kurulda temsil edilebilir⁴⁰. Temsilci, ortak ya da ortak olmayan biri olabilir (TTK m. 617/f. 3). Ortakların her birinin, temsilci aracılığıyla kendilerini temsil ettirme hakkı vazgeçilmez bir haktır⁴¹. O halde, tüm ortakların, başka biri tarafından temsil edilmesi mümkündür. Bu halde, “*delegeler genel kurulu benzeri*” “*Quasi Delegiertenversammlung*” şeklinde bir genel kurul yapılanmasından söz edilir⁴².

B. Oy Hakkının Kullanılmasında Oy Sözleşmesinin Etkisi

Pay sahiplerinin oy haklarını belirli şekilde kullanılması taahhüdünü içeren anlaşmalara, oy sözleşmeleri denir⁴³. Bu sözleşmeyle, taahhüd edilen

³⁶ Gerekçe TTK m. 617.

³⁷ Gerekçe TTK m. 617.

³⁸ PULAŞLI Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Adalet, Ankara, 2011, s. 2089, N. 187.

³⁹ **Pulaşlı**, 2011, s. 2089, N. 187.

⁴⁰ Oy hakkının bizzat kullanılması gerekmez. Çoğu kez, ortak, oy hakkını temsilci vasıtasıyla kullanır (**Raiser / Weil**, 2006, s. 537, N. 38; **Schmidt** ve diğ., 2010, s. 427, N. 16). Oy hakkının temsilci vasıtasıyla kullanılmasının önemine ilişkin bkz. **Çeker**, 2000, s. 261-262.

⁴¹ **Pulaşlı**, 2011, s. 2090, N. 188.

⁴² **Pulaşlı**, 2011, s. 2089, N. 188.

⁴³ Oy sözleşmeleri, borç doğuran hukuki işlemlerdir (MOROĞLU Erdoğan, **Oy Sözleşmeleri**, 2. Baskı, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara, 1996, s. 5; **Çamoğlu** ve diğ., 2014, s. 507, N. 700).

şeyler, oy hakkının ortaklık karar organlarında belirli bir yönde kullanılması, kullanılmaması ya da kullanımında çekimser kalınması şeklinde olabilir⁴⁴. Oy sözleşmeleri, kanunlarımızda özel olarak düzenlenmediği için atipik sözleşmelerdendir. Oy sözleşmeleri, sözleşme serbestisi ilkesi hukuki zemininde ortaya çıkmıştır⁴⁵. Bu serbesti, TTK m. 579, TBK m. 27 hükümleri gereğince sınırlanır.

Öğretide, oy hakkının belirli bir şekilde kullanılması taahhüdünü içeren oy sözleşmelerinin yapılabileceği kabul edilmektedir⁴⁶. Ancak *Çamoğlu*'na göre, yönetim kurulu üyelerinin oy hakları, oy sözleşmelerine konu olamaz⁴⁷. Yazar buna gerekçe olarak, yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki vekalet sözleşmesini ve yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğünün düzenlendiği TTK m. 369'u göstermektedir⁴⁸. Yazar bakımından bu gerekçenin, limited şirketler için de geçerli olduğunu ifade edebiliriz⁴⁹. Kanaatimizce, yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki vekalet sözleşmesinin ve TTK m. 369 (m. 626)'un, yönetim kurulu üyeleri bakımından oy sözleşmelerinin yapılmasına engel teşkil ettiğini peşinen söylemek doğru değildir. Söz konusu vekalet sözleşmesi ve ilgili TTK hükmüne aykırı, yönetim kurulu üyeleri/müdürler bakımından gündeme gelen oy sözleşmeleri geçersiz olarak kabul edilmelidir. Bu şekilde bir yaklaşımın, oy sözleşmelerinde güdülen amaç, sözleşme serbestisi ve sınırları dengesine daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Oy sözleşmeleri yapılırken kanunda öngörülen oy yasakları dikkate alınmalıdır⁵⁰. Oy yasaklarının dolanılması, ihlali sonucunu doğuran, oy sözleşmeleri batıldır⁵¹.

⁴⁴ **Moroğlu**, 1996, s. 4.

⁴⁵ **Moroğlu**, 1996, s. 7-8.

⁴⁶ **Moroğlu**, 1996, s. 7-8, **Çamoğlu** ve diğ., 2014, s. 507, N. 700; ZIEMONS Hildegrad (Hrsg. SCHMIDT Karsten / LUTTER Markus), **Aktiengesetz Kommentar**, Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, s. 230, N. 22.

⁴⁷ **Çamoğlu** ve diğ., 2014, s. 507, N. 700.

⁴⁸ **Çamoğlu** ve diğ., 2014, s. 507, N. 700.

⁴⁹ Bu hususta, anonim şirketler için öngörülen TTK m. 369'un, TTK m. 626'ya karşılık geldiğini ifade edebiliriz.

⁵⁰ **Ziemons** ve diğ., 2008, s. 230, N. 22.

⁵¹ **Zieomons** ve diğ., 2008, s. 230, N. 22.

5. Oy Hakkının Donması

Türk Ticaret Kanunu m. 198/f. 2 uyarınca, m. 198/f. 1’de öngörülen bildirim, tescil ve ilan yükümlülüğünün yerine getirilmediği sürece, ilgili paylara ait oy hakkı dahil, diğer haklar donar⁵². Bu hakların donmasıyla anlatılmak istenen, donma sebebinin devam ettiği müddetçe bu hakların kullanılamamasıdır⁵³. Donma sebebi ortadan kalkınca, oy hakkı yeniden canlanır ve sahibi tarafından kullanılabilir⁵⁴. Oydan yoksunlukta olduğu gibi donma bakımından da TTK m. 433/f. 1 uygulanır⁵⁵.

Oy hakkı donmuş paylar, gerek toplantı gerek karar nisaplarının tespitinde dikkate alınmaz⁵⁶. Zira, oy hakkı donan pay sahibi, genel kurula katılma hakkını haiz değildir. Kanun gereği, toplantıda temsili mümkün olmayan pay nedeniyle, genel kurulun toplanmasının zorlaştırılması kabul edilemez⁵⁷.

⁵² Hakların donmasına ilişkin diğer TTK hükümleri şunlardır: TTK m. 201/f. 1, m. 389/f. 1, m. 612/f. 4. Pulaşlı’ya göre, TTK m. 434 ve m. 495 gereğince oy hakkının donması söz konusu olabilir (PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2016, s. 591, N. 54).

⁵³ Gerekçe TTK m. 198/f. 2; **Teoman**, 1983, s. 166-167; **Çeker**, 2000, s. 209.

⁵⁴ TEOMAN Ömer, “Şirketçe Devralınan Payların Umumi Heyette Temsili Caiz Değildir Kuralının (eTTK m. 329, f. 3, c. 2) Anlamı”, **Tüm Makalelerim (1971-2001)**, C. I-II, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2012, s. 288. ÇAPA Mehmet Sadık, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na göre Anonim ve Limited Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi**, On İki Levha, İstanbul, 2013, s. 110.

⁵⁵ **Teoman**, 2012a, s. 290.

⁵⁶ BAHTİYAR Mehmet, “Anonim Şirket Genel Kurulunda Toplantı Yetersayısının ‘Toplantı Süresince Korunması’ Şartına İlişkin TTK. 418/1 Hükümünün Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Hamdi YASAMAN’a Armağan**, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 63-64, dpn. 6; YANLI Veliye / OKUTAN NILSSON Gül, “Türk Ticaret Kanunu’nun 198. Maddesi Uyarınca Bildirim Yapılmamasının Anonim Şirketteki Oy Haklarına Etkisi”, **Prof. Dr. Hamdi YASAMAN’a Armağan**, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 778-779; BİÇER Levent / HAMAMCIOĞLU Esra, “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Uygulanan Yetersayılar ve Bazı Değerlendirmeler”, **BÜHFD**, C. 12, S. 149-150, 2017, s. 110. Şirketler topluluğunda karşılıklı iştirak ile anonim ve limited şirketlerin kendi paylarını iktisap etmeleri hallerinde donan oylar, toplantı ve karar yetersayılarının hesaplanmasında dikkate alınmaz (TTK m. 201/f. 1; m. 389/f. 1) (**Çamoğlu** ve diğ., 2014, s. 506, N. 697). Toplantı ve karar nisaplarının hesaplanmasına ilişkin bu görüş, TTK m. 198/f. 2’de belirtilen donma halinde de geçerlidir.

⁵⁷ **Çeker**, 2000, s. 209.

Donmaya rağmen, genel kurulda oy hakkının kullanılması halinde, bu oy geçersiz olur⁵⁸. Genel kurul kararının geçerliliği ise, kullanılan donan oyun, karar nisabını etkileyip etkilememesine bağlıdır⁵⁹. Bu geçersiz oy, karar nisabını etkilememiş ise, karar geçerliliğini korur. Buna karşın, bu oy, karar nisabını etkilemiş ise, TTK m. 446/f. 1-b gereğince karar iptal edilebilir⁶⁰.

Donma ile oydan yoksunluk farklı kavramlardır. Donma sebebinin varlığı halinde, hiçbir genel kurul kararı için oy kullanılamaz⁶¹. Bir başka deyişle, donmada oy hakkının kullanılamaması belirli genel kurul kararlarına özgü değil, tüm genel kurul kararları bakımındandır⁶². Oy hakkının kullanılmasını engelleyen unsur, donma sebebinin varlığıdır. O halde, donma sebebi var oldukça, oy hakkının kullanılamaması süreklilik arz eder⁶³. Oydan yoksunluk ise, geçici niteliktedir. Zira, pay sahibi, kanunda öngörülen kararlar bakımından oydan yoksun olduğu halde, diğer genel kurul kararlarında oy hakkını haizdir⁶⁴.

Oy hakkının donması, oydan yoksunluktan farklı olarak kişiye değil, donma sebebinin varlığı ile birlikte paya ilişkindir. Bir diğer ifadeyle, donma sebebi var oldukça pay, oy hakkı bahşetmez. Buna karşın, oydan yoksunlukta, oy hakkının kullanılamaması oy hakkı sahibinin durumuna ilişkindir. Bir başka deyişle, oy hakkı belirli kişi tarafından kullanılamaz halde olup, pay oydan yoksun olmayan başka birine oy hakkı bahşedecek niteliktedir.

Oy hakkı donan paylar, genel kurul toplantı nisabında dikkate alınmaz. Zira donma ile birlikte, pay sahipleri, genel kurul toplantısına katılma ve toplantıda görüş bildirme hakkına sahip değildirlir⁶⁵. Buna karşın, oydan yoksunluk halinde, yoksun oya karşılık gelen paylar toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınır⁶⁶. Öyle ki, pay sahipleri oydan yoksun olsalar bile, genel kurul toplantısına katılabilirler, görüşlerini açıklayabilirler.

⁵⁸ Gerekçe TTK m. 198/f. 2.

⁵⁹ Gerekçe TTK m. 198/f. 2.

⁶⁰ Yanlı / Okutan Nilsson, 2017, s. 783.

⁶¹ Çeker, 2000, s. 209; Bahtiyar, 2017, s. 64, dpn. 6.

⁶² Biçer / Hamamcıoğlu, 2017, s. 108.

⁶³ Çeker, 2000, s. 209; Biçer / Hamamcıoğlu, 2017, s. 108.

⁶⁴ Bahtiyar, 2017, s. 63, dpn. 6; Biçer / Hamamcıoğlu, 2017, s. 108.

⁶⁵ Çeker, 2000, s. 209; Yanlı / Okutan Nilsson, 2017, s. 778.

⁶⁶ Bahtiyar, 2017, s. 63, dpn. 6.

6. Payın Devri Sonucu Oy Hakkının Kullanılamaması

Şirket genel kurulu onayının arandığı pay devrinde, devir, ancak bu onay ile gerçekleşir. Buna karşın, pay devri, şirket genel kurulunun onayı alınmaksızın da gerçekleşebilir. Gerçekten, TTK m. 596/f. 1 uyarınca “*esas sermaye payının, miras, eşler arasındaki mal rejimine ilişkin hükümler veya icra yoluyla geçmesi hallerinde, tüm haklar ve borçlar, genel kurulun onayına gerek olmaksızın, esas sermaye payını iktisap eden kişiye geçer.*”. Bu hallerden biri yoluyla payın devrinde, payların mülkiyeti ve paylardan kaynaklanan malvarlığına ilişkin haklar derhal devralana geçer⁶⁷. Buna karşın, genel kurula katılma haklarıyla oy haklarının devralana geçebilmesi için, şirketin onayı gerekir⁶⁸. Onaya ilişkin şirket genel kurul kararına kadar, gerek devralan gerek devreden, bu hakları kullanamaz⁶⁹. Kanaatimizce, şirket onayına kadar, söz konusu haklar bakımından donmaya ilişkin hükümler kıyasen uygulanır.

II. OYDAN YOKSUNLUK

1. Kanuni Düzenlemesi

İlke olarak belirtelim ki, hiç kimsenin hakkını kullanmasına mani olunamaz (“*suo iure uti nemo prohibetur*”)⁷⁰. Limited şirketlerde her pay sahibi oy hakkını haizdir ve pay sahibinin oy hakkı, ilke olarak elinden alınamaz (TTK m. 447/f. 1-a). Ancak, belirli hallerde oy hakkı sahiplerinin şahıslarında oydan yoksunluk doğabilmekte ve böylelikle bu kişilerin oy hakkının kullanılması kanunen yasaklanmaktadır⁷¹. Oy hakkından yoksunluk 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (eTK) m. 537/f. 3’te, “*hakkında ibra kararı verilecek ortak, bu kararın ittihazında rey hakkını kullanamaz*” ifadeleriyle düzenlenmişti. Limited şirketlerde oy hakkından yoksunluk, TTK m. 619’da hüküm altına alınmıştır. İBK m. 806a’nın çevirisi olan TTK m. 619 ile, oydan

⁶⁷ BOZKURT Tamer, **Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam)**, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 242.

⁶⁸ **Bozkurt**, 2016, s. 242.

⁶⁹ TEKİNALP Ünal, **Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları**, İstanbul, 2012, N. 6-31; **Bozkurt**, 2016, s. 242.

⁷⁰ ERDOĞMUŞ Belgin (derleyen), **Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler**, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 2011, s. 142.

⁷¹ VOGEL Alexander (Hrsg. HONSELL Heinrich), **Kurzkomentar Obligationenrecht**, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2014, s. 2583, N. 1.

yoksunluk halleri genişletilmiştir⁷². Hükme göre, üç durumda oy hakkında yoksunluk gündeme gelecektir. Bu haller şunlardır:

- Herhangi bir şekilde şirket yönetimine katılmış bulunanlar⁷³, müdürlerin ibralarına ilişkin kararlarda oy kullanamazlar (TTK m. 619/f. 1).
- Şirketin kendi esas sermaye payını iktisabına ilişkin kararlarda, esas sermaye payını devreden ortak oy kullanamaz⁷⁴ (TTK m. 619/f. 2)⁷⁵.
- Ortağın bağlılık yükümüne veya rekabet yasağına aykırı faaliyetlerde bulunmasını onaylayan kararlarda ilgili ortak oy kullanamaz⁷⁶ (TTK m. 619/f. 3).

⁷² İsviçre hukukunda da, önceki düzenlemede bir tane oydan yoksunluk hali var iken, şimdiki düzenlemede (İBK m. 806a) bu sayı üçe çıkmıştır. Eski düzenlemede oydan yoksunluk, sadece ibra kararı için öngörülmüştü.

⁷³ Bu kişilerin, yönetim kurulu üyesi/müdür olması şart değildir (Böckli, 1996, s. 706, N. 1410e). Maddede herhangi bir şekilde şirket yönetimine katılanlar ifade edildiği için, yalnızca şeklen ya da resmi olarak şirketin yönetiminde bulunan yöneticiler değil, şirketin yönetimine fiilen katılanlar da bu kapsamda değerlendirilir (Vogel / Honsell, 2014, s. 2584, N. 3).

⁷⁴ TTK m. 574/f. 3 uyarınca, tek ortaklı limited şirkette, şirket kendi esas sermaye payını iktisap edemez. Dolayısıyla, tek ortaklı limited şirkette, TTK m. 619/f. 2 hükmü de uygulama alanı bulamaz.

⁷⁵ TTK m. 612'nin varlığı karşısında, TTK m. 619/f. 2 bir anlam ifade etmez. Zira, TTK m. 612, bu hususta gerekli menfaat korumasını sağlayacak niteliktedir (DEMİRKAPI Ertan, **Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına göre Limited Ortaklıkta Payın Devri**, Güncel, İzmir, 2008, s. 330-331). TTK m. 612/f. 4 uyarınca, şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde, paylar şirketin elinde bulunduğu sürece, bu paylara ilişkin oy hakkı donar. Zira, şirket, bizzat kendisinin ortağı olamaz. Bu dönem boyunca bu payların, şirket adına üçüncü bir kişi tarafından temsili de mümkün değildir. Genel kurulda, şirketin iradesi oluşur. Şirketin iradesinin oluşmasına, şirketin bizzat kendisinin de katılması hukuki yönden izah edilemez (TEOMAN Ömer, "Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu Konusundaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", **Tüm Makalelerim (1971-2001)**, Cilt I-II, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 171-172). Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde, paylar şirketin elinde bulunduğu sürece, bu paylara ilişkin ortaklık ilişkisinden bahsedilemeyeceği için, oy hakkı donar (ÇEVİK Orhan Nuri, **Limitet Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2003, s. 237).

⁷⁶ Genel kurulda, tüm yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağının kaldırılması istenmektedir. Her bir yönetim kurulu üyesi bakımından, şirketle rekabet yasağının kaldırılmasına ilişkin kararda yeterli nisabın mevcut olup olmadığı ayrı ayrı belirlenmelidir. Bir yönetim kurulu üyesi, kendisi ile ilgili kararda oy hakkından yoksun ise de, bir başka yönetim kurulu üyesi ile ilgili olan kararda oy hakkını haizdir (Y. 11. HD, E. 2014 / 685, K. 2014 / 8941, 12.5.2014 www.kazancı.com Erişim Tarihi: 25.11.2016).

Limited şirketler bakımından öngörülen oydan yoksunluk halleri, anonim şirketlerinkinden daha dar kapsamlıdır⁷⁷. Gerçekten, limited şirketten farklı olarak anonim şirkette; “*Pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakere-lerde oy kullanamaz*” (TTK m. 436/f. 1).

Son olarak belirtelim ki, TTK m. 619 hükmünün emredici niteliği haiz olduğu öğretide kabul edilmektedir⁷⁸.

2. Amacı ve Yasanın Kapsamı

865 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (eTTK) oydan yoksunluk anonim şirketler bakımından m. 367’de düzenlenmişti. Kanun, limited şirketler özelinde herhangi bir hüküm öngörmemişti. Kanunun 367. maddesi uyarınca, hissedarlardan hiçbiri şahsen ilgili oldukları bir hususun görüşülmesinde oy hakkını haiz değildirler. İmregün’e⁷⁹ göre, oydan yoksunluk kurumunun varlık nedenini göz önünde tutacak olursak, konuya ilişkin eTTK sistemi, eTK sisteminden daha isabetlidir. Zira oydan yoksunluk kurumunun varlık nedeni, bir kimsenin ilgili olduğu bir konuda oy verme durumu söz konusu olursa, kendi çıkarını ortaklık çıkarına tercih edeceği, hiç olmazsa bu hususta tarafsız kalamayacağı düşüncesine dayanır⁸⁰. Hemen belirtelim ki, günümüz Türk-İsviçre ve Alman hukuklarında çıkar çatışması halinde genel bir oy yasasının varlığına rastlanmaz.

Oy hakkından yoksunluk kurumu, pay sahiplerinin ve özellikle azınlığın korunması amaçlarına hizmet etmek için öngörülmüştür⁸¹. Bu hizmetin doğal sonucu da şirket menfaatinin korunmasıdır. Şirket menfaati, şirketin hukuki ve ekonomik varlığının en iyi şekilde devam ettirilmesinin sağlanma-

⁷⁷ YILDIZ Şükrü, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku**, Arıkan, İstanbul, 2007, s. 225.

⁷⁸ TRUFFER Roland / DUBS Dieter, in **Basler Kommentar, Obligationenrecht II**, (Hrsg., HONSELL / VOGT / WATTER), 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2012, s. 1810, N. 1.

⁷⁹ İMREGÜN Oğuz, **Anonim Ortaklıklar**, 4. Bası, Yasa, İstanbul, 1989, s. 137.

⁸⁰ İmregün, 1989, s. 137.

⁸¹ Truffer / Dubs, 2012, s. 1810, N. 1; Vogel / Honsell, 2014, s. 2583, N. 1. İmregün’e göre, kurumun, bu konuda bir yararı bulunmamaktadır (İmregün, 1989, s. 138).

sıdır⁸². Bu nedenle, “toplumun ihtiyacı ferdin ihtiyacından daha önemlidir” (“*necessitas publica maior quam privata*”)⁸³, “kamu yararı ferdi yarara tercih edilmelidir” (“*Utilitas publica privatae praeferri debet*”)⁸⁴ ilkelerinin oydan yoksunluğun temelinde bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

TTK sisteminde limited şirketler oydan yoksun pay çıkaramazlar. Her pay, sahibine oy hakkı verir (TTK m. 618/f. 1). O halde, TTK sisteminde oydan yoksunluk, payın kaderine bağlı değildir. Bu nedenledir ki, oydan yoksunluğu ararken, payın oy hakkı bahsettiği kişinin şahsına bakmamız icap eder. Pay sahibi, bir genel kurul kararında oydan yoksun ise, oy hakkını kullanamaz. Ancak payın bir başka kişiye devredilmesi ya da pay üzerinde intifa hakkı kurulması hallerinde, payı devralan kişi ya da intifa hakkı sahibi oydan yoksun değilse, bu pay bu kişilere oy hakkı bahşedecektir⁸⁵.

Oydan yoksun pay sahibinin, tüm genel kurul kararlarında oy kullanamayacağını söylemek de doğru değildir. Öyle ki, oydan yoksunluk, kanunda öngörülen haller özelinde söz konusu olur. O halde, pay sahibi, bir genel kurul kararında oy hakkında yoksun iken, başka bir kararda oy hakkını haiz olabilir.

Önemle belirtmek gerekir ki, oydan yoksunluk halinde, pay sahibinin genel kuruldaki diğer hakları etkilenmez⁸⁶. Pay sahibi, oydan yoksun olsa dahi, genel kurula katılma hakkını haizdir⁸⁷. Zira, genel kurula katılma, or-

82 HELVACI Mehmet / ÇAMURCU Emin / TÜRKYILMAZ İsmail, “Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı”, Prof. Dr. Hamdi YASAMAN’a Armağan, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 311.

83 Erdoğmuş, 2011, s. 90.

84 Erdoğmuş, 2011, s. 149.

85 Bu ihtimalde, belirtilen durumlar, oydan yoksunluğun dolanılması anlamını taşımamalıdır.

86 Oydan yoksunluk sadece oy kullanmayı etkiler. Pay sahibinin genel kuruldaki diğer hakları, oydan yoksunluktan etkilenmez (Truffer / Dubs, 2012, s. 1811, N. 1; SIFFERT Rino / FISCHER Marc Pascal / PETRIN Martin, GmbH-Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR), Stampfli, Bern, 2008, s. 221, N. 8; KRATZ Brigitta, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG, in Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (Hrsg., ROBERTO Vito / TRUEB Hans Rudolf), 2. Auflage, Schulthess, Zürich, 2012, s. 162, N. 1a).

87 HIRSCH Ernst, Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul, 1948, s. 292; Teoman, 1983, s. 173; Pulaşlı, 2016, s. 393, N. 140; Bilgili / Demirkapı, 2013, s. 664; Şener, 2017, s. 511. Oy

taklar için vazgeçilemez nitelikte bir haktır⁸⁸. O halde, oydan yoksun pay sahibi, genel kurula katılabilir, görüş açıklayabilir⁸⁹. Ayrıca, bilgi alma ve iptal davası açma⁹⁰ gibi diğer yönetim haklarını da kullanabilir⁹¹. Hemen belirtelim ki, oydan yoksun pay sahibinin genel kurul kararına karşı iptal davası açabilmesi için, TTK m. 446/f. 1-a'da öngörülen “*toplantıda hazır bulunup da karara olumsuz oy verme*” şartı aranmasa da, yine aynı hükümdeki “*bu muhalefetin tutanağa geçirilmesi*” ibaresi gereği, ilgili karara muhalif olduğunu toplantı tutanağına geçirtmiş olmaları gerekir ve bu yeterlidir⁹².

Oy yasağı, sadece yoksunluğun söz konusu olduğu kişi bakımındandır⁹³. Payın devri halinde, oy hakkından yoksunluk, devralana intikal etmez⁹⁴.

Oydan yoksunluğun, hem olumlu oy vermeyi hem de olumsuz oy vermeyi kapsayacağı hususu, izahtan varestedir.

Türk hukukunda farklı olarak Alman hukukunda danışma kurulu bulunmaktadır. Alman hukukunda oy yasağı, sadece genel kurul kararında değil,

hakkından yoksun pay sahibinin genel kurula katılma hakkını sınırlandıran ya da kaldıran genel kurul kararları, butlan ile maluldür (**Korkut**, 2012, s. 104).

⁸⁸ **Bilgili / Demirkapı**, 2013, s. 663.

⁸⁹ **Truffer / Dubs**, 2012, s. 1811, N. 1; **Schmidt** ve diğ., 2010, s. 430, N. 31; **Pulaşlı**, 2016, s. 393, N. 140; **İmregün**, 1989, s. 137; GASSER Urs / EGGENBERGER Christian / STAUBER Richard, **OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, (Hrsg., KOSTKIEWICZ Jolanta Kren / NOBEL Peter / SCHWANDER Ivo / WOLF Stephan), 2. Auflage, Orell Füssli, Zürich, 2009, s. 1824, N. 1.

⁹⁰ Genel kurul toplantısına katılan oydan yoksun kişi, karara ilişkin muhalefetini tutanağa geçirmek şartıyla, bu karar aleyhinde iptal davası açabilir (**İmregün**, 1989, s. 137). Diğer şartların varlığı halinde, oy hakkından yoksun pay sahipleri de, genel kurul kararının iptalini dava edebilirler. TTK m. 446/f. 1-a'da “*toplantıda hazır bulunup da karara olumsuz oy veren*” ibaresi buna engel oluşturmaz (MOROĞLU Erdoğan, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, 7. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2014, s. 229).

⁹¹ **Teoman**, 1983, s. 173.

⁹² **Çamoğlu** ve diğ., 2014, s. 539, N. 741c; **Moroğlu**, 2014, s. 239; KIRCA İsmail (ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal / MANAVGAT Çağlar), **Anonim Şirketler Hukuku C. 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 183.

⁹³ **Schmidt** ve diğ., 2010, s. 429, N. 26.

⁹⁴ **Schmidt** ve diğ., 2010, s. 429, N. 27.

aynı zamanda ortakla ilgisi bulunmak kaydıyla danışma kurulu kararlarında da geçerlidir⁹⁵.

3. Üzerinde İntifa Hakkı Tesis Edilen Payda Oy Hakkından Yoksunluk

İlke olarak, devredilebilir ve yararlanmaya elverişli her hak üzerinde intifa hakkı kurulabilir⁹⁶. Limited şirket paylarının, devri mümkündür (TTK m. 595). Ayrıca limited şirket payları, sahiplerine birtakım mali haklar bahşeder. O halde, limited şirket payları üzerinde intifa hakkı tesis edilebilir. Nitekim, pay üzerinde intifa hakkı kurulabileceği, TTK m. 600/f. 1’de ifade bulmuştur.

İntifa hakkı sahibi, üzerinde intifa hakkı kurulan payı temsil eder (TTK m. 600/f. 3). Bu temsil, pay sahibinin menfaatine ve hakkaniyete uygun bir şekilde gerçekleştirilmelidir (TTK m. 600/f. 3). Aksi takdirde, intifa hakkı sahibi tazminat ile yükümlü olur (TTK m. 600/f. 3). TTK m. 600/f. 3, yeni ihdas edilmiş bir hükümdür. Bu hüküm ile, anonim şirketlere ilişkin düzenleme ile uyumun sağlanması hedeflenmiştir⁹⁷. TTK m. 600/f. 3’ün anonim şirketlerdeki karşılığını TTK m. 432/f. 2 teşkil eder. TTK m. 432/f. 2⁹⁸ uyarınca, üzerinde intifa hakkı kurulan payda oy hakkı, aksi kararlaştırılmamışsa, intifa hakkı sahibi tarafından kullanılır⁹⁹. Limited şirketlere uygulanacak anonim şirketlere ilişkin hükümleri belirten TTK m. 644’te ve kanunun diğer hükümlerinde, TTK m. 432’ye bir atıf bulunmamaktadır. Kanaatimizce, TTK m. 600/f. 3’te yer alan “*Bir esas sermaye payı üzerinde intifa hakkı bulunması halinde, pay intifa hakkı sahibi tarafından temsil edilir*” ifadesi, TTK m. 432/f. 1, c. 1’i kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. O

⁹⁵ Schmidt ve diğ., 2010, s. 430, N. 29.

⁹⁶ KENDİGELEN Abuzer, **Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı**, Beta, İstanbul, 1994, s. 33.

⁹⁷ Gerekçe TTK m. 600/f. 3.

⁹⁸ eTK m. 360/f. 4’te bu husus, “*Üzerinde intifa hakkı bulunan bir hisse senedinden doğan rey hakkı, intifa hakkı sahibi tarafından kullanılır*” şeklinde düzenlenmişti.

⁹⁹ Pay sahibinin oy hakkı olmasa da, paya ilişkin menfaatlerinin gözlemcisi olarak, genel kurula katılma hakkı bulunmaktadır (Çamoğlu ve diğ., 2014, s. 523, N. 715). TTK m. 425 uyarınca, pay sahibinin genel kurula katılma hakkı, oy hakkından bağımsızdır (TEKİNALP Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. Bası, Vedat, İstanbul, 2015, s. 296, N. 13-03; Bilgili / Demirkapı, 2013, s. 499).

halde, aksi kararlaştırılmadıkça¹⁰⁰, oy hakkı, intifa hakkı sahibi tarafından kullanılır¹⁰¹.

Pay sahipliği, kişiye oy hakkını bahşeder. Oydan yoksunluk paya ilişkin değil, payın sahibinin şahsına ilişkindir. Ayrıca, pay üzerinde intifa hakkına sahip kişi, pay sahibinin temsilcisi konumunda değildir¹⁰². İntifa hakkı sahibi, genel kurulda oy hakkının sahibidir ve bu hakkı kendi adına kullanır¹⁰³. Pay sahibi ise, payı üzerinde intifa hakkının kurulması ile birlikte, genel kurulda oy hakkından bizzat yararlanamaz¹⁰⁴. O halde, pay üzerinde intifa hakkı kurulmuşsa, oy hakkından yoksunluğun intifa hakkı sahibini ya da pay sahibini etkileyip etkilememesine bakılmalıdır¹⁰⁵. Eğer pay sahibi oydan yoksunluk durumuna düşmüşse, intifa hakkı sahibi oy kullanabilir¹⁰⁶. Buna karşın, oydan yoksunluk intifa hakkı sahibinin şahsında doğmuşsa, intifa hakkı sahibi de oy kullanamaz¹⁰⁷. Üzerinde intifa hakkı kurulan payda, oy hakkının pay sahibi tarafından kullanılacağı kararlaştırılmışsa, bu durumda oydan yoksunluk pay sahibinin şahsında aranmalıdır¹⁰⁸. Bu ihtimalde, intifa hakkı sahibi oydan yoksun olsa bile, oydan yoksun olmayan pay sahibi, genel kurulda oy kullanabilecektir¹⁰⁹.

Son olarak belirtmek gerekir ki, intifa hakkı sahibi genel kurulda oy hakkını kullanırken, pay sahibinin menfaatlerini hakkaniyete uygun bir şekilde gözetmekle yükümlüdür (TTK m. 600/f. 3). Aksi takdirde, intifa hakkı sahibi, pay sahibine karşı tazminat ile yükümlüdür (TTK m. 600/f. 3). O halde, intifa

¹⁰⁰ Bu kararlaştırma, oydan yoksunluk halinin dolanılması sonucunu doğurmamalıdır.

¹⁰¹ Yıldız, 2007, s. 221.

¹⁰² Kendigelen, 1994, s. 274.

¹⁰³ Kendigelen, 1994, s. 274; Çevik, 2003, s. 273; Bozgeyik / Karahan, 2013, s. 660.

¹⁰⁴ Pay üzerinde kuru mülkiyete sahip olan ortak, genel kurulda oy hakkından yararlanamasa da, genel kurula katılabileceği kabul edilir (Çamoğlu ve diğ., 2014, s. 540, N. 741d; Kendigelen, 1994, s. 274).

¹⁰⁵ NUSSBAUM Martin F (SANWALD Reto / SCHEIDEGGER Markus), **Kurzkomentar zum neuen GmbH-Recht**, Cosmos, Bern, 2007, s. 200, N. 8; Gasser ve diğ., 2009, s. 1825, N. 1; Siffert ve diğ., 2008, s. 221, N. 10.

¹⁰⁶ Nussbaum ve diğ., 2007, s. 200, N. 8; Gasser ve diğ., 2009, s. 1825, N. 1.

¹⁰⁷ Nussbaum ve diğ., 2007, s. 200, N. 8; Gasser ve diğ., 2009, s. 1825, N. 1; Siffert ve diğ., 2008, s. 221, N. 10.

¹⁰⁸ Kendigelen, 1994, s. 275.

¹⁰⁹ Kendigelen, 1994, s. 275.

hakkı sahibinin TTK m. 600/f. 3'e aykırı bir şekilde oy kullanması durumunda, kullandığı oy geçerlidir. TTK m. 600/f. 3'te öngörülen yükümlülük, oydan yoksunluk kapsamına girecek şekilde intifa hakkı sahibinin oy hakkını kullanması gerekliliğini öngörmez. Bir başka ifadeyle, pay sahibinin menfaati oydan yoksunluk kapsamında ise, intifa hakkı sahibi, oyunu kullanırken pay sahibinin menfaatine uygun davranmakla yükümlü değildir. Zira aksine yaklaşım oydan yoksunluk hükümlerinin çiğnenmesi anlamına gelir ve herkes yükümlülükle-rini yerine getirirken kanuna uygun hareket etmek durumundadır.

4. Tüm Ortakların Müdür Olduğu ve Tek Kişi Ortaklıkta Ortağın Müdür Olduğu Limited Şirketlerde TTK m. 619/f. 1'in Uygulanabilirliği Sorunu

İbra kararında oydan yoksunluk eTK m. 537'de "*Hakkında ibra kararı verilecek ortak, bu kararın ittihazında rey hakkını kullanamaz*" şeklinde düzenlenmişti. Bu konunun TTK m. 619/f. 1 düzenlemesi ise, anonim şirketlerde oydan yoksunluğa ilişkin eTK m. 374/f. 2'ye paralel şekilde düzenlenmiştir. TTK m. 619/f. 1 uyarınca, "*Herhangi bir şekilde şirket yönetimine katılmış bulunanlar*"¹¹⁰ müdürlerin ibralarına ilişkin kararlarda oy kullanamazlar". Limited şirketlerin yapısını ve tek ortaklı limited şirketlerin kurulabileceğini dikkate aldığımızda, bu düzenleme karşısında, müdürlerin ibra edilmemeleri sonucu doğabilir.

Gerçekten, ortaklıkta tüm ortakların müdür olması halinde, ilke olarak bu halde ibra kararı alınması mümkün olmayacaktır¹¹¹. Ancak, İsviçre doktrinindeki bir görüşe¹¹² göre, limited ortaklık sözleşmesinde, her bir müdür özelinde ibra kararı alınması kararlaştırılabilir. Bu durumda, diğer ortaklar, ilgili müdürün ibrası hakkındaki kararda oy kullanabileceklerdir¹¹³.

¹¹⁰ Hükümde geçen "*katılmış bulunanlar*" ibaresi hükmün uygulama alanını genişletmiştir. Bu ifade karşısında, ortak sıfatını haiz olmayan intifa hakkı sahibi de, şirket yönetimine katılmış ise, müdürlerin ibralarına ilişkin kararlarda oydan yoksun olacaktır (KENDİGELEN Abuzer, *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 531, N. 91).

¹¹¹ Tekinalp, 2015, s. 296, N. 13-04; Siffert ve diğ., 2008, s. 220, N. 3; Nussbaum ve diğ., 2007, s. 201, N. 13; Kratz, 2012, s. 162, N. 2.

¹¹² Nussbaum ve diğ., 2007, s. 201, N. 13.

¹¹³ Türk ve İsviçre hukukunda hakim olan görüşe göre, yönetim kurulu üyeleri/müdürler arasındaki müteselsil sorumluluk nedeniyle, bu kişiler, birbirlerinin ibralarında oy kullanamazlar

TTK ile birlikte tek ortaklı limited şirketlerin kurulabilmesinin önü açılmıştır. Tek ortaklı bir limited şirkette, ortağın müdür olması halinde, ilke olarak geçerli ibra kararı alınamayacaktır¹¹⁴. İsviçre doktrinindeki bir görüşe göre, bu durumda tek ortaklı limited şirketlerde, bu hüküm uygulanamaz¹¹⁵.

Tekinalp¹¹⁶ ve Şener'e¹¹⁷ göre, tek kişi ortaklıklarında, tek pay sahibinin yönetim kurulu üyesi/müdür olması halinde ya da bir ortaklığın tüm ortakları da yönetim kurulu üyesi/müdür olması halinde, ibra kararı alınamaz.

Kanaatimizce, bu hallerde, ibra kararı alınamaz. İbra kararının alınmaması, yönetim kurulu üyeleri/müdürlerin ibra edilmedikleri anlamını taşımaz. Öyle ki, bu hallerde, ibra ve dolayısıyla ibranın gerekliliğinden söz edilemez.

Bu hükmün bir diğer muhtemel sonucu ise, bu kararlar özelinde ortaklıkta azınlığın çoğunluğa tahakküm kurmasıdır. Öyle ki limited şirketlerde ortak sayısı genelde az sayıdadır. Örneğin, dört ortaklı bir limited şirkette, üç ortağın TTK m. 619/f. 1 uyarınca oydan yoksun olması çok olasıdır. Bu durumda, geriye kalan tek ortağın kararı, ortaklığın kararı olacak ve müdürlerin ibra edilip edilmemesi bu kişiye bağlı olacaktır. Bu hüküm uygulamasında çoğu kez, şirkette çok az hissesi bulunan kişi, ortaklık adına karar verici pozisyonuna gelebilir.

5. Yapısal Değişiklik İşlemlerinin İbra Sonucunu Doğurup Doğurmayacağı Sorunu

Bu bahiste, birleşme, bölünme ve tür değiştirmenin müdürlerin ibra edilmeleri sonucunu doğurup doğurmayacağını ele alacağız.

TTK m. 158'de birleşmeden sonra da ortakların sorumluluğunun devam edeceği, TTK m. 176'da bölünmeye katılan şirketlerin ikinci dereceden

(Teoman, 1983, s. 128, dpn. 39'da belirtilen yazarlar). Teoman'a göre, bu görüşe gerekçe olarak, sadece aralarındaki müteselsil sorumluluk gösterilmemeli, bunun yanı sıra, yönetim kurulu üyeleri/müdürler arasındaki karşılıklı dayanışma ve birbirlerini koruma, ileride birlikte çalışabilme düşüncesi gibi, kişisel ilişki ve unsurlar da dikkate alınmalıdır (Teoman, 1983, s. 128).

¹¹⁴ Siffert ve diğ., 2008, s. 220, N. 3.

¹¹⁵ Truffer / Dubs, 2012, s. 1810, N. 1.

¹¹⁶ Tekinalp, 2015, s. 296, N. 13-04.

¹¹⁷ Şener, 2017, s. 512.

sorumluluğu, TTK m. 177’de bölünmede ortakların kişisel sorumlulukları, TTK m. 180’da¹¹⁸ tür değiştirmede şirketin devamlılığı ve TTK m. 190’da tür değiştirmede ortakların kişisel sorumlulukları düzenlenmiştir. Ayrıca TTK m. 193/f. 1 uyarınca, “Birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemlerine herhangi bir şekilde katılmış bulunan bütün kişiler şirketlere, ortaklara ve alacaklılara karşı kusurları ile verdikleri zararlardan sorumludurlar.”

TTK’da yapısal değişikliklere ilişkin sorumluluk hükümlerinde, müdürlerin sorumluluklarına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu hususta, bilinçli boşluk değil, açık boşluk söz konusudur. Bu nedenle, ilke olarak, yapısal değişiklik işlemleri, bu işlemlerden öncesine ilişkin müdürlerin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Bu bilgiler ışığında, ilke olarak bu işlemlerin müdürlerin ibraları sonucunu doğurmadığını ifade edebiliriz. TTK’da aksi yönde herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır. O halde, ilke olarak, şirket yönetimine bir şekilde katılanlar, birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararlarında, TTK m. 619/f. 1 uyarınca oy hakkından yoksun değildirler.

6. Yapısal Değişiklik İşlemlerinden Sonra TTK m. 619/f. 1’in Uygulanması Sorunu

A. İbra Kararının Alınabilmesi Sorunu

Birleşme ve tam bölünme işlemleri şirketlerin sona ermesi sonucunu doğuracağından, şirket organları da ortadan kalkmış olur. Bu nedenle, bu şirketler bakımından müdürlerin ibralarından bahsedilemez. Buna karşın kısmi bölünmede bölünen şirket, tür değiştirmede dönüşen şirket varlığını muhafaza eder. Dolayısıyla, yapısal değişikliklerin müdürlerin ibraları sonucunu doğurmadığını da göz önünde bulundurduğumuzda, bölünen ya da tür değiştiren şirket müdürlerinin ibralarına ilişkin genel kurul kararı alınabilecektir.

B. Şirket Yönetimine Katılmış Olma Sorunu

TTK m. 619/f. 1 uyarınca, oydan yoksunluğun gündeme gelebilmesi için, kişilerin herhangi bir şekilde şirket yönetimine katılmış olmaları gerekir. Acaba birleşme, bölünme ve tür değiştirme sonucunda ortaya çıkan şirket, bu işlemlere katılan şirketlerin devamı niteliğinde midir? Esasında

¹¹⁸ TTK m. 180/f. 1 uyarınca, yeni türe dönüştürülen şirket eskisinin devamıdır.

yanıt aradığımız soru, bu işlemlere katılan şirketlerin yönetimine herhangi bir şekilde dahli olan kişilerin, daha sonra ortaya çıkan şirketlerde TTK m. 619/f. 1 uyarınca oydan yoksunluğu söz konusu mudur?

Birleşme, bölünme sonucu ortaya çıkan şirket, farklı bir tüzel kişiliğe sahiptir. Pay sahipliğinin ve üçüncü kişilere karşı sorumlulukların devamlılığı ilkesi, bu sonucu değiştirmez. Bu işlemler sonucu ortaya çıkan şirket ya da şirketler hukuken farklı kişilerdir. O halde, bu işlemlere katılan şirketlerin yönetimine herhangi bir şekilde dahli olan kişilerin, oluşan yeni şirket ya da şirketlerde, TTK m. 619/f. 1 anlamında oydan yoksunluğu söz konusu değildir.

Tür değiştirmede bir tüzel kişilik bulunmaktadır. Bu nedenledir ki, şirket malvarlığının devri söz konusu değildir¹¹⁹. Tür değiştiren şirket, sadece biçim değiştirmiş olur¹²⁰. Yeni türe dönüşen şirket, eskisinin devamıdır (TTK m. 180/f. 1). Tür değiştirmede hukuk süjesi devam eder¹²¹. O halde, tür değiştiren şirket yönetimine bir şekilde katılan kişilerin, yeni türe dönüşen şirkette TTK m. 619/f. 1 uyarınca ilgili kararlar bakımından oydan yoksun olduğunu ifade edebiliriz.

7. Bazı Hallerde TTK m. 619/f. 2'nin Uygulanabilirliği Sorunu

Oydan yoksunluk kurumunun amacı, ortaklık ile ortaklar arasında menfaat çatışmasının ortaya çıktığı durumlarda, pay sahiplerinin ve dolayısıyla ortaklığın korunmasıdır¹²². Bir başka ifadeyle, oydan yoksunluğun temel amacı, yoksun olan pay sahibi dışındaki pay sahiplerinin korunmasıdır. O halde ilke olarak, oydan yoksunluk hükümlerinin uygulanabilmesi için, menfaati korunmaya değer ortak ya da ortaklar bulunmalıdır¹²³. Zira, konusuz kalan bir hükmün uygulanabilmesi düşünülemez.

İBK m. 806/f. 2'deki (TTK m. 619/f. 2'deki) yasaklılık halinde, bazı durumlarda, hükmün uygulanması sorun teşkil edebilir¹²⁴. Örneğin, ortaklık

¹¹⁹ Tekinalp, 2015, s. 745, N. 26-01.

¹²⁰ Tekinalp, 2015, s. 745, N. 26-01.

¹²¹ Gerekçe TTK m. 180.

¹²² Botschaft (Gerekçe) İBK m. 806a.

¹²³ Truffer / Dubs, 2012, s. 1812, N. 6.

¹²⁴ Truffer / Dubs, 2012, s. 1812, N. 6.

tarafından devralınacak payların daha sonra hangi ortaklar tarafından devralınacağı belliyse veya bütün ortaklar oransal olarak bu payları devralacaksa veya şirket yalnızca tek¹²⁵ ortağa sahipse, işte bu durumlarda fıkra da öngörülen yasaklılık hali uygulanamayacaktır¹²⁶. Zira, anılan durumlarda, oydan yoksun ortak dışında menfaati korunmaya değer ortak ya da ortaklar bulunmamaktadır¹²⁷. Herkes bir şekilde yasaklılık haliyle ilintilidir¹²⁸. O halde, oy hakkından yoksunluk dikkate alınmadan, ilgili genel kurul oylaması yapılmalıdır.

8. Oydan Yoksunluk Hallerinde Sınırlı Sayı İlkesi ve Esas Sözleşmenin Etkisi

Oydan yoksunluk hallerinin kanunda tüketici bir şekilde sayılıp sayılmadığı, şirket sözleşmesinde başka oydan yoksunluk hallerinin öngörülüp öngörülemeyeceği ya da genel kurul kararıyla oy yasağının genişletilip genişletilemeyeceği hususları, gerek İsviçre¹²⁹ gerek Türk doktrininde tartışmalıdır.

İsviçre doktrinindeki hakim görüşe göre, oydan yoksunluk halleri, tüketici olarak düzenlenmiş olup, yalnızca kanunda belirtilen haller ile sınırlıdır¹³⁰. Şirket ana sözleşmesinde yeni bir oydan yoksunluk hali öngörülmesi mümkün değildir¹³¹. Aynı şekilde, ortaklarla başka menfaat çatışmaları durumunda da oy yasağı mevcut değildir¹³².

Bir diğer görüşe göre ise, haklı ve önemli hallere münhasıran ve özellikle ortaklıkta önemli menfaat çatışmalarının ortaya çıkabileceği hallerde başkaca oydan yoksunluk halleri öngörülebilir¹³³.

¹²⁵ Aynı şekilde, tüm ortakların paylarını devretmeleri halinde, bu fıkra anlamında oy hakkından yoksunluk uygulanamaz (Vogel / Honsell, 2014, s. 2584, N. 6).

¹²⁶ Truffer / Dubs, 2012, s. 1812, N. 6.

¹²⁷ Truffer / Dubs, 2012, s. 1812, N. 6.

¹²⁸ Truffer / Dubs, 2012, s. 1812, N. 6.

¹²⁹ Bu husus, eski düzenlemede olduğu gibi, yeni düzenlemede de tartışmalıdır (Gasser ve diğ., 2009, s. 1825, N. 3; Kratz, 2012, s. 162, N. 1a).

¹³⁰ Nussbaum ve diğ., 2007, s. 199, N. 3. Buna karşın, ortaklar oy haklarını kullanmayabilirler (Vogel / Honsell, 2014, s. 2583-2584, N. 2).

¹³¹ Nussbaum ve diğ., 2007, s. 200, N. 4.

¹³² Nussbaum ve diğ., 2007, s. 200, N. 4.

¹³³ Siffert ve diğ., 2008, s. 221, N. 6; Gasser ve diğ., 2009, s. 1825, N. 3.

Türk hukukunda bir görüşe göre oydan yoksunluk halleri yasada sınır-
layıcı bir şekilde sayılmıştır¹³⁴. Teoman’a göre, oydan yoksunluk halleri sı-
nırlı sayıda (*numerus clausus*) belirtilmiş olup ve TTK m. 434/f. 2 (eTK m.
373/f. 1, c. 1) uyarınca, her paya en az bir oy hakkı tanınmıştır¹³⁵. Her payın
en az bir oy hakkı kullanması olanağını ortadan kaldıran esas sözleşme hü-
kümeleri de, geçersiz sayılır¹³⁶. Ayrıca esas sözleşme ile, kanunda öngörülen
oydan yoksunluk hallerinin daraltılıp genişletilmesi de geçersizdir¹³⁷. Ano-
nim şirketler bakımından konuyu ele alan Teoman’ın bu görüşünün, limited
şirketler açısından da ileri sürüldüğü kabul edilebilir. O halde, yazara göre,
limited şirketlerde, oydan yoksunluk hali, TTK m. 619’da belirtilenlerden
ibarettir.

Doktrindeki bir diğer görüşe¹³⁸ göre ise, başkaca oydan yoksunluk hal-
leri söz konusu olabilir.

eTTK m. 537/f. 2’de bu hususa ilişkin bir düzenleme yer almaktaydı. Bu
hüküm uyarınca, şirket sözleşmesine, oy hakkından yoksunluğa ilişkin hü-
küm konulması geçersizdir. TTK’da ise bu hükme yer verilmemiştir. Mev-
cut sistemde konu, esas sözleşmeyle kanunun emredici hükümlerine aykırı
düzenleme yapılamayacağını öngören TTK m. 579/f. 1, her pay sahibinin oy
hakkını haiz olacağını öngören TTK m. 618/f. 1 ve oydan yoksunluk halleri-
ni düzenleyen TTK m. 619 kapsamında ele alınabilir.

TTK m. 619 hükmü emredicidir. İlke olarak, esas sözleşmenin, kanunun
limited şirketlere ilişkin emredici hükümlerinden sapabilmesi için, kanunda
buna açıkça izin verilmiş olması gerekir (TTK m. 579/f. 1). Hükümün gerek-
çesinde¹³⁹, “*kanunda açıkça izin verilmişse*” ibaresinin kapsamı açıklanmış-

¹³⁴ Şener, 2017, s. 740. Yazar bu görüşünü anonim şirketler bakımından ifade etmiştir. bkz.
Teoman, 1983, s. 135 vd.

¹³⁵ Teoman, 1983, s. 135, 136.

¹³⁶ Teoman, 1983, s. 136; TEKİL Fahiman, *Anonim Şirketler Hukuku*, İstanbul, 1993, s. 209.

¹³⁷ Teoman, 1983, s. 136.

¹³⁸ ÇAMOĞLU Ersin, “Limited Ortaklıktan Çıkarılma”, *BATİDER*, C. XXX, S. 3, 2014, s.
9, dpn. 7; CAN Ozan, “Bilgi Alma ve İnceleme Talebi Müdürler Tarafından Reddedilen
Limited Şirket Ortağının Genel Kurulda Oy Kullanıp Kullanamayacağı Sorusu Üzerine Dü-
şünceler”, *ABD*, S. 2015/2, 2015, s. 60.

¹³⁹ TTK m. 579’un gerekçesinde, anonim şirketlerdeki özdeş hüküm olan TTK m. 340’ın ge-
rekçesine atıfta bulunulmuştur.

tır¹⁴⁰. Gerekçeğe göre “hükümdeki ‘kanunda açıkça izin verilmişse’ ibaresi, maddenin lafzından ‘sapabilme’ imkanının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetten bir yorumla ‘sapabilme’ nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsamaktadır.” denilmektedir. Gerekçede yer alan bu ifadeleri, yeni bir oydan yoksunluk halinin mümkün olup olmadığı hususunda dikkate alabiliriz. O halde,

140 Kanun koyucunun sözcükleri seçerken ve kullanırken titiz davrandığı, bir karine olarak değerlendirilebilir. Bu karine, aksi ispat edilemeyecek nitelikte değildir. Ayrıca, kanunlarda “beyan hatası” na da rastlanabilir. Bu nedenledir ki, kanun koyucunun iradesi, kullandığı terimlerden önce gelir (HATEMİ Hüseyin, **Medeni Hukuk’a Giriş**, 7. Bası, Vedat, İstanbul, 2013, s. 82, N. 16 vd). Bir başka ifadeyle, kanun hükmünün özü, sözünden önce gelir. Şüphesiz ki, bir kanun hükmünün anlamı saptanırken, ilk hareket noktası hükmün sözüdür (OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, **Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, 21. Baskı, Vedat, İstanbul, 2015, s. 67, N. 237; **Bahtiyar**, 2017, s. 88). Buna karşın, hükmün sadece sözünü dikkate alarak, hüküm, getiriliş amacına aykırı olarak yorumlanamaz. Bu nedenledir ki, hükmün yorumu yapılırken, getiriliş amacı saptanmalıdır (Oğuzman / Barlas, 2015, s. 67, N. 237). “Kanun özüyle ve sözleriyle değiştiği bütün konularda uygulanır” diyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 1/f. 1 de, bu görüşün kanuni ifadesidir. Bu hüküm, hakime, kanun hükmünün sözünün, özüyle birlikte değerlendirilmesi görevi yükler (Oğuzman / Barlas, 2015, s. 70, N. 242). Hükümde kullanılan ifadeler, hükmün “ratio legis”i karşısında yetersiz kalıyorsa, genişletici yoruma başvurulması gerekir (Hatemî, 2013, s. 84, N. 24). Bu bilgiler ışığında, “TTK m. 340 ve 579’un gerekçesinin, kanun metnine tamamen aykırı olduğu” eleştirisine değinecek olursak, kanun koyucu, gerekçede, kanun metnindeki “kanunda açıkça izin verilmişse” ibaresinin ne anlama geldiğini açıklamıştır. Bu ibare nedeniyle, hükmün düzenlenişi bakımından, akla gelen eleştiriye katılmakla birlikte, gerekçe, hükmün getiriliş amacını ortaya koymaktadır. Kanun koyucunun amacını saptadıktan sonra, bu amaca aykırı olarak hüküm, yorumlanmamalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, hükmün gerekçesi dikkate alınmadan yorumlanması halinde, şirketler hukukundaki ihtiyaçlara bigane kalınır. Bu nedenledir ki, genişletici yorum ilkesine başvurmak suretiyle, hükmün, gerekçesi doğrultusunda yumuşatılması elzemdir (Aynı yönde bkz. KARASU Rauf, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, 2. Bası, Yetkin, Ankara, 2015, s. 50 vd; **Pulaşlı**, 2016, s. 285, N. 22; **Bilgili / Demirkapı**, 2013, s. 233 vd; **Korkut**, 2012, s. 91; **Şener**, 2017, s. 306. Aksi yönde bkz. BAHTİYAR Mehmet, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, **TBB Dergisi**, S. 61, 2005, s. 70 vd; ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal (KIRCA İsmail / MANAVGAT Çağlar), **Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 160-161). Ancak, hükümde geçen “açıkça” ifadesi nedeniyle, bu hususta yorum yapılırken, genel yorum kurallarına nazaran daha dikkatli olunması gerekir (Karasu, 2015, s. 51).

kanaatimizce, TTK m. 619’da düzenlenen yoksunluk hallerinin düzenleniş amacı ile örtüşen, hükmün kapsamı içerisinde değerlendirilebilen ve ortaklığın menfaatini¹⁴¹ gerekli kılan hallerde de, oydan yoksunluk gündeme gelebilir. Bir başka deyişle, oydan yoksunluk halleri, TTK m. 619’un düzenleniş amacıyla sınırlıdır.

Oydan yoksunluk hallerinin genişletilebileceği görüşü kabulünde de belirli hususlara dikkat edilmelidir. Gerçekten, şirket sözleşmesinde diğer yoksunluk hallerinin öngörülmesinde, her durumda şirket menfaatleri gözetilmeli ve oydan yoksunluk kurumunun doğasına uygun bir belirleme yapılmalıdır¹⁴².

TTK m. 619 kapsamında yer almayan ya da kurumun amacıyla örtüşmeyen yeni bir oydan yoksunluk hali öngörülemez. Bu türden bir kararlaştırma geçersiz olacaktır. Şirket esas sözleşmesinde, pay sahiplerinin salt kişisel niteliklerinden dolayı, yoksunluk hali öngörülmesi mümkün değildir¹⁴³. Ayrıca, esas sözleşmeyle, belirli kararlar bakımından pay sahiplerinin oy hakkından yoksunluğu öngörülemez¹⁴⁴. Pay sahibinin tamamen oy hakkından yoksun kılınması da evleviyetle (*a fortiori*) olanaklı değildir¹⁴⁵.

Oydan yoksunluk halleri dışında pay sahibinin, sözleşmeyle oy hakkından mahrum bırakılması mümkün değil iken, pay sahibine asgari oy hakkı (TTK m. 618/f. 1, c. 4 gereğince en az bir oy) bahşedecek şekilde oy hakkının sınırlandırılabilmesi mümkündür (TTK m. 618/f. 1, c. 3).

En başında her payın en az bir oy hakkı bahşettiği kuralını bertaraf eden bir anlaşmanın geçersiz olmasıyla, sahip olunan oy hakkının pay sahibi tarafından kullanılmamasının farklı şeyler olduğu izahtan varestedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, genel kurulda karar almaya, oy hakkına ve oy hakkının hesaplanmasına ilişkin kanuni düzenlemeden ayrılan

¹⁴¹ Oy hakkının sınırlandırılmasının temelinde “menfaatlerin çatışması” “die Interessenkollision” yatar. (Raiser / Weil, 2006, s. 542, N. 53). “Oy hakkından yoksunluk müessesesinin nedeni, bir kimsenin ilgili olduğu bir konuda oy verme durumunda kalırsa, oyunu, ortaklık çıkarlarından çok, kendi kişisel çıkarlarını düşünerek kullanacağı, hiç olmazsa tarafsız kalamayacağı düşüncesine dayanmaktadır.” (İmregün, 1989, s. 137).

¹⁴² Kratz, 2011, s. 162, N. 1a.

¹⁴³ Teoman, 1983, s. 138.

¹⁴⁴ Teoman, 1983, s. 159.

¹⁴⁵ Çeker / Karahan, 2013, s. 859.

hükümler, şirket sözleşmesinde öngörüldükleri takdirde bağlayıcıdır (TTK m. 577/f. 1).

9. Muhtemel Oydan Yoksunluk Halleri

A. Genel Olarak

Yukarıda da izah ettiğimiz üzere, oydan yoksunluk kurumunun doğasına uygun yeni yoksunluk hallerinin mümkün olabileceği kanısındayız.

Muhtemel yoksunluk hallerini iki başlık altında ele alacağız:

- TTK m. 619’da öngörülen yoksunluk halleri kapsamına giren oydan yoksunluk halleri (Bizatihi TTK m. 619 Anlamında Oydan Yoksunluk Halleri)
- TTK m. 619 kapsamına girmese de oydan yoksunluk kurumunun doğasına uygun oydan yoksunluk halleri (Öngörülmesi Gereken Oydan Yoksunluk Halleri)

İlk durumda, pay sahibinin ilgili kararlarda oydan yoksunluğu söz konusudur. Oydan yoksunluğun söz konusu olabilmesi için, yoksunluğa ilişkin kararlaştırmanın ayrıca yapılmasına gerek yoktur. Zira ilgili kararlar, TTK m. 619 anlamında oydan yoksunluk halleri kapsamında yer alır.

İkinci durumda ise, ilke olarak, pay sahibi ilgili kararlarda oy hakkına sahiptir. Zira bu tür kararlar TTK m. 619 anlamında oydan yoksunluk hali olarak değerlendirilemez. Ancak ilgili kararlar bakımından oydan yoksunluk hali esas sözleşmede öngörülmüşse, bu düzenleme kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmez¹⁴⁶. O halde, bu şekilde bir kararlaştırma mevcut ise, pay sahibi ilgili kararlarda oy hakkından yoksun olacaktır.

İlk durumda belirtilen hallere aykırılık halinde, oydan yoksunluğa aykırılığa ilişkin yaptırımlar uygulanır. Buna karşın, ikinci durumda gösterilen hallere aykırı olarak; örneğin oy kullanma ya da bu hallerde de oy kullanabilmeye ilişkin esas sözleşme düzenlemesi geçerli olacaktır.

¹⁴⁶ TTK m. 618’in, bu görüşümüzü ileri sürmede engel olacağı düşünülebilir. Fakat, TTK m. 579 ve gerekçesi ile oydan yoksunluk kurumunun amacı karşısında, TTK m. 618’in, bu hususta engel olamayacağı kanaatindeyiz.

B. TTK m. 619'da Öngörülen Yoksunluk Halleri Kapsamına Giren Oydan Yoksunluk Halleri

a. Bilançonun Onaylanmasına İlişkin Kararlarda Oydan Yoksunluk

Kanunda limited şirketler bakımından ne TTK m. 424'ün muadili bir hüküm ne de bu hükme atıf yapan bir hüküm bulunmaktadır. Buna karşın, TTK m. 644'te, ibraya ilişkin TTK m. 558'e ve TTK m. 610'da şirketin finansal tabloları (bilançosu) ve yedek akçelerine ilişkin anonim şirketler hükümlerine atıfta bulunulmuştur. O halde, limited şirketler için de TTK m. 424'ün uygulanacağını ifade edebiliriz.

TTK m. 424/f. 1 uyarınca, kararda aksine açıklık bulunmadığı takdirde, bilançonun onaylanmasına ilişkin genel kurul kararı, yönetim kurulu üyelerinin/müdür/lerin, yöneticilerin ve denetçilerin¹⁴⁷ ibrası sonucunu doğurur¹⁴⁸. Bununla birlikte bazı durumlarda alınan genel kurul kararı, ibra etkisini doğurmaz. Gerçekten, bilançoda bazı hususlar hiç ya da gereği gibi belirtilmemişse ya da bilanço şirketin gerçek durumunun görülmesine engel olacak bazı hususları içeriyorsa ve bu hususta bilinçli hareket edilmişse alınan genel kurul kararı, ibra sonucunu doğurmaz (TTK m. 424/f. 1).

O halde, bilançonun onaylanmasına ilişkin genel kurul kararı, ibra sonucunu doğuracak nitelikte ise, TTK m. 619/f. 1 anlamında oydan yoksunluk gündeme gelir¹⁴⁹. Bu nedenle, bu kararlar bakımında da, herhangi bir şekilde şirket yönetimine katılmış bulunanlar oy kullanamazlar. Hemen belirtelim ki, TTK m. 424'ün düzenleniş şekli nedeniyle, hükmün hangi hallerde uygulanacağı, sorun teşkil edecek niteliktedir¹⁵⁰. Dolayısıyla, hükümde belirtilen karara ilişkin oydan yoksunluk halinin varlığının tespiti de ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkacaktır.

¹⁴⁷ TTK sisteminde artık denetçiler, bir organ olarak görev yapmazlar. Yeni sistemde denetçilerin, ibra edilmesi söz konusu değildir. Denetçilerin hükümde yer alması, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi mi yoksa bir unutkanlık eseri mi olduğu gerekçeden anlaşılamamaktadır (**Kendigelen**, 2016, s. 324).

¹⁴⁸ “Örtülü ibra” niteliğindeki bu hükmün, hukuki sorumluluğa ilişkin tüm hükümlerin yer aldığı bölümde düzenlenmesi çok daha isabetli olurdu (**Kendigelen**, 2016, s. 323). Belirtmek gerekir ki, TTK m. 424, TTK m. 558'den farklı niteliktedir. Bu nedenle, bu iki hükmün aynı başlık altında birlikte yer alması mümkün değildir (**Tekinalp**, 2011, s. 309, N. 16-140).

¹⁴⁹ Anonim şirketler bakımından aynı yönde bkz. **Şener**, 2017, s. 512.

¹⁵⁰ **Kendigelen**, 2016, s. 323.

Son olarak belirtelim ki, Yargıtay 11. HD'nin bir kararına¹⁵¹ göre, bilançonun onaylanması ve ibra genel kurulda ayrı ayrı gündem maddeleri olarak ele alınıyorsa, bilançonun onaylanması ibra anlamına gelmez. O halde, bilançonun onaylanmasında müdürler oy haklarını kullanabilirler.

b. Sorumluluk Davasında Oydan Yoksunluk

TTK m. 619/f. 1 uyarınca, herhangi bir şekilde şirket yönetimine katılmış bulunanlar, müdürlerin ibralarına¹⁵² ilişkin kararlarda oy kullanamazlar. Acaba, müdürlere karşı açılan sorumluluk davasında da oydan yoksunluk söz konusu mudur?

Gerek İsviçre¹⁵³ gerek Türk¹⁵⁴ öğretisinde ve yargı kararlarında¹⁵⁵, bu hükümde öngörülen yoksunluk kuralının, yönetim kurulu üyelerinin/müdürlerin sorumluluğuna ilişkin davanın açılması¹⁵⁶ halinde de uygulanması ge-

¹⁵¹ Y. 11. HD, E. 1714, K. 2024, 17.04.1980, www.kazancı.com Erişim Tarihi: 25.11.2016.

¹⁵² Yönetim kurulu üyelerinin/müdürlerin ibrası, “*şahsi bir iş*” olarak değerlendirilemez. Bu nedendir ki, oydan yoksunluğa pay sahiplerinin yakınlarını da dahil etmek mümkün değildir (Teoman, 1983, s. 122). Y. 11. HD, E. 2013 / 13148, K. 2014 / 16463, 24.10.2014, www.kazancı.com Erişim Tarihi: 25.11.2016.

¹⁵³ İbraya ilişkin yasaklılık hali, sorumluluk ya da tazminat davası açılmasına ilişkin kararlarda da geçerlidir (Truffer / Dubs, 2012, s. 1810, N. 1; Kratz, 2011, s. 163, N. 3).

¹⁵⁴ POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku**, 11. Bası, Vedat, İstanbul, 2009, s. 589.

¹⁵⁵ “Ancak yönetim kurulu üyeleri için TTK.’nın 374. maddesinde öngörülen oydan yoksunluk kuralının, sorumluluğa ilişkin davanın açılması hakkındaki kararın oylanması halinde de uygulanması gerekir. Dairemizin kararları da bu yöndedir (08.05.2006 gün ve 2005/5156 E-2006/5293 K). Yine doktrinde de bu görüş kabul görmektedir. ‘Yönetim kurulu aleyhine sorumluluk davası açılıp açılmaması oylanırken TTK. 374/1. maddesi uygulanmalıdır. Ancak gerekçe TTK. 374/1. fıkradan değil, 2. fıkradan çıkarılır. Şöyle ki yönetim kurulu üyeleri kendi ibralarında oy kullanamayacaklarına göre, ibra edilmemenin tamamlayıcısı niteliğinde olan ve ibraya oranla daha ağır bir durumu ifade eden sorumluluk davasının oylamasında da bu hakka sahip olamazlar’ (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 11. Basım, s:589)” (Y. 11 HD, E. 2012 / 13035, K. 2014 / 4826, 13.3.2014, www.kazancı.com Erişim Tarihi: 25.11.2016).

¹⁵⁶ Anonim şirketin yönetim kurulu üyelerine karşı açacağı sorumluluk davasında genel kurul kararının gerekli olup olmadığı hususunda bkz. BAHTİYAR Mehmet, “Anonim Şirket Adına Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu”, **Seza Reisoğlu Armağanı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 393-414.

rektiği belirtilmiştir¹⁵⁷. Bu görüşe gerekçe olarak, sorumluluk davasının, ibra edilmemenin tamamlayıcısı niteliğinde olması ve ibraya oranla daha ağır bir durumu ifade etmesi gösterilmiştir. O halde, sorumluluk davasının oylamasında da karara konu olan yönetim kurulu üyesi/müdür, oy hakkını haiz değildir. Kanaatimizce bu şekilde bir yaklaşım, TTK m. 619/f. 1’in düzenleniş amacıyla uyumludur.

c. Bilgi Alma ve İnceleme Talebi Reddedilen Ortağın Buna İlişkin Genel Kurul Kararında Oydan Yoksunluğu

TTK m. 614/f. 1’de her ortağın, müdürlerden, şirketin bütün işleri ve hesapları hakkında bilgi vermelerini isteyebilme ve belirli konularda inceleme yapabilme hakkı düzenlenmiştir¹⁵⁸. TTK m. 614/f. 2’de ise, bu hakkın engellenebileceği öngörülmüştür. Engelleme, ortağın, elde ettiği bilgileri şirketin zararına olacak şekilde kullanması tehlikesi olduğu durumlarda söz konusu olacaktır (TTK m. 614/f. 2). Hükümde, engellemenin “*gerekli ölçüde*” olacağına dikkat çekilerek, engelleme düzeyi belirtilmiştir (TTK m. 614/f. 2). Müdürlerin engelleme kararı üzerine, ortak, konuya ilişkin genel kurul kararı alınmasını talep edebilir (TTK m. 614/f. 2). Ortak, genel kurulun haksız bir şekilde, bilgi alma ve inceleme hakkını engelleme yönünde karar verdiğini düşünüyorsa, konuyu mahkemeye taşıyabilir (TTK m. 614/f. 3). Bu husustaki mahkeme kararı, kesindir (TTK m. 614/f. 3). Bilgi alma ve inceleme hakkı, temsilci vasıtasıyla da kullanılabilir¹⁵⁹.

Şimdi de, bilgi alma ve inceleme talebi reddedilen ortağın, bu husustaki genel kurul kararında oy kullanıp kullanamayacağına değinelim. Hemen belirtelim ki, TTK’da bu hususta herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. TTK m. 619’da oydan yoksunluk hallerinin belirtilmiş olması ve oydan yoksunluğun istisnai bir durum teşkil etmesi nedeniyle, bilgi alma ve inceleme talebi reddedilen ortağın genel kurulda oy kullanabileceği düşünülebilir. Ancak konunun, “oydan yoksunluk” kavramının varlık nedeninin ve bilhassa

¹⁵⁷ TTK m. 644/f. 1-a uyarınca, müdür/lerin sorumluluğuna TTK m. 553 hükmü uygulanır.

¹⁵⁸ Anonim ortaklıklar bakımından konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA Arslan, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001, s. 1 vd.

¹⁵⁹ **Bilgili / Demirkapı**, 2013, s. 733.

TTK m. 619/f. 3'ün dikkate alınarak değerlendirilmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz¹⁶⁰.

Oydan yoksunluk hallerini düzenleyen TTK m. 619'un son fıkrasında, ortağın bağlılık yükümüne veya rekabet yasağına aykırı faaliyetlerde bulunmasını onaylayan kararlarda ilgili ortağın oy kullanamayacağı düzenlenmiştir. Kanun koyucunun bu hükmü getirmesindeki amacın tespiti, bu başlık altında esaslı sorumuzun cevabını bulma yönünde önem taşımaktadır.

Öncelikle şunu ifade edelim, TTK m. 619'un varlığını dikkate aldığımızda, ortaklar için, oy hakkı mutlak değildir¹⁶¹. TTK m. 619'da belirtilen oydan yoksunluk halleri dışında, genel hukuk prensiplerinin de oy hakkını sınırlayabileceği, öğretide kabul edilmektedir¹⁶². Öğretide; doğruluk ve güven kuralları, hakkın kötüye kullanılması yasağı ve hakların sakınılarak kullanılması, bu prensipler arasında sayılmaktadır.

Oy kullanma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin üç ölçüt ifade edilir. Bu ölçütler:

- Şirket menfaati ile pay sahibi menfaatleri arasında bir çatışma söz konusu olduğunda şirket menfaatlerine üstünlük tanınması gerekir.
- Oy hakkının sınırlandırılması, şirketin geleceği ve ekonomik yapısı için gerekli olmalıdır.
- Pay sahibinin oy hakkına yapılan müdahale, ölçülü olmalıdır.¹⁶³

Kanun koyucunun TTK m. 619/f. 3'ü öngörmesindeki amaç, şirketin zarara uğraması ihtimalini bertaraf etmektir¹⁶⁴. Şayet, bağlılık yükümüne ya da rekabet yasağına aykırı faaliyetlerde bulunmuş bir ortak, genel kurulda bu husustaki bir karar için oy hakkını haiz olursa, ortakların ve şirketin zarar görmesi ihtimali gündeme gelebilir. Zira, ortağın kendi aleyhine oy vermesi beklenmez ve limited şirketlerde ortak sayısını dikkate aldığımızda, ortağın oyu, kararlarda oldukça etkili olabilmektedir. Özetle, TTK m. 619/f. 3 hiç

¹⁶⁰ Aynı yönde bkz. *Can*, 2015, s. 56 vd.

¹⁶¹ *Can*, 2015, s. 57.

¹⁶² *Can*, 2015, s. 57.

¹⁶³ AKIN, Murat Yusuf, *Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu*, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası, İstanbul, 2002, s. 169-170; *Can*, 2015, s. 58.

¹⁶⁴ *Can*, 2015, s. 59.

düzenlememiş olsa idi ve bundan ötürü, bağlılık yükümüne ya da rekabet yasağına aykırı faaliyetlerde bulunmuş bir ortağa, bu hususa ilişkin genel kurul kararlarında oy hakkının tanınması gerektiği kabul edilseydi, bu durum şu sonuca çıkardı: Ortağın menfaatinin korumak için, diğer ortakların ve ortaklığın menfaatinin tehlikeye atılması.

Oydan yoksunluk hallerinin düzenlenmesindeki temel amaç, ortaklar ve ortaklığın korunmasıdır. Söz konusu hallerde, diğer ortakların ve ortaklığın menfaati, ortağın menfaatine tercih edilmektedir. Peşinen söylemek gerekirse, bilgi alma ve inceleme talebi reddedilen ortağın, bu konuya ilişkin genel kurul kararında oy kullanıp kullanamayacağı hususu, TTK m 619/f. 3 düzenlemesi paralelinde çözüme kavuşmalıdır. O halde, bilgi alma ve inceleme talebi reddedilen ortak, bu hususa ilişkin genel kurul kararında de lege ferenda oy kullanamamalıdır. Zira, TTK m. 619/f. 3'te kanun koyucu, ortaklığın menfaatinin, ortağın menfaatine tercih etmektedir. Esasında hükümde tercih edilen, ortaklığın zarara uğrama tehlikesinin bertarafıdır. Bilgi alma ve inceleme talebi reddedilen ortağın, bu husustaki genel kurul kararında oy kullanabileceği kabul edildiği takdirde, kararın ortak lehine çıkma ihtimali önemli ölçüde artar. Bu durumda, bilgi alma ve inceleme hakkı bulunmayan ortağın bu hakkı kullanması söz konusu olabilir. Sonuç olarak, şirkette kalması gereken bilgilerin, şirket dışına çıkması ile şirket menfaati olumsuz etkilenebilir.

C. TTK m. 619 Kapsamına Girmese de Oydan Yoksunluk Kurumunun Doğasına Uygun Oydan Yoksunluk Halleri

a. Payın Devrinde Oydan Yoksunluk

TTK m. 619/f. 2'de şirketin kendi esas sermaye payını iktisabına ilişkin kararlarda, esas sermaye payını devreden ortağın oy kullanamayacağı öngörülmüştür. Bu başlık altında yanıt aradığımız soru, şirketin esas sermaye payının iktisabı niteliğinde olmayan durumlarda, payını devreden ortağın oydan yoksun olup olmayacağına ilişkindir.

Oydan yoksunluğu ortağın menfaati ile ortaklığın menfaatinin çatıştığı durumlarda söz konusu olduğunu tespit etmiştik. O halde, payın devri, bu anlamda bir menfaat çatışmasına yol açabilir mi? Yoksa kanun koyucu, bilinçli bir şekilde, sadece şirketin kendi payını iktisabı sonucunu doğuran pay devrine ilişkin kararlarda, payını devreden ortağın oydan yoksunluğunu öngörmüştür?

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TTK m. 619/f. 2'ye doğrudan karşılık gelen bir hüküm anonim şirketler bakımından düzenlenmemiştir. Ayrıca, hüküm limited şirketler bakımından da TTK ile birlikte yeni ihdas edilmiştir. Hüküm, İBK m. 806a/f. 2'nin çevirisi niteliğindedir.

Anonim şirketler gibi limited şirketler de bir sermaye şirkettir. Anonim şirketlere nazaran limited şirketlerde, ortakların birbirlerine olan güven duygusu daha yüksektir. Öyle ki, limited şirketler genelde bir aile şirketi hüviyetindedir. Bir anlamda ortaklar, bu güven duygusu ile hareket edip limited şirketi kurarlar. Limited şirketlerde payın devrinin, anonim şirketlere nazaran daha zor olmasının nedenlerinde biri de budur. Ayrıca, TTK m. 595/f. 3 uyarınca, şirket sözleşmesinde başka bir şekilde kararlaştırılmamışsa, genel kurul sebep göstermeksizin, payın devrine onayı reddedebilir. Tüm bu bilgiler ışığında şunu ifade edebiliriz: Payın devrinde, ortak ile diğer ortakların ve ortaklığın menfaati çatışabilir. Oydan yoksunluk kurumu, tam da bu çatışmanın yaşanma ihtimalinin olduğu kararlar bakımından öngörülmüştür. O halde, payın devrine ilişkin genel kurul kararlarında oydan yoksunluk tartışmaya açılmaya değer bir husustur.

Kanunda öngörülen oydan yoksunluk hallerini dikkate aldığımızda, oydan yoksunluğun söz konusu olabilmesi için, ortakların ve ortaklığın mutlak bir tehlike ile karşı karşıya olması gerekmez. Ortaklar ve ortaklığın menfaati muhtemel bir tehlike ile karşı karşıya ise, oydan yoksunluk gündeme gelir. Payın devri halinde, payı devralan kişinin kim olduğu diğer ortaklar bakımından oldukça önemlidir. Limited şirketin ortaklık yapısını da dikkate aldığımızda, payın devri halinde, diğer ortaklar, tercih etmeyecekleri kişiler ile bir ortaklığın içinde kendilerini bulabilirler.

Payın devrinin onayına ilişkin genel kurul kararı, TTK m. 620 uyarınca, toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğuyla alınır. Görüldüğü üzere, payın devri halinde, olumsuz etkilenme ihtimali olan ortaklar ciddi bir oran teşkil edebilir.

Tüm bu nedenlerle, kanaatimizce, şirket esas sözleşmesinde, payın devri halinde, payını devreden ortağın oydan yoksun olacağına ilişkin bir hüküm öngörülebilir. Bu şekilde bir düzenlemenin, emredici hükümlere aykırı olmadığını düşünmekteyiz. TTK m. 340'ın gerekçesi¹⁶⁵ de görüşümüzü des-

¹⁶⁵ “Hükümdeki ‘kanunda açıkça izin verilmişse’ ibaresi, maddenin lafzından ‘sapabilme’ imkanının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini

tekler niteliktedir. O halde, payını devreden kişi ilgili kararda oy kullanamayacaktır. Buna karşın, esas sözleşmede payın devrinde oydan yoksunluğa ilişkin bir düzenleme yapılmamış ise, payını devreden kişi, payın devrine ilişkin kararda oy kullanabilmelidir. Zira payın devri, TTK m. 619'da öngörülen oydan yoksunluk halleri kapsamında değerlendirilemez. Ancak esas sözleşmede payın devrinde oy hakkından yoksunluğun öngörülmesi de, oydan yoksunluk kurumunun amacı ile örtüştüğünden emredici hükümlere aykırı olmadığı kanaatindeyiz.

b. Ortaklıktan Çıkarmada Oydan Yoksunluk

Limited şirketin ortağının, ortaklıktan çıkarılabileceği haller¹⁶⁶ TTK m. 640'da düzenlenmiştir. TTK m. 640/f. 1 uyarınca, şirket sözleşmesinde, bir ortağın şirketten çıkarılabileceği sebepler öngörülebilir. O halde, çıkarma halleri, şirket sözleşmesi ile düzenlenebilir. Bununla birlikte, TTK m. 640/f. 3, m. 616/f. 1, m. 616/f. 2-f, m. 621/f. 1-h hükümleri ışığında, haklı sebeplerin varlığı da, ortağın ortaklıktan çıkarılması sonucunu doğurabilir¹⁶⁷. Ortaklıktan çıkarma sebebi ne olursa olsun, çıkarma kararının alınabilmesi için, bu yönde bir genel kurul kararına ihtiyaç vardır.

Bu bahiste yanıtı aradığımız soru, ortağın kendisinin ortaklıktan çıkarılmasına ilişkin genel kurul kararında oy hakkını haiz olup olmadığıdır.

Çamoğlu'na¹⁶⁸ göre, TTK'da bu yönde açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, bu konuda, bilinçsiz bir boşluk söz konusudur. Burada kanunun koyucunun sessizliği, çıkarılmak istenen ortağın ilgili karara ilişkin oy hakkını haiz olduğu çıkarımına yol açmaz. Zira bu çıkarım, hukukun temel ilkelerinden olan “hiç kimse kendi davasının hakimi olamaz” (“*Nemo debet esse iudex in propria causa*”) ilkesine aykırıdır¹⁶⁹. Kollektif şirketlerde

gözetin bir yorumla ‘sapabilme’nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsamaktadır.” (Gerekçe TTK M. 340).

¹⁶⁶ Limited ortaklıkta çıkarma sebepleri, yasal çıkarma nedenleri ve ortaklarca kabul edilen (iradi) çıkarma nedenleri olarak ikiye ayrılır (Çamoğlu, 2014, s. 6).

¹⁶⁷ KIRCA İsmail / GÜREL Murat, “Limited Şirket Ortağının Kendisini Çıkarmaya Yönelik Genel Kurul Kararının Alınmasında Oy Hakkına Sahip Olup Olmadığı Sorunu”, **BATİDER 60. Yıl Armağanı**, Ankara, 2015, s. 197.

¹⁶⁸ Çamoğlu, 2014, s. 9.

¹⁶⁹ Bu ilkenin, ortağın oydan yoksun bırakılması için bir gerekçe oluşturmayacağına ilişkin bkz. **Kırca / Gürel**, 2015, s. 221.

ortağın çıkarılmasını düzenleyen TTK m. 255, bu hususta, limited şirketler bakımından da kıyasen uygulanır¹⁷⁰. Bu hüküm uyarınca, ortağın şirketten çıkarılmasına, diğer ortaklar karar verir (TTK m. 255/f. 1). O halde, ortaklıktan çıkarılmak istenen ortak, buna ilişkin genel kurul kararında de lege ferenda oy hakkını haiz olmamalıdır¹⁷¹.

Öğretide hakim görüş¹⁷², çıkarılmak istenen ortağın, ilgili kararda oy hakkını haiz olduğu yönündedir. Bu görüşün temel gerekçesi ise, oydan yoksunluk hallerini düzenleyen TTK m. 619'da bu hususa ilişkin bir hükmün öngörülmemesidir¹⁷³.

Yargıtay 11. HD. limited şirkette ortaklıktan çıkarmaya ilişkin bir kararında¹⁷⁴, mütemerrid ortağın ortaklıktan çıkarılmasına ilişkin genel kurul kararı şahsı ile ilgili olduğu için, oy hakkının bulunmadığı sonucuna varmıştır.

Payın devrine ilişkin görüşümüz, ortaklıktan çıkarmaya ilişkin genel kurul kararında çıkan ortağın oy hakkı hususunda da geçerlidir¹⁷⁵.

10. Temsil İlişkisinde Oydan Yoksunluk Sorunları

A. Yoksun Oyun Temsilci Tarafından Kullanılıp Kullanılamayacağı

Peşinen ifade etmek gerekirse, oydan yoksun olan pay sahibinin, bu paylardaki oy hakkını, bir temsilci aracılığıyla kullanabilmesi mümkün değildir¹⁷⁶. Bir diğer deyişle, oydan yoksunluk, temsili de kapsar¹⁷⁷. Öyle ki,

¹⁷⁰ Aksi yönde bkz. **Kırca / Gürel**, 2015, s. 218.

¹⁷¹ **Çamoğlu**, 2014, s. 9, dpn. 7.

¹⁷² **Tekinalp**, 2015, s. 563, N. 21-44; **Şener**, 2017, s. 770; **Bilgili / Demirkapı**, 2013, s. 771.

¹⁷³ **Şener**, 2017, s. 770.

¹⁷⁴ “Somut olayda ortağın sermaye borcunu ödemede temerrüde düşmesi ve iki süreli uyarıya rağmen borcunu ödememesi üzerine, çıkarmaya ortaklar kurulu karar verir. Mütemerrid ortağın ortaklıktan çıkarılmasındaki şahsi alakasına binaen oy hakkından mahkum olduğu gibi, oy hakkının mesnedi olan sermaye miktarı da nisaba ithal edilemez.” (Y. 11. HD, E. 2009 / 13492, K. 2011 / 6486, 27.05.2011, www.lexpera.com.tr Erişim Tarihi: 25.11.2016).

¹⁷⁵ İlgili kısım için bkz. II-9-C-a.

¹⁷⁶ **İmregün**, 1989, s. 138; TTK m. 433/f. 1, bu görüşü doğrulamaktadır. **Teoman**, 2012a, s. 290. **Teoman**, 1983, s. 167; **Kendigelen**, 1994, s. 275; **Yıldız**, 2007, s. 226; **KARAMAN-LIOĞLU Argun**, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Genel Kurul Toplantısında Temsili**, Vedat, İstanbul, 2016, s. 320-321; **Truffer / Dubs**, 2012, s. 1810, N. 1; **Siffert ve diğ.**, 2008, s. 222, N. 11.

¹⁷⁷ **Nussbaum ve diğ.**, 2007, s. 200, N. 9; **Kratz**, 2011, s. 162, N. 1a.

ne TTK'da bu hususa ilişkin bir hüküm bulunmakta ne de TBK'nın temsile ilişkin hükümleri (TBK m. 40 vd) buna cevaz vermektedir¹⁷⁸. Aksine kabul, oydan yoksunluğa ilişkin kanun hükümlerinin dolanılması anlamına gelir¹⁷⁹. Nitekim, bu durum ile ilgili bir düzenleme TTK m. 433'te yer almaktadır. Ayrıca, temsile ilişkin bu görüş, payların mülkiyetinin inançlı bir biçimde geçirilmesi ya da zilyedliğin sadece genel kurulda oy kullandırtmak amacı ile devredilmesi durumunda da geçerlidir. Bir başka deyişle, bu hallerde de, yoksun oya binaen, genel kurulda oy kullanılması mümkün değildir. Buna karşın, oydan yoksun olan bir pay sahibi, genel kurul toplantısında sadece görüşlerini açıklamak üzere temsilci tayin edebilir¹⁸⁰. Zira oydan yoksun pay sahibi, genel kurula katılma ve görüş açıklama hakkını haizdir.

B. Yoksunluğu Söz Konusu Olan Kişinin Temsilci Sıfatı İle Oy Kullanabilip Kullanamayacağı

Oydan yoksunluğa ilişkin yanıt bulması gereken bir soru da, oydan yoksun olan kişilerin başkalarını temsilen oy kullanabilip kullanamayacağına ilişkindir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, TTK'da bu hususa ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Türk-İsviçre doktrindeki hakim olan görüşe göre, yoksunluğu söz konusu olan pay sahibi, temsilci sıfatıyla oy kullanamaz¹⁸¹. Yazarların sundukları gerekçe ise, temsilcinin tarafsız kalmasının mümkün bulunmadığı ve kendi kişisel menfaatini gözetmektedir.

Türk doktrininde Arslanlı'ya¹⁸², Kalpsüz'e¹⁸³, Teoman'a¹⁸⁴, Karamanlıoğlu¹⁸⁵ göre, oydan yoksun olan bir pay sahibi, temsilci sıfatıyla oy kullanabilir. Teoman görüşüne ilişkin gerekçeyi şu şekilde ifade eder: “*yürürlükteki hukukumuzda bu tür bir hüküm bulunmadığına, hatta temsil yetkisi veren*

¹⁷⁸ Teoman, 1983, s. 167

¹⁷⁹ Siffert ve diğ., 2008, s. 222, N. 11.

¹⁸⁰ Teoman, 1983, s. 175.

¹⁸¹ İmregün, 1989, s. 137; Çamoğlu ve diğ., 2014, s. 410-411, N. 614a, 614b; Karamanlıoğlu, 2016, s. 323, dpn. 784'te belirtilen yazarlar.

¹⁸² Arslanlı, 1960, s. 55.

¹⁸³ KALPSÜZ Turgut, “Bilanço ve Oy Kullanma Esaslarına Aykırılık Sebebiyle Genel Kararının İptali”, BATİDER, C. X, S. 1, 1979, s. 39-41.

¹⁸⁴ Teoman, 1983, s. 172.

¹⁸⁵ Karamanlıoğlu, 2016, s. 325.

kimsenin, temsil olunan adına ifa edeceği işte kişisel menfaatinin söz konusu olmaması gerektiğini öngören bir kural da yer almadığına ve nihayet BK m. 30/f. 1(TBK m. 40/f. 1) uyarınca oydan yoksun ortağın kullandığı oy temsil ettiği pay sahibinin adına kullanılmış sayılacağına göre..”.

Kanun koyucunun oydan yoksunluk hallerini öngörmesindeki temel amaç, pay sahibinin belirli kararlarda oy hakkını haiz olması durumunda diğer pay sahiplerinin ve dolayısıyla ortaklık menfaatinin zarara uğrama tehlikesi belirebileceğinden, bunun bertaraf edilmesidir. Oydan yoksun olan bir pay sahibi, bir başka pay sahibi tarafından temsilci olarak atandığında, temsilcinin görüşü hilafına oyunu kullanabilir. Bir başka ifadeyle, bu durumda, genel kurulda iradesi yansıyan kişi, kanunun, o gündem maddesi için oydan yoksun kıldığı kişi olabilir. Bu da, oydan yoksunluk hallerinin öngörülmesindeki amaç ile bağdaşmaz. Gerçekten, TTK m. 427/f. 1 uyarınca, temsilcinin talimata aykırı oy kullanması, kullandığı oyu geçersiz kılmaz. O halde, temsilcinin talimata aykırı oy kullanması nedeniyle, genel kurul kararının kesin hükümsüzlüğü ya da iptal edilebilirliği söz konusu değildir¹⁸⁶. Temsilcinin talimata aykırı oy kullanması, iç ilişkide etkilidir¹⁸⁷. Temsil olunan ile temsilci arasındaki iç ilişki de, oydan yoksunluk hususundaki bu tartışmada dikkate alınamaz. Ayrıca, tekrar hatırlatmak gerekirse, oydan yoksun olan paylar değil, kişilerdir. Oydan yoksun kılınan kişiye, temsil ilişkisiyle oy kullandırmak, oydan yoksunluk kurallarının dolanılması anlamına gelir. Bu nedenledir ki, oydan yoksun bir pay sahibinin, temsilci sıfatı ile oy kullanamayacağını düşünmekteyiz.

Konuya ilişkin görüşümüz bu şekilde olmakla birlikte anonim şirketlerde oydan yoksunluğu düzenleyen TTK m. 436/f. 2’ye değinmek istiyoruz. eTK m. 374/f. 2, c. 1’de bu hüküm “*Şirket işlerinin görülmesine herhangi bir suretle iştirak etmiş olanlar, idare meclisi azalarının ibrasına ait kararlarda rey hakkını haiz değildirler*” şeklinde öngörülmüştü. Hüküm, TTK m. 436/f. 2’de ise, “*şirket yönetim kurulu üyeleriyle yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişiler; yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmelerine ilişkin kararlarda kendilerine ait paylardan doğan oy haklarını kullanamaz*” ifadeleri ile düzenlendi. Burada dikkat çekmek istediğimiz ibare, “*kararlarda kendilerine ait paylardan doğan oy haklarını*” dır. O halde, bu kişiler, başka bir pay sahi-

¹⁸⁶ Karamanhoğlu, 2016, s. 504.

¹⁸⁷ Karamanhoğlu, 2016, s. 504.

binin temsilcisi sıfatıyla, söz konusu kararlara ilişkin oy kullanabileceklerdir¹⁸⁸. Zira kanun koyucu bu yöndeki iradesini, hükmü yeniden düzenlerken göstermiştir. Limited şirketlerde oydan yoksunluk hallerinde ise, bu şekilde bir kanuni ifade olmadığından, bu konuya ilişkin genel görüşümüz geçerlidir.

C. Limited Şirkette Pay Sahibi Olan Tüzel Kişilerin, Müdürler Kurulundaki Temsilcilerinin İbrasında Oy Kullanabilip Kullanamayacakları Sorunu

Limited şirkette pay sahibi olan tüzel kişilerin, yönetim kurulundaki temsilcilerinin ibrasında oy kullanabilip kullanamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Tartışmalara geçmeden önce TTK m. 619/f. 1'i hatırlatmakta yarar vardır. Bu hüküm uyarınca, müdürlerin ibralarına ilişkin kararlarda oydan yoksunluğun gündeme gelebilmesi için, herhangi bir şekilde şirket yönetimine katılmış bulunmak gerekir¹⁸⁹.

Doktrinde bir görüşe göre¹⁹⁰, pay sahibi tüzel kişiler, müdür olan temsilcilerinin ibrasında oy kullanamaz. Zira, tüzel kişi ortak, şirket yönetimine temsilcisi vasıtasıyla katılmıştır. Bu nedenle, tıpkı gerçek kişi pay sahipleri gibi eTK m. 374/f. 2¹⁹¹ (limited şirketler bakımından TTK m. 619/f. 1) uyarınca, oydan yoksun sayılmaları gerekir.

Bir diğer görüşe göre¹⁹², temsilci ile tüzel kişi arasında organik bir bağ bulunmamaktadır. Bu nedenle, tüzel kişi, temsilcinin işlemlerinden sorumlu tutulamaz. Ayrıca, genel kurulun ibra kararı, sorumluluk davalarını tamamen etkilememektedir. Öyle ki, ibra kararı, sadece ortaklığın dava hakkını ortadan kaldırır, pay sahipleri ile alacaklıların dava hakkını ise etkilemez.

¹⁸⁸ Aynı yönde bkz. **Karamanhoğlu**, 2016, s. 330.

¹⁸⁹ eTK m. 374/f. 2'de bu husus benzer bir şekilde düzenlenmişti. Ancak TTK m. 436/f. 2'de, oydan yoksun olan kişiler, “*şirket yönetim kurulu üyeleriyle yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişiler*” olarak belirtilmiştir.

¹⁹⁰ **Schucany**, G.: Die Vertreter juristischer Personen im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, Zürich, 1949, s. 110 (naklen TANDOĞAN Haluk, “Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili”, **BATİDER**, C. I, S. 1, 1961, s. 31).

¹⁹¹ Bu hüküm için ifade edilen görüş, TTK m. 619/f. 1 için de geçerlidir.

¹⁹² **Tandoğan**, 1961, s. 32-34; **ÇAMOĞLU Ersin**, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s. 208.

Tüm bu nedenlerle, eTK m. 374/f. 2, pay sahibi tüzel kişilerin, yönetim kurulundaki temsilcilerinin ibrasında oy kullanmasına engel teşkil etmez.

TTK m. 619/f. 1 uyarınca, “*herhangi bir şekilde şirket yönetimine katılanlar, müdürlerin ibralarına ilişkin kararlarda oy kullanamazlar*”. Hükümün kapsamına temsil yoluyla şirketin yönetimine katılan pay sahiplerinin de gireceği kanısındayız. Bu durumda, şirket yönetimine temsilci vasıtasıyla katılan tüzel kişi pay sahipleri de oydan yoksun olacaktır. Sonuç olarak, herhangi bir şekilde yönetime katılmış olan tüzel kişi pay sahibi, müdürlerin ibralarına ilişkin kararlarda oy kullanamaz. Tüzel kişi pay sahibini temsilen şirket yönetimine katılan, farklı bir kişi olsa dahi görüşümüz değişmeyecektir. Zira TTK m. 619/f. 1, pay sahibinin yönetime katılması nedeniyle, müdürlerin ibralarına ilişkin kararlarda oydan yoksunluğu düzenler.

Yargıtay 11. HD.’nin vermiş olduğu bir kararda, doktrinde tartışmalı olan bu sorunu, olumlu cevaplandırmıştır¹⁹³.

11. Oydan Yoksunluğun Nisaplar Üzerindeki Etkisi

A. Toplantı Nisabı Bakımından

TTK’da limited şirketler bakımından genel kurul toplantı nisabına ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir¹⁹⁴. O halde, limited şirketler genel kurulu nisapsız olarak toplanır. Hemen belirtelim ki, gündemde özel nisap gerektiren maddeler bulunduğu takdirde, doğal olarak buna ilişkin kararların alınabilmesi için belirli sayıda çoğunluğun toplantıda olması icap eder. Hal böyle olunca da, oydan yoksunluğun, limited şirketlerde toplantı nisabına etkisinden söz edilemez.

B. Karar Nisabı Bakımından

Limited şirketlerde genel kurulda karar nisabı, TTK m. 620, 621’de düzenlenmiştir. Karar nisabının belirlenmesinde TTK m. 620/f. 1’deki “*toplantıda temsil edilen oyların*” ibaresi ve TTK m. 621/f. 1’deki “*temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan sermayenin tamamının*” iba-

¹⁹³ Y. 11 HD, 1982/1360-1996, 29.4.1982, TEOMAN Ömer, “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu Konusundaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Tüm Makalelerim Cilt I-II (1971-2001)**, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 621.

¹⁹⁴ **Bilgili / Demirkapı**, 2013, s. 670; **Biçer / Hamamcıoğlu**, 2017, s. 79.

resini dikkate aldığımızda, oydan yoksunluğun karar nisabını etkileyeceğini ifade edebiliriz. Zira, “*temsil edilen oylar*” ibaresi, bir genel kurul kararında kullanılmaları prensip olarak mümkün bulunan oy hakları olarak anlaşılmalıdır¹⁹⁵. O halde, oydan yoksunluk halinde, yoksun oylar hesaba katılmaz¹⁹⁶. Örnek olsun, esas sermayesi 1.000.000 TL olan limited şirkette, 250.000 TL’lik paya sahip olan ortak oydan yoksundur. Tüm pay sahiplerinin genel kurulda bulunduğu bir toplantıda, TTK m. 620/f. 1 uyarınca bir karar alma söz konusu ise, kararın alınabilmesi için 750.000 TL’lik payın salt çoğunluğunun varlığı aranır.

12. Oydan Yoksunluğa Aykırılık Halinde Muhtemel Yaptırımlar

A. Şirket Sözleşmesi İle Oydan Yoksunluk Hali Öngörülmesinin Şirketin Kuruluşuna Etkisi

Anonim şirketin aksine, limited şirketin kuruluşunda Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’ndan izin alınması şartı yoktur¹⁹⁷. Şirket esas sözleşmesinde yeni bir oydan yoksunluk kuralı düzenlenmesi halinde, bu durum, şirket sözleşmesinin ticaret siciline tescili aşamasında tespit edilebilir. Zira, TTK m. 32/f. 2 uyarınca, şirket sözleşmesinin emredici hükümlere aykırı olup olmadığı ve söz konusu sözleşmenin kanunun bulunmasını şart koştuğu hükümleri içerip içermediği, ticaret sicil müdür tarafından incelenir. Şirket esas sözleşmesinde, emredici hükümlere aykırı olarak yeni bir oydan yoksunluk hali düzenlenmesi durumunda¹⁹⁸, buna ilişkin kayıt içeren şirket sözleşmesinin, sicil memurları tarafından tescili yapılmamalıdır. Ancak gerekli değişikliğin yapılması kaydıyla, şirket sözleşmesi sicile tescil edilmelidir.

Belirtilen şekilde emredici hükümlere aykırı olan esas sözleşmeye rağmen şirketin tescili bir şekilde yapılmış ise, şirketin butlanına ya da yoklu-

¹⁹⁵ von STEIGER Fritz, *İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku*, Fakülteler Matbaası, (çev. T. ÇAĞA), İstanbul, 1968, s. 228-229.

¹⁹⁶ von Steiger (çev. Çağa), s. 229; Biçer / Hamamcıoğlu, 2017, s. 113; Truffer / Dubs, 2012, s. 1811, N. 1; Siffert ve diğ., 2008, s. 221, N. 7.

¹⁹⁷ Bilgili / Demirkapı, 2013, s. 629.

¹⁹⁸ “Emredici hükümlere aykırı olarak yeni bir oydan yoksunluk hali düzenlenmesi”nden kastımız, TTK m. 619’da belirtilen oydan yoksunluk halleri ve TTK m. 619 kapsamına girmese de oydan yoksunluk kurumunun doğasına uygun oydan yoksunluk halleri dışında kalan, düzenlemelerdir.

ğuna karar verilemez (TTK m. 644/f. 1-b atfıyla TTK m. 353/f. 1 gereğince). Zira, burada işlem güvenliğinin korunması için, tescilin her türlü hukuki sakatlığı onarması ilkesi caridir¹⁹⁹. Bu ilke anonim/limited şirketler hukukunun temel ilkesidir²⁰⁰.

Oydan yoksunluk hükümlerine aykırılık nedeniyle, şirketin feshi talep edilemez. Öyle ki, şirketin feshinin talep edilebilmesi için, alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatlerinin önemli ölçüde tehlikeye düşmüş olması ya da ihlal edilmiş olması gerekir (TTK m. 353/f. 1). Esas sözleşme- de yer alan bu hükümler geçersiz/yazılmamış sayılır.

B. Oydan Yoksunluk Hali Öngören Genel Kurul Kararının Geçersizliği

Kanunun emredici hükümlerine aykırı genel kurul kararları batıldır²⁰¹. Batıl kararlar, hukuken mevcut değildir²⁰². Gerek oy hakkı (TTK m. 618/f. 1, c. 4) gerek oy hakkından yoksunluğa (TTK m. 619) ilişkin hükümler emredicidir. O halde, şirket esas sözleşmesinde yapılacak bir değişiklikle yeni bir oydan yoksunluk hali getiren genel kurul kararı, batıldır²⁰³. Pay sahipleri, bu genel kurul kararının batıl olduğunu, tespit²⁰⁴ davası yoluyla ileri sürülebilirler (TTK m. 448/f. 1)²⁰⁵. Bu davanın ileri sürülmesi, herhangi bir süreye tabi değildir²⁰⁶.

¹⁹⁹ Gerekçe TTK m. 353.

²⁰⁰ Gerekçe TTK m. 353.

²⁰¹ Çamoğlu ve diğ., 2014, s. 527-528, N. 722b; Çevik, s. 327; Bilgili / Demirkapı, 2013, s. 344; SEZGİN HUYSAL, Ayşegül (editör: KARAHAN, Sami), *Şirketler Hukuku (Genel Kurul)*, 2. Baskı, Mimoza, Konya, 2013, s. 557.

²⁰² Çevik, 2003, s. 327.

²⁰³ Çamoğlu ve diğ., 2014, s. 528, N. 722c; Teoman, 1983, s. 160; BAHTİYAR Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, 11. Baskı, Beta, İstanbul, 2016, s. 198; Bilgili / Demirkapı, 2013, s. 346; Kendigelen, 2016, s. 348; Sezgin Huysal / Karahan, 2013, s. 557, Korkut, 2012, s. 106.

²⁰⁴ TTK m. 448/f. 1’de “*butlan davası*”ndan söz edilse de, bu dava butlanın tespiti olarak anlaşılmalıdır (Şener, 2017, s. 534).

²⁰⁵ Teoman, 1983, s. 160; Şener, 2017, s. 533.

²⁰⁶ Pulaşlı, 2016, s. 823, N. 27; Şener, 2017, s. 533; Korkut, 2012, s. 190. Çok uzun bir süre geçtikten sonra butlan davasının açılması, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir (Korkut, 2012, s. 191).

C. Kanunda Öngörülme-yen Oydan Yoksunluk Hali Getiren Esas Sözleşmenin Geçersizliğı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TTK m. 619 emredici bir hükümdür. İlke olarak, esas sözleşmenin, kanunun emredici hükümlerinden sapabilmesi için, kanunda buna açıkça izin verilmiş olması gerekir (TTK m. 579/f. 1). Hükümün gerekçesinde, “*kanunda açıkça izin verilmişse*” ibaresinin kapsamı açıklanmıştır. Gerekçeye göre, “*hükümdeki ‘kanunda açıkça izin verilmişse’ ibaresi, maddenin lafzından ‘sapabilme’ imkanının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetilen bir yorumla ‘sapabilme’ nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsamaktadır.*”. O halde, gerekçede belirtilen kapsamda değerlendirilemeyecek esas sözleşmede öngörülen oydan yoksunluk hali, geçersiz olacaktır.

Şüphesiz ki, şirket esas sözleşmesine mümkün olduğu ölçüde TBK hükümleri uygulanır. Şirket esas sözleşmesi ile TTK m. 619 hükmüne aykırı bir şekilde yeni bir oydan yoksunluk hali öngörülmesi, kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil eder. O halde, burada TBK m. 27’nin (TTK m. 579) uygulanması gündeme gelir. Şayet belirtilen hüküm olmaksızın, şirket esas sözleşmesinin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüzdür. Kanaatimizce, kural olarak, oydan yoksunluk halinin esas sözleşmede düzenlenmesinin yaptırımı, TBK m. 27/f. 2 uyarınca, kısmi hükümsüzlüktür. Zira, bu düzenleme yapılmasa da şirket esas sözleşmesinin yapılacağı kabul edilmelidir. O halde, esas sözleşmede öngörülen oydan yoksunluğa ilişkin düzenleme geçersiz iken²⁰⁷, esas sözleşme geçerliliğini koruyacaktır.

D. Oy Hakkından Yoksunluğun Dolanılması

Bir kimseye herhangi bir şekilde bir şey menedilmişse, bunun başka bir yolla elde edilmesine müsaade edilmez (“*Cum quid una via prohibetur alii, ad id alia non debet alia*”)²⁰⁸. Limited şirketler bakımından da uygulama²⁰⁹ imkanı bulan TTK m. 433/f. 1 uyarınca, oy hakkının kullanılmasına

²⁰⁷ Teoman, 1983, s. 160; Pulaşlı, 2016, s. 394, N. 142; Korkut, 2012, s. 106.

²⁰⁸ Erdoğan, 2011, s. 36.

²⁰⁹ Bilgili / Demirkapı, 2013, s. 668. Gerçekten, TTK m. 617/f. 3’te, yetkisiz katılma konularında anonim şirketlere ilişkin TTK m. 433’e atıf yapılmıştır.

ilişkin sınırlamaları dolanmak ya da herhangi bir şekilde etkisiz bırakmak amacıyla pay bir başkasına devredilmek isteniyorsa, bu işlem geçersizdir²¹⁰. Hükümün amacı oy hakkından yoksunluğa ilişkin hükmün dolanılmasını engellemektir. Zira, pay, kişilere ortaklık hakkı ve dolayısıyla oy hakkı bahşeder. Limited şirketlerde oydan yoksun pay bulunmamaktadır²¹¹. Payı devralan kişi, oy hakkından yoksun değilse, oy hakkından yoksun olan kişinin direktifi ile oyunu kullanabilir.

Hükümde belirtilen oy hakkından yoksunluğun dolanılması amacıyla payın devri ya da pay senetlerinin başkasına verilmesi geniş kapsamda anlaşılmalıdır²¹². Burada dikkat edilmesi gereken husus, oydan yoksun kişinin her ne şekilde olursa olsun başkası vasıtasıyla yoksun olan oyunu kullanma amacıdır.

Oy hakkından yoksunluğuna ilişkin hükümlerin dolanılmasına sebebiyet veren oy sözleşmeleri, emredici hükümlere aykırılık nedeniyle geçersizdir²¹³.

E. Oydan Yoksun Olan Kişinin Genel Kurul Kararında Oy Kullanması

Genel kurula katılma hakkı bulunmayan ve dolayısıyla oydan yoksun olan kişinin genel kurul kararında oy kullanması halinde, ilk olarak TTK m. 433/f. 2 uygulanabilir²¹⁴. Bu hüküm uyarınca, her pay sahibi, yetkisiz

²¹⁰ “Oy hakkından yoksunluğa ilişkin hükümlere uymamak ve bu kuralı dolanmak amacıyla yapılan pay senedi devirlerinin müeyyidesi, bizatihi devir işleminin geçersizliği olmayıp, kullanılması caiz olmayan oyların iştiraki ile alınan genel kurul kararının iptalinden ibaretir.” (Y. 11 HD, E. 2012 / 19114, K. 2013 / 2322, 12.02.2013).

²¹¹ Şirketlerin kaynak ihtiyacı her geçen gün sermaye piyasasının önemini artırmaktadır. Anonim şirketler kaynak ihtiyaçlarının teminini, oy hakkından yoksun paylar ihraç ederek ve bunları temsil eden hisse senetlerini halka arz ederek sağlayabilirler (2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (eSPK) m. 14/A). eSPK m. 14/A uyarınca, oy hakkından yoksun payların çıkarılabilmesi için şirket ana sözleşmesinde hüküm bulunması gerekir. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda ise, oydan yoksun paylara ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. TTK m. 434/f. 1 uyarınca, her pay, sahibine en az bir oy hakkı verir. Bu hüküm emredici olarak değerlendirilmekte ve TTK sisteminde oy hakkı bahşetmeyen pay oluşturulmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir (Bilgili / Demirkapı, 2013, s. 479).

²¹² Gerekçe TTK m. 433/f. 1.

²¹³ Moroğlu, 1996, s. 53.

²¹⁴ Şirketin kendi payını iktisap etmesi nedeniyle oy hakkının kullanılamaması bakımından bkz. Çapa, 2013, s. 110.

katılma niteliğindeki oy kullanımı nedeniyle toplantı başkanlığına itirazda bulunabilir. Her pay sahibi, bu yöndeki itirazını ve yönetim kuruluna da bu itirazda bulunmuş olduğunu tutanağa geçirtebilir (TTK m. 433/f. 2). Buna karşın oy hakkından yoksunluk durumunda TTK m. 433/f. 2 uygulanmaz. Zira, genel kurul toplantısı sırasında yönetim kuruluna itiraz edilemez²¹⁵. O halde hükümde öngörülen itiraz, genel kurul toplantısından önce hazır bulunabileceklere ilişkin listenin hazırlandığı sırada ya da daha önce yapılır²¹⁶. Genel kurul tutanağına yazılabilecek olan itiraz budur²¹⁷. O halde, genel kurula katılma hakkını haiz olan oydan yoksun kişinin, oylamaya katılmasına ilişkin TTK m. 433/f. 2 anlamında itiraz yapılamaz.

Oydan yoksun olan kişinin, genel kurul kararında oy kullanması halinde, genel kurul kararının akıbetinin ne olacağını peşinen ifade etmek doğru olmayacaktır. Öyle ki, oy hakkından yoksun olan kişinin, kararda oy kullanması, tek başına kararının geçersizliğini gerektiren bir sebep teşkil etmez. Karar nisabı, yasak dışında kalan kullanılabilir oy sayısına göre belirlenir. Ayrıca, kullanılması mümkün olmayan oy, kararda etkili olamaz. O halde, pay sahibi oy hakkından yoksun olmasına karşın, genel kurul kararında oy kullanmış ise, genel kurul kararının iptal edilebilmesi için, bu oyun, kararın alınmasını etkilemesi²¹⁸ gerekir (TTK m. 446/f. 1-b)²¹⁹. Şayet bu oy, kararın

²¹⁵ Gerekçe TTK m. 433/f. 2.

²¹⁶ Gerekçe TTK m. 433/f. 2.

²¹⁷ Gerekçe TTK m. 433/f. 2.

²¹⁸ TTK m. 446/f. 1-b’de öngörülen bu şart, kimi yazarlarca “etki kuralı” olarak nitelendirilse de, illiyet bağından farklı bir şey değildir (Kırca ve diğ., 2016, s. 149).

²¹⁹ Çamoğlu ve diğ., 2014, s. 536, N. 738. İmregün, 1989, s. 139; Y. 11 HD’nin (E. 81/1267, K. 81/2213) bir kararına göre; yönetim kurulu üyelerinin ibralarına ilişkin kararda oydan yoksunluk ihlal edilmiş ise, genel kurul kararının iptalinin gerekip gerekmediğinin tespiti için, bu oyların sonuca etkisi araştırılması gerekir (Tekil, 1993, s. 210). Oydan yoksun olan pay sahibinin kullandığı oy, genel kurul kararının sonucunu değiştirmiyorsa, sırf bu nedenle kararı iptal etmek, ağır bir yaptırım olur (TÜRK Hikmet Sami, “Ömer Teoman’ın Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu Konusundaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Adlı Makalesi Üzerine Tartışmalar”, TEOMAN, Ömer: **Tüm Makalelerim Cilt I-II (1971-2001)**, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 629). Oy hakkından yoksun olan pay sahiplerinin oylamaya katılmış olmaları halinde, davalı şirket söz konusu aykırılığın ilgili kararın alınmasını etkilemediğini ispat ederek iptal davasının reddedilmesini, davacı pay sahibi ise bunu aksini kanıtlayarak iptal talebinin kabulünü sağlayabilir (Moroglu, 2014, s. 213-215). Bilgili / Demirkapı, 2013, s. 354; Kendigelen, 2016, s. 346. Mahkemeler, aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olup olmadığını, ayrıca denetlemelidir (Şener, 2017, s. 538-539).

alınmasında etkili değilse, genel kurul kararının iptaline karar verilemeyecektir²²⁰. Burada önemli olan husus, kullanılan yoksun oyun, fiilen kullanılan oylar dikkate alındığında kararı etkileyip etkilememesidir²²¹. Bu anlamda oy hakkından yoksunluğa aykırılığın müeyyidesi, alınan genel kurul kararının iptal edilmesidir (TTK m. 622/f. 1 atfı gereği, TTK m. 445/f. 1; 446/f. 1-b²²²)²²³. Başkaca bir iptal sebebi yok ise, genel kurul kararının tamamı değil, örneğin oydan yoksunluk ibra kararına ilişkin ise sadece ibranın iptali dava edilir²²⁴.

Yoksun olan oyun kullanılmasında TTK m. 433/f. 2 uygulanamaz. Ayrıca hükümde öngörülen itiraz etme hakkı, iptal davasının açılması için şart değildir²²⁵.

F. Pay Sahiplerinin Oy Kullanmalarının Haksız Olarak Engellenmesi

Bu başlık altında yanıt aradığımız soru, oy hakkını haiz pay sahiplerinin, haksız bir şekilde oy kullanmalarının engellenmesi halinde, hangi imkanlara sahip olduğudur.

Tekrar pahasına belirtelim ki, hiç kimsenin hakkını kullanmasına mani olunamaz (*“suo iure uti nemo prohibetur”*)²²⁶. Oy hakkını haiz pay sahibinin, genel kurula katılması ve oy kullanması engellenemez. Pay sahibinin genel kurula katılmasının ya da genel kurula katılmasına rağmen oy kullanmasının, haksız bir şekilde engellenmesi halinde, bu durumun genel kurul

²²⁰ **Çapa**, 2013, s. 112; Y. 11. HD, E. 2013/13148, K. 2014/16463, 24.10.2014, www.kazanci.com Erişim Tarihi: 25.11.2016.

²²¹ Farklı bir durum için benzer ifadeler için bkz. **Teoman**, 1983, s. 209.

²²² Hükümde geçen, “*genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıkları*” ibaresi, oydan yoksun olan kişilerin oy kullanmalarını da kapsar (**Kırca** ve diğ., 2016, s. 197).

²²³ **İmregün**, 1989, s. 139; **Teoman**, 1983, s. 207; **Pulaşlı**, 2011, s. 1342, N. 190; **Bahtiyar**, 2016a, s. 204; **Bilgili / Demirkapı**, 2013, s. 351; **Şener**, 2017, s. 537, **Çapa**, 2013, s. 111. **Siffert** ve diğ., 2008, s. 222, N. 12; **Gasser** ve diğ., 2009, s. 1825, N. 4; **Nussbaum** ve diğ., 2007, s. 201, N. 10.

²²⁴ **Pulaşlı**, 2011, s. 1342, N. 190.

²²⁵ TTK m. 433/f. 2 anlamında itiraz etme, borç ya da külfet değil bir hak olduğundan, pay sahibi itirazda bulunmasa dahi iptal davası açabilir (**Kırca** ve diğ., 2016, s. 202).

²²⁶ **Erdoğan**, 2011, s. 142.

kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri²²⁷, iptal davası açabilirler (TTK m. 622/f. 1 atfı gereği, TTK m. 445/f. 1; 446/f. 1-b²²⁸)²²⁹. Pay sahibinin iptal davası açabilmesi için, haksız engellenmenin nasıl gerçekleştiği önemli değildir²³⁰. Oy hakkının haksız olarak engellenmesi; herhangi bir kişinin pay sahibini korkutması, pay sahibinin oydan yoksun olduğuna ilişkin kandırılması, toplantı başkanlığınca her ne şekilde olursa olsun pay sahibinin oy kullanılmaması vb. şekillerde gerçekleşebilir²³¹.

Doktrinde, oy kullanmasına haksız olarak izin verilmeyen kişinin, iptal davasından başka, tespit davası açabileceği kabul edilmektedir²³². Tespit davası marifetiyle, pay sahipliği tespit ettirilebilir ve zararın varlığının kanıtlanması şartıyla, müdür/ler aleyhine tazminat davası açılabilir²³³.

G. Oydan Yoksunluk Hallerini Tamamen ya da Kısmen Kaldıran Genel Kurul Kararı ya da Esas Sözleşmenin Geçersizliği

Limited şirketlerde oydan yoksunluk hallerini öngören TTK m. 619 emredici bir hükümdür. Oydan yoksunluk, diğer ortakların ve ortaklığın menfaatinin korunması için düzenlenmiş bir kurumdur. Hükmün emredici olması nedeniyle, oydan yoksunluk hallerini kısmen ya da tamamen kaldıran esas sözleşmenin ilgili kısmı geçersizdir/batıldır (TBK m. 27/f. 2; TTK m. 579).

Hükmün emrediciliği²³⁴ ve koruma alanını dikkate aldığımızda, oydan yoksunluk hallerini kısmen ya da tamamen kaldıran genel kurul kararının

²²⁷ TTK m. 446/f. 1-b uyarınca, karara olumlu oy veren pay sahibi de iptal davası açabilecektir (**Kırca** ve diğ., 2016, s. 199).

²²⁸ Hükmünde geçen, “*genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına*” ibaresi, kullanılan “ve” bağlacı nedeniyle, iptal davası açılabilmesi için her iki hususun birlikte gerçekleşmesi gerektiği izlenimi doğurmaktadır. Hükmün bu şekilde düzenlenmesi hatalı olmuştur (**Kırca** ve diğ., 2016, s. 197-198).

²²⁹ **Teoman**, 1983, s. 161; **Bahtiyar**, 2016a, s. 204; **Bilgili / Demirkapı**, 2013, s. 351; **Kırca** ve diğ., 2016, s. 195.

²³⁰ **Kırca** ve diğ., 2016, s. 198.

²³¹ **Kırca** ve diğ., 2016, s. 198-199.

²³² **Teoman**, 1983, s. 161.

²³³ **Teoman**, 1983, s. 161.

²³⁴ Emredici hükümlere aykırılık bağlamında TTK m. 445, 447 ve TBK m. 27 arasındaki ilişkinin değerlendirilmesine ilişkin bkz. **Kırca** ve diğ., 2016, s. 70 vd. Butlan ile iptal edilebilirlik arasındaki farklılıklar için bkz. **Korkut**, 2012, s. 44 vd.

butlan yaptırımına tabi olacağı düşünülebilir. Bununla birlikte bu şekilde bir genel kurul kararının, oy hakkını sınırlandırmadığından ve ortaklığın menfaatlerine ciddi bir tehlike oluşturmadığından bahisle, iptale tabi olacağı da ifade edilebilir. Kanaatimizce bu şekilde bir genel kurul kararının yaptırımı, iptal edilebilirlik olmalıdır.

SONUÇ

1. Limited şirketlerde, her pay, sahibine oy hakkı verir. Bu nedenle, limited şirketlerde oydan sürekli biçimde yoksun pay söz konusu değildir.
2. Pay sahibinin genel kurulda oy kullanması, bir hukuki işlemdir ve hukuki işleme uygulanan hükümler oy kullanma bakımından da geçerlidir.
3. TTK m. 619'da, kural olarak, oydan yoksunluk halleri sınırlı sayıda öngörülmüştür. Buna karşın, kanun koyucunun amacı ve belirtilen bu haller ile örtüşmesi kaydıyla oydan yoksunluk hallerinin de lege ferenda genişleyebileceği kanısındayız.
4. Muhtemel oydan yoksunluk halleri iki şekilde incelenmelidir. Bunlardan ilki, TTK m. 619 kapsamında girmese de oydan yoksunluk kurumunun doğasına uygun olan haller, diğeri ise TTK m. 619'da öngörülen yoksunluk halleri kapsamına giren hallerdir. İlk halde, aksi belirtilmedikçe pay sahibi oy hakkını haizdir. Ancak bu hallerde oydan yoksunluğun öngörülmesi halinde, bu kararlaştırma geçerli olacaktır. Buna karşına ikinci halde, pay sahibi oydan yoksundur. Pay sahibinin oydan yoksun olması için, herhangi bir kararlaştırmanın yapılması gerekmez.
5. TTK m. 619/f. 1'in gereği olarak, şirket yönetimine bir şekilde katılan kişiler, bilançonun onaylanmasına ilişkin kararlarda, oy hakkından yoksun olmalıdır.
6. TTK m. 619/f. 1'in gereği olarak, müdürlerin sorumluluk davasının oylamasında, karara konu olan müdür, oy hakkını haiz olmamalıdır.
7. TTK m. 619/f. 3'ün *ratio legis*'i gereği, bilgi alma ve inceleme talebi reddedilen ortağın, bu husustaki genel kurul kararında oy kullanamaması gerekir.

8. Payın devrinde ve ortaklıktan çıkarmada ilgili ortak, kural olarak oy hakkını haizdir. Ancak bu ortağın ilgili kararlar bakımından oy hakkına sahip olmadığına kararlaştırılması geçerlidir.
9. Oy hakkından yoksunluğun, genel kurulun toplantı nisabına bir etkisi yok iken, karar nisabını etkiler. Oydan yoksun pay, karar nisabının belirlenmesinde dikkate alınmaz.
10. Oydan yoksun olan birinin temsilcisi aracılığıyla oy hakkını kullanabilmesi mümkün değildir.
11. Oydan yoksun bir pay sahibinin, temsilci sıfatıyla da olsa oy kullanamayacağını düşünmekteyiz.
12. TTK m. 619/f. 1 uyarınca, limited şirkette pay sahibi olan tüzel kişilerin, yönetim kurulundaki temsilcilerinin ibrasında oy kullanamayacağı kanaatindeyiz.
13. Limited şirkette pay sahibi olan tüzel kişilerin, müdürler kurulundaki temsilcilerinin ibrasında oy hakkından yoksun olduğu kanısındayız.
14. Oydan yoksun pay sahibinin ilgili genel kurul kararında oy kullanması her zaman için kararın iptali sonucunu doğurmaz. Kararın geçersiz kılınabilmesi için, kullanılan oyun, genel kurul kararının sonucunu etkilemesi gerekir. Oy hakkından yoksunluğa aykırılığın müeyyidesi ise, TTK m. 445 uyarınca, alınan genel kurul kararının iptal edilmesidir.
15. Oy hakkından yoksunluğa aykırılığın müeyyidesi, aykırılığın ortaya çıkış nedenine göre farklılık arz eder. Kimi zaman aykırılığın müeyyidesi butlan iken, kimi zaman iptal edilebilirliktir.

KAYNAKÇA

- AKIN, Murat Yusuf, **Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu**, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası, İstanbul, 2002.
- ARSLANLI Halil, **Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller**, İstanbul, 1960.
- BAHTİYAR Mehmet, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, **TBB Dergisi**, S. 61, 2005, s. 47-106.
- BAHTİYAR Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 11. Baskı, Beta, İstanbul, 2016 (Anı-lış: 2016a).
- BAHTİYAR Mehmet, "Anonim Şirket Adına Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu", **Seza Reisoğlu Armağanı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 393-414.
- BAHTİYAR Mehmet, "Anonim Şirket Genel Kurulunda Toplantı Yetersayısının "Toplantı Süresince Korunması" Şartına İlişkin TTK. 418/1 Hükümünün Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Hamdi YASAMAN'a Armağan**, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 59-102.
- BAYER Wolf (LUTTER Marcus / HOMMELHOFF Peter), **GmbH-Gesetz Kommentar**, 17. Auflage, Otto Schmidt, Köln, 2009.
- BİÇER Levent / HAMAMCIOĞLU Esra, "Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Uygulanan Yetersayılar ve Bazı Değerlendirmeler", **BÜHFD**, C. 12, S. 149-150, 2017, s. 71-134.
- BİLGİLİ Fatih / DEMİRKAPI Ertan, **Şirketler Hukuku**, 9. Baskı, Dora, Bursa, 2013.
- BOCKLI Peter, **Schweizer Aktienrecht**, 2. Auflage, Schulthess, Zürich, 1996.
- BOZGEYİK Hayri / KARAHAN Sami (editör), **Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Momoza, Konya, 2013.
- BOZKURT Tamer, **Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam)**, On İki Levha, İstanbul, 2016.
- CAN Ozan, "Bilgi Alma ve İnceleme Talebi Müdürler Tarafından Reddedilen Limited Şirket Ortağının Genel Kurulda Oy Kullanıp Kullanamayacağı Sorusu Üzerine Düşünceler", **ABD**, S. 2015/2, 2015, s. 45-66.

- ÇAMOĞLU Ersin, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.
- ÇAMOĞLU Ersin, “Limited Ortaklıktan Çıkarılma”, **BATİDER**, C. XXX, S. 3, 2014, s. 5-20.
- ÇAPA Mehmet Sadık, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na göre Anonim ve Limited Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi**, On İki Levha, İstanbul, 2013.
- ÇEKER Mustafa, **Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2000.
- ÇEKER Mustafa (editör: KARAHAN Sami), **Şirketler Hukuku (Limited Şirketler)**, Konya, 2013.
- ÇEVİK Orhan Nuri, **Limitet Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2003.
- DEMİRKAPI Ertan, **Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına göre Limited Ortaklıkta Payın Devri**, Güncel, İzmir, 2008.
- DURAL Mustafa / SARI Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 8. Baskı, Filiz, İstanbul, 2013.
- EMİNOĞLU Cafer, **Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)**, On İki Levha, İstanbul, 2014.
- ERDOĞMUŞ Belgin (derleyen), **Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler**, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 2011.
- GASSER Urs / EGGENBERGER Christian / STAUBER Richard, **OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, (Hrsg., KOSTKIEWICZ Jolanta Kren / NOBEL Peter/ SCHWANDER Ivo / WOLF Stephan), 2. Auflage, Orell Füssli, Zürich, 2009.
- HATEMİ Hüseyin, **Medeni Hukuk’a Giriş**, 7. Bası, Vedat, İstanbul, 2013.
- HELVACI Mehmet, **Anonim Ortaklığın Bölünmesi**, Beta, İstanbul, 2004.
- HELVACI Mehmet / ÇAMURCU Emin / TÜRKYILMAZ İsmail, “Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı”, **Prof. Dr. Hamdi YASAMAN’a Armağan**, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 309-330.
- HIRSCH Ernst, **Ticaret Hukuku Dersleri**, 3. Bası, İstanbul, 1948.
- İMREGÜN Oğuz, **Anonim Ortaklıklar**, 4. Bası, Yasa, İstanbul, 1989.

- KALPSÜZ Turgut, “Bilanço ve Oy Kullanma Esaslarına Aykırılık Sebebiyle Genel Kararının İptali”, **BATİDER**, C. X, S. 1, 1979, s. 23-65.
- KARAMANLIOĞLU Argun, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Genel Kurul Toplantısında Temsili**, Vedat, İstanbul, 2016.
- KARASU Rauf, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, 2. Bası, Yetkin, Ankara, 2015.
- KAYA Arslan, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001.
- KENDİGELEN Abuzer, **Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı**, Beta, İstanbul, 1994.
- KENDİGELEN Abuzer, **Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 3. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2016.
- KIRCA İsmail / GÜREL Murat, “Limited Şirket Ortağının Kendisini Çıkarmaya Yönelik Genel Kurul Kararının Alınmasında Oy Hakkına Sahip Olup Olmadığı Sorunu”, **BATİDER 60. Yıl Armağanı**, Ankara, 2015, s. 195-224.
- KIRCA İsmail (ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal / MANAVGAT Çağlar), **Anonim Şirketler Hukuku C. 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016.
- KORKUT Ömer, **Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı**, Karahan, Adana, 2012.
- KRATZ Brigitta, **GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG, in Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, (Hrsg., ROBERTO Vito / TRUEB Hans Rudolf), 2. Auflage, Schulthess, Zürich, 2012.
- MOROĞLU Erdoğan, **Oy Sözleşmeleri**, 2. Baskı, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara, 1996.
- MOROĞLU Erdoğan, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, 7. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2014.
- NUSSBAUM Martin F (SANWALD Reto / SCHEIDEGGER Markus), **Kurzkomentar zum neuen GmbH-Recht**, Cosmos, Bern, 2007.
- OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, **Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, 21. Baskı, Vedat, İstanbul, 2015.

- PASLI Ali, “Anonim Ortaklık Genel Kurul unda Kullanılan “Oy”un Hukuki Niteliği”, **İÜHFM**, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 167-182.
- POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku**, 11. Bası, Vedat, İstanbul, 2009.
- POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, Vedat, İstanbul, 2014.
- PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, Adalet, Ankara, 2011.
- PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2016.
- RAISER Thomas/ WEIL Rüdiger, **Recht Der Kapitalgesellschaften**, 4. Auflage, Vahlen, München, 2006.
- SCHMIDT Burkhard (ENSTHALER Jürgen / FULLER Jens T.), **Kommentar zum GMBH-Gesetz**, 2. Auflage, Luchterhand, Berlin, 2010.
- SEZGİN HUYSAL, Ayşegül (editör: KARAHAN, Sami), **Şirketler Hukuku (Genel Kurul)**, 2. Baskı, Mimoza, Konya, 2013.
- SIFFERT Rino / FISCHER Marc Pascal / PETRIN Martin, **GmbH-Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR)**, Stampfli, Bern, 2008.
- von STEIGER Fritz (çev. ÇAĞA Tahir), **İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968.
- ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal (KIRCA İsmail / MANAVGAT Çağlar), **Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013.
- ŞENER Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, 3. Bası, Seçkin Ankara, 2017.
- TANDOĞAN Haluk, “Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili”, **BATİDER**, C. I, S. 1, 1961, s. 3-35.
- TEKİL Fahiman, **Anonim Şirketler Hukuku**, İstanbul, 1993.
- TEKİNALP Ünal, **Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları**, İstanbul, 2012.
- TEKİNALP Ünal, **Tek Kişilik Ortaklık I, Tek Paysahipli Anonim Ortaklık**, Vedat, İstanbul, 2011.
- TEKİNALP Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. Bası, Vedat, İstanbul, 2015.

- TEKİNAY Selahattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Haluk / ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz, İstanbul, 1993.
- TEOMAN Ömer, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983.
- TEOMAN Ömer, “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu Konusundaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Tüm Makalelerim (1971-2001)**, Cilt I-II, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 605-641.
- TEOMAN Ömer, “Limited Ortaklığın Edindiği Kendi Paylarından Doğan Hak ve Borçlar ve Edinmenin Diğer Bazı Sonuçları”, **Tüm Makalelerim (1971-2001)**, C. I-II, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 163-175.
- TEOMAN Ömer, Şirketçe Devralınan Payların Umumi Heyette Temsili Caiz Değildir Kuralının (eTTK m. 329, f. 3, c. 2) Anlamı”, **Tüm Makalelerim (1971-2001)**, C. I-II, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 285-298 (Anılış: 2012a).
- TRUFFER Roland / DUBS Dieter, in **Basler Kommentar, Obligationenrecht II**, (Hrsg., HONSELL / VOGT / WATTER), 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2012.
- TÜRK Hikmet Sami, “Ömer Teoman’ın Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu Konusundaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Adlı Makalesi Üzerine Tartışmalar”, TEOMAN, Ömer: **Tüm Makalelerim Cilt I-II (1971-2001)**, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 628-629.
- VOGEL Alexander (Hrsg. HONSELL Heinrich), **Kurzkommentar Obligationenrecht**, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2014.
- YANLI Veliye / OKUTAN NILSSON Gül, “Türk Ticaret Kanunu’nun 198. Maddesi Uyarınca Bildirim Yapılmamasının Anonim Şirketteki Oy Haklarına Etkisi”, **Prof. Dr. Hamdi YASAMAN’a Armağan**, On İki Levha, İstanbul, 2017.
- YILDIZ Şükrü, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku**, Arıkan, İstanbul, 2007.
- ZIEMONS Hildegard (Hrsg. SCHMIDT Karsten / LUTTER Markus), **Aktiengesetz Kommentar**, Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008.

Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshine İlişkin Davalarda Dava İkame Edildikten Sonra Şirket Bünyesinde Ortaya Çıkan Bazı Önemli Gelişmelerin Dava Sürecine Etkileri

Doç. Dr. Tolga AYOĞLU *

Öz: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (“TTK”) 531. maddesi ile getirdiği haklı nedenle fesih davası, anonim ortaklıklar hukuku alanındaki en önemli reformlardan birini oluşturmaktadır. Haklı nedenle fesih davasının uygulamada giderek önem kazanması ve tercih edilen bir yol haline gelmesi, şirketin kontrolünü elinde tutan çoğunluğun, bu davaya karşı yasal boşluklardan faydalanarak bazı savunma stratejileri geliştirmesine yol açmıştır. Uygulamada çoğunluğun kötüniyetle hareket ettiği hallerde rastladığımız bu stratejilerden ilki ve en yaygını, haklı nedenle fesih davasının ikame edilmesinden sonra davalı şirket bünyesinde sermaye artırımına gidilmesi ve bu suretle davacı azınlığın pay sahipliği oranının eritilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Çoğunluğun kötüniyetli olarak hareket ettiği hallerde başvurduğu stratejilerden ikincisi ise, haklı nedenle fesih davasının ikame edilmesinden sonra davalı şirketin malvarlığını azaltmak, hatta ortadan kaldırmak amacına dönük tasarruflarda bulunmak, uygulamada kullanılan deyim ile “şirketin içini boşaltmak” şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Çalışma, bu iki senaryonun yürümekte olan haklı nedenle fesih davasında nasıl değerlendirilmesi gerektiği ve dava sonucunda verilecek kararı nasıl etkileyeceği sorularını yanıtlamayı hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler: Haklı nedenle fesih davası, sermaye artırımı, pay sahipliği oranı, pay oranında erime, payların gerçekteki değeri.

Makale gönderim tarihi: 12.05.2017. Makale kabul tarihi: 18.05.2017.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (tayoglu@gsu.edu.tr)

Impacts of Certain Developments that Occurred Following the Initiation of the Lawsuit Regarding Dissolution of Joint Stock Companies for Just Cause

Abstract: The possibility of dissolution for just cause, which was rejected by the former Turkish Commercial Code (numbered 6762), is one of the most important reforms in joint stock companies law brought by the New Turkish Commercial Code (numbered 6102). Since the claim for dissolution for just cause gained significant popularity and preference in practice, controlling shareholders developed certain mala fide strategies against such lawsuits. The first and most common strategy is to implement a capital increase in the company, following the initiation of the lawsuit for dissolution for just cause, with the aim to dilute the shareholding percentage of the minority shareholders (claimants). The second strategy is to transfer all or certain assets of the company to controlling shareholders' subsidiaries and affiliates, with the aim to diminish the value of the company and the real value of the shares of minority shareholders (claimants). The paper is focused on the impacts of these two mala fide scenarios on the lawsuit regarding dissolution of the company for just cause.

Keywords: Termination (dissolution) for just cause, capital increase, shareholding percentage, dilution, real (actual) value of shares.

Giriş ve Konunun Takdimi

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") 531. maddesi ile getirdiği haklı nedenle fesih davası, anonim ortaklıklar hukuku alanındaki en önemli reformlardan birini oluşturmaktadır. 6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu ("Eski TTK") döneminde anonim ortaklıklar bakımından haklı nedenle feshe imkân tanıyan bir düzenleme bulunmaması, uygulamada azınlığın çoğunluğun insafına terk edilmesi sonucunu yaratmış, bu durum azınlığı çoğunluğu rahatsız etmek için agresif davranarak sorumluluk davaları ve genel kurul kararlarına karşı iptal davaları gibi muhtelif davalar açmaya yöneltmiş, böylelikle Eski TTK dönemindeki yasal boşluk geçmişte şirketler hukuku ihtilaf ve davalarını arttırarak çözümsüzlüğe prim tanımıştır¹. Eski TTK'nın yarattığı

¹ Tolga Ayoğlu, Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Günü Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2013/2, s. 249.

çözumsuzlük ortamı kuşkusuz uzun vadede çoğunluğun yararına sonuç vermiş, azınlığın ise aleyhine olmuştur. Zira bu çözumsuzlük ortamı, çoğunluk ile azınlık arasındaki menfaat ihtilafının süreklilik arz ederek kronikleştiği hallerde, azınlığı, çoğunluğun tercihi ve iradesi doğrultusunda kâr dağıtımı yapılmayan bir şirkette, yatırımından hiçbir getiri elde edemeden belirsiz ve uzun bir süre boyunca beklemeye mahkûm etmiş; birbirleri ile geçinemeyen çoğunluk ve azınlığı bir katolik evliliği gibi birlikte yaşamaya mahkûm ederek, azınlığı bu durumdan kurtulabilmek adına uzun vadede paylarını çoğunluğa yok pahasına satmaya zorlamıştır². TTK, Eski TTK döneminde yasal sistem tarafından yaratılan bu çözumsuzlük ortamı için bir çözüm getirerek m. 531 hükmü ile yeni bir azınlık hakkı yaratmış, azınlık pay sahiplerine şirketin haklı nedenle feshini talep etme imkânını tanıyarak kanımızca son derece yerinde bir düzenleme yapmıştır.

Nitekim TTK'nın yürürlüğe girmesinden sonra uygulamada TTK m. 531 hükmüne dayanan haklı nedenle fesih davalarının sayısı her geçen gün çığ gibi büyüyerek artmış ve söz konusu dava, anonim ortaklıklar hukukunda çoğunluk ile azınlık arasındaki menfaat ihtilaflarının çözümü bakımından başvuru temel araç, temel dava türü haline gelmiştir. Uygulamada bu ölçüde teveccüh görmesi, haklı nedenle fesih davasının, çoğunluğun gücünü kötüye kullanması ihtimaline karşı azınlığın sahip olduğu yegâne etkin ve kalıcı çözüm sağlayan dava türü olmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten, azınlığın sahip olduğu yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açma ya da genel kurul kararlarına karşı iptal davası ikame etme gibi klasik şirketler hukuku imkânları, çoğunluk ile azınlık arasındaki ihtilafı nihai çözüme bağlamaktan uzak oldukları gibi, çoğunluğu gücünü kötüye kullanmaktan alıkoyacak caydırıcılık özelliğinden de yoksundur. Oysa haklı nedenle fesih müessesesi, azınlığa, çoğunluğa karşı kullanabileceği ciddi bir caydırıcı silah bahşetmekte ve çoğunluğun gücünü kötüye kullanmakta ısrar etmesi halinde taraflar arasındaki ihtilafı nihai olarak sona erdirecek bir dava hakkı tanımaktadır.

Haklı nedenle fesih davasının uygulamada giderek önem kazanması ve tercih edilen bir yol haline gelmesi, menfaat ihtilafının diğer tarafı konumunda bulunan çoğunluğun, bu davaya karşı yasal boşluklardan faydalanarak bazı savunma stratejileri geliştirmesine yol açmıştır. Uygulamada çoğunluğun kötüniyetle hareket ettiği hallerde rastladığımız bu stratejilerden ilki ve

² Ayoğlu, s. 220-221 ve s. 249.

en yaygını, haklı nedenle fesih davasının ikame edilmesinden sonra davalı şirket bünyesinde sermaye artırımına gidilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Çoğunluk, gerçekte ihtiyaç bulunmamasına rağmen yüksek miktarda sermaye artırımına gitmek suretiyle, azınlık pay sahiplerinin artırıma katılabilecek finansal güçlerinin bulunmadığı hallerde azınlığın pay sahipliği oranını eritmeyi hedeflemektedir. Çoğunluğun bu strateji ile elde etmeyi umduğu iki kazanım söz konusudur. Bunlardan ilki, davacı azınlığı, pay oranındaki erime nedeniyle haklı nedenle fesih davası açmak için öngörülen yasal asgari pay sahipliği oranının altına düşürerek davanın reddedilmesini sağlamaktır. İkinci olarak ise, şayet davada haklı nedenin mevcut olduğu kabul edilecek olursa, feshine alternatif bir çözüm olarak davacı azınlık pay sahibinin paylarının gerçek değerinin kendisine ödenmek suretiyle şirketten çıkartılmasına ya da şirketin feshine karar verilecektir. Sermaye artırımı ile davacı pay sahibinin pay oranında erime yaratılarak, davacı pay sahibine çıkarma halinde paylarının gerçek değeri karşılığında ödenecek bedeli ya da tasfiye bakiyesi olarak ödenecek tutarı azaltmak hedeflenmektedir.

Çoğunluğun kötüniyetli olarak hareket ettiği hallerde başvurduğu stratejilerden ikincisi ise, TTK m. 531 hükmüne dayanan haklı nedenle fesih davasının ikame edilmesinden sonra davalı şirketin malvarlığını azaltmak, hatta ortadan kaldırmak amacına dönük tasarruflarda bulunmak, uygulamada kullanılan deyim ile “şirketin içini boşaltmak” şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Böylelikle, TTK m. 531 hükmünde feshine alternatif bir çözüm olarak davacı azınlığın paylarının “karar tarihine en yakın tarihteki” gerçek değerinin ödenmesi suretiyle şirketten çıkarılabileceği öngörüldüğünden, dava devam ederken şirketin malvarlığını (dolayısıyla davacı azınlığın paylarının gerçek değerini) azaltma yoluna gidilmekte ve olası bir çıkarma ya da fesih-tasfiye senaryosunda, davacı azınlığın, paylarının davanın ikame edildiği tarihte sahip olduğu gerçek değeri elde etmesini önlenmek hedeflenmektedir. Böyle bir tablo ise, azınlık pay sahibinin (ya da pay sahiplerinin³) TTK m. 531

³ TTK m. 531 hükmünün madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, haklı nedenle fesih davası tek bir pay sahibi tarafından ikame edilmek zorunda değildir; birden fazla pay sahibi hükmünde dava açabilmek için öngörülen yasal asgari pay sahipliği oranını birlikte bir blok olarak hareket etmek suretiyle sağlayarak bu davayı açabilirler. Dolayısıyla, diğer azınlık hakları bakımından da söz konusu olduğu gibi, haklı nedenle fesih davası açabilmek bakımından azınlığa bahsedilen dava hakkı da, bir blok olarak hareket eden birden fazla pay sahibi tarafından birlikte kullanılabilen bir azınlık hakkıdır.

hükümünde tanınan dava hakkından elde etmeyi umdukları faydayı büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır.

Bu çalışma, haklı nedenle fesih davasına karşı kötünietli çoğunluk tarafından uygulamaya konulan yukarıda açıklanan senaryoların dava sürecine etkisini konu almaktadır. Bu bağlamda, çalışmamızda; i) azınlık tarafından haklı nedenle fesih davası açıldıktan sonra davalı şirket bünyesinde sermaye artırımına gidilmesi ihtimalinde, bu artırımın dava sürecine etkisi ve ii) yine dava açıldıktan sonra, çoğunluğun şirket üzerinde sahip olduğu kontrol çerçevesinde gerçekleştirilen eylem ve işlemler vasıtasıyla şirket malvarlığının kasıtlı şekilde azaltılması ya da tamamen ortadan kaldırılması ihtimalinde, bu durumun davacı azınlığın paylarının gerçek değerinin belirlenmesi sürecine etkisi üzerine odaklanılacaktır. Bu amaçla, çalışmanın ilk bölümünde haklı nedenle fesih davasının hukuki niteliği üzerinde durulacak; ikinci bölümünde dava açıldıktan sonra yapılan sermaye artırımı sonucunda azınlığın dava açmak için öngörülen yasal asgari pay sahipliği sınırının altına düşmesinin davanın reddini gerektirip gerektirmediği ve artırım sonucunda azınlığın pay oranında ortaya çıkacak erimenin davacıya ait paylarının gerçek değerinin belirlenmesi süreci üzerindeki etkisi irdelenecek; üçüncü ve son bölümünde ise, dava açıldıktan sonra şirketin malvarlığının kasten azaltılması ya da ortadan kaldırılması ihtimaline, davacı azınlık pay sahiplerinin paylarının gerçek değerinin hangi tarih esas alınarak belirlenmesi gerektiği tartışmaya açılacaktır.

I. Haklı Nedenle Fesih Davasının Hukuki Niteliği

Azınlık tarafından haklı nedenle fesih davası ikame edildikten sonra şirket bünyesinde ortaya çıkan sermaye artırımını sürecinin davaya etkisinin ne olacağı meselesini incelemeye geçmeden önce, haklı nedenle fesih davasının hukuki niteliğinin üzerinde kısaca durmak faydalı olacaktır.

TTK m. 531 hükmü, haklı nedenle fesih davasını, kapalı anonim şirketlerde %10, halka açık anonim şirketlerde ise %5 oranında paya sahip olan pay sahipleri tarafından açılabilecek “*azınlık hakkı*”⁴ niteliğinde bir dava

⁴ **Abuzer Kendigelen**, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 434; **Ünal Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2013, s. 287 parag. 14-08 ve 14-09; **Ayşe Şahin**, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2013, s. 55; **Nuri Erdem**, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2012, s. 8, 14-15; **Oruç Hami Şener**, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 2012, s.

hakkı olarak öngörmüş ve kurgulamıştır⁵. Buradaki amaç, azınlığa tanınan dava hakkının caydırıcılığı sayesinde, çoğunluğu anonim ortaklıklar hukuku

596; **Mehmet Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2016, s. 371-372; **Karahan/Pınar**, Şirketler Hukuku, Konya 2012, s. 719; **Hasan Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 595 parag. 45.

- 5 TTK m. 531 hükmü ile getirilen düzenleme hakkında kapsamlı inceleme ve değerlendirme için bkz. **Nuri Erdem**, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2012; **Ayşe Şahin**, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2013; **Özlem İlbasmış Hızlısoy**, Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi, Ankara 2016; **Ersin Çamoğlu**, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 667 vd.; **Ersin Çamoğlu**, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde Hakimin Takdir Yetkisi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: XXXI, Sayı:1, Mart 2015, s. 5-19; **Ünal Tekinalp**, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Alternatif Çözümlü Feshi Davasının Bazı Usuli Sorunları, Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul 2013, s. 211-222; **Şükrü Yıldız**, TTK Tasarısına Göre Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 1195 vd.; **Tolga Ayoğlu**, Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Günü Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2013/2, s. 219-249; **Fusun Nomer Ertan**, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davası-TTK m. 531 Üzerine Düşünceler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 73, Sayı:1, Yıl: 2015, s. 412-440; **Aytekin Çelik**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, (Prof. Dr. Reha Poroy'un Anısına Armağan), Cilt: XXV, Sayı: 4, Yıl: 2009, s. 559 vd., aynı yazara ait Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, 3. Baskı, Ankara 2012; **Murat Oruç**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebeple Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: XXVII, S. 1, Yıl: 2011, s. 209-233; **Ayşe Sümer**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi, Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. XXVI-II, S. 1, Yıl: 2010, s. 171 vd.; **Emin Cem Kahyaoğlu**, Anonim Ortaklıkta Haklı Sebeple Fesih, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s. 449 vd.; **Özge Ayan**, Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi Davası (531. Madde), Legal Hukuk Dergisi, Haziran 2011, S. 102, s. 2237 vd.; **Rabia Sever**, Anonim Ortaklıkta Haklı Sebeple Fesih, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2012, S. 89-90, s. 169 vd.; **Hayrettin Çağlar/Esra Kaşak**, Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshine İlişkin TTK m. 531 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt/ Sayı: 65 (3), 2016, s. 659-686; **Halit Aker**, Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: XXXII, Sayı:1, Mart 2016, s. 63-150; **Emel Hanağası**, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: XXXII, Sayı:1, Mart 2016, s. 199-270; **Sinan H. Yüksel**, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul 2016, s. 863 vd.

alanındaki yönetsel gücünü kötüye kullanmaktan alıkoymaktır⁶. Bu hükümle çoğunluk ile azınlık arasındaki menfaat ihtilafında denge sağlanması hedeflenmekte ve azınlığa, çoğunluğun bu konumundan doğan gücünü kötüye kullanması halinde başvurabileceği caydırıcı özelliği yüksek bir silah bahşedilmiş olmaktadır⁷.

TTK m. 531 hükmünün tanıdığı dava hakkının bir “azınlık hakkı” niteliğinde olduğunu, hükmün gerekçesi de teyit etmektedir. Gerçekten, madde gerekçesinde; “*Bu madde 6762 sayılı Kanunda öngörülmemiş bir kurummu hukukumuz kazandırmaktadır. 6762 sayılı Kanunun haklı sebeplerle feshi düzenlememiş olması, yargı kararlarında ve öğretide hem tartışılmış hem de eleştirilmişti. Tartışma, boşluğun niteliğiyle ilgiliydi. Bazıları kaynak İsv. BK 736, b.4 hükmünün 6762 sayılı Kanun’a alınmamış olmasının kanunda olumlu bir boşluk yarattığı, bu boşluğun kıyas yoluyla veya MK m. 1’den yararlanılarak doldurulması gerektiği görüşünü savunmuştur. Hâkim öğreti ve Yargıtay boşluğun olumsuz olduğunu, bu nedenle Türk hukukunda böyle bir imkân bulunmadığını ileri sürmüşlerdi. Ancak, Türk hukukunda böyle bir kurumun bulunmasının yararlı olacağı çoğunluk tarafından kabul edilmekteydi. 531. madde hâkim görüş tarafından benimsenen bir azlık hakkını hukukumuz getirmektedir.*” ifadelerine yer verilmek suretiyle, yasa koyucunun iradesinin Eski TTK’da mevcut olmayan yeni bir azınlık hakkı yaratmak yönünde olduğu açıkça ortaya konulmuştur. Di-

⁶ Ayoğlu, s. 222; Nomer Ertan, s. 435-436; İlbasmış Hızlısoy, s. 37-38; Aker, s. 110. Haklı nedenle fesih davasının öngörülme nedeninin, azınlığın, çoğunluğun gücünü kötüye kullanması ihtimaline karşı korunması olduğu yönünde ayrıca bkz. Hamdi Yasaman, Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, İstanbul 2009, s. 717.

⁷ Ancak davanın azınlık hakkı niteliğinde kurgulanmış olmasına karşın, teorik açıdan, “çoğun içinde az da vardır” (“*majori ad minus*”) şeklindeki yorum kuralı gereğince, TTK m. 529/1 (d) hükmü yollamasıyla m. 421/3-4 hükümleri çerçevesinde aranan yetersayılara (sermayenin % 75’i) ulaşamadığı için genel kurul tarafından iradi fesih kararı alınmasını sağlayamayan çoğunluğun da, haklı bir nedenin mevcut olması kaydıyla TTK m. 531 hükmüne göre haklı nedenle fesih davası açabilmesi mümkündür. Ne var ki, çoğunluğun da bu davayı açabilmesi imkânı, TTK m. 531 hükmünün teknik açıdan “azınlık hakkı” niteliğinde bir dava hakkı öngördüğü gerçeğini değiştirmemektedir (bkz. Ayoğlu, s. 221-222, dpn. 6).

ğer taraftan, hükmün dava hakkının kullanılmasını asgari bir pay sahipliği oranına sahip olunmasına bağlayan düzenleme biçimi de, teknik açıdan bir azınlık hakkı ile karşı karşıya olduğumuzu teyit etmektedir. Zira bu düzenleme biçimi, TTK m. 411-412 hükümlerinde genel kurulu toplantıya çağırma ve gündeme madde eklettirme konusunda mahkemeden talepte bulunmaya ilişkin olarak azınlığa tanınan dava hakkı ve TTK m. 439 hükmünde özel denetçi atanması için azınlığa tanınan dava hakkı gibi, dava yolu ile kullanılan klasik azınlık haklarına ilişkin düzenlemeler ile paralellik arz etmektedir⁸.

Hükmün madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, azınlık hakkı niteliğindeki bu davanın açılabilmesi için kapalı anonim şirketlerde sermayenin %10'u, halka açık anonim şirketlerde ise %5'i oranında paya tek bir pay sahibinin sahip olması şart değildir; birden fazla pay sahibi de bir araya gelerek bir blok oluşturmak suretiyle bu hakkı kullanabilir. Yine madde ge-

⁸ Haklı nedenle fesih davasında davalı sıfatı, davacı pay sahibi dışındaki diğer pay sahibi ya da pay sahiplerine değil, doğrudan ve sadece şirket tüzel kişiliğine aittir (**Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 294 parag. 14.14; **Hasan Pulaşlı**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara 2011, s. 1792, parag. 105). Bu nedenle, çoğunluğu oluşturan pay sahiplerine husumet yöneltilebilmesi ve bu pay sahiplerinin TTK m. 531 hükmüne dayanılarak açılan davada davalı konumunda gösterilebilmeleri, kural olarak mümkün değildir. Haklı nedenle fesih davasının şirket tüzel kişiliğine karşı açılması, başka bir ifadeyle davada husumetin şirkete yöneltilmesi, aynen TTK m. 411-412 ve m. 439 hükümlerinde olduğu gibi şirket tüzel kişiliğine karşı kullanılması gereken, şirketler hukuku tarafından azınlık pay sahiplerine tanınmış bir azınlık hakkı ile karşı karşıya olduğumuzu göstermektedir [Şirket bünyesinde eşit (yarı yarıya) pay sahipliği durumunun söz konusu olduğu ve haklı nedenle fesih davasını açan pay sahibinin, diğer pay sahibinin kusuru neticesinde davayı açmak zorunda kaldığı, yani diğer pay sahibinin kusuru sonucunda davacı pay sahibi açısından ortaklık ilişkisinin katlanılmaz hale geldiği hallerde, diğer (kusurlu) pay sahibinin davalı olarak gösterip göstermeyeceği hakkındaki tartışma için bkz. **Ayoğlu**, s. 241-243. TTK m. 531 hükmüne göre açılan davalarda, davayı açan pay sahibinin dışında kalan diğer pay sahiplerinin şirketle birlikte davalı olarak gösterilmelerinin mümkün olup olmadığı konusunda daha kapsamlı inceleme ve değerlendirme için ise bkz. **Yüksel**, s. 870 vd.]. Feshi haklı kılan bir nedenin mevcut olduğunu ispat yükü ise davacının omuzlarındadır. Davacı, haklı nedenin mevcut olduğunu ispatlamak adına tanık dâhil tüm delillerden yararlanma hakkına sahiptir (**Şener**, s. 597; **Fatih Bilgili/ Ertan Demirkapı**, Şirketler Hukuku, 9. Bası, Bursa 2013, s. 598).

rekçesinde belirtildiği üzere, esas sözleşme ile hakkın kullanımı için daha düşük bir oran öngörülebilir, ancak yasal oran esas sözleşmede yer verilecek bir düzenleme ile artırılmaz⁹. Bu oranların hesaplanmasında itibari değer esas alınır, sermaye borcunun ödenmiş olup olmaması ise dikkate alınmaz¹⁰.

Davanın sonucunda hükmolunacak haklı nedenle fesih kararı, sadece davacı azınlık açısından değil, tüm pay sahipleri açısından (“*erga omnes*”) etki doğuran, *inşai nitelikte*¹¹ ve *bozucu yenilik doğuran*¹² bir karardır. Feshe hükmedilmesi son çare (“*ultima ratio*”) olarak düşünüldüğünden, hükümde, yargıca, davacının talebi ile bağlı olmaksızın, fesih yerine duruma uygun düşen başka (alternatif) çözümlere hükmetme yetkisi tanınmıştır (“*extra petita*” karar tesis etme yetkisi)¹³. Fesih dışında başka bir çözüm ile şirket bünyesindeki ihtilafın giderilebilmesi mümkün ise, feshin “*ultima ratio*” karakteri gereği yargıç bu yolu tercih etmek durumundadır. Yargıcın bu yetkisini kullanarak duruma uygun düşen başka (alternatif) çözümlere hükmettiği hallerde de, mahkeme kararının, şirket bünyesindeki ortaklık ilişkisinde yeni

⁹ **Tekinalp** ise, hükmün gerekçesindeki bu ifadeye rağmen yasal oranın esas sözleşme ile artırılmayacağı gibi indirilemeyeceği fikrindedir (**Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 287-288 parag. 14-09). Aynı yönde ayrıca bkz. **Nomer Ertan**, s. 424.

¹⁰ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 294 parag. 14-14.

¹¹ **Tekinalp**, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Alternatif Çözümlü Feshi Davasının Bazı Usuli Sorunları, s. 215; **Şener**, s. 601; **Hanağası**, s. 205.

¹² **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 289 parag. 14-09; **Şahin**, s. 55-56; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 592 parag. 39; **Hanağası**, s. 247.

¹³ **Kendigelen**, s. 434-435; **Ayoğlu**, s. 225; **Erdem**, s. 234; **Şahin**, s. 492-493; **İlbasmış Hızlısoy**, s. 222-223; **Nomer Ertan**, s. 428-429; **Aker**, s. 128; **Hanağası**, s. 241. **Çamoğlu** ise feshin son çare olduğunu vurgulamakla birlikte, alternatif bir çözüm olarak davacının şirketten çıkartılmasına karar verilebilmesi için davacının talebinin ya da en azından rızasının gerektiği, aksi halde çıkarma karar verilemeyeceği düşüncesindedir. Bu nedenle yazar, aslında alternatif bir çözüm olarak davacının şirketten çıkartılmasından değil, “davacının çıkmasına izin verilmesinden” söz etmenin daha doğru olacağı fikrindedir (**Çamoğlu**, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde Hâkimin Takdir Yetkisi, s. 11 ve 13). **Nomer Ertan** ise, TTK m. 531 hükmünün mevcut haline göre davacının bu yönde bir talebi bulunmasa dahi şirketten çıkartılmasına karar verilmesinin mümkün olduğu, ancak kanun koyucunun bu açıdan tercih ettiği çözüm tarzının yerinde olmadığı düşüncesindedir (**Nomer Ertan**, s. 432).

bir hukuki durum inşa etmesi nedeniyle yine inşai nitelikte yenilik doğuran bir karar niteliğinde olacağı ifade edilmelidir¹⁴.

Özetle, TTK m. 531 hükmünde düzenlenen haklı nedenle fesih davası, yasa koyucu tarafından, azınlık pay sahiplerine tanınmış, yeni (-Eski TTK’da mevcut olmayan-) bir “*azınlık hakkı*” niteliğinde, “*inşai sonuçlar yaratan*”, yani mevcut hukuki durumu değiştirerek yeni bir hukuki durum oluşturan, “*yenilik doğuran*” bir dava türü olarak kurgulanmış bulunmaktadır.

Bilindiği üzere, azınlık hakları, doktrinde “*olumlu*” ve “*olumsuz*” azınlık hakları olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Olumlu azınlık hakkı olarak kabul edilen haklar, azınlığa tek yanlı irade açıklaması ile şirket veya organlarına karşı talepte bulunma hakkı veren, yöneltildiği organın onayına bağlı bulunmaksızın kullanılan ve hakkın gereğinin yerine getirilmemesi durumunda azınlığa dava açarak hakkın gereğinin yerine getirilmesini sağlama olanağı bahşeden haklardır¹⁵. TTK m. 411-412 hükümlerinde genel kurulu toplantıya çağırma ve gündeme madde eklettirme konusunda tanınan azınlık hakkı ve TTK m. 439 hükmünde özel denetçi atanması için azınlığa tanınan talep hakkı, olumlu azınlık hakları arasında ilk akla gelen örnekler olarak zikredilebilir. Olumlu azınlık haklarında, yasa koyucu, azınlığın hakkın kullandığına ilişkin irade açıklamasına belirli bir hukuki sonuç bağlar ve bu hukuki sonuç, şirket ve/veya organlarının takdirine ya da kabulüne bağlı olmaksızın yasa gereği (“*ipso iure*”) meydana gelir. TTK m. 420/1 hükmünde azınlığa tanınan finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konuların görüşülmesinin ertelenmesini sağlama hakkı ile TTK m. 486/3 hükmünde azınlığa tanınan nama yazılı pay senetlerinin bastırılıp dağıtılmasını sağlama hakkı, olumlu azınlık haklarında yasal sonucun şirket ve organlarının kabulüne bağlı olmadan “*ipso iure*” meydana gelmesinin belirgin örnekleridir. Olumsuz azınlık hakları ise, azınlığın, azınlık hakkını kullanmak suretiy-

¹⁴ Mahkemenin, fesih yerine, alternatif bir çözüm olarak davacının paylarının gerçek değerinin kendisine ödenmesi suretiyle şirketten çıkartılmasına hükmetmesi ihtimalinde, çıkarma kararının da inşai niteliğe sahip olacağı konusunda bkz. **Hanağası**, s. 257.

¹⁵ **Mehmet Helvacı**, Anonim Ortaklıkta Ticaret Hukukundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 307-309.

le belirli bir kararın alınmasını engellediği hallerde söz konusu olmaktadır. TTK 559 hükmünün, azınlığa, kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin kuruluştan doğan sorumluluktan ibra edilmelerini olumsuz oy kullanarak engellemek konusunda tanıdığı hak, olumsuz azınlık haklarının örneğini oluşturmaktadır¹⁶.

TTK m. 531 hükmü kapsamında azınlığa tanınan şirketin haklı nedenle feshini dava yoluyla talep etme hakkı, doktrinde isabetli şekilde olumlu azınlık hakkı olarak nitelendirilmektedir¹⁷. Ancak azınlığa tanınan haklı nedenle fesih davası açma hakkı, bir noktada diğer olumlu azınlık haklarından ayrılmaktadır. Zira diğer olumlu azınlık haklarında azınlığın hakkın konusunu oluşturan talebini öncelikle şirketin organlarına yöneltmesi ve hakkın gereğinin yerine getirilmemesi halinde dava yoluna başvurarak hakkın gereğinin yerine getirilmesini sağlaması söz konusudur. TTK m. 531 hükmünde ise, azınlığa, önce şirkete ve/veya organlarına yöneltilmesi gerekmeyen, doğrudan doğruya şirket tüzel kişiliğine karşı dava açmak suretiyle kullanılan, bu açıdan “*atipik*” olarak nitelendirilebilecek bir olumlu azınlık hakkı tanınmış bulunmaktadır. Ancak bu farklılık, sonuç itibarıyla TTK m. 531 hükmünde azınlığa tanınmış bir talep hakkı ile karşı karşıya olduğumuz göz önüne alındığında, hükümde tanınan hakkın olumlu bir azınlık hakkı niteliğinde olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

II. Haklı Nedenle Fesih Davası İkame Edildikten Sonra Şirket Bünyesinde Gerçekleştirilen Sermaye Artırımının Davaya Etkisi

Yukarıda yaptığımız açıklamaların ışığında, haklı nedenle fesih davası ikame edildikten sonra şirket bünyesinde gerçekleştirilen sermaye artırımının davaya etkisinin ne olacağı sorunsalına geçmek istiyoruz. Bu bölümde, ilk olarak haklı nedenle fesih davasını açmak için TTK m. 531 hükmünde öngörülen asgari pay sahipliği oranının dava süreci boyunca korunması ge-

¹⁶ Doktrinde bir görüş, TTK m. 559 hükmünde olduğu gibi belirli bir kararın alınabilmesi için azınlığın olumlu oyunun arandığı hallerde aslında azınlığa tanınmış bir talep hakkının bulunmadığını, yetersayılara ilişkin bir düzenlemenin söz konusu olduğunu, bu nedenle teknik anlamda bir azınlık haktan söz edilemeyeceğini savunmaktadır (Ali Dural, Anonim Şirkette Olumsuz Azınlık Hakları Düzenlemesi, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 187-189).

¹⁷ Şahin, s. 55; Erdem, s. 185; Aker, s. 124.

rekip gerekmediği meselesi incelenecek, daha sonra ise sermaye artırımını nedeniyle davacı azınlığın pay sahipliği oranında ortaya çıkabilecek erimenin azınlığın paylarının gerçek değerinin belirlenmesi sürecinde dikkate alınmasının doğru olup olmayacağı tartışmaya açılacaktır.

a) Dava Açmak İçin Öngörülen Asgari Pay Sahipliği Oranının Dava Süresince Korunması Gerekip Gerekmediği Yönünden Değerlendirme

Bu başlık altında yanıtını arayacağımız soru şu şekilde ortaya konulabilir: Şayet haklı nedenle fesih davasında davacı konumunda bulunan azınlık pay sahipleri dava ikame edildikten sonra yapılan sermaye artırımına katılamayacak, dolayısıyla azınlığın pay sahipliği oranı eriyecek ve TTK m. 531 hükmünde öngörülen yasal asgari pay sahipliği oranının altına düşecek olursa, acaba bu durum sürmekte olan haklı nedenle fesih davasının reddedilmesini gerektirecek midir?

Haklı nedenle fesih davasında, azınlığın, pay sahipliği oranını dava süresi boyunca yasal oranın üzerinde kalacak şekilde korumak zorunda olup olmadığı sorusu hakkında **Pulaşlı**, davacı pay sahibinin (ya da pay sahiplerinin), dava sonuna kadar pay sahibi statülerini yasal oranların altına düşmeyecek şekilde korumalarının zorunlu olduğu, davacının pay sahipliği oranının dava sürerken yasal sınırın altına düşmesi halinde davanın reddedilmesi gerektiği, kişiye bağlı bir dava hakkı söz konusu olduğundan payları devralana davaya devam etme hakkı tanınamayacağı yönünde görüş bildirmiştir¹⁸. **Erdem, Şahin, İlbasmış Hızlısoy, Nomer Ertan, Aker** ve **Hanağası**'nın da yasada öngörülen asgari pay sahipliği oranını dava şartı olarak nitelendirdikleri ve davacının paylarının dava ikame edildikten sonra yasal oranın altına düşmesi halinde davanın reddedilmesi gerektiği yönünde görüş bildirdikleri görülmektedir¹⁹. Davacının pay sahipliği oranının dava ikame edildikten sonra yasal sınırın altına düşmesi ihtimali karşısında ise, davacı/davacılara

¹⁸ **Pulaşlı**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, s. 578, parag. 39 ve Cilt II, s. 1791-1792, parag. 102-103.

¹⁹ **Erdem**, s. 172 ve 234; **Şahin**, s. 345 ve 347-348; **İlbasmış Hızlısoy**, s. 197-198; **Nomer Ertan**, s. 424; **Aker**, s. 126; **Hanağası**, s. 208 ve 215-216. **Hanağası**, davacının pay sahipliği sıfatı ve oranını, tüm dava süresi boyunca, hüküm kesinleşinceye kadar korunması gerektiğini vurgulamaktadır (**Hanağası**, s. 215).

mahkemece süre verilerek dava şartını yerine getirmelerinin talep edilmesi çözüm olarak önerilmektedir²⁰. Buna karşılık **Yüksel**, davacının pay sahipliği oranının dava ikame edildikten sonra yasal sınırın altına düşmesi ihtimalinde usul hukuku çerçevesinde bir esneklik tanınması gerektiğini, davacı (ya da davacılara) süre verilerek dava şartının yerine getirilmesinin düşünülebileceğini, inceleme konumuzu oluşturan senaryodaki gibi sonradan yapılan sermaye artırımları sonucunda rüçhan hakkını kullanamayan davacı azınlığın yasal eşiğin altına düşmesinin dava şartının ortadan kalkmasına yol açmaması gerektiğini dile getirmiştir²¹.

Kanımızca, teknik açıdan TTK m. 531 hükmünde düzenlenen olumlu azınlık hakkının kullanıldığı, yani azınlığın bu hakkını kullanma iradesini dış dünyaya yansıttığı (ve şirkete açıkladığı) tarih, haklı nedenle fesih davasının açıldığı tarihtir. Başka bir anlatımla, davanın açılması ile birlikte olumlu azınlık hakkı kullanılmış demektir. Dava sürecinde tartışma konusu olan ise, davacı pay sahibi (ya da pay sahipleri) tarafından kullanılan azınlık hakkının kullanılması için gereken yasal koşulların mevcut olup olmadığı (fesih için haklı bir neden bulunup bulunmadığı) ve şayet hakkın kullanımı için gereken koşullar mevcut ise, hakkın kullanımına bağlı hukuki sonuçların neler olacağı, yani mahkemenin hükümde kendisine tanınan takdir hakkı çerçevesinde feshe mi, fesih dışında alternatif bir çözüme mi karar vereceğidir. Dolayısıyla, davacının TTK m. 531 hükmünde öngörülen azınlık hakkını kullanmaya yetecek ölçüde paya sahip olup olmadığı, ancak ve sadece azınlık hakkının kullanıldığı, yani davanın ikame edildiği tarih esas alınarak değerlendirilmek gerekir. Azınlık dava tarihinde hükümde aranan asgari pay sahipliği oranına sahip ise, azınlık hakkı teknik açıdan davanın ikame edildiği anda kullanılmış olacağına göre, fikrimizce azınlığın payları sonradan yasal sınırın altına düşse dahi haklı nedenle fesih davası bu nedenle reddedilmemeli, davaya devam edilmelidir.

Gerçekten, olumlu azınlık hakları, azınlığın hakkın kullanımına ilişkin tek yanlı irade açıklaması ile “*ipso iure*” yasal sonuçlarını meydana getirirler. TTK m. 531 hükmünde öngörülen azınlık hakkını kullanmaya yönelik irade açıklaması, haklı nedenle fesih davasının ikame edildiği tarih itibarıyla

²⁰ Şahin, s. 345 ve 348; İlbasmış Hızlısoy, s. 198; Hanağası, s. 216.

²¹ Yüksel, s. 868.

yapılmış olmaktadır. O halde, davanın ikame edilmesi ile birlikte, hakkın kullanımına bağlı yasal sonuçların da meydana gelmesi gerekir. Davacı azınlık pay sahibini uzun yıllar boyunca sürececek bir dava sürecinde pay oranını korumaya zorlamak, azınlığa gereksiz bir külfet yüklemek ve çoğunluğa, TTK m. 531 hükmünde tanınan azınlık hakkını etkisiz hale getirmek için kullanılabilecek bir silah bahşetmek anlamına gelecektir. Azınlık dava kesin hükme bağlanana kadar pay oranını korumak külfeti altında bırakılırsa, çoğunluk yüklü miktarda sermaye artırımına gitmek suretiyle azınlığın paylarını eriterek davanın reddini sağlama stratejisini uygulamaya koyacaktır. Bu durum ise azınlığı yüksek maliyetlere katlanarak rüçhan hakkını kullanmaya zorlayacaktır. Azınlık finansal açıdan rüçhan hakkını kullanma imkânına sahip değil ise, sermaye artırımının iptalini sağlayamadığı sürece haklı nedenle fesih davasının reddedilmesine de engel olamayacaktır. Bu tablonun haksız ve adaletsiz sonuçlar yaratacağı ve TTK m. 531 hükmünün, çoğunluğun gücünü kötüye kullanmasını önleme yönündeki *ratio legis*'i ile bağdaşmayacağı ortadadır. Dolayısıyla bizim görüşümüz, diğer olumlu azınlık hakları için olduğu gibi, TTK m. 531 hükmünde öngörülen azınlık hakkı için aranan asgari pay sahipliği oranının da, salt hakkın kullanımına yönelik irade açıklamasının yapıldığı (davanın açıldığı) tarih için aranması gerektiği, dava kesin hükme bağlanana kadar pay sahipliği oranının korunmasının aranmasının doğru olmayacağı yönündedir.

b) Sermaye Artırımı Sonucunda Davacı Azınlığın Pay Sahipliği Oranında Ortaya Çıkabilecek Erimenin Azınlığa Ait Payların Gerçek Değerinin Belirlenmesi Sürecinde Dikkate Alınması Gerekli Gerekmediği Bakımından Değerlendirme

Haklı nedenle fesih davası açıldıktan sonra sermaye artırımını nedeniyle azınlığın paylarının yasal sınırın altına düşmesi ihtimalinde davanın reddedilmemesi gerektiğini, zira azınlığın haklı nedenle fesih davasını açtığı anda TTK m. 531 hükmünün kendisine tanıdığı olumlu azınlık hakkını kullanmış sayılacağını, yasal asgari pay sahipliği oranını davanın sonuna kadar koruma külfetinin azınlığa yüklenemeyeceğini yukarıda "II, a" başlığı altında belirtmiştik. Ancak haklı nedenle fesih davası açıldıktan sonra gerçekleştirilen sermaye artırımı sonucunda davacı azınlığın pay sahipliği oranında ortaya çıkabilecek erimenin, davacı azınlığa ait payların gerçek değerinin belirlenmesi sürecine (ya da davacı azınlığın tasfiye bakiyesine iştirak haklarına)

etkisinin ne olacağı, ilk soruya verdiğimiz yanıttan bağımsız olarak değerlendirilmesi gereken bir meseledir.

Bilindiği üzere, m. 531 c. 2 hükmü, haklı nedenle fesih davalarında, yargıca fesih dışında alternatif çözümlere karar verebilme konusunda takdir yetkisi tanımaktadır. Anılan hükme göre; “*Mahkeme, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir*”. Bu hüküm çerçevesinde yargıç, haklı sebep mevcut olsa dahi feshe karar vermek zorunda değildir; fesih yerine “*davacının şirketten çıkartılmasına karar verme*” ya da “*duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözümü karara bağlama*” konusunda takdir yetkisi tamamıyla yargıca aittir. Söz konusu düzenlemenin, HMK m. 26 (2) hükmü anlamında taleple bağılılık ilkesinin bir istisnasını teşkil ettiğinin²² ve yargıca, davacının talebinden bağımsız şekilde (“*extra petita*”) karar verme yetkisi tanıdığının altı çizilmelidir. Bu düzenlemenin temelinde, feshin “*ultima ratio*” (“son çare”) konumundaki karakteri ve şirketi (dolayısıyla şirketin sahibi olduğu işletmeyi) koruma anlayışı yatmaktadır.

İşte bu noktada karşımıza şu soru çıkmaktadır. Haklı nedenle fesih davası açıldıktan sonra şirket bünyesinde gerçekleştirilen sermaye artırımını sürecinde rüçhan hakkını kullanamayan (ya da kullanmayan)²³ azınlığın paylarında erime meydana gelen bir senaryoda, mahkemece fesih kararı verilecek ya da davacı azınlık pay sahibinin paylarının gerçek değerinin ödenmesi suretiyle şirketten çıkartılmasına karar verilecek olursa, davacı azınlığa ait payların tasfiye bakiyesine iştirak hakkı ya da bu payların gerçek değeri hesaplanırken, davacı azınlığa ait payların oranı olarak bu payların sermaye artımından önceki (davanın açıldığı tarihteki) yüzdesel değeri mi, sermaye artırımından sonraki (erime sonrasında düştükleri) yüzdesel değeri mi esas

²² Kendigelen, s. 434-435; Erdem, s. 234; Şahin, s. 492; İlbasmış Hızlısoy, s. 223; Nomer Ertan, s. 428; Hanağası, s. 241.

²³ Şirkette pay sahibi olarak devam etmek istemeyen, şirket bünyesindeki ortaklık ilişkisi kendisi açısından katlanılmaz hale gelen ve bu sebeple haklı nedenle fesih davası açma yoluna giden azınlığın, rüçhan hakkını kullanmaya yetecek finansal gücü mevcut olsa dahi dava ikame edildikten sonra yapılan sermaye artırımına katılmamayı (şirkete daha fazla yatırım yapmamayı) tercih etmesi son derece doğal karşılanmalıdır.

alınacaktır? Soruyu basit bir örnekle açıklamak gerekirse, haklı nedenle fesih davasını açan azınlığın davayı açtığı esnada şirkette %10 oranında paya sahip olduğunu, dava sürerken yapılan sermaye artırımını nedeniyle azınlığın paylarının sonradan sermayenin %3'üne düştüğünü varsayalım. Davacının çıkartılmasına ya da şirketin feshine karar verilecek olursa, davacı azınlığa ait payların gerçek değeri ya da tasfiye bakiyesine iştirak hakları, %10 üzerinden mi, %3 üzerinden mi hesaplanacaktır?

Bu soru karşısında iki farklı yaklaşım benimsenebilir. Bu yaklaşımlardan ilkinde, TTK m. 531 hükmüne dayanan haklı nedenle fesih davasının inşai niteliği, yenilik doğuran sonuçlar yaratan karakteri esas alınarak soruya yanıt arama yoluna gidilebilir. Bu noktadan hareketle yorum yapılacak olursa, “şirketin feshi” ya da davacıya ait payların gerçek değerleri üzerinden şirket tarafından satın alınması yoluyla “davacının çıkartılması” inşai nitelikteki kararlar olduğundan, hükmün tesis edildiği anda mevcut olan hukuki durum üzerinden değerlendirme yapılması gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir. Zira davacının şirketten çıkması, davanın açıldığı an itibarıyla değil, mahkemece bu yönde karar tesis edildiği an itibarıyla gerçekleşmektedir²⁴. Bu tablo, çıkarma kararının inşai nitelikte olmasının doğal bir sonucudur ve inşai niteliğin fesih kararı için de geçerli bulunduğu kuşkusuzdur. Zira fesih kararında da feshe, davanın açıldığı tarih itibarıyla değil, hüküm tarihi itibarıyla karar verilmektedir. Şu halde, haklı nedenle fesih davasında mahkemece verilecek hükmün inşai niteliği esas alınarak değerlendirme yapıldığında, şirketin feshine ya da davacı azınlığın şirketten çıkartılmasına karar verilmesi durumunda, azınlığın dava ikame edildikten sonra gerçekleştirilen sermaye artırımının iptali ya da geçersizliğinin tespiti için yasal yollara başvurmadağı hallerde, şirketin haklı nedenle fesih davasının açıldığı tarihteki sermaye yapısına göre değil, inşai nitelikte olan fesih ya da

²⁴ Çelik, Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, s. 309; Oruç, s. 224; Aker, s. 143. TTK m. 531 hükmünün ikinci cümlesi, mahkemenin, fesih yerine, paylarının “karar tarihine en yakın tarihteki” gerçek değerinin ödenmesi suretiyle davacı pay sahibinin şirketten çıkarılmasına karar verilebileceğini belirtmektedir. Hükmün davacının çıkartılması halinde karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değer esas alınmasını öngören yapısı, TTK m. 531 çerçevesinde mahkemece verilecek kararda, bu kararın inşai nitelikte olmasının bir sonucu olarak, davanın sonuna kadar şirket değerinde meydana gelecek değişikliklerin dikkate alınmasının yasa koyucu tarafından tercih edildiğini göstermektedir. Hükmün bu düzenlemesinin doğru ve yerinde olup olmadığı aşağıda “III” no’lu başlık altında ayrıntılı şekilde incelenecektir.

çıkartma kararına hükmedildiği tarihteki sermaye yapısına göre karar tesis edilmesi gerekecektir.

Ne var ki, bu çözüm tarzı tercih edildiği takdirde, azınlığın sermaye artırımının iptalini ya da geçersizliğinin tespitini dava ettiği hallerde çözümün ne olması gerektiği ayrıca değerlendirilmelidir. Zira azınlık, sermaye artırımının iptalini ya da geçersizliğinin tespitini dava ederek, artırım kararının hukuka aykırılığını yasal yollardan ileri sürmüş demektir. Bu noktada iki ihtimali içeren bir ayırım yapılması akla gelebilir. Şayet azınlık tarafından sermaye artırımının iptali ya da geçersizliğinin tespiti talebiyle açılan davada mahkeme TTK m. 449 hükmüne göre kararın yürütülmesinin geri bırakılmasına karar vermiş ise, sermaye artırımını hukuken tekemmül etmemiş, icrası durdurulmuş, dolayısıyla şirketin sermaye yapısı değişmemiş demektir. Bu durumda, haklı nedenle fesih davasında mahkemenin fesih ya da davacı azınlığın çıkartılması için karar verebilmek bakımından sermaye artırımının iptaline ya da geçersizliğinin tespitine yönelik olarak açılan davanın sonucunu beklemesine gerek yoktur. Çünkü hakkında TTK m. 449 hükmü uyarınca yürütmenin geri bırakılması kararı verilen sermaye artırımını icra edilemediğinden, azınlığın paylarında erime oluşmamış, davacı azınlığın haklı nedenle fesih davasını açtığı sırada sahip olduğu pay sahipliği oranı hukuken değişmemiş, davanın hükme bağlanacağı tarihte aynen korunuyor demektir²⁵. Ancak azınlık tarafından sermaye artırımının iptali ya da geçersizliğinin

²⁵ Uygulamada ticaret mahkemelerinin sermaye artırımının iptaline ya da geçersizliğinin tespitine ilişkin davalarda TTK m. 449 hükmüne göre yürütmenin geri bırakılması yönünde tedbir kararı vermekte son derece çekimser ve isteksiz davrandıkları görülmektedir. Ancak azınlık tarafından ikame edilen haklı nedenle fesih davasından sonra şirket bünyesinde sermaye artırımına gidilmesinin söz konusu olduğu hallerde, mahkemelerin TTK m. 449 hükmüne göre yürütmenin geri bırakılması talebini önemle ve hassasiyetle incelemeleri gerektiği kanısındayız. Özellikle şirketin malvarlığının sermayesinin çok üzerinde olduğu, yani yedek akçeler ile diğer iç kaynaklarının sermaye kaleminden çok daha yüksek tutarlara ulaştığı hallerde, şirketin nakit ihtiyacı da somut ve açık gerekçeler ile izah edilmiyor ise, artırımın haklı nedenle fesih davası açan azınlığın pay sahipliği oranını ve böylelikle azınlığın paylarının gerçek değerini azaltma (rüçhan hakkını kullanacak finansal gücü bulunmayan azınlıktan çoğunluğa servet transferi sağlama) kastıyla yapılmış olması ciddi bir olasılıktır. Bu sebeple, haklı nedenle fesih davasının inşai niteliği üzerine kurulu olan yaklaşım esas alındığı takdirde, TTK m. 449 hükmüne göre yürütmenin geri bırakılması bakımından yapılacak değerlendirme, sermaye artırımının iptalini (ya da geçersizliğinin tespitini) dava eden azınlığın haklı nedenle fesih davasındaki hak ve menfaatlerini korumak bakımından

tespiti talebiyle açılan davada mahkeme tarafından TTK m. 449 hükmüne göre kararın yürütülmesinin geri bırakılması yönünde bir tedbir kararı verilmemiş ise, bu tablo, hukuk tekniği açısından sermaye artırımı kararının icra edildiği ve azınlığın pay sahipliği oranında erimenin gerçekleştiği (azınlığın pay sahipliği oranının azaldığı) anlamına gelmektedir. Bu durumda, azınlık dava yolu ile pay oranında erimeye yol açan sermaye artırımı işleminin hukuka aykırılığını ileri sürdüğüne göre, haklı nedenle fesih davasına bakan mahkemenin, şirketin feshine ya da azınlığın çıkartılmasına kararı vermeden önce, sermaye artırımının iptaline ya da geçersizliğinin tespitine ilişkin davanın sonucunu beklemesi, yani bu davayı HMK m. 165/1 hükmü anlamında “bekletici mesele” yapması gerektiği düşünülebilir²⁶. Zira çıkarma ya da fesih kararı verilmesi halinde, davacıya ait payların gerçek değerlerinin ya da tasfiye bakiyesine iştirak haklarının azınlığın sermaye artırımından önceki pay sahipliği oranına göre mi, sermaye artırımından sonra erime sonucunda ortaya çıkan yeni pay sahipliği oranına göre mi belirleneceği, sermaye artırımının iptaline ya da geçersizliğinin tespitine ilişkin davanın sonucuna göre şekillenecektir. Bu davada mahkeme sermaye artırımının iptaline ya da geçersizliğine hükmedecek olursa, haklı nedenle fesih davasını açan azınlığın paylarının gerçek değerine ya da tasfiye bakiyesine ilişkin hakları, haklı nedenle fesih davasının açıldığı tarihteki pay sahipliği oranına göre belirlenecektir. Fakat mahkeme sermaye artırımının iptali ya da geçersizliği-

büyük bir önem arz etmektedir ve mahkeme, bu hususu göz önünde bulundurmak suretiyle hassas bir şekilde değerlendirme yapmalı, yukarıda açıkladığımız servet transferi olasılığını muhtemel gördüğü takdirde kararın yürütülmesinin geri bırakılması yönünde tedbir kararı vermelidir.

- ²⁶ Haklı nedenle fesih davasına bakan mahkeme, böyle bir durumda, kuşkusuz TTK m. 531 hükmü yönünden haklı bir nedenin mevcut olup olmadığını tespit bakımından yargılamaya devam etmeli, ancak haklı bir nedenin mevcut olduğu kanaatine ulaşacak olursa, şayet şirketin feshine ya da davacı azınlığın şirketten çıkartılmasına karar verecek ise, bu kararı vermeden önce, HMK m. 165/1 hükmü uyarınca sermaye artırımının iptaline (ya da geçersizliğinin tespitine) ilişkin davanın sonucunu beklemelidir. Yoksa mahkemenin haklı bir nedenin mevcut olup olmadığı yönünden incelemesini tamamlamadan sermaye artırımının iptaline (ya da geçersizliğinin tespitine) ilişkin davanın sonucunu beklemesi söz konusu olamaz. Zira TTK m. 531 hükmü anlamında haklı bir neden mevcut değil ise, şirketin feshine ya da davacı azınlığın şirketten çıkartılmasına zaten karar verilemeyecektir. Dolayısıyla, böyle bir senaryoda, sermaye artırımının iptaline (ya da geçersizliğinin tespitine) ilişkin davanın sonucunu beklemek de anlamsız olacaktır.

nin tespiti yönündeki talebi reddedecek olursa, sermaye artırımının hukuka aykırı olmadığı kesin hüküm ile tespit edilmiş olacağından, haklı nedenle fesih davasında azınlığın paylarının gerçek değerine ya da tasfiye bakiyesine iştirake ilişkin hakları, sermaye artırımından sonra ortaya çıkan yeni pay sahipliği oranı esas alınarak belirlenmek gerekecektir.

Görüldüğü üzere, haklı nedenle fesih davası sonucunda verilen mahkeme kararının inşai niteliği ve yenilik doğuran karakterinden hareketle yorum yapıldığında, dava ikame edildikten sonra şirket bünyesinde gerçekleştirilen sermaye artırımı nedeniyle ciddi teknik güçlükler ile karşılaşmakta, haklı nedenle fesih davasını açan azınlık bir de sermaye artırım işlemine karşı dava yoluna başvurmak zorunda bırakılmakta ve haklı nedenle fesih davasının, sermaye artırımının iptali ya da geçersizliğine ilişkin dava kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar bekletilmesi ihtimali gündeme gelmektedir. Haklı nedenle fesih davasını ikame eden azınlığın dava sonucunda elde etmeyi umduğu hakkını elde etmesini güçleştiren ya da en azından geciktiren böyle bir yaklaşımın makul ve yerinde görülemeyeceği düşüncesindeyiz. Kanımızca, şirket bünyesindeki ortaklık ilişkisi kendisi açısından katlanılmaz hale gelen ve bu sebeple haklı nedenle fesih davası açma yoluna giden azınlığı, dava ikame edildikten sonra alınan sermaye artırım kararı nedeniyle sahip olduğu pay oranını korumak için rüçhan hakkını kullanmak ya da artırım kararının iptalini/ geçersizliğini dava ederek bu yönde kesin hüküm elde etmek için yıllarca gayret sarf etmek ikilemi içerisinde bırakmak doğru görülemez.

Meselenin çözümü için akla gelebilecek ikinci yaklaşım ise, haklı nedenle fesih davası sonucunda verilen mahkeme kararının inşai niteliğine ve yenilik doğuran karakterine sıkı sıkıya bağlı kalmak yerine, tartışma konumuzu oluşturan senaryo bakımından TTK m. 531 hükmünde bir örtülü (“gerçek olmayan”)²⁷ boşluk bulunduğunu kabul etmek ve bu boşluğun MK

²⁷ Örtülü (“gerçek olmayan”) boşluk, kanunda somut olaya uygulanması mümkün bir düzenlemenin bulunduğu, ancak kanunun amacı ve ruhu esas alındığında kanundaki düzenlemenin somut olaya uygun düşmediği ve/veya hâkim toplumsal anlayış ve gerçek hukuk idesi açısından kanunda yer alan hükmün içeriğinin yeterli bulunmadığı hallerde söz konusu olan boşluk türüdür ve bu boşluk türünde eksik olan veya tam olmayan kuralın uygun düzenleme ile MK m. 1 hükmü çerçevesinde tamamlanması gerekir [bkz. **Çiğdem Kırca**, Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50, Sayı: 1, Yıl: 2001, s. 95-97].

m. 1/2 hükmü çerçevesinde yargıç tarafından doldurulmasını önermek olabilir. Gerçekten, yasa koyucunun, TTK m. 531 hükmünü dizayn ederken, dava açıldıktan sonra azınlığa ait pay oranının bir sermaye artırımını işlemi ile eritilmesi ihtimalini öngördüğünü, ancak bu ihtimale kayıtsız kalarak bu konuda düzenleme yapmamayı tercih ettiğini, yani bilinçli bir boşluk yarattığını ileri sürebilmek mümkün değildir. Azınlığa haklı nedenle fesih davasını ikame ederek şirket malvarlığında sahip olduğu payı (ister çıkarma ister fesih kararı tesis edilsin) bu dava sonucunda elde etme imkânını tanıyan yasa koyucunun, dava açıldıktan sonra yapılacak bir sermaye artırımını ile azınlığın şirket malvarlığında sahip olduğu payın (kısmen dahi olsa) çoğunluğa aktarılmasına göz yumması düşünülemez. O halde bu senaryo bakımından bir örtülü (“gerçek olmayan”) boşluk söz konusudur ve bu boşluğun, MK m. 1/2 hükmü çerçevesinde yargıç tarafından hukuk yaratılarak doldurulması gerekmektedir.

Kuşkusuz, yargıcın, bu boşluğu doldururken, hem davacı azınlık pay sahibinin hem de şirketin menfaatlerini gözetmesi, yani taraf menfaatleri arasında bir denge tesis etmesi gerekir. Davacı azınlık pay sahibi, dava açıldıktan sonra şirket değeri yükselmiş ise bundan faydalandırılmalı, ancak sermaye artırımını nedeniyle ortaya çıkan pay oranındaki erimenin olumsuz etkilerine karşı korunmalıdır; davalı şirket ise, şayet hukuki açıdan haklı bir nedeni ve finansal açıdan somut bir ihtiyacı mevcut ise sermaye artırımına gidebilmeli, sırf bazı pay sahipleri tarafından haklı nedenle fesih davası açıldı diye sermaye artırımına gitme imkânından yoksun bırakılmamalıdır.

Bu hassas dengenin gözetilmesi bakımından bizim önerdiğimiz formül şu şekildedir: Şirketin TTK m. 531 hükmüne göre verilecek karar tarihindeki (ya da bu karara en yakın tarihteki) malvarlığından (özkaynaklarından), dava ikame edildikten sonra yapılan sermaye artırımını nedeniyle şirkete giren tutar ile dava süresince şirketin elde ettiği toplam safi kar miktarı düşülmeli ve bulunan bu tutardan, davacı azınlığa sermaye artırımını öncesindeki pay sahipliği oranına göre pay verilmelidir. Bu şekilde hesaplanan azınlığa ait paya “a” bileşeni ismini verelim. Daha sonra ise, şirketin haklı nedenle fesih davası sürmekte iken elde ettiği kardan davacı azınlığına düşen payın hesaplanmasına geçilmelidir. Bu noktada, davacı azınlık, sermaye artırımını tarihine kadar şirketin elde ettiği kardan artırım öncesindeki pay sahipliği oranına göre, artırım sonrasında şirketin elde ettiği kardan ise artırım sonrasındaki pay sahipliği oranına göre yararlandırılmalıdır. Azınlığın payına düşen ve bu

şekilde hesaplanan kar payını ise “b” bileşeni olarak tanımlayalım. Bu formülle hesaplanan azınlığa ait kar payı (“b”), (-dava ikame edildikten sonra yapılan sermaye artırımını nedeniyle şirkete giren tutarı ve dava süresince şirketin elde ettiği kar miktarı düşüldükten sonra kalan-) şirket malvarlığından azınlığa düşen paya (“a”) eklenerek azınlığın paylarının şirket malvarlığı içerisindeki toplam hissesi bulunmalıdır (“a” + “b” = Azınlığa ait payların şirket malvarlığı içerisindeki hissesi). Bilindiği üzere, TTK m. 531 hükmünde azınlığa ait payların “gerçek değerinden” söz edilmekte olup, “gerçek değer” “defter değeri” demek değildir ve şirketin maddi malvarlığı unsurlarının yanı sıra, gayri maddi malvarlığı unsurlarının (fikri ve sınai haklarının, müşteri portföyünün, geleceğe yönelik nakit akımı beklentilerini ifade eden işletme değeri ve pazar payının) da şirketin (ve dolayısıyla azınlığa ait payların) gerçek değerinin hesaplanmasında dikkate alınması gerekir. Şirkete ait gayri maddi malvarlığı unsurlarının toplam ekonomik değeri üzerinden de davacı azınlığın sermaye artırımını öncesindeki pay sahipliği oranına göre pay alması sağlanmalıdır (bu şekilde hesaplanan azınlığa ait gayri maddi malvarlığı payına da “c” bileşeni ismini verelim). İşte, “a”, “b” ve “c” bileşenlerinin toplamı, azınlığın davalı şirkette sahip olduğu payların toplam gerçek değerini ifade edecektir [$a + b + c = \text{Azınlığa ait payların gerçek değeri}$]²⁸. Kuşkusuz, önerdiğimiz bu formülün hayata geçirilmesi bilirkişi incelemesini gerektirecek ve muhasip bilirkişiler eliyle bu hesaplamanın hassasiyetle yapılması gerekecektir. Ancak önerdiğimiz bu formülle, i) davacı azınlık hüküm tarihine kadar şirket malvarlığındaki artıştan yararlandırılmış, ii) sermaye artırımını nedeniyle pay oranında oluşan erimenin davacı azınlığın

²⁸ Şirketin tasfiyesine karar verilmesi ihtimalinde de, azınlığın tasfiye payı hesaplanırken önerdiğimiz formülün bir benzeri hayata geçirilebilir. Şöyle ki, öncelikle haklı nedenle fesih davası ikame edildikten sonra yapılan sermaye artırımını neticesinde şirkete giren meblağ (öz kaynak tutarı), bu artırımda sermaye taahhüdünde bulunan pay sahiplerine iade edilir. Daha sonra dava süresince şirketin elde ettiği toplam karın pay sahiplerine dağıtılmasına geçilir ve davacı azınlık, sermaye artırımını tarihine kadar şirketin elde ettiği kardan artırım öncesindeki pay sahipliği oranına göre, artırım sonrasında şirketin elde ettiği kardan ise artırım sonrasındaki pay sahipliği oranına göre faydalandırılır. Bakiye kalan miktar ise pay sahiplerine (ve dolayısıyla davacı azınlığa) sermaye artırımından önceki pay sahipliği oranlarına göre dağıtılır. Böylelikle, tasfiye süreci açısından da yukarıda önerdiğimiz formül ile eşdeğer sonuç doğuran ve davacı azınlık pay sahibini, haklı nedenle fesih davası açıldıktan sonra yapılan sermaye artırımını nedeniyle pay oranında ortaya çıkan erimeye karşı koruyan bir çözüm benimsenmiş olur.

toplam pay değerindeki olumsuz etkileri önlenmiş olacak ve iii) şirketin, şayet gerçekten bu yönde somut bir ihtiyaç mevcut ise, sermaye artırımına gitmesi engellenmemiş olacaktır²⁹.

III. Davacı Azınlığın Paylarının Gerçek Değerinin Hesaplanmasında Esas Alınması Gereken Tarih Bakımından Değerlendirme

TTK m. 531 c. 2 hükmünün, davacı azınlık pay sahibinin paylarının gerçek değeri ödenmek suretiyle şirketten çıkartılmasına karar verilmesi halinde karar tarihine en yakın tarihteki şirket değerinin esas alınmasını öngören ifadesi, doktrinde ilk olarak **Kendigelen** tarafından eleştirilmiş ve dava tarihinden sonra şirketin malvarlığında düşüş meydana geldiği takdirde davacının bundan olumsuz etkileneceğine dikkat çekilmiştir³⁰. Yazar, hükme “karar tarihine en yakın tarihteki” ibaresinin Adalet Komisyonu aşamasında eklenmesinin gerekçesinin zaman içerisindeki değer artışlarından davacı pay sahibini yararlandırmak olduğunu, ancak bu ibarenin tam aksi yönde bir sonucun doğumuna da yol açabileceğini ve davacı pay sahibinin aleyhine sonuç doğurabileceğini; fakat burada davacı pay sahibinin şirketten ayrılması bir mahkeme kararına bağlandığından, davanın açıldığı tarihteki değil, kararın verileceği tarihe en yakın tarihteki şirket değerinin esas alınmasının yerinde görülebileceğini belirtmiştir³¹.

Aslında, şirketten çıkartılmasına karar verilen davacı azınlık pay sahibinin paylarının gerçek değerinin hesaplanmasında karar tarihine en yakın tarihteki şirket değerinin esas alınması, TTK m. 531 hükmüne dayanan mahkeme kararının inşai ve yenilik doğuran karakterinin doğal bir sonucudur. Çıkartılmasına karar verilen pay sahibi, dava tarihi itibarıyla değil, TTK m. 531 hükmüne istinaden verilen karar tarihi itibarıyla şirketten çıkartılmaktadır ve bu karar tesis edilene kadar şirkette pay sahibi statüsünü korumaya

²⁹ Dava tarihinden sonra şirket bünyesinde sermaye artırımına gidilmesi sorunsalına ilişkin olarak, limited şirketin haklı nedenle feshine (TTK m. 636/3), limited şirket ortağının haklı nedenle şirketten çıkmasına (TTK m. 638/2) veya haklı nedenle çıkarılmasına (TTK m. 640/1) ilişkin davalar bakımından da örtülü (“gerçek olmayan”) kanun boşluğu bulunduğu ve önerdiğimiz formülün, MK m. 1/2 hükmü çerçevesinde, bu davalarda TTK m. 641/1 hükmü uyarınca hesaplanması gereken ayrılma akçesi tespit edilirken de kullanılabileceği fikrindeyiz.

³⁰ **Kendigelen**, s. 435.

³¹ **Kendigelen**, s. 435.

devam etmektedir³². Bu statüsünün doğal bir sonucu olarak da, şirketten çıkartılmasına karar verilen pay sahibi, dava süresince şirket değerinde ortaya çıkan yükselişten ve dava süresince şirketin elde ettiği kardan faydalanacağı gibi, şirket değerinde meydana gelebilecek azalmaya da kural olarak katlanmak durumundadır. Ancak sorun şu noktada ortaya çıkmaktadır. Acaba şirketin değeri, normal ticari faaliyetin sonucunda ortaya çıkan makul görülebilir zararlar nedeniyle değil de, çoğunluğun kötü niyetli eylem ve işlemler ile şirketin malvarlığını azaltmak, hatta ortadan kaldırmak, bu malvarlığını başka gerçek ya da tüzel kişilere aktarmak, uygulamadaki tabir ile “şirketin içini boşaltmak” ve böylelikle azınlığın paylarının gerçek değerini azaltmak veya sıfırlamak yönündeki iradesinden kaynaklanıyorsa, bu takdirde nasıl bir hukuki çözüm söz konusu olmalıdır? Böyle bir senaryoda, haklı nedenle fesih davasını açan azınlığı korumak amacıyla TTK m. 531 hükmünde yer verilen “karar tarihine en yakın değer”³³ ibaresi adeta bir bumerang gibi dö-

³² Limited şirket ortağının şirketten haklı nedenle çıkma talebinde bulunmasına ilişkin TTK m. 638/2 hükmü bu tespiti teyit etmektedir. Gerçekten, TTK m. 638/2 hükmünde, limited şirket ortaklarının haklı nedenle şirketten çıkmak üzere açacağı davalarda, davacı ortağın pay sahipliği haklarının tamamen veya kısmen dondurulabileceği veya davacı ortağın durumunun teminat altına alınabilmesi için gereken önlemlerin mahkeme tarafından alınabileceği açıkça ifade edilmektedir (bkz. TTK m. 638/2 c. 2: “Mahkeme istem üzerine, dava süresince, davacının ortaklıktan doğan hak ve borçlarından bazılarının veya tümünün dondurulmasına veya davacı ortağın durumunun teminat altına alınması amacıyla diğer önlemlere karar verebilir”). Haklı nedenle çıkma davasına bakan mahkemenin davacı ortağın ortaklık haklarını dondurmak yönünde tedbir kararı tesis edebilmesine imkân sağlayan bu hüküm, davacı limited şirket ortağının, dava süresince ortak statüsünü koruduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Aynı tespitin, anonim şirketler hukukunda TTK m. 531 hükmü çerçevesinde şirketten çıkartılmasına karar verilen pay sahibi bakımından da geçerli olacağından kuşku duyulamaz. [bkz. Çelik, Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, s. 309; Oruç, s. 224; Aker, s. 143. Ayrıca bkz. TTK m. 638/2 c.2 hükmü ile aynı yönde İsviçre Borçlar Kanunu (“İsv. BK”) m. 824. Ancak İsviçre Borçlar Kanunu’nun, TTK m. 638 hükmünden farklı olarak “İhtiyati Tedbirler” başlığını taşıyan ve bu suretle ortağın haklarını dava boyunca dondurma yönünde verilecek mahkeme kararının ihtiyati tedbir kararı niteliğinde olduğunu ortaya koyan m. 824 hükmü, sadece davacı limited şirket ortağının pay sahipliği haklarının kısmen veya tamamen dondurulmasından söz etmekte, davacı ortağın durumunun teminat altına alınması için mahkemece önlem alınmasından ise bahsetmemektedir].

³³ Belirtmek gerekir ki, şirketten çıkartılan davacının paylarının gerçek değerinin “karar tarihi-ne en yakın tarihteki” şirket değeri üzerinden hesaplanması yönündeki ibare, limited şirketin haklı nedenle feshi davasına ilişkin TTK m. 636/3 hükmünde ve limited şirket ortağının haklı nedenle şirketten çıkması ya da çıkarılması halinde alacağı ayrılma akçesini düzenleyen

nüp davayı açan azınlığı vurmakta ve kötünietli çoğunluğa, dava sürmekte iken şirketin içini tamamen boşaltmak ya da en azından şirket malvarlığını azaltmak konusunda bir imkân bahsetmektedir³⁴.

TTK m. 641/1 hükmünde yer almamaktadır. Bu hükümlerde, herhangi bir tarihteki değere vurgu yapılmamış, sadece payların gerçek değerinin ödenmesinden söz edilmiştir. TTK m. 531 hükmünün mehzazını oluşturan İsv. BK. 736/4 hükmünde de bu yönde bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak İsv. BK. m. 736/4 hükmünün metninde, hâkimin feshe alternatif çözümlere hükmetme yetkisinden söz edilirken, TTK m. 531 c. 2 hükmünden farklı olarak “davacı pay sahibinin paylarının gerçek değeri ödenmek suretiyle şirketten çıkartılması” ihtimalinin özel olarak zikredilmediği de vurgulanmalıdır. TTK m. 531 c. 2’de ise bu ihtimal özel olarak zikredilmekte ve mahkemenin, “*fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme*” karar verilebileceği ifade edilmektedir. Davacının şirketten çıkartılması ihtimaline İsv. BK. m. 736/4 hükmünden farklı olarak ilk taslak metinden itibaren TTK 531 hükmünde açıkça yer verilmiş olması, metni hazırlayan Bilim Komisyonu’nun bu alternatif çözümü ön planda düşündüğünü göstermesi bakımından ilgi çekicidir (Ayoğlu, s. 238). İsv. BK.’nın limited şirketin haklı nedenle feshine ilişkin m. 821/3 hükmünde de, m. 736/4 hükmüne benzer şekilde davacı ortağının paylarının gerçek değeri ödenmek suretiyle şirketten çıkartılması ihtimali özel olarak zikredilmemiş; limited şirket ortağının şirketten çıkması ya da çıkarılması ihtimalinde ödenecek ayrılma akçesini düzenleyen m. 825/1 hükmünde ise “karar tarihine en yakın tarihteki değere” ya da başka bir tarihteki değere referans verilmemiş, payların gerçek değerinin ödeneceğinin belirtilmesi ile yetinilmiştir. Türk Hukukunda, TTK m. 636/3 hükmü çerçevesinde limited şirketlerin haklı nedenle feshine ilişkin olarak açılan davalarda da m. 531 hükmüne paralel olarak karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değer esas alınması gerektiği görüşü için bkz. Aker, s. 90 ve 142. Ancak yazar, limited şirketlerde haklı nedenle feshe, çıkma ya da çıkarılmaya ilişkin davalarda, ilgili ortağa ödenecek ayrılma akçesi hesaplanırken, istisnai olarak gerektirici nedenlerin bulunması halinde karar tarihine en yakın tarihten farklı bir tarihteki değer esas alınabileceğini de ifade etmektedir (Aker, s. 90).

³⁴ Erdem de aynı sakıncaya işaret etmekte ve bu durumun önüne geçebilmek adına gerçek değer tespitinde dava tarihi itibarıyla hazırlanan ayrılma bilançosunun dikkate alınmasını ve/veya ihtiyati tedbirler aracılığıyla şirket malvarlığının korunmasını önermektedir (Erdem, s. 277). İlbasmış Hızlısoy ise aynı yazara yaptığı atıfla, ihtiyati tedbirler aracılığıyla şirket malvarlığının korunmasının yerinde olabileceğini belirtmekte; ancak davacının paylarının gerçek değerinin geçmiş tarihli bir bilançoya göre hesaplanmasının TTK m. 531 hükmüne aykırılık teşkil edeceğini ifade etmektedir (İlbasmış Hızlısoy, s. 318). İlbasmış Hızlısoy, davacı pay sahiplerinin kayıplara katlanmasının hakkaniyete uygun düşmediği durumlarda şirketten çıkartma yönündeki alternatif çözümün duruma uygun düşen ve kabul edilebilir bir çözüm niteliği taşımayacağı fikrindedir (s. 319). Aker de davacı azınlığın menfaatlerini korumak hedefi güden ihtiyati tedbirler alınmasını faydalı görmekte, ancak hesaplamaya

Kanımızca, böyle bir senaryo bakımından da TTK m. 531 hükmünün azınlığı korumaya yönelik *ratio legis*'inden hareket etmek ve çoğunluk pay sahiplerinin, haklı nedenle fesih davası ikame edildikten sonra, şirket üzerinde sahip oldukları kontrolden istifade etmek suretiyle şirketin mutad ticari faaliyeti ile bağlantılı görülemeyecek ve/veya makul addedilemeyecek işlemlerle kasıtlı olarak şirket malvarlığını azaltmak ya da ortadan kaldırmak stratejisine başvurmaları ihtimali bakımından, aynen yukarıda “II, b” başlığı altında incelediğimiz senaryoya benzer şekilde bir örtülü (“gerçek olmayan”) boşluk bulunduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla, böyle bir senaryo için TTK’da bulunan boşluğun, MK m. 1/2 hükmü çerçevesinde yargıç tarafından doldurulması gerekecektir. Bizim önerimiz, incelediğimiz bu senaryonun söz konusu olduğu hallerde, MK m. 1/2 hükmü çerçevesinde, azınlığa ait payların gerçek değerinin (ya da şirketin tasfiyesi söz konusu olacak ise azınlığa ait payların tasfiye bakiyesine iştirak haklarının), davanın açıldığı tarihte mevcut olan şirket malvarlığı göz önüne alınarak belirlenmesidir.

Kuşkusuz ki kural, TTK m. 531 hükmü çerçevesinde verilecek kararın inşai niteliği nedeniyle azınlık dava sonuna kadar pay sahibi statüsünü koruyacağından, dava hükmüne bağlanıncaya kadar şirket değerinde ortaya çıkan olumlu ya da olumsuz gelişmelerin azınlığın sahip olduğu payların değerini etkileyeceği yönündedir. Ancak madem TTK m. 531 hükmü çerçevesinde verilecek karar inşai bir karardır, davayı gören mahkemenin dava sürmekte iken şirket bünyesinde ortaya çıkan gelişmeleri de dikkate alması zorunludur. Davayı gören mahkeme, dava açıldıktan sonra şirket bünyesinde gerçekleştirilecek şirketin mutad ticari faaliyeti ile bağlantılı görülmesi ve/veya makul addedilmesi mümkün olmayan işlemler ile azınlığın haklarının ortadan kaldırılmasına, TTK m. 531 hükmüne dayanarak vereceği hükmün inşai karakterinin davacı azınlığın aleyhine kullanılmasına izin vermemelidir. Bu itibarla, böyle bir senaryo karşısında “karar tarihine en yakın tarihteki” değeri esas alan asıl kuraldan ayrılmak, bir istisna yaratmak, örtülü (“gerçek olmayan”) bir kanun boşluğunun bulunduğunu kabul ederek MK m. 1/2

esas alınacak tarihe ilişkin olarak bir öneri getirmemektedir; yazarın görüşü, hükmün bu açıdan emredici şekilde düzenlendiği ve kanun koyucunun bu tercihinin yerinde olmadığı yönündedir (Aker, s. 142-143). Nomer Ertan’ın da, dava sürecinde kötüniyetli çoğunluğun şirket malvarlığını kasıtlı şekilde azaltması tehlikesine dikkat çektiği vurgulanmalıdır (Nomer Ertan, s. 430-431).

hükmü çerçevesinde azınlığa ait payların gerçek değerini “davanın açıldığı tarihteki şirket değerini esas almak suretiyle” tespit etmek gerekir^{35, 36}.

³⁵ İncelediğimiz senaryoda şirket malvarlığı haklı nedenle fesih davası açıldıktan sonra kasıtlı eylem ve işlemler ile azaltılmaktadır. Davacı azınlığın davayı açarken bu ihtimali öngörebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla davacı azınlık, hüküm tarihine kadar şirket değerinde ortaya çıkabilecek olumlu değişikliklerden faydalanmak düşüncesiyle dava dilekçesinde “karar tarihine en yakın tarihteki şirket değeri üzerinden” kendi paylarının gerçek değerinin hesaplanmasını talep etmiş olabilir. Bu noktada Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“HMK”) m. 26 hükmünde öngörülen taleple bağlılık ilkesinin, dava tarihindeki şirket değerinin esas alınmasına engel oluşturup oluşturmayacağı sorusu akla gelebilir. Kanımızca, azınlığın dava dilekçesindeki talebi, teknik açıdan “paylarının gerçek değeri ödenmek suretiyle şirketten çıkmasına izin verilmesidir”. Pay değerinin hangi tarih esas alınmak suretiyle hesaplanacağına dair ibare, bu talebin bir parçası değildir. Bu nedenle, azınlığın dava açıldıktan sonra şirketin içinin boşaltılması nedeniyle dava tarihindeki şirket değeri üzerinden hesaplama yapılmasını talep etmesi, talebin değiştirilmesi anlamına gelmemeli ve ıslahı gerektirmemelidir. Diğer yandan, haklı nedenle fesih davasına bakan mahkeme, davacı azınlık tarafından talep edilmiş olmasa dahi, fesih yerine, alternatif bir çözüm olarak davacının paylarının gerçek değeri kendisine ödenmek suretiyle şirketten çıkartılmasına karar verebilmektedir (“extra petita” karar verme yetkisi). TTK m. 531 hükmünün alternatif çözümlere hükmetme noktasında yargıca verdiği takdir yetkisi nedeniyle, haklı nedenle fesih davaları, taleple bağlılık ilkesinin (“HMK m. 26”) istisnasını oluşturmaktadır. Bu hükmeye dayanan haklı nedenle fesih davalarında, alternatif çözüme hükmedip hükmetmemek ya da alternatif çözümün ne olacağına ve ne şekilde uygulanacağına karar vermek yargıcın takdir yetkisi dâhilindedir (MK m. 4). O halde, davacının şirketten çıkartılıp çıkartılmamasına karar verme konusunda takdir yetkisine sahip olan mahkeme, davacının şirketten çıkartılması halinde hangi tarihteki pay değerinin esas alınması gerektiğine de davacının yararını gözeterek re’sen karar verebilme yetkisine sahip olmalıdır. Davacının şirketten çıkartılması için dava dilekçesinde bu yönde talepte bulunulmasına gerek olmadığına göre, çıkarma kararı verilmesi halinde davacıya ait payların hangi tarihteki değer üzerinden şirket tarafından satın alınacağıının belirlenmesi noktasında da davacının dava dilekçesindeki ifade biçimi bağlayıcı görülmemek gerekir. Yargıç, TTK m. 531 hükmünün alternatif çözümlere hükmetme konusunda kendisine verdiği takdir yetkisi ve örtülü (“gerçek olmayan”) kanun boşluğunu re’sen doldurma yükümlülüğü (MK m. 1/2 hükmü) çerçevesinde, dava dilekçesinde bu yönde ifadeler kullanılmamış olsa bile, davacının netice-i talebini değiştirmesine gerek bulunmaksızın, davanın açıldığı tarihten sonra şirketin içinin boşaltılması sebebiyle dava tarihindeki pay değerinin esas alınmasına karar verebilmelidir.

³⁶ Savunduğumuz bu görüşün, aynı senaryonun söz konusu olması halinde, limited şirketin haklı nedenle feshine (TTK m. 636/3) ilişkin davalarda davacı ortağın şirketten çıkartılmasına karar verilmesi ihtimali ile limited şirket ortağının haklı nedenle şirketten çıkmasına (TTK m. 638/2) veya çıkarılmasına (TTK m. 640/1) ilişkin davalar bakımından da geçerli olduğu düşüncesindeyiz. Özetle, bu davalar bakımından da, verilecek mahkeme kararının

Bu noktada bir başka soru akla gelmektedir. Acaba haklı nedenle fesih davasına bakan mahkeme, dava açıldıktan sonra şirket malvarlığını azaltmaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yönetsel tasarrufların söz konusu olduğu hallerde, davayı ikame eden azınlığın pay sahipliği haklarının dava sonuna kadar korunması amacıyla ihtiyati tedbir kararı verme imkânına sahip midir? TTK m. 638/2 hükmünde, limited şirket ortaklarının haklı nedenle şirketten çıkmak üzere açacağı davalarda, davacı ortağın pay sahipliği haklarının tamamen veya kısmen dondurulabileceği veya davacı ortağın durumunun teminat altına alınabilmesi için gereken önlemlerin mahkeme tarafından alınabileceği açıkça ifade edilmektedir (bkz. TTK m. 638/2 c. 2: “Mahkeme istem üzerine, dava süresince, davacının ortaklıktan doğan hak ve borçlarından bazılarının veya tümünün dondurulmasına veya davacı ortağın durumunun teminat altına alınması amacıyla diğer önlemlere karar verebilir”). Ancak, TTK m. 531 hükmünde bu yönde bir düzenleme mevcut değildir. Ne var ki, TTK m. 531 hükmü, m. 638/2 hükmünden farklı olarak, haklı nedenle çıkmaya ilişkin değil, haklı nedenle şirketin feshine ilişkin bir düzenlemedir ve davacı pay sahibinin şirketten çıkartılması, feshe alternatif bir çözüm olarak gündeme gelmektedir. Bu nedenle, davacı pay sahibinin şirketten çıkartılması olasılığında uygulama alanı bulacak TTK m. 638/2 c. 2 hükmüne benzer bir düzenlemeye TTK m. 531 hükmünde yer verilmemiş olması anlayışla karşılanabilir. Buna karşılık, hâkimin alternatif çözüme hükmetme yetkisi kapsamında davacı pay sahibinin şirketten çıkartılmasına karar vermesi ihtimalinde, TTK m. 531 hükmüne dayanılarak açılmış bir dava ile TTK m. 638/2 hükmüne göre ikame edilmiş olan bir dava arasında, teknik sonuçları bakımından bir fark söz konusu olmayacak ve her iki ihtimalde de davacı pay sahibi, paylarının gerçek değeri kendisine ödenmek suretiyle şirketten çıkartılacaktır. Teknik açıdan aynı sonuca yol açmaları muhtemel olan bu iki davada, anonim şirket pay sahibi ile limited şirket ortağı arasında, dava sürecinde pay sahipliği haklarının korunması noktasında bir ayrımın söz konusu olmaması gerekir. Zira anonim şirket pay sahibi ile limited şirket ortağının menfaatleri arasında bu açıdan ayrım yapılmasını haklı kılacak ras-

inşai niteliği nedeniyle kural olarak kararın verildiği tarihteki pay değerinin esas alınması gerekecektir; ancak davanın açıldığı tarihten sonra şirketin içinin boşaltılması ihtimalinde, MK m. 1/2 hükmü çerçevesinde bu davalarda da dava tarihindeki pay (şirket) değerinin esas alınması doğru olacaktır. Zira anonim ve limited şirketler arasında, bu açıdan bir ayrım yapılmasını haklı kılacak hiçbir gerekçe yoktur.

yonel bir gerekçe gösterilemez. Dolayısıyla, madem mahkemenin TTK m. 531 hükmüne dayanan davalarda alternatif bir çözüm olarak davacı pay sahibinin paylarının gerçek değeri ödenmek suretiyle şirketten çıkartılmasına hükmetme yetkisi vardır ve bu yetkinin kullanılıp kullanılmayacağı davanın sonunda verilecek hüküm ile belli olacaktır, o halde davacı pay sahibinin pay sahipliği hakları, dava boyunca, aynen haklı nedenle çıkma davası açan bir limited şirket ortağının ortaklık hakları gibi tedbir kararı yoluyla korunabilmelidir. TTK m. 531 hükmü bu açıdan bir kanun boşluğu içermektedir; ancak yasa koyucunun iradesinin davacı ortağın ortaklık haklarının dava boyunca korunmasından yana olduğu TTK m. 638/2 c. 2 hükmünden açıkça anlaşılabilmektedir. Bu nedenle, kanımızca, TTK m. 638/2 c. 2 hükmünün, TTK m. 531 hükmüne dayanan davalarda kıyasen uygulanması, bu boşluğu doldurmak bakımından en doğru çözüm olacaktır^{37 38}. Anılan hükmün anonim şirketlerin haklı nedenle feshine ilişkin davalarda kıyasen uygulanması, dava ikame edildikten sonra şirket malvarlığının kasıtlı şekilde azaltılmasını ya da ortadan kaldırılmasını önleyecek şekilde ihtiyati tedbir kararı verme yetkisini haklı nedenle fesih davasına bakan mahkemeye sağlayacak, bu hüküm çerçevesinde davalı şirkete gerekli görülen hallerde yönetim ya da denetim kayyımı atanması dahi mümkün olabilecek, böylelikle şirket malvarlığının dava sonuna kadar korunması sağlanabilecektir.

Son olarak ise şu olasılığı değerlendirmemiz gerekir: Acaba haklı nedenle fesih davasında davacı azınlık pay sahibinin paylarının değerinin MK m. 1/2 hükmü çerçevesinde davanın açıldığı tarih esas alınarak belirlenmiş olmasına rağmen, malvarlığı kasıtlı olarak azaltılan ya da tamamen ortadan kaldırılan, yani içi boşaltılan davalı şirketin mahkemece hükmolunan gerçek değeri davacı azınlığa ödeyebilmesi mümkün gözüküyorsa çözüm

³⁷ *Aker* ise, TTK m. 531 hükmüne dayanılarak açılan davalarda, ihtiyati tedbir kararı tesis etme imkânı bakımından TTK m. 530/2 hükmünden yararlanılabileceği düşüncesindedir (*Aker*, s. 132). Buna karşılık *Hanağası*, TTK m. 531 hükmünde düzenleme bulunmadığından, ihtiyati tedbirler konusunda HMK hükümlerine başvurmak gerektiği kanısındadır (*Hanağası*, s. 237).

³⁸ Kanımızca, limited şirket ortağının haklı nedenle çıkma davası açması ihtimalinde uygulanmak üzere öngörülmüş bulunan TTK m. 638/2 c. 2 hükmünün, limited şirket ortağının haklı nedenle şirketin feshini dava ettiği, ancak alternatif çözümlere hükmetme yetkisi kapsamında davacı ortağın şirketten çıkartılmasının söz konusu olabileceği TTK m. 636/3 hükmüne dayanan davalarda da kıyasen uygulanması gerekir.

ne olmalıdır? Böyle bir senaryoda, davacı azınlığın şirketin malvarlığının azaltılmasına ya da ortadan kaldırılmasına imkân sağlayan yönetim kurulu üyelerinin şahsi sorumluluklarına yönelik dava açmaya yönlendirilmesi akla gelebilir. Şirketin kontrolünü ellerinde tutan hâkim pay sahiplerinin, yönetim kurulunda yer almasalar dahi, “olgu organ” teorisi³⁹ çerçevesinde böyle bir sorumluluk davasında davalı gösterilebilmeleri mümkündür. Şirket malvarlığının hâkim pay sahiplerine ya da onların kontrolleri altındaki başkaca şirketlere çeşitli işlemlerle aktarıldığı, yani şirketin malvarlığının hâkim pay sahibinin kişisel malvarlığı ile karıştığı hallerde, hâkim pay sahibinin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi yoluyla dava edilmesi de düşünülebilir. Nihayet, şirket malvarlığının kısmen ya da tamamen ortadan kaldırılması nedeniyle haklı nedenle fesih davası yoluyla hakkını elde edemeyen azınlığın, dava açıldıktan sonra şirket üzerindeki kontrollerini kullanarak şirketin içini boşaltan çoğunluk pay sahiplerinin sorumluluğuna, Türk Borçlar Kanunu m. 49/2 hükmü çerçevesinde haksız fiil hükümlerine göre gidebilmesi de mümkündür.

Sonuç:

TTK m. 531 hükmü kapsamında azınlığa tanınan şirketin haklı nedenle feshini dava yoluyla talep etme hakkı, olumlu bir azınlık hakkı niteliğindedir. Olumlu azınlık hakları, azınlığın hakkın kullanımına ilişkin tek yanlı irade açıklaması ile “*ipso iure*” yasal sonuçlarını meydana getirirler. TTK m. 531 hükmünde öngörülen azınlık hakkını kullanmaya yönelik irade açıklaması, haklı nedenle fesih davasının ikame edildiği tarih itibarıyla yapılmış olmaktadır; o halde, davanın ikame edilmesi ile birlikte, hakkın kullanımına bağlı yasal sonuçların da meydana gelmesi gerekir. Bu itibarla, davacının TTK m. 531 hükmünde öngörülen azınlık hakkını kullanmaya yetecek ölçüde paya sahip olup olmadığı, ancak ve sadece azınlık hakkının kullanıldığı, yani davanın ikame edildiği tarih esas alınarak değerlendirilmek gerekir.

³⁹ “Olgu organ” terimi Türk doktrininde **Helvacı** tarafından önerilmiş ve “olgu organ” kavramı; “tüzel kişinin yetkili organı aracılığı ile seçilmemiş ve sicile tescili yaptırılmamış bulunan fakat, kullandığı yetkiler veya zarar doğuran fiil ya da işlemde işgal ettiği mevki nedeniyle tüzel kişinin iradesinin oluşmasına bilfiil ve kesin olarak katılan ve fiili bir olgu olarak ortaya çıkan organ” olarak tanımlanmıştır (bkz. **Mehmet Helvacı**, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 9; kavram hakkında ayrıntılı inceleme ve değerlendirme için bkz. aynı eser, s. 9-23).

Dolayısıyla, haklı nedenle fesih davası açıldıktan sonra şirket bünyesinde gerçekleştirilen sermaye artırımına iştirak edemeyen (ya da iştirak etmeyi tercih etmeyen) davacı azınlığın pay oranı TTK m. 531 hükmünde öngörülen yasal sınırın altına düşecek olursa, bu durum haklı nedenle fesih davasının reddini gerektirmemelidir.

Diğer yandan, dava açıldıktan sonra şirket bünyesinde sermaye artırımına gidilmesi halinde, davacı azınlığın paylarının gerçek değeri (ya da tasfiye bakiyesine iştirak hakları) hesaplanırken, davacı azınlığın sermaye artırımını öncesindeki pay sahipliği oranının mı, sermaye artırımından sonra ortaya çıkan (erimeye maruz kalan) pay sahipliği oranının mı esas alınacağı, uygulama açısından büyük önem taşıyan ve akademik açıdan da son derece değerli olan bir tartışmadır. Biz, TTK m. 531 hükmünde bu açıdan bir örtülü (“gerçek olmayan”) boşluk bulunduğu ve bu boşluğun MK m. 1/2 hükmü çerçevesinde yargıç tarafından doldurulması gerektiği kanaatindeyiz. Bu açıdan yargıcın izlemesi gereken yol bakımından da bir formül önerisini çalışmamızda sunmuş bulunuyoruz.

Son olarak ise, haklı nedenle fesih davasının ikame edilmesinden sonra kontrolü elinde tutan çoğunluk pay sahipleri tarafından şirket malvarlığının kasıtlı şekilde azaltılmasına ya da tamamen ortadan kaldırılmasına yönelik işlemler yapılması ihtimali dikkate alınmak gerekir. TTK m. 531 hükmü, davacı azınlığın şirketten çıkartılması ihtimalinde, paylarının “karar tarihine en yakın tarihteki” gerçek değerinin azınlığa ödenmesini öngörmektedir. Ancak dava tarihinden sonra şirketin içinin boşaltılmasının söz konusu olduğu halde, karar tarihine en yakın tarihteki değer esas alınması davacı azınlığın aleyhine olacaktır. Kanımızca, TTK m. 531 hükmünde bu açıdan da bir örtülü (“gerçek olmayan”) boşluk bulunduğu kabul edilmeli ve böyle bir senaryo karşısında, MK m. 1/2 hükmü çerçevesinde, davacı azınlığın paylarının dava tarihindeki değeri esas alınarak hüküm tesis edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Aker, Halit;** Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: XXXII, Sayı:1, Mart 2016, s. 63-150.
- Ayan, Özge;** Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi Davası (531. Madde), Legal Hukuk Dergisi, Haziran 2011, S. 102, s. 2237-2266.
- Ayoğlu, Tolga;** Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Günü Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2013/2, s. 219-249.
- Bahtiyar, Mehmet;** Ortaklıklar Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2016.
- Bilgili, Fatih/ Demirkapı, Ertan;** Şirketler Hukuku, 9. Bası, Bursa 2013.
- Çağlar, Hayrettin/ Kaşak, Esra;** Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshine İlişkin TTK m. 531 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt/Sayı: 65 (3), 2016, s. 659-686.
- Çamoğlu, Ersin;** Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Prof. Dr. Yavuz Alango-ya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 667-684.
- Çamoğlu, Ersin;** Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde Hâkimin Takdir Yetkisi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: XXXI, Sayı:1, Mart 2015, s. 5-19.
- Çelik, Aytekin;** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, (Prof. Dr. Reha Poroy'un Anısına Armağan), C. XXV, S. 4, Yıl: 2009, s. 559-592.
- Çelik, Aytekin;** Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, 3. Baskı, Ankara 2012.
- Dural, Ali;** Anonim Şirkette Olumsuz Azınlık Hakları Düzenlemesi, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 179-192.
- Erdem, Nuri;** Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2012.
- Hanağası, Emel;** Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: XXXII, Sayı:1, Mart 2016, s. 199-270.
- Helvacı, Mehmet;** Anonim Ortaklıkta Ticaret Hukukundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 297-310.

Helvacı, Mehmet; Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2001.

İlbasmış Hızlısoy, Özlem; Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi, Ankara 2016.

Kahyaoglu, Emin Cem; Anonim Ortaklıkta Haklı Sebeple Fesih, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s. 549-558.

Karahan, Sami/Pınar, Hamdi; Şirketler Hukuku, Konya 2012.

Kendigelen, Abuzer; Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012.

Kırca, Çiğdem; Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50, Sayı: 1, Yıl: 2001, s. 91-119.

Nomer Ertan, Füsün; Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davası-TTK m. 531 Üzerine Düşünceler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 73, Sayı:1, Yıl: 2015, s. 412-440.

Oruç, Murat; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebeple Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: XXVII, S. 1, Yıl: 2011, s. 209-233.

Pulaşlı, Hasan; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I ve Cilt II, Ankara 2011.

Pulaşlı, Hasan; Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 3. Baskı, Ankara 2015.

Sever, Rabia; Anonim Ortaklıkta Haklı Sebeple Fesih, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2012, S. 89-90, s. 169-213.

Sümer, Ayşe; Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi, Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. XXVI-II, S. 1, Yıl: 2010, s. 171-181.

Şahin, Ayşe; Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2013.

Şener, Oruç Hami; Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 2012.

Tekinalp, Ünal; Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2013.

Tekinalp, Ünal; Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Alternatif Çözümlü Feshi Davasının Bazı Usuli Sorunları, Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul 2013, s. 211-222.

- Yasaman, Hamdi;** Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, İstanbul 2009, s. 713-733.
- Yıldız, Şükrü;** TTK Tasarısına Göre Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 1195-1199.
- Yüksel, Sinan H.;** Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul 2016, s. 863-881.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 21 Temmuz 2015 Tarihli Kararı Uyarınca Sonradan Ortaya Çıkan Borçlunun Sorumlu Olduğu İmkânsızlığının Sonuçları

Doç. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU *

Öz: Sonradan ortaya çıkan imkânsızlığın ortaya çıkışından borçlu sorumlu değilse TBK 136 uyarınca borç sona ererken, borçlunun sorumlu olması halinde sözleşmenin akıbetinin ne olacağı tartışmalı bir husustur. İsviçre Federal Mahkemesi, bu çalışmada incelediğimiz yakın tarihli bir kararında bu konudaki daha önceki görüşüne nazaran farklı bir görüş benimsemiştir. Bu çalışmada bu konudaki görüşler hatırlatıldıktan sonra, İsviçre Federal Mahkemesi'nin yeni içtihadı mercek altına alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: İmkânsızlık, Borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık, TBK 136, Borcun sona ermesi, İsviçre Federal Mahkemesi kararı.

The Consequences of Subsequent Impossibility in Accordance with the Swiss Federal Court Decision Dated 21 July 2015

Abstract: According to TCO 136, given the debtor is not responsible for subsequent impossibility, the debt is terminated, however, given the debtor is responsible, the consequence of the agreement is debated. Swiss Federal Court embraced a different view compared to its previous view in its most recent decision, examined in this study. In this study, after the views about this issue are reminded, Swiss Federal Court's new precedent is analysed.

Keywords: Impossibility, Responsibility of the debtor, TCO 136, Termination of the debt, Swiss Federal Court decision.

Makale gönderim tarihi: 10.04.2017. Makale kabul tarihi: 11.05.2017.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı (mdevelioğlu@gsu.edu.tr)

I- GİRİŞ

Bilindiği üzere imkânsızlık kavramı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK), iki farklı alanda düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunlardan TBK 27’ye göre, konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin hükümsüzken, ifa imkânsızlığının sonradan ortaya çıkması halinde durum ikiye ayrılarak incelenmektedir. Eğer imkânsızlığın ortaya çıkışından borçlu sorumlu değilse TBK 136 uyarınca borç sona ererken, borçlunun sorumlu olması halinde sözleşmenin akıbetinin ne olacağı tartışmalı bir husustur. İsviçre Federal Mahkemesi, bu çalışmada incelediğimiz yakın tarihli bir kararında bu konudaki daha önceki görüşüne nazaran farklı bir görüş benimsemiştir. Aşağıda, öncelikle, imkânsızlık kavramı ile ilgili çok genel bir hatırlatma yapılacaktır, akabinde sonradan ortaya çıkan borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık haliyle ilgili öğretideki görüşler anımsanacak ve son olarak da, İsviçre Federal Mahkemesi’nin anılan kararına değinilecektir.

II- SONRADAN ORTAYA ÇIKAN İFA İMKÂNSIZLIĞI KAVRAMI

İfa imkânsızlığı, borçlunun edimini yerine getirmesini önleyen, devamlı ve kesin bir engelin varlığını gerektirir¹. Sözleşmenin kurulduğu andaki imkânsızlık “*baştaki imkânsızlık*” olarak adlandırılırken, sözleşme kurulurken ifası mümkün olan bir edimin ifasının imkânsızlaşması halinde “*sonradan ortaya çıkan ifa imkânsızlığı*”ndan bahsedilir.

Edimin baştan itibaren imkânsız olması halinde şayet imkânsızlık objektifse sözleşme kesin hükümsüzken (TBK 27)², sonradan ortaya çıkan imkânsızlığın sonuçları – ağırlıklı görüş uyarınca – borçlunun

¹ Mustafa DURAL, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117)*, İstanbul 1976, s. 7 vd.; Fahrettin ARAL, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, Ankara 2011, s. 69; Müjde KURT, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık*, Ankara 2016, s. 178 vd.; Olivier GUILLOD / Gabrielle STEFFEN, *Commentaire Romand, Code des obligations I*, art. 1-529 CO, Bâle 2012, art. 19, 20, N. 76. İmkânsızlık kavramı ile ilgili geniş bir açıklama için, bkz. Fatih GÜNDOĞDU, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçlar*, İstanbul 2014, s. 82 vd.; Kübra ERCOŞKUN ŞENOL, *Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık*, İstanbul 2016, s. 11 vd.

² Başlangıçtaki imkânsızlığın sübjektif olması halinde ise, sanki borç doğar doğmaz imkânsızlaşmış gibi, duruma göre sorumluluk doğuran ve doğurmayan sonraki imkânsızlıkla aynı hükümlere tabi tutulmaktadır.

imkânsızlıktan sorumlu olup olmamasına göre farklılık gösterir (TBK 112, 136) ³. Gerçekten de, doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, sonradan ortaya çı-

- ³ Rona SEROZAN, **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İfa, İfan Engelleri, Haksız Zenginleşme, –Ek: Uygulama Çalışmaları–**, İstanbul 2014, s. 164; Dural, s. 75 vd.; Fikret EREN, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Ankara 2017, s. 1065; Ahmet M. KILIÇOĞLU, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Ankara 2016, s. 111 vd., 693; Safa REİSOĞLU, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul 2012, s. 138; Hüseyin HATEMİ / Emre GÖKYAYLA, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul 2015, s. 256; Barış ÖZÇELİK, *Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık ve Sonuçlar*, **AÜHFD**, 63 (3) 2014, s. 572; **Gündoğdu**, s. 91 vd. Ayrıca bkz. Halûk N. NOMER, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul 2015, s. 309 vd.; Feyzi Necmettin FEYZİOĞLU, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümleri**, Cilt 1, İstanbul 1976, s. 266 vd.

İmkânsızlık, farklı alt kategorilere ayrılmaktadır.

İmkânsızlık, ister sözleşmenin kurulması aşamasında olsun, ister sonradan ortaya çıksın, “*objektif imkânsızlık*” ve “*sübjektif imkânsızlık*” olmak üzere iki alt kategoriden oluşur. DURAL, s. 79. İfanın objektif olması, edimin ne borçlu, ne de üçüncü bir kişi tarafından ifa edilebilmesi anlamına gelirken, sübjektif imkânsızlık edimin objektif olarak mümkün olmasına rağmen borçlu tarafından yerine getirilememesidir. **Serozan**, İfa, s. 168 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 111; **Ercoskun Şenol**, s. 84 vd. Ayrım hakkında detaylı bilgi için, bkz. **Gündoğdu**, s. 128 vd.

İmkânsızlık, ayrıca, “*hukukî imkânsızlık*”, “*fiilî imkânsızlık (doğal imkânsızlık)*” gibi alt kategorilere ayrılır. **Eren**, s. 1061; **Reisoğlu**, s. 139; **Özçelik**, s. 572 vd. Ayrıca bk. **Gündoğdu**, s. 124, **Feyzioğlu**, Cilt 1, s. 268; Necmettin FEYZİOĞLU, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümleri**, Cilt 2, İstanbul 1976, s. 172 vd. Örnek olarak, taşınmaz üzerindeki oturma hakkı sahibinin taşınmazı bir başkasına devretme taahhüdünü içeren sözleşme hukukî imkânsızlık sebebiyle geçersizken (TMK 823 II); doğa kanunları, bilimin ulaştığı son aşama, teknoloji, insanlığın sınırları veya olağanüstü bir hal sebebiyle fiilî imkânsızlık söz konusu olabilir. Luc THÉVENOZ, **Commentaire Romand, Code des obligations I**, art. 1-529 CO, Bâle 2012, art. 97, N. 8.

Bir diğer alt ayrım, “*geçici imkânsızlık*” – “*sürekli imkânsızlık*” ayrımıdır. **Dural**, s. 100 vd. Borç geçici bir sebeple imkânsız ise, sona ermez ve ifa gecikmeli olarak yapılır. **Kılıçoğlu**, s. 111. Bu bir temerrüt durumudur. **Özçelik**, s. 584. Bununla beraber, imkânsızlığın geçici olduğu belli olmasına rağmen süresi belli değilse, kesin imkânsızlığın hukukî sonuçlarının meydana geleceği kabul edilir. **Eren**, s. 1063; **Reisoğlu**, s. 349; Kemal OĞUZMAN / Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Cilt 1, İstanbul 2016, s. 455 vd., N. 1488; **Ercoskun Şenol**, s. 96 vd. Bu durum, öğretilde, şu şekilde açıklanmaktadır: “*Öyle bazı haller söz konusu olabilir ki, bu hallerde, belirli şartların varlığı halinde imkânsızlık geçici nitelikte olmasına rağmen sanki sürekliymiş gibi kabul edilir. Sözleşmenin amacının geçici bir ifa engeli sebebiyle sorgulanır hale geldiği ve bu sebeple karşı akitten sözleşmeye uygun davranmaya devam etmesinin dürüstlük kuralı gereğince artık beklenemeyeceği bu hallerde, geçici imkânsızlık sürekli imkânsızlıkla aynı sonuçları doğuracaktır.*” **Gündoğdu**, s. 104. Buna karşılık diğer bir görüşe göre, imkânsızlık ancak geçici ise temerrüt hükümleri uygulanmalı

kan ifa imkânsızlığından borçlu sorumlu değilse TBK 136 uygulama alanı bulur. Buna karşılık, borcun ifası borçlunun sorumlu olduğu bir sebeple imkânsızlaşmışsa, borçlunun ediminin yerini tazminat borcu alır ve borçlu alacaklının müspet zararını karşılamakla yükümlü olur (TBK 112)⁴.

Bu açıdan, borçlunun sorumluluğu kendi kusurundan – mesela imkânsızlığın doğacağını öngörmediği için – kaynaklanmış olabileceği gibi, yardımcı şahısların fiillerinden, özel bir hukukî sebepten (TBK 576, 579), sözleşmesel bir düzenlemeden veya hakkaniyetten (TBK 65) doğabilir⁵. Ancak, aşağıda da açıklanacağı üzere, bu konuda farklı görüşler mevcuttur.

ve borcu sona erdirip erdirmeme alacaklının inisiyatifine bırakılmalıdır. **Thévenoz**, art. 97, N. 18. Doktrinde bir diğer görüşe göre ise bir ayırım yapılmalı, imkânsızlığın geçici mi, sürekli mi olduğunun bilinemediği hallerle, geçici olduğu bilinen imkânsızlığın ne zaman sona ereceğinin bilinemediği hallerde farklı sonuçlara varılmalıdır. **Kurt**, s. 175 vd.

Bir diğer alt kavram da “*kısmî imkânsızlık*”tır. Kısmî ifa imkânsızlığının sonuçları, TBK 137’de düzenlenmiş bulunmaktadır.

- 4 **Reisoğlu**, s. 346, 347; **Kılıçoğlu**, s. 693; **DURAL**, s. 109 vd. Ayrıca bkz. **Thévenoz**, art. 97, N. 5; art. 119, N. 1; **Özçelik**, s. 597. Borca aykırılık şeklinde ortaya çıkan bu tip imkânsızlık, doğduğu anda asıl borcu tazminat ödeme borcuna kendiliğinden dönüştürür ve bu özelliği ile temerrüitten farklılaşır. **Thévenoz**, art. 97, N. 5.

- 5 **Thévenoz**, art. 119, N. 7.

Sonradan ortaya çıkan imkânsızlığın objektif imkânsızlık olması gerekip gerekmediği ise doktrinde tartışmalı olmakla beraber [subjektif imkânsızlık halinin de uygulama alanına gireceği yönünde, bkz. Wolfgang WIEGAND, **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I**, 3^{ème} éd., Bâle 2011, art. 97, N. 13; Pierre ENGEL, **Traité des obligations en droit suisse**, 2^{ème} éd., Berne 1997, s. 706; Ingebor SCHWENZER, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Dritte, überarbeitete Auflage, Berne 2003, N. 63.08; Selâhattin Sulhi TEKİNAY / Sermet AKMAN / Halûk BURCUOĞLU / Atillâ ALTOP, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1993, s. 904. Aksi görüşte, bkz. **Thévenoz**, art. 97, N. 9, art. 119, N. 4; Bruno von BÜREN, **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil**, Zurich 1964, N. 365; Pascal PICHONNAZ, **Impossibilité et exorbitance: Etude analytique des obstacles à l’exécution des obligations en droit suisse (art. 119 CO et 79 CVIM)**, Fribourg 1997, N. 465.] gerek Yargıtay [Y 14. HD, 5.10.2006, 7776/10511; Y. 13. HD, 4.7.2011, 4621/10957; YHGK, 28.9.2011, 13-528/571] gerekse İsviçre Federal Mahkemesi [Örnek olarak, bkz. ATF 69 II 97 (JdT 1943 I 541); ATF 82 II 332 (JdT 1957 I 71); ATF 88 II 195 (JdT 1963 I 187), ATF 104 II 198 (JdT 1979 I 80); ATF 111 II 352 (JdT 1986 I 73); ATF 112 II 235 (JdT 1987 I 8); ATF 135 III 212] genel olarak, sonradan ortaya çıkan subjektif imkânsızlık halinde de TBK 112’nin uygulama alanı bulacağını kabul etmektedirler. Borçlunun kişisel özelliklerinin ön planda olduğu, borcun ancak borçlu tarafından ifa edilebileceği borçlar açısından subjektif imkânsızlığın objektif imkânsızlık gibi değerlendirileceği ise tartışmasızdır.

III- SONRADAN ORTAYA ÇIKAN BORÇLUNUN SORUMLU OLDUĞU İFA İMKÂNSIZLIĞININ BORÇ İLİŞKİSİNE ETKİSİ

1. Borcun Sona Ermediği Görüşü

Öğretide – özellikle de Türk öğretisinde – kabul edilen bir görüş uyarınca⁶, eğer borçlu ifa imkânsızlığından sorumluyorsa, borç sona ermez, sadece içeriği değişir. Borçlunun borcu TBK 112 uyarınca bir tazminat ödeme yükümlülüğüne dönüşür. Alacaklı da, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, kendi edimini ifa ile yükümlü kalmaya devam eder.

Borç sona ermediği, sadece içeriği değiştiği için;

- Bu borca bağlı olan bütün teminatlar varlıklarını sürdürür.
- Borcun vadesi aynı kalır.
- Zamanaşımı süresi işlemeye devam eder.
- Alacaklı başlangıçtaki borçla ilgili bütün savunmaları tazminat talebi açısından da ileri sürebilir.

2. Borcun Sona Erdiği Görüşü

Türk Hukuku'nda, başta OĞUZMAN/ÖZ tarafından savunulan diğer fikre göre, sonradan ortaya çıkan imkânsızlığın borcu sona erdirmesi, borçlunun kusurlu olup olmamasından bağımsız bir sonuçtur⁷. Diğer bir anlatım-

⁶ Rona SEROZAN, *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul 2007, s. 265; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 904 vs.; Eren, s. 1058 vd.; Feyzioğlu, Cilt 1, s. 267; Ferit SAYMEN / Halid ELBİR, *Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler*, İstanbul 1966, s. 872; Kemal TUNÇOMAĞ, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Cilt 1, İstanbul 1976, s. 791; Turgut UYGUR, *Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Madde 109-213*, Cilt 4, s. Ankara 2003, s. 4017; Ali Naim İNAN, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Ders Kitabı, Ankara 1979, s. 517; Mustafa Reşit KARAHASAN, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Öğreti ve Yargıtay Kararları, İlgili Mevzuat*, Cilt 2, İstanbul 2003, s. 859; Andreas von TUHR, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2*, Ankara 1983, s. 559 vd.; Andreas von TUHR / Arnold ESCHER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht*, Band II, 3. Auflage, Zurich 1974, s. 104. Aynı yönde, Senaî OLGAC, *Kazaî ve İlmi İçtihatlarla Borçlar Kanunu Şerhi*, Cilt 2, Genel Hükümler (Madde 61-181), Ankara 1976, 556 vd.; KURT, s. 178 vd.

⁷ Oğuzman / Öz, s. 450 vd., N. 1472 vd. Ayrıca, bkz. Ercoşkun Şenol, s. 271. Dar anlamda borç söz konusu olduğunda, hem kusurlu, hem kusursuz imkânsızlık halinde borcun sona ereceği yönünde, bkz. Hatemi / Gökyayla, s. 260.

la, borçlu kusurlu olsa da – aynen imkânsızlığın kendi kusurundan kaynaklanmadığı ihtimalde olduğu gibi (TBK 136) – borç sona erer ve TBK 112 uyarınca tazminat ödemekle yükümlü olur.

Bu görüş, diğer görüşe nazaran, özetle, şu şekilde gerekçelendirilmiştir:

- Mantık kuralları imkânsızlaşan bir edimi konu alan borcun sona erdiğinin kabulünü gerektirir.
- Bu görüş karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde imkânsızlığın sonuçlarının açıklanmasını kolaylaştırır. Şöyle ki, borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olmaması halinde kendi borcundan kurtulan alacaklının, borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olması halinde de kendi borcunu ifa etmek zorunda olmaması gerekir. Bunu sağlayan fark teorisi ancak karşılıklı borçlar sona ererse açıklanabilir.
- Bu görüşün bir sakıncası olduğu da ileri sürülemez. Zira, yeni bir borcun doğumu ile beraber yeni bir zamanaşımının işlemeye başlaması alacaklı açısından daha avantajlıdır.
- Doğan tazminat borcunun sona eren eski borcun vadesine bağlı olmaması ve böylece tazminat borcunun TBK m. 90 uyarınca derhal muaccel olup talep edilebilmesi, daha adil ve mantıklıdır.
- Borcun teminatları açısından da farklı bir sonuca varılamaz. Zira, kefalet açısından bakıldığında kefalet zaten TBK 589/b. 1 uyarınca tazminat borcuna da şamildir. Yine aynî teminatlar da, borcun ifa edilmemesi üzerine verilecek tazminatları da kapsar.

3. Sonradan Ortaya Çıkan Borçlunun Sorumlu Olduğu İfa İmkânsızlığının Alacaklıya, Ayrıca, Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı da Verdiği Görüşü

Bu konuda, özellikle İsviçre’de taraftar bulan⁸, Türk doktrininde de sa-

⁸ Örnek olarak, bkz. Peter GAUCH / Walter SCHLUEP / Susan EMMENEGGER, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, T: II, 9^{ème} éd. Zurich, Bâle, Genève 2008, N. 2587; Thévenoz, art. 97 N. 63; Wiegand, art. 97, N. 58; Rolf H. WEBER, **Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht**, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 6. Teilband, Berne 2002, art. 97, N. 269, 270; SCHWENZER, N. 64.27; Theo GUHL, **Das Schweizerische Obligationenrecht**, 9. Auflage, Bearbeitet von: Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey, Zurich 2000, § 31, N. 3; Claire

vunulan görüşe göre⁹, imkânsızlığın borçlunun kusurundan kaynaklanması halinde de, TBK'nın 112. maddesi ile beraber, 125. maddesi de kıyasen uygulanmalı ve alacaklıya bir sözleşmeden dönme hakkı da tanınmalıdır. Doğal olarak bu görüş, ancak sonradan ortaya çıkan borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığının borcu sona erdirmediği kabul edildiğinde savunulabilecek bir görüştür.

Bu düşünce, şu şekilde gerekçelendirilmektedir:

- Kusurlu ifa imkânsızlığı halinde sözleşmenin ortadan kalktığı görüşü kabul edilirse, teminat hakları ve borçlunun başvurabileceği savunma imkânları ortadan kalkacağından bu menfaatler dengesine aykırı bir sonuç doğuracaktır.
- Borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığında, alacaklıya ifa etmiş olduğu edimin iadesini talep hakkı tanınmışken, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı halinde bu imkânın alacaklıdan esirgenmiş olmasının mantıklı bir sebebi yoktur. Alacaklı, kusurlu temerrüt halinde, edimin ifası – sözleşme amacının gerçekleştirilmesi – mümkünken kullanabileceği sözleşmeden dönme hakkını, edim imkânsız – sözleşme amacı gerçekleştirilemez – olduğunda evleviyetle kullanabilmelidir.
- Bu görüş kabul edildiği takdirde, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık halinde, alacaklı, aynı borçlunun temerrüdü halinde olduğu gibi seçimlik bir hakka sahip olacak ve müspet zararının tazminini talep edebilmesi imkânı dışında, sözleşmeden dönerek menfi

HUGUENIN, *Obligationenrecht, Allgemeinen Teil*, unter Mitarbeit von: Michel Brunner, Micheal Feit, Michael Hochstrasser, Michael Isler, Marc Joost, Claudia Kaczynski-Coninx, Raphael Weiss, Zürich, Bâle, Genève 2004, N. 842. Aksi görüşe göre, TBK 112'de (İBK 97) söz konusu olan kanun koyucunun bilinçli susmasıdır. **von Tuhr / Escher**, s. 79.

⁹ **Serozan**, Dönme, s. 265 vd.; **Serozan**, İfa Engelleri, s. 213. Aksi görüşte, bkz. **Hatemi / Gökyayla**, s. 260; **Feyzioğlu**, Cilt 2, s. 190. Bu son yazara göre, istisnai olarak alacaklıya sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınmalıdır. Özellikle borcun imkânsızlaşması sözleşmeye devam etmeyi alacaklı için anlamsız bir hale getirmişse bu hak tanınabilir. Böyle bir hakkın temeli iyiniyet kuralları ve karşılıklı edimlerin doğuş amacıdır.

Ayrıca, borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığının da sözleşmeyi sona erdirdiği görüşündeki yazarların da bu fikre katılmamaları işin doğası gereğidir. **Gündoğdu**, s. 326. Alman Hukuku için, bkz. **Gündoğdu**, s. 371 vd.

zararının tazminini de talep edebilecektir. Menfi zararın miktarının müspet zarardan daha yüksek olması halinde, sözleşmeden dönme imkânının alacaklı için daha elverişli olduğu şüphesizdir.

Bu gerekçelere ek olarak şu açıklamalar da getirilmektedir: Alacaklıya sadece TBK 112 uyarınca bir tazminat talep etme imkânı tanınması halinde bunun sözleşmenin diğer hükümleri üzerinde etkisi yoktur. Diğer bir ifade ile, imkânsızlaşmayan diğer bütün edimlerin, dolayısıyla alacaklının ediminin ifa edilmesi gerekir (mübadele teorisi). Durum bu olmakla beraber, öğretilde ise, alacaklıya kendi edimini ifa etmeyi reddederek, bu edimin değerini, talep edeceği tazminat miktarından mahsup etme yetkisi tanınmıştır (fark teorisi)¹⁰.

İster mübadele teorisi uygulansın, ister fark teorisi uygulansın, eğer alacaklının edimi karşı edimden daha değerli ise, alacaklıya tanınan tazminat talep etme hakkı kendisi açısından yeterli bir tatmin sağlamaz. Bu sebeple de, doktrinde bu boşluk, sonradan ortaya çıkan borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık halinde alacaklıya sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi tanınarak doldurulmaktadır¹¹. Zira, sonradan ortaya çıkan imkânsızlık halinde de, borçlunun temerrüdü halinde sözleşmeden dönme hakkı olan alacaklıya, borçlunun edimin imkânsızlaşmasından sorumlu olduğu hallerde bu imkânı tanımamanın doğru olmadığı kabul edilmektedir¹².

¹⁰ Fark teorisinin kanun koyucu tarafından öngörüldüğü alanlar da mevcuttur (TBK 213, 236). Jacques de WERRA, “Droits des contrats: Partie générale et contrats spéciaux”, *JdT* 2106 II, s. 155. Bu, alacaklı kendi edimini aynen ifayı reddedebileceği için, takasa nazaran daha farklı bir imkân sağlar. **Thévenoz**, art. 97, N. 62.

¹¹ **Weber**, art. 97, N. 269 vd.; **Wiegand**, art 97, N. 58; **Schwenzer**, N. 64.27; **Gaush / Schluep / Emmenegger**, N. 2587. Ayrıca bkz. Yeşim ATAMER, “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği”, **Rona Serozan’a Armağan**, Cilt 1, İstanbul 2010, s. 317 vd. Aksi görüşteki yazarlar, burada bilinçli bir susma olduğunu, kanun koyucunun TBK 112’deki diğer ihtimallerde sözleşmeden dönme olasılığını değerlendirerek uygun bulmadığını kabul ederler. **von Tuhr / Escher**, s. 105; **Feyzioğlu**, Cilt 2, s. 190.

¹² **de WERRA**, s. 154, 155. Kötü ifade da, ifanın önemli bir şekilde kusurlu olması halinde aynı sonuca varılması gerekir. **Thévenoz**, art. 97, N. 63.

Bu görüşle ilgili ek olarak belirtmek gerekir ki, bu görüşü kabul eden yazarlara göre TBK 125, sadece sonradan ortaya çıkan borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık halinde değil, TBK 112’de düzenlendiği kabul edilen diğer halde de, yani kötü ifa halinde de uygulama alanı bulacaktır. **Gaush / Schluep / Emmenegger**, N. 2624; **Schwenzer**, N. 68.09; **Weber**, art.

İsviçre Federal Mahkemesi ise, aşağıda incelediğimiz bu son kararına kadar sonradan ortaya çıkan borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığın alacaklıya ayrıca sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı da verdiği görüşünü tercih ettiğini gösteren bir beyanda bulunmamıştır¹³.

4. Federal Mahkeme 21 Temmuz 2015 Tarihli 4A_101/2015 Sayılı Kararı

Federal Mahkeme 21 Temmuz 2015 tarihinde verdiği 4A_101/2015 sayılı kararında yeni bir içtihadı yer vermiştir. Bu kararda sonradan ortaya çıkan borçlunun kusuruyla sebep olduğu imkânsızlık halinde alacaklının kısmî olarak elde etmiş olduğu edimin kendisi için önemi olmaması şartıyla alacaklının sözleşmeden dönebileceğine hükmetmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, böylece, İBK 97’de (TBK 112) öngörülmüş bir olasılıkta İBK 107 II (TBK 125 II) ve İBK 109’un (TBK 125 III) kıyasen uygulanabileceği sonucuna ilk kez varmıştır¹⁴.

A. Karara Konu Olan Olay

Anılan karara konu olan olayda¹⁵, özetle, evli bir çift, kendilerine ait bir taşınmaz üzerinde 478.300,00 İsviçre Frangı karşılığında bir villa inşa etmesi için bir yüklenici ile eser sözleşmesi yapmıştır. İş sahipleri adına hareket eden yüklenici, taşınmazın bulunduğu Komünden inşaat izni talep ettiyse

97, N. 270; **Wiegand**, art. 97, N. 58; **Thévenoz**, art. 97 63; Pascal PICHONNAZ, “Le droit de résoudre le contrat en cas d’application de l’art. 97 CO: vers un régime de l’inexécution toujours plus unifié,” **BR/DC** 6/2015, s. 334, N. 11.

Bazı yazarlar, alacaklının bu imkânını, sadece İBK 107 I uyarınca tanınan sürenin sonunda kullanabileceğini ileri sürerlerken (**Pichonnaz**, art. 97, s. 334, N. 11), doktrindeki ağırlıklı görüş uyarınca, ifanın çok kötü (*grave*) olması halinde böyle bir süre tanınmasına gerek yoktur, zira bu sürenin amacı borçlunun kötü ifasının sonuçlarını düzeltmek için son bir şans tanınmasıdır. Oysa eğer sözleşmeye aykırılık çok ağırsa, borçlu alacaklıya aynen ifayı empoze edememelidir. **Thévenoz**, art. 107, N. 11; **Wiegand**, art. 107, N. 6 vd.; **Gaush / Schluep / Emmenegger**, N. 2734 vd.; **Schwenzer**, N. 66.15 vd. Ayrıca bkz. Cf. TF, 4A_551/2015, c. 5.2 (14.04.2016); TF, 4A_96/2014, c. 3.1 (02.09.2014).

¹³ Ancak, bkz. ATF 69 II 243 (JdT 1944 I 136).

¹⁴ Franz WERRO, “Le point sur la partie spéciale du droit des obligations/ Entwicklungen im Obligationenrecht, Besonderer Teil,” **RSJ** 112/2016, s. 304.

¹⁵ Anılan karar yayınlanmamış bir karardır. Karar hakkında açıklamalar için, bkz. **Pichonnaz**, art. 97, s. 332 vd., N. 1 vd.

de, talebi reddedilmiş ve bu red kararı da Valais Kantonu Konseyi tarafından onaylanmıştır. Red gerekçesi anılan taşınmazın bulunduğu yerin “*yüksek tehlike içeren*” bir yer olması ve bütün inşaat izinlerinin Yol ve Su Yolları Servisi’nin¹⁶ olumlu görüşüne bağlı olmasıdır ki, anılan olayda bu Servis olumsuz bir görüş vermiştir¹⁷.

Yüklenici iş sahibinden gerçekleştirmiş olduğu işlere dair ücret talep etmiştir. Bunun üzerine açılan davada Kanton Mahkemesi iş sahiplerini yüklenici tarafından talep edilen miktarı ödemeye mahkûm etmiştir. Anılan mahkeme ifanın iş sahibi yüzünden imkânsızlaşmasını düzenleyen İBK 378’i (TBK 485)¹⁸ uygulamış ve eserin inşa edilmesi ediminin sözleşmenin kurulmasından sonraki bir aşamada, yani inşaat izni talebinin reddi aşamasında imkânsızlaşmış olduğuna hükmetmiştir. Yapılan çalışmalar sonucunda imkânsızlık ortadan kalkabileceği için sadece geçici bir imkânsızlık söz konusu olsa da, Kanton Mahkemesi İBK 378’i kıyasen uygulamıştır.

İş sahipleri imkânsızlık söz konusu olsa bile, yüklenicinin özen borcunu gereği gibi yerine getirmemiş olması sebebiyle kusurlu bir imkânsızlık olduğu gerekçesiyle kararı temyiz etmişlerdir.

B. Federal Mahkeme’nin Gerekçeli Kararı

İsviçre Federal Mahkemesi, öncelikle, İBK 20 (TBK 27) anlamında baştaki imkânsızlığın somut olayda – anılan bölgede tehlike riski yüksek olsa da, inşaat izni alınmasının imkân dahilinde olması gerekçesi ile – söz konusu olmadığı sonucuna varmıştır¹⁹.

Yüksek Mahkeme, İBK 378 ile ilgili olarak ise, anılan hükmün imkânsızlığın sadece iş sahibinin veya onun yardımcı şahıslarının fiillerinden veya onların risk alanına giren bir olaydan kaynaklanması halinde ve ancak

¹⁶ *Service de routes et des cours d’eau.*

¹⁷ Bununla birlikte anılan bölgede yapılan güçlendirme çalışmalarının, ileriki bir tarihte, 5 ila 7 sene içinde, o bölgede inşaat yapılmasına imkân vereceği kabul ediliyordu. Bu süre “geçici” olarak değerlendirilmemiştir. Ayrıca bkz. TF, 4A_477/2008 du 19 mai 2009, c. 3.1.2, PJA_2010_106.

¹⁸ Anılan hüküm uyarınca, eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir. Eğer ifa imkânsızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır.

¹⁹ TF, 4A_101/2015, c. 4.2 (21.07.2015).

yüklenicinin kusuru olmaması ihtimalinde uygulanacağını hatırlatarak, somut olayda, taşınmaz inşaatı konusunda uzman olan yüklenicinin izin talebinin reddedilme olasılığını iş sahiplerine bildirmeyerek İBK 365 III'ten (TBK 472 III)²⁰ kaynaklanan bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediğine ve İBK 378'in uygulama alanı bulamayacağına hükmetmiştir²¹. Yine İsviçre Temyiz Mahkemesi'ne göre, yüklenicinin temerrüdü söz konusu olmadığı için İBK 366 da (TBK 473)²² somut olayda uygulama alanı bulamaz. Dolayısıyla, başta İBK 97 ve 119 (TBK 136) olmak üzere genel hükümlere başvurmak gerekir.

Federal Mahkeme yargıçları, imkânsızlık borçlunun sorumlu olduğu sebeplerden kaynaklandığı için İBK 119'un uygulama alanı bulamayacağına, İBK 97'in uygulanacağına karar vermişlerdir. Ancak, sadece anılan hükmün uygulanması halinde de, iş sahibinin elindeki tek imkân – sözleşme sona ermediği veya değiştirilmediği için – sadece tazminat talep etmektir. Buna karşılık, iş sahiplerinin yapılan kısmın bedelini ödemeleri şarttır. Ancak, bu bedel talep edilecek tazminattan mahsup edilebilir.

Oysa, incelenen kararda, doktrinde yer alan ve yukarıda II-C'de açıklanan görüşe dayanan Federal Mahkeme'ye göre, özellikle borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık halinde alacaklıyı borçlunun temerrütte olduğu hale nazaran daha kötü bir halde bırakmak doğru değildir²³. Özellikle de, edimin – imkânsızlıktan önce – ifa edilen kısmının alacaklı için bir anlamı kalmamışsa, temerrütteki halden farklı olarak, alacaklıya sözleşmeyi

²⁰ Anılan hüküm uyarınca, eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.

²¹ TF 4A_101/2015, c. 4.3 et 4.4 (21.07.2015)

²² Anılan hüküm uyarınca, yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.

Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.

²³ TF 4A_101/2015, c. 4.5 (21.07.2015).

sona erdirmeye imkânı tanınmaması kabul edilemez²⁴. Gerçekten de, böyle bir durumda, alacaklıya İBK 107 II ve 109'un kıyasen uygulanması yoluyla sözleşmeyi *ex tunc* sona erdirmeye imkânı veren bir yenilik doğurucu hak tanınması yerinde olacaktır. Mahkeme böyle bir dönme hakkının tanınmasını kabul etmek suretiyle tarafların sözleşmenin kurulması aşamasındaki duruma geri dönmelerine imkân tanımıştır.

Anılan hükümlerin kıyasen uygulanması sonucunda alacaklı tarafından talep edilecek zarar menfi zarardır²⁵.

Somut olayda, iş sahipleri – belki de, böyle bir hakka sahip olduklarını bilmedikleri için – yenilik doğurucu haklarını kullanmamışlardır. Ancak, Federal Mahkeme, ilk çalışmalar için talep edilen ödemeleri yapmayı reddederek sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri süren iş sahiplerinin bu haklarını kullandıkları sonucuna varmıştır. Böylece, iş sahipleri yüklenicinin talep ettiği bedeli ödemekten kurtulmuşlardır²⁶.

C. Federal Mahkeme'nin Anılan Kararıyla İlgili Kısa Bir Değerlendirme

Kısa değerlendirmemize geçmeden belirtelim ki, Yargıtay'ın bu yönde bir kararı olmadığı gibi, bu konuyu tartışarak reddetmiş olduğu bir karar da – tespit edebildiğimiz kadarıyla – mevcut değildir.

²⁴ TF 4A_101/2015, c. 4.4 (21.07.2015).

²⁵ TF 4A_101/2015, c. 4.4 (21.07.2015). **Pichonnaz**, art. 97, s. 334, N. 11. Aksi görüşte, bkz. **Serozan**, İfa, s. 214.

²⁶ Belirtmek gerekir ki, varılan sonuç bu olmakla beraber, Federal Mahkeme yukarıda açıkladığımız ve doktrinde kabul edilen genel düşünceye, yani temerrütle ilgili sözleşmeyi sona erdirmeye düzenlemesinin kötü ifa halinde ifanın kötülüğü önemli olduğunda uygulanabileceği fikrine değinmeyerek bu imkânı sadece – olaya özgü olarak – sonradan ortaya çıkan kusursuz imkânsızlık halinde uygulamıştır.

Bununla beraber, doktrinde, Federal Mahkeme'nin bu konuda bir görüş belirtmemesinin sebebi somut olayın kötü ifayla bir alakası bulunmamasına bağlanmıştır. Bu görüş uyarınca, kararda, Federal Mahkeme'nin imkânsızlıkla ilgili değerlendirme yaparken kullandığı “*alacaklının edimin ifa edilmiş kısmına menfaati kalmadığı*” ifadesinden İBK m. 107 II'nin kötü ifa halinde uygulanamayacağı sonucu çıkarılabileceği ileri sürülmüştür. Zira, bu görüşe göre, alacaklının edimin ifa edilmiş kısmına menfaati kalmamış olduğu düşüncesi sonucun kötü ifa halinde söz konusu olmaması sebebiyle uygulama alanı bulmaz. **Pichonnaz**, art. 97, s. 334, N. 11. Ancak, anılan yazar, burada söz konusu olanın sadece sözleşmenin sona erdirilebilmesi yönünde bir yetki olduğunu ve alacağı elde etmekten menfaati kalmadığını düşünen bir alacaklının bu yetkisini kullanmasını engellenmesinin yerinde olmadığını belirtmiştir.

İsviçre Yüksek Mahkemesi'nin bu son kararının, eleştirilere tabi olacağı, özellikle de sonradan ortaya çıkan borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığının da borç ilişkisini sona erdirdiği görüşü taraftarlarınca eleştirileceği tartışmasızdır.

Örnek olarak, OĞUZMAN/ÖZ'e göre, *“Kusurlu imkânsızlıkta karşılıklı borçların kendiliğinden sona ererek yerine tazminat borcu doğacağı görüşüne katıldığımız için, esasen sona ermiş sözleşmeden dönme mümkün değildir. Fakat bu görüşümüze katılınmasa bile, bazı yazarların belirttiği gibi, esasen böyle bir çözüm Borçlar Kanunumuzun sistemiyle bağdaşmamaktadır. Temerrüde ilişkin hükümlerde seçimlik hakları (bu arada sözleşmeden dönmeyi) açıkça düzenleyen kanun koyucu, önünde BGB örneği varken ihmal sonucu veya kıyas mümkün olsun diye TBK m. 112 hükmünü sadece tazminat isteyecek şekilde düzenlemiş olamaz. Öte yandan, borçlunun edimi kusuruyla imkânsızlaştırması üzerine alacaklıya sözleşmeden dönme ödevi yüklemekten borç ilişkisinin sona ermesini ve tazminat borcu doğmasını kabul etmek adalete daha uygundur²⁷.”*

Yine ERCOŞKUN ŞENOL'a göre de, *“Kanaatimizce, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığın da, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlıkta olduğu gibi borcu sona erdirdiği kabul edilirse, bu şekilde yasanın sınırlarını zorlayan çözümler üretmek mecburiyeti olmaksızın, alacaklının çıkarları korunabilir. Zira borcun sona erdiği kabul edilince alacaklı zaten kendi edimini ifa etmekten kurtulur. Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık halinde dahi borçlunun karşı edimi elde etme şansını yitirdiği söylenebiliyorsa, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlıkta da aynı sonucu kabul etmenin yaratacağı bir sakınca yoktur²⁸.”*

Gerçekten de, her iki düşüncenin de, özellikle kanunun sınırlarının zorlanması açısından haklı yanları olmakla beraber²⁹, kanımızca Federal Mahkeme'nin kararında vardığı sonuç, – yukarıda andığımız için tekrar etmek gereği duymadığımız – bu yönde gerek doktrindeki, gerekse anılan karardaki gerekçeler dikkate alındığında daha adildir.

²⁷ Oğuzman / Öz, s. 454 vd., N. 1485.

²⁸ Ercoşkun Şenol, s. 309.

²⁹ Kanunun sınırlarının zorlandığı gerekçesine karşı da, burada örtülü bir boşluk olduğu ve bu boşluğun kıyas ve evleviyet gibi gerek doktrinde, gerekse uygulamada oldukça sık başvuru-
lan metotlarla doldurulduğu ileri sürülebilir.

Özellikle, kanun koyucunun önünde BGB örneği varken ihmal sonucu veya kıyas mümkün olsun diye TBK m. 112 hükmünü sadece tazminat isteyecek şekilde düzenlemiş olamayacağı düşüncesi son derece mantıklı olsa da, kanımızca, Türkiye’de kanun koyucunun her zaman böyle bir bilinçle hareket ettiğini söylemek kolay değildir³⁰.

Diğer yandan, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık halinde dahi borçlunun karşı edimi elde etme şansını yitirdiği kabul edilirken, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlıkta da aynı sonucu kabul etmenin borçlu açısından yaratacağı bir sakınca yoksa da, alacaklı açısından – daha önce Federal Mahkeme’nin bu son görüşünün gerekçeleri ile ilgili söylediğimiz üzere – sözleşmeyi ayakta tutmanın kendi menfaatlerine daha uygun olduğu ihtimallerde sözleşmenin kendiliğinden sona ermesinden ötürü zarara maruz kalacağı ileri sürülebilir.

Alacaklıya dönme ödevi yüklemek ilk bakışta adaletsiz gibi gelse de, alacaklının sözleşmeyi ayakta tutmayı tercih edeceği ihtimallerde sözleşmenin sona ermesine katlanması gerektiği hatırlandığında – ve özellikle de dönme beyanının şekle tabi olmadığı göz önüne alınırsa – sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği görüşünün kabul edilmesi kanımızca daha adaletsiz sonuçlara yol açabilir³¹.

³⁰ Kaldı ki, taşınır mallarda mülkiyetin naklinin sebebe bağlı mı soyut mu olduğu tartışmasında olduğu gibi bilinçli bir boşluk bırakmayı tercih etmiş olabileceği de ihtimaller arasında değerlendirilebilir

³¹ **Oğuzman / Öz** de, borcun kendiliğinden sona erdiği görüşünü bir örnekle savunurken aynen şu ifadelerle yer vermişlerdir: “(...) *Halbuki klasik görüşe göre, tazminat imkânsızlaşan edimin yerini alacak ve tazminat imkânsızlaşan edimin yerini alacak ve tazminat ve karşı edim değişime tabi olacaktır. Örneğin (A)’nın bir arap atına, (B)’nin de bir hollanda ineğine ihtiyacı vardır. Buna karşılık (B) arap atına (A) da bir hollanda ineğine sahiptir. (A) ile (B), atla ineği trampa için TBK m. 282 anlamında bir ‘mal değişimi sözleşmesi’ yaptıktan sonra ve borçlar ifa edilmeden (B)’nin kusuru ile at ölmüşse, klasik görüşe göre (B) atın yerine tazminat vermek, (A) da ineğin mülkiyetini (B)’ye geçirmek borcu altındadır. İneğin 50.000 lira değerinde olmasına karşılık atın 40.000 veya 60.000 lira değerinde olması sonucu etkilemeyecek, her halde değişim ilişkisi devam edecek ve tazminat ödemeyi teklif eden (B), (A)’dan ineği talep edebilecektir. Böyle bir sonucu arzu etmeyecek olan (A), sözleşmeden dönme hakkına da sahip olmadığı için, istemediği halde ineği verip tazminatı almak zorunda olacaktır (...) Halbuki bizim savunduğumuz görüşte (B)’nin kusuru ile atın teslimi imkânsızlaşınca, (B)’nin atı verme, (A)’nın da ineği verme borçları sona erer. Atın değeri ineğin değerinden fazla olduğu takdirde (A) aradaki değer farkını (B)’den talep edebilecek-*

IV- SONUÇ

İsviçre Federal Mahkemesi ifa imkânsızlığı ile ilgili olarak uzun süredir İsviçre doktrininde kabul edilen görüşe uygun karar vermiş ve bu konudaki tartışmalara, kanımızca da isabetli olarak, borçlunun sorumlu olduğu sonradan oluşan ifa imkânsızlığı halinde alacaklının sözleşmeden dönme hakkının olduğuna hükmederek nokta koymuştur.

tir (...)”. **Oğuzman / Öz**, s. 451, N. 1475-1476. Bu örnekte atın değeri ineğin değerinden az ise, (A)’nın bir zararı söz konusu olamayacağı için, tazminat talebi de söz konusu olamayacaktır. Oysa, Federal Mahkeme’nin görüşü kabul edilirse, (A) dilerse – mesela atın değeri ineğin değerinden fazla ise – sözleşmeyi ayakta tutup olumlu zararının tazminini isteyecek, dilerse – mesela atın değeri ineğin değerinden az ise – dönme beyanında bulunarak olumsuz zararının tazminini talep edebilecektir. (A)’ya böyle bir seçim şansı tanınmasının daha adil olduğu açıktır.

BİBLİYOGRAFYA*

ARAL Fahrettin, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara 2011.

ATAMER Yeşim, “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik”, **Rona Serozan’a Armağan**, Cilt 1, İstanbul 2010.

de WERRA Jacques, “Droits des contrats: Partie générale et contrats spéciaux”, **JdT 2106 II**, s. 155 vd.

DURAL Mustafa, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117)**, İstanbul 1976.

ENGEL Pierre, **Traité des obligations en droit suisse**, 2ème éd., Berne 1997.

ERCOŞKUN ŞENOL Kübra, **Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık**, İstanbul 2016.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Ankara 2017.

FEYZİOĞLU Feyzi Necmettin, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümleri**, Cilt 1, İstanbul 1976; Cilt 2, İstanbul 1977.

GAUCH Peter / SCHLUEP Walter / EMMENEGGER Susan, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, T: II, 9ème éd. Zurich, Bâle, Genève 2008.

GUHL Theo, **Das Schwiezerische Obligationenrecht**, 9. Auflage, Bearbeitet von: Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey, Zurich 2000.

GUILLOD Olivier / STEFFEN Gabrielle, **Commentaire Romand, Code des obligations I**, art. 1-529 CO, Bâle 2012.

GÜNDOĞDU Fatih, **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçlar**, İstanbul 2014.

HATEMİ Hüseyin / GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul 2015.

HUGUENIN Claire, **Obligationenrecht, Allgemeinen Teil**, unter Mitarbeit von: Michel Brunner, Micheal Feit, Michael Hochstrasser, Michael Isler, Marc Joost, Claudia Kaczynski-Coninx, Raphael Weiss, Zürich, Bâle, Genève 2004.

* Aksi belirtilmiş olmadıkça, bu makalede atıf yapılan Yargıtay kararları www.kazanci.com sitesinden, İsviçre Federal Mahkemesi kararları www.swisslex.ch sitesinden alınmıştır.

- İNAN Ali Naim, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Ders Kitabı, Ankara 1979.
- KARAHASAN Mustafa Reşit, **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Öğreti ve Yargıtay Kararları, İlgili Mevzuat**, Cilt 2, İstanbul 2003.
- KILIÇOĞLU Ahmet M., **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Ankara 2016.
- KURT Müjde, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, Ankara 2016
- NOMER Halûk N., **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul 2015.
- OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Cilt 1, İstanbul 2016.
- OLGAÇ Senaî, **Kazaî ve İlmî İctihatlarla Borçlar Kanunu Şerhi**, Cilt 2, Genel Hükümler (Madde 61-181), Ankara 1976.
- ÖZÇELİK Barış, “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık ve Sonuçlar”, **AÜHFD**, 63 (3) 2014, s. 569 vd.
- PICHONNAZ Pascal, “Le droit de résoudre le contrat en cas d’application de l’art. 97 CO: vers un régime de l’inexécution toujours plus unifié”, **BR/DC** 6/2015 (art. 97).
- PICHONNAZ Pascal, **Impossibilité et exorbitance: Etude analytique des obstacles à l’exécution des obligations en droit suisse (art. 119 CO et 79 CVIM)**, Fribourg 1997 (impossibilité).
- REİSOĞLU Safa, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul 2012.
- SAYMEN Ferit / ELBİR Halid, **Türk Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler**, İstanbul 1966
- SCHWENZER, Ingebor, **Schwiezerisches Obligationenrecht, Allgemeines Teil, Dritte, überarbeitete Auflage**, Berne 2003.
- SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İfa, İfan Engelleri, Haksız Zenginleşme, –Ek: Uygulama Çalışmaları–**, İstanbul 2014 (ifa).
- SEROZAN Rona, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul 2007 (dönme).
- TEKİNAY Selâhattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk/ALTOP Atillâ, **Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul 1993.
- THÉVENOZ Luc, **Commentaire Romand, Code des obligations I**, art. 1-529 CO, Bâle 2012.
- TUNÇOMAĞ Kemal, **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Cilt 1, İstanbul 1976.

UYGUR Turgut, **Açıklamalı – İctihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Madde 109-213**, Cilt 4, s. Ankara 2003.

von BÜREN Bruno, **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil**, Zurich 1964.

von TUHR Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumî Kısım**, Cilt 1-2, Ankara 1983.

von TUHR Andreas / ESCHER Arnold, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht**, Band II, 3. Auflage, Zurich 1974.

WEBER Rolf H., **Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen**, 6. Teilband, Berne 2002.

WERRO Franz, “Le point sur la partie spéciale du droit des obligations/ Entwicklungen im Obligationenrecht, Besonderer Teil”, **RSJ** 112/2016.

WIEGAND Wolfgang, **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I**, 3ème éd., Bâle 2011.

6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu Kapsamında Finansal Kiralamada Ayıplı Teslimler

Doç. Dr. Mehmet ERDEM *

Öz: Finansal kiralama sözleşmelerinde kiracının ayıp sebebiyle sahip olduğu haklara ilişkin olarak Mülga Finansal Kiralama Kanunu'nda özel bir düzenleme yer almamaktaydı. Bu sebeple, Mülga Borçlar Kanunu'nun kiralanandaki ayıba ilişkin hükümlerinin finansal kiralama sözleşmesi için de uygulanabileceği kabul ediliyordu. Ancak finansal kiralama sözleşmesinin kendine özgü yapısı sebebiyle Mülga BK hükümleri yeterli olmuyor, alternatif çözüm yolları aranıyordu.

6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, kiracının ayıba bağlı hakları özel olarak düzenlenmiş ve bu düzenleme yapılırken finansal kiralama sözleşmesinin kendine özgü yapısı dikkate alınmıştır. Bu bağlamda kira konusu eşyanın kim tarafından seçildiği dikkate alınarak ayıba bağlı hakların ne şekilde ve kime karşı kullanılacağı belirtilmiştir.

Finansal kiralamaya konu edilen malın kiracı tarafından seçilmesi ya da kiracıdan sağlanması halinde kiracının finansal kiralama şirketine ayıp sebebiyle başvuramayaacağı düzenlenmiştir. Ancak bu halde kiracının da mağduriyet yaşamaması için, finansal kiralama şirketinin malın ayıplı olması sebebiyle sahip olduğu hakları kiracıya devretmesi gerekmektedir. Finansal kiralama şirketinin üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği bir hakkının olmaması durumunda ise, kiracı TBK m. 112 hükmüne dayanarak finansal kiralama şirketine başvurabilir.

Anahtar Kelimeler: finansal kiralama, leasing, ayıp, finansal kiracı, finansal kiralama şirketi.

Makale gönderim tarihi: 30.05.2017. Makale kabul tarihi: 06.06.2017.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı (merdem@gsu.edu.tr)

Delivery of Defective Goods in Financial Leasing Contracts under the Financial Leasing, Factoring and Financing Companies Law (Law No: 6361)

Abstract: There was no specific regulation regarding the rights of the lessee related to the delivery of defective good in the abrogated Financial Leasing Law (Law No:3226). For this reason, it was accepted that the provisions of the abrogated Code of Obligations (Law No: 818) regarding the leasing contract could apply to financial leasing contracts. However, due to the unique nature of the financial leasing contract, the provisions of the abrogated Code of Obligations were not sufficient and alternative solutions were sought.

The Financial Leasing, Factoring and Financing Companies Law (Law No: 6361), which had entered into force in 2012, regulates specifically the rights of tenant related to defective good. It is obvious that the distinctive nature of the financial leasing contract was taken into account. In this context, it is clearly stated in the Law that who has rights related to defective good and how can these rights can be used.

If the good subjected to financial leasing is selected or provided by the lessee, it is not allowed to claim rights related to defective good against financial leasing company. On the other hand, with the aim to protect interests of the lessee in that case, financial leasing company has to transfer its rights related to defective good to the lessee. If the financial leasing company does not have any assertable rights against third party, the lessee can claim its rights arising from article 112 of the Turkish Code of Obligations (Law No: 6098).

Keywords: financial leasing contract, lease, defect, lessee, lessor.

I. Giriş

Ayıp, malın, daha geniş ifade ile sözleşme konusunun sözleşmede öngörülen tahsis amacına uygun niteliklerin ya da borçlu tarafından bulunduğu bildirilen niteliklerin bulunmamasını ifade eder¹. Sözleşme konusunun ayıplı olması, sözleşme konusu mal teslim edilmiş olsa bile, borcun sözleşmede

¹ **Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012, s. 226; **Faruk Acar**, Kira Hukuku Şerhi, İstanbul 2015, s. 173; **Murat İnceoğlu**, Kira Hukuku, C. I, İstanbul 2014, 115-116; **Berna Bingöl**, Finansal Kiralama Sözleşmesinde Kiralayanın (Finansal Kiralama Şirketinin) Borçları, İstanbul 1997 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 99.

öngörüldüğü biçimde, yani gereği gibi ifa edilmemesi anlamı taşır². Borç gereği gibi ifa edilmiş değilse, borçlunun bundan dolayı sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Borçlar Kanununun genel hükümlerinde, borçlunun, sözleşme konusunun ayıplı olmasından dolayı sorumluluğu şeklinde açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, bazı sözleşme tiplerinde kanun koyucu, borçlunun ayıptan dolayı sorumluluğunu düzenlemiş ve buna ilişkin özel hükümler sevk etmiştir. Çok temel sözleşme tipleri olan, satım, kira ve eser sözleşmelerinde, kanun koyucu, satıcının, kiraya verenin ve yüklenicinin ayıplı teslim nedeniyle sorumluluğunu özel olarak düzenlemiştir³. Bu düzenlemelerde kanun koyucu, genel hükümlerden farklı olarak, alıcıya, kiracıya ve iş sahibine, ayıp halinde çeşitli haklar tanımıştır⁴.

Kanunda özel olarak düzenlenmiş olan sözleşme tipleri dışında, Borçlar Kanunu genel hükümlerinde, sözleşme konusunun ayıplı olması yönünde bir borca aykırılık hali açık olarak düzenlenmiş olmadığından, sözleşme konusunun ayıplı olmasının sonuçlarının ayrıca incelenmesi gerekir.

Borçlunun borca aykırı davranışı, üç biçimde meydana gelir: borcun imkânsızlaşması, borçlu temerrüdü ve borcun gereği gibi ifa edilmemesi⁵. Sözleşme konusunun ayıplı olması, bu borca aykırılık hallerinden, borcun gereği gibi ifa edilmemesi kapsamına girer⁶. Zira, sözleşme konusunun ayıplı da olsa teslim edilmiş olması, imkansızlık ve temerrüdün söz konusu olmadığını gösterir. Borcun gereği gibi ifa edilmemesi, kural olarak, TBK 112 gereği, alacaklının zararını tazmini gerektirir. Şüphesiz, bunun için borçlunun kusurlu olması da şarttır⁷.

Oysa, satım, kira ve eser sözleşmelerinde kanun, ayıptan dolayı sorumluluğu özel olarak düzenlerken, alacaklıya, zararının tazmini dışında, farklı

² **Murat Topuz**, Finansal Kiralama Sözleşmesi, Ankara 2013, s. 346; **Acar**, s. 173; **İnceoğlu**, s. 113.

³ **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s. 1048.

⁴ **Kemal Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2015, s. 470; Ayrıca kiracıya tanınan haklar hakkında detaylı bilgi için bkz. **İnceoğlu**, s. 153 vd.

⁵ **Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 1985, s. 1135; **Eren**, Genel Hükümler, s. 1043.

⁶ **Eren**, Genel Hükümler, s. 1046; **Oğuzman/Öz**, s. 469.

⁷ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 1167; **Eren**, Genel Hükümler, s. 1060; **Oğuzman/Öz**, s. 472.

ve kapsamlı haklar tanımakta, üstelik bu hakların kullanılması açısından, borçlunun sözleşme konusunun ayıplı olmasında kusurunu da aramamaktadır⁸. Bahsedilen sözleşmelerde, malın ayıplı olmasında borçlunun kusuru olmasa bile, alacaklı kendisine tanınan hakları kullanabilir⁹.

Bu haklar yanında, ayıbın aynı zamanda borcun gereği gibi ifa etmeme hali olması dikkate alındığında, genel hükümlerdeki sorumluluğa gidilip gidilemeyeceği ayrı bir tartışma konusudur¹⁰.

Bahsettiğimiz bu sözleşmeler dışındaki bir sözleşmede sözleşme konusunun ayıplı olması halinde ise, alacaklının, kanunda özel ve istisnai olarak düzenlenen hükümlere dayanması söz konusu olmaz. Bu durumda sorumluluk meselesi, ancak sözleşme hükümleri ve genel düzenlemeler çerçevesinde çözümlenir¹¹.

II. Finansal Kiralama Sözleşmesinde Finansal Kiralama Şirketinin Malın Ayıplı Olmasından Dolayı Sorumluluğu

Finansal kiralama konusu malın ayıplı olmasından dolayı finansal kiralama şirketinin sorumluluğu, malın edinilme biçimine göre farklı düzenlenmiştir¹². Finansal kiralama sözleşmelerinde mal, doğrudan finansal kiralama şirketi tarafından seçilip alınlabileceği gibi, kiracının seçimi ve talebi üzerine alınmış ya da bizzat kiracı tarafından da sağlanmış olabilir¹³. Malın ayıplı

⁸ Kira sözleşmesi için bkz. **Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 408; **Acar**, s. 174; **İnceoğlu**, Kira Hukuku, s. 152; **Topuz**, s. 347; Satım Sözleşmesi için bkz. **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 130; Eser Sözleşmesi için bkz. **Eren**, Özel Hükümler, s. 633.

⁹ Kira sözleşmesi için bkz. **Yavuz/ Acar/Özen**, s. 408; **Acar**, s. 174; **İnceoğlu**, Kira Hukuku, s. 152; **Topuz**, s. 347; Satım Sözleşmesi için bkz. **Eren**, Özel Hükümler, s. 130; Eser Sözleşmesi için bkz. **Eren**, Özel Hükümler, s. 633.

¹⁰ Tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Gümüş**, s. 64-66; **Oğuzman/Öz**, s. 470, Dn. 469; **İnceoğlu**, s. 228.

¹¹ **Oğuzman/Öz**, s. 471.

¹² Mülga 3226 Sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nda kiralayanın, kiralananın ayıplarından dolayı sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme yer almamaktaydı. Buna karşın o dönemde doktrinde, finansal kiralama sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadığı sürece, FKK m. 26 uyarınca Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesinde ayıba ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktaydı. İlgili görüş için bkz. **Atilla Altop**, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990, s. 157; **Topuz**, s. 348.

¹³ Detaylı bilgi için bkz. **Topuz**, s. 119 vd.

olması halinde, onun edinilme şekli dikkate alınarak finansal kiralama şirketinin sorumluluğunun belirlenmesi en uygun çözümdür. 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu (FFFK) da, finansal kiralama konusu malın ayıplı olması halinde sorumluluğu bahsedilen bu durumu dikkate alarak düzenlemiştir.

1. Malın Kiracı Tarafından Seçilmesi ve Onun Talebi Üzerine Satın Alınması veya Bizzat Kiracı Tarafından Sağlanması

a. Bu Durumlarda Finansal Kiralama Şirketinin Sorumluluğu

6361 sayılı FFFK, “Finansal Kiralama Sözleşmesinde Tarafların Hakları ve Borçları” başlıklı m. 24/b. 6’da malın ayıplı olmasına ilişkin olarak, *“Kiracının seçimi ve talebi üzerine üçüncü kişiden sağlanan malın ayıplı olmasından kiralayan sorumlu tutulamaz. Aynı hüküm, malın bizzat kiracıdan sağlanması halinde de uygulanır”* düzenlemesine sahiptir.

Hükümden de açık olarak anlaşıldığı üzere, kira konusu mal kiracının seçimi ve talebi ile alınmış veya bizzat kiracı tarafından sağlanmış olursa, malın ayıplı olmasından dolayı, kiralama şirketi sorumlu tutulmamaktadır¹⁴. Finansal kiralama şirketinin malın seçiminde bir etkisinin olmaması durumunda, onun ayıplı maldan dolayı sorumlu tutulmaması makul bir durumdur¹⁵.

¹⁴ Acar, s. 54.

¹⁵ Topuz, s. 350, Dn. 793. Mülga FKK döneminde ayıba ilişkin Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanabileceğini kabul eden görüşe göre, kiralanan mal kiracı tarafından seçilmiş ve onun talebine binaen alınmış olduğunda dahi, ayıba ilişkin haklarını kiracı, kiralayana karşı kullanmalıydı. Ancak, kira konusu malın kiracı tarafından seçilmiş ve onun talebi üzerine alınmış olması karşısında, bu durumun hakkaniyete uygun olmadığı ileri sürülmekteydi. Buna çözüm olarak ise, finansal kiralama sözleşmesine, kiralayanın kendi kusurundan kaynaklanmayan ayıplardan sorumlu olmayacağına ilişkin bir hüküm konulması ve bunun karşılığında, satım sözleşmesi uyarınca kiralayanın sahip olduğu ayıba ilişkin hakların kiracıya devredilmesi ya da bu hakları ileri sürme yetkisinin kiracıya devredilmesinin mümkün olduğu savunulmaktaydı. İlgili görüş için bkz. Altop, s. 158-159. Köksal Kocaağa, Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1999, s. 116; Bingöl, s. 101; Gürkan Celepçioğlu, Finansal Kiralama Sözleşmelerinde Kiracının Hakları ve Borçları, İstanbul 2011 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 101-102; Yasemin Tunçsiper, Finansal Kiralama Sözleşmesinde Tarafların Borçları, Ankara 2011 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 42.

Bahsedilen durumlarda malın ayıplı olmasından dolayı finansal kiralama şirketi, kiracıya karşı sorumlu olmamakla birlikte, malın satıcı ve sağlayıcısının, kira konusu malın hukuki maliki ve onun elde edilmesine ilişkin sözleşmenin tarafı olan finansal kiralama şirketine karşı, malın ayıplı olmasından dolayı sorumlu olacağı bir gerçektir. Diğer bir ifade ile malın ayıplı olmasından dolayı finansal kiralama şirketi sorumlu olmasa bile, malın satıcı veya sağlayıcısı, malın ayıplı olmasından dolayı finansal kiralama şirketine karşı sorumludur¹⁶. Dolayısıyla, bu sorumluluk kapsamında, satıcı veya üreticiye başvurulması mümkündür. Bu hakların, finansal kiralama şirketi tarafından bizzat kullanılması mümkün olduğu gibi, onun yetkilendirmesi marifetiyle kiracı tarafından da kullanılması mümkündür. Finansal kiralama şirketi, malın ayıplı olmasından kaynaklı hakları bizzat kullanmayacaksa, bunların kiracı tarafından kullanılması için gerekli olan yetkilendirmeyi yapmak durumundadır¹⁷. Şirketin bu yetkilendirmeyi yapmaktan kaçınma imkânı yoktur¹⁸.

Nitekim Yargıtay kararlarında da finansal kiralama sözleşmesinde kiracıya yetki verilebileceği ve bu çerçevede kiracının satıcı/sağlayıcıya karşı kiralayanın sahip olduğu ayıba bağlı hakları kullanabileceği kabul edilmekteydi. Bu yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Y. 19 HD, T. 14.02.2012, E. 2011/8032, K. 2012/2054. (Kararın alındığı yer: Kazancı İçtihat Bankası, erişim tarihi: 09.04.2016).

O dönemde doktrindeki bir görüş finansal kiralama sözleşmesinde, kiralayanın kira konusu malın seçilmesi ve satın alınması sürecinde müdahil olmadığını ve bu sebeple kendisine karşı ayıba bağlı hakların ileri sürülmesinin sözleşmenin niteliğine aykırı olduğunu ileri sürmekteydi. Bununla birlikte, finansal kiralama sözleşmesinde kiracının, malın ayıplı olarak teslim edildiği halde kiralayanın yerine geçerek ayıba bağlı hakları kullanabileceği kabul edilmekteydi. İlgili görüş için bkz. **Erden Kuntalp**, Finansal Kiralama Kanunu'na Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri, Ankara 1988, s. 80-81; **Köteli**, s. 179-183.

¹⁶ **Topuz**, s. 351; **Bilgehan Çetiner**, 6361 Sayılı Kanun ile Finansal Kiralama Sözleşmelerine Getirilen Yeni Düzenlemeler, TAAD, Y. 4, S. 3, s. 77.

¹⁷ **Altop**, s. 159; **Köteli**, s. 202; **Kocağa**, s. 116; **Tunçsiper**, s. 49.

Yetkilendirme yapılmadığı takdirde kiracının satıcıya başvurusunun mümkün olmadığına ilişkin Yargıtay kararı için bkz. 19 HD, T. 25.12.2014, E. 2014/12746, K. 2014/18758. (Kararın alındığı yer: Kazancı İçtihat Bankası, Erişim tarihi: 09.04.2017)

¹⁸ Bu konuya ilişkin olarak **Kuntalp**, kiracının kiralayan tarafından yetkilendirilmemesi halinde dahi, hakim MK m. 1 uyarınca değerlendirme yapması gerektiğini ve kiralayanın ayıba bağlı olarak sahip olduğu hakların, finansal kiralama sözleşmesinin özellikleri gereği kiracı tarafından doğrudan satıcıya/sağlayıcıya karşı ileri sürülebileceğini ifade etmekteydi. İlgili görüş için bkz. **Kuntalp**, s. 81-82.

b. Finansal Kiralama Şirketinin, Malın Edinilmesine İlişkin Sözleşmenin Tarafı Olarak Sahip Olduğu Hakların Kiracı Tarafından Kullanılması

Finansal kiralama konusu mal, satım veya eser sözleşmesi ile edinilmiş olabilir¹⁹. Her iki sözleşmede de, sözleşme konusunun ayıplı olması halinde, alıcı ve iş sahibine çeşitli haklar tanınmıştır. Satım ve eser sözleşmesinde, malın/eserin ayıplı olması durumunda, alıcı ve iş sahibine tanınan haklar şunlardır: sözleşmeden dönme, malın onarılması, bedel indirimi ve ayıpsız benzeri ile değişimi (TBK 227; TBK 475)²⁰.

Gerek satım gerekse eser sözleşmesinde, alıcı/iş sahibine tanınan haklardan hangilerinin kullanılacağına finansal kiralama sözleşmesi kapsamında kim karar verecektir: Malın edinilmesine ilişkin sözleşmenin tarafı ve onun hukuki anlamda maliki olan finansal kiralama şirketi mi? Yoksa malın ekonomik anlamda maliki olarak kabul edilen kiracı mı?

Malın onarılması, bedel indirimi ve ayıpsız benzeri ile değiştirilmesinin istenmesi konusunda kiracının seçimine üstünlük tanınması yerinde olur. Zira bu hakların kullanılmasının finansal kiralama şirketi açısından olumsuzluk doğurduğundan kural olarak bahsedilemez. Bununla birlikte, haklı nedenlerin varlığı halinde ve kiracının da menfaatleri dikkate alınarak finansal kiralama şirketi, başka bir seçimin yapılmasını talep edebilmelidir²¹.

Kiracı, finansal kiralama şirketinin onayı olmaksızın sözleşmeden dönme imkânı kullanılabilir mi? Kanaatimce, kiracının sözleşmeden dönme imkânını kullanabilmesi açısından bir sıkıntı olmamalıdır. Zira, bu durumda da finansal kiralama şirketinin menfaatine aykırı bir durum bulunmamaktadır. Şöyle ki, malın edinilmesine ilişkin sözleşmeden dönülmesi halinde, finansal kiralama sözleşmesinin de sona ereceği kabul edilmektedir²². Finansal

¹⁹ **Güneş Yılmaz**, Leasing-Finansal Kiralamada Mevut Durum ve Son Değişiklikler, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y. 2008, S. 41-42, s. 153.

²⁰ **Eren**, Özel Hükümler, s. 157 vd.-640 vd. **Yavuz/Acar/Özen**, s. 114 vd.-1035 vd.

²¹ Ayıba bağlı hakların kullanımına ilişkin olarak kiracı, sözleşme ile özel olarak yetkilendirildiği takdirde, bu konuda herhangi bir tartışma yaşanması söz konusu olmayacaktır. Nitekim, finansal kiralama sözleşmesinin konusunu oluşturan malın kiracı tarafından seçilip, finansal kiralama şirketinin sadece satın alınma sürecinin fon sağlayıcı olduğu ihtimalde ayıba bağlı hakların da kiracı tarafından kullanılması en makul çözüm olacaktır.

²² **Kuntalp**, s. 81; **Altıp**, s. 167; **Gültekin Nazlıoğlu**, Açıklamalı İçtihatlı Finansal Kiralama Kanunu, Ankara 1996, s. 127; **Bingöl**, s. 119. Doktrinde Köteli, kiracının satım sözleşmesini

kiralama sözleşmesinin sona ermesinin sonuçları ise, FFFK 33’de düzenlenmektedir. FFFK 33 gereğince, sözleşmenin bu şekilde sona ermesi durumunda, toplam kira bedellerinden, malın iade alınacak satış bedeli indirildikten sonra kalan kısım kiracı tarafından finansal kiralama şirketine ödenmelidir²³. Belki bu durumda kira bedellerine erken kavuşmaktan dolayı bir indirim söz konusu olabilir²⁴.

Bir an için bu sonucun hakkaniyete uygun olmadığı düşünülebilirse de, sözleşmeden dönme imkânının sadece seçimlik bir imkan olduğu ve bu yola gidilmesinin bir zorunluluk olmadığı dikkate alındığında, bu sonuçla karşılaşmak istemeyen kiracının, sözleşmeden dönme yoluna başvurmaması gerekir.

Şüphesiz, satıcı/sağlayıcıya karşı ayıptan kaynaklı hakların kullanılabilmesi için gerekli külfetlerin yerine getirilmesi de gerekir. Külfetlerin yerine getirilmesi yükümlülüğü, malı fiilen elinde bulunduran kiracının üstündedir²⁵. Kiracı bu külfetleri yerine getirmeyi ihmal etmiş ve hakların kullanılması imkanı ortadan kalkmışsa, malı bu şekilde kullanmak ve kira bedellerini ödemek yanında, finansal kiralama şirketinin bundan kaynaklı zararını da tazmin etmekle yükümlüdür²⁶. Burada söz konusu olan zarar, kira süresi sonunda mal finansal kiralama şirketine iade edilecekse, malın ayıp nedeniyle arz edeceği değer kaybı olacaktır.

feshetme imkanı olduğunu, ancak bu durumun finansal kiralama sözleşmesinin sona ermesini gerektirmeyeceğini savunmaktadır. Bu halde kiracının satıcıdan tahsil edeceği para ile aynı nitelikteki bir başka malı alarak finansal kiralama sözleşmesinin aynı şartlarla devamını sağlayabileceğini savunmaktadır. İlgili görüş için bkz. **Köteli**, s. 202. Satım sözleşmesinin sona ermesine rağmen finansal kiralama sözleşmesinin kendiliğinden sona ermeyeceğini savunan diğer görüş için bkz. **Celepçioğlu**, s. 89.

- 23 Kiracı dönme hakkını kullanmak suretiyle, aslen finansal kiralama sözleşmesini de feshetmiş olduğundan, FKK m. 33 uyarınca, sözleşmenin kiracı tarafından feshi halinde uygulanacak hükümlerin devreye girmesi en makul çözüm olarak görünmektedir. Bu hükümler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Topuz**, s. 498.

Bununla birlikte bu konuya ilişkin olarak doktrindeki bir görüş, sözleşmenin sona erdirilmesini müteakiben Mülga BK m. 117 uyarınca kusursuz imkansızlığın söz konusu olacağını ve tarafların borçlarından kurtulacağını savunmaktadır. İlgili görüş için bkz. **Altop** s. 167.

- 24 **Kuntalp**, s. 85.

- 25 **Kuntalp**, s. 82; **Altop**, s. 161; **Nazlıoğlu**, s. 125; **Bingöl**, s. 103; **Celepçioğlu**, s. 96; **Tunçsiper**; s. 43-44.

- 26 **Kuntalp**, s. 82; **Altop**, s. 162; **Nazlıoğlu**, s. 125; **Bingöl**, s. 103; **Celepçioğlu**, s. 96.

c. Malın Ayıplı Olmasından Dolayı Kiracının Uğradığı Zararının Tazmini

Kiracı, malın ayıplı olmasından dolayı bir zarara uğramış olabilir. Bu zarar, ayıplı malın kiracının başka mallarına zarar vermesinden kaynaklı fiili zarar şeklinde gerçekleşebileceği gibi, malın kullanılamaması yüzünden meydana gelen kazanç kaybı olarak da ortaya çıkabilir. Her iki zarar kalemi açısından da, kiracının zararının tazmini gerekir. Fakat, kiracının, malın satıcı ve sağlayıcısı ile doğrudan bir ilişkisi bulunmamaktadır²⁷. Diğer bir ifade ile malın edinilmesine yönelik sözleşmede kiracı taraf durumunda değildir. Hal böyle olunca, malın ayıplı olmasından dolayı kiracı, uğramış olduğu zararı nasıl talep edebilir?

Malın ayıplı olması nedeniyle finansal kiralama şirketinin sahip olduğu hakların kullanılmasında, kiracı finansal kiralama şirketinin yetkilendirmesi suretiyle onu temsilen hareket etmektedir. Oysa ayıplı malın neden olduğu zararlarda, zarara uğrayan doğrudan kiracıdır ve zarara kendisi uğramış olduğu için finansal kiralama şirketini temsilen hareket etmesi söz konusu olmaz²⁸. Bu nedenle, kiracı, ayıplı malın neden olduğu zararları, doğrudan kendi adına talep edebilmelidir²⁹. Her ne kadar kiracı, satıcı/sağlayıcı ile finansal kiralama şirketi arasındaki sözleşmenin tarafı olmasa da, edime yakınlığı da dikkate alındığından, sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkisinden yararlanabilmelidir³⁰. Ancak, bu durumda, (alıcı ve iş sahibi açısından da aynı şekilde) satıcı/sağlayıcının ayıplı mal tesliminde kusurlu olması gerekir. Zira ayıplı mal yüzünden uğranılan zararların tazmini genel hükümlere

²⁷ **Altop**, s. 35; **Topuz**, s. 346.

²⁸ **Altop**, s. 35.

²⁹ Kiracının doğrudan kiralayana başvurarak kendi zararını talep edebilmesinin hukuki temeline ilişkin olarak doktrindeki farklı görüşler için bkz. **Altop**, s. 35 vd. Kiracının uğramış olduğu zararları talep edebileceğini kabul eden Yargıtay kararı için bkz. Y. 19. HD, T. 15.05.2015, E. 2014/3770, 2014/9261 (Kararın alındığı yer: Kazancı İçtihat Bankası. Erişim tarihi: 09.04.2017).

³⁰ Doktrinde **Altop**, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden bahsetmenin güç olduğunu, zira bu kavramdan bahsedilebilmesi için kiracının, kiralayanın himayesi altında bulunması ve onun himayesinden sorumlu olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu çerçevede, kiracı lehine oluşturulacak bir sözleşme konstrüksiyonu ile en kesin ve doyurucu çözümün benimsenebileceğini ileri sürmektedir. İlgili görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. **Altop**, s. 38 vd.

tabidir ve bu durumda tazminat sorumluluğu, borçlunun borca aykırılıkta kusurlu olmasını gerektirir³¹.

Malın ayıplı olması nedeniyle, doğrudan malın değerindeki azalmada ise (örneğin malın onarılması yüzünden değerinin düşmesi) tazminat talebini, finansal kiralama şirketi ileri sürebilir. Bu durumda da genel hükümler çerçevesinde, satıcı/sağlayıcının kusurlu olması gerekir. Malın değerindeki azalma için bir tazminat elde edilmişse, şüphesiz kira bedellerinden de bu oranda indirim yapılması gerekir³².

2. Malın Finansal Kiralama Şirketi Tarafından Satın Alınmış veya Başka Şekilde Edinilmiş Olması

a. Bu Durumlarda Finansal Kiralama Şirketinin Sorumluluğu

FFFK 24/b. 6 “*Kiracının seçimi ve talebi üzerine üçüncü kişiden sağlanan malın ayıplı olmasından kiralayan sorumlu tutulamaz. Aynı hüküm, malın bizzat kiracıdan sağlanması halinde de uygulanır*” hükmünün ters anlamından (*a contrario*), malın finansal kiralama şirketi tarafından alınmış/edinilmiş olması halinde, malın ayıplı olmasından şirketin sorumlu olacağı anlamı çıkmaktadır³³. Zaten bu durum işin niteliği gereğidir. Haddizatında, FFFK 24/b. 5 malın hasarının kiracıya ait olduğunu düzenlerken, malın sözleşme süresi içindeki hasarından şirketi sorumlu tutmamaktadır. Oysa burada bahsedilen durum, yani ayıp, sözleşme kurulması aşamasında malda mevcut olan bir durumdur. Finansal kiralama şirketi, bu durumda ayıptan sorumlu olsa bile, onun bu sorumluluğu yöneltebileceği malın satıcı/sağlayıcısı oldukça, onların sorumluluğuna başvurmak, kiracı açısından yeterli koruma sağlayabilecektir.

b. Finansal Kiralama Şirketinin Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürebileceği Hakların Kiracı Tarafından Kullanılması

Finansal kiralama konusu mal, finansal kiralama şirketi tarafından edilecekse, bu edinme genellikle satım veya eser sözleşmesi kapsamında ger-

³¹ Satım Sözleşmesi için bkz. **Eren**, Özel Hükümler, s. 130; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 214; Eser Sözleşmesi için bkz. **Eren**, Özel Hükümler, s. 633; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1040-1041.

³² **Altıp**, s. 164.

³³ **Topuz**, s. 351.

çekleşir. Satım ve eser sözleşmesinde, malın/eserin ayıplı olması durumunda, alıcı ve iş sahibine tanınan haklar, sözleşmeden dönme, malın onarılması, bedel indirimi ve ayıpsız benzeri ile değişim olmak üzere dört tanedir. Bu haklardan hangisinin kullanılacağına kim karar verecektir?

Malın onarılması, bedel indirimi ve ayıpsız benzeri ile değişim konusunda kiracının seçimine üstünlük tanınması yerinde olur. Ancak haklı nedenlerin varlığı halinde ve kiracının da menfaatleri dikkate alınarak finansal kiralama şirketi, başka bir seçimin yapılmasını talep edebilmelidir³⁴.

Kiracı, diğer haklar yanında, sözleşmeden de dönebilir mi? Kiracıya bu imkanın tanınmaması için bir gerekçe bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, finansal kiralama sözleşmesinin de sona ereceği kabul edilmektedir. Finansal kiralama sözleşmesinin bu şekilde sona ermesi halinde, FFK 33 gereğince, toplam kira bedellerinden, malın iade alınacak satış bedeli indirildikten sonra kalan kısım kiracı tarafından finansal kiralama şirketine ödenmelidir³⁵. Bu sonuçla karşılaşmak isteyemeyen kiracın sözleşmeden dönme yoluna başvurmaması gerekir.

Yine, satıcı/sağlayıcıya karşı ayıptan kaynaklı hakların kullanılabilmesi için gerekli külfetlerin yerine getirilmesi yükümlülüğü kiracının üstündedir³⁶. Kiracı bu külfetleri yerine getirmeyi ihmal etmiş ve hakların kullanıl-

³⁴ Finansal kiralama konusu kiralananın, kiracı tarafından seçilmediği, bizzat kiralayan tarafından temin edildiği halde kiracı kural olarak satıcı/sağlayıcı ile muhatap olmak yerine kiralayana karşı haklarını kullanabilecektir. Hal böyle olmakla birlikte, finansal kiralama sözleşmesine konulacak hükümler ile kiralayanın sorumluluğunun kaldırılması ve kiralayanın satıcı/sağlayıcıya karşı sahip olduğu hakların kiracıya devredilmesi suretiyle hem kiracının hem de kiralayanın menfaatlerinin bir arada korunması mümkün olacaktır. Nitekim Mülga Finansal Kiralama Kanunu'nda ayıba ilişkin bir düzenleme yer almazken, doktrinin genel olarak kabul ettiği düşünce de bu yönde idi. Mülga FKK dönemine ilişkin görüş için bkz. **Altop**, s. 158-159; **Kocaağa**, s. 116; **Bingöl**, s. 101; **Celepçioğlu**, s. 101-102; **Tunçsiper**, s. 42.

³⁵ Kiracı dönme hakkını kullanmak suretiyle, aslen finansal kiralama sözleşmesini de feshetmiş olduğundan, FKK m. 33 uyarınca, sözleşmenin kiracı tarafından feshi halinde uygulanacak hükümlerin devreye girmesi en makul çözüm olarak görünmektedir. Bu hükümler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Topuz**, s. 498.

Bununla birlikte bu konuya ilişkin olarak doktrindeki bir görüş, sözleşmenin sona erdirilmesini müteakiben Mülga BK m. 117 uyarınca kusursuz imkânsızlığın söz konusu olacağını ve tarafların borçlarından kurtulacağını savunmaktadır. İlgili görüş için bkz. **Altop** s. 167.

³⁶ **Altop**, s. 161; **Nazhoğlu**, s. 125; **Bingöl**, s. 103; **Celepçioğlu**, s. 96; **Tunçsiper**, s. 43-44.

ması imkânı ortadan kalkmışsa, malı bu şekilde kullanmak ve kira bedellerini ödemek yanında, finansal kiralama şirketinin bundan kaynaklı zararını da tazmin etmekle yükümlü olur³⁷. Burada söz konusu olan zarar, genel olarak, süre sonunda malın ayıp nedeniyle arz edeceği değer kaybıdır.

c. Kiracının Ayıplı Mal Teslimi Nedeniyle Uğradığı Zararın Tazmini

Malın ayıplı olması nedeniyle finansal kiralama şirketinin sahip olduğu hakların kullanılmasında, kiracı finansal kiralama şirketinin yetkilendirmesi suretiyle onu temsilen hareket etmektedir³⁸. Oysa ayıplı malın neden olduğu zararlarda, zarara uğrayan doğrudan kiracıdır ve zarara kendisi uğramış olduğu için finansal kiralama şirketini temsilen hareket etmesi söz konusu olmaz³⁹. Bu nedenle, kiracı, ayıplı malın neden olduğu zararları, doğrudan kendi adına talep edebilmelidir. Her ne kadar kiracı, satıcı/sağlayıcı ile finansal kiralama şirketi arasındaki sözleşmenin tarafı olmasa da, edime yakınlığı da dikkate alındığından, sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkisinden yararlanabilmelidir⁴⁰. Ancak, bu durumda, (alıcı ve iş sahibi açısından da aynı şekilde) satıcı/sağlayıcının ayıplı mal tesliminde kusurlu olması gerekir. Zira ayıplı mal yüzünden uğranılan zararların tazmini genel hükümlere tabidir ve bu durumda tazminat sorumluluğu, borçlunun borca aykırılıkta kusurlu olmasını gerektirir⁴¹.

Malın ayıplı olması nedeniyle, doğrudan malın değerindeki azalmada ise (örneğin malın onarılması yüzünden değerinin düşmesi) tazminat talebini, finansal kiralama şirketi ileri sürebilir. Bu durumda da genel hükümler çerçevesinde, satıcı/sağlayıcının kusurlu olması gerekir. Malın değerindeki azalma için bir tazminat elde edilmişse, kira bedellerinden de bu oranda indirim yapılması gerekecektir⁴².

³⁷ Altop, s. 162; Nazhoğlu, s. 125; Bingöl, s. 103; Celepçioğlu, s. 96.

³⁸ Altop, s. 159; Köteli, s. 202; Kocağa, s. 116; Tunçsiper, s. 49.

³⁹ Altop, s. 35.

⁴⁰ Doktrinde Altop, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden bahsetmenin güç olduğunu, zira bu kavramdan bahsedilebilmesi için kiracının, kiralayanın himayesi altında bulunması ve onun himayesinden sorumlu olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu çerçevede, kiracı lehine oluşturulacak bir sözleşme konstrüksiyonu ile en kesin ve doyurucu çözümün benimsenebileceğini ileri sürmektedir. İlgili görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. Altop, s. 38 vd.

⁴¹ Satım Sözleşmesi için bkz. Eren, Özel Hükümler, s. 130; Yavuz/Acar/Özen, s. 214. Eser Sözleşmesi için bkz. Eren, Özel Hükümler, s. 633; Yavuz/Acar/Özen, s. 1040-1041.

⁴² Altop, s. 164.

d. Finansal Kiralama Şirketinin Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürebileceği Bir Hakkının Olmaması Durumu

Finansal kiralama şirketinin, mal ayıplı olmasına rağmen, satıcı/üreticiye karşı başvuru imkanı olmayabilir. Bu durum, onların sorumluluğunu sınırlandıran bir anlaşmadan kaynaklanabileceği gibi, sorumluluk için gereken külfetlerin yerine getirilmemiş olması veya zamanaşımı sürelerinin tamamlanmış olmasından da ileri gelebilir. Bu halde kiracı, sadece, finansal kiralama sözleşmesine dayalı olarak finansal kiralama şirketine başvurabilir. Bu durumda finansal kiralama şirketi, ayıplı mal teslim etmek suretiyle borcunu gereği gibi yerine getirmemiş olduğundan, TBK m. 112 gereği, kiracıya karşı sorumlu ve onun zararını tazmin ile mükelleftir.

Finansal kiralama şirketinin, bu şekilde kiracıya karşı sorumlu olması, onun ayıplı mal teslim etmek suretiyle borcunu gereği gibi ifa etmemiş olmasına dayanır. Lakin, TBK 112 hükmü, borca aykırılıkta, borçlunun sorumluluğunu kusurlu olması şartına da bağlamaktadır. Genel kural, borca aykırılıkta sorumluluğun, borçlunun bu aykırılıkta kusurlu olmasını gerektirirse de, bu durum, yöneltilecek olan talebin niteliğine, yani tazminatın hangi zarara yönelik olduğuna göre tartışılabilir.

Kiracı zararının tazmini kapsamında, malın ayıplı olması nedeniyle arz ettiği değer düşüklüğünün kira bedeline oranlanmasını, diğer bir ifade ile kira bedelinin indirilmesini talep edebilmelidir. Yine kiracı, malın onarılmasını da talep edebilir. Malın onarılması, aynen tazmin niteliğinde bir talep olarak hukuken geçerlidir. Her iki talebin de, aynen ifanın bir uzantısı olduğu dikkate alınırsa, finansal kiralama şirketinin ayıplı mal tesliminde kusuru olmasa bile, bu talepleri yerine getirmesi gerektiği kabul edilmelidir.

III. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Finansal kiralama sözleşmelerinde ayıba bağlı hakların kim tarafından ne şekilde kullanılacağına ilişkin olarak Mülga Finansal Kiralama Kanunu'nda özel bir düzenleme yer almamaktaydı. Bu sebeple, doktrinde genel olarak Mülga FKK m. 26 uyarınca Mülga Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesinde ayıba ilişkin hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmekteydi. Ancak bu durum, finansal kiralama sözleşmesinin kendine özgü yapısı içerisinde çok uygun olmadığından alternatif çözüm yolları aranıyordu.

6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, finansal kiralama sözleşmesinin

özellikleri dikkate alınmış, kira konusu malın kiracı tarafından seçilmesi veya bizzat onun tarafından sağlanması halinde kiracının kiralayana karşı ayıba bağlı hakları kullanamayacağı düzenlenmiştir. Bu durum, 6361 sayılı FFFK, “Finansal Kiralama Sözleşmesinde Tarafların Hakları ve Borçları” başlıklı m. 24/b. 6’da, “*Kiracının seçimi ve talebi üzerine üçüncü kişiden sağlanan malın ayıplı olmasından kiralayan sorumlu tutulamaz. Aynı hüküm, malın bizzat kiracıdan sağlanması halinde de uygulanır*” şeklinde düzenlenmiştir. Durum böyle olmakla birlikte, finansal kiralama şirketinin, malın satıcı/sağlayıcısına karşı sözleşmeden kaynaklı haklarının kiracı tarafından kullanılabilmesi gerekir. Bu durumda, kiracının kiralanan üzerinde ortaya çıkan ayıplar nedeniyle satıcı/sağlayıcıya başvurabilmesi için kiralayanın kiracıya bu hakları kullanmasına ilişkin yetki vermesi gerekir. Sözleşmenin niteliği de dikkate alındığında, finansal kiralama şirketinin, kendisinin ayıptan sorumlu olmamasına dayalı olarak bu yetkiyi vermekten imtina etmesi mümkün değildir.

Finansal kiralama konusu malın bizzat finansal kiralama şirketi tarafından satın alınmış/sağlanmış olması durumunda ise, şirket, malın ayıplı olmasından dolayı kiracıya karşı sorumlu olacaktır. Bu sonuç, “*Kiracının seçimi ve talebi üzerine üçüncü kişiden sağlanan malın ayıplı olmasından kiralayan sorumlu tutulamaz. Aynı hüküm, malın bizzat kiracıdan sağlanması halinde de uygulanır*” düzenlemesine sahip FFFK 24/b. 6 hükmünün ters anlamından çıkmaktadır. Bu durumda, finansal kiralama şirketinin, malı satın aldığı/sağladığı kişiye karşı olan haklarının kullanılması için kiracıyı yetkilendirmesi genellikle yeterli korumayı sağlayacaktır.

Finansal kiralama şirketinin, malın ayıplı olmasından dolayı satıcı/sağlayıcıya başvurma imkanının olmaması durumunda ise, kiracı uğramış olduğu zararı doğrudan şirketten talep edebilecektir. Bu durumda finansal kiralama şirketi, ayıplı mal teslim etmek suretiyle borcunu gereği gibi yerine getirmemiş olduğundan, TBK m. 112 gereği, kiracıya karşı sorumlu ve onun zararını tazmin ile mükelleftir

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk;** Kira Hukuku Şerhi, İstanbul 2015.
- Altop, Atilla;** Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990.
- Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan;** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012
- Bingöl, Berna;** Finansal Kiralama Sözleşmesinde Kiralayanın (Finansal Kiralama Şirketinin) Borçları, İstanbul 1997 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Celepçioğlu, Gürkan;** Finansal Kiralama Sözleşmelerinde Kiracının Hakları ve Borçları, İstanbul 2011 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Çetiner, Bilgehan;** 6361 Sayılı Kanun ile Finansal Kiralama Sözleşmelerine Getirilen Yeni Düzenlemeler, TAAD, Y. 4, S. 3, s. 65-92.
- Eren, Fikret;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.
- Eren, Fikret;** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.
- Gümüş, M. Alper;** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, 3. Bası, İstanbul 2013.
- İnceoğlu, Murat;** Kira Hukuku, C. I, İstanbul 2014.
- Kocaağa, Köksal;** Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1999.
- Kuntalp, Erden;** Finansal Kiralama Kanunu'na Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri, Ankara 1988.
- Nazhoğlu, Gültekin;** Açıklamalı İctihatlı Finansal Kiralama Kanunu, Ankara 1996.
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2015.
- Tekinay, S.S. / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 1985.
- Topuz, Murat;** Finansal Kiralama Sözleşmesi, Ankara 2013.
- Tunçsiper, Yasemin;** Finansal Kiralama Sözleşmesinde Tarafların Borçları, Ankara 2011 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak;** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.
- Yılmaz, Güneş;** Leasing-Finansal Kiralamada Mevut Durum ve Son Değişiklikler, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y. 2008, S. 41-42, s. 140-158.

The Exportation of Pharmaceutical Products Subject to Compulsory Licenses to Third Countries Facing Public Health Related Problems: Actual Implementation of Relevant Amendments in the TRIPS Agreement into Turkish Law

Av. Duygu AKŞİT *

Abstract: This paper aims at explaining legal developments in regard to Article 31(f) of the TRIPS Agreement limiting the scope of compulsory licenses to predominant supply of the domestic market with a main focus on Turkish legislation, the law of the World Trade Organization and the European Union.

Keywords: compulsory licenses, public health, pharmaceutical products, TRIPS Agreement, patent law

Zorunlu Lisansa Tabi Eczacılık Ürünlerinin Kamu Sağlığı Sorunları Sebebiyle Üçüncü Ülkelere İhracatı: TRIPS Sözleşmesi'nde Yapılması Öngörülen Değişikliklerin Türk Hukuku'na Aktarılması

Öz: Bu makale zorunlu lisans kapsamını yurt içine arz ile sınırlandıran TRIPS Anlaşması'nın 31(f) maddesi ile ilgili olarak Dünya Ticaret Örgütü Hukuku, Avrupa Birliği müktesebatı ve Türk Hukuku çerçevesinde meydana gelen hukuki gelişmeleri incelemektedir.

Anahtar kelimeler: zorunlu lisans, kamu sağlığı, eczacılık ürünleri, TRIPS Anlaşması, patent hukuku

Makale gönderim tarihi: 07.02.2017. Makale kabul tarihi: 31.05.2017.

* University of Leuven (KU Leuven) Faculty of Law (LL.M) Alumna, Attorney at Law registered at Istanbul Bar Association (duyguaksit@gmail.com)

Table of Abbreviations

Decision 2003	: Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health
Decision 2005	: Amendment of the TRIPS Agreement, Decision of the General Council of 6 December 2005
Doha Declaration	: The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health of 14 November 2001
Law on Industrial Property	: Law No. 6769 of 22.12.2016 on Industrial Property, OG No: 29944, 10.01.2017.
Regulation	: Regulation (EC) No 816/2006 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006
TRIPS Agreement	: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
WTO	: World Trade Organization

I. INTRODUCTION

Innovative companies are research-based companies investing in research and development activities to produce new pharmaceutical drugs, relying mostly on patent protection which is 20 years from the filing date of the patent application¹ in theory². Generic companies on the other hand, await the expiration of the patent term to produce bio-equivalent products since it is sufficient to refer to the original dossier to obtain marketing approval without replicating clinical trials³.

¹ According to Article 33 of the TRIPS Agreement, '[t]he term of protection available shall not end before the expiration of a period of twenty years counted from the filing date.' Article 63 of the European Patent Convention also states that '[t]he term of the European patent shall be 20 years as from the date of filing of the application.'

² The pharmaceutical patent term is effective for less than 20 years due to time elapsed between the patent application date and the launch of the product. Such delay is caused by formalities including but not limited to registration to health authorities, quality control, launch and sales processes. As a result, the efficient patent protection term is 9 to 11 years on average. (Bengt Domeij, "Pharmaceutical Patents in Europe", Stockholm: Norstedts Juridik, 2000, 267.) Some sources indicate that time period between the filing date of the patent application and the marketing of the pharmaceutical may take up to 14 years. (Philip W. Grubb, "Patents for Chemicals Pharmaceuticals and Biotechnology, Fundamentals of Global Law, Practice and Strategy", 4th ed. Great Britain: Oxford University Press, 2004, 394, 404-406.)

³ Trevor Cook, "Pharmaceuticals Biotechnology and the Law", 2nd ed. (United Kingdom: LexisNexis, 2009), 539.

The clash between innovative and generic companies is therefore arising from a conflict of interest. In order to redress the balance, one must conduct a comprehensive research on a wide range of topics. This includes a deep analysis of sector inquiries as well as legal arrangements on data exclusivity, market exclusivity and Supplementary Protection Certificates. This paper only discusses legal developments on compulsory licenses, with a specific focus on exportation of pharmaceutical products subject to compulsory licenses to third countries facing public health-related problems.

II. COMPULSORY LICENSES

Compulsory licensing is the sovereign power to exploit a patent without the permission of the right holder. Compulsory licensing is similar to the notion of eminent domain over real property; however, as opposed to real property, the right holder of a patent retains all rights against third parties in compulsory licensing regimes⁴.

Despite promoting research incentives throughout the term of protection, patents may also constitute a basis for high pricing in the pharmaceutical industry⁵. World Health Organization's estimates confirm that access to essential medicines is hindered due to low availability and unaffordable pricing policies⁶. Compulsory licensing regimes were introduced as a means to facilitate access to medicines, which is one of the most important components of the human right to health^{7, 8}.

⁴ Kevin Outterson, "Fair Followers: Expanding Access to Generic Pharmaceuticals for Low- and Middle-Income Populations", *THE POWER OF PILLS*, Jillian Clair Cohen, Patricia Illingworth, Udo Schuklenk, eds., University of Michigan Press, 2005.

⁵ Duncan Matthews, 'Intellectual Property Rights, Human Rights and the Right to Health', in Willem Grosheide, "Intellectual Property and Human Rights: A Paradox", (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2010), 119-130.

⁶ World Health Organization and Health Action International, Measuring medicine prices, availability, affordability and price components, 2nd ed, 2008, *WHO/PSM/PAR/2008.3*

⁷ Philippe Cullet, "Patents and Medicines: The Relationship between TRIPS and the Human Right to Health", *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-)*, Vol. 79, No.1, January 2003, 139-160.

⁸ According to Article 25/1 of the Universal Declaration of Human Rights: "Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and

The existence of certain medicines in sufficient quantities within a region does not necessarily mean the medicine in question is accessible; instead, it only connotes to availability. Accessibility requires all parts of population without discrimination to be able to afford and physically reach the medicines⁹.

It has long been argued that compulsory licenses might be a drawback given that they may reduce incentives to innovation. Lack of innovation would eventually result in lesser drugs to supply the patients in need¹⁰. Some scholars on the other hand assert that compulsory licensing may lead to innovation. They suggest that if the production is undertaken by the licensee, the use of the patented process or the production of the patented product may lead to follow-on innovation or new innovative concepts in the same field¹¹.

In this particular, Article 7 of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights¹² (hereinafter referred to as the “TRIPS Agreement”) states that, the protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of

the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.”

Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights also states that everybody has the right to ‘the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health.’

Article 11 of the European Social Charter (Revised) by the Council of Europe stipulates that ‘[e]veryone has the right to benefit from any measures enabling him to enjoy the highest possible standard of health attainable.’

⁹ Smith, A. C. (2007). Intellectual Property Rights and the Right to Health: Considering the Case of Access to Medicines. In C. Lenk, N. Hoppe, R. Andomo, Ethics and Law of Intellectual Property: Current Problems in Politics, Science and Technology (pp. 47-72). Farnham: Ashgate.

¹⁰ Robert C. Bird, “Can Compulsory Licensing Improve Access to Essential Medicines?”, March 11 2008. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1124035> Date of Access: 07.08.2011

¹¹ Carlos M. Correa, “Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, A Commentary on the TRIPS Agreement”, (New York: Oxford University Press, 2007), 313.

¹² Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Marrakesh, 15 April 1994.

producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations. Such wording reveals that the TRIPS Agreement is a ‘balancing act’¹³ serving for the interests of individual goals and economic development at the same time¹⁴. After all ‘*not only must the concept of user rights be clearly recognized in the field of health care patents, but so also must these patents be recognized as special cases*’¹⁵.

However, it should always be borne in mind that generic companies may tend to take unfair advantage of compulsory licensing regimes, since compulsory licensing provides exceptional conveniences to generic manufacturers. In this context, states with strong manufacturing capacity may see such conveniences as an opportunity to expand their domestic industries to new fields¹⁶. Therefore, legislation on compulsory licenses must be drafted in a well-balanced manner to ensure that arbitrary governmental interventions are avoided.

III. THE TRIPS AGREEMENT

1. Grounds for Compulsory Licenses

Although the TRIPS Agreement does not contain the explicit wording of ‘compulsory licenses’, ‘other use without the authorization of the right holder’ refers to the same concept. Article 31 lays out a detailed set of conditions and limitations for obtaining compulsory licenses along with a non-exhaustive list of grounds attached to it¹⁷. The non-exhaustive list consists of national emergency and other circumstances of extreme urgency, public non-commercial use, dependency of patents and anti-competitive practices, as explained in detail below. Local laws in this respect must be drafted and

¹³ Hans Henrik Lidgard and Jeffery Atik, “Facilitating Compulsory Licensing under TRIPS in Response to the AIDS Crisis in Developing Countries”, *Loyola LA-Legal Studies Paper No. 2005-18, August 2005*.

¹⁴ Horace E. Anderson, “We Can Work It Out: Co-op Compulsory Licensing as the Way Forward in Improving Access to Anti-Retroviral Drugs”, *16 B. U. J. Sci. & Tech. L.* 167, 2010.

¹⁵ David Vaver and Shamnad Basheer, “Popping patented pills: Europe and a decade’s dose of TRIPS”, *E.I.P.R.* 2006, 28(5), 282-291.

¹⁶ Lidgard and Atik, note 13 above.

¹⁷ Correa, note 11 above, 313-314.

applied in compliance with the principles of national treatment¹⁸ and the most-favored nation¹⁹.

a. National Emergency and Other Circumstances of Extreme Urgency

The notions of national emergency and other circumstances of extreme urgency had not been defined prior to the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health²⁰ (hereinafter referred to as the “Doha Declaration”)²¹. The ‘national emergency’ clause has been clarified in paragraph 5(c) of the same by granting Member States ‘... *the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency, it being understood that public health crises, including those relating to HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics ...*’ Pursuantly, it may be concluded that the burden is on the complaining Member State to prove such emergency does not exist²².

b. Public Non-Commercial Use

A government may authorize a governmental body to exploit a patented invention without the consent of the patent holder for public non-commercial use. Governments are not prohibited from assigning a commercial contractor or agent to exploit the patented product in the name of the government²³.

c. Dependency of Patents

One may also resort to compulsory licenses if a patented product (the second patent) is dependent upon another patented product (the first patent)

¹⁸ Article 3 of the TRIPS Agreement states that ‘[e]ach Member shall accord to the nationals of other Members treatment no less favorable than that it accords to its own nationals with regard to the protection of intellectual property, subject to the exceptions already provided in, respectively, the Paris Convention (1967), the Berne Convention (1971), the Rome Convention or the Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits.’

¹⁹ Article 4 of the TRIPS Agreement states that ‘[w]ith regard to the protection of intellectual property, any advantage, favor, privilege or immunity granted by a Member to the nationals of any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the nationals of all other Members.’

²⁰ Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, Doha, 14 November 2001.

²¹ James Thuo Gathii, “The Doha Declaration on Trips and Public Health Under the Vienna Convention of the Law of Treaties”, *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 15, No. 2, 2002.

²² Correa, note 11 above, 316.

²³ *ibid.*, 316-317.

where the dependent patent cannot be exploited without infringing the latter. The TRIPS Agreement sets out additional conditions for this ground. First and foremost, the second patent shall embrace an important technical advance of considerable economic significance to the first patent. Secondly, a cross license on reasonable terms shall be granted to the right holder of the first patent. Third, the license shall be non-assignable to third parties²⁴.

d. Anti-Competitive Practices

Member States also have the right to grant compulsory licenses against anti-competitive practices²⁵ to restore competitive balance in the pharmaceutical industry. This ground may be regarded as a remedy to avoid misuse of dominant position in cases where innovative companies attempt to prevent generic entry.

e. Other Grounds

Paragraph 5(b) of the Doha Declaration extended the grounds for issuing such licenses by stating '*[e]ach member has the right to grant compulsory licenses and the freedom to determine the grounds upon which such licenses are granted.*' Therefore, the grounds laid out within said Article are of non-exhaustive nature.

2. Prior Negotiation Phase

According to Article 31(b) of the TRIPS Agreement, the party seeking a compulsory license must negotiate with the right holder beforehand to obtain a voluntary license on reasonable terms and conditions. Member States are entitled to determine what constitutes reasonable terms and conditions within their domestic laws²⁶. A compulsory license may only be granted provided that the negotiations could not be concluded successfully within a reasonable time.

Member States may waive from the obligation to negotiate in cases of national emergencies, other circumstances of extreme urgencies and public non-commercial use. Such waiver allows for a fast track operation, according to which the exporting member has the right to determine the fee after the license has been granted²⁷.

²⁴ *ibid.*, 317-318.

²⁵ See Article 31(c) of the TRIPS Agreement.

²⁶ Correa, note 11 above, 320.

²⁷ Frederick M. Abbott, "The WTO Medicines Decision: World Pharmaceutical Trade and the

3. Adequate Remuneration

According to Article 31(h) of the TRIPS Agreement, the right holder shall receive an adequate remuneration taking into consideration the economic value of the invention. The wording ‘adequate’ shall be interpreted as ‘the amount that the right holder would have received in case of a voluntary license²⁸’.

4. Duration and Scope

The duration and scope of the license is limited to the purpose for which it was obtained in the first place. According to Article 31(g) of the TRIPS Agreement, compulsory licenses shall be terminated ‘*when the circumstances which led to it [the granting of a compulsory license] cease to exist and are unlikely to recur.*’

Article 31(f) of the TRIPS Agreement lays out that compulsory licenses shall be authorized ‘*predominantly for the supply of the domestic market*’ of the Member State authorizing the use of such license. In other words, the importing country may only grant compulsory licenses to supply its own domestic market and is not entitled to supply a third country market.

However, as emphasized in paragraph 6 of the Doha Declaration²⁹, only very few developing countries have a manufacturing capacity in the pharmaceutical industry. The Decision of the General Council of 30 August 2003 on the Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health³⁰ (hereinafter referred to as the “Decision 2003”) was drafted to overcome this obstacle by means of enabling Member States to permanently waive from the obligation in Article 31(f). Therefore, such waiver paves the way for the first importing country

Protection of Public Health”, *The American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 2, April 2005, 317-358.

²⁸ Correa, note 11 above, 321-322.

²⁹ The wording reads as follows: “We recognize that WTO members with insufficient or no manufacturing capacities in the pharmaceutical sector could face difficulties in making effective use of compulsory licensing under the TRIPS Agreement.”

³⁰ World Trade Organization, Implementation of paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and public health, Decision of the General Council of 30 August 2003.

to manufacture, export and import pharmaceutical products to third countries³¹.

In order to benefit from such waiver, the importing country shall establish that it has no manufacturing capacity in the pharmaceutical industry; or has insufficient capacity in terms of meeting its needs³². If the importing country gains sufficiency in terms of its manufacturing capacity, it may no longer make use of such system. Please note that, the least developed countries are deemed to have insufficient or no manufacturing capacities.

The Decision 2003 was followed by the Decision of the General Council of 6 December 2005 on Amendment of the TRIPS Agreement³³ (hereinafter referred to as the “Decision 2005”) which aimed at converting the waiver into a permanent amendment; thereby, leaving Member States no option but to bear the exportation of pharmaceutical products to third countries by the licensee under certain circumstances³⁴. For this purpose, a new article – namely Article 31bis – will be incorporated into the TRIPS Agreement in the form of an international obligation.

The amendment will not be in force until two thirds of the World Trade Organization (hereinafter referred to as the “WTO”) Member States formally accept the amendment. As of today, the amendment is open for acceptance until ‘31 December 2017 or such later date as may be decided by the Ministerial Conference³⁵’. Deadline for acceptance has been postponed several times in previous years. The latest deadline may also be extended as each time a deadline was reached, a new deadline was designated with the

³¹ Roy Love, “Corporate Wealth or Public Health? WTO/TRIPS Flexibilities and Access to HIV/AIDS Antiretroviral Drugs by Developing Countries”, *Development in Practice*, Vol. 17, No. 2, April 2007, 208-219.

³² Annex to the Decision 2003, Assessment of Manufacturing Capacities in the Pharmaceutical Sector.

³³ World Trade Organization, Amendment of the TRIPS Agreement, Decision of the General Council of 6 December 2005.

³⁴ World Trade Organization, Press/426, Intellectual Property: Members OK amendment to make health flexibility permanent, 6 December 2005.

³⁵ WT/L/965, World Trade Organization, Amendment of the TRIPS Agreement – Fifth Extension of the Period for the Acceptance by Members of the Protocol Amending the TRIPS Agreement, Decision of 30 November 2015.

intention of constraining Member States to expedite acceptance³⁶. A majority has not been met to this very day³⁷.

5. Notification Duties

The Decision 2003 sets out notification duties for eligible importing countries making use of the waiver. According to 2(a) of said Decision, the importing country shall notify the Council of TRIPS of the names and expected quantities of products needed and a confirmation of the license being granted in accordance with Article 31 of the TRIPS Agreement.

According to 2(c), the exporting countries shall notify the Council of TRIPS of the grant of the license alongside with the conditions attached to it, namely, the product for which the license was granted, the quantity, the destination of the product and the duration of the compulsory license. The Article shall be interpreted as there is no further requirement to seek an approval from any WTO Body whatsoever prior to issuing such license³⁸.

6. Packaging Duties

According to paragraph 2(b)(ii) of the Decision 2003, the products for which a compulsory license has been granted has to be identifiable through special packaging, labelling and/or distinctive marking/coloration provided that such distinction is feasible and does not have a significant impact on pricing. Thus, this formality shall not be applied in an onerous manner.

7. Re-exportation

Paragraph 6(i) of the Decision 2003 states that an importing country may re-export to other developing or least developed countries, the pharmaceuti-

³⁶ WT/L/711, World Trade Organization, Amendment of the TRIPS Agreement – Extension of the Period for the Acceptance by Members of the Protocol Amending the TRIPS Agreement, Decision of 18 December 2007.

WT/L/785, World Trade Organization, Amendment of the TRIPS Agreement – Second Extension of the Period for the Acceptance by Members of the Protocol Amending the TRIPS Agreement, Decision of 17 December 2009.

WT/L/829, World Trade Organization, Amendment of the TRIPS Agreement – Third Extension of the Period for the Acceptance by Members of the Protocol Amending the TRIPS Agreement, Decision of 30 November 2011.

³⁷ World Trade Organization, Intellectual Property: Members accepting amendment of the TRIPS Agreement.

³⁸ Daniel Gervais, “The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis”, 3rd ed. (London: Sweet & Maxwell, 2008), 54-65.

cal product which was imported to its territory under compulsory licensing system. This is a flexibility aiming at facilitating access to medicines within regional agreements. Please note that it is not applicable in cases where the compulsory license was granted solely for the purpose of importation³⁹.

The re-exportation flexibility applies ‘*to the extent necessary to enable a pharmaceutical product produced or imported under a compulsory license in that Member to be exported to the markets of those other developing or least developed country parties to the regional trade agreement that share the health problem in question.*’ The importing country in the first place is individually responsible for the administration, importation, re-exportation of the pharmaceuticals to the other member state of the regional trade agreement⁴⁰.

In order to benefit from such flexibility, the developing or least developed WTO Member shall be a party to a WTO-recognized regional trade agreement. It is also required for at least the half of the members of the trade agreement to be included in the United Nations list of least developed countries. As a result, Member States of only five regional trade agreements in Africa⁴¹ and one regional trade agreement in the Pacific Rim⁴² will qualify as a candidate for making use of the flexibility freeing countries from granting additional licenses for re-exportation⁴³.

Article 31bis(3) entails that a lead member state (of the regional trade agreement) shall be appointed to administrate the re-exportation to the member states sharing the same health problem. The lead member is also in charge of preventing trade diversion. This may be considered as a handicap since developing and least developed countries already have problems with regard to infrastructure, corruption and border control. Furthermore, the administration

³⁹ Abbott, note 27 above.

⁴⁰ Mike Gumbel, “Is Article 31bis Enough? The Need to Promote Economies of Scale in the International Compulsory Licensing System”, *Temple International & Comparative Law Journal*, Volume 22, Number 1, Spring 2008.

⁴¹ The Economic and Monetary Community of Central Africa (CEMAC), Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA), The East African Community (EAC), West African Economic and Monetary Union (UEMOA/WAEMU), Southern Africa Development Community (SADC).

⁴² Melanesian Spearhead Group (MSG).

⁴³ Jenny Wakely, “Compulsory licensing under TRIPs: an effective tool to increase access to medicines in developing and least developed countries?”, *E.I.P.R.* 2011, 33(5), 299-309.

process amounts to additional transaction costs on the lead member state. A better solution would have been spreading out the costs amongst multiple parties⁴⁴.

8. Scope of Diseases

Paragraph 1 of the Doha Declaration⁴⁵ only refers to public health problems arising out of HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics⁴⁶. Such narrow ambit precludes many lifesaving pharmaceuticals from being made subject to compulsory licenses and was criticized by many⁴⁷. In order to harness the spirit of the Doha Declaration⁴⁸, the notion of pharmaceutical product was redefined in the Decision 2003 as follows: *‘any patented product, or product manufactured through a patented process, of the pharmaceutical sector needed to address the public health problems as recognized in paragraph 1 of the Declaration’*⁴⁹.

IV. THE EUROPEAN UNION

1. Objective

The European Union has formally approved⁵⁰ the Decision 2005 on 30 November 2005. Regulation 816/2006⁵¹ (hereinafter referred to as the “Re-

⁴⁴ Gumbel, note 40 above.

⁴⁵ Paragraph 1 of the Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health reads as follows: *“We recognise the gravity of the public health problems afflicting many developing and least-developed countries, especially those resulting from HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics.”*

⁴⁶ It should also be noted that *‘to combat HIV/AIDS, malaria, and other diseases’* is listed in the Millennium Development Goals, undertaken by all member states of the United Nations.

⁴⁷ Abbott, note 27 above.

⁴⁸ Paragraph 4 of the Doha Declaration expresses clearly that *‘[a]greement can and should be interpreted and implemented in a manner supportive of WTO members’ right to protect public health and, in particular, to promote access to medicines for all.’* It is also stated in paragraph 5(b) that *‘[e]ach member has the right to grant compulsory licences and the freedom to determine the grounds upon which such licences are granted’* and paragraph 5(c) adds *‘[e]ach member has the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency ...’*

⁴⁹ Abbott, note 27 above.

⁵⁰ SPEECH/05/747, Peter Mandelson, Remarks to the European Parliament Plenary Mini-Session – Doha and Development, Brussels, 30 November 2005.

⁵¹ Regulation (EC) No 816/2006 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on compulsory licensing of patents relating to the manufacture of pharmaceutical products for export to countries with public health problems, OJ 2006 L/157/1.

gulation”) concerning the granting of compulsory licenses relating to the manufacture of pharmaceutical products for export to countries with public health problems was adopted by the European Commission for the purpose of providing a uniform implementation.

The Regulation aims at ensuring that the implementation of the Decision 2003 does not distort competition within the single market⁵² and also intends to address public health problems faced by third countries due to strains in access to affordable medicines⁵³. The Preamble underlines that harmonization in the area is essential to facilitate and increase the production of pharmaceutical products within the developing and least developed countries⁵⁴. Another object is to avoid overproduction caused by overlapping compulsory licenses and/or parallel applications and to maintain a well-functioning common market⁵⁵.

2. Legal Framework

In respect to eligibility, the Regulation does not entail the applicant to be a member of the WTO. This is a positive step as opposed to Article 31bis(3) according to which only very few countries are entitled to benefit from the system. Article 4(c) of the Regulation lays out that countries listed in the OECD Development Assistance Committee’s list of low-income countries with a gross national product per capita of less than USD 745 are eligible on condition that they notify the Commission of the intention to resort to such system.

Article 8(b)(ii) of the Regulation imposes a duty on the applicants to establish insufficient or no manufacturing capacity of the importing country. This is not applicable in terms of least developed countries.

The obligation to specify the names and expected quantities of the products is also laid out as a requirement in Article 8(b)(i) of the Regulation.

Prior negotiation phase is also designated as a precondition. According to Article 9(1), the applicant has to have made efforts to obtain authorization

⁵² See Recital 4 of Regulation (EC) No 816/2006.

⁵³ See Recital 5 of Regulation (EC) No 816/2006.

⁵⁴ See Recital 13 of Regulation (EC) No 816/2006.

⁵⁵ See Recital 11 of Regulation (EC) No 816/2006.

from the right holder on a voluntary basis within 30 days before submitting the application. Article 9(2) provides for an exception precluding negotiation requirement in cases of national emergency or other circumstances of extreme urgency or public non-commercial use.

Recital 6 of the Regulation states that the system should be used in accordance with good faith. Article 10(4) strictly limits products made or imported under the compulsory licenses to be offered for sale or put on the market in any other country than the one cited in the application, except where an importing country avails itself of the possibilities under subparagraph 6(i) of the Decision to export to fellow states suffering from the same health problem.

Article 10(5) also regulates that the products intended for compulsory licensing shall bear distinguishable packaging and labelling to ensure that the product is exclusively for the export and distribution in the importing country concerned.

A formula is laid out in Article 10(9)(a)-(b) to calculate ‘adequate remuneration’. In the event of national emergency or other circumstances of extreme urgency or public non-commercial use, the remuneration is limited to a maximum of 4% of the total price. In other cases, the remuneration is to be determined taking into account the economic value of the use and the humanitarian or non-commercial circumstances relating to the issue of the license. This is a positive step since developing or least developed countries experience difficulty in calculating adequate remuneration⁵⁶.

Article 13 prohibits re-importation of the products manufactured under a compulsory license to the European Community. Remedies against such illegals acts are regulated in Article 14 according to which, customs authorities are in charge of suspending the release or detaining the products if there are sufficient grounds for suspecting a violation of Article 13. The European Union thereby aims at protecting its internal market from eroding by cheaper imports⁵⁷.

Article 18 states that the applicant may avail himself of the scientific opinion procedures concerning safety and efficacy matters. Furthermore, if a

⁵⁶ Duncan Matthews, “TRIPS flexibilities and Access to medicines in developing countries: the problem with technical assistance and free trade agreements”, *E.J.P.R.* 2005, 27(11), 420-427.

⁵⁷ Abbott, note 27 above.

request for any of these procedures concerns a generic product, data protection periods⁵⁸ do not apply⁵⁹.

According to Article 16(4), in the event that the amount of the pharmaceutical products has become insufficient, the importing country may modify the conditions to the extent necessary to satisfy the public's need. Article 16(4) enables for a simplified and accelerated procedure according to which, there is no requirement to undergo prior negotiation phase for a second round provided that the additional amount requested does not exceed 25% of the total amount designated in the original license. Under any circumstances, proof of prior negotiations is not applicable in cases of a national emergency or other circumstances of extreme urgency or public non-commercial use.

The licensor of a pharmaceutical product subject to a compulsory license may appeal against the decision before competent bodies appointed by national laws. Disputes concerning compliance with the Regulation may also be brought before the same⁶⁰.

V. TURKEY

Until very recently, compulsory licenses were granted only in cases of failure to work, dependency of patents and public interest under Turkish

⁵⁸ In order to obtain market authorization for medicinal products, physicochemical, biological or microbiological tests, pharmacological tests, toxicological tests and clinical trials shall be submitted. An exception is provided through abridged application procedure, wherein generic producers are enabled to rely on original producers' test data. An abridged application cannot be submitted within 8 years from the grant of the first market authorization of the original product in the Community. This is called the data exclusivity. By the end of the first period of 8 years, generic producers are then enabled to file abridged authorization; provided that these products will not be put on the market for 2 more years. This is called the marketing exclusivity. Therefore, a generic product cannot be placed on the market until 10 years have elapsed from the first market authorization of the reference product in the Community. In addition, 1 extra year of protection can be sought '*if, during the first eight years of those ten years, the marketing authorisation holder obtains an authorisation for one or more new therapeutic indications...*' However, in order to benefit from the extra protection term, the indications shall bring a significant benefit to the existing therapies. (See Directive 2004/27/EC of 31 March 2004 amending Directive 2001/83/EC on the Community Code relating to medicinal products for human use, OJ L 136, 28.11.2004 1.)

⁵⁹ See Article 18/2 of Regulation (EC) No 816/2006.

⁶⁰ Vaver, note 15 above.

Law as the Decree-Law no. 551 on Protection of Patent Rights⁶¹ (hereinafter referred to as the “Decree Law”) contained an exhaustive list of grounds narrowing down the scope of compulsory licenses. The Decree-Law was repealed upon the enactment of the Law on Industrial Property⁶² (hereinafter referred to as the “Law on Industrial Property”) on 10.01.2017 which amplified the scope of compulsory licenses as explained in detail below.

1. Grounds for Compulsory Licenses

a. Failure to Work

According to Article 130 of the Law on Industrial Property, the right holder or third parties authorized to exploit the patented invention, have an obligation to use the patented invention. The market circumstances as well as conditions beyond the right holder’s control are taken into consideration in the assessment of genuine use.

The same Article reads that; upon expiration of three years from date of publication of granting of patent or four years from date of patent application, whichever expires later, any third parties concerned may request from the courts to grant a compulsory license, on the ground that the right holder has not commenced the use of the patented invention in question or has not made significant or genuine attempts to make use of the patented invention or the use does not satisfy the needs of the national market.

The same applies in cases where the use of a patented invention was interrupted for more than three years consecutively without due cause. On this occasion, the right holder may demonstrate just causes to prevent third parties from obtaining compulsory licenses by virtue of failure to work.

b. Dependency of Patents

Article 131 of the Law on Industrial Property lays out that in cases where a patented product (the second patent) is dependent on another patented product (the first patent) where the dependent patent cannot be exploited without infringing the latter, the right holder of the latter may apply to the competent court to obtain a compulsory license. The party seeking a com-

⁶¹ Decree-Law No. 551 of 24.06.1995 on the Protection of Patent Rights, OG No: 22326, 27.06.1995.

⁶² Law No. 6769 of 22.12.2016 on Industrial Property, OG No: 29944, 10.01.2017.

pulsory license shall demonstrate that the second patent embraces an important technical advance of considerable economic significance to the previous patent.

c. Public Interest

Article 132 of the Law on Industrial Property regulates that compulsory licenses may also be granted due to public interest. Although there is no definition as to what constitutes public interest, the legislator explicitly refers to the notions of public health and national defense. Public interest is deemed to exist where the use of invention, the increase or proliferation of its usage, or improvements made on the invention for a useful end, are of a great importance to public health or national defense. Public interest is also deemed to be involved where the failure to work the invention or the insufficient use of the invention in terms of quality and quantity, would bring forth serious harm to the economic and technical development of the country.

d. Exportation of Pharmaceutical Products to Third Countries Facing Public Health-Related Problems

As have mentioned above, the Decision 2005 was drafted in an attempt to compel Member States to bear the exportation of pharmaceutical products by third parties. The Grand National Assembly of Turkey has expressed its intention to join the team of WTO members having approved the Decision of 2005 by virtue of Law no. 6471⁶³ whose preamble reads: “(...) *it is quite probable that our country, with a significant manufacturing capacity, will make use of the Paragraph 6 system as an exporter country.*”

In the meantime, Law on Industrial Property adjusting many aspects of Turkish Industrial Property Law came into force very recently and introduced further grounds for compulsory licenses. This legislation corresponds to an actual implementation of the Decision 2005 into domestic law.

The previous text⁶⁴ of the Law on Industrial Property stated that compulsory licenses would only be granted provided that the conditions in a re-

⁶³ Law No. 6471 of 30.04.2013, OG No: 28654, 23.05.2013.

⁶⁴ For the previous text, *See* Draft Law amending Decree-Law No. 551 on the Protection of Patent Rights, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0756.pdf> (Only available in Turkish) Date of Access: 04.01.2017.

levant Regulation are met. The lawmakers considered the implementation of a Regulation to set forth particulars for issuing compulsory licenses. This was amended, as the final text explicitly refers to the Protocol Amending the TRIPS Agreement. The enacted wording reads that, compulsory licenses may be granted for the purposes of supplying third parties facing health related problems provided that the conditions stipulated in the said Protocol are met⁶⁵.

e. Dependency of Plant Variety Rights

According to Article 129 of the Law on Industrial Property, a plant breeder is also entitled to a compulsory license, in cases where a new plant variety cannot be enhanced without infringing another patent. In this respect, the applicant shall establish that efforts to obtain authorization from the right holder on a contractual basis were not successful, and, the second invention or plant variety embraces an important technical advance of considerable economic significance in comparison to the first invention or the plant variety. The Law on the Protection of Plant Breeders' Right for New Plant Varieties⁶⁶ is also simultaneously applicable.

f. Anti-Competitive Practices

Article 129 of the Law on Industrial Property stipulates that in cases where the patent holder is engaged in activities causing "prevention, distortion or restriction of competition", the aggrieved party may request from the Competition Authority to grant a compulsory license.

Article 4 of the Law on the Protection of Competition⁶⁷ states that: "Agreements and concerted practices between undertakings, and decisions and practices of associations of undertakings which have as their object or effect or likely effect the prevention, distortion or restriction of competition directly or indirectly in a particular market for goods or services are illegal and prohibited." The same Article also provides for a non-exhaustive list as follows:

- Fixing the purchase or sale price of goods or services, elements such as cost and profit which form the price, and any terms of purchase or sale

⁶⁵ See Article 129 of the Law on Industrial Property.

⁶⁶ Law No. 5042 of 08.01.2004 on the Protection of Plant Breeders' Rights for New Plant Varieties, OG No: 25347, 15.01.2004.

⁶⁷ Law No. 4054 of 07.12.1994 on the Protection of Competition, OG No: 22140, 13.12.1994.

- Partitioning markets for goods or services, and sharing or controlling all kinds of market resources or elements
- Controlling the amount of supply or demand in relation to goods or services, or determining them outside the market
- Complicating and restricting the activities of competing undertakings, or excluding undertakings operating in the market by boycotts or other behavior, or preventing potential new entrants to the market
- Except exclusive dealing, applying different terms to persons with equal status for equal rights, obligations and acts
- Contrary to the nature of the agreement or commercial usages, obliging to purchase other goods or services together with a good or service, or tying a good or service demanded by purchasers acting as intermediary undertakings to the condition of displaying another good or service by the purchaser, or putting forward terms as to the resupply of a good or service supplied

Therefore, unlawful activities of this kind may give rise to granting of compulsory licenses to parties negatively affected thereof.

2. Legal Framework

In global practice, compulsory licenses are granted either by a judge or a government⁶⁸. Turkish system involves both the governmental authorities and the courts. In some cases, administrative authorities are also involved in the process.

First of all, subsequent to a proposal issued by the Ministry of Health or the Ministry of National Defense, the Ministerial Cabinet may render a decision to grant a compulsory license on grounds of public interest. The Ministerial Cabinet may also issue a conditional license in cases where the use of the patented invention in sufficient quantities to satisfy the public may be carried out by the right holder himself⁶⁹.

Compulsory licenses on grounds of failure to work, dependency of patents, exportation of pharmaceutical goods to third countries facing public-

⁶⁸ Geertrui van Overwalle and Esther van Zimmeren, "A Paper Tiger? Compulsory License Regimes for Public Health in Europe", *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, January 2011.

⁶⁹ See Article 132/1 and 132/2 of the Law on Industrial Property.

health related problems or dependency of plant variety rights are granted through court order⁷⁰.

As for the legal proceedings, first, the Court shall notify the right holder of the application and grant one month from date of receipt to submit counter-evidence and opinions which will also be notified to the applicant in advance. Subsequently, within one month, the Court shall either dismiss the application or render a decision of granting of the compulsory license, which contains information pertaining to the scope of the license, license fee, license term, guarantee pledged by the licensee, commencement date of the license and measures to safeguard the significant and efficient use of the patent. The right holder may appeal against the court decision. In case that the reviewing court is convinced by the evidence submitted by the right holder, the use of the invention shall be postponed until the final verdict as to granting of the compulsory license is absolute⁷¹.

The Competition Authority is also competent upon request by the aggrieved party in cases where the patent holder is engaged in activities⁷².

Prior negotiations may be time consuming and thus be considered as an obstacle with regard to making drugs accessible at times of emergencies. This procedure may also put generic manufacturers into a disadvantageous position given that they may not have prior contacts or experience⁷³.

Under Turkish Law, the prior negotiation condition is not applicable in cases of anti-competitive practices or in cases where there is an emergency to export pharmaceutical products to third countries facing health-related problems. In other cases, the party seeking a compulsory license shall demonstrate that a contractual license on reasonable terms and conditions could not be obtained from the right holder within reasonable time⁷⁴.

In principle, compulsory licenses are not exclusive. However, compulsory licenses on grounds of public interest may be granted on an exclusive

⁷⁰ See Article 129/2 of the Law on Industrial Property.

⁷¹ See Article 129/2, 129/3, 129/4 and 129/5 of the Law on Industrial Property.

⁷² See Article 129/2 of the Law on Industrial Property.

⁷³ Katri Paas, "Compulsory licensing under the TRIPS Agreement – a cruel taunt for developing countries?", *E.I.P.R.* 2009, 31(12), 609-613.

⁷⁴ See Article 129/2 of the Law on Industrial Property.

basis. The same Article lays out that the economic value of the patented invention is taken into consideration in calculation of the license fee. However, there is an exception provided in cases of exportation to third countries facing health-related problems, according to which non-commercial and humanitarian purposes are appointed as an essential factor. As a remedy against breach of confidence by the licensor, the licensee may request a deduction on the licensee fee in proportion to the impact of the breach⁷⁵.

The licensee is prohibited from sub-licensing and importing the patented invention. This may not be applicable in cases of compulsory licenses on public interest ground, where the licensee is specifically authorized to import the invention. Such importation permit is conferred temporarily and limited to the public's need⁷⁶.

As a matter of principle, compulsory licenses shall be addressed predominantly for the supply of the domestic market save for those granted on grounds of exportation of pharmaceutical products to third parties facing health-related problems⁷⁷.

The licensee as well as the licensor may request from the courts to amend the license fee or terms and conditions of the compulsory license, due to special circumstances arising after the granting of such license, such as the same invention being made subject to a license on more convenient terms and conditions. In the event that the licensee severely breaches or consistently neglects obligations stemming from the compulsory license, the right holder may request from the courts to revoke the license without prejudice to right holder's compensation rights⁷⁸.

VI. CONCLUSION

Article 31(f) of the TRIPS Agreement states that compulsory licenses may only be granted for the purposes of supplying the domestic market of the importing country in question. This was considered to be a hindrance to providing cheaper medicines due to the fact that developing and/or least

⁷⁵ See Article 133/1 and 133/3 of the Law on Industrial Property.

⁷⁶ See Article 133/2 of the Law on Industrial Property.

⁷⁷ See Article 129/9 of the Law on Industrial Property.

⁷⁸ See Article 136 of the Law on Industrial Property.

developed countries struggle in terms of their manufacturing capacity in the pharmaceutical industry.

The Decision 2003 was drafted in order to tackle this issue by means of enabling Member States to waive from the limitation stipulated in Article 31(f) of the TRIPS Agreement. As a result of such waiver, Member States may authorize an exporter country to manufacture and supply pharmaceutical products subject to compulsory licenses to third countries facing health-related problems. Two years later, the Decision 2005 was drafted with the intention of making this waiver permanent through incorporation of Article 31bis into the TRIPS Agreement. Once the two thirds threshold is reached, Article 31bis will become an integral part of the TRIPS Agreement. Up until now, 85 Member States out of 159 have duly notified the WTO of official acceptance.

The European Union has issued Regulation 816/2006 governing the compulsory licensing of patents relating to the manufacture of pharmaceutical product for export to countries with public health problems. The said Regulation resolves various hurdles not covered in either Decision as explained in detail in Section IV of this paper.

Turkey has also approved the amendment and expressed its ambition to make use of the system as an exporter country. The amendment was very recently implemented into domestic law by virtue of Law on Industrial Property broadening the scope of compulsory licenses in line with the Decision 2005. The end result is yet to be seen.

It is very difficult to please everyone in terms of the compulsory licensing regimes. States naturally strive for their own interests to be secured. Those vested with innovative industries believe that their essential values are in danger; whereas states with “pharmerging” markets seek an opportunity to expand their domestic industries to new territories. The clash of interests may only be offset by a well-balanced legal framework safeguarding the interests of all parties involved. Article 31bis appears to be fair as the exception to the “predominant supply of the domestic market” principle serves solely for addressing public health problems. In this respect, Member States shall carefully ratify the amendment into their domestic laws and avoid arbitrary exploitation of compulsory licenses for commercial purposes.

LIST OF REFERENCES

Bibliography

- Abbott, F. M. (2005). The WTO Medicines Decision: World Pharmaceutical Trade and the Protection of Public Health. *The American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 2, April 2005, 317-358.
- Anderson, H. E. (2010). We Can Work It Out: Co-op Compulsory Licensing as the Way Forward in Improving Access to Anti-Retroviral Drugs. *16 B. U. J. Sci. & Tech. L.* 167, 2010.
- Bird, R. C. (2008). Can Compulsory Licensing Improve Access to Essential Medicines? <http://ssrn.com/abstract=1124035> Date of Access: 30.11.2016
- Cook, T. (2009). Pharmaceuticals Biotechnology and the Law, 2nd ed. United Kingdom: LexisNexis.
- Correa, C. M. (2007). Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, A Commentary on the TRIPS Agreement. New York: Oxford University Press.
- Cullet, P. (2003). Patents and Medicines: The Relationship between TRIPS and the Human Right to Health. *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-)*, Vol. 79, No.1, January 2003, 139-160.
- Domeij, B. (2000). Pharmaceutical Patents in Europe. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Gathii, J. T. (2002). The Doha Declaration on Trips and Public Health Under the Vienna Convention of the Law of Treaties. *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 15, No. 2, 2002.
- Gervais, D. (2008). The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell.
- Grubb, P. W. (2004). Patents for Chemicals Pharmaceuticals and Biotechnology, Fundamentals of Global Law, Practice and Strategy, 4th ed. Great Britain: Oxford University Press.
- Gumbel, M. (2008). Is Article 31bis Enough? The Need to Promote Economies of Scale in the International Compulsory Licensing System. *Temple International & Comparative Law Journal*, Volume 22, Number 1, Spring 2008.
- Lidgard, H. H. & Atik J. (2005). Facilitating Compulsory Licensing under TRIPS in Response to the AIDS Crisis in Developing Countries. *Loyola LA-Legal Studies Paper No. 2005-18*, August 2005.

- Love, R. (2007). Corporate Wealth or Public Health? WTO/TRIPS Flexibilities and Access to HIV/AIDS Antiretroviral Drugs by Developing Countries. *Development in Practice*, Vol. 17, No. 2, April 2007, 208-219.
- Matthews, D. (2005). TRIPS flexibilities and Access to medicines in developing countries: the problem with technical assistance and free trade agreements. *E.I.P.R.* 2005, 27(11), 420-427.
- Matthews, D. (2010). Intellectual Property Rights, Human Rights and the Right to Health. In W. Grosheide, Intellectual Property and Human Rights: A Paradox (pp. 118-139). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.
- Outterson, K. (2005). Fair Followers: Expanding Access to Generic Pharmaceuticals for Low-and Middle-Income Populations. *THE POWER OF PILLS*, J. C. Cohen, P. Illingworth, U. Schuklenk, eds., University of Michigan Press, 2005.
- Paas, K. (2009). Compulsory licensing under the TRIPS Agreement – a cruel taunt for developing countries? *E.I.P.R.* 2009, 31(12), 609-613.
- Tekinalp, Ü. (2012). Fikri Mülkiyet Hukuku, 5th ed, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Van Overwalle, G. & Van Zimmeren, E. (2011) “A Paper Tiger? Compulsory License Regimes for Public Health in Europe”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, January 2011.
- Vaver, D. & Basheer, S. (2006). Popping patented pills: Europe and a decade’s dose of TRIPS. *E.I.P.R.* 2006, 28(5), 282-291.
- Wakely, J. (2011). Compulsory licensing under TRIPS: an effective tool to increase access to medicines in developing and least developed countries? *E.I.P.R.* 2011, 33(5), 299-309.

Legislation

- Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), Marrakesh, 15 April 1994.
- Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention), Munich, 5 October 1973 as revised by the Act revising Article 63 EPC of 17 December 1991 and the Act revising the EPC of 29 November 2000.
- Decision No 1/95 of the EC-Turkey Association Council of 22 December 1995 on implementing the final phase of the Customs Union, OJ 1996 L35/1-47.

Decree-Law No. 551 of 06.24.1995 on the Protection of Patent Rights, OG No: 22326, 27.06.1995.

Directive 2004/27/EC of 31 March 2004 amending Directive 2001/83/EC on the Community Code relating to medicinal products for human use, OJ L 136, 28.11.2004 1.)

European Social Charter (Revised), Strasbourg, 3.5.1996.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, GA Res. 2200A (XXI), 16 December 1966 entry into force 3 January 1976.

Law No. 4054 of 07.12.1994 on the Protection of Competition, OG No: 22140, 13.12.1994.

Law No. 5042 of 08.01.2004 on the Protection of Plant Breeders' Rights for New Plant Varieties, OG No: 25347, 15.01.2004.

Law No. 6471 of 30.04.2014, OG No: 28654, 23.05.2013.

Law No. 6769 of 22.12.2016 on Industrial Property, OG No: 29944, 10.01.2017.

Previous text of the Draft Law amending Decree-Law No. 551 on the Protection of Patent Rights. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0756.pdf>
Date of Access: 07.01.2017.

Regulation (EC) No 816/2006 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on compulsory licensing of patents relating to the manufacture of pharmaceutical products for export to countries with public health problems, OJ 2006 L/157/1.

United Nations (UN) General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, Paris, 1948.

Documents (WTO & EU)

Annex to the Decision 2003, Assessment of Manufacturing Capacities in the Pharmaceutical Sector.

Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, Doha, 14 November 2001.

World Trade Organization, Amendment of the TRIPS Agreement, Decision of the General Council of 6 December 2005.

World Trade Organization, Implementation of paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and public health, Decision of the General Council of 30 August 2003.

World Health Organization and Health Action International, Measuring medicine prices, availability, affordability and price components, 2nd ed, 2008, *WHO/PSM/PAR/2008.3* <http://apps.who.int/medicinedocs/index/assoc/s14868e/s14868e.pdf> Date of Access: 30.11.2016

World Trade Organization, Intellectual Property: Members accepting amendment of the TRIPS Agreement. https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm *Date of Access: 30.11.2016*

World Trade Organization, Press/426, Intellectual Property: Members OK amendment to make health flexibility permanent, 6 December 2005.

WT/L/711, World Trade Organization, Amendment of the TRIPS Agreement – Extension of the Period for the Acceptance by Members of the Protocol Amending the TRIPS Agreement, Decision of 18 December 2007.

WT/L/785, World Trade Organization, Amendment of the TRIPS Agreement – Second Extension of the Period for the Acceptance by Members of the Protocol Amending the TRIPS Agreement, Decision of 17 December 2009.

WT/L/829, World Trade Organization, Amendment of the TRIPS Agreement – Third Extension of the Period for the Acceptance by Members of the Protocol Amending the TRIPS Agreement, Decision of 30 November 2011.

WT/L/965, World Trade Organization, Amendment of the TRIPS Agreement – Fifth Extension of the Period for the Acceptance by Members of the Protocol Amending the TRIPS Agreement, Decision of 30 November 2015.

SPEECH/05/747, Peter Mandelson, Remarks to the European Parliament Plenary Mini-Session – Doha and Development, Brussels, 30 November 2005.