- Araştırma Makalesi -

[H] SERMAYE ORTAKLIKLARINDA ŞİRKET ALACAKLILARI SERMAYE KOYMA BORCUNU YERİNE GETİRMEYEN ORTAĞA BAŞVURABİLİR Mİ?[*]

(IN THE COMPANIES SHARE CAPITAL, CAN COMPANY CREDITORS APPLY TO PARTNERS WHO DEFAULTS ITS CAPITAL STIPULATION?)

Dr. Öğr. Üyesi/*Dr. Lecturer* Ferhat KAYIŞ[**]

ÖZ

Sermaye ortaklıklarındaki sınırlı sorumluluk ilkesi, ortakların kural olarak şirket alacaklılarına karşı herhangi bir sorumluluk taşımamasını öngörmektedir. İİK 89 ise takip alacaklısının takip borçlusunun üçüncü kişilerdeki alacaklarına haciz uygulayabilmesine imkân tanımaktadır. Sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağa karşı şirket alacaklılarının İİK 89'a göre başvurup başvuramayacağı, kökeni çok eskiye dayanan bir tartışma konusudur. Yargıtay'ın 2016 yılındaki görüş değişikliğine gittiği ilkesel Hukuk Genel Kurulu kararı ile bu tartışma yeni bir boyut kazanmıştır. TTK'daki sorumluluk rejimini düzenleyen maddi hukuk kuralları, ortakların şirket alacaklılarına karşı sorumsuzluğu ilkesini benimsemişken, bir şekli hukuk kuralı olan İİK 89 ile ortakların sorumluluğuna gidilebilir mi? Başka bir deyişle TTK'da sadece şirkete karşı sorumlu oldukları öngörülen şirket ortaklarına karşı, sermaye borcunu yerine getirmemeye istinaden şirket alacaklılarının İİK 89'a göre başvuru yapabilmesi mümkün müdür? Bu çalışmada yukarıda zikredilen

---

[H] Hakem denetiminden geçmiştir.

[*] Bu makale 10.12.2022 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 10.01.2023 tarihinde birinci hakem; 17.01.2023 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

[**] Anadolu Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Ticaret Hukuku ABD, ferhatkayis@anadolu.edu.tr, ORCID-ID: 0000-0002-9970-6075

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

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

Bu makaleye atıf için; KAYIŞ, Ferhat, "Sermaye Ortaklıklarında Şirket Alacaklıları Sermaye Koyma Borcunu Yerine Getirmeyen Ortağa Başvurabilir mi?", REGESTA, Cilt: 7, Sayı: 3, 2022, s. 485-526.

sorulara, doktrin ve uygulamadaki görüşler de dikkate alınarak farklı açılardan cevap aranmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Pay Sahibi, Sermaye Koyma Borcu, Sınırlı Sorumluluk İlkesi, Haciz İhbarnamesi, Üçüncü Kişi

ABSTRACT

The principle of limited liability in the companies share capital stipulates that the partners, as a rule, do not bear any responsibility towards the creditors of the company. On the other hand, İİK 89 allows the follow-up creditor to impress on the debtor's credits from third parties. Whether the creditors of the company can apply according to İİK 89 against the partner who does not fulfill their capital stipulation is a moot point, which has its origins in ancient times. This dispute has gained a new dimension with the decision of the Assembly of Civil Chambers, in which the Supreme Court changed its opinion in 2016. While the substantive legal rules regulating the liability regime in the TCC have adopted the principle of the irresponsibility of the partners towards the company's creditors, can this be exceed with İİK 89, which is a adjective law rule? In other words, is it possible for company creditors to make an application based on İİK 89 for defaulting to their capital stipulation, against the company's partners, which are envisaged in the TCC to be liable only to the company? In this study, answers to the above questions are sought from different perspectives, taking into account the comments in doctrine and practice.

Keywords: *Shareholder, Capital Stipulation, The Principle of Limited Liability, Lien Notification, Third Party*

***

GİRİŞ

Ticaret ortaklıkları, şahıs ve sermaye şirketi[1] olmak üzere ikiye ayrılır. Doktrinde öteden beri kabul edilen bu ayrım, Türk Ticaret Kanu-

[1] Çalışmamızda hem "şirket" hem de "ortaklık" terimleri birlikte kullanılmıştır. Nitekim TTK 1531/1 uyarınca bu iki kavram, eş anlamlı kanuni terimler olup, birbirleri yerine kullanılabilmektedir

nu'nun 124. maddesinin ikinci fıkrası ile yasal düzenlemeye kavuşturulmuş; bunlardan kolektif ile komandit şirket şahıs, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ise sermaye ortaklığı olarak zikredilmiştir[2]. Sermaye şirketleri, ortakların kişiliği ve kimliğinden ziyade getirilecek sermayenin fevkalade önem arz ettiği ortaklıklardır[3]. Dolayısıyla genellikle çok ortaklı bir yapı şeklinde karşımıza çıkan bu tür şirketlerde, ortakların birbirini tanıması veya birbirine sıkı sıkıya güven duyması gerekmez[4].

Şirket borçlarından kural olarak[5] sorumlu olmama esası, sermaye ortaklıklarını şahıs ortaklıklarına nazaran daha fazla tercih edilir kılmaktadır. Çünkü şirket borçlarının ortaklar üzerindeki etkisi, kurulacak ortaklık türünün seçiminde en fazla dikkat edilen hususlar arasında yer almaktadır. Sermaye ortaklıklarında şirket alacaklılarının en önemli güvencesi ortaklık malvarlığı olduğundan, kanun koyucu bu tip ortaklık-

[2] Kanun koyucu, TTK'da düzenlenen ticaret şirketleri yönünden bir ayrım verdiği için kooperatifler bu ayrımda sayılmamıştır. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu adıyla ayrı bir kanunu bulunan kooperatifler ise ticaret şirketi sayılmakla birlikte hem şahıs hem de sermaye şirketinin özelliklerini barındırdığından sui generis bir yapıda kabul edilmektedir. Bu hususta bkz. Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku (3rd edn, Seçkin Yayıncılık 2017) 108-109; Abuzer Kendigelen and İsmail Kırca, Şirketler Hukuku Cilt I (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2021) 179; Tamer Bozkurt, Şirketler Hukuku (12th edn, Yetkin Yayınları 2021) 23. Adi ortaklık ise, her ne kadar şahıs şirketi kategorisinde anılsa da ticaret ortaklıklarının bir türü değildir. Zira TTK 124/1 uyarınca ticaret ortaklıkları, sınırlı sayıda (numerus clausus) olup, bunlar arasında adi ortaklıklar sayılmamıştır. Bu açıdan bkz. Şener, (n 2) 108; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku (15th edn, Beta Yayıncılık 2021) 48; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar and Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (3rd edn, Yetkin Yayınları 2021) 122. Dolayısıyla adi ortaklık ilişkisi, TBK 620 ilâ 645 arasında düzenlenen bir özel borç ilişkisidir. Limited ortaklıklar ise, kanun koyucu tarafından sermaye şirketleri arasında zikredilmiş olmasına rağmen, özellikle iç ilişkide şahıs şirketlerine benzer özellikler taşıdığından doktrinde tıpkı kooperatifler gibi karma nitelikte bir ortaklık olarak değerlendirilmektedir. Bu yönde bkz. Bozkurt (n 2) 23

[3] Nitekim şahıs ve sermaye şirketi ayrımı yapılırken, bir ortaklıkta ön planda olan ortakların kimlik ve ilişkileri mi yoksa getirilen sermaye ve karşılığında edinilen pay mı ona bakılmaktadır. Bu hususta bkz. Bahtiyar (n 2) 4; Bozkurt (n 2) 22-23

[4] Sermaye ortaklıklarının özellikleri için bkz. ibid 23

[5] Bu kurala istisna olarak, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve TTK 549 vd. düzenlenen hukuki sorumluluk hükümleri örnek gösterilebilir

larda sermayenin korunmasına özel önem atfetmiş ve buna yönelik birçok düzenlemeye yer vermiştir[6].

Ortakların sermaye koyma borcunu zamanında yerine getirmemesinin, temerrüt faizi ve cezai şart gibi mali sonuçları olabileceği gibi söz konusu paylara ilişkin haklardan yoksun bırakılma şeklinde ağır bir yaptırım olan ıskatla sonuçlanması da mümkündür (TTK 480 vd.; 585/1). Buna karşılık sermaye koyma borcunun yerine getirilmesini isteme hakkı sadece ortaklığa tanınmıştır[7]. Başka bir deyişle sermaye ortaklıklarında şirket alacaklılarının yerine getirilmeyen sermaye koyma borcu için ortaklara başvurma olanağı yoktur. Hatta sermaye ortaklıklarında sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağa karşı diğer ortaklara da bu yönde bir talep hakkı tanınmamıştır[8]. Dolayısıyla anonim ortaklıkta pay sahipleri sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile şirkete karşı sorumludur (TTK 329/2). Benzer şekilde limited ortaklıklarda da ortaklar şirket borçlarından sorumlu olmayıp sadece taahhüt ettikleri sermaye paylarını ödemekle yükümlüdür (TTK 573/2).

Maddi hukuk yönünden sermaye ortaklıklarındaki sorumluluk rejimi, şirket alacaklılarına ortaklara başvuru hakkı vermemesine rağmen, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 11.05.2016 tarih ve 1078/600 sayılı kara-

[6] Bu bağlamda TTK'nın 332, 342, 343, 391/1-b, 447/1-C, 480/3 ve 509/1 düzenlemeleri, sermayenin korunması ilkesinin somut örnekleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu örneklere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Şener (n 2) 314-315

[7] Bu çerçevede pay sahibinden sermaye koyma borcunu ortaklık adına isteme yetkisi yönetim kurulundadır. Yönetim kurulunun bu yetkisi, devredilemez nitelikte yetkilerinden birini teşkil eder. Nitekim bu husus ilgili madde gerekçesinde de açıkça izah edilmiştir: "Hüküm, esas itibarıyla 6762 sayılı Kanunun 406'ncı maddesinin tekrarıdır. Ancak mevcut metinde sorun yaratan iki noktada yeni metinde açıklık sağlanmış, bir de hükme ilânın içeriğine ilişkin bir ekleme yapılmıştır. Birinci cümlede (varsa) primin de aynı yolla isteneceği ve yetkili organın yönetim kurulu olduğu belirtilmiştir. Yönetim kurulunun bu yetkisi devredilemez." Doktrinde ise pay bedelinin ödenmesi hususunda esas sözleşmeyle genel kurula yetki verilebileceği belirtilmektedir. Bu yönde bkz. Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 2) 360. Gerek yasanın gerekçesi dikkate alındığında gerekse genel kurulun böyle bir yetkiyi kullanmasında uygulamada yaşanacak olası sorunlar göz önünde bulundurulduğunda bu yetkinin genel kurula devredilemeyeceği kanaatindeyiz

[8] Oysa şahıs şirketlerinde TTK 128/7'nin son cümlesi gereği sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortaklara karşı diğer ortakların (sermaye koyma borcunu yerine getirmiş olmaları şartıyla) bunu şirket hesabına talep etme ve dava açma hakkı düzenlenmiştir

rında aksi yönde görüş bildirerek, şirket alacaklılarının yerine getirilmeyen sermaye koyma borcu çerçevesinde ortaklara başvurulabileceğine karar vermiştir. Bu kararın dayanağını, şekli hukuk kuralı olan İİK 89 hükmü oluşturmaktadır. Söz konusu düzenleme özü itibariyle alacaklıya, takip borçlusunun üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklarının haczini isteme hakkı vermektedir. Yargıtay da ilgili kararında, ortağın şirkete karşı üçüncü kişi konumunda olmasına istinaden şirket alacaklılarının İİK 89 uyarınca ödenmemiş sermaye borcuna dayanarak şirket ortaklarına başvurabileceğini kabul etmiştir.

Bu çalışmada TTK'da sermaye koyma borcu yönünden sadece şirkete karşı sorumlu olduğu açıkça vurgulanan şirket ortaklarına, İİK 89 çerçevesinde başvurulup başvurulamayacağı tartışılacaktır[9]. Bu bağlam-

[9] Çalışmanın başlığı açısından şu ön açıklamayı yapmak gerekir. Çalışma başlığındaki sermaye ortaklıkları ile kastedilen, esasen anonim ve limited ortaklıklardır. Çalışmanın bütününde ise esasen anonim ortaklıklar dikkate alınarak açıklamalarda bulunulmuştur. Bunun nedeni, sorumluluk rejiminin her iki ortaklık türü açısından benzer özellikler göstermesi ve anonim ortaklığın saf sermaye ortaklığının tipik bir örneğini oluşturmasıdır. Dolayısıyla konunun ele alınışı, anonim ortaklık özelinde olsa da limited ortaklıklar yönünden de aynı esasların geçerli olduğu vurgulamak gerekir. Fakat şu hususu da vurgulamak önem arz etmektedir. Anonim ile limited ortaklık sorumluluk rejimi yönünden benzer özellikler taşısa da ortakların şirket alacaklılarına karşı sorumluluğunun kanunda düzenleniş şekilleri birbirinden farklıdır. Gerçekten de anonim ortaklıklarda sorumluluğun taahhüt edilmiş sermaye payları ile şirkete karşı olduğu açıkça belirtilmiş iken (TTK 329/2); limited ortaklıklarda ortakların şirket borçlarından sorumlu olmadığı sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlü olduğu (TTK 573/2) hükme bağlanmıştır. Keza limited ortaklıklara ilişkin "Ortakların Sorumluluğu" kenar başlıklı 602. maddede ise, şirketin borç ve yükümlülükleri dolayısıyla sadece malvarlığıyla sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Her ne kadar sorumluluğun şirkete karşı olduğu hususu, limited ortaklıklarda açıkça belirtilmemişse de genel hüküm mahiyetindeki TTK 128/1'den limited ortaklıklarda da sorumluluğun şirkete karşı olduğu sonucuna varılabilir. Bunun dışında limited ortaklıklarda anonim ortaklıktan farklı olarak, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 35. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ortakların şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu alacaklarından payları oranında doğrudan doğruya sorumlu olacağı belirtilmiştir. Limited ortaklıklarda ortakların sorumluluk rejimi hakkında bkz. Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, (5th edn, Vedat Kitapçılık 2020) 518-519. Sorumluluk rejimi açısından bu küçük farklılıklara rağmen, şirket alacaklılarının sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağa başvurup başvuramayacağı özelinde, konunun doktrin ve uygulamada anonim ve limited ortaklıkların taşıdığı özellikler çerçevesinde ele alınışı birbiriyle örtüşmektedir

da konu hem ortaklıklar hukuku hem de icra iflas hukukundaki düzenlemeler çerçevesinde ele alınıp, söz konusu kararın şirketler hukukuna etkilerine de temas edilecektir.

I. ANONİM ORTAKLIKTA SERMAYE KOYMA BORCU VE BUNA İLİŞKİN TEMEL HUSUSLAR

A. Anonim Ortaklıkta Sermaye Koyma Borcunun Hukuki Niteliği ve Özellikleri

Ortaklık ilişkilerinin temeli, kural olarak birden fazla kimsenin[10], emek ve sermayelerini ortak bir amaca erişmek üzere bir araya getirme esasına dayanır. Bu yönüyle ortaklık ilişkileri açısından sermaye, müşterek amacın gerçekleştirilmesinin bir aracı olarak her ortaklık tipinde önemli bir yere sahiptir. Nitekim en karmaşık ortaklık yapılanmalarından en basit tipte adi ortaklıklara kadar, ortaklık sözleşmelerinin zorunlu unsurlarından birisi de sermayedir.

Sermaye koyma borcu ise, kısaca her bir ortağın ortaklığa getirmeyi üstlendiği katılım payı olarak ifade edilebilir. Sermaye koyma borcu, ortaklık sözleşmesinin olmazsa olmaz unsurudur[11]. İster şahıs isterse de sermaye ortaklığı olsun, sermaye taahhüdünün olmadığı bir ortaklık ilişkisi düşünülemez. Bu açıdan sermaye koyma borcu, ortakların asli borcu olduğu gibi ortaklık sözleşmeleri yönünden de asli edim yükümünü oluşturur[12]. Sermaye taahhüdünde bulunmak, ortak açısından malvarlığının pasifini arttıran borçlandırıcı işlem (*taahhüt işlemi*) niteliğinde bir

[10] 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu, 338/1 hükmünde anonim ortaklıkların 573/1'de ise limited ortaklıkların tek kişiyle kurulmasına cevaz verilmiştir

[11] Nitekim her bir ticaret ortaklığı yönünden sermaye koyma borcunun, şirket sözleşmesine yazılması zorunlu kayıtlardan olduğunu vurgulamak gerekir. Gerçekten de kolektif ortaklıkta TTK 213/1-e, komandit ortaklıkta TTK 305/1 ve 307/1, anonim ortaklıkta TTK 339/2-j ve limited ortaklıkta ise TTK 576/1-c ve 586/3-b hükümleri bu hususa işaret etmektedir

[12] Bu yönde bkz. Şener (n 2) 111. Asli edim yükümü, sözleşmenin tipini belirleyen, o sözleşme bakımından olmazsa olmaz bir unsur kabul edilen ve borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu asli borcu şeklinde tanımlanabilir. Bu bağlamda bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (18th edn, Yetkin Yayıncılık 2015) 31; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (17th edn, Turhan Kitabevi 2013) 27

hukuki işlemdir[13]. Bunu TTK 128/1'deki hükmünden çıkarmak mümkündür. Gerçekten de söz konusu düzenlemeye göre, her ortak usulüne göre düzenlenmiş ve imza edilmiş şirket sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettiği sermayeden dolayı şirkete karşı borçlu kabul edilmiştir[14]. Sermaye koyma borcunun edime uygun bir şekilde yerinde ve zamanında ifa edilmesi, ortaklığın faaliyetlerine sorunsuz bir şekilde başlayıp müşterek amacın gerçekleştirilmesinde kilit rol oynar.

Doktrinde ticaret ortaklıklarında her ortağın şirkete getirmeyi taahhüt ettiği ve şirkete karşı borçlandığı değere, sermaye koyma borcu yanında katılma payı, sermaye taahhüdü ve sermaye payı gibi çeşitli isimler verilmektedir[15]. Ticaret ortaklıklarının sermayesi ise, ortakların sermaye taahhütlerinin toplamından oluşur. Sermaye ile sermaye koyma borcu, kuşkusuz tüm ortaklık tipleri açısından önemlidir; ancak sermaye şirketlerinde buna daha fazla önem verilmiştir. Bunun da temel nedeni, sermaye şirketleri açısından kabul edilmiş olan ortakların sorumluluk rejimidir.

B. Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Kabul Edilip/Edilemeyecek Malvarlığı Unsurları

Ticaret ortaklıklarında sermaye koyma borcuna ilişkin temel düzenleme, TTK 127 hükmüdür. Söz konusu maddeye göre kanunda aksine bir düzenleme olmadıkça ticaret ortaklıklarına sermaye olarak;

- Para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar,
- Fikri mülkiyet hakları,
- Taşınırlar ve her çeşit taşınmaz,
- Taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları,
- Kişisel emek,

[13] Benzer şekilde bkz. Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku Cilt I (15th edn, Vedat Kitapçılık 2021) 339 No. 486d

[14] Bu düzenlemeden çıkarılacak iki önemli sonuç, ortaklık sözleşmesinin bir taahhüt işlemi olması ile ortakların sermaye koyma borcunun şirket tüzel kişiliğine karşı olmasıdır. Bu hususta bkz. Şener (n 2) 112

[15] Bu bağlamda bkz. Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 2) 129; Bahtiyar, (n 2) 51 vd.; Bozkurt (n 2) 115. Biz çalışmamızda TTK 127'nin kenar başlığında da geçen kanuni bir terim olan "Sermaye Koyma Borcu"nu tercih ettik. Ancak aynı anlamda olmak üzere TTK'nın çeşitli maddelerinde diğer kullanımlara da yer verildiğinin altını çizmek gerekir. Bu yönde örnek hükümler için bkz. TTK 262/2, 339/2-j, 358/1, 459 ve 508/1

- Ticari itibar,
- Ticari işletmeler,
- Haklı olarak kullanılan devredilebilen elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler,
- Maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar,
- Devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer konulabilir.

Bu maddede gösterilen sermaye olarak kabul edilecek değerler, kanunda örnekseyici olarak sayılmıştır[16]. Dolayısıyla devredilebilen ve maddi değeri olan her şeyin ticaret ortaklıklarına sermaye olarak kabul edilebileceğini söylemek yanlış olmaz[17].

TTK 127/2'de ise, TTK'nın 307/2, 342/1 ve 581/1 hükümleri saklı tutularak, birinci fıkradaki düzenlemeye komandit ortaklık ile anonim ve limited ortaklıklar yönünden önemli istisnalar getirilmiştir[18]. TTK 307/2'de komanditerlerin yani komandit ortaklığa sınırlı sorumlu ortak olarak katılan ortakların, şirkete kişisel emekleriyle ticari itibarlarını sermaye olarak getirmesi yasaklanmıştır. Anonim ve limited ortaklıklar yönünden ise bu yasak hem kişi yönünden hem de içerik yönünden genişletilmiştir. TTK 342/1'de bir yandan anonim ortaklığa ayni sermaye olarak getirilecek malvarlığı unsurlarının üzerinde sınırlı ayni hak, haciz ve tedbir bulunmaması ile nakde çevrilebilen ve devrolunabilen özellikte olması aranmış; diğer taraftan hizmet edimlerinin, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacakların sermaye olarak kabul edilmeyeceği vurgulanmıştır. Bu hükmün benzeri, limited ortaklık açısından TTK 581/1'de düzenlenmiştir. Doktrinde *Bahtiyar*, sermaye koyma borcuna ilişkin bu sınırlamaların nedenini güzel bir şekilde özetlemektedir: "*Bu sınırlamaların nedeni, sınırlı sorumluluğu bulunan ortaklardan dolayı, alacakların güvencesini şirket malvarlığının oluşturduğu, oysa anılan*

[16] Nitekim TTK 127/1-j'deki "devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer"lerin sermaye olarak getirilebilecek olması, söz konusu sayımın sınırlayıcı olmadığını göstermektedir. Bu yönde detaylı açıklamalar için bkz. Kendigelen and Kırca (n 2) 186 No. 415; Şener (n 2) 111

[17] Aynı yönde açıklamalar için bkz. Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 2) 130; Bahtiyar (n 2) 22; Şener (n 2) 111

[18] TTK 127/1'de "kanun aksine hüküm olmadıkça" ifadesine yer verildiği için TTK 128/2 hükmünün gereksiz olduğu yönünde bkz. Kendigelen and Kırca (n 2) 187 No. 417

sermaye unsurlarına kesin ve objektif değer biçilemeyeceği, bilançoda gösterilemeyecekleri ve paraya çevrilmelerinin zor, hatta imkânsız olacağı düşüncesidir."[19].

C. Sermaye Koyma Borcunun Muacceliyeti

Sermaye şirketleri bakımından sermaye koyma borcuna konu olabilecek değerler, nakdi ve ayni sermaye olarak iki grupta kategorize edilebilir. Nakdi sermayenin para, ayni sermayenin ise para dışındaki nakde çevrilebilen ve devrolunabilen her türlü değeri kapsadığını söyleyebiliriz[20]. İster nakdi ister ayni sermaye taahhüdü olsun, sermaye koyma borcu, anonim ortaklık yönünden ortağa karşı bir alacak hakkı ortaya çıkarır. Yukarıda sermaye taahhüdünde bulunmanın borçlandırıcı bir hukuki işlem olduğundan bahsetmiştik. Bunun yerine getirilmesi ise tasarruf aşamasıyla ilgilidir. O halde sermaye koyma borcunun ifası, taahhüt ve tasarruf olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır[21].

Ayni sermaye taahhüdünün ifasına ilişkin esaslar, TTK 128/2, 128/3, 128/4, 128/5 ile 343 hükümleri birlikte ele alınarak belirlenir[22]. Ayni sermaye yönünden kanun koyucu, nakdi sermayede olduğu gibi ortaklar için sermaye koyma borcunun yerine getirilmesi bakımından bir süre öngörmemiştir (Karş. TTK 344/1). Dolayısıyla TTK'daki ayni sermayeye ilişkin düzenlemeler dikkate alındığında, sermaye koyma borcunun ortaklığın tescili ile birlikte muaccel hale geleceğini belirtmek gerekir[23]. Başka bir ifadeyle anonim ortaklık ticaret siciline tescil ile birlikte

---

[19] Bu hususta bkz. Bahtiyar (n 2) 22

[20] Nitekim doktrinde de benzer yönde ayrımlar yapıldığını vurgulamak gerekir. Bu hususta bkz. Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (7th edn, Adalet Yayınevi 2021) 61-63; Kendigelen and Kırca (n 2) 187 No. 416; Fatih Bilgili and Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku Dersleri (7th edn, Dora Yayıncılık 2020) 53-54; Bozkurt (n 2) 233

[21] Benzer şekilde bkz. Poroy, Tekinalp and Çamoğlu (n 13) 114 No. 128; Bahtiyar (n 2) 53

[22] Doktrinde ortağın ayni sermaye koyma borcunun ifasının TTK 128'deki düzenlemeler çerçevesinde güvence altına alındığını; sermaye koyma borcunun ifa edilmemesi sorununun, nakdi sermaye taahhütleri bakımından ortaya çıkabilecek bir problem olduğundan bahsetmektedir. Bu yönde bkz. Şener (n 2) 603; Kendigelen and Kırca (n 2) 197 No. 433

[23] Aynı görüşte bkz. Bahtiyar (n 2) 280. Vadesi gelmemiş alacaklar dışında kalan ayni sermaye taahhüdünün muaccel olmasıyla ilgili aynı görüşte bkz. Kendigelen and Kırca (n 2) 198 No. 435

tüzel kişilik kazandığından (TTK 355/1), ayni sermaye bu andan itibaren şirkete ifa edilebilir hale gelmektedir. Nitekim TTK 128/4'de paradan başka ekonomik bir değer veya taşınırın sermaye olarak getirilmesi borçlanıldığında, şirketin tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde doğrudan malik sıfatıyla tasarruf edebileceği hükme bağlanmıştır. Benzer şekilde taşınmaz mülkiyetinin veya diğer ayni bir hakkın sermaye olarak getirilmesi durumunda, şirketin bunlar üzerindeki tasarruf yetkisini kullanabilmesi için söz konusu malvarlığının şirket adına tapu siciline tescili gereklidir (TTK 128/5)[24]. Dolayısıyla şirket tüzel kişilik kazandığı andan itibaren, ayni sermaye olarak taahhüt edilen malvarlığı değerlerinden taşınmaz veya diğer ayni haklar yönünden tapu siciline tescil ile birlikte bunlar dışındaki malvarlığı değerleri bakımından ise doğrudan malik sıfatıyla tasarruf yetkisine sahip olacaktır.

Nakdi sermaye taahhüdü bakımından ise, kanun koyucu pay sahiplerine kısmi ifa olanağı tanıyarak, sermaye koyma borcunun ifasını belirli bir vadeye yaymıştır[25]. Gerçekten de TTK 344/1'de, nakdi sermaye taahhüdünde bulunan pay sahiplerinin, payların itibari değerlerinin en az yüzde yirmi beşini ortaklığın tescilinden önce, geri kalanını ise tescili izleyen yirmi dört ay içinde ödeyebileceği öngörülmüştür. O halde nakdi sermaye taahhüdü yönünden sermaye koyma borcunun muacceliyet anı iki farklı açıdan ele alınmalıdır. Öncelikle sermaye taahhüdünün %25'lik kısmı bağlamında bir değerlendirme yapmak gerekirse, bunun en geç şirketin tesciline kadar ifası gerekir. Bu aşamada şirket henüz tüzel kişilik kazanmadığından, bu ifanın nasıl gerçekleşeceği sorusu akla gelebilir. Kanun koyucu buna çözüm olarak TTK 345 hükmünü kabul etmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre nakdi ödemeler, Bankacılık Kanunu'na bağlı bir bankada kurulmakta olan şirket adına açılacak özel bir hesaba, sadece şirketin kullanabileceği şekilde yatırılır. Burada dikkat edilirse henüz tüzel kişilik kazanmamış ve dolayısıyla hak süjesi olarak hukuk

[24] Doktrinde şirketin ayni sermaye olarak getirilen taşınmazı tescilsiz mi yoksa tescille mi kazandığı yönünde tartışma olsa da çoğunluk, bu düzenleme ile taşınmaz mülkiyeti ve diğer sınırlı ayni hakların şirkete getirilmesinin bir tescilsiz iktisap hali olmadığı yani tescilin mülkiyetin kazanılması bakımından kurucu nitelikte olduğu görüşündedir. Bu görüş için bkz. Bahtiyar (n 2) 54 dn. 79; Pulaşlı (n 20) 65; Şener (n 2) 114; Bilgili and Demirkapı (n 20) 56; Bozkurt (n 2) 122. Söz konusu tartışmalarla ilgili detaylı bilgi için bkz. Kendigelen and Kırca (n 2) 193-195 No. 426

[25] Bu hususta bkz. Şener (n 2) 603

aleminde vücut bulmamış bir ortaklık adına hesap açılması kabul edilmiştir. Oysa bankada hesap açabilmek için normalde ilgili kişinin hak ehliyetine sahip olması gerekir[26]. Gerçek kişilerde hak ehliyeti, TMK 28/2 uyarınca sağ doğmak koşuluyla çocuk ana rahmine düştüğü andan itibaren henüz ceninken elde edilir iken, tüzel kişiler açısından ise her ne kadar TMK'da bir açıklık yoksa da tüzel kişiliğin kazanıldığı andan itibaren hak ehliyetinin elde edildiğini kabul etmek gerekir. TTK 345/1'deki hüküm bakımından ise kurulacak şirket için kanun koyucunun banka hesabı açılmasına cevaz vermesini, doğmamış çocuğun hak ehliyetini elde etmesine benzetebiliriz. Zira TTK 345/1 hükmü ile doğmakta olan bir şirkete tıpkı gerçek kişilerde olduğu gibi henüz kişilik başlamadan hak ehliyeti tanınıp banka hesabı açma imkânı verilmiştir.

Nakdi sermaye koyma borcu yönünden kalan %75'lik bakiye kısmın ise, şirketin tescilinden itibaren yirmi dört ay içinde ifa edilmesi gerekir. Esas sözleşmede bu borcun ne zaman yerine getirileceği açıkça kararlaştırılabilir. Böyle bir düzenleme varsa sürenin gelmesiyle birlikte sermaye koyma borcunun bakiye kısmını yerine getirmeyen pay sahipleri ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer (TTK 482/1)[27]. Eğer esas sözleşmede buna ilişkin bir kayıt yoksa, sermaye koyma borcunun ifası TTK 481 hükmü çerçevesinde yönetim kurulu tarafından pay sahiplerinden ilan yoluyla istenir[28]. İlanda ise, ödenecek nakdi sermaye tutarı ile ödeme tarihi ve ödeme yeri açıkça belirtilir. Söz konusu ilanda belirtilen tarihte pay sahibi bakiye nakdi sermaye borcunu yerine getirmezse yine ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer (TTK 482/1)[29]. Kanun koyucu-

[26] ibid 326

[27] Bahtiyar (n 2) 280; Bilgili and Demirkapı (n 20) 330

[28] Pulaşlı (n 20) 596; Bahtiyar (n 2) 280; Bilgili and Demirkapı (n 20) 330; Hakan Çebi, Şirketler Hukuku (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2020) 274; Bozkurt (n 2) 431

[29] "Sermaye borcunu ödemeyen bir pay sahibinin ıskat edebilmesi için öncelikle temerrüte düşürülmesi gerekir. Temerrütün söz konusu olabilmesi için de bakiye sermaye borcunun ödenmesi konusunda yetkili organın bir karar alması ve bunu sözleşmede öngörülen usul ve şekilde talep etmesi, uygulamadaki ifade ile, apel işlemini yapması gerekir. Şayet ana sözleşmede, sermaye borcunun ödeme süreleri ve miktarı duraksamaya neden olmayacak biçimde belirlenmiş ise pay sahibine ihtar gerekmeksizin temerrüt oluşur. Temerrüte düşen ortağa, yönetim kurulu tarafından 6762 sayılı TTK'nun 37. maddesinde yazılı gazete ile ana sözleşmenin öngördüğü biçimde ilan suretiyle bir ay içinde ödemeye davet ve aksi halde haklarından mahrum edileceğinin ve ortaklıktan çıkarılacağının ihtar edilmesi gerekmektedir." Yargıtay 11 HD, 10338/6915, 14.05.2015 (Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 14.12.2022)

nun bakiye sermaye borcu için öngördüğü yirmi dört aylık süre, azami bir süredir[30]. Başka bir deyişle bu süre içinde yönetim kurulu tarafından sermaye koyma borcunun ifası talep edilmelidir. Eğer yirmi dört aylık sürede yönetim kurulu tarafından pay bedelinin ifası için herhangi bir girişimde bulunulmazsa, yirmi dört aylık sürenin sonunda pay sahibi yine ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer. Kanaatimizce pay bedelinin ifası için öngörülen tescilden sonraki yirmi dört aylık süre, TTK 344/1'deki düzenlemenin amacına uygun olarak borçlunun temerrüdü açısından kesin vade niteliğinde kabul edilmelidir.

D. Sermaye Koyma Borcunun Yerine Getirilmesine İlişkin Usul ve Esaslar

Ayni sermaye taahhüdünün yerine getirilmesinde temerrüt ile karşılaşma olasılığı çok düşüktür. Çünkü kanun koyucunun, gerek genel hüküm olan TTK 128'de gerekse de sermaye ortaklıklarına ilişkin özel düzenlemelerde (TTK 342-343; TTK 578) ayni sermayenin şirkete devrine yönelik almış olduğu tedbirler, bu borcun ifasında temerrüt olasılığını ortadan kaldırmaktadır. Bu açıdan inceleme konumuz bağlamında daha ziyade nakdi sermaye koyma borcunun yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslar üzerinde durulacaktır. Gerçekten de şirket alacaklılarının sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağa başvurup başvuramayacağı tartışması, nakdi sermaye borcunun ifa edilmemesi bakımından gündeme gelebilecek bir ihtimaldir.

Yukarıda gerek ayni gerekse nakdi sermaye koyma borcu yönünden muacceliyet anına ilişkin tespitlerde bulunmuştuk. Bir alacağa ilişkin temerrüt ve buna bağlı sonuçların ortaya çıkabilmesi için söz konusu alacağın muaccel olması ön koşuldur (Karş. TBK 117/1; TTK 482/1).

Nakdi sermaye koyma borcunun ifasına ilişkin usul ve esaslar, TTK 481 ilâ 483. maddelerinde gösterilmiştir. Öncelikle ilgili düzenlemeler çerçevesinde yönetim kurulu, pay sahiplerinden ilan yoluyla sermaye koyma borcunu yerine getirmesini istemelidir. Fakat bunun için söz konusu ilanda mutlaka, yerine getirilmesi istenen sermaye koyma borcunun miktarı, ödeme tarihi ve ödemenin nereye yapılacağı belirtil-

[30] Benzer şekilde bkz. Çebi (n 28) 274

melidir (TTK 481/1)[31]. Aksi takdirde pay sahipleri açısından temerrüde ilişkin hüküm ve sonuçlar uygulanamaz. İlanda gösterilecek ödeme tarihi, kesin vade niteliğinde olup, pay sahibinin bu sürede sermaye koyma borcunu yerine getirmemesi temerrüde düşmesine neden olacaktır. TTK 482/1'e göre ise sermaye koyma borcunu süresi içinde yerine getirmeyen pay sahibi ihtara gerek olmaksızın temerrüt faizi ödemekle yükümlü kılınmıştır[32]. Pay sahibinin temerrüde düşmüş olması, her ne kadar onu

[31] Esas sözleşmede ilan yoluyla isteme kuralına istisna getirilebileceği; fakat bunun şeffaflık ilkesi aleyhine ve pay sahibinin haber almasını zorlaştıracak şekilde olmaması gerektiği yine ilgili madde gerekçesinde zikredilmiştir. Uygulamada pay sahibine yapılan ödeme çağrısına apel adı verildiği yönünde bkz. Pulaşlı (n 20) 596. Yargıtay ise bu kavramı, hem kalan sermaye koyma borcunun yerine getirilmesine ilişkin prosedür hem de bakiye sermaye borcu anlamında kullanmaktadır. Bu yönde kalan sermaye koyma borcunun yerine getirilmesine ilişkin prosedür anlamında kullanım için bkz. "Anonim ortaklıklarda, pay sahibinin borcu, taahhüt ettiği payların karşılıklarını ifaya yöneliktir. Bu ilke hem nakdi hem de ayni sermaye taahhüdü için geçerlidir. Bu ortaklıklarda paydaşlardan ödenmemiş bakiye sermaye taahhütlerinin istenmesi ve buna bağlı olarak gündeme gelen pay sahiplerinin ıskatı usul ve şartları, Türk Ticaret Kanunu'nun 406-408'inci maddelerinde emredici kurallarla düzenlenmiştir. Buna göre, sermaye borcunu ödemeyen bir pay sahibinin ıskat edebilmesi için öncelikle temerrüde düşürülmesi gerekir. Temerrüdün söz konusu olabilmesi için de bakiye sermaye borcunun ödenmesi konusunda yetkili organın bir karar alması ve bunu sözleşmede öngörülen usul ve şekilde talep etmesi, uygulamadaki ifade ile, apel işlemini yapması gerekir. Apel çağrısının yapılması sırasında öncelikle bu ayrımın göz önünde bulundurulması gerekir. Esas sözleşme ile ifa için pay sahiplerine ihbar yapılması şart koşulmuşsa borç, ihbar ile muaccel olur (BK.128). Esas sözleşmede özel bir düzenleme yoksa, TTK'nun 406'ncı maddesi uygulanır. Anılan hüküm, ifa tarihinin esas sözleşme veya genel kurul kararı ile belirlenmediği durumlarda yapılacak çağrıya ilişkin bir yedek hukuk kuralıdır." Yargıtay 11 HD, 10580/10123, 15.12.2000 (Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 21.10.2022). Yargıtay apel kavramını daha ziyade bakiye sermaye koyma borcu anlamında kullanmaktadır. Bu hususta bkz. "Somut uyuşmazlıkta da mahkemece kurulan hükmün gerekçe kısmında belirtildiği üzere, her ne kadar davacı tarafından dava nedeni olarak kasa açığı belgesi gösterilmişse de gerçekte apel borçlarının ödenmediği halde ödenmiş gibi gösterilmesi iddiasına dayanılmıştır…Yine mahkemece belirtildiğinin aksine, apel borcunun kurucu hissedarlardan tahsili için davacı şirketçe takibe geçilmemiş ve aciz belgesi alınmamış olması, zararın oluşmasına engel teşkil etmez." Yargıtay 11 HD, 5978/22195, 05.12.2013 (Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 21.10.2022). Bu yönde benzer kararlar için bkz. Yargıtay 11 HD, 2372/617, 21.01.2020; Yargıtay 11 HD, 5793/1411, 18.02.2021; Yargıtay 11 HD, 2296/6315, 17.11.2021 (Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 21.10.2022)

[32] Burada ticari bir borcun ifasında temerrüt söz konusu olacağından, şirket dilerse mütemerrit ortaktan kısa vadeli avanslar için uygulanan faiz oranı üzerinden temerrüt

temerrüdün mali sonuçları ile karşı karşıya bıraksa da [temerrüt faizi ödeme, gecikme sebebiyle uğranılan zararları ödeme (TTK 128/7) gibi], doğrudan ilgili paylardan ıskat edileceği anlamına gelmemektedir. Çünkü kanun koyucu, nakdi sermaye koyma borcunda temerrüde düşen pay sahibine TTK 483/1'de ıskat yaptırımı öncesi son bir şans verilmesini arzu etmiştir. Gerçekten de TTK 483/1 uyarınca temerrüde düşen pay sahibine yönetim kurulu tarafından yapılacak ihtarla temerrüde konu tutarı bir ay içinde ödemesi; aksi takdirde hem ilgili paylardan yoksun bırakılacağı hem de esas sözleşmede kararlaştırılmışsa kendisinden sözleşme cezası isteneceği bildirilir[33].

II. ANONİM ŞİRKETTE ORTAKLARIN SORUMLULUĞUNA GENEL BİR BAKIŞ

Anonim şirkette ortakların sorumluluğuna ilişkin temel düzenleme TTK 329/2 hükmüdür. Söz konusu düzenlemeye göre pay sahipleri yani ortaklar, sadece taahhüt ettikleri sermaye payıyla şirkete karşı sorumlu tutulmuştur. Bu düzenlemeden çıkarılacak temel sonuçlardan birisi, ortakların sorumluluğunun sadece taahhüt ettikleri sermaye payıyla yani miktar yönünden sınırlandırılmış olmasıdır. Bir diğer sonuç ise, ortakların bu sorumluluğunun sadece şirkete karşı olmasıdır[34]. Nitekim düzen-

faizi ödemesini isteyebilir (FaizK 2/2). Bu hususta bkz. Kendigelen and Kırca (n 2) 197 No. 434

[33] Buradaki sözleşme cezasının ifaya eklenen cezai şart niteliğinde olduğu yönünde bkz. Şener (n 2) 604; Bahtiyar (n 2) 281; Bilgili and Demirkapı (n 20) 331

[34] Ankara Bölge Adliye Mahkemesi bir kararında bu hususa dikkat çekmiştir: "Davalı F1 şirketi diğer davalı F2 şirketinin %48 payına sahip olmakla birlikte TTK 329/2 maddesinde yer alan "Pay sahipleri, sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile ve şirkete karşı sorumludur." yönündeki düzenlemeye göre ortakların şirket alacaklılarına karşı herhangi bir sorumlulukları bulunmadığından, ortakların kişisel yönden dava ve takip olunamayacakları kuşkusuzdur." Ankara 7 BAM, 3932/1247, 10.06.2020 (Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 24.10.2022). Benzer yönde bir İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi kararı için bkz. "TTK'nın 329/2 maddesine göre; anonim şirket pay sahipleri, sadece taahhüt ettikleri sermaye payları ile ve şirkete karşı sorumludur. Somut olayda takip konusu borç, ayrı tüzel kişiliğe sahip...'a satılan malların bedelinden kaynaklanmakla, kural olarak şirketin ortağı ve yetkilisi olan davacı/karşı davalının, sırf bu nedenle dava dışı şirketin borcundan sorumlu tutulması mümkün değildir." İstanbul 12 BAM, 1291/1741, 25.11.2021 (Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 24.10.2022)

lemede geçen "*şirkete karşı sorumludur*" ifadesi sorumluluğun bu yönüne işaret etmektedir[35]. Ticaret ortaklıkları bakımından genel bir hüküm olan TTK 128/1'de de TTK 329/2'ye paralel bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre her ortak, usulüne göre düzenlenmiş ve imza edilmiş şirket sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettiği sermayeden dolayı *"şirkete karşı"* borçlu kabul edilmiştir (TTK 128/1).

Doktrinde *Moroğlu*, ortakların sadece şirkete karşı sorumlu olduklarından söz edilmesinin gereksiz olduğunu; zira sermaye taahhüdünün şirkete karşı olmasından dolayı doğal olarak sorumluluğun şirkete karşı olmasının doğal olduğunu ve bu ifadenin İİK 89 hükmüyle bağdaşmadığını belirtmektedir[36]. Yine yazara göre, ortaklar şirket alacaklılarına karşı taahhütleriyle sınırlı olmak üzere dolaylı olarak sorumludur[37]. Yazar, bu sonuca muhtemelen İİK 89 hükmünden hareketle varmakta; çünkü şirket alacaklılarının İİK 89'a göre ortaklara gidebileceğini kabul etmektedir.

Anonim ortaklıkta sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesi durumunda izlenecek prosedür, TTK 481 ilâ 483'te düzenlenmiştir. İlgili düzenlemelere bakıldığında sermaye koyma borcunu zamanında yerine getirmeyen ortaktan bunu talep etme yetkisi, şirket adına yönetim kurulundadır[38]. Bu düzenlemelerle paralellik arz eden genel hüküm niteliğindeki TTK 128/7'de ise, şirketin her ortaktan sermaye koyma borcunun yerine getirmesini isteyebileceği; bu talep karşılanmazsa bunu dava edebileceği ve gecikme sebebiyle uğradığı zararın tazminini de ayrıca isteyebileceği belirtilmiştir. Sermaye ortaklıklarında bu yetki sadece şirket

---

[35] Söz konusu hükmün gerekçesinde kanun koyucu, sorumluluğun bu yönüne özel olarak vurgu yapmıştır: "İkinci fıkra, pay sahiplerinin sermaye koyma borcundan doğan sorumluluklarının sadece şirkete karşı olduğunu belirtmektedir. 6762 sayılı Kanunda açık bir şekilde öngörülmemiş bulunan bu temel ilkenin vurgulanmasında, sadece teorik değil, aynı zamanda uygulama açısından da zorunluluk vardır." Kendigelen ise gerekçede belirtilenin aksine "şirkete karşı" vurgusuna teorik ve pratik açıdan gerek olmadığı; zira TTK 128/1'de ticaret şirketlerinde sorumluluğun şirkete karşı olduğuna açıkça işaret edildiği, yine bu konuda uygulamada bir sorunun gündeme gelmediği; fakat bu ekin herhangi bir sakıncasının da bulunmadığı görüşündedir. Bu yönde bkz. Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (3rd edn, On İki Levha Yayınları 2016) 218

[36] Bu görüş için bkz. Erdoğan Moroğlu, 6120 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler (7th edn, On İki Levha Yayıncılık 2012) 125

[37] Moroğlu (n 36) 126

[38] Benzer şekilde bkz. Bilgili and Demirkapı (n 20) 330

tüzel kişiliğine ait iken[39], kişi ortaklıklarında bu davayı açma hakkı TTK 127/7'nin son cümlesi uyarınca diğer ortaklara da bahşedilmiştir. Gerçekten de ilgili hükme göre şahıs şirketlerinde sermaye koyma borcunun yerine getirilmesine ilişkin ortağa karşı açılacak bu davayı sadece şirket değil diğer ortaklar da açabilmektedir[40].

III. İCRA VE İFLAS KANUNU 89 HÜKMÜ VE İÇERİĞİ

A. Genel Hatlarıyla İİK 89 Hükmü

Borçlu aleyhine yapılan takip kesinleştiğinde, alacaklı borçlunun mallarına İİK 78/1 gereği haciz koydurabilmektedir. Alacaklının haciz isteme hakkı, ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir yıllık hak düşürücü süreye bağlanmıştır (İİK 78/2). Bununla birlikte alacaklının talebi üzerine borçlunun üçüncü kişi nezdindeki taşınır ve alacakları da haczedilebilmektedir[41]. Bu bağlamda İcra ve İflas Kanunu'nun 89. maddesinde

[39] Yargıtay eski tarihli bir kararında bu hususa işaret ederek ortaklardan sermaye taahhüdünü talep etme yetkisinin ortaklık tüzel kişiliğine ait olduğunu ve ortaklığın bu hakkından vazgeçme hakkına dahi sahip olmadığını içtihat etmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "Anonim şirket, hissedarlarından ayrı mali bir varlığa sahip ve şirket borçlarından yalnız şirketin mameleki mesul olduğundan, hissedarların taahhüt ettiği sermaye bu hissedarlar yararına olduğu kadar, anonim şirket alacaklıları lehine de şirketin mamelekine dahil olur. Sermaye, muamele yapan kimselerin alacaklarına karşılık teşkil eder. Bu sebeplerle Türk Ticaret Kanunu'nun bu hususi hükümleri hisse bedelinin behemehâl tahsilini hedef tutmakta olduğundan, anonim şirket, hissedarlardan taahhüt ettiği ve borç niteliğinde olan sermaye taahhüdünü talep etmek zorundadır. Bunu istemekten vazgeçmek hakkına dahi sahip değildir." YHGK, T-1511/133, 01.03.1967 [Gönen Eriş, Ticari İşletme ve Şirketler Cilt II (3rd edn, Seçkin Yayıncılık 2017) 1802]

[40] Bu dava, doktrinde actio pro socio davası ismiyle anılmaktadır. Bu davanın en önemli özelliği, ortağın sermaye koyma borcunu yerine getirmemiş ortağa karşı açacağı davanın kendi adına olması ve rizikosunu bizzat kendisinin taşımasıdır. Keza actio pro socio davasının açılabilmesi için, bu davayı açacak ortağın öncelikle kendi sermaye koyma borcunu yerine getirmiş veya en azından ifasını önermiş olması gerekir. Aksi takdirde kendisinden talepte bulunulan davalı ortağın TBK 97 çerçevesinde ödemezlik defini ileri sürmesi kuvvetle muhtemeldir. Bu hususta bkz. Şener (n 2) 37

[41] Doktrinde Yıldırım, takip borçlusuna borcu olanların hacizden sonra artık borçlarını icra dairesine ödeyebileceğinden bahsetmektedir. Bu hususta bkz. Mehmet Kâmil Yıldırım and Nevhis Deren-Yıldırım, İcra ve İflas Hukuku (6th edn, Beta Yayıncılık 2015) 161. Kanaatimizce bu cümleyi takip borçlusuna borcu olanların hacizden sonra ancak bu yönde bir seçim hakkı olduğu şeklinde anlamak gerekir. Yoksa takip borçlusuna borcu olanların hacizle birlikte söz konusu parayı artık takip alacaklısına

borçlunun üçüncü kişilerdeki mal veya alacaklarının haczine ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Buna göre borçlunun üçüncü kişi nezdindeki hamiline veya emre yazılı bir senede bağlanmamış olan alacakları, İİK 89 hükmü çerçevesinde haczedilebilmektedir[42]. İİK 89 uyarınca borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağının niteliği, maaş ve ücret alacağı dışında kalan alacaklardır. Zira borçlunun üçüncü kişi nezdindeki maaş ve ücret alacakları, özel düzenleme olan İİK 355 ve 356. maddeleri kapsamında haczedilebilmektedir[43].

İİK 89 hükmü çerçevesinde borçlunun üçüncü kişilerdeki alacaklarının haczi, uygulamada daha ziyade borçlunun bankadaki parasının (mevduat) haczi şeklinde gerçekleşmektedir[44]. Fakat bu hükmün uygulaması bakımından üçüncü kişinin mutlaka banka olmasına gerek yoktur. Gerçekten de borçlunun banka dışındaki üçüncü kişilerdeki alacakları da (ezcümle üçüncü kişiye vermiş olduğu bir para, satmış olduğu bir malın bedeli, kiraladığı bir taşınmazın kirası ya da borçlunun bir şirketteki kar veya tasfiye payı[45]) bu madde kapsamında haczedilebilmektedir[46].

ödeme yükümlülüğünden bahsedilemez. Zira haczin tek başına üçüncü kişiler nezdinde böyle bir etkisi bulunmamaktadır

[42] Söz konusu alacak hamiline veya emre yazılı bir senede bağlanmış ise, bunların haczi doğrudan taşınır malların haczine ilişkin İİK 88/1'e göre yapılmaktadır. Bu doğrultuda bkz. Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı (2nd edn, Yetkin Yayınları 2018) 176; Ramazan Arslan, 'Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi' (1974) Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan 95; Yıldırım and Deren-Yıldırım (n 41) 162; Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan and Muhammet Özekes, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı (3rd edn, Yetkin Yayınları 2016) 219. Nitekim Yargıtay da bir kararında borçlu ortağa ait anonim şirket hisse senedinin İİK 89'a göre değil, İİK 88 uyarınca fiilen ele geçirilerek haczedilmesi gerektiğini içtihat etmiştir. Bu hususta bkz. Yargıtay İİD, 8071/15080, 03.11.1992 [Talih Uyar, Alper Uyar and Cüneyt Uyar, İcra ve İflas Kanunu Şerhi Cilt: 2 (3rd edn, Bilge Yayınevi 2014) 1788]

[43] Bu yönde bkz. Kuru, İİK Ders Kitabı (n 42) 176; Ömer Ulukapı, İcra ve İflas Hukuku (1st edn, Mimoza Yayınları 2015) 153

[44] Baki Kuru, 'İcra ve İflas Kanunu'nun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler' (2003) 47 Bankacılar Dergisi 60; Ulukapı (n 43) 157. Doktrinde bankadaki paranın ilgili banka şubesine haciz yazısı veya icra müdürüyle birlikte gidilip fiili haciz yoluyla da haczedilebileceği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Yıldırım and Deren-Yıldırım (n 41) 161

[45] Yargıtay da bazı kararlarında isabetli olarak şirket ortağının borcundan dolayı şirketin malvarlığının haczedilemeyeceğini; fakat ortağın şirketteki kâr payı ile tasfiye payına haciz konabileceğini içtihat etmiştir. Bu karar için bkz. Yargıtay 12 HD, 3846/4584, 19.03.1991; Yargıtay 12 HD, 20446/612, 19.01.2001 [Uyar, Uyar and

Pekcanıtez'e göre İİK 89 kapsamında haczedilecek alacağın mevcut olması gerekse de mevcut bir hukuki ilişkiye dayalı müstakbel alacaklar da hacze tabidir. Fakat hiçbir hukuki ilişkiye dayanmayan müstakbel alacaklar ise haczedilemez[47]. Yargıtay da bir kararında müstakbel alacakların haczine cevaz vermemiştir[48].

B. İİK 89 Hükmünün Uygulanmasına İlişkin Prosedür

İİK 89 hükmü, günümüze kadar pek çok değişikliğe uğramıştır. Bunun temelinde, alacaklıların İİK 89 hükmündeki açıktan faydalanarak bu düzenlemeyi kötüye kullanılmaları yatmaktadır[49]. Gerçekten de özellikle bankalar, bazen iş yoğunluğu bazen de banka görevlilerinin iştirakiyle İİK 89'da öngörülen yedi günlük sürede takip alacaklısı aleyhine menfi tespit davası açamıyordu ve zimmetinde varsayılan borcu ödemek zorunda kalıyordu. Bu ise zamanla İİK 89 hükmündeki imkânın alacaklılar tarafından kötüye kullanılarak bankaların dolandırılmasına yol açmıştır.

Uyar (n 42) 1787]. Ortaklık payının haczi konusunda ise Yargıtay, önceki tarihli kararlarında ortaklık payının haczinin mümkün olmayacağı yönünde içtihatlar oluşturmuştu. Nitekim bu yönde bkz. Yargıtay 12 HD, 26867/7417, 25.04.2011 [Uyar, Uyar and Uyar (n 42) 1788]; Yargıtay 19 HD, 1947/5801, 24.09.2001 [Yıldırım and Deren-Yıldırım (n 41) 162 dn. 63]. Fakat günümüzde bu kararların hukuken bir geçerliliği kalmamıştır. Zira TTK 133/2 gereği ortakların kişisel alacaklıları, ortağın kar ve tasfiye payı yanında doğrudan senede bağlanmış olsun veya olmasın şirketteki ortaklık paylarını da haczetme yetkisine sahiptir

[46] Söz konusu örnekler için bkz. Kuru, İİK Ders Kitabı (n 42) 176; Ulukapı (n 43) 154

[47] Bu görüş için bkz. Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin Özkan and Özekes (n 42) 220. Benzer şekilde bkz. Uyar, Uyar and Uyar (n 42) 1740

[48] Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "İİK m. 89 gereğince üçüncü şahsa haciz ihbarnamesi çıkarılması halinde 3. şahsın sorumluluğu haciz müzekkeresinin kendisine ulaştığı tarihteki mevcut (fiili) durumla sınırlı olacağından ileride doğacak, doğması muhtemel bu hakkın bu aşamada 3. şahısça net olarak bilinmesi mümkün olmadığından bu şekilde çıkarılan haciz ihbarnamesi yukarıda açıklanan nedenle muhtemel alacaklar açısından sonuç doğurmaz." Yargıtay 12 HD, 17928/22583, 22.10.2004 [Yıldırım and Deren-Yıldırım (n 41)167]

[49] Nitekim bu yönde bkz. Ejder Yılmaz, 'Dünden Bugüne İcra ve İflas Kanunumuz' (2003) 11(3-4) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 21; Arslan (n 42) 87-88; Kuru, 'Değişiklikler' (n 44) 59 vd.; Hakan Pekcanıtez, '4949 Sayılı Kanun'la, İcra Hukukunda Yapılan değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2003) 49 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 149; Yıldırım and Deren-Yıldırım (n 41) 163

İİK 89 hükmünde yapılan değişiklikler, bu düzenlenmenin uygulanmasına ilişkin prosedürü bir hayli karmaşık hale getirmiştir[50]. İİK 89'un uygulanmasına ilişkin prosedür, alacaklının borçlunun üçüncü kişi nezdindeki alacaklarına haciz konulmasını icra dairesinden talep etmesiyle başlamaktadır. Bu talep üzerine icra müdürlüğü borçluya uygulamada ve doktrinde "*birinci haciz ihbarnamesi*" adı verilen bir ihbarname göndermektedir[51]. Bu haciz ihbarnamesini alan üçüncü kişi, yedi günlük sürede itiraz etmezse borç zimmetinde sayılır ve kendisine "*ikinci bir haciz ihbarnamesi*" gönderilir.

İkinci haciz ihbarnamesinde üçüncü kişiden kendisine gönderilen birinci haciz ihbarnamesine süresine itiraz etmemesi nedeniyle borcun zimmetinde sayıldığı ve bunu icra dairesine ödemesi istenir. Yine ikinci haciz ihbarnamesinde üçüncü kişiye yedi günlük itiraz süresi tanınmıştır. İtirazın etkileri bakımından birinci haciz ihbarnamesi ile ikinci haciz ihbarnamesi açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Çünkü üçüncü kişiye birinci haciz ihbarnamesine itiraz halinde ikinci haciz ihbarnamesi; ikinci haciz ihbarnamesine itiraz durumunda ise üçüncü haciz ihbarnamesi gönderilmez[52]. Bu andan itibaren alacaklı, üçüncü kişinin verdiği cevabın aksini icra mahkemesinde ispat ederek bu kimsenin İİK 338/1'e göre[53] cezalandırılmasını ve ayrıca tazminata mahkûm edilmesini talep edebilmektedir (İİK 89/4).

Üçüncü kişi yedi günlük süre içinde ikinci haciz ihbarnamesine itiraz etmezse, borcun zimmetinde sayılması kesinleşir. İcra dairesi buna istinaden üçüncü kişiye "*üçüncü haciz ihbarnamesi*" gönderir. Üçüncü haciz ihbarnamesinde ise, üçüncü kişiye on beş gün içinde parayı icra dairesine ödemesi yahut bu süre içinde menfi tespit davası açması aksi

[50] Benzer yönde tespitler için bkz. ibid 163

[51] Bu hususta bkz. Kuru, İİK Ders Kitabı (n 42) 177; Arslan (n 42) 97; Ulukapı (n 43) 154. Söz konusu birinci haciz ihbarnamesinde takip borçlusuna borcu olan üçüncü kişilere yönelik şunlar yazılır: "borçlu olan hakiki veya hükmi şahsa bundan böyle borcunu ancak icra dairesine ödeyebileceğini ve takip borçlusuna yapılan ödemenin muteber olmadığını; borcu yoksa bunu veya ödemiş olduğunu yedi gün içinde icra dairesine bildirmesi gerektiği aksi takdirde borcun zimmetinde sayılacağı bildirir" (İİK 89/1)

[52] Bu yönde bkz. Kuru, İİK Ders Kitabı (n 42) 178-179

[53] İİK 338'de gerçeğe aykırı beyanda bulunmanın cezası öngörülmüştür. Buna göre İİK'ya göre istenen beyanı gerçeğe aykırı olarak veren kimsenin alacaklının şikâyeti üzerine üç aydan bir yıla kadar kısa süreli hapis cezasıyla cezalandırılması gündeme gelebilecektir (İİK 338/1)

takdirde zimmetinde sayılan borcu ödemeye zorlanacağı bildirilir. Bu aşamadan sonra yapılacaklar, üçüncü kişinin menfi tespit davası açıp açmamasına göre farklılık arz edecektir.

Üçüncü kişi menfi tespit davası açıp kazanırsa, zimmetinde sayılan borcu icra dairesine ödemekten kurtulurken; kaybederse hem icra dairesine borcu ödemek zorunda kalır hem de dava konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere tazminata mahkûm edilir (İİK 89/3).

Üçüncü kişi menfi tespit davası açmazsa zimmetinde sayılan borcu icra dairesine ödemek zorunda kalır. Bu aşamadan sonra üçüncü kişi zimmetinde sayılan borcu ödemekten imtina edemez. Aksi takdirde üçüncü kişinin zimmetinde sayılan borca yetecek kadar mallarının haczedilip satılması safhasına geçilir. Buradan elde edilecek para ise takip alacaklısına ödenir[54].

IV. YARGITAY'IN İİK 89'A GÖRE SERMAYE KOYMA BORCUNU YERİNE GETİRMEYEN ORTAĞA BAŞVURULUP BAŞVURULMAYACAĞINA İLİŞKİN GÖRÜŞÜ

Yargıtay'ın şirket alacaklılarının sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağa karşı İİK 89 hükmü çerçevesinde başvurup başvuramayacağına ilişkin farklı yönde kararları bulunmaktadır. Yüksek mahkeme özellikle 2016 yılında önemli bir içtihat değişikliğine giderek, şirket alacaklılarının İİK 89 çerçevesinde sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağa karşı da başvurabileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda Yargıtay'ın görüşünü, 2016 yılı öncesi ve sonrası olarak iki farklı açıdan değerlendirmek yerinde olacaktır[55].

[54] Bu ihtimalde üçüncü kişinin aslında borçlu olmadığı parayı ödemiş olduğundan bahisle kural olarak takip alacaklısına karşı istirdat davası açamayacağı; fakat takip borçlusuna karşı sebepsiz zenginleşme davası açabileceği kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Kuru, İİK Ders Kitabı (n 42) 179-180 dn. 3

[55] Her ne kadar yıl olarak 2016 tarihi esas alınmışsa da aslında Yargıtay'ı görüş değişikliğine götüren içtihat, Hukuk Genel Kurulu'nun 11.05.2016 tarih ve 12-1078/600 sayılı kararıdır. Dolayısıyla özellikle 11.05.2016 tarihinden önceki dönemi kapsayan ve 2016 yılı içinde verilmiş Yargıtay'ın muhtelif dairelerinin şirket ortağına İİK 89'a göre başvurulamayacağını belirten kararları da mevcuttur

A. Yargıtay'ın 2016 Yılı Öncesi İçtihatları

Yargıtay 2016 yılına kadar şirket alacaklılarının sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağa karşı İİK 89 çerçevesinde haciz ihbarname gönderemeyeceğini içtihat etmiştir. Bu kararların tamamında şirket alacaklılarının sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen şirket ortağına karşı İİK 89 kapsamında başvuramamasının temel gerekçesi olarak, şirket ortağının şirkete karşı üçüncü kişi konumunda olmadığı gösterilmiştir. Bu içtihatlara aşağıdaki kararların ilgili kısımları örnek gösterilebilir:

- "İİK'nun 89. maddesinde, takip borçlusunun "üçüncü şahıs" nezdinde bulunan hak ve alacakları ile menkul mallarının haczedilebileceği düzenlenmiştir. Yasanın söz konusu emredici kuralına aykırı olarak yapılan işlemler, İİK'nun 16/2. maddesi uyarınca süresiz şikâyete tabi olup, 3. kişilerin haciz ihbarnamesine karşı icra dairesine itirazlarını bildirmiş olmaları, anılan konuda icra mahkemesine şikâyette bulunmalarını engellemez. Bu durumda, kendilerine 89/1 haciz ihbarnamesi gönderilen şikayetçi 3. kişiler, borçlu şirketin ortağı olduklarını ileri sürerek haciz ihbarnamesinin iptalini istediklerine göre, mahkemece işin esasının incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin reddine dair hüküm tesisi isabetsizdir."[56].

- "Somut olayda, kendisine 89/1-2-3 haciz ihbarnameleri gönderilen şikayetçi 3. kişi, Uşak Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün 09.01.2014 tarihli yazısında belirtildiği üzere, borçlu şirketin ortağı olup borçlu şirket yönünden üçüncü kişi sayılamayacağından sözü edilen haciz ihbarnameleri hukuki sonuç doğurmaz. Yasanın emredici kuralına aykırı olarak yapılan işlemler, kamu düzeni ile ilgili bulunduğundan, İİK'nun 16/2. maddesi hükmü uyarınca süresiz şikâyete tabidir."[57].

- "İİK'nun 89. maddesinde, takip borçlusunun "üçüncü şahıs" nezdinde bulunan hak ve alacakları ile menkul mallarının haczedilebileceği düzenlenmiştir. Somut olayda 89/1 haciz ihbarnamesi gönderilen şirket ortakları, borçlu şirket yönünden üçüncü kişi sayılamayacağından sözü edilen haciz ihbarnamesi hukuki sonuç doğurmaz. Yasanın emredici

[56] Yargıtay 12 HD, 577/13826, 10.05.2016 (Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 20.11.2022). Not: Yargıtay kararının tam metninde şirketin türünü gösteren herhangi bir ibare yer almamaktadır

[57] Yargıtay 12 HD, 31357/6176, 17.03.2015 (Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 20.11.2022) Not: Yargıtay kararının tam metninde şirketin türünü gösteren herhangi bir ibare yer almamaktadır

kuralına aykırı olarak yapılan işlemler, kamu düzeni ile ilgili bulunduğundan, İİK'nun 16/2. maddesi hükmü uyarınca süresiz şikâyete tabidir."[58].

- "Somut olayda 89/1 haciz ihbarnamesi gönderilen şirket ortakları, borçlu şirket yönünden üçüncü kişi sayılamayacağından sözü edilen haciz ihbarnamesi hukuki sonuç doğurmaz. Yasanın emredici kuralına aykırı olarak yapılan işlemler, kamu düzeni ile ilgili bulunduğundan, İİK'nun 16/2. maddesi hükmü uyarınca süresiz şikâyete tabidir. O halde mahkemece şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddine dair hüküm tesisi isabetsizdir."[59].

- "İcra takibi borçlusu... olup adı geçen borçlu şirket hakkında takibin kesinleşmesi sebebi ile şikayetçi şirket ortağına İİK'nun 89. maddesi uyarınca haciz ihbarnamesi gönderilmiştir. Anılan maddede takip borçlusunun 3. şahıs nezdinde bulunan hak ve alacakları ile menkul mallarının haczedilmesi öngörülmüştür. Şirketin borçlarından dolayı kural olarak sorumluluk şirkete aittir. Somut olayda haciz ihbarnamesi gönderilen şirket ortağı, borçlu şirket yönünden 3. kişi sayılamayacağından gönderilen haciz ihbarnamesi bir hukuki sonuç doğurmaz."[60].

- "Dosya içeriğine, toplanan delillere, kararda yazılı gerektirici nedenlere, yapılan yargılama ve uygulamada isabetsizlik bulunmadığına, sanıkların borçlu şirketin ortakları olduğunun anlaşılması karşısında asıl borçluya karşı üçüncü kişi sayılamayacaklarına göre yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün İİK 366. maddesi uyarınca onanmasına, 30.03.2009 gününde oybirliği ile karar verildi."[61].

---

[58] Yargıtay 12 HD, 25881/31518, 24.12.2014 (Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 20.11.2022) Not: Yargıtay kararının tam metninde şirketin türünü gösteren herhangi bir ibare yer almamaktadır

[59] Yargıtay 12 HD, 26953/35276, 11.11.2013 (Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 20.11.2022) Not: Yargıtay kararının tam metninde şirketin türünü gösteren herhangi bir ibare yer almamaktadır

[60] Yargıtay 12 HD, 23407/8804, 20.03.2012 (Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 20.11.2022) Kararda bahsi geçen şirket bir anonim şirkettir

[61] Yargıtay 16 HD, 1983/2023, 30.03.2009 (Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 25.11.2022) Not: Yargıtay kararının tam metninde şirketin türünü gösteren herhangi bir ibare yer almamaktadır

Görüldüğü üzere Yargıtay, 2016 yılının belirli bir bölümüne kadar kadar vermiş olduğu kararların tamamında şirket alacaklılarının sermaye koyma borcunu yerine getirmemiş şirket ortağına İİK 89 kapsamında başvuramayacağını içtihat etmiştir. Buna da gerekçe olarak, şirket ortağının şirkete karşı üçüncü kişi konumunda olmadığı gösterilmiştir.

B. Yargıtay'ın 2016 Yılı Sonrası İçtihatları

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.05.2016 tarih ve 12-1078/600 sayılı kararıyla birlikte Yargıtay, İİK 89 çerçevesinde şirket alacaklılarının sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağa başvurusuna ilişkin yerleşik içtihatlarında önemli bir değişikliğe gitmiştir. Gerçekten de bu karara kadar şirket ortağını şirkete karşı üçüncü kişi saymayan ve şirket alacaklılarının İİK 89 hükmü gereği şirket ortaklarına başvurusunu kabul etmeyen Yargıtay, yukarıdaki kararla beraber şirket ortağının şirkete karşı üçüncü kişi konumunda olduğunu kabul ederek bunlara İİK 89'a göre başvurulabileceğine karar vermiştir. Buna ilişkin örnek içtihatların ilgili kısımları aşağıda verilmiştir.

- "Şirket ortağının şirket tüzel kişiliğine sermaye koyma borcu olması, şirket tüzel kişiliğinin, şirket ortağında mal, hak ve alacağının bulunması halinde, bu alacak kalemleri, şirketin şahsi alacaklıları tarafından İcra ve İflâs Kanunu 89. maddesi uyarınca haczedilebilir. Şirket ortağı, şirket tüzel kişiliğine karşı üçüncü kişi konumundadır. Şirket borçlarından dolayı kural olarak ortaklık tüzel kişiliğinin sorumlu olması, ortağın, ortaklık tüzel kişiliğine göre üçüncü kişi sayılıp sayılmaması ile ilgili değildir. Ortak, şirket tüzel kişiliğine göre üçüncü kişidir ve ortaklığın, ortaklardan alacağının bulunması halinde, şirket alacaklıları, şirket ortağına bu alacaklar için üçüncü kişi sıfatıyla haciz ihbarnamesi gönderebilir."[62].

- "Diğer bir anlatımla bir mal veya hakkın haczedilemeyeceğinin kabul edilebilmesi için bu konuda açıkça bir kanun hükmünün varlığı veya maddi hukuk anlamında o mal veya hakkın satış ve devrine engel yasal bir düzenlemenin bulunması şarttır. Şirket ortağı, ortağı olduğu şirket tüzel kişiliğinden ayrı bir kişiliğe sahip olup, TMK anlamında gerçek kişi olduğundan şirkete göre 3. kişi sayılır. TTK'nun yukarıda açıklanan maddeleri uyarınca şirket ortakları, şirket sözleşmesiyle koymayı

[62] Yargıtay HGK, 12-1078/600, 11.05.2016 (Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 03.12.2022) Kararda bahsi geçen şirket bir limited şirkettir

taahhüt ettiği sermayeden dolayı şirkete karşı borçlu olduklarından ve borçlu şirketin, şirket ortağındaki sermaye alacağının haczine engel yasal bir düzenleme de bulunmadığından sermaye alacağının haczi mümkündür. Kaldı ki, borçlu şirketin, 3. kişi şirket ortağı nezdinde sermaye borcu dışında tamamen özel hukuktan kaynaklanan ve paraya çevrilmesi mümkün, İİK'nun 89. maddesi kapsamında haczedilebilecek nitelikte başkaca hak ve alacaklarının bulunabileceği de kuşkusuzdur."[63].

- "İİK'nun 89. maddesinde, takip borçlusunun "üçüncü şahıs" nezdinde bulunan hak ve alacakları ile menkul mallarının haczedilebileceği düzenlenmiştir. Kural olarak, borçlunun her türlü mal ve hakkı haczedilebilir. Haczedilmezlik için İcra ve İflas Kanununda veya özel kanunlarda açık hüküm bulunması zorunludur. Diğer bir anlatımla bir mal veya hakkın haczedilemeyeceğinin kabul edilebilmesi için, bu konuda açıkça bir kanun hükmünün varlığı veya maddi hukuk anlamında o mal veya hakkın satış ve devrine engel yasal bir düzenlemenin bulunması şarttır. Şirket ortağı, ortağı olduğu şirket tüzel kişiliğinden ayrı bir kişiliğe sahip olup, TMK anlamında gerçek kişi olduğundan şirkete göre üçüncü kişi sayılır. Şikayetçi şirket takip borçlusu ortağı... yönünden üçüncü kişi sayılacağından, şikayetçi şirkete 89/1 haciz ihbarnamesi gönderilmesinde yasaya uymayan bir yön bulunmadığından, mahkemece, aksi gerekçe ile, haciz ihbarnamesinin iptali isabetsizdir."[64].

- "Şirket ortağı, ortağı olduğu şirket tüzel kişiliğinden ayrı bir kişiliğe sahip olup, TMK anlamında gerçek kişi olduğundan şirkete göre üçüncü kişi sayılır. TTK'nun yukarıda açıklanan maddeleri uyarınca şirket ortakları, şirket sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettikleri sermayeden dolayı şirkete karşı borçlu olduklarından ve borçlu şirketin, şirket ortağındaki sermaye alacağının haczine engel yasal bir düzenleme de bulunmadığından, sermaye alacağının haczi mümkündür. Kaldı ki, borçlu şirketin, üçüncü kişi şirket ortağı nezdinde, sermaye borcu dışında tamamen özel hukuktan kaynaklanan ve paraya çevrilmesi mümkün, İİK'nun 89. maddesi kapsamında haczedilebilecek nitelikte başkaca hak ve alacaklarının bulunabileceği de kuşkusuzdur. Dairemiz; şirket ortağı-

[63] Yargıtay 12 HD, 1954/15638, 02.06.2016 (Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 03.12.2022) Kararda bahsi geçen şirket bir limited şirkettir

[64] Yargıtay 12 HD, 17427/9509, 19.06.2017 (Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 03.12.2022) Kararda bahsi geçen şirket bir anonim şirkettir

nın, borçlu şirket yönünden üçüncü kişi sayılamayacağından dolayı şirket ortağına 89/1 haciz ihbarnamesi gönderilemeyeceği görüşünde iken, HGK'nun 11.05.2016 tarih ve 2014/12-1078 Esas numaralı içtihadı doğrultusunda ve yukarıda açıklanan olgular karşısında içtihat değişikliğine gitmiş olup, Dairemizin değişen içtihadına göre, şirket ortağı, borçlu şirket bakımından üçüncü kişi sayılacağından, şirket ortağı olan şikayetçilere 89/1, 89/2 ve 89/3 haciz ihbarnamesi gönderilmesinde yasaya uymayan bir yön bulunmadığı sonucuna varılmıştır."[65].

- "Kural olarak, borçlunun her türlü mal ve hakkı haczedilebilir. Haczedilmezlik için İcra ve İflas Kanununda veya özel kanunlarda açık hüküm bulunması zorunludur. Diğer bir anlatımla bir mal veya hakkın haczedilemeyeceğinin kabul edilebilmesi için, bu konuda açıkça bir kanun hükmünün varlığı veya maddi hukuk anlamında o mal veya hakkın satış ve devrine engel yasal bir düzenlemenin bulunması şarttır. Şirket ortağı, ortağı olduğu şirket tüzel kişiliğinden ayrı bir kişiliğe sahip olup, TMK anlamında gerçek kişi olduğundan şirkete göre üçüncü kişi sayılır. TTK'nun yukarıda açıklanan maddeleri uyarınca şirket ortakları, şirket sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettikleri sermayeden dolayı şirkete karşı borçlu olduklarından ve borçlu şirketin, şirket ortağındaki sermaye alacağının haczine engel yasal bir düzenleme de bulunmadığından sermaye alacağının haczi mümkündür. Kaldı ki, borçlu şirketin, üçüncü kişi şirket ortağı nezdinde, sermaye borcu dışında tamamen özel hukuktan kaynaklanan ve paraya çevrilmesi mümkün, İİK'nun 89. maddesi kapsamında haczedilebilecek nitelikte başkaca hak ve alacaklarının bulunabileceği de kuşkusuzdur. HGK'nun 11.05.2016 tarih ve 2014/12-1078 Esas numaralı içtihadı doğrultusunda ve yukarıda açıklanan olgular karşısında; şirket ortağı, borçlu şirket bakımından üçüncü kişi sayılacağından, şirket ortağına 89/1, 89/2 ve 89/3 haciz ihbarnamesi gönderilmesinde yasaya uymayan bir yön bulunmamaktadır ve mahkemenin gerekçesi bu yönden isabetsizdir."[66].

[65] Yargıtay 12 HD, 7066/8437, 16.05.2019 (Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 03.12.2022) Kararda bahsi geçen şirket bir limited şirkettir

[66] Yargıtay 12 HD, 2201/7052, 29.06.2021 (Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 03.12.2022) Kararda bahsi geçen şirket bir limited şirkettir

C. Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

Yargıtay'ın 2016 yılı öncesinde vermiş olduğu kararlara baktığımızda, şirket ortağının şirkete karşı üçüncü kişi olmadığı görüşüne katılma olanağı yoktur. Tüzel kişiliğin en belirgin özelliği, kurucularından, üyelerinden ortaklarından ve organlarını oluşturan yöneticilerinden apayrı ve bağımsız bir hak öznesi olmasıdır[67]. Gerçekten de tüzel kişilerin gerçek kişilerden ayrılığı ve bağımsızlığı ilkesi gereği, tüzel kişiler kendisini oluşturan bireylerin gelip geçiciliğinden veya değişmesinden etkilenmezler[68].

TMK 48/1'de tüzel kişilerin cins, yaş hısımlık gibi yaradılış gereği insanlara özgü olan nitelikler dışındaki bütün hak ve borçlara ehil oldukları ifade edilmiştir. TTK 125/1'de ticaret ortaklıklarının tüzel kişiliğe sahip olduğu; TTK 355/1'de anonim şirketin TTK 588/1'de ise limited şirketin ticaret siciline tescille birlikte tüzel kişilik kazandığı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla tüzel kişiler için belirtilen bağımsız bir hak süjesi olma özelliği ticaret şirketleri açısından da aynen geçerlidir. Bunun en doğal sonucu olarak da, ticaret şirketlerinin gerek kendisini oluşturan ortaklardan gerekse de yöneticilerden ayrı hukuki kimliği, adresi, malvarlığı, hak ve borçları bulunmaktadır[69]. Bu yüzden Yargıtay'ın şirket ortağını şirkete karşı üçüncü kişi kabul etmeyen, şirket ortağı ile şirket tüzel kişiliğini birbirinden ayırmayan ve onları adet tek bir kişilik gibi gören bu yaklaşımı yerinde değildir.

Yargıtay, tüzel kişilikteki bağımsızlık ilkesini göz ardı eden şirket ortağının şirkete karşı üçüncü kişi sayılmayacağı görüşünü 2016 yılındaki Hukuk Genel Kurulu kararı ile terk etmiştir. Nitekim Yargıtay'ın 2016 yılından sonraki içtihatlarında şirket ortağı şirkete göre üçüncü kişi

---

[67] Rona Serozan, İlkay Engin and Yeşim Atamer, Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku (9th edn, On İki Levha Yayıncılık 2022) 500, No. 8; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi and Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku (15th edn, Filiz Kitabevi 2015) 247; Bilge Öztan, Tüzel Kişiler (3rd edn, Turhan Kitabevi 2000) 5

[68] Bu yönde bkz. Serozan, Engin and Atamer (n 67) 501 No. 9; Öztan (n 67) 5

[69] Benzer şekilde bkz. İbid 5. Bu hususta ayrıca bkz. "Türk Medeni Kanunu'nun 47/1. maddesinde tüzel kişiler, kendilerini oluşturan kişi veya mal topluluklarından bağımsız ve ayrı kişilikler olarak tanımlanmıştır. Tüzel kişiler süreklilik arz eden ortak bir amacı gerçekleştirebilmek için ortaklarından ayrı ve bağımsız bir kişiliğe sahip olduğundan, malvarlıkları da ortaklarının malvarlığından ayrıdır." Yargıtay 8 HD, 24137/16011, 20.09.2018 (Lexpera İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 28.09.2022)

kabul edilmiş ve böylece gerçek kişi ile tüzel kişi arasındaki ayrılık sınırı net bir şekilde çizilmiştir. Yargıtay'ın bu yaklaşımı, geçmişte hukukun sınırlarını zorlayan hatalı nitelendirmeden vazgeçilmiş olması adına olumludur. Fakat Yüksek Mahkeme, 2016 yılı sonrası verdiği kararlarda sadece ortağın şirkete karşı üçüncü kişi konumunda olmasından hareketle İİK 89 hükmünü bakiye sermaye borcunu henüz yerine getirmemiş ortağa doğrudan uygulamaktadır. Bu kararlarda özellikle maddi hukuk boyutuyla şirket ortaklarının şirket alacaklılarına karşı sorumlu olmamasının, İİK 89'a göre bunlara başvuru hakkını engelleyip engellemeyeceği hususu hiç tartışılmamıştır. Bu yönüyle Yargıtay'ın 2016 yılı sonrası vermiş olduğu kararlar da tartışmaya açıktır. Oysa sermaye ortaklıklarındaki sorumluluk rejiminin İİK 89'a göre şirket ortağına başvurmak için bir engel teşkil edip etmediği de cevaplanması gereken bir sorudur. Şimdi bu soruyu doktrindeki görüşleri de dikkate alarak cevaplamaya çalışalım.

V. ŞİRKET ALACAKLILARI İİK 89 ÇERÇEVESİNDE SERMAYE KOYMA BORCUNU YERİNE GETİRMEYEN ORTAĞA BAŞVURABİLİR Mİ?

A. Doktrindeki Görüşler

1. Başvurabileceğini Savunan Görüşler

Şirket alacaklılarının İİK 89'a göre sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağa gidip gidemeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşlerden bir kısmı, çeşitli gerekçelerle İİK 89'a göre sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağa başvurulabileceğini savunmaktadır. Bu görüşü savunan bazı yazarların gerekçelerine bakacak olursak;

Domaniç, henüz ödenmemiş sermayenin şirketin aktifine dahil bir alacak hakkı teşkil ettiğini belirttikten sonra şirket alacaklıları bakımından ortakların bu taahhütlerini tamamen yerine getirmedikçe sorumluluklarının devam ettiğini ve bunların dava edilebileceğini beyan etmektedir[70].

