T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA ESAS SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

Cem VEZİROĞLU

2502130230

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Mehmet HELVACI

İSTANBUL – 2020

ÖZ

ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA ESAS SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

Cem VEZİROĞLU

Bu doktora tezi, anonim ortaklıklar hukukunda esas sözleşme özgürlüğü ve bunun sınırlarının çeşitli açılardan incelenmesini konu almaktadır. Üç bölümden oluşan tezin ilk bölümü konunun kuramsal çerçevesini çizmeyi hedeflerken, ikinci ve üçüncü bölümler ise mevcut sorunlar karşısında dogmatik hukuk bakımından çözümler geliştirmeyi amaçlamaktadır. Bu kapsamda öncelikle özel hukukta ve ortaklıklar hukukunda sözleşme özgürlüğünün kavramsal, teorik, tarihsel, anayasal, ekonomik ve ahlaki zemini ortaya koyulmuştur. İkinci bölümde sözleşme özgürlüğünün anonim ortaklıklar hukukundaki görünümü ele alınmış ve bunu hayata geçiren en önemli işlem olan esas sözleşme çeşitli açılardan irdelenmiştir. Son bölümde ise esas sözleşme özgürlüğünün genel hükümler ve anonim ortaklıklar hukuku çerçevesindeki sınırları incelenmiştir. Bu bağlamda TK m. 340 hükmünde düzenlenen emredici hükümler ilkesine özel bir önem atfedilmiştir.

Çalışmada disiplinler arası yöntemin esas alınması doğrultusunda ortaklık teorilerine ve hukukun ekonomik analizine başvurulmuştur. Anılan yöntemlerin katkısı hem pozitif hukuk hem de hukuk politikası açısından ortaya koyulmuştur. Ayrıca incelemede karşılaştırmalı hukuka ve tarihsel araştırmaya geniş yer ayrılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ticaret hukuku, Şirketler hukuku, Anonim ortaklıklar hukuku, Esas sözleşme, Esas sözleşme özgürlüğü, Ana sözleşme, Emredici hükümler ilkesi

ABSTRACT

CONTRACTUAL FREEDOM IN ARTICLES OF ASSOCIATION AND ITS LIMITS IN JOINT STOCK COMPANIES LAW

Cem VEZİROĞLU

This doctoral thesis analyzes contractual freedom in articles of association and its limits in joint stock companies from various aspects. The thesis consists of three parts. While the first part aims to set the theoretical framework of the problem, the second and third parts intend to find solutions vis-à-vis existing problems in terms of positive law. Within this scope conceptual, theoretical, constitutional, economic and ethical aspects of contractual freedom in private law and corporate law are primarily examined. The second part deals with contractual freedom in corporate law and examines articles of association from various perspectives as it is the most important legal act that brings contractual freedom into being. The last part analyzes the limits of contractual freedom in articles of association pursuant to general provisions of civil law and joint stock company law. In this regard, the principle of mandatory norms stipulated in Turkish Commercial Code numbered 6102 Article 340 is attached a particular importance.

Theories of the corporation and economic analysis of law are applied in accordance with the interdisciplinary methodological view adopted in this study. Contribution of the mentioned methods are set forth in terms of both positive law and legal policy. Moreover, comparative legal analysis and historical analysis are used extensively.

Keywords: Commercial law, Joint stock company law, articles of association, certificate of incorporation, Contractual freedom in articles of association, Principle of mandatory norms

ÖNSÖZ

"Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları" başlıklı bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı kapsamında bir doktora tezi olarak hazırlanmıştır.

Tezin amacı, anonim ortaklığın örgütsel yapısını ve ortaklık içi ilişkileri düzenleyen temel belge olan esas sözleşme bağlamında irade özerkliğinin sınırlarını çizmektir. Anonim ortaklık düzenini şekillendirme özgürlüğünün dayandığı sınırların belirginleştirilmesi şirket ilgilileri bakımından oldukça önem arz eder. Nitekim çalışmanın anonim ortaklıklar hukukuna temel katkısının, ortaklık ilişkisinde hukuki güvenin ve öngörülebilirliğin artırılmasını sağlamak olduğu düşünülmektedir. Bu perspektifle belirlenen çalışmanın kapsamı, öncelikle özel hukukta ve ortaklıklar hukukunda sözleşme özgürlüğünün konumunu ele almakta; ardından esas sözleşme özgürlüğünü çeşitli açılardan irdelemektedir. Devam eden bölümlerde ise bu defa esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarına yoğunlaşılmış olup, TK ile ilk kez hukukumuza giren emredici hükümler ilkesi incelemenin odak noktası olarak belirlenmiştir. Bu kapsamda ilkenin amaçları, tarihçesi, karşılaştırmalı hukuktaki durumu, anlamı, kapsamı ve yaptırımı ele alınmıştır.

Tez konusunun seçiminde ve çalışmanın hazırlanmasında desteğini daima hissettirmiş olan tez danışmanım ve hocam sayın Prof. Dr. Mehmet HELVACI'ya; tez izleme komitesi üyeleri olan ve bu süreçte desteklerini esirgemeyen değerli hocalarım sayın Prof. Dr. Arslan KAYA'ya ve sayın Prof. Dr. Gül OKUTAN NILSSON'a teşekkürlerimi sunarım.

İSTANBUL, 2020

Cem VEZİROĞLU

İÇİNDEKİLER

ÖZ ..... **ii**
ABSTRACT ..... **iii**
ÖNSÖZ ..... **iv**
KISALTMALAR LİSTESİ ..... **x**
GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM
ÖZEL HUKUKTA VE ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

I. ÖZEL HUKUKTA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ 13
A. İrade Özerkliği ve Sözleşme Özgürlüğü Kavramları 13
1. İrade Özerkliği 13
2. Sözleşme Özgürlüğü 17
B. Sözleşme Özgürlüğünün Ekonomik Analizi ve Ahlaki Temelleri 20
1. Sözleşme Özgürlüğünün Ekonomik Analizi 20
a. Hukuk ve Ekonomi Öğretisi 20
b. Sözleşme Özgürlüğünün Klasik İktisat Açısından Analizi 23
c. Sözleşme Özgürlüğünün Neoklasik İktisat Açısından Analizi ... 27
2. Sözleşme Özgürlüğünün Ahlaki Temelleri 31
C. Anayasal Ekonomik Düzen ve Sözleşme Özgürlüğünün Normatif Dayanakları 32
D. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması 38
E. Sözleşme Özgürlüğünün Dinamik Yapısı ve Güncel Eğilimler 48

II. TARİHSEL, TEORİK VE EKONOMİK AÇIDAN ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ 54
A. Kuruluş Sistemleri Işığında Esas Sözleşme Özgürlüğünün Tarihsel Gelişimi 54
1. Avrupa'da 54
a. İmtiyaz Sistemi 56
b. İzin Sistemi 61
c. Normatif Sistem 63
2. Türk Hukukunda 66
a. Kanunname-i Ticaret-i Berriye Dönemi 66
b. eTK 1926 Dönemi 66
c. eTK Dönemi 67
d. Güncel Durum 71
B. Ortaklık Teorileri Çerçevesinde Esas Sözleşme Özgürlüğünün Ekonomik Analizi 77
1. Ortaklık Teorilerinin Ortaklıklar Hukukundaki Konumu ve İşlevleri 77
2. Ortaklık Teorileri ve Esas Sözleşme Özgürlüğü Arasındaki İlişki 83
3. Ekonomik Analizin Ortaklıklar Hukukundaki Yeri 85
4. İktisadi Ortaklık Teorileri ve Esas Sözleşme Özgürlüğüne

Yansımaları 91
a. Erken Dönem İktisadi Yaklaşımlar 92
(1) Rasyonel Üretim Birimi Olarak Şirket 92
(2) *Coase*'un Şirket Teorisi 93
(3) *Berle & Means*'in "Yönetim Odaklı" Yaklaşımı 95
(4) Erken Dönem İktisadi Yaklaşımların Esas Sözleşme Özgürlüğü Sorununa Yansımaları 97
b. Neoklasik İktisadi Yaklaşım: Sözleşme Teorisi 98
(1) Önemi ve Ortaya Çıkışı 98
(2) Sözleşmeler Bütünü Olarak Şirket: *Nexus of Contracts* .. 101
(3) Ekonomik Açıdan Anonim Şirket ve Vekalet Teorisi 105
(4) Sözleşme Teorisinin Esas Sözleşme Özgürlüğü Sorununa Yansımaları 108
i. Mutlak Serbesti Görüşü 109
ii. Sınırlı Müdahale Görüşü 116
c. Yeni Kurumsal İktisat'ın Yaklaşımı: Mülkiyet Teorisi 125
(1) Yönetim Mekanizması Olarak Şirket 125
(2) Ekonomik Mülkiyet Kavramı 128
(3) Mülkiyet Teorisinin Anonim Şirket ve Şirketler Hukuku Anlayışı 130
(4) Mülkiyet Teorisinin Esas Sözleşme Özgürlüğü Sorununa Yansımaları 135
i. Genel Tespitler 135
ii. Esas Sözleşme Hükümlerine "Aynî Etki" Tanınması ile Esas Sözleşme Özgürlüğü Arasındaki İlişki 135
iii. Esas Sözleşme Hükümlerine "Aynî Etki" Tanınmasında İzlenebilecek Yöntemler 137
d. Değerlendirme: Sözleşme ve Mülkiyet Teorileri ile Ekonomik ve Hukukuki Analizin Bağdaştırılması 141

İKİNCİ BÖLÜM
ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE ESAS SÖZLEŞME

I. ANONİM ORTAKLIK DÜZENİ VE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ 147
A. Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sözleşme Özgürlüğüne İlişkin Temel Kavramlar 147
B. Esas Sözleşme Özgürlüğünün Normatif Dayanakları 156

II. ANONİM ORTAKLIK ESAS SÖZLEŞMESİ 159
A. Kavram 159
1. Önemi ve İşlevleri 159
2. Tanımı 162
B. Terminoloji 167
C. Esas Sözleşmenin Hukuki Niteliği ve Sözleşmelerin Tasnifi Açısından Özellikleri 169
1. Sözleşmesel Nitelik Sorunu 171
a. Sözleşme Teorisi 171
b. Norm Teorisi 176

c. Bağdaştırıcı Yaklaşımlar 183
(1) Değiştirilmiş Norm Teorisi 184
(2) Karma Görüşler 185
(3) Borç ve Organizasyon Sözleşmesi 187
d. Değerlendirme: Esas Sözleşmenin Objektif Norm Teşkil Etmemesi 189
(1) Ortaklığın Tüzel Kişilik Kazanmasından Önce 189
(2) Ortaklığın Tüzel Kişilik Kazanmasından Sonra 196
i. Esas Sözleşme Hükümlerinin Genel ve Soyut Niteliği 197
ii. Esas Sözleşmenin Katılıma Açık (İltihakî) Olması 198
iii. Esas Sözleşmenin Hukuki Dayanağı 199
iv. Esas Sözleşmenin Objektif Norma "Dönüşmesi" Sorunu 201
v. Esas Sözleşme Değişikliği Bağlamında İleri Sürülen Gerekçeler 203
vi. Objektif Hukuk Normu İhdas Etme Yetkisi 210
vii. Esas Sözleşmenin Genişleyen Etki Alanı 213
viii. Anonim Ortaklık ile Dernek Arasında Dogmatik Bağlantı Bulunmaması 216
ix. Esas Sözleşme Özgürlüğüne Müdahalenin Yoğunluğu 218
x. Genel Kurul Kararları Bakımından Esas Sözleşmenin İhlalinin İptal Sebebi Teşkil Etmesi 219
xi. Pragmatik Gerekçeler 221
xii. Kanuni Terimin Sözleşmesel Niteliği Teyit Etmesi 223
2. Sözleşmelerin Tasnifi Açısından Esas Sözleşmenin Ayrıksı Özellikleri 224
a. Şirketler Hukuku Sözleşmesi 224
b. Borç Sözleşmesi 225
c. Kuruluş Sözleşmesi 226
d. Birleşme Sözleşmesi 227
e. Organizasyon Sözleşmesi 228
f. Sosyal Hukuk (Statü) Sözleşmesi 230
g. Çok Taraflı Sözleşme 231
h. İsimli ve Tipik Sözleşme 232
D. Esas Sözleşmenin Pay Müktesipleri Üzerindeki Bağlayıcılığının Hukuki Dayanağı 233
1. Hukuki Durum ve Hukuki İlişki Olarak "Pay Sahipliği" 233
2. Anonim Ortaklığa Katılma İradesi 238
E. Esas Sözleşmenin Şekli 240
F. Esas Sözleşme Hükümlerinin Tasnifi 243
1. İçerik Özgürlüğü Açısından 244
a. Mutlak Zorunlu Hükümler 244
b. Şarta Bağlı Zorunlu Hükümler 250

c. İhtiyari Hükümler 253
d. Yasak Hükümler 258
2. Konuları Açısından 258
3. Hukuki Etkileri Açısından 259
a. Korporatif-Şeklî Hükümler Ayrımı 259
b. Esas Sözleşme Hükümlerinin Hukuki Niteliği, Konuları ve Etkileri Açısından Yapılan Ayrımlar Arasındaki İlişki 264
c. Korporatif-Şeklî Hükümler Ayrımının Sebepleri ve Doğurduğu Sorunlar 266
d. Ortaklık Düzeninin Tekliği-İkiliği Sorunu 270
(1) Tek Boyutlu Ortaklık Düzenine Ulaşmak Mümkün Müdür? 270
(2) Şeklî Esas Sözleşme Hükümlerinin Ayakta Tutulmasının Hukuki Dayanakları 272
(3) Hukukun Bütünselliği Karşısında Anonim Ortaklık Düzeni ve Sözleşmesel Düzen Arasındaki Etkileşim 274
e. Korporatif-Şeklî Hükümler Ayrımında Başvurulması Gereken Kriter 278
(1) Yaklaşım 278
(2) Öğretide İleri Sürülen Kriterler 282
(3) Çalışmada Önerilen Kriter 287
f. Üçüncü Kişilerin Ortaklığa Karşı Haklarını Düzenleyen Esas Sözleşme Hükümlerinin Özellikli Konumu 292
4. İleri Sürülebileceği Çevre Açısından 303

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA ESAS SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

I. ESAS SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GENEL HÜKÜMLER ÇERÇEVESİNDEKİ SINIRLARI 305

II. ESAS SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKUNA ÖZGÜ SINIRLARI 308
A. Anonim Ortaklıklar Hukukunun Emredici Hükümleri 308
1. Anonim Ortaklıklar Hukukunun Emredici Karakteri ile Kamunun Gözetimi ve Denetimi 309
a. Anonim Ortaklıklar Hukukunun Emredici Karakterinin Gerekçeleri 309
(1) Anonim Ortaklığın Ekonomik Sistem Açısından Önemi 309
(2) Anonim Ortaklığın Geniş Etki Alanı 311
(3) Anonim Ortaklığa Özgü Menfaat İhtilafları 312
b. Devletin Anonim Ortaklık Üzerindeki Gözetimi, Denetimi ve Müdahalesi 314
2. Emredici Hükümler İlkesi (TK m. 340) 315
a. Genel Tespitler ve *De Lege Ferenda* Öneriler 315
b. İlkenin Tarihçesi ve Alman Hukukundaki Güncel Gelişmeler . 321
(1) İlkenin Tarihçesi 321
(2) Alman Hukukundaki Güncel Gelişmeler 327

c. İlkenin Amaçları ve İlkeye Yönelik Eleştiriler 330
(1) Hukuk Güvenliğinin ve Belirliliğin Artırılması 330
(2) Esas Sözleşmelerin Yeknesak Hâle Getirilerek Yatırımcının ve Piyasanın Korunması 332
(3) Ortaklık İlişkisinde Zayıf Konumdakilerin Korunması ... 340
d. Karşılaştırmalı Hukukta Emredici Hükümler İlkesi ve Esas Sözleşme Özgürlüğü 342
e. İlkenin Anlamı ve Kapsamı 348
(1) Esas Sözleşmenin Kanundan Sapması (TK m. 340 c. 1) 350
i. Kanundan Sapma 350
ii. Açık İzin 352
(2) Esas Sözleşmenin Kanunu Tamamlaması (TK m. 340 c. 2) 364
i. Diğer Kanunlar 364
ii. Tamamlayıcı Hükümler 365
iii. İlgili Kanuna Özgülenmiş Olarak Hüküm Doğurma 383
f. Yaptırım Sorunu 387
(1) Hükümsüzlük Yaptırımı 387
i. TK m. 340 ile TK m. 445-447 ve BK m. 27 Arasındaki İlişki 387
ii. TK m. 340 ile TK m. 1530/1 Arasındaki İlişki 394
(2) Hükümsüzlük Haricindeki Yaptırımlar 397
g. İlkenin Uygulama Alanının Sınırlandırılmasına Yönelik Öneriler 399
(1) Halka Açık Olmayan Anonim Ortaklıklar Bakımından Sınırlandırılması 400
(2) "Kanundan Sapma" Kavramının Kapsamının "Kanunu Tamamlama" Kavramı Lehine Daraltılması 405
(3) "Açıkça" İbaresinin Etkisinin Yumuşatılması 406
(4) Azınlık Pay Sahiplerinin ve Alacaklıların Menfaatini Koruyan Esas Sözleşme Hükümlerinin Geçerli Sayılması 407
B. Anonim Ortaklıklar Hukukunun Yazılı Olması Gerekmeyen Kuralları 409
1. Yazılı, Yazılı Olmayan ve Yazılı Olması Gerekmeyen Anonim Ortaklıklar Hukuku 409
2. Anonim Ortaklıklar Hukukunun İlkeleri 412
SONUÇ 417
KAYNAKÇA 430
ÖZGEÇMİŞ 496

KISALTMALAR LİSTESİ

a.e.	: aynı eser
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
A.Ş.	: Anonim Şirket
a.y.	: yazara ait son zikredilen yer
AB	: Avrupa Birliği
AB Yönergesi	: 2017/1132/EU sayılı AB Şirketler Hukuku Yönergesi
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AktG	: Aktiengesetz (Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu)
al.	: alinéa (fıkra)
Anayasa/AY	: 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
Art.	: artikel/article (madde)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
b.	: bent
b.a.	: eserin bütününe atıf
Bakanlık	: Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı
BankK	: 5411 sayılı Bankacılık Kanunu
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BDDK	: Bankacılık Düzenlemek ve Denetleme Kurumu
BGB	: Bürgerlisches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Bundesgericht (İsviçre Federal Mahkemesi)
BGH	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BGHZ	: Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Alman Federal Mahkemesi'nin Hukuk Davalarına İlişkin Kararları)
BİAŞ	: Borsa İstanbul Anonim Şirketi
Birikimli Oy Tebliği	: Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (RG 29.08.2012 / 28396)
BİST	: Borsa İstanbul
BK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C	: Cilt
c.	: cümle
CA 2006	: Companies Act 2006 (Birleşik Krallık Şirketler Kanunu)
Cass. com.	: Cour de Cassation Chambre Commerciale (Fransız Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi)
CBK	: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
CLR	: Columbia Law Review
Çev.	: çeviren
Denetim Yön	: Ticaret Şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik (RG 28.08.2012 / 28395)

dn.	: dipnot
DGCL	: Delaware General Corporation Law (Delaware Genel Şirketler Kanunu)
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
E.	: Esas
eBankK	: 4389 sayılı (mülga) Bankalar Kanunu
eBK	: 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu
Ed.	: editör
eFKK	: 3226 sayılı (mülga) Finansal Kiralama Kanunu
eGK Yön	: Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik (RG 28.08.2012 / 28395)
eMK	: 743 sayılı (mülga) Türk Kanunu Medenisi
eSerPK	: 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
et. al.	: çok yazarlı eserlerde ilk yazardan sonrakiler
eTK	: 6762 sayılı (mülga) Türk Ticaret Kanunu
eTK 1926	: 865 sayılı (mülga) Ticaret Kanunu
FKK	: 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu
FrMK	: Code Civil des Français (Fransız Medeni Kanunu)
FrTK	: Code de Commerce (Fransız Ticaret Kanunu)
GK Yön	: Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik (RG 28.11.2012 / 28481)
GmbH	: Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Limited ortaklık)
HAAO	: Halka açık anonim ortaklık
yay. haz.	: yayına hazırlayan
HD	: Hukuk Dairesi
HFSA	: Hukuk ve Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
HGB	: Handelsgesetzbuch vom 10.05.1897 (Alman Ticaret Kanunu)
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes (Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi)
İBGK	: Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu
İHM	: İstanbul Hukuk Mecmuası
İsvTST	: Handelsregisterverordnung (İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü)
İşK	: 4857 sayılı İş Kanunu
İTO	: İstanbul Ticaret Odası
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İzin Tebliği	: Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ (RG 15.11.2013 / 28468)
JLE	: The Journal of Law and Economics
K.	: Karar
Kâr Avansı Tebliği	: Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ (RG 09.08.2012 / 28379)

karş.	: karşılaştırınız
K.g.	: Karşı görüş
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KMK	: 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu
Kuruluş Tebliği	: Şirket Kuruluş Sözleşmesinin Ticaret Sicili Müdürlüklerinde İmzalanması Hakkında Tebliğ (RG 13.03.2018 / 30359)
m.	: madde
MK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Kenar numarası
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
No	: Numara
NoterK	: 1512 sayılı Noterlik Kanunu
NYSE	: The New York Stock Exchange (New York Menkul Kıymetler Borsası)
OGH	: Oberste Gerichtshof (Avusturya Yüksek Mahkemesi)
OLG	: Oberlandesgericht (Eyalet Yüksek Mahkemesi)
OR	: Obligationenrecht (30 Mart 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu)
OR 1881	: 18 Temmuz 1881 tarihli (mülga) İsviçre Borçlar Kanunu
OR 1936	: OR'nin 18 Aralık 1936 tarihli revize metni
OR 1991	: OR'nin 5 Ekim 1990 tarihli revize metni
Pay Tebliği	: VII-128.1 numaralı Pay Tebliği (RG 22.06.2013 / 28685)
RabelZ	: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	: Resmi Gazete
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin Hukuk Davalarına İlişkin Kararları)
RKHK	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Rn.	: Randnummer (paragraf numarası)
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SEC	: Securities and Exhange Commission
sec.	: section (madde)
SerPK	: 6263 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SerPK Gerekçe	: 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Gerekçeleri
SigK	: 5684 sayılı Sigorta Kanunu
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
t.	: tarihli
T.	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCMB	: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TK/Kanun	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TK Genel Gerekçe	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Genel Gerekçesi

TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TSYön	: Ticaret Sicili Yönetmeliği (RG 27.1.2013 / 28541)
TTSG	: Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
WM	: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
Yarg.	: Yargıtay
YürK	: 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun
y.y.	: yayım yeri yok
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
ZGR	: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA ESAS SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

GİRİŞ

Çalışmanın konusunu, anonim ortaklıklar hukukunda esas sözleşme özgürlüğü ve bunun sınırlarının belirlenmesi oluşturmaktadır. Esas sözleşme özgürlüğü, hem ortaklıklar hukukunun dogmatik zeminiyle sıkı bağlantısı hem de pay sahiplerinin ortaklık düzenini şekillendirme ihtiyacı nedeniyle, anonim ortaklıklar hukukunun en temel ve eskimeyen konularından birisidir. Farklı hukuk sistemlerinde bu soruna özgülenen sempozyumların ve monografik eserlerin[1] sayısı, meselenin karşılaştırmalı hukukta da önemli bir ağırlığa sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Bu kapsamda, örneğin, 9-10 Aralık 1988 tarihlerinde Columbia Üniversitesi tarafından düzenlenen "*Contractual Freedom in Corporate Law*"

[1] Bu konuda yabancı öğretide yazılmış monografilere örnek olarak Alman hukukunda bkz. Rolf Friedewald, **Die personalistische Aktiengesellschaft**, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1991, b.a.; Peter May, **Die Sicherung des familieneinflüssesauf die Führung der börsengehandelten Aktiengesellschaft**, Köln, Verlag Dr.Otto Schmidt, 1992, b.a.; Ulrich Noack, **Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften**, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1994, b.a.; Heiner Bendfeld, **Die Satzungsstrenge im Aktienrecht und ihre Bedeutung für die Rechtssicherheit**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1999, b.a.; Felix Hey, **Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken**, München, C.H. Beck, 2004, b.a.; Claudia Pleßke, **Die Satzungsstrenge im Aktienrecht: Mehr Gestaltungsfreiheit für die kapitalmarktferne Aktiengesellschaft**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007, b.a.; Frauke Wedemann, **Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, b.a.; Thilo Kuntz, **Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, b.a. ve orada s. 16-18'de anılan eserler. İsviçre hukukunda bkz. Erika Salzgeber-Dürig, **Das Vorkaufsrechte und verwandte Rechte an Aktien**, Zürich, Verlag Schulthess, 1970, s. 159-302; Martin Frey, **Statutarische Drittrechte im Schweizerischen Aktienrecht**, Zürich, Juris Druck, 1979, b.a.; Brigitta Kratz, **Die genossenschaftliche Aktiengesellschaft: Möglichkeiten und Grenzen einer atypischen Ausgestaltung der Aktiengesellschaft**, Zürich, Schulthess Verlag, 1996, b.a.; Hanspeter Kläy, **Die Vinkulierung: Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht**, Basel/Frankfurt-am-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1997, b.a.; Françoise Martin, **Sociétés Anonymes de Famille: Structure, maintien et optimization de la detention du capital**, 2. bs., Zürich, Schulthess, 2013, b.a. Fransız hukukunda bkz. Yves Guyon, **Les Sociétés: Aménagements statutaires et conventions entre associés**, 5. bs., Paris, L.G.D.J., 2002, b.a.; Sophie Schiller, **Les Limites de la Liberté Contractuelle en Droit des Sociétés: Les Connexions Radicales**, Paris, L.G.D.J., 2002, b.a. ABD hukukunda bkz. Frank H. Easterbrook, Daniel R. Fischel, **The Economic Structure of Corporate Law**, Cambridge-London, Harvard University Press, 1996, b.a.

(Ortaklıklar Hukukunda Sözleşme Özgürlüğü) başlıklı sempozyumda [2] ortaklık düzeninin esas sözleşme yoluyla ortaklıklar hukuku kurallarından sapmasına ne ölçüde izin verilmesi gerektiği sorusuna cevap aranmıştır. Konunun kuramsal ve pratik önemi, meseleyi Kıta Avrupası'nda da tartışmaların odağı haline getirmiştir. Nitekim Almanya'nın en itibarlı süreli yayınlarından olan *Zeitschrift für Unternehmens – und Gesellschaftsrecht*'in kuruluşunun 25. yıl dönümü vesilesiyle, 5-6 Eylül 1996 tarihlerinde Bonn Üniversitesi'nde düzenlenen 11. ZGR Sempozyumu aynı konuya özgülenmiştir [3] . Columbia Üniversitesi'nde gerçekleştirilen sempozyumdan hareketle [4], yaklaşık on yıl sonra aynı başlıkla ("*Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht*") düzenlenen bu toplantıda mesele AB, ABD, Alman, Belçika, Fransa, Hollanda, İngiliz, İspanyol, İtalyan ve İsviçre hukuku çerçevesinde ele alınmıştır. 2008 yılında ise 67. Alman Hukukçular Günleri[5] (*Forum des Deutschen Juristentages* - DJT) kapsamında, *Walter Bayer* tarafından sunulan tebliğ ve bunu takip eden tartışmalar ekseninde bu defa esas sözleşme özgürlüğü halka açık olan ve olmayan anonim ortaklıklar bakımından ayrı ayrı tartışılmıştır[6]. Nihayet 2019 yılında Hamburg Max-Planck Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Enstitüsü bünyesinde başlatılan bir araştırma programının da esas sözleşme

---

[2] Sempozyumda sunulan tebliğleri ve her bir tebliğe ilişkin raportör değerlendirmesini esas alan makaleler, *Columbia Law Review* dergisinin Kasım 1989 tarihli 89. cildinin 7. sayısında toplu olarak yayımlanmıştır.

[3] *Zeitschrift für Unternehmens – und Gesellschaftsrecht* dergisinin 1997 tarihli 13. özel sayısı, sempozyumda sunulan tebliğlere ve bu tebliğlere ilişkin raportör değerlendirmelerine ayrılmıştır.

[4] Bu yönde bkz. Herbert Wiedemann, "Erfahrungen mit der Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht", **Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europea und USA 11. ZGR-Symposion "25. Jahre ZGR"**, Ed. Marcus Lutter, Herbert Wiedemann, Berlin/New York, De Gruyter, 1998, s. 5.

[5] *Der Deutsche Juristentag e.V.* tarafından geleneksel olarak iki yılda bir gerçekleştirilen Alman Hukukçular Günleri, çok sayıda uzmanın güncel hukuk sorunlarını tartışma imkânı bulduğu bağımsız bir organizasyondur.

[6] Suzanne Kalss, Holger Fleischer, "Neues zur Lockerung der Satzungsstrenge bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften: Ein Grundsatzbeschluss des österreichischen OGH und seine Implikationen für das deutsche Recht", **Die Aktiengesellschaft**, No: 19, 2013, s. 694. Tebliğ için bkz. Walter Bayer, **Empfehlen sich besondere Regeln für börsennotierte und für geschlossene Gesellschaften? - Gutachten E für den 67. Deutschen Juristentag**, München, C.H. Beck, 2008, s. 1-129.

bağlamında pay sahiplerinin ortaklık düzenini şekillendirme serbestisine odaklanması, konunun önemini ve güncelliğini koruduğunu göstermektedir [7].

Gerek halka açık olan gerek az sayıda pay sahibinin bulunduğu anonim ortaklıklarda pay sahipleri, ortaklığın örgütsel yapısını ve ortaklık içi ilişkileri ihtiyaçları doğrultusunda biçimlendirmek isterler. Söz konusu gerekliliğin derecesi, ilgili ortaklığın halka açık olup olmaması ve pay sahibi sayısından başka, pay sahipleri arasındaki güven ilişkisinin önemi ve pay sahiplerinin ortaklıktan beklentileri gibi çeşitli unsurlara göre değişkenlik gösterir. Öte yandan esas sözleşme bakımından sözleşme serbestisinin borçlar hukuku sözleşmelerine göre oldukça sınırlı olması nedeniyle pay sahipleri, alternatif mekanizmalara yönelmek durumunda kalırlar. Bu çerçevede sözleşme özgürlüğüne dayanılarak akdedilen pay sahipleri sözleşmeleri, "*anonim ortaklıklar hukukundan kaçış*" olarak tasvir edilmektedir [8]. Esas sözleşme dışında yaratılan bu sözleşmesel düzenin anonim ortaklık düzeniyle yoğun bir bağlantı içinde olması nedeniyle, sözleşmesel düzen "*ayın görünmeyen yüzü*"ne benzetilmektedir[9].

Öte yandan borçlar hukuku alanında hüküm ifade eden pay sahipleri sözleşmeleri, özellikle etki alanı ve yaptırım gücü bakımından esas sözleşmeye nazaran daha zayıf olması nedeniyle, kimi zaman pay sahiplerinin ihtiyaçlarına etkili çözümler sağlamaktan uzak kalır. Nitekim pay sahipleri sözleşmelerinde öngörülen taahhütler yalnızca sözleşmenin taraflarına karşı ileri sürülebilmekte ve bu taahhütlerin ihlali halinde şirketler hukuku yaptırımları harekete geçirilememektedir. Dolayısıyla ilk aşamada gözlemlenen anonim ortaklık düzeninden kaçış, yerini esas

---

[7] Araştırma programı hakkında bkz. Holger Fleischer, Konstantin Horn, "Berühmte Gesellschaftsverträge unter dem Brennglas: Das Standard Oil Trust Agreement von 1882", **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**, C: LXXXIII, No: 3, 2019, s. 509.

[8] Gül Okutan Nilsson, **Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri**, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı, 2004, s. 5.

[9] Peter Forstmoser, "Der Aktionärbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht", **Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts: Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag**, Ed. Heinrich Honsell et. al., Zürich, Schulthess Verlag, 2003, s. 386.

sözleşmeye dönüşe bırakır[10]. Zira pay sahipleri, kararlaştırdıkları sözleşmesel mekanizmaları bu defa esas sözleşmeye aktarmaya yönelirler.

Ne var ki esas sözleşme özgürlüğünün daraltılmış olmasının ötesinde, bu özgürlüğün sınırlarının belirsizliği önemli sorunlara yol açmaktadır. Nitekim esas sözleşme serbestisinin sınırlarını aşan düzenlemelerin öngörülmesi nedeniyle, kimi zaman ticaret siciline tescil talepleri reddedilmekte; bu durum ortaklığın kuruluşunun gecikmesine veya esas sözleşme tadilinin tekrarlanmasına yol açabilmektedir. Kimi zaman ise esas sözleşme hükmünün tescil ve ilanına rağmen, ilgili düzenlemenin hükümsüzlüğü -yahut korporatif etkiden yoksun olduğu-, belki de yıllar sonra ortaya çıkan bir uyuşmazlık üzerine yargılamanın kesinleşmesiyle anlaşılabilmektedir. Bu durum ise esas sözleşmenin tescil ve ilan edilmiş olmasına güvenen pay sahipleri ve diğer şirket ilgilileri bakımından olumsuz sonuçlar yaratabilmektedir[11].

Görüldüğü üzere esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarının belirsizliği, hukuk güvenliğinin ve öngörülebilirliğin oldukça önem arz ettiği anonim ortaklık ilişkisinde yüksek risklere ve işlem maliyetlerine sebep olabilmektedir. Söz konusu riskler ve maliyetler karşısında ise ortaklık ilişkisine girmeyi düşünen kişilerin yatırım kararları olumsuz yönde etkilenebilmektedir[12]. Bu durum aynı zamanda anonim ortaklık kurumunun sermaye toplama işlevinin zayıflamasına sebep olmaktadır. O halde önemle vurgulanması gereken husus, asıl sorunun, esas sözleşme özgürlüğünün sınırlı olmasından ziyade, bunun sınırlarının belirsizliğinden kaynaklanmasıdır.

Üstelik 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, hukukumuzda ilk kez kabul edilen emredici hükümler ilkesi (TK m. 340), bir yandan esas sözleşme özgürlüğünü daha dar bir alana hapsetmiş; diğer yandan ise yeni ve kendine özgü sorunlar doğurması nedeniyle esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarına ilişkin belirsizliği -aksini amaçlamasına rağmen- daha da artırmıştır.

---

[10] Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 7.

[11] Peter Forstmoser, Marcel Küchler, **Aktionärbindungsverträge: Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis**, Zürich, Schulthess Verlag, 2015, s. 16. Bu bağlamda örnek bir vakıa için bkz. İkinci Bölüm, II, F, 3, c.

[12] Easterbrook, Fischel, **Economic Structure**, s. 1420.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, bu incelemenin anonim ortaklık düzeninin borçlar hukuku sözleşmeleriyle şekillendirilmesi imkanına değil, esas sözleşme özgürlüğüne ve bunun sınırlarına odaklandığını belirtmek gerekir. Başka bir ifadeyle, bu çalışma "*ayın aydınlık yüzünün*" konturlarının çizilerek belirginleştirilmesine katkı sağlamayı hedeflemektedir.

Esas sözleşme özgürlüğüne ve sınırlarına dair yukarıda açıklanan sorunların çözümlenebilmesi için üç bölümden oluşan bu çalışmanın birinci bölümünde, öncelikle irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü kavramları ile bunların özel hukukta ve ortaklıklar hukukundaki yeri ele alınmıştır. Kavramsal açıklamaları takiben, sözleşme özgürlüğünün iktisadi işlevleri ve ahlaki zemini ortaya koyulmuştur. Bu bilgiler anonim ortaklıkta esas sözleşme özgürlüğünün önemine dair değerlendirmelere temel teşkil etmekte ve bu özgürlüğün sınırlandırılması sorununa derinlikli bir bakış açısı sunmaktadır. Zira sözleşme özgürlüğü ilkesi, normatif bir argüman olmanın ötesinde, esas sözleşme bağlamında perspektif belirleyici bir araştırmanın hareket noktasını teşkil etmektedir[13].

Sözleşme özgürlüğü ilkesi anayasal ekonomik düzen tahtında ele alınmış ve normatif dayanakları açıklanmıştır. Böylece sözleşme özgürlüğünün ekonomi hukuku içindeki konumunun kavranması ve esas sözleşme özgürlüğüne dair bütünsel bir yaklaşım geliştirilmesi amaçlanmıştır. Zira ulusal ekonominin en önemli aktörü olan anonim ortaklığın tabi olduğu kuralların, anayasal ekonomik düzenin ortaya koyduğu prensipler çerçevesinde oluşturulması ve yorumlanması gerekir.

Çalışmanın esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarının çizilmesine odaklanması nedeniyle, birinci bölümde ayrıca, özel hukukta sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması ve bunun tarihsel süreç içinde geçirdiği değişim ele alınmıştır. İlkenin özel hukuktaki değişimi ve güncel eğilimlerin tespiti, esas sözleşme serbestisinin sınırlandırılmasına ilişkin tespitlere ve hukuk politikası önerilerine ışık tutmaktadır. Zira sözleşme özgürlüğüne dair mevcut yönelimler, anonim ortaklıkta esas sözleşme özgürlüğünün geleceği bakımından bir çıpa görevi üstlenmektedir.

---

[13] Sözleşme kurumunun incelenmesi bağlamında bu yönde bkz. Yasemin Işıktaç, **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 314.

Sözleşme özgürlüğünün özel hukuktaki konumuna dair açıklamaları takiben, bu defa tarihsel, teorik ve ekonomik boyutlarıyla ortaklıklar hukukunda sözleşme özgürlüğü incelenmiştir. Meselenin tarihsel boyutu hem Avrupa hukuk sistemleri hem de Türk hukuku bakımından, anonim ortaklığın kuruluş sistemleri ekseninde ele alınmıştır. Tarihsel anlatıyı takiben, esas sözleşme özgürlüğü ortaklık teorileri çerçevesinde ele alınarak ekonomik analize tabi tutulmuştur. İncelenen sorunun ortaklıklar hukukunun kuramsal temelleriyle doğal bir bağlantı içinde olması nedeniyle, konunun ortaklık teorilerinden kopuk olarak incelenmesi mümkün değildir. Üstelik ortaklık ve ortaklıklar hukuku teorilerinin normatif gücünün somutlaştığı başlıca alanlardan biri, esas sözleşme özgürlüğü olmuştur. Bu kapsamda esas sözleşme özgürlüğünün ekonomik analiz yöntemine elverişli bir konu olduğu ortaya koyulmuş ve bu hususta bir yaklaşım geliştirilmesi hedeflenmiştir.

Görüldüğü üzere çalışmanın ilk bölümünde esas sözleşme özgürlüğü ve bunun sınırlarının çizilmesi bağlamında kavramsal, tarihsel, anayasal, ekonomik, ahlaki ve entelektüel bir çerçeve yaratılması; böylelikle ikinci ve üçüncü bölümlerde dogmatik hukuk bakımından geliştirilecek çözümlerin üzerine inşa edileceği kuramsal bir zemin oluşturulması hedeflenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümü anonim ortaklıklar hukukunda sözleşme özgürlüğüne ve esas sözleşmeye hasredilmiştir. Öncelikle incelemenin takibini kolaylaştırması bakımından konuya ilişkin temel kavramlar açıklanmış; bu kapsamda ortaklık düzeninin hukuk kaynakları ve bunlar arasındaki hiyerarşi ortaya koyulmuştur. Esas sözleşme özgürlüğünün dogmatik dayanakları ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

İkinci bölümün büyük bir kısmı anonim ortaklık esas sözleşmesinin farklı açılardan incelenmesine tahsis edilmiştir. Bu kapsamda esas sözleşmenin hukuki niteliğine ve sözleşmelerin tasnifi açısından özelliklerine geniş bir yer ayrılmıştır. Zira hukuki nitelik sorunu yalnızca düşünsel değil, işlevsel değere ve pratik öneme de sahiptir. Gerçekten esas sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti, *inter alia,* esas sözleşmeye uygulanacak hükümler, esas sözleşme özgürlüğünün kaynağı ile bunun sınırları, ayıca söz konusu sınırı aşan hükümlerin akıbeti bakımından kilit bir rol oynamaktadır. Zira esas sözleşme hükümlerinin geçersizliği, yorumu veya tahvili

gibi hususların hukuki nitelik sorunundan bağımsız düşünülmesi mümkün değildir. Hukuki nitelik meselesi öğretide oldukça tartışmalıdır ve ortaklıklar hukukunun dogmatik temellerine nüfuz etmektedir. Dolayısıyla konuya ilişkin ileri sürülen argümanların, varsayımların ve yerleşik kabullerin ayrı ayrı yeniden değerlendirilmesi zorunlu olmuştur. Böylelikle esas sözleşmenin, ortaklığın tescilinden sonra sözleşme mi yoksa objektif norm mu teşkil ettiği sorunu detaylı olarak incelenmiştir. Bu bağlamda ulaşılan tespitlerin yalnızca anonim ortaklık esas sözleşmesi bakımından değil, bütün ticaret ortaklıklarının şirket sözleşmeleri açısından geçerli olduğu söylenebilir.

İkinci bölümde ayrıca, esas sözleşme hükümlerinin çeşitli açılardan tasnifine geniş bir yer ayrılmıştır. Bunun temel nedeni, hükümlerin içerik özgürlüğü, konusu, hukuki etkisi ve ileri sürülebileceği çevre açısından sınıflandırılmasının ve bunlar arasındaki ilişkinin berraklaştırılmasına duyulan ihtiyaçtır. Esas sözleşme hükümlerinin hukuki etkileri açısından tasnifi (korporatif-şeklî hükümler ayrımı), bu bölümün ağırlık noktasını teşkil etmektedir. Çalışmada söz konusu ayrımın gerekçeleri ve doğurduğu sorunlar incelenmiş; daha önemlisi, ayrımda başvurulan mevcut kriterler değerlendirilerek tutarlı, basit ve uygulanabilir bir ölçütün geliştirilmesi amaçlanmıştır. Bu sayede esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarını aşan düzenlemelerin geçerliliğinin, hukuki niteliğinin ve sonuçlarının ortaya koyulmasına katkı sağlanması hedeflenmiştir.

Korporatif-şeklî hükümler ayrımı sorununa geniş bir perspektiften bakılarak ortaklık düzeninin tekliği-ikiliği tartışmasında bir tutum belirleme arayışına girişilmiştir. Bu sorun çalışmanın merkez konuları arasında olmamakla birlikte, korporatif-şeklî hükümler ayrımında ön sorun teşkil etmektedir. Nitekim şeklî esas sözleşme hükümlerinin varlığının kabulü, ayakta tutulabilmesi ve korporatif hükümlerden ayırt edilebilmesi bakımından, esas sözleşme düzeni ile sözleşmesel düzen arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Meselenin borçlar hukuku ve şirketler hukukunun kesişiminde bulunması sebebiyle, söz konusu inceleme aynı zamanda anılan hukuk dallarının arasındaki ilişkiyi araştırmak anlamına da gelmektedir. Dolayısıyla çalışma, bu örtüşmeyi ve hukukun bütünselliğini daima göz önünde tutan bir yaklaşımı benimsemiştir. Bu bağlamda medeni hukukun

birikiminden uzaklaşmaya imkan veren "özgün" kavramlar ve nitelikler ihdas etmek yerine, şirketler hukukunun özel hukukun temelleriyle bağlantısını koparmamak, bu çalışmanın temel düsturu olarak benimsenmiştir[14].

Çalışmanın üçüncü bölümü, esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarına özgülenmiştir. Önemle vurgulanmalıdır ki, esas sözleşmeyi düzenleme imkanını kısıtlayan her türlü hükmün ve ilkenin ayrı ayrı ve etraflıca ele alınması monografik bir eserin kapsamını aşacağı gibi, bunun hedeflenmesi halinde bazı değerlendirmelerin öğretiye katkı sunmayacak düzeyde yüzeysel kalması da kaçınılmazdır. Çalışmanın zaten çok geniş bir alanda çözüm üretme kaygısı, konuyu bu açıdan sınırlandırma ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. Dolayısıyla esas sözleşmeyi düzenleme serbestisi bakımından bütün sınırlar ayrı başlıklar altında incelenmemiş; genel hükümler çerçevesindeki sınırlara değinildikten sonra, anonim ortaklıklar hukuku ekseninde bir inceleme yapılmıştır. Anonim ortaklıklar hukukuna özgü sınırlar kapsamında, öncelikle anonim ortaklıklar hukukunun emredici karakteri ve ortaklık düzenine müdahale imkanları ortaya koyulmuştur. Ardından TK m. 340 hükmünde düzenlenen emredici hükümler ilkesi ve anonim ortaklıklar hukukunun yazılı olması gerekmeyen kuralları ele alınmıştır.

Anonim ortaklıklar hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesini tersine çevirmesi nedeniyle, emredici hükümler ilkesi bu çalışma bakımından merkezî bir öneme sahiptir. Nitekim esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarının çizilmesi sorununun çözümü, anılan ilkenin anlaşılmasından geçer. Fakat ilkeye yer veren TK m. 340 hükmü ve gerekçesi bu sorunu çözmekten uzaktır. Üstelik Kanun'un lafzı, çözmeyi vadettiği sorunlardan daha fazlasına yol açmıştır. Gerçekten hükmün içerdiği "sapma" ve "tamamlama" kavramlarının ayrıştırılması; kanunun sessiz kaldığı konuların esas sözleşmede düzenlenip düzenlenemeyeceği; ayrıca kanundan sapmak için "açık" iznin tespitinde ilgili normun lafzının ötesine geçilebilmesinin mümkün olup olmadığı sorunlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Hükmün

[14] Bu kapsamda, örneğin, borçlar hukuku perspektifiyle esas sözleşme tadil sürecinin açıklaması hakkında bkz. İkinci Bölüm'de dn. 265 ve bağlı metin; esas sözleşmenin "durum borçları" (*Zustandsobligationen*) ile bağlantısı hakkında bkz. İkinci Bölüm dn. 379 ve bağlı metin; şeklî esas sözleşme hükümlerinin ayakta tutulması bağlamındaki açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm dn. 500 ve bağlı metin.

mehazdan ayrılan ikinci cümlesinin anlamlandırılması ise kendi içinde başkaca sorunları barındırmaktadır.

Esas sözleşmesel düzenlemelerin emredici hükümler ilkesi karşısındaki durumu, ancak ilkenin ruhunun ve amacının anlaşılabilmesi halinde ortaya koyulabilir. Bu nedenle mehaz Alman hukukunda ilkenin ortaya çıkışı, uğradığı değişiklikler ve güncel gelişmeler; ilkeye atfedilen amaçlar; ilkenin ne şekilde yorumlandığı ve uygulandığı açıklanmıştır. İlkeyi hukukumuzda düzenleyen TK m. 340 hükmünün anlamı, kapsamı ve yaptırımı ortaya koyulmuştur. Bu kapsamda yapılan değerlendirmelerde, bir yandan hukuk içinde çözüm üretmeye çalışılmış, diğer yandan olması gereken hukuk açısından önerilere yer verilmiştir. Hükmün başlı başına varlığı eleştirilmekle beraber, hükme yönelik *de lege lata* önerilerin bir kısmının hukuk metodolojisinin sınırlarını zorladığına ve esasında *contra legem* kaldığına dikkat çekilmek amacıyla, bu husus ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

Emredici hükümler ilkesinin limited ortaklıklar bakımından da aynı şekilde kabul edilmiş olması (TK m. 579) karşısında, çalışmada varılan sonuçların bu tür ortaklıklar bakımından da geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Ancak incelemenin kapsamın sınırlanması adına, konu anonim ortaklıklarla sınırlandırılmıştır.

Bu çalışmada esas sözleşmede düzenlenebilecek münferit hükümlerin geçerliliği yönünden değerlendirmelere ayrı bir başlık altında yer verilmemiş; ancak ilgili bölümlerde tahkim şartı, veto hakkı ve üçüncü kişilere sağlanan haklar gibi çok sayıda örnek incelenmiştir. Böylece hukuk içinde çözümler üretilirken belirli konularda esas sözleşme özgürlüğünün sınırları da somutlaştırılmıştır.

Esas sözleşme özgürlüğünün sınırları arasında, son olarak, anonim ortaklıklar hukukunun yazılı olması gerekmeyen kuralları ele alınmıştır. Bu kapsamda öncelikle anonim ortalıklar hukukunun yazılı, yazılı olmayan ve yazılı olması gerekmeyen kuralları belirli bir sistematik içine yerleştirilmiştir. Ayrıca anonim ortaklıklar hukukunun ilkelerinin tespiti ve tasnifi bakımından gözlemlenen karışıklığın giderilmesine katkı sunulması amaçlanmıştır. Bu nedenle öncelikle, öğretide ve Kanun'da ilke olduğu ileri sürülen kavramların söz konusu niteliği taşıyıp taşımadığı tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu arada esas sözleşme serbestisinin önündeki en büyük

engeller arasında bulunan tek borç ilkesi ve payların serbestçe devredilebilmesi ilkesi gibi anonim ortaklıklar hukukunun ilkeleri ile yazılı olmayan diğer kuralları kısaca açıklanmıştır. İlgili normlar ve ilkeler, çalışmanın bütününde ve bu bölümde yeri geldikçe açıklanmış olmakla beraber, bunlara ilişkin kapsamlı bir inceleme bu tezin içinde aranmamalıdır.

Çalışmanın muhtelif bölümlerinde benimsenen tarihsel bakış açısı, sözleşme ve esas sözleşme özgürlüğünün geçirdiği aşamaların, ayrıca emredici hükümler ilkesinin ortaya çıkışının ve değişiminin takip edilmesini sağlamaktadır. Bu bilgiler ilgili alanlardaki muhtemel gelişmeleri öngörebilmeyi de amaçlamaktadır. Dolayısıyla çalışmanın kapsamı gözetilerek fakat olabildiğince etraflı bir şekilde, ilgili kavramların ve normların tarihçesi ortaya koyulmuştur. Bu yaklaşım, hukukun, ekonomik olduğu kadar sosyolojik altyapısının da gözetilmesi anlamını taşımaktadır.

Araştırmanın konusu, doğası gereği ortaklıklar hukukunun teorik zeminine sıklıkla inmeyi ve pek çok tespite bu duraktan geçerek varmayı gerektirmiştir. Özellikle esas sözleşme özgürlüğü sorununun iktisat temelli ortaklık teorileriyle arasındaki yoğun bağlantılar ve söz konusu teorilerin işlevsel değeri gözetilerek, çalışmada ortaklık teorilerine ayrı bir yer ayrılmıştır. Söz konusu teorilerin ekonomik analiz yöntemiyle arasındaki uyum da bu tercihin bir başka sebebi olmuştur. Ancak çalışmanın iktisat temelli ortaklık teorileri bakımından öncü vasfı dikkate alınarak, bu hususta bazı uyarıları içermesi amacıyla söz konusu teoriler hakkındaki temel eleştirilere de yer verilmiştir.

Benzer şekilde esas sözleşmenin hukuki niteliği tartışması ve bağlayıcılığının açıklanması da ortaklık teorileriyle bağlantılı olarak ele alınmıştır. Ancak konunun dogmatik derinliği ve teknik boyutu sebebiyle, bu çerçevede iktisadi teorilerden ziyade dogmatik teorilere başvurulmuştur. Söz konusu teoriler tezin planına yansıtılmamakla beraber, bunlara ilgili olduğu ölçüde yer verilmiştir. Bu kapsamda tüzel kişiliğin ve anonim ortaklığın doğasına odaklanan gerçeklik, sözleşme ve kurum teorilerini anmak mümkündür.

Çalışmanın bütününe yansıyan bir başka yönü ise çoğulcu ve disiplinler arası yöntemi benimsemiş olmasıdır. Hukuku diğer disiplinlerden yalıtılmış biçimde ele

alan yaklaşımların etkisi azalırken, çoğulcu yöntemlerin giderek daha fazla benimsendiği görülmektedir. Zira hukuki araştırma yöntemlerinin çeşitlendirilmesi, hukukun bilimselliğine katkı yapmakta ve hukuki araştırmaya metodolojik zenginlik katmaktadır. Üstelik ortaklıklar hukuku, konusu itibarıyla ekonomik perspektife en açık hukuk dallarından birisidir. Ekonomi ve hukuk arasındaki etkileşimin yoğunluğu nedeniyle, ortaklıklar hukuku normlarının muhtemel ekonomik sonuçlarının önceden tespit edilmesi çok önemlidir. Hukuk metodolojisinde etki odaklı yaklaşımın özel bir görünümü olan ekonomik analiz yöntemi, yürürlükteki şirketler hukuku kurallarını ekonomik açıdan açıklamayı; bunların şirket ilgililerinin davranışları üzerindeki etkilerini ve giderek toplumsal sonuçlarını ortaya koymayı amaçlar. Böylece ilgili normun ekonomik anlamda verimli olup olmadığı, yani sosyal refahı artırıp artırmadığı ortaya koyulabilir. Ayrıca mevcut şirketler hukuku kurallarının *ratio legis*'inin tespit edilmesini ve teleolojik yorum yönteminin uygulanmasını kolaylaştırır. Diğer taraftan ise hukuk normuna ekonomik bir amaç atfedilerek, şirketler hukukunun amaçlarıyla uyumlu kuralların geliştirilebilmesine ve *de lege ferenda* çıkarımlar yapılmasına imkân verir.

Bu doğrultuda ekonomik analiz yöntemine, yalnızca kuramsal temelin atıldığı birinci bölümde değil, normatif çıkarımların yapıldığı ikinci ve üçüncü bölümlerde de başvurulmuştur. Türk hukukunda ortaklıklar hukuku alanında ekonomik analizin henüz sistematik olarak ele alınmamış olması nedeniyle, birinci bölümdeki açıklamalar nispeten geniş tutulmuştur. Ortaklık teorileri çerçevesinde esas sözleşme özgürlüğünün ekonomik analizinin yapıldığı kısım, bir anlamda ortaklıklar hukukuna ekonomik bakışın çerçevesini çizmektedir.

Ortaklıklar hukukunun ekonomik analize en elverişli alanlardan biri olmasına karşılık, bu yaklaşım, diğer yöntemlerin yanında bir araç olarak kullanılmıştır. Bu yönüyle çalışmanın çoğulcu bir görüşü temsil ettiği açıklıkla söylenebilir. Ayrıca ekonominin indirgeyici bir tutum içinde olduğunu da gözden kaçırmamak gerekir. Nitekim ekonomi, varsayımsal ve basit olandan hareketle, gerçek olguları açıklama uğraşındadır. Karmaşık olguların anlaşılmasında ve tümevarım yöntemiyle kural oluşturulmasında faydalı olan bu tutum, hukukun uygulamasına gelindiğinde hukuk dogmatiğinin filtresinden geçirilmelidir. Başka bir deyişle, ekonomik teorilerin

pozitif hukuk bakımından çıkarımlarının, hukuki zeminde sağlaması yapılmalıdır. Nitekim ekonomik teorilerin esas sözleşme özgürlüğü sorununa yansımaları da bu bilinçle ele alınmış ve hukuki denetimi yapılmıştır.

Çalışmada Türk hukukuna ışık tutması bakımından, ağırlıklı olarak Alman ve İsviçre hukuklarına yer verilmiş; ancak gerekli olduğu ölçüde diğer ülke hukuklarından da istifade edilmiştir. Bu bağlamda başta AB, ABD, İngiltere ve Fransa olmak üzere ve yeri geldikçe Hollanda, Belçika, Avusturya ve Polonya hukuklarına da değinilmiştir. Ancak emredici hükümler ilkesinin mehazının AktG §23/5 hükmü olması ve Alman hukukunun yaklaşık yüz yirmi yıllık birikimiyle bu hususta en önemli kaynak olması nedeniyle, bu konudaki tespitler ve çözümler öncelikle Alman öğretisi ve içtihat hukuku ışığında değerlendirilmiştir. Öte yandan Alman hukukunda öngörülen emredici hükümler ilkesini olduğu gibi aktarmak yerine, TK m. 340 çerçevesindeki münferit sorunlar bağlamında Alman hukukundaki görüşlere ve yargı kararlarına yer verilmesi tercih edilmiştir. Bu yaklaşım, karşılaştırmalı hukuk incelemesinin, belirli bir konuyu ülke raporları halinde aktarmak değil, işlevsel ve tematik bir analizi gerektirmesinin doğal sonucudur.

Çalışmada ele alınan konular bakımından kapsamlı bir literatür taraması yapılmıştır. Ancak bilimsel tutumun gereği ve okuma kolaylığı gözetilerek, öğretideki görüşlerin sıralanması yerine, bunlar kendi içindeki benzerlik ve farklılıkları gözeten bir tasnif yapılarak aktarılmıştır. Tartışmalı konular bakımından öğretideki görüşlerin yanında, ilgili içtihadın da aktarılması hedeflenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM
ÖZEL HUKUKTA VE ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

I. Özel Hukukta Sözleşme Özgürlüğü

A. İrade Özerkliği ve Sözleşme Özgürlüğü Kavramları

1. İrade Özerkliği

İrade özerkliği bireyin hukuki ilişkilerini serbest iradesiyle ve kendi sorumluluğu altında, dilediği gibi düzenleme imkânı anlamına gelir[15]. Bu imkânın öğretide kimi zaman bir özgürlük, kimi zaman ise bir hak veya yetki olarak nitelendirildiği gözlenmektedir. Nitekim doğal hukuk yaklaşımı, irade özerkliğini insan olmaktan kaynaklanan ve hukuk düzeninden bağımsız, önsel (*a priori)* bir özgürlük alanı biçiminde tanımlarken; pozitivist yaklaşım bu imkânın hukuk düzeni tarafından tanınmasından hareketle, irade özerkliğini bir hak yahut yetki olarak görmektedir[16] [17].

---

[15] Kavram hakkında geniş bilgi için bkz. Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu, Atillâ Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 362-364; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş: Hukukî İşlem - Sözleşme**, 6. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 501; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 24. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 16, 335-338; Rona Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm – Kişiler Hukuku**, 7. bs., İstanbul, Vedat, 2017, s. 80; Işıktaç, **a.g.e.**, s. 311-312; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, N. 554; Karl Oftinger, "Die Vertragsfreiheit", **Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung**, Ed. Juristichen Fakultäten der schweizerichen Universitäten, Zürich, Schulthess Verlag, 1948, s. 322; Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. bs., Zürich, Polygraphischer Verlag, 1988, s. 87-97; Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil**, C: I, 10. bs., Zürich/Basel/Genf, Schulthess Verlag, 2014, N. 314; Claire Huguenin, Barbara Meise, **Basler Kommentar Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)**, Ed. Corinne Widmer L., David Oser, 7. bs., Basel, Helbing Lichtenhahn, 2019, Art. 19/20 N. 2; Heinrich Honsell, **Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil**, 10. bs., Bern, Stämpfli Verlag, 2017, s. 10; Werner Flume, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, C: II Das Rechtsgeschäft, 4. bs., Berlin, Springer Verlag, 1992, s. 1-22; Hans Merz, **Privatautonomie heute - Grundsatz und Rechtswirklichkeit**, Karlsruhe, C.F. Müller, 1970, s. 1-3; Ulrich Knobel, **Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit**, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, s. 16-18.

[16] Oftinger, **a.g.e.**, s. 322. Farklı görüşler için bkz. Ernst A. Kramer, **Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Band/Nr. VI/1/2/1a, Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR**, Bern, Stämpfli Verlag, 1991, Art. 19-20 N. 36-37'de anılan eserler. Doğal hukuk yaklaşımı, bireyin öngördüğü kuralların hukuken bağlayıcı olmasını açıklamakta zorlanmaktadır (**a.e.**, Art. 19-20 N. 38). Zira tarafların belirli bir

Esasında yalnızca hukukun değil, felsefe, psikoloji ve nöroloji gibi disiplinlerin de ilgi alanında bulunan irade özerkliği kavramı, son yıllarda özellikle varoluşsal yönüyle ele alınmaktadır[18]. Ampirik çalışmalar bireyin tercihlerinde kendi istencinden başka faktörlerin de belirleyici olduğunu ortaya koymuş ve özgür irade varsayımını daha da tartışmalı hale getirmiştir[19]. Başka bir ifadeyle, iradenin sanıldığı kadar özgür olmayabileceği anlaşılmıştır. Ne var ki hukuk düzeni, irade serbestisini bir aksiyom olarak kabul ederek teminat altına alır. İşte bu noktada irade özerkliği, sahip olduğu felsefi ve psikolojik anlamlarından sıyrılarak normatif bir boyut kazanır. Böylelikle "irade özerkliği" kavramından, özel hukukun en temel prensibi ve yapı taşı olarak kabul edilen "irade özerkliği ilkesine" adım atılmış olur[20].

Özel hukuk; özerk iradeye sahip ve eşit konumda[21] oldukları varsayılan, bireysel menfaatleri doğrultusunda hareket eden kişiler arasında serbestçe kurulan

---

hukuki sonuca yönelik iradeleri ne kadar güçlü olursa olsun, hukuk düzeni izin vermediği sürece o hukuki sonucu meydana getiremezler (Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk: Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, 25. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, N. 605). Öte yandan hukuki işlemlerin geçerliliği, tek başına ne tarafların serbest iradelerine ne de hukuk düzeninin söz konusu geçerliliği tanımasına bağlıdır. Belirli bir hukuki sonuca yönelen irade beyanları ile bunlara hüküm bağlayan hukuk düzeni, birbirinden ayrılamaz biçimde hukuki işlemlerin dayanağını teşkil eder (Flume, **Rechtsgeschäft**, s. 2; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 75 dn. 14).

[17] Özgürlük, hak ve yetki kavramları hakkında bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, 6. bs., Ankara, İmge Kitabevi, 2002, s. 15-17.

[18] Psikoloji ve hukuk felsefesi açısından ayrıntılı bilgi için bkz. Adnan Güriz, "İrade Hürriyeti", **AÜHFD**, C: XXII-XXIII, No: 1-4, 1965-1966, s. 635-673; Adnan Güriz, "İrade Hürriyeti", **AÜHFD**, C: XXIV, No: 1-4, 1967, s. 183-219.

[19] Özgür iradenin varlığının sorgulanmasına yol açan 1983 tarihli ünlü *Libet* deneyi için bkz. Benjamin Libet et. al., "Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential): the unconscious initiation of a freely voluntary act", **Brain**, C: CVI, 1983, s. 623–642. Ayrıca bkz. (Çevrimiçi) https://en.wikipedia.org/wiki/Neuroscience_of_free_will#Libet_experiment, 25.03.2020.

[20] İrade özerkliği ilkesinin özel hukuktaki merkezî önemine dair bkz. Rona Serozan, "Einschränkung der Vertragsfreiheit durch soziale Schutzgedanke", **Juristische Blätter**, 1983, C: CV, No: 21/22, s. 561; Serozan, **a.g.e.**, s. 80; Yeşim M. Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2001, s. 9; Oftinger, **a.g.e.**, s. 316-317; Merz, **a.g.e.**, s. 1; Gauch, Schluep, Schmid, **a.g.e.**, N. 314; Honsell, **a.g.e.**, s. 10; Claire Huguenin, **Obligationenrecht: Allgemeineiner und Besondererteil**, 2. bs., Zürich/Basel/Genf, Schulthess Juristische Medien, 2014, N. 4.

[21] Bu bağlamda eşitlik varsayımı, özel hukukun konusunun tespiti bakımından devlet-birey arasındaki dikey ilişkileri dışlama amacıyla kullanılmaktadır. Başka bir deyişle, tarafların ekonomik, sosyal veya entelektüel anlamda eşitliğini değil, yalnızca kişiler arasındaki yatay ilişkileri ifade etmektedir.

hukuki ilişkileri düzenler[22]. İrade özerkliği ilkesi, kişilere özel hukuk ilişkilerini serbest iradeleriyle düzenleme imkânı sağlar. Öyle ki ilkenin, bireye âdeta kendi hukukunu yaratma gücünü ve kendi kaderini tayin etme imkânını verdiği belirtilmiştir[23]. Bu kapsamda ilkenin iki temel işlevi bulunmaktadır. Öncelikle kişilerin özel hukuk ilişkilerinde öngördükleri kuralları hukuken bağlayıcı kılar[24]. İkinci olarak ilke, bu gücün kullanılmasında kişileri başta devlet olmak üzere, her türlü baskıdan ve müdahaleden korumayı amaçlar. Bu bakımdan kişinin kendi iradesini hukuki ilişkilerine hakim kılabildiği ölçüde irade özerkliğine sahip olduğu söylenebilir[25].

Özel hukukun farklı alanlarında irade özerkliği ilkesinin somut uzantılarına rastlamak mümkündür. Örneğin dernek ve vakıf kurma özgürlüğü (örgütlenme özgürlüğü), ticari işletme/şirket kurma ve işletme özgürlüğü (girişim özgürlüğü), mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü ve ölüme bağlı tasarruf özgürlüğü irade

---

[22] Özel hukuk-kamu hukuku ayrımı ve ayrımın kriterleri hakkında bkz. Bülent Köprülü, **Medeni Hukuk: Genel Prensipler – Kişinin Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Acar Matbaacılık, 1984, s. 19-21; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 11; Eren, **a.g.e.**, s. 4; Işıktaç, **a.g.e.**, s. 238-241; Serozan, **a.g.e.**, s. 54-55 ve orada dn. 2'de anılan yazarlar. Özellikle ekonomi ve hukuk arasındaki ilişkinin yoğunlaştığı alanlarda özel hukuk-kamu hukuku ayrımının belirsizleştiği ve bunlar arasında karşılıklı bir yönelim olduğu gözlenmektedir (Hans Huber, **Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit**, Berlin, De Gruyter, 1966, s. 2-3; Serozan, **a.g.e.**, s. 56-57). Özellikle 1930'lu yıllardan itibaren kamu hukuku kurallarının özel hukuk ilişkilerine müdahalesinin yoğunlaşması nedeniyle, özel hukukun kamusallaştığı veya sosyalleştiği belirtilmektedir. Bu olgu, sözleşmeler özelinde "sözleşmenin kamusallaşması" (*publicisation du contrat*) olarak tarif edilir (Louis Josserand, "La publicisation du contrat", **Introduction à l'Etude du Droit Comparé: Recueil d'Etudes en l'Honneur d'Edouard Lambert**, C: V, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1938, s. 143; Manfred Rehbinder, "Sosyal Devlet Yolunda Hukuk Yapısı Değişmeleri: Statü – Sözleşme – Rol", Çev. Hikmet Sami Türk, **AÜHFD**, C: XXVI, No: 1, 1969, s. 90). Diğer yandan kamusal faaliyetlerde ekonomik verimlilik ve etki analizi gibi ölçütlerin yaygınlaşmasına bağlı olarak da kamu hukukunun özelleştiği vurgulanmaktadır (Josserand, **a.g.e.**, s. 143; Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 21). Devletin ekonomik alana bağımsız idari otoriteler (örn. BDDK, SPK) aracılığıyla müdahalesinin artması, uluslararası ve uluslarüstü hukuki mekanizmaların (örn. AB, ICSID, DTÖ) yoğunlaşması ve insan hakları hukukunun klasik kamu hukukundan farklılaşması da söz konusu değişimin başlıca sebepleri arasında gösterilmektedir (Işıktaç, **a.g.e.**, s. 240-241. Özel hukukun anayasallaşması için bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 141).

[23] Flume, **Rechtgeschäft**, s. 15; Bucher, **OR**, s. 88; Rehbiner, **a.g.e.**, s 89; Eren, **a.g.e.**, s. 16.

[24] Huber, **a.g.e.**, s. 11; Kramer, **BK-OR**, Art 19-20 N. 17; Serozan, **a.g.m.**, s. 561; Knobel, **a.g.e.**, s. 18.

[25] Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 363; Işıktaç, **a.g.e.**, s. 313.

özerkliğinin tipik görünümlerini teşkil etmektedir[26]. Ayrıca şirketler hukukunda "tip seçme özgürlüğü"[27] ve tüzel kişilerin tabi oldukları kuralları –dernek tüzüğü veya şirket sözleşmesi aracılığıyla- kendilerinin ihdas etmesi anlamına gelen "tüzel kişi özerkliği"[28] (*Verbandsautonomie*) de bu kapsamda ele alınmalıdır. Dolayısıyla irade özerkliği, sözleşme serbestisini de kapsayan bir üst kavramdır[29].

---

[26] Serozan, **a.g.e.**, s. 80; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 7. bs., Bern, Stämpfli Verlag, 2016, N. 25.02; Kramer, **BK-OR**, Art. 19-20 N. 20; Honsell, **a.g.e.**, s. 10.

[27] Ortaklıklar hukukunda tip seçme özgürlüğü kural, zorunluluğu ise istisnadır. Kişiler, hukuk düzeninin sınırlı sayıda (*numerus clausus*) öngördüğü ortaklık türleri arasından ihtiyaçlarına uygun olan türü kurmakta özgürdürler [Arnold Koller, **Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht**, Freiburg, Universitätsverlag Freiburg, 1967, s. 109-113; Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz, Peter Nobel, **Schweizerisches Aktienrecht**, Bern, Stämpfli Verlag, 1996, §2 N. 70; Huguenin, **a.g.e.**, N. 3; Anlam Altay, **Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 143]. Bununla birlikte bankacılık, sigortacılık, faktoring ve sermaye piyasası gibi finansal regülasyon kurallarının yoğun olduğu alanlarda faaliyet göstermek için çoğunlukla anonim ortaklık kurulması zorunlu tutulmaktadır. Sınırlı sayı ilkesi ve tip seçme özgürlüğünün yanında, sermaye ortaklıkları bakımından "tipe bağlılık ilkesi" geçerlidir. Tipe bağlılık, kanunda düzenlenen belirli bir tipin emredici hükümlerle düzenlenmesi, bu nedenle serbestçe şekillendirilememesi anlamına gelmektedir. TK m. 340 ve 579'da düzenlenen emredici hükümler ilkesi anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket (TK m. 565/2 ve 569 atfıyla) sözleşmeleri bakımından sözleşme özgürlüğü ilkesini bertaraf etmiştir. Öte yandan şahıs şirketleri bakımından sözleşme özgürlüğü ilkesinin kabul edilmesine (TK m. 213/2, 217, 305/1, 308) rağmen, sınırlı sayı ilkesi nedeniyle içerik özgürlüğünün kapsamı ancak yeni bir tür yaratmayacak ölçüdedir. Nitekim kanunda öngörülen aynî haklara ve tüzel kişilere, kanunun çizdiği sınırları aşarak yeni bir içerik veya işlev kazandırılamaz. Tüzel kişiler bakımından sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkeleri için bkz. Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, s. 13; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 17. bs., İstanbul Filiz Kitabevi, 2018, N. 836-837; Mustafa Dural, Tufan Öğüz, **Türk Özel Hukuku**, C: II Kişiler Hukuku, 20. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, N. 1055-1057; Serozan, **a.g.e.**, s. 500-501. *Serozan* sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkelerinin bir arada uyguladığı rejimi "tip sıkılığı" (*Typenzwang*) olarak anmaktadır.

[28] Andreas Schwennicke, **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Buch 1, Allgemeiner Teil: §§ 21-79**, Berlin, Sellier-De Gruyter, 2019, §25 Rn. 10. Kavrama verilecek anlam ve işlevler hakkında bkz. İkinci Bölüm'de dn. 113, 141-148 ve bunlara bağlı metin. Esasında tüzel kişi özerkliğinin bireysel irade özerkliğinden bir farkı olmadığı peşinen belirtilmelidir. Bu yönde bkz. Andreas von Tuhr, **Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts**, C: I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1910. s. 503; Werner Flume, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, C: I/2 Die Juristische Person, Berlin, Springer Verlag, 1983. s. 318-319. Şirketler hukuku bağlamında irade özerkliğinin (*gesellschaftsrechtliche Gestaltungsfreiheit*), sözleşme özgürlüğünün ve diğer anayasal özgürlüklerin uzantısı olduğu yönünde bkz. Klaus J. Hopt, "Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht in Europa – Generallbericht", **Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europea und USA 11. ZGR-Symposion "25. Jahre ZGR**", Ed. Marcus Lutter, Herbert Wiedemann, Berlin/New York, De Gruyter, 1998, s. 138.

[29] Huguenin, **a.g.e.**, N. 4.

Öte yandan irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü kavramlarının kimi zaman iç içe geçtiği ve birbirlerinin yerine kullanıldığı görülmektedir[30]. Zira irade özerkliğine işlerlik kazandırmaya yarayan en önemli araçlar, hukuki işlemler ve özellikle sözleşmelerdir[31]. Taraflar belirli sınırlamalar dâhilinde serbest iradeleriyle akdettikleri sözleşmeler aracılığıyla hak ve borç sahibi olurlar; böylelikle bizzat uymak zorunda oldukları kuralları koyarlar. Bu nedenle irade özerkliğinin, sözleşme ilişkileri bağlamında sözleşme özgürlüğü kimliğine büründüğü söylenebilir.

2. Sözleşme Özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğü, öğretide, bireylerin özel hukuk ilişkilerini hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları sözleşmelerle bizzat düzenleme yetkisi olarak tanımlanmaktadır[32]. Terim, her ne kadar sözleşmeleri esas alsa da tek taraflı hukuki işlemler, kararlar ve müşterek hukuki işlemler de anılan özgürlüğün kapsamındadır[33]. Nitekim sözleşmelerin yanında, vasiyetnameler, yenilik doğuran işlemler, ortaklığın veya derneğin genel kurul kararları gibi hukuki işlemler de kişilerin özel hukuk ilişkilerini şekillendirebilmesine olanak sağlar. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğünü, irade özerkliğinin hukuki işlemler tahtındaki görünümü olarak tarif etmek, hatta kavramı "hukuki işlem özgürlüğü" olarak anmak yerinde olur[34].

---

30 Bu duruma dikkat çeken Flume, **Rechtgeschäft**, s. 12; Huber, **a.g.e.**, s. 12.

31 Flume, **Rechtgeschäft**, s. 7; Knobel, **a.g.e.**, s. 17; Bucher, **OR**, s. 88; Serozan, **a.g.m.**, s. 561.

32 Kavram hakkında geniş bilgi için bkz. Veysel Başpınar, **Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998, s. 13-17; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s, 362; Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümle**, C: I, 17. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, N. 80-95; Eren, **a.g.e.**, s. 16-17, 335 vd.; Fahri Erdem Kaşak, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınır Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 7-24; Oftinger, **a.g.e.**, s. 317; Gauch, Schluep, Schmid, **a.g.e.**, N. 611a vd.; Huguenin, Meise, **a.g.e**, Art. 19-20 N. 2; Flume, **Rechtgeschäft**, s. 12-13; Knobel, **a.g.e.**, s. 18-19; Hans-Bernd Schäfer, Claus Ott, **Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts**, 5. bs., Berlin, Springer Verlag, 2012, s. 449.

33 Oftinger, **a.g.e.**, s. 52; Kramer, **BK-OR**, Art. 19-20 N. 18. Hukuki işlemlerin gerekli irade beyanının veya tarafların sayısı açısından farklı tasniflerine ilişkin bkz. Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 610-619; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 94-114; Serozan, **a.g.e.**, s. 327-328; Eren, **a.g.e.**, s. 172-175.

34 Benzer yönde bkz. Ahmet Battal, "Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları", **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I**, Ankara 2008, s. 49. Sözleşme özgürlüğünün, borçlar hukukunu aşan bir kavram olup, bütün medeni hukuk alanında hüküm ifade ettiği yönünde bkz. Kramer, **BK-OR**, Art. 19-20 N. 18.

Sözleşme özgürlüğü, özel hukukumuzun ve özellikle borçlar hukukunun temel bir ilkesi olarak kabul edilmektedir[35]. İlkenin kapsamı; sözleşmeyi yapıp yapmama (*Abschlussfreiheit*), değiştirme (*Änderungsfreiheit*), ortadan kaldırma (*Aufhebungsfreiheit*); sözleşmenin karşı tarafını seçme (*Partnerwahlfreiheit*); sözleşmenin tipini (*Typenfreiheit*), içeriğini (*Inhaltsfreiheit, Gestaltungsfreiheit*) ve şeklini (*Formfreiheit*) belirleme özgürlüklerini ihtiva eder[36]. Öte yandan sözleşme özgürlüğü, dar anlamıyla, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğüne (içerik özgürlüğü) işaret eder[37].

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin tarihsel gelişimi, ilkenin özel hukuktaki merkezî önemine ışık tutmaktadır[38]. İlkenin 18. yüzyılda ortaya çıkışında etkili olan düşünsel arka plan büyük ölçüde bireycilik, yararcılık ve liberalizm akımlarıyla şekillenmiştir[39]. Özellikle 18. ve 19. yüzyıllarda Avrupa'da hakimiyetini pekiştiren liberal yaklaşım, siyasi zeminde bireysel hak ve özgürlükleri teminat altına almanın, iktisadi alanda ise serbest piyasa ekonomisinin ve devletin müdahalesini en aza indirmenin savunucusu olmuştur. Anılan fikrî hareketlere bağlı olarak, bireyin irade

---

35 Sözleşme özgürlüğünün özel hukuktaki konumu hakkında bkz. Başpınar, **a.g.e.**, s. 16; Ergun Özsunay, **Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler**, 4. bs., İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1978, s. 158-159; Eren, **a.g.e.**, s. 338-339; Atamer, **a.g.e.**, s. 9-10; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 554-559; Gauch, Schluep, Schmid, **a.g.e.**, N. 612; Schwenzer, **a.g.e.**, N. 25.01; Kramer, **BK-OR**, Art. 19-20 N. 35 vd.; 19; Oftinger, **a.g.e.**, s. 316-318. Sözleşme özgürlüğünün pozitif hukuktaki rolüne dair içtihat için bkz. Yarg. 11. HD., T. 11.02.1980, E. 1980/620, K. 1980/620; Yarg. HGK., T. 29.11.2018, E. 2017/1566, K. 2018/1809; Yarg. HGK., T. 22.11.2018, E. 2017/636, K. 2018/1762 [(Çevrimiçi) www.lexpera.com, 20.08.2020]. İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 132 III 226, s. 234; BGE 129 III 42, s. 42 [(Çevrimiçi) www.bger.ch, 20.08.2020].

36 Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.** s. 503; Başpınar, **a.g.e.**, s. 17; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 362; Eren, **a.g.e.**, s. 17, 339-357; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 585-597; Jürgen Basedow, "Freedom of Contract in the European Union", **European Review of Private Law**, C: VI, 2008, s. 905-907; Oftinger, **a.g.e.**, s. 316; Huber, **a.g.e.**, s. 11; Bucher, **OR**, s. 89 vd.; Kramer, **BK-OR**, Art. 19-20 N. 42 vd.; Huguenin, Meise, **a.g.e**, Art. 19-20 N. 2-11; Huguenin, **a.g.e.**, N. 4-5; Gauch, Schluep, Schmid, **a.g.e.**, N. 613-618a.

37 Flume, **Rechtgeschäft**, s. 12.

38 İlkenin tarihsel gelişimi hakkında bkz. Oftinger, **a.g.e.**, s. 321-323; Kramer, **BK-OR**, Art. 19-20 N. 21-28; Merz, **a.g.e.**, s. 1 ve orada dn. 1'de anılan eserler; François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, **Droit Civil Les Obligations**, 10. bs., Paris, Dalloz, 2009, s. 30-37; Şevket Memedali Bilgişin, **Türk Ticaret Hukuku Prensipleri, Birinci Kitap: Ticaret ve Tüccar**, Ankara, Ulus Basımevi, 1936, s. 1-7; Atamer, **a.g.e.**, s. 9-19; Kaşak, **Emredici**, s. 7-25.

39 İlkenin entelektüel temelleri hakkında bkz. Patrick S. Atiyah, **The Rise and Fall of Freedom of Contract**, 2. Tıpkı Bası, New York, Oxford University Press, 2003, s. 219-358; Knobel, **a.g.e.**, s. 20-22; Atamer, **a.g.e.**, s. 9-19.

özgürlüğü her alanda yüceltilmiştir. Kıta Avrupası'nda gerçekleştirilen ve yürürlükteki özel hukukun temelini teşkil eden büyük kanunlaştırma hareketleri de söz konusu düşünce akımlarının, doğal hukuk anlayışının ve hukuki formalizmin etkili olduğu bir döneme denk düşmüştür. Dolayısıyla liberal düşüncenin kurucu unsurları arasında yer alan sözleşme özgürlüğü, aynı dönemde gerçekleştirilen kodifikasyon çalışmalarına damgasını vurmuştur.

Bu bakımdan en çarpıcı örnek, sanayi devrimi ve 1789 Fransız İhtilali'yle zirveye ulaşan bireyci ve özgürlükçü yaklaşımın simgesi haline gelen 1804 tarihli FrMK'dır (*Code Napoléon*). FrMK'nın 1134. maddesinde "*kanuna uygun olarak yapılan sözleşmeler, taraflar için kanun yerine geçer*" [40] ifadesine yer verilmiş; böylece sözleşme özgürlüğü açıkça öngörülmüştür. FrMK başta İtalya, İspanya, Portekiz, Almanya ve İsviçre olmak üzere birçok Avrupa ülkesine esin kaynağı olmuştur [41] . Özellikle İsviçre [42] ve Alman hukukundan iktibas edilen özel hukukumuzun temel kanunları da liberal anlayış ve sözleşme özgürlüğü ilkesi üzerine inşa edilmiştir[43].

---

[40] Fransızca aslı: "*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*". 1 Ekim 2016 tarihinde yürürlüğe giren kanun değişikliği uyarınca, anılan hüküm varlığını 1103. maddede korumaktadır. İki düzenleme arasındaki yegâne fark, "anlaşma" anlamına gelen "*convention*" teriminin, "sözleşme" anlamındaki "*contrat*" ile değiştirilmiş olmasıdır.

[41] 1804 tarihli FrMK'yı esas alan 1865 tarihli İtalyan Medeni Kanunu'nun (*Codice Civile*) 1372. maddesi "*sözleşme, taraflar arasında kanun kuvvetindedir*" ifadesini içermektedir (İtalyanca aslı: "*Il contratto ha forza di legge tra le parti*"). İsviçre hukukunda OR Art. 19, içerik özgürlüğünü açıkça düzenlemekte; Alman hukukunda ise 1900 tarihli BGB'nin 305. ve yürürlükteki BGB'nin 241., 311. ve muhtelif paragrafları sözleşme özgürlüğüne dayanak teşkil etmektedir (Knobel, **a.g.e.**, s. 18; Thomas M. J. Möllers, "Working with Legal Principles – demonstrated using Private Autonomy and Freedom of Contract as Examples", **European Review of Contract Law** , C: XIV, No: 2, 2018, s. 115). Alman hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesine kanunda açıkça yer verilmemiş olmasına karşın, öğretide, BGB'nin ilkenin mevcudiyetini varsaydığı belirtilmektedir. Nitekim 1896 tarihli BGB taslağının gerekçesinde sözleşme özgürlüğü ilkesine temel ilke olarak yer verilmiştir. 1888 tarihli BGB taslağının 77. maddesinde ise sözleşmeye bağlılık ilkesi (*pacta sunt servanda)* açıkça düzenlenmiş, fakat kanuna alınmamıştır (**a.e.**, s. 115). Bu bağlamda İspanya ve Portekiz hukuku için bkz. Kramer, **BK-OR**, Art. 19-20 N. 20.

[42] OR'nin tarihçesi ve genel özellikleri hakkında bkz. Honsell, **a.g.e.**, s. 1-9; Huguenin, **a.g.e.**, N. 10-17; Köprülü, **a.g.e.**, s. 47-50; Atamer, **a.g.e.**, s. 19. Ayrıca OR'nin anonim ortaklıklar hukukuna ilişkin hükümlerinin 1911 yılında gerçekleştirilen reformdan sonra da liberal yapısını koruduğu yönünde bkz. Arthur Meier-Hayoz, Peter Forstmoser, **Droit suisse des sociétés**, Çev. Peter Iordanov, Berne, Stämpfli Verlag, 2015, §10 N. 54.

[43] Türk medeni hukukunun entelektüel ve ekonomik temelleri hakkında bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 60-69: *"... bu yasa [MK], serbest pazar ekonomisi modeline yüzde yüz uyar. Bu yasa Kara Avrupasının tüm liberal ve laik özel hukuk yasaları gibi, Roma hukukunda ve bu hukuku kavram rafinelerinde serbest pazar ekonomisinin yeni istemlerine uyarlayan on sekizinci yüzyıl pandekt*

B. Sözleşme Özgürlüğünün Ekonomik Analizi ve Ahlaki Temelleri

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin normatif dayanaklarına geçmeden önce, hukuk politikası açısından konumunu ortaya koymakta fayda vardır. Bu kapsamda ilkeye atfedilen iktisadi işlevlerin ve ahlaki zeminin incelenmesi gerekir. Zira ilkenin hukuki değeri ve tarihsel süreç içindeki gelişimi, kendisinden beklenen işlevleri yerine getirmesine ve ahlaki meşruiyetini korumasına bağlı olarak değişiklik göstermiştir. Üstelik bu bilgiler anonim ortaklıkta esas sözleşme özgürlüğünün önemine dair açıklamalara temel teşkil etmekte ve bu özgürlüğün sınırlandırılması sorununa derinlikli bir perspektif sunmaktadır.

1. Sözleşme Özgürlüğünün Ekonomik Analizi

a. Hukuk ve Ekonomi Öğretisi

Sözleşme özgürlüğü ilkesi yalnızca bireysel özgürlük alanının korunmasında değil, toplumsal refahın sağlanmasında ve ekonomik sistemin işleyişinde de mühim bir rol oynamaktadır[44]. Hukuk normlarının, kişilerin davranışları üzerindeki etkilerinin ve bunların sosyal refaha yansımasının incelenmesi ise hukukun ekonomik analizinin (hukuk ve ekonomi öğretisi) konusudur[45]. ABD'de hukuk ve iktisat çevrelerinde doğan bu yöntem[46], yaklaşık altmış yıldır Anglo-Amerikan

---

hukukçularının çalışmalarından kaynaklanmıştır" (**a.e.**, s. 68-69). İlk ticaret kanunumuz olan 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret-i Berriye de FrTK'nın birinci ve üçüncü kitaplarının iktibas edilmesiyle ortaya çıkmıştır (Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya, N. Füsun Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 8).

[44] Honsell, **a.g.e.**, s. 10; Eren, **a.g.e.**, s. 336. Sözleşme özgürlüğü bağlamında ekonomik iş bölümünün ve karşılıklı mübadele ilişkilerinin önemine dair bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 503-504.

[45] David D. Friedman, **Law's Order: What Economics Has To Do With Law And Why It Matters?**, Princeton, Princeton University Press, 2000, s. 8; Robert Cooter, Thomas Ulen, **Law and Economics**, 6. bs., New York, Addison-Wesley, 2012, s. 3, (Çevrimiçi) https://lawcat.berkeley.edu/record/1127400?ln=en, 30.07.2020; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. XLIV; Thomas M. Miceli, **The Economic Approach to Law**, Stanford, Stanford University Press, 2004, s. 1. Kişilerin davranışları ve sosyal refaha ek olarak, hukuk normlarının ekonomik sistemin işleyişindeki rolünün araştırılması da ekonomik analizin konusu kapsamındadır (Kerem C. Sanlı, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2007, s. 9).

[46] Hukukun ekonomik analizi ne ticaret hukuku gibi müstakil bir hukuk dalıdır ne de başlı başına bir (özel) hukuk teorisidir. Bu yaklaşım hukuki normların ve kurumların incelenmesinde analitik

hukukunda hakim yaklaşım olarak hukukun hemen hemen her alanında kullanılmaktadır[47]. Anılan yöntem hukuk öğretisini ve eğitimini zenginleştirmiş; kanun koyucuya ve uygulayıcılara rehberlik etmiştir[48]. Hukuk teorisine ve pratiğine somut katkıları neticesinde Kıta Avrupası'nda 1980'lerden itibaren kabul gören ekonomik analiz, Türk hukukunda da 2000'lerin başından itibaren etkisini hissettirmeye başlamıştır[49].

---

araçlar sunan -ve kanımca diğer hukuki yöntemlerle birlikte değerlendirilmesi gereken- bir yöntem olarak görülmelidir. Benzer yönde bkz. Işıktaç, **a.g.e.**, s. 283-284; Nuno Garoupa, Thomas S. Ulen, "The Market for Legal Innovation Law and Economics in Europe and the United States", **Alabama Law Review**, C: LIX, No: 5, 2008, s. 1567.

[47] Richard A. Posner, **Economic Analysis of Law**, 9. bs., New York, Wolters Kluwer, 2014, s. XXI; Cooter, Ulen, **a.g.e.**, s. 1-2; Garoupa, Ulen, **a.g.m.**, s. 1568-1569. *Bruce Ackerman* hukuk ve ekonominin "*hukuk öğretisinde yirminci yüzyılın en önemli gelişmesi*" olduğunu belirtmiştir (naklen: Cooter, Ulen, **a.g.e.**, s 2); *Anthony T. Kronman* ise "*ülkedeki tek ve en etkili hukuk öğretisi olmayı sürdürdüğünü*" ileri sürmüştür (naklen: Sanlı, **Haksız Fiil**, s. VII). Öğretinin etkisini, alıntı analizi (*citation analysis*) yöntemiyle sayısal veriler üzerinden inceleyen bir kaynak için bkz. William M. Landes, Richard A. Posner, "The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study", **Journal of Law & Economics**, C: XXXVI, No: 1, 1993, s. 385. Öğretinin ABD ve Avrupa'daki etkilerinin karşılaştırmalı analizi için bkz. Garoupa, Ulen, **a.g.m.**, s. 1569-1578.

[48] Ekonomik analizin hukuk eğitimine, öğretiye, yasama çalışmalarına ve yargı kararlarına etkilerine dair örnekler için bkz. Posner, **a.g.e.**, s. xxi-xxii; Cooter, Ulen, **a.g.e.**, s. 1-2.

[49] Hukukun ekonomik analizi artık Kıta Avrupası'nda da özel hukukun en önemli analitik araçları arasında sayılmaktadır. Bkz. Benjamin C. Zipursky, "Philosophy of Private Law", **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Ed. Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma, Scott J. Shapiro, Oxford, Oxford University Press, 2004, s. 624-632. Avrupa ülkelerini bu açıdan inceleyen ve ilgili ükelerde ekonomik analiz yazınında bibliyografya sunan bir kaynak için bkz. Boudewijn Bouckaert, Gerrit de Geest (ed.), **Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics**, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, N. 300-395. Alman hukukunda ekonomik analiz perspektifini yansıtan başlıca eserler için bkz. Schäfer, Ott, **a.g.e.**, b.a. ve s. XLIV'de dn. 14'te anılan eserler; Holger Fleischer, "Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht", **ZGR**, C: XXX, No: 1, 2001, s. 1-32; Gregor Bachmann, "Optionsmodelle im Privatrecht", **Juristenzeitung**, C: LXIII, No: 1, 2008, s. 11-12; Horst Eidenmüller, **Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts**, 3. bs., Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, b.a.; Reinhard Zimmermann, "Juristische Methodenlehre in Deutschland", **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**, C: LXXXIII, No: 2, 2019, s. 280 ve dn. 275'te anılan eserler. İsviçre hukukunda birçoğu yerine bkz. Bouckaert, de Geest, **a.g.e.**, N. 395'teki bibliyografya. İsviçre ağırlıklı olmak üzere Avrupa ülkeleri ve AB hukukunda karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. Klaus Mathis (ed.), **Law and Economics in Europe: Foundations and Applications,** Heidelberg, Springer, 2014, b.a. Türk hukukunda ekonomik analizi inceleyen ve/veya uygulayan bazı eserler için bkz. Vural F. Savaş, "Hukuk ve İktisat", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: I, No: 2, 2004, s. 1-14; Sanlı, **Haksız Fiil**, b.a.; Kerem C. Sanlı, **Hukuk ve Ekonomik Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017 b.a., ve s. 12 dn. 4'te anılanlar; Ahmet U. Türkbağ, "Hukuk ve Ekonomi Anlayışı ya da Hukukun Ekonomik Analizi", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 8. Kitap, Ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, 2003, s. 58-68; Halit Uyanık, **Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 43-77; Fatih Arıcı, Cem Veziroğlu, **Kaldıraçlı Devralma ve Anonim Şirketin Finansal Yardım**

Söz konusu incelemeyi "ekonomik" kılan husus, ekonomi biliminin analitik araçlarının ve araştırma yöntemlerinin kullanılmasıdır[50]. Bu bağlamda ekonomik modeller[51], davranış teorileri[52] ve fiyat teorisi[53] gibi analitik araçlar hukuk normlarının kişilerin davranışları üzerindeki etkilerinin incelenmesine katkı sağlar. Nitekim hukuk normlarının da diğer değişkenler (örn. fiyat) gibi, bireysel tercihler üzerinde etki doğurduğu kabul edildiğinden, hukuk kuralları ile kişi davranışları arasındaki ilişki tespit edilebilmektedir. Metodolojik bireycilik[54] ve tümevarım yöntemleri ise incelenen normun toplumsal sonuçlarını açıklamayı mümkün kılmaktadır. Bu kapsamda yürürlükteki bir normun bireysel ve toplumsal etkileri, varlık nedeni ve hedeflediği amaçlara hizmet edip etmediği "pozitif analizin"; hukuk

---

Yasağı: Hukukun Ekonomik Analizi Perspektifinden Bir Yasağın Anatomisi, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 105-129; **Cem Veziroğlu**, "Buy-Out of the Oppressed Minority's Shares in Joint Stock Companies: A Comparative Analysis of Turkish, Swiss and English Law", **European Business Organization Law Review**, C: XIX, N: 3, 2018, s. 528-538. Hukuk politikası açısından fayda ve önemi hakkında bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 130 dn. 7.

50 Posner, **a.g.e.**, 29-33; Türkbağ, **a.g.e.**, s. 59.

51 Ekonomik model, çeşitli varsayımlara dayanan teorik bir çerçeve olarak tanımlanabilir. İnsan anatomisi maketleri veya iki boyutlu dünya haritaları gibi ekonomik modeller vasıtasıyla karmaşık yapıların basit bir biçimde anlaşılması mümkün olmaktadır (Gregory N. Mankiw, **Principles of Microeconomics**, 5. bs., Ohio, South-Western, 2009, s. 23-24; Daron Acemoğlu, David Laibson, John A. List, **Microeconomics**, Harlow, Pearson, 2016, s. 53; Mahfi Eğilmez, **Ekonominin Temelleri: Kavramlar ve Kurumlar**, İstanbul, Remzi Kitabevi, 2019 s. 33-34). Bu başlık altında açıklanan "ekonomik insan" (*homo economicus*) ve "tam rekabetçi piyasa" kavramları, sözleşme özgürlüğünün işlevlerinin anlaşılabilmesi amacıyla başvurulan tipik ekonomik model örnekleridir.

52 Rasyonel davranış teorisi (*rational choice theory*) hakkında bkz. dn. 61 ve bağlı metin. Rasyonel davranış teorisinin eleştirisi ve "sınırlı rasyonalite" (*bounded rationality*) varsayımı hakkında bkz. dn. 78-83 ve bağlı metin.

53 Hukuki yaptırımların kişilerin davranışları üzerindeki etkilerini incelemek amacıyla, mikroekonomi alanındaki "fiyat teorisine" başvurulmaktadır. Fiyatların artışına ve azalışına karşı verilen tepkinin benzerinin, hukuki yaptırımlara da verileceğinden hareketle, belirli bir davranışa bağlanan yaptırım "gölge/zımni fiyat" (*implicit price*) olarak nitelendirilmektedir. Nitekim bir davranışın yaptırıma bağlanmış olması, birey açısından o davranışın olgu öncesi (*ex ante*) maliyetini artırır. Kavramlar ve hukuk normlarının bu çerçevede incelenmesine dair örnekler için bkz. Posner, **a.g.e.**, s. 4-6; Cooter, Ulen, **a.g.e.**, s. 3-6; Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 16-17.

54 Metodolojik bireycilik yöntemi bireysel davranışları esas alır. Bu çerçevede bireysel davranışlardan hareketle, toplumsal sonuçlara varılır. Kavram için bkz. Klaus Mathis, **Efficiency Instead of Justice?: Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law**, Çev. Deborah Shannon, Dordrecht, Springer, 2009, s. 8-9.

normuna ekonomik bir amaç atfedilerek, olması gereken hukuka ilişkin çıkarımlar yapılması ise "normatif analizin" konusunu teşkil etmektedir[55].

Hukuk ve ekonomi öğretisi bağlamında hukuk düzenine atfedilen nihai amaç, sosyal refahın yükseltilmesi olup; ekonomik analizde başvurulan temel ölçüt, ilgili normun ekonomik açıdan verimli/etkin olup olmadığıdır[56].

Çalışmanın devamında sözleşme özgürlüğü ilkesi ekonomik analize tabi tutulmuş; böylelikle ilkenin, kişi davranışları üzerindeki etkilerinden hareketle, toplumsal refahın sağlanmasındaki işlevleri ortaya koyulmaya çalışılmıştır. İnceleme sırasında liberal iktisadi düşüncenin tarihsel gelişimine bağlı kalınarak, ilkenin işlevleri öncelikle klasik iktisat, ardından neoklasik iktisat okulları açısından ele alınmıştır[57].

b. Sözleşme Özgürlüğünün Klasik İktisat Açısından Analizi

Özellikle 17. ve 18. yüzyıllarda etkili olan rasyonel doğal hukuk felsefesi, aydınlanma ve bilimsel gelişmeler, insanın akılcı bir varlık olduğu kanısını güçlendirmiş; bunun neticesinde akılcılık (rasyonalizm) yaklaşımı benimsenmiştir. *Jeremy Bentham*'ın geliştirdiği faydacılık (utilitarizm) çerçevesinde ise rasyonel bireyin kararlarını verirken kendi faydasını artırma yönünde hareket ettiği ileri sürülmüştür[58]. Akılcılık ve faydacılık akımları, liberal iktisadın klasik sözleşme anlayışına temel teşkil etmiştir[59]. Nitekim rasyonel davranışın "fayda"[60] kavramıyla

---

[55] Pozitif ve normatif ekonomik analiz hakkında bkz. Miceli, **a.g.e.**, s. 1; Posner, **a.g.e.**, s. 31-33; Acemoğlu, Laibson, List, **a.g.e.**, s. 37. Anonim ortaklıklar hukukunda pozitif ve normatif ekonomik analiz örneği için bkz. dn. 321 ve bağlı metin.

[56] Cooter, Ulen, **a.g.e.**, s. 4; Benjamin E. Hermalin, Awery W. Katz, Richard Craswell, "Contract Law", **Handbook of Law and Economics**, C: I, Ed. A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell, Amsterdam, Elsevier, 2007, s. 13; Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 2.

[57] Şirketler hukuku alanında ekonomik analizde neoklasik iktisadın yanında, yeni kurumsal iktisat yaklaşımı da oldukça etkili olmuş ve genel kabul görmüştür. Anılan yaklaşımlar ve şirketler hukukundaki etkileri için bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4.

[58] Jeremy Bentham, **A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, Ed. Wilfrid Harrison, Oxford, Basil Blackwell, 1948, s. 125; Gülten Kazgan, **İktisadî Düşünce: Politik İktisadın Evrimi**, 22. bsk., İstanbul, Remzi Kitabevi, 2018, s. 56; Işıktaç, **a.g.e.**, s. 112-115; Eren, **a.g.e.**, s. 335-336.

[59] Işıktaç, **a.g.e.**, s. 98-99.

temellendirilmesi, mikroekonominin temel önermelerinden olan "rasyonel davranış teorisini" (*rational choice theory*) ortaya çıkarmıştır. Anılan teoriye göre, tam ve doğru bilgiye[61] (*perfect information*) sahip bireyin, kendi faydasını en yüksek seviyeye çıkaracak şekilde davrandığı varsayılır[62]. Klasik iktisat uyarınca piyasanın temel aktörü olan ekonomik insan (*homo economicus*) rasyonel davranış teorisinin bir ürünüdür. Zira ekonomik insan modeli; birbirinden bağımsız hareket eden, tam ve doğru bilgiye sahip olan ve fayda maksimizasyonunu hedefleyen bireyi esas almaktadır[63]. O halde her birey kendi menfaatlerinin en iyi yargıcı olduğuna göre, özgür olmalıdır[64].

Görüldüğü üzere, irade özerkliği kavramından toplumsal refaha uzanan yolun ilk aşamasını, akılcı davranış ve fayda maksimizasyonu arasında kurulan bu bağlantı oluşturmaktadır. İkinci aşamada ise bireysel fayda ile toplumsal fayda arasındaki ilişkiye dikkat çekilmelidir. Faydacı yaklaşım uyarınca toplumun, kendisini oluşturan bireylerin toplamından ibaret olduğu; dolayısıyla toplumsal menfaatin de bireylerin

---

60 Anılan yaklaşımda "fayda" kavramı, parasal değerlere indirgenmeyip, daha geniş anlamıyla, bireyin esenliği ve mutluluğu olarak tanımlanmıştır. Bkz. Wolfgang Friedmann, **Legal Theory**, 5. bs., London, Stevens & Sons Limited, 1967, s. 313.

61 Sözleşmede tarafların tam ve doğru bilgiye sahip oldukları varsayımı ve ekonomik analizdeki işlevleri hakkında bkz. Sanlı, **Sözleşme**, s. 46; Cooter, Ulen, **a.g.e.**, s. 226; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 431-433.

62 Rasyonel davranış teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cooter, Ulen, **a.g.e.**, s. 12-13, 50; Schäfer, Ott**, a.g.e.**, s. 96; Lewis A. Kornhauser, "The Economic Analysis of Law", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2017 Edition)**, Ed. Edward N. Zalta, s. 4, (Çevrimiçi) https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/legal-econanalysis/, 30.06.2020. Öte yandan davranışsal hukuk ve ekonomi (*behavioral law and economics*) ile nöroekonomi alanında son otuz yılda yapılan çalışmaların katkılarıyla, rasyonel davranış teorisinin savları daha gerçekçi hale getirilmiştir (bkz. Hermalin, Katz, Craswell, **a.g.e.**, s. 41). Nitekim bireyin tam bilgiye sahip olmasının ve daima rasyonel tercihlerde bulunmasının gerçeği yansıtmamasından hareketle, teorinin kişi davranışlarını yaklaşık olarak açıkladığı belirtilmektedir. Bu nedenle mikroekonomide "maksimizasyon" yerine, "optimizasyon" (eniyileme) terimine başvurulmakta; bireyin mevcut bilgisi çerçevesinde, önündeki alternatifleri bilinçli veya bilinçsiz olarak değerlendirerek, genellikle kendisi için en iyi tercihi yapmaya çalıştığı kabul edilmektedir. Üstelik akılcı davranışın kriterinin, parasal değerleri aşan ve daha geniş bir kavram olan "refah" olduğu kabul edilmektedir (Posner, **a.g.e.**, s. 3-4; Acemoğlu, Laibson, List, **a.g.e.**, s. 75-77).

63 Ekonomik insan modeli hakkında bkz. Cooter, Ulen, **a.g.e.**, s. 12-13; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 95; Mathis, **Efficiency**, s. 7-15. Modelin eleştirisi ve ekonomik analizde kullanımı hakkında bkz. dn. 80-82 ve bağlı metin.

64 Friedmann, **a.g.e.**, s. 313; Melvin A. Eisenberg, "The Structure of Corporation Law", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1463; Kazgan, **a.g.e.**, s. 59.

menfaatlerinin toplamına eşit olduğu ileri sürülmüştür[65]. Başka bir ifadeyle, faydacılık yaklaşımı bireysel ve toplumsal faydanın artışını bir tutmuştur. Bu tanımdan hareketle, serbest iradesi çerçevesinde sözleşme akdeden akılcı bireyin, kendi menfaatini artırırken, aynı zamanda –kendiliğinden- toplumun çıkarına da katkıda bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır[66].

Klasik iktisat okulunun kurucusu *Adam Smith*'in "görünmeyen el" alegorisi de bireysel ve sosyal fayda arasındaki tabii uyuma işaret etmektedir. Nitekim kendi menfaatleri yönünde hareket eden birey, görünmeyen bir el tarafından, kendi isteği dışında dahi olsa toplum yararına hizmet etmeye yöneltilir[67]. Ancak görünmeyen el olarak tasvir edilen mekanizma, bireyin faydacı davranışının kendiliğinden toplumsal faydayı da sağlayacağının kabulünün ötesinde bir anlama sahiptir. Klasik iktisadi düşünceye göre bireysel fayda maksimizasyonu, toplum içinde iş bölümüne ve uzmanlaşmaya yol açar; böylelikle emeğin verimliliği yükselir ve ekonomik büyüme sağlanır. Bireyler arasındaki mübadelenin yarattığı karşılıklı yarar sayesinde kişi hem kendisine, hem de diğerlerine fayda sağlamış olur[68].

Görünmeyen el, esasında bağımsız ekonomik aktörlerin piyasada rızaya dayalı iktisadi faaliyetleri neticesinde oluşan fiyat mekanizmasını ifade etmektedir.

---

[65] Bentham, **a.g.e.**, s. 126; Schäfer, Ott, **a.g.e.** s. 26; Işıktaç, **a.g.e.**, s. 114. Belirtilmelidir ki klasik faydacılığın "toplumsal fayda" kavramı da bireysel fayda gibi, genel olarak mutluluk ve refah anlamına gelecek şekilde kullanılmaktadır. Aşağıda açıklanan neoklasik iktisadi düşüncede ise bu kavram, toplumsal kaynakların etkin tahsisi bağlamında, "bir üründen veya hizmetten beklenen yararı" ifade edecek şekilde daha dar bir anlamda kullanılmaktadır (Posner, **a.g.e.**, s. 14).

[66] Friedmann, **a.g.e.**, s. 315.

[67] Adam Smith, **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**, Hampshire, Harriman House, 2007, s. 293: "*[İnsanın] esasında genellikle kamu menfaatini kollamaya niyeti olmadığı gibi, buna ne derece katkıda bulunduğunun da farkında değildir. ... yalnız kendi kazancını düşünür; birçok konuda olduğu gibi bu konuda da, görünmeyen bir el, onu hiç aklından geçmeyen bir amacı desteklemeye sevk eder. ... Kendi menfaatinin peşinde koşmakla, toplumun çıkarını, çoğu zaman gerçekten ona katkıda bulunmak istediği zamanlarda olduğuna göre daha etkili biçimde kollamış olur*". İngilizce aslı: "*He generally, indeed, neither intends to promote the public interest, nor knows how much he is promoting it. ... he intends only his own gain; and he is in this, as in many other cases, led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention. ... By pursuing his own interest, he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it*".

[68] Smith, **a.g.e.**, s. 9-10: "*Aşımızı kasabın, biracının ya da fırıncının hayırseverliğinden değil, kendi çıkarlarını kollamalarından bekleriz*". İngilizce aslı: "*It is not not from the belevolence of the butcher, the brewer, or the baker, that we expect our dinner, but from their regard to their own interest*". Ayrıca bkz. Kazgan, **a.g.e.**, s. 59-61.

Buna göre tam rekabetçi piyasada[69] hizmet ve ürünlerin piyasa fiyatının uzun vadede doğal fiyata yakınsayacağı varsayılmaktadır[70]. Nitekim tam bilgiye sahip rasyonel ekonomik aktörler, bütün şartları ve belirsizlikleri mübadele konusu malın/edimin fiyatına yansıtırlar. Bu nedenle rekabetçi bir piyasada, en düşük fiyata en iyi şartlarda ürün/hizmet arz edenler, doğal seçilimin gereği olarak pazar paylarını genişletebilecek; diğerleri ise buna uyum sağlamak durumunda kalacaktır[71]. Piyasada oluşan doğal fiyat, ürün ve hizmetlerde fiyat-kalite dengesinin korunmasına ve toplumsal kaynakların en verimli şekilde kullanılmasına olanak sağlayacaktır. Görüldüğü üzere bireysel fayda peşinde koşan bireyler, bilinçli veya bilinçsiz olarak sosyal refahın sağlanmasına katkı bulunmuş olurlar.

Yukarıdaki açıklama ışığında sözleşme özgürlüğü, toplumsal kaynakların bölüşümünde hata yapmayan ve etkin kararlar alabilen merkezî bir otoriteye olan gereksinimi ortadan kaldırmakta; böylece devleti taşıyamayacağı bir yükten kurtarmaktadır[72]. Liberal iktisadi yaklaşım, toplumsal kaynakların tahsisi ve üretimin düzenlenmesi gibi hususlarda ekonomik koordinasyonu sağlamak üzere, merkezî otoritenin kararlarını, piyasada irade özerkliği çerçevesinde akdedilen sözleşmelerle ikame etmektedir[73].

---

69 Tam ve doğru bilgiye sahip, bağımsız ve çok sayıda rasyonel alıcı ile tedarikçinin birbiriyle rekabet içinde olduğu; işlem maliyetlerinin ve dışsallıkların bulunmadığı; malların özel mülkiyete tâbi olduğu ve piyasaya giriş çıkışların serbest olduğu durum "tam rekabetçi piyasa" olarak nitelendirilmektedir (Atamer, **a.g.e.**, s. 13; Sanlı, **Sözleşme**, s. 22-24; Eğilmez, **Ekonomi**, s. 96). Tam rekabetçi piyasanın asgari zorunlu unsurları şu şekilde sayılmaktadır: (i) Hiçbir alıcı ya da satıcı piyasa fiyatını etkilemeye yetecek kadar büyük değildir; (ii) piyasadaki satıcılar özdeş mallar üretirler; (iii) piyasada serbest giriş ve çıkış mevcuttur (Acemoğlu, Laibson, List, **a.g.e.**, s. 94-95).

70 Klasik iktisat okulu temsilcileri "piyasa fiyatı" ve "doğal fiyat" arasında ayrım yapmışlardır. Piyasa fiyatı kısa dönemde geçerli olup, arz ve talep gibi geçici etmenlere bağlıdır. Doğal fiyat ise tam rekabet şartları altında, uzun dönemde piyasa fiyatının erişeceği denge fiyatı olup; üretim maliyetleri tarafından belirlenmektedir (Smith, **a.g.e.**, s. 36-37; Kazgan, **a.g.e.**, s. 74). Klasik iktisadi teoride üretim maliyeti hakkında bkz. dn. 88.

71 Smith, **a.g.e.**, s. 211; William W. Bratton, "The New Economic Theory of the Firm: Critical Perspectives from History", **Stanford Law Review**, C: XLI, 1989, s. 1478.

72 Kaynakların kıt olması dolayısıyla, toplum için en yüksek refahı temin edecek şekilde tahsis edilmeleri gerekir. Tahsisin hangi yöntemle yapılacağı sorunu ise politik bir tercihtir. Sosyalist ekonomilerde tahsis devlet tarafından yapılırken, kapitalist ekonomilerde ağırlıklı olarak bu görevi piyasa üstlenmektedir. Bu sebeple piyasanın ekonominin merkez kavramı olması, kapitalist ekonomik sisteme özgü bir tespittir.

73 Ekonomik koordinasyonun sağlanmasında şirketin rolü için bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4.

Bir yandan akılcılık ve fayda arasındaki koşutluğa, diğer yandan bireysel ve toplumsal menfaatlerin uyumuna dayanan klasik iktisat okulu, ekonomik düzenin kendiliğinden denge içinde olduğunu ileri sürmüştür[74]. Anılan yaklaşıma göre, serbest piyasa, en uygun şartları kendisi yaratabilir ve bir denge içinde işleyebilir. Bu nedenle piyasaya müdahale edilmesi gereksizdir. Üstelik devletin müdahalesi, ekonominin doğal düzeninin bozulması anlamına gelecektir[75]. "*Laissez faire"*[76] mottosuyla anılan bu yaklaşım, devletin, piyasa kurallarının serbest işleyişini temin edecek hukuki düzeni kurmak dışında, piyasaya müdahale etmemesi gerektiğini savunmuştur[77]. Öyle ki devlet; ulusal savunma, adalet ve hukuk düzeninin tesisi ile -kârlı olmadığı için- bireyler tarafından üstlenilmeyen altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesi haricinde, ekonomik hayata müdahale etmemesi gerektiğinden dolayı "gece bekçisi" olarak nitelendirilmiştir[78]. Yukarıdaki açıklamalar ışığında, klasik iktisat okulunun sınırsız sözleşme özgürlüğünü savunduğu söylenebilir.

c. Sözleşme Özgürlüğünün Neoklasik İktisat Açısından Analizi

Klasik iktisadın dayandığı varsayımlar ve modeller zaman içinde haklı eleştirilere maruz kalmış; bu eleştirilerden faydalanan neoklasik iktisat okulu temsilcileri daha sağlam bir kuramsal çerçeve geliştirmişlerdir. Bu kapsamda

---

[74] Smith, **a.g.e.**, s. 37-38; Kazgan, **a.g.e.**, s. 55-59, s. 102. Kendiliğinden denge içinde olan piyasa modeli, *Smith*'ten önce, klasik iktisadın düşünsel temellerini oluşturan fizyokratlar tarafından da ileri sürülmüştür. *François Quesnay* ve *Anne-Robert-Jacques Turgot* gibi fizyokratlar, iktisadi düzeni bütünsel olarak kavrama ve tutarlı bir düşünce sistemi etrafında açıklama yolunda iktisat teorisinin ilk adımlarını atmışlardır (Kazgan, **a.g.e.**, s. 65, 102).

[75] Fizyokrasiyi ve klasik iktisadı besleyen kaynaklar arasında, İngiliz fizikçi *Isaac Newton*'un geliştirdiği "doğa yasaları" felsefesi de bulunmaktadır. Doğal evren düzeni anlayışından etkilenen *Quesnay*, doğa bilimlerindeki bu kabulü iktisada uygulamıştır. *Smith* de doğal fiyat ve piyasanın doğal düzeni kavramlarını buradan hareketle geliştirmiştir (Kazgan, **a.g.e.**, s. 57; Eğilmez, **Ekonomi**, s. 102). Klasik iktisadi yaklaşımda devletin ekonomik alana müdahalesinin "doğal sınırlara" tabi olduğu ve kanun koyucunun bu sınırları aşması halinde, istenen sonuçların elde edilemeyeceği, devletin otoritesinin sarsılacağı ve toplumsal yaşamın zarar göreceği yönünde bkz. Ernst Hirsch, **Ticaret Hukuku Dersleri,** 3. bs., İstanbul, Hak Kitabevi, 1948, s. 11.

[76] Klasik iktisadın devlet müdahalesine karşı tutumunu simgeleyen bu sloganın tarihsel kökeni, Fransa Kralı *XIV. Louis* döneminin maliye bakanı olan *Jean Baptiste Colbert*'in 1681 yılında bir grup iş insanıyla yaptığı toplantıda, hükümetin iş dünyasına dair neler yapması gerektiği yönündeki sorusuna karşılık, *Le Gendre* isimli iş adamı tarafından "*laissez-nous faire"* ("*bırakın biz yapalım*") yanıtına dayandırılır. Bu söz daha sonra liberal yaklaşımın sloganı haline getirilmiş ve *Smith*'le özdeşleşmiştir bkz. Işıktaç, **a.g.e.**, s. 150; Eğilmez, **Ekonomi**, s. 105-106.

[77] Smith, **a.g.e.**, s. 444; Kazgan, **a.g.e.**, s 59.

[78] Honsell, **a.g.e.**, s. 11.

öncelikle tam ve doğru bilgiye dayalı, isabetli fayda-maliyet analiziyle akılcı kararlar alabilen birey modelinin, yani "tam rasyonalite" varsayımının gerçekçi olmadığı anlaşılmıştır[79]. Esasında rasyonel davranış teorisi, bireyin daima faydasını maksimize eden kararlar aldığı iddiasında olmayıp, tesadüfi sapmaların varlığını kabul etmektedir[80]. Fakat davranışsal psikoloji alanında yapılan çalışmalar, insanın bilişsel kapasitesinin sınırlılığını ortaya koymuş; karar verme sürecinde sezgiler ve önyargılar gibi faktörlerin rolünü açıklayarak bu sapmaların tesadüfi olmadığını göstermiştir[81]. Zira birey kendi menfaatleri doğrultusunda hareket etme eğiliminde olsa bile, belirli koşullar altında riskleri ve belirsizlikleri isabetli şekilde analiz etme imkânı zayıflamaktadır. Bu sebeple bireyin belirli durumlarda akılcı kararlar alamadığını ve kendi faydasını öncelemediğini göz ardı etmeyen "sınırlı rasyonalite" (*bounded rationality*) [82] varsayımı benimsenmiş; böylece ekonomik insan modeli daha gerçekçi hale getirilmiştir [83] [84].

---

79 Rasyonel davranış teorisine karşı eleştiriler ve teorinin ekonomik analizde kullanımı hakkında bkz. Russell B. Korobkin, Thomas S. Ulen, "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", **California Law Review**, C: LXXXVIII, No: 4, 2000, s. 1053-1075; Eidenmüller, **a.g.e.**, s. 28 vd. Tam ve doğru bilgiye sahip kılınan bireyin akılcı tercihlerde bulunacağı varsayımına dayanan bilgilendirme yükümlülüklerine tüketici hukuku gibi pek çok alanda başvurulmasına karşılık, bunların ne kadar etkisiz olduğunu gösteren ve bu durumun sebeplerini tartışan bir çalışma için bkz. Omri Ben-Shahar, Carl E. Schneider, **More Than You Wanted To Know: The Failure of Mandated Disclosure**, Oxford, Princeton University Press, 2014, s. 59-118. Sermaye piyasası hukukunda benzer bir eser için bkz. Andrei Shleifer, **Inefficient Markets: An Introduction to Behavioral Finance**, Oxford, Oxford University Press, 2000, b.s.

80 Posner, **a.g.e.**, s.17-18; Friedman, **a.g.e.**, s. 8-9; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 110-111.

81 *Daniel Kahneman* ve *Amos Tversky*'nin bu alandaki öncü çalışmaları ve geliştirdikleri "beklenti teorisi" (*prospect theory*), özellikle risk veya belirsizlik içeren kararlarda mantıksal analizin sistematik olarak zayıfladığını ve akılcı olmayan kararların oldukça yaygın olduğunu göstermiştir. Bkz. Amos Tversky, Daniel Kahneman, "Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases", **Science**, C: CLXXXV, No: 4, 1974, 1124 vd.; Daniel Kahneman, Amos Tversky, "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk", **Econometrica**, C: XLVII, No: 2, 1979, s. 263-291; David Laibson, Richard Zeckhauser, "Amos Tversky and the Ascent of Behavioral Economics", **Journal of Risk and Uncertainty**, C: XVI, No: 1, 1998, s. 9-14. Bireyin karar alma sürecine dair güncel bilimsel çalışmalar, bu alanın gelişmelere açık olduğunun işaretini vermektedir. Örneğin, *Kahneman* tarafından 2011 yılında yayımlanan "*Thinking, Fast and Slow*" isimli eserde, önemsiz günlük kararlarda dahi insanın sezgisel, otomatik ve tepkisel davrandığı ortaya koyulmuştur. Üstelik bireyin tam ve doğru bilgiye sahip olması halinde bile, seçici hafıza veya yanlış değerlendirme sebebiyle rasyonel davranıştan sapabildiği gösterilmiştir (Andrei Shleifer: "Psychologists at the Gate: A Review of Daniel Kahneman's Thinking, Fast and Slow", **Journal of Economic Literature**, C: C, No: 4, 2012, s. 1082-1089).

82 *Herbert Simon* tarafından ortaya atılan "sınırlı rasyonalite" kavramı; karmaşık, riskli veya belirsiz durumlarda karar mekanizmasının insanın bilişsel kapasitesi, mevcut bilgileri, seçenekleri ve zaman baskısı gibi unsurlar tarafından çevrelenmiş olduğunu; dolayısıyla akılcılığın sınırlı

Rasyonel davranış teorisindeki gelişmelerin yanında, bireysel ve toplumsal faydanın çatışma halinde olabileceği durumlar ortaya koyulmuş; böylelikle bireysel menfaatler ile toplumsal refah arasındaki birliktelik varsayımı zayıflamıştır[85]. Diğer taraftan klasik faydacılığın sorunlu "değer", "fayda" ve "etkinlik/verimlilik" kavramları, yerini daha gerçekçi tanımlamalara bırakmıştır[86]. Sonuç olarak liberal yaklaşımı sürdüren neoklasik iktisat okulu, klasik iktisadın modellerini, varsayımlarını ve kavramlarını geliştirmiştir. Bu bağlamda sözleşmelerin toplumsal refahın artırılmasındaki işlevi korunmakla birlikte, sınırsız sözleşme özgürlüğüne olan bağlılık zayıflamıştır.

Klasik iktisat okulu ekonomik büyümeye odaklanırken, neoklasik okulun temel araştırma konusu, toplumsal kaynakların etkin dağılımı ve kullanımı, yani

---

olduğunu ifade eder (Herbert A. Simon, "A Behavioral Model of Rational Choice", **The Quarterly Journal of Economics**, C: LXIX, No: 1, 1955 s.112-114). Ayrıca bkz. Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 103-104).

83 Davranışsal ekonominin bulgularına kuşkuyla yaklaşanlar olduğu gibi, bu tespitlerin ekonomik analizi zayıflatmadığını farklı gerekçelerle savunanların sayısı da oldukça fazladır. Sınırlı rasyonalite varsayımının ekonomik analize etkileri hakkında bkz. Posner, **a.g.e.**, s. 17-23. Rasyonel davranış varsayımı eleştirilmekle beraber, ticari ilişkilerde, özellikle şirketler hukuku bağlamında ekonomik insan modelinin esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir (Gregor Bachmann et. al., **Regulating the Closed Corporation**, Berlin, De Gruyter, 2014, s. 16). *Schäfer* ve *Ott* hukuk normlarının ekonomik analizinde, bireyin karar verme sürecindeki zayıflıkların dikkate alınması gerektiğini; dolayısıyla davranışsal ekonominin bulgularının ekonomik insan modelini ortadan kaldırmayıp, onu zenginleştirdiği belirtmektedirler (Schäfer, Ott**, a.g.e.**, s. 103-116). *Sanlı*, rasyonel davranış teorisinin betimsel olmaktan ziyade, ekonomik analizde çıkarımlar yapılmasına imkân veren bir metodolojik araç olduğunu; dolayısıyla gerçekçi olmasının da gerekmediğini ifade etmektedir (Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 84). Günümüzde sınırlı rasyonalite varsayımı, sözleşme ve ortaklık ilişkilerinin ekonomik analizinde yaygın olarak kullanılmaktadır. Birçoğu yerine bkz. Oliver E. Williamson, **The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting**, New York, The Free Press, 1985, s. 44-46.

84 Davranışsal ekonomi alanındaki gelişmelerin, ülkemizde kamu politikalarının oluşumu ve tasarımı üzerindeki etkileri dikkat çekicidir. Ticaret Bakanlığı Davranışsal Kamu Politikaları ve Yeni Nesil Teknolojiler Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan bir kitapçıkta, Türkiye'de ve dünyadaki davranışsal politika uygulamaları ele alınmakta; ayrıca Bakanlığın 2018-2022 Stratejik Planı'nın davranışsal yaklaşımla şekillendirildiği açıklanmaktadır. Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Ekonomi Bakanlığı, **Senin Kararın(!) mı?: Kamu Politikası Tasarımında Davranışsal Yaklaşım**, 2018 (Çevrimiçi) https://ticaret.gov.tr/data/5b9623ea13b8761ce82c5e34/senin_kararin_mi.pdf, 21.03.2020.

85 Işıktaç, **a.g.e.**, s. 129-133.

86 Klasik faydacı düşüncede sosyal refahın, bireysel faydaların toplamından oluştuğu varsayılmakta; dolayısıyla bireylerin toplam faydasını artıran her düzenlemenin etkin olduğu sonucuna varılmaktaydı (Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 26). Günümüzde bu yaklaşımın yerini, *Pareto* ve *Kaldor-Hicks* etkinlik ölçütleri almıştır. Kavramlar hakkında bkz. Posner, **a.g.e.**, s. 14-16; Miceli, **a.g.e.**, s. 4-7; Kazgan, **a.g.e.**, s. 138-143; Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 43-58.

"tahsis etkinliği" (*allocative efficiency*) olmuştur[87]. Liberal ekonomik sistemde sınırlı kaynakların sınırsız ihtiyaçlara tahsisi, piyasada sözleşmeler aracılığıyla cereyan eder. Bu bağlamda sözleşme özgürlüğünün, tam rekabetçi piyasada tahsis etkinliğini sağlayarak, toplumsal refahın artmasını temin ettiği ileri sürülmektedir[88]. Nitekim piyasadaki fiyat mekanizması sayesinde, kaynaklar kendisine daha yüksek değer[89] atfeden tarafa aktarılabilmektedir[90]. Bir kaynağa daha fazla değer atfedilmesi, alıcının mübadele[91] konusundan, karşı tarafa göre daha yüksek bir fayda sağlama beklentisiyle açıklanmaktadır[92]. Zira ilgili kaynak ekonomik olarak daha verimli bir kullanıma tahsis edilecektir. Tahsis etkinliğine ek olarak, rekabetçi piyasalarda sözleşme serbestisinin, verimli üretim yapılarının ortaya çıkmasına; böylelikle üretim verimliliğine de katkıda bulunduğu belirtilmektedir[93].

Görüldüğü üzere sözleşme özgürlüğü ilkesi hem bireysel bir özgürlük alanının korunmasına hem de bireysel menfaatlerin ve sosyal refahın sağlanmasına hizmet etmektedir. Liberal iktisat öğretisi uyarınca, sözleşmelerin yukarıda açıklanan

---

87 İktisat politikası amacı olarak "tahsis etkinliği", sınırlı kaynakların topluma en fazla yarar sağlayacak şekilde dağıtılmasına ve kullanılmasına odaklanmaktadır. Kavramın hukuk politikasındaki yeri için bkz. Sanlı, **Sözleşme**, s. 15.

88 Posner, **a.g.e.**, s. 12; Cooter, Ulen, **a.g.e.**, s. 291-292; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 423; Bachmann et. al., **a.g.e.**, s. 15-17; Sanlı, **Sözleşme**, s. 70.

89 Klasik iktisadın değer teorisini ortaya koyan *Smith*, ürün ve hizmetlerin mübadele değerine odaklanmış ve bunun da üretim maliyetleriyle belirlendiğini ileri sürmüştür. Üretim maliyeti kapsamında ise ilgili ürün/hizmetin üretilmesindeki emeği esas almış ve emeğin dışındaki üretim faktörlerini (sermaye ve rant) de emeğin uzantısı olarak görmüştür. Dolayısıyla değer kavramına nihayetinde nesnel bir nitelik atfetmiştir. Fakat bu yaklaşım, bir ürünün kullanım değeri ile mübadele değeri arasındaki farkı sorgulayan ünlü "elmas-su paradoksunu" çözmekte yetersiz kalmıştır. Neoklasik iktisat okulu temsilcilerinden *Stanley Jevons, Karl Menger* ve *Leon Walras* ise 1870'lerde marjinal fayda teorisini geliştirmişlerdir. Buna göre bir malın mübadele değerini belirleyen unsur, o malın marjinal faydası, yani kişisel ihtiyacın şiddetidir. Böylelikle değeri, "fayda" kavramıyla ilişkilendirerek öznel bir tanım benimsemişlerdir. *Alfred Marshall* ise mübadele değerinin, marjinal fayda ile birlikte üretim maliyeti tarafından belirlendiğini ortaya koyarak neoklasik iktisadın değer teorisini tamamlamıştır (Kazgan, **a.g.e.**, s. 126-133; Eğilmez, **Ekonomi**, s 116).

90 Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost", **JLE**, C: III, 1960, s. 40. Örnekler için bkz. Sanlı, **Sözleşme**, s. 15-17; Atamer, **a.g.e.**, s. 13.

91 Sözleşmelerin sosyal refahın sağlanmasındaki işlevine dair açıklamalar mübadele sözleşmelerine özgü olmayıp, iş görme ve organizasyon sözleşmeleri (örn. adi ortaklık sözleşmesi, anonim ortaklık esas sözleşmesi) için de geçerlidir. Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4.

92 Coase, **Cost**, s. 15; Posner, **a.g.e.**, s. 12.

93 Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 423.

işlevlerini yerine getirmesi için, tam rekabetçi piyasada sözleşme serbestisinin temin edilmesi yeterlidir[94]. Zira kişilerin kendi faydalarını artırma yönünde hareket ettiği varsayımı, buna hizmet etmeyen bir sözleşmeye tarafların rıza göstermeyeceği anlamına gelir[95]. O halde sözleşmelerin karşılıklı rızaya dayanması, kaynaklardan daha fazla fayda sağlandığını, dolayısıyla toplumsal refahın da arttığını gösterir[96]. Nihayetinde kişiye menfaatine uygun olanı belirleme yetkisinin tanınması ve sözleşme serbestisine müdahale edilmemesi gerekir.

2. Sözleşme Özgürlüğünün Ahlaki Temelleri

Liberal iktisat çerçevesinde ortaya çıkan sözleşme modeline göre, sözleşme özgürlüğü ve sözleşme adaleti arasında doğal bir uyum vardır. Söz konusu uyum, kendi çıkarları doğrultusunda sözleşme ilişkisine giren taraflar arasında adil bir menfaat dengesinin kurulacağı düşüncesiyle gerekçelendirilmiştir [97] . Nitekim sözleşme özgürlüğü, eşit konumda oldukları kabul edilen kişilere, eşit olarak tanınmıştır. Kimsenin özgür iradesiyle kendi menfaatine aykırı kararlar almayacağı önermesinden hareketle, -iyimser bir şekilde- sözleşme özgürlüğünün sözleşme adaletini de sağlayacağı düşünülmüştür[98]. *Alfred Fouillé* bu iki kavram arasındaki mutlak uyumu, "*sözleşmesel olan adildir*" (*qui dit contractuel, dit juste*) şeklinde ifade etmiştir[99]. Kısacası, içeriği ne olursa olsun, özgürce akdedilmiş her sözleşme adil bir sözleşme olarak kabul edilmiştir. Sözleşme özgürlüğü ve sözleşme adaleti

---

94 Sanlı, **Sözleşme**, s. 23.

95 Friedman, **a.g.e.**, s. 19; Hermalin, Katz, Craswell, **a.g.m.**, s. 40-41; Robert C. Clark, "Contracts, Elites, and Traditions in the Making of Corporate Law", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1714.

96 Örnek için bkz. Sanlı, **Sözleşme**, s. 16-17.

97 Flume, **Rechtgeschäft**, s. 7; Kramer, **BK-OR**, Art. 19-20 N. 23; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 504. Taraflar arasında eşitlik bulunmayan sözleşme ilişkilerinde, sözleşme özgürlüğü elbette kendiliğinden sözleşme adaletini sağlayamaz. Bu başlık altındaki açıklamalar, sınırsız sözleşme özgürlüğünün savunusu niteliğinde olmayıp, yalnızca kavramın özel hukuktaki merkezî konumunu ve tam rekabetçi piyasa modelindeki işlevlerini ortaya koymayı amaçlamaktadır. Piyasa aksaklıkları sebebiyle sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması ve sözleşme adaleti kavramı hakkında bkz. Birinci Bölüm, I, D.

98 Birçokları yerine bkz. Kramer, **BK-OR**, Art. 19-20 N. 23; Eren, **a.g.e.**, s. 336.

99 Kramer, **BK-OR**, Art. 19-20 N. 23'ten naklen.

arasındaki bu paralellikten hareketle, sözleşme özgürlüğü ilkesinin sağlam bir ahlaki temele oturduğu ileri sürülmüştür[100].

Yukarıda açıklanan iktisadi işlevleri ve ahlaki temelleri, sözleşme özgürlüğü ilkesinin meşruiyetini ve hukuki değerini ortaya koymaktadır[101]. Öyle ki, hukuk ve ekonomi öğretisinin yanında, hukuk kurallarına ekonomik olmayan amaçlar isnat eden deontolojik yaklaşımlar[102] ve bu amaçları birlikte değerlendiren çoğulcu görüşler[103] ilkenin hukuk düzenindeki merkezî öneminde hemfikir durumdadır.

C. Anayasal Ekonomik Düzen ve Sözleşme Özgürlüğünün Normatif Dayanakları

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin tanımı, önemi ve işlevleri hakkındaki açıklamaları takiben, ilkeyi "anayasal ekonomik düzen"[104] tahtında ele almak ve

---

[100] Eren, **a.g.e.**, s. 336; Başak Baysal, **Sözleşmenin Uyarlanması**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 8. Sözleşme özgürlüğünün ahlaki temelleri bağlamında ayrıca, *Kant*'ın özgürlük ve ahlak anlayışının rolüne dair geniş bilgi için bkz. Güriz, **AÜHFD I**, s. 665-666.

[101] "Serbest sözleşme" kurumunun evlilik, devlet kurma (sosyal sözleşme) ve ücret karşılığı çalışma gibi ilişkilerde de meşruiyet kaynağı olarak görüldüğüne yönelik bkz. Rona Serozan, Başak Baysal, Kerem Cem Sanlı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 3. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 8.

[102] Özel hukukun ve özellikle sözleşme hukukunun amaçlarını ahlak, iradeye verilen değer, yaratılan güven, dağıtıcı adalet vb. çeşitli teoriler temelinde açıklayan görüşler hakkında bkz. Işıktaç, **a.g.e.**, s. 271-293; Werner Flume, "Rechtsgeschäft und Privatautonomie", **Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hunderjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960**, Ed. Ernts von Caemmerer et. al., C: I, Karlsruhe, Mueller, 1960, s. 141; Hermalin, Katz, Craswell, **a.g.m.**, s. 14-16; Michael J. Trebilcock, **The Limits of Freedom of Contract**, y.y., Harvard University Press, 1993, s. 246-248.

[103] Garry T. Schwartz, "Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice", **Texas Law Review**, C: LXXV, No: 7, 1997, s. 1801-1834; Bachmann et. al., **a.g.e.**, s. 14. Metot plüralizmi hakkında bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 139.

[104] "Anayasal ekonomik düzen" veya "ekonomik anayasa" kavramları, Almanya'da 1950'lerden itibaren etkili olan Freiburg İktisat Okulu çatısı altında gelişen Ordoliberalizm'in ürünleridir. Akımın etkileri Almanya ile sınırlı kalmamış; birçok Kıta Avrupası ülkesinde ve özellikle AB nezdinde benimsenmiştir (Thorsten Beck, Hans-Helmut Kotz, "Introduction", **Ordoliberalism: A German Oddity?**, Ed. Thorsten Beck, Hans-Helmut Kotz, London, CEPR Press, 2017, s. 11-12; Stefan Kolev, "Ordoliberalism", **Encyclopedia of Law and Economics**, Ed. Ramello G. Marciano A., New York, Springer, 2016, s. 1-2). Ekonomik düzen ve hukuk düzeni arasındaki karşılıklı bağımlılık ve etkileşimden hareket eden Ordoliberalizm, kuralsız piyasanın kendi kendini yok etmeye eğilimli olduğunu; dolayısıyla ekonominin anayasaya ve regülasyona ihtiyacı olduğunu savunmaktadır (Hülya Derya, "Hukuk Ekonomi İşbirliği: Franz Böhm", **Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi**, C: XVI, No: 3, 2018, s. 108-110). Buna göre devlet ekonomik hayatta aktif rol almamalı; fakat hukuki normlar ve kurumlar aracılığıyla, etkili bir rekabet ortamını oluşturmak ve bunu korumak için piyasanın kurallarını belirlemelidir. Ekonomik düzenin kurumsal çerçevesinin çizilmesi ise bu perspektifle hazırlanmış olan bir anayasa ile mümkün olur

ilkenin normatif dayanaklarını tespit etmekte fayda vardır. Söz konusu inceleme, yukarıda kuramsal açıdan ele alınan sözleşme özgürlüğünün, ekonomik düzen ve bunu kurumsallaştıran ekonomi hukuku[105] içindeki konumunu kavramaya yardımcı olur. Anonim ortaklıklar hukuku, anayasal ekonomik düzenin en önemli unsurlarından biri olduğuna göre, bu inceleme esas sözleşme özgürlüğüne dair bütünsel bir yaklaşım geliştirmeye de katkı sunmaktadır[106]. Zira ülke ekonomisinin önemli bir bölümünü teşkil eden anonim ortaklıkların tabi olduğu kuralların, anayasal ekonomik düzenin ortaya koyduğu prensipler çerçevesinde oluşturulması ve yorumlanması gerekir[107].

Anayasa'nın, serbest piyasa ekonomisinden sosyal piyasa ekonomisine hatta devletçi yaklaşımlara kadar uzanan geniş bir yelpazede -tartışmalı olmakla birlikte- tarafsız[108] yahut bağdaştırıcı[109] bir yaklaşım benimsediği kabul edilmektedir[110].

(Ulrich Immenga, "Economic Order and Company Law", **The Journal of Interdisciplinary Economics**, C: XXII, No: 1-2, 2010, s. 3).

[105] Devlet, kurallar ve kurumlar aracılığıyla belirli bir ekonomik düzen öngörür. En geniş anlamıyla, ekonomik alandaki düzenlemelerin sistematik olarak ele alınmasında kullanılan "ekonomi hukuku" (*economic law, droit économique, Wirtschaftsrecht*) kavramı hakkında bkz. Tan, **a.g.e.**, s. 18-24; Hirsch, **a.g.e.**, s. 15-16; Ünal Tekinalp, "Cumhuriyet Döneminin Ekonomi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", **50. Yıl Armağanı: Cumhuriyet Döneminde Hukuk**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1973, s. 633-645. *Tekinalp* ekonomik düzeni belirleyen kamu hukuku ve özel hukuk kurallarının bir bütün olarak, bağımsız bir hukuk dalı olan ekonomi hukukunu oluşturduğunu; bu yönüyle ekonomi hukukunun, ticaret hukukundan farklı olarak, ekonomik birimlerin değil, "*ekonomi denilen bütünün hukuku*" olduğunu belirtmiştir (**a.e.**, s. 633). *Tan,* ekonomik ilişkilerin meşrulaştırılmasında, kurumsallaşmasında ve yürütülmesinde, hukukun araç ve çerçeve işlevlerine dikkat çekmektedir (Tan, **a.g.e.**, s. 11).

[106] Anonim ortaklıklar hukukunun, anayasal ekonomik düzenin en önemli parçalarından biri olduğu yönünde bkz. Immenga, **a.g.e.**, s. 4. AktG'nin genel gerekçesinde, anonim ortaklıklar hukuku kurallarının, "ekonomik anayasa" tarafından ortaya koyulan ilkeler çerçevesinde oluşturulmasının önemi vurgulanmıştır. Gerekçe için bkz. Bruno Kropff, **Aktiengesetz**, Düsseldorf, Rlagsbuchhandlung, 1965, s. 14: "*Anonim ortaklıkların hukuki düzenini belirleyen AktG'nin, ekonomik anayasamızın ortaya koyduğu ilkelere uygun şekilde tasarlanmasında, ekonomik ve sosyo-politik açıdan fevkalade önem vardır*". Almanca aslı: "*Es ist daher ein Anliegen von hervorragender volkswirtschaftlicher und gesellschaftspolitischer Wichtigkeit, das Aktiengesetz, das die rechtliche Organisation der Aktiengesellschaft regelt, so zu gestalten, daß es mit den Grundsätzen unserer Wirtschaftsverfassung im Einklang steht*".

[107] Ordoliberalizm'in kurucularından olan *Franz Böhm,* özel hukuk ve kamu hukuku kurallarının, anayasada tasarlanan ekonomik düzeni ete kemiğe büründürdüğü fikrinden hareketle, söz konusu normların -ekonomiyle ilişkisinin yoğunluğu ölçüsünde- anayasal ekonomik düzene uygun şekilde yorumlanması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Franz Böhm, **Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung**, Berlin, Kohlhammer, 1937, s. XIX. "Anayasa odaklı yorum" ve "anayasaya uygun yorum" kuralları hakkında bkz. dn. 114.

[108] Anayasa çerçevesinde "*ne saf devletçi, ne de saf liberal bir ekonomi modelinin uygulanmasının mümkün olduğu*" yönünde bkz. Ergun Özbudun, "Anayasa Mahkemesi ve Ekonomik Politika",

Anayasa'da sosyal devlet ilkesi uyarınca kamunun ekonomiye müdahalesi dışlanmamakta; fakat son tahlilde liberal eksenli bir ekonomik sistemin çerçevesi çizilmektedir[111]. Nitekim irade özerkliğinin anayasal görünümleri olan özel mülkiyet ve miras hakkı (AY m. 35) ile çalışma, sözleşme ve girişim özgürlükleri (AY m. 48) liberal ekonominin yapı taşlarını teşkil etmektedir[112]. Söz konusu bireysel temel hak ve özgürlükler, aynı zamanda piyasa ekonomisine dayanan anayasal ekonomik düzenin hukuki altyapısını oluşturmaktadır[113]. Bu bakımdan temel hak ve özgürlüklerle uyumlu olduğu sürece, izlenecek ekonomi politikalarının anayasal zeminde kalacağı söylenebilir. O halde irade özerkliği ilkesinin, hem bireysel temel hak ve özgürlüklerin korunması hem de ekonomik düzenin işleyişi açısından çifte fonksiyon icra ettiği söylenebilir.

İrade özerkliğinin en yaygın görünüm biçimi olan sözleşme özgürlüğü, Anayasa'da temel hak ve özgürlükler arasında düzenlenmektedir. Anayasa'nın ikinci kısmının üçüncü bölümünde sosyal ve ekonomik haklar arasında yer alan "*Çalışma*

Özgürlükler Düzeni Olarak Anayasa-Verfassung als Freiheitsordnung: Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı, Ankara, Türk-Alman Kamu Hukukçular Forumu Yayını, 2006, s. 320; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, 2. bs., Bursa, Ekin Yayınevi, 2018, s. 194-195. AYM'nin, Anayasa'nın belirli bir ekonomik düzeni dayatmadığı ve bu hususta katı bir yaklaşım sergilemediğine ilişkin kararları için bkz. Tan, **a.g.e.**, s. 82-83.

[109] Anayasa'nın, serbest piyasa ekonomisinin aksaklıklarını sosyal devlet ilkesinin gerekleriyle giderme iddiasında olan sosyal piyasa ekonomisini benimsediği yönünde bkz. Hikmet Sami Türk, "Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi", **İnsan-İşletme-Toplum ve Sosyal Piyasa Ekonomisi**, Ed. Cemil Çakmaklı, Ankara, BİAR-Konrad Adenauer Stiftung, 1987 s. 73. Anayasa'nın liberal ekonomik sistem ve sosyal devlet arasında gidip gelen ve bütünsel olmayan bir yaklaşım sergilediği yönünde eleştiri için bkz. Fuat Oğuz, Bülent Kent, **Anayasadaki Ekonomik ve Ticarî Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler**, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2011, s. 5.

[110] 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası'nın ortaya koyduğu ekonomik düzen tercihleri hakkında geniş bilgi için bkz. Tan, **a.g.e.**, s. 78-85. Cumhuriyet'in ilk 50 yılında benimsenen ekonomik düzen hakkında bkz. Tekinalp, **Ekonomi Hukuku**, s. 645-666.

[111] Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 17. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2018, s. 196; Tan, **a.g.e.**, s. 85; Işıktaç, **a.g.e.**, s. 314.

[112] Tanör, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 196; Battal, **a.g.e.**, s. 48; Eren, **a.g.e.**, s. 338-339; Serozan, **a.g.e.**, s. 76-77; Atamer, **a.g.e.**, s. 28; Işıktaç, **a.g.e.**, s. 136; Kaşak, **Emredici**, s. 47-48; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 554; Schwenzer, **a.g.e.**, N. 25.04. Alman hukuku bakımından bkz. Immenga, **a.g.e.**, s. 4.

[113] Anayasaların bireysel temel hak ve özgürlüklerin yanında, ekonomik sistemin temelini de belirlediği yönünde bkz. Ozan Can, Gökçe Zabunoğlu, "Ticari Hükümler ve Yeni Anayasa Yer Alması Gereken Ticari Hükümlere İlişkin Bazı Öneriler", **Ankara Barosu Dergisi**, C: LXXI, No: 1, 2013, s. 79.

ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddenin 1. fıkrası, sözleşme özgürlüğünü anayasal teminat altına almaktadır. Anılan hüküm uyarınca, "*[h]erkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir"*. AYM'ye göre:

> "Sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Özel hukukta irade özerkliği, özel kişilerin yasal sınırlar içinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmeleri demektir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise devletin özel kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda özel kişilerin belli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanıması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir"[114].

Kişilerin devlet karşısındaki hak ve özgürlüklerini düzenleyen Anayasa'nın, kişiler arasındaki özel hukuk ilişkilerinde doğrudan uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır[115]. Anayasal temel hak ve özgürlüklerin kişiler arasındaki ilişkilere etkisi dolaylı olarak uygulama normları aracılığıyla görülür. Söz konusu uygulama normlarından birisi de BK'nın "*Sözleşme özgürlüğü*" başlıklı 26. maddesidir. BK m. 26, "*[t]araflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*" ifadesiyle, içerik özgürlüğünün yasal dayanağını teşkil eder[116]. Diğer taraftan BK'nın 12. ve 17. maddeleri ise sözleşmelerde şekil özgürlüğünü öngörmektedir. Anılan hükümlerin içerik ve şekil özgürlüğüne odaklanmasına

---

[114] AYM, T. 28.02.2018, E. 2016/141, K. 2018/27, RG T. 29.03.2018, S. 30375. Benzer yönde bkz. AYM, T. 08.10.2009, E. 2004/87, K. 2009/5, RG T. 05.03.2009, S. 27160.

[115] Temel hak ve özgürlükleri düzenleyen anayasal hükümlerin, özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanmayıp, anayasa altı normların yorumunda gözetilmekle (anayasa odaklı yorum) dolaylı olarak etki gösterdiği yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 501-503; Bertil Emrah Oder, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı bir Araştırma**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2010, s. 139-140. Anayasanın özel hukuk ilişkilerine bir diğer dolaylı etkisi ise "anayasaya uygun yorum" aracılığıyla olabilmektedir. Anılan yorum/tercih kuralı, farklı yorum türleri arasından anayasaya uygun olanın tercih edilmesini ifade etmektedir. Anayasa odaklı yorum ve anayasaya uygun yorum yöntemleri hakkında bkz. **a.e.**, s. 121-156. Anayasal hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkileri üzerindeki etkisi, öğretide "üçüncü kişilere etki" (*Drittwirkung*), yahut "mutlak etki" (*absolute Wirkung*) terimleriyle anılmaktadır (Flume, **Rechtgeschäft**, s. 21; Oder, **a.g.e.**, s. 139; Serozan, **a.g.e.**, s. 141). Anayasa'nın TK m. 340'ta düzenlenen emredici hükümler ilkesi ve dolayısıyla esas sözleşme özgürlüğü üzerindeki etkileri için bkz. Üçüncü Bölüm dn. 211 ve 253 ile bunlara bağlı metinler.

[116] Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 501; Başpınar, **a.g.e.**, s. 15. BK m. 26'ya benzer şekilde, eBK 19/1'in sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünden bahsettiği, ancak eBK 19/2'nin sözleşme özgürlüğünü bütün yönleriyle teyit ettiği yönünde bkz. Başpınar, **a.g.e.**, s. 14 dn. 7; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 363. Öte yandan eBK 19/2 hükmü BK'ya alınmamıştır.

karşılık, AY m. 48 sözleşme özgürlüğünü genel olarak düzenlemektedir. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün tüm cephelerinin; bu kapsamda sözleşmeyi yapıp yapmama, değiştirme, ortadan kaldırma; sözleşmenin karşı tarafını, tipini ve şeklini belirleme özgürlüklerinin de anayasal güvence altında olduğunu söylemek mümkündür.

Sözleşme özgürlüğü ile doğrudan ilişkili[117] ve özel mülkiyet hakkının bir parçası[118] olduğu kabul edilen girişim özgürlüğü de yine AY m. 48'de sosyal ve ekonomik haklar arasında düzenlenmektedir. Anılan hüküm uyarınca *"[ö]zel teşebbüsler kurmak serbesttir*". Anayasal girişim özgürlüğü, kısaca ticari işletme ve şirket kurma serbestisini ifade etmektedir[119]. Girişim özgürlüğüne ilişkin, hakkın öznesini ya da konusunu merkeze alan, yahut iki unsura birden ağırlık veren tanımların yapıldığı gözlenmektedir[120]. Anayasal girişim özgürlüğünün tanımına ilişkin tartışmayı derinleştirmeksizin, anonim ortaklığın kuruluşu ve işleyişi boyunca gerçekleştirilecek hukuki işlemlerin girişim özgürlüğünün koruması altında olduğu belirtilmelidir[121]. Ayrıca şirket kurma serbestisini ifade eden girişim özgürlüğünün, kurulacak şirketin iç düzeni ile pay sahiplerinin hak ve borçlarını düzenleme özgürlüğünü de kapsadığı söylenebilir[122].

---

[117] Oftinger, **a.g.e.**, s. 318; Battal, **a.g.e.**, s. 48-49; Kaşak, **Emredici**, s. 45 ve orada dn. 149'da belirtilen yazarlar. Şirket kurma serbestisinin, sözleşme özgürlüğünün bir neticesi olduğu yönünde bkz. Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku**, 2. bs., Ankara, Sevinç Matbaası, 1973, s. 56. AY m. 48'in sözleşme özgürlüğünü çalışma özgürlüğüyle birlikte düzenlemesi, fakat girişim özgürlüğü ile arasındaki yakın ilişkiyi vurgulamaması haklı olarak eleştirilmektedir (bkz. Oğuz, Kent, **a.g.e.**, s. 61; Can, Zabunoğlu, **a.g.m.**, s. 100).

[118] Refik Tiryaki, **Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 162; Serozan, **a.g.e.**, s. 77; Işıktaç, **a.g.e.**, s. 314.

[119] Türk, **a.g.e.**, s. 10; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 457; Battal, **a.g.e.**, s. 48. Ticari işletme ve şirket kurmaya izin vermesi nedeniyle, anayasal girişim özgürlüğünün TK ve diğer kanunlardaki ticari hükümlerin varlık sebebi olduğu ileri sürülmektedir (Can, Zabunoğlu, **a.g.m.**, s. 89).

[120] Çeşitli tanımlar için bkz. Tiryaki, **a.g.e.**, s. 163-165; Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 457; Battal, **a.g.e.**, s. 48.

[121] Can, Zabunoğlu, **a.g.m.**, s. 83. 1924 tarihli Teşkilâtı Esasiye Kanunu (24.05.1924 t. ve 71 sayılı RG) m. 70 şirket kurma ve işletme hakkına temel haklar arasında yer vermekteydi (Hirsch, **a.g.e.**, s. 197). Ancak benzer bir hükme 1961 Anayasası'nda yer verilmediğinden, söz konusu hak, sözleşme ve girişim özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir (bkz. Karayalçın, **a.g.e.**, s. 20).

[122] Bu anlama gelen "tüzel kişi özerkliği" (*Verbandsautonomie*) kavramı hakkında ayrıntılı açıklama ve değerlendirme için bkz. İkinci Bölüm'de dn. 113, 141-148 ve bunlara bağlı metin. Benzer şekilde AY m. 33/1 uyarınca dernek kurma özgürlüğünün, derneğin iç yapısı ile üyelerin haklarını ve yükümlülüklerini belirleme özgürlüklerini de içerdiği yönünde bkz Dural, Öğüz, **a.g.e.**, N. 1253; Teoman Akünal, **Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler**, 2. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1995, s. 61.

Anayasa'da düzenlenen bir diğer temel hak, kişiliğin geliştirilmesi hakkıdır. AY m. 17/1 uyarınca *"[h]erkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*". Kişiliğin geliştirilmesi hakkı, Anayasa'da düzenlenen bütün temel hakların, bu arada sözleşme ve girişim hakkının da kaynağını teşkil etmekte olup[123], özel hukukun temel normu olarak kabul edilmektedir[124]. Üstelik ticari işletme/şirket kurmak ve bu yoldan gelir sağlamak, kişinin maddi (hatta manevi) varlığının gelişmesiyle de ilişkilendirilmektedir[125]. O halde sözleşme ve girişim özgürlüklerinin de kişiliğin geliştirilmesi hakkının kapsamına girdiği ve AY m. 17/1 aracılığıyla dolaylı olarak korunduğu söylenebilir[126].

Anayasada öngörülen bireysel haklar ve özgürlükler, aynı zamanda devletin görevleri ve ödevleri olarak düzenlenmektedir. Zira bireylerin anayasal haklarını kullanabilmesi, devletin söz konusu hakları sağlamasını, gözetmesini ve korumasını gerektirir. Kişiliğin geliştirilmesi hakkı karşısında devlete düşen görevleri düzenleyen AY m. 5'in son cümlesi, devletin "*insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları*" hazırlama görevine işaret etmektedir. Sözleşme ve girişim özgürlüklerinin, kişiliğin geliştirilmesi hakkıyla ilişkilendirilmesine bağlı olarak, devletin, anılan özgürlüklerin kullanılması için gerekli şartları hazırlamak ve korumakla yükümlü olduğu söylenebilir. Söz konusu yükümlülük, sözleşme ve girişim özgürlüklerini engelleyici nitelikteki ekonomik koşulları ortadan kaldırmayı gerektirirken, bu nitelikteki kanuni düzenlemelere de anayasal bir sınır getirmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında AY m. 48, BK m. 12, 17 ve 26 hükümlerinin sözleşme özgürlüğünün normatif dayanaklarını oluşturduğu; kişiliğin geliştirilmesi hakkının (AY m. 17) ve devletin söz konusu hakka yönelik ödevlerinin (AY m. 5) de sözleşme özgürlüğünü dolaylı olarak koruduğu görülmektedir. Bu bakımdan devletin, anayasal ekonomik düzen çerçevesinde sosyal devletin gereklerini dikkate

---

[123] Işıktaç, **a.g.e.**, s. 314; Kramer, **BK-OR**, Art.19-20 N. 40; Ludwig Raiser, "Vertragsfreiheit Heute", **JuristenZeitung**, C: XIII, No: 1, 1958, s. 5 ve dn. 25'te anılan yazarlar. Krş. Huber, **a.g.e.**, s. 5.

[124] Can, Zabunoğlu, **a.g.m.**, s. 86. Kişiliğin geliştirilmesi hakkının borçlar hukukundaki rolü hakkında bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 15. Özel hukukun, Anayasa'da düzenlenen kişiliğin geliştirilmesi hakkının yansıması olduğu yönünde bkz. Işıktaç, **a.g.e.**, 240.

[125] İnsanın maddi ve manevi varlığını geliştirmesinin ancak girişim özgürlüğüyle mümkün olduğu yönünde bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 336; Can, Zabunoğlu, **a.g.m.**, s. 82.

[126] Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 502 dn. 4.

alarak ve serbest piyasa ekonomisinin sınırları içinde, söz konusu özgürlükleri sağlaması ve koruması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

D. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, kişilere sınırsız bir özgürlük alanı bahşetmez. Sözleşme serbestisinin tip, içerik ve şekil özgürlüğü gibi farklı cepheleri özel hukuk ve kamu hukukundan kaynaklanan kurallarla sınırlandırılmıştır[127]. Söz konusu kuralların bir kısmı, öncelikle sözleşmenin zayıf tarafını korumayı amaçlarken (sosyal koruma normları), diğer bir kısmı ise kamu düzeni, genel ahlak, kişilik hakları gibi kamusal menfaatlerin korunmasını esas almaktadır[128].

Özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren sözleşme kurumunun kendisinden beklenen işlevleri tam olarak yerine getirememesi ve ahlaki meşruiyetinin zayıflamasına bağlı olarak, sözleşme özgürlüğüne bırakılan alanın gitgide daraldığı gözlemlenmektedir[129]. Bu gelişmenin altında, liberal düşünceyle hazırlanmış olan temel kanunların eşitlik varsayımının gerçeği yansıtmaması yatmaktadır. Nitekim klasik sözleşme modeli, taraflar arasındaki eşitlik varsayımına dayanır[130]. Taraflar eşit koşullar altında kendi menfaatlerini sözleşmeye yansıtabilirlerse, hem toplumsal kaynakların verimli şekilde tahsisi hem de taraflar arasında adil bir menfaat dengesi sağlanabilir.

Eşitlik varsayımı, sözleşme ilişkisi bağlamında tarafların pazarlık gücü arasındaki denkliği ifade eder. Bunu etkileyen unsurlar arasında, *inter alia*, kişinin sosyal ve ekonomik durumu, ilgili piyasa hakkındaki bilgisi ve deneyimi, edindiği

---

[127] Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 505-506; Merz, **a.g.e.**, s. 3; Kramer, **BK-OR**, Art. 19-20 N. 27.

[128] Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 364; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 291-294; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 567-584. Fransız hukukunda da emredici hükümler, korumayı amaçladıkları menfaatlere göre "*règles de protection*" (koruma normları) ve "*règles de direction*" (yönlendirme normları) olarak ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki sözleşmenin zayıf tarafını korumayı amaçlarken, ikincisi ise devletin sosyal ve ekonomik hayatı yönlendirmek amacıyla benimsediği kamusal kurallardan oluşur. Bkz. Schiller, **a.g.e.**, s. 40-56.

[129] Sözleşme özgürlüğünün daralmasına rağmen, ilkenin özel hukukun en önemli yapı taşları arasında olduğu yönünde bkz. Flume, **Rechtgeschäft**, s. 16; Kramer, **BK-OR**, Art. 19-20 N. 20; Gauch, Schluep, Schmidt, **a.g.e.**, N. 612; Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s. 61; Baysal, **a.g.e.**, s. 11.

[130] Atamer, **a.g.e.**, s. 9, 20; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 504; Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s. 61, 63; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 554. Yarg. HGK, T. 15.10.2003, E. 2003/12, K. 2003/599 [(Çevrimiçi) www.lexpera.com, 20.08.2020].

bilgileri doğru değerlendirebilmesi, bunları sözleşmeye aktarma kapasitesi ve müzakere yeteneği bulunmaktadır. Kısacası kişinin sosyal, ekonomik veya entelektüel açıdan içinde bulunduğu durum, pazarlık gücünü de belirlemektedir.

Öte yandan 19. yüzyılın başından itibaren toplumsal gelir ve servet dağılımındaki dengesizlik yaygınlaşmış; özellikle 1980'den sonra daha da keskinleşmiştir[131]. Adaletsiz dağılımdan payını alamayan, dolayısıyla pazarlık gücü zayıf olan bireylerin sözleşme özgürlüğüne sahip oluğunu söylemek ise gerçekçi değildir. Zira sözleşme özgürlüğü taraflara hukuki anlamda eşit olarak tanınmış olsa bile, bunu kullanma imkânından fiilen mahrum olan taraf bakımından kağıt üzerinde kalabilmektedir. *René Savatier,* kanunun öngördüğü sözleşme modeli ile fiili durum arasındaki bu ayrışmayı, "*Medeni Kanun'daki sözleşme kavramı ne güzel ve ne basitti*" ifadesiyle vurgulamıştır[132]. Öyle ki *Anatole France* "*kanunların, fakirlere olduğu gibi, zenginlere de köprü altlarında uyumayı, sokaklarda dilenmeyi ve ekmek çalmayı yasaklayan görkemli eşitliği*" ifadesiyle, hukuk düzeninin ekonomik ve sosyal eşitsizliklere karşı duyarsızlığına ironik bir eleştiri getirmiştir[133]. *Otto von Gierke* piyasanın sosyal anlamda körlüğü karşısında, mutlak sözleşme özgürlüğünün "*güçlünün elinde dehşetli bir silaha, zayıfın elinde ise kör bir alete*" dönüştüğünü belirtmiştir[134]. *Rona Serozan* ise bu durumu *"giderek keskinleşen ekonomik, sosyal, entelektüel bağımlılık ilişkileri içinde, ... 'eşit bireyler arasında eşit koşullar altında serbest ve adaletli sözleşme' hayali, iskambil kağıdından kurulu şatolar gibi çökmüştür*" şeklinde tasvir etmiştir[135].

---

[131] Thomas Piketty, **Capital in the Twenty-First Century**, Çev. Arthur Goldhammer, London, Belknap Press, 2014, s. 20; Katharina Pistor, **The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality**, Oxford, Princeton University Press, 2019, s. 1-2; Facundo Alvaredo et. al., **World Inequality Report 2018**, World Inequality Lab-Wid World, (Çevrimiçi) https://wir2018.wid.world/, 01.08.2020, s. 9-13. *Bilgişin* sanayileşmenin, irade özerkliğine dayanan yeni bir servet aristokrasisi ortaya çıkarmış olduğuna henüz 1936 yılında işaret etmiştir (Bilgişin, **a.g.e.**, s. 3-4).

[132] René Savatier, **Les Metamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d'Aujourd'hui**, 3. bs., Paris, Dalloz, 1964, s. 21. Fransızca aslı: "*Elle était si belle et si simple, la notion de contrat dans le Code Civil*".

[133] Honsell, **a.g.e.**, s. 12.

[134] **a.e.**

[135] Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s. 61

Kanun ve gerçeklik arasındaki bu örtüşmeme hali, sözleşme özgürlüğünün hukuki değerinin sorgulanmasına neden olmuştur[136]. Ayrıca tarafların pazarlık gücü arasındaki dengesizliğin yanında, genel işlem şartlarının kullanımının yaygınlaşması da sözleşme kurumunda yapısal bir değişikliğe yol açmıştır[137]. Nitekim işlem maliyetlerinin azaltılması amacıyla, müzakere yoluyla yapılan bireysel sözleşmelerin yerini, önceden hazırlanmış genel işlem şartlarını içeren standart sözleşmeler almaya başlamıştır[138]. Standart sözleşmeler, müzakere edilmeksizin akdedildiği, hatta muhataba söz konusu hükümleri anlama ve değerlendirme imkânı dahi verilmediği gerekçesiyle haklı eleştirilerin hedefi olmuştur[139].

Ne var ki hukuk düzeni bu gelişmelere geç de olsa duyarsız kalmamış ve zayıf konumdakileri koruma amacıyla sözleşme ilişkilerine müdahalesini yoğunlaştırmıştır[140]. Böylelikle taraflar arasında baştan itibaren bozuk olan yahut sonradan bozulan[141] menfaat dengesinin telafi edilmesi hedeflenmiştir. Sözleşme içeriğine bu amaçla müdahale edilmesine imkân sağlayan hukuki araçlar, sosyal devlet ve eşitlik ilkelerine dayanan "sözleşme adaleti" ve "sosyal adalet" kavramlarıyla gerekçelendirilmiştir[142]. Hukuk düzeninin sosyal koruma amaçlı

---

[136] Flume, **Rechtgeschäft**, s. 10; Gauch, Schluep, Schmidt, **a.g.e.**, N. 622.

[137] Standart sözleşmelerin klasik sözleşme tipini bertaraf ederek, yeni bir sözleşme türü yarattığı yönünde bkz. Kramer, **BK-OR**, Art. 19-20 N. 29; Atamer, **a.g.e.**, s. 2.

[138] Modern endüstri toplumunda, kişilerin özel hukuk ilişkilerini şekillendirmelerine hizmet eden bireysel sözleşmelerin yerini, standart sözleşmelerin aldığı yönünde bkz. Rehbinder, **a.g.e.**, s. 91; Kramer, **BK-OR**, Art. 19-20 N. 29.

[139] Ernst A. Kramer, **Die "Krise" des liberalen Vertragsdenkens**, Münchcen, Wilhelm Fink, 1974, s. 20.

[140] İsviçre ve Türkiye'de medeni hukuk alanındaki sosyal amaçlı müdahalelere ilişkin bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 84-86; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 575-582.

[141] Sözleşmenin akdedilmesinden sonraki gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan adaletsizliklerin giderilmesi, sözleşmeye müdahalenin bir başka sebebini teşkil etmektedir (Baysal, **a.g.e.**, s. 12-17 ve 143 vd.).

[142] Bu bağlamda "sosyal adalet" kavramını kullanan Flume, **Rechtgeschäft**, s. 17; Peter Gauch, "Vertrag und Parteiwille", **Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht,** Ed. Hans Peter, Emil W. Stark, Pierre Tercier, Freiburg, Universitätsverlag, 1982, s. 16; Serozan, **a.g.e.**, s. 81. "Sözleşme adaleti" kavramı için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 504; Bucher, **OR**, s. 88; Kramer, **Krise**, s. 19-20. Sözleşmeye bağlılık ilkesi ile sözleşme adaleti arasındaki çatışma, Fransız hukukunda "sözleşmesel dayanışma" (*solidarisme contractuel*) kavramıyla uzlaştırılmaya çalışılmaktadır. Sözleşmenin taraflarının esasında rakip olmayıp, ortak amaca uygun ve birlikte hareket etmesi gerektiği vurgulanmaktadır (Denis Mazeaud, "Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?", **L'Avenir du Droit: Mélanges en Hommage à François Terré**, Ed. François Terré, Dalloz, Paris 1999, s. 617-623; Baysal, **a.g.e.**, s. 13-15 ve dn. 41'de anılan

refleksini, sözleşme özgürlüğünden sözleşme adaletine doğru bir kayış olarak görmek mümkündür[143]. Öte yandan bu değişimin, öğretide, şeklî anlamda sözleşme özgürlüğünün aşılarak, maddi anlamda sözleşme özgürlüğünün sağlanması şeklinde nitelendirildiği görülmektedir[144]. Hukukun sözleşmelere müdahalesini -maddi anlamda- sözleşme özgürlüğünün sağlanması şeklinde tarif etmek, esasında hem kuramsal bir tespiti, hem de ideolojik bir konumlanmayı içermektedir. Nitekim hukuk düzeninin liberal ekonomik sisteme bağlılığı, sözleşme özgürlüğü ilkesinden ayrılmamayı gerektirir. Bu nedenle emredici hükümlerin sözleşme özgürlüğüne bırakılan alanı daralttığı durumlarda dahi "sözleşme özgürlüğü" kavramından sapmak yerine şeklî-maddi sözleşme özgürlüğü ayrımına başvurulması, iktisadi ve politik bir tutumun yansımasıdır.

Hukuk düzenin müdahaleci tepkisinin yol açtığı paradigma değişimi, liberal düşüncenin krizi olarak değerlendirilmiştir[145]. Liberal sistemin ve serbest sözleşmenin diyalektiği olarak da nitelendirilen bu gelişmeye bağlı olarak, sözleşme kurumunun sonunun gelindiği dahi ileri sürmüştür[146]. Bu noktada önemle vurgulanmalıdır ki, devletin zayıf tarafı koruma maksadıyla sözleşmelere müdahalesi, çağdaş liberal iktisat okullarının sözleşme özgürlüğü anlayışıyla

---

yazarlar). Alman hukukunda *Walter Schmidt-Rimpler* tarafından geliştirilen, fakat öznelliği nedeniyle eleştirilen "hakkaniyet teorisi" (*Richtigkeitstheorie*) de benzer bir işlev görmüştür (Knobel, **a.g.e.**, s. 23-25).

[143] Sözleşmenin uyarlanması imkânının genişletilmesi gayretiyle, öğretide, sözleşmeye bağlılık ilkesinin nihai ve temel amacının zaten sözleşme adaletinin sağlanması olduğu dahi ileri sürülmüştür (Baysal, **a.g.e.**, s. 13). Sözleşmesel adaletin ağır şekilde zedelendiği durumlarda hukuk düzeninin müdahale etmesi gerektiğine şüphe olmasa da kavramsal olarak sözleşme kurumuna adaleti sağlama görevinin yüklenmesine kuşkuyla yaklaşmak gerekir.

[144] Bu yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 504; Atamer, **a.g.e.**, s. 20; Pakize Ezgi Akbulut, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 18-19; Kaşak, **Emredici**, s. 25-30; Işıktaç, **a.g.e.**, s. 363; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 578; Gauch, Schluep, Schmidt, **a.g.e.**, N. 623; Kramer, **BK-OR**, Art. 19-20 N. 23; Kramer, **Krise**, 20-21; Knobel, **a.g.e.**, s. 20 vd.

[145] Kramer, **Krise**, s. 9 ve dn. 2'de anılan yazarlar. Liberal iktisadi sistemin kriz üreten yapısı hakkında bkz. Mahfi Eğilmez, **Küresel Finans Krizi: Piyasa Sisteminin Eleştirisi**, 9. bs., İstanbul, Remzi Kitabevi, 2008, s. 113.

[146] Grant Gilmore, **The Death of the Contract**, Columbus, Ohio State University Press, 1974, b.a.; Kramer, **Krise**, s. 49.

çelişmemektedir[147]. Zira sözleşmelerin iktisadi işlevlerini yerine getirebilmesi için sözleşme serbestisinin tanınması, ancak tam rekabetçi piyasa şartları altında yeterli olabilir. Bu model ise gerçek durumu betimleme iddiasında olmayıp, bir referans noktası olarak görülmelidir[148]. Nitekim işlem maliyetleri, bilgi asimetrisi, fırsatçı davranışlar ve olumsuz dışsallıklar gibi piyasa aksaklıklarının[149] (*market failures*) bulunmasına rağmen, sözleşme serbestinin mutlak şekilde tanınması halinde, sözleşme veya ortaklık ilişkilerinin[150] sosyal refahı artırması temin edilemez. Zira sözleşmenin iktisadi işlevlerini yerine getirmesi için, taraflar kendi menfaatlerini sözleşmeye aktarma olanağından mahrum olmamalıdır. Oysa taraflardan birinin, yapmak istediği bir sözleşmeyi, arzu etmediği bir içerikle akdetmek zorunda kalması ya da bilgi eksikliği dolayısıyla kendi menfaatlerine uygun hükümleri sözleşmeye yansıtamamış olması muhtemeldir[151]. Hukuk düzeninin bu tür piyasa aksaklıklarına müdahalesi, sosyal refahın sağlanması amacının bir gereğidir[152]. Aksi halde

---

[147] Çağdaş iktisat okullarının, klasik iktisadın *laissez faire* yaklaşımına ve temel varsayımlarına yöneltilen eleştiriler neticesinde geliştiği görülmektedir. Bu bakımdan hukuk düzeninin sözleşme özgürlüğüne müdahalesi kategorik olarak reddedilmemektedir.

[148] Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. XXXVIII; Sanlı, **Sözleşme**, s. 22-24.

[149] Tam rekabetçi piyasa koşullarından sapma halinde ortaya çıkan patolojik durumlar, "piyasa aksaklığı" olarak anılmaktadır. Kavram hakkında detaylı bilgi ve örnekler için bkz. Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 76-81; Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 51-54. Piyasa aksaklığı kavramının Türk hukukunda kanun koyucu tarafından bilinçli olarak kullanıldığı görülmektedir. SerPK'nın genel gerekçesinin "IV. 1" başlığı altında, SerPK tasarısı, "*piyasa yaklaşımının düzenleyici metne en uygun şekilde geçirilme çalışması*" olarak tarif edilmekte ve "*piyasa başarısızlığı (market failure)*" kavramı, kanunun temel düsturlarına aykırılığın bir sonucu olarak anılmaktadır. SerPK Gerekçe metni için bkz. (Çevrimiçi) http://mevzuat.spk.gov.tr/, 31.08.2020. Ayrıca bkz. Atamer, **a.g.e.**, s. 24: "*Serbest piyasa ekonomisi ve bunun temeli olan sözleşme özgürlüğü ilkesi aynen muhafaza edilmekte ancak patolojik bazı durumlar için yasa koyucunun müdahale etmesi ve sözleşme adaletinin sağlanması için gerekli önlemlerin alınması istenmektedir*".

[150] Ortaklık ilişkisindeki piyasa aksaklıkları kapsamında esas sözleşme özgürlüğüne ilişkin açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, I, D ve E.

[151] Tarafların sözleşme konusuna dair tam ve doğru bilgiye sahip olduğu, her türlü ihtimali öngörerek bunları sözleşmeye aktardıkları ideal durum "tam sözleşme" (*complete contract*) modelidir (Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 450). Ancak bu tasarım da "tam rekabetçi piyasa" gibi, gerçek durumu tüm yönleriyle tasvir etmeyi değil, basitleştirerek çıkarımlar yapmayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla tam sözleşmeden sapma teşkil eden durumları karşılayan "eksik sözleşme"lere (*incomplete contracts*) yedek ve emredici hükümlerle müdahale edilmesi gerekmektedir (Sanlı, **Sözleşme**, s. 58-69).

[152] Sosyal devletin gereği olarak ekonomik düzene müdahale edilmesine imkân veren düzenlemelerin, liberal ekonomik sistemin krizlerine ve sapmalarına karşı ürettiği paratonerler olduğu yönünde bkz. Osman Can, "Özelleştirmeler ve Anayasa: Bir liberal dönüşüm serüveni", **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008**, C: IV, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 191. Serbest piyasa ekonomisinin işleyişi için belli ölçüde müdahalenin gerekli olduğu yönünde bkz.

toplumsal üretim kaynaklarının verimli şekilde tahsis edilebilmesi ve sosyal refahın artırılabilmesi de mümkün olamayacaktır.

Taraflar arasındaki pazarlık gücü dengesizliği, sözleşme özgürlüğünün yaslandığı ahlaki temelin de sarsılmasına neden olur. Zira piyasa aksaklıkları, taraflar arasındaki eşitlik varsayımını bozmakta ve sözleşme adaletini engelleyebilmektedir. Halbuki taraflar arasında adil bir menfaat dengesinin sağlanması, kişinin kendi menfaatlerine aykırı bir sözleşme akdetmeye zorlanmamasını gerektirir. Ne var ki tarafların pazarlık gücü arasında uçurum bulunan hallerde, gerçek bir pazarlık söz konusu olmamakta; sözleşme özgürlüğü kendiliğinden sözleşme adaletini sağlayamamaktadır[153]. Kısacası, sözleşmesel olan daima adil olamamaktadır. Bu sebeple sözleşme kurumunun meşruiyeti, hem usuli hem de içeriksel hakkaniyet kriterlerinden[154] etkilenmektedir.

Sözleşmelerde zayıf tarafı koruyan emredici hükümlere bu perspektifle bakıldığında, aslında sözleşmenin iktisadi işlevlerini ve ahlaki temelini korumak uğruna, sözleşenlerin özgürlüğünün sınırlandırıldığı görülmektedir. Bu nedenle sözleşme serbestisinin tanınması, bireysel özgürlüğün, sosyal refahın ve sözleşme adaletinin sağlanması için yalnızca bir başlangıç noktası olabilir.

Sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran normların anayasal dayanaklarına bakılacak olursa, karşımıza öncelikle AY m. 2'de düzenlenen sosyal devlet ilkesi çıkmaktadır. Sosyal devlet; serbest piyasa ekonomisinin yarattığı sosyal sorunların yoğunlaşması karşısında, devletin toplumsal ve ekonomik hayata müdahalesi

---

Özbudun, **a.g.m.** s. 320; Osman B. Gürzumar, "Rekabet Hukukunun 10 Yılı: Rekabet Kanunundan Rekabet Hukukuna", **Rekabet Kurumu 10. Yıl Sempozyumu**, Ankara, y.y., 2007, s. 84.

153 Kramer, **BK-OR**, Art.19-20 N. 23.

154 Geç dönem Roma hukukundan ve skolastik öğretiden kalan içeriksel hakkaniyetin yerini, liberal anlayışın etkisiyle 19. yüzyılda şeklî/usuli hakkaniyete bıraktığı yönünde bkz. Kramer, **BK-OR**, Art.19-20 N. 23. Hukuk düzeninin akdedilen sözleşmenin içeriğinin adil olmasıyla ilgilenmeyip, yalnızca sözleşmenin kuruluşuna dair kurallar (örn. BK m. 12, 30-39) öngördüğü yaklaşım usuli hakkaniyeti ifade eder. Sözleşmenin içerik yönünden tarafların menfaatini adil bir biçimde dengelemesinin arandığı durumda ise içeriksel hakkaniyet kriteri devrededir. Örneğin genel işlem koşullarına (BK m. 20-25), aşırı yararlanmaya (BK m. 28) ve anonim ortaklık genel kurul kararlarının dürüstlük kuralına veya bazı pay sahipliği haklarına aykırılık nedeniyle hükümsüzlüğüne (TK m. 445, 447) ilişkin hükümler bu kapsamdadır. İçeriksel ve usuli hakkaniyet kavramlar için bkz. Işıktaç, **a.g.e.**, s. 287; Atamer, **a.g.e.**, s. 16; Kramer, **BK-OR**, Art.19-20 N. 23.

yoluyla, sosyal adaleti sağlamaya çalışan devleti ifade eder[155]. AYM sosyal devleti "*güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü*" [156], "*ekonomik açıdan müdahaleci devlet*" [157] olarak tarif etmiştir.

Ticari işletme/şirket kurup işletmek ve sözleşme akdetmek anayasal bir hak olsa dahi söz konusu özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi sosyal devlet ilkesi temelinde mümkündür[158]. Nitekim girişim ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen AY m. 48'de, "*sosyal amaçlar*" bir sınırlandırma sebebi olarak ifade edilmektedir. Üstelik Anayasa bu hususta devlete pozitif edimler yüklemektedir. Devlet kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmalıdır (AY m. 5). Aynı şekilde AY m. 10'da düzenlenen eşitlik ilkesi de sosyal devlet ilkesiyle birlikte ele alınmalıdır. Zira eşitsizlik ortamında ancak güçlülerin özgürlüğünden bahsedilebileceğinden dolayı, eşitlik ilkesinin sözleşme özgürlüğünü tamamlayan bir ilke olduğu söylenebilir[159]. Bu nedenle zayıf tarafın korunması gereken hallerde, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması, anılan ilkelerin bir gereğidir.

Sözleşmenin zayıf tarafını korumayı esas alan hükümlerden farklı olarak, kamusal menfaatleri korumayı hedefleyen normların varlığı kamu düzeni, kamu güveni, genel ahlak, genel sağlık; kişilik değerleri; ekonomi, çevre ve tarım politikaları yahut diğer temel hakların sınırlarıyla açıklanmaktadır[160]. Esasında AY

---

[155] Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 18. bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 138.

[156] AYM, T. 26.10.1988, E. 1988/19, K. 1988/33, RG T. 11.12.1988, S. 20016.

[157] AYM, T. 20.11.2003, E. 2002/32, K. 2003/100, RG T. 11.8.2004, S. 25550.

[158] Özbudun, **a.g.e.**, s. 139; Can, Zabunoğlu, **a.g.m.**, s. 83. Alman Anayasa Mahkemesi'nin 19.10.1993 tarihli kararı sosyal devlet ilkesinin, sözleşme özgürlüğü ve sözleşme adaleti arasındaki denge bağlamındaki rolüne ışık tutmaktadır. Kararın çevirisi için bkz. Yeşim M. Atamer, "Geliri ve Malvarlığı Olmayan Aile Bireylerinin Kefaleti - Sözleşme İçeriğinin Denetlenmesi: Alman Anayasa Mahkemesi'nin 19.10.1993 tarihli kararı", **İÜHFM**, C: LV, No: 3, 1997, s. 419-425.

[159] Özel hukuk ilişkilerinde kanun koyucu rolünü üstlenen bireyin, kendi hakkı için savaşmak zorunda kalması ve bu savaşta ekonomik olarak güçlü olanın daima galip geldiği yönünde bkz. Rehbinder, **a.g.e.**, s. 89. Eşitlik ve özgürlük ilkelerinin ilişkisi hakkında bkz. Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 18.

[160] Örnekler için bkz. Rehbinder, **a.g.e.**, s. 90; Kramer, **BK-OR**, Art. 19-20 N. 27; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 538-578; Serozan, **a.g.e.**, s. 100; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, **a.g.e.**, N. 567-570.

m. 13 uyarınca, temel hakların ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın, yalnızca AY'nin ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür. Sözleşme ve girişim özgürlüklerini düzenleyen AY m. 48'de ise söz konusu özgürlüklere ilişkin "*milli ekonominin gerekleri*" ve "*sosyal amaçlar*" haricinde herhangi bir sınırlama sebebine yer verilmemiştir. Öte yandan özel bir sınırlandırma sebebi belirtilmese dahi, her hakkın özünde bir sınırlandırmanın (hakkın objektif sınırları) bulunduğu; sözleşme özgürlüğünün de kamu düzeni, kamu yararı, genel sağlık ve diğer özgürlüklerle sınırlandırıldığı kabul edilmektedir[161]. Kaldı ki AY m. 167'de devlete yüklenen "*para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini*" sağlama görevi, sözleşme ve girişim özgürlüklerini anayasal düzeyde sınırlandırmaktadır[162].

Bu çalışmada ele alınan hususlar sözleşme serbestisinin farklı yönlerine temas etmekle beraber, içerik özgürlüğünü yakından ilgilendirmektedir. Bir üst başlıkta irade özerkliğinin anayasal kaynaklarının özel hukuk ilişkilerinde doğrudan uygulanma kabiliyeti olmadığı; söz konusu ilkelerin uygulama normları aracılığıyla hayata geçebildiği açıklanmıştı. Bu bağlamda sözleşme özgürlüğünü sınırlayan anayasa altı normların başında BK m. 27 gelmektedir. Anılan hüküm, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünün sınırlarını çizen temel norm olarak karşımıza çıkmaktadır[163]. Sözleşmelerin hangi hallerde hükümsüz sayılacağını gösteren BK m. 27 uyarınca, "*[k]anunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*".

BK m. 27'de işaret edilen emredici hükümler çerçevesinde sosyal koruma amaçlı normların sayısında gözlemlenen son yıllardaki artış dikkat çekicidir. Bunlar arasında BK'da yer alan genel işlem şartlarına dair özel düzenleme ile kiracıyı ve

---

[161] Özbudun, **a.g.e.**, s. 113; Can, Zabunoğlu, **a.g.e.**, s. 96. Aynı yöndeki içtihat için bkz. AYM, T. 13.07.2015, E. 2014/88, K. 2015/68, RG T. 24.7.2015, S. 29424. Konuya ilişkin tartışma için bkz. Tan, **a.g.e.**, s. 43; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 126 vd.

[162] Ozan Can, "Rekabetin Korunmasına İlişkin Anayasal Düzenlemeler: Yeni Anayasada nasıl bir rekabet?", **BATİDER**, C: XXIX, No: 2, 2013, s. 110. AY m. 167'de belirtilen sınırlama sebeplerini, kamu düzeni kavramının altında değerlendirmek de mümkündür.

[163] Temyiz kudreti olmayanlarla yapılan sözleşmelerin geçersizliğini, sözleşmelerin şekline ilişkin geçerlilik şartlarını, aşırı yararlanma ve irade sakatlığı hallerinde iptal yetkisini düzenleyen MK ve BK hükümleri, sözleşme özgürlüğünü sınırlayan diğer normlar arasında sayılabilir.

kefili koruyan hükümlerin yanında; tüketiciyi, işçiyi, sigortalıyı ve yatırımcıyı koruyan kanunlar örnek olarak sayılabilir. Görüldüğü üzere sosyal koruma normlarına yalnızca BK'da değil, TKHK, RKHK, İşK, SigK ve SerPK gibi özel kanunlarda da yer verilmektedir.

Zayıf konumdaki tarafı korumayı amaçlayan normlara TK'nın da birçok maddesinde rastlamak mümkündür. TK'nın ilk iki kitabında yer alan hükümler incelendiğinde, bunların kimi zaman ticari işletme karşısında tüketiciyi; müvekkil karşısında acenteyi; yönetim kurulu karşısında pay sahiplerini; çoğunluk pay sahibi karşısında azınlığı ve/veya imtiyazlı pay sahiplerini; azınlık ve/veya imtiyazlı pay sahipleri karşısında şirket menfaatlerini; şirket karşısında şirket alacaklılarını (çalışanlar, tedarikçiler, bankalar, tahvil sahipleri vb.); hakim teşebbüs karşısında topluluk dışı menfaat sahiplerini; halka açık anonim ortaklıklarda ise yatırımcıyı koruduğu anlaşılmaktadır. Yine TK'nın 1530. maddesi sosyal devletin ticaret hayatına müdahalesine örnek teşkil eden bir düzenlemedir. Kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmelerin, bu sınır üzerinden yapılmış sayılacağını öngören TK m. 1530/1 hükmü, sözleşmenin tamamının hükümsüz sayılmasını engellemektedir[164]. Benzer şekilde, TK m. 1530/2-6 arasında yer alan hükümler, ticari işletmeler arasındaki satım ve hizmet sözleşmelerinde küçük ve ortak ölçekli işletmeler lehine, vadeye ve faize ilişkin emredici hükümler öngörmektedir.

Sözleşme özgürlüğünü sınırlandırma yönündeki eğilimin en keskin biçimde gözlemlendiği alanlardan biri de anonim ortaklık esas sözleşmesini düzenleme serbestisidir. Kuruluş esas sözleşmesi ve esas sözleşme değişikliğine dair usul ve esasları belirleyen pek çok hükmün (örn. TK m. 339, 452 vd.) yanında, tek borç ilkesini düzenleyen TK m. 480/1, *"[k]anunda öngörülen istisnalar dışında, esas sözleşmeyle pay sahibine, pay bedelini veya payın itibarî değerini aşan primi ifa dışında borç*" yüklenemeyeceğini öngörmektedir. Bundan başka anonim ortaklıkta pay devir serbestisini korumayı amaçlayan TK m. 493/7, kanunda öngörülen

[164] Kaya, (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **Ticari İşletme**, s. 121. Hükümde öngörülen yaptırımın türü, öğretide, "eksik geçerlilik" veya "değiştirilmiş kısmi butlan" olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 28.

devredilebilirlik şartlarının esas sözleşmeyle ağırlaştırılamayacağını düzenlemektedir. Keza TK m. 437/6 da pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkının sınırlandırılamayacağını ifade etmektedir.

Ayrıca TK'nın 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girmesiyle, hukukumuzda ilk kez uygulama alanı bulan emredici hükümler ilkesi (TK m. 340), anonim ortaklıkta esas sözleşme özgürlüğünü daha dar bir alana hapsetmiştir. Nitekim ilkeyi düzenleyen TK m. 340, *"[e]sas sözleşme[nin], bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse*" sapabileceğini belirtmektedir[165]. Anılan hükmün, özel korumaya tabi kılınmış olan kiracının, kefilin, tüketicinin, sigortalının ve işçinin yanına, anonim ortaklık pay sahibini de eklediği söylenebilir. Böylelikle pay sahibinin zayıf (olduğu varsayılan) konumu nedeniyle esas sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması, özel hukukta "sözleşmeden statüye dönüş" hareketinin özel bir görünümünü teşkil ettiği söylenebilir[166].

Esas sözleşme özgürlüğünü sınırlayan normlar yukarıda sayılanlardan ibaret olmayıp; TK ve diğer kanunlarda (örn. SerPK, BankK) öngörülen emredici hükümler ve anonim ortaklıklar hukukunun yazılı olması gerekmeyen kuralları bu kapsamda anılmalıdır. Anılan normlar çalışmada ayrıca inceleme konusu yapıldığından, bu aşamada borç sözleşmelerine nazaran sınırlı olan esas sözleşme özgürlüğünün daha da daraltmış olduğunu belirtmek yeterli olur.

---

[165] Emredici hükümler ilkesine dair açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm, II, 2.

[166] İngiliz tarihçi okulun kurucularından *Sir Henry Sumner Maine,* orta çağın otoriter, feodal, korporatif toplumunda sosyal düzenin statüler tarafından belirlenmesine karşılık, sözleşme özgürlüğünün kabulüyle bireyin hiyerarşik bağlarından kurtulup özgürleştiğini tespit etmiş; bu olguyu "*statüden sözleşmeye*" (*from status to contract*) geçiş olarak nitelemiştir (Henry Sumner Maine, **Ancient Law: Its Connections With The Early History Of Society And Its Relations To Modern Ideas**, New York, 5. bs., Henry Holt And Company, 1861, s. 165). 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yayımlanan birçok eserde ise sosyal statüsü nedeniyle zayıf konumdakilerin korunması amacıyla sözleşme özgürlüğünün daraltılması eğilimi "*sözleşmeden statüye dönüş*" (*from contract to status*) şeklinde açıklanmıştır. Birçoğu yerine bkz. Atiyah, **a.g.e.**, s. 716. Karş. Atamer, **a.g.e.**, s. 22 dn. 78'de anılan yazarlar; Rehbinder, **a.g.e.**, s. 90-93. *Rehbinder* hukuk düzeninin hiyerarşik topluma geri dönüşü amaçlamayıp, hakkaniyet ve sosyal devlet yönünde ilerici bir dönüş içinde bulunduğu tespitini paylaşmıştır. "Sosyal hukuk" olarak adlandırdığı hukuk anlayışında, hukuki düzenlemelerin konusunun artık, tekil ve bireysel kişi olmayıp; kiracı, işçi, tüketici, tacir gibi sosyal roller olduğunu vurgulamıştır. Böylelikle kişinin tabi olduğu hukuki rejim, onun sosyal rolü bağlamında belirlenmektedir. Anonim ortaklık esas sözleşmesinin "statü sözleşmesi" niteliği hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, C, 2, f.

E. Sözleşme Özgürlüğünün Dinamik Yapısı ve Güncel Eğilimler

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin dinamik bir yapıya sahip olduğu, ancak tarihsel süreçte geçirdiği değişimin doğrusal bir çizgiyi takip etmediği görülmektedir[167]. Nitekim 18. ve 19. yüzyıllarda altın çağını yaşayan ilkenin, 20. yüzyılın ilk yarısında önemli ölçüde zemin kaybettiği; 1980'lerden itibaren ekonomik faaliyetleri düzenleyen kuralların gevşetilmesine karşılık, 2000'lerden sonra emredici düzenlemelerin tekrar yoğun bir şekilde tercih edildiği görülmektedir. Sözleşme özgürlüğünün sergilediği bu döngüsel hareketin arkasındaki iktisadi yaklaşımların anlaşılması ve güncel eğilimlerin tespiti, anonim ortaklıkta esas sözleşme özgürlüğü bağlamındaki değerlendirmelere ve hukuk politikası önerilerine de ışık tutabilecektir. Zira sözleşme özgürlüğüne dair mevcut yönelimler, anonim ortaklıkta esas sözleşme özgürlüğünün geleceği bakımından bir çıpa görevi üstlenmektedir[168].

18. yüzyılda modern iktisadi düşüncenin başlangıcından[169] günümüze kadar, ekonomik yapıyı şekillendirmiş olan iktisat teorileri ve okulları, hukuk düzeni üzerinde oldukça etkili olmuştur. Özellikle sözleşme özgürlüğü konusundaki normatif çıkarımlar, devlete ekonomi alanında yüklenen rolün ağırlığına bağlı olarak değişmiştir[170]. İktisat okulları arasındaki yaklaşım farkının temel sebebi ise metodolojik ayrımlardır. Nitekim farklı iktisat okullarının benimsediği yöntemler (örn. teorik, analitik, ampirik), varsayımlar (örn. bireycilik/toplumculuk, rasyonalite/irrasyonalite, apriorizm/ampirizm), modeller (örn. tam rekabetçi piyasa, ekonomik insan) ve perspektifler (örn. safçı/pürist ve disiplinler arası yaklaşım)

---

[167] Sözleşme hukuku tarihinin öncelikle özgürlük arayışıyla, daha sonra bulunan özgürlüğün sınırlarını belirleme çabasıyla şekillendiği; ardından bu eğilimin de sınırlarını tespit etme ihtiyacının belirdiği yönünde bkz. Atamer, **a.g.e.**, s 26. Hukuki, ekonomik ve sosyal düzeni bir organizmaya benzeten *Josserand*, sözleşmeyi ise bu karmaşık organizmada meydana gelen değişikliklere en duyarlı hücrelerden biri olarak nitelemiştir (Josserand, **a.g.e.**, s. 144).

[168] Sözleşme özgürlüğü ilkesinin tarihsel değişiminin, esas sözleşme özgürlüğü ve emredici hükümler ilkesinin gelişimine yansımaları için, sırasıyla, bkz. Birinci Bölüm, II, A, 1 ve Üçüncü Bölüm, II, A, 2, b.

[169] Modern iktisadi düşüncenin, klasik iktisadın kurucusu sayılan *Adam Smith*'in 1776 yılında kısa adıyla "*Milletlerin Refahı*" (*The Wealth of Nations*) olarak bilinen çalışmasını yayımlamasıyla başladığı kabul edilmektedir.

[170] Ekonomik düzenin, hukuk düzeni ve özellikle devletin piyasaya müdahalesi ile sözleşme özgürlüğü üzerindeki etkileri hakkında bkz. Bilgişin, **a.g.e.**, s. 1-5; Coşkun C. Aktan, **Müdahaleci Devletten Sınırlı Devlete**, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, 1999, s. 146 vd; Tan, **a.g.e.**, s. 1-5.

değişiklik göstermektedir[171]. Aşağıda örneklendirilen iktisadi yaklaşımlar, modern iktisadi düşünce tarihinde benimsenen iktisat okullarının kronolojik bir anlatısı olmayıp; yalnızca iktisadi kuramların, sözleşme serbestisine dair tutumu belirlediğini göstermeyi amaçlamaktadır

18. yüzyılın ikinci yarısından 19. yüzyılın ortalarına kadar uzanan ve *A. Smith, D. Ricardo, T. R. Malthus, J.B. Say, J.S. Mill* gibi isimlerle anılan klasik iktisat okulu; anımsanacağı üzere, benimsediği "ekonomik insan" modelinden ve bireysel-toplumsal fayda arasındaki uyum varsayımından hareketle, piyasanın kendiliğinden denge içinde olduğunu ve devletin ekonomik hayata hiçbir şekilde müdahale etmemesi gerektiğini savunmuştur[172]. İngiltere'de ve Fransa'da yaygınlık kazanan klasik iktisada tepki olarak 19. yüzyılın başında Almanya'da ortaya çıkan, iktisatçı *W. Rocher, B. Hildebrand, C. Knies, G. Schmoller* ve hukukçu *F.C. von Savigny* ile anılan Alman tarihçi okul ise klasik iktisadın faydacı bireyini ve tümevarım yöntemini reddetmiştir[173]. Özellikle hukuk, iktisat ve filoloji alanlarında tarih çalışmalarını ön plana çıkaran tarihçi okula göre, ekonomi biliminin, bütün toplumlar için geçerli olabilecek kurallara ulaşması imkânsızdır. Zira iktisadi düzen, zaman ve mekan içinde sosyal faktörlerle şekillenmektedir[174]. Bu noktadan hareketle, tarihçi okulun temsilcileri devletin mevcut ekonomik düzeni değiştirmek için pekâlâ buna müdahale edebileceği önermesinde bulunmuştur[175]. Daha sonra 1870-1920 yılları arasında etkili olan erken dönem neoklasik iktisat okulu, klasik iktisada karşı Marksist okul, Alman tarihçi okul, Lozan okulu ve Avusturya okulu tarafından yöneltilen eleştirilerden yararlanarak liberal iktisadın teorik altyapısını

---

[171] İktisat biliminin araştırma metodolojisi hakkında bkz. Coşkun Can Aktan, **Yeni İktisat Okulları ve İktisadi Düşünce**, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 25-29.

[172] Kazgan, **a.g.e.**, s. 60-61.

[173] Bruno Hildebrand, **Die Nationalökonomie der Gegenwart und Zukunft**, C: I, Frankfurt am Main, y.y., 1848, s. 29-34 (Çevrimiçi) https://archive.org/details/dienationalkono00unkngoog/page/n7/mode/2up, 01.08.2020; Keith Tribe, "Historical Schools of Economics: German and English", **A Companion to the History of Economic Thought**, Ed. Warren J. Samuels, Jeff E. Biddle, John B. Davis, Oxford, Blackwell 2003, s. 215-216; Eirik G. Furubotn, Rudolf Richter, **Institutions & Economic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics**, 2. bs., y.y., The University of Michigan Press, 2005, s. 2.

[174] Tribe, **a.g.e.**, s. 215, 219.

[175] **a.e.**, s. 222-223; Kazgan, **a.g.e.**, s. 187.

güçlendirmiştir. Erken dönem neoklasik iktisat okulu temsilcilerinin çoğu, sınırsız *laissez faire* anlayışına mesafeli olsa da liberal eksenli yaklaşımı sürdürmüşlerdir[176].

1929'da ABD'de başlayıp, etkileri dünyaya yayılan ekonomik buhrana ve işsizliğe odaklanan Keynezyen iktisat okulu ise ekonominin doğal bir denge içinde olduğu savını çürütmüş; devletin piyasaya müdahale etmesi ve ekonomide aktif rol alması gerektiğini savunmuştur[177]. 1930-1980 yılları arasında etkili olan Keynezyen okulun etkisiyle farklı yoğunluklarda uygulanmış olan "karma ekonomi" ve sosyal devlet ilkesiyle birlikte gelişen "sosyal piyasa ekonomisi", sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına kapı aralamışsa da nihayetinde piyasa ekonomisinden sapılmamıştır. 1970'lerde ortaya çıkan stagflasyonla beraber Keynezyen yaklaşım zayıflamış ve etkisini kaybetmiştir.

1980'lerden itibaren ABD'de, Avrupa'da ve ülkemizde yeniden hakim olan liberal iktisadi düşünce, neoklasik okulun uzantısı sayılan çağdaş iktisat okulları çatısı altında gelişimini sürdürmüştür[178]. Böylece 1929 ekonomik buhranından sonra etkisi zayıflayan liberal yaklaşım, bazı yöntemsel ve varsayımsal farklılıklarla birlikte, 1970'lerin sonundan itibaren tekrar yükselişe geçmiştir. Bu dönemde ekonomik faaliyetleri düzenleyen hukuk kurallarının gevşetilmesini amaçlayan "deregülasyon" dalgası, ABD'de *Ronald Reagan* ve Birleşik Krallık'ta *Margaret Tatcher* liderliğinde küreselleşmeyle birlikte Kıta Avrupası ülkelerini ve Türkiye'yi etkisi altına almıştır[179].

---

[176] **a.e.**, s. 119-120.

[177] **a.e.**, s. 218; Eğilmez, **Kriz**, s. 6. *Işıktaç* devletin, kontrollü serbestlik ve aktif ekonomik politikalar yoluyla ekonomik dengesizlikleri giderme amacını güttüğü dönemi "geç kapitalizm" olarak adlandırmaktadır (Işıktaç, **a.g.e.**, s. 142).

[178] Kazgan, **a.g.e.**, s. 114, 262; Aktan, **İktisadi Düşünce**, s. 18; Eğilmez, **Kriz**, s. 70; Serozan, **a.g.e.**, s. 57. Liberal iktisadi düşünce; klasik, neoklasik ve çağdaş/yeni iktisat okullarından oluşmaktadır. Neoklasik okulun, Keynezyen iktisattan sonra etkili olan kendi içindeki alt dalları, "çağdaş" yahut "yeni" iktisat okulları olarak anılmaktadır. Bunlar arasında en önemlileri şunlardır: Avusturya İktisat Okulu, Freiburg Hukuk ve İktisat Okulu (Ordoliberalizm), Kurumsal İktisat Okulu, Chicago İktisat Okulu ve Virginia Politik İktisat Okulu'na ek olarak son dönemde yaygınlaşmakta olan Sosyal Sermaye İktisadı ve Kültürel İktisat ile Mülkiyet Hakları İktisadı.

[179] Deregülasyon kavramı ve ABD'deki gelişimi hakkında bkz. Edward L. Rubin, "Deregulation, Reregulation, and the Myth of the Market", **Washington and Lee Law Review**, C: XLV, No: 4, 1988, s. 1250-1264; Posner, **a.g.e.**, s. 32. Deregülasyon akımın Türkiye'deki etkisi hakkında bkz. Eğilmez, **Kriz**, s. 82.

Ne var ki 2000'lerin başından itibaren özellikle ABD ve Avrupa'da patlak veren *Enron* tipi skandallar ve şirket iflasları, kurumsal yönetim ve finansal raporlama kurallarının yetersizliğini ortaya koymuştur[180]. Dolayısıyla 2002 yılından itibaren ABD'de ve hemen ardından Avrupa ülkeleri ile AB hukukunda tepkisel düzenlemeler devreye alınmıştır[181]. Buna ek olarak 2001 yılında Türkiye'de yaşanan bankacılık krizi ve 2008'de ABD'de patlak veren küresel finans krizinin Avrupa'yı ve ülkemizi etki altına almasından sonra, özellikle bankacılık ve finans sektöründe daha sıkı kurallar öngörülmüştür[182]. Böylelikle 1980'lerden beri etkili olan deregülasyon iklimi sona ermiş ve yerini tekrar emredici hükümlerin ağırlıkta olduğu düzenlemelere bırakmıştır[183].

---

[180] Ayrıntılı bilgi için bkz. John C. Coffee Jr., "The Political Economy of Dodd-Frank: Why financial reform tends to be frustrated and systemic risk perpetuated", **The Regulatory Aftermath of the Global Financial Crisis**, Ed. Ferran, Eilís et. al., Cambridge, Cambridge University Press, 2012, s. 301-302; Eilís Ferran, "Crisis-driven regulatory reformwhere in the world is the EU going?", **The Regulatory Aftermath of the Global Financial Crisis**, Ed. Ferran, Eilís et. al., Cambridge, Cambridge University Press, 2012, s. 11-17; İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirali Çelik, Çağlar Manavgat, **Anonim Şirketler Hukuku, C: I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013, s. 35-38. Benzer skandalların görüldüğü şirketler arasında ABD'de *WorldCom*, *Global Crossing*, *Xerox*, *Halliburton*, *Tyco*; Hollanda'da *Royal Ahold*; İtalya'da *Parmalat*; Almanya'da *EM. TV*, *Flowtex*; Fransa'da *Vivendi Universal*; İrlanda'da *Elan* ve İsveç'te *Skandia* bulunmaktadır.

[181] Ferran, **a.g.e.**, s. 11, 29-54; Coffee, **Dodd-Frank**, s. 301-312; Paul Davies, "Enron and Corporate Law Reform in the UK and the European Community", **Corporate Governance in Context Corporations, States, and Markets in Europe, Japan, and the US**, Ed. Hopt, Klaus J. et. al., Oxford, Oxford University Press, 2005, s. 164-189; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 36. Bu gelişmelerin TK'nın hazırlanmasında dikkate alındığına dair bkz. TK Genel Gerekçe, N. 6. TK'nın genel gerekçesi ve madde gerekçeleri için bkz. (Çevrimiçi) https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=54946&pkanunnumarasi=6102, 31.08.2020.

[182] Türkiye'de 2001 bankacılık krizi açısından bkz. Eğilmez, **Kriz**, s. 70. 2008 küresel finans krizi açısından bkz. Klaus J. Hopt, "Directors' Duties and Shareholders' Rights in the European Union: Mandatory and/or Enabling Rules?", **Rivista della Società**, C: LXI, No: 1, 2016, s. 27; Ferran, **a.g.e.**, s. 1-89. Bu bağlamda ülke raporlarını içeren bir kaynak için bkz. The International Bar Association's Task Force on the Financial Crisis, **A Survey of Current Regulatory Trends: October 2010**, (Çevrimiçi), https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=2C72F588-7222-47C9-83E4-7DB0A0A8BF1C, 23.03.2020.

[183] *Berksoy,* 12.4.2008 tarihli köşe yazısında "*... [s]on dönemin kökten liberalleşme sevdasının devletin fazlasıyla geriletilip zayıflatılmasına, düzenleyici rolünün gereksiz ölçüde törpülenmesine neden olduğu, âdeta bir otorite boşluğu yaratıldığı noktasında bir buluşma olacakmış gibi gözüküyor. Bu eleştiri ortaklığı daha da genişletilip etkili olursa, önümüzdeki dönemin iktisadi düşünce kurgusu devletin itibarının (ve tabii işlevlerinin) iadesi üzerine inşa edilecek demektir*" ifadesiyle, 2008 sonrasındaki reregülasyon dönemine dair isabetli bir tespitte bulunmuştur (Taner Berksoy, "Kökten Piyasacılığın Sonu(mu)", **Radikal Gazetesi**, 12.04.2008, (Çevrimiçi)

Liberal ekonomik sistemin kendi krizlerine çözüm arayışında alınan mesafe ve güncel tartışmalar, iktisat tarihinin konusu olup bu çalışmanın kapsamının dışında kalmaktadır. Fakat ekonomik, siyasi ve sosyal gelişmelere bağlı olarak bireyin irade özerkliğine bırakılan alanın belirli aralıklarla daraltıldığı ve genişletildiği bir vakıadır. Zira ekonomik krizlerin, suistimallerin veya skandalların yaşandığı dönemlerde devletin ekonomik alana müdahalesi yoğunlaşmaktayken; ekonomik ve sosyal açıdan istikrarlı dönemlerde hukuk kurallarının esnetildiği görülmektedir. Sözleşme özgürlüğünün kapsamındaki bu döngüsel hareket, irade özerkliği ile müdahaleci devlet arasında gidip gelen bir sarkaç[184] veya anafor[185] şeklinde tasvir edilmiştir. ABD'de banka ve sermaye piyasası hukukundaki benzer örüntüye dikkat çeken *Rubin*, 1930'lardan itibaren bu alanların sıkı kurallarla düzenlendiğini; 1970'lerden itibaren gevşetilen düzenlemelerin ise daha sonra tekrar sıkılaştırıldığını tespit etmiş; böylelikle birbirini takip eden "regülasyon, deregülasyon, re-regülasyon" dalgalarına dikkat çekmiştir[186].

Güncel gelişmelere bakılacak olursa yapay zeka, finansal teknolojiler, paylaşım ekonomisi ve blok zincir (örn. kripto para, elektronik pay defteri) alanındaki ezber bozan gelişmelerin hukuk üzerinde, geçmişte olduğuna göre daha hızlı bir dönüştürücü etkiye sahip olduğu görülmektedir. Üstelik AB çerçevesinde sermaye hareketlerinin serbest ve şirketlerin yerleşme özgürlüğüne sahip olması nedeniyle, ulusal hukuk düzenleri arasındaki rekabet (*regulatory competition*) bu yeniliklere hızlı bir şekilde tepki verilmesini zorunlu kılmaktadır.

Bugün gelinen noktada piyasanın denge içinde olamayacağı ve sınırlı kaynakların verimli kullanımı için ekonomik koordinasyonun sağlanması gerektiği anlaşılmıştır. Teorik olarak ekonomik koordinasyonun tam rekabetçi piyasada sözleşmeler vasıtasıyla kendiliğinden sağlanabileceğinin kabulüne karşılık; bu

---

http://www.radikal.com.tr/yazarlar/taner-berksoy/kokten-piyasaciligin-sonu-mu-845625/, 01.07.2020).

184 Marcus Lutter, Herbert Wiedemann, "Vorwort", **Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europea und USA 11. ZGR-Symposion "25. Jahre ZGR**", Ed. Marcus Lutter, Herbert Wiedemann, Berlin/New York, De Gruyter, 1998, s. V; Hopt, **Mandatory**, s. 13-14.

185 Serozan, **a.g.e.**, s. 57.

186 Rubin, **a.g.e.**, s. 1257. Kavramlar hakkında bkz. Tan, **a.g.e.**, s. 24-28.

modelin gerçeği yansıtmamasından hareketle, piyasa aksaklıklarını giderici müdahaleler olumlu karşılanmaktadır[187]. Nitekim sözleşme hukukuna atfedilen amaçlar ve işlevler piyasa aksaklıkları temelinde açıklanmaktadır. Bu bağlamda hukuk düzeninin fırsatçı davranışları caydırmayı, işlem maliyetlerini, bilgi sorununu ve dışsallıkları azaltmayı hedeflediği belirtilmektedir[188]. Başka bir anlatımla, sözleşmenin iktisadi işlevlerini yerine getirebilmesi için, piyasa aksaklıklarını giderme amacıyla sözleşme özgürlüğüne müdahale edilebilmektedir. Bu noktada emredici düzenlemelerin söz konusu amaçlarla sınırlı olarak öngörülmesi gerektiğine; aksi halde, sözleşme özgürlüğü kavramının altının oyularak paternalist bir anlayışa kayılabileceğine ve hukukun gelişiminin engellenebileceğine dikkat çekilmektedir[189] [190].

Yukarıda açıklanan düşünce, kuralsız bir piyasanın ve mutlak sözleşme serbestisinin yerine; sosyal, düzenlenmiş ve kurallı bir piyasanın benimsenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır[191]. Nitekim çağdaş iktisat teorileri arasında yer alan Ordoliberalizm'in[192] Kıta Avrupası'nda; Yeni Kurumsal İktisat'ın[193] ise ABD'de

---

[187] Cooter, Ulen, **a.g.e.**, s. 38; Miceli, **a.g.e.**, s. 6; Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 51-52

[188] Basedow, **a.g.e.**, s. 905; Sanlı, **Sözleşme**, s. 24.

[189] Piyasa aksaklığının mevcut olduğu her durumda emredici hükümlerin etkin bir çözüm olduğu kabul edilmemelidir. Zira sözleşme özgürlüğüne müdahalenin de kendine özgü işlem maliyetleri vardır. Ayrıca öngörülen emredici düzenlemeler, kanun koyucunun bilgi eksikliği veya yanlış değerlendirmesi sebebiyle elverişsiz veya adaletsiz sonuçlar yaratabilir (Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 117). Mevcut düzenin, ideal modelden ayrıştığı her durumda müdahalenin doğru bir çözüm olduğu yönündeki yaklaşım, öğretide, "nirvana safsatası" (*Nirvana fallacy*) olarak anılmaktadır (Harold Demsetz, "Information and Efficiency: Another View Point", **JLE**, C: XII, No: 1, 1969, s. 19; Eisenberg**, Structure**, s. 1524).

[190] İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda bu tehlikeye dikkat çekmiştir. Banka ile akdedilen bir mevduat hesabı sözleşmesinde yer alan taahhüdün ahlaka aykırılık sebebiyle hükümsüz olup olmadığını inceleyen Mahkeme şu ifadeyi kullanmıştır: "*OR Art. 20, hakimi, fiil ehliyetine sahip olanların vasisi konumuna getirmeyi amaçlamamaktadır*". Almanca aslı: "*Art. 20 OR Art. will den Richter nicht zum Vormund über Handlungsfähige erheben*". Karar için bkz. BGE 84 II 13, s. 29 [(Çevrimiçi) www.bger.ch, 20.08.2020]. Karara ve Alman hukukunda bu hususta tartışmaya dikkat çeken Atamer, **a.g.e.**, s. 27.

[191] Bu düşüncenin, Ordoliberalizm'e uygun bir sözleşme özgürlüğü anlayışını ortaya çıkardığı yönünde bkz. Basedow, **a.g.e.**, s. 905. "Düzenlenmiş kapitalizm" (*organisierter Kapitalismus*) kavramı için bkz. Serozan, **a.g.m.**, s. 563.

[192] Ordoliberalizm hakkında bkz. dn. 103 ve 106.

[193] Yeni Kurumsal İktisat hakkında bkz. dn. 516 ve bağlı metin.

"kurum", "norm" ve "düzen" kavramlarına ağırlık vermesi bu yaklaşımın bir tezahürü olarak değerlendirilmelidir.

Sonuç olarak sözleşme özgürlüğü ilkesinin durağan bir kavram olmadığı; ekonomik, sosyal ve siyasal gelişmelerin etkisiyle döngüsel bir değişime uğradığı açıktır. 2000'li yılların başından itibaren sözleşme özgürlüğünün daraltılması yönündeki eğilimin yakın tarihte hakimiyetini sürdüreceği söylenebilir[194]. Gerçekten 2008 küresel finans krizinden sonra devletin ekonomik alana müdahalesine yönelik artan destek, 2020'ye damgasını vuran pandemi nedeniyle birçok ülkede ekonomik ve sosyal çöküşün engellenmesi amacıyla hız kazanmıştır. Ancak tespit etmeye çalışılan bu yönelim, ekonomik anlamda verimli yahut adil sonuçlar üretmeye elverişli olmayan tepkisel düzenlemelerin varlığını gerekçelendirmeye değil; aksine, bu tür müdahalelere eleştirel bir gözle bakmaya katkı sunmalıdır.

II. Tarihsel, Teorik ve Ekonomik Açıdan Ortaklıklar Hukukunda Sözleşme Özgürlüğü

Esas sözleşme özgürlüğünün ve bunun sınırlarının dogmatik temellerini incelemeden önce, ortaklıklar hukukunda sözleşme özgürlüğünün tarihsel, kuramsal ve ekonomik altyapısını ele almakta fayda vardır. Böylelikle yürürlükteki anonim ortaklıklar hukuku kurallarının yorumlanmasında ve uygulanmasında başvurmak üzere bir perspektif geliştirmek mümkün olacaktır.

A. Kuruluş Sistemleri Işığında Esas Sözleşme Özgürlüğünün Tarihsel Gelişimi

1. Avrupa'da

Esas sözleşme özgürlüğünün tarihsel süreç içindeki seyri, anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanabilmesine dair koşulları ve aşamaları ifade eden kuruluş sistemleriyle daima yakın bir ilişki içinde olmuştur[195]. Nitekim belirli bir hukuk düzeninde anonim ortaklıklar bakımından geçerli olan kuruluş sistemi, esas

[194] Şirketler hukukunda emredici hükümlerin yaygınlaşması açısından bkz. Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §10 N. 155.

[195] Kuruluş sistemlerinin oluşmasında devletin etkisinin derecesinin belirleyici olduğu yönünde bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 289 ve dn. 28'de anılan eserler.

sözleşmeyi oluşturan iradenin sahibini ve esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarını belirlemektedir. Örneğin anonim ortaklıkların yalnızca kamu otoritesi tarafından kurulabildiği bir sistemde sözleşme özgürlüğünden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Ortaklığın özel hukuk kişileri tarafından hazırlanan esas sözleşmenin tescil edilmesiyle kurulabildiği bir sistemde ise bu defa kamunun sözleşme içeriğine müdahalesinin yoğunluğu söz konusu özgürlüğün sınırlarını teşkil edecektir.

Ticaret ortaklıkları bakımından kuruluş sistemlerini üç grupta incelemek mümkündür[196]: (i) imtiyaz sistemi (*systéme de l'octroi*, *Oktroisystem*), (ii) izin sistemi (*systéme de la concession, Konzessionssystem*) ve (iii) normatif sistem (*systéme de la liberté réglementée, System der Normativbestimmungen*)[197]. Bu başlık altında kuruluş sistemlerinin Avrupa'daki tarihsel gelişimi ve bunların esas sözleşme özgürlüğüne etkileri ele alındıktan sonra, mesele Türk hukuku açısından incelenmiştir.

---

[196] Bu şekilde üçlü tasnif için birçoğu yerine bkz. Karl Lehmann, **Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts bis zum Code de Commerce**, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1895, s. 82; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §4 N. 25; Hirsch, **a.g.e.**, s. 250. Karş. Özsunay, **a.g.e.**, s. 52-54; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 93. *Karayalçın* imtiyaz sistemini, izin sistemi içinde mütalaa etmiştir. Ticaret ortaklıklarından bağımsız olarak, tüzel kişilerin kuruluş sistemleri arasında ayrıca "serbesti sistemi" bulunmaktadır. Medeni hukuk tüzel kişileri bakımından tarihsel süreçte imtiyaz sistemi söz konusu olmadığından, kuruluş sistemleri serbesti, izin ve tescil sistemi başlıkları altında ele alınmaktadır (Mehmet Bahtiyar, Levent Biçer, "Anonim Ortaklık Kuruluş Sistemleri ve TTK. 273 Değişikliği", **Makaleler II**, Ed. Mehmet Bahtiyar, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2008, s. 102 dn. 2'de anılan eserler). Serbesti sisteminde, kurulmak istenen tüzel kişiliğe dair yasal şartların yerine getirilmesiyle, kamunun incelemesine veya kontrolüne tabi olmaksızın, tüzel kişilik kendiliğinden kurulmuş olur. Serbesti sistemi ve sistemin uygulanış tarzı hakkında bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 289.

[197] Öğretide "imtiyaz sistemi" yerine, "octroi", "ferman", "yasama" sistemi veya "cebri" sistem; "izin sistemi" yerine "konsesyon" sistemi; "normatif sistem" yerine, "tescil", "kanuna uygun düzenleme" veya "normlara uygunluk" sistemi terimleri de kullanılmaktadır. Anılan terimlerin kullanıldığı eserler için bkz. Hirsch, **a.g.e.**, s. 250-251; Halil Arslanlı, **Anonim Şirketler I Umumi Hükümler**, 3. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960, s. 22; Tuğrul Ansay, **Anonim Şirketler Hukuku**, 6. bs., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1982, s. 5-6, 36-37; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 93; İrfan Baştuğ, **Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri**, İzmir, İstiklal Matbaası, 1974, s. 273-276; Hayri Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması: TTK Şerhi II**, İstanbul, Temel Yayınları, 1988, s. 239-240; Ünal Tekinalp, (Reha Poroy, Ersin Çamoğlu), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 12. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, N. 480; Bahtiyar, Biçer, **a.g.m.**, s. 102-104; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 66.

a. İmtiyaz Sistemi

Anonim ortaklıkların öncüsü sayılan tüzel kişiliği haiz ortaklıklar, ilk kez 15. yüzyıldan itibaren İtalya'da gözlenmiştir[198]. 1407 yılında Cenova'da kurulan *Banca di San Giorgio* ve 1593 yılında Milano'da kurulan *San Ambrosio* ortaklıklarının, devlete borç verenlerin meydana getirdiği, anonim ortaklığa benzeyen tüzel kişiler olduğu ifade edilmektedir[199]. Ancak modern anonim ortaklığa en yakın şirket türleri, Avrupa'da sömürgeciliğin hız kazanması neticesinde 17. ve 18. yüzyıllarda özellikle Hollanda, İngiltere ve Fransa'da kurulan büyük ticaret kumpanyaları olmuştur[200]. Güney ve Güneydoğu Asya kıyılarında ticaret yapmak üzere İngiltere'de[201] 1600

---

[198] 15. yüzyıldan önceki ortaklık türlerine ilişkin bilgi için bkz. Halil Arslanlı, **Kollektif ve Komandit Şirketler**, 2. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960, s. 3-8; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 16-18; Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, N. 4a-7; Fulya İlçin Gönenç, **Roma Hukukunda Şirket Akdi (Societas)**, İstanbul, Der Yayınları, 2004, s. 55-21, s. 41-56; Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §10 N. 10-27; Ronald R. Formoy, **The Historical Foundations of Modern Company Law**, London, Sweet & Maxwell, 1923, s. 3-16; Karl Lehmann, **Das Recht der Aktiengesellschaften**, C: I, Aalen, Scientia Verlag, 1964, s. 19-67; Adalbert B. Levy, **Private Corporations and Their Control**, C: I, London, Routledge & Kegan Paul, 1950, s. 3-21; Albrecht Cordes, Katharina Jahntz, "Aktiengesellschaften vor 1807", **Aktienrecht im Wandel: Band I Entwicklung des Aktienrechts**, Ed. Walter Bayer, Mathias Habersack, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, s. 1-22.

[199] Domaniç, **a.g.e.**, s. 35; Ansay, **a.g.e.**, s. 4; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 442; Otto Gierke, **Das Deutsche Genossenschaftsrecht**, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1868, s. 991; Konrad Cosack, **Traité de Droit Commercial**, Çev. Léon Mis, C: III, 6. bs., Paris, V. Giard & E. Brière 1907, s. 128-129; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §4 N. 15. Kıta Avrupası'nda modern anonim ortaklığın kökeninin İtalyan şirketlerinden gelmediği; bunların deniz ticaretiyle iştigal eden donatma iştirakinden (*Reederei, société d'armateurs*), yahut bugünkü komandit şirketin ilk görünümü olan *commenda'*dan geldiğini ileri süren görüşler de mevcuttur. Anonim ortaklıkların tarihsel kökenine dair farklı görüşlerin değerlendirmesi için bkz. Levy, **a.g.e.**, s. 8-13; Maximillian Schmitthoff, "The Origin of the Joint-Stock Company", **The University of Toronto Law Journal**, C: III, No: 1, 1939, s. 74-96.

[200] Arslanlı, **AŞ I**, s. 1; Domaniç, **a.g.e.**, s. 35; Ansay, **a.g.e.**, s. 5; Oğuz İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, 4. bs., İstanbul, Yasa Yayıncılık, 1989, s. 7; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 448-449; Cosack, **a.g.e.**, s. 129; Cordes, Jahntz, **a.g.m.**, s. 14; Gerald Spindler, "Die Entwicklung der Satzungsfreiheit und Satzungsstrenge im deutschen Aktienrecht", **Aktienrecht im Wandel: Band 2 Grundsatzfragen des Aktienrechts**, Ed. Walter Bayer, Mathias Habersack, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, s. 998. Ticaret kumpanyalarının modern anonim şirketin özelliklerinin çoğunu taşımakla birlikte, belirli nitelikleri zaman içinde kazandığı yönünde bkz. Gerner-Beuerle, Carsten, Schillig, Michael: **Comparative Company Law**, Oxford, Oxford University Press, 2019, s. 51. Örneğin, kumpanyaların olağan genel kuruldan yoksun oldukları yönünde bkz. Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §10 N. 19. Ayrıca korunması gereken sabit değer olarak "sermaye" kavramının henüz yerleşmediği ve ticaret seferlerinden getirilen ürünlerin satışından elde edilen hasılatın ortaklara payları oranında dağıtıldığı yönünde bkz. Formoy, **a.g.e.**, s. 6; Levy, **a.g.e.**, s. 19.

[201] İngiltere'de 1553-1719 yılları arasında 87 adet ticaret kumpanyası kurulmuştur. Önemli kumpanyalar hakkında bilgi için bkz. Formoy, **a.g.e.**, s. 16-29; Levy, **a.g.e.**, s. 21-41; Schmitthoff, **a.g.m.**, s. 88-92. 1553 yılında kurulan *Russian Company* (Rusya Şirketi) İngiltere'deki ilk anonim

yılında *East India Company* (Doğu Hindistan Şirketi), Hollanda'da[202] 1602 yılında *Verenigde Oost-Indische Compagnie* (Birleşik Doğu Hindistan Şirketi) ve Fransa'da 1664 yılında *Compagnie française pour le commerce des Indes orientales*[203] (Fransız Doğu Hindistan Ticaret Şirketi) kurulmuş olup, benzer şirketler kısa sürede diğer Avrupa ülkelerinde de görülmeye başlanmıştır[204]. 18. yüzyılın sonlarına doğru Avrupa genelinde yaygınlık kazanan imtiyaz sistemi, 1807 yılında FrTK'nın ve bu kanundan etkilenen diğer ulusal kanunların kabulüne kadar uygulanmıştır[205].

İmtiyaz sisteminde kraliyet fermanı (*royal charter, octroi*) gibi egemen gücün tasarrufuyla tüzel kişilik kazanan ve devletin bahşettiği imtiyazlar çerçevesinde faaliyet gösteren kumpanyalar, halktan para toplayarak dış ticaret alanında tekel şeklinde faaliyet göstermekteydiler[206]. Aynı dönemde İngiltere'deki ve

---

ortaklık olarak kabul edilmektedir (**a.e.**, s. 91). Osmanlı İmparatorluğu'na ait Doğu Akdeniz kıyılarında ticaret yapmak üzere İngiltere'de 1582 yılında kurulan *Turkey Company* (Türkiye Şirketi) de büyük ticaret kumpanyaları arasındadır. Venedik Şirketi ile Türkiye Şirketi'nin 1592 yılında birleşmesiyle *Levant Company* (Levant Şirketi) kurulmuştur.

[202] Hollanda'da bu amaçla kurulan ilk şirket 1594 tarihli *Compagnie van Verre* (Uzak Diyarlar Şirketi) olup, Portekiz'e karşı rekabet üstünlüğü sağlamak uğruna, buna benzer altı şirketin 1602 yılında birleşmesiyle Birleşik Doğu Hindistan Şirketi ortaya çıkmıştır (Ron Harris, "Trading with Strangers: The Corporate Form in the Move from Municipal Governance to Overseas Trade", **Research Handbook on the History of Corporate and Company Law**, Ed. Harwell Wells, Cheltenham, Edward Elgar, 2018. s. 103; Schmitthoff, **a.g.m.**, s. 93-94). Birleşik Doğu Hindistan Şirketi'nin payları 1611 yılında Amsterdam Borsası'nda halka arz edilmiştir.

[203] Şirketin, dönemin maliye bakanı *J.B. Colbert'*in inisiyatifiyle, Hollanda Doğu Hindistan Şirketi'nin yapısına uygun şekilde kurulduğu yönünde bkz. Levy, **a.g.e.**, s. 21.

[204] Ticaret kumpanyalarına öncülük yapan hukuki formlar ve kumpanyaların Avrupa'da yayılması hakkında bkz. Levy, **a.g.e.**, s. 17-21; Lehmann**, Aktiengesellschaften**, s. 51-59; Cordes, Jahntz, **a.g.m.**, s. 14-15.

[205] FrTK'nın Avrupa'da anonim ortaklıklar hukukunun kodifikasyonuna etkisi hakkında bkz. Andreas Deutsch, "Die Aktiengesellschaft im Code de Commerce von 1807 und ihre Vorbildfunktion für die Entwicklung in Deutschland", **Aktienrecht im Wandel: Band I Entwicklung des Aktienrechts**, Ed. Walter Bayer, Mathias Habersack, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, s. 89-91. Anılan kanunun Alman anonim ortaklıklar hukuku üzerindeki etkileri hakkında bkz. Lehmann, **Entwicklung**, s. 77; Levy, **a.g.e.**, s. 96-98; Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1000-1001; Deutsch, **a.g.e.**, s. 91-97. Bu bağlamda 31 Mayıs 1861 tarihli *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch'*un [Alman Umumî Ticaret Kanunnâmesi ("ADHGB")] anonim ortaklık modelini büyük oranda FrTK'dan aldığı yönünde bkz. Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 54.

[206] Formoy, **a.g.e.**, s. 17; Henri Lévy-Bruhl, **Histoire Juridique des Sociétés de Commerce en France aux XVII. et XVIII. siècles**, Paris, Les Editions Domat, 1938, s. 71; Ansay, **a.g.e.**, s. 6; Fahiman Tekil, **Anonim Şirketler Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Alkım Yayınları, 1998, s. 1. Kumpanyalara sağlanan imtiyazlar arasında ticaret tekelinden başka, devlet adına ticaret anlaşması yapma, kale inşa etme, savaşa katılma, yargılama yapma ve gümrük vergisi muafiyetleri gibi istisnai ve kamusal imkânlar da bulunuyordu (Levy, **a.g.e.**, s. 18; Lehmann, **Entwicklung**, s. 82; Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §10 N. 20). Deniz ticareti haricinde, İngiltere'de ve Fransa'da

Hollanda'daki şirketlerin bir kısmının ise kraliyet fermanı yerine, parlamentoda kabul edilen özel kanunlarla kurulduğu görülmektedir[207]. Ne var ki ortaklığa tüzel kişilik kazandıran işlemin yürütmenin yerine yasama organının tasarrufunda olması, kuruluş işleminin doğrudan devlet tarafından gerçekleştirildiği olgusunu değiştirmemektedir. Söz konusu şirketlerin kamusal işlemle kurulmalarının yanında, devletin ekonomik amaçlarına hizmet etmeleri dolayısıyla özel hukuk ortaklığı olmayıp, kamu hukuku karakteri taşıdığı kabul edilmektedir[208].

Şirkete tüzel kişiliğini ve amacının gerektirdiği imtiyazları bahşeden ferman veya kanun, ayrıca ilgili şirketin hukuki statüsünü ve ortaklık içi düzenini de belirliyordu[209]. Bu kapsamda örneğin, yöneticilerin atanması, ücretleri, kârın dağıtılması ve ortaklığın muhasebesel düzeni fermanda tayin edilmiş oluyordu[210]. Üstelik şirketin kurulup tüzel kişilik kazanabilmesi için kurucular tarafından bir şirket sözleşmesinin akdedilmesi dahi gerekli değildi. Fakat fermanda düzenlenmeyen ortaklık içi hususlar hakkında sıklıkla şirketin kurulmasından sonra[211] bir şirket sözleşmesi düzenlenmekteydi[212]. Bu nedenle özellikle kuruluş

---

madencilik, kanal açma, demir yolları inşaatı ve dökümhane alanlarında faaliyet gösteren şirketler de büyük kumpanyaların ilk örnekleri arasında sayılmaktadır (Levy, **a.g.e.**, s. 24).

207 **a.e.**, s. 24-25; Formoy, **a.g.e.**, s. 21. İngiltere'de şirketlerin bir kısmı bu şekilde doğrudan kanunla (*special act of parliament*) kurulurken, bir kısmı ise parlamento tarafından kraliyete tanınan yetkinin, kral/kraliçe tarafından kullanılmasıyla (*charter of incorporation*) kurulmaktaydı (Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 8).

208 Bu dönemde kurulan kumpanyalar "*merkezî otoriteye sıkı sıkıya bağlı bir kamu kurumu*" olarak nitelendirilmektedir (Emille Gaillard, **La Société Anonyme de Demain: La Théorie Institutionnelle et le Fonctionnement de la Société Anonyme**, 11. bs., Paris, Sirey, 1932, s. 9). Benzer yönde bkz. Arslanlı, **AŞ I**, 2; Domaniç, **a.g.e.**, s. 239; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 449; Levy, **a.g.e.**, s. 53; Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 998; Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §10 N. 21.

209 Lehmann, **Entwicklung**, s. 84; Levy, **a.g.e.**, s. 96; Cosack, **a.g.e.**, s. 129; Formoy, **a.g.e.**, s. 21; Lévy-Bruhl, **a.g.e.**, s. 71; Cordes, Jahntz, **a.g.m.**, s. 15-16; Hirsch, **a.g.e.**, s. 150; Arslanlı, **AŞ I**, s. 2; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 274. İmtiyaz sisteminde kurucu işlemin bizzat ferman olduğu ve ortaklığın tabi olacağı kuralların, bir anlamda esas sözleşmenin, fermanda yer aldığı yönünde bkz. Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 480.

210 Lehmann, **Entwicklung**, s. 85.

211 İngiltere'deki kumpanyaların bir kısmı ise ilk aşamada ortaklar arasında kuruluş sözleşmesinin (*deed of settlement/partnership*) akdedilmesinden sonra çıkarılan kraliyet fermanı veya özel kanunla kuruluyordu (Formoy, **a.g.e.**, s. 21; Levy, **a.g.e.**, s. 26). Kuruluş sözleşmesinin akdedilmesinden sonra kraliyet fermanının alınamaması halinde, ortaklık tüzel kişilik kazanamıyor ve adi ortaklık (*partnership*) olarak kalıyordu (**a.e.**, s. 25). İngiltere'de normatif sistemin kabulünden önceki dönemde tüzel kişiliği haiz olmayan ortaklıklar yönünden şirket sözleşmelerinin, bugünkü şirketler hukuku kurallarını ikame ettiği yönünde bkz. John Armour et.

fermanında ayrıntılı düzenlemeler bulunan şirketler yönünden esas sözleşme özgürlüğünün neredeyse hiçbir rolü bulunmamaktaydı[213]. Görüldüğü üzere modern anonim şirketin temellerinin atıldığı dönemde esas sözleşmenin, ortaklığın kuruluşu ve ortaklık içi düzenin sağlanması bağlamındaki -kurucu ve düzenleyici- işlevleri[214] çoğunlukla devlet tarafından yerine getirilmekteydi. Pay sahipleri tarafından hazırlanan esas sözleşmenin ise henüz kuruluş işlemleri arasında yer almadığı, ancak daha sonra bu işlemler arasına dâhil edildiği anlaşılmaktadır.

FrTK'nın kabulüne kadar Avrupa'da anonim ortaklıkları düzenleyen genel ve soyut normlar bulunmamaktaydı. Her bir ortaklık için ayrı bir ferman veya kanun çıkarılmakta; dolayısıyla anonim ortaklıklar kendi kuruluş işleminde öngörülen kurallara tabi olmaktaydı[215]. Anonim ortaklık yapısının yeterince olgunlaşmamış ve Avrupa ülkelerinin de ulusal birliklerini tamamlamamış olduğu bu dönemde, henüz

---

al., **The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach**, 3. bs., Oxford, Oxford University Press, 2017, s. 17.

[212] Cordes, Jahntz, **a.g.m.**, s. 16. Hollanda'nın aksine, İngiltere'de imtiyaz sisteminin geçerli olduğu dönemde kuruluş fermanında yer alan düzenlemelerin sınırlı olduğu; dolayısıyla pay sahiplerine nispeten geniş bir sözleşme özgürlüğünün bırakıldığı gözlenmiştir. Örneğin, İngiltere Doğu Hindistan Şirketi'nin kuruluş fermanında esas sermaye miktarı dâhil birçok unsur açıkça öngörülmemiştir. Keza İsveç'te kurulan Levant Şirketi'nin ve Doğu Hindistan Şirketi'nin; Fransa'da kurulan Doğu Hindistan Şirketi'nin ve Batı Hindistan Şirketi'nin kuruluş fermanlarında da ortaklık içi düzene dair ayrıntılı hükümlere yer verilmeyip, bu hususlar esas sözleşme ve iç yönerge hükümlerine bırakılmıştır (Lehmann**, Entwicklung**, s. 84-86).

[213] Bu dönemde esas sözleşme özgürlüğünden bahsedilemeyeceği yönünde bkz. Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 998. Kuruluşu irade serbestisine dayanmayan bu tür şirketlerde sözleşme unsurunun bulunmadığı yönünde bkz. Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 52.

[214] Esas sözleşmenin işlevleri hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, A, 1.

[215] Levy, **a.g.e.**, s. 25; Cosack, **a.g.e.**, s. 130; Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 999; Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §10 N. 20. 1673 tarihli *Ordonnance du Commerce* (Fransız Ticaret Emirnamesi) ticaret hukukuna ilişkin genel ve soyut kurallar öngören ilk kanun olmuştur. Kanun kapsamında yalnızca kollektif ve komandit şirkete ilişkin hükümlerin yer almasına karşılık, anonim şirketin düzenlenmeyip komandit şirketin bir türü olarak değerlendirildiği yönünde bkz. Levy, **a.g.e.**, s. 53, 56; Arslanlı, **Kollektif**, s. 22; Domaniç, **a.g.e.**, s. 34. İngiltere'de sermaye piyasalarında yaşanan çöküşün ardından 11 Haziran 1720 tarihinde kabul edilen *The Bubble Act* temel olarak anonim ortaklık payları üzerindeki spekülasyonu engellemeyi amaçlamakta, ancak şirketler hukukuna dair genel kurallar öngörmemekteydi (Formoy, **a.g.e.**, s. 47-48; Ron Harris, "The Bubble Act: Its Passage and Its Effects on Business Organization", **The Journal of Economic History**, C: LIV, No: 3, 1994, s. 611-612). Modern anlamda şirketlere ilişkin genel hükümler içeren ilk kanun olan 1794 tarihli *Allgemeines Preußisches Landrecht* (Prusya Umumî Kanunnâmesi) ise anonim ortaklığa dair bir hüküm içermiyordu (Levy, **a.g.e.**, s. 96; Arslanlı, **Kollektif**, s. 22; Domaniç, **a.g.e.**, s. 36). Diğer şirket türlerinin yanında, anonim şirketleri de açık ve basit hükümlerle düzenleyen FrTK ise Kıta Avrupası'nı önemli ölçüde etkilemesi nedeniyle, anonim şirketler hukukunun ilk kodifikasyonu olarak nitelendirilmektedir (Arslanlı, **Kollektif**, s. 22; Domaniç, **a.g.e.**, s. 36; Tekil, **a.g.e.**, s. 3; Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §10 N. 21).

anonim ortaklıklar hukukunun varlığından bahsetmek mümkün olmayıp, her ortaklığın kendi hukukunun (*lex societatis*) bulunduğu söylenebilir[216]. Nitekim şirket sözleşmelerinin şirketler hukukundan da önce var olduğu, *Goethe*'nin *Faust* isimli eserindeki ünlü repliğinden alınan ilhamla "*başlangıçta şirket sözleşmesi vardı*" ifadesiyle vurgulanmıştır[217].

İmtiyaz sisteminde anonim şirketlerin kuruluşu ve faaliyetleri üzerinde devletin sürekli gözetiminin ve yoğun müdahalesinin bulunduğu vurgulanmalıdır[218]. Bu durum kumpanyalara sağlanan vergi muafiyetleri, sermaye toplama imkânı ve ticaret tekeli gibi imtiyazların suistimalinin önlenmesi amacıyla açıklanmaktadır[219]. Ancak devletin mutlak otoritesi anonim ortaklığın kuruluşu ve faaliyetleriyle sınırlı olmayıp, iç düzenine de uzanmaktaydı. Böylelikle azınlık pay sahipleri ortaklığın kontrolünü elinde tutan kişilere karşı korunabilmekteydi[220]. Zira pay sahiplerinin sermayedar olmaktan başka bir rolü ve ortaklık üzerinde bir etkisi olmayıp; ortaklığın kontrolü devlet tarafından tayin edilen kişilerin elinde toplanmaktaydı[221]. Üstelik henüz anonim ortaklıkların tabi olduğu genel ve soyut kuralların ihdas edilmemiş olmasına ve esas sözleşmesel düzenlemelerin yetersizliğine bağlı olarak, menfaatler dengesini sağlamaya elverişli ortaklık içi mekanizmalar da

---

[216] Bu nedenle dönemin anlatısını "şirketler hukuku tarihi" yerine, münferit "şirketlerin tarihi" olarak adlandırmanın daha isabetli olduğu yönünde bkz. Formoy, **a.g.e.**, s. 3.

[217] Holger Fleischer, Sebastian Mock, "Gesellschaftsverträge und Satzungen im Wandel der Zeiten", **Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht**, C: XXIII, No: 5, 2020, s. 161: "*Am Anfang war der Gesellschaftsvertrag*". *Faust*'taki repliğin aslı ise şu şekildedir: "*Im Anfang war die Tat*" ("*başlangıçta eylem vardı*").

[218] Örneğin, Hollanda'da kurulan Doğu Hindistan Şirketi'nin yönetimine ve kâr dağıtımına devlet yöneticileri doğrudan müdahale etmekteydi. Fransa'da devlet, Doğu Hindistan Ticaret Şirketi'nin yönetimine, âdeta emrindeki bir kamu kurumu gibi müdahale etmekteydi. Hatta Fransız Kralı, Yeni Gine Ticaret Şirketi'nin pay sahiplerini seçme hakkını elinde bulunduruyordu. Bkz. Levy, **a.g.e.**, s. 18-19. İngiltere ise Doğu Hindistan Şirketi'nde pay sahiplerinin genel kurulda oy hakkının doğması için, belirli oranda sermaye sahip olma koşulu getirmişti (**a.e.**, s. 26).

[219] Lehmann, **Entwicklung**, s. 82; Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 999. Devletin sağladığı imtiyazların ve yetkilerin aşılmasını engellemeyi amaçlayan "*ultra vires*" kuralı da bu kapsamda düşünülebilir. Şirketin hak ehliyetinin işletme konularıyla sınırlı olduğunu ifade eden kural, eTK m. 137'de yer alırken TK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte -en azından hak ehliyeti yönünden- terk edilmiştir.

[220] Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 999.

[221] Lehmann, **Entwicklung**, s. 85; Arslanlı, **AŞ I**, s. 2. Hollanda Doğu Hindistan Şirketi'nde pay sahipleri arasında aristokratik ilişkilere dayanan eşitsiz bir ilişki olduğu ve yalnızca belirli pay sahiplerinin yöneticileri seçme hakkı olduğu yönünde bkz Levy, **a.g.e.**, s. 19-20.

bulunmamaktaydı. Bu nedenle devletin sürekli gözetimi ile aktif müdahalesi, günümüzde anonim ortaklıklar hukukuna atfedilen işlevleri yerine getirmekteydi[222].

b. İzin Sistemi

18. yüzyılın sonunda yaşanan sanayi devriminin etkisi ve kumpanyaların sağladığı başarılar neticesinde, anonim ortaklıkların yaygınlaştığı ve pay sahiplerinin anonim ortaklık üzerindeki etkilerinin arttığı gözlenmiştir[223]. Dolayısıyla anonim ortaklık tipinin kanunla düzenlenmesi ve kuruluşunun kolaylaştırılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır[224]. 1789 tarihli Fransız İhtilali'nin etkisiyle hazırlanan FrTK, imtiyaz sistemine son vererek anonim ortaklığın kuruluşunu ve esas sözleşme değişikliklerini devletin iznine (*concession, Konzession*) bağlayan ilk kanun olmuştur[225]. İznin verilmesi için gerekli şartlar belirlenmiş ve belirli kişilere imtiyaz sağlanması usulü terk edilmiştir[226]. Bu noktadan hareketle, izin sistemi uyarınca kurulan anonim ortaklıklar özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirilmektedir[227].

İmtiyaz sisteminin kaldırılmasıyla anonim ortaklığı kuran ve ortaklık içi düzeni oluşturan iradenin sahibi devlet olmaktan çıkmıştır. İzin sisteminde ortaklığın kurulmasına karar verenler ile esas sözleşmenin içeriğini belirleyenler pay sahipleridir. Devletin anonim ortaklık esas sözleşmesini bizzat düzenlemekten çekilerek izin merci konumuna gelmesi nedeniyle, izin sistemine geçişi esas sözleşme özgürlüğünün güçlendirildiği bir aşama olarak değerlendirmek isabetli olur[228]. Üstelik bu dönemde kanunlarda yer alan kuralların sayısının günümüze

---

[222] İmtiyaz sisteminde devletin aktif müdahalesi, anonim ortaklıklar hukukunun ikamesi olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 999.

[223] Arslanlı, **AŞ I**, s. 2; Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §10 N. 21; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 53.

[224] Ansay, **a.g.e.**, s. 6.

[225] Michel Germain, Véronique Magnier, **Les Sociétés Commerciales**, 21. bs., Paris, L.G.D.J., 2014, N. 1883. FrTK Art. 37 "*anonim şirket yalnızca hükümetin izniyle ve şirketi kuran işlemi onaylamasıyla varlık kazanabilir*" hükmünü içermektedir. Fransızca aslı: "*La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du Gouvernement, et avec son approbation pour l'acte qui la constitue ...*".

[226] Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1002; Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §10 N. 21.

[227] Lehmann, **Entwicklung**, s. 89; Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1000; Arslanlı, **AŞ I**, s. 2; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 275.

[228] Bu yönde bkz. Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1002; Fleischer, Mock, **a.g.m.**, s. 162.

kıyasla oldukça sınırlı olması karşısında, esas sözleşmenin kanun boşluklarını kapatmakta önemli bir yer tuttuğu da vurgulanmalıdır[229]. Devletin anonim ortaklıklar üzerindeki gözetim ve denetim faaliyetlerini hâlihazırda idari izin aracılığıyla yerine getirmesi nedeniyle, kanunda esas sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan detaylı kurallara yer verilmemiştir[230]. Gerçekten geniş takdir yetkisiyle donatılmış bir resmi merciin iznini almadan tüzel kişiliğin kurulması dahi mümkün değilken, kanunda ayrıntılı kurallara yer verilmesine ihtiyaç bulunmayabilir. Bu dönemde esas sözleşme hükümlerinin kanunda öngörülen anonim ortaklık tipinden bağımsız olarak ihtiyaçlar doğrultusunda tasarlanabilmesi, anonim ortaklıklar hukukunun gelişmesine katkı sağlamıştır[231].

Diğer taraftan ortaklığın kurulması ve esas sözleşmenin değiştirilmesi için gereken iznin verilmesinde devletin sahip olduğu geniş takdir yetkisi, ortaklığın iç ve dış ilişkileri üzerinde kamunun etkisinin sürmesini sağlamıştır[232]. Nitekim kurucular kanunda öngörülen şartları yerine getirmiş olsa bile, ortaklığın tescilini talep etme hakları bulunmamaktaydı[233]. Kurulması planlanan ortaklığın işletme konusunun, ulusal ekonomik veya sosyal politikalarla uyumlu olmaması sebebiyle, devletin izin vermekten imtina etmesi mümkündü[234]. Bu nedenle devlet, takdir yetkisi çerçevesinde esas sözleşmenin içeriğine aktif ve keyfî olarak müdahale etme imkânına sahipti.

---

[229] İzin sistemini tarihte ilk kez Fransa'da yürürlüğe sokan FrTK, sistemi Almanya'da ilk kez demiryolu şirketleri bakımından kabul eden 3 Kasım 1838 tarihli *Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen* (Demir Yolu İşletmeleri Kanunu), sistemi Almanya'da tüm anonim şirketler açısından benimseyen 9 Kasım 1843 tarihli *(Preußisches) Gesetz über Aktiengesellschaften* (Prusya Anonim Şirketler Kanunu) ve 1861 tarihli ADHGB hükümlerini esas sözleşme özgürlüğü açısından inceleyen bir çalışma için bkz. Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1001-1002. FrTK ve 1843 Prusya Anonim Şirketler Kanunu açısından bkz. Levy, **a.g.e.**, s. 56-57, 98-99.

[230] Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1003; Fleischer, Mock, **a.g.m.**, s. 162.

[231] 1861 tarihli ADHGB'nin yürürlükte olduğu dönemde Alman öğretisinde esas sözleşme serbestisi bakımından özgürlükçü bir görüşün hakim olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim her türlü şirketin esas sözleşmesini düzenlemenin kanun koyucunun görevi olmadığı; aksine, şirketlerin özgül ihtiyaçlarına yönelik olarak serbesti sağlamakla bu ihtiyacın karşılanabileceği dile getirilmiştir. Bkz. Achilles Renaud, **Das Recht der Actiengesellschaften**, Leipzig, Bernhard Tauchnitz, 1863, s. 240-241.

[232] Arslanlı, **AŞ I**, s. 2; Özsunay, **a.g.e.**, s. 53.

[233] Hirsch, **a.g.e.**, s. 251; Arslanlı, **AŞ I**, s. 22.

[234] Bahtiyar, Biçer, **a.g.m.**, s. 103 ve dn. 5'te yer alan eserler.

c. Normatif Sistem

Serbest piyasa ekonomisinin ve devletin müdahalesini en aza indirmenin savunucusu olan liberal yaklaşım 19. yüzyılda Avrupa çapında egemenliğini ilan etmiştir. Özel hukukun diğer alanlarında olduğu gibi, şirketler hukukundaki kanunlaştırma çalışmaları da özgürlükçü akımın etkisi altında gerçekleştirilmiştir. Buna paralel olarak anonim ortaklığın ekonomik planda önem kazanması ve kuruluşunun kolaylaştırılmasına duyulan ihtiyaç daha da belirgin hale gelmiştir. 15 Eylül 1844 tarihli Anonim Ortaklıklar Kanunu (*Joint Stock Companies Act of 1844),* İngiltere'de izin sistemini ilga ederek normatif sisteme geçişi sağlamış; böylelikle liberal yaklaşım Avrupa'da şirketler hukukunda ilk meyvesini vermiştir [235]. İngiltere'deki bu açılımı, Fransa'da 24 Temmuz 1867 tarihli Ticaret Ortaklıkları Hakkında Kanun (*Loi du 24 juillet 1867 sur Les Sociétés Commerciales*), Almanya'da 11 Haziran 1870 tarihli Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar ve Anonim Ortaklıklar Hakkında Kuzey Almanya Devletleri Kanunu (*Gesetz des Norddeutschen Bundes betreffend die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 11 Juni 1870*) ve İsviçre'de OR 1881 takip etmiş; normatif sistem kısa sürede diğer Avrupa ülkelerine de yayılmıştır[236].

Normatif sistem uyarınca, anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanması için devletin izni aranmamaktadır. Kanunda belirtilen şartlara uygun esas sözleşmenin ticaret siciline tescil edilmesi, anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanması için gerekli ve yeterli olmaktadır [237]. Söz konusu şartlara uymak ve kuruluş işlemlerini gerçekleştirmek kaydıyla, herkes anonim ortaklığın tescilini talep etme hakkına kavuşmuştur. Başka bir ifadeyle, kuruluşa dair yasal koşulların yerine getirilmesi halinde, ortaklığın tescili zorunlu hale gelmiştir[238]. Böylelikle anonim ortaklığın

---

[235] Esasında İngiltere'de normatif sistem ilk olarak 1826 tarihli *Banking Co-partnership Act* (Banka Ortaklığı Kanunu) ile banka anonim ortaklıkları yönünden kabul edilmiş olmasına karşın, 1844 tarihli Anonim Ortaklıklar Kanunu belirli sektörlerde (bankacılık, eğitim, madencilik vb.) faaliyet gösteren şirketleri tekrar izin sistemine dâhil etmiştir (Formoy, **a.g.e.**, s. 67; Levy, **a.g.e.**, s. 59-66).

[236] Bazı kaynaklarda anonim ortaklıklar bakımından normatif sistemi kabul eden ilk ülkenin Fransa olduğu belirtilmekteyse de [örn. bkz. Arslanlı, **AŞ I**, s. 2-3; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 2] izin sistemini terk ederek, normatif sistemi benimseyen ilk ülke İngiltere olmuştur.

[237] Meier-Hayoz, Forstmoser, Nobel, **a.g.e.**, §4 N. 25.

[238] Arslanlı, **AŞ I**, s. 3; Özsunay, **a.g.e.**, s. 54; Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §10 N. 22.

kuruluşu, devletin takdir yetkisi dairesindeki bir idari tasarrufa bağlı olmaktan çıkarılarak, öngörülebilir kurallara tabi kılınmıştır. Söz konusu normlara uygunluğun denetimi ise özellikle kuruluş ve esas sözleşme değişikliği aşamalarında tescil talebini değerlendiren resmi makam tarafından yerine getirilmektedir. Tescil talebinin kabulü neticesinde sicil kaydının yapılması, kuruluşun veya esas sözleşme değişikliğinin yasal koşullara uygunluğunu göstermektedir[239].

Normatif sistemde ortaklığın kurulmasına ve iç düzenine karar veren iradenin pay sahiplerine ait olduğu söylenebilir. Zira ortaklığın kuruluş işlemleri arasında yerini alan esas sözleşme pay sahipleri tarafından düzenlemekte; ayrıca asgari şartları taşıyan ve emredici hükümlere aykırı olmayan esas sözleşmenin içeriğine devlet müdahale edememektedir. Buradan hareketle, öğretide, normatif sisteme geçişin, devletin anonim ortaklık düzeni üzerindeki müdahalesini azalttığı ileri sürülmüştür[240]. Gerçekten devletin esas sözleşme içeriğine aktif ve keyfî şekilde müdahale etmesine olanak sağlayan hukuki araçların daraldığı söylenebilir. Bu kapsamda devletin geniş takdir yetkisini kullanarak, ortaklığın kurulmasını engelleme gücü normatif sistemde bertaraf edilmiştir.

Öte yandan kuruluş öncesinde izin şartının kaldırılması, azınlık pay sahipleri ve alacaklılar gibi şirket ilgililerinin menfaatlerinin korunması bağlamında anonim ortaklıklar hukuku kurallarının önemini artırmıştır[241]. Zira normatif sistemde şirket ilgililerinin menfaatlerinin korunması, genel ve soyut normlar ile söz konusu normların uygulanmasını sağlayan şirket içi mekanizmalar (örn. dava hakları)

---

[239] Öte yandan tescil, ortaklığın tüzel kişiliği haricinde, Türk hukukunda esas sözleşme hükümleri bakımından sağlığa kavuşturucu bir etkiye sahip değildir. Bu bakımdan tescil ve ilan edilmiş olsa dahi esas sözleşmenin emredici hukuk normlarına aykırı hükümleri geçerlilik kazanmaz.

[240] Arslanlı, **AŞ I**, s. 3; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 2; Klaus J. Hopt, "Ideelle und wirtschaftliche Grundlagen der Aktien-, Bank- und Börsenrechtsentwicklung im 19. Jahrhundert", **Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert**, C: V, Ed. Helmut Coing, Walter Wilhelm, 1980, s. 128.

[241] Devletin verdiği izin, ortaklığın işleyişi hakkında pay sahipleri ve kamu nezdinde güven oluştururken, devletin gözetim ve denetim görevlerini tam olarak yerine getirememesi karşısında, emredici normların bu işlevi daha etkili şekilde ifa edebileceği ileri sürülmüştür. Bu husus Almanya'da 11 Temmuz 1870 tarihli kanunun gerekçesinde açıkça vurgulanmıştır. Gerekçenin ilgili kısmı için bkz. Spindler, **Satzungsfreiheit**,s. 1004-1005.

aracılığıyla sağlanmaktadır[242]. Görüldüğü üzere menfaat sahiplerinin korunması bakımından imtiyaz ve izin sistemleri çerçevesinde yürütmenin taşıdığı ağır yük, tam olarak ilga edilmemekle birlikte[243], norm düzeyinde koruma sistemine aktarılmıştır. Bu durum ise normatif sistemin kabulünden itibaren esas sözleşmenin içeriğine dair kısıtlamalar getiren emredici kanun hükümlerinin sayısında önemli bir artışa neden olmuştur[244]. Bu gelişme karşısında normatif sisteme geçişi, ortaklığın kuruluşunu kolaylaştırmakla beraber, esas sözleşme özgürlüğünü genişletici bir aşama olarak nitelendirmek isabetli bir tespit olmayabilir.

Özetle, özel hukukta sözleşme özgürlüğünün tarihsel süreçte izlediği döngüsel harekete benzer bir örüntüyü, anonim ortaklıklar hukukunda esas sözleşme özgürlüğü bakımından gözlemlemek mümkündür. Nitekim ortaklıklar hukukunun kodifikasyon çağına denk düşen liberalleşme eğilimi ve anonim ortaklık modelinin ekonomik sistem içinde yükselen konumu, ilk etapta ortaklığın kuruluşunun kolaylaştırılmasıyla ve devletin ortaklık düzenindeki aktif rolünün sınırlandırılmasıyla sonuçlanmıştır. Ne var ki sözleşme özgürlüğünün zayıf tarafın korunması uğruna daraltılmasında olduğu gibi, esas sözleşme özgürlüğü de kontrol sahibi karşısında, zayıf konumdaki şirket ilgililerinin korunması amacıyla sınırlandırılmıştır.

---

[242] Cosack, **a.g.e.**, s. 132; Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1006. Sicil kayıtlarının aleniyeti de söz konusu koruma mekanizmalarının bir parçası olarak anılmalıdır.

[243] Örneğin istisnai durumlarda ilgili bakanlığın anonim ortaklığın feshini talep etme yetkisine sahip olması (TK m. 210, 353); kamu tüzel kişilerine bazı ortaklıkların yönetim kurulunda temsilci bulundurma imkânı verilebilmesi (TK m. 334) ve bazı genel kurul toplantılarının bakanlık temsilcisinin gözetiminde yapılması zorunluluğu (TK m. 407/3) yürütmenin anonim ortaklık düzeni üzerindeki gözetim yetkisinin ve görevinin sürdüğünü göstermektedir. Genel olarak devletin anonim ortaklık üzerindeki gözetim, denetim ve müdahalesine dair kapsamlı açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 1, b.

[244] Emredici hükümlerin sayısındaki artışa ilişkin bkz. Cosack, **a.g.e.**, s. 130-131. İzin sisteminden normatif sisteme geçişi "paradigma değişimi" ve "kırılma" olarak niteleyen *Spindler*, emredici hükümlerin sayısındaki artış nedeniyle esas sözleşme özgürlüğünün daraldığını ileri sürmektedir (Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1005). Anonim ortaklığın kuruluşunda izin aranmamakla birlikte, ortaklığın kuruluşunun ve faaliyetinin, menfaat sahiplerini koruyucu normlara bağlandığı yönünde bkz. Bahtiyar, Biçer, **a.g.m.**, s. 104 dn. 7.

2. Türk Hukukunda

a. Kanunname-i Ticaret-i Berriye Dönemi

Tüzel kişiliği haiz modern anonim ortaklıklar, hukukumuza ilk kez 3 Ağustos 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret-i Berriye'nin kabulüyle girmiştir[245]. 1807 tarihli FrTK'nın birinci ve üçüncü kitaplarının çevirisinden ibaret olan Kanunname-i Ticaret anonim ortaklıkların kuruluşu bakımından izin sistemini benimsemişti. Kanun'un 28. ve 31. maddeleri uyarınca anonim ortaklıklar, fermân-ı âlî ile izin verilmesinin ardından pay sahipleri arasında esas sözleşmenin imzalanmasından sonra devletin izniyle (İrade-i Seniyye-i Şahane) faaliyete geçebilmekteydi[246]. Ayrıca Kanunname-i Ticaret m. 34 uyarınca, şirketin kuruluşuna dair verilen iznin ve esas sözleşmenin ticarethanenin duvarına yapıştırılmak suretiyle ilanı gerekmekteydi[247].

b. eTK 1926 Dönemi

Cumhuriyet'in ilanından sonra kabul edilen eTK 1926'da izin sistemi muhafaza edilmiştir. Anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanması için kurucular tarafından imzalanan esas sözleşmenin (eTK 1926 m. 279/1) Ticaret Bakanlığına

---

[245] Arslanlı, **Kollektif**, s. 16. Kanunname-i Ticaret, yalnızca kara ticaret hukukuna ilişkin hükümler içeren Kanunname-i Ticaret-i Berriye'nin kabulünden sonra çıkarılan zeyilleriyle tam şeklini almıştır (Reha Poroy, "Son Elli Yılda Türkiye'de Kara Ticareti Hukuku Alanındaki Kanunlaştırma Hareketlerinin Genel Teori Açısından Değerlendirilmesi", **50. Yıl Armağanı: Cumhuriyet Döneminde Hukuk**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1973, s. 589-590). Kanunname-i Ticaret'in yürürlüğe girmesinden önceki ortaklık tipleri ve ortaklıklar hukukuna ilişkin bilgi için bkz. Ahmet Akgündüz, **İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, Özel Hukuk-II (Miras-Borçlar-Eşya-Ticâret ve Devletler Hususî Hukuku)**, C: III, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2012, s. 943-952; Arslanlı**, Kollektif**, s. 8-19. Kanunname-i Ticaret'in şer'î hükümleri ilga etmediği ve Mecelle'nin kanun boşluklarını (örn. şirketin sermayesine dair hususlar) dolduracak şekilde, 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin yürürlüğe girdiği 4 Ekim 1926 tarihine kadar uygulanmaya devam ettiği yönünde bkz. Poroy, **a.g.m.**, s. 588-589; Akgündüz, **a.g.e.**, s. 951.

[246] Kanunname-i Ticaret m. 28'in latin harflerine çevirisi şu şekildedir: "*Tesmiyesiz şirketin akd ve tanzimine evvel emirde bâ fermân-ı âlî izin verildikten sonra şerikler beyninde tertip olunacak konturato senedi bittakdim mazmûmunda mülk ve millete mazarratlu şurut ve kuyud olmadığı takdirde icrasına irade-i seniyye-i şahane sudur eder ise ol şirketin tanzim ve icrâsı câiz olur*". Kanunname-i Ticaret m. 31'in latin harflerine çevirisi şu şekildedir: "*Bilâ tesmiye olan şirketlerin konturatoları ticârethâne ma'rifetiyle tanzim olunup ba'dehu arz ve istizan olunmak lâzımedendir*". Çeviri için bkz. Fikri Gürzumar, Tekin Gürzumar, **Kanûnnaâme-i Ticâret ve Zeyilleri**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1962, s. 49.

[247] Kanunname-i Ticaret m. 34'ün latin harflerine çevirisi şu şekildedir: "*Anonim ya'ni bilâ tesmiye şirketlerin akdine dâir sâdır olan irade-i seniyye-i şahane ve şirketin mukavele senedi ticârethânede duvara yapıştırılıp hengâm-ı vâhidde iki birden i'lân kılına*". Çeviri için bkz. Gürzumar, Gürzumar, **a.g.e.**, s. 50.

tevdi edilmesi ve Bakanlar Kurulundan izin alınması gerekmekteydi (eTK 1926 m. 280). İznin alınmasından sonra gerekli diğer kuruluş işlemlerinin (örn. sermaye taahhüt bedelinin asgari zorunlu kısmının ödenmesi, tedricî kuruluşa dair işlemler, nitelikli kuruluş işlemleri vb.) tamamlanmasını takiben, ticaret mahkemesinin kuruluşu onaması (eTK 1926 m. 299) ve şirketin ticaret siciline tescil ve ilan ettirilmesi gerekmekteydi (eTK 1926 m. 300). Bakanlar Kurulu izin konusunda sahip olduğu takdir yetkisini, dönemin ekonomi politikalarına yön veren devletçilik anlayışı çerçevesinde kullanarak ortaklık düzeni üzerinde oldukça etkili olabilmekteydi [248] . Esas sözleşme değişikliği bakımından kanunda açık bir düzenlenme bulunmamakla beraber, genel kurulun tadil kararının da Bakanlar Kurulunun onayına sunulması şeklindeki teamül eTK'nın yürürlüğe girmesine kadar uygulanmıştır[249].

c. eTK Dönemi

1 Ocak 1957'de yürürlüğe giren eTK izin sistemini koruyarak anonim ortaklığın kuruluşuna izin verme yetkisini Sanayi ve Ticaret Bakanlığına vermiştir (eTK m. 273) [250] . Ayrıca esas sözleşme değişikliklerinde de -genel kurul

---

[248] Hirsch, **a.g.e.**, s. 251. Bu dönemde izin yetkisinin fiilen Ticaret Bakanlığı tarafından kullanıldığı yönünde bkz. Bahtiyar, Biçer, **a.g.m.**, s. 107.

[249] Arslanlı, **AŞ I**, s. 11.

[250] eTK'nın 1951 tarihli tasarısını hazırlamış olan *Ernst Hirsch'*in, "Ticaret Hukuku Dersleri" başlıklı eserinin 1948 tarihli 3. basısında yer verdiği normatif sistem hakkındaki görüşleri ve dönemin devletçi, planlamacı ekonomi politikaları -eTK'nın mehazını teşkil eden OR 1936'nın aksine- izin sisteminin sürdürülmesinin gerekçelerine ışık tutmaktadır. Bkz. Hirsch, **a.g.e.**, s. 251: "*Liberal iktisat telakkilerinin bir mahsulü olan tescil sistemi, yalnız müessislerin şahsi menfaatlerine hizmet eder. Halbuki bir anonim şirketin tesisi keyfiyeti millî ekonomide oynadığı mühim rol hasabile yalnız fertleri ilgilendiren ve onların menfaatine hizmet eden bir hadise değildir. Ekonomi politikasında devletçilik yolunu tutan bir devlet, anonim şirketlerin tesisinde, tescil sistemine iltifat edemez. Bundan ötürü Türk hukukunda müsaade sistemi câridir*". Ne var ki 1959 yılındaki Ticaret ve Banka Hukuku Haftası'nın 27 Nisan günündeki oturumunda, *Hirsch* 1950'lerden itibaren ekonomi politikasında güçlenen liberal eğilime karşın, hükümetin normatif sisteme geçişe karşı direncine dikkat çekmiş ve kabul edilen sistemi bir ara yol olarak nitelemiştir. Bkz. Ernst Hirsch, "İkinci Tebliğe Ait Müzakereler", **Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (27 Nisan - 3 Mayıs 1959)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1960, s. 359-360: "*... 280. maddenin 2 inci fıkrası, tâbiri caizse, iktisat politikasından ileri gelen bir hükümdür. Bu kanunun tasarıları hazırlandığı vakit, biliyorsunuz ki, devletçilik prensipleri hüküm sürüyordu. 1950 senesinde bu devletçilik politikası terkedildi ve onun yerine serbest iktisat politikası diye başka bir ideoloji, başka bir siyaset ilmî ilân edildi. ... Hükümet isterse izin veriyordu, isterse vermiyordu. Çünkü hükümet Türkiye'de mevcut olan sermayeyi yalnız muayyen maksatlara tahsis etmek istiyordu. ... Halbuki 1950 ve bu seneyi takip eden senelerde başka prensipler kabul olunmuştur. Bu takdirde hükümetin veyahut İktisat ve Ticaret Vekâletinin izninin manâsı nedir; diye bir sual*

toplantısından önce- Bakanlıktan izin alınması gerektiği açık hükme bağlanmıştır (eTK 386). İzin mercinin bakanlık seviyesine indirilmesine ek olarak, devletin kuruluşa izin verip vermeme konusunda sahip olduğu takdir yetkisi de kısıtlanmıştır (eTK m. 280/2) [251]. Anılan hüküm uyarınca "*İktisat ve Ticaret Vekaleti esas mukavelelerin kanunun müffessir hükümlerinden ayrıldığını ileri sürerek izinden imtina edemez*". Görüldüğü üzere eTK esas sözleşmenin kanunun yedek hükümlerinden sapabileceğini ve Bakanlığın bu sebeple izin vermekten kaçınamayacağını açıkça öngörmüştür[252]. Maddenin gerekçesinde, devletin denetim yetkisi ile pay sahiplerinin irade özerkliği arasındaki sınırın kesin şekilde çizildiği; bu bağlamda esas sözleşme özgürlüğünün genişletildiği vurgulanmıştır[253].

Öte yandan hükmün karşıt anlamından, esas sözleşmenin emredici hükümleri ihlal etmesi halinde Bakanlığın izinden imtina edebileceğinin anlaşılması nedeniyle, Bakanlığın inceleme yetkisinin kapsamı öğretide tartışma konusu olmuştur. Bu bağlamda Bakanlığın (i) yalnızca hukuki açıdan inceleme yapabileceği; (ii) hukuki

---

karşısındayız. Eğer müsaade sistemi terk edilecek olursa, bu takdirde hükümetin veyahut herhangi bir vekâletin iznine ihtiyaç yoktur, bu maddeyi kaldıralım, çünkü hukuk bakımından bunu tetkik edecek merci ticaret mahkemesidir. ... Fakat şu veya bu siyasî sebeplerden dolayı tam bir serbesti vermek istemeyen hükümet buna razı olmamış ve bir nevi kompromi olarak 280 inci maddenin 2 inci fıkrasının bugünkü şekli teklif edilmiştir".

[251] Anonim ortaklığın kurulması için gereken iznin yanında, tüzel kişiliğin doğması için ticaret siciline tescilin de şart olduğu (eTK m. 301/1); bu nedenle eTK'nın izin sistemi ile normatif sistemin karışımından oluşan karma bir düzen öngördüğü yönünde bkz. Arslanlı, **AŞ I**, s. 23. eTK m. 280/2 uyarınca izin mercinin takdir yetkisinin kısıtlanmış olmasından hareketle, normatif sistemin benimsendiği yönünde bkz. Karayalçın, **a.g.e.**, s. 94. Benzer yönde bkz. Ünal Tekinalp, **Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965, s. 70 Kuruluşa dair koşulların ve işlemlerin yerine getirilmesine rağmen, ortaklığın tüzel kişilik kazanması için ayrıca devletin izni gerekli olduğundan hareketle, izin sisteminin kabul edilmiş olduğu yönünde bkz. İmregün, **AO**, s. 12; Ansay, **a.g.e.**, s. 60; Poroy, (Tekinalp, Çamoğlu), **2010**, N. 480a. Öğretideki bu görüş ayrılığının, kuruluş sisteminin nitelendirilmesinde başvurulan kriter farklılığından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Anılan yazarların esas aldığı kriterler arasında (i) tüzel kişiliği doğuran işlemin kimliği, (ii) izin mercinin takdir yetkisinin kapsamı ve (iii) kuruluş işlemleri arasında idareden izin alınıp alınmadığı hususları bulunmaktadır.

[252] Ortaklığın kuruluş aşamasında devletin takdir yetkisine kısıtlama getiren eTK m. 280/2'nin esas sözleşme değişikliklerinde de geçerli olduğu yönünde bkz. Arslanlı, **AŞ I**, s. 12.

[253] Adliye Encümeni Mazbatası'nda maddenin gerekçesi şu şekilde belirtilmiştir: "*Ticaret Vekâletine tanınmış olan murak[a]be hakkı ile fertlere tanınmış olan irade serbestliğinin hududları kesin şekilde belirtilmiş ve gerek vekâletin murak[a]be vazifesinin gerekse fertlerin mukaveleyi tanzim sırasındaki faaliyetlerinin kolaylaştırılması bakımından kanunun tefsir edici hükümlerine aykırı olarak kurucular tarafından mukavelelere şart konulmuş olması sebebiyle vekâletin izin vermekten kaçınamayacağı açıklanmıştır*". Gerekçe metni için bkz. Arslanlı, **AŞ I**, s. 11.

incelemeyle yetinmeyip, kamunun menfaati bakımından ekonomik değerlendirme de yapması gerektiği, ve son olarak (iii) hukuki değil, yalnızca ekonomik inceleme yapabileceği görüşleri ileri sürülmüştür[254]. Uygulamada ise Bakanlığın anonim ortaklık esas sözleşmesinin emredici hükümlere uygunluğunu incelediği; ne var ki söz konusu incelemenin yürütülmesinde bu sınırı fiilen aştığı ve denetimin ölçütlerinin belirsiz olduğu belirtilmiştir[255].

Ayrıca eTK 1926'ya benzer şekilde, anonim ortaklığın kuruluş aşamasında Bakanlığın incelemesinden başka, ticaret mahkemesinin onama (eTK m. 299/4) ve ticaret sicil memurluğunun tescil (eTK m. 300-3991, 34/2) işlemleri sırasında esas sözleşmeyi, *inter alia,* emredici hükümler bakımından incelemekle görevli olduğu belirtilmelidir[256]. Görüldüğü üzere eTK çerçevesinde kurucular tarafından imzalanan ve imzaların noterce onaylandığı esas sözleşmenin Bakanlık, ticaret mahkemesi ve ticaret sicil memurluğunun incelemesinden geçtiği üç aşamalı bir denetim sistemi yürürlükteydi. Üstelik belirli anonim ortaklıklar bakımından söz konusu aşamalara ek olarak, bazı izin veya işlemler de öngörülmüş bulunmaktaydı[257]. Anonim

---

[254] Bakanlığın yetkisinin, esas sözleşmenin emredici hükümlere uygunluğunu ve esas sözleşmede asgari unsurların bulunup bulunmadığını kontrol etmekle sınırlı olduğu yönünde bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s. 245-246; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 24; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 176 vd., 300 vd.; Tekinalp, **YK**, s. 70; Poroy, (Tekinalp, Çamoğlu), **2010**, N. 490; Bahtiyar, Biçer, **a.g.m.**, s. 119-120. İnceleme yetkisinin, esas sözleşmenin emredici hükümlere uygunluğuyla sınırlanamayacağı; Bakanlığın öncelikle kurulması talep edilen şirketin, ulusal ekonomiye katkısını ve uyumunu değerlendirmesi gerektiği yönünde bkz. Arslanlı, **AŞ I**, s. 47-48; Celal Göle, "Anonim Ortaklıklarda Ticaret Bakanlığının İzni ve Danıştay", **BATİDER**, C: X, 1979, s. 449 ve dn. 28'de anılan eserler. Bakanlığın emredici hükümlere uygunluğu denetleme yetkisinin bulunmadığı; yalnızca kurulmak istenen şirketin ekonomik düzene uygunluğunu ve faydasını, bu kapsamda kalkınma planlarını da dikkat alarak incelemesi gerektiği yönünde bkz. İmregün, **AO**, s. 12-13. Ansay, **a.g.e.**, s. 60. Tartışma hakkında bilgi için ayrıca bkz. Hirsch, **a.g.m.**, s. 359-360; Bahtiyar, Biçer, **a.g.m.**, s. 108-116. İzin sistemi çerçevesinde Bakanlığın anonim ortaklıkların kuruluşunu ekonomik açıdan inceleme yetkisi AY m. 48/2, 166 ve 167 hükümlerine dayandırılmasına (İmregün, **AO**, s. 13) karşı; kuruluşa müdahale edilmeyip, teşvik mekanizmalarının kullanılmasının anayasal girişim özgürlüğünü düzenleyen AY m. 48/1'le uyumlu olacağı yönünde bkz. Kendigelen, Abuzer: "Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığın Kuruluşu", **40. Yılında Türk Ticaret Kanunu**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1997, s. 78.

[255] Domaniç, **a.g.e.**, s. 245; İmregün, **AO**, s. 13 dn. 11, s. 54-55; Bahtiyar, Biçer, **a.g.m.**, s. 404.

[256] Bakanlık izninden ve ticaret mahkemesinin onamasından geçmiş bir hususta, sicil memurunun kanuna aykırılığı son merci olarak incelemesinin mümkün olmadığını; kaldı ki ticaret mahkemesi kararının kesin olduğunu vurgulayan *İmregün*, söz konusu incelemenin yalnızca mahkeme onamasına tabi olmayan şirketler için mümkün olduğunu ileri sürmüştür (İmregün, **AO**, s. 58). K.g. Arslanlı, **AŞ I**, s. 70; Domaniç, **a.g.e.**, s. 342; Ansay, **a.g.e.**, s. 62-63.

[257] Örneğin, kuruluşta halka açılma kapsamında Bakanlık izni ve tescil işlemi arasında SPK tarafından "kurul kaydına alınma" işleminin gerçekleştirilmesi (eSerPK m. 4/1); sermaye piyasası

ortaklığın kuruluş işlemlerinin gereksiz derecede masraflı ve uzun olduğu yönündeki eleştiriler doğrultusunda ise 1995 ve 2003 yıllarında önemli değişiklikler yapılmıştır.

Öncelikle 24 Haziran 1995 tarihli ve 559 sayılı KHK [258] ile eTK'nın kuruluşun ticaret mahkemesince onanmasını öngören 299. maddesi ilga edilmiştir. Böylece anonim ortaklığın kuruluş aşamalarının sayısı azaltılarak, esas sözleşmenin denetimi Bakanlığa ve ticaret sicil müdürlüklerine bırakılmıştır[259]. Ayrıca eTK m. 274'te yapılan değişiklikle Bakanlığa eTK'nın ticaret şirketlerine ilişkin hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili olarak düzenleme yetkisi tanınmış ve Bakanlığın denetim yetkilerinin kapsamı genişletilmiştir[260].

11 Haziran 2003 tarihli ve 4884 sayılı Kanun[261] ise eTK'nın 273. maddesinde yaptığı değişiklikle, anonim ortaklıkların kuruluşunun ve esas sözleşme değişikliklerinin Bakanlık iznine tâbi olmadığını öngörmüştür. Kural bu olmakla beraber, aynı hükümde Bakanlık tarafından çıkarılacak bir tebliğ[262] ile belirlenecek

---

kuruluşlarının faaliyete başlayabilmeleri için SPK izninin alınması (eSerPK m. 31-39); yatırım fonu kurmak isteyen banka ve sigorta şirketlerinin SPK'ya başvurması halinde Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı'nın olumlu görüşünün alınması (eSerPK m. 38); finansal kiralama şirketlerinin Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Bakanlığın izninin alınması (eFKK 10/2); banka anonim ortaklığının kuruluşunda Bakanlık izninden önce Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı'ndan izin alınması ve son aşamada Bakanlar Kurulu'ndan izin alınması (25.04.1985 t. ve 3182 sayılı Bankalar Kanunu m. 4 ve 8) gerekmekteydi. 1999 yılında ise banka anonim ortaklıklarının kuruluşu, önce BDDK'nın önerisiyle Bakanlar Kurulunun vermesi gereken izne bağlanmış; kısa bir süre sonra izin yetkisi tek başına BDDK'ya bırakılmıştır. Benzer şekilde finansal kiralama şirketlerinin kuruluş izni de 01.01.2006'dan itibaren BBDK'ya bırakılmıştır.

[258] 27.06.1995 t. ve 22326 sayılı RG.

[259] Söz konusu değişiklik kapsamında ayrıca ticaret sicil müdürlükleri üzerindeki Adalet Bakanlığı ve Asliye Hukuk Mahkemesi'nin yönetim ve denetim yetkileri, Ticaret ve Sanayi (veya Ticaret) Odaları ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığına bırakılmıştır (eTK m. 26, 27). Bu nedenle izin merci konumundaki bakanlığın denetimi altındaki sicil memurunun, bakanlıktan farklı bir karar vererek, tescilden kaçınma olasılığının düşük olduğuna dikkat çekilmiştir (Kendigelen, **Kuruluş**, s. 79). 559 sayılı KHK'dan önce, ticaret mahkemesi ile mahkeme denetimindeki sicil memurluğu arasında da benzer bir durum olduğu yönünde bkz. **a.e.**, s. 77.

[260] Bakanlık eTK m. 274 çerçevesinde, anonim ve limited şirketlerin kuruluşunu ve esas sözleşme değişikliğini düzenlemek üzere, İçticaret 1995/1 sayılı Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'i (13.08.1995 t. ve 22373 sayılı RG) yayınlamıştır.

[261] 17.06.2003 t. ve 25141 sayılı RG.

[262] Bakanlık'ın eTK m. 274 çerçevesinde çıkardığı İçticaret 2003/3 sayılı Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (25.07.2003 t. ve 25179 s. RG) m. 5 uyarınca, "*bankaların, özel finans kurumlarının, sigorta şirketlerinin, finansal kiralama şirketlerinin, faktoring şirketlerinin, holdinglerin, döviz büfesi işleten şirketlerin, umumi mağazacılıkla uğraşan şirketlerin, [SPK]'ya tabi ve halka açık*

anonim ortaklıkların kuruluşunun ve esas sözleşme değişikliklerinin Bakanlık iznine bağlı olacağı düzenlenmiştir. Bu gelişmeye koşut olarak, 5 Haziran 2003 tarihli ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu[263] da doğrudan yabancı yatırımlar bakımından izin sistemini bilgilendirme sistemine dönüştürmüştür. Böylece anonim ortaklık kurumunu 1850 yılında hukukumuza dâhil eden Kanunname-i Ticaret'in kabulünden beri -farklı uygulama tarzlarıyla- yürürlükte olan izin sistemi ancak 2003 yılında terk edilmiş ve "istisnalı normatif sisteme" geçilmiştir[264] [265].

d. Güncel Durum

1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren TK, istisnalı normatif sistemi aynen korumuş ve kanun koyucunun izin sistemine karşı mesafeli tutumunu pozitif hukuka yansıtmıştır. TK m. 333'ün yalnızca Bakanlık tebliğiyle[266] belirlenecek anonim ortaklıkların kuruluşunun ve esas sözleşme değişikliğinin Bakanlık iznine tabi olduğunu öngören ifadeleri eTK m. 273'ün ilk iki cümlesinin tekrarı niteliğindedir. Ancak eTK m. 273'ün son cümlesi, ilgili tebliğin kapsamının dışında kalan *"...*

şirketlerin, serbest bölge kurucusu ve işleticisi şirketlerin" kuruluşları ve esas sözleşme değişiklikleri Bakanlık iznine tabi kılınmıştır. İçticaret 2007/1 sayılı ve aynı başlıklı tebliğ (15.03.2007 t. ve 26463 sayılı RG) ise tüketici finansmanı ve kart hizmetleri şirketlerini, varlık yönetim şirketlerini, lisanslı depoculukla uğraşan şirketleri, tarım ürünleri lisanslı depoculuk şirketlerini ve ürün ihtisas borsası şirketlerini de bu kapsama dâhil etmiştir.

263 17.06.2003 tarihli ve 25141 sayılı RG.

264 Anonim ortaklıkların kuruluşunda izin alınmaması kural olmakla beraber, belirli anonim ortaklıkların kurulabilmesinin izne tabi kılınması sebebiyle, bu sistem "istisnalı normatif sistem" veya "sınırlı izin sistemi" olarak anılmaktadır. Bkz. Poroy, (Tekinalp, Çamoğlu), **2010**, N. 480a. "İstisnalı kuralsal (düzenleyici) sistem" kavramını kullanan Ünal Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, N. 10-07. TK m. 333'ün gerekçesinde ise "dar istisnalı normatif sistem" kavramı tercih edilmiştir.

265 TCMB gibi kuruluşu ve faaliyetleri özel kanunlara tabi olan anonim ortaklıklar yönünden imtiyaz sisteminin geçerli olduğu yönünde bkz. Hirsch, **a.g.e.**, s. 250; Arslanlı, **AŞ I**, s. 2; İmregün, **AO**, s. 12 dn. 9; Tuğrul Ansay, "Anonim Şirketin Murakabesi Yolları", **BATİDER**, C: I, No: 1, 1961, s. 49 dn.1. Benzer duruma dikkat çeken *Şehirali Çelik,* bazı şirketlerin (örn. Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları Türk A.Ş.) irade serbestisiyle kurulmamasına karşılık, tüzel kişiliği kanunla değil, kanuna uygun bir esas sözleşmenin tescili ve ilanıyla elde ettiğini belirtmektedir [Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 52 dn. 218]. Kuruluşu izne tabi anonim ortaklıklar bakımından değerlendirme için bkz. dn. 271.

266 Bakanlığın TK m. 210 ve 333 uyarınca çıkardığı İzin Tebliği m. 5 uyarınca, yürürlükten kaldırılmış olan 2003/3 sayılı tebliğde yer verilen şirketlere ek olarak, bağımsız denetim şirketleri, gözetim şirketleri ve teknoloji geliştirme bölgesi yönetici şirketleri de Bakanlık iznine tabi kılınmıştır. Buna karşılık, 2003/3 sayılı tebliğde yer alan lisanslı depoculukla uğraşan şirketler hükümde anılmazken; kayıtlı sermaye sistemine kabul edilen SPK'ya tabi halka açık anonim şirketlerin kayıtlı sermaye tavanı içinde yapacakları sermaye artışlarında da Bakanlık izni aranmayacağı öngörülmüştür.

anonim şirketlerin kuruluşu ve esas mukavele değişiklikleri Bakanlığın iznine tâbi değildir" hükmünü ihtiva ederken; TK m. 333'ün son cümlesi, kuruluşu Bakanlık iznine tabi olmayan şirketler hakkında "*hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri herhangi bir makamın iznine bağlanamaz*" ifadesini içermektedir. Görüldüğü üzere TK m. 333, anonim ortaklıkların kuruluşunda ve esas sözleşme değişikliğinde Bakanlığın yetkisini kısıtlamakla kalmamış; diğer kurumların da yetkilerine sınır çizmeyi hedeflemiştir. Kanun koyucu bu tutumunu TK m. 333'ün gerekçesinde şu ifadelerle açıklamıştır:

> "... [A]nonim şirketin kuruluşunun ve esas sözleşme değişikliğinin hiçbir makamın iznine tâbi tutulamayacağı kesin bir tarzda belirtilerek normatif sistemin, hükümdeki istisna dışında mutlak olarak uygulanması vurgulanmıştır. Bu kesin kural SPK ve BDDK başta olmak üzere diğer özerk kurumları da kapsar. Kamu menfaati yönünden, kontrolün gerekli olduğu hallerde ilgili makam, isteklerini STB [Ticaret Bakanlığı] aracılığı ile gerçekleştirebilir. Böylece Devlet kontrolünde bütünlük sağlanmış, çok başlılık ve öznellik hukukun üstünlüğüne aykırı kabul edilmiş ve ana sistemin istisnalarla yozlaştırılmasına engel olunmuştur."

Gerekçeden anlaşıldığı üzere TK m. 333 c. son ile anonim ortaklıkların kuruluş ve esas sözleşme değişikliğinde çok başlılığın engellenmesi ve devlet kontrolünde bütünlüğün sağlanması hedeflenmiştir[267]. Ne var ki TK m. 333'ün uygulama tebliği niteliğindeki İzin Tebliği m. 6/1-(b), 6/2-(c) uyarınca şirket kuruluşunda ve esas sözleşme değişikliği işlemlerinde, "*diğer resmi kurumların uygun görüşü veya izni*" Bakanlık iznine başvuru belgeleri arasında sayılmıştır. Bu sebeple İzin Tebliği'nin anılan hükümleri, kurallar kademelenmesinde üst sırada bulunan TK m. 333 ile çelişki içindedir. Aynı çelişki, anonim ortaklığın kuruluşunda aranan belgeler arasında "*[k]uruluşu Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olan şirketler için bu izin veya uygun görüş yazısını*" belirten TSYön m. 69/1-(ğ) bakımından da mevcuttur. Fakat işletme konuları bakımından diğer kamu kurumlarının yetki alanına giren anonim ortaklıkların kuruluş ve esas sözleşme değişikliği işlemlerinde, ilgili kurumun yetkileri yalnızca o

[267] Sigorta şirketleri haricindeki sermaye şirketlerinin kamu tarafından gözetimi ve denetiminde çok başlılığın yarattığı sorunlara henüz 1973 yılında dikkat çeken; ekonomi politikaları, sermaye piyasaları ve hukuki açıdan yapılacak denetimin tek elde toplanması gerektiği önerisinde bulunan Karayalçın, **a.g.e.**, s. 31.

kurumu yetkili kılan özel kanunla sınırlanabileceğinden, İzin Tebliği'nin ve TSYön'ün anılan hükümlerinin *de lege ferenda* isabetli olduğu söylenebilir.

Ayrıca TK'nın normlar hiyerarşisinde aynı seviyede bulunduğu başka bir kanunun uygulama alanını sınırlandırması mümkün değildir; meğerki TK m. 333 özel nitelikli ve sonraki tarihli hüküm konumunda bulunsun[268]. Bu bakımdan TK m. 333 c. son, TK hükümlerinin diğer kanunların özel nitelikli hükümleriyle ilişkisini tanımlayan TK m. 330 ve diğer kamu kurumlarını yetkili kılan özel kanunların ilgili maddeleriyle (örn. SerPK m. 33/2) de çelişki halindedir[269]. Zira diğer kanunların özel hükümlerini saklı tutan TK m. 330 karşısında, özel kanun hükümleri -önceki tarihli olsa da- uygulama alanı bulmalıdır[270].

Belirtmek gerekir ki TK m. 333'ün üçüncü cümlesi, kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği izne tabi kılınan anonim ortaklıklar bakımından, Bakanlığın inceleme yetkisinin kapsamına dair tartışmaya nokta koymuştur. Anılan hüküm Bakanlığın inceleme yetkisinin kapsamını, Kanun'un [271] emredici hükümleriyle

---

[268] Bakanlık haricindeki kurumların izin yetkisini sınırlayan TK m. 210/2'ye ilişkin benzer yönde bkz. Çağlar Manavgat, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: II, No: 1, 2005 s. 531-532; Gürbüz Usluel, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Anonim Ortaklıklarda Kamu Denetiminin Değerlendirilmesi", **BATİDER**, C: XVIII, No: 1, 2012, s. 166.

[269] TK m. 333 c. son hükmünün özel-genel hüküm ilişkisiyle ve TK m. 330'la bağdaşmadığı; ayrıca SerPK m. 33/2 ve BankK m. 6 gibi hükümlerle çeliştiği yönünde bkz. Ali Paslı, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (I) YTK Kitap 2 - Kısım 4 - Bölüm 1 Genel Hükümler ve Temel İlkeler", **BATİDER**, C: XXVII, No: 3, 2011, s. 155-156; Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, 14. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2020, s. 127; Gürbüz Usluel, **a.g.m.**, s. 169-170. TK m. 333 c. son'un, kayıtlı sermayeye geçişe ilişkin SerPK m. 18/1 ve bu hükmü saklı tutan TK m. 332/4 ile de çelişkili olduğu yönünde bkz. Erdoğan Moroğlu, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanun: Değerlendirme ve Öneriler**, 8. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 142. Karş. Manavgat, **Tasarı**, s. 531-532. SerPK m. 33/2'de "izin" yerine "uygun görüş" ifadesinin kullanılmasının, TK m. 333 ile çelişki yaratılmaması amacına dayandığı ve uygun görüş alınmadan da bir HAAO'nun esas sözleşmesinin değiştirilebileceği, ancak bu durumda SerPK m. 103/1 uyarınca idari para cezası uygulanacağı yönünde bkz. Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 9-48.

[270] Aksi yönde bkz. Rauf Karasu, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, 2. bs, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 65. Yazar TK m. 333 c. son'un, TK'dan önceki tarihli ve özel hüküm niteliğindeki BankK m. 6/1'i yürürlükten kaldırdığı görüşündedir. Kanımca bu sonuca yalnızca TK m. 330 hükmünün yokluğunda ulaşmak mümkün olurdu.

[271] Kanun koyucunun TK'nın 19., 340., 412. ve 539. gibi maddelerinde TK'yı ifade etmek üzere büyük harfle başlayan "Kanun" kelimesini kullanmasına karşılık, TK m. 333'te yer alan "kanun" ifadesinin büyük harfle başlamaması, Bakanlığın TK haricindeki emredici hükümler bakımından da inceleme yapabileceği izlenimini uyandırmaktadır. Benzer bir hata, bu defa küçük harfle başlaması gereken "Kanun" kelimesinin büyük harfle yazılmış olduğu TK m. 6 hükmünde de mevcuttur. TK m. 6'ya dair tespit için bkz. Abuzer Kendigelen, **Yeni Türk Ticaret Kanunu:**

sınırlamış; böylece öğretideki hakim görüşe uygun olan çözümü benimsemiştir. Esas sözleşme özgürlüğü açısından bakılacak olursa, Bakanlığın yetkisinin esas sözleşmenin TK'nın emredici hükümlerine uygunluğunun denetlenmesinden ibaret olduğu açıklığa kavuşturulmuştur[272].

Diğer taraftan Bakanlığın anonim şirketleri düzenleme ve denetleme yetkisini hükme bağlayan eTK m. 274/1 uyarınca, "*[d]iğer bakanlık ve kuruluşlarca anonim şirketleri ilgilendiren konularda düzenleme yapılması halinde, Bakanlığın uygun görüşü[nün]*" alınması gerekliyken; söz konusu yetkileri bütün ticaret şirketleri bakımından düzenleyen TK m. 210/2'de "*[d]iğer bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşlar, ancak kendilerine kanunla tanınan yetkinin sınırları içinde kalmak şartıyla ve öngörülen amaç, konu ve şekle tabi olarak şirketlere ilişkin düzenlemeler yapabilir*" ifadesine yer verilmiştir. Diğer kurumların ticaret şirketlerine ilişkin düzenleme yapması halinde, Bakanlığın uygun görüşünün alınması şartı TK'ya dâhil edilmemiş olsa da[273], TK m. 333'ün gerekçesinde, devlet kontrolünde bütünlüğün

---

Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Bası'dan 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 45 dn. 2.

[272] Bakanlığın izin verip vermeme konusunda yalnızca esas sözleşmeye yönelik bir inceleme yapabileceği ve bu şirketler bakımından izin sisteminin devam ettiği yönünde bkz. Paslı, **Tanıtım I**, s. 154 ve dn. 28. Bakanlık incelemesinin emredici hükümlerle sınırlandırılmış olması ve ticaret siciline tescilin tüzel kişiliğin doğumu bakımından kurucu nitelik taşıması gerekçeleriyle, izne tabi anonim ortaklıklar bakımından dahi normatif sistemin yürürlükte olduğu yönünde bkz. Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 127; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 69. Kanımca anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanmasının devletin takdir yetkisindeki bir idari işlemle engellenebildiği durumlarda, tüzel kişiliği meydana getiren hukuki işleme bakılmaksızın, izin sisteminin geçerli olduğu söylenebilir. Dolayısıyla kuruluşu izne tabi olan şirketler bakımından da normatif sistemin geçerli olduğu sonucuna, Bakanlığın emredici hükümlerden farklı bir sebeple kuruluşa izin vermekten imtina edemeyeceği gerekçesiyle ulaşılabilir. Öte yandan TK Genel Gerekçe, N. 119 ve TK m. 333'ün gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla, kanun koyucu tebliğ ile belirlenen şirketlerin Bakanlık iznine tabi olmasını normatif sistemin istisnası olarak değerlendirmektedir. Belirtilmelidir ki, bir hukuk düzeninde geçerli olan kuruluş sistemini nitelendirmenin pozitif hukukun uygulanması bakımından bir önemi olmayıp, söz konusu tasnif tarihsel gelişimin anlatısında değer bulmaktadır.

[273] TK m. 210'un TBMM tarafından kabul edilen halinde, eTK m. 274/1'e benzer şekilde, diğer kurumların düzenleme yapması durumunda Bakanlığın uygun görüşünün alınması öngörülmüştü. Ancak eTK m. 274/1'den farklı olarak, Bakanlığın bu incelemeyi "*kanuna uygunluk yönünden*" yapacağını ve söz konusu düzenlemelerin TK'nın "*ilkelerine ve sistemine aykırı*" olamayacağını da içeren bu hüküm, ikincil mevzuatın zaten kanuna uygun olmasının gerekmesi ve söz konusu denetimin Bakanlık tarafından yapılamayacağı nedeniyle eleştirilmiştir (Moroğlu, **Tasarı 2016**, s. 122; Kendigelen, **Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 109-110; Gürbüz Usluel, **a.g.m.**, s. 166). TK'nın yürürlüğe girmesinden önce pek çok hükmünü değiştiren 6335 sayılı Kanun'un 13. maddesi, her iki düzenlemeyi de madde metninden çıkarmıştır. Değişikliğin sebebi ise madde gerekçesinde "*kurumların kendi görev alanlarıyla ilgili olarak süratli bir şekilde düzenleme yapabilmelerine olanak tanınması*" şeklinde açıklanmıştır. Gerekçe metni için bkz. (Çevrimiçi)

sağlanması amacıyla ilgili kurumların isteklerini Bakanlık aracılığıyla gerçekleştirmesinin gerektiği vurgulanmıştır [274]. Öte yandan maddenin yürürlüğe giren halinde böyle bir zorunluluğa yer verilmemiş olmasına rağmen, TK m. 210/2'de yer alan düzenleme ile TK m. 330 ve diğer kamu kurumlarının düzenleme ve denetleme yetkisini öngören özel kanunların ilgili maddeleri arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. Zira TK'nın diğer kanunların uygulama alanını kısıtlamasının yarattığı sorun ve çelişkiye dair bir üst paragrafta paylaşılan tespitler TK m. 210/2 için de aynen geçerlidir. Dolayısıyla TK m. 330 c. son ile İzin Tebliği'nin 6/1-(b) ve 6/2-(c) hükümleri arasındaki çelişkinin, TK m. 210/2 ile Denetim Yön m. 5/3 arasında da bulunduğu belirtilmelidir[275].

Kanun koyucunun anonim ortaklıklar üzerindeki devlet kontrolüne yönelik bakış açısını daha açık bir şekilde tespit edebilmek için TK'nın 210. maddesinin gerekçesini de göz önünde bulundurmakta fayda vardır:

> "... Bu fıkra Türk uygulamasının tedavisi güç bir hastalığına çare bulmaya yöneliktir. Şirketler, özellikle anonim şirketler alanında, birçok bakanlık, kurum ve kuruluş, şirketin işletme konusuyla veya sermaye piyasasıyla ilgileri dolayısıyla şirketin kuruluşuna ve esas sözleşme değişikliklerine izin vermek istemekte, izni esas sözleşmeye madde eklenmesi gibi şartlara bağlamaktadırlar. Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkeleri ile bağdaşmayan bu tür uygulamalara karşı Tasarıda birçok hükümle önlem alınmaya çalışılmıştır

---

https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=108030&pkanunnumarasi=6335, 31.08.2020. Ne var ki TK m. 1529'da diğer kamu kurumlarının, SPK'nın "uygun görüşünü" almak şartıyla, "*sadece kendi alanları için geçerli olabilecek kurumsal yönetim ilkeleriyle ilgili, ayrıntıya ilişkin sınırlı düzenlemeler*" yapabileceği düzenlemesi korunmuştur.

[274] TK m. 333'ün madde gerekçesinin ilgili kısmı şu şekildedir: "*Kamu menfaati yönünden, kontrolün gerekli olduğu hallerde ilgili makam, isteklerini STB [Ticaret Bakanlığı] aracılığı ile gerçekleştirebilir. ... bu hüküm SPK, BBDK ve benzeri kurumların kendi ilke ve kriterlerini Sanayi ve Ticaret Bakanlığına bildirmelerine ve bu Bakanlık ile bu konuda işbirliği yapmalarına engel oluşturmaz*".

[275] TK m. 210/1-2 uyarınca, ticaret şirketlerinin TK kapsamındaki işlemlerinin Bakanlık tarafından yayımlanacak yönetmeliğe göre denetleneceği ve diğer kurumların ancak kendilerine kanunla tanınan yetkinin sınırları içinde kalmak şartıyla ticaret şirketlerine ilişkin düzenlemeler yapabileceği öngörülmüştür. Fakat anılan maddeye dayanan Denetim Yön m. 5/3'e göre özel kanunlara tabi ticaret şirketlerinin TK kapsamındaki işlemlerinden, yalnızca ilgili kanun uyarınca münhasıran yetkili kurum tarafından denetlenmesi hüküm altına alınmayan işlemler Bakanlık denetiminde bırakılmıştır. Görüldüğü üzere Denetim Yön, ticaret şirketlerinin Bakanlık tarafından denetlenmesi hakkındaki yetki sorununu -kuruluş ve esas sözleşme değişikliğinde olduğu gibi- TK m. 330'a uygun bir biçimde, ancak dayandığı kanun hükmüne (TK m. 210) aykırı şekilde çözmeyi tercih etmiştir. Bu nedenle Denetim Yön'ün, özel kanunlara tabi ticaret şirketlerinin TK kapsamındaki işlemleri bakımından Bakanlığın denetim yetkisini dışlayan m. 5/3 hükmünün TK m. 210 karşısında geçerliliği sorgulanır durumdadır.

(madde 340 gibi). Bu fıkra da bu hükümlerden biridir. Tasarıya, 'izin verme'nin denetlemek olmadığı ve 'bürokrasi'nin çoğu kez denetlemeye yararı olmayan izinle başladığı görüşü hâkim olmuştur. Nesnel normlar (normatif sistem) hukuk güvenliğini sağlamakta, izin ise önemli bir yarar sağlamamaktadır"[276].

Görüldüğü üzere TK, katı bir normatif düzenin sağlayacağı faydanın, izin sistemine nazaran üstün olduğu düşüncesiyle tasarlanmıştır. Normatif sistemin katılığı ise; anonim ortaklığın kanuni düzeninin sınırlarının belirginleştirilmiş olması ve söz konusu sınırlar dairesinde ortaklık içi denetim mekanizmalarının daha etkili hale getirildiği norm eksenli bir korumayı ifade etmektedir. Bu nedenle kanun koyucunun normatif sisteme yüklediği anlamı emredici hükümler ilkesi (TK m. 340) [277], kurumsal yönetim araçları ve pay sahipliği haklarının güçlendirilmesiyle birlikte değerlendirmek gerekir [278]. Zira emredici hükümler ilkesi, normatif düzenin sınırlarını kalın çizgilerle ifade ederken; bilgi alma ve dava hakları gibi pay sahipliği hakları ise söz konusu düzenin dışına çıkılmamasını temin etmektedir.

Ne var ki, emredici hükümler ilkesinin kabulüyle birlikte, Türk hukukunda esas sözleşme özgürlüğünün tarihsel gelişiminde bir kırılma yaşanmıştır. Gerçekten TK'nın yürürlüğe girmesine kadar, pay sahiplerinin, kural olarak, esas sözleşmeyi düzenlemekte özgür olmalarına karşılık; artık esas sözleşme özgürlüğü istisna haline gelmiştir[279]. Bu durumun ise liberalleşme egilimlerine ters düştüğü ve dayatma anlamına geldiği belirtilerek, ilkenin Türk hukukundaki varlığı haklı olarak

---

[276] (Çevrimiçi) https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=54946&pkanunnumarasi=6102, 30.07.2020.

[277] TK m. 210'un gerekçesinde TK m. 340'a normatif sistem bağlamında atfedilen önem, TK m. 340'ın gerekçesinde şu ifadelerle bir kez daha vurgulanmıştır: "*Tasarının yeni olan bu maddesi, normatif sistemin zorunlu bir parçasıdır. ... Ancak hükmün, açıkça geçersiz olan, paysahipleriyle alacaklıların haklarını zedeleyen veya sınırlayan düzenlemelerin esas sözleşmelere girmesine engel olduğu, bazı kurum ve kuruluşların şirketlere istedikleri esas sözleşme hükümlerini dayatmaları yolunu kapattığı, bu yararın da Ülkemiz açısından küçümsenmeyecek derecede önem taşıdığı ve hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanmasında etkin bir rol oynayacağı ... dikkate alınması gereken noktalardan sadece bir kaçıdır*". Ayrıca bkz. TK Genel Gerekçe, N. 119.

[278] Kurumsal yönetim ilkeleri, şirketler hukukunu şekillendiren en önemli unsurlar arasında olup, bunun birçok uzantısı TK'da hüküm altına alınmıştır. Kanunun genel gerekçesinde bu husus açıkça vurgulanmıştır (TK Genel Gerekçe, N. 69, 88-92, 101, 124 ve 136). Gerekçede buna ek olarak pay sahipliği haklarının güçlendirildiği ve yeni pay sahipliği haklarının ihdas edildiği belirtilmiştir (bkz. TK Genel Gerekçe, N. 132).

[279] Emredici hükümler ilkesinin bu bakımdan etkileri hakkında bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2, e.

eleştirilmektedir[280]. Öte yandan özellikle 2000'lerden sonra, devletin ekonomik alana müdahalesi ve sözleşme özgürlüğünü sınırlandırma eğiliminin şirketler hukukuna yansıması kaçınılmaz olduğundan, bu gelişmeyi şaşırtıcı bulmamak gerekir.

B. Ortaklık Teorileri Çerçevesinde Esas Sözleşme Özgürlüğünün Ekonomik Analizi

1. Ortaklık Teorilerinin Ortaklıklar Hukukundaki Konumu ve İşlevleri

Hukuk, normatif bir bilim dalı olması nedeniyle, düzenlediği alana dair çeşitli aksiyom ve varsayımlar üzerine kuruludur[281]. Ortaklıklar hukuku da ortaklığın varoluş sebebi, amaçları, organizasyonel yapısı ve ortaklık bünyesindeki ilişkilere dair önermelere dayanır. Ortaklıkların temeline ilişkin bu sorunlar ise ortaklık teorilerinin araştırma konularını oluşturur[282]. Bu nedenle ortaklıklar hukuku, kaçınılmaz olarak ortaklık teorileri üzerinde yükselir[283]. Ortaklık teorilerinin bizatihi

---

[280] Mehmet Bahtiyar, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C: LXI, 2005, s. 47-106, s. 71. Kanun koyucu, TK m. 340'a ilişkin eleştirilerin bilincinde olduğunu, bunlardan bir kısmına madde gerekçesinde yer vererek belli etmiştir. Bkz. TK m. 340'ın gerekçesinden: "*Alm. POK 23 (5) paragrafından esinlenerek kaleme alınmış bulunan bu hükmün, Alman öğretisinde bir çok karşıtı vardır; Türkiye'de de hükmün eleştirileceğinden şüphe edilmemiş, bu husus da hesaba katılarak hüküm öngörülmüştür. Maddeyi eleştirenler, hükmün, esas sözleşmenin düzenlenmesinde paysahiplerinin iradelerine pek az yer bıraktığını, bütün esas sözleşmelerin bir örnek hâle gelmesine sebep olacağını; emredici olmayan hükümlerin belirlenmesi tartışmasını yaratacağını; ticaret sicili müdürüne geniş takdir yetkisi verilmiş olduğunu ileri sürerler*". TK 340 hakkında genel tespitler ve eleştiriler için bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2, a.

[281] Serozan, **a.g.e.**, s. 3-5, 76-77.

[282] Michael J. Phillips, "Reappraising the Real Entity Theory of the Corporation", **Florida State University Law Review**, C: XXI, No: 4, 1994, s. 1063; Petri Mäntysaari, **Organising the Firm: Theories of Commercial Law, Corporate Governance and Corporate Law**, Berlin Heidelberg, Springer, 2012, s. 58. Ortaklık teorileri genellikle mevcut ortaklık yapılarından hareketle, tümevarım yöntemini kullanır; ortaklığın varoluş sebebi ve temeli gibi yukarıda belirtilen yönlerini açıklamaya çalışır.

[283] Bu yönde bkz. Paddy Ireland, "Defending the Rentier: Corporate Theory and the Re-Privatization of the Public Company", **The Political Economy of the Company**, Ed. John Parkinson, Andrew Gamble, Gavin Kelly, Oxford, Hart, 2001, s. 141-142; William W. Bratton, "The "Nexus of Contracts" Corporation: A Critical Appraisal", **Cornell Law Review**, C: LXXIV, 1989, s. 407 dn. 2; Mäntysaari **a.g.e.**, s. 2; John Armour, Michael J. Whincop, "The Proprietary Foundations of Corporate Law", **Oxford Journal of Legal Studies**, C: XXVII, No: 3, 2007, s. 432-433. Öğretide ileri sürülen ortaklıklar hukuku teorilerinin hemen hepsi doğrudan veya dolaylı olarak belirli bir ortaklık teorisi üzerine kuruludur. Yönetim odaklı yaklaşım (*managerialism*) için bkz. Adolf A. Berle Jr, Gardiner C. Means, **The Modern Corporation and Private Property**, New York, Macmillan, 1932, s. 352-357. Kurum teorisi (*la théorie institutionnelle*) için bkz. Gaillard, **a.g.e.**, s. 37-56; Jaques Zumstein, **Du Caractere Institutionnel de la Sociétés Anonyme: Etude de**

düşünsel bir değeri olmakla birlikte, işlevsel önemi ve pratik sonuçları da bulunmaktadır [284] . Söz konusu teorilerin hukuk politikası ve uygulaması bağlamındaki etkilerine öğretide, yargı kararlarında ve yasama çalışmalarında rastlamak mümkündür. Anılan teorilerin ortaklıklar hukukundaki sonuçlarının anlaşılması, incelenen konu açısından merkezî önemine de ışık tutmaktadır.

Kuşkusuz ki ortaklıklar hukuku kurallarının uygulanmasında teorilerle iş görmek yerine, doğrudan pozitif düzenlemeleri esas almak gerekir. Ancak ortaklık ve ortaklıklar hukuku teorileri, yürürlükteki hukukun anlaşılması bağlamında önemli işlevlere sahiptir. Zira ortaklıklar hukukunun ilke ve kurallarının açıklanması, yorumlanması ve tamamlanması için analitik ve entelektüel bir çerçeve sunar. Ayrıca ortaklıklar hukukunu kavramsallaştırarak ve sistemleştirerek daha anlaşılır hale getirir [285] . Ortaklıklar hukukunun metodolojik sorunlarının incelenmesi ve kurallarının bir sistematik içinde ele alınması, onu daha tutarlı hale getirir.

Ortaklık teorilerinin pozitif hukuk bağlamındaki yansımalarına, yargı kararlarında ve kanun hükümlerinde rastlamak mümkündür. Benimsenecek teori çerçevesinde, ortaklığın bir varsayımdan ibaret olduğuna ya da ortaklık ilişkilerinin ekonomik boyutuna odaklanılması halinde, ortaklık tüzel kişiliği ile ortakların

---

Droit Suisse, Lausanne, H. Jaunin, 1954, s. 35-59; George Ripert, René Roblot, **Traité de Droit Commercial, Tome 1 Volume 1: Les sociétés commerciales**, Ed. Michel Germain, 19. bs., Paris, L.G.D.J., 2009, s. 13-14. İşletmenin hukuki organizasyonu teorisi için bkz. Jean Paillusseau, **La société anonyme: Technique d'organisation de l'entreprise**, Paris, Sirey, 1967, b.s; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 59-60. Sözleşme teorisi (*contractual theory*) için bkz. Easterbrook, Fischel, **Economic Structure**, s. 8-12; Armour et. al., **Anatomy**, s. 5-15. Ekonomik mülkiyet teorisi (*property rights theory*) için bkz. Oliver Hart, "An Economist's Perspective on the Theory of the Firm", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1765-1766; Armour, Whincop, **Foundations**, s. 462-465. Şirket ve şirketler hukuku teorileri hakkında geniş bilgi için bkz. Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 56-73; Herbert Wiedemann, **Gesellschaftsrecht, Band I: Grundlagen**, München, C.H. Beck, 1980, s. 64-86; Sözleşme, kurum, hukuki mekanizma ve işletmenin hukuki organizasyonu teorileri hakkında toplu değerlendirme için bkz. Tekil, **a.g.e.**, s. 38-46.

[284] Hukuk teorisinin ve dogmatik hukuk biliminin işlevleri hakkında bkz. Karl Larenz, **Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft**, Berlin, De Gruyter, 1966, s. 12; Claus-Wilhelm Canaris, **Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz**, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, s. 86-96; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 250-252; Yasemin Işıktaç, Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi**, 5. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 166, 248; Işıktaç, **a.g.e.**, s. 3-4.

[285] Mathias Habersack, "Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftsrecht", **Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag**, Ed. Claus-Wilhelm Canais et. al., Berlin/Boston, De Gruyter, 2017, s. 832-835; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 56.

birbirinden bağımsızlığını ifade eden ayrılık ilkesinin [286] esnetilmesine kapı aralanabilmektedir. Örneğin, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında başvurulan "*disregard of legal entity*" (tüzel kişiliğin dikkate alınmaması) öğretisinin temelinde, tüzel kişinin bir varsayımdan başka bir şey olmadığı düşüncesi yatmaktadır[287]. Benzer şekilde Alman Federal Mahkemesi, bir limited ortaklığın (*GmbH*) ortaklarının tamamının taraf olduğu pay sahipleri sözleşmesini ihlal eden genel kurul kararını iptal ederek, yalnızca pay sahipleri arasındaki sözleşmesel bir taahhüde ortaklık düzeninde etki tanımıştır[288]. Kararda herhangi bir ortaklık teorisine açıkça dayanılmamış olsa da, ortaklığın taraf dahi olmadığı bir sözleşmeye ortaklık düzeninde etki tanımak, varsayım veya ekonomi temelli teorilerle gerekçelendirilebilmektedir. Nitekim Federal Mahkeme'nin meseleye sonuç odaklı yaklaştığı ve kararını usul ekonomisine dayandırdığı anlaşılmaktadır. Anonim ve limited ortaklıklarda tüm pay sahiplerinin taraf olduğu sözleşmelere, doğrudan kanun tarafından (bkz. CA 2006 sec. 17 ve 29) esas sözleşmesel bir konum atfedilen İngiliz hukukunda varsayım ve sözleşme teorileri egemendir[289]. Diğer taraftan ABD'de anonim ortaklıkların anayasada tanınan bireysel haklardan yararlanmasına dair yaklaşık yüz yıldır güncelliğini koruyan tartışma kapsamında, olumlu görüş taraftarları çoğunlukla gerçeklik teorisine (*corporate realism, real entity theory*) dayanmaktadırlar[290].

---

[286] Bilgi için bkz. İkinci Bölüm dn. 26.

[287] Veliye Yanlı, **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2000, s. 6. Benzer şekilde işletmenin hukuki organizasyonu teorisi de "işletme" ve "organizasyon" kavramlarına odaklanmakta; işletmenin hukuki örgütlenme biçimine işlevsel açıdan yaklaştığı için tüzel kişiliğe araçsal bir rol atfetmektedir. (Tekil, **a.g.e.**, s. 43; Gerner-Beuerle-Schillig, **a.g.e.**, s. 59-60). Teorinin işlevsel yaklaşıma sahip olması nedeniyle öğretide "Fransız işlev teorisi" (*French function theory*) olarak da anılmaktadır (**a.y.**).

[288] BGH 20.01.1983 – II ZR 243/81, NJW 1983, 1910, s. 1911. Aynı yönde bkz. BGH 27.10.1986 – II ZR 240/85, NJW 1987, 1890, s. 1892. Anılan kararlara ilişkin açıklama için bkz. İkinci Bölüm dn. 509 ve bağlı metin.

[289] CA 2006'nın hazırlık çalışmaları kapsamında, bu meseleye ilişkin sözleşme teorisinin etkisini görmek mümkündür [Bkz. The Company Law Reform Steering Group, **Modern Company Law for a Competitive Economy: Developing the Framework**, London, y.y., March 2000, N. 4.79-4.90, (Çevrimiçi) http://www.berr.gov.uk/files/file23248.pdf, 08.08.2020]. İngiliz sermaye ortaklıkları hukukunda varsayım ve sözleşme teorilerinin genel kabul gördüğü yönünde bkz. Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 60-61.

[290] Morton J. Horwitz, "Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory", **West Virginia Law Review**, C: LXXXVIII, 1985, s. 221; Ron Harris, "The Transplantation of the

Söz konusu teoriler, hukuk politikalarının oluşturulmasında da kayda değer bir role sahiptir[291]. Nitekim mevcut hükümlerin eksik veya hatalı yönlerinin tespit edilmesi ve olması gereken hukuk bakımından isabetli önerilerin geliştirilmesi, kuramsal bir altyapıyı gerektirir. Hukuk politikasına yön vermesi beklenen normatif tespitlerin tutarlılığı ve bilimselliği, bunların ortaklık teorilerine dayanmasıyla mümkün olabilir. Başka bir deyişle, anılan teoriler ortaklıklar hukukunda kuramdan kurala uzanan yolun ilk adımı olarak görülebilir.

Teorilerin normatif gücünün somutlaştığı başlıca alanlardan biri, ortaklıklar hukukunda sözleşme özgürlüğü olmuştur[292]. Bu bağlamda özellikle iktisadi yaklaşım çerçevesinde geliştirilen teorilerin öğreti üzerindeki etkileri dikkat çekicidir. Örneğin, şirket bünyesindeki iradi ilişkilere odaklanan sözleşme teorisi [293] çerçevesinde, şirketler hukukunun yedek hukuk kurallarından oluşması gerektiği savunulmuştur. Bu kapsamda yöneticilerin şirkete karşı özen yükümlülüğü ve buna bağlı sorumluluğu, rekabet yasağı ve bilgi suistimali gibi pek çok konuda esas sözleşme serbestisinin güçlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür[294]. Görüldüğü üzere ekonomi temelli şirket teorileri, kavramsal ve betimleyici bir alanla sınırlı kalmayıp, normatif bir güce ulaşmıştır.

Ortaklık teorileri yalnızca öğretiyi değil, yasama çalışmalarını da şekillendirmiştir. ABD'de oldukça etkili bağımsız bir sivil toplum kuruluşu olarak hukuk politikası önerilerinde bulunan; model kanunlar ve hukuk ilkeleri yayımlayan

---

Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business", **Washington and Lee Review**, C: LXIII, No: 4, 2006, s. 1473-1474. Şirket menfaati çerçevesinde Delaware hukukunda içtihat ve öğreti hakkında bkz. Mehmet Helvacı, Rifat Cankat, "Karşılaştırmalı Hukukta Şirket Menfaati Kavramı", **Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 533-536.

[291] Bachmann et. al., **a.g.e.**, s. 13-14; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 56.

[292] Jeffrey N. Gordon, "The Mandatory Structure of Corporate Law", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1550.

[293] Bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4, b.

[294] Birçoğu yerine bkz. Frank H. Easterbrook, Daniel R. Fischel, "Close Corporations and Agency Costs", **Stanford Law Review**, C: XXXVIII, 1986, s. 296; John C. Coffee Jr., "The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1670.

American Law Institute, sözleşme teorisinin de etkisiyle [295] , yöneticilerin sorumluluğunun esas sözleşmede sınırlandırılabilmesine dair önerilerin yer aldığı bir kanun taslağı[296] hazırlamıştır. Başta Delaware olmak üzere, birçok ABD eyaleti söz konusu öneriler doğrultusunda kanun değişiklikleri yapmıştır[297]. Yine ABD'de SEC tarafından şirket devralmalarına ilişkin kısıtlamaların gevşetilmesi yönündeki öneri[298] de sözleşmeci yaklaşımın etkileri arasında gösterilmektedir[299]. Diğer taraftan Birleşik Krallık'ta CA 2006'nın hazırlık çalışmaları sırasında *The Company Law Review Steering Group* (Şirketler Hukuku Reformu Yönlendirme Grubu) tarafından yayımlanan raporda, şirketler hukuku reformunu şekillendiren temel yaklaşımlar kapsamında şirketlerin sözleşme temelinde ele alındığı görülmektedir[300].

Yukarıda açıklanan önemine ve işlevlerine rağmen, ortaklıklar hukukuna ilişkin pek çok meselenin kuramsal zeminle bağlantısının kurulmadan ele alındığı

---

[295] Bu yönde bkz. Henry N. Butler, "Contractual Theory of the Corporation", **George Mason University Law Review**, C: XI, No: 4, Summer 1989, s. 100; Lucian A. Bebchuk, "The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1397-1398; William J. Carney, "Section 40.1 of the American Law Institute's Corporate Governance Project: Restatement or Misstatement?", **Washington University Law Review**, C: LXVI, No: 2, 1988, s. 242-243.

[296] American Law Institute, **Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Tentative Draft No. 7**, Philadelphia, Meyer Boswell, 1987, s. 1-13 ve 25-26.

[297] Carney, **a.g.m.**, s. 289-292. Değişikliği kabul eden eyaletlerin ve kanun maddelerinin listesi için bkz. **a.e.**, s. 292. Şirketler hukukunda ABD'de ve uluslararası arenada en rekabetçi mevzuata sahip olan Delaware eyaleti için bkz. DGCL § 102/b-7. ABD hukukuna yönelik araştırmaların Delaware eyaleti hukuku odaklı yapılmasının nedeni, hem ülkedeki diğer eyaletlerin, hem de farklı ülkelerin Delaware şirketler hukukunu örnek almasıdır. Eyaletteki dinamik yargı sistemi, özellikle şirketler hukuku davalarına bakmakla görevli olan Delaware Yüksek Mahkemesi (*Delaware Court of Chancery*) sayesinde Delaware hukuku, yalnızca kanunlar aracılığıyla değil, içtihat yoluyla da şirketler hukukunda ipi göğüsleyen ve ABD hukukunun lokomotifi görevini üstlenen bir hukuk sistemidir.

[298] Securities and Exchange Commission, **Concept Release on Takeovers and Contests for Corporate Control**, Release No. 34-23486, 31 July1986, s. 3-34, (Çevrimiçi) http://3197d6d14b5f19f2f440-5e13d29c4c016cf96cbbfd197c579b45.r81.cf1.rackcdn.com/collection/papers/1980/1986_0731_SECTakeovers.pdf, 20.08.2020.

[299] Bebchuk, **Freedom**, s. 1398.

[300] Company Law Reform Steering Group, **Modern Company Law for a Competitive Economy: The Strategic Framework**, London, y.y., February 1999, N. 2.7., (Çevrimiçi) www.dti.gov.uk/bbf/co-act-2006/clr-review/page22794.html, 22.20.2020. Kanunun hazırlık çalışmalarında, şirketler hukukunda sözleşme özgürlüğü ile suistimallerin önlenmesi arasındaki denge arayışına sözleşmesel bakışın yön verdiği anlaşılmaktadır. Buna karşılık, mutlak serbesti görüşüne bağlı kalınmamış ve şirketler hukukunun emredici hükümleri sözleşme teorisi çerçevesinde gerekçelendirilmiştir.

görülmektedir. Şirketler hukukunun genellikle ekonomik gelişmeler doğrultusunda pratik ihtiyaçlara cevap verme eğiliminde olması[301] ve günümüzde şirketler hukuku kurallarının büyük çoğunluğunun kanunda düzenlenmiş olması [302] karşısında, teorilere duyulan ihtiyaç azalmış gibi görünmektedir. Hatta dogmatik ortaklık teorilerine dair 20. yüzyılın başında, Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde cereyan eden yoğun tartışmayı takip eden uzun bir durgunluk nedeniyle, bu alandaki düşünsel uğraşın sonuna gelindiği dahi ileri sürülmüştür[303]. Ne var ki başta iktisat olmak üzere hukuk dışındaki sosyal bilimlerin ortaklıkları inceleme konuları arasına dâhil etmesiyle ve kurumsal yönetime dair tartışmaların ön plana çıkmasıyla, ortaklık teorilerinin özellikle 1980'lerden itibaren yeniden şirketler hukukunun merkez konuları arasında girdiği gözlenmektedir[304].

Dogmatik ve ekonomik şirket teorilerinin tamamı dikkate alındığında, şirketler hukukunda kuram bolluğundan söz edilebilir[305]. Ancak farklı noktalardan hareket eden teorilerin, ortaklıkları belirli yönleriyle sınırlı olarak ele aldığı görülmektedir. Her bir teori ortaklığın belirli özelliklerine yoğunlaştığından, ortaklığın tanımını da farklı açılardan yapmıştır. Bu durum bir fili karanlıkta tarif etmeye benzetilebilir. Gerçekten bakış açısına veya hareket noktasına göre, tarihsel süreçte ortaklık; sözleşmesel, kurumsal, varsayımsal (araçsal) veya organik (gerçek) bir yapı olmak üzere farklı şekillerde tanımlanmıştır[306]. Esasında ayrı dönemlerde, yerlerde ve bağlamlarda ortaya çıkmış olan ortaklık teorilerinin çizgisel bir gelişimi takip etmemesi doğaldır. Zira kendi zamanının ekonomik, sosyal ve politik

---

[301] Lawrence E. Mitchell, "The Relevance of Corporate Theory to Corporate and Economic Development: Comment on The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories", **Washington & Lee Law Review**, C: LXIII, No: 4, 2006 s. 1489; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 56.

[302] Habersack, **Privatrechtsdogmatik**, s. 834.

[303] Bratton, **Economic Theory**, s. 1508: Bayless Manning, "The Shareholders's Appraisal Remedy: An Essay for Frank Coker", **Yale Law Journal**, C: LXXII, No: 2, 1962, s. 245. Kıta Avrupası bakımından bkz. Brian R. Cheffins, "The Trajectory of (Corporate Law) Scholarship", **The Cambridge Law Journal**, C: LXIII, No: 2, 2004, s. 469.

[304] Ireland, **a.g.m.**, s. 1-2; Phillips, **a.g.m.**, s. 1061; Richard M. Buxbaum, "New Owners and Old Managers: Lessons from the Socialist Camp", **Delaware Journal of Corporate Law**, C: XVIII, 1993, s. 868-869; Cheffins, **a.g.m.**, s. 496-497 ve dn. 262-266'da anılan eserler.

[305] Phillips, **a.g.m.**, s. 1063. Ortaklığın doğası ve temeli hakkında Amerikan hukukunda tartışılan farklı teoriler için bkz. aynı eserde dn. 15'te anılan kaynaklar.

[306] Bratton, **Economic Theory**, s. 1510.

şartlarında yaşanan hukuki sorunlara yanıt arayan bu teoriler, ortaklıkların belirli özelliklerine yoğunlaşmıştır[307]. Üstelik hukuk dışındaki sosyal bilimlerin de ortaklıkları inceleme konuları arasına dâhil etmeleri neticesinde, ortaklıkların varlığını ve doğasını açıklamak amacıyla ekonomik, sosyolojik veya işletmesel açıdan çeşitli kuramlar geliştirilmiştir[308]. Dolayısıyla farklı disiplinlerin kendilerine özgü perspektifi ve yöntemleri nedeniyle, aynı konuda farklı sonuçlara ulaşılmış olması hiç de şaşırtıcı değildir.

2. Ortaklık Teorileri ve Esas Sözleşme Özgürlüğü Arasındaki İlişki

Ortaklıklar hukukunda sözleşme özgürlüğü ile ortaklık teorileri arasında çok yakın bir ilişki bulunmaktadır. Nitekim ortaklıklar hukukunun amaçları, işlevleri ve yapısı; bu kapsamda emredici hukuk kurallarının yoğunluğu, benimsenen ortaklık teorisiyle doğrudan bağlantılıdır. Dolayısıyla esas sözleşme özgürlüğü sorununun, bu teorilerden kopuk olarak ele alınması mümkün değildir. Ayrıca esas sözleşme serbestisinin sınırlarına dair her meselenin kanunda düzenlenmemiş olması, sorunun çözümünde en azından bir bakış açısı oluşturmak bakımından ortaklık teorilerinden istifade edilmesini gerektirmektedir.

Bu noktada önemle vurgulanmalıdır ki belirli bir ortaklık kuramının benimsenmesi, bizatihi esas sözleşme serbestisi tartışmasında özgürlükçü ya da müdahaleci bir görüşün savunulmasını peşinen gerektirmez. Hatta belirli bir teorinin zıt görüşleri ya da farklı teorilerin aynı görüşü desteklemek için kullanılabildiği gerekçesiyle, kuramsal tartışmayı anlamsız veya kafa karıştıcı bulanlar dahi olmuştur[309]. Örneğin, ekonomi temelli sözleşme teorisi genellikle esas sözleşme

---

[307] Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 57. Ekonomik olguların ve şirketler hukuku pratiğinin, şirket teorileri ile etkileşim içinde olduğu yönünde bkz. Bratton, **Economic Theory**, s. 1511.

[308] Ortaklıkların antropoloji, siyaset bilimi ve felsefe gibi diğer sosyal bilimlerin de araştırma konusunu teşkil ettiği yönünde bkz. Buxbaum, **a.g.m.**, s. 868.

[309] John Dewey, "The Historic Background of Corporate Legal Personality", **The Yale Law Journal**, C: XXXV, No: 6, 1926, s. 663-670; Mitchell, **a.g.m.**, s. 1490-1494. K.g. Phillips, **a.g.m.**, s. 1077-194. ABD'de şirket teorilerinin önemsiz veya faydasız olduğunun ileri sürülmüş olması, Amerikan hukuk felsefesinde pragmatizmin ve hukuki realizmin etkili olmasıyla açıklanmaktadır. Bkz. William W. Bratton, "Berle and Means Reconsidered at the Century's Turn", **The Journal of Corporation Law**, C: XXVI, 2001, s. 740-742; Mitchell, **a.g.m.**, s. 1489; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 64.

serbestisinin genişletilmesini savunanlar tarafından tercih edilmektedir[310]. Ne var ki sözleşmeci yaklaşımı benimsemekle beraber, hukuk düzeninin müdahalesini sözleşme teorisine uygun gerekçelerle savunanlar da mevcuttur[311]. Öte yandan söz konusu teoriler, esas sözleşme özgürlüğü bağlamında savunulan görüşler için bir hareket noktası, yahut ileri sürülen gerekçeler bakımından dayanak teşkil etmektedir. Sorunun ortaklık kuramları ekseninde değerlendirilmesi sayesinde, esas sözleşme özgürlüğünün sınırları hakkında isabetli ve tutarlı bir yaklaşımın geliştirilmesi mümkün olmaktadır.

Bu aşamada, dogmatik teorilerin esas sözleşme özgürlüğü sorununa katkısının oldukça sınırlı ve meselenin bu açıdan öğretide ele alınmış olduğu görülmektedir[312]. Pozitif hükümlerden hareket eden dogmatik teoriler, genellikle ortaklığın kuruluşunu ve temel özelliklerini incelemekle yetinir. Ancak anonim ortaklığın bir tüzel kişi ve sermaye ortaklığı olmasına bağlı özelliklerini, yahut ayırt edici niteliklerini sıralayan bu teoriler, ortaklığın söz konusu özellikleri taşımasının

---

[310] Birçokları yerine bkz. Posner, **a.g.e.**, s. 543; Easterbrook, Fischel, **Economic Structure**, s. 12-15; Jonathan R. Macey, "From Fairness to Contract: The New Direction of the Rules Against Insider Trading", **Hofstra Law Review**, C: XIII, No: 9, 1984, s. 31-47; Ralph K. Winter Jr., "State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation", **The Journal of Legal Studies**, C: VI, No: 2, 1977, s. 251-292.

[311] Kuruluş esas sözleşmesi hakkında bkz. Lucian A. Bebchuk, "Freedom of Contract and the Corporation: An Essay on the Mandatory Role of Corporate Law", **Harvard Program in Law and Economics Discussion Paper No. 46**, 1988, s. 1-64, (Çevrimiçi) http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Bebchuk_46.pdf, 24.08.2020, s. 58-61. Esas sözleşme tadili hakkında bkz. Lucian A. Bebchuk, "Limiting Contractual Freedom in Corporate Law: The Desirable Constraints on Charter Amendments", **Harvard Law Review**, C: CII, No: 8, 1989, s. 1849-1859. Ayrıca bkz. Gordon, **a.g.m.**, s. 1553-1585; John C. Coffee Jr., "No Exit?: Opting Out, The Contractual Theory of the Corporation, and the Special Case of Remedies", **Brooklyn Law Review**, C: LIII, No: 4, 1988, s. 948; Melvin E. Eisenberg,. "The Conception That the Corporation Is a Nexus of Contracts, and the Dual Nature of the Firm", **The Journal of Corporation Law**, C: XXIV, 1998, s. 823-825; Robert C. Clark, "Agency Costs Versus Fiduciary Duties", **Principals and Agents: The Structure of Business**, Ed. John W. Pratt, Richard J. Zeckhauser, Boston, Harvard Business School Press, 1991, s. 59-71; Michael Klausner, "Corporations, Corporate Law, and Networks of Contracts", **Virginia Law Review**, C: LXXXI, No: 3, 1995, s. 759. Ortaklıklar hukukunda sözleşme özgürlüğünün desteklenmesi ile sözleşme teorisinin doğrudan doğruya bağlantılı olmadığı; ancak sözleşmeci yaklaşımın bu tartışmaya ışık tutan bir analitik çerçeve sunduğu yönünde bkz. Bebchuk, **Freedom**, s. 1409-1410.

[312] Tüzel kişiliğe dair gerçeklik ve varsayım teorileri bağlamında bkz. Mehmet Bahtiyar, **Anonim Ortaklık Anasözleşmesi**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2001, s. 15-31. Anonim ortaklığa ilişkin sözleşme ve kurum teorileri ekseninde bkz. Gaillard, **a.g.e.**, s. 15-21, 34 vd.; Zumstein, **a.g.e.**, s. 48-73, 86-110; Isabelle Corbisier, **La Société: Contrat Ou Institution?: Droits étatsunien, français, belge, néerlandais, allmand et luxembourgeois**, Bruxelles, Larcier, 2011, s. 255-300, 363-600.

nedenlerini ve bunların birbirleriyle arasındaki ilişkiyi açıklamamaktadır[313]. Üstelik iktisat temelli şirket teorilerinin ekonomik analiz yöntemiyle arasındaki uyum, bu tercihin bir başka sebebi olmuştur. Açıklanan nedenlerle ve mevcut literatüre yapabileceği katkı dolayısıyla, bu çalışmada esas sözleşme özgürlüğü sorunu ekonomik şirket teorileri çerçevesinde incelenmiştir.

3. Ekonomik Analizin Ortaklıklar Hukukundaki Yeri

Bağımsız bir sosyal bilim dalı olan hukukun, hangi amaçlarla ve ne ölçüde diğer sosyal bilimlerin verilerine açık olması gerektiği temel bir tartışma konusudur[314]. Hukuku diğer disiplinlerden yalıtılmış biçimde ele alan safçı/pürist yaklaşımların etkisi azalırken, çoğulcu yöntemlerin ve disiplinler arası çalışmaların giderek daha fazla benimsendiği görülmektedir[315]. Nitekim hukuki araştırma yöntemlerinin çeşitlendirilmesi, yalnızca hukukun beslendiği kaynakların zenginleşmesini sağlamakla kalmaz; bilimsel yöntemin uygulanabilmesi adına sınanabilir gerekçelerle desteklenen hukuki tezlere ulaşmayı da mümkün kılar. Bu nedenle çoğulcu yaklaşım hukukun bilimselliğine katkı yapmakta ve hukuki araştırmaya metodolojik zenginlik katmaktadır[316].

Söz konusu gelişmeyi, ekonomi temelli teorilerin ve yöntemlerin yaygınlaştığı ortaklıklar hukukunda gözlemlemek mümkündür[317]. Zira ortaklıklar hukuku, konusu ve özü itibarıyla ekonomik perspektife en açık hukuk dallarından birisidir[318]. Ekonomi ve hukuk arasındaki etkileşimin yoğunluğu nedeniyle,

---

313 Mäntysaari, **a.g.e.**, s. 68.

314 Wolfgang Ernst, "Gelehrtes Recht - Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers", **Das Proprium der Rechtswissenschaft**, Ed. Christoph Engel, Wolfgang Schön, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, s. 15-28; Reinhard Zimmermann, Gerhard Wagner, "Methoden des Privatrechts", **Archiv für die civilistische Praxis**, C: CCXIV, No: 1-2, 2014, s. 2; Richard A. Posner: "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987", **Harvard Law Review**, C: C, 1987, s. 767-769.

315 Birçokları yerine bkz. Holger Fleischer, "Zur Zukunft der gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Forschung", **ZGR**, C: XXXVI, No: 4, 2007, s. 501; Horst Eidenmüller, "Forschungsperspektiven im Unternehmensrecht", **ZGR**, C: XXXVI, No: 4, 2007, s. 492.

316 Hukuk normunun sosyal refaha etkisini esas alan iktisadi yaklaşımlar açısından bu yönde bkz. Bachmann et. al., **a.g.e.**, s. 14.

317 Habersack, **Privatrechtsdogmatik**, s. 821-823; Eidenmüller, **a.g.m.**, s. 491-495; Fleischer, **Zukunft**, s. 501-502.

318 Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, § 3 N. 98; Habersack, **Privatrechtsdogmatik**, s. 821.

ortaklıklar hukuku normlarının mevcut ve muhtemel ekonomik sonuçlarının önceden tespit edilmesi çok önemlidir. Hukuk metodolojisinde etki odaklı yaklaşımın (*Folgenberücksichtigung*) özel bir görünümü olan hukuk ve ekonomi öğretisi, "pozitif analiz" kapsamında yürürlükteki şirketler hukuku kurallarını ekonomik açıdan açıklamayı; bunların şirket ilgililerinin davranışları üzerindeki etkilerini ve giderek toplumsal sonuçlarını ortaya koymayı amaçlar[319]. İlgili normun ekonomik anlamda verimli olup olmadığı, yani sosyal refahı artırıp artırmadığı ortaya koyulabilir. Ayrıca mevcut şirketler hukuku kurallarının *ratio legis*'inin tespit edilmesini, böylece teleolojik yorum yönteminin uygulanmasını kolaylaştırır. Pozitif analiz sayesinde, yargı kararlarının veya öğretideki görüşlerin görünürdeki dayanaklarının ötesine geçilerek, bunların altında yatan gerçek ekonomik sebepler aydınlatılabilmektedir[320]. Normatif analiz ise bir hukuk politikası aracı olarak görülmektedir. Hukuk normuna ekonomik bir amaç atfedilerek, şirketler hukukunun amaçlarıyla uyumlu kuralların geliştirilebilmesine ve *de lege ferenda* çıkarımlar yapılmasına imkân verir[321].

Ekonomik analizin şirketler hukukundaki işlevleri, pozitif ve normatif analizin uygulanabileceği çok sayıda hükümde somutlaştırılabilir. Bu bağlamda en dikkat çekici düzenlemelerden biri, anonim ortaklığın haklı sebeplerle feshi davasıdır (TK m. 531)[322]. Anonim ortaklık ilişkisinin uzun süreli olması ve karmaşık yapısı itibarıyla, pay sahiplerinin ortaklık ilişkisi boyunca ortaya çıkabilecek her türlü riski öngörmesi ve bunlara dair etkili sözleşmesel mekanizmalar düzenlemeleri mümkün olmadığı gibi, sözleşme maliyetleri nedeniyle ekonomik açıdan mantıklı da değildir[323]. Ayrıca azınlık ve çoğunluk pay sahipleri arasındaki pazarlık gücü dengesizliği ve bilgi asimetrisi, azınlığın sözleşmesel korumalara sahip olma

---

[319] Zimmermann, **a.g.m.**, s. 280; Habersack, **Privatrechtsdogmatik**, s. 823; Bachmann et. al., **a.g.e.**, s. 14.

[320] Posner, **a.g.e.**, s. 31-32.

[321] Hukuk ve ekonomi bahsinde pozitif ve normatif analiz hakkında bkz. dn. 54 ve bağlı metin.

[322] TK m. 531'de düzenlenen haklı sebeple fesih davasının ekonomik analizi için bkz. Cem Veziroğlu, "Buy-Out of the Oppressed Minority's Shares in Joint Stock Companies: A Comparative Analysis of Turkish, Swiss and English Law", **European Business Organization Law Review**, C: XIX, No: 3, 2018, s. 529-538.

[323] Gordon, **a.g.m.**, s. 1550; Armour et. al., **Anatomy**, s. 19-20; Armour, Whincop, **Foundations**, s. 436.

imkânını daha da sınırlamaktadır. Anonim ortaklıkta geçerli olan çoğunluk ilkesi ise kontrol sahibinin fırsatçı davranışları nedeniyle, azınlığın aleyhine işleyen bir yapıya vücut vermektedir. Özellikle halka açık olmayan ortaklıklardaki azınlığın, yalnızca sözleşmesel mekanizmalardan değil, kontrol sahibinin gücünü frenlemeye yarayan piyasa dinamiklerinin [324] korumasından da yoksun kaldığı göz önünde bulundurulmalıdır. Zira bu tür şirketlerde pay devrinin sınırlandırılmış olması, yahut payların devredilebileceği likit bir piyasanın bulunmaması sebebiyle, azınlık âdeta şirkette kilitli kalmaktadır.

Yukarıda açıklanan piyasa aksaklıkları, azınlığın ciddi şekilde baskı gördüğü anonim ortaklıklarda, şirketin feshini talep etme imkânını gerekçelendirmektedir. Ayrıca anılan dava kapsamında azınlığa, pay devrinin sınırlandırılmış olmasına veya likit bir piyasanın bulunmamasına rağmen, paylarının gerçek değeri karşılığında şirketten çıkma imkânı sağlanmaktadır[325]. Yukarıdaki açıklama ışığında, şirketin haklı sebeple feshi davasının, kontrol sahibinin çoğunluk ilkesini suistimal eden fırsatçı davranışlarına karşı azınlığı korumayı amaçladığı sonucuna ulaşılmaktadır[326].

Örneğin, çoğunluk pay sahibi kendisine yönetim kurulu üyesi sıfatıyla fahiş derecede menfaat sağlamasına rağmen, uzun yıllar boyunca kâr dağıtımını

---

[324] "Esas sözleşme piyasası" (*market for charters),* "etkin piyasa teorisi" (*efficient capital markets hypothesis*), "ortaklığın kontrolü pazarı teorisi" (*theory of the market for corporate control*) ve "yöneticilerin iş gücü pazarı" (*market for managerial labour*) gibi piyasa dinamikleri hakkında bilgi için bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4, b, (4), (i).

[325] Paul Davies, Sarah Worthington, **Gower and Davies' Principles of Modern Company Law**, 10. bs., London, Sweet & Maxwell, 2016, N. 20–19; John Birds, **Annotated Companies Legislation**, 3. bs., Oxford, Oxford University Press, 2013, N. 30.994.02.

[326] Bu yönde bkz. Peter Böckli, **Schweizer Aktienrecht**, 4. bs., Zürich, Schulthess Verlag, 2009, §16 N. 191, §17 N. 12; F. Wolfhart Bürgi, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band: 5 Teil: 5/b: Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660-697)**, Zürich, Schulthess Verlag, 1957, Art. 736 N. 39; Lukas Beeler, Hans Caspar von der Crone, "Auflösungsklage nach Art. 736 Abs.4 OR: Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_475/2009 vom 5. Marz 2010 in Sachen X (Beschwerdeführerin/Klägerin) gegen Y SA", **Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht**, No: 4, 2010, s. 332; Ünal Tekinalp, "Türk Ticaret Kanunundaki Boşluk: Anonim Ortaklığın Önemli Sebeplerle Feshi, Çoğunluk Gücünün Kötüye Kullanılmasına Karşı Etkili Bir Araç", **İktisat ve Maliye Dergisi**, C: XXI, No: 8, 1974, s. 324; Ersin Çamoğlu, **Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması**, Istanbul, Vedat Kitabevi, 2008, s. 63; Ayşe Şahin, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 51; Tolga Ayoğlu, "Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu**, No: 2, 2013, s. 221-222; Nuri Erdem, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, Istanbul, 2019, s. 9.

engelleyerek azınlığı temettü açlığına terk etmiş olsun[327]. Bu davranış, şirketin malvarlığındaki eksilmeye bağlı olarak, hisselerin değerinin düşmesine yol açacak; ayrıca potansiyel yatırımcılar ve alacaklılar nezdinde neden olduğu itibar kaybı sebebiyle, şirketin finansman maliyeti yükselecektir[328]. Söz konusu maliyetler, şirketin tüm pay sahiplerinin malvarlığına payları oranında yansıyacaktır. Kendi menfaatini önceleyen "rasyonel" kontrol sahibinin, bu yolla elde edebileceği faydanın, maliyetinden üstün olduğu her durumda söz konusu davranışı sürdürmesi beklenir. Bu ise azınlık pay sahibi bakımından olumsuz dışsallık teşkil eder.

TK 531'de düzenlenen haklı sebeple fesih davası kapsamında, davacının şirketten çıkma imkânı ise âdeta esas sözleşmesel bir satım hakkı (*put option*) gibi işlev görür[329]. Zira dava ve değerleme masrafları yanında, davacının paylarının alım bedeli, kontrol sahibinin yapacağı fayda-maliyet hesabına maliyet kalemi olarak dâhil olur. Başka bir anlatımla, anılan maliyetler kontrol sahibinin fırsatçı davranışlarının gölge/zımni fiyatını[330] teşkil eder. Bu tehdidin varlığı karşısında ise kontrol sahibinin azınlığın haklarını gözeterek hareket etmesi teşvik edilmiş olur[331].

Bu aşamaya kadar uygulanan pozitif analiz sayesinde, anonim ortaklıkta baskı gören azınlığın başvurabileceği haklı sebeple fesih davası ve bu kapsamda şirketten çıkma imkânı ekonomik açıdan gerekçelendirilmiş oldu. TK m. 531'in normatif analizi ise hükmün amaçlanan etkileri yaratmaya elverişli şekilde tasarlanmadığını ortaya koymaktadır. Zira ortaklığın feshi ile azınlığın şirketten çıkması arasında, yaptırım gücü ve maliyetler açısından önemli farklar olmasına rağmen, davanın kabulü için aranan "haklı sebep" ölçütünde orantılılık ilkesini

---

[327] Şirketin kâr etmesine rağmen, uzun yıllar kâr dağıtılmaması çoğunlukla TK m. 531 anlamında haklı sebep olarak nitelendirilmektedir. Böckli, **a.g.e.**, s. § 16 N. 207; Ünal Tekinalp, "Haklı Sebeplerle Fesih Davasının Bazı Usulî Sorunları", **Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan**, Vedat Kitapçılık, Istanbul, 2013, s. 221; Şahin, **a.g.e.**, s. 162; Ayoğlu, **a.g.m.**, s. 228 dn. 26; Erdem, **a.g.e.**, s. 121.

[328] Örneğin bu durumu bilerek kredi tahsis eden bir banka, diğer borçlulara göre daha yüksek faiz oranı talep edebilecek ya da şirketten ek teminat talep edebilecektir.

[329] Enriques et al., **Anatomy**, s. 152. Burada işlevsel açıdan karşılaştırma yapılan sözleşmesel satım hakkı, şarta bağlı yenilik doğuran bir haktır. Satım hakkının kullanılabilmesi için aranan şart ise kontrol sahibinin azınlık üzerinde uyguladığı baskı neticesinde, ortaklık ilişkisinin azınlık bakımından çekilmez hale gelmesidir.

[330] Kavram için bkz. dn. 52.

[331] Tekinalp, **Fesih**, s. 322.

gözeten bir farklılaştırma yapılmamıştır. Bu doğrultuda şirketin feshini gerektirecek seviyede haklı sebeplerin bulunmaması halinde, davanın reddinin, dolayısıyla alternatif yaptırımların da uygulanamayacağı, öğretide çoğunlukla kabul edilmektedir[332]. Halbuki, belirli bir eşiği aşmış olması kaydıyla, dava kapsamında ortaya koyulan haklı sebepler ölçüsünde alternatif çözümlerin devreye girebilmesi, ekonomik açıdan daha etkin bir tutum olurdu[333]. Ayrıca davanın nihayetinde bir fesih davası olması sebebiyle davalının şirket olduğu gözetilerek, haklı sebeplerin faili konumundaki (dava dışı) çoğunluk pay sahibi, davacının paylarını almaya zorlanamamaktadır[334]. Bu durum ise kontrol sahibinin fayda-maliyet analizinde hesaba katacağı maliyetlerin (dava masrafları ve pay bedeli), kendisi yerine, ilgili şirket tarafından karşılanmasına yol açmakta ve yaptırımın gücünü zayıflatmaktadır. Bu nedenle kontrol sahibinin olgu öncesi (*ex ante*) motivasyonu üzerinde yeterli etkiyi sağlamaktan uzak kalmaktadır. Son olarak dava kapsamında benimsenen değerleme esasları ile hakimin taleple bağlı olmayıp, geniş takdir yetkisiyle donatılmış olması sebebiyle, yaptırım, tarafların motivasyonları üzerinde beklenen etkileri göstermekten uzak kalabilmektedir.

Görüldüğü üzere ekonomik analiz; rasyonel davranış ve fiyat teorileri gibi ekonominin analitik araçları yardımıyla, şirketler hukuku kurallarının varlık sebebini, şirket ilgililerinin davranışları üzerindeki etkilerini ve amaçlarını; ayrıca mevcut hükümlerin yetersiz yönlerini açıklayabilmektedir.

---

[332] Murat Oruç, "6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebeple Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma", **BATİDER**, C: XXVII, No:1, 2011, s. 227; Ersin Çamoğlu, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde Hakimin Takdir Yetkisi", **BATİDER**, C: XXXI, No: 1, 2015, s. 10; Şahin, **a.g.e.**, s. 125; Füsun Nomer Ertan, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davası -TTK m. 531 Üzerine Düşünceler-", **İÜHFM**, C: LXXIII, No: 1, 2015, s. 428.

[333] Mahkemenin alternatif çözümü uygun bulması halinde, haklı sebeplerin şirketin feshini gerektirecek kadar ağır olmasına gerek bulunmadığı yönünde bkz. Tekinalp, **Usul**, 218. Benzer yönde bkz. Ayoğlu, **a.g.m.**, s. 223; Veziroğlu, **Buy-out**, s. 533.

[334] Tekinalp, **Usul**, s. 218; Ayoğlu, **a.g.m.**, s. 242; Erdem, **a.g.e.**, s. 267; Şahin, **a.g.e.**, s. 421; Emel Hanağası, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi", **BATİDER**, C: XXXII, No: 1, 2016, s. 256. Karş. Ayşe Sumer, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Anonim Ortaklıkların Haklı Sebeple Feshi", **Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C: XXVIII, No: 1, 2010, s. 178; Veziroğlu, **Buy-out**, s. 535-537; Sinan H. Yüksel, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler", **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 874-880.

Anglo-Amerikan hukuku kaynaklı ekonomik yaklaşımlara, Kıta Avrupası ortaklıklar hukukunda da oldukça yaygın şekilde başvurulmaktadır[335]. Üstelik ekonomik teorilerin ve yöntemlerin Avrupa ülkelerinde ve AB düzeyinde yasama çalışmalarında da sıklıkla kullanıldığı görülmektedir[336]. Bu bağlamda ekonomik verimliliğin ve sosyal refahın artırılması, artık şirketler hukukunun amaçları arasında sayılmaktadır[337]. Anılan hukuk sistemlerinin etkisi altındaki Türk hukuku da bu gelişmelere duyarsız kalmamış ve ekonomik eksenli yaklaşım hem şirketler hukuku öğretisine[338], hem de TK'nın hazırlık çalışmalarına[339] yansımıştır.

---

[335] Fransız hukukunda bkz. Pierre Didier, "La Théorie contractualiste de la société", **Revue des sociétés**, 2000, s. 95-99; Corbisier, **a.g.e.**, s. 383-396; Philippe Bernoux, Yves-Frédéric Livian, "L'entreprise est-elle toujours une institution?", **Sociologie du Travail**, C: XXXI, No: 2, 1999, s. 182-183. Alman hukukunda bkz. Fleischer, **Zukunft**, s. 503-504; Claus Ott, "Allokationseffizienz, Rechtsdogmatik und Rechtsprechung – die immanente ökonomische Rationalität des Zivilrechts", Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, Ed. Claus Ott, Hans-Bernd Schäfer, Berlin, Springer Verlag, 1989, s. 25-44; Gerhard Wagner, "Privatrechtsdogmatik und ökonomische Analyse", **Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag**, Ed. Claus-Wilhelm Canaris et. al., Berlin-Boston, De Gruyter, 2017, s. 294, 318; Zimmermann, **a.g.m.**, s. 280 ve dn. 275'te anılan eserler; Eidenmüller, **a.g.e.**, s. 414-449, 475; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 699; İsviçre hukukunda bkz. Peter Nobel, **Berner Kommentar, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung**, Bern, Stämpfli Verlag, 2017, Art.1 N. 151-220; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, § 3 N. 97-98'de dn. 73 ve 74'te anılan eserler. Fransa, Belçika, Lüksemburg, Hollanda ve Alman hukuna dair bkz. Corbisier, **a.g.e.**, s. 49-68, 268-300. Karşılaştırmalı şirketler hukuku çalışmalarında Kıta Avrupası hukuk sistemleri bakımından ekonomik yaklaşımı benimseyen çalışmalar için bkz. Bachmann et al, **a.g.e.**, s. 7-14; Holger Fleischer, Daniel Zimmer, "Effizienzorientierung im Handels - und Wirtschaftsrecht - Einführung und Überblick -", **Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht**, Ed. Holger Fleischer, Daniel Zimmer, Frankfurt am Main, Verlag Recht und Wirtschaft, 2008. s. 9-40.

[336] Avrupa şirketler hukukunun yeknesaklaştırılması amacıyla, farklı AB ülkelerinden 28 uzmanın oluşturduğu, bağımsız bir topluluk olan Avrupa Model Şirketler Kanunu Grubu (*European Model Company Act Group*) tarafından hazırlanan "Avrupa Model Şirketler Kanunu" (*European Model Company Act*) için bkz. Paul Krüger Andersen et. al.: "European Model Company Act (EMCA) First Edition 2017", **Nordic & European Company Law Working Paper No. 16-26**, s. 9, (Çevrimiçi) https://ssrn.com/abstract=2929348, 31.08.2020. AB nezdindeki benzer çalışmalar için bkz. European Commission, **Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - A Plan to Move Forward**, Brussels, 21.05.2003, COM (2003) 284 final, s. 3, (Çevrimiçi) https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52003DC0284, 31.08.2020; Antunes, José Engrácia et. al, **Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law (5 April 2011)**, s. 20, 36, (Çevrimiçi) www.ssrn.com/abstract=1851654, 31.08.2020.

[337] Andersen et al., **a.g.m.**, s. 9. Yazarlar ekonomik yaklaşımın Avrupa çapındaki etkisinden hareketle, Kıta Avrupası şirketler hukukunda bir paradigma değişimi yaşandığını ifade etmektedirler.

[338] Bkz. dn. 48'de anılan eserler.

[339] TK tasarısının gerekçesinde ekonomik anlamda verimlilik amacına vurgu yapan kısımlar için bkz. TK Genel Gerekçe, N. 5, 94 ve TK'nın 379., 428., 493. ve 531. maddelerinin gerekçeleri. TK'nın

Öte yandan ortaklıklar hukukunu ekonomi biliminin analitik araçlarıyla ele alırken, ekonominin indirgeyici bir tutum içinde olduğunu da gözden kaçırmamak gerekir[340]. Nitekim ekonomi, varsayımsal ve basit olandan hareketle, gerçek olguları açıklama uğraşındadır[341]. Bu nedenle başvurulan varsayımların ve modellerin farklılığına bağlı olarak, çeşitli ortaklık teorileri geliştirilmiştir. Karmaşık olguların anlaşılmasında ve tümevarım yöntemiyle kural oluşturulmasında faydalı olan bu tutum, hukukun uygulamasına gelindiğinde hukuk dogmatiğinin filtresinden geçirilmelidir. Başka bir deyişle, ekonomik teorilerin pozitif hukuk bakımından çıkarımlarının, hukuki zeminde sağlaması yapılmalıdır[342]. Ekonomik teorilerin esas sözleşme özgürlüğü sorununa yansımalarının da bu bilinçle ele alınması ve hukuki denetiminin yapılması gerekir.

4. İktisadi Ortaklık Teorileri ve Esas Sözleşme Özgürlüğüne Yansımaları

Her biri ayrı bir monografik çalışmaya konu edilebilecek derinliğe sahip olan ekonomik şirket teorilerinin bütün boyutlarıyla ve sistematik olarak bu çalışmada ele alınması mümkün ve gerekli değildir. Çalışmanın kapsamı dikkate alınarak şirket teorilerinin tarihsel, sosyal ve ekonomik arka planı, yahut bütün iddiaları ve gerekçeleri aktarılmamış; fakat incelemenin bağlamı içinde ve gerekli olduğu ölçüde

---

hazırlık çalışmalarında, bağımsız denetim şartının "fayda-zarar" analizi neticesinde kabul edildiği; bu kapsamda yeni sistemin şirketlere yükleyeceği maliyetin, şirketlerin denetlenmemesi neticesinde ortaya çıkabilecek toplumsal maliyete nazaran daha az olacağı yönünde bkz. Ünal Tekinalp, "Türk Ticaret Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı", **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, C: II, İstanbul, Bilgi İletişim Grubu, 2008, s. 649. Şirketlerin organizasyonel yapısının uluslararası düzeyde rekabetçi ve verimli bir yapıya kavuşturulması amacı, AB şirketler hukukuna yön veren temel strateji belgeleri arasında da belirtilmektedir. Bkz. Jaap Winter et. al., **Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe**, Brussels, 4 November 2002, s. 28-36, (Çevrimiçi) https://ecgi.global/sites/default/files/report_en.pdf, 31.08.2020. Raporda ayrıca şirketler hukukuna dair münferit sorunlar, ekonomik bir yaklaşımla fayda-maliyet analizi ekseninde ele alınmaktadır (**a.e.**, s. 50, 141). Söz konusu raporun kanun koyucu tarafından TK'nın hazırlık sürecinde dikkate alındığı; hatta birçok hükmün ve normun doğrudan esin kaynağı olduğu yönünde bkz. TK Genel Gerekçe, N. 94.

340 Işıktaç, **a.g.e.**, s. 9-10.

341 Ekonomik teorilerin, gerçek olguların karmaşıklığını tam olarak yansıtmaması nedeniyle betimsel açıdan eksiksiz olmadığı; ancak bu durumun teorinin geçerliliğine zarar vermediği yönünde bkz. Posner, **a.g.e.**, s. 17-18.

342 Fleischer, **Zukunft**, s. 501-502.

açıklanmıştır. Teorilerin hareket noktası, anonim şirkete bakış açısı ve esas sözleşme özgürlüğüne etkileri ise kapsamlı şekilde değerlendirilmiştir.

a. Erken Dönem İktisadi Yaklaşımlar

(1) Rasyonel Üretim Birimi Olarak Şirket

Yaklaşık 1960'lara kadar şirketler iktisat biliminin araştırma konuları arasında pek yer bulamamış; daha çok piyasalar hakkında teoriler geliştirilmiştir[343]. Bu kapsamda şirketler de, bireyler gibi, piyasanın rasyonel ekonomik aktörleri olarak ele alınmış ve yalnızca üretim birimleri şeklinde görülmüştür[344]. Rasyonel davranış teorisi[345] çerçevesinde, söz konusu üretim birimlerinin zaten verimli şekilde işlediği ve kâr odaklı davrandığı varsayıldığından, şirket ilgilileri arasındaki ilişkilerin araştırılmasına ihtiyaç duyulmamıştır[346]. Bu nedenle erken dönem iktisadi çalışmalarda şirketin âdeta kapalı bir kutu olarak görüldüğü belirtilmektedir[347].

Şirket içi ilişkilerin iktisadi açıdan incelenmemiş olmasının bir başka sebebi ise konunun henüz sözleşmesel zeminde ele alınmamış olmasıdır. Nitekim ekonomi biliminin analitik araçlarının[348] iradi işlemleri analiz etmeye elverişli olmasına karşın, bu dönemde şirket içi düzen hiyerarşi, otorite ve talimat ilişkileriyle tanımlanmaktaydı[349].

---

[343] Bratton, **Nexus**, s. 415. Piyasa teorileri çerçevesinde, bağımsız mübadele ilişkileriyle oluşan fiyat hareketlerinin, bireylerin davranışları ve sosyal refah üzerindeki etkileri araştırılmıştır (Michael C. Jensen, "Organization Theory and Methodology", **The Accounting Review**, C: LVIII, No: 2, 1983, s. 325; Demsetz, **Theory**, s. 377-378).

[344] Bratton, **Nexus**, s. 415; Oliver E. Williamson, "The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes", **Journal of Economic Literature**, C: XIX, No: 4, 1981 s. 1539. *Ronald Coase* öncesinde neoklasik iktisadın şirket teorisi geliştirmemiş olduğu ve yalnızca şirketlerin önemli birer aktör olduğu piyasa teorileriyle ilgilendiği yönünde bkz. Mäntysaari, **a.g.e.**, s. 6.

[345] Rasyonel davranış teorisi hakkında bkz. dn. 61 ve bağlı metin.

[346] Michael C. Jensen, William H. Meckling, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", **Journal of Financial Economics**, C: III, No: 4, 1976, s. 307; Hart, **Firm**, s. 1758.

[347] Jensen, Meckling, **a.g.m.**, s. 306-307; Ireland, **a.g.m.**, s. 16; Tamer Çetin, "Yeni Kurumsal İktisat", **Sosyoloji Konferansları**, C: XLV, No: 1, 2012, s. 65.

[348] Fiyat teorisi ve rasyonelite varsayımı gibi araçlar yardımıyla sözleşmelerin ekonomik analizi için bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1.

[349] Bu yönde bkz. Harold Demsetz, "The Theory of the Firm Revisited", **Journal of Law, Economics & Organization**, C: IV, No: 1, 1988, s. 141-142; Jensen, Meckling, **a.g.m.**,s. 306-307.

(2) *Coase*'un Şirket Teorisi

İktisadi çalışmalarda şirket içi ilişkilerin otorite kavramıyla açıklanması, *Ronald H. Coase*'un 1937 yılında yayımladığı "The Nature of the Firm"[350] başlıklı ünlü makalesine dayanır[351]. Şirketin varlık sebebini ve sınırlarını sözleşme maliyetleri[352] ekseninde araştıran *Coase*, ekonomik faaliyetlerin şirket bünyesinde örgütlenmesinin, piyasadaki bağımsız sözleşmelere nazaran çoğunlukla daha verimli olduğunu ileri sürmüştür[353]. Başka bir deyişle, organize bir üretim birimi olan şirket, kaynakların tahsisinde ve kullanılmasında, piyasadaki fiyat mekanizmasına göre çoğu zaman daha maliyetsizdir. Ancak klasik iktisadi teoriye göre, kaynakların tahsisi ve ekonomik faaliyetlerin koordinasyonu, bağımsız mübadele ilişkileri neticesinde piyasada oluşan fiyat hareketleriyle (görünmeyen el) sağlanır[354]. Eğer ekonomik koordinasyon herhangi bir organizasyon gerektirmiyor ve piyasada kendiliğinden sağlanabiliyorsa, o halde neden ticari faaliyetlerin büyük bir kısmı şirket çatısı altında gerçekleştirilmektedir[355]? İşte *Coase*'un bu soruya verdiği cevap, bir taraftan şirketin varlık sebebini ortaya koyarken; diğer taraftan şirket içi düzenin otorite ilişkileriyle açıklanmasına yol açmıştır.

---

[350] Ronald H. Coase, "The Nature of the Firm", **Economica**, C: IV, No: 16, 1937, s. 386-405.

[351] Aşağıda incelenen neoklasik iktisadın sözleşme teorisi ve yeni kurumsal iktisadın mülkiyet teorisi, esasında *Coase*'un şirket teorisinin uzantılarıdır. Bu nedenle Coase'un 1937 tarihli eseri iktisadi şirket teorilerinin başlangıcı olarak görülmektedir. Ne var ki *Coase*'un ileri sürdüğü savlar ancak 1960'ta yayımladığı makalesinden (Ronald Coase, "The Problem of Social Cost", **JLE**, C: III, 1960, s. 1-44) sonra ilgi görebilmiştir (bu yönde bkz. Hart, **Firm**, s. 1761; Phillips, **a.g.m.**, s. 1071; Andrew Keay, "Directors' Duties to Creditors: Contractarian Concerns Relating to Efficiency and Over- Protection of Creditors", **The Modern Law Review**, C: LXVI, No: 5, 2003, s. 673).

[352] İşlem ve sözleşme maliyetleri kavramları için bkz. Coase, **Cost**, s. 15; Oliver E. Williamson, "Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations", **JLE**, C: XXII, No: 2, 1979, s. 233-238.

[353] Coase, **Firm**, s. 392. Şirket içinde uzmanlaşmanın ve iş bölümünün faydalarını tespit etmiş olması nedeniyle *Adam Smith,* şirket içi üretimin piyasadaki bağımsız sözleşmelere göre çoğunlukla daha verimli olduğu savının öncüsü olarak anılmaktadır (Mäntysaari, **a.g.e.**, s. 6). Şirket içi iş bölümünün üretim verimliliği üzerindeki etkisi için bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4, b, 3. Benzer şekilde, *Karayalçın,* iş bölümünün ekonomik verimlilikle arasındaki ilişkiyi şu ifadelerle belirtmiştir: "*İşletmeler büyüdükçe sermayeye olan ihtiyaç artmakta, işbölümü gelişmekte ve işletmede sermayedar, müteşebbis, idareci emek, icracı emek birbirinden ayrılmaktadır. Bunun neticesi verim artmakta, maliyet düşmekte ve işletme rasyonel ve verimli bir işletme olma imkânını bulabilmektedir. Bir işletmenin en fazla verim sağlıyacak büyüklüğüne optimum büyüklük denir."* (Karayalçın, **a.g.e.**, s. 3).

[354] Butler, **Contractual**, s. 103. Ayrıntılı açıklama için bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1, b.

[355] Coase, **Firm**, s. 388.

Gerçekten meseleye sözleşme maliyetleri açısından yaklaşıldığında, piyasadaki fiyat mekanizmasının kendiliğinden işleyebilmesine karşılık; araştırma, pazarlık, sözleşme hazırlama, akdetme ve icra etme gibi maliyetleri içerdiği görülür. Oysa birbirinden bağımsız ve çok sayıda sözleşmenin akdedildiği karmaşık bir sürecin yerine, üretimin şirket bünyesinde örgütlenmesi sayesinde, söz konusu maliyetler büyük oranda düşürülebilmektedir[356]. Zira müşterek üretim faaliyetine katılan sermayedar, işçi, hammadde tedarikçisi, pazarlamacı ve satışçı gibi kişilerin ayrı ayrı müzakerelere girişmeleri ve sözleşme akdetmelerine gerek olmaksızın, kaynakların şirket içi hiyerarşi ve otorite ilişkisi çerçevesinde yönetilmesi mümkün olabilmektedir[357]. Üstelik anılan kişilerin değişebildiği, uzun süreli ve karmaşık sözleşme ilişkilerinde, her türlü belirsizliğin öngörülerek sözleşmede düzenlenmesi aşırı maliyetli olacağından, şirket içi kararların ve koordinasyonun merkezî bir otoriteye bırakılması tasarruf sağlar[358]. Görüldüğü üzere şirket yapılanması çok sayıda, maliyetli ve bağımsız sözleşmeyi ikame etmekte ve üretim sürecini hiyerarşi ve talimat yoluyla koordine etmeye imkân vermektedir.

Şirketi ekonomi biliminin çalışma konuları arasına dâhil eden[359] bu yaklaşım, şirket yapılanmasını piyasadaki fiyat mekanizmasına alternatif bir ekonomik

---

[356] Coase, **Firm**, s. 390-391; Coase, **Cost**, s. 16; Posner, **a.g.e.**, s. 533-534; Alfred D. Chandler Jr., **The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business**, Cambridge, Harvard University Press, 1977, s. 6-8. *Chandler* da şirket içi koordinasyonun kaynak kullanımında verimliliği artırıp, işlem ve bilgi maliyetlerini azalttığını belirtmiştir.

[357] Butler, **Contractual**, s. 103; Posner, **a.g.e.**, s. 533; Herbert A. Simon, "Organizations and Markets", **Journal of Economic Perspectives**, C: V, No: 2, 1991, s. 25-44; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 698. Coase, **Firm**, s. 392: "*... [P]iyasadaki fiyat mekanizmasını kullanmanın bazı maliyetleri vardır; ancak bir organizasyon kurarak ve kaynakları idare etmek üzere girişimciye (koordinatöre) otorite tanıyarak işlem maliyetlerinden tasarruf edilebilmektedir*". İngilizce aslı: "*... the operation of a market costs something and by forming an organisation and allowing some authority (an "entrepreneur") to direct the resources, certain marketing costs are saved*". *Coase* "*girişimci*" terimini, kaynakları yönetme yetkisine sahip olanlar için kullandığını açıkça belirtmiştir (**a.e.**, s. 388 dn. 2). Dolayısıyla ekonomik açıdan girişimci olarak nitelenen kişi(ler), hukuki bakımdan gerçek kişi taciri kapsadığı gibi; anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerini de içermektedir. Diğer taraftan blok pay sahipliği yapısının hakim olduğu anonim şirketlerde, yönetim kurulu üyelerini seçen çoğunluk pay sahiplerinin de, kontrol sahibi olmaları dolayısıyla kavramın kapsamına girdiği söylenebilir.

[358] Coase, **Cost**, s. 16-17; Hart, **Firm**, s. 1760; Armour, Whincop, **Foundations**, s. 433; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 697.

[359] Bu yönde bkz. Bratton, **Berle and Means**, s. 753; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 5.

koordinasyon modeli olarak tanımlamıştır[360]. *Coase*, şirketi ortaya çıkaran işlemin sözleşme olduğunu tespit etmekle beraber, ortaklık içi ilişkileri hiyerarşi ve otorite kavramlarıyla açıklamıştır. Henüz ortaklık iç düzenin sözleşmesel zeminde açıklanmamasına bağlı olarak ekonomik analize uygun olmaması karşısında, bu yaklaşımın geleneksel kapalı kutu modelini aşamadığı söylenebilir[361].

(3) *Berle & Means*'in "Yönetim Odaklı" Yaklaşımı

İktisadi teorinin şirket içi ilişkilere yönelik yukarıda açıklanan bakış açısı, aynı dönemde ABD'de şirketler hukuku öğretisinde hakim olan "yönetim odaklı yaklaşım"ın (*managerialism*) da benimsediği bir anlayıştı[362]. Hukuk ve ekonomi öğretisinin şirketler hukuku alanındaki ilk uygulamalarından olan *Berle* ve *Means*'in "The Modern Corporation and Private Property" başlıklı çalışması, yönetim odaklı yaklaşımı ortaya koymuş ve yayımlandığı 1932 yılından 1970'lere kadar ABD'de şirketler hukuku kuramına ve uygulamasına yön vermiştir[363].

Yönetim odaklı yaklaşım uyarınca anonim ortaklık modeli ekonomik başarısını örgütsel yapısına borçluydu. Bunun ağırlık noktasını ise kaynakların yönetiminde uzman olan yöneticilerin şirket bünyesindeki güçlü konumu ve otoritesi teşkil etmekteydi[364]. Başka bir deyişle, anonim ortaklığa hakim olan hiyerarşinin tepesinde yöneticiler bulunmaktaydı. Özellikle halka açık anonim ortaklıklarda dağınık pay sahipliği yapısına bağlı olarak, mülkiyet ve kontrolün birbirinden

---

[360] Coase, **Cost**, s. 16; Daniel R. Fischel, "The Corporate Governance Movement", **Vanderbilt Law Review**, C: XXXV, No: 6, 1982, s. 1261; Williamson, **Corporation**, s. 1541; Mäntysaari, **a.g.e.**, s. 11. "Piyasa koordinasyonu" ve "şirket koordinasyonu" kavramları için bkz. Butler, **Contractual**, s. 103. *Coase* yalnızca şirketin varlığını açıklamakla kalmamış; aynı zamanda şirketin sınırlarını da incelemiştir. Nitekim ekonomik faaliyetin şirket içinde örgütlenmesinin kendine özgü maliyetleri olması dolayısıyla, şirket koordinasyonun da bir sınırı vardır. Bu sınır, şirket içinde üretilecek ilave ürünün/hizmetin şirkete olan maliyetinin, bunun piyasada sözleşme yoluyla tedarik edilmesinin maliyetini aştığı noktadır (Coase, **Firm**, s. 394).

[361] Ireland, **a.g.m.**, s. 16 dn. 57.

[362] Bratton, **Economic Theory**, s. 1496.

[363] Robert Hessen, "A New Concept of Corporations: A Contractual and Private Property Model", **Hastings Law Journal**, C: XXX, No: 5, 1979, s. 1329. Yönetim odaklı yaklaşımın kabulüne yol açan tarihsel ve ekonomik sebepler için bkz. Bratton, **Economic Theory**, s. 1483-1494.

[364] Berle, Means, **a.g.e.**, s. 1-9, 349; Keay, **a.g.m.**, s. 672.

ayrılmış olması (*separation of ownership and control*)[365] yöneticilerin gücünü artırmasına neden olmuştu[366]. Fakat küçük ve pasif pay sahipleri karşısındaki yöneticilerin, nüfuzunu suistimal etmeleri tehlikesi ve anonim ortaklıkların geniş bir menfaat çevresini etkileyebilmeleri nedeniyle, yöneticilerin gücünün dizginlenmesi gerekliydi. Özellikle büyük anonim ortaklıkların ekonomik düzen içindeki işlevlerinden hareketle, kamusal önemi haiz oldukları; dolayısıyla emredici hükümlerle düzenlenerek, sıkı bir şekilde kontrol edilmeleri gerektiği savunuluyordu[367].

Belirtilmelidir ki yönetim odaklı yaklaşımın normatif çıkarımları yalnızca ABD'de değil, Kıta Avrupası'nda[368] ve Türk hukukunda[369] da benimsenmiştir. Öte yandan ABD ve Birleşik Krallık gibi Anglo-Amerikan hukuk sisteminin geçerli olduğu ülkelerin aksine, Kıta Avrupası ülkelerinde ve Türkiye'de anonim ortaklıklara blok pay sahipliği yapısının hakim olması nedeniyle, şirket içi menfaat

---

365 Sermayenin ve yönetim gücünün farklı kişilerin elinde toplanması olarak tarif edilebilen "mülkiyet ve kontrol ayrılığı" kavramı, 1920'lerden itibaren iktisadi çalışmalarda dile getirilen bir olgu olmuştur (bkz. Mäntysaari, **a.g.e.**, s. 67 dn. 46'da anılan eserler). Hatta daha önce *Adam Smith* tarafından, pay sahipleri ile yöneticiler arasındaki iş bölümünün sağladığı üretim verimliliğine karşılık; yöneticilerin kendilerine ait olmayan bir malvarlığını yönetmeleri nedeniyle, muhtemel menfaat çatışmaları dile getirilmiştir (bkz. Smith, **a.g.e.**, s. 482-483). Bu olgunun anonim ortaklığın temel bir özelliği olarak değerlendirilerek, şirketler hukuku yönünden sonuçlarının araştırılması ve kavramın popülarite kazanması *Berle* ve *Means*'in anılan eseriyle gerçekleşmiştir. Günümüzde Türk hukukunda anonim ortaklıklara hakim ilkeler arasında yer verilen "yabancı malvarlığını yönetme ilkesi"nin kaynağında bu olgu bulunmaktadır. Anonim ortaklıklar hukukunun ilkeleri ve yabancı malvarlığını yönetme olgusunun normatif bir yönü bulunmaması nedeniyle, esasında ilke niteliğinde olmadığı yönündeki tespit için bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 2.

366 Berle, Means, **a.g.e.**, s. 84-118; Hessen, **a.g.m.**, s. 1329; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 700.

367 Berle, Means, **a.g.e.**, s. 247-276 [Yazarlar ayrıca halka açık anonim ortaklıkların âdeta kamusal nitelik taşıdıklarını belirtmişlerdir (**a.e.**, s. 2-5)]; Hessen, **a.g.m.**, s 1329; Bratton, **Economic Theory**, s. 1516; Butler, **Contractual**, s. 101; Keay, **a.g.m.**, s. 672 dn. 41; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 65. *Berle* ve *Means*'in ortaya koyduğu anonim ortaklık tasviri, esasında hem yöneticilerin sahip oldukları güçlü konumu savunmaya, hem de -yukarıda açıklandığı gibi- aksini ileri sürmeye elverişliydi. Nitekim öğretide, yöneticilerin uzman ve şirket içi menfaat ihtilaflarını dengeleyebilecek hakem konumunda olmaları nedeniyle, mevcut pozisyonlarının korunması gerektiği ileri sürülmüşse de bu görüş azınlıkta kalmıştır (Bratton, **Economic Theory**, s. 1476).

368 Mäntysaari, **a.g.e.**, s. 66.

369 İmregün, **AO**, s. 1-6; Ansay, **a.g.e.**, s. 17-22; Ünal Tekinalp, "Halka Açık Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Oluşan Güç Boşluğu Sorununa İlişkin Çeşitli Çözümler, Öneriler ve Eleştiri", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Hüseyin Nail Kubalı'ya Armağan**, C: VIII, No: 11, 1975, s. 472-477; Ünal Tekinalp, "Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının Dinamikleri ve Bunlar Arasındaki İlişki", **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s. 233; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 468; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 253-254, 267-270.

çatışmaları çoğunlukla yöneticiler ve pay sahipleri arasında değil, pay sahiplerinin kendi aralarında görülmektedir[370]. Bu sebeple mülkiyet ve kontrol ayrılığına dayanan anlatı, Türk hukuku açısından (henüz) isabetli olmamakla beraber; kanımca anonim ortaklığın ekonomik düzen içindeki işlevleri ve üçüncü kişiler üzerindeki etkileri sebebiyle, yönetim odaklı yaklaşımın normatif tespitleri haklı olarak kabul görmüştür. Bu yaklaşım 1970'lerden itibaren ABD'de önemini yitirerek, yerini iktisadi temelli sözleşme teorisine bırakmış olsa da Türk hukukundaki etkilerinin devam ettiği görülmektedir[371].

(4) Erken Dönem İktisadi Yaklaşımların Esas Sözleşme Özgürlüğü Sorununa Yansımaları

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, erken dönem iktisadi çalışmaların bir kısmının şirket içi ilişkileri inceleme gereği duymadığı; bir kısmının ise yöneticilerin diğer menfaat sahiplerine karşı konumuna odaklanarak, bunu otorite kavramıyla açıkladığı anlaşılmaktadır[372]. Ortaklık içi ilişkilerin henüz sözleşmesel zeminde ele alınmamış olması nedeniyle şirketler hukuku normlarının, şirket ilgililerinin davranışları üzerindeki etkileri henüz iktisadi incelemeye konu olmamıştır.

---

[370] Farklı hukuk sistemlerinde yaygın olarak görülen pay sahipliği yapılarına ilişkin karşılaştırmalı incelemeler için bkz. Marco Ventoruzzo et. al., **Comparative Corporate Law**, St. Paul, West Academic Publishing, 2015, s. 30-31; Rafael La Porta et. al., "Investor Protection and Corporate Governance", **Journal of Financial Economics**, C: LVIII, No: 1-2, 2000, s. 6-19. Türkiye'de hakim olan blok pay sahipliği yapısından hareketle, menfaat çatışmalarına dair bkz. İmregün, **AO**, s. 4-6; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 246-279.

[371] Anonim ortaklıklara ilişkin birçok güncel eserde mülkiyet ve kontrol ayrılığı kavramı ön plana çıkarılmaktadır. Hatta bu olgu "yabancı malvarlığının yönetilmesi" olarak isimlendirilerek, anonim ortaklıklar hukukunun ilkeleri arasında sayılmaktadır. Bkz. Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 468; Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C: I, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, § 29 N. 17-19; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 253-255. Yönetim odaklı yaklaşımın normatif tespitlerinin benimsendiği çalışmalardan bazıları için bkz. Ansay, **a.g.e.**, s. 18-22; Sibel Hacımahmutoğlu**, AT ve Türk Hukukunda Anonim Ortaklığın Karar Alma Sürecinde Yönetim Kurulunun Yapısı ve Çalışanların Katılımı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 150-155; Feyzan H. Şehirali Çelik**, Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2008, s. 38 vd.; Esra Kaşak, **Anonim Şirketlerde Genel Kurul İle Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 440-465.

[372] Şirketin iç yapısını ekonomik açıdan inceleyen *Coase*, bu bakımdan diğer yazarlardan ayrılmıştır. Ne var ki *Coase*'un eseri yayımlandığı dönemde pek etkili olamamış; esas olarak 1970'lerden itibaren büyük bir etki yaratmıştır. Bu hususta bkz. dn. 350.

Dolayısıyla erken dönem iktisadi çalışmaların, esas sözleşme özgürlüğü sorununu doğrudan etkilediği söylenemez.

Öte yandan bu çalışmalar hem güncel iktisadi şirket teorilerini, hem de şirketler hukukunda kabul gören yönetim odaklı yaklaşımı etkilemiştir[373]. Bu bakımdan çalışmada ele alınan mesele üzerindeki dolaylı etkilerini gözlemlemek mümkündür. Nitekim günümüzde etkili olan ekonomik teorilerin dayandığı bazı varsayımlar ve düşünceler 1920'lerden başlayıp 1970'lere kadar uzanan bu dönemde geliştirilmiştir. Örneğin mülkiyet ve kontrol ayrılığı, bugün şirketler hukukunun neredeyse her alanında başvurulan "vekalet teorisi"nin[374] geliştirilmesini sağlamıştır[375]. Keza anonim ortaklıkta menfaat sahiplerinin korunması amacıyla yönetimin yetkilerinin sınırlandırılmasına dair ilk öneriler, kurumsal yönetim anlayışının tohumlarını ekmiştir[376].

Ayrıca iktisadi çalışmaların şirket içi ilişkilere dair hiyerarşik bakış açısını benimseyen yönetim odaklı görüş, anonim ortaklıklar hukukunun emredici karakter taşıması gerektiğini savunmuştur. Bu nedenle esas sözleşme serbestisi bağlamında, özellikle yönetim kurulunun yetkileri ve sorumluluğu bakımından katı bir tutumu desteklediği söylenebilir. Zira genel kurulun vazgeçilmez nitelikte olmayan bazı yetkilerinin münhasıran yönetim kuruluna bırakılmasına veya yöneticilerin sorumluluklarının sınırlandırılmasına dair esas sözleşme hükümlerine, yönetim odaklı yaklaşımın argümanlarıyla karşı çıkmak mümkündür.

b. Neoklasik İktisadi Yaklaşım: Sözleşme Teorisi

(1) Önemi ve Ortaya Çıkışı

Sözleşme teorisi[377] 1970'lerin sonunda ABD'de iktisatçılar tarafından geliştirilmiş ve kısa süre içinde Anglo-Amerikan şirketler hukukunda yaygın olarak

---

[373] Bratton, **Economic Theory**, s. 1477.

[374] Vekalet teorisi hakkında bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4, b, (3).

[375] Jensen, Meckling, **a.g.m.**, s. 309; Eugene F. Fama, Jensen Michael C., "Separation of Ownership and Control", **JLE**, C: XXVI, No: 6, 1983, s. 301; Mäntysaari, **a.g.e.**, s. 66-67, 109.

[376] Bratton, **Nexus**, s. 408; Butler, **Contractual**, s. 101-102.

[377] Öğretide çoğunlukla "sözleşme teorisi" (*contractual theory*) olarak anılan teori (bkz. Butler, **Contractual**, s. 99; Henry N. Butler, Larry E. Ribstein, "Opting Out of Fiduciary Duties: A

benimsenmiştir [378] . Böylece 1930'lardan itibaren yaklaşık elli yıl boyunca hakimiyetini korumuş olan *Berle* ve *Means*'in yönetim odaklı yaklaşımı, yerini sözleşme teorisine bırakmıştır[379]. Anglo-Amerikan hukukunda hâlen hakim görüş olarak kabul gören bu teori; öğreti, yargı kararları ve yasama çalışmaları üzerinde oldukça etkili olmuştur[380]. Sözleşme teorisinin etkilerini Kıta Avrupası[381] hukuk

---

Response to the Anti-Contractarians", **Washington Law Review**, C: LXV, No: 1, 1990, s. 3; Mäntysaari**, a.g.e.**, s. 69), ortaya çıktığı Amerikan hukuk sisteminde "sözleşmeler bütünü/yığını teorisi" (*nexus of contracts theory*) (bkz. Phillips, **a.g.m.**, s. 1071; Ross Grantham, "The Doctrinal Basis of the Rights of Company Shareholders", **Cambridge Law Journal**, C: LVII, No: 3, 1998, s. 579), "neoklasik şirket teorisi" (*neoclassical theory of the firm*), "sözleşmeler dizisi/kümesi teorisi" (*set of contracts theory*) veya "sözleşmeler ağı teorisi" (*web of contracts theory*) (bkz. Corbisier, **a.g.e.**, s. 278) olarak da anılmaktadır.

[378] Bu yönde bkz. Bebchuk, **Freedom**, s 1408; Eisenberg, **Dual**, s. 819; Clark, **Contracts**, s. 1705; Klausner, **a.g.m.**, s. 759; Bratton, **Economic Theory**, s. 1476; Ireland, **a.g.m.**, s. 2; Keay, **a.g.m.**, s. 673. Amerikan şirketler hukukunda sözleşme teorisinin hakim olması itibarıyla, bu hususta geniş bir literatür bulunmaktadır. Teorinin benimsendiği önde gelen eserler için bkz. Fischel, **a.g.m.**, s. 1262; Reinier H. Kraakman, "Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls", **Yale Law Journal**, C: XCIII, 1984, s. 862-864; Kenneth E. Scott, "Corporation Law and the 'American Law Institute Corporate Governance Project", **Stanford Law Review**, C: XXXV, No: 5, 1983, s. 930; Easterbrook, Fischel, **Economic Structure**, s. 12; Posner, **a.g.e.**, s. 543; Bebchuk, **Freedom**, s. 1409; Hessen, **a.g.m.**, s. 1331-1333; Gordon, **a.g.m.**, s. 1554-1555; William A. Klein, "The Modern Business Organization: Bargaining Under Constraints", **The Yale Law Journal**, C: XLI, No: 8, 1982, s. 1521-1524; Oliver E. Williamson, "Corporate Governance", **Faculty Scholarschip Series No: 4392**, 1984, s. 1200-1207, (Çevrimiçi) http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4392, 31.08.2020; Butler, **Contractual**, s. 99-101; Lewis A. Kornhauser, "The Nexus of Contracts Approach to Corporations: A Comment on Easterbrook And Fischel", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1486; Larry E. Ribstein, "Takeover Defenses and the Corporate Contract", **The Georgetown Law Journal**, C: LXXVIII, No: 1, 1989, s. 76-79; Phillips, **a.g.m.**, s. 1071; Ronald J. Gilson, "Evaluating Dual Class Common Stock: The Relevance of Substitutes", **Virginia Law Review**, C: LXXIII, No: 5, 1987, s. 808-811. İngiliz hukukunda bkz. Brian R. Cheffins, **Company Law: Theory, Structure and Operation**, Oxford, Oxford University Press, 1997, s. 31-46; Keay, **a.g.m.**, s. 674 dn. 66'da anılan eserler. Teorinin CA 2006'nın hazırlık sürecindeki etkisi için bkz. **Strategic Framework**, N. 2.4 ve N. 5.1.5-5.1.12. Teorinin benimsendiği karşılaştırmalı şirketler hukuku eserleri için bkz. Armour et al., **Anatomy**, s. 5. Karş. Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 67. Sözleşme teorisinin eleştirisi için bkz. Bratton, **Nexus**, s. 456-465; Victor Brudney, "Corporate Governance, Agency Costs, and the Rhetoric of Contract", **CLR**, C: LXXXV, No: 7, 1985, s. 1411-1420; Ireland, **a.g.m.**, s. 2-20; David Millon, "Theories of the Corporation", **Duke Law Journal**, C: XXXII, No: 2, 1990, s. 260-262.

[379] Bratton, **Economic Theory**, s. 1478; Mäntysaari, **a.g.e.**, s. 69.

[380] Teorinin etkileri ve önemine dair bkz. Bebchuk, **Freedom**, s. 1397; Bratton, **Economic Theory**, s. 1471. Kornhauser, **Nexus**, s. 1449: "*Sözleşme teorisini eleştirenler ve savunanlar, 'nexus of contracts' bayrağı altında gerçekleşen köklü değişimin, anonim ortaklık teorisini hakimiyeti altına aldığı konusunda hemfikirdirler*". İngilizce aslı: "*Critics and advocates agree that a revolution, under the banner "nexus of contracts," has in the last decade swept the legal theory of the corporation*". Sözleşme teorisinin güncel öğretideki hakimiyetine dair bkz. Keay, **a.g.m.**, s. 674; Mäntysaari, **a.g.e.**, s. 69; Armour, Whincop, **Foundations**, s. 462; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 66-67.

[381] Bkz. dn. 334-336 ve bağlı metin.

sistemlerinde ve Türk hukukunda[382] da gözlemlemek mümkündür. Aşağıda öncelikle sözleşme teorisinin ortaya çıkmasında etkili olan entelektüel, politik, ekonomik ve pratik sebepler kısaca açıklanmış; ardından teori ve teorinin esas sözleşme özgürlüğüne yansımaları incelenmiştir.

1929'da ABD'de başlayıp Avrupa'ya yayılan ekonomik buhrandan itibaren yaklaşık elli yıl boyunca etkili olan Keynezyen iktisat okulu, devlete ekonomik düzen içinde müdahaleci ve aktif bir rol biçmekteydi[383]. Aynı dönemde şirketler hukukunda hakim konumda bulunan "yönetim odaklı yaklaşım", anonim ortaklıklar hukukunun emredici hükümlerle düzenlenmesini; bu bağlamda özellikle yöneticilerin gücünün, diğer menfaat sahipleri lehine sınırlandırılmasını destekliyordu. Ne var ki 1970'lerden itibaren güç kazanan neoliberalizmin serbest piyasa anlayışı kendisini her alanda hissettirmiş; devletin müdahalesinin azaltılması ve hukuki düzenlemelerin esnetilmesi gerektiği ileri sürülmüştür[384]. Böylelikle özel mülkiyet, sözleşme ve girişim özgürlüklerinin yeniden yükselişine ve devletin ekonomik alandan geri çekilişine tanık olunmuştur[385]. Söz konusu entelektüel ve politik atmosferde yeşeren sözleşme teorisinin, neoklasik iktisadın şirkete bakış açısını yansıttığı söylenebilir[386].

---

[382] Cumhur Boyacıoğlu, **Konzern Kavramı**, İstanbul, Nobel Yayıncılık, 2006, s. 47-49; Çağlar Manavgat, "Anonim Ortaklıklarda Kurumsal Yönetimde Kamunun İşlevi", **BATİDER**, C: XXIV, No: 2, 2007, s. 487-488; Ali Paslı, **Anonim Ortaklığın Devralınması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 9-16; Hacımahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 150-155; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 246-270; Veziroğlu, **Buy-out**, s. 529-530; Semih S. Özdemir, **İş Adamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 26-28; Tolga Ayoğlu, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 51-55. Burada bahsi geçen sözleşme teorisinin, kurum teorisinin karşısında konumlandırılan dogmatik temelli sözleşme teorisinden farklı olduğu vurgulanmalıdır. Nitekim bu başlık altında ele alınan sözleşme teorisi, ekonomi temelli bir şirket ve şirketler hukuku teorisidir.

[383] Bkz. dn. 176 ve bağlı metin.

[384] Bu düşünsel gelişim sürecinde pek çok entelektüelin yanında, özellikle *Friedrich A. von Hayek* ve *Milton Friedman*'ın görüşlerinin oldukça etkili olduğu yönünde bkz. Posner, **a.g.e.**, s. 535; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 66.

[385] Pistor, **a.g.e.**, s. 1-2.

[386] Nitekim, öğretide, sözleşme teorisi "neoklasik şirket teorisi" olarak da nitelendirilmektedir (Hart, **Firm**, s. 1758; Furubotn, Richter, **a.g.e.**, s. 401). Sözleşme teorisinin ortaya çıkışında etkili olan diğer tarihsel nedenlere dair bkz. Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 65-66.

Sözleşme teorisini ortaya çıkaran ekonomik ve pratik koşullara bakıldığında ise uygulamada anonim ortaklıklarda yöneticilerin şirket içindeki merkezî konumunun sarsıldığı; buna karşılık, pay sahipleri arasındaki sözleşmesel düzenin ön plana çıktığı görülmektedir[387]. Nitekim ABD'de halka açık şirketlerin kontrolünün, sermaye piyasalarındaki hisse alımları neticesinde, yönetim kurulunun rızası olmaksızın devralınmasına (*hostile takeover*) yönelik uygulamalar 1980'lerden itibaren hız kazanmıştır. Şirket devralma piyasasının olgunlaşması, halka açık her anonim şirketi potansiyel bir hedef haline getirmiştir. Kontrolü ele geçirenlerin, şirketin yatırım ve temettü politikalarını şekillendirdikleri; başarısız buldukları yöneticilerin görevlerine son verdikleri gözlenmiştir[388]. Bunun neticesinde, yöneticilerin şirket içindeki ağırlığı ve otoritesi zayıflarken, pay sahiplerinin konumu güçlenmiştir[389]. Erken dönem iktisadi çalışmaların aksine, şirket içi ilişkilerin sözleşme temelinde analiz edilmesinin, yukarıda açıklanan gelişmelerle paralellik arz ettiği görülmektedir[390].

(2) Sözleşmeler Bütünü Olarak Şirket: *Nexus of Contracts*

Hatırlanacağı üzere *Coase*, şirket içi üretimin piyasadaki fiyat mekanizmasına göre genellikle daha verimli olduğunu ortaya koyarken, şirket bünyesindeki ilişkileri hiyerarşi kavramıyla açıklamıştır. Fakat bu yaklaşım, pay sahiplerinin özgür iradeleriyle, ortak bir amaç uğruna gerekli kaynakları bir araya getirmelerini ve bu kaynakların kontrolünü yönetim kuruluna devretmelerini açıklamamaktadır[391]. Nitekim pay sahipleri ile yönetim kurulu üyeleri, şirket bünyesindeki konumlarını ve bu mevkilere bağlı hak ve yetkileri ortaklık içi ilişkiye

---

[387] Henry G. Manne, "Mergers and the Market for Corporate Control", **The Journal of Political Economy**, C: LXXIII, No: 2, 1965, s. 112; Bratton, **Economic Theory**, s. 1516-1518; Mäntysaari, **a.g.e.**, s. 79.

[388] Paul Davies, Klaus J. Hopt, "Boards in Europe - Accountability and Convergence", **The American Journal of Comparative Law**, C: LXI, No: 2, 2013, s. 364-366; Bebchuk, **Amendments**, s. 1843; Frank H. Easterbrook, Daniel R. Fischel, "The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer", **Harvard Law Review**, C: XCIV, No: 6, 1981, s. 1198.

[389] ABD'de şirket devralma piyasası ile yöneticilerin şirket içi konumu arasındaki ilişkinin tarihsel gelişimi hakkında bkz. Manne, **a.g.m.**, s. 119-120; Bratton, **Economic Theory**, s. 1517-1521.

[390] **a.e.**, s. 1478; Clark, **Contracts**, s. 1705-1706.

[391] Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 6.

katılmakla iktisap etmektedirler[392]. Kısacası hiyerarşi eksenli anlayış, şirkete vücut veren iradi ilişkileri göz ardı etmektedir.

Sözleşme teorisinin temel taşlarını koyan *Alchian* ve *Demsetz,* şirket bünyesindeki ilişkilerin hiyerarşiye değil, sözleşmelere dayandığını ileri sürmüşlerdir. Gerçekten şirket ve çalışanlar arasında sözleşme dışı bir otorite veya talimat ilişkisi bulunmamakta; şirket içi üretim sözleşmeler aracılığıyla koordine edilmektedir[393]. Şirket yapılanmasını piyasadaki mübadele ilişkilerine nazaran özellikli kılan olgu ise müşterek üretim faaliyetidir (*team/joint production*)[394]. Nitekim kaynakların toplu olarak üretime katılması, ayrı ayrı kullanılmasından daha yüksek bir verimlilik sağlar[395]. Öte yandan müşterek üretim faaliyetinin de kendine özgü maliyetleri bulunur[396]. Bu çerçevede şirket, "*müşterek üretim faaliyetinin ekonomik anlamda verimli olarak örgütlenmesini sağlayan sözleşmesel bir yapı*" olarak nitelendirilmiştir[397].

Şirketin ekonomik verimliliğe katkıları iki noktada toplanmaktadır: Sözleşme maliyetlerinin ve müşterek üretime özgü maliyetlerin düşürülmesi. Bir taraftan, *Coase*'ın belirttiği üzere, üretim unsurları arasında piyasada akdedilen bağımsız ve çok sayıda mübadele sözleşmesinin yerine, merkezinde şirketin -taraf olarak- yer aldığı sözleşmeler vasıtasıyla üretim faaliyetinin koordine edilmesi sözleşme

---

[392] Frank H. Easterbrook, Daniel R. Fischel, "The Corporate Contract", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1419.

[393] Armen A. Alchian, Harold Demsetz, "Production, Information Costs and Economic Organization", **The American Economic Review**, C: LXII, No: 5, 1972, s. 777-778.

[394] **a.e.**, s. 778.

[395] **a.e.**, s. 777, 794. Üretim verimliliği, sınırlı kaynaklardan daha fazla çıktı elde edilmesi anlamına gelmektedir. Piyasada gerçekleşen mübadele ilişkileri çerçevesinde tahsis etkinliği ön plana çıkarken, şirket içi üretim bağlamında üretim verimliliği de esas alınmaktadır.

[396] Müşterek üretime katılanların savsaklama (*shirking*) sorunu ve gözetim (*monitoring*) maliyetleri hakkında bkz. **a.e.**, s. 782-785; Butler, **Contractual**, s. 104. Şirket içi müşterek üretime özgü sorunlara ait farklı örnekler ve kavramlar için bkz. Posner, **a.g.e.**, s. 534-535.

[397] Alchian, Demsetz, **a.g.m.**, s. 794. Yazarlara göre, şirkete vücut veren sözleşmelerin maliyetleri, piyasadaki diğer uzun süreli ve sürekli borç ilişkilerine göre nicelik olarak farklı olsa dahi, niteliksel bir özellik arz etmemektedir. Bu sebeple şirket, bir tür uzun süreli sözleşme ilişkisi olarak görülmüştür (Armour, Whincop, **Foundations**, s. 433).

maliyetlerini azaltır. Diğer taraftan sözleşmeyle tesis edilen şirket içi gözetim mekanizmaları, müşterek üretime özgü maliyetleri düşürür[398].

Jensen ve *Meckling* ise sözleşme ilişkilerinin yalnızca çalışanlarla şirket arasında değil; pay sahipleri, yöneticiler ve çalışanlar dışındaki ilgililer (örn. müşteriler ve tedarikçiler) arasında da mevcut olduğunu ileri sürmüşlerdir[399]. Böylelikle sözleşmeselliği, şirket içi üretim faaliyetiyle sınırlı tutmamış ve diğer menfaat sahiplerinin aralarındaki ilişkilere teşmil etmişlerdir. Bu noktadan hareketle, şirket bünyesindeki iradi ilişkiler, karmaşık ve iç içe geçmiş olmaları dolayısıyla, sözleşme ağına (*web/network of contracts*) benzetilirken[400]; şirket, söz konusu sözleşmelerin bir araya geldiği bağlantı noktası (*nexus for contracting relationships)* olarak nitelendirilmiştir[401].

O halde sözleşme teorisi çerçevesinde şirketi, şirket ilgilileri arasındaki sözleşmesel ilişkiler için bağlantı noktası teşkil eden bir hukuki varsayım olarak tanımlamak mümkündür[402] [403].

---

[398] Savsaklama sorunu ve gözetim maliyetlerinin azaltılmasında şirketin rolü hakkında detaylı bilgi için bkz. Alchian, Demsetz, **a.g.m.**, s. 783, 794.

[399] Jensen, Meckling, **a.g.m.**, s. 310. Hatta yazarlar sözleşmesel ilişkilerin şirketin temelini oluşturduğunu ifade etmişlerdir. Karş. Clark, **Agency**, s. 59-61. Bu yaklaşımı aşırı sözleşmeci bulan *Clark*, modern anonim ortaklığın sözleşmelerden oluştuğunu ifade etmenin, ancak bir metafor olabileceğini belirtmiştir. Şirketi sözleşmesel ilişkiler yumağı olarak tasvir etmenin işlevlerine dair açıklamalar metin içinde takip eden paragraflarda bulunabilir.

[400] Fred S. McChesney, "Economics, Law and Science in the Corporate Field: A Critique of Eisenberg", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1534 dn. 13; Grantham, **a.g.m.**, s. 579; Millon, **a.g.m.**, s. 239; Stephen M. Bainbridge, **The New Corporate Governance in Theory and Practice**, Oxford, Oxford University Press, 2008, s. 32. Ortaklık ilişkisinin pay sahipleri, yöneticiler, çalışanlar, tahvil sahipleri, tedarikçiler ve müşteriler arasında açık veya örtülü şekilde kurulmuş sözleşmelerden oluştuğu yönünde bkz. Gordon, **a.g.m.**, s. 1449; Klausner, **a.g.m.**, s. 759. *Easterbrook* ve *Fischel*'e göre, şirkete vücut veren sözleşmelerin başında esas sözleşme gelir. Esas sözleşmeye ek olarak, çalışanlar ve tedarikçilerle yapılan sözleşmeler; pay ve borçlanma senetleri gibi şirkete kaynak sağlamaya yarayan araçların dayandığı sözleşmeler (örn. iştirak taahhütnameleri ve tahviller); ayrıca esas sözleşmeye uygulanan kanun hükümleri ve yargı kararları da sözleşmesel yapının birer parçasıdır. Bu çerçevede kimi sözleşmeler, şirket ilgilileri arasında pazarlık yoluyla akdedilmekte; kimi sözleşme hükümleri ise yöneticiler veya yatırımcıların isteği doğrultusunda, pazarlık edilmeksizin kabul edilmekte veya reddedilmektedir. Birtakım sözleşme hükümleri ise kanunun veya hakimin boşluk doldurma faaliyeti neticesinde ortaya çıkmaktadır (Easterbrook, Fischel, **Contract** s. 1428; Easterbrook, Fischel, **Economic Structure,** s. 16; Klausner, **a.g.m.**, s. 760). *Keay* de şirketin karmaşık ve iradi nitelikli, açık veya örtülü sözleşmesel ilişkilerden meydana geldiğini ifade etmektedir (Keay, **a.g.m.**, s. 672).

[401] Jensen, Meckling, **a.g.m.**, s. 310.

[402] Alchian, Demsetz, **a.g.m.**, s. 778, 794: "*[Şirket], müşterek üretim sürecinde merkezî ve sözleşmesel bir birimdir... karşılıklı sözleşmeler dizisinin müşterek tarafı olmak suretiyle kolektif*

Ne var ki sözleşme teorisini benimseyenler, kimi zaman şirketin kendisini sözleşmeler bütünü/yığını (*nexus of contracts*), ağı (*web of contracts*) veya dizisi (*set of contracts*) olarak tanımlamaktadırlar[404]. Bu aşamada anılan teorinin, anonim şirketin tüzel kişiliğini inkar edip etmediği sorusuna cevap aranmalıdır[405]. Öncelikle belirtilmelidir ki, iktisatçıların şirketi kuramlaştırırken başvurdukları "sözleşme" kavramı, sözleşmenin teknik-hukuki tanımından daha geniş bir anlama sahiptir[406]. Bu bağlamda şirketin sözleşmesel niteliğini, şirket içi ilişkilerin iradiliğini vurgulayan bir metafor olarak anlamak gerekir[407]. O halde sözleşme teorisinin şirket tanımının, tüzel kişiliği inkar ettiği sonucuna peşinen ulaşılmamalıdır.

üretim faaliyetinde üretim faktörlerinin verimli biçimde örgütlenmesini kolaylaştırır. Söz konusu sözleşmelerin hükümleri ise şirket denilen yapının temelini oluşturur...". İngilizce aslı: *"[the firm is a] centralized contractual agent in a team productive process ... a central common party to a set of bilateral contracts facilitates efficient organization of the joint inputs in team production. The terms of the contracts form the basis of the entity called the firm ...*". Jensen, Meckling, **a.g.m.**, s. 310: "*Anonim ortaklık veya şirket, sözleşmesel ilişkiler için bağlantı noktası olarak işlev gören hukuki bir varsayımdan ibarettir*". İngilizce aslı: "*The private corporation or firm is simply one form of legal fiction which serves as a nexus for contracting relationships ...*". Fama, Jensen, **a.g.m.**, s. 302: "*Organizasyon, üretim faktörlerinin sahipleri ile müşteriler arasındaki yazılı ve yazılı olmayan sözleşmelerin bütünüdür*". İngilizce aslı: "*An organization is the nexus of contracts, written and unwritten, among owners of factors of production and customers*". Jensen, **a.g.m.**, s. 326: "*Şirket, bağımsız bireyler arasındaki (yazılı ve yazılı olmayan) karmaşık sözleşmeler yığını için bağlantı noktası teşkil eden hukuki bir varsayımdır*". İngilizce aslı: "*...[the firm is] a legal entity that serves as a nexus for a complex set of contracts (written and unwritten) among disparate individuals*".

[403] Şirketin getirileri üzerinde birbirinden bağımsız talep hakları sağlayan ve kural olarak ortaklık ilişkisinin taraflarının izninden bağımsız olarak devredilebilen malvarlığı unsurları (pay) ise bu organizasyona özgün vasfını kazandırmaktadır. Bkz. Jensen, Meckling, **a.g.m.**, s. 311; Fischel, **a.g.m.**, s. 1262.

[404] Eugene F. Fama, "Agency Problems and the Theory of the Firm", **Journal of Political Economy**, C: LXXXVIII, No: 2, 1980, s. 290; Easterbrook, Fischel, **Contract**, s. 1418; Frank H. Easterbrook, Daniel R. Fischel, "Voting in Corporate Law", **JLE**, C: XXVI, No: 2, 1983, s. 401; Hart, **Firm**, s. 1764; Phillips, **a.g.m.**, s. 1071; Butler, **Contractual**, s. 99; Ireland, **a.g.m.**, s. 24.

[405] Nitekim, öğretide, teorinin tüzel kişiliğin önemini göz ardı ettiğini ileri sürenler olmuştur. Bkz. Bratton, **Nexus**, s. 423; Phillips, **a.g.m.**, s. 1071; Pistor, **a.g.e.**, s. 52.

[406] Keay, **a.g.m.**, s. 672 dn. 45. İktisadi anlamda "sözleşme" kavramına ve bunun hukuki anlamda sözleşmeden farklarına ilişkin bkz. Gordon, **a.g.m.**, s. 1549; Hart, **Firm**, s. 1764; Eisenberg, **Dual**, s. 822-823.

[407] Bebchuk, **Freedom**, s. 1397 dn. 8; Klausner, **a.g.m.**, s. 759 dn. 2; Kornhauser, **Nexus**, s. 1449; Clark, **Agency**, s. 61. Sözleşmeler bütününün, esasında pay sahipleri, yöneticiler ve işçiler gibi menfaat sahipleri arasındaki karmaşık ve iradi ilişkileri kısa yoldan ifade etmek üzere kullanıldığı yönünde bkz. Easterbrook, Fischel, **Contract**, s. 1426. Nitekim *Armour* ve diğerleri, bizzat şirketin sözleşmeler bütünü olmayıp, sözleşmeler için bir bağlantı noktası teşkil ettiğini vurgulamakta; bu nedenle "*nexus of contracts*" kavramının yanıltıcı olabileceği gerekçesiyle, "*nexus for contracts*" ifadesini kullanmaktadırlar (Armour et al., **Anatomy**, s. 5).

İşlevsel yaklaşım, tüzel kişilik gibi hukuki kurgu ve yapıları ontolojik açıdan incelemeyip, bunlara temel teşkil eden ekonomik dinamikleri anlama gayretindedir. Bu nedenle anonim ortaklığın tüzel kişiliğiyle değil, ortaklık ilgilileri arasındaki ilişkilerle ilgilenir[408]. Araştırma konusunu oluşturan varlığın yerine, onun arkasındaki ilişkilere odaklanması nedeniyle, sözleşme teorisinin ortaklığa bakışının hipermetrop olduğu söylenebilir. Ancak bu bakış açısı, iktisadi yaklaşımın bilinçli bir tercihi olup, şirket ilgilileri arasındaki menfaat ihtilaflarının ve şirketler hukuku kurallarının etkilerinin incelenmesini kolaylaştırmaktadır[409].

Sözleşmesel bakış açısı, her şeyden önce, şirketin ekonomik açıdan kuramlaştırılmasının ve incelenmesinin önündeki kavramsal engeli ortadan kaldırmıştır. Şirket içi ilişkiler artık kapalı bir kutu olarak görülmeyip, ekonomik analizin konuları arasına girmiştir[410]. Böylelikle hukuk ve ekonomi öğretisinin sözleşme hukuku alanındaki birikiminden faydalanmak suretiyle hukuk normlarının, şirket ilgililerinin davranışları üzerindeki etkileri analiz edilebilmiştir[411].

(3) Ekonomik Açıdan Anonim Şirket ve Vekalet Teorisi

Erken dönem iktisadi çalışmalar, ekonomik faaliyetlerin genellikle şirket çatısı altında örgütlenmesinin sebeplerini açıklamakla birlikte, anonim şirketin neden en çok tercih edilen şirket türlerinden olduğu sorusuna cevap vermemiştir[412]. İktisadi açıdan bakıldığında, anonim şirket; müşterek üretim faaliyeti çerçevesinde bir araya

---

[408] Bratton, **Economic Theory**, s. 1499; Keay, **a.g.m.**, s. 672; Pistor, **a.g.e.**, s. 52. Sözleşme teorisi kapsamında kimi zaman şirket, söz konusu sözleşmelerin tarafı olarak görülmekte (Alchian, Demsetz, **a.g.m.**, s. 794); kimi zaman ise şirketin varlığı göz ardı edilmektedir (Fama, **Agency**, s. 290). Belirtilmelidir ki teorinin ilgilendiği husus, bizzat şirketin varoluşsal vasıfları olmayıp, şirket ilgilileri arasındaki iradi ilişkilerdir. *Jensen*, şirket içinde ve dışında akdedilen sözleşmelerin tarafının şirket tüzel kişisi olduğunu; ancak teorinin, şirket ilgilileri arasındaki sözleşmesel ilişkilere odaklandığını açıkça ifade etmiştir (Jensen, **a.g.m.**, s. 326). Açıklanan sebeplerle, şirketin kişileştirilmesine dair kuramlar (örn. varsayım ve gerçeklik teorileri) sözleşme teorisine yabancıdır.

[409] Easterbrook, Fischel, **Contract**, s. 1426; Armour, Whincop, **Foundations**, s. 430.

[410] Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 66. Hatırlanacağı üzere, erken dönem iktisadi çalışmalarda, şirketlerin zaten rasyonel davrandığı varsayıldığından, yahut şirket içi ilişkiler hiyerarşi kavramıyla açıklandığından dolayı ekonomik anlamda incelenmemiştir.

[411] Armour, Whincop, **Foundations**, s. 430. Sözleşmesel perspektif sayesinde, şirket ilgilileri arasındaki ilişkilere rasyonel davranış teorisi ve fiyat teorisi uygulanabilmiştir. Bkz. Fama, **Agency**, s. 289; Keay, **a.g.m.**, s. 672; Bratton, **Economic Thory**, s. 1477-1478.

[412] Posner, **a.g.e.**, s. 536.

gelen kişilerin uzmanlığından ve iş bölümünden faydalanmayı mümkün kılan bir organizasyon olarak görülmektedir[413]. Söz konusu organizasyona işlerlik ve verimlilik sağlayan temel niteliklere bakıldığında, bunların birbirini tamamladığı görülmektedir.

Öncelikle anonim ortaklıkta sınırlı sorumluluk ilkesi, pay sahiplerinin şirketin bütün iş ve işlemleri hakkında bilgilenme ve bunları denetleme ihtiyacını önemli ölçüde azaltmaktadır[414]. Pay sahibi, söz konusu gözetim maliyetlerine katlanmak yerine, sermayenin paylara bölünmüş olması ve payların serbestçe devredilebilmesi sayesinde, aynı anda birden fazla şirkete yatırım yaparak riski dağıtabilir; yahut hisselerini satarak yatırımını paraya çevirebilir[415]. O halde şirkete sermaye getirerek risk üstlenen kişinin, şirketin yönetimiyle bilfiil ilgilenmesine gerek bulunmamaktadır. Böylelikle şirketin faaliyet alanında bilgili ve yetenekli olan yöneticiler ile tahsis ettikleri sermayenin riskini üstlenebilen pay sahipleri –ve diğer menfaat sahipleri- arasındaki iş bölümü sayesinde fayda sağlanabilmektedir[416]. Şirketin hak ve fiil ehliyetine sahip olması dolayısıyla, pay sahipleri yerine tek başına tüzel kişiliğin hukuki işlemler yapabilmesi, dava açabilmesi/edilebilmesi sebebiyle, işlem maliyetlerinden de önemli ölçüde tasarruf sağlanabilmektedir[417]. Üstelik şirket, tüzel kişiliğin sağladığı devamlılık sayesinde, pay sahiplerinin

---

413 Butler, **Contractual**, s. 107; Easterbrook, Fischel, **Contract**, s. 1422; Bachmann et. al., **a.g.e.**, s. 7. *Adam Smith* iş bölümü ve uzmanlaşmanın getirilerini açıklarken, üretim birimi olarak şirketin, uzman kişilerin ekonomik faaliyetlerini koordine ettiğini vurgulamıştır (Smith, **a.g.e.**, s. 482).

414 Bu nedenle anonim şirket pay sahiplerinin şirketin günlük işlerine dair bilgi edinmeme yönündeki davranışı ekonomik olarak rasyoneldir. Pay sahiplerinin sorumluluklarının sınırlı olmadığı bir varsayımda ise (örn. adi şirket), bu kişilerin maruz kalacakları riskleri en aza indirebilmeleri amacıyla, şirketin işleyişi üzerindeki gözetim ve denetim maliyetleri yükselir. Buna paralel olarak, yatırım yapma yönündeki motivasyonları azalır (Butler, **Contractual**, s. 107-108). Sınırlı sorumluluk ilkesinin ekonomik analizi hakkında birçoğu yerine bkz. Posner, **a.g.e.**, s. 540-543; Stephen M. Bainbridge, Todd M. Henderson, **Limited Liability: A Legal and Economic Analysis**, Chelthenham, Edward Elgar, 2016, s. 44-85; Günter H. Roth, "Zur 'economic analysis' der beschränkten Haftung", **ZGR**, C: XV, No: 3, 1986, s. 371-382.

415 Üstelik yönetime ve çoğunluk pay sahiplerine karşı tanınan azınlık ve bireysel pay sahipliği hakları aracılığıyla, özellikle halka açık olmayan şirketler bakımından, şirket içindeki riskler en aza indirilebilmektedir (bkz. Posner, **a.g.e.**, s. 540).

416 Yeterli maddi birikimden veya risk iştahından yoksun (*risk averse*) olan profesyonel yöneticiler, bilgilerini ve yönetim kabiliyetlerini şirkete getirirken; söz konusu uzmanlıktan yoksun olan pay sahipleri ise malvarlıklarını getirmektedir. Bkz. Kraakman, **a.g.m.**, s. 862; Butler, **Contractual**, s. 107; Easterbrook, Fischel, **Economic Structure**, s. 8-11; McChesney, **a.g.m.**, s. 1535 dn. 13.

417 Tüzel kişiliğin ekonomik işlevleri hakkında bkz. Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 37-40.

değişiminden veya ölümünden etkilenmemekte; böylece yüksek meblağlarda sermayenin toplanabilmesi mümkün olmaktadır[418].

Anonim şirket yapısı, yukarıda kısaca açıklanan temel özellikleri sayesinde, amaçlanan ekonomik faaliyet için gerekli olan üretim kaynaklarının sağlanmasını kolaylaştırmaktadır[419]. Ne var ki mülkiyet ve kontrol ayrılığının sağladığı iş bölümünün faydaları karşısında, şirket içindeki menfaat ihtilaflarına bağlı olarak bazı maliyetler de ortaya çıkmaktadır. Ortaklığın verimli şekilde işleyebilmesi için söz konusu maliyetlerin en aza indirilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede sözleşme teorisi şirket ilgilileri arasındaki menfaat ihtilaflarının ne şekilde dengelendiğini incelemektedir[420]. Şirket içi ilişkilere vekalet teorisinin[421] (*agency theory, principal-agent theory*) penceresinden bakılması ise menfaat ihtilaflarının anlaşılmasını ve analizini kolaylaştırmaktadır[422].

Vekalet teorisine göre anonim şirket; yöneticilerin hiyerarşik yapının tepesinde olduğu bir kurum olarak değil, pay sahiplerinin -iktisadi anlamda- vekili[423]

---

[418] **a.e.**, s. 37.

[419] Posner, **a.g.e.**, s. 536.

[420] Jensen, Meckling, **a.g.m.**, s. 311: *"[Şirket], bireylerin çatışan menfaatlerinin sözleşmesel ilişkiler çerçevesinde dengelendiği karmaşık bir sürecın odak noktasını oluşturan hukuki bir varsayımdır*". İngilizce aslı: *"[The firm] is a legal fiction which serves as a focus for a complex process in which the conflicting objectives of individuals ... are brought into equilibrium within a framework of contractual relations*".

[421] Vekalet teorisine göre şirket ilgilileri, şirket içi ilişkilerde karşılıklı olarak vekil-asıl konumunda bulunurlar. Ancak her biri rasyonel ekonomik aktör olan bu kişilerin menfaatleri her zaman örtüşmeyebilir. Menfaat ihtilaflarının olduğu durumlarda vekilden, asılın menfaatlerini kendi menfaatlerine üstün tutması beklenemez. Bu ilişkide asılın, kendi menfaatlerini koruması için bazı maliyetlere katlanması gerekir. Bunlar; vekili gözetleme ve denetleme maliyetleri (*monitoring costs*); menfaat çatışmalarının azaltılması için uygun teşvik ve sorumluluk mekanizmalarının kurulmasının maliyetleri (*bonding costs*) ve vekilin takdir yetkisini yanlış kullanması neticesinde oluşan zararlardır (*residual loss*). Vekalet teorisi ve maliyetleri hakkında bkz. Jensen, Meckling, **a.g.m.**, s. 308; Easterbrook, Fischel, **Contract**, s. 1423-1424; Hart, **Firm**, s. 1758-1759. *Alchian* ve *Demsetz*'in dikkat çektiği savsaklama (*shirking*) ve gözetim (*monitoring*) maliyetlerinin, *Jensen* ve *Meckling*'in benimsediği "vekalet maliyetleri" tanımının kapsamı içinde kaldığı görülmektedir.

[422] Jensen, Meckling, **a.g.m.**, s. 311; Butler, **Contractual**, s. 104; Gordon, **a.g.m.**, s. 1550. Benzer yönde bkz. Ireland, **a.g.m.**, s. 23; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 67.

[423] Bir üst başlıkta açıklandığı gibi, iktisadi ve işlevsel yaklaşım, şirket tüzel kişiliği gibi hukuki kurguları şeffaf olarak görüp, arkasındaki ilişkilere odaklanmaktadır. Bu sayede yöneticilerle pay sahipleri arasındaki menfaat ihtilaflarını sözleşme temelinde analiz etmek kolaylaşmaktadır (bkz. Ireland, **a.g.m.**, s. 24). Nitekim *Jensen* ve *Meckling*, "vekalet ilişkisi" kavramına, hukuki anlamından daha geniş bir anlam verdiklerini açıkça ifade etmişlerdir (Jensen, Meckling, **a.g.m.**, s. 308). Karş. Clark, **Agency**, s. 55-59. *Clark*, halka açık ortaklıklarda pay sahiplerinin yöneticilere herhangi bir yetki devretmediğini; şirketin yönetimi üzerindeki etkilerinin sınırlı olduğunu;

oldukları sözleşmesel bir yapıdır[424]. Burada yöneticilerle pay sahipleri arasında hukuki anlamda vekalet ilişkisi bulunduğu iddia edilmemektedir. Tıpkı sözleşme kavramının iktisadi anlamda kullanılması gibi, vekalet ilişkisi de yöneticilerin sermayedarlar karşısındaki konumunu iktisadi açıdan tarif etmektedir[425]. Bu açıdan bakıldığında, *Berle* ve *Means*'in dikkat çektiği mülkiyet ve kontrol ayrılığına bağlı problemler, yöneticiler ile pay sahipleri arasındaki vekalet ilişkisinden kaynaklanan maliyetlere (vekalet maliyetleri, *agency costs*) karşılık gelmektedir[426].

(4) Sözleşme Teorisinin Esas Sözleşme Özgürlüğü Sorununa Yansımaları

Yukarıda açıklanan sözleşme teorisinin anonim ortaklıklar hukukunda esas sözleşme özgürlüğü açısından önemli normatif sonuçları bulunmaktadır[427]. Her şeyden önce şirketin sözleşmesel bir yapı olarak tanımlanması, tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde hareket edebilmelerini gerektirir[428]. Gerçekten sözleşme teorisinin inceleme konumuz üzerindeki etkileri, ağırlıklı olarak pay sahiplerinin hareket alanını genişletme yönünde olmuştur. Bu çerçevede ileri sürülen görüşler iki grupta ele alınabilir: (i) Mutlak serbesti görüşü[429] ve (ii) sınırlı müdahale görüşü.

---

dolayısıyla pay sahipleri ve yöneticiler arasındaki hukuki ilişkinin vekalet sözleşmesinden çok farklı olduğunu ifade etmiştir.

[424] Butler, **Contractual**, s. 109; Keay, **a.g.m.**, s. 673; Gerald Spindler, "Deregulierung des Aktienrechts?", **Die Aktiengesellschaft**, C: XLII, No: 2, 1998, s. 58. Pay sahipleri; şirkete emek, ham madde veya finansman sağlayan diğer şirket ilgilileri gibi üretim unsurlarından yalnızca biridir. Ancak sözleşme teorisi çerçevesinde şirket içi menfaat ihtilafları incelenirken, özellikle pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişkilere odaklanılmaktadır (Ireland, **a.g.m.**, s. 23).

[425] Keay, **a.g.m.**, s. 673 dn. 52.

[426] Jensen, Meckling, **a.g.m.**, s. 308-309; Ireland, **a.g.m.**, s. 24; Butler, **Contractual**, s. 109-110.

[427] Gordon, **a.g.m.**, s. 1550; Bratton, **Nexus**, s. 412; s. Phillips, **a.g.m.**, s. 1090.

[428] Butler, **Contractual**, s. 100; Bebchuk, **Mandatory**, s. 1-2; **Eisenberg**, Structure, s. 1486-1487.

[429] *Clark* mutlak serbesti taraftarlarını "*strong-form contractarians*" (katı sözleşmeciler) olarak isimlendirmiştir (Clark, **Contracts**, s. 1705). *Bebchuk* ise bu ayrımı "*regulatory view*" (düzenleme yanlısı görüş) ve "*freedom-to-opt-out view* " (serbesti görüşü) olarak isimlendirmiştir (Bebchuk, **Freedom**, s. 1402).

i. Mutlak Serbesti Görüşü

Mutlak serbesti taraftarlarına göre, şirket bünyesindeki menfaat ihtilafları, piyasa dinamikleri (*market forces*) tarafından büyük oranda giderilebilmektedir[430]. Öyle ki emredici hükümlerin yaratacağı maliyetler, şirket içi vekalet maliyetlerinden daha yüksek olacağından dolayı, hukuk düzeninin esas sözleşme özgürlüğüne müdahale etmesine gerek bulunmamaktadır[431]. Bu nedenle şirketler hukukunun neredeyse tamamı yedek hukuk kurallarından oluşmalı ve pay sahipleri, üçüncü kişilerin zarar görmemesi koşuluyla, esas sözleşmeyi diledikleri gibi düzenleyebilmelidirler[432].

Sözleşme hukukunun özel bir alanı olarak görülen şirketler hukukuna, sözleşme hukukunun sahip olduğu amaçlar ve işlevler atfedilmiştir[433]. Bu çerçevede şirketler hukukuna yüklenen esas amaç, şirket ilgilileri arasındaki sözleşmesel/iradi ilişkilerin kurulmasını kolaylaştırmak ve işlem maliyetlerini azaltmaktır[434]. Anonim şirketler hukuku bu işlevleri; ortaklığa temel özelliklerini kazandırarak[435] ve esas

---

[430] Butler, **Contractual**, s. 108-117; Spindler, **Deregulierung**, s. 59. Mutlak serbesti görüşünün dayandığı piyasa dinamiklerinin, şirketler hukukunda âdeta "görünmeyen el" işlevini üstlendiği ifade edilmektedir (Easterbrook, Fischel, **Contract**, s. 1419).

[431] Fischel, **a.g.m.**, s. 1265; McChesney, **a.g.m.**, s. 1542-1543.

[432] Bu yönde bkz. Easterbook, Fischel, **Management**, s. 1181-1182; Easterbook, Fischel, **Close**, s. 279-280 Easterbook, Fischel, **Contract**, s. 1444; Easterbook, Fischel, **Economic Structure**, s. 34; Fischel, **a.g.m.**, s. 1264, 1274; Posner, **a.g.e.**, s. 543 ; Dennis W. Carlton, Daniel R. Fischel, "The Regulation of Insider Trading", **Stanford Law Review**, C: XXXV, 1983, s. 888; Winter, **Theory**, s. 253, 259; Butler, Ribstein, **a.g.m.**, s. 7-18; Clark, **Contracts**, s. 1706.

[433] Armour, Whincop, **Foundations**, s. 429-430.

[434] Roberta Romano, **The Genius of American Corporate Law**, Washington, AEI Press, 1993, s. 85; McChesney, **a.g.m.**, s. 1535-1536; Posner, **a.g.e.**, s. 543; Easterbrook, Fischel, **Close**, s. 283: "*Şirketler hukukunun hem kanunda öngörülen, hem de içtihat yoluyla yaratılan kuralları, sözleşme maliyetlerini azaltan standart sözleşme hükümleri olarak anlaşılmalıdır".* İngilizce aslı: "*Corporate law, both statutory and judicial, is best understood as a set of standard terms that lowers the costs of contracting*". Bachmann et. al., **a.g.e.,** s. 16-17. Karş. Bebchuk, **Freedom**, s. 1397; Gordon, **a.g.m.**, s. 1551-1552.

[435] Anonim ortaklığın tanım unsurlarını ve temel özelliklerini belirleyen normların, anonim şirketler hukukunun çekirdeğini oluşturduğu yönünde bkz. Armour et. al., **Anatomy**, s. 1-2. Sözleşme teorisi uyarınca sınırlı sorumluluk, organsal yapı, payların serbestçe devredilebilmesi ve hakların sermayeye katılım oranına göre kullanılması gibi temel özellikler, tarafların sözleşmeler yoluyla da kurabilecekleri yapılardır. Anonim şirketler hukuku, söz konusu özellikleri haiz bir hukuki yapıyı kullanıma hazır tutmakla kolaylaştırıcı işlevini (*enabling law*) yerine getirmektedir (Hart, **Firm**, s. 1764; **High Level Report**, s. 29-30; Hacımahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 155). Anonim şirketlere dair kuralların bu bakımdan "*rafta duran hazır giyim eşyalarına*" benzediği yönünde bkz. Jean Nicolas Druey, Just Eva Druey, Lukas Glanzmann, **Gesellschafts- und Handelsrecht, Begründet von Theo Guhl**, 11. bs., Genève/Zürich/Bâle, Schulthess Verlag, 2015, s. 118.

sözleşmede bırakılan boşlukları, tarafların ortak menfaatlerine uygun[436] hükümlerle doldurarak yerine getirmelidir[437]. Nitekim ortaklık ilişkisine girenlerin, tüm riskleri ve belirsizlikleri baştan öngörmeleri; bunları isabetli olarak değerlendirmeleri ve esas sözleşmede etkili mekanizmalar tasarlamaları mümkün olmadığı gibi, ekonomik açıdan mantıklı da değildir[438]. Bu noktada şirketler hukukunun tamamlayıcı kuralları devreye gireceğinden dolayı, pay sahiplerinin tüm ihtimalleri esas sözleşmede düzenlenmeleri gerekmeyecektir[439]. Örneğin, esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, temsil yetkisinin çift imzayla kullanılmak üzere yönetim kurulu üyelerine ait olduğuna dair TK m. 370/1 bu niteliktedir. Ayrıca pay sahipleri diledikleri zaman kanuni modelden ayrılarak kendi ihtiyaçları doğrultusunda, ekonomik açıdan daha verimli hükümler öngörebilirler[440]. Görüldüğü üzere anonim şirketler hukukunun yedek hukuk kurallarından oluşması, bir yandan sözleşme maliyetlerini azaltma, diğer yandan pay sahiplerine ortaklık içi düzeni şekillendirme imkânı sağlamaktadır[441].

---

[436] Tarafların ortak menfaatlerini artıran (*joint wealth maximization*) yedek hukuk kuralları; rasyonel ve tam bilgiye sahip kişilerin, sözleşme maliyetlerinin bulunmadığı bir durumda kararlaştıracakları varsayılan hükümlerden oluşmalıdır. Bu tanıma uyan yedek hükümler ekonomik anlamda verimli sayılırlar (Bebchuk, **Freedom**, s. 1410; Easterbrook, Fischel, **Contract**, s. 1433; Gordon, **a.g.m.**, s. 1550-1551; Holger Fleischer, "Gesetz und Vertrag als alternative Problemlösungsmodelle im Gesellschaftsrecht", **Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht**, C: CLXVIII, No: 6, 2004, s. 692; Bachmann et. al., **a.g.e.**, s. 17. Karş. Armour, Whincop, **Foundations**, s. 434-435). Anonim ortaklık esas sözleşmesi bağlamında "tam bilgiyi" haiz olmak, esas sözleşme hükümlerinin muhtemel sonuçlarını eksiksiz olarak bilmeyi ifade etmektedir (Bebchuk, **Mandatory**, s. 12-13). Görüldüğü üzere sözleşme boşluklarının doldurulmasında başvurulan farazi irade uyuşması (*hypothetical bargain*), sözleşme teorisi çerçevesinde anonim ortaklık esas sözleşmesi için de kullanılmaktadır. Belirtilmelidir ki bu anlayış Türk hukukunda sözleşme boşluklarının doldurulmasında başvurulan "farazî irade" kavramıyla da örtüşmektedir. Bu bağlamda tamamlayıcı hukuk kuralları ve farazî irade kavramının işlevi hakkında bkz. Başpınar, **a.g.e.**, s. 160-163.

[437] Easterbrook, Fischel, **Economic Structure**, s. 15; Bebchuk, **Freedom**, s. 1397; Gordon, **a.g.m.**, s. 1551; Clark, **Contracts**, s. 1706; Roberta Romano, "Answering The Wrong Question: The Tenuous Case for Mandatory Corporate Laws", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1618-1619; Keay, **a.g.m.**, s. 672-673; Bachmann et. al., **a.g.e.**, s. 17.

[438] Easterbrook, Fischel, **Voting**, s. 401; Bebchuk, **Freedom**, s. 1407; McChesney, **a.g.m.**, s. 1536.

[439] Fleischer, **Vertrag**, s. 692.

[440] Spindler, **Deregulierung**, s. 58.

[441] Romano, **Genius**, s. 85; Clark, **Contracts**, s. 1706; McChesney, **a.g.m.**, s. 1989; Coffee, **Balance**, s. 1619. Mutlak serbesti taraftarlarının ileri sürdüğü görüşlerin öğretide ve yasama çalışmalarındaki etkilerine dair bkz. Bebchuk, **Freedom**, s. 1397-1398.

Piyasa Dinamikleri[442]

Mutlak serbesti anlayışının dayandığı piyasa dinamiklerini açıklamak, sözleşme teorisi çerçevesindeki farklı görüşlerin değerlendirilmesi açısından yararlı olur. Neoklasik iktisadi teoriye göre, tam bilgiye sahip olan rasyonel ekonomik aktörlerin kendi menfaatlerine hizmet etmeyen bir sözleşmeye rıza göstermeyecekleri; ayrıca, her türlü koşulu ve belirsizliği fiyatlayacakları varsayılır. O halde rekabetçi bir piyasada, tarafların menfaatlerine uygun sözleşmeler -ve sözleşme hükümleri- tercih edilirken, aksi yöndeki sözleşmeler doğal seçilimin sonucunda saf dışı kalacaktır[443]. Ürün ve hizmet piyasalarında mübadele sözleşmeleri bakımından geliştirilen bu düşüncenin, sermaye piyasasında tedavül eden ortaklık paylarına ve bu vesileyle esas sözleşme hükümlerine uygulandığı görülmektedir.

Yukarıda açıklanan modelin halka açık şirketlerin esas sözleşmesine uyarlanması neticesinde, "esas sözleşme piyasasının" (*market for charters/corporate contracts*) varlığından söz edilmektedir[444]. Buna göre meseleye anonim şirket hisselerinin halka arzı açısından yaklaşıldığında, ortaklık yapısından kaynaklanan vekalet maliyetlerinin daha yüksek olduğu şirketlerin hisselerinin daha düşük fiyatlanacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Zira bilgili ve rasyonel yatırımcılar, şirket içi menfaat ihtilaflarının kendilerine yükleyecekleri maliyetleri hisse fiyatına yansıtacaklardır[445]. Üstelik "etkin piyasa teorisi" (*efficient capital markets hypothesis*) uyarınca, işlevli bir sermaye piyasasında kamuya açık ve değerlemeye etkili olan her türlü bilgiye bağlı beklentinin, hisselerin piyasa değerine tam olarak yansımış olduğu kabul edilir[446]. Bu nedenle gerekli vakit, uzmanlık ve

---

[442] Bu başlık altında incelenen piyasa dinamiklerinin ayrıca, Üçüncü Bölüm'de ele alınan esas sözleşme özgürlüğünün sınırları kapsamında önemli sonuçları bulunmaktadır. Örneğin emredici hükümler ilkesinin (TK 340) amaçlarının değerlendirilmesinde ve ilkenin yorumlanmasında söz konusu dinamikler belirleyici olmaktadır.

[443] Bratton, **Economic Theory**, s. 1478; Klausner, **a.g.m.**, s. 767.

[444] Romano, **Genius**, s. 14-31; Klausner, **a.g.m.**, s. 774; Spindler, **Deregulierung**, s. 59.

[445] Jensen, Meckling, **a.g.m.**, s. 313. Bebchuk, **Freedom**, s. 1404; Spindler, **Deregulierung**, s. 58; Manavgat, **Kurumsal Yönetim**, s. 486.

[446] ABD'li Nobel ödüllü iktisatçı *Eugene Fama* ile anılan bu hipotezin kuramsal ve ampirik altyapısına dair bkz. Eugene F. Fama, "Efficient Capital Markets: A Review Of Theory And

motivasyondan yoksun olan yatırımcıların, verili bütün bilgileri analiz etmelerine ve fiyatlamalarına gerek bulunmamaktadır. Bu işi piyasa kendiliğinden yapmaktadır. Zira gerekli tüm bilgiler, hisselerin piyasa fiyatına zaten dâhil olmuş durumdadır[447].

Bu kapsamda esas sözleşme hükümlerinin muhtemel sonuçlarının da hisselerin piyasa değerine tam olarak yansımış olacağı varsayıldığından[448], taraflar ekonomik açıdan daha verimli esas sözleşme hükümlerine sahip olan şirketlerin hisselerini tercih edeceklerdir[449]. Bu durum ortaklık yapısının yaratacağı maliyetlere,

---

Empirical Work", **The Journal of Finance**, C: XXV, No: 2, 1970, s. 413-416; Easterbrook, Fischel, **Management**, s. 1165-1168; Ronald J. Gilson, Reinier H. Kraakman, "The Mechanisms of Market Efficiency", **Virginia Law Review**, C: LXX, 1984, s. 549-643; John Armour, Brian Cheffins, "Stock Market Prices and the Market for Corporate Control", **University of Illinois Law Review**, C: III, 2016, s. 780-791. Hipotez çerçevesinde, eksik bilgiye dayalı irrasyonel davranışlar göz ardı edilmemekle birlikte, bunların sistematik olmadığı varsayılarak, söz konusu işlemlerin kendi içinde karşılıklı olarak etkisiz hale geldiği belirtilmektedir. Üstelik profesyonel yatırımcılar tarafından gerekli fiyat düzeltmelerinin yapıldığı ileri sürülmektedir. Ayrıca hisse analistleri ve yatırım bankaları gibi uzman aracılar, ölçek ekonomisinden de faydalanarak borsadaki şirketleri değerlendirir ve hisselerin fiyatlamasını yaparlar. Söz konusu aracıların sermaye piyasalarındaki işlemleri ve kamuyu aydınlatma yükümlülükleri gibi yollar vasıtasıyla, hisse değerine etki eden bilgi ücretsiz olarak herkesin kullanımına sunulmuş olur (Gilson, Kraakman, **a.g.m.**, s. 569-572; Butler, **Contractual**, s. 106-107; Alan D. Morrison, William J. Wilhelm Jr., **Investment Banking: Institutions, Politics and Law**, Oxford, Oxford University Press, 2007, s. 3-7; Easterbrook, Fischel, **Close**, s. 278; Easterbrook, Fischel, **Contract**, s. 1431; Ralph K. Winter, "The 'Race for the Top' Revisited: A Comment on Eisenberg", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1526-1527; Armour, Cheffins, **a.g.m.**, s. 768). Sermaye piyasalarının yeterli ölçüde gelişmediği ve şirketlerin halka açıklık oranının düşük olduğu ekonomilerde, bilgi eksikliği sorunu bağlamında bankaların rolü hakkında bkz. Gary Gorton, Andrew Winton, "Financial Intermediation", **Handbook of the Economics of Finance, C:1A Corporate Finance**, Ed. George M. Constantinides, Milton Harris, Rene M. Stulz, Amsterdam, North Holland, 2003, s. 442-447.

447 Ürün/hizmet piyasaları bakımından bilgi ediniminin ve dolaşımının zorluğuna dikkat çeken *Friedrich A. von Hayek*, bunun merkezî bir şekilde yapılmasının mümkün olmayıp; tam aksine, bağımsız aktörler tarafından fiyatlama yoluyla gerçekleştirilebileceğini ileri sürmüştür. Bkz. Friedrich A Hayek, "The Use of Knowledge in Society", **The American Economic Review**, C: XXXV, No: 4, 1945, s. 525-528. Dolayısıyla "etkin piyasa teorisi"yle, *Hayek*'in bu görüşünün ortaklıklar hukukuna aktarılmış olduğu söylenebilir.

448 Gordon, **a.g.m.**, s. 1558-1561; Manavgat, **Kurumsal Yönetim**, s. 486. Esas sözleşme hükümlerinin, hisselerin piyasa fiyatına yansıması hakkındaki ampirik çalışmalar için bkz. Easterbrook, Fischel, **Economic Structure**, s. 20 dn. 7'de anılan eserler.

449 Butler, **Contractual**, s. 106; Easterbrook, Fischel, **Economic Structure**, s. 17-20. Ortaklık içi düzeni şekillendiren esas sözleşmenin, şirket içi vekalet maliyetlerini düşürebildiği ölçüde verimli olduğu söylenebilir. Esas sözleşme hükümlerinin muhtemel sonuçlarının, hisselerin fiyatına tam olarak yansıdığının kabulü sayesinde, fiyat teorisi esas sözleşmeye kolaylıkla uygulanabilmektedir. Karş. Gordon, **a.g.m.**, s. 1558-1561. *Gordon*, hisselerin ikincil halka arz sürecinde veya borsada el değiştirmesinde, ilgili şirket hisselerinin halihazırda piyasa değeri bulunduğunu vurgulamış; dolayısıyla hipotezin kabulü için sermaye piyasasının etkin olarak işlemesinin yeterli olduğunu ifade etmiştir. Birincil halka arzda ise hipotezin geçerliliğinin piyasadaki nitelikli yatırımcıların sayısına ve aracı yüklenicilerin (*underwriter*) bilgi sağlama işlevine bağlı olduğunu ileri sürmüştür.

esas sözleşmeyi hazırlayanların bizzat katlanacağı anlamına gelir[450]. Dolayısıyla bu maliyetleri üstlenmek yerine, esas sözleşmeyi, ortaklık içi vekalet maliyetlerini en aza indirecek mekanizmalarla donatmaya yönelmeleri beklenir[451]. Bu açıklamalar ışığında, şirketlerin kendi hisselerine yönelik talep oluşturmaya çalıştığı bir esas sözleşme pazarından/rekabetinden söz edilmektedir. Öte yandan ortaklık ilişkisinin karmaşıklığı ve belirsizlikleri karşısında, söz konusu yapının tamamen esas sözleşmede tasarlanması oldukça maliyetli olacaktır. İşte bu noktada şirketler hukukunun yedek hükümleri, âdeta standart sözleşme hükümleri olarak devreye girmekte, böylece sözleşme maliyetlerini önemli ölçüde azaltmaktadır[452].

Emredici hükümlere olan ihtiyacı ortadan kaldırdığı ileri sürülen bir diğer piyasa dinamiği, *Henry Manne* tarafından geliştirilen "ortaklığın kontrolü pazarı teorisidir" [453] (*theory of the market for corporate control*). Anılan teori, anonim ortaklık yöneticilerinin başarısı ile hisselerin piyasa değeri arasında olumlu bir bağıntı olduğu kabulüne dayanır[454]. Buna göre nispeten verimsiz yönetilen şirketlerin hisselerinin fiyatı, aynı sektördeki diğer şirketlerin veya piyasa ortalamasının altında seyreder. Bu önermenin iki önemli sonucu bulunmaktadır.

---

[450] Jensen, Meckling, **a.g.m.**, s. 313, 328. *Jensen* ve *Meckling* bu kurguda pay sahiplerinin mevcut paylarının satışı yoluyla halka arzını esas almışlardır (Bratton, **Economic Theory**, s. 1479 dn. 37). Zira sermaye artırımı yapmak yerine, mevcut paylarını halka arz eden pay sahipleri, esas sözleşmede tasarladıkları ortaklık yapısına bağlı vekalet maliyetlerine, hisse fiyatlaması dolayısıyla bizzat katlanırlar. Esasında meselenin halka arz sürecinden bağımsız olarak incelenmesi de mümkündür. Zira esas sözleşme tadiline tek başına yeterli olmayan oranda payın borsa dışında devredilmesi halinde de, mevcut esas sözleşme hükümlerinin fiyatlamada hesaba katılması beklenir. Kanımca sorunun halka arz ekseninde ele alınmasının temel sebebi, etkin piyasa teorisinden faydalanabilmektir. Aksi halde esas sözleşme hükümlerinin, hisselerin satış fiyatına yansımış olduğunu ileri sürmek, alıcının rasyonel ve tam bilgiyle hareket ettiği varsayımını gerektirir.

[451] Hart, **Firm**, s. 1764; Butler, **Contractual**, s. 106; Bebchuk, **Mandatory**, s. 15-16; Bebchuk, **Freedom**, s. 1400 dn. 31; Gordon, **a.g.m.**, s. 1556.

[452] Şirketler hukuku kuralları, tarafların kullanımına sunulmuş standart sözleşme (*standard form contract*) hükümlerine benzetilmektedir. Bkz. Fischel, **a.g.m.**, s. 1274; Bebchuk, **Freedom**, s. 1397; Easterbrook, Fischel, **Voting**, s. 401; Armour, Whincop, **Foundations**, s. 434; Spindler, **Deregulierung**, s. 59.

[453] Detaylı bilgi için bkz. Manne, **a.g.m.**, s. 110-120.

[454] **a.e.**, s. 112. Zira yatırımcılar şirketin yönetiminden memnun olmadıkları ve kazanç beklentilerinin düştüğü zamanlarda şirket içi mekanizmalara başvurmak yerine, hisselerini satıp şirketten çıkmaya yönelirler.

Birincisi büyük çaplı şirketlerde üst düzey yöneticiliğin sağladığı itibar ve maddi menfaatler nedeniyle, yöneticiler arasında iş gücü piyasasında görülen rekabetin mevcut yöneticiler üzerindeki olumlu etkileridir. Yöneticiler ve yönetici adayları arasındaki rekabete dayanan argüman, öğretide, "yöneticilerin iş gücü pazarı" (*market for managerial labour*) olarak anılmaktadır[455]. Buna göre hisselerin piyasa değeri ile yönetimsel verimlilik arasındaki ilişki, yöneticileri şirket değerini yükseltecek şekilde hareket etmeye sevk eder. Zira yöneticiler hem şirketteki mevcut konumlarını korumak, hem de gelecekteki iş imkânları açısından rakiplerinin önüne geçmek isterler[456]. Bu kişilerin özellikle şirket içi vekalet maliyetlerini azaltarak ve kârlılığı artırarak, şirket değerini yükseltmeye odaklanmaları beklenir[457]. Bu sayede yönetim kurulu üyelerinin hem şirkete karşı özen yükümlülüğünü, hem de diğer üyeler ve yöneticiler üzerindeki gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeleri sağlanmış olur[458]. Ayrıca kazanç payı ve prim gibi, şirketin kârlılığı veya hisselerin değeriyle orantılı şekilde yöneticilere sağlanan menfaatler de aynı saiki besler[459].

Ortaklığın kontrolü pazarı teorisinin ikinci ve daha önemli sonucu ise 1980'lerden itibaren ABD'de hızlanan şirket birleşme ve devralma piyasasına bağlı olarak gözlenmiştir. Hatırlanacağı üzere bu dönemde yönetim kurulunun rızası hilafına gerçekleşen devralmalar (*hostile takeovers*) oldukça yaygınlaşmıştır. Bu kapsamda başarılı şekilde yönetilemediği için hisseleri nispeten düşük performans gösteren şirketler kolay birer hedef haline gelmiştir[460]. Zira daha etkin bir yönetim altında şirketin değerini yükseltebileceğini düşünen yatırımcılar, söz konusu

---

455 Ireland, **a.g.m.**, s. 20; Bebchuk, **Mandatory**, s. 34-36; Eisenberg, **Structure**, s. 1495.

456 Fama, **Agency**, s. 291-293. Karş. Eisenberg, **Structure**, s. 1496-1497.

457 Phillips, **a.g.m.**, s. 1094-1095; Butler, **Contractual**, s. 116-117.

458 Gözetim maliyetlerinin bu sayede azalacağı yönünde bkz. Fama, **Agency**, s. 292-293. Teorinin eleştirisi için bkz. Lucian A. Bebchuk, Jesse M. Fried, **Pay Without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation**, Cambridge, Harvard University Press, 2004, s. 53-56. Şirketlerin finansman yöntemi olarak sermaye piyasalarından ziyade bankalara yöneldiği ülkelerde, piyasa dinamiği olarak bankaların şirketler üzerindeki gözetim ve denetim işlevi hakkında bkz. Gorton, Winton, **a.g.m.**, s. 439-442; La Porta et. al., **a.g.m.**, s. 17-19.

459 Gorton, Winton, **a.g.m.**, s. 460; Fischel, **a.g.m.**, s. 1263; Butler, **Contractual**, s. 115-116; Bebchuk, **Mandatory**, s. 34-35. Aynı yönde tespitler ve ampirik veriler için bkz. Wilbur G. Lewellen, Blaine Huntsman, "Managerial Pay and Corporate Performance", **The American Economic Review**, C: LX, No: 4, 1979, s. 718-719.

460 Manne, **a.g.m.**, s. 112-113; Easterbrook, Fischel, **Management**, s. 1201.

şirketleri devralmaya yönelirler[461]. O halde şirket içi vekalet maliyetlerine bağlı olarak hisselerin değeri ne kadar düşükse, devralma işleminin potansiyel getirisi de o kadar yüksek olacaktır[462]. Şirket değeri ile kontrolün el değiştirmesi arasındaki bu ilişki, yöneticileri şirket içindeki menfaat ihtilaflarını azaltmaya yöneltir[463]. Başka bir deyişle, mülkiyet ve kontrol ayrılığından kaynaklanan sorunlar, ortaklığın kontrolü pazarı teorisi çerçevesinde kendiliğinden giderilebilmektedir. Bu nedenle anonim ortaklıklar hukukunda sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesine gerek bulunmamaktadır. Üstelik bu mekanizmanın işlemesi için ilgili şirketin devralma işlemine konu olması dahi gerekmez. Mevcut yöneticiler bakımından söz konusu tehdidin varlığının yeterli işlevi gördüğü ileri sürülür[464].

Halka açık olmayan şirketlerde ise menfaat ihtilafları farklı görünümlerde ortaya çıkmaktadır. Çoğunluk pay sahiplerinin, genellikle şirketin yönetimini de belirleyebilmesi sebebiyle, mülkiyet ve kontrol ayrılığının neden olduğu vekalet maliyetleri düşüktür[465]. Ayrıca sayıca az olan pay sahipleri arasında sözleşmesel düzenin müzakere edilmesi ve kurulması, halka açık şirketlere göre daha kolaydır[466]. Öte yandan bu tür şirketlerde menfaat ihtilafları, çoğunluk ve azınlık pay sahipleri arasında cereyan etmektedir. Bu durum halka açık olmayan şirketlerin yapısal bir sorunu ve en zayıf noktası olup, öğretide, "*Aşil'in topuğu*"na benzetilmiştir[467]. Zira sermaye piyasalarında işlem görmeyen hisselerin bir piyasa değeri bulunmadığından, bu tür şirketler yukarıda açıklanan mekanizmalardan yararlanamaz. Bundan başka, azınlık pay sahiplerinin şirketten çıkma imkânının kısıtlı olması, onları kontrol

---

461 Manne, **a.g.m.**, s. 113; Fischel, **a.g.m.**, s. 1264; Butler, **Contractual**, s. 111.

462 Easterbrook, Fischel, **Management**, s. 1173; Butler, **Contractual**, s. 112.

463 Bu ilişkiyi ortaya koyan ampirik çalışmalar için bkz. Butler, **Contractual**, s. 112 dn. 27'de anılan eserler.

464 Easterbook, Fischel, **Management**, s. 1174; Butler, **Contractual**, s. 112; Bebchuk, **Mandatory**, s. 36. Özellikle azınlık pay sahiplerinin, kontrol sahiplerine karşı bu korumadan faydalandığı yönünde bkz. Manne, **a.g.m.**, s. 113. Karş. Eisenberg, **Structure**, s. 1497-1499.

465 Easterbrook, Fischel, **Close**, s. 274; Bachmann et. al., **a.g.e.**, s. 7 dn. 8 ve s. 8-13.

466 Stephen M. Bainbridge, **Corporation Law and Economics**, New York, Foundation Press, 2002, s. 798.

467 Wedemann, **a.g.e.**, s. 1-2; Bachmann et. al., **a.g.e.**, s. 31.

sahibinin baskısına ve fırsatçı davranışlarına açık hale getirmektedir[468]. Ne var ki mutlak serbesti taraftarlarına göre, halka açık olmayan bir şirkete katılan kişi, borsada hisse satın alan yatırımcıya göre, ilgili şirketin yapısı ve esas sözleşme hükümleri hakkında genellikle daha bilgilidir[469]. Zira borsa dışı bir şirkete giren kişi, çoğunlukla bu işlem için kendisi açısından önemli bir meblağ ayırmış olduğundan, bilgi edinme yönündeki motivasyonu da yüksek olacaktır. Üstelik sermaye piyasalarında bağımsız ve uzman aracıların gördüğü bilgi sağlama işlevini, halka açık olmayan ortaklıklarda hisse alım-satımında rol oynayan hukuk ve finans danışmanları yerine getirmektedir[470]. Açıklanan nedenlerle şirketler hukukuna atfedilen işlevler, halka açık olan ve olmayan şirketler bakımından değişmemektedir. Ancak yapısal farklılıkları dolayısıyla, şirketler hukukunun içerdiği yedek hükümlerin, kapalı ortaklıklara özgü menfaat ihtilaflarına uyumlu olması gerekmektedir[471].

ii. Sınırlı Müdahale Görüşü

Şirketler hukukunda sınırlı müdahale görüşünü savunanlar, emredici hükümlerin varlığını piyasa dinamiklerinin yetersiz kaldığı durumlarda görülen piyasa aksaklıklarıyla (*market failures*) gerekçelendirmektedirler[472]. Zira işlem maliyetleri, bilgi asimetrisi, fırsatçı davranışlar veya olumsuz dışsallıklar gibi piyasa aksaklıklarının bulunduğu durumlarda, ekonomik açıdan verimli esas sözleşme hükümlerinin ortaya çıkması için irade özerkliği yeterli olmamaktadır. Öyleyse şirketler hukukunun amacı, işlem maliyetlerini düşürmekten ibaret olmamalı; piyasa

---

[468] Easterbrook, Fischel, **Close**, s. 275; Bachmann et. al., **a.g.e.**, s. 9, 35; Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, **Droit des Sociétés**, 25. bs., Paris, LexisNexis, 2012, N. 401. Halka açık şirketlerin hisseleri bakımından likit bir piyasanın bulunması sebebiyle, azınlığın daima şirketten çıkma imkânı bulunmaktadır. Azınlığın dilediği zaman hisselerini satabilme imkânının, yönetim ve çoğunluk pay sahipleri üzerinde baskı oluşturduğu belirtilmekte ve bu mekanizma "*Wall Street Rule*" olarak anılmaktadır (Fischel, **a.g.m.**, s. 1278).

[469] Easterbrook, Fischel, **Close**, s. 275. Karş. Eisenberg, **Structure**, s. 1465.

[470] Ayrıntılı açıklama için bkz. Easterbrook, Fischel, **Close**, s. 284-285; Hey, **a.g.e.**, s. 182. *Hey*, şirket devralmalarında *due diligence* işlemlerine dikkat çekmektedir.

[471] **a.e.**, s. 283.

[472] Bebchuk, **Mandatory**, s. 5-7; Bebchuk, **Amendments**, s. 1823; Brudney, **a.g.m.**, s. 1431-1444; Clark, **Agency**, s. 64-66; Clark, **Contracts**, s. 1710-1712; Coffee, **Balance**, s. 1676-1678; Eisenberg, **Structure**, s. 1524; Eisenberg, **Dual**, s. 823-825; Gordon, **a.g.m.**, s. 1551-1585; Kornhauser, **Nexus**, s. 1457; Bachmann et. al., **a.g.e.**, s. 20; Spindler, **Deregulierung**, s. 54.

aksaklıklarını gidermeyi de kapsamalıdır. Şirketler hukuku kurallarının esas sözleşme özgürlüğüne müdahalesine kapı aralayan bu görüşün "sınırlı" olarak nitelendirilmesinin gerekçesi ise emredici hükümlerin varlığını, piyasa aksaklıklarıyla sınırlandırmasıdır. Buna göre şirketler hukuku normları sözleşme teorisinin filtresinden geçirilmeli ve emredici hükümler, (i) piyasa aksaklıklarına cevap verdiği ve (ii) ekonomik anlamda verimli olduğu ölçüde kabul edilmelidir. Bu kapsamda emredici hükümlerin gerekliliğini ortaya koymanın ötesinde, esas sözleşmeye uygulanacak hangi normların emredici nitelikte olması gerektiğini belirlemek üzere kuramsal ve pratik açıdan doğrulanabilir kriterlerin de geliştirilmesi gereklidir[473].

Öncelikle belirtilmelidir ki, esas sözleşme özgürlüğü sorunu, kuruluş esas sözleşmesi ve esas sözleşme değişikliği bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir[474]. Nitekim esas sözleşme değişikliğinin klasik anlamda sözleşmenin kuruluşundan farklı bir hukuki rejime tabi olması nedeniyle, bazı piyasa dinamikleri bu süreçte tamamen devre dışı kalmaktadır. Bu nedenle açıklamaların devamında, emredici hükümlerin mevcudiyetinin sözleşme teorisi çerçevesindeki gerekçeleri, öncelikle kuruluş esas sözleşmesi, ardından esas sözleşme değişikliği açısından incelenmiştir.

Kuruluş Esas Sözleşmesi Bakımından

Kuruluş esas sözleşmesi bakımından emredici hukuk kurallarının varlığı, genellikle (i) işlem maliyetleri, (ii) bilgi asimetrisi ve (iii) olumsuz dışsallıklara dayandırılmaktadır. Söz konusu piyasa aksaklıklarını bu bağlamda sırasıyla ele almak uygun olur.

Özellikle borsadaki yatırımcıdan, hisselerini satın alacağı her şirketin esas sözleşmesini okuması ve hükümlerin muhtemel sonuçlarını anlaması beklenemez[475].

---

[473] Clark, **Contracts**, s. 1708. Yazar söz konusu uğraşın zorluğuna dikkat çekmekle beraber, orada dn. 25'te anılan eserlerde belirli konular bağlamında kriterler geliştirmiştir.

[474] Coffee, **Opting Out**, s. 924; Coffee, **Balance**, s. 1675; Bebchuk, **Mandatory**, s. 5-9; Gordon, **a.g.m.**, s. 1555-1556. Esas sözleşmenin değiştirilmesinden sonra şirkete katılan pay sahipleri bakımından, yalnızca kuruluş esas sözleşmesi hakkında ileri sürülen gerekçeler geçerlidir. Zira esas sözleşme değişikliğine özgü argümanlar, mevcut pay sahiplerinin tabi olduğu hâlihazırdaki kuralların değiştirilmesinde devreye girmektedir.

[475] Bebchuk, **Mandatory**, s. 55; Romano, **Mandatory**, s. 1603.

Kaldı ki birden fazla şirketin hissesini satın alan yatırımcının, bunun için çaba sarf etmesi ekonomik açıdan rasyonel de değildir[476]. Bu sorunların aşılması halinde dahi, halka açık şirketlerin esas sözleşmeleri bakımından her bir yatırımcıyla müzakere yürütülmesi ve esas sözleşmenin buna göre uyarlanması aşırı maliyetli olur[477]. Halbuki emredici hükümler yoluyla esas sözleşme hükümlerinin standart hale getirilmesi, söz konusu ihtiyacı ortadan kaldıracağı için yatırımcının işlem maliyetlerini düşürür[478].

Yeknesaklaştırma sayesinde ayrıca, halka açık olsun olmasın tüm anonim ortaklıkların esas sözleşme hükümlerinin geçerliliğine ve yorumuna ilişkin davaların sayısı azaltılabilir[479]. Ayrıca benzer esas sözleşme hükümlerine dair içtihadın istikrar kazanması neticesinde, standart hükümlere dair hukuki öngörülebilirlik sağlanabilir[480]. Önemle vurgulanmalıdır ki, esas sözleşmelerin emredici hükümler yoluyla yeknesaklaştırılması, yukarıda anılan işlem maliyetlerini düşürmesine karşılık, şirket yapısının kişisel ihtiyaçlara göre şekillendirilebilmesini ve kanunun öngördüğünden daha verimli hükümlerin ortaya çıkmasını engellemektedir[481]. Dolayısıyla sözleşme teorisi çerçevesinde bu argümanı destekleyen yazarların sayısı oldukça azken, yeknesaklaştırmanın yedek hükümler yoluyla gerçekleştirilmesi gerektiğini çeşitli sebeplerle ileri sürenler çoğunluktadır[482]. Nitekim uygulamada zaten anonim şirketlerin büyük çoğunluğunun, müzakare edilmiş ve kişiselleştirilmiş

---

476 Bebchuk, **Mandatory**, s. 55-56; Bebchuk, **Freedom**, s. 1407; Coffee, **Balance**, s. 1676.

477 Spindler, **Deregulierung**, s. 58.

478 Coffee, **Balance**, s. 1678; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 703; Spindler, **Deregulierung**, s. 59 ve dn. 53'te anılan eserler.

479 Coffee, **Balance**, s. 1678; Klausner, **a.g.e.**, s. 776; Spindler, **Deregulierung**, s. 59. Emredici hükümler ilkesini öngören TK m. 340'ın gerekçesinde de bu amaç belirtilmiştir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2, c, (1) ve (2).

480 Gordon, **a.g.m.**, s. 1567; Romano, **Mandatory**, s. 1603; Klausner, **a.g.m.**, s. 761; Peter V. Kunz, "Statuten - Grundbaustein der Aktiengesellschaften", **Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010**, Ed. Watter Rolf, Zürich, Dike Verlag, 2010, s. 59.

481 **a.e.**, s. 59. Yazar yeknesaklaştırma politikasının esas sözleşmenin ihtiyari hükümlerinde somutlaşan yaratıcılık potansiyeline ket vurduğunu ifade etmektedir.

482 Enriques et. al., **Anatomy**, s. 20; Klausner, **a.g.m.**, s. 835-837; Spindler, **Deregulierung**, s. 59.

esas sözleşme hükümleri yerine, resmi veya gayri resmi esas sözleşme taslaklarına başvurduğu görülmektedir[483].

Buna karşılık, kuruluş esas sözleşmesi bakımından emredici hükümlerin varlığını gerekçelendirmek için başvurulan piyasa aksaklıklarının başında bilgi asimetrisi gelmektedir. Bilgi eksikliğine bağlı olarak yatırımcıların esas sözleşme hükümlerinin muhtemel sonuçlarını, halka arz edilen hisselerin fiyatına yansıtmaları oldukça zordur[484]. Etkin piyasa teorisinin esas sözleşme hükümlerinin, hisselerin piyasa fiyatına tam olarak yansımış olduğuna yönelik varsayımı ise şüpheyle karşılanmaktadır[485]. Söz konusu piyasa dinamikleri, bilgi eksikliği sorununu bir ölçüde hafifletebilmesine rağmen, esas sözleşme hükümleri yönünden sorunu

---

[483] ABD için bkz. Fleischer, Mock, **a.g.m.**, s. 165; Henry Hansmann, "Corporation and Contract", **American Law and Economics Review**, C: VIII, No: 1, 2006, s. 4; Kuntz, **a.g.e.**, s. 345. Delaware eyaleti şirketler hukukunda, emredici olmamakla beraber şirketlerin neredeyse tamamının benimsediği yedek hukuk kurallarının listesi içi bkz. Elizabeth de Fontenay, "Individual Autonomy in Corporate Law", **Harvard Business Law Review**, C: VIII, No: 2, 2018, s. 225. Birleşik Krallık Ticaret ve Sanayi Bakanlığı tarafından şirketler hukuku reformu çalışmaları kapsamında yayımlanan danışma raporunda aynı yöndeki ifadeler için bkz. Department for Trade and Industry, **Company Law Reform (White Paper)**, Cm6456, 2005, s. 33, (Çevrimiçi) www.dti.gov.uk/cld/WhitePaper.pdf, 31.08.2020. Kıta Avrupası'nda pek çok hukuk sistemine göre esas sözleşme bağlamında daha geniş bir özgürlük alanı sunan İsviçre hukukunda dahi, uygulamada anonim ortaklık esas sözleşmelerinin yüksek oranda yeknesaklık gösterdiği yönünde bkz. Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §8 N. 2; Peter Forstmoser, "Gestaltungsfreiheit im schweizerischen Gesellschaftsrecht", **Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europea und USA 11. ZGR-Symposion "25. Jahre ZGR"**, Ed. Marcus Lutter, Herbert Wiedemann, Berlin/New York, De Gruyter, 1998, s. 256 dn 10; Kunz, **a.g.m.**, s. 59. Belçika'da halka açık ortaklıkların esas sözleşmelerinin tek tip olduğu yönünde bkz. Eddy Wymeersch, "Gestaltungsfreiheit und Gesellschaftsrecht in Belgien", **Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europea und USA 11. ZGR-Symposion "25. Jahre ZGR"**, Ed. Marcus Lutter, Herbert Wiedemann, Berlin/New York, De Gruyter, 1998, s. 185. Alman hukukunda bkz. Hopt, **ZGR**, s. 138. *Hopt* bu durumu alışkanlık, gereksiz uğraştan kaçınma ve öngörülebilirlik isteğiyle açıklamaktadır. Ayrıca bkz. Spindler, **Deregulierung**, s 59. *Spindler* sözleşme özgürlüğünün geniş olduğu limited şirketlerde (*GmbH*) dahi şirket sözleşmelerinin çoğunlukla yayınlanan taslak ve modelleri takip ettiğini ve bir örnek olduğunu belirtmektedir. Fransa'da tekli ve -Alman hukukundaki gibi- ikili olmak üzere alternatif yönetim kurulu yapıları bulunmakla birlikte, ikili sistemin neredeyse hiç tercih edilmediği, çoğunlukla kanunun öngördüğü anonim ortaklık düzeninin tercih edildiği yönünde bkz. Klaus J. Hopt, "The German Two-Tier Board (Aufsichtsrat) A German View on Corporate Governance", **Comparative Corporate Governance: Essays and Materials**, Ed. Klaus J. Hopt, Eddy Wymeersch, Berlin, De Gruyter, 1997, s. 3. Türk hukukunda bkz. Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 129; Karasu, **a.g.e.**, s. 31-32. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm'de dn. 141 ve bağlı metin.

[484] Gordon, **a.g.m.**, s. 1556; Kornhauser, **Nexus**, s. 1456; Bebchuk, **Mandatory**, 55-56.

[485] Bebchuk, **Mandatory**, s. 57-59. Davranışsal finans alanındaki bulgulardan faydalanan ve yatırımcıların sistematik olarak irrasyonel şekilde davranabildiğini ileri süren *Shleifer*, gerekli bilginin hisselerin fiyatına tam olarak yansımış olduğu varsıyımına karşı çıkmıştır (Shleifer, **Inefficient Markets**, s. 11-17).

çözmeye elverişli değildir[486]. Yatırımcıların aksine, esas sözleşmeyi düzenleyen kontrol sahibinin ise çok sayıda yatırımcıya uygulanacak olan hükümlerin sonuçlarını anlamak için yeterli motivasyonu vardır[487]. Dolayısıyla halka açık anonim ortaklıklar bakımından, esas sözleşmeyi düzenleyenler ile potansiyel yatırımcılar arasındaki bilgi asimetrisi, tarafların ortak menfaatlerine uygun hükümlerin ortaya çıkmasını engelleyebilmektedir. Bu noktada, örneğin, ilişkili taraf işlemleri, pay sahiplerini bilgilendirme ve kamuyu aydınlatma yükümlülükleri gibi konularda emredici hükümlerin devreye girmesi ve esas sözleşme özgürlüğünü sınırlaması gerektiği savunulmaktadır[488].

Halka açık olmayan anonim şirketler bakımından ise müstakbel pay sahiplerinin esas sözleşme hakkında yeterli ölçüde bilgilenmiş olduğu; dolayısıyla rasyonel kararlar verebilecekleri varsayımı gerçekçi bulunmamaktadır[489]. Kabul etmek gerekir ki bu kişiler borsadaki yatırımcılara nazaran, ilgili şirket hakkında daha çok bilgi sahibi olurlar. Ancak emredici hukuk kurallarını dışlayacak ölçüde, tam bilgiyle ve rasyonel şekilde davrandıkları peşinen söylenemez[490]. Nitekim sınırlı rasyonalite[491] (*bounded rationality*) varsayımına göre, özellikle uzun süreli sözleşme ilişkilerinde taraflar gelecekteki riskleri ve belirsizlikleri hafife alma eğiliminde

---

[486] Bebchuk, **Freedom**, 1407. Kanımca bu durum hem yatırımcıların bilgi eksikliğine hem de esas sözleşme hükümlerinin fiyatlanabilirliğine bağlı bir sorundur.

[487] Gordon, **a.g.m.**, s. 1565. Borsa şirketlerinin esas sözleşme hükümleri ile genel işlem şartları arasındaki benzerlik, ilgili hükümleri hazırlayanların motivasyonu hakkında fikir verebilir. Genel işlem şartları bağlamında standart sözleşme hükümlerinin fayda ve işlevlerine dair bkz. Atamer, **a.g.e.**, s. 32-33. Bu doğrultuda Alman hukukunda esas sözleşmenin genel işlem şartlarına özgü normların denetimine tabi olup olmamasına dair bkz. Barbara Grunewald, "Die in § 23 AGBG vorgesehene Bereichsausnahme für Gesellschaftsrecht", **Festschrift für Johannes Semler zum 70. Geburtstag am 28. April 1993: Unternehmen und Unternehmensführung im Recht**, Ed. Marcus Bierich, Johannes Semler, Peter Hommelhoff, Berlin, De Gruyter, 1993, s. 183; Kuntz, **a.g.e.**, s. 262-267. Alman hukukunda emredici hükümler ilkesinin (AktG §23/5) uygulanmasında dahi genel işlem şartlarının denetimine dair BGB §307/1'de yer alan kriterin uygulanmasını önerenler bulunmaktadır (bkz. Üçüncü Bölüm'de dn. 354 ve bağlı metin).

[488] Birçoğu yerine bkz. Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 69; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 697.

[489] Eisenberg, **Structure**, s. 1464-1466; Kornhauser, **Nexus**, s. 1455-1456; Coffee, **Balance**, s. 1676.

[490] Halka açık olmayan şirketlerde bilgi eksikliği ve rasyonel davranış problemlerine dair bkz. Eisenberg, **Structure**, s. 1463-1470; Bachmann et. al., **a.g.e.**, s. 20.

[491] Bkz. dn. 81 ve bağlı metinde yer alan açıklamalar.

olurlar[492]. Bu zorluğun aşılması halinde dahi, tespit edilen riskleri fiyatlamaları, yahut esas sözleşmeye tam olarak yansıtmaları zor ve maliyetlidir[493]. Dolayısıyla tarafların hazırladıkları esas sözleşme, kaçınılmaz olarak "eksik" kalmaya mahkumdur[494]. Bu durum ise kontrol sahiplerinin gelecekteki fırsatçı davranışlarına kapı aralamaktadır. Açıklanan nedenlerle, halka açık olmayan anonim şirketlerde esas sözleşme özgürlüğü kural olmakla birlikte, istisnaen azınlığın koruması amacıyla emredici hükümlerin öngörülmesi savunulmaktadır[495]. Bu bağlamda özellikle eşit işlem ilkesinin, ilişkili taraf işlemlerinin, yöneticilerin sorumluluğunun, şirketin haklı sebeple feshinin, kâr dağıtımına ve sermaye artırımına ilişkin kuralların mutlak sözleşme özgürlüğüne terk edilemeyeceği belirtilmektedir[496].

Kuruluş esas sözleşmesi bağlamında gözlemlenen bir başka piyasa aksaklığı da olumsuz dışsallıklardır. Esas sözleşmeyi düzenleyenlerin kendi menfaatlerine uygun, fakat üçüncü kişilere zarar verme ihtimali bulunan hükümler öngörmesi halinde olumsuz dışsallıktan söz edilebilir[497]. Söz konusu hükümler, sosyal refahı azaltıcı etkisi nedeniyle, ekonomik anlamda verimli değildir. Bu durumda emredici hukuk kuralları devreye girerek, tarafların esas sözleşme özgürlüğünü kısıtlar. Hem halka açık hem de kapalı anonim ortaklıklar bakımından başvurulan bu gerekçenin, kuramsal açıdan isabetli olmasına rağmen, somutlaştırılması hiç de kolay değildir. Zira esas sözleşme hükümleri kural olarak şirket içi ilişkilerde geçerli olup, istisnaen üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir[498]. Öğretide, olumsuz dışsallıklar yaratma potansiyeli nedeniyle, esas sözleşmenin emredici kurallara tabi olması gerektiği ileri sürülen hususlardan bazıları şunlardır: Özellikle halka açık şirketler bakımından

---

[492] Kenneth J. Arrow, "Risk Perception in Psychology and Economics", **Economic Inquiry**, C: XX, No: 1, 1982, s. 5; Gordon, **a.g.m.**, s. 1564 dn. 51, 1574; Coffee, **Balance**, s. 1676; Bachmann et. al., **a.g.e.**, s. 10.

[493] Eisenberg, **Structure**, s. 1465-1466; Spindler, **Deregulierung**, s. 60; Bachmann et. al., **a.g.e.**, s. 10.

[494] "Eksik sözleşme" kavramı hakkında bkz. dn. 150.

[495] Eisenberg, **Structure**, s. 1464-1470; Bachmann et. al., **a.g.e.**, s. 10, 20.

[496] Eisenberg, **Structure**, s. 1466-1472; Gordon, **a.g.m.**, s. 1597; Bachmann et. al., **a.g.e.**, s. 41-70 ve 10 dn. 23'te anılan eserler.

[497] Eisenberg, **Dual**, s. 824; Coffee, **Balance**, s. 1677.

[498] Esas sözleşmenin iç ve dış etkileri hakkında bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 228-234.

bilgilendirme ve kamuyu aydınlatma yükümlülükleri [499], kontrol değişikliğini engelleyici mekanizmalar (*anti-takeover defences*) [500], tahvil sahiplerine zarar verebilecek hükümler[501]. Bu örneklere intifa senedi sahiplerini, hazırlık dönemi faizi verilen pay sahiplerini ve değiştirme veya alım hakkı veren borçlanma aracı sahiplerini etkileyen esas sözleşme hükümleri de eklenebilir.

Esas Sözleşme Değişikliği Bakımından

Meseleye esas sözleşme değişikliği açısından bakıldığında, sözleşme özgürlüğüne iktisadi işlevlerini kazandıran mekanizmaların bu bağlamda işlemediği görülmektedir[502]. Dolayısıyla emredici hükümlerin varlığını kuruluş esas sözleşmesi bakımından destekleyen argümanların yanında, farklı gerekçeler de ileri sürülmektedir. Öncelikle rasyonel bireylerin kendi menfaatlerine uygun olmayan sözleşmelere rıza göstermeyeceklerine dair varsayımın esas sözleşme değişikliklerinde kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim esas sözleşmenin değiştirilmesi, kural olarak, oybirliği gerektirmemekte ve değişikliğe olumsuz oy veren pay sahiplerini de bağlamaktadır[503]. Üstelik esas sözleşmeyi değiştiren pay sahipleri, değişikliğin sebep olduğu vekalet maliyetlerine bizzat katlanmazken; değişiklikten önce şirkette bulunan pay sahiplerinin tamamı, bundan payları oranında ve dolaylı olarak etkilenirler[504]. Bu durum ise kontrol sahiplerini, ortaklık içi vekalet maliyetlerini azaltmak yerine, fırsatçı davranışlarda bulunmaya yöneltir[505]. Çoğunluk

---

499 Frank H. Easterbrook, Daniel R. Fischel, "Mandatory Disclosure and the Protection of Investors", **Virginia Law Review**, C: LXX, No: 4, 1984, s. 697-714.

500 Easterbrook, Fischel, **Contract**, s. 1437-1441.

501 Kornhauser, **Nexus**, s. 1458-1459.

502 Sözleşme özgürlüğünün ekonomik işlevleri için bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1, b ve c.

503 *Wiedemann,* sözleşmelerin aksine, oy çokluğuyla alınan genel kurul kararlarının, sözleşme adaletini temin edemeyeceğini vurgulamak amacıyla "*çoğunluk pay sahibi karar almaz, talimat verir*" ifadesini kullanmıştır. Almanca aslı: "*... der herrschende Gesellschafter beschließt nicht, sondern ordnet an*." (Wiedemann, **GesR**, s. 406).

504 Easterbrook, Fischel, **Contract**, s. 1443; Bebchuk, **Mandatory**, s. 18; Bebchuk, **Amendments**, s. 1829; Coffee, **Balance**, s. 1674; Gordon, **a.g.m.**, s. 1573. Esas sözleşme değişikliğinden sonra pay iktisap edenler bakımından ise esas sözleşmenin değiştirilmiş halinin, hisselerin fiyatına yansımış olduğu kabul edilmektedir. Ancak yukarıda açıklandığı üzere, etkin bir sermaye piyasasında, esas sözleşme hükümlerinin hisselerin piyasa fiyatına kendiliğinden yansıdığına dair varsayıma da şüpheyle yaklaşılmalıdır (**a.e.**, s. 1562).

505 **a.e.**, s. 1573.

ilkesine ve fırsatçı davranışlara bağlı söz konusu risklerin hem halka açık hem de kapalı şirketler bakımından geçerli olduğu söylenebilir.

Oy haklarıyla orantılı olarak esas sözleşme değişikliğini etkileme imkânları bulunmasına rağmen, dağınık ortaklık yapısının görüldüğü şirketlerde, pay sahiplerinin müzakere edilen husus hakkında yeteri kadar ilgili ve bilgili olmaları beklenmez. Özellikle küçük pay sahiplerinin, esas sözleşme değişikliği önerilerini analiz etmek için yeterli zamanı, uzmanlığı veya motivasyonları bulunmamaktadır[506]. Küçük pay sahiplerinin kolektif menfaatleri değişiklik önerisinin muhtemel sonuçları hakkında bilgilenmelerini gerektirse de bireysel tutumları genellikle bunun aksi yönündedir. Zira değişiklik önerisinin kabulü veya reddi sayesinde bilgi edinmenin mükâfatını paylaşacak olmalarına karşın, bunun maliyetini pay sahipleri arasında bölüştüren bir mekanizma bulunmamaktadır. Dolayısıyla pay sahipleri, genellikle diğerlerinin edineceği bilgiden medet ummaya yönelirler. "Bedavacılık sorunu"[507] (*free-rider problem*) olarak anılan bu durum, genel kurul kararı gibi çok taraflı hukuki işlemler bağlamında "kolektif eylem sorununa" (*collective action problem*) yol açmaktadır[508]. Açıklanan sebeplerle yeterli bilgiye sahip olmayan pay sahipleri, oy haklarını kendi menfaatlerine uygun şekilde kullanamayabilirler. Dolayısıyla pay sahiplerinin belirli bir esas sözleşme değişikliği lehine oy kullanmış olmaları, ilgili hükmün gerçekten menfaatlerine uygun olduğunu göstermeyebilir[509].

Ayrıca dağınık pay sahipliği yapısının hakim olduğu şirketlerde yönetim kurulunun esas sözleşme değişiklik taslağını karara bağlarken güttüğü saik, pay sahiplerinin menfaatleri ile ters düşebilmektedir[510]. Nitekim mutlak serbesti

---

[506] Easterbrook, Fischel, **Contract**, s. 1443; Bebchuk, **Mandatory**, s. 29-31. Karş. esas sözleşme değişikliği tasarısının, ilgili genel kurul toplantısı öncesinde hisselerin fiyatına yansımış olacağı yönünde bkz. Romano, **Mandatory**, s. 1611.

[507] Gordon, **a.g.m.**, s. 1576.

[508] Eisenberg, **Structure**, s. 1479; Gordon, **a.g.m.**, s. 1575-1576.

[509] Bebchuk, **Amendments**, s. 1837-1838; Gordon, **a.g.m.**, s. 1576; Coffee, **Balance**, s. 1674.

[510] Bebchuk, **Mandatory**, s. 28-29; Coffee, **Balance**, s. 1674 dn. 234. Blok pay sahipliği yapısının görüldüğü şirketlerde ise genellikle yönetim kurulunun esas sözleşme tadil metnini hazırlaması bir prosedürden ibaret olup, esas sözleşme değişikliği aslında çoğunluğun iradesini yansıtmaktadır.

taraftarlarının iddialarının aksine, ortaklığın kontrolü pazarı teorisinin yöneticiler üzerindeki denetleyici etkileri sınırlıdır[511].

Yukarıda açıklanan sebeplerle, esas sözleşme değişiklikleri bağlamında piyasa dinamikleri yetersiz kalmakta ve ekonomik anlamda verimli hükümlerin kendiliğinden ortaya çıkmasını sağlayamamaktadır. Esas sözleşme değişikliğinin kural olarak oybirliğini gerektirmemesi, bir taraftan şirketin işleyişi bakımından fayda sağlarken, diğer taraftan fırsatçı davranışlara kapı aralamaktadır. O halde söz konusu fayda ve zararın dengelenmesi amacıyla, rasyonel ve tam bilgiyi haiz pay sahiplerinin, aralarındaki uzun süreli ilişkileri ortak menfaatlerine uygun şekilde düzenleyecek bir formül bulunmalıdır. Söz konusu formül, esas sözleşme değişikliklerinin kural olarak serbest olması; belirli konularda ise esas sözleşmenin değiştirilmeyeceğinin mevcut ve müstakbel pay sahipleri tarafından önceden bilinmesini sağlamalıdır[512]. İşte ortaklık ilişkilerini düzenleyen esas sözleşmenin bu belirliliği sağlayabilmesi için emredici hukuk kurallarına ihtiyaç bulunmaktadır[513].

Öğretide mutlak serbestiyi savunanların dahi esas sözleşme değişiklikleri açısından hukuk düzeninin müdahalesine olumlu baktıkları dikkat çekmektedir[514]. Bu noktada emredici hükümlerin mevcudiyetinin, sözleşmesel yaklaşımla çelişki teşkil etmediği vurgulanmalıdır. Nitekim şirket ilgilileri, ortaklık ilişkisine girerken söz konusu hükümleri hesaba katacağından dolayı, bunlar şirket sözleşmesinin bir parçası olarak görülmektedir [515].

---

[511] Ayrıntılı açıklama için bkz. Bebchuk, **Mandatory**, s. 35-38; Eisenberg, **Structure**, s. 1489-1499; Bebchuk, Fried, **a.g.e.**, s. 53-56.

[512] Bebchuk, **Freedom**, s. 1404; Bachmann et. al., **a.g.e.**, s. 16.

[513] Bebchuk, **Freedom**, s. 1404 vd.; Bebchuk, **Mandatory**, s. 46-50; Kornhauser, **Nexus**, s. 1458-1459; Coffee, **Balance**, s. 1675.

[514] Easterbrook, Fischel, **Contract**, s. 1444. Ne var ki mutlak serbesti taraftarları, esas sözleşme değişikliğinin sınırlarının, içeriğe değil usule ilişkin kurallarla çizilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Örneğin, esas sözleşme değişikliği için nitelikli çoğunluğun aranması; arka arkaya iki genel kurul toplantısı yapılıp, değişikliğin ikinci kararla yürürlüğe girebilmesi; yahut öneriye muhalefet etmiş olanlara, paylarını satarak şirketten çıkma hakkı tanınması önerilmiştir. Bkz. **A.e.**; Romano, **Mandatory**, s. 1613-1615. Aksi yönde bkz. Bebchuk, **Freedom**, s. 1403; Eisenberg, **Structure**, s. 1471-1515; Coffee, **Balance**, s. 1675.

[515] Gordon, **a.g.m.**, s. 1597; Coffee, **Balance**, s. 1620. Pay müktesibinin esas sözleşme hükümleriyle bağlılığı hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, D.

c. Yeni Kurumsal İktisat'ın Yaklaşımı: Mülkiyet Teorisi

(1) Yönetim Mekanizması Olarak Şirket

Kurumlar; kişiler arasındaki ilişkilerin sınırlarını çizen ve kurallarını belirleyen sosyal, hukuki veya ekonomik çerçeveler olarak nitelendirilebilir. Bu yapılar, bireylerin davranışlarını belirli bir doğrultuda yönlendirmeye, böylelikle kişiler arası ilişkilerdeki belirsizlikleri azaltmaya yarar[516]. Yeni kurumsal iktisat (*new institutional economics*), ekonomik kurumların bireylerin davranışları üzerindeki etkilerinden hareketle, kurumsal yapıların varlık nedenlerini ve işleyişlerini inceler[517]. Bu kapsamda şirket ve dernek gibi yapılar, işlem maliyetleri ekseninde[518] ele alınmakta ve piyasaya alternatif yönetim mekanizmaları (*governance mechanisms*) olarak görülmektedir[519].

Mülkiyet teorisinin yeni kurumsal iktisat temelinde yükselmiş olması nedeniyle[520], şirkete bakışı da bu doğrultuda şekillenmiştir. Anılan teori şirketi, sözleşmelerden ve malvarlığı unsurlarından oluşan bir yönetim yapısı olarak görür ve malvarlığı üzerindeki kontrol yetkilerinin paylaşımına odaklanır[521]. Teoriye göre,

---

[516] Kavram için bkz. Furubotn, Richter, **a.g.e.**, s. 7.

[517] Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 80; Furubotn, Richter, **a.g.e.**, s. 34-40.

[518] İşlem maliyetleri ekonomisi (*transaction cost economics*) hukuk, ekonomi ve organizasyon teorisini bir araya getiren, disiplinler arası bir yaklaşım geliştirilmesine öncülük etmiştir. Sözleşmelerin ve diğer kurumların varlık sebebi ile sınırlarını açıklamadaki yetkinliği, bunu iktisadın bir alt dalı haline getirmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çetin, **a.g.m.**, s. 59-60; Williamson, **Institutitons**, s. 16-18, 386-387.

[519] Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 80; Gordon, **a.g.m.**, s. 1550. Williamson, **Institutions**, s. 16. Şirketin, üretim birimi olmasının ötesinde, bir yönetim mekanizması olarak görüldüğü; karşılaştırmalı kurumsal analiz çerçevesinde, piyasa ile şirketin alternatif yöneti(şi)m mekanizmaları olarak ele alındığı yönünde bkz. Williamson, **Corporation**, s. 1540.

[520] Bu yönde bkz. Williamson, **Institutions**, s. 26-27, 386-405; Ireland, **a.g.m.**, s. 17.

[521] Armour, Whincop, **Foundations**, 431; Raghuram G. Rajan, Luigi Zingales, "Power in a Theory of the Firm", **The Quarterly Journal of Economics**, C: CXIII, No: 2, 1998, s. 387-388. Benzer yönde bkz. Eisenberg, **Dual**, s. 820 dn. 2. Mülkiyet temelli şirket teorisi hakkında genel olarak bkz. Sanford J. Grossman, Oliver Hart, "The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration", **Journal of Political Economy**, C: XCIV, No: 4, 1986, s. 691-719; Oliver Hart, John Moore, "Property Rights and the Nature of the Firm", **Journal of Political Economy**, C: XCVIII, No: 6, 1990, s. 1119-1158; Oliver Hart, **Firms, Contracts and Financial Structure,** Oxford, Oxford University Press, 1995, b.a.; Luigi Zingales, "Corporate Governance", **The Palgrave Dictionary of Economics**, Living Edition, Ed. Matias Vernengo, Esteban Perez Caldentey, Barkley J. Rosser Jr, London, Palgrave Macmillan, 2016, s. 3-10; Bengt Holmstrom, Jean Tirole, "The Theory of the Firm", **Handbook of Industrial Organization**, C:I, Ed. Richard Schmalensee, Robert Willig, Amsterdam, North Holland, 1989, s. 63-133. Alman hukukunda bu

belirsizlikler karşısında yönetim yapısına işlerlik sağlayan ve şirket içi menfaat ihtilaflarını azaltan temel unsur, kontrolün şirket ilgilileri arasındaki bölüşümüdür. Söz konusu yetkilerin tahsisi ve korunması bağlamındaki önemi sebebiyle, (ekonomik) mülkiyet kavramı ön plana çıkmaktadır[522].

Ekonomik mülkiyet teorisi çerçevesinde ortaklık ilişkisi sözleşmesel bir yapı olarak görülmekle beraber, bunun mübadele sözleşmelerinden farkları vurgulanır[523]. Ayrıca tam bilgiye sahip, rasyonel ekonomik insan modeli yerine, daha gerçekçi olan sınırlı bilgi ve sınırlı rasyonalite varsayımları esas alınır[524]. Nitekim tarafların bütün belirsizlikleri ve sözleşme süresince ortaya çıkabilecek her türlü olasılığı öngörmeleri, ayrıca bunları sözleşmede düzenlemeleri mümkün değildir. Uzun süreli veya karmaşık sözleşme ilişkilerinde ise bu sorun katlanarak artmaktadır[525]. Bu vasıfların ikisine de sahip olan şirket sözleşmeleri, kaçınılmaz olarak "eksik" kalmaya mahkumdur[526].

Ayrıca müşterek üretim faaliyetinde olduğu gibi, tarafların ilişkiye özgü yatırım [527] (*relationship-specific investment*) yaptıkları sözleşmelerde işlem

---

yaklaşımı benimseyenler arasında bkz. Thomas Raiser, **Das Unternehmen als Organisation**, Berlin, De Gruyter, 1969, b.a.; Claus Ott, **Recht und Realität der Unternehmenskorporation: Ein Beitrag zur Theorie der juristischen Person**, Tübingen, Mohr Siebeck, 1977, b.a.; Marcus Lutter, "Theorie der Mitgliedschaft: Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts", **Archiv für die civilistische Praxis**, C: CLXXX, No: 1-2, 1980, s. 87, 91. *Lutter, "*amaç birlikteliğinin" (*Zweckgemeinschaft*) üyeleri arasındaki sözleşmenin, gelecekteki muhtemel koşulları baştan düzenlenmediğine; fakat bu kişiler arasında temel bir hukuki ilişki oluştuğuna dikkat çekmektedir. Bu anlatı ekonomik mülkiyet teorisinin, şirketi belirsizlikler karşısında yönetim yapısı olarak tarif etmesiyle uyum içindedir.

522 Armour, Whincop, **Foundations**, s. 462.

523 Hart, **Firm**, s. 1760-1763; Bratton, **Economic Theory**, s. 1480; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 697; Armour, Whincop, **Foundations**, 436.

524 Bratton, **Economic Theory**, s. 1480; Çetin, **a.g.m.**, s. 48. Tam ve doğru bilgi ile tam rasyonalite varsayımları, sözleşme teorisi çerçevesinde savunulan sınırlı müdahale görüşünü destekleyenler tarafından da reddedilmiştir. Bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4, b, (4), ii.

525 Williamson, **Institutions**, s. 70-72; Hart, **Firm**, s. 1760; Ireland, **a.g.m.**, s. 26; Coffee, **Balance**, s. 1620.

526 Gordon, **a.g.m.**, s. 1550; Hart, **Contracts**, s. 23; Ireland, **a.g.m.**, s. 26; Armour, Whincop, **Foundations**, s. 436; Enriques et. al., **Anatomy**, s. 19-20; Spindler, **Deregulierung**, s. 58.

527 Belirli kişilere veya malvarlığına özgü olarak yapılan yatırımlar "ilişkiye özgü yatırım" olarak nitelendirilir. İlişkiye özgü yatırım kavramı ve örnekleri için bkz. Williamson, **Institutions**, s. 30-32; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 690; Hart, **Firm**, s. 1762; Klein, Benjamin, Crawford, Robert G., Alchian, Armen A.: "Vertical lntegration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process", **JLE**, C: XXI, No: 2, 1978, s. 301-322.

maliyetleri farklı bir boyut kazanmaktadır[528]. Zira bu tür bir sözleşmeye tahsis edilmiş olan yatırımın, sözleşme ilişkisinin dışındaki değeri düşeceğinden, yatırımcı açısından batık maliyet teşkil eder[529]. Başka bir deyişle, sözleşmeye özgülenen malvarlığının sözleşme içindeki değeri, farklı şekillerde kullanılmasına nazaran daha yüksek olacağından, yatırımın mevcut değerinin korunması ilişkinin devamına bağlıdır. Dolayısıyla bu tür ilişkilerde taraflar arasındaki bağımlılık yoğunlaşmakta ve yatırımcı âdeta sözleşme ilişkisinde hapsolmaktadır[530]. Özellikle eksik olarak kaleme alınan uzun süreli sözleşmelerde bu durum fırsatçı davranışlara ve suistimallere davetiye çıkarır[531]. Nitekim sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan sorunlar karşısında sözleşmenin tadil edilmesi, mevcut sorundan fayda sağlaması beklenen tarafın engellemesi (*hold-up*) nedeniyle ya mümkün olmaz ya da fazla maliyetli olur[532]. Söz konusu risklere bağlı maliyetler karşısında ise yatırımcı daha düşük yatırım yapmayı veya sözleşme ilişkisine hiç girmemeyi tercih edecektir[533].

Yeni kurumsal iktisat uyarınca, uzun süreli ve taraflar arasındaki bağımlılığın yüksek olduğu bu tür ilişkilerde, sonradan ortaya çıkabilecek sorunları gidermeye elverişli bir yönetim mekanizmasının tasarlanması gerekir[534]. Bu noktada şirket, sözleşmenin kuruluşundaki eksiklikleri, sözleşme içinde telafi etmeye imkân

---

528 *Schäfer* ve *Ott*, taraflar arasındaki ilişkinin yoğun olduğu; ayrıca tarafların ortak bir amaca yönelik işbirliği içinde olup, ilişkiye özgü önemli yatırımlar yaptıkları sözleşmeleri "simbiyotik sözleşme" (*symbiotische Verträgen*) olarak nitelerler. Şirketi ortaya çıkaran organizasyon sözleşmeleri ise anılan özelliklerin en belirginleştiği örneklerdendir (Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 689-690). Benzer şekilde "ilişkisel sözleşme" (*relational contract*) kavramı için bkz. Ian R. Macneil, "Relational Contract Theory: Challenges and Queries", **Northwestern University Law Review**, C: XCIV, No: 3, 2000, s. 881-883. Anonim ortaklık esas sözleşmesinin organizasyon sözleşmesi niteliği hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, C, 2, e.

529 Rajan, Zingales, **a.g.m.**, s. 387; Mäntysaari, **a.g.e.**, s. 7; Romano, **Mandatory**, s. 1607; Armour, Whincop, **Foundations**, s. 436; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 689.

530 Hart, **Firm**, s. 1762; Gordon, **a.g.m.**, s. 1573.

531 Bratton, **Economic Theory**, s. 1481; Gordon, **a.g.m.**, s. 1573; Spindler, **Deregulierung**, s. 58. *Spindler*, sermaye artırımında rüçhan hakkının sınırlandırılmasını örnek göstermektedir.

532 Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 689.

533 Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 6.

534 Williamson, **Transaction-Cost**, s. 233-234; Ian R. Macneil, "Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls And The Need For A Rich Classificatory Apparatus", **Northwestern University Law Review**, C: LXXV, No: 6, 1981, s. 1022-1025; Bratton, **Economic Theory**, s. 1481; Hart, **Firm**, s. 1765; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 689.

sağlayan kurumsal ve organizasyonel bir yapı sunmaktadır[535]. Söz konusu yapının temel özelliği, ortaklık ilişkisi boyunca meydana gelen problemleri şirket içi mekanizmalar yardımıyla çözüme kavuşturabilmesidir. Bu nedenle şirket, işlem maliyetlerinin azaltılması için tasarlanan bir yönetim mekanizması olarak nitelendirilir[536].

(2) Ekonomik Mülkiyet Kavramı

Hatırlanacağı üzere *Coase,* müşterek üretime özgü işlem maliyetlerinin azaltılmasını şirket içi hiyerarşiye atfetmiş; ancak sözleşme teorisi, şirket ilgilileri arasındaki ilişkilerde hiyerarşiyi tamamen reddetmiştir. Ekonomik mülkiyet teorisi ise işlem maliyetlerinin azaltılmasında hiyerarşinin rolünü reddetmemekle beraber, bunu pay sahiplerinin (ve diğer şirket ilgililerinin) şirketin malvarlığı üzerindeki kontrol yetkileriyle açıklamıştır[537]. Anılan teoriye göre, ortaklık ilişkisi boyunca ortaya çıkan sorunlar, şirket üzerindeki kontrol yetkilerinin kullanımı yoluyla çözümlenebilmektedir[538]. Kontrol yetkilerinin kullanımı ise şirketin malvarlığı üzerindeki mülkiyet hakları sayesinde mümkün olmaktadır[539].

Bu hususta açıklamalara devam etmeden önce, ekonomik mülkiyet teorisi çerçevesinde başvurulan "mülkiyet" kavramını, -tüzel kişiliği haiz olmaları nedeniyle- ticaret şirketleri bakımından incelemekte fayda vardır. Pay sahipleri, yöneticiler veya alacaklılar gibi şirket ilgililerinin, ticaret şirketlerine ait malvarlığı üzerinde mülkiyet hakkı bulunmadığı izahtan varestedir. O halde şirket ilgililerinin

---

[535] Williamson, **Corporation**, s. 1540-1544; Rajan, Zingales, **a.g.m.**, s. 387. Klein, Crawford, Alchian, **a.g.m.**, s. 307-324. Görüldüğü üzere neoklasik sözleşme teorisi, vekalet teorisinin perspektifinden bakarak, sözleşmenin akdedilmesi aşamasında tarafların işlem öncesi (*ex ante)* motivasyonlarına bakarken, yeni kurumsal iktisat işlem maliyetleri ekonomisinin yardımıyla sözleşme ilişkisi içindeki maliyetlere odaklanır.

[536] Williamson, **Corporation**, s. 1543; Gordon, **a.g.m.**, s. 1550; Hart, **Firm**, s. 1762, 1766; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 7; Bratton, **Economic Theory**, s. 1480; Mäntysaari, **a.g.e.**, s. 7; Armour, Whincop, **Foundations**, s. 436; Klein, Crawford, Alchian, **a.g.m.**, s. 299; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 690. *Schäfer* ve *Ott*, müşterek üretim faaliyetinin yüksek işlem maliyetlerine ve fırsatçı davranışlara sebep olduğunu; bu sebeple şirket yapılanmasının, piyasadaki fiyat mekanizmasına alternatif bir kurum olarak tercih edildiğini belirtmektedirler.

[537] Bratton, **Economic Theory**, s. 1500; Ireland, **a.g.m.**, s. 25; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 689-690; Armour, Whincop, **Foundations**, s. 438; Mäntysaari, **a.g.e.**, s. 11; Rajan, Zingales, **a.g.m.**, s. 387.

[538] Hart, **Contracts**, s. 23; Ireland, **a.g.m.**, s. 26.

[539] Williamson, **Institutions**, s. 26-29, 273-302; Hart, **Contracts**, s. 29-30; Hart, **Firm**, s. 1765; Eisenberg, **Dual**, s. 825.

kontrol yetkilerinin kaynağında mülkiyet hakkının bulunduğunun belirtilmesi, tüzel kişiliğin inkar edilip edilmediği sorusunu akla getirmektedir. Belirtilmelidir ki, sözleşme teorisi kapsamında açıklandığı üzere, ekonomik yaklaşım şeklî olanın ötesine geçerek, kuralları ve kurumları işlevsel açıdan inceler. Dolayısıyla ekonomik mülkiyet teorisi, mülkiyet kavramını teknik-hukuki anlamda kullanmaz[540]. Aksi halde hukuk ve ekonomi öğretisinde hukukun rolünü yeniden vurgulama iddiasında olan bir yaklaşımın[541], tüzel kişiliği inkar etmesi açık bir çelişki teşkil ederdi.

Anılan teori çerçevesinde mülkiyet; şirketin malvarlığı üzerindeki nihai kontrol hakları (*residual rights of control*) anlamında kullanılmaktadır[542]. O halde ekonomik mülkiyetin, sahibine şirketin malvarlığı unsurları üzerinde kontrol icra etme yetkisi verdiği söylenebilir[543]. "Kontrol" kavramına verilen önem, muhtemel suistimaller ve şirket sözleşmesindeki boşluklar karşısında, şirketin malvarlığını yönetme gücünden kaynaklanmaktadır. Örneğin, şirketin dağıtılabilir kârının bulunmasına rağmen, bunun dağıtılmayıp yatırımlara aktarılmasına karar verecek olanlar, şirketin malvarlığı üzerinde kontrol icra edebilenlerdir[544]. Kontrolün "nihai"

---

[540] Hart, **Firm**, s. 1766 dn. 34; Ireland, **a.g.m.**, s. 26; Armour, Whincop, **Foundations**, s. 438. Yazarlar tüzel kişiliği haiz şirketlerin malvarlığı üzerindeki mülkiyet hakkının yalnızca şirkete ait olmasına karşın, meseleye işlevsel açıdan yaklaşıldığını belirtmektedirler.

[541] Bu iddiayı dile getiren Armour, Whincop, **Foundations**, s. 464.

[542] Williamson, **Institutitons**, s. 27; Hart, **Contracts**, s. 30; Ireland, **a.g.m.**, s. 27; Armour, Whincop, **Foundations**, s. 437-438.

[543] Hart, **Firm**, s. 1766. Şirketin malvarlığı üzerindeki nihai kontrolün, hukuki anlamda mülkiyet hakkının kapsamına giren yetkilere karşılık geldiği yönünde bkz. Eisenberg, **Dual**, s. 825-827; Armour, Whincop, **Foundations**, s. 438. *Armour* ve *Whincop*, tüzel kişilerin iş ve işlemlerini gerçek kişiler aracılığıyla gerçekleştirebildiğinden hareketle, kontrolün aslında gerçek kişiler tarafından icra edildiğini belirtmektedirler. Kanımca "mülkiyet" kavramının işlevsel anlamının İngiliz şirketler hukukunda kolaylıkla benimsenebilmesi, bu hukuk sisteminde tüzel kişilik açısından varsayım teorisinin hakim olması ile ilişkilidir. Ancak herhangi bir karışıklığa mahal vermemek adına, *Rajan* ve *Zingales*'in bu kapsamda başvurdukları şirket kaynaklarına "erişim" (*access*) kavramı, "mülkiyet"e göre dogmatik açıdan daha isabetli bir tercih gibi görünmektedir. Kavrama atfedilen anlam için bkz. Rajan, Zingales, **a.g.m.**, s. 388.

[544] Sözleşme teorisi uyarınca pay sahipleri şirketin nihai alacaklısı *(residual claimant)* oldukları için ekonomik anlamda şirketin sahibi olarak görülmektedirler. Nitekim tedarikçilerin veya işçilerin şirkete karşı alacak hakları, sözleşmede kararlaştırılan oran veya meblağ ile sınırlı olmasına karşılık; pay sahipleri kâr ve tasfiye payı haklarına bağlı olarak, şirketin nihai alacaklısı konumundadırlar (Fama, **Agency**, s. 291; Mäntysaari, **a.g.e.**, s. 84). Mülkiyet teorisi çerçevesinde ise şirketin ekonomik anlamda sahibi olmak için nihai alacaklı sıfatı yeterli değildir; aynı zamanda nihai kontrol sahibi de olmak gerekir. Zira kâr payının alacak hakkına dönüşmesi için genel kurulda kâr dağıtım kararını alabilecek güce sahip olmak gerekir. Bkz. Hart, **Contract**, s. 63-66; Ireland, **a.g.m.**, s. 25; Armour, Whincop, **Foundations**, s. 437 dn. 41.

olarak nitelendirilmesinin sebebi ise kanunda veya esas sözleşmede öngörülmeyen hususlarda ortaya çıkan sorunlar bakımından özel bir önem arz etmesidir. Nitekim bu tür bir sorun, kanun ve esas sözleşmeyi ihlal etmemek kaydıyla, kontrol sahipleri tarafından ilgili organ ve kurullar aracılığıyla çözülebilmektedir [545] . Önemle belirtilmelidir ki şirket üzerinde kontrol icra edebilen menfaat sahiplerinin birden fazla olması sebebiyle, ekonomik mülkiyet teorisi çerçevesinde meseleye kontrol yetkilerinin paylaşımı ve "birlikte mülkiyet" penceresinden bakılmaktadır[546].

(3) Mülkiyet Teorisinin Anonim Şirket ve Şirketler Hukuku Anlayışı

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, şirket nezdindeki kontrol yetkilerinin paylaşımına dair anlaşmaların, şirket içi vekalet maliyetlerini azaltmayı amaçlayan kurumsal bir yapıya vücut verdiği anlaşılmaktadır[547]. Nitekim anonim şirketin temel yapısı ve özellikleri, bu perspektife bağlı kalınarak, ekonomik mülkiyet teorisi çerçevesinde açıklanmaktadır[548] [549]. Buradan hareketle, anonim şirket, ilk olarak

---

[545] Hart, **Contract**, s. 30; Ireland, **a.g.m.**, s. 26; Armour, Whincop, **Foundations**, s. 437.

[546] Armour, Whincop, **Foundations**, s. 438. Halka açık olmayan şirketlerde pay sahipleri çoğunlukla şirketin kontrolünü elinde tutmaları nedeniyle, şirketin sahibi konumundadırlar. Buna karşılık, blok pay sahibinin bulunmadığı halka açık şirketlerde, yönetim kurulunun ağırlığı artar. Ayrıca şirketin finansal durumunun bozulması halinde, belirli kontrol yetkilerinin alacaklılara geçebileceği de unutulmamalıdır. Bu gerekçelerle *Armour* ve *Whincop,* kontrolün pay sahipleri, yöneticiler ve alacaklılar arasında paylaşılmış olduğunu isabetle ifade etmektedirler (Armour, Whincop, **Foundations**, s. 438-441. Karş. Hart, **Firm**, s. 1773). Ayrıca Alman hukukunda belirli anonim ortaklıkların gözetim kurullarında (*Aufsichtsrat*) işçilerin temsilci bulundurma hakkı olması dolayısıyla, bir anlamda şirketin sahibi sayılabileceklerine dair bkz. Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 699.

[547] Armour, Whincop, **Foundations**, s. 438, 462. Yazarlar kontrol paylaşımının, ilişkinin taraflarına göre değişiklik gösterdiğini ileri sürmektedirler. Bu kapsamda, pay sahiplerinin kendi arasında "birlikte paylaşım" (*joint sharing*); pay sahipleri ile yöneticiler arasında "delegasyon" (*delegation*); pay sahipleri ile alacaklılar arasında ise "sıralı paylaşım" (*sequential sharing*) olduğunu ortaya koymuşlardır. Benzer bir analiz için bkz. Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 6-7.

[548] Anonim şirket pay sahibinin şirkete koyduğu sermayenin "ilişkiye/şirkete özgü yatırım" (*firm-specific investment*) teşkil ettiği yönünde bkz. Margaret M. Blair, "Locking in Capital: What Corporate Law Achieved for Business Organizers in the Nineteenth Century", **UCLA Law Review**, C: LI, No: 2, 2003, s. 401; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 690; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 6-7. Gerçekten pay sahibinin, şirkete sermaye olarak getirmiş olduğu malvarlığını, bu aşamadan sonra farklı bir şekilde değerlendirmesi oldukça maliyetlidir. *Blair* bu durumu, şirkete tahsis edilen malvarlığının, şirketin işletme konusunu gerçekleştirmek üzere çeşitli şekillerde kullanılmış olmasıyla açıklamıştır (Blair, **a.g.m.**, s. 401). Kanımca bu açıklama anonim ortaklığa getirilen nakdî sermaye açısından yetersiz kalmaktadır. Sermayenin iadesi ve sermaye karşılığında faiz ödenmesi yasakları (TK m. 480/3, 509), bu bağlamda daha ikna edici bir gerekçe teşkil etmektedir. Nitekim sermayenin iadesi yasağı nedeniyle, şirkete getirilen sermayenin pay sahibine doğrudan iade edilmesinin mümkün olmadığı; dolaylı yollardan iadesinin ise çoğunlukla hukuka aykırı ve

"*şirket malvarlığı üzerindeki kontrol yetkilerinin tahsisini sağlayan sözleşmeler bütünü*" olarak nitelendirilmiştir[550]. Ancak bu tanım, malvarlığına ilişkin sözleşmesel haklar ile malvarlığı üzerindeki (aynî) haklar arasındaki ayrımı göz ardı ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir[551].

Anonim şirketin gerçekçi bir şekilde tarif edilebilmesi için, sözleşmeler aracılığıyla kurgulanması mümkün olmayan özelliklerinin, dolayısıyla hukuk düzeninin rolünün de dikkate alınması gerekir[552]. Örneğin tüzel kişilik ve sınırlı sorumluluk gibi temel nitelikler, tarafların kendi aralarında akdedecekleri sözleşmelerle oluşturulamaz. Bu bakımdan pay sahiplerinin şahsi alacaklılarının, şirket malvarlığına başvuramaması (*affirmative asset partititoning, entity shielding*); yahut pay sahiplerinin, şirket alacaklılarına karşı sorumlu olmaması (*defensive asset partitioning*) ancak hukuk düzeninin sağlayabileceği sonuçlardır[553]. Görüldüğü üzere anonim şirketin kurumsal yapısı yalnızca sözleşmelerle ulaşılabilecek özelliklerden

---

maliyetli olduğu dikkate alınmalıdır. Üstelik sermaye karşılığında faiz ödenmesinin yasak olması nedeniyle şirkete tahsis edilmiş olan nakdî sermayenin de şirkete özgü yatırım teşkil ettiğinden şüphe duyulmamalıdır. Aksi halde -şirketin piyasa şartlarının altında faiz oranı uygulamadığı varsayımında- nakdî sermayenin şirkete getirilmesi ile vadeli mevduat hesabına yatırılması arasında fark olmayacağından hareketle, nakdî sermayenin şirkete özgü yatırım niteliği taşımadığı savunulabilirdi. Bu noktada borsaya kote edilmiş payların kolaylıkla elden çıkarılabileceği gerekçesiyle ilişkiye özgü yatırım teşkil etmediği akla gelebilir (Romano, **Mandatory**, s. 1607). Ancak mevcut payların oranına göre, bunların ancak piyasa fiyatının altında bir bedelle satılabileceği, dolayısıyla borsaya kote payları elden çıkarmanın da maliyeti olabileceği anımsanmalıdır.

549 Anonim şirketin temel yapısını bu açıdan inceleyen eserler için bkz. Armour, Whincop, **Foundations**, s. 439-441; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 6-7; Ireland, **a.g.m.**, s. 25; Mäntysaari, **a.g.e.**, s. 50-52.

550 Hart, **Firm**, s. 1771; Armour, Whincop, **Foundations**, s. 431: "*... the firm as a nexus of contracts about assets".*

551 **A.e.**, s. 431-432, 444. Nitekim belirli bir eşyanın kullanımına ilişkin sözleşmeye dayanan alacak hakkı, yalnızca taraflar arasında ileri sürülebilen (nispi) bir haktır. Ancak eşya üzerindeki mülkiyet hakkı, herkese karşı ileri sürülebilen (mutlak) bir haktır.

552 **A.e.**, s. 447; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 68-69. *Eisenberg*, sözleşmelerin, şirketin tek bir yönünü teşkil ettiğini ifade etmiştir (Eisenberg, **Dual**, s. 827)

553 Sözleşme teorisine göre ise sınırlı sorumluluk ilkesi sözleşme ile oluşturulabilir. Nitekim her bir alacaklıyla yapılacak sözleşmede ortakların sorumluluğunun sınırlandırılması teorik açıdan mümkün; fakat ekonomik açıdan maliyetlidir. Dolayısıyla şirketler hukukunun öngördüğü sınırlı sorumluluk ilkesi, esasında sözleşme maliyetlerini düşüren tamamlayıcı hukuk kuralı (TK m. 329, 355/2, 371/5) olarak görülmektedir. Ne var ki bu düşünceyi haksız fiil sorumluluğu bağlamında kabul etmek mümkün değildir. Zira failin kendi sorumluluğunu sınırlandırmak için önceden mağdurla sözleşme yapması mümkün değildir. Bkz. Henry Hansmann, Reinier Kraakman, "The Essential Role of Organizational Law", **Yale Law Journal**, C: CX, No: 3, 2000, s. 394-396, 431; Hopt, **ZGR**, s. 129.

ibaret değildir[554]. O halde anonim şirketler hukukunun işlevleri, şirket ilgilileri arasında sözleşmesel ilişkilerin kurulmasını kolaylaştırmak ve işlem maliyetlerini azaltmaktan ibaret değildir. Bunlara ek olarak, hukuk düzeni, müşterek üretim kaynakları üzerinde nihai kontrol yetkilerini [555] tesis eder; böylelikle anonim şirketin kurumsal yapısını, sözleşmesel olmayan özelliklerle tamamlar[556].

Ekonomik mülkiyet teorisini bir adım ileri taşıyan *Armour* ve *Whincop,* şirketler hukukunun, ayrıca, şirket içi kontrol paylaşımına dair anlaşmaların[557] etki alanını genişlettiğini; bunlara âdeta "aynî etki" (*proprietary effect*) tanıdığını ileri sürmüşlerdir [558]. Nitekim şirket sözleşmesinin tarafları, sahip oldukları kontrol haklarını yalnızca birbirlerine karşı değil, üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilme imkânına kavuşurlar. Örneğin esas sözleşmeyi imzalayan kurucular, (i) pay iktisap etmek isteyen üçüncü kişilere karşı, geçerli bir pay devir sınırlamasını (bkz. TK m. 494/1); (ii) şirkete sonradan giren pay sahiplerine karşı, mevcut imtiyaz haklarını (bkz. TK m. 360, 478) veya (iii) yönetim kurulu üyelerine karşı, yönetim yetkilerinin

---

[554] Tüzel kişiliğin uzantısı olarak şirket ile pay sahipleri arasındaki ayrılığın sağlanmaması halinde, ne anonim şirketin ne de anonim şirket payının bugün taşıdığı niteliklere sahip olması mümkündür. Anonim şirket payının serbestçe devredilebilen bir malvarlığı unsuru olmasını sağlayan ve şirkete bazı temel özelliklerini kazandıran, hukuk düzenidir. Bkz. Ireland, **a.g.m.**, s. 462 dn. 34 ve s. 498-500; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 69.

[555] Tekrar pahasına belirtilmelidir ki, ekonomik mülkiyet teorisi çerçevesinde şirket malvarlığı üzerindeki nihai kontrol yetkileri "mülkiyet" kavramıyla anılmaktadır. Ortaklığın ayrı tüzel kişiliği haiz olması nedeniyle, pay sahiplerinin hukuki anlamda mülkiyetinden bahsedilmesi mümkün değildir. Ancak yanlış anlaşılmaya müsait olması nedeniyle "mülkiyet" yerine, ortaklığın malvarlığına ve imkânlarına "erişim" kavramını tercih etmek de mümkündür.

[556] Hansmann, Kraakman, **Organization**, s. 407-408; Armour, Whincop, **Foundations**, s. 431 ve dn. 10'da anılan eserler.

[557] Şirket üzerindeki kontrol yetkilerinin tahsisini sağlayan sözleşmeler arasında, başta esas sözleşme olmak üzere, pay sahipleri sözleşmeleri, oy sözleşmeleri ve kredi sözleşmeleri sayılabilir. Ancak şirketler hukuku, bunlar arasında yalnızca esas sözleşmenin etki alanını genişletir ve sözleşmeye kurumsal bir karakter verir.

[558] **A.e.**, s. 447. Yazarlar "aynî etki" yerine, kimi zaman "aynî hak" (*proprietary right*) kavramını kullanmaktadırlar. Belirtilmelidir ki mülkiyet teorisi kapsamında önemli olan husus, pay sahipliği haklarının eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlaması değil, şirket ilgililerine karşı ileri sürülebilmesidir. Roma hukukundaki "alacak hakkı-aynî hak" ve "nispi hak-mutlak hak" ayrımları Anglo-sakson hukukuyla örtüşmediğinden, esas alınması gereken kavramın, "aynî hak" değil, "herkese karşı ileri sürülebilirlik" olduğu söylenebilir. İngiliz hukukunda *Hohfeld*, eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlamamakla birlikte, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilen hakları "*multital*"; yalnızca ilişkinin tarafları arasında ileri sürülebilen hakları ise "*paucital*" olarak isimlendirmiş; böylelikle nispi ve mutlak etkili hakları, alacak haklarından ve aynî haklardan ayırmıştır (Wesley N. Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning**, New Haven Yale University Press, 1919, s. 67-74).

devrine dair sınırlamaları (bkz. TK m. 367) ileri sürebilirler. Ayrıca TK 354/1-(a) ilâ (h) bentleri arasında sayılan hususlar, ticaret siciline tescil ve ilan edilmekle üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. Şirket sözleşmesinin etki alanının bu denli genişletilmesi sayesinde, şirket içindeki kontrol haklarına, sözleşmesel (nispi) haklara nazaran daha etkili bir koruma sağlanmaktadır. Böylece yönetim mekanizması olarak şirketin verimli şekilde işlemesi temin edilebilmektedir[559].

Esas sözleşmesel haklara aynî etki sağlaması nedeniyle, söz konusu normlar "*eşya hukukunun özel bir görünümü*" olarak nitelendirilmiştir[560]. Kuşkusuz ki, bu nitemelenin hukuki bir karşılığı olmayıp, işlevsel bir yaklaşımın ürünüdür[561]. Hukuk kurallarının bu şekilde işlevsel açıdan değerlendirilmesi, hukukun yatay kesen bir bakış açısıyla ele alınmasını; böylelikle farklı hukuk dalları arasındaki karmaşık ilişkilere ışık tutulmasını sağlamaktadır. Şirketler hukuku ve eşya hukuku arasında bağlantı kurulması ise esas sözleşmenin tarafları arasındaki düzenlemelerin ileri sürülebileceği çevrenin genişlemesi bakımından anlamlı olabilir. Öte yandan farklı hukuk dallarının kendine özgü ilkelerinin ve dinamiklerinin göz ardı edilerek, bunların bir başlık altında ele alınması indirgeyici ve genelleyici bir tutum olur.

İşlevsel yaklaşım doğrultusunda, öğretide, şirketler hukuku kurallarının kendi içinde ikiye ayrılarak incelendiği görülmektedir. Şirketler hukukunun "aynî temeli"ni (*proprietary foundation*) ve "sözleşmesel üstyapısı"nı (*contractarian superstructure*)

---

559 Armour, Whincop, **Foundations**, s. 431, 444; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 6-7. Şirketin malvarlığı üzerindeki kontrol yetkilerinin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi imkânı, işlem maliyetlerini ve şirket içi gözetim maliyetlerini (*internal monitoring costs*) önemli ölçüde düşürür. Örneğin, TK m. 371/7 hükmüne göre temsil yetkisi sınırlandırılmış olan bir yönetim kurulu üyesi, söz konusu sınırı aşacak şekilde şirketin bir taşınmazını satarsa, bu işlemin şirketi bağlamadığı sözleşmenin karşı tarafına ileri sürülebilecektir. Aksi halde, yönetim kurulu üyesiyle şirket arasındaki sözleşmede yer alan bir sınırlama, şirketin söz konusu riski bertaraf edebilmesi için yeterli olmaz. Şirketin bunu ileri sürebilmesi için potansiyel tüm alıcılara ilgili üyenin yetkisiz olduğunu bildirmesi ve bu kişinin kontrol edilmesi ise önemli maliyetlere sebep olur.

560 Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 68; Armour, Whincop, **Foundations**, s. 432-435. *Armour* ve *Whincop*, esasında, anonim şirketlerin tabi olduğu hukuk kurallarının "eşya hukuku" ve "şirketler hukuku" gibi ayrımlar gözetilerek incelenmesinin, benzer işlevler gören normlara bütünsel açıdan yaklaşılmasını engellediğini ifade etmektedirler. Şirket üzerindeki kontrolün paylaşımına dair mekanizmaları üçüncü kişilere karşı etkili kılmaları bakımından temsil, rehin ve iflas hükümlerinin de şirketler hukukunun "aynî temelini" teşkil eden normlar kapsamında ele alınması gerektiğini belirtmektedirler.

561 İsviçre hukukunda da pay sahipleri sözleşmesi ve esas sözleşme arasındaki etkileşimin, borçlar hukuku ile tüzel kişiler hukukunun kesişiminde yer aldığı; zira esas sözleşmenin "*yarı aynî*" (*quasi dinglich*) etkiye sahip olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Forstmoser, **Schnittstelle**, s. 367, 396.

oluşturan normlar ayrı ayrı ele alınmaktadır[562]. Sözleşmesel üstyapıya ait kurallar işlem maliyetlerini azaltan ve sözleşmelerin kurulmasını kolaylaştıran yedek hükümlerden oluşmaktadır[563]. Bu grupta yer alan normlar, şirket içi kontrol yetkilerinin tahsisine dair standart sözleşme hükümleri olarak devreye girmekte ve esas sözleşmedeki boşlukları doldurmaktadır. Şirketler hukukunun aynî temelini teşkil eden normlar ise şirkete, sözleşmeyle kurgulanması mümkün olmayan özellikler (örn. tüzel kişilik, sınırlı sorumluluk) kazandıran ve kontrol paylaşımına dair anlaşmaların etki alanını genişleten kurallardan oluşmaktadır[564].

Aslında esas sözleşmede yer verilen pek çok düzenlemenin bağlayıcılığını sözleşmeler yoluyla genişletmek teorik olarak mümkündür. Fakat mevcut ve muhtemel bütün ilgililerle sözleşme akdedilmesinin yüksek maliyetlere sebep olacağı gerekçesiyle, hukuk düzeni bunların etki alanını genişletir. Şirketler hukukunun aynî temelini oluşturan normlar, şirket ilgilileri arasındaki kontrol paylaşımına dair anlaşmalara etkili bir koruma sağlar; böylelikle sözleşmesel üst yapıyı güçlendirmiş olur.

---

[562] Armour, Whincop, **Foundations**, s. 449-452.

[563] **a.e.**, s. 451. Yazarlar, yönetim kurulu üyelerinin özen ve sadakat yükümlülüğüne, pay sahiplerinin şirkete karşı sınırlı sorumluluğuna dair kuralların şirketler hukukunun sözleşmesel üst yapısına ait olduğunu belirtmektedirler.

[564] Örneğin iflas ve teminat hukukuna ilişkin pek çok kurumun, yahut ultra vires kuralının "aynî temele" ait olduğu belirtilmektedir (**a.e.**, s. 454). Teorik olarak sözleşmeyle öngörülebilmesine karşılık, belirli bir düzenlemenin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesine imkân veren normlar da "aynî temelin" bir parçası sayılır. Bu kapsamda organlar arası yetki paylaşımına dair kurallar (bkz. TK m. 375 ve 408) şirketler hukukunun aynî temeline aittir. Zira yönetim kurulu tarafından şirketin belirli bir meblağda kâr dağıtımı yapacağının üçüncü kişiye taahhüt edilmesi halinde, genel kurulun onayı olmadıkça bu taahhüt hüküm doğurmayacaktır (Bkz. Ali Paslı, Cem Veziroğlu, "Hedef Anonim Ortaklığın Kâr Dağıtımı ve Bu Yöndeki Taahhüdü Finansal Yardım Yasağını İhlal Eder Mi?", **İHM**, C: LXXVI, No: 1, 2018, s. 264-265). Bundan başka, esas sözleşmede öngörülen pay devir sınırlamasına aykırı pay devrinin taraflar arasında dahi hükümsüz kalması da (bkz. TK m. 494/1) aynî temelin bir parçasıdır. *Anderson*, eşya hukukunda tapu kayıt zorunlulukları gibi, esas sözleşmenin ticaret siciline tescil ve TTSG'de ilan edilmesi zorunluluğunun da aynî temele ait olduğunu ifade etmektedir [Robert Anderson, "A Property Theory of Corporate Law", (June 24, 2020), s. 26, (Çevrimiçi), https://ssrn.com/abstract=3421009, 30.07.2020]. Zira tescil ve ilan zorunluluğu, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilen haklar bakımından aleniyet sağlar ve ilgililerin katlanması gereken bilgi edinme maliyetini düşürür (Thomas W. Merrill, Henry E. Smith, "The Property/Contract Interface", **CLR**, C: CI, No: 4, 2001, s. 795-796; John Armour, Michael J. Whincop, "An Economic Analysis of Shared Property in Partnership and Close Corporations Law", **The Journal of Corporation Law**, C: XXVI, 2001, s. 447).

(4) Mülkiyet Teorisinin Esas Sözleşme Özgürlüğü Sorununa Yansımaları

i. Genel Tespitler

Anonim şirkete ve şirketler hukukuna bakışı yukarıda açıklanan ekonomik mülkiyet teorisi, esas sözleşme özgürlüğü bakımından oldukça önemli tespitler içermektedir. Teori, sözleşmelerin yanında hukuk düzeninin de işlevlerini dikkate alması nedeniyle, betimsel açıdan gerçekçi bir tablo çizmektedir. Bu anlayış, teorinin esas sözleşme serbestisini ele alış biçimine de yansımıştır. Öte yandan teorinin gelişim aşamasında olması nedeniyle, normatif boyuttaki savlarının henüz betimsel yönü kadar olgunlaşmadığı şimdiden belirtilmelidir.

Öncelikle mülkiyet teorisi, neoklasik yaklaşımın vekalet maliyetleri ve faydacı birey gibi bazı analitik araçlarına başvurduğu için, kural olarak, esas sözleşme özgürlüğünü destekler[565]. Ne var ki işlem maliyetleri, sınırlı bilgi ve sınırlı rasyonalite nedeniyle esas sözleşmenin kaçınılmaz olarak eksik düzenlenmesi; ayrıca ortaklık ilişkisinin fırsatçı davranışlara açık olması karşısında, hukuk düzenine önemli işlevler atfeder. Ekonomik mülkiyet teorisinin, ilk bakışta, sözleşme teorisi kapsamındaki "sınırlı müdahale görüşü"nden farksız olduğu düşünülebilir. Ancak mülkiyet teorisinin hukuk düzenine yüklediği görevler, piyasa aksaklıklarının emredici hükümlerle düzeltilmesinden ibaret değildir. Buna göre şirketler hukukunun aynî temelini teşkil eden kurallar, sözleşmeye alternatif kurumsal yapıların oluşumunda ve işleyişinde etkin bir rol üstlenmektedir. Dolayısıyla anonim şirketin, en azından doğrudan hukuk normlarının ürünü olan temel özellikleri (örn. tüzel kişilik, sınırlı sorumluluk) bağlamında sözleşme özgürlüğünün taraf iradesiyle gerekçelendirilmesi de mümkün olmamaktadır[566].

ii. Esas Sözleşme Hükümlerine "Aynî Etki" Tanınması ile Esas Sözleşme Özgürlüğü Arasındaki İlişki

Şirketler hukukunun aynî temelini teşkil eden kurallar, bu çalışma açısından özel önem arz etmektedir. Nitekim esas sözleşmede yer alan düzenlemelerden

---

[565] Bratton, **Economic Theory**, s 1481.

[566] Armour, Whincop, **Foundations**, s. 465 ve dn. 162'de anılan eserler.

hangilerine "aynî etki" tanınması gerektiği sorusu, esas sözleşme özgürlüğü sorunu bakımından belirleyicidir. Bu soru, şirket ilgilileri ve üçüncü kişilerin menfaatleri arasında bir tercihi de beraberinde getirir[567]. Örneğin, esas sözleşmede şirketin önemli bir varlığının belirli bir fiyatın altında satılmasını yasaklayan bir hüküm bulunmasına rağmen, ilgili varlığın daha düşük bir bedel karşılığında bu sınırlamadan haberdar olmayan iyi niyetli üçüncü kişiye satılmış olduğunu varsayalım. Esas sözleşmeye açıkça aykırı olan bu satış işleminin şirketi bağlamadığı ileri sürülerek, şirket içindeki kontrol paylaşımına dair anlaşmaya üstünlük mü tanınmalıdır? Yoksa işlem ayakta tutularak, üçüncü kişinin işleme duyduğu güven mi korunmalıdır? Görüldüğü üzere esas sözleşme özgürlüğünün artırılması, bir taraftan şirket içindeki kontrol paylaşımına ilişkin anlaşmaları güçlendirmekte; diğer taraftan ise üçüncü kişilerin menfaatlerini olumsuz yönde etkileyebilmektedir[568]. Bu varsayımda karşılaştırılan fayda ve maliyetlere bakılacak olursa; esas sözleşmede yer alan sınırlamaya "aynî etki" tanınması halinde, şirket içi gözetim maliyetleri azalmakta; üçüncü kişilerin maliyetleri ise artmaktadır[569].

Görüldüğü üzere esas sözleşme özgürlüğünün artırılması, genellikle şirket içi vekalet maliyetlerini düşürürken, üçüncü kişiler üzerindeki olumsuz dışsallıkları arttırır. Buradan hareketle, şirketin iç yapısını (*internal governance structure*) düzenleyen ve dışarıya yansımayan hususlarda esas sözleşme özgürlüğünün genişletilmesi savunulurken; üçüncü kişileri etkileyebilecek konular bakımından meseleye daha mesafeli yaklaşılmaktadır[570]. Öte yandan bazı düzenlemelerin, şirketin iç yapısına ilişkin olmakla beraber dış ilişkilerinde de etkili olması nedeniyle ikinci gruba dâhil olduğu belirtilmelidir. Genel kurul kararının şirketin taraf olacağı

---

567 Armour, Whincop, **Foundations**, s. 431.

568 Merrill, Smith, **a.g.m.**, s. 799, 803–808; Armour, Whincop, **Foundations**, s. 447.

569 Armour, Whincop, **Property**, s. 986.

570 Armour, Whincop, **Foundations**, s. 451-452; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 7, 73. Ayrıca bkz. Hirsch, **a.g.e.**, s. 203. *Hirsch* esas sözleşme özgürlüğü bağlamında bir kanun hükmünün emredici olup olmadığı araştırılırken, ilgili hükmün ortaklığın iç ilişkisini mi, yoksa dış ilişkisini mi düzenlediğinin esas alınması gerektiğini belirtmiştir. Yazar ortaklığın iç ilişkilerine özgü kanun hükümlerinin, kural olarak, yedek hüküm niteliğinde olduğu görüşündedir.

bir hukuki işlemin parçası olması ya da şirketin pay müktesipleriyle olan ilişkileri bunlara örnek olarak gösterilmektedir[571].

iii. Esas Sözleşme Hükümlerine "Aynî Etki" Tanınmasında İzlenebilecek Yöntemler

Hukuk düzeninin esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarını çizerken, söz konusu fayda ve maliyetler arasında bir denge tutturması gerekir. Dengenin sağlanması için başvurulan yöntemler ise büyük önem arz eder. Bu bağlamda ilk olarak, kurulabilecek şirket türleri ve esas sözleşmesel düzenlemeler bakımından sınırlı sayı yönteminden bahsedilmelidir. Eşya hukukunda, kanunda öngörülenlerden başka bir aynî hak türü yaratılamaması gibi, şirketler hukukunda da kurulabilecek şirket türleri sınırlı sayıdadır. Buna ek olarak, eğer "aynî etki" tanınabilecek esas sözleşme hükümleri kanunda sınırlı sayıda gösterilmişse, korporatif[572] esas sözleşme hükümleri bakımından sınırlı sayı yönteminin benimsenmiş olacağı da söylenebilir.

Sistemi bu şekilde kurgulamanın avantajları, hukuki öngörülebilirliği artırması ve yargılama maliyetlerini düşürmesidir[573]. Öte yandan aynî etki tanınacak esas sözleşme hükümlerinin belirlenmesi oldukça hassas bir konudur. Kapsamın geniş tutulması üçüncü kişilerin aleyhine; dar tutulması ise şirket ilgililerinin aleyhine olacaktır. Hatta kapsam geniş tutulsa dahi, esas sözleşme hükümlerinin belirli bir çerçeveye hapsedilmesi sebebiyle, pay sahiplerinin şirketin yapısını farklı gelişmeler karşısında şekillendirme imkânı önemli ölçüde engellenecektir[574]. Ayrıca hangi düzenlemelerin bu etkiden faydalanacağı konusundaki seçim de bilgi, uzmanlık ve ölçüm gerektiren bir meseledir. Örneğin, yönetim kurulunun pay devrinin reddi için dayanabileceği sebeplerin kanunda sınırlı sayıda belirlenmesi halinde, bu sebeplerin hangi tip ortaklık yapısına göre tayin edileceği sorusuna cevap

---

[571] Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 7.

[572] Ekonomik mülkiyet teorisi bağlamında esas sözleşmenin "aynî etkili" hükümleri ile pozitif hukuk bakımından "korporatif" hükümler arasındaki koşutluk için bkz. dn. 592 ve bağlı metin. Ayrıca esas sözleşme hükümlerinin etkisi bakımından tasnifinde "korporatif-şeklî" hükümler ayrımı için bkz. İkinci Bölüm, II, F, 3.

[573] Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 704.

[574] Armour, Whincop, **Foundations**, s 463; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 704. Nitekim emredici hükümler ilkesinin (TK m. 340) katı yorumuna karşı dile getirilen başlıca eleştirilerden biri de budur (bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2, c).

aranmalıdır. Dağınık pay sahipliği yapısının hakim olduğu anonim şirket modelinin esas alınması halinde, söz konusu sebepler az ortaklı, kapalı ve aile tipi şirketlerin ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak kalacağı gibi, ortaklığın dinamik yapısıyla da uyumlu olmayacaktır.

Üzerinde durulabilecek ikinci yöntem ise esas sözleşme hükümlerinin etki alanı belirlenirken, ilgili hükme bağlı maliyetlerin taraflar arasındaki dağılımının esas alınmasıdır (*selective enforcement strategy*). Esas sözleşmede yer alan bütün düzenlemelere "aynî etki" tanınacak olursa, üçüncü kişilerin üzerine yüklenecek maliyet, şirket ilgilileri yönünden sağlanacak faydadan daha yüksek olabilir[575]. Zira bu varsayımda şirketle hukuki ilişkiye girecek olan herkesin, şirketin esas sözleşmesini tedarik etmesi ve incelemesi gerekir[576]. Bunun ise kabul edilebilir bir durum olmadığı ortadadır. Oysa sosyal refah açısından tercih edilen çözüm, girişilen işleme bağlı riski daha az maliyetle ortadan kaldırabilen tarafın (*least-cost avoider*) tedbir almasını beklemektir[577].

Meseleyi bir örnekle somutlaştıralım. Şirketin gerçek değerinin %5'ini aşan malvarlığı satışı işlemlerinin, TK m. 408/2-(f) anlamında "*önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı*" sayılacağı esas sözleşmede düzenlenmiş olsun. Söz konusu hükme aynî etki tanınması durumunda, alıcının, (i) esas sözleşmedeki bu sınırlamayı öğrenmesi; (ii) şirketin gerçek değerini tespit ettirmesi ve (iii) işlem %5 sınırını aşıyorsa, bu hususta genel kuruldan izin alınıp alınmadığını araştırması gerekir. Halbuki herkesten bu maliyetleri üstlenmesini beklemek yerine, işlemi gerçekleştirecek olan temsilcinin yetki sınırlamasına uygun davranmasını sağlamak, ekonomik açıdan daha uygun bir tercih olur. Dolayısıyla bu tür bir sınırlamanın üçüncü kişiye karşı etkili olmaması ve yalnızca iç ilişkide hüküm ifade etmesi isabetli bir tercih olur.

---

[575] Armour, Whincop, **Foundations**, s 445.

[576] Esas sözleşme hükümlerine aynî etki tanınmasının yaratacağı bilgi edinme maliyetleri hakkında bkz. Merrill, Smith, **a.g.m.**, s. 795.

[577] Holger Fleischer, **Informationsasymmetrie im Vertragsrecht: eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten**, München, C.H. Beck, 2001, s. 149.

Maliyet dağılımının önceden tespit edilebildiği ve genelleştirilebildiği örneklerin kanun hükmüne bağlanması mümkündür. Bu sebeple sınırlı sayı yönteminin, tipikleşmiş örnekler bakımından elverişli olduğu söylenebilir[578]. Ancak tarafların üzerindeki maliyetlerin duruma göre farklılaşabileceği hallerde, kanuni düzenleme yerine, ikinci yöntem sayesinde somut olay adaletine ulaşılması mümkün olur[579]. Bunu yapacak olan ise mahkemelerdir. İkinci yöntemin avantajı, esas sözleşme özgürlüğünü emredici hükümlerle sınırlamamasıdır. Buna karşılık zayıf yönü ise ilgili esas sözleşme hükmünün aynî etkiyi haiz olup olmadığının ancak uyuşmazlık sonrasında (*ex post*) ortaya çıkmasıdır. Bu sebeple öngörülebilirlik sağlamaktan uzaktır. Ayrıca somut uyuşmazlıkta maliyet karşılaştırması yapabilmek için olguların araştırılması, yüksek yargılama masraflarına sebep olabilir[580].

Son olarak üzerinde durulması gereken üçüncü bir yöntem ise eşya hukukunda aynî hakların tapuda tescil edildiği gibi, etki alanı genişletilen esas sözleşme hükümlerinin de ticaret siciline tescil edilmesidir (*registration strategy*)[581]. Bu sayede aleniyet sağlanarak, üçüncü kişilerin esas sözleşmeyi tedarik etme ve araştırma maliyetleri düşürülebilmektedir. Esasında sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesi aleniyet gereğinin sonucu olduğundan, aleniyeti -farklı yollarla- gerçekleştirmenin mümkün olduğu durumlarda kanun koyucu tarafından tip sıkılığının da esnetildiği

---

578 Örneğin kaynağını İngiliz içtihat hukukunda bulan "şirket içi yönetim kuralı" (*indoor management rule*) uyarınca, yönetim kurulunun temsil yetkisine getirilen esas sözleşmesel kısıtlamalara aykırı yapılmış olsa dahi, iyi niyetli üçüncü kişilerle yapılan işlemler şirketi bağlar [*Royal British Bank v Turquand* (1856) 6 E&B 327, 119 ER 886]. Zira üçüncü kişi esas sözleşmedeki sınırlamadan haberdar olsa dahi, gerekli koşulların sağlanmış olduğunu varsaymakta haklı kabul edilir. Benzer bir kuralın Türk hukuku bakımından da kabul edildiğine dikkat çekmek gerekir. Nitekim TK m. 371/4 uyarınca, temsile yetkili kişiler tarafından yapılan işlemin esas sözleşmeye aykırı olması, iyiniyet sahibi üçüncü kişilerin o işlemden dolayı şirkete başvurmalarına engel değildir.

579 Örneğin Alman hukukunda geliştirilmiş olan "yönetim yetkisinin kötüye kullanılması" (*Mißbrauch der Vertretungsmacht*) öğretisi uyarınca, yönetim kurulunun şeklen temsil yetkileri içinde hareket etmesine karşılık, üçüncü kişi ile şirketin menfaatinin çatıştığı bazı istisnai durumlar işlemin geçersizliğine yol açabilmektedir (Volker Röhricht, Alexander Schall, **Aktiengesetz Großkommentar**, Ed. Heribert Hirte, Peter O. Mülbert, Markus Roth, C: II/1 §§23-40, 5. bs., Berlin, De Gruyter, 2016, §23 Rn. 115).

580 Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 704. Karş. belirli esas sözleşme hükümleri hakkında yerleşik içtihat oluştukça, öngörülebilirliğin artacağı yönünde bkz. Armour, Whincop, **Foundations**, s. 447.

581 Douglas G. Baird, "Notice Filing and the Problem of Ostensible Ownership", **The Journal of Legal Studies,** C: XII, No: 1, 1983, s. 53-67; Merrill, Smith, **a.g.m.**, s. 805-806; Henry Hansmann, Reinier Kraakman, "Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights", **The Journal of Legal Studies**, C: XXXI, No: 2, 2002, s. 393-409; Armour, Whincop, **Foundations**, s. 447.

görülmektedir[582]. Hukukumuzda esas sözleşmenin tamamının tescil ve ilan edilmesi zorunlu olup; bazı hükümlerinin ise üçüncü kişiler tarafından bilindiği varsayılmaktadır (TK m. 354, 36). Üstelik herkes ticaret sicilinin içeriğini ve müdürlükte saklanan tüm senet ve belgeleri inceleyebileceği gibi, giderini ödeyerek bunların onaylı suretlerini de alabilir (TK m. 35/2). Eklemek gerekir ki, bilgi teknolojilerine dair gelişmelerin sicil sistemine aktarılması sayesinde, bilginin yayılımı artırılarak sistem daha verimli hale getirilebilmektedir. Örneğin İTO'nun ve TTSG'nin internet adresleri üzerinden ilgili şirket hakkında yayınlanan ticaret sicili kayıtlarına ulaşmak mümkündür. Tescil sisteminin üçüncü kişilerin araştırma maliyetlerini azaltılması sayesinde ise esas sözleşme serbestisine alan açılması olanaklı hale gelmektedir.

Taraflar üzerindeki maliyetlerin karşılaştırılmasına ve tescil yoluyla aleniyet sağlanmasına dayanan yöntemler, aynî etki tanınabilecek hükümlerin kanunda sınırlı sayıda gösterilmesine dayanan birinci yönteme göre üstün tutulmaktadır. Bunun temel sebebi, söz konusu yöntemlerin esas sözleşme özgürlüğünü kısıtlamayıp, pay sahiplerinin ihtiyaçları doğrultusunda etkili mekanizmalar oluşturmalarına imkân vermesidir[583]. Ancak yukarıda açıklanan üç yöntemin, esas sözleşme özgürlüğünün sınırları bakımından bir denge yakalamak amacıyla, birbirini tamamlayacak şekilde kullanılması gerekir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında Türk hukukuna bakılacak olursa, anonim ortaklık esas sözleşmesinin tamamı tescil ve ilana tabi olup (TK 354/1), yalnızca kanunda sayılan hususlar sicilin olumlu etkisinden faydalanmaktadır [TK 354/1-(a) ilâ (h)]. Ayrıca esas sözleşmede pay sahiplerine yüklenebilecek borçların da kanunda sayılanlardan ibaret olduğu söylenebilir (TK 480/1). Söz konusu düzenlemeler, "tescil yoluyla aleniyet sağlanmasının" ve "sınırlı sayı kuralının" örneklerini teşkil etmektedir. "Maliyetin taraflar üzerindeki dağılımına dayanan kurallar" ise kimi zaman doğrudan Kanun'da düzenlenen bir norm bağlamında hüküm içi boşluğun

[582] Eşyaya bağlı borçlar ve aynî haklar bağlamında bkz. Erel, **a.g.e.**, s. 74-75. Eşyaya bağlı borçlar bakımından tip sıkılığının kabul edilmesinin arkasındaki geekçeler, esas sözleşme bakımından da geçerlidir. Zira iki durumda da, kişi borçlanma yolunda irade beyanında bulunmadığı halde, sırf bir malvarlığı unsuruna (eşya/pay) sahip olduğu için bir borçla yükümlü kılınabilmektedir.

[583] Armour, Whincop, **Foundations**, s. 465.

hakim tarafından doldurulmasında, kimi zaman ise anonim şirketler hukukunun yazılı olmayan kurallarında somutlaşmaktadır. TK m. 408/1-(f) anlamında "önemlilik" kriteri ve TK m. 531 kapsamında "haklı sebepler" bunlardan ilkine; genel kurul ve yönetim kurulunun Kanun'da yazılı olmayan yetkileri[584] ise ikinci gruba örnek olarak gösterilebilir.

d. Değerlendirme: Sözleşme ve Mülkiyet Teorileri ile Ekonomik ve Hukukuki Analizin Bağdaştırılması

İktisadi şirket teorilerinin esas sözleşme özgürlüğü sorununa yansımalarına dair genel tespitleri paylaşmadan önce, tekrar pahasına, ekonomik analizin araçsal yönünü kısaca vurgulamakta fayda vardır. Zira ekonomik şirket teorilerinin benimsediği işlevsel bakış açısı nedeniyle, ekonomik ve hukuki kavramların kimi zaman örtüşmemesi, ekonomik analizin şirketler hukuku bakımından işlevsiz olduğu şeklinde bir yanılgıya sebep olabilmektedir. Örneğin, sözleşme teorisi çerçevesinde şirketin "sözleşmeler bütünü" olarak nitelendirilmesine karşılık; hukuki açıdan ne anonim şirketin kendisi ne de şirket ilgilileri arasındaki ilişkiler sözleşmelerden ibarettir. Bundan başka, mülkiyet teorisi kapsamında şirketin malvarlığı üzerindeki kontrol yetkilerinin "mülkiyet" kavramıyla ifade edilmesine rağmen, esasında bunun kaynağında pay sahipliği hakları bulunmaktadır[585].

Ekonomik perspektifin betimsel açıdan hukuk dogmatiğiyle tam bir uyum içinde olmamasına karşın, şirketin sözleşmesel ilişkiler ve mülkiyet (kontrol) hakları temelinde ele alınması sayesinde, şirket ilgilileri arasındaki ilişkilerin ekonomik analizi yapılabilmektedir. Nitekim ekonominin analitik araçlarının şirketler hukukuna uygulanması, ancak buna uygun bir kavramsal çerçeve aracılığıyla mümkün olur. Öte yandan inceleme sırasında başvurulan varsayımların ve teorilerin, ayrıca ulaşılan normatif tespitlerin hukuki açıdan sağlaması yapılmalıdır.

İktisadi ortaklık teorilerinin emekleme çağına denk gelen erken dönem iktisadi çalışmalarda şirketlerin varlık sebebi ve sınırları araştırılmışken, günümüzde

---

584 Bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 1.

585 Ekonomik yaklaşıma koşut olarak, Türk hukukunda pay sahiplerinin, anonim şirketin "ekonomik malikleri" konumunda olduğu yönünde bkz. Paslı, **Devralma**, s. 50; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 82; Nomer Ertan, (Ülgen, Helvacı, Kaya), **Ticari İşletme**, s. 365.

şirketler hukukunun en karmaşık sorunları bile ekonomik analiz ışığında incelenebilmektedir. Söz konusu gelişmeyi, ekonomik analize kavramsal çerçeve ve kuramsal dayanak teşkil eden ortaklık teorilerinin dönüşümünde izlemek mümkündür. Ekonomi temelli ortaklık teorileri üst başlıklarda ayrı ayrı incelenmiş olduğu için, burada anılan teorileri bütünsel olarak değerlendirerek yalnızca ulaşılan sonuçları paylaşmak yeterli olur. Kanımca esas sözleşme özgürlüğü bakımından sözleşme ve mülkiyet teorilerinden, birbirini tamamlayacak şekilde faydalanmak hukuki açıdan en gerçekçi çözümü sunmaktadır.

Meseleye ilk olarak sözleşme teorisi açısından bakılacak olursa, esas sözleşmenin ve bunun neticesinde oluşan ortaklık ilişkisinin iradi nitelik taşıması itibarıyla, anonim şirketin bu çerçevede incelenmeye pekâlâ müsait olduğu görülecektir. Anonim şirket bünyesindeki menfaat ihtilaflarının sözleşme teorisi tahtında ele alınması sayesinde, esas sözleşme özgürlüğü sorunu bakımından ekonomik verimliliği ve sosyal refahı merkeze alan çözümler üretilebilmektedir. Öte yandan teori kapsamında ileri sürülen "mutlak serbesti" görüşünü gerekçelendiren piyasa dinamiklerine ve bunların altında yatan bazı varsayımlara ihtiyatla yaklaşmak gerekir[586]. Nitekim gerek kuruluş esas sözleşmesi gerek esas sözleşme değişikliği bağlamında piyasa aksaklıklarının varlığına dikkat çekilmiş; bunların alt kırılımlarını oluşturan işlem maliyetleri, bilgi asimetrisi, fırsatçı davranışlar ve olumsuz dışsallıklar karşısında, "sınırlı müdahale" görüşü uyarınca şirketler hukuku kurallarına önemli roller atfedilmiştir[587].

Yukarıda vurgulandığı üzere ekonomik analizin hukuki sağlamasını yaparken, *inter alia,* ilgili ortaklık tipi, hukuk sistemi ve şirketlerin tipik finansman yapısı göz önüne alınmalıdır. Dolayısıyla Anglo-Amerikan hukukunda geniş ölçüde uygulama alanı bulan sözleşme teorisinin Türk hukukuna aktarılmasında dikkat

---

[586] Söz konusu piyasa dinamikleri ve varsayımlar arasında, (i) esas sözleşmenin taraflarının tam ve doğru bilgiye sahip olarak rasyonel şekilde hareket etmeleri, dolayısıyla esas sözleşme hükümlerinin tarafların ortak menfaatine uygun olduğunun varsayılması; (ii) esas sözleşme hükümlerinin fiyatlanabilir olması; (iii) "esas sözleşme piyasası"; (iv) "etkin piyasa teorisi" ve (v) "ortaklığın kontrolü pazarı teorisi" ve (vi) "yöneticilerin iş gücü pazarı" (*market for managerial labour*) bulunmakta olup, bunlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4, b, (4), (i).

[587] Piyasa dinamiklerinin ve rasyonalite varsayımının yetersiz kaldığı ölçüde şirketler hukukunun esas sözleşme özgürlüğüne müdahale ettiği yönünde bkz. Spindler, **Deregulierung,** s. 59.

edilmesi gereken bazı noktalar vardır. Bunların başında Türkiye'de görülen tipik anonim ortaklık modelinin, dağınık pay sahipliği yapısına sahip halka açık ortaklık olmamasıdır. Ülkemizde anonim ortaklıklara blok pay sahipliği yapısı hakimdir. Dolayısıyla halka açık olan ve olmayan anonim ortaklıklar bakımından devreye girebilecek piyasa dinamiklerinin farklılaştığı gözden kaçırılmamalıdır. Bu kapsamda "etkin piyasa teorisi" ve "ortaklığın kontrolü pazarı teorisi", halka açık olmayan anonim şirketler açısından devre dışı kalmaktadır. Kaldı ki Türkiye'de, Kıta Avrupası'nda olduğu gibi, şirketlerin başvurduğu finansman araçlarının büyük bir kısmı banka kredilerinden oluşmakta ve sermaye piyasaları yeteri kadar derinleşmemiş durumdadır. Bu nedenle payları borsaya kote edilmiş olan anonim şirketlerde dahi, esas sözleşme hükümlerinin muhtemel sonuçlarının ve şirket içi vekalet maliyetlerinin hisselerin fiyatına yansımış olduğuna yönelik varsayıma ülkemiz açısından oldukça ihtiyatla yaklaşmak gerekir.

Halka açık olmayan ortaklıklar bakımından ise pay sahiplerinin esas sözleşme hükümlerinin muhtemel sonuçları hakkında, borsadaki küçük yatırımcılara göre daha bilgili oldukları varsayılabilir. Bu varsayım, bilgi sorununu kısmen çözmekle beraber, sözleşme maliyetlerine, taraflar arasındaki pazarlık gücü dengesizliğine (fırsatçı davranışlara) ve olumsuz dışsallıklara çare olamamaktadır. Bu nedenle esas sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan emredici normlar, sözleşme teorisi çatısı altında ancak "sınırlı müdahale" görüşüne uygun olarak savunulabilir.

Sınırlı müdahale görüşü çerçevesinde, piyasa dinamiklerinin yetersiz kaldığı durumlarda şirket içi menfaat ihtilaflarının kendiliğinden giderilemediği ortaya koyulmuştur. Bu nedenle piyasanın ilgili sorunu gidermekte başarısız olduğu durumlara özgü olmak üzere emredici hükümlere cevaz verilmektedir. Öte yandan piyasa aksaklığının mevcudiyeti, emredici hükümlerin varlığını gerekçelendirmeye tek başına yeterli değildir. Nitekim piyasanın başarısız olduğu her ihtimalde hukuk düzeninin emredici hükümler yoluyla sözleşme özgürlüğüne müdahale etmesi ekonomik açıdan verimli olmayabilir[588]. Zira emredici hükümleri tasarlamanın, kanunlaştırmanın ve uygulamanın da kendine özgü maliyetleri vardır. Üstelik kanun koyucunun tercih ettiği kural, her zaman en uygun çözümü sunmayabilir; hatta

[588] Aksi düşünce, öğretide, "Nirvana safsatası" (*Nirvana fallacy*) olarak anılmaktadır. Bkz. dn. 188.

piyasa aksaklığının yol açtığı maliyetten daha fazlasına da sebep olabilir[589]. Diğer taraftan emredici bir hukuk kuralının ekonomik anlamda verimli olmaması, sorunun piyasa dinamiklerine terk edilmesi gerektiği anlamına da gelmemelidir[590]. Esas sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan bir kuralın eksik veya hatalı olması, ilgili kuralın düzenlediği konuda pay sahiplerine mutlak serbesti tanınmasını gerekçelendirmez.

O halde emredici hükümler, piyasa aksaklıklarına cevap verdiği ve ekonomik anlamda verimli oldukları ölçüde kabul edilmelidir. Hem piyasanın, hem de hukuk kurallarının kusursuz olmadığı dikkate alınarak, bunlar arasında görece üstün olanın *de lege ferenda* tercih edilmesi; ayrıca, şirketler hukuku kurallarının piyasa mekanizmalarını tamamlayacak şekilde tasarlanması gerekir[591]. Söz konusu tasarımda dikkat edilmesi gereken yegâne husus, emredici ve yedek hukuk kuralları arasındaki denge olmayıp; kuralların kanunda öngörülmesi ile içtihada bırakılması; hakime bırakılan takdir yetkisinin genişliği ile özerk idari otoritelere devredilen düzenleme ve denetleme yetkileri de oldukça önemlidir.

Esas sözleşme özgürlüğü bağlamında sözleşme teorisinden başka, mülkiyet teorisine de başvurulması gerektiği kanaatindeyim. Nitekim mülkiyet teorisi sayesinde ekonomik yaklaşımın şirketler hukuku dogmatiğiyle teması yoğunlaşmıştır[592]. Teorinin şirketler hukukuna atfettiği işlevler dikkate alındığında, sözleşme teorisine göre daha kapsayıcı ve gerçekçi bir anlatı ortaya koyduğu

---

589 Romano, **Mandatory**, s. 1605. Örneğin payları üçüncü kişi tarafından iktisap edilen anonim şirket tarafından, pay iktisabının kolaylaştırılması amacıyla gerçekleştirilen finansal yardım işlemlerinin kesin hükümsüz olacağını öngören TK m. 380/1, bunun tipik bir örneğidir. Hedef şirket bakımından fayda veya zarar sağlayacak olmasına bakılmaksızın söz konusu işlemin hükümsüz sayılmasının sebep olduğu ekonomik maliyetler için bkz. Arıcı, Veziroğlu, **a.g.e.**, s. 124-129. Anılan yasağın uygulama alanından, hukuka uygun başka bir yola başvurarak çıkılabilmektedir. Bu kapsamda hedef şirketin türü değiştirilebilmekte, hedef şirket ile alıcı şirket birleştirilebilmektedir. Söz konusu işlemler ise TK m. 380/1 nedeniyle yüksek işlem maliyetlerine sebep olabilmektedir.

590 *Eisenberg*, bu görüşün Nirvana safsatasıyla aynı derecede hatalı olduğunu belirterek, bunu "ilahi piyasa safsatası" (*heavenly market fallacy*) olarak anmaktadır (Eisenberg, **Structure**, s. 1524-1525).

591 Gordon, **a.g.m.**, s. 1554; Eisenberg, **Structure**, s. 1525 Karş. yüksek derecede uzmanlık gerektiren, karmaşık meselelerde özerk idari otoritelerin pay sahiplerine göre, kural koyma konusunda çoğunlukla üstün olduğu yönünde bkz. Clark, **Contracts**, 1718-1720. Karşılaştırmalı kurumsal analiz hakkında bkz. Sanlı, **Haksız Fiil**, s. 80.

592 Mülkiyet teorisinin, "hukuk ve ekonomi" öğretisinde hukukun rolünü yeniden vurguladığı yönünde bkz. Armour, Whincop, **Foundations**, s. 464.

söylenebilir. Zira şirketler hukuku normlarının sözleşmelerin kurulmasını kolaylaştırmaktan başka, anonim şirketi, sözleşmeler yoluyla oluşturulması mümkün olmayan bazı özelliklerle (örn. tüzel kişilik ve sınırlı sorumluluk) donattığı; ayrıca, esas sözleşme hükümlerinin ileri sürülebileceği çevreyi genişlettiği ortaya koyulmuştur. Şirketler hukukunun anılan son işlevi, şirket ilgilileri arasındaki kontrol yetkilerinin (ekonomik mülkiyetin) paylaşımına dair anlaşmaların uygulama kabiliyetini güçlendirmektedir.

Esas sözleşme hükümlerinin sözleşmesel niteliğine karşın, hukuk düzeni tarafından etki alanının genişletilmesi dolayısıyla aynî etki kazandığı ileri sürülmektedir. Bu işlevine bağlı olarak, şirketler hukukunun bazı kuralları eşya hukukunun özel bir alanı olarak nitelendirilmiş ve eşya hukukuna ait "aynî etki" kavramına sadık kalınmıştır. Bu noktada önemle vurgulanması gereken husus, ekonomik yaklaşımın aynî etki olarak kavramsallaştırdığı özellik, şirketler hukuku dogmatiğinde hâlihazırda esas sözleşmenin "korporatif" niteliği olarak anılmaktadır[593]. Hatta Alman ve İsviçre şirketler hukuku öğretisinde korporatif esas sözleşme hükümlerinin, "aynî karaktere" (*dinglicher Charakter*) sahip hükümler şeklinde de ifade edildiği görülmektedir[594]. Nitekim esas sözleşmenin korporatif hükümleri yalnızca esas sözleşmeyi imzalayan kurucular arasında değil, şirkete sonradan katılan pay sahiplerine, şirkete, yönetim kurulu üyelerine ve diğer şirket ilgililerine karşı da ileri sürülebilmektedir. Ayrıca esas sözleşmenin ihlali halinde şirketler hukuku yaptırımlarının devreye girmesi, esas sözleşmesel hükümlere kuvvetli bir koruma sağlamaktadır[595]. Görüldüğü üzere aynî etki olarak tarif edilen bu özellikler, işlevsel açıdan, ortaklık düzenine güçlü bir etki alanı ve icra kabiliyeti bahşeden korporatif olma özelliğine denk düşmektedir.

Ekonomik yaklaşım ve hukuk dogmatiği arasında bu bağlantının kurulması sayesinde, esas sözleşmede yer alan hükümlerden hangilerine korporatif nitelik

---

[593] Korporatif esas sözleşme hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, II, F, 3, a.

[594] Alman hukukunda bkz. Florian Braunfels, **Aktienrecht und Kapitalmarktrecht**, Ed. Thomas Heidel, 5. bs., Baden-Baden, Nomos, 2020, §23 Rn. 8. İsviçre hukukunda bkz. Alfred Wieland, "Haben statutarische Vorkaufsrechte an Aktien obligatorische oder aktienrechtliche (dingliche) Wirkung?", **Schweizerische Aktiengesellschaft**, C: XXVII, 1954/55, s. 153; Forstmoser, **Schnittstelle**, s. 376; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §39 N. 159.

[595] Bu yönde bkz Kunz, **a.g.m.**, s. 57.

tanınmasının gerektiği sorusuna, ekonomik analiz yardımıyla cevap aranması mümkün hale gelmektedir. Başka bir anlatımla, anonim şirketler hukukunda esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarını çizmek ile şirketler hukukunun aynî temellerini belirleyen kuralları araştırmak aynı anlama gelmektedir.

İktisadi şirket teorilerinin ulaştığı son aşama, şirketler hukukunun "aynî temel" (*proprietary foundation*) ve "sözleşmesel üstyapı"dan (*contractual superstructure*) oluştuğunu ortaya koymaktadır. Şirketler hukukuna yönelik çift katmanlı bu anlayış, kanımca mülkiyet teorisi ile sözleşme teorisini; ayrıca ekonomik ve hukuki analizin bağdaştırılması anlamına gelmektedir. Anonim ortaklığın barındırdığı sözleşmesel ilişkilerin yanında, sözleşme dışı bir organizasyon ve kurumsal bir yapı olması da, anılan teorilerden bir arada yararlanılması gerektiği görüşünü desteklemektedir[596]. Bu nedenle esas sözleşme özgürlüğü sorununa yönelik araştırmanın, sözleşme ve mülkiyet teorilerinin birikiminden faydalanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

[596] Esas sözleşme özgürlüğünün incelenmesi bağlamında mevcut şirket teorilerinden yalnızca birisinin tercih edilmesinin zorunlu olmadığını vurgulamak gerekir. Zira belirli bir şirket teorisi doğru veya yanlış olmayıp, ilgili teorinin geçerliliği ikna ediciliğine bağlıdır. Bu nedenle esas sözleşme özgürlüğü sorununun, sözleşme ve mülkiyet teorilerini bağdaştıran bir yaklaşımla ele alınması gerektiği kanısındayım.

İKİNCİ BÖLÜM
ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE ESAS SÖZLEŞME

I. Anonim Ortaklık Düzeni ve Sözleşme Özgürlüğü

A. Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sözleşme Özgürlüğüne İlişkin Temel Kavramlar

Anonim ortaklıklar hukukunda esas sözleşme özgürlüğünü ve bunun sınırlarını incelemeye geçmeden önce, sorunun merkezinde yer alan bazı temel kavramları açıklamak gerekir. Bunların başında, çalışmanın ilk bölümünde özel hukuk bağlamında ele alınmış olan sözleşme özgürlüğünün anonim ortaklıklar hukukunda taşıdığı anlam gelmektedir. Anonim ortaklıklar hukukunda sözleşme özgürlüğü; pay sahiplerinin, anonim ortaklığın kanunda öngörülen yapısını ve ortaklık bünyesindeki hukuki ilişkilerini, hukuk düzeninin izin verdiği sınırlar içinde serbestçe düzenleme imkânı olarak tanımlanabilir[1]. Pay sahipleri, böylelikle kendilerine tanınmış olan serbesti ölçüsünde anonim ortaklığı kanuni modelden uzaklaştırabilmekte; ortaklık düzenini kendi istekleri ve ihtiyaçları doğrultusunda kişiselleştirebilmektedirler. Pekâlâ bu yetkinin hukuk düzeninin sınırları içinde gerçekleştirilecek hukuki işlemler aracılığıyla kullanılması gerekir.

Bu noktada "anonim ortaklık düzeni" kavramını açıklığa kavuşturmakta fayda vardır. Anonim ortaklık düzeni, ortaklığın organizasyonel yapısının ve ortaklık bünyesindeki ilişkilerin tabi olduğu hukuki rejimi ifade eder[2]. Anonim ortaklıkların tabi olduğu nesnel hukuk normları ve bu çerçevede kurulan ortaklıklar hukukuna özgü hukuki işlemler, ortaklık düzeni ile anonim ortaklıklar hukukunun iç ve dış kaynaklarını oluşturur. Ortaklığın tabi olduğu düzen, esas alınan kuralların kaynağına göre "anonim ortaklık kanuni düzeni", "ortaklık içi düzen", "esas

---

[1] Benzer bir tanım için bkz. Koller, **a.g.e.**, s. 113. Anonim ortaklıklarda sözleşme özgürlüğünü tanımlarken konu bakımından ortaklık içi ilişkileri ve hukuki araç olarak da esas sözleşmeyi temel alan daha dar bir tanım için bkz. Karasu, **a.g.e.**, s. 29.

[2] Kavram için bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 8; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 43; Sinan Yüksel, "Paysahipleri Sözleşmeleri", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003, s. 36; Altay, **a.g.e.**, s. 165, 264.

sözleşme düzeni" veya "iç yönerge düzeni" gibi farklı şekillerde anılabilir[3]. Açıklamaların devamında, öncelikle anonim ortaklıklar hukukunda sözleşme özgürlüğünün sınırlarını çizen kanuni düzen; ardından ortaklıklar hukukuna özgü hukuki işlemler yoluyla oluşturulan ortaklık içi düzen ve bu düzeni tamamlayan sözleşmesel düzen ele alınmıştır.

Başta TK olmak üzere, anonim ortaklıklara uygulanan objektif hukuk normlarının meydana getirdiği düzen, "anonim ortaklık kanuni düzeni" olarak anılmaktadır[4]. Ortaklığın tabi olduğu objektif hukuk normları hem emredici, hem de yedek hukuk kurallarını kapsar. Zira geçerli bir esas sözleşme hükmüyle veya genel kurul kararıyla aksine bir düzenleme yapılmamışsa, ilgili yedek hukuk kuralı uygulama alanı bulur.

Ortaklığın kanuni düzenini oluşturan normların tespitinde başlangıç noktası olarak, ticaret ortaklıkları açısından uygulanacak kanun hükümlerini ve bunlar arasındaki hiyerarşiyi gösteren TK m. 126 esas alınmalıdır. Maddede yer alan *"[h]er şirket türüne özgü hükümler"* ifadesi kapsamında, öncelikle TK'nın ikinci kitabının "*Anonim Şirket*" başlıklı dördüncü kısmında yer alan hükümler (TK m. 329-561) ve anonim ortaklıklara uygulanan diğer TK hükümleri (örn. TK m. 39/2, 43, 64, 562, 1521 vd.) anılmalıdır. Öte yandan anonim ortaklıklara özgü hükümler, "Kanun" veya "TK" terimleriyle sınırlandırılmadığından SerPK, BankK, FKK gibi anonim

---

[3] "Anonim ortaklık kanuni düzeni" kavramı için bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 9. "Ortaklığın iç düzeni" kavramı için bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 8. Esas sözleşmede ve iç yönergede yer alan düzenlemelere ayrı ayrı işaret etmek amacıyla, sırasıyla, "esas sözleşmesel düzen" (*statutarische Ordnung, Satzungsrecht*) ve "iç yönerge düzeni" (*reglementarische Ordnung*) terimleri kullanılırken; bunların bir arada oluşturdukları iç düzen, "tüzel kişilik düzeni" (*körperschaftlicher Ordnung*), "ortaklık içi düzen" (*innergesellschaftliche Ordnung*) veya "anonim ortaklık düzeni" (*aktienrechtliche Ordnung*) olarak anılmaktadır [Otto Gierke, **Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtssprechung**, Berlin, Wiedmannsche Buchhandlung, 1887, s. 154; Peider Mengiardi, "Statutarische Auflösungsgründe im Recht der Aktiengesellschaft (Art 736, Ziff. 1 OR)", **Lebendiges Aktienrecht: Festgabe zum 70. Geburtstag von Wolfhart Friedrich Bürgi**, Ed. Max Boemle et. al, Zürich, Schultess Verlag, 1971, s. 266; Fritz Bartlomé, **Die Statuten der Aktiengesellschaft (Statutenentwurf, Statuten und Statutenänderung)**, Bern, Verlag Paul Haupt, 1949, s. 42; Forstmoser, **Schnittstelle**, s. 376-377; Altay, **a.g.e.**, s. 185]. Bu çalışmada "anonim ortaklık düzeni" kavramı, anonim ortaklıklar hukukuna özgü hukuki işlemler (esas sözleşme, iç yönerge, genel kurul kararları vb.) yanında, anonim ortaklığa uygulanan objektif hukuk kurallarının ortaya koyduğu hukuki rejime işaret edecek şekilde kullanılmıştır.

[4] Anonim ortaklık düzeninin "dış yürürlük kaynakları" olarak isimlendirmekle beraber, kapsam açısından aynı yönde bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 8. Ayrıca bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 9, 43.

ortaklıkların tabi olduğu özel kanunları[5] ve kanun hükümlerine aykırı olmayan ikincil düzenlemeleri[6] de bu kapsamda değerlendirmek mümkündür. Yine TK m. 126 uyarınca, Kanun'un ticaret ortaklıklarına ilişkin genel hükümleri (TK m. 124-210), MK'nın tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri (MK m. 47-55) ve adi ortaklıklara ilişkin hükümler (BK m. 620-645) ortaklığın kanuni düzeninin unsurları arasındadır. Yukarıda anılan ticaret ortaklıklarına özgü hükümlere ek olarak, TK m. 1/2 ile MK m. 1 ve 5 hükümleri uyarınca, diğer ticari hükümler, ticari örf ve adet kuralları, genel hükümler, genel örf ve adet kuralları ile hakim tarafından yaratılan hukuk kuralları, ortaklığın kanuni düzeninin alt basamakları arasında yer alır[7].

Ortaklığın kanuni düzenini tamamlamak, değiştirmek yahut bertaraf etmek üzere, ortaklık bünyesinde çeşitli hukuki işlemlere başvurulabilmektedir. İşte anonim ortaklıklar hukukunun sınırları içinde tanzim edilen esas sözleşme, iç yönerge ve

---

[5] TK m. 330 uyarınca, "*[ö]zel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır*". Dolayısıyla SerPK, BankK gibi özel kanunlara tabi anonim ortaklıklar, öncelikle ilgili kanunda yer alan özel hükümlere tabidirler. TK m. 330'un, TK m. 340 c. 2'de yer alan "*[d]iğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar*" ifadesiyle ilişkisi hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, A, 2, E, (2), iii.

[6] TK m. 210/1 uyarınca, "*Gümrük ve Ticaret Bakanlığı [Ticaret Bakanlığı] bu Kanunun ticaret şirketlerine ilişkin hükümlerinin uygulamasıyla ilgili tebliğler yayımlamaya yetkilidir. Ticaret sicili müdürlükleri ve şirketler bu tebliğlere uyarlar*". TK'nın TBMM tarafından kabul edilen ve 14.02.2011 tarihli RG'de yayımlanan metninde geçen "*Sanayi ve Ticaret Bakanlığı*" ifadesi, ilgili bakanlığın adındaki değişikliği yansıtmak amacıyla, 26.06.2012 tarihli ve 6335 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle "*Gümrük ve Ticaret Bakanlığı*" olarak değiştirilmiştir. Ancak 703 sayılı KHK'nın 29. maddesinin 09.07.2018 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, 640 sayılı Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'nın adı değiştirilmiş; 39. ve 40/A maddeleri haricindeki bütün maddeler ilga edilmiş; KHK'da geçen "*Bakanlık*" ifadesi, "*Ticaret Bakanlığı*" olarak değiştirilmiştir. Buna paralel olarak 10.07.2018 tarihinde yayımlanıp yürürlüğe giren 1 sayılı CBK'nın 441. ilâ 473. maddeleri arasında Ticaret Bakanlığının teşkilat yapısı, görevleri ve yetkileri düzenlenmiştir. Söz konusu değişiklik henüz TK'ya yansıtılmamış olup, ilgili maddelerde yer alan "*Gümrük ve Ticaret Bakanlığı*" ifadesinin "*Ticaret Bakanlığı*" olarak anlaşılması gerekmektedir. Belirtilmelidir ki TSYön'de değişiklik yapan 1819 sayılı Cumhurbaşkanlığı Yönetmeliği (12.12.2019 t. ve 30976 sayılı RG) ve GK Yön'de değişiklik yapan Ticaret Bakanlığı yönetmeliği (09.09.2020 t. ve 31269 sayılı RG), Bakanlığın adına dair gerekli değişikliği TSYön'ün ve GK 'Yönetmeliği'nin ilgili maddelerine yansıtmıştır.

Ayrıca TK m. 210/2'yle, diğer bakanlıkların ve kurumların, kendilerine kanunla tanınan yetkinin sınırları içinde kalmak şartıyla ve öngörülen amaç, konu ve şekle tabi olarak, şirketlere ilişkin düzenleme yapabilecekleri öngörülmüştür. Bu nedenle ikincil mevzuat hükümleri, yalnızca Ticaret Bakanlığının değil, diğer kurumların anonim ortaklıklara uygulanan düzenlemelerini de kapsar. TK m. 210/2 ile TK m. 330 c. son ve İzin Tebliği'nin 6/1-(b) ve 6/2-(c) hükümleri arasındaki çelişki hakkındaki açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, II, A, 2, d.

[7] Ticaret ortaklıklarına uygulanacak normların sırası hakkında bkz. Karayalçın, **a.g.e.**, s. 196.

genel kurul kararı gibi ortaklıksal[8] nitelikteki hukuki işlemlerde yer alan hükümler "ortaklık içi düzeni" oluşturur. Anonim ortaklık bağlamında irade özerkliğine işlerlik kazandırmaya yarayan en önemli hukuki araç ise esas sözleşmedir[9]. Nitekim ortaklığın örgütsel yapısına ve ortaklık bünyesindeki hukuki ilişkilere dair kuralların çoğunluğu esas sözleşmede düzenlenir. Pay sahipleri kendilerinin, diğer şirket ilgililerinin (örn. yönetim kurulu üyeleri, intifa senedi sahipleri, değiştirme veya alım hakkı veren borçlanma aracı sahipleri) ve ortaklık tüzel kişiliğinin uymak zorunda oldukları kuralları esas sözleşme aracılığıyla öngörebilirler.

Buraya kadar açıklanan temel kavramlar çerçevesinde, çalışmanın konusunu teşkil eden "esas sözleşme özgürlüğü"nü; pay sahiplerinin, anonim ortaklık düzenini esas sözleşme yoluyla şekillendirme serbestisi olarak tanımlamak mümkündür. O halde ortaklık düzeninin hukuki kaynağı olarak esas sözleşmenin temel alınması durumunda "esas sözleşme düzeni"nden söz edilmelidir[10].

Ortaklığın şekillendirilmesinde en önemli enstrüman esas sözleşme olmakla birlikte, anonim ortaklıklar hukuku çerçevesinde farklı araçlara başvurulması da mümkündür. Bunlar arasında iç yönergeler, genel kurul ve yönetim kurulu kararları, organ niteliğinde ve sürekli olmayan kurulların[11] kararları, azınlık kararları[12] ve

---

[8] Çalışmanın devamında "ortaklıklar hukukuna özgü" anlamına gelmek üzere "ortaklıksal" ve "korporatif" kavramları kullanılmıştır.

[9] Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §7 N. 2.

[10] Kanun koyucu da TK m. 480'in gerekçesinde "esas sözleşme düzeni" kavramını kullanmıştır.

[11] İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulu (TK m. 454) ve katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu (Pay Tebliği VII-128.1 m. 39) bu tür kurullardandır. eTK döneminde mevcut olan, anonim ortaklığın tedricî usulde kuruluşunda ortaklığa iştirak taahhüdünde bulunanların oluşturdukları kuruluş genel kurulu (eTK m. 289-298), ortaklığın ihraç ettiği tahvillerin sahiplerinden oluşan tahvil sahipleri kurulu (eTK m. 429-432) ve intifa senedi sahiplerinin oluşturduğu intifa senedi sahipleri kurulu (eTK m. 402/3) TK'da düzenlenmemiştir. Tasarı'nın gerekçesinde intifa senedi sahipleri ve tahvil sahipleri kurullarına dair hükümlerin TK'ya alınmamış olmasına dair bir açıklamaya yer verilmediği gibi, intifa senetlerini düzenleyen TK m. 502'nin gerekçesinde, hükmün, eskisinin tekrarı olduğu belirtilmiştir. Söz konusu değişikliklerin bilinçli bir tercih olmayabileceği; öte yandan intifa senetlerine tanınan hakların sınırlandırılabilmesi için artık her bir intifa senedi sahibinin onayına başvurulması gerekeceği yönünde bkz. Abuzer Kendigelen, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısında İntifa Senetleri", **BATİDER**, C: XXV, No: 2, 2009, s. 69. 20.02.2020 t. 7222 sayılı Kanun'la SerPK'ya eklenen 31/A maddesinde borçlanma aracı sahipleri kuruluna ilişkin düzenleme öngörülmüş; 11.09.2020 tarihinde ise II-31/A.1 sayılı "Borçlanma Aracı Sahipleri Kurulu Tebliği" yürürlüğe girmiştir.

[12] Kavram, diğer azınlık haklarından farklı olarak, mahkemenin veya bir ortaklık organının takdirine bağlı olmayan, şirketi ve tüm pay sahiplerini bağlayıcı nitelikteki azınlık kararlarını (bkz. TK m. 420, 486/3, 559) içerir. Buradan hareketle, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun ve azınlık

menkul kıymet ihracı[13] sayılabilir. Örneğin iç yönergelerle yönetim kurulunun yönetim yetkilerinin paylaşılmasına veya devrine (TK m. 367/1), temsil yetkilerinin sınırlandırılmasına (TK m. 371/7) yahut genel kurul toplantılarının esas ve usullerine (TK m. 409/2) ilişkin kurallar öngörülebilmekte; genel kurul kararlarıyla yönetim kurulu üyeleri seçilebilmekte (TK m. 359), şirketin sermayesi azaltılabilmekte (TK m. 473); yönetim kurulu kararlarıyla -kayıtlı sermaye tavanına kadar- ortaklığın sermayesi artırılabilmekte (TK m. 460/1), sermaye taahhüdünü ifa etmeyen pay sahiplerinin payları ıskat edilebilmekte (TK m. 482/2); imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun ve katılma intifa senedi sahipleri özel kurulunun kararlarıyla, anılan menfaat sahiplerinin haklarını ihlal eden bazı esas sözleşme değişikliklerinin önüne geçilebilmekte; azınlığın kararıyla, şirketin kuruluşundan ve sermaye artırımından sorumlu olanların ibra edilmesi engellenebilmekte (TK m. 559); nama veya hamiline yazılı pay senetlerinin bastırılmasıyla, payların devir usulü değiştirilebilmekte; bastırılan pay senetlerinin arkasına ikincil yükümlülüklerin nitelik ve kapsamları yazılabilmekte (TK m. 480/4); intifa senedi ihraç edilmesiyle, TK m. 349 ve 502'de sayılan kişilere pay sahipliği hakkı vermeyen, ancak net kâra veya tasfiye bakiyesine katılma yahut rüçhan hakkı sağlanabilmektedir.

Yukarıda sayılan ortaklıksal nitelikteki hukuki işlemlere ek olarak, pay sahiplerinin kendi aralarında akdedecekleri borçlar hukuku sözleşmeleriyle[14] anonim ortaklık bünyesindeki haklarını ne şekilde kullanacaklarına dair birbirlerine karşı

---

kararlarının, genel kurul kararı niteliğinde olduğu yönünde bkz. Erdoğan Moroğlu, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 19-20. İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun ve azınlık kararlarının genel kurul kararı niteliğini haiz olduğunun kabulü, yalnızca bunların genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin davalara konu olabilmesiyle sınırlı şekilde kabul edilebileceği kanaatindeyim.

[13] Anonim ortaklığın ihraç edebileceği menkul kıymetler arasında paylar, pay benzeri kıymetler, intifa senetleri, borçlanma araçları ve depo sertifikaları bulunmaktadır. Depo sertifikaları paya ilişkin olabileceği gibi, menkul kıymetleştirilmiş varlık (örn. gayrimenkul sertifikası) ve gelirlere (örn. kira sertifikası) ilişkin de olabilir. Bkz. SerPK m. 3/1-(o).

[14] Burada özellikle pay sahipleri sözleşmesi, joint venture sözleşmesi ve oy sözleşmesi gibi, nitelik itibarıyla borçlar hukuku alanında kalan, ancak konusu bakımından anonim ortaklık üzerindeki kontrol gücünün paylaşımını esas alan sözleşmeler kastedilmektedir. Çalışmanın devamında, ilgili sözleşmeleri her defasında sıralamamak adına, bu sözleşmeler genel olarak "pay sahipleri sözleşmeleri" olarak anılmıştır. Pay sahipleri sözleşmelerinin özellikleri ve hukuki niteliği hakkında birçoğu yerine bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 73-82; Olivier Bloch, **Les Conventions d'Actionnaires et le Droit de la Société Anonyme en Droit Suisse: avec un apercu du droit boursier**, 2. bs., Zürich, Schulthess, 2001, s. 12-56; Forstmoser, Küchler, **a.g.e.**, s. 5-203.

çeşitli taahhütler altına girmeleri de mümkündür. Esasında anonim ortaklıklar hukukunda sözleşme özgürlüğünün borçlar hukukuna nazaran oldukça sınırlı olması nedeniyle, pay sahipleri sözleşmelerine sıklıkla başvurulmaktadır. Gerçekten ortaklığın yapısının, pay sahiplerinin iradeleri doğrultusunda şekillendirilmesine olanak veren esas sözleşme ve genel kurul kararları gibi ortaklıksal işlemler, emredici hükümlerle ve anonim ortaklığa hakim ilkelerle çevrelenmiş durumdadır. Üstelik emredici hükümler ilkesinin (TK m. 340) yürürlüğe girmesiyle, anonim ortaklığı kanuni modelden uzaklaştırmaya yarayan esas sözleşmeye tahsis edilen serbesti daha da daraltılmıştır.

Pay sahiplerinin ortaklıksal hukuki işlemlerde yer vermeleri mümkün olmayan pay alım-satım opsiyonları veya oy sözleşmeleri gibi mekanizmalar, sözleşme serbestisi çerçevesinde pay sahipleri sözleşmelerinde öngörülebilmektedir. Böylelikle anonim ortaklık düzeninin, "sözleşmesel düzen" tarafından tamamlanabildiği, düzeltilebildiği, hatta kimi zaman ikame edilebildiği belirtilmektedir [15]. Nitekim öğretide, pay sahipleri sözleşmeleri "*gölge esas sözleşmeye*" (*Schattensatzung*) benzetilerek, esas sözleşme düzeniyle bir arada varlığını sürdürdüğü vurgulanmıştır[16]. Kanun koyucu da TK'nın 480. maddesinin gerekçesinde, borçlar hukuku sözleşmelerinin anonim ortaklık düzeni üzerindeki etkilerine dikkat çekerek, pay sahipleri sözleşmelerinin esas sözleşme düzenini kimi zaman bertaraf eden bir "*yan düzen*"[17] oluşturduğunu açıkça dile getirmiştir.

Öte yandan ortaklıksal bir hukuki işlem olmaması ve ortaklığın dışında akdedilmesi, pay sahipleri sözleşmelerini hukuki nitelik itibariyle borçlar hukuku sahasına hapseder[18]. Bu nedenle pay sahipleri sözleşmelerinin, hüküm ve sonuçlarını

---

[15] Forstmoser, **Schnittstelle**, s. 376; Theodor Lang, **Die Durchsetzung des Aktionärbindungverträgs**, Zürich/Basel/Genf, Schultess Verlag, 2003, s. 5. Ayrıca bkz. TK m. 480'in gerekçesi.

[16] Noack, **a.g.e.**, s. 34.

[17] Kavram Alman hukukunda öğretide sıklıkla kullanılmaktadır. Birçoğu yerine bkz. Harm Peter Westermann, "Das Verhältnis von Satzung und Nebenordnungen in der Kapitalgesellschaft", **Heidelberger Forum Band 90,** Ed. Peter Hommelhoff, Heinz Rowedder, Peter Ulmer, Heidelberg C.F. Müller, 1994, s. 27-29; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 107.

[18] Münferit kanun hükümlerinde veya ikincil düzenlemelerde pay sahipleri sözleşmelerinin veya oy sözleşmelerinin ortaklık üzerindeki etkilerinin tanınmış ve bu duruma sonuç bağlanmış olduğu görülmektedir. Örn. TK m. 155/1-(b), 195/1-(a).3, 195/1-(b); SerPK m. 26/2; Özel Durumlar

borçlar hukuku sahasında doğurduğu kabul edilir[19]. Gerçekten pay sahipleri sözleşmelerinin ihlali halinde ortaklıklar hukukuna özgü yaptırımlardan faydalanmak mümkün değildir[20]. Örneğin, genel kurul toplantısında pay sahibinin oy hakkını sözleşmede taahhüt ettiği yönde kullanmamış olması sebebiyle, ilgili kararın hükümsüzlüğü veya şirkete mali kaynak sağlama taahhüdünün ihlali nedeniyle pay sahibinin paylarının ıskatı talep edilemez. Zira pay sahipliği haklarının ortaklık organları aracılığıyla kullanılması gereken durumlarda, söz konusu talep, ortaklık organlarına müdahale edilmesi anlamına gelebilir[21]. Üstelik pay sahipleri sözleşmelerinde yer alan bazı taahhütlerin aynen ifasını ve icrasını sağlamak hukuken imkânsız ya da pratik açıdan sorunlu olabilir[22]. Açıklanan nedenlerle pay sahipleri sözleşmelerinin yaptırım gücü yönünden, esas sözleşmeye göre zayıf olduğu söylenebilir.

Ayrıca sözleşmelerin nispiliği prensibi uyarınca, pay sahipleri sözleşmeleri yalnızca kendisine taraf olan kişiler üzerinde bağlayıcı etkiyi haiz olabilir[23].

Tebliği m. 4/1-(c) ve (k), 13/1-(a) ve (b); Payları Borsada İşlem Görmeyen Ortaklıklara İlişkin Özel Durumlar Tebliği m. 4/1-(a), 5/1-(a); Kurumsal Yönetim Tebliği m. 6/1; Pay Alım Teklifi Tebliği m. 4/1-(c), 11/2, 14/1-(b), 14/1-(d); Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği m. 3/1-(a); Vekaleten Oy Kullanılması ve Çağrı Yoluyla Vekalet Toplanması Tebliği m. 1: "*Bu Tebliğin amacı ... oy sözleşmesi yapılmasına ilişkin ilke ve esasları düzenlemektir*". Ayrıca bkz. RKHK m. 7/1; Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ m. 5/1-(b), 5/2; Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz, b.a.; Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, b.a.. Karş. Peter Nobel, "Börsengesellschaftsrecht?", **Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz zum 70. Geburtstag von Rolf Bär**, Ed. Rolan von Büren, Bern, Stämpfli Verlag, 1998, s. 305. Yazar söz konusu kuralların, ortaklık düzeni ile ortaklar arası düzen arasındaki ayrılığı kaldırdığını ileri sürmüştür. Ancak bu durum, borçlar hukuku sözleşmelerine ortaklıksal bir nitelik kazandırıldığı anlamına gelmez.

19 Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §39 N. 159; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 277.

20 Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §39 N. 159-161; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 279, 343.

21 Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 292-293.

22 Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §39 N. 195. Oy sözleşmelerinin aynen ifası bağlamında yaşanan sorunlar ve tartışma hakkında bkz. Erdoğan Moroğlu, **Oy Sözleşmeleri**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 116-124; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/II**, N. 1003a; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 349-386. İsviçre hukukunda bkz. Bloch, **a.g.e.**, s. 85-107.

23 Monika Hintz-Bühler, **Aktionärbindungsverträge**, Bern, Stämpfli Verlag, 2001, s. 61; Lang, **a.g.e.**, s. 8; Peter Forstmoser, "Aktionärbindungsverträge", **Innominatverträge: Festgabe zum 60 Geburtstag von Walter R. Schluep**, Ed. Peter Forstmoser, Pierre Tercier, Roger Zäch, Zürich, Schultess Verlag, 1988, s. 366; Hans Glattfelder, "Die Aktionärbindungs-Verträge", **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, C: LXXVIII, 1959, s. 299a; Böckli, **a.g.e.**, §12 N. 578; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 277.

Sözleşmenin akdedilmesiden sonra pay iktisap ederek ortaklığa katılanlar ise kendiliğinden bu sözleşmeyle bağlı olmazlar[24]. Benzer şekilde anonim ortaklığın veya yönetim kurulu üyelerinin de pay sahipleri sözleşmesiyle bağlı olmaları için sözleşmeye ayrıca taraf olmaları gerekir[25]. Söz konusu sözleşmelerin ortaklığı bağlamaması veya sözleşmeyle bağlanma iradesinin kendiliğinden ortaklığa atfedilmemesi pay sahiplerinden ayrı tüzel kişiliğin doğal bir sonucudur[26]. Zira tüzel kişiliği haiz kişi topluluklarının, kendisini oluşturan kişilerden ayrı bir hukuk süjesi olması nedeniyle bağımsız iradesi bulunur. Görüldüğü üzere pay sahiplerinin kendi aralarında akdettikleri sözleşmelerde öngörülen hükümler, anonim ortaklığa, yönetim kurulu üyelerine veya sözleşmenin kurulmasından sonra ortaklığa katılanlara karşı ileri sürülememektedir. O halde pay sahipleri sözleşmelerinin, yaptırım gücü zayıflığına ek olarak, ileri sürülebileceği çevre açısından da esas sözleşmeye göre güçsüz bir konumda olduğu söylenebilir.

Ne var ki taraflar arasındaki sözleşmesel düzen, ortaklık içi düzeni oluşturan esas sözleşme, iç yönerge ve genel kurul kararları gibi ortaklıksal nitelikteki hukuki işlemlerle bir arada varlığını sürdürmektedir. Üstelik pay sahipleri sözleşmelerinin, konusu ve sonuçları itibarıyla ortaklık düzenine fiilen yahut dolaylı olarak etki edebilmeleri mümkündür[27]. Nitekim pay sahipleri, ortaklık nezdinde sahip oldukları

---

[24] Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §39 N. 158; Glattfelder, **a.g.m.**, s. 301a; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 280 ve dn. 10'da anılan eserler.

[25] Kunz, **a.g.m.**, s. 57. Anılan kişilerin pay sahipleri sözleşmelerine geçerli bir şekilde taraf olup olamayacakları, yahut hangi hükümlerin bu kişileri bağlayacağı ise tartışmalı bir husus olup, bu çalışmanın kapsamının dışındadır. Sorun hakkındaki tartışma için bkz. Max Meyer, "Der Aktionärbindungsvertrag als Instrument der juristischen Praxis", **Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins**, C: CXXXVI, 2000, s. 421; Alfred Stirnemann, "Die Vertragsparteien des Aktionärbindungsvertrages: zum Beitrag von Dr. Max Meyer in ZBJV 136, S. 421 ff.", **Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins**, C: CXXXVI, 2000, s. 585-586; Pascal Pichonnaz, Ercument Erdem, Tannaz Esmailzadeh Jourabchi, Ali Dural, "La Force Contraignante des Conventions d'Actionnaires: Quelques acpects de droits suisse et turc", **Schweizerische Juristen-Zeitung**, C: CII, No: 22, 2006, s. 508-513; Böckli, **a.g.e.**, §12 N. 578; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 139-149 ve 312-315.

[26] Öğretide, anonim ortaklık tüzel kişiliğinin, pay sahiplerinin iradesinden ve malvarlığından bağımsızlığını ifade etmek üzere "ayrılık ilkesi" (*Trennungsprinzip*) kavramı kullanılmaktadır. Ayrılık ilkesi ve sonuçları hakkında bkz. Wiedemann, **GesR**, s. 198; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §62 N. 39; Yanlı, **a.g.e.**, s. 10-12; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 43-44; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 69-83 ve dn. 301-304'te anılan eserler. Ayrılık ilkesi ortaklıklar hukukuna özgü bir kavram olmayıp, tüzel kişiliği bulunan bütün kişi toplulukları bakımından -farklı yoğunluklarda- geçerlidir.

[27] Forstmoser, **Schnittstelle**, s. 376; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 44-45.

kontrol yetkilerini, pay sahipleri sözleşmelerinde üstlendikleri taahhütlere uygun şekilde kullanma yükümlülüğü altına girerler. Bu bağlamda pay sahipleri sözleşmesinin, esasında ortaklık düzeninin merkezinde yer alabildiği; böylelikle hukuken ayrı alanlara ait iki düzenin, gerçekte birbiri içine geçtiği tespit edilmektedir[28]. O halde anonim ortaklık düzeni ile sözleşmesel düzen arasındaki hukuki nitelik farkına rağmen, bunların ekonomik anlamda bütünlük arz eden tek bir düzenin parçaları olduğu; hatta yakından incelendiğinde, aralarında hukuki anlamda dahi yoğun bir bağlantı olduğu anlaşılmaktadır[29].

İki düzen arasındaki bu yakın ilişkiyi tarif etmek amacıyla, öğretide, sözleşmesel düzen "*ayın görünmeyen yüzüne*" benzetilmiş; ayın gerçek şeklinin yalnızca esas sözleşmeye bakılarak fark edilmesinin mümkün olmadığı dile getirilmiştir [30] . Nitekim anonim ortaklığın hukuki rejiminin belirlenmesinde sözleşmesel düzenin göz ardı edilemeyeceğinden hareketle, pay sahipleri sözleşmelerinin artık "geniş anlamda ortaklık düzeni" veya "külli düzen" (*Gesamtordnung*) gibi kavramlar içinde mütalaa edildiği görülmektedir[31].

Anonim ortaklık düzeni ile sözleşmesel düzen arasındaki etkileşim, doğurduğu önemli kuramsal ve pratik sorunlara bağlı olarak, ortaklıklar hukukunun neredeyse yarım asırdır güncelliğini koruyan temel meselelerinden biri olmuştur[32].

---

[28] Westermann, **Nebenordnungen**, s. 36-42; Wolfgang Zöllner, "Wechselwirkungen zwischen Satzung und schuldrechtlichen Gesellschaftervereinbarungen ohne Satzungscharakter", **Gesellschaftsrecht 1995**, Ed. Hartwig Henze, Wolfram Timm, Harm Peter Westermann, Köln, RWS Verlag, 1996, s. 97; Fleischer, Mock, **a.g.m.**, s. 168. *Okutan Nilsson*, sözleşmesel ve ortaklıksal düzenlemelerin birbiri içine geçebilmesine bağlı olarak, geniş anlamda ortaklık düzeninin varlığının kabulüne karşılık, bu durumun, iki düzenin aynı etkileri doğurduğu anlamına gelmeyeceğini; ancak borçlar hukuku-ortaklıklar hukuku ayrımının adil olmayan sonuçlar doğurduğu noktalara ışık tuttuğunu vurgulamıştır (Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 47).

[29] Forstmoser, **Schnittstelle**, s. 377, 386; Forstmoser, **FS Schluep**, s. 368; Glattfelder, **a.g.m.**, s. 239a; Hintz-Bühler, **a.g.e.**, s.15; Lang, **a.g.e.**, s. 4. Alman Federal Mahkemesi'nin limited ortaklıkta (*GmbH*) bütün pay sahiplerinin taraf olduğu sözleşmeyi ihlal eden genel kurul kararının iptaline karar vermiş olması, sözleşmesel düzen ve ortaklık düzeni arasındaki hukuki etkileşime örnek olarak gösterilebilir. Karar hakkında bkz. dn. 509 ve bağlı metin.

[30] Forstmoser, Küchler, **a.g.e.**, s. 369; Forstmoser, **Schnittstelle**, s. 386.

[31] İsviçre hukukunda birçoğu yerine bkz. Forstmoser, **FS Schluep**, s. 369; Forstmoser, **Schnittstelle**, s. 386. Alman hukukunda bkz. Noack, **a.g.e.**, s. 101-118; Zöllner, **a.g.m.**, s. 95-101; Westermann, **Nebenordnungen**, s. 32-36; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23, Rn. 310; Kuntz, **a.g.e.**, s. 318. Türk hukukunda bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 44-47.

[32] Ünal Tekinalp, "Önsöz - İlkelerde Farklı Yorumla Açılım", **Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri**, Gül Okutan Nilsson, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı, 2004, s. V-VI.

Bu bağlamda ileri sürülecek savların ve çözüm önerilerinin, anonim ortaklık düzeninin tekliği-ikiliği tartışmasında benimsenecek yaklaşımla tutarlı olması gerekir. Dolayısıyla etkileşim sorununun merkezinde söz konusu tartışma bulunmaktadır. Ancak bu aşamada, inceleme açısından önem arz eden bazı kavramların tanıtılmasıyla ve bunların birbirleriyle ilişkilerinin açıklanmasıyla yetinilmiş olup, teklik-ikilik tartışmasına dair değelendirmeler çalışmanın devamında detaylı olarak açıklanmıştır[33].

B. Esas Sözleşme Özgürlüğünün Normatif Dayanakları

Sözleşme özgürlüğü ilkesi bireylerin özel hukuk ilişkilerini hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları sözleşmelerle bizzat düzenleme yetkisi olup, her türlü hukuki işlem bakımından geçerlidir[34]. Esas sözleşme, pay sahiplerinin anonim ortaklık bünyesindeki hukuki ilişkilerini bizzat düzenlemelerine imkân sağlayan bir hukuki işlem olduğuna göre, esas sözleşme serbestisi sözleşme özgürlüğü ilkesine dayanır[35]. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğü ilkesinin normatif dayanakları hakkındaki açıklamalar büyük ölçüde anonim ortaklık esas sözleşmesi için de geçerlidir.

Bu bakımdan yapılması gereken ilk tespit, anonim ortaklığı kuran ve ortaklığın faaliyeti boyunca tabi olacağı düzeni belirleyen esas sözleşmeyi düzenleme serbestisinin, anayasal sözleşme ve girişim özgürlüklerinin (AY m. 48) kapsamında olduğudur. Ayrıca esas sözleşme özgürlüğünün yine Anayasa'da düzenlenen kişiliğin geliştirilmesi hakkı (AY m. 17) ile devletin söz konusu hakkın sağlanmasına ve muhafazasına yönelik ödevleri (AY m. 5) kapsamında da dolaylı olarak korunduğu söylenebilir. Görüldüğü üzere esas sözleşme özgürlüğü, borçlar hukuku sözleşmelerinde olduğu gibi, anayasal koruma altındadır. Söz konusu

---

33 Bkz. İkinci Bölüm, II, F, 3, d.

34 Sözleşme özgürlüğü ilkesi hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Birinci Bölüm, I, A, 2.

35 David Hüppi, **Die Methode zur Auslegung von Statuten**, Zürich, Schulthess Verlag, 1971, s. 2; Fritz von Steiger, **Le Droit des Sociétés Anonymes en Suisse**, Çev. Jacques Cosandey, Pierre Subilia, Lausanne, Payot, 1973, s. 41; Kunz, **a.g.m.**, s. 57; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 10. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, tek taraflı hukuki işlemler dâhil olmak üzere her türlü hukuki işlem bakımından geçerli olduğu için tek kişilik anonim ortaklıkların esas sözleşmesi de sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamındadır. Bu konuyla yakından ilişkili olan "tüzel kişi özerkliği" (*Verbandsautonomie*) ve "esas sözleşme özerkliği" (*Satzungsautonomie*) kavramları hakkında, sırayla, bkz. dn. 113 ve 117 ile bunlara bağlı metin.

koruma esas sözleşme özgürlüğünü engelleyici nitelikteki ekonomik koşulların kaldırılmasını gerektirmekte ve bu nitelikteki kanuni düzenlemelere anayasal bir sınır getirmektedir. Üstelik anayasal sınırın yalnızca yasama faaliyetlerinde değil, esas sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan mevcut anayasa altı normların yorumunda da gözetilmesi gerekir[36].

Öte yandan Anayasa'nın pay sahipleri arasındaki hukuki ilişkilere doğrudan uygulanma kabiliyetinin bulunmaması, kişiyi anonim ortaklıkta esas sözleşme özgürlüğünün dayandırılabileceği bir anayasa altı norm bulma arayışına sürüklemektedir. Zira anayasal sözleşme özgürlüğünün, esas sözleşme bağlamında hayata geçmesi, ancak bir uygulama normu vasıtasıyla mümkün olabilir. Bu bakımdan BK m. 26'da düzenlenen sözleşme özgürlüğü ilkesi, özel hukuk alanındaki her türlü hukuki işlem bakımından uygulama alanı bulduğu için, anonim ortaklıkta esas sözleşme özgürlüğüne de yasal dayanak teşkil eder. BK'nın genel nitelikli hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağını düzenleyen MK m. 5 bu tespiti teyit etmektedir.

Öte yandan kanun koyucunun TK'da bu hususta şahıs ortaklıkları ile sermaye ortaklıkları bakımından bir ayrım gözettiği anlaşılmaktadır. Gerçekten şahıs ortaklıklarının şirket sözleşmeleri[37] açısından söz konusu yasal dayanak, Kanun'da açıkça düzenlenmektedir. Ortakların emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla, şirket sözleşmesine diledikleri kayıtları koyabileceğini öngören TK m. 213/2, kollektif şirket sözleşmesi bağlamında sözleşme özgürlüğü ilkesini ortaya koyar. Ayrıca kenar başlığı "*Sözleşme serbestisi*" olan TK m. 217 uyarınca, kollektif şirket ortaklarının birbirleriyle olan ilişkilerinde sözleşme serbestisinin geçerli olduğu düzenlenmektedir. TK m. 213/3 komandit ortaklıklar bakımından da uygulama alanı bulur (TK m. 305/1). Benzer şekilde, kenar başlığı "Sözleşme *serbestisi*" olan TK m.

---

[36] Esas sözleşme özgürlüğünün önündeki en büyük engellerden birini teşkil eden emredici hükümler ilkesinin, anayasaya uygun yorum (kavram için bkz. Birinci Bölüm'de dn. 114) çerçevesinde sınırlandırılmasına ilişkin bkz. Üçüncü Bölüm dn. 211 ve 253 ile bunlara bağlı metinler.

[37] Bu çalışmada "şirket sözleşmesi" terimi, genel olarak kollektif, komandit ve limited ortaklıklarda şirket sözleşmesini, anonim ortaklıklarda esas sözleşmeyi, kooperatiflerde ise ana sözleşmeyi ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

308 uyarınca, ortakların birbirleriyle olan ilişkilerinin şirket sözleşmesiyle düzenleneceği öngörülmektedir.

Ancak sermaye ortaklıkları bakımından TK'da bu denli açık bir uygulama normuna yer verilmemiştir. Öncelikle TK m. 126'da ticaret ortaklıklarına uygulanacak hükümler arasında esas sözleşme sayılmamaktadır. Öğretide anılan hükmün lafzının eksik olduğuna dikkat çekilmekte; TK m. 126'nın BK m. 26-27 ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek, ticaret ortaklıklarına uygulanacak hükümler basamağının ilk üç sırası şu şekilde tespit edilmektedir: Emredici kanun hükümleri, şirket sözleşmesi hükümleri ve ilgili ortaklık türüne özgü yedek kanun hükümleri[38]. Oysa TK m. 1534 uyarınca kenar başlıklarının madde metnine dâhil olduğu göz önüne alındığında, kenar başlığı "*Uygulanacak kanun hükümleri*" olan TK m. 126'nın, ticaret ortaklıklarının yalnızca kanuni düzenini belirlediği anlaşılmaktadır. Esas sözleşme anonim ortaklığın kanuni düzeni içinde yer almadığına göre, TK m. 126'nın şirket sözleşmesini saymamasını bir eksiklik olarak görmemek gerekir. Hükmün kenar başlığının "*Uygulanacak hükümler*" olması varsayımında ise mevcut hükmün yetersiz kalacağı şüphesizdir. Açıklanan sebeplerle, şirket sözleşmesini anmayan TK m. 126 hükmünün, anonim ortaklıkta esas sözleşme özgürlüğüne normatif dayanak sağlamadığı görülmektedir.

Kanımca TK'nın 340. ve 579. maddeleri sermaye ortaklıklarında şirket sözleşmesinin Kanun'la ilişkisini ortaya koyarken[39], dolaylı olarak şirket sözleşmesini düzenleme özgürlüğünün yasal dayanağını da teşkil eder. Anılan hükümlerin çifte fonksiyon icra ettiği söylenebilir. Bir yandan TK hükümlerinin

---

[38] Poroy, (Tekinalp, Çamoğlu), **2019/I**, N. 17; Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 49. *Karayalçın* söz konusu eksikliğin TK m. 1/2'den kaynaklandığını belirterek, tamamlayıcı nitelikteki ticari hükümlerden önce emredici hükümlerin ve sözleşme hükümlerinin geldiğini belirtmektedir. Böylelikle ticaret şirketlerinin tabi olduğu kuralların ilk üç sırası yukarıda sayıldığı şekilde ortaya çıkmaktadır (Karayalçın, **a.g.e.**, s. 195-196).

[39] Alman hukuku bakımından bu yönde bkz. Martin Luther, "§23 Abs. (5) AktG im Spannungsfeld von Gesetz, Satzung und Einzelentscheidungen der Organe der Aktiengesellschaft", **Freundesgabe für Hans Hengeler zum 70. Geburtstag am 1 Februar 1972**, Ed. Wolfgang Bernhardt, Wolfgang Hefermehl, Wolfgang Schilling, Berlin/Heidelberg/New York, Springer Verlag, 1972, s. 168; Ernst Geßler, "Bedeutung und Auslegung des §23 Abs. 5 AktG", **Festschrift für Martin Luther zum 70. Geburtstag am 13 Juli 1976**, Ed. Ottoarndt Glossner, Walter Reimers, C.H. Beck, 1976, s. 69.

emredici olup olmadığının tespitine ilişkin bir yorum kuralı getirmekte[40]; diğer yandan, esas sözleşmeyi anonim ortaklığa uygulanacak kurallar hiyerarşisinde emredici hükümlerin bir alt basamağına yerleştirmektedir[41].

Özetle, AY m. 48'in esas sözleşme özgürlüğünün anayasal dayanağını teşkil ettiği; kişiliğin geliştirilmesi hakkının (AY m. 17) ve devletin söz konusu hakka yönelik ödevlerinin (AY m. 5) ise esas sözleşme özgürlüğünü dolaylı olarak koruduğu söylenebilir. Sözleşme özgürlüğünün anonim ortaklık pay sahipleri arasında uygulanmasına imkân sağlayan uygulama normları ise BK m. 26 ve TK m. 340 hükümleridir. BK m. 26 her türlü hukuki işlem bakımından sözleşme özgürlüğünün yasal dayanağını teşkil ederken, TK m. 340 -dolaylı yoldan da olsa- anonim ortaklıklar hukuku özelinde esas sözleşme özgürlüğünü ve bunun sınırlarını düzenler. Emredici hükümler ilkesinin -BK m. 26'nın aksine- sözleşme özgürlüğünün istisna, tip sıkılığının kural olduğunu öngörmesi, aynı zamanda esas sözleşme özgürlüğünün yasal dayanağını da teşkil etmesine engel değildir.

II. Anonim Ortaklık Esas Sözleşmesi

A. Kavram

1. Önemi ve İşlevleri

Esas sözleşme anonim ortaklığı kuran, bireyselleştiren, dışarıya tanıtan, koruyan ve ortaklık içi düzeni belirleyen temel metindir[42]. Anonim ortaklık nezdindeki merkezî konumu ile özellikle kurucu ve düzenleyici işlevlerinden hareketle, esas sözleşme anonim ortaklığın "*anayasası*"[43] olarak nitelendirilir[44].

---

[40] Bkz. Üçüncü Bölüm'de dn. 222 ve bağlı metin.

[41] TK m. 340'ın mehazı olan AktG §23/5'in, gereksiz olsa da, kanunun emredici ve nihai hükümlerinin, esas sözleşmenin üzerinde olduğunu teyit ettiği yönünde bkz. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 173.

[42] Esas sözleşmenin anonim ortaklık, ortaklık organları, şirket ilgilileri ve üçüncü kişiler açısından önemi ve işlevlerine dair bkz. Christoph von Greyerz, (Herbert Wohlmann), **Schweizerisches Privatrecht**, Ed. Werner von Steiger et. al., C: VIII/2 Die Aktiengesellschaft; Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1982, s. 100; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §7 N. 6-9; Wiedemann, **GesR**, s. 159; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 11-14.

[43] Dernek tüzüğü, vakıf senedi ve sermaye ortaklıklarının şirket sözleşmeleri için "tüzel kişiliğin anayasası (*Körperschaftsverfassung*) kavramına başvurulması, esasında BGB §25 hükmüne dayanır (bkz. Schwennicke, **a.g.e.**, §25 N. 19; Gregor Bachmann, **Aktiengesetz Großkommentar**,

Anonim ortaklığın kurulması için, her şeyden önce, esas sözleşmenin tanzim edilmesi ve imzalanması gerekir (TK m. 335/1). Esas sözleşmenin imzalanması, ortaklığın kuruluşu için zorunlu olmasının ötesinde, kuruluşun en önemli işlemidir[45]. Zira kişi topluluğunun anonim şirket kurma iradesini (*animus contrahende societatis*) içerir; şirketi[46] kurar ve şirkete tüzel kişilik kazandıran tescil işleminin dayanağını teşkil eder. Anonim ortaklığın kuruluş aşamasındaki bu rolü, esas sözleşmenin "kurucu işlevini" (*Entstehungsfunktion, fonction constitutive*) ortaya

---

Ed. Heribert Hirte, Peter O. Mülbert, Markus Roth, C: I Einleitung §§1-22, 5. bs., Berlin, De Gruyter, 2017, §2 Rn. 44; Wiedemann, **GesR**, s. 159). Nitekim derneğin temel düzeninin, kanun ve tüzük hükümlerinden meydana geldiğini öngören BGB §25, bu düzen için "*anayasa*" (*Verfassung*) terimini kullanmaktadır. Benzer şekilde, İngiliz hukukunda CA 2006 sec. 17 hükmünde şirketlerin "*anayasasının*" (*constitution*) esas sözleşme hükümlerinden, ağırlaştırılmış nisaba bağlı genel kurul kararlarından ve bütün pay sahiplerinin taraf olduğu sözleşmelerden oluştuğu öngörülmektedir. Ayrıca bkz. Davies, Worthington, **a.g.e.**, N. 3-16.

[44] İsviçre hukukunda bkz. Emil Landolt, **Beiträge zum Rechte der Generalversammlung**, Zürich, Druck von Thomas & Hubert, 1922, s. 21; Hüppi, **a.g.e.**, s. 1; Bartlomé, **a.g.e.**, s. 42; Frey, **a.g.e.**, s. 4; von Steiger, **SA**, s. 41; Walter König, **Statut, Reglement, Observanz, Die Formen einer Körperschaftsordnung**, Ferrari-Buchdruck, Zürich 1934, s. 15; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §7 N. 2; Carlo Lombardini, **Commentaire Romand: Code des Obligations II, Code des obligations art. 530-1186 avec une introduction à la loi sur la fusion**, Ed. Pierre Tercier, Marc Amstutz, Rita Trigo Trindade, 2. bs., Zürich, Helbing & Lichtenhahn, 2017, Art. 626 N. 5; Franz Schenker, **Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR inkl. Schlussbstimmungen**, Ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter, 5. bs., Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2016, Art. 626 N. 1; Conradin Cramer, **Zürcher Kommentar: Obligationenrecht, Art. 620-659b OR: Die Aktiengsellschaft - Allgemeine Bestimmungen**, Ed. Lukas Handschin, 2. bs., Zürich/Basel/Genf, Schulthess Verlag, 2016, Art. 626 N. 5; Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §2 N. 125; Kunz, **a.g.m.**, s. 56-57. Alman hukukunda bkz. Ulrich Meyer-Cording, **Die Vereinsstrafe**, Tübingen, JCB Mohr, 1957, s. 31; Wiedemann, **GesR**, s. 159; Arnd Arnold, **Kölner Kommentar zum Aktiengesetz,** Ed. Wolfgang Zöllner, Ulrich Noack, C: I §§1-75 AktG, 3. bs., Carl Heymanns, Köln 2011, § 23 N. 8; Bachmann, **a.g.e.**, §2 Rn. 45; Marcus Lutter, **Aktiengesetz Kommentar**, Ed. Karsten Schmidt, Marcus Lutter, C: I §§ 1-149, 4. bs., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2020, §2 Rn. 10; Dauner-Lieb, **KK**, §2 Rn. 16; Fleischer, Mock, **a.g.m.**, s. 168; Peter Limmer, **Kommentar zum Aktiengesetz**, Ed. Gerald Spindler, Eberhard Stilz, C: I §§ 1-149 AktG, 4. bs., München, C.H. Beck, 2019, § 23 Rn. 3. Fransız hukukunda bkz. Gaillard, **a.g.e.**, s. 20; Ripert, Roblot, **a.g.e.**, s. 639; Caroline Leroy, **Le Pacte d'Actionnaires dans l'Environnement Sociétaire**, Diss., Université Paris-Est, 2010, N. 49, (Çevrimiçi) https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00675666/document, 11.04.2020; Géraldine Goffaux-Callebaut, **Du Contrat en Droit de Sociétés**, Paris, L'Harmattan, 2008, N. 12. Türk hukukunda bkz. Hirsch, **a.g.e.**, s. 202, 261; Arslanlı, **Kollektif**, s. 38; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 6; Ansay, **a.g.e.**, s. 47; Erdoğan Moroğlu, "Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği", **Makaleler II**, İstanbul, Arıkan, 2006, s. 11; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 9 ve dn. 16'da anılan eserler; Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 9-45; Necla Akdağ Güney, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Kuruluş**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 279. Ayrıca bkz. TK m. 339'un gerekçesinden: "*[Esas sözleşme] paysahipleri arası anayasa işlevi görmektedir*".

[45] Limmer, **Spindler/Stilz AktG**, §23 Rn. 2. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 6.

[46] TK m. 335/1'e göre "*şirket*" esas sözleşmenin imzalanmasıyla kurulur ve TK m. 355/1 uyarınca ticaret siciline tescille tüzel kişilik kazanır. Esas sözleşmenin imzalanmasıyla kurulan şirketin niteliğine dair bkz. dn. 190 ve bağlı metin.

koyar[47]. Esas sözleşme ayrıca ortaklığın temel düzenini ortaya koyar; ortaklığın iç ve dış ilişkilerini düzenler[48]. Anonim ortaklığın kurulmasından tüzel kişiliğini yitirmesine kadar uyulması gereken kurallar demetini içerir[49]. Bu yönüyle esas sözleşme "düzenleyici işlevini" (*Organisationsfunktion, fonction organisatrice*) yerine getirir[50].

Bunlara ek olarak, esas sözleşme ortaklığın ticaret unvanı, merkezi ve işletme konusu gibi ortaklığın kimliğine dair bilgileri içermekle (TK m. 339/2), onu diğer ortaklıklardan ayırt etmeye yarar. Bu bakımdan esas sözleşmenin ortaklığı "bireyselleştirme işlevi" (*Individualisierungsfunktion*) olduğu kabul edilir[51]. Esas sözleşme hükümlerinin tamamının ticaret siciline tescil ve TTSG'de ilan edilmesi sayesinde (TK m. 354/1), esas sözleşmenin içeriği hakkında üçüncü kişiler nezdinde aleniyet sağlanmış olur. Tescil ve ilanın olumlu etkisinden faydalanan bazı hükümlerin ise herkes tarafından bilindiği varsayılır (TK m. 354/1, 36). Böylelikle esas sözleşme, "aleniyet sağlama işlevini" (*Publizitätsfunktion*) yerine getirmiş olur[52]. Son olarak esas sözleşmede yer alan kurallar pay sahiplerini ve organları bağlar; esas sözleşmenin ihlali iptal ve sorumluluk davası gibi yaptırımlara tabidir; ayrıca, değiştirilmesi belirli usul ve yeter sayılar çerçevesinde mümkündür. Sayılan özelliklerine bağlı olarak, esas sözleşme pay sahiplerini ve ortaklığı "koruma işlevine" (*Schutzfunktion*) sahiptir[53].

---

47 Frey, **a.g.e.**, s. 6; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §7 N. 7; Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §2 N. 122; Cramer, **ZK**, Art. 626 N. 5; Andreas Pentz, **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz**, Ed. Wulf Goette, Mathias Habersack, Susanne Kalss, C: I §§ 1-75, 5. bs., München, C.H. Beck, 2019, §23 Rn. 37.

48 Bartlomé, **a.g.e.**, s. 7; Schenker, **BSK**, Art. 626 N. 1.

49 Hüppi, **a.g.e.**, s. 1.

50 Robert Müller, **Gesellschaftsvertrag und Synallagma**, Zürich, Schulthess Verlag, 1971, s. 35; Landolt, **a.g.e.**, s. 21; Frey, **a.g.e.**, s. 6; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §7 N. 7; Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §2 N. 122; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 37.

51 von Greyerz, (Wohlmann), **a.g.e.**, s. 100; Landolt, **a.g.e.**, s. 21; Mengiardi, **a.g.m.**, s. 266; Frey, **a.g.e.**, s. 6; Cramer, **ZK**, Art. 626 N. 1; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §7 N. 7. Bunun esas sözleşmenin en önemli işlevi olduğu yönünde bkz. Luther, **a.g.m.**, s. 167-168.

52 Frey, **a.g.e.**, s. 6; von Greyerz, (Wohlmann), **a.g.e.**, s. 100; Cramer, **ZK**, Art. 626 N. 1; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §7 N. 7.

53 Frey, **a.g.e.**, s. 6; von Greyerz, (Wohlmann), **a.g.e.**, s. 101; Cramer, **ZK**, Art. 626 N. 1; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §7 N. 7. Ayrıca öğretide esas sözleşmenin, özellikle

2. Tanımı

Kanunda tanımlanmamış olan anonim ortaklık esas sözleşmesinin, öğretide ileri sürülen çeşitli tanımları mevcuttur[54]. Hukuki niteliği, konusu, tarafları, dayanağı ve işlevleri gibi unsurlara verilen önemin ağırlığına göre, esas sözleşmenin tanımı da farklılaşmaktadır. Öğretide yapılmış olan çok sayıda tanımı karşılaştırmak ve bir seçki sunmak yerine, yalnızca farklı hukuk sistemlerinde öne çıkmış olanları aktarmak ve Türk hukuku açısından ulaşılan sonucu paylaşmak kanımca daha yararlı olacaktır. Zira farklı tanımlarda yer verilen unsurlardan pek çoğu, çalışmanın devamında zaten ayrı ayrı ele alınmış bulunmaktadır.

İsviçre hukukunda tüzel kişiliği haiz bütün kişi topluluklarının statüleri hakkında yapılmış olan ve anonim ortaklıklar bakımından da genel kabul gören bir tanıma göre, esas sözleşme, tüzel kişinin anayasası olarak işlev gören ve hukuki dayanağını doğrudan irade özerkliğinden alan hukuk kuralları bütünüdür[55]. Alman hukukunda öğretide öne çıkan tanıma göre, esas sözleşme, kanun hükümlerini tamamlamak veya değiştirmek suretiyle, şirketin ortaklıksal ilişkilerini düzenleyen ve şirketi diğerleri karşısında bireyselleştiren, hukuki işlemler yoluyla öngörülen normların bileşimidir[56]. Fransız hukukunda esas sözleşme, şirketin organizasyonunu kuran, ayrıca şirketin pay sahipleriyle ve pay sahiplerinin kendi aralarındaki ilişkileri düzenleyen hukuki metin olarak görülmektedir[57]. İngiliz hukukunda ise esas

---

özellikle topluluk şirketleri bakımından, "yol gösterici işlevi"ne (*Programmfunktion*) de değinilmektedir [von Greyerz, (Wohlmann), **a.g.e.**, s. 100; Frey, **a.g.e.**, s. 6].

[54] İsviçre hukukunda bkz. Hüppi, **a.g.e.**, s. 1-2; Alfred Siegwart, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Obligationenrecht, Teil 5/a: Die Aktiengesellschaft – Allgemeine Bestimmungen (Art. 620-659)**, Zürich, Schulthess Verlag, 1945, Art. 626 N. 1; Emil Schucany, **Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht**, 2. bs., Zürich, Orell Füsli, 1960, Art. 626 N. 1; König, **a.g.e.**, s. 15; Bartlomé, **a.g.e.**, s. 7; Cramer, **ZK**, Art. 626 N. 5. Alman hukukunda bkz. Heider, **MüKoAktG**, §2 Rn. 36; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 10; Arnold, **KK**, §23 Rn. 8; Drescher, **Spindler/Stilz AktG**, §2 Rn. 5; Limmer, **Spindler/Stilz AktG**, §23 Rn. 3. Fransız hukukunda bkz. Guyon, **a.g.e.**, s. 32. Türk hukukunda bkz. Hirsch, **a.g.e.**, s. 202; Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 11; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 8-9.

[55] Hüppi, **a.g.e.**, s. 1-2. Yazar tanımın anonim, komandit ve limited ortaklık yanında kooperatif ve dernek için de geçerli olduğunu belirtmiştir. Takiben bkz. Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §7 N. 2.

[56] Hans Würdinger, **Aktien- und Konzernrecht**, 3. bs., Karlsruhe, C.F. Müller, 1973, s. 33. Takiben bkz. Limmer, **Spindler/Stilz AktG**, §23 Rn. 3.

[57] Guyon, **a.g.e.**, s. 32.

sözleşme hukuki etkisi yönünden kanunda tanımlanmış olup, öğretide ve içtihat hukukunda söz konusu tanıma bağlı kalındığı görülmektedir. Nitekim CA 2006 sec. 33'e göre esas sözleşmenin, şirket ve pay sahipleri, ayrıca pay sahiplerinin kendi arasında akdedilmiş bir sözleşme hükmünde olduğu öngörülmektedir[58]. Türk hukukunda ise *Moroğlu* tarafından yapılan tanımın kabul gördüğü gözlemlenmektedir. Buna göre esas sözleşme "*anonim ortaklığın temel düzenini oluşturan, ortaklığın iç ve dış ilişkileri ile paysahiplerinin ortaklığa ve birbirlerine karşı hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenleyen, şekle tâbi, katılıma açık (iltihakî) çok taraflı bir sözleşmedir*"[59].

Kanımca esas sözleşme, anonim şirketin kurumsal ve örgütsel yapısı ile şirket ilgililerinin şirketle ve birbirleriyle aralarındaki hukuki ilişkileri düzenleyen bir şirketler hukuku sözleşmesidir[60] [61]. Bu tanım esas sözleşmenin konusuna ve hukuki niteliğine odaklanmakta olup, borç ve organizasyon sözleşmesi nitelikleriyle de örtüşür.

Esas sözleşme hükümlerini, konusu bakımından "tüzel kişiliğe özgü" ve "ortaklık içi ilişkilere özgü" hükümler olarak ikiye ayırmak mümkündür[62]. Tüzel

---

[58] Bu yönde bkz. Sealy, Worthington, **a.g.e.**, s. 182; Davies, Worthington, **a.g.e.**, N. 3-18. İçtihat hukukunda bkz. *Wood v Odessa Waterworks Co* (1889) 42 Ch D 636 (Chancery Division); *Hickman v Kent or Romney Marsh Sheep-Breeders' Association* [1915] 1 Ch 881 (Chancery Division).

[59] Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 11. Takiben bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 8-9; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 279.

[60] Benzer yönde bkz. Frey, **a.g.e.**, s. 5; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §7 N. 6; Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §2 N. 122; Arnold, **KK**, §23 Rn. 9; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 37; Guyon, **a.g.e.**, s. 32; Hirsch, **a.g.e.**, s. 261; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 486b; Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 9-45.

[61] Tek kişilik anonim ortaklıklar bakımından ise tanımda "sözleşme" yerine "hukuki işlem" kavramının kullanılması gerekir.

[62] Bir yandan ortaklığın organizasyonunu, diğer yandan pay sahipliği konumunu ve ortaklık içi ilişkileri düzenlemesinden hareketle, esas sözleşme hükümlerini konusu bakımından bu şekilde ayıran eserler için bkz. Wiedemann, **GesR**, s. 15; Noack, **a.g.e.**, s. 105; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 20; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 37; Jens Koch, (Uwe Hüffer), **Aktiengesetz**, 14. bs., München, C.H. Beck, 2020, §23 Rn. 7; Arnold, **KK**, §23 Rn. 8; Peter Ulmer, Marc Löbbe, **Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Großkommentar**, Ed. Mathias Habersack, Mathias Casper, Marc Löbbe, 3. bs., C: I Einleitung, §§1-28, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019 §2 Rn. 9; Susanne Kalss (Christian Nowotny, Martin Schauer), **Österreichisches Gesellschaftsrecht**, Wien, Manzch Verlag, 2008, N. 3.26; Müller, **a.g.e.**, s. 33; Frey, **a.g.e.**, s. 5; Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 17-21. *Moroğlu* esas sözleşme hükümlerini konusu bakımından, "*salt tüzel kişiyi ve onun temel düzenini oluşturan hükümler*" ile "*tüzel kişinin paysahipleri ve üçüncü kişilerle ve paysahiplerinin birbirleri ile olan ilişkilerini düzenleyen hükümler*" olarak ikiye

kişiliğe özgü hükümler, ortaklığın kurumsal yapısını ve örgütsel düzenini ihdas eden kurallardan oluşur[63]. Tüzel kişinin oluşumuna, kimliğine, malvarlığına, özelliklerine, organlarına ve işleyişine ilişkin düzenlemeler bu kapsamdadır. Örneğin, şirketin ticaret unvanına, merkezine, işletme konusuna, sermayesine, payların türüne ve devrine, genel kurulun ve yönetim kurulunun oluşumuna ve işleyişine, şirketin temsiline veya şirketin sona erme sebeplerine dair kurallar tüzel kişiliğe özgü hükümlerdendir. Bu yönüyle esas sözleşmenin, anonim ortaklığın örgütsel yapısını belirlediği; dolayısıyla, ortaklık bünyesinde somutlaşan kolektif menfaatleri ilgilendirdiği söylenebilir[64]. Diğer yandan kurumsal yapıya özgü esas sözleşme

---

ayırmıştır. Benzer yönde bkz. Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 9-45. Pay sahipleri sözleşmeleri bakımından "*ortaklığın örgütü ve işleyişi ile ilgili hükümler*" ile "*paysahipliği hakları ile ilgili hükümler*" ayrımı için bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 127, 155. Karş. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 236-237. *Bahtiyar* esas sözleşme hükümlerini hem nitelik ve etkilerine, hem de konusuna göre ayırırken "*tüzel kişiliğe özgü olan/olmayan*" hükümler kavramını tercih etmiştir. Esas sözleşme hükümlerinin niteliği ve etkisi bakımından yapılan "korporatif-şeklî" hükümler ayrımı (bkz. İkinci Bölüm, II, F, 3) ile konusu bakımından yapılan ayrımın tam olarak örtüşmemesi gerekçesiyle, bu tercihin yanlış anlaşılmaya müsait olduğu belirtilmelidir. Nitekim ayrımı bu şekilde yorumlayarak, "*tüzel kişinin temel düzenini oluşturan hükümler*" dışındaki hükümlerin korporatif nitelik arz etmediğini ileri süren Elif Cemre Hazıroğlu, **Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Ortaklıklarda Kurucu Menfaatleri**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018, s. 58. Kanun koyucu tarafından da esas sözleşme hükümleri, konusu bakımından ikili bir ayrım ekseninde mütalaa edilmiştir. TK m. 339'un gerekçesinde, esas sözleşmenin iki tür hüküm içerdiği belirtilmiştir. "*Şeklî*" hükümlerin organların oluşumuyla ilgili olduğu; "*maddî*" hükümlerin ise kurucular ve gelecekteki pay sahipleri arasındaki ilişkileri düzenlediği ifade edilmiştir. Söz konusu tasnif çerçevesinde esas sözleşme hükümlerinin şeklî ve maddi olarak nitelendirilmesi, esas sözleşme hükümlerinin hukuki niteliği ve etkileri açısından öğretide yerleşmiş olan maddi (korporatif) ve şekli (korporatif olmayan) hükümler ayrımıyla karıştırılmaya müsaittir. Bu nedenle herhangi bir karışıklığa mahal vermemek adına, esas sözleşme hükümlerinin konusu bakımından tasnifinde, "tüzel kişiliğe özgü" (kurumsal, örgütsel); bunun karşısında ise "ortaklık içi ilişkilere özgü" (sözleşmesel, ilişkisel) kavramlarının kullanılması önerilebilir. "Sözleşmesel" kavramı, şirket ilgilileri arasında sözleşme ilişkisi bulunduğunu çağrıştırması sebebiyle; "ilişkisel" sözcüğünün ise benimsenmesi güç bir terim olmasından hareketle, çalışmanın devamında "ortaklık içi ilişkilere özgü" kavramı tercih edilmiştir.

[63] Ulmer, Löbbe, **a.g.e.**, §2 Rn. 9; Arnold, **KK,** §23 Rn. 9. Esas sözleşmenin, anonim ortaklığın sermaye ortaklığı olmasından kaynaklanan kurumsal yapısını kurduğu ve bu yönüyle bir "kurumlaştırma sözleşmesi" olduğuna dair bkz. Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 9-45. Tüzel kişiliğe özgü hükümler, öğretide farklı kavramlarda ifadesini bulmaktadır. Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 17: "*Salt tüzel kişiyi ve onun temel düzenini [hukuki altyapısını] oluşturan hükümler*". Lombardini, **a.g.e.**, Art. 626 N. 5: "*organizasyonel kurallar*" (*règles d'organisation*). Adrian Plüss, **Aktienrecht Kommentar: Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VaSR**, Ed. Jeannette K. Wibmer, Zürich, Orell Füssli Verlag, 2016, Art. 626 N. 2: "*organizasyonel hükümler*" (*organisatorische Vorschriften*).

[64] Wiedemann, **GesR**, s. 159. *Moroğlu,* salt tüzel kişiyi ve onun hukuki altyapısını oluşturan hükümlerin, doğrudan tüzel kişinin çıkarlarıyla ilgili olduğunu; buna karşılık ortaklık içi ilişkileri düzenleyen hükümlerin pay sahiplerinin -pay sahipliği veya alacak hakkından kaynaklanan- bireysel hakları olduğunu ifade etmektedir (Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 15-16). Benzer yöndeki ifadeler için bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 67.

hükümlerinin üçüncü kişiler üzerinde dolaylı etkileri olabilmektedir[65]. Esas sözleşmenin üçüncü kişilere borç yüklemesi mümkün olmasa da[66], TK m. 354/1 uyarınca ticaret sicilinin olumlu etkisinden yararlanan hususlar ile özellikle şirketin işletme konusuna[67], temsil yetkilerinin kullanım şekline[68] ve pay devir sınırlamalarına[69] dair hükümlerin üçüncü kişiler üzerinde etkileri olabilmektedir.

Esas sözleşmenin ortaklık içi ilişkilere özgü hükümleri ise pay sahiplerinin, intifa senedi veya pay edinme hakkı veren borçlanma aracı sahiplerinin, yönetim kurulu üyelerinin, çalışanların ve alacaklıların, kısaca, şirket ilgililerinin[70] ortaklığa ve/veya birbirlerine karşı hak, yetki, borç ve külfetlerini düzenler[71]. Bu bağlamda

---

65 Hüppi, **a.g.e.**, s. 183; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §7 N. 8; Cramer, **ZK**, Art. 626 N. 4.

66 Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §2 N. 126; Fritz von Steiger, **Formulare über Gesellschaftsstatuten**, 2. bs., Zürich, Polygraphischer Verlag, 1956, s. 7; Arslanlı, **AŞ I**, s. 27 dn. 43.

67 TK m. 371/2 uyarınca, şirketin işletme konusu dışında kalan bir işlem, eğer üçüncü kişi bu durumu biliyor veya mevcut koşullar çerçevesinde bilebilecek durumda ise şirketi bağlamaz.

68 TK m. 371/3 ve 371/7 uyarınca tescili mümkün olan temsil yetkisi sınırlamaları üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.

69 TK m. 494/1, 497, 499 uyarınca yönetim kurulunun TK'ya uygun şekilde pay devrine onay vermemesi halinde, payların mülkiyeti devralana geçmez; dolayısıyla pay sahipliği hakları da şirkete karşı ileri sürülemez.

70 Genellikle esas sözleşmenin tanımında şirket ilgilileri yerine, yalnızca pay sahiplerinin belirtildiği dikkat çekmektedir (bkz. Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §2 N. 122; Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 11, 17; Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 9-45; Ali Paslı, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (II) YTK Kitap 2- Kısım 4 - Bölüm 1 'Kuruluşa İlişkin Sisteme Yönelik Temel Değişiklikler ve Kuruluş İşlemleri'", **BATİDER**, C: XXVIII, No: 2, 2012, s. 165). Halbuki esas sözleşme yalnızca pay sahiplerinin değil, yönetim kurulu üyeleri, intifa senedi sahipleri ve denetçi gibi, şirket bünyesindeki pek çok menfaat sahibinin hukuki ilişkilerini düzenler. Nitekim esas sözleşmenin mevcut ve müstakbel pay sahiplerini aşan bir etki alanı olduğu yönünde bkz. Hüppi, **a.g.e.**, s 184-185; Arnold, **KK**, §23 Rn. 13. Ortaklık içi ilişkiye katılanlar arasında intifa ve katılma hakkı sahiplerinin de olduğu yönünde bkz. Siegwart, **a.g.e.**, Art. 626 N. 14; Frey, **a.g.e.**, s. 47.

71 Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §2 N. 122; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 20; Arnold, **KK**, §23 Rn. 14; Hirsch, **a.g.e.**, s. 295; Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 17; Ercüment Erdem, "Les rapports entre la société et le contrat en droit turc", **Le Contrat, Journées Brésiliennes**, Ed. Société de législation comparée, C: LV, Paris, L.G.D.J., 2005, s. 222; Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 9-45; Paslı, **Tanıtım II**, s. 165. Esas sözleşmenin mevcut ve müstakbel pay sahipleri ile ortaklık arasındaki ilişkileri düzenlediği; buna karşılık, pay sahiplerinin kendi aralarındaki ve ortaklıkla üçüncü kişiler arasındaki ilişkileri düzenlemediği yönünde bkz. von Steiger, **Formulare**, s. 7. Esas sözleşmenin ortaklık ve pay sahipleri, ayrıca ortaklık ve üçüncü kişiler arasındaki ilişkileri düzenlediği; buna karşılık, pay sahiplerinin kendi aralarındaki ilişkileri düzenlemediği yönünde bkz. Bartlomé, **a.g.e.**, s. 7. Esas sözleşmenin pay sahipleri arasında hak ve borç yaratmadığı yönünde bkz. Lombardini, **a.g.e.,** Art. 626 N. 5; Cramer, **ZK,** Art. 626 N. 3; Yüksel, **Paysahipleri**, s. 34-35. Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD., E. 2006/2652 K. 2007/10662 T. 12.07.2007: "*Sermaye ortaklarında pay sahipleri arasında ortaksal ilişki bulunmamaktadır*" [karar metni için bkz. (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 20.08.2020]. Kanımca pay sahipleri arasındaki ortaklıksal ilişkiler

esas sözleşmenin kurumsal ve örgütsel yönü arka planda kalmakta; şirket içi ilişkileri düzenleyen ilişkisel ve sözleşmesel boyutu önem kazanmaktadır. Bu noktada bir hususa şimdiden dikkat çekmek gerekir. "Ortaklık içi ilişkilere özgü" hükümlerle kastedilen, şeklen esas sözleşme metninde yer almasına rağmen, sonuçlarını borçlar hukuku alanında doğuran "şekli" esas sözleşme hükümleri değildir. Konusu bakımından ortaklık içi ilişkilere özgü bir hüküm, hukuki niteliği ve etkisi yönünden korporatif veya şeklî nitelik arz edebilir[72]. Burada işaret edilen kurallar, hukuki niteliğinden bağımsız olarak, şirket ilgililerinin ortaklıkla ve kendi aralarındaki ilişkileri düzenleyen esas sözleşme hükümlerinin tamamıdır.

Anılan düzenlemeler, doğrudan ortaklık organlarında somutlaşan kolektif menfaatlerden ziyade, şirket ilgililerinin bireysel menfaatlerini ilgilendirir[73]. Fakat korporatif nitelikli esas sözleşme hükümleri, şirket ilgililerinin bireysel menfaatlerinin karşılıklı konumunu değil, kişi topluluğunun (sosyal yapının) karşısındaki durumunu ele alır[74]. Zira bu tür hükümler şirket ilgililerinin hak ve borçlarını, şirket içindeki konumlarına/statülerine bağlı ve bunlarla sınırlı olarak

---

bakımından da esas sözleşme hükümlerinin devreye girmesi mümkündür. Örneğin TK m. 208 kapsamında hakim şirketin azınlığı ortaklıktan çıkarma imkânına ilişkin -TK m. 340 anlamında- tamamlayıcı bir esas sözleşme hükmünün öngörülmesi halinde, söz konusu kuralın sonuçları doğrudan pay sahipleri arasındaki ilişkide doğar. Bu nedenle ilgili esas sözleşme hükümlerinin pay sahipleri arasında sözleşme ilişkisi doğurup doğurmadığından bağımsız olarak, esas sözleşmenin pay sahipleri arasındaki hukuki ilişkileri de düzenlediği sonucuna ulaşılabilir. Benzer yönde bkz. Ömer Teoman, "Payları Öncelikle Alım Hakkı", **Yaşayan Ticaret Hukuku [Hukukî Mütalâalar]**, C: XIV 2010-2011, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 150. Anonim ortaklıkta pay sahipleri arasında hukuki ilişkinin var olduğu ve bunun esas sözleşmeye dayandığı yönünde bkz. N. Füsun Nomer, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü**, İstanbul Beta Basım Yayım Dağıtım, 1999, s. 63 ve 60 dn. 251'de anılanlar. Alman hukukunda da ortaklığın tesciliyle birlikte kurucular arasındaki hukuki ilişkilerin sona ermediği; pay sahipleri arasında ortaklıksal nitelikli sadakat yükümlülüğünün mevcut olduğu belirtilmektedir. Esas sözleşmeyi içerik yönünden üç gruba ayıran *Noack*, bunların (i) ortaklığın organizasyonu (=tüzel kişiliğe özgü hükümler), (ii) ortaklıkla pay sahipleri arasındaki ilişkiler ve (iii) pay sahiplerinin kendi aralarındaki ortaklıksal ilişkilerden oluştuğunu belirtmektedir (Noack, **a.g.e.**, s. 102-104).

72 Benzer şekilde *Moroğlu*, "*tüzel kişinin paysahipleri ve üçüncü kişilerle ve paysahiplerinin birbirleri ile olan ilişkilerini düzenleyen hükümlerin*" kapsamına şeklî esas sözleşme hükümlerini de katmaktadır. Nitekim yazar, ortaklık içi ilişkileri düzenleyen esas sözleşme hükümlerinin bir bölümünün pay sahipliği hakları ihdas ettiğini; bir diğer bölümünün ise borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde olan ve alacak hakkı içeren düzenlemelerden oluştuğunu belirtmektedir (Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 19-21. Aynı yönde bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 236-238).

73 Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 235.

74 Baştuğ, **a.g.e.**, s. 1; Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §1 N. 82.

düzenler[75]. Nitekim esas sözleşmenin "statü sözleşmesi" veya "sosyal hukuk sözleşmesi" olarak nitelendirilmesi tam da bu yönüyle ilgilidir[76]. Örneğin, pay sahibinin sermaye taahhüdünden doğan borcunu ifa etmemesi halinde şirket nezdindeki haklarının ne şekilde etkileneceğine[77]; imtiyazlı payların ihdasına ve kullanım şekline (bkz. TK m. 478/1-2) dair hükümler bu kapsamda sayılabilir. Pay sahiplerinin birbirleriyle aralarındaki bireysel ilişkilerden doğan hak ve borçlar ise kural olarak esas sözleşmeye değil, pay sahipleri sözleşmesine konu edilir[78].

Ne var ki esas sözleşmenin kurumsal/örgütsel ve ilişkisel/sözleşmesel yönlerini birbirinden kesin çizgilerle ayırmak mümkün değildir. Pay sahiplerinin hak ve borçlarını (pay sahipliği statüsünü) düzenleyen esas sözleşme hükümleri, dolaylı olarak örgütsel yapıyı da belirler. Zira pay sahipliği haklarının kullanımına dair koşullar, aynı zamanda ortaklığın işleyişini etkiler. Bu doğrultuda, örneğin, vazgeçilmez nitelikteki pay sahipliği hakları, aynı zamanda TK m. 447 anlamında anonim ortaklığın temel düzeninin de parçasını teşkil eder[79].

B. Terminoloji

Anonim ortaklığın yapı taşı olan temel belgeyi/işlemi ifade etmek üzere, öğretide, "ana sözleşme/mukavele", "esas sözleşme/mukavele", "ortaklık/şirket sözleşmesi/mukavelesi" ve "statü" terimleri kullanılmaktadır[80] [81]. Kanun koyucu

---

[75] Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 20

[76] Bkz. İkinci Bölüm, II, D, 1.

[77] TK m. 508'de pay sahibine dağıtılacak kâr ve tasfiye payının, sermaye payı için şirkete yapmış olduğu ödemeyle orantılı olarak hesap edileceği öngörülmektedir. Ancak esas sözleşmede farklı bir düzenlemenin öngörülmesi mümkündür. Ayrıca esas sözleşmeyle, pay sahibi, sermaye koyma borcu bakımından temerrüde düşmesi hâlinde sözleşme cezası ödemekle yükümlü tutulabilir (TK m. 482/3).

[78] Cramer, **ZK**, Art. 626 N. 3. Esas sözleşmede yer verilen bu tür (şeklî) hükümlerin akıbeti ve hukuki etkileri hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, F, 3.

[79] Kırca, (Şehiralik Çelik, Manavgat), **AŞ**, s. 19. Pay sahipliği hakları ile anonim ortaklık düzeni arasındaki kavramsal ilişki hakkında ayrıca bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 118-120. Pay sahiplerinin vazgeçilmez hakları kaynağını esas sözleşmeden değil, doğrudan Kanun'dan alır. Fakat vazgeçilmez nitelikteki pay sahipliği haklarına ilişkin bir hüküm içi boşluğun esas sözleşme yoluyla doldurulması mümkündür.

[80] Arslanlı, **AŞ I**, s. 26'da "şirket mukavelesi" ve "esas mukavele"; Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 11 ve Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 7'de "anasözleşme"; Ansay, **a.g.e.**, s. 40'ta "esas mukavele" ve "statü"; Domaniç, **a.g.e.**, s. 143; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 486b; Tekil, **a.g.e.**, s. 118'de "esas sözleşme"; İmregün, **AO**, s. 34'te "ortaklık sözleşmesi" ve 340 vd'da "esas sözleşme"; Hayri Domaniç, "Anonim Şirket Ana Mukavelelerine Yazılması Gerekli ve Mümkün Unsurlar",

anonim ortaklık ve sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık için "esas sözleşme"; kollektif, komandit ve limited ortaklıklar için "şirket sözleşmesi" ve kooperatifler için "ana sözleşme" kavramlarını tercih etmiştir[82]. Ayrıca TK m. 135/1'de "şirket sözleşmesi" kavramının, anonim şirkette esas sözleşmeyi, şahıs şirketleriyle limited şirkette şirket sözleşmesini ve kooperatifte ana sözleşmeyi ifade ettiği belirtilmiştir. Buna uygun olarak TK'nın pek çok hükmünde "şirket sözleşmesi" kavramı, bütün ticaret şirketleri bakımından genel kavram olarak kullanılmıştır[83].

Anonim ortaklık esas sözleşmesini ifade etmek üzere yabancı hukuk sistemlerinde başvurulan kavramlara bakılacak olursa; İsviçre hukukunda OR Art. 626[84] hükmünün Franızca versiyonunda ve Fransız hukukunda FrTK Art. L225-2 al. 1 hükmünde "*statuts*"[85]; OR Art. 626'nın Almanca versiyonunda "*Statuten*"; Alman hukukunda AktG §2'de "*Gesellschaftsvertrag*" ve §23'te "*Satzung*"[86]; İngiliz hukukunda CA 2006 sec. 18'de "*articles of association*" ve ABD'de Delaware hukukunda DGCL § 102 hükmünde "*certificate of incorporation*" kavramlarına yer verilmiştir.

İncelemenin devamında bütün ticaret şirketleri bakımından, kanuni terim olan "şirket sözleşmesi"; anonim ortaklıklar bakımından, kanun koyucunun tercihi

---

Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 309-406, s. 319'da "ana mukavele" kavramları kullanılmıştır.

[81] Anonim ortaklık esas sözleşmesi için Kanunname-i Ticaret m. 34'te "şirket mukavelesi"; eTK 1926 m. 278 vd.'da "esas mukavele" ve m. 279'da "esasî mukavelename"; eTK m. 279'da "esas mukavele" terimleri kullanılmıştır. Ayrıca Kanunname-i Ticaret'in yürürlükte olduğu dönemde kurulan pek çok anonim ortaklığın esas sözleşmesi için "nizamname-i dâhili" ve "nizamname-i esasî" kavramları kullanılmıştır.

[82] Bkz. anonim ortaklık için TK m. 339, sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık için TK m. 566, kollektif ortaklık için TK m. 212, adi komandit ortaklık için TK m. 308/1, limited ortaklık için TK m. 575, kooperatif için KoopK m. 4.

[83] Bkz. TK m. 32/2, 128-132, 135/1, 149/4, 151/6, 184-189, 195/1-(a).2, 345/2, 940/4-(b) hükümlerinde "şirket sözleşmesi" kavramı, anonim ve/veya sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket için de kullanılmıştır.

[84] Hükmün İtalyanca versiyonunda ise "*statuti*" terimi kullanılmaktadır.

[85] Fransız şirketler hukuku öğretisinde ise ayrıca "*contrat social*", "*pacte social*" ve "*charte sociale*" terimleri de kullanılmaktadır (Guyon, **a.g.e.**, s. 32)

[86] Alman hukukuna paralel olarak, Avusturya Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun (*Aktiengesetz*) §2 ve §16 hükümlerinde de sırasıyla "*Gesellschaftsvertrag*" ve "Satzung" kavramları benimsenmiştir.

doğrultusunda ve öğretide de yerleşmiş olması itibarıyla, "esas sözleşme" terimi kullanılmıştır. Böylelikle anonim ortaklığın şirket sözleşmesini, diğer ticaret ortaklıklarının şirket sözleşmesinden kolaylıkla ayırt etmek mümkün olmaktadır[87].

C. Esas Sözleşmenin Hukuki Niteliği ve Sözleşmelerin Tasnifi Açısından Özellikleri

Esas sözleşmenin[88] hukuki niteliği sorunu, şirketler ve borçlar hukukunun dogmatik temellerine nüfuz eden, bu itibarla oldukça derinlikli ve tartışmalı bir konudur[89]. Yaklaşık 150 yıllık bir birikimin üzerinde yükselen bu tartışmanın, aynı zamanda şirketler hukukunun tarihsel[90] ve ekonomik[91] boyutlarıyla da yoğun bir etkileşim içinde olduğu anımsanmalıdır. Bu temel sorun yalnızca entelektüel ve kuramsal değil, pratik öneme de sahiptir. Esas sözleşmenin objektif norm mu, yoksa hukuki işlem mi teşkil ettiği; hukuki işlem ise ne tür bir işlem olduğu, öncelikle esas sözleşmeye uygulanacak hükümler açısından belirleyicidir. Nitekim esas sözleşme hükümlerinin hükümsüzlüğü, yorumu veya tahvili gibi hususların da hukuki nitelik sorunundan bağımsız düşünülmesi mümkün değildir[92]. İncelemenin konusunu teşkil eden esas sözleşme özgürlüğünün kaynağı ve sınırlarının tespiti de, pekâlâ hukuki nitelik meselesiyle yakından ilgilidir[93].

---

87 Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 9-45 dn. 23. Yazar "anasözleşme" teriminin, kooperatiflerin şirket sözleşmesiyle karıştırılma ihtimaline dikkat çekmiştir.

88 Esas sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin tespitler yalnızca anonