

4046 SAYILI “ÖZELLEŞTİRME UYGULAMALARI HAKKINDA KANUN”UN 20 A MADDESİNİN TÜRK TİCARET KANUNU’NUN İLGİLİ HÜKÜMLERİ KARŐSINDA “ÖZEL KURAL” SAYILIP SAYILMACAĞI SORUNU

Dr. Nejat Aday*

I. Sermaye Şirketlerin Birleşme, Bölünme ve Tasfiyesiz İnfisaha İlişkin Ticaret Kanunu Hükümlerinin “Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun”un 20 A Maddesi KarŐsında Uygulama Alanı Bulamayacağı Yolundaki Yargıtay İctihadı

Yargıtay 11. HD, 18.12.2012 tarih ve 2011-35/21135 sayılı kararında¹ “Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’un 20 A maddesi karŐsında TK’nın ilgili hükümlerinin uygulanmayacağına hükmetmiŐtir. Sorunun doğru biçimde yansıtılması bakımından, kararın iddia, savunma ve yerel mahkeme kararının özetlendiği kısmını alıntulamakta yarar görüyoruz. Çünkü kararda ayrıca bir değerlendirme yapılmamıŐ, yerel mahkeme kararının usul ve yasaya uygun olduğunun belirtilmesiyle yetinilmiŐtir. Karara göre;

“Davacı vekili, davalılardan Türkiye Demir Çelik İŐletmeleri A.Ő.’nin Özelleştirme İdaresi tarafından özelleŐtirildiĐini ve diğer davalı Sümer Holding A.Ő. ile birleŐtirildiĐini, oysa müvekkili Őirketin TDÇİ.’nden gerek sonuçlanan gerekse derdest bulunan çeşitli davalar nedeniyle alacaklı bulunduğunu, TTK.’nin 150. maddesinin müvekkili gibi alacaklı Őirketlere birleşmeye itiraz hakkı tanıdığını, müvekkilinin alacakları ödenmeden ve teminat altına alınmadan birleştirme gerçeleŐtirildiĐinden birleŐtirmeye (katılmaya) itiraz ettiklerini ve muvafakat etmediklerini ileri sürerek, itirazları gereğince hüküm verilmesini talep ve dava etmiştir.

“Davalı vekili, özelleŐtirmenin 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun uyarınca yapıldığını, sözkonusu Kanununun 20. maddesi uyarınca Türk Ticaret Kanunu’nun ilgili maddelerinin uygulanamayacağını, esasen TDÇİ’nin borçlarının Sümer Holding A.Ő. tarafından ödeneceğinin beyan ve taahhüt edildiğini, yasal prosedür çerçevesinde tüm işlemlerin yerine getirilmiŐ olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

“Mahkemece, dosya kapsamına göre, 4046 sayılı Kanununun TTK’na göre özel bir kanun olduğu, özel hüküm varken genel hükmün uygulanamayacağı, birleşmenin de bu özel kanun hükümleri çerçevesinde gerçeleŐtiĐi, 4046 sayılı

* İstanbul Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Karar bildiğimiz kadarıyla yayınlanmamıŐ olup, bir örneği özel arŐivimizde bulunmaktadır.

Kanunun 20. maddesinde de TTK hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiş ve gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

“Karan, davacı vekili temyiz etmiştir.

“Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

“SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA.... oybirliğiyle karar verildi.”

Karar sonuç itibarıyla “hukukun uygulanması” sorununa ilişkindir. Bu nedenle sorun aşağıda MK md. 1’in bir uygulanma biçimi olarak ele alınacaktır.

II. MK md. 1 Hükümünün Bir Uygulanma Biçimi Olarak Genel Kanun – Özel Kanun Ayırımı ve Ortaya Çıkardığı Sorunlar

Medeni Kanun’un 1. maddesi, hâkimin, hukuku uygularken medeni hukukun dışında kalan alanlarda da dikkate alması gereken bir temel hukuk ilkesini düzenlemektedir: “Kanun, sözüyle ve özümüyle değındiğı bütün konularda uygulanır.”

Bu hükümde yer alan “kanun” deyiminin sadece Medeni Kanun’u ifade etmediğı, teknik anlamda kanun sayılmasa bile her türlü yazılı hukuk kuralını, bu cümleden olmak üzere tüzük ve yönetmelikleri de kapsadığı kabul edilmektedir².

Hâkim, somut uyuşmazlığa ilişkin uygulayacağı kuralı belirlerken üç sorunla karşılaşır³. Bunlardan ilki, uyuşmazlığa uygulanacak bir kuralın bulunması ve uygulanmasıdır. İkinci sorun, uyuşmazlığa uygulanacak bir kural bulunması durumunda bunun nasıl uygulanacağıdır. Nihayet, kanunda ve örf ve âdet hukukunda uygulanacak hüküm bulunmaması halinde hukuk yaratma sorunuyla yüzleşilecektir.

Hâkim hukuku uygularken anlaşmazlık konusu tekil olayı oluşturan olguları, bulduğu kurala altlar (Subsumtion)⁴. Bu maddi olgular birden fazla kurala altlanma imkânı verdiğinde, farklı kurallar arasındaki ilişkinin hemen yürürlük sorununa indirgenmemesi gerekir⁵. Pekala birden çok kural aynı an-

² Kemal Oğuzman-Nami Barlas, Medeni Hukuk, Giriş - Kaynaklar - Temel Kavramlar, 21. Bası, İstanbul 2015, s. 44, No 146; Aytekin Ataay, Medeni Hukukun Genel Teorisi, 4. Bası, İstanbul 1995, s. 99; Seyfullah Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1979, s. 57, 61; Ergun Özsunay, Medeni Hukuka Giriş, 5. Bası, İstanbul 1986, s. 169.

³ Oğuzman-Barlas, s. 65, No 226.

⁴ “Soyut ve genel bir hukuk kuralının somut ve özel bir uyuşmazlık olayına uygulanması, yöntembilim açısından bakınca, herşeyden önce bir tasım (Syllogisme), ama aynı zamanda bir altlama (Subsumtion) etkinliğidir; özeli genelin altına yerleştirme operasyonudur.” Rona Serozan, Hukukta Yöntem, İstanbul 2015, s. 73. Ancak altlama (ıdrac) modeli ve temelinde yatan “genel” – “özel” zıtlığı Alman Hukuk Felsefecileri arasında giderek daha çok eleştirilen bir yöntem haline gelmektedir. Bu konuda bkz. Jan Schapp, Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre, Tübingen 1983, S. 6 ff. ve Nejat Aday, Özel Hukukta Yüklenti Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 2000, s. 100 vd.

⁵ Hans Kelsen’e atfen yasalar arasında çelişme olmayacağı, sorunun geçerlilik sorunu olduğu yolunda bkz. Tekin Akıllıoğlu, Hangi Hukuka Giriş? Hukuk Üstünlüğü İncelemesine

da yürürlükte olabileceği gibi, bunların aynı olguya birlikte uygulanma imkânı da söz konusu edilebilir. Usul hukuku anlamında birden çok talep sonucunun kümülatif olarak ileri sürülebildiği durumlarla [boşanan kadının eşinden yoksulluk nafakasının yanı sıra maddi ve manevi tazminat isteyebilmesi gibi] davacıya seçimlik talep yetkisi veren olgular [satılanın ayıplı olması durumunda alıcıya tanınan seçimlik haklar gibi] böyledir. Diğer yandan, tek bir hukuki sonucu elde etmeye yönelik birden fazla talebin yarıştığı (telahük ettiği) [haksız fiil - sözleşme sorumluluğu gibi] durumlar da söz konusu olabilir⁶. Bu örneklerde birbiriyle çatışan kuralların, kanunların zaman bakımından uygulanması sorunuyla ilgisi bulunmamaktadır. Hepsisi aynı zamanda uygulanabilen hukuk kuralları söz konusudur.

Farklı hukuk disiplinlerine ait kurallar arasında da çatışmadan çok birlikte uygulanabilme imkânının bulunabileceği öncelikle düşünülmelidir. Nitekim Yargıtay HGK 27.10.2010 tarihli bir kararında⁷ HMK ile CMK hükümlerinde yer alan aynı konuya ilişkin farklı düzenlemeleri bu şekilde yorumlamıştır: “1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu da, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu da usul kanunları olup, aralarında özel kanun genel kanun ilişkisi söz konusu değildir. Birinde hakimlerin sorumluluğuna ilişkin özel hükümler; diğerinde arama, elkoyma, yakalama ve tutuklama hallerinde kişinin uğradığı maddi ve manevi zararın giderilmesine yönelik olarak devletin sorumluluğuna ilişkin özel hükümler düzenlenmiştir. Bir usul kanununun sorumluluğun süjesini devlet, diğerinin ise hakim olarak ele alması karşısında birinin diğerine nazaran özel kanun olduğunun kabulüne olanak yoktur.”

Buna karşılık, kurallar arasında öncelik-sonralık, özellik-genellik ilişkisi de bulunabilir. Bu durumlar söz konusu olduğunda, özel kanun (*Lex specialis*) ve sonraki kanun (*Lex posterior*) ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağı araştırılması gerekir. *Lex specialis* ilkesine göre, özel kanun geneli kovar: *Lex specialis derogat legi generali*. Buna karşılık, *Lex posterior* ilkesi, sonraki kanunun öncekini kovmasını öngörür: *Lex posterior derogat legi priori*.

Bu ilkeler sadece özel hukuk alanında değil, kamu hukuku alanında da uygulanır. Nitekim Y 4. CD’nin 9.5.2013 tarihli kararında⁸, bu ilkelerin ceza hukuku alanında da uygulama alanı bulduğunu görüyoruz: “Somut olayda; uygulanması gereken iki ayrı kanunun farklı hükümlerinin seçiminde önceki kanun ve sonraki kanun hususu, bazı durumlarda genel kanun ve özel kanun kriteri ile iç içe ele alınmaktadır. Nitekim Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 11.2.1988 tarih ve E. 1987/3 K. 1988/1 sayılı Kararında önceki ve sonraki kanun hükümleri arasında çelişme olduğu takdirde somut olayda özel ve sonraki kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Nitekim 2863 sayılı Kanunun 65/b. maddesi, 23/01/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanunun 408. maddesi ile değiştirilmiş olup, niteliği itibarıyla TCK na göre, sonraki tarihli ve özel kanun niteliğindedir.”

Giriş, Ankara 2014, s. 176. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Yasemin Işıқтаç- Sevtap Metin, Hukuk Metodolojisi, İstanbul 2013, s. 258 vd.

⁶ Bu olasılıkların irdelenmesi ve örneklendirilmesi bakımından bkz. Serozan, s. 143 vd.

⁷ E. 2010/4-553, K. 2010/537 (Kazancı MİBB).

⁸ E. 2012/28180, K. 2013/14227 (Kazancı MİBB).

Danıştay'ın⁹ da bu görüşte olduğunu eklemeliyiz: “Bilindiği üzere; kanunlar arasında çatışma halinde geçerli kurallar ‘genel kanun-özel kanun’, ‘önceki kanun-sonraki kanun’ ilişkisi içinde belirlenir. 5393 sayılı Kanun 2531 sayılı Kanuna göre hem özel kanundur, hem de daha sonra çıkmıştır. Bu nedenle, 5393 sayılı Kanun hükümleri öncelikli olarak uygulanmalıdır.”

Ancak, insan mantığının ortaya koyduğu bu ilkeler, uygulanmaları sırasında da mantık süzgecinden geçirilmelidir. Aksi takdirde somut olay adaletinin gerçekleşmesine katkıda bulunmak bir yana, tümüyle adaletsiz sonuçlara yol açabilirler. Esasen yasal temeli bulunmayan bu ilkelerin birer tabii hukuk ilkesi olduğu savunulmaktadır¹⁰. Kanımızca bu ilkelerin tabii hukuktan kaynaklanmasından çok mantıksal ilkeler¹¹ olarak tabiata uygunluklarından söz etmek daha isabetli olur. Belki de bu niteliklerinin bir gereği olarak, somut olaya uygulanırken de mantığa uygunluk denetiminden geçirilmeleri gerekir. Nitekim Yargıtay'ın 4.6.1958 tarih ve 15/6 sayılı İBK'da¹² “umumi hükümlerle hususi hüküm karşılaştığı zaman, hadiseye ancak hususi hükmün tatbik olunabilmesi, hukukun umumi kaidelerindedir” denilmiş olması, öğretide sadece bir alışkanlık eseri olmak ve pozitif hukukla çelişmek ithamıyla karşılaşmıştır¹³. Şu halde, bu tür ilkeleri kanun koyucunun iradesini yorumlarken başvurulacak araçlar¹⁴ olarak kabul ve sorunun çözümüne katkısı olmadığına terk etmek gerekir.

Esasen Yargıtay da bazı kararlarında “genel kanun” “özel kanun” niteliği yaparken çok özenli olmasa da içerik itibarıyla bu denetimi yapmaya özen göstermektedir. Nitekim Hukuk Genel Kurulu 15.6.2012 tarihli bir kararında¹⁵, sebepsiz zenginleşme kurumu bakımından özel kanun sayılan Borçlar Kanunu hükümlerine nazaran Sosyal Sigortalar Kanunu'ndaki iadeye ilişkin hükümleri özel kural sayarak uygulamıştır.

Özel hukukta olduğu kadar kamu hukukunda da uygulama alanı bulan bu ilkelere ilişkin olarak Gözler'in Kamu Hukukçuları Platformu ve Türkiye Barolar Birliği tarafından Ankara'da 29 Eylül 2012 Cumartesi günü düzenlenen “Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması” başlıklı toplantıda sunduğu “Yorum İlkeleri” başlıklı tebliğinde savunduğu bazı görüşleri ele almakta yarar görüyoruz:

“... Lex posterior ilkesi, mahiyeti gereği, farklı tarihlerde kabul edilmiş hükümler bakımından uygulanabilir bir ilkedir. Aynı tarihte kabul edilmiş iki hüküm arasındaki çelişki lex posterior ilkesine göre haliyle çözümlenemez.

⁹ Dan. 1. D., 18.2.2009, 2008-1444/334 (Kazancı MİBB).

¹⁰ Kemal Gözler, Yorum İlkeleri, (www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri.pdf), s. 8.

¹¹ Bu yönde: Işıktaç-Metin, s. 259.

¹² RG, 1.10.1958, Sayı: 10021.

¹³ Tahir Çağa, Özel Hüküm Genel Hükmü Daima Bertaraf Eder mi?, TBBD, 1991/3, s. 371. Yazara göre bu alışkanlık, “lex specialis derogat legi generali” sözlerinin bağlayıcı nitelikte bir müsbet hukuk kuralı zannedilmesinden kaynaklanmaktadır. Çağa, s. 371, dpn. 14. Buna karşılık söz konusu önermenin “genel ve evrensel bir hukuk ilkesi” olduğu yönünde bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem - Sözleşme (“Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm” dizisinde), 5. Bası, İstanbul 2010, s. 772, No: 2.

¹⁴ Bu ilkeleri “alet takımı çantası” içindeki araçlara benzeten bir yaklaşım için bkz. Gözler, s. 14 vd.

¹⁵ E. 2012/21-196, K. 2012/396 (Kazancı MİBB).

Örneğin aynı kanunun iki hükmü arasında çelişki olabilir. Bir kanunun X maddesi şöyle derken, aynı konuda Y maddesi böyle der. İşte bu durumda ortaya çıkan çelişki, ne *lex superior*, ne de *lex posterior* ilkelerine göre çözümlenebilir. Böyle bir çelişkiyi çözmek için üçüncü bir ilkeye ihtiyaç vardır: *Lex specialis* ilkesi.”¹⁶

Doğruluğundan kuşku duyamayacağımız bu çıkarsama gene de eksiktir. Çünkü sadece aynı zamanlarda değil, farklı zamanlarda yürürlüğe giren ve birbirleriyle çelişen iki ayrı kanun hükmünden hangisinin uygulanacağı konusunda da *lex superior* ve *lex posterior* ilkelerinden yararlanamayabiliriz¹⁷. Çünkü sonraki kanun özel nitelikte bir kanun olsa bile, eski tarihli genel kanunun yeni ve özel nitelikli kanunu tamamlayıcı bir işlevi bulunabilir¹⁸.

Şu halde, hangi kuralın uygulanacağını saptanması bakımından sonraki kanun (*lex posterior*) ilkesinden çok özel kanun (*lex specialis*) ilkesine başvurulması gerektiği açıklık kazanmış oluyor. Ancak bu noktada özel kanun-genel kanun deyiminin amaca uygun olmadığını ifade etmemiz gerekiyor. Çünkü hangi kanunun genel hangi kanunun özel olduğu sorusuna verilecek cevap çoğu kez yoruma elverişli bir ölçüt sunmaz. Hangi kuralın uygulanacağı, içinde yer aldığı kanundan çok bizzat kuralın özel veya genel olmasına göre belirlenir¹⁹. Nitekim Alman hukukunda da “yasaların yarışması” (*Gesetzeskonkurrenz*) yerine “norm kovan yarışma”dan (*normverdrängende Konkurrenz*) söz edilmesinin daha isabetli olduğu ifade edilmektedir²⁰. Serozan’ın bu durumu daha iyi ifade eden açıklamasıyla: “Özel kural (*lex specialis*), genel kuralın (*lex generalis*) öngördüğü hukuksal sonucu, belirli, özel ve dar bir alanda ortadan kaldıran veya değiştiren kuraldır”²¹. Hukuksal sonuç yerine normun olgusundan (uygulanma koşullarından) bakıldığında, özellikle sonraki normu oluşturan olguların bir alt grubunda yer alan ilk normun özel olduğu söylenebilecektir²². Bu ilkenin uygulanabilmesi için özel kuralın olgusu genel kuralın tüm öğelerini içermeli; bunun yanı sıra bir veya birkaç ek olgu öngörmek suretiyle genel normun uygulama alanını daraltıyor olmalıdır²³.

¹⁶ Gözler, s. 66.

¹⁷ Anlaşmazlık çözümünde kullanılan bu türden “derogasyon maksimleri”nin Devletler Hukuku alanında yol açtığı sorunların giderek arttığı yolunda bkz. Erich Vranes, *Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior – Zur Rechtsnatur der “Konfliktlösungsregeln”*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 65 (2005), S. 391 ff. Yazarın zikrettiğine göre, H. Aufrecht, (Supersession of Treaties in International Law, *Cornell Law Quarterly* 37, 1952, 698), sonraki antlaşmanın koşulları eskisinden daha geniş ise (bir diğer deyişle eski özel kural sonraki genel kuraldan daha sınırlı bir alanı kapsıyorsa) *lex specialis lex posterior*’a üstün tutulmalıdır: *lex posterior generalis non derogat priori specialis*.

¹⁸ Oğuzman-Barlas, s. 84, No 278.

¹⁹ Bu yönde Işıktaç-Metin, s. 261.

²⁰ Karl Larenz – Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8. Aufl., München 1997, § 18, Nr 19, S. 352.

²¹ Serozan, s. 147.

²² Larenz-Wolf, § 18, Nr 20, S. 352-353.

²³ Christiane Wegricht, *Das Verhältnis von Eingriffsermächtigungen des Bundes-Immissionsschutzgesetzes zur polizeilichen Generalklausel*, Frankfurt am Main 2008, S. 109.

Nitekim, Sayıştay Temyiz Kurulu 14.3.2006 tarih ve 28414 sayılı kararında²⁴, genel nitelikli olduğu kuşku götürmeyecek olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun avukata ödenecek vekâlet ücretine ilişkin kurallarının, özel nitelikteki Avukatlık Kanunu'ndaki hükümlere nazaran daha özel olduğuna hükmetmiş ve 657 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasına karar vermiştir.

Buna karşılık özel kural daha eski genel kural daha yeni tarihli olduğunda, durumun daha karmaşık bir hal aldığı kabul etmek gerekir. Bunun, çözümü güç bir sorun olduğunu belirten Oğuzman-Barlas'a göre, "buna verilecek standart bir cevap ve uygulanacak sabit bir ilke yoktur. Mesele, kanunun hazırlık çalışmaları ve amacı başta olmak üzere tüm yorum araçlarına başvuru olarak yapılacak yorum sonucunda kanun koyucunun iradesinin saptanmasıyla çözümlenecektir"²⁵. Yargıtay 4. Ceza Dairesi de 9.5.2013 tarihli bir kararında²⁶ "önceki kanun özel yeni kanun genel ise bu durumda da kanun koyucunun genel yasayı çıkarırken hangi amacı taşıdığına bakmak gerekir" demek suretiyle bu görüşü ifade etmiştir. Serozan'a göre de "sonraki 'genel' kuralla önceki 'özel' kural arasındaki ilişki oldukça karmaşık bir ilişkidir; yerine göre değişen değerlendirmelere açık sayılır. Seçim, duyarlı bir 'ratio legis' yorumuna, amaç (telos) araştırmasına bağlı kalır"²⁷.

Kanun koyucunun bazen genel bir normun kapsamına giren olaylardan belirli bir bölümünü özelliklerinden ötürü ayrıca düzenlediği anlaşılıyorsa, söz konusu olaylara genel normun değil de münhasıran özel normun uygulanmasını irade etmiş olabileceğini ifade eden Çağa'ya göre de, "fakat mutlaka böyle olması zorunlu değildir. Zira kanun koyucu özel hüküm sevk etmekle hak sahibinin durumunu daha da iyileştirmek, onu özel ve genel normdan dilediğine dayanmakta serbest bırakmak suretiyle yeni imkanlar tanımak istemiş de olabilir"²⁸.

Bu genel açıklamalardan hareketle, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'u Türk Ticaret Kanunu karşısında özel kanun sayan Yargıtay 11. HD'nin görüşünün isabetini tartışmaya geçebiliriz.

III. Sonuç

Bu çalışmada inceleme konusu yaptığımız 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun 24.11.1994 tarihinde kabul edilmiş, 27.11.1994 tarih ve 22124 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yayımı tarihinde (md. 43) yürürlüğe girmiştir.

Kanun'un "Kuruluşların Anonim Şirket Haline Dönüştürülmesi; Hak ve Yükümlülüklerinin Devri" kenar başlığını taşıyan 20. maddesinin (A) bendine göre;

"Özelleştirme programına alınan kuruluşlarla ilgili olarak;

"A) Mevcut durumları itibarıyla anonim şirket statüsünde olan kuruluşların ana sözleşmelerinin bu Kanun hükümlerine uygun hale getirilmelerine,

²⁴ Nakleden Erdal Kuluçlu, Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri, Sayıştay Dergisi, Sayı 71 (Ekim-Aralık 2008), s. 20.

²⁵ Oğuzman-Barlas, s. 84, No 279. Benzer biçimde bkz. Hüseyin Hatemi, Medeni Hukuk'a Giriş, 7. Bası, İstanbul 2013, s. 55, No 28.

²⁶ 2012-28180/14227 (Kazancı MİBB).

²⁷ Serozan, s. 148.

²⁸ Çağa, s. 368, dpn. 8.

anonim şirket statüsünde bulunmayanlardan gerekli görülenlerin ana sözleşmelerinin hazırlanarak anonim şirkete dönüştürülmesine, sermayesinin tamamı İdareye ait olan anonim şirket statüsündeki kuruluşların aktiflerinin, anonim şirket statüsünde olmayan kuruluşların ise varlıklarının tamamının veya bir kısmının özelleştirme programında bulunan ve sermayesinin tamamı İdareye ait başka bir anonim şirkete veya kuruluşa bedelli veya bedelsiz olarak devrine, anonim şirket statüsünde olanların aktiflerinin bir kısmının aynı sermaye şeklinde konularak yeni şirket/şirketler kurulması suretiyle bölünme veya yeni bir şirket halinde birleşmelerine veya tasfiyesiz infisah suretiyle birleşmelerine İdarece karar verilir ve bunların ana sözleşmeleri İdare tarafından onaylanır. Bu bentte belirtilen işlemler hakkında Türk Ticaret Kanununun ilgili maddeleri uygulanmaz."

Görüldüğü gibi, bu bentte sayılan işlemler hakkında Türk Ticaret Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Ancak, bu bentte sayılan işlemlerin hangileri olduğu ve bu işlemlere bağlı olarak yapılması gereken diğer işlemlerin de bu bent kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği Kanun'da belirtilmediğinden, aşağıda ayrıntılarına girilecek sorunların genel yorum kuralları ışığında irdelenmesi gerekmektedir.

Öncelikle Kanun'un sözü (lafzı) ile değindiği konuların neler olduğu şu şekilde saptanabilir:

1. A.Ş. statüsünde olan şirketlerin ana sözleşmelerinin 4046 sayılı Kanun hükümlerine uygun hale getirilmesi,

2. A.Ş. statüsünde olmayan şirketlerden gerekli görülenlerin ana sözleşmelerinin hazırlanarak A.Ş.'ye dönüştürülmesi,

3. Sermayesinin tamamı İdareye ait olan anonim şirket statüsündeki kuruluşların aktiflerinin, özelleştirme programında bulunan ve sermayesinin tamamı İdareye ait başka bir anonim şirkete veya kuruluşa bedelli veya bedelsiz olarak devri,

4. Sermayesinin tamamı İdareye ait olan ancak anonim şirket statüsünde olmayan kuruluşların varlıklarının tamamının veya bir kısmının özelleştirme programında bulunan ve sermayesinin tamamı İdareye ait başka bir anonim şirkete veya kuruluşa bedelli veya bedelsiz olarak devri,

5. Sermayesinin tamamı İdareye ait olan anonim şirket statüsündeki şirketlerin aktiflerinin bir kısmının aynı sermaye şeklinde konularak yeni şirket/şirketler kurulması suretiyle bölünmeleri veya yeni bir şirket halinde birleşmeleri veya tasfiyesiz infisah suretiyle birleşmeleri.

4046 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte 6762 sayılı eTK yürürlüktedir. 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı TK ise 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu, ilginç bir durumu ortaya çıkartmaktadır. Çünkü Yargıtay'ın özel kanun saydığı 4046 sayılı Kanun, yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla eTK'ya oranla sonraki kanundur. Buna karşılık, 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren ve Yargıtay'a göre genel nitelikli olan yeni TK ise 4046 sayılı Kanun'a göre yeni kanundur. İsbetini tartışacağımız Yargıtay kararı ise 18.12.2012 tarihli olup, yeni TK'nın yürürlüğe girmesinden sonra verilmiştir.

4046 sayılı Kanun'un 20. maddesinin A bendinde sayılan işlemlerin bazı şirketlerin anonim şirkete dönüştürülmesi ile bunların başka şirketlerle çeşitli şekillerde birleşmeleri ve bölünme suretiyle yeni şirketler oluşturmaları olduğu açıktır. Gerek eTK gerekse TK'da bu işlemlerin nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin

ayrıntılı düzenlemeler (TK md. 136 vd.) bulunmaktadır. Örneğin, esas sözleşme değişiklikleri TK md. 333 hükmü ile Bakanlık iznine tabi tutulmuştur²⁹. TK md. 421 bu değişikliklerin bazılarını oybirliği, bazılarını da nitelikli çoğunluk şartına bağlamıştır³⁰.

Dikkat edileceği gibi kanun koyucu bu süreçleri, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın kararına bağlamak suretiyle kısaltmak istemiştir. Bu tutumun, Kanun'un 1. maddesinin A, f bendinde anılan "Ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak" amacıyla uyumlu olduğu söylenebilir. Ayrıca, Kanun'un 20 A maddesinde sayılan olguların, TK'daki olguların bir alt grubunu oluşturduğu, bu yönüyle özel kural olarak genel normu kovduğu kabul edilebilir.

Düzenlemede İdarenin kararına bırakılan işlemlere konu şirketler Devlet'e ait olduğundan, karar süreçlerinin TK'da belirlenen usullere uygun olarak yapılmasıyla korunan menfaatin (sözgelimi ortaklık pay ve haklarının), sürecin İdare'nin kararına bırakılarak kısaltılması halinde de korunmuş olacağı kabul edilebilir. Çünkü ortada İdare dışında menfaati korunacak pay ve hak sahibi bulunmamaktadır. Bu nedenle 4046 sayılı Kanun'un 20 A hükmünde sayılan işlemlerin, TK'nın söz konusu işlemlere ilişkin ticaret şirketlerindeki karar alma süreçlerine gerek kalmaksızın İdarenin kararıyla gerçekleştirilebileceğinin kabulü mümkün hale gelmektedir. Sonuç olarak 4046 sayılı Kanun'un bu dar alana özgü olmak koşuluyla TK'nın ilgili hükümlerini kovduğu, bertaraf ettiği söylenebilecektir.

Buna karşılık, 4046 sayılı Kanun'da birleşme veya bölünme süreçlerinde söz konusu şirketlerden alacaklı olanların nasıl korunacağına dair hükümlere yer verilmemiştir. Dolayısı ile özel kuralın genel kuralı kovması için "genel kuralın tüm olgularını içermesi" koşulu Kanun'un 20 A maddesi bakımından gerçekleşmemiştir. Bilakis Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasının (ı) bendine 4971 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile eklenen "ve İdarenin hak, alacak ve borçları hakkında karar vermek," ibaresi, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir³¹. Kararın gerekçesinde, "Yasa'nın 1. maddesiyle 4046 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin ikinci fıkrasının (ı) bendinin sonuna eklenen ibare ile yürüttüğü hizmetin ve görev alanının özelliği gözetilerek Özelleştirme Yüksek Kurulu'na Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın hak, alacak ve borçları hakkında karar verme yetkisi tanınmıştır. Ancak bu yetkinin kullanılmasına esas olacak ölçütler Kanun'da gösterilmemiş, sınırlar çizilmemiş, böylece yasama organı tarafından belirlenmesi gereken hususlar idareye bırakılarak yasama yetkisinin devrine yol açılmıştır."

Bu iptal kararı, kanun koyucunun amacının yorumlanması bakımından önemlidir. Yüksek Mahkeme, İdarenin, kendi borçları ile ilgili olarak sınırları belli olmayan bir yetki kullanmasının Anayasa'ya aykırı olduğunu açıkça ifade etmiştir. Esasen kanun koyucunun böyle bir düzenleme yaparken ekonomiye kazandırmak ve verimliliklerini artırmak istediği kamu iktisadi teşebbüslerinin alacaklılarını teminattan mahrum bırakmak ve ne pahasına olursa olsun özelleştirme programının başarılı olmasını sağlamak gibi bir amaç gütmeyeceğini ka-

²⁹ Karş. eTK md. 273, 280.

³⁰ Bkz. ve karş. eTK md. 388.

³¹ Anayasa Mahkemesi'nin 28.12.2005 tarih ve E. 2003-87/110 sayılı kararının tam metni için bkz. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/aym43.pdf, s. 7 vd.

bul etmek gerekir. Her ne kadar kanun koyucu olağanüstü dönemlerde belirli salmalarda bulunarak adalet ve hakkaniyete aykırı uygulamalara yol açmış ise de, bugün yürürlükte bulunan Anayasal ilkeler ve Türkiye’nin uluslararası anlaşmalar yoluyla bağlı bulunduğu ulusalüstü yargılama ilkeleri sayesinde Türk Hukuku bu tür uygulamalara cevaz vermeyecek olgunluğa erişmiş sayılmaktadır.

TK’nun “Alacakların teminat altına alınması” başlıklı 157. maddesinin 1. fıkrası, “Birleşmeye katılan şirketlerin alacaklıları birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından itibaren üç ay içinde istemde bulunurlarsa, devralan şirket bunların alacaklarını teminat altına alır” şeklindedir. eTK’da da buna paralel düzenlemeler yer almaktadır (bak. md. 150, 451, 452). Alacaklıların korunmasına dair hiçbir hüküm içermeyen 4046 sayılı Kanun karşısında TK ve eTK hükümlerinin daha ayrıntılı ve özel nitelikte olduğu açıktır. Burada “*argumentum a contrario*” deliliyle, Kanun’un zıt anlamından özelleştirmeye konu şirket alacaklılarının korunmayacağı sonucuna da varılamaz.

Diğer yandan, aynı alanı düzenleyen iki farklı kuralın olgularının çakışmasına karşılık hukuksal sonuçlarının birbirini dışlamadığı durumlarda iki kuralın aynı anda uygulanmasına imkân verilmesi gerektiği yolundaki görüş³² de bu açıklamaları desteklemektedir.

Dolayısı ile 4046 sayılı Kanun’un birleşme, bölünme gibi işlemlerde ilgili şirketlerin karar alma süreçlerine ilişkin olarak sevkettiği hükümlerin TK karşısında özel nitelikte olduğu ve bu dar alana özgü olmak koşuluyla TK hükümlerini kovduğu; buna karşılık ilgili şirket alacaklılarının korunmasına ilişkin TK hükümlerinin özel nitelikleri nedeniyle öncelikli olarak uygulanması gerektiği, eTK’nın önceki, TK’nın ise sonraki kanun olmasının varılan sonuçlara hiçbir etkisinin bulunmadığı kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Aday Nejat, Özel Hukukta Yükleni Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 2000.
- Akıllıoğlu Tekin, Hangi Hukuka Giriş? Hukuk Üstünlüğü İncelemesine Giriş, Ankara 2014
- Ataay Aytakin, Medeni Hukukun Genel Teorisi, 4. Bası, İstanbul 1995
- Çağa Tahir, Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder mi?, TBBD, 1991/3, s. 366-375.
- Gözler Kemal, Yorum İlkeleri, (www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri.pdf).
- Hatemi Hüseyin, Medeni Hukuk’a Giriş, 7. Bası, İstanbul 2013
- İşıқтаç Yasemin – Metin Sevtap, Hukuk Metodolojisi, İstanbul 2013.
- Kocayusufoğlu Necip, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem – Sözleşme (“Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm” dizisinde), 5. Bası, İstanbul 2010.
- Kuluçlu Erdal, Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri, Sayıştay Dergisi, Sayı 71 (Ekim-Aralık 2008), s. 3-22.
- Larenz Karl– Wolf Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., München 1997.

³² Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1995, S. 89-90.

Larenz Karl/Canaris Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin Heidelberg New York 1995

Özsunay Ergun, Medenî Hukuka Giriş, 5. Bası, İstanbul 1986.

Schapp Jan, Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre, Tübingen 1983.

Serozan Rona, Hukukta Yöntem, İstanbul 2015.

Vranes Erich, Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior – Zur Rechtsnatur der “Konfliktlösungsregeln”, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol. 65 (2005), S. 391-405

Wegrich Christiane, Das Verhältnis von Eingriffsermächtigungen des Bundes-Immissionsschutzgesetzes zur polizeilichen Generalklausel, Frankfurt am Main 2008.