Sorunu limited ortaklık özelinde inceleyen *Çamoğlu*, konuya ilişkin tartışmaları iki yönüyle de ele aldıktan sonra, şirket alacaklılarının

[70] Hayri Domaniç, 'Anonim Şirket Ortaklarının Sermaye Temerrüdüne Terettüp Eden Müeyyideler' (1966) XL (4-5-6) İstanbul Barosu Dergisi 123 vd

İİK 89'a göre sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağa başvurulabileceği sonucuna varmıştır. *Çamoğlu*'na göre, ortaklığın başka bir malvarlığı değerinin haczedilmesiyle ortaktan olan sermaye alacağının haczi arasında veyahut ortak sermaye koyma borcunu yerine getirdikten sonra bu paraya ortaklık kasasında haciz koydurmakla daha ortaklığa ödenmeden, alacak halindeyken haczedilmesi arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır[71].

Yine konuyu limited ortaklık açısından inceleyen *Topuz* da İİK 89'a göre şirket alacaklılarının sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağa başvurabileceği görüşündedir. Bu görüşün gerekçelerini kısaca şu şekilde özetleyebiliriz:

Yazara göre, şirket sermayesi bütün alacaklılara ortak bir garanti oluşturmakta olup, alacaklılar arasındaki eşitliğin bozulmaması gerekçe gösterilerek bakiye sermaye alacağının haczedilemeyeceğinin kabul edilmesi, limited şirketin alacaklılara karşı malvarlığıyla sorumlu olması ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir[72]. Bu minvalde yazara göre bakiye sermaye alacağının haczedilmesinin alacaklılar arasındaki eşitliği bozacağına dayanmak, limited şirkete hiçbir şekilde haciz yoluyla takip yapmaya da izin verilmemesi sonucunu doğurduğu gibi, yasada tüm alacaklıların eşit olarak tatmin edilmesini gerektiren somut bir kanun hükmü de bulunmamaktadır[73]. Yazar, bakiye sermaye alacağının şirket borçlarından dolayı haczedilmesinin ortaklar arasındaki eşitlik ilkesini zedeleyeceğine ilişkin görüşe de karşı çıkmaktadır. Zira bu durumda ilgili ortak, şirkete karşı ileri sürebileceği tüm defi ve itirazları (örneğin alacağın henüz vadesinin gelmemesi gibi) takip alacaklısına karşı da ileri sürebilir[74].

Dahası yazara göre TTK'daki hükümler çerçevesinde şirket alacaklılarına ortağa başvuru hakkı verilmemişken İİK 89 ile şirket alacaklılarının böyle bir imkana sahip olması, kanunun amacına ters düşmez, kanuna karşı hile olarak da kabul edilemez. Yazar, bu görüşüne gerekçe

[71] Bu yönde bkz. Ersin Çamoğlu, 'Limited Ortaklığın Sermaye Alacaklarının Haczi' (1971) VI (1) BATİDER 63

[72] Bu hususta bkz. Gökçen Topuz, 'Limited Şirketin Sermaye Alacağının Haczi' (2010) Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan Cilt: 2 2109

[73] Topuz (n 72) 2110

[74] ibid 2110-2111

olarak 6762 sayılı mülga TTK 532. maddesini örnek göstermektedir[75]. Gerçekten de söz konusu hükme göre ortaklar sermaye koyma borçlarını yerine getirdikleri nispette mesuliyetten kurtulmaktadır. Yazara göre bu sorumluluğun ortaklığa karşı olması, şirket alacaklılarının İİK 89'a göre bunlara başvuru hakkını ortadan kaldırmadığı gibi bu durum kanuna karşı hile de oluşturmaz. Fakat 6102 sayılı yeni TTK ile yazarın görüşüne dayanak yaptığı bu hüküm ortadan kaldırılmıştır.

Uyar, pay sahiplerinin anonim şirkete ödemeyi taahhüt ettikleri sermaye borçlarının ödenmeyen kısmının da şirket malvarlığına dahil olması nedeniyle, şirket alacaklılarının alacaklarını tahsil amacıyla pay sahiplerine başvurabileceklerinin kabul edilmesi gerektiği görüşündedir[76].

İyilikli ise, TTK 128 ve 329 hükmünün İİK 89'u bertaraf eden ya da buna istisna getiren bir hüküm olmadığını, Yargıtay'ın şirket ortağını üçüncü kişi saymayan görüşüne katılma olanağı bulunmadığını; zira ortağın şirket tüzel kişiliğine göre üçüncü kişi konumunda olduğunu ve bu sebeple kendisine İİK 89 çerçevesinde haciz ihbarnamesi gönderilebileceğini belirtmektedir[77].

Yavaş, limited ortaklık özelinde bu soruya olumlu cevap vermiş ve şirket alacaklısının İİK 89'a göre sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağa başvurabileceği sonucuna varmıştır. Yazar, bu görüşüne gerekçe olarak sermaye alacağının şirket malvarlığına dahil bir alacak olduğunu ve İİK 89'un sermaye alacaklarına uygulanmasını engelleyen bir kanun hükmünün olmamasını göstermiştir[78].

Keza *Afiz* de çeşitli gerekçelerle şirket alacaklılarının İİK 89'a göre sermaye borcunu yerine getirmemiş şirket ortaklarına başvurabileceği görüşündedir. Yazar özetle şu gerekçelerden yola çıkmaktadır. Yazara göre öncelikle şirket alacaklılarına İİK 89'a göre sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağa başvuru imkânı vermek alacaklılar arasında eşitsizliğe yol açmadığı gibi, aksine sermaye alacağının haczine engel

[75] ibid 2112

[76] Talih Uyar, 'Anonim ve Limited Şirketlerde; "Şirket"ten ve/veya "Şirket Ortağı"ndan Alacaklı Olan Üçüncü Kişilerin "Şirket"i ve/veya "Şirket Ortağı"nı Takip Hakkının Kapsamı' (2015) 89 (6) İstanbul Barosu Dergisi 77

[77] Bu yönde bkz. Ahmet Cahit İyilikli, 'Haciz İhbarnamesi Uygulamasında Şirkete Borçlu Olan Ortağın 3. Kişi Sıfatıyla Sorumluluğu ve Rücu İlişkisi' (2013) 1 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 19-21

[78] Murat Yavaş, Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (1st edn, Arıkan Yayınevi 2005) 166

olmak bakiye sermaye alacağını diğer alacaklardan imtiyazlı hale getirip alacaklılar arasında eşitsizliğe neden olur[79]. Yine sermaye alacaklarının haczini yasaklayan açık bir düzenleme olmaması da yazarın dayandığı temel argümanlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır[80]. Keza yazara göre TTK'daki "sadece şirkete karşı borçlu olma" ifadesinden yola çıkarak bu alacağın şirket dışında başka hiç kimseye ifa edilemeyeceğini kabul etmek, TTK 542 gereğince şirketin tasfiye halinde bu borcun ifasının tasfiye memurlarınca talep edilmesi nedeniyle ortakların tasfiye memurlarına karşı sorumlu olmasını ve TTK 534 gereği şirketin iflası durumunda ortağın iflas idaresine karşı sorumlu olmasını düzenleyen hükümlere aykırılık teşkil etmektedir[81]. Bundan başka yazar, şirketin malvarlığının amaçlarından birinin alacaklıları korumak olduğunu, şirketin bakiye sermaye alacağının ifası için harekete geçmemesi olasılığında şirket alacaklılarına İİK 89'a göre başvuru hakkı tanımamanın alacaklıları korumaz bırakacağını, bu durumun ise bir yandan menfaat dengesini ihlal edeceğini diğer taraftan şirketin malvarlığının alacaklıları koruma işlevine aykırılık teşkil edeceğini ifade etmektedir[82].

2. Başvurulamayacağını Savunan Görüşler

Her ne kadar Yargıtay'ın içtihat değişikliğinin etkisiyle son dönemde şirket alacaklılarının İİK 89 hükmüne istinaden şirket ortaklarına başvurabileceği görüşünü benimseyenler giderek artmaktaysa da, ekseriyetini ticaret hukukçularının temsil ettiği baskın görüşün hala aksi yönde

[79] Pınar Afiz, Sermaye Şirketlerinde Sermaye Alacağının Haczedilebilirliği Sorunu: İcra ve İflas Kanunu m. 89 Çerçevesinde Bir İnceleme (2021) 129 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> Erişim Tarihi: 17.10.2022)

[80] Afiz (n 79) 130

[81] ibid 131. Burada yazarın özellikle "TTK 542 gereğince şirketin tasfiye halinde bu borcun ifasının tasfiye memurlarınca talep edilmesi nedeniyle ortakların tasfiye memurlarına karşı sorumlu olmasını" görüşüne katılma olanağı olmadığını belirtmek gerekir. Zira şirket tasfiye aşamasına girdiğinde tasfiye memurları tasfiye işlemlerini şirketin bir organı sıfatıyla gerçekleştirir. Nitekim TTK 539/4'te tasfiye memurlarının görevini yerine getirdiği sırada işlediği haksız fiillerden şirketin sorumlu tutulması, haksız fiillerde temsil olmaz ilkesi gereği onların alelade bir temsilci değil de doğrudan şirketin bir organı olarak kabul edilmesini gerektirir. Bu açıdan tasfiye halinde olan bir şirkette sermaye koyma borcunu yerine getirmemiş ortağın sorumluluğu tasfiye memurlarına karşı değil, bizatihi şirket tüzel kişiliğine karşı devam etmektedir

[82] Afiz (n 79) 133

olduğunu söylemek yanlış olmaz[83]. Şimdi bu görüşün önemli temsilcilerinin gerekçelerine bakacak olursak;

Arslanlı, henüz sermaye borcu ödenmemişse ortağın bakiye kısım hakkında şirkete karşı sorumlu olduğunu ve şirket alacaklılarına şahsen sorumlu olmadığını; bakiye sermaye borcunun İİK 89'a göre haczi caiz görülse bile ancak şirkete ödeme talebinde bulunulabileceği görüşündedir[84].

Yine *Arslanlı ve Domaniç*, Türk Ticaret Kanunu'nda şirket borçları için ortaklara başvuru hakkı tanınmadığını, alacaklılardan birinin daha önce davranarak alacağını bütün alacaklıların alacaklarına karşılık teşkil eden değerlerden tahsil etmesi ve bu suretle, diğer alacaklıları alacaklarını istifa imkanından mahrum bırakmasının uygun görülemeyeceğini zikretmektedir[85].

Ansay, bakiye sermaye borcunu ortaklardan ancak şirketin talep edebileceğini, şirket alacaklılarının pay sahiplerine müracaat hakkı bulunmadığını belirtmektedir[86].

Karayalçın da, sermaye ortaklıklarında ortağın sadece koymayı taahhüt ettiği sermaye ile sınırlı olarak şirkete karşı sorumlu olduğunu, şirket alacaklılarının sermaye koyma borcunu tamamen yerine getirmemiş ortaklara müracaat etmelerinin mümkün olmadığını söylemektedir[87].

İmregün ise, ödenmeyen sermaye yükümlerinden dolayı ortağın şirket alacaklılarına değil ortaklığa karşı sorumlu olduğunu ifade etmiştir[88].

Göle, pay sahiplerinin sadece anonim ortaklığa karşı bir borç altına girdiğini ve şirket alacaklılarının ortaklıktan olan alacağını tahsil amacıyla pay sahiplerine başvuramayacağını; pay sahiplerinden sermaye koyma borcunun yerine getirilmesini isteme hakkının yalnız ortaklık tüzel kişiliğine ait olduğunu söylemektedir[89]. Nitekim yazara göre ortak-

[83] Bu hususta bkz. Bahtiyar (n 2) 113

[84] Halil Arslanlı, Anonim Şirketler I Umumi Hükümler (3rd edn, Fakülteler Matbaası 1960) 20

[85] Halil Arslanlı and Hayri Domaniç, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt III: Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketler, Limited Şirketler (1st edn, Temel Yayınları 1989) 445

[86] Tuğrul Ansay, Anonim Şirketler Hukuku (5th edn, Sevinç Matbaası 1975) 216

[87] Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku II Şirketler Hukuku (2nd edn, Sevinç Matbaası 1973) 79, 82

[88] Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar (4th edn, Yasa Yayıncılık 1989) 28

[89] Celal Göle, Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1976) 54-55

lığın tasfiye aşamasındayken bakiye sermaye borcunun tahsil yetkisinin ortaklık adına sadece tasfiye memurlarına tanınması ve nama yazılı bir pay senedini iktisap eden kişinin senet bedelinin ödenmeyen kısmını ortaklığa ödemekle yükümlü olması ortaklık alacaklılarının pay sahiplerine doğrudan doğruya başvuramayacaklarını göstermektedir[90].

Tekinalp, "*Türk Ticaret Kanunu'nun getirdiği yeniliklerden biri de pay sahiplerinin taahhüt ettikleri sermaye payının ifasında sadece AO'ya karşı sorumlu oldukları kuralını açıkça ifade etmiş olmasıdır*" diyerek, dolaylı bir şekilde şirket alacaklılarının İİK 89'a göre bakiye sermaye borcu için ortaklara gidemeyeceği sonucuna varmaktadır[91].

Ayhan ise, TTK'nın şirket alacaklılarının ortakların şahsi malvarlıklarına başvurmalarını kural olarak yasakladığını ve bu sebeple İİK 89 hükmüne dayanarak kanunun yasakladığı sonuca gidilememesi gerektiğini; başka bir deyişle kanunun yasakladığı sonucu başka bir yolla ulaşılmasının mümkün olmamasını (kanuna karşı hile); fakat de lege ferenda olarak bu yetkinin alacaklılara tanınabileceğini söylemektedir[92].

Bilgili ve Demirkapı da, şirketten alacağını tahsil edemeyen bir şirket alacaklısının sermaye borcunu yerine getirmemiş ortaklara başvuramayacağını, sermaye koyma borcunun ifasını ancak şirketin yönetim kurulunun, şayet şirket iflas etmişse iflas idaresinin veya tasfiye aşamasına girmişse tasfiye memurlarının isteyebileceğini, şirket alacaklılarının sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortak bakımından "alacak haczi" gerçekleştiremeyeceğini; çünkü sermaye koyma borcunun ancak yetkili organlar tarafından talep edildiğinde yerine getirilmek zorunda olduğunu belirtmektedir[93].

Alışkan ve Cankat ise, bakiye sermaye alacağının İİK 89'a göre haczedilmesini şirketin sermaye üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma olanağını elinden alacağını ve sermayenin fiilen oluşturulmasına ilişkin ilkelere aykırılık teşkil edeceğini ifade etmektedir[94]. Yine yazarlara göre TTK hükümleri şirket alacaklısının şirket ortağına başvuru yasaklamıştır

[90] Göle (n 89) 55

[91] Poroy, Tekinalp and Çamoğlu (n 13) 307 No. 434

[92] Rıza Ayhan, Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu (1st edn, Kazancı Matbaacılık 1992) 65

[93] Bu yönde bkz. Bilgili and Demirkapı (n 20) 176

[94] Murat Alışkan and Rifat Cankat, 'Limited Şirketin Sermaye Alacağının Şirket Alacaklısı Tarafından Haczettirilmesi' Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan (On İki Levha Yayınları 2019) 169

ve İİK 89'a göre haciz durumunda sermaye taahhüdünden kaynaklanan sorumluluk ilkeleri dolanılmış olur[95]. Dahası TTK 601 çerçevesinde sermayenin iadesi yasağına tabi talep hakkı şirkette olduğuna göre bunun da şirket alacaklıları tarafından İİK 89'a göre haczedilmesi mümkün değildir. Fakat yazarlar, ortaksal nitelikte olmayan şirketin ortaktan olan alacağının İİK 89 çerçevesinde haczedilebileceği görüşündedir[96].

Sayın Önal'a göre bakiye sermaye borcunun şirket alacaklılarınca haczedilebileceğinin kabulü, alacaklılardan önce davrananların tüm alacaklılar bakımından müşterek güvence olan malvarlığından yararlanmada diğerlerinin önüne geçmesine, dolayısıyla alacaklılar arasında eşitsizliğe neden olacaktır. Keza yazar, TTK'da şirket alacaklılarına ortağa doğrudan başvuru hakkı tanınmamışken, İİK hükümleriyle alacaklılara bu hakkı tanımanın kanunun amacına ters düşeceği görüşündedir[97].

B. Değerlendirmelerimiz

Görüldüğü üzere şirket alacaklıların sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortağa İİK 89 çerçevesinde başvurup başvuramayacağı hususu sadece uygulamada değil doktrinde de tartışmalıdır. Nitekim hâkim görüş başvurulamayacağı yönünde olsa da her iki görüşü savunanların sayısı azımsanmayacak düzeydedir. Bu yüzden her şeyden önce bir hususu vurgulamak gerekir. Bakiye sermaye koyma borcunu yerine getirmemiş ortağa İİK 89'a göre haciz ihbarnamesi gönderilmesi durumunda, söz konusu ortak bu ihbarnameye itiraz ederse kendisine karşı İİK 89/4 hükmü uygulanmamalıdır. İcra ve İflas Kanunu 89/4 hükmü, itiraz eden üçüncü kişinin İİK 338/1'e göre cezalandırılması ve ayrıca tazminata mahkûm edilmesini öngörmektedir. Oysa doktrin ve uygulamada bakiye sermaye borcunu yerine getirmeyen ortağa İİK 89'a göre başvurulup başvurulamayacağı bu kadar tartışmalı iken ve bu noktada bir hukuki belirsizlik söz konusu iken, haciz ihbarnamesine itiraz eden ortağın İİK 89/4'e istinaden cezalandırılması hakkaniyete uygun düşmez.

Doktrinde pek üzerinde durulmasa da İİK 89 hükmü çerçevesinde yapılacak başvurunun, konusu para olan ve ödenmemiş bakiye sermaye koyma borcu yönünden olduğunun altını çizmek gerekir. Zira şirketin

[95] Alışkan and Cankat (n 94) 169

[96] ibid 170-171

[97] Buket Sayın Öcal, Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu (4th edn, Adalet Yayınevi 2009) 83

ortaktan konusu para olmayan şahsi bir alacak hakkına sahip olması da muhtemeldir. Örneğin şirkete bir taşınırın ya da taşınmazın kullanım hakkının sermaye olarak getirileceği öngörülmüşse, burada şirketin ilgili ortaktan bir alacak hakkına sahip olduğu aşikardır; fakat bu alacak, konusu para olmayan şahsi nitelikte bir haktan ibarettir. Dolayısıyla şirketin ortaktan konusu para olmayan bir alacak hakkına sahip olması ve bu borcun henüz şirkete ifa edilmemiş olması, şirket alacaklılarına İİK 89'a dayanarak ilgili ortağa karşı bir başvuru hakkı bahşetmez.

Doktrinde normların çatışması, özel kanun – genel kanun veya önceki kanun – sonraki kanun gibi çeşitli açılardan tartışılarak büyük ölçüde çözüme kavuşturulmuştur. Fakat maddi hukuk kuralı ile şekli hukuk kuralı arasında bir çatışma yaşansa burada hangi kurala öncelik tanınacağı üzerinde pek durulmamıştır. Maddi hukuk kuralları hakkın içeriğini, şekli hukuk kuralları ise hakla ilgili uyuşmazlık yaşandığında hakkın elde edilmesi yöntemini belirlemektedir[98]. Maddi hukukun bir alt dalı olan şirketler hukukunda, ortakların hak ve yükümlülükleri ile şirket borçlarına ilişkin sorumluluk rejimleri önceden tayin edilmiştir. Bu kurallardan genel hüküm olan TTK 128/1 ile sermaye şirketlerine özgü TTK 329 ve TTK 573/2 düzenlemeleri, ortağın sadece sermaye koyma borcuyla sınırlı olarak sadece şirkete karşı bir sorumluluğunun bulunduğunu vurgulamaktadır. Şekli hukukta ise maddi hukuk tarafından tanınan hak ve yetkilerin uyuşmazlık çıktığında nasıl elde edilebileceği belirlenmektedir. Bu yönüyle şekli hukuk yaptırımların uygulanma biçimlerini göstermektedir[99]. Şekli hukukun önemli bir dalı olan icra ve iflas hukukunda hakların yerine getirilmesi, icrası ve infazıyla ilgili düzenlemeler yer almaktadır[100]. Bu düzenlemelerden biri de, alacaklının takip borçlusunun üçüncü kişilerdeki alacak ve taşınır mallarının haczedilmesine olanak tanıyan İİK 89 hükmüdür. Bu kurala göre alacaklı, takip borçlusunun üçüncü kişilerdeki alacaklarına haciz koydurma imkanına sahiptir. Görüldüğü gibi şirketler hukukundaki sınırlı sorumluluk ilkesi ile icra ve iflas hukukundaki bu düzenleme arasında bir çatışma mevcut-

[98] Bu yönde bkz. Fatih Bilgili and Ertan Demirkapı, Hukukun Temel Kavramları (10th edn, Dora Yayıncılık 2014) 14; Şaban Kayıhan, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri (4th edn, Seçkin Yayıncılık) 67; Muhammet Özekes, Temel Hukuk Bilgisi (3rd edn, Yetkin Yayınları 2012) 78

[99] Kayıhan (n 98) 67; Özekes (n 98) 79

[100] ibid 79

tur. Kanun koyucu HMK 53'te ise dava takip yetkisinin kanunda belirtilen istisnalar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edileceğini belirtmiştir. Bu açıdan bakıldığında bir hak tanınmadan o hakkın elde edilmesine yönelik bir yetkinin kullanılması da mümkün olmamalıdır. Kanaatimizce maddi hukukun başvuru hakkı tanımadığı durumlarda, kural olarak İİK 89'a istinaden üçüncü kişilere karşı haciz yapılamaması gerekir. Ancak bu yorum, sınırlı sorumluluk ilkesiyle şirket alacaklıları arasında bir denge kurulmasına da engel olmamalıdır. Sermaye ortaklıklarında geçerli olan sınırlı sorumluluk ilkesi sayesinde yatırımcı pay sahiplerinin riski en baştan minimize edilerek bu tür şirketlere katılım cazip hale getirilmektedir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi şirket borçlarının ortaklar üzerindeki etkisi, kurulacak ortaklık türünün seçiminden bir kimsenin hangi tür ticaret şirketine ortak olarak katılma iradesinin ortaya çıkmasına kadar pek çok açıdan önem taşımaktadır. Ortaklık borçlarından sorumlu olmama prensibi, sermaye şirketlerini şahıs şirketlerine kıyasla daha fazla tercih edilir kılmaktadır. Fakat ortaklara getirilmiş olan bu güvencenin de kötüye kullanılmaması ve ortakların sınırlı sorumluluk ilkesinin arkasına gizlenip şirket alacaklılarını zarara uğratmaması gerekir. Zira sınırlı sorumluluk ilkesinin arkasına saklanılarak özellikle tüzel kişilik perdesini kendilerine paravan yapan ortaklar yönünden İİK 89 hükmü işletilmelidir. Örneğin tek adam ortaklığı şeklinde kurulmuş bir sermaye şirketinde, tüzel kişilik perdesiyle sınırlı sorumluluk ilkesinin arkasına sığınan ortak yönünden, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından ziyade şirket alacaklılarının İİK 89 çerçevesinde başvurmasına cevaz verilmesi, usul ekonomisine uygun olduğu gibi TMK 2'de anlamını bulan dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağının bir gereği olarak kabul edilmelidir.

Anonim ortaklıklarda nakdi sermaye borcunun yüzde yirmi beşinin şirketin tescilinden önce geri kalan bakiye sermaye borcunun ise şirketin tescilini izleyen yirmi dört ay içinde ödeneceği hükme bağlanmıştır (TTK 344/1) Limited ortaklıklarda ise anonim ortaklıklardaki nakdi sermaye koyma borcunun ifasına ilişkin TTK 344/1 hükmüne atıf yapılmakla birlikte, 7099 sayılı Kanunun[101] 15.03.2018 tarihinde yürürlüğe giren 25. maddesiyle nakdi sermaye koyma borcunun yüzde yirmi beşi-

[101] Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7099, Kabul Tarihi: 15.02.2018, RG 10.03. 2018/30356

nin tescilden önce ödenmesi şartı kaldırılmıştır (TTK 585/1)[102]. Buna göre limited ortaklıklarda nakdi sermaye koyma borcunun tamamı şirketin tescilini izleyen yirmi dört ay içinde ödenebilecektir[103]. Görüldüğü üzere sermaye ortaklıklarında kanun koyucu, ortaklara nakdi sermaye borcunu yerine getirebilme açısından yirmi dört aylık bir vade tanımıştır. Dolayısıyla esas sözleşmede farklı bir esas belirlenmedikçe ve şirket tarafından pay sahibinden sermaye borcunun ifası talep edilmedikçe, yirmi dört aylık süre dolmadan nakdi sermaye koyma borcu muaccel olmaz. Şirket alacaklılarının İİK 89'a göre sermaye koyma borcunu yerine getirmemiş ortağa başvurması durumunda, özellikle yirmi dört aylık süre dolmamışsa, ortağın henüz alacağın muaccel olmadığına yönelik iddialarının dikkate alınması gerekir[104]. Zira külli takip yolu olan iflasta dahi, hakkında iflas kararı verilen borçlunun üçüncü kişilerdeki alacakları iflasla birlikte muaccel hale gelmezken[105], cüzi takibin bir parçası olan İİK 89'a göre gönderilen haciz ihbarnamesiyle bunun aksini kabul etmek mümkün değildir. O halde menfaat dengesi açısından sınırlı durumlarda, şirket alacaklılarının sermaye koyma borcunu yerine getirmemiş ortağa İİK 89 kapsamında başvurabilmesine olanak verilse bile, en azından o ortağın bakiye sermaye borcunun muaccel hale gelmiş olup olmadığına dikkat edilmelidir. Kanaatimizce İİK 89 ile maddi hukukun ortaklara tanıdığı yirmi dört aylık süre ortakların elinden alınamayacağı gibi kısaltılamaz da.

---

[102] Pulaşlı (n 20) 793; Bahtiyar (n 2) 410; Bilgili and Demirkapı (n 20) 425-426

[103] Bu düzenleme doktrinde eleştirilmiştir. Nitekim Bahtiyar, bir sermaye şirketinde sermaye taahhütleri için herhangi bir peşinat dahi ödenmeden bu kadar uzun bir ödeme süresine izin verilmesini yerinde bulmamış ve bunun uygulamada kötüye kullanımlara kapı açabileceğini belirtmiştir. Bu yönde bkz. Bahtiyar (n 2) 410

[104] Nitekim Çamoğlu da bir alacağın haczedilmesinin onun ödeme şartlarını borçlu aleyhine değiştirmeyeceğini, borçlu ortağın şirkete hangi şartlar altında ödeme yapacak ise, bunu takip alacaklısına karşı da ileri sürebileceğini, örneğin bakiye sermaye borcunun ödenmesi muayyen vadeli taksitlere bağlanmışsa ortaktan anca bu vadeler uyarınca ödeme istenebileceğini ifade etmektedir. Bu yönde bkz. Çamoğlu (n 71) 65

[105] Burada özellikle iflasın açılması ile müflisin alacaklı olduğu üçüncü kişilerdeki alacaklarının kendiliğinden muaccel olmadığının altını çizmek gerekir. Oysa müflisin üçüncü kişilere olan borçları bakımından durum farklıdır. Gerçekten de iflasın açılmasıyla birlikte müflisin üçüncü kişilere olan borçları kendiliğinden muaccel hale gelmektedir (İİK 195/1)

Şirket alacaklılarının ortaklara İİK 89'a göre başvurulamayacağını savunan görüşler arasında alacaklılardan önce davrananın diğerlerinin önüne geçerek eşitsizliğe yol açacağı düşüncesi ön plana çıkmaktadır[106]. Bu gerekçeye katılma olanağı yoktur. Zira İİK çerçevesinde haciz yoluyla alacağını talep eden şirket alacaklısının diğer alacaklılar nezdinde öne geçmesini sağlayan bizatihi cüzi takip yolu olan haciz yoluyla takibin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira haciz yoluyla takipte iflasta olduğu gibi borçlunun malvarlığı bütün alacaklıların güvencesini teşkil etmemekte, bu yola önce başvuran herhangi bir şekilde hacze iştirak söz konusu değilse alacağını diğerlerinden daha önce kavuşmaktadır. Gerçekten de haciz yoluyla takipte borçlunun alacaklılarından hangisi haciz yoluyla takibe başvurmuşsa kural olarak sadece o kimsenin alacağına kavuşması söz konusu olur. Bu takip yoluna cüzi icra denmesinin nedeni, tam olarak da budur. Bu yüzden haciz yoluyla takipte borçlunun bütün malvarlığı haczedilip tüm alacaklıların tatmin edilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Şartları varsa diğer alacaklılar, hacze adi ve imtiyazlı iştirak şeklinde (İİK 100-101) mevcut icra takibine katılarak alacaklarını elde edebilirler. Yukarıdaki İİK 89'a göre başvurulamayacağı gerekçesi olarak alacaklılar arasında eşitliğe yol açmaya dayanılacaksa, aynı durum ortakların sermaye koyma borçlarını tamamıyla yerine getirdikleri olasılıkta şirket alacaklılarından birinin ortaklığa karşı haciz yoluyla takibe başvurmasında da mevcuttur. Başka bir ifadeyle ortaklar sermaye koyma borçlarını yerine getirmiş olsun veya olmasın, şirket alacaklılarından birinin ortaklığa karşı giriştiği haciz yoluyla takipte, cüzi icranın özelliğinden kaynaklı olarak diğer alacaklıların önüne geçmesi söz konusudur. Dolayısıyla yukarıdaki gerekçeye göre şirket alacaklıları arasında eşitsizliğe yol açacağından hiçbir durumda şirkete karşı haciz yoluyla takibe başvurulamaması gerekir.

SONUÇ

Şirket alacaklılarının İİK 89'a göre sermaye koyma borcunu yerine getirmemiş şirket ortaklarına başvurup başvuramayacağı hususu, eskiden beri tartışılan; ancak Yargıtay 2016 yılındaki keskin içtihat değişikliği ile birlikte yoğun tartışmaların yeniden gündeme geldiği bir sorundur. Bu sorunun temelinde bir yandan şirket alacaklılarına ortaklara karşı başvuru hakkı vermeyen TTK sorumluluk rejimine ilişkin düzenlemeler

[106] Arslanlı and Domaniç (n 85) 445; Çamoğlu (n 71) 60; Sayın Önal (n 97) 83

ile diğer taraftan bu yolu açan bir şekli hukuk kuralı olan İİK 89 düzenlemesinin çatışmasıdır. Yargıtay 2016 yılına kadar pek de tatmin edici olmayan ve hukukun sınırlarını zorlayan bir yorumla şirket ortaklarının şirkete karşı üçüncü kişi konumunda olmadığından bahisle başvuramayacağı yönünde görüş bildirmiştir. 2016 yılındaki içtihat değişikliğine neden olan gerekçe ise, Yargıtay tarafından şirket ortağının şirkete karşı üçüncü kişi olarak kabul edilmesi olmuştur. Fakat Yargıtay'ın hem 2016 yılı öncesi hem de 2016 sonrası vermiş olduğu kararlarda, ortakların sorumluluk rejiminin İİK 89'a göre başvuruya engel olup olmadığı tartışılmamıştır. Doktrinde ise bu konu, çeşitli açılardan ele alınarak tartışılmış ve sonuç itibariyle hâkim görüş başvurulamayacağı yönünde gelişmişse de, başvurulabileceğini kabul edenler de hiç azımsanmayacak sayıdadır. Biz çalışmamızda ilkesel olarak sermaye şirketleri için getirilmiş TTK'daki sorumluluk rejiminin, İİK 89'a göre şirket alacaklılarının ortaklara başvurmasına engel olacağını kabul etmekteyiz. Fakat bunun da katı yorumlanıp ortakların, şirket alacaklılarının alacağına kavuşmasını engelleyici kötüniyetli davranışlarına kapı aralamaması gerektiği görüşündeyiz. Bu çalışma neticesinde ayrıca doktrin ve Yargıtay kararlarında pek üzerinde durulmayan başka sonuçlara da ulaşılmıştır. Bu sonuçları özetleyecek olursak;

- Şirket ortaklarının şirkete karşı üçüncü kişi sayılıp sayılmamasına yönelik Yargıtay kararlarında yapılan tartışmaların sığ bir tartışma olduğunu; zira tüzel kişilerin gerçek kişilerden ayrılığı ve bağımsızlığı ilkesi gereği şirket ortağı ile şirketin ayrı birer hak süjesi kabul edilmesi gerektiğini ve ortağın şirket tüzel kişiliği karşısında üçüncü kişi konumunda bulunduğunu vurgulamak gerekir.

- Bir diğer husus, İİK 89'a göre kendisine haciz ihbarnamesi gönderilen ortağın buna itiraz etmesi halinde İİK89/4'e göre İİK 338'e istinaden hapis cezası ve tazminatla karşı karşıya kalacak olmasıdır. Oysa doktrin ve uygulamada şirket alacaklılarının İİK89'a göre ortaklara başvurup başvuramayacağı tartışmalı bir konudur. Konu bu kadar tartışmalı ve bir hukuki belirsizlik söz konusu iken, haciz ihbarnamesine itiraz eden ortağın İİK89/4e göre cezalandırılması hakkaniyete aykırıdır.

- Bunun dışında İİK 89'a göre ortağa gönderilecek haciz ihbarnamesi bakımından ortağın şirkete karşı konusu para olan bir alacağı yani nakdi sermaye taahhüdünü yerine getirmemiş olması gerekir. Konusu para olmayan alacaklar bakımından, örneğin şirkete bir taşınmazın kul-

lanım hakkının getirilmesinin borçlanılması gibi, şirket alacaklılarının İİK 89'a göre ortağa haciz ihbarnamesi göndermesi mümkün değildir.

- TTK'daki ortakların sorumluluk rejimini düzenleyen kurallar, maddi hukuk kurallarıdır. Oysa takip alacaklısının borçlunun üçüncü kişilerdeki alacaklarına haciz koydurmasını sağlayan İİK 89 hükmü bir şekli hukuk kuralıdır. Maddi hukuk kuralı ile şekli hukuk kuralı arasında bir çatışma yaşandığında, maddi hukuk kuralının dikkate alınması gerekir. Çünkü maddi hukuk kuralları hakkın içeriğini şekli hukuk kuralları ise nasıl elde edileceğini belirler. Bu yüzden TTK'da hükümlerin hilafına İİK 89 hükmü, şirket ortaklarına uygulanamaz. Fakat bu, alacaklılar ile şirket ortaklarına bahşedilen sınırlı sorumluluk ilkesi arasında bir denge kurmaya da engel değildir. Özellikle şirket ortağı sermaye koyma borcu yönünden temerrüde düşmüşse veya şirket tek adam ortaklığı şeklinde kurulmuşsa, bu gibi sınırlı hallerde şirket alacaklılarının İİK 89'a göre ortağa gidebilmesine izin verilebilir.

- Bakiye sermaye koyma borcu yönünden kanun koyucu yirmi dört aylık bir süre öngörülmüştür. Bu süre kesin vade niteliğindedir. Şirket ortaktan bu süre içinde bakiye sermaye koyma borcunu istememişse, yirmi dört aylık sürenin dolduğu andan itibaren ortak ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer. Fakat şirket, yirmi dört aylık süreyi beklemek zorunda değildir. Bu süre esas sözleşmede kısaltılabileceği gibi yönetim kurulunun bu süre içinde herhangi bir zaman diliminde ortaktan bakiye sermaye koyma borcunu talep etmesi de mümkündür. Fakat bu yetki şirket tüzel kişiliğine bahşedilmiş olup, şirket alacaklılarının İİK 89'a göre ortağa haciz ihbarnamesi göndermesi, bakiye sermaye borcunu muaccel hale getirmez. Dolayısıyla yirmi dört aylık süre, ortaklar yönünden azami bir süre niteliğinde olup, ortağa bakiye sermaye borcunu şirketin kuruluşundan daha geç bir zamanda ödeme hakkı bahşetmektedir. Bu yüzden şirket, ortaktan bakiye sermaye koyma borcunu istemediği ve esas sözleşmede aksine bir kayıt olmadığı sürece, ortak yirmi dört aylık süre içinde sermaye koyma borcunu yerine getirmeye zorlanamaz.

- Bir şirket alacaklısının İİK 89'a göre ortağa gidemeyeceğini, şirket alacaklıları arasında eşitsizliğe yol açacağı gerekçesine dayandırmak da isabetli değildir. Çünkü aynı durum, ortaklar sermaye koyma borçlarını yerine getirmiş olsun veya olmasın, şirket alacaklılarından birinin ortaklığa karşı giriştiği haciz yoluyla takipte de mevcuttur. Bunun temel nedeni haciz yoluyla takibin gösterdiği özelliktir. Çünkü cüzi icra da denilen haciz yoluyla takiplerde, kural olarak sadece ilgili takip alacaklısının tatmin edilmesi amaçlanmaktadır. Borçlunun diğer alacaklıları

hacze iştirak etmedikçe, halihazırdaki takip sonucundan yararlanmaz. Bu sebeple haciz yoluyla takipler, ortağın sermaye borcunu yerine getirip getirmemesinden bağımsız olarak, şirket malvarlığına sadece ilgili alacaklının el atmasını diğer alacaklıların ise kural olarak doğrudan şirket malvarlığına başvuramamasını öngörür. Dolayısıyla şirket alacaklıları arasında eşitsizliğin ortadan kaldırılması isteniyorsa, ya bu yolu sermaye ortaklıkları yönünden yasaklamak ya da diğer şirket alacaklıların hacze doğrudan iştirakini sağlayan bir düzenlemeyi yürürlüğe koymak gerekir.

KAYNAKÇA

Afiz P, Sermaye Şirketlerinde Sermaye Alacağının Haczedilebilirliği Sorunu: İcra ve İflas Kanunu m. 89 Çerçevesinde Bir İnceleme (2021) (YÖK Tez Arşivi, Erişim Tarihi: 17.10.2022)

Alışkan M and Cankat R, 'Limited Şirketin Sermaye Alacağının Şirket Alacaklısı Tarafından Haczettirilmesi' Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan (1st edn, On İki Levha Yayınları 2019)

Ansay T, Anonim Şirketler Hukuku (5th edn, Sevinç Matbaası 1975)

Arslan R, 'Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi' Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan (A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları 1974)

Arslanlı H, Anonim Şirketler I Umumi Hükümler (3rd edn, Fakülteler Matbaası 1960)

Arslanlı H and Domaniç H, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt III: Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketler, Limited Şirketler (1st edn, Temel Yayınları 1989)

Ayhan R, Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu (1st edn, Kazancı Matbaacılık 1992)

Ayhan R, Çağlar H and Özdamar M, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (3rd edn, Yetkin Yayınları 2021)

Bahtiyar M, Ortaklıklar Hukuku (15th edn, Beta Yayıncılık 2021)

Bilgili F and Demirkapı E, Hukukun Temel Kavramları (10th edn, Dora Yayıncılık 2014)

Bilgili F and Demirkapı E, Şirketler Hukuku Dersleri (7th edn, Dora Yayıncılık 2020)

Bozkurt T, Şirketler Hukuku (12th edn, Yetkin Yayınları 2021)

Çamoğlu E, 'Limited Ortaklığın Sermaye Alacaklarının Haczi' (1971) VI (1) BATİDER

Çebi H, Şirketler Hukuku (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2020)

Domaniç H, 'Anonim Şirket Ortaklarının Sermaye Temerrüdüne Terettüp Eden Müeyyideler' (1966) XL (4-5-6) İstanbul Barosu Dergisi

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

Eriş G, Ticari İşletme ve Şirketler Cilt II (3rd edn, Seçkin Yayıncılık 2017)

Göle C, Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1976)

İmregün O, Anonim Ortaklıklar (4th edn, Yasa Yayıncılık 1989)

İyilikli A C, 'Haciz İhbarnamesi Uygulamasında Şirkete Borçlu Olan Ortağın 3. Kişi Sıfatıyla Sorumluluğu ve Rücu İlişkisi' (2013) 1 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi

Karayalçın Y, Ticaret Hukuku II Şirketler Hukuku (2nd edn, Sevinç Matbaası 1973)

Kayıhan Ş, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri (4th edn, Seçkin Yayıncılık)

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

Kendigelen A and Kırca İ, Şirketler Hukuku Cilt I (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2021)

Kılıçoğlu A, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (17th edn, Turhan Kitabevi 2013)

Kuru B, 'İcra ve İflas Kanunu'nun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler' (2003) 47 Bankacılar Dergisi

Kuru B, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı (2nd edn, Yetkin Yayınları 2018)

Moroğlu E, 6120 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler (7th edn, On İki Levha Yayıncılık 2012)

Oğuzman K, Seliçi Ö and Oktay-Özdemir S, Kişiler Hukuku (15th edn, Filiz Kitabevi 2015)

Öcal B S, Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu (4th edn, Adalet Yayınevi 2009)

Özekes M, Temel Hukuk Bilgisi (3rd edn, Yetkin Yayınları 2012)

Öztan B, Tüzel Kişiler (3rd edn, Turhan Kitabevi 2000)

Pekcanıtez H, '4949 Sayılı Kanun'la, İcra Hukukunda Yapılan değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2003) 49 Türkiye Barolar Birliği Dergisi

Pekcanıtez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M and Özekes M, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı (3rd edn, Yetkin Yayınları 2016)

Poroy R, Tekinalp Ü and Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku Cilt I (15th edn, Vedat Kitapçılık 2021)

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (7th edn, Adalet Yayınevi 2021)

Serozan R, Engin İ and Atamer Y, Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku (9th edn, On İki Levha Yayıncılık 2022)

Şener O H, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku (3rd edn, Seçkin Yayıncılık 2017)

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

Topuz G, 'Limited Şirketin Sermaye Alacağının Haczi' (2010) 2 Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan (1st edn, Turhan Kitabevi)

Ulukapı Ö, İcra ve İflas Hukuku (1st edn, Mimoza Yayınları 2015)

Uyar T, 'Anonim ve Limited Şirketlerde; "Şirket"ten ve/veya "Şirket Ortağı"ndan Alacaklı Olan Üçüncü Kişilerin "Şirket"i ve/veya "Şirket Ortağı"nı Takip Hakkının Kapsamı' (2015) 89 (6) İstanbul Barosu Dergisi

Uyar T, Uyar A and Uyar C, İcra ve İflas Kanunu Şerhi Cilt: 2 (3rd edn, Bilge Yayınevi 2014)

Yavaş M, Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (1st edn, Arıkan Yayınevi 2005)

Yıldırım M K and Deren-Yıldırım N, İcra ve İflas Hukuku (6th edn, Beta Yayıncılık 2015)

Yılmaz E, 'Dünden Bugüne İcra ve İflas Kanunumuz' (2003) 11(3-4) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

- Araştırma Makalesi -

[H] TÜRK HUKUKUNDA KONİŞMENTO KAVRAMI KAPSAMINDA ELEKTRONİK KONİŞMENTO VE ELEKTRONİK KONİŞMENTO GİRİŞİMLERİ[*]

(ELECTRONIC BILL OF LADING AND ITS INITIATIVES IN THE CONTEXT OF BILL OF LADING UNDER TURKISH LAW)

Dr. Öğr. Üyesi/Asst. Prof. Dr. Gülfer MERİÇ[**]
Tuğçe TOMRUKÇU[***]

ÖZ

Uluslararası ticarette kullanılan ticari belgelerin maliyet ve benzeri birçok sebeple dijitalleştirilmesi İngiltere ve AB ülkeleri gibi birçok ülkenin gündeminde yer almaktadır. Dünya ticaretinin %90'lık kısmı deniz yolu üzerinden gerçekleştirilmekte, denizyolu ile yapılan taşımaların birçoğunda ve özellikle akreditifli işlemlerde konişmento kullanılmakta-

---

[H] Hakem denetiminden geçmiştir.

[*] Bu makale 02.12.2022 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 10.01.2023 tarihinde birinci hakem; 19.01.2023 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

Bu makale TÜBİTAK tarafından desteklenen 122K120 numaralı proje kapsamında yapılan çalışmalar sonucunda yazılmıştır.

[**] Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Ticareti Hukuku ve Sigorta Hukuku Öğretim Üyesi, gulfer.meric@ozyegin.edu.tr ORCID: orcid.org/0000-0003-1320-278X

[***] Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi., tugce.tomrukcu@ozu.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-9957-8771

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu makalenin TÜBİTAK tarafından desteklenen 122K120 numaralı proje kapsamında yapılan çalışmalar sonucunda yazıldığını bildirmiştir.

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

Destek ve Teşekkür: Bu makaleyi titizlik ve özenle okuyup düzelten Ar. Gör. Elif Karayazı'ya teşekkürlerimizi sunarız.

Bu makaleye atıf için; MERİÇ, Gülfer, TOMRUKÇU, Tuğçe, "Türk Hukukunda Konişmento Kavramı Kapsamında Elektronik Konişmento ve Elektronik Konişmento Girişimleri", REGESTA, Cilt: 7, Sayı: 3, 2022, s. 527-562.

dır. Diğer taraftan karşılaştırılmalı bir analiz yapıldığında deniz yolu ile yapılan taşımalarda kullanılan ticari belgelerin dijitalleşmesi için yapılan çalışmaların çoğu zaman diğer sektörlerin gerisinde kaldığı tespit edilmiştir. Denizcilik endüstrisinde işlem yapılırken dijital yöntemler yerine hala geleneksel yöntemlerin tercih edildiği gözlenmektedir. Bu sebeple bu çalışmada konişmentonun dijitalleştirilmesi aşamasında muhafaza etmesi gereken unsurlar ve işlevler Türk Hukuku bağlamında değerlendirilmiştir. Ardından elektronik konişmento girişimlerinin örneklerinden SeaDocs sistemi, CMI Elektronik Konişmento Kuralları ve Bolero sistemi incelenmiştir. Son olarak elektronik konişmentonun unsur ve işlevlerini muhafaza edebilmesi için mutlaka hukuki bir altyapı oluşturulması gerektiğine işaret edilerek bu kapsamda öngörülen düzenlemelere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Elektronik Konişmento, Konişmento, Konişmentonun İşlevleri, Elektronik Konişmento Girişimleri

ABSTRACT

Digitization of international trade documents is on the agenda of many countries such as the UK, due to costs and many similar reasons. 90% of the world trade is carried out by sea, bill of lading is commonly used in shipping and especially in transactions with letters of credit. On the other hand, it has been determined that the studies for the digitalization of trade documents used in shipping often lag behind other sectors. It is observed that traditional methods are still preferred instead of digital methods in the maritime industry. For this reason, in this study, the elements and functions that should be preserved during the dematerialization of the bill of lading are evaluated in the context of Turkish law. Then, SeaDocs system, CMI Electronic Bill of Lading Rules and Bolero system, which are examples of electronic bill of lading initiatives, are examined. Also, a legal infrastructure shall be established in order for the electronic bill of lading to maintain its functions, finally the regulations provided in this context were mentioned.

***Keywords**: Electronic Bill of Lading, Bill of Lading, Functions of Bill of Lading, Electronic Bill of Lading Initiatives*

***

Giriş

Uluslararası ticarette malların sınırlar ötesine taşınması sürecine ulaşım, sigorta, finans ve lojistik sektörlerinden birden fazla aktör dahil olmaktadır. Her bir aktör minimum 10 ya da 20 kâğıt belge düzenlemekte, tek bir ticari işlem için toplamda 100 sayfayı aşan ticari belge düzenlenmektedir[1]. İngiltere'de ticari belgelerin elektronik olarak düzenlenmesi için bir yasa tasarısı hazırlanmış, bu yasa tasarısından önce tüm bu verileri ortaya koyan bir rapor ortaya konulmuştur[2]. Electronic Trade Documents Bill (Elektronik Ticari Belgeler Yasa Tasarısı) adlı bu yasa tasarısı, an itibariyle Lordlar Kamarası'ndan geçerek yasalaşmak üzeredir[3]. Öte yandan Avrupa Birliği de aynı konuya ilişkin çalışmalar yürütmektedir. Bu kapsamda 15 Temmuz 2020 tarihinde kabul edilen 2020/1056 sayılı AB Tüzüğü[4] idari giderleri azaltmak ve taşımacılığın verimliliğini ve sürdürebilirliğini artırmak için yük taşımacılığının dijitalleştirilmesini teşvik etmeyi amaçlamaktadır. Dolayısıyla dünya ticaretinde kullanılan belgelerin dijitalleştirilmesi İngiltere ve AB ülkeleri gibi birçok ülkenin gündeminde yer almaktadır.

Öte yandan dünya ticareti yaklaşık %90 oranında deniz yoluyla gerçekleştirilmektedir, bu itibarla deniz yolu ile taşıma dünya ticaretinin taşıma ayağı bakımından tercih edilen ana yöntemdir[5]. Deniz yolu, birçok eşya bakımından en uygun maliyetli ve en verimli taşıma yöntemi

---

[1] Sukand Ramachandran, Jarryd Porter, Rony Kort, Ravi Hanspal and Huny Garg, 'Digital Innovation in Trade Finance: Have We Reached a Tipping Point?'(2017) The Boston Consulting Group <https://www.swift.com/news-events/news/digital-innovation-trade-finance-have-we-reached-tipping-point> Erişim Tarihi 30.12.2022

[2] Bu rapor ve yasa tasarısı için bkz. UK Law Commission, 'Electronic Trade Documents: Report and Bill'(Law Commission, 15 March 2022) <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2022/03/Electronic-Trade-Documents-final-report-ACCESSIBLE-1.pdf> Erişim Tarihi 30.12.2022

[3] Yasa tasarısının içeriği ve yasalaşma süreci hakkında bkz. UK Parliament, 'Electronic Trade Documents Bill' (UK Parliament, 2022) <https://bills.parliament.uk/ bills/3344> Erişim Tarihi 30.12.2022

[4] İlgili AB Tüzüğü metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020R1056&from=EN>Erişim Tarihi 15.01.2023

[5] OECD, 'Ocean Shipping and Shipbuilding' (OECD, 2022) < https://www.oecd.org/ocean/topics/ocean-shipping/> Erişim Tarihi 30.12.2022

olması itibariyle güvenli bir şekilde ticareti kolaylaştırmaktadır[6]. Bu itibarla denizcilik endüstrisinde kullanılan ticari belgelerin dijitalleşmesi dünya ticareti açısından büyük önem teşkil etmektedir.

Digital Container Shipping Association, konteyner taşımacılığı endüstrisinin %50'lik bir oranda elektronik konişmentoları benimsemesi durumunda, toplu küresel tasarrufun yılda yaklaşık 4 milyar $ olacağını tahmin ettiğini açıklamıştır[7, 8]. Denizcilik endüstrisinde işlem yapılırken dijital yöntemler yerine hala geleneksel yöntemlerin tercih edildiği gözlenmektedir. Günümüzde denizcilik endüstrisinde uluslararası işlemlerde en çok kullanılan belgelerden biri de konişmentodur. Zira akreditifli işlemler için yalnızca konişmento kullanılmaktadır. Bu sebeple bu çalışmada konişmentonun dijitalleştirilmesine yönelik girişimler değerlendirilecektir.

I. Neden Elektronik Konişmento?

Teknolojinin gün be gün gelişmesiyle çok hızlı gemiler üretilmeye başlanmıştır. Bunların yanı sıra konteyner taşımacılığının artması ve dünya genelinde yaygınlaşmasıyla gemiye yükü yükleme ve yükü gemiden boşaltma işlemleri hızlandırılmış, böylece deniz yolu ile taşıma çok daha kısa sürelerde tamamlanmaya başlanmıştır. Öte yandan ülkelerin ithalat ve ihracat süreci her geçen gün daha karmaşık hale gelmekte, gümrük ve banka işlemleri daha uzun sürmektedir. Ayrıca özellikle kredi kuruluşlarının ve alıcıların satım sözleşmeleri ile akreditifli işlemlere ilişkin ödeme yapması, konişmentonun usulüne uygun olarak devredilmesine bağlıdır ve bu kişilerin konişmentoyu incelemesi de epey vakit almaktadır[9]. Tüm bunlar olurken konişmento gönderilene posta yoluyla

[6] IMO, 'Introduction to IMO' (IMO, 2022) <https://www.imo.org/en/About/Pages/Default.aspx> Erişim Tarihi 30.12.2022

[7] DCSA, 'The Critical Need for Ebl' (DCSA, 2020) <https://dcsa.org/wp-content/uploads/2020/05/20200519-DCSA-taking-on-eBL.pdf> Erişim Tarihi 30.12.2022

[8] Georgios Kapnissis, Eleni Leligou and Georgios Vaggelas, 'Blockchain Challenges in Maritime Industry: An Empirical Investigation of the Willingness and the Main Drivers of Adoption by the Hellenic Shipping Industry' (2020) 10(12) Open Journal of Applied Sciences <https://www.scirp.org/journal/paperinformation.aspx?paperid=105771> Erişim Tarihi 30.12.2022

[9] Hakan Karan, Elektronik Konişmento (1st edn, Turhan Kitabevi 2004) 97; Huriye Kubilay and Esen Akıntürk, 'Elektronik Konişmento' Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80.

ulaştırılmaktadır ancak bu durumda gemi ve eşya varma limanına, konişmentodan önce varmaktadır[10].

Aşağıda da detaylı olarak ele alınacağı üzere, taşıyan ancak konişmentonun ibrazı halinde yükü teslim etmekle yükümlüdür[11]. Ancak gemi ve eşya varma limanına gelmişken, konişmento henüz limana varmamış olduğundan taşıyan eşyayı teslim etmemekte, bu da eşyaların ve gemilerin limanlarda yığılmasına yol açmaktadır[12]. Elbette bu durum sürastarya parası, depolama ücretleri ve sigorta primi gibi ek masrafların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır[13]. Bu ek masraflardan kaçınmak ve limanlarda yaşanabilecek yığılmaları önlemek amacıyla taşıyan yükü garanti mektubu karşılığında teslim etmektedir. Ancak garanti mektubu da yine ek masraf doğurmakta ve bunun için yapılacak görüşmeler de yine kişilerin zamanına mal olmaktadır[14]. İşte tüm bu sorunların çözümü için getirilen önerilerden biri elektronik konişmentodur. Ancak konişmento dijitalleştirilirken konişmento niteliğini muhafaza etmesi önem arz etmektedir. Bu itibarla öncelikle konişmento tanımı, ardından ko-

Yaş Günü Armağanı (1st edn, Beta 2001) 336; Sami Aksoy, Deniz Taşımalarında Gönderilenin Eşyayı Tesellümden Kaçınmasının Hukuki Sonuçları (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2019) 52

[10] Kağıt konişmentonun transfer edilmesindeki bu yavaşlık uluslararası ticaret sürecini de yavaşlatmaktadır (Meetali B. Shambharkar, 'Ambiguous Status of Electronic Bill of Lading in the Era of Digitalization: An Overview' (2020) 3 Int'l JL Mgmt & Human 472, 475); Kağıt konişmentonun transfer edilmesindeki bu yavaşlık uluslararası ticaret sürecini de yavaşlatmaktadır. Elektronik konişmentonun en önemli avantajı, hızlı transfer edebilme kolaylığında yatmaktadır. (Georgios I. Zeros, 'Electronic Bills of Lading and Negotiability' (2001) 4 J World Intell Prop 977, 979)

[11] Bu uygulama hem konişmento hamilinin hem de taşıyanın korunmasını sağlamaktadır. (Hacı Kara, 'Deniz Ticaretinde Elektronik Konişmento ve Siber Güvenlik' (2019) 37 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 79)

[12] Bu sorun esas itibariyle konişmentonun kıymetli evrak niteliğini haiz olmasıyla doğrudan ilgilidir. Bu gözlemler çerçevesinde kıymetli evrak niteliğine sahip olmayan, uygulamada "seawaybill" olarak bilinen deniz yük senedi kullanmayı tercih edenler bulunmaktadır. Ancak deniz yük senedi kullanılması için satıcı ile alıcı arasında bir güven ilişkisinin kurulmuş olmasının yanı sıra alıcının eşyayı tekrar satmak ya kredilendirmek gibi bir niyetinin olmaması gerekmektedir. (Karan (n 9) 100)

[13] ibid 98; Kara (n 10) 83. Ayrıca, kağıt belgelerin basılması ve dolaşımı da maliyetlidir ve bu nedenle sürecin kağıt belge üzerinden ilerlemesi de ekstra maliyet sağlar. (Shambharkar (n 10) 475)

[14] Karan (n 9) 98; Kara (10) 83

nişmentonun elektronik olarak düzenlenmesi halinde de ihtiva etmesi gereken işlevleri ele alınacaktır.

II. Konişmento Kavramı ve Unsurları

A. Konişmento Kavramı

Konişmento, deniz taşımacılığının ayrılmaz bir parçasıdır ve uluslararası ticaretin en önemli belgelerinden biridir[15]. Özellikle akreditifli ödemenin kullanıldığı işlemlerde daima konişmento kullanılmaktadır. Zira konişmento uluslararası satış sözleşmelerinde akreditif bankasına teslim edilmesi gereken belgeler arasında sayılmaktadır[16]. Bu itibarla öncelikle konişmento kavramının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Konişmentonun ilk kez tanımlandığı milletlerarası sözleşme 1978 tarihli Hamburg Kuralları'dır. Bu kurallara göre konişmento *"deniz yoluyla bir taşıma sözleşmesini ve yükün taşıyan tarafından teslim alındığını veya yüklendiğini ispatlayan ve taşıyanın, belgenin teslimi karşılığında malları teslim etmeyi taahhüt ettiği bir belge anlamına gelir"*[17]. TTK m. 1228 uyarınca ise, "*Konişmento, bir taşıma sözleşmesinin yapıldığını ispatlayan, eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığını veya gemiye yüklendiğini*[18] *gösteren ve taşıyanın eşyayı, ancak onun ibrazı karşılığında teslimle yükümlü olduğu senettir."* şeklinde tanımlanmaktadır.

---

[15] Konişmento kavramının kökeni ve zaman içindeki gelişimi hakkında bkz. Tahir Çağa and Rayegan Kender, Deniz Ticareti Hukuku II: Navlun Sözleşmesi (10th edn, XII Levha yayıncılık 2010) 65-66

[16] Emine Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti Hukuku (17th edn, Filiz Kitabevi 2022) 366

[17] United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea (The Hamburg Rules) Hamburg, 30 March 1978 Article 1/7. Yakın tarihli bir düzenleme olan Rotterdam Kuralları'nda ise konişmento (bill of lading) yerine taşıma belgesi (transport document) ifadesi kullanılmıştır. Rotterdam Kuralları m. 1/f. 14 uyarınca, ""Taşıma belgesi", bir taşıma sözleşmesi çerçevesinde, taşıyanın hazırladığı ve (a) Taşıyanın veya bir ifa eden tarafın bir taşıma sözleşmesi çerçevesinde, yükleri teslim aldığını kanıtlayan ve (b) bir taşıma sözleşmesini kanıtlayan veya içeren belge anlamına gelir"

[18] Eşyanın teslim alınmasının akabinde yük henüz gemiye yüklenemden düzenlenen konişmentoya "tesellüm konişmentosu", yüklendiğini gösteren konişmentoya ise "yükleme konişmentosu" denmektedir. TTK m. 1228/f. 2, tesellüm konişmentosuna eşyanın yüklendiğine ilişkin bir şerh düşüldüğü takdirde bu konişmentonun artık yükleme konişmentosu niteliğinde olacağına hükmetmiştir. Akreditifle karşılanan uluslararası satım sözleşmelerinde bankalar yalnızca yükleme konişmentosu kabul etmektedir. Düzenli hat taşımacılığında (kırkambar taşımaları) öncelikle tesellüm ko-

Görüldüğü üzere Hamburg Kuralları ile öngörülen tanım doğrudan TTK'ya alınmıştır. Bu durum TTK m. 1228 gerekçesinde de belirtilmiştir. Gerekçede ayrıca konişmentonun tanımının özellikle getirildiğini, uluslararası taşımalarda kullanılan taşıma belgelerinin konişmento olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususunu belirlemenin amaçlandığı ve bu tanım sevk edilirken konişmentonun işlevlerinin de dikkate alındığı belirtilmiştir[19]. TTK m. 1228 madde gerekçesinin son cümlesinde ise elektronik konişmento düzenlenmesi hakkında TTK m. 1526'ya atıf yapılmaktadır. Bu husus çalışmamızın devamında ele alınmaktadır.

B. Konişmentonun Unsurları

Konişmentonun içeriği ise TTK m. 1229/f. 1 uyarınca on beş bent halinde sayılmıştır. Ancak söz konusu maddenin ikinci fıkrası uyarınca, on beş bent halinde sayılan bu unsurlardan herhangi birinin veyahut da birkaçının konişmentoda yer almaması konişmentonun geçerliliğini etkilemeyecektir. Başka bir deyişle TTK m. 1229 ile sayılan unsurların biri ya da birkaçı eksik olsa dahi konişmento geçerli olmaya devam edecektir ancak bunun tek şartı konişmentonun TTK m. 1228 ile öngörülen tanıma uymasıdır. Bu itibarla konişmento şekle sıkı sıkıya bağlı bir senet değildir[20].

Sonuç itibariyle konişmento navlun sözleşmesinin yapıldığı ispatlıyorsa, eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığını ya da gemiye yüklendiğini gösteriyorsa ve taşıyan eşyayı ancak konişmentonun ibrazı karşılığında teslim etmekle yükümlüyse – TTK m. 1229 ile öngörülen unsurlar konişmentoda yer almasa dahi – geçerli bir konişmento olarak nitelendirilecektir[21]. Bu durum elbette ki elektronik konişmento için de geçerlidir. Dolayısıyla elektronik konişmentonun da geçerli olabilmesi için TTK m. 1228 ile öngörülen şartları taşıması gerekli ve yeterlidir.

---

nişmentosu düzenlenir, ardındam TTK 1228/f.2 uyarınca belirtildiği üzere yükleme tarihi ve geminin adı şerh düşülür. Bu açıklamaya tarih yazılması ve taşıyan ya da temsilcisi tarafından imzalanması gerekmektedir; bu şartları taşımayan konişmento bankalara tarafından akreditif işlemlerinde kabul edilmemektedir. (Çağa and Kender (n 15) 67)

[19] TTK Madde Gerekçeleri, m. 1228

[20] Karan (n 9) 39

[21] Taşıma belgesinin konişmento olarak nitelendirilebilmesi için zorunlu unsurlar bulunduğu takdirde, bu belgenin "konişmento" (bill of lading) ibaresini içermesi şart değildir. Böyle bir senet, üzerinde konişmento olduğuna dair bir ibare olmasa da konişmento olarak nitelendirilecektir. (Yazıcıoğlu (n 16) 367)

III. Konişmentonun İşlevleri

Konişmentonun çeşitli işlevleri bulunmaktadır. Elektronik konişmentonun da bu işlevleri sürdürmesi gerekmektedir. Bu itibarla bu işlevlerin tek tek incelenmesi gerekmektedir.

A. İspat İşlevi

1. Taşıyanı İspat

Konişmentonun ilk işlevi ispat işlevidir. Konişmento öncelikle taşıyanın teşhis edilmesini ve bunun ispatını sağlamaktadır çünkü taşıyan, eşyayı teslim almasının ya da eşyanın gemiye yüklenmesinin akabinde yükletenin talebi üzerine bu eşya için konişmento düzenlemektedir. Başka bir deyişle taşıyan, konişmentoyla ispat edilen hukuki ilişkinin taraflarından birini teşkil etmektedir[22]. Ancak bu noktada karıştırılmaması gereken bir husus bulunmaktadır. Taşıyan, konişmentoyu düzenlediği için taşıyan değildir. Taşıyan, taşımayı taahhüt eden kimsedir; bu itibarla konişmentoyu düzenlediği için değil, taşımayı taahhüt ettiği için taşıyan olarak nitelendirilmektedir[23]. Öte yandan konişmento düzenlemek bakımından yetkili ve yükleten talep ettiğinde düzenlemekle zorunlu olan kişi de taşıyandır[24].

Konişmentonun ayrıca ispat işlevi de bulunmaktadır. Konişmentonun taşıyanı tespit etmesinin yanı sıra taşıyanı ispat işlevi de bulunmaktadır. TTK m. 1238/f. 1 uyarınca "*Konişmentoyu taşıyan sıfatıyla imzalayan veya konişmento kendi ad ve hesabına imzalanan kişi, taşıyan sayılır.*" Kanun koyucu burada bir varsayım öngörmektedir ve bu varsayımın aksini ispat etmek mümkün değildir[25]. Bu itibarla bir konişmentoyu taşıyan sıfatıyla imzalayan ya da bir temsilcisi tarafından taşıyan olarak kendi nam ve hesabına imzalanan kişi doğrudan taşıyan sıfatını haiz olacak, bunun aksi ispat edilemeyecektir.

---

[22] William Tetley, Marine Cargo Claims Volume I (4th edn, Blais 2008) 541

[23] Yazıcıoğlu (n 16) 375

[24] Öte yandan konişmento elbette taşıyanın yetkili temsilcisi ya da kaptan tarafından da düzenlenebilecektir. Meltem Deniz Güner Özbek, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Konişmento ve Konişmentonun İspat Kuvveti' (2012) 18(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 233, 240

[25] Yazıcıoğlu (n 16) 375

TTK m. 1238/f.2, konişmentodan taşıyanın teşhis edilemediği durumlarda donatanın taşıyan sayılacağı karinesini öngörmektedir ancak donatan taşıyanın kimliğini belgelendirerek bu karinenin aksini ispat edebilmektedir. TTK m. 1238/f. 3 ise konişmentonun taşıyanı temsilen kaptan ya da başka bir temsilcisi tarafından düzenlenmesi halinde konişmentodan taşıyan teşhis edilemediği takdirde bu kişilerin donatanla birlikte taşıyan sayılacağını hüküm altına almıştır. Dolayısıyla konişmento taşıyanı teşhis işlevini yerine getiremese dahi, hamilin haklarının zarar görmemesi adına donatan ve konişmentoyu düzenleyen kaptan ya da diğer temsilci taşıyan sayılacaktır.

2. Gönderileni İspat

TTK m. 1230, "*Konişmentonun meşru hamili, eşyayı teslim almaya yetkilidir. Konişmento birden çok nüsha olarak düzenlenmişse, eşya, tek nüshanın meşru hamiline teslim edilir*." Dolayısıyla konişmentonun meşru hamili kimse, gönderilen de o kişidir. Konişmentonun hamilinin eşyayı teslim alma hakkı, emtia senedi niteliğindeki konişmentodan kaynaklanmaktadır[26]. Ancak konişmento hamilinin eşyanın teslimini talep edebilmesi için konişmentonun kendisine usulüne uygun bir şekilde devredilmiş olması gerekmektedir. Bu itibarla emre yazılı konişmentoların ciro yoluyla, nama yazılı konişmentoların ise alacağın temliki yoluyla devredilmesi şarttır[27]. Konişmentoyu usulüne uygun şekilde devralarak hamil olan kişi, gönderilendir. Sonuç itibariyle konişmento gönderilenin teşhis edilmesini de sağlamaktadır. Bu durumda taşıyan konişmentoyu elinde bulunduran kişinin gerçek hak sahibi olup olmadığını araştırmaksızın konişmentoyu ibraz eden kişiye malları teslim etmesi halinde borcundan kurtulmaktadır[28]. Gönderilenin teşhis edilmesi bu anlamda önem taşımaktadır.

[26]Paul Todd, Principles of the Carriage of Goods by Sea (1st edn, Routledge 2015) 238; Shambharkar (n 10) 475

[27] Yazıcıoğlu (n 16) 376

[28] Murat H. Demirkıran, Taşıyanın Konişmento İçeriğinden Sorumluluğu (1st edn, Arıkan Basım Yayım Dağıtım 2008) 13; Todd, Principles (n 26) 239; Rouhshi Low, 'Replacing the Paper Bill of Lading with an Electronic Bill of Lading: Problems and Possible Solutions' (2000) 5 Int'l Trade & Bus L Ann 159,162

3. Hukuki İlişkiyi İspat

a. Navlun Sözleşmesini İspat

Konişmentonun en önemli fonksiyonlarından biri, taraflar arasında bir navlun sözleşmesinin bulunduğunu ispatlamasıdır[29]. Konişmentonun tanımını içeren TTK m. 1228 madde hükmü, "Konişmento, bir taşıma sözleşmesinin yapıldığını ispatlayan…" şeklinde başlamaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere TTK m. 1229'a göre konişmento içeriğinde bulunabilecek unsurlar yer almaktadır. Bu unsurlardan biri ya da birkaçının eksikliği konişmentonun geçerliliğini etkilememektedir ancak konişmentonun mutlaka TTK m. 1228 ile öngörülen tanıma uyması gerekmektedir. Bu itibarla konişmentonun mutlaka bir taşıma sözleşmesinin yapıldığını ispatlayan bir belge niteliğini taşıması geçerlilik şartı olarak öngörülmüştür.

Öte yandan kırkambar taşımalarına binaen düzenlenen konişmento, navlun sözleşmesinin varlığının yanı sıra içeriğini de ispat eden bir belge niteliğindedir[30].

b. Taşıyan ile Gönderilen/Taşıtan Arasındaki İlişkiyi İspat

Taşıyan ile konişmento hamili arasındaki ilişki konişmento uyarınca belirlenmektedir[31]. Bu esas TTK m. 1237 uyarınca öngörülmektedir. Buna göre konişmento hamilinin eşyayı teslim alma hakkına ilişkin kapsam ve koşullar navlun sözleşmesine göre değil, konişmentoya göre belirlenmektedir[32].

TTK m. 1237/f. 2 ise taşıyan ile taşıtan arasındaki ilişkinin navlun sözleşmesi hükümlerine tabi olacağını düzenlemektedir. Bununla beraber navlun sözleşmesi tarafları arasında bazen ayrıca yazılı bir sözleşme

---

[29] Todd, Principles (n 26) 239; Shambharkar (n 10) 475; Low (n 28) 161-162

[30] Çağa and Kender (n 15) 84

[31] Bu esas hem çarter hem de kırkambar taşımaları için geçerlidir. Başka bir deyişle hem çarter taşımalarında hem de kırkambar taşımalarında taşıyan ile konişmento hamili gönderilen arasındaki ilişki konişmentoya tabidir. Halbuki çarter taşımalarında taşıyan ile taşıtan arasındaki ilişki navlun sözleşmesine tabidir. (Çağa and Kender (n 15) 83)

[32] Yazıcıoğlu (n 16) 376

metni düzenlenmeyebilir[33]. Bu durumda taşıyan ile taşıtan arasındaki ilişki de konişmentoya tabi olmaktadır.

Taşıyan ile gönderilen arasındaki ilişki konişmento ile öngörülen esaslara göre belirlenmekte, navlun sözleşmesine tabi olmamaktadır. Bununla beraber uygulamada konişmentolarda "incorporation clause" adı verilen bir kloz ile navlun sözleşmesine yani çarter partiye atıf yapılmaktadır[34, 35] Böylelikle yolculuk çarter partisinde yer alan hüküm ve şartların konişmento içeriğine dahil edilmesi amaçlanmaktadır. Bu husus ise TTK m. 1237/f. 3 ile düzenlenmektedir. Buna göre eğer konişmentoda yolculuk çarter partisine bir atıf yapılıyorsa, konişmento devredilirken çarter partinin bir örneğinin de konişmento hamiline verilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla çarter parti hükümlerinin konişmento hamili bakımından uygulama alanı bulmasının şartı, bu hükümlerin hamile ibraz edilmesidir. Bu itibarla çarter parti hükümlerinin konişmento hamiline karşı ileri sürülebilmesi için, çarter partinin örneğinin konişmento hamiline verilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu bu takdirde çarter partideki hükümlerin nitelikleri elverdiği ölçüde[36] konişmento hamiline

[33] Zira kırkambar taşımalarında kural olarak ayrıca yazılı bir navlun sözleşmesi yapılmamaktadır. Bu itibarla kırkambar taşımalarında konişmentolar sözleşme şartlarını da içerecek nitelikte kapsamlıdır. Bu tür durumlarda konişmento düzenli hat taşımacılığı yapan taşımacılık işletmelerinin genel taşıma şartlarını içermektedir. (Çağa and Kender (n 15) 72)

[34] ibid 71-72. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları (2nd edn, Beta 2010)

[35] Buna örnek olarak CONGENBILL 2022 verilebilir. CONGENCILL 2022 taşıma şartları m. 1 şu şekildedir: "All terms and conditions, liberties and exceptions of the Charter Party, dated as overleaf are herewith incorporated. If the date of the Charter Party is not specified, the relevant charter party is deemed to be the voyage charter party that regulates the carriage of the cargo in respect of which this Bill of Lading has been issued." CONGENBILL 2022 örnek kopyasına erişmek için bkz. <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/congenbill-2022#> Erişim tarihi 19.12.2022

[36] Bizim de katıldığımız görüşe göre literatürde TTK m. 1237/f.3 ile öngörülen "nitelikleri elverdiği ölçüde" ifadesinin kullanılmasının isabetsiz olduğu belirtilmektedir. Bunun sebebi ise hükümlerin niteliklerinin elverip elvermediği hususunun belirsiz olmasıdır. İlgili hükmün gerekçesinin de anlamsız ve açıklık getirmekten uzak olduğu da ayrıca ifade edilmektedir. (Yazıcıoğlu (n 16) 376-377)

karşı ileri sürülebileceğini hüküm altına almıştır[37, 38]. Bununla beraber konişmento hamili ile taşıyan arasındaki ilişkide TTK m. 1243 ile öngörüldüğü üzere emredici hükümlerin uygulanacağı da ayrıca düzenlenmiştir.

Sonuç itibariyle, konişmento taşıyan ile gönderilen arasındaki ilişkinin belirlenmesini sağlamaktadır. Bununla beraber navlun sözleşmesinin yazılı olarak düzenlenmediği hallerde taşıyan ile taşıtan arasındaki ilişkide de esas alınmaktadır.

4. Eşyayı İspat

Taşıyan eşyayı teslim aldığında veyahut eşya gemiye yüklendiğinde bu eşya için bir konişmento düzenlenir ve elbette taşıma senedi niteliğindeki bu konişmentoya eşyanın cinsi, miktarı, değeri, işareti ve haricen belli olan durumu hakkında kayıtlar da kaydedilir. Bu kayıtlar taşıyanın sorumluluğu bakımından önem arz etmektedir[39].

Öncelikle taşıyan teslim aldığı ya da yüklediği eşyanın haricen belli olan halini konişmentoda beyan etmelidir. Bunu yapmamasının sonuçları TTK m. 1239/f. 2 ile öngörülmektedir. Buna göre taşıyan konişmentoda eşyanın haricen belli olan halini konişmentoda beyan etmediği takdirde, eşyanın iyi halde teslim alındığına ya da yüklendiğine dair bir karine oluşacaktır[40]. Zira kanun koyucu TTK m. 1239/f.1 ile taşıyana konişmentoda belirtilen eşyaya ilişkin beyanların gerçeği göstermediğini bildiği ya da bundan şüphe duyduğu takdirde gerekçeli bir çekince koyma imkanını tanımıştır[41]. TTK m. 1239/f. 3, bu çekinceler saklı kalmak

[37] Konişmentoda belirlenen navlun ücretinin çarter partideki navlun ücretinden daha az olması halinde, konişmento hamili konişmentoda yazan navlunu ödemekle yükümlü olup daha fazlasını ödemekle yükümlü değildir. (Güner Özbek (n 24) 239)

[38] Konişmentoda belirlenen navlun ücretinin çarter partideki navlun ücretinden daha az olması halinde, konişmento hamili konişmentoda yazan navlunu ödemekle yükümlü olup daha fazlasını ödemekle yükümlü değildir. İbid 239

[39] Todd, Principles (n 26) 38

[40] Uygulamada yükün iyi halde olmasına ilişkin konulan kayıt "in apparent good order and condition" şeklindedir ve bu konişmentolara temiz konişmento "clean bill of lading" denmektedir. (Yazıcıoğlu (n 16) 379; Ecehan Yeşilova Aras, Konişmentonun İspat Kuvveti (1st edn, Güncel Hukuk Yayınları 2006) 195)

[41] Dolayısıyla yükletenin eşyaya ilişkin verdiği bilgilerin doğru olmadığı taşıyanın bildiği ya da bu durumdan şüphe duyduğu hallerde dahi yükletenin beyanlarının konişmentoya doğrudan yazılması, akabinde taşıyanın çekince koyması gerekmektedir.

üzere yükün konişmentoda beyan edildiği şekilde teslim alındığına ya da yüklendiğine karine teşkil etmektedir. Bu karinenin aksi konişmentoyu iyi niyetle devralan gönderilene karşı ispatlanamayacaktır. Öte yandan gerekçeli bir çekince konulduğu takdirde, konişmentoda yer alan kayıtlar karine teşkil etmeyecektir.

B. Eşyayı Temsil İşlevi

Konişmentonun eşyayı temsil fonksiyonu ise eşya fiilen taşınma aşamasında olsa bile konişmento hamilinin eşya üzerinde tasarrufta bulunmasını sağlamasını ifade etmektedir[42]. Buna konişmentonun ayni hükmü denmektedir. Bu sayede yük henüz yoldayken, başka bir deyişle taşıyanın zilyetliğindeyken satılabileceği gibi rehnedilebilir[43].

Konişmetonun eşyayı temsil işlevini yerine getirebilmesi için TTK m. 1234 ile öngörülen şartların tamamının bir arada bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde konişmento eşyayı temsil işlevini yerine getirememektedir. Öncelikle eşyanın kaptan ya da taşıyanın başka bir temsilcisi tarafından teslim alınmış olması gerekmektedir. Ayrıca konişmentonun usulüne uygun bir şekilde devredilmiş olması gerekmektedir. Konişmentonun devri esnasında taşıyanın ya da kaptanın eşya üzerindeki zilyetliğinin devam etmesi şartı da ayrıca aranmaktadır[44].

TTK m. 1234 ile öngörülen bu şartlar gerçekleştiği takdirde konişmentoyu devralacak kişi, bu senedi devralmakla beraber eşya üzerinde dolaylı zilyetlik sahibi olmaktadır[45]. Bunun haricinde, yukarıda da belirtildiği üzere satım sözleşmesi kapsamında konişmentoyu usulüne uygun olarak devralan kişi eşyanın mülkiyetini; rehin karşılığında ödünç veren kişi ise eşya üzerinde rehin hakkını kazanacaktır[46].

Böyle bir halde taşıyanın çekince koyması hak değil, zorunluluk niteliğindedir. (Yazıcıoğlu (n 16) 378)

[42] Demirkıran (n 28) 15

[43] Yazıcıoğlu (16) 382

[44] Esas itibariyle konişmentonun eşyayı temsil işlevinin yerine gelmesi için bu son şartın aranıp aranmayacağı hususu tartışmalıdır. (ibid 383). Bu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çağa and Kender (n 15) 100-114

[45] ibid 120

[46] ibid 121

C. Eşyanın Taşınacağı ve Konişmentonun İbrazı Karşılığında Teslim Edileceği Taahhüdünü Belgeleme

Konişmento taşıyanın eşyayı taşıma taahhüdünü ve eşyanın taşınması tamamlandıktan sonra varma limanında konişmentonun ibrazı karşılığında teslim edileceği taahhüdünü belgelemektedir.

Konişmentonun temlik fonksiyonu, taşınacak olan eşyanın gemiye yüklendiğini veya taşıyana teslim edildiğini belgeler. Aynı zamanda da varma limanında konişmentonun yasal hamiline teslim edileceğini taahhüt eder. Konişmento aynı zamanda bir kıymetli evrak olduğundan konişmento hamilleri bu senedi devir ve temlik edebilirler. Bir malı temsil eden konişmentonun mal üzerindeki hakkın başkalarına devir ve temlikini sağlaması konişmentonun temlik fonksiyonuna ilişkindir[47].

IV. Türk Hukuku'nda Elektronik Konişmentoya İlişkin Düzenlemeler

A. TTK m. 1526 Uyarınca Değerlendirme

Kıymetli evrak olan konişmentonun elektronik olarak düzenlenip düzenlenemeyeceği hususu için TTK "Son Hükümler" kısmında yer alan m. 1526 hükmünü değerlendirmek gerekmektedir. Bu hükme göre *"Poliçe, bono, çek, makbuz senedi, varant ve kambiyo senetlerine benzeyen senetler güvenli elektronik imza ile düzenlenemez"* iken ikinci fıkrada *"Konişmentonun, taşıma senedinin ve sigorta poliçesinin imzası elle, faksimile baskı, zımba, ıstampa, sembol şeklinde mekanik veya elektronik herhangi bir araçla da atılabilir. Düzenlendikleri ülke kanunlarının izin verdiği ölçüde bu senetlerde yer alacak kayıtlar el yazısı, telgraf, teleks, faks ve elektronik diğer araçlarla yazılabilir, oluşturulabilir, gönderilebilir"* ifadesi yer almaktadır. Bu nedenle TTK uyarınca konişmento elektronik olarak düzenlenebilir.

B. TBK m. 14 Uyarınca Değerlendirme

Yukarıdaki bilgiler ışığında, geçerli bir konişmentonun söz konusu olabilmesi için TTK m. 1228 ile öngörülen tanımı içeren bir belge bu-

[47] Demirkıran (n 28) 13

lunması gerekmektedir. Ayrıca bu belgenin yazılı bir senet niteliğinde olması ve yetkili kişiler tarafından imzalanmış olması gerekmektedir[48].

Bu noktada yazılı şekil şartına ilişkin düzenleme getiren TBK m. 14 hükmünün değerlendirilmesi gerekmektedir. Güvenli elektronik imzaya ilişkin düzenleme getiren ikinci fıkraya göre, "K*anunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer*." Bu itibarla güvenli elektronik imza içeren konişmento, yazılı senet şartını yerine getirmiş sayılacaktır. Dolayısıyla elektronik konişmento, kağıt tabanlı konişmento ile yazılı şekil bağlamında hukuken aynı geçerliliğe sahiptir[49]. Böylece teknolojinin gelişmesi ile senedin varlığı için irade beyanının bir kağıt üzerinde yer alması gerektiğini ifade eden dar yorumdan da vazgeçilmiştir[50].

Ayrıca TBK m. 14 hükmünün ilk fıkrası yazılı şekil şartına tabi kılınmış sözleşmelerin geçerli olabilmesi için bu sözleşme sebebiyle borç altına giren kimselerin imzalarının yer alması gerekmektedir. İmza şartına ilişkin olarak 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu hükümlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

C. Elektronik İmza Kanunu Uyarınca Değerlendirme

TBK m. 15/f. 1 uyarınca yazılı şekle tabi sözleşmelerde yer alması gereken imzaya ilişkin olarak, "*İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur.*"hükmü öngörülmüştür. Dolayısıyla böyle bir imzanın güvenli elektronik imza olması gerekmektedir.

Elektronik İmza Kanunu m. 4 uyarınca güveli elektronik imza şu şekilde tanımlanmıştır: "*Güvenli elektronik imza; a) Münhasıran imza sahibine bağlı olan, b) Sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, c) Nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan, d) İmzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapılıp yapılmadığının tespitini sağlayan, elektronik imzadır*." Bu tanım kapsa-

[48] Kara (n 10) 85

[49] ibid 85

[50] ibid 86-90

mına giren güvenli elektronik imza ile imzalanmış konişmento, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarına doğuracağından geçerli olacaktır. Sonuç olarak, Türk Hukuku'na göre elektronik konişmento düzenlemek mümkündür ancak elektronik sistemin hata vermesi, elektronik konişmentonun zayi olması, nüsha sayısı, elektronik konişmentonun ibrazı gibi pek çok temel konuda eksiklikler bulunmaktadır[51].

V. Elektronik Konişmento Girişimleri

Teknolojideki gelişmeler farklı alanlarda dijitalleşme getirdiği gibi hukuk alanında da işlemlerin dijital formatta yapılması düşüncesinin doğmasına sebep olmuştur. Günümüzde kullandığımız kâğıt belgelerin sayısallaşması pek çok kolaylık sağladığı gibi bazı zorlukları da beraberinde getirmektedir. Kâğıt konişmento sisteminin yavaş işlemesi ve maliyeti gibi sebepler insanları bu konuda teknolojinin kullanımına yöneltmiştir ve elektronik konişmento kavramı doğmuştur.

Konişmento uluslararası taşımacılıkta önemli rol oynayan bir evraktır. Bu itibarla konişmento dijitalleştirilse de mutlaka kâğıt tabanlı konişmentonun fonksiyonlarını sağlaması gerekmektedir. Bu nedenle konişmento elektronik olarak tasarlanırken dikkat edilmesi gereken ve kâğıt konişmentoya denk olabilmesi için sağlaması gereken üç şart bulunmaktadır: 1. Konişmentonun ispat işlevi, 2. Konişmentodan doğan hakların sahipliği, 3. Konişmentonun -kıymetli evrak mahiyeti sebebiyle- devredilebilir olması itibariyle ona bağlı hak ve yükümlülüklerin devri[52]. Elektronik konişmentonun konişmento olarak işlevini muhafaza edebilmesi için tüm bu işlevleri yerine getirecek şekilde tasarlanması gerekmektedir. Bu amaçla sürdürülen çalışmalar 1990'lı yıllardan bu yana devam etmektedir. Makalemizde bu çalışmaların en önemlilerinden

[51] ibid 90. Yazar, elektronik konişmentonun -elbette ki kanunen öngörülmüş tüm şartları barındırmak şartıyla- kağıt tabanlı konişmento ile aynı şekilde kıymetli evrak sayılacağına ilişkin bir kanun hükmü sevk edilmesinin birçok tartışmayı önleyeceğini belirtmektedir. Bunun haricinde TTK uyarınca konişmento nasıl düzenleniyorsa, elektronik konişmento bakımından da kanunla detaylı olarak düzenlenmesi gerektiği sonucuna varmaktadır. ibid 90

[52] Todd, Principles (n 26) 356

olarak görülen SeaDocs, CMI Elektronik Konişmento Kuralları ve Bolero sistemleri ele alınacaktır[53].

Konişmentonun dijitalleştirilmesi düşüncesi ilk defa 1983 yılında SeaDocs girişimi ile ortaya çıkmıştır. Daha sonraki dönemde ortaya çıkan Bolero sistemi ise yaklaşık 20 yıl önce tasarlanmıştır[54]. Ardından Uluslararası Denizcilik Komitesi (CMI) 1990 yılında elektronik konişmentoya ilişkin kurallar yayınlamıştır. Daha yakın tarihli bir başka önemli gelişme ise, Birleşmiş Milletler'in 2008 yılında elektronik konişmentonun kullanımına izin veren deniz yoluyla eşya taşımacılığına ilişkin yeni bir milletlerarası sözleşmeyi (Rotterdam Kuralları) kabul etmiş olmasıdır. Bu nedenle konişmentonun dijitalleştirilmesi uzun zamandır düşünülse de uygulanmasına ilişkin dayanaklar yeni oluşmaya başlamıştır.

A. SeaDocs Sistemi

SeaDocs sistemi konişmentoyu dijitalleştirmek için atılan ilk adımdır[55]. SeaDocs projesi International Association of Independent Tanker Owners (INTERTANKO) ile Chase Manhattan Bank'ın 1986 yılında oluşturdukları ortak girişimdir[56, 57]. Bu sistem konişmentonun elektronik olarak yönetilmesi için orijinal kağıt konişmentoların kayde-

[53] Diğer örnekler için bkz. Karan (n 9) 102-116; Huriye Kubilay, 'Elektronik Konişmento Uygulamasındaki Güncel Gelişmeler' (2018) 1 DEHUKAMDER 33, 41-46; Ahmet Said Ber, Elektronik Konişmento (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2018) 118-140

[54] Paul Todd, 'Electronic Bills of Lading, Blockchains and Smart Contracts' (2019) 27 (4) International Journal of Law and Information Technology 339, 339-340

[55] David A. Bury, 'Electronic Bills of Lading: A Never-Ending Story' (2016) 41 Tul Mar LJ 197, 213

[56] Karan (n 9) 104; Bury (n 55) 213; Low (n 28) 171; Kara (n 10) 81

[57] INTERTANKO'nun geleneksel kağıt tabanlı konişmentonun dijitalleştirilmesi girişiminde rol alması hususunu açıklamak gerekmektedir. Petrol ticaretinde taşınan ham petrol veya petrol ürünleri yükünün defalarca satılması, ardından yeniden satılması oldukça yaygındır. Böyle bir yükü teslim alma hakkının dünyanın farklı yerlerinde bulunan alıcılara devredilmesi gerekebilmektedir. Bu itibarla her bir alıcıya ve alıcının bankasına orijinal konişmentonun devredilmesi elbette ki mümkün değildir. Işte bu yüzden SeaDocs girişimine petrol yükü için ihtiyaç duyulmuştur. Boris Kozolchyk, 'Evolution and Present State of the Ocean Bill of Lading from a Banking Law Perspective' (1992) 23 J Mar L & Com 161, 227

dildiği[58] merkezi bir kayıt sistemi kullanır[59]. Bu nedenle sistem kağıt konişmento ile konişmentonun elektronik olarak yönetilmesi arasında bir uzlaşma sistemi kurar. Seadocs Registry Ltd. orijinal kağıt konişmentoyu aldıktan sonra kullanıcılarla teleks yolu ile iletişim kurduğundan sistemin tam olarak otomatik bir sistem olduğu söylenemeyecektir [60]. SeaDocs sistemi bir yıldan kısa sürede rafa kaldırılmış ve başarısız olmuş bir girişimdir [61]. Başarısızlığın nedeni ise yasal olarak uygulanabilir olup olmadığından daha çok uygulamaya ilişkin pek çok sorun barındırmasıdır. SeaDocs'un başarısızlığındaki en önemli nedenler; 1. merkezi bir sicile dayanması, 2. yükün nihai alıcısının sicilden konişmentoyu almaya direnmesi, 3. bankaların rakiplerinden biri olan Chase Manhattan Bank'ın sicile özel erişime sahip olmasından rahatsız olması, 4. sistemdeki kullanıcıların sorumluluklarının tam olarak belirlenmemiş olması nedeniyle konişmentonun kayıt işlemlerine ilişkin sigorta primlerinin yüksek olması, 5. sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin konişmentoda belirlenen asıl konişmentoyu taşıtan haricinde devralan kişiler bakımından nasıl etkileyeceğine ilişkin herhangi bir düzenlemenin olmaması, olarak özetlenebilir[62].

[58] Özellikle sahtecilikle mücadele etmek amacıyla konişmentonun kağıt olarak korunması gerektiği düşüncesi ortaya çıkmıştır. (Kara (n 10) 81) Merkezi sistemin başarısızlığı kapalı bir kayıt sistemi işleten bir sicile tekel yetkisi vermenin bir hata olduğunu göstermektedir.

[59] Bury (n 55) 214; Shambharkar (n 10) 477; Kara (n 10) 81

[60] Seadocs projesinin kağıt tabanlı konişmento kullanımını tamamen ortadan kaldıramamasının sebebi kaldırmanın önündeki hukuki zorluklar olarak görülmektedir. Öte yandan Seadocs sistemine kayıt ücreti makul olmakla beraber geleneksel konişmento maliyetini elimine edemediği için kağıt tabanlı konişmento kullanımından daha pahalı hale gelmekteydi. (Bury (n 55) 214); Shambharkar (n 10) 477

[61] Bury (n 55) 14. Hatta Seadocs girimi literatürde "Seadocs deneyi" olarak adlandırılmaktadır. Kozolchyk (n 57) 227

[62] Kozolchyk (n 57) 227; Marek Dubovec, 'The Problems and Possibilities for Using Electronic Bills of Lading as Collateral' (2006) 23 Ariz J Int'l & Comp L 437,449-450; Bury (n 55) 214, Shambharkar (n 10) 477, Low (n 28) 172. Bu sebeplerden özellikle Chase Manhattan Bankası'na verilen bilgilerin gizliliği ve bankanın sorumluluk sigortası maliyeti öne çıkmaktadır. (Kara (n 10) 81)

B. CMI Elektronik Konişmento Kuralları

İkinci en önemli adım ise CMI Elektronik Konişmento Kuralları'dır[63]. CMI Kuralları kanun ya da milletlerarası sözleşme hükmünde olmayıp genel şart niteliğini taşımaktadır. Bu nedenle tarafların bu kuralları kabul ettiklerini sözleşmede belirtmesi gerekmektedir[64]. Başka bir deyişle bu kurallar bağlayıcı değil, ihtiyari nitelikte olduğundan tarafların mutlaka sözleşmede bu kurallara atıf yaparak bu kuralları sözleşmenin bir parçası haline getirmeleri gerekmektedir. CMI tarafından öngörülen sistem, SeaDocs sisteminden farklı olarak merkezi kayıt sistemine dayanmamaktadır. Sadece konişmentonun elektronik transferine ilişkin konuları düzenlemektedir[65]. CMI Kuralları "özel anahtar" sistemi üzerine kurulmuştur. Ancak bu özel anahtar prosedürünün ciro edilebilir bir konişmento işlevi görüp göremeyeceği belirsizdir[66]. Özel anahtar kavramı, CMI Kuralları'nda tanımları içeren 2. maddede şu şekilde tanımlanmıştır:

" 'Özel Anahtar', bir iletimin doğruluğunu ve bütünlüğünü güvence altına almak için tarafların kabul edebileceği, sayı ve/veya harflerin

[63] Bu kurallara CMI resmi websitesinden erişebilmektedir: CMI, 'Rules for Electronic Bills of Lading' (CMI, 1991) <https://comitemaritime.org/work/rules-for-electronic-billing-of-lading/> Erişim Tarihi 30.12.2022

[64] Rule 1 CMI Rules

[65] Zeros (n 10) 982

[66] ibid 982; Low (n 28) 175-176; Hukuki bağlamda özel anahtar prosedürünün ciro edilebilir bir konişmento işlevi görüp görmeyeceği belirsizdir. Özel anahtar prosedürü ile devirde devralanın hakları, hem özel anahtarın verilmesine hem de devralanın kontrol hakkını kabul etmesine bağlıdır. Ancak bu şekildeki bir devirde kağıt konişmentonun ciro edilmesinden farklı olarak devralanın kontrol hakkının kabulü, taşıyan veya taşıyan olduğunu iddia eden biri tarafından iletilen alındı mesajındaki bilgilere bağlıdır. Aynı zamanda devralan tarafından hangi hakların kabul edildiği de açık değildir. Bu gibi elektronik devirlerde hileli mesajlara güvenerek, var olmayan hakları kabul etmesi gibi durumlar söz konusu olabilir. Mesajın hileli olması durumunda taşıyan, gerçek bir alındı mesajını kabul ettiği inancıyla devralana özel anahtarı verebilir. Bu durumda özel anahtarın devri ile edinilen haklar, yalnızca özel anahtarın yasal olarak edinilmesine değil, aynı zamanda taşıyanın geçerli alındı mesajının metnine de bağlıdır. Taşıyan, gönderdiği alındı mesajındaki hüküm ve koşullar dışında bağlı kalmak istemezken, devralan kişi de, hüküm ve koşulları aldığı mesajdaki bilgilerden farklı olan bir elektronik fatura için ödeme yapmak istemez. Bu zorluk, makbuz mesajı ve özel anahtarın birlikte, kağıt ciro edilebilir bir konişmentonun eşdeğeri olduğu şartıyla aşılamaz. Zira, kural olarak, kıymetli evrakın oluşturulması, yalnızca yasama organına mahsus bir imtiyazdır. (Kozolchyk (n 57) 240)

bir kombinasyonu gibi teknik olarak uygun herhangi bir form anlamına gelir."

Taraflar CMI Kuralları uyarınca elektronik konişmento kullanmayı kabul ettiklerinde, taşıyan malların teslim alınması üzerine taşıtana malların teslim alındığına dair bir mesaj gönderecektir. Bu mesaj taşıtanın elektronik adresine gönderilir ve CMI Kuralları'nın 4. maddesi uyarınca malların teslim alındığına ilişkin olan bu mesaj aşağıdaki unsurları içerecektir:

- Taşıtanın adı
- Kâğıt konişmento düzenlenecek olsaydı gerekli olacak şekilde her türlü beyan ve çekincelerle birlikte teslim alınan malın tanımı
- Malın teslim aldığı yer ve tarihi
- Taşıyanın taşıma koşullarına yapılacak bir atıf
- Müteakip iletimlerde kullanılacak Özel Anahtar.

Bu bilgiler kâğıt tabanlı konişmentoda yer alan bilgiler ile aynıdır. Taşıtanın "Hamil" olarak nitelendirilerek hamilin haklarına sahip olabilmesi için taşıyandan gelen bu mesajı teyit etmesi gerekmektedir. CMI Kuralları, konişmento hamilinin bazı haklara sahip olduğunu kabul etmektedir. "Hamil" kavramı da Kurallar'ın 2. maddesinde şu şekilde tanımlanmaktadır: "Hamil" geçerli bir Özel Anahtara sahip olması itibariyle madde 7 (a) ile öngörülen haklara sahip olan taraf anlamına gelmektedir. Kurallar'ın m. 7 (a) bendi ise "Hamil"in haklarını belirlemekte olup ilgili hüküm şu şekildedir:

"7. a) Hamil taşıyana karşı şunları yapabilecek tek taraftır:

1. Yükün teslimini talep etmek

2. Gönderileni belirlemek ya da belirlenen gönderilen yerine kendisi de dahil diğer taraflardan birini gönderilen tayin etmek

3. Kontrol etme ve devretme hakkını başkasına devretmek

4. Kağıt tabanlı konişmento hamili gibi navlun sözleşmesi hükümleri uyarınca taşıyana yüke ilişkin talimat vermek"

CMI Kuralları'na uygun olarak düzenlenen elektronik konişmentoda Özel Anahtarın sahibi malları teslim alma, gönderileni tayin etme, malların mülkiyetini devretme, taşıyana talimat verme hakkına sahip-

tir[67]. Bu nedenle Özel Anahtarın sahibi konişmento hamili ile aynı hukuki statüye sahiptir. Malların mülkiyeti devredilmek istenirse Özel Anahtar sahibi bu isteğini taşıyana bildirir[68]. Taşıyan mesajı onaylar ve Özel Anahtar dışındaki bilgileri mülkiyeti iktisap edecek kişiye iletir[69]. Mülkiyeti devralmak isteyen kişi bu mesajı ve mallar üzerindeki kontrolü kabul ettiğini bildirecektir[70]. Bunun üzerine taşıyan önceki özel anahtarı iptal eder ve devralana yeni bir özel anahtar verir. Devralan bu noktadan sonra yeni hak sahibi olur[71]. Mülkiyeti devralması önerilen yeni hak sahibi, taşıyana kontrol ve devir hakkını kabul etmediğini bildirirse veya taşıyana bu kabulü makul bir süre içinde bildirmezse, kontrol ve devir hakkının yeni hak sahibine devri gerçekleşmeyecektir. Taşıyan, mevcut hak sahibini buna göre bilgilendirecek ve mevcut özel anahtar geçerliliğini koruyacaktır[72]. Yeni hak sahibini kontrol ve devir hakkı kabul ederse hakların bu şekildeki devri, bu tür hakların bir geleneksel kâğıt konişmento altında devri ile aynı etkiye sahip olacaktır[73].

CMI Kuralları'na göre düzenlenen elektronik konişmentoyu kâğıt tabanlı konişmentodan ayıran en önemli özellikler, kâğıt konişmentonun her devredildiğinde kimliğini tek bir belge olarak koruması ve mallar gemiden boşaltılana kadar konişmentonun taşıyana geri dönmemesidir. Buna karşılık CMI Kuralları'na göre düzenlenen elektronik konişmento her devredildiğinde taşıyana dönmesi ve devralan hak sahibine gemiden yeni bir belge gönderilmesidir. CMI Kuralları da elektronik konişmento bakımından geniş ölçüde kabul görmemektedir. Bunun ilk sebebi bu kuralların sözleşmedeki hak ve yükümlülüklerin devrine ilişkin herhangi bir hüküm içermemesidir. İkinci olarak ise sistem taşıyana çok fazla sorumluluk yüklediği (Özel Anahtarı yönetme sorumluluğu taşıyana aittir) için taşıyanın sistemi kullanmak için isteksiz olmasıdır. Aynı zamanda sistemde bir arıza meydana gelirse, sorumluluk dağılımı konusunda ku-

[67] Rule 7(b) CMI Rules

[68] Rule 7(b)(i) CMI Rules

[69] Rule 7(b)(ii-iii) CMI Rules

[70] Rule 7(b)(iv) CMI Rules

[71] Rule 7(b)(v) CMI Rules, Emmanuel Laryea, 'Poverty alleviation through paperless trade' in K. Nadakavukaren Schefer (ed), Poverty and the International Economic Legal System: Duties to the World's Poor (Cambridge University Press 2013) 79-80.; Shambharkar (n 10) 477-478

[72] Rule 7(c) CMI Rules

[73] Rule 7(d) CMI Rules

ralların net belirlenmemiş olması da bir başka etkendir[74]. Ayrıca malların mülkiyetinin devrine ilişkin herhangi bir düzenleme öngörülmemiş olması ise diğer bir sebebi teşkil etmektedir. Son olarak konişmentonun elektronik olarak yönetilmesi için kapsamlı bir sistem kurulamamıştır ve Özel Anahtar şifrelenmediği için CMI modeli güvenli bulunmamaktadır[75].

C. Bolero Sistemi

CMI Kuralları'nın elektronik konişmento için çözüm olmadığı anlaşıldıktan sonra yeni bir sistem üzerinde çalışılmaya başlanmıştır. Bolero sistemi 1998 yılında SWIFT ve Through Transport Club (TT Club) tarafından kurulmuştur. Sistemin amacı elektronik ticaret alanında çeşitli endüstriler ve kuruluşların birlikte çalışabilirliğini sağlamaktır[76]. Bolero sistemi elektronik konişmento için yükümlülüklerin oluşturulmasına ve devredilmesine ilişkin hakların kayıtlı olduğu bir sicil işletmektedir[77]. Sistem bir temel mesaj platformu (Core Message Platform BCMP) ve bir hak sahipliği kaydı (title registy BTR) yolu ile çalışır. BCMP tarafların birbiri ile iletişim kurduğu bir kanaldır. BTR ise Bolero konişmento (BBL) sahiplerinin kaydını tutar ve BBL ile ilgili hak ve yükümlülükleri yönetir. Bolero sistemi içinde taşıtana/yükletene BBL veren taşıyan öncelikle mesajı BCMP'ye iletir ve mesajın taşıtana/yükletene yönelik olduğunu bildirir. BCMP mesajın alındığını ve mesajın tanımlayıcılarını (mesajın gönderenini ve mesajın bütünlüğünü) doğrular. BCMP ayrıca mesajın taraflar arasında mutabık kalınan özellikleri karşıladığından emin olmak için ekteki belgeleri kontrol eder. BCMP kendi dijital imzasını da ekleyerek mesajı taşıtana/yükletene iletir. Taşıtanın/yükletenin bu noktada mesajı onaylaması gereklidir. Bu kişi eğer BBL'i devretmek isterse BCMP'ye transfere ilişkin mesaj gönderir. Öncelikle BCMP, mesajı BTR kayıtlarına göre doğrular. Doğrulama işleminden sonra kendi dijital imzasını da ekler ve taşıtanın/yükletenin mesajını bankaya iletir. Aynı zamanda bankayı BBL'in yeni sahibi olarak kaydeder ve bu işlemler bankadan yeni sahibine devir için de tekrarlanır. Uygulama açısından bakıldığında, Bolero sistemi konişmentonun devri için kâğıt tabanlı sis-

[74] Shambharkar (n 10) 478; Zeros (n 10) 1013

[75] Dubovec (n 57) 451-452; Low (n 28) 176

[76] Dubovec (n 62) 452; Zeros (n 10) 1007

[77] Dubovec (n 62) 452; Shambharkar (n 10) 478; Zeros (n 10) 1007

temden daha fazla adım gerektirir. Ancak teknik olarak bakıldığında, elektronik işlemlerin süresi kâğıt tabanlı işlemlerin süresinden daha kısa olduğu için fazladan adım içermesi Bolero sistemi açısından bir dezavantaj değildir. Bolero sisteminin mesajı alıcısına göndermeden önce kontrol etmesi sahtecilik ve dolandırıcılık riskini azaltır[78].

Bolero sistemi kâğıt konişmentonun sağladığı işlevleri elektronik olarak sağlamayı amaçlamış ancak çok başarılı olamamıştır[79]. Özellikle Bolero konişmentonun kâğıt konişmento gibi devredilememesi, devir için ek adımlar içermesi uygulamada benimsenmesinin önünde engel oluşturmuştur[80]. Aynı zamanda uluslararası sözleşmeler ve çoğu ulusal mevzuata göre Bolero sisteminde düzenlenen elektronik konişmento klasik konişmento tanımı ile farklılık arz etmektedir. Bu sebeple Bolero, sistem içinde düzenlenen elektronik konişmentoyu kağıt konişmentonun tam elektronik eşdeğeri olmadığı için, elektronik konişmento olarak ifade etmemiştir. Bunun yerine kasıtlı olarak Bolero Konişmento olarak ifade etmiştir[81]. Bolero sistemi içinde oluşturulan Bolero elektronik konişmentonun kanunen tanınıp tanınmadığı da belirsizlik arz etmektedir. Bolero sistemi tüm kullanıcılar tarafından sözleşmeye dayalı olarak kabul edildiği için, Bolero Kural Kitabı Bolero sisteminin yasal dayanağıdır[82]. Bolero bu sayede üyelerin sözleşmeye dayalı olarak Bolero Kural Kitabı'na bağlı kalmayı kabul etmelerini isteyerek bunu düzeltmeye ça-

[78] Laryea (n 71) 83-85; Zeros (n 10) 1007-1012; Bury (n 55) 220-221

[79] Öte yandan, yirmi yılı aşkın bir süredir, kağıt belgeler ile elektronik belgelerin eşdeğer kabul edilmesini sağlayan ve böylelikle e-ticareti teşvik etmeyi amaçlayan ulusal, bölgesel ve küresel odaklı çalışmalar yapılmaktadır. Örneğin, Avrupa Birliği ülkelerinde kısaca "Elektronik Ticaret Direktifi" (2000/31/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi) bulunmaktadır. Bu Direktif kağıt belgeler ile elektronik belgelerin aynı hukuki etkiye sahip olmasını temin etmektedir. Literatürde Bolero Kural Kitabı'nın bu Direktif ile birlikte, BBL'in etkin bir şekilde kullanılabilmesi için gerekli hukuki altyapıyı sağlayabileceği ileri sürülmektedir. (Vladimir Savkovic, 'Towards Broader Use Of Electronic Bills Of Lading In International Transport Of Goods: United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (2009) – A New Incentive or an Obstacle?' (2014) 1 SEE Law Journal 89)

[80] Dubovec (n 62) 452-453; Bury (n 55) 221

[81] Carsten Schaal, '21st Birthday of the Electronic Bill ofLading: With Age Comes Matuity' LEX E-SCRIPTA (2003) ch. 4 <https://www.inter-lawyer.com/lex-e-scripta/articles/electronic-bills-of-lading-4.htm>Erişim Tarih 15.01.2022; Buryy (n 55) 221-22

[82] Schaal (n 81) ch 4; Todd, Principles (n 26) 358-359

lışmıştır. Ancak Bolero sisteminin üyelerine, ülkelerinin mahkemelerin kendi kanun ve yönetmelikleriyle çelişen kanun ve düzenlemeleri zorunlu kılan herhangi bir Bolero Kural Kitabı maddesini onaylayacağına dair bir garanti verilememektedir[83]. Sistemin başarısızlığının en önemli nedenlerinden biri de bankacılık sektöründen yeterli destek alamaması olmuştur[84]. Bir diğer nedeni ise kapalı bir ağdan oluşan sistem oluşturmasıdır[85]. Aynı zamanda sistemin arızalanması veya sözleşmenin ihlali gibi durumlarda sistem çok sınırlı bir sorumluluk üstlenmektedir[86].

VI. Elektronik Konişmento İçin Gerekli Hukuki Altyapı

Konişmentonun dijitalleştirilmesi için konişmentonun kendi unsurlarını ve işlevlerini yitirmemesi gerekmektedir. Bu sebeple elektronik konişmentonun unsur ve işlevlerini muhafaza edebilmesi için mutlaka hukuki bir altyapı oluşturulması şarttır. Öngörülen düzenlemeleri bu bağlamda incelediğimizde özellikle Rotterdam Kuralları'nın deniz yolu ile eşya taşınması için daha önce kabul edilmiş bulunan Lahey Kuralları ve Hamburg Kuralları'na göre daha modern bir yaklaşım sunduğu göze çarpmaktadır. Rotterdam Kuralları elektronik taşıma belgelerinin ve elektronik konişmentoların geliştirilmesi dahil olmak üzere teknolojik ve ticari gelişmeleri dikkate alarak "devredilebilir elektronik taşıma kayıtları" hakkında düzenlemeler getirmektedir[87]. Rotterdam Kuralları madde 8(a)[88], *"elektronik taşıma kaydının düzenlenmesi, münhasır kontrolü*

[83] Burry (n 55) 222

[84] Dubovec (n 62) 452-453; Bury (n 55) 221

[85] Dubovec (n 62) 453

[86] Shambharkar (n 10) 478

[87] Mark L. Shope, 'The Bill of Lading on the Blockchain: An Analysis of Its Compatibility with International Rules on Commercial Transactions' (2020) 22 Minn JL Sci & Tech 163, 174

[88] Article 8

Use and effect of electronic transport records

Subject to the requirements set out in this Convention:

(a) Anything that is to be in or on a transport document under this Convention may be recorded in an electronic transport record, provided the issuance and subsequent use of an electronic transport record is with the consent of the carrier and the shipper; and (b) The issuance, exclusive control, or transfer of an electronic transport record has the same effect as the issuance, possession, or transfer of a transport document.

veya devri aynı özelliklere sahip olduğu sürece" geleneksel taşıma belgelerinin yerine "elektronik taşıma kayıtlarının" kullanılmasına izin vermektedir. Rotterdam Kuralları uyarınca bir taşıma belgesinin elektronik olarak düzenlenmesinin koşulu işlevsel olarak kâğıt belgeye denk olmasıdır. Rotterdam Kuralları'nın m. 1/f. 18[89] hükmünde elektronik taşıma kaydı *"Taşıma sözleşmesi kapsamında taşıyan tarafından elektronik iletişim aracılığıyla oluşturulmuş bir ya da birden çok mesaj içerisindeki, elektronik taşıma kaydının taşıyan tarafından düzenlendiği anda veya düzenlenmesini takiben kendisine eklenen veya diğer bir şekilde ilişkilendirilme yoluyla elektronik taşıma kaydının bir parçası hâline gelen, elektronik taşıma kaydı ile uygun şekilde bağdaştırılabilen bilgiyi de içeren: (a) Taşıyanın veya ifa eden tarafın taşıma sözleşmesi kapsamında eşyayı teslim aldığını ispat eden ve (b) Taşıma sözleşmesini ispat eden veya içeren, bilgidir"* şeklinde tanımlanmaktadır. Aynı zamanda Rotterdam Kuralları m. 1/f. 18' de açıkça konişmento olarak ifade edilmese bile 47. maddesinde[90] *"devredilebilir bir taşıma belgesi veya devredilebilir bir elektronik taşıma kaydı düzenlendiğinde: a) devredilebilir taşıma belgesi veya devredilebilir taşıma kaydının hamili malların varma yerine ulaşmasından sonra taşıyandan malların teslim edilmesini isteme hakkına sahiptir"* ifadesi bulunmaktadır. Kağıt tabanlı konişmentoda genel olarak, malların taşıyana teslim edildiğine, taşıtan ve taşıyan arasında bir taşıma sözleşmesinin olduğuna ve konişmentoyu elinde bulunduran kişinin hak sahibi olarak eşyaları teslim almaya yetkili olduğuna ilişkin delil teşkil eder. Bu durumda Rotterdam Kuralları kapsamında

[89] Article 1/18 "Electronic transport record" means information in one or more messages issued by electronic communication under a contract of carriage by a carrier, including information logically associated with the electronic transport record by attachments or otherwise linked to the electronic transport record contemporaneously with or subsequent to its issue by the carrier, so as to become part of the electronic transport record, that: (a) Evidences the carrier's or a performing party's receipt of goods under a contract of carriage; and (b) Evidences or contains a contract of carriage

[90] Article 47 Delivery when a negotiable transport document or negotiable electronic transport record is issued 1. When a negotiable transport document or a negotiable electronic transport record has been issued: (a) The holder of the negotiable transport document or negotiable electronic transport record is entitled to claim delivery of the goods from the 31 carrier after they have arrived at the place of destination, in which event the carrier shall deliver the goods at the time and location referred to in article 43 to the holder:

elektronik taşıma kaydı mülkiyetin işlevsel eşdeğeri olarak kabul edilmektedir ve aynı zamanda konişmentonun (elektronik ise) Rotterdam Kuralları'na ciro edilebilir bir elektronik taşıma kaydı olarak dahil edildiğini gösterir[91].

İşlevsel eşdeğerlik hakkında Rotterdam Kuralları haricinde başka düzenlemeler de bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), ticaret ve yatırımı kolaylaştırmak için uluslararası ticaret kurallarının modernizasyonu ve uyumlaştırılması üzerinde çalışmak üzere Birleşmiş Milletler tarafından kurulmuştur. Elektronik Olarak Devredilebilir Kayıtlara Dair UNCITRAL Model Kanunu (MLETR)[92] taşıma belgelerinin elektronik olarak düzenlenmelerini ve devredilebilmelerini sağlamak üzere kurallar öngörmektedir. MLETR "teknolojik tarafsızlık ilkesine" ve "işlevsel eş değerlik" ilkesine dayalı olarak farklı şekillerde elektronik olarak aktarılabilir kayıt türlerine uygulanabilecek kurallar sağlamaktadır[93]. Bunun yanı sıra UNCITRAL Elektronik Ticaret Model Kanunu[94], UNCITRAL Elektronik İmza Model Kanunu[95], Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi[96], Elektronik Olarak Devredilebilir Kayıtlara Dair UNCITRAL Model Kanunu ve Rotterdam Kuralları elektronik taşıma belgelerine ilişkin yasal belirsizlikleri ortadan kaldırarak işlemlerin güven içinde yürütülmesini amaçlamaktadır[97].

---

[91] Shope (n 87) 174-175

[92] UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records (2017)

[93] MLETR Article 7. Legal recognition of an electronic transferable record

1. An electronic transferable record shall not be denied legal effect, validity or enforceability on the sole ground that it is in electronic form.

Chapter II. Provisions on functional equivalence, Article 8-11

Chapter III. Use of electronic transferable records, Article 12-18

Chapter IV. Cross-border recognition of electronic transferable records, Article 19

[94] The UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996)

[95] UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures (2001)

[96] United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (2005)

[97] Dubovec Marek and Elias Adalberto, 'A proposal for UNCITRAL to develop a Model Law on Warehouse Receipts' (2017) 22 (4) Uniform Law Review 716, 727-728

VII. Yeni Teknolojilerin Elektronik Konişmentonun Gelişimine Etkisi

Zaman içerisinde kapalı ve merkezi bir sisteme sahip olmaktansa açık bir sisteme sahip olmak elektronik konişmentonun gelişimi açısından avantaj sağlayabileceği düşüncesi ortaya çıkmıştır. Ancak açık sistemlerin pratikte kullanımında zorluklar bulunmaktadır[98]. UNCTAD tarafından yapılan araştırmaya göre elektronik iletişim araçları yaygın olarak kullanılmasına rağmen elektronik taşıma belgelerinin kullanımı yaygın değildir[99]. Elektronik taşıma belgelerinin yaygınlaşmamasının önünde pek çok engel olabilmektedir. UNCTAD 2003 yılında yaptığı araştırma sonucunda elektronik taşıma belgelerinin önündeki engelleri aşağıdaki şekilde sıralamıştır[100].

Elektronik taşıma belgelerinin alternatiflerin kullanımının önündeki engeller	**Yanıtlar (yanıt verenlerin yüzdesi)**
Altyapı/pazar/ticaret ortakları henüz hazır değil	51
Yasal çerçeve yeterince açık değil veya yeterli değil	44
Elektronik eşdeğerleri yeterince güvenli değil	25
Teknoloji ve/veya elektronik ortama geçiş çok maliyetli	12
Gizlilik endişeleri	10
Diğer sebepler	2

Kullanıcıların birden fazla cevap verebildiği yanıtların işlendiği bu tablo incelendiğinde yanıt verenlerin yüzdesine göre en önemli engel altyapı, pazar ve ticaret ortaklarının eksikliği olarak tespit edilmiştir. Ardından yasal çerçeve, güvenlik ve maliyet gibi konular gelmektedir. Bu çalışmanın ardından teknolojide ve hukukta yaşanan gelişmelerin bu sorunların üstesinden gelip gelemeyeceğine ilişkin soruları gündeme getirmiştir: Rotterdam Kuralları ile UNCITRAL tarafından öngörülen

[98] Todd, Blockchain (n 54) 357

[99] United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), 'The Use of Transport Documents in International Trade' (2003) 26 Çalışmaya katılanların sadece %22'si elektronik taşıma belgesi kullandığını ve %32'si ise kullanmayı düşündüğünü ifade etmiştir.

[100] United Nations Conference on Trade and Development (n 99) 27

elektronik ticarete ve işlevsel eş değerliliğe ilişkin kurallar yasal çerçeve sağlamada yeterli midir? Blokzincir teknolojisinin sağladığı altyapı güvenlik, maliyet ve gizlilik gibi sorunlara çözüm olabilecek midir? Aradan geçen zamanda pazarda elektronik taşıma belgelerinin kullanımının benimsenmesine ilişkin bir değişiklik söz konusu mudur? [101]

Blokzincir teknolojisinin gelişimi ile blokzincir teknolojisine dayanan elektronik konişmento girişimleri ortaya çıkmıştır. İlk çalışmalardan biri CargoX dApp uygulamasıdır. Konişmento ve sektöre ait diğer belgeleri dijitalleştirmek üzere kurulan ilk platformlardan biridir. Kullanıcıların "akıllı" (smart) konişmento belgeleri ve diğer dijital belgelerle iletişim kurmalarını sağlayan web tabanlı merkezi olmayan bir uygulamadır[102]. CargoX halka açık bir blokzincir ağı olan Ethererum ağını kullanımaktadır. Bu uygulamada protokol hizmet tokeni (protocol utility token) kullanılmaktadır. CargoX platformunda belgelerin aktarılması için Ethereum ağı kullanılmakta ancak belgelerin depolaması için IPFS (interplanetary file system)[103] ağı kullanılmaktadır ve belgenin gizliliğini sağlamak için belge şifrelenmektedir. CargoX sistemi işleyişinde önce kâğıt konişmentonun hash özeti hesaplanmakta ve daha sonra tokenleştirilmektedir. Bu şekilde konişmentonun Ethereum ağı içinde devri sağlanmaktadır. CargoX platformu elektronik konişmentonun devri için ERC721 tipi token kullanmaktadır. Kullanıcılar işlemleri imzalamak için özel anahtarlarını kullanmakta ve tokeni devralmak isteyen kullanıcıya konişmentodan doğan tüm hakları ile devretmektedir. Sistemde, halka

[101] Bu soruların cevapları bu makalenin kapsamı dışında, ikinci ve ayrı bir çalışmanın konusudur.

[102] Kapnisis, Leligou and Apostolos (n 8) 785

[103] IPFS, IPFS (InterPlanetary File System), tüm bilgi işlem cihazlarını aynı dosya sistemine bağlamayı amaçlayan eşler arası dağıtılmış bir dosya sistemidir. IPFS, DHT'ler, BitTorrent, Git ve SFS dahil olmak üzere önceki eşler arası sistemlerden başarılı fikirleri sentezleyen dağıtılmış bir dosya sistemidir. IPFS, uygulamaları yazmak dağıtmak için yeni bir platform, büyük verileri dağıtmak ve sürümlemek için ise yeni bir sistem sunar. IPFS, web'in kendisini bile geliştirebilir ve gelcekte HTTP'nin yerini alacağı ifade edilmektedir. IPFS düğümleri yerel depolamadaki IPFS nesnelerini depolar. Düğümler birbirine bağlanır ve nesneleri aktarır. Bu nesneler dosyaları ve diğer veri yapılarını temsil eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://ipfs.io/> Erişim tarihi 15.01.2023. Dosyaları IPFS ile tutmak maliyeti düşürmektedir. Veriye ait içerik IPFS'de tutulmakta, blozincirde ise bu verinin kriptografik özeti tutulmaktadır. Bu daha az maliyetli bir sistemdir.

açık blokzincir ağı kullanıldığı için kullanıcılar her zaman işlemleri denetleyebilmekte ve tokene sahip olan adresi görebilmektedir. Ancak kullanıcılar yalnızca konişmentonun aktarım sürecinde yer alanlar belgenin içeriğini görebilmektedir. CargoX halka açık blokzincir kullandığı için konişmentodan doğan işlem maliyetini önemli ölçüde azaltmakla beraber ortadan kaldırmamaktadır[104].

İkinci platform ise kağıtsız ticarette önde gelen çözümlerden biri olan EssDocs, CargoDocs DocEx çözümünü blokzincir sistemine geçirmek için blokzincir tabanlı uygulama olan Voltron uygulaması ile bir iş birliği yapmıştır. Bu platform blokzincir ağı olarak R3'ün Corda[105] platformunu kullanmaktadır. Geliştirilen sistem konişmento gibi ticari belgelerin elektronik sunumunu dijital olarak yönetmek üzere birçok bankanın da dâhil olduğu bir platform kurmaktadır. R3 Corda blokzincir platformu finansal endüstri için belgeleri onaylamak ve devretmek için kurulmuş bir platformdur. Voltron platformu tüm verilere, bankalara ve şirketlere erişim sağlanabilen bir topluluk yaratmayı hedeflemektedir[106].

Bir başka çözüm ise TradeLens platformudur[107]. Bu platform IBM'in Hyperledger Fabric blokzincir ağını kullanmaktadır[108]. Yalnızca yetkili kullanıcıların (başka bir deyişle doğrulanmış kullanıcıların) dâhil olabildiği blokzincir tabanlı özel bir ağdır. Platformun amacı işletmeleri ve yetkilileri tedarik zinciri boyunca tek bir sistem üzerinden güvenli nakliye verisi ağı ile güçlendirerek küresel ticarete katkı sağlamaktır. Platform ağ katmanı, platform katmanı, uygulama ve hizmetler katmanı olmak üzere 3 katmandan oluşmaktadır[109] [110].

---

[104] Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://cargox.io/blog/legality-electronic-bill-lading/> Erişim tarihi 15.01.2023

[105] R3 60'tan fazla banka tarafından desteklenen bir konsorsiyumdur. Finansal kurumların güven içinde merkezsiz bir şekilde iş ilişkileri kurmasına odaklanmıştır. R3 bankacılık, sermaye piyasaları, küresel ticaret, sigorta gibi blokzincir ağında gerçekleşebilecek işlemleri kolaylaştırmak adına DLT uygulamaları geliştirmek için Corda platformunu kurmuştur. Corda hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.corda.net/> Erişim tarihi 15.01.2023

[106] Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.essdocs.com/solutions/cargodocs/docex/electronic-bills-of-lading> Erişim tarihi 15.01.2023; Kapnisis, Helen and Panos (n 8) 785

[107] Tradelens, IBM ve Maersk ortak girişimidir <https://www.tradelens.com/about> Erişim tarihi 15.01.2023

[108] <https://www.tradelens.com/post/5-key-points-about-tradelens-platform-security>

[109] Ayrıntılı bilgi için <https://www.tradelens.com/products/tradelens-ebl> Erişim tarihi 15.01.2023

Yakın zamanda Bolero International yeni teknolojiye uyum sağlamak için elektronik konişmentoları blokzincir tabanlı dijital platformda kullanmak amacıyla Marco Polo Ağına dahil olmuştur. Sistem içindeki belge alışverişinin geçerli ve şifreli olarak yapılmasını sağlamaktadır. Bu uygulama kullanılarak bir elektronik konişmento oluşturulmakta veya mevcut bir konişmento taranarak sisteme aktarılmaktadır. Sistem aynı zamanda verilerin değiştirilememesini veya kopyalanamamasını sağlamaktadır[111].

E-title konişmento gibi devredilebilir belgelerin oluşturulmasını ve transferini sağlayan patentli eşler arası sistemini kullanan bir platformdur. Oluşturulan konişmento E-title platformu üzerinden devredilebilmektedir. Platformun amacı elektronik bir konişmento sağlamak ancak aynı zamanda da elektronik-kâğıt ortamını destekleyen hibrit bir çözüm sunmaktır. Bu nedenle E-title platformu tüm belge türlerini kabul eden hibrit bir platform dur. Platform çalışma prensibi olarak UNCITRAL Model Yasasını baz alır[112].

EdoxOnline ise elektronik konişmentoların da oluşturulduğu ve yönetildiği bir tedarik zinciri platformudur. Bu platform da blokzincir teknolojisini kullanmaktadır. İki faktörlü kimlik doğrulama kullanılmakta ve sistem sadece üyelere gerekli bilgileri sağlamaktadır[113].

SONUÇ

Konişmento uluslararası ticari işlemlerde güveni sağlamak için gerekli bir belgedir, akreditifli işlemler konişmento üzerinden yürütülür. Ayrıca kağıt tabanlı konişmento sisteminin düzgün çalışması için konişmentonun gönderilene geminin limana varmasından önce ulaşması gerekmektedir, zira gönderilen o konişmentoyu ibraz ederek malı teslim

[110] IBM ve Maersk 29.11.2022 tarihinde yaptıkları bir açıklamayla Tradelens platformunun artık devam etmeyeceğini açıklamıştır <https://www.maersk.com/news/articles/2022/11/29/maersk-and-ibm-to-discontinue-tradelens> Erişim tarihi 15.01.2023

[111] Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.bolero.net/news/bolero-provides-electronic-bill-of-lading-to-r3-corda-based-trade-platforms-in-latin-america-and-australia/> Erişim tarihi 15.01.2023; Kapnisis, Helen and Panos (n 8) 785

[112] Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.e-title.net/sol_work_transfer.php> Erişim tarihi 15.01.2023; Kapnisis, Helen and Panos (n 8) 785

[113] Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://web.edoxonline.com/index.php/smart_features/> Erişim tarihi 15.01.2023; Kapnisis, Helen and Panos (n 8) 4

alabilecektir[114]. Öte yandan konişmento yüksek ölçüde maliyet gerektirmektedir. Her yıl oluşturulan 50 milyondan fazla konişmentonun toplam maliyeti yaklaşık 5 milyar dolar olarak belirlenmiştir[115].

Bilişim teknolojilerindeki gelişmelere bağlı olarak e-ticarette yakın zamanda yaşanan artış nedeni ile iletişim ve işlem yapma yöntemlerindeki değişiklikler uluslararası alandaki işlemlerin hızına ve verimliliğine olumlu yönde etki etmiştir[116]. Bu itibarla konişmentonun da dijitalleştirilmesi yönünde girişimlerde bulunulmuştur. Öte yandan içinde bulunduğumuz dönem bir ara-bağlantı veya geçiş dönemi olarak adlandırılabilir. Bu dönemde bir kısım işler için elektronik sistemler kullanılırken bir kısım işler için sadece kağıt veya iki yöntem birlikte kullanılmaktadır. Bu ara bağlantı dönemlerinde önemli olan nokta yeni teknolojilere geçişte uyumu sağlamaktır. Bu sebeple bu makalede öncelikle konişmentonun dijitalleştirilmesi aşamasında barındırması gereken unsurlar ve işlevler ele alınmıştır, ardından ise elektronik konişmento girişimleri değerlendirme konusu yapılmıştır.

TTK m. 1228 ile öngörülen konişmento tanımı doğrudan Hamburg Kuralları'ndan alınmış olup bu tanıma uyduğu takdirde TTK m. 1229 ile sayılan unsurlardan birinin ya da birkaçının konişmentoda yer almaması konişmentonun geçerliliğini etkilememektedir. Konişmentonun çeşitli işlevleri bulunmaktadır, öncelikle konişmentonun ispat işlevi ele alınmıştır. Konişmento taşıyanı, gönderileni, bu kişiler arasındaki ilişki ile bazı hallerde taşıyan ile taşıtan arasındaki ilişkiyi, navlun sözleşmesini ve eşyayı ispat etmektedir. İspat işlevinin yanı sıra konişmento aynı zamanda eşyayı temsil etmekte ve eşyanın taşınacağı ve konişmentonun ibrazı karşılığında teslim edileceği taahhüdü belgeleme işlevleri de bulunmaktadır.

Ardından Türk Hukuku'nda elektronik konişmentoya ilişkin getirilen düzenlemeler ele alınmıştır. Bu kapsamda TTK m. 1526 uyarınca elektronik konişmento düzenlenebileceği, TBK m. 14 uyarınca güvenli elektronik imza içeren konişmentonun yazılı senet şartını yerine getirmiş sayılacağı tespit edilmiştir. Ayrıca Elektronik İmza Kanunu kapsamında

[114] ibid 785

[115] ibid

[116] Jung-Ho Yang, 'Applicability of Blockchain based Bill of Lading under the Rotterdam Rules and UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records' (2019) 23 (6) Journal of Korea Trade 113, 113

güvenli elektronik imza ile imzalanmış elektronik konişmentonun el yazılı imzanın tüm hukuki sonuçlarını doğuracağı hususu ele alınmıştır.

Elektronik konişmento girişimleri bağlamında öncelikle SeaDocs, ardından CMI Elektronik Konişmento Kuralları ve Bolero sistemi incelenmiştir. Sonrasında ise elektronik konişmentonun unsur ve işlevlerini muhafaza edebilmesi için hukuki altyapı ihtiyacı değerlendirilmiş, bu kapsamda Rotterdam Kuralları ile UNCITRAL tarafından bu hususta öngörülen düzenlemelere değinilmiştir. Son olarak ise yeni teknolojilerin elektronik konişmentonun gelişimine etkisi kapsamında blokzincir tabanlı elektronik konişmento girişimleri hakkında bilgi verilmiştir.

Elektronik konişmento alanında son yıllarda önemli gelişmeler olsa da kullanımı hala yeterince yaygınlaşmamıştır. Bu hususta yasal düzenlemeler bulunmasına rağmen yasal çerçevenin hala belirsiz olması, gelişimin önündeki en önemli engellerden birini teşkil etmektedir. Elektronik konişmento kullanıldığı takdirde konişmento hamilinin kimliğinin belirlenmesinde kullanılan kayıt sistemi de tartışmalıdır. Bu da belirsizlik yaratan durumların bir diğerini teşkil etmektedir[117]. Bir başka önemli sorun ise güvenlik endişeleridir. Belgeler birden fazla kişinin erişebileceği şekilde tutulduğunda belgelerin tutulduğu sistemin siber saldırılara uğrama ihtimali bulunmaktadır. Aynı zamanda veri bütünlüğünü sağlamaktaki zorluklar ve taraflar arasındaki güvensizlikler de elektronik konişmentonun gelişimini engelleyen nedenler arasında görülmektedir[118].

Öte yandan blokzincir teknolojisinin ortaya çıkışı elektronik belgelerin depolanmasında ve aktarılmasında önemli değişikliklere neden olmuştur. Blokzincir teknolojisi elektronik belgelerin güvenli bir şekilde depolanmasını ve aktarılmasını sağlayabilecek niteliğe sahiptir. Ek olarak veri bütünlüğünü sağlamak ve taraflar arasındaki güven sorunu bakımından da blokzincir teknolojisi birtakım çözümler öngörmektedir. Bu nedenle blokzincir teknolojisi tabanlı elektronik konişmento, yukarıda belirtilen sorunlara çözüm sunabilecek nitelikte bir teknolojidir[119]. Ancak yine de belirtilmelidir ki blokzincir teknolojisinin kullanıldığı elekt-

[117] Yang (n 116) 114

[118] Kapnissis, Leligou and Vaggelas (n 8) 780

[119] ibid

ronik konişmento da günümüzde kullanılan elektronik konişmentonun taşıdığı hukuki belirsizliklere az da olsa sahiptir[120].

KAYNAKÇA

Aksoy S, Deniz Taşımalarında Gönderilenin Eşyayı Tesellümden Kaçınmasının Hukuki Sonuçları (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2019)

Ber A S, Elektronik Konişmento (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2018)

Bury A D, 'Electronic Bills of Lading: A Never-Ending Story' (2016) 41 Tul Mar LJ 197-238

CMI, 'Rules for Electronic Bills of Lading' (CMI, 1991)

Çağa T and Kender R, Deniz Ticareti Hukuku II: Navlun Sözleşmesi (10th edn, XII Levha Yyıncılık 2010)

DCSA, 'The critical need for Ebl' (DCSA, 2020)

Demirkıran H M, Taşıyanın Konişmento İçeriğinden Sorumluluğu (1st edn, Arıkan Basım Yayım Dağıtım 2008)

Dubovec M and Elias A, 'A proposal for UNCITRAL to develop a Model Law on Warehouse Receipts' (2017) 22 (4) Uniform Law Review 716-730

Dubovec M, 'The Problems and Possibilities for Using Electronic Bills of Lading as Collateral' (2006) 23 Ariz J Int'l & Comp L 437-466

Ekşi N, Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları (2nd edn, Beta 2010)

Emmanuel L, 'Poverty alleviation through paperless trade' in K. Nadakavukaren Schefer (ed), Poverty and the International Economic Legal System: Duties to the World's Poor (Cambridge University Press 2013)

Güner Özbek M D, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Konişmento ve Konişmentonun İspat Kuvveti' (2012) 18(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 233-254

IMO, 'Introduction to IMO' (IMO, 2022)

Kapnissis G and Leligou E and Vaggelas G, 'Blockchain Challenges in Maritime Industry: An Empirical Investigation of the Willingness and the Main Drivers of Adoption by the Hellenic Shipping Industry' (2020) 10(12) Open Journal of Applied Sciences 779-790

[120] Yang (n 116) 144

Kara H, ’Deniz Ticaretinde Elektronik Konişmento ve Siber Güvenlik’ (2019) 37 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 75-106

Karan H, Elektronik Konişmento (1st edn, Turhan Kitabevi 2004)

Kozolchyk B, 'Evolution and Present State of the Ocean Bill of Lading from a Banking Law Perspective' (1992) 23 J Mar L & Com 161-246

Kubilay H and Akıntürk E, ’Elektronik Konişmento’ Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı (1st edn, Beta 2001)

Kubilay H, ’Elektronik Konişmento Uygulamasındaki Güncel Gelişmeler’ (2018) 1 DEHUKAMDER 33-48

Low R, 'Replacing the Paper Bill of Lading with an Electronic Bill of Lading: Problems and Possible Solutions' (2000) 5 Int'l Trade & Bus L Ann 159-218

OECD, ‘Ocean shipping and shipbuilding’ (OECD, 2022)

Ramachandran S, Porter J, Kort R, Hanspal R and Garg H, ‘Digital Innovation in Trade Finance: Have We Reached a Tipping Point?’ (2017) The Boston Consulting Group

Savkovic V, ‘Towards Broader Use Of Electronic Bills Of Lading In International Transport Of Goods: United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (2009) – A New Incentive or an Obstacle?’ (2014) 1 SEE Law Journal 85-95

Carsten S ‘21st Birthday of the Electronic Bill ofLading: With Age Comes Matuity’ (2003) LEX E-SCRIPTA

Shambharkar M B, 'Ambiguous Status of Electronic Bill of Lading in the Era of Digitalization: An Overview' (2020) 3 Int'l JL Mgmt & Human 472-480

Shope L M, 'The Bill of Lading on the Blockchain: An Analysis of Its Compatibility with International Rules on Commercial Transactions' (2020) 22 Minn JL Sci & Tech 163-ii

Tetley W, Marine Cargo Claims Volume I (4th edn, Blais 2008)

Todd P, ‘Electronic Bills of Lading, Blockchains and Smart Contracts’ (2019) 27 (4) International Journal of Law and Information Technology 339-371

Todd P, Principles of the Carriage of Goods by Sea (1st edn, Routledge 2015)

UK Law Commission, 'Electronic trade documents: Report and Bill' (Law Commission, 15 March 2022)

UK Parliament, 'Electronic Trade Documents Bill' (UK Parliament, 2022)

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), 'The Use of Transport Documents in International Trade' (2003)

Yang J H, 'Applicability of Blockchain based Bill of Lading under the Rotterdam Rules and UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records' (2019) 23 (6) Journal of Korea Trade 113-130

Yazıcıoğlu E, Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku (17th edn, Filiz Kitabevi 2022)

Yeşilova Aras E, Konişmentonun İspat Kuvveti (1st edn, Güncel Hukuk Yayınları 2006)

Zeros G I, 'Electronic Bills of Lading and Negotiability' (2001) 4 J World Intell Prop 977 113-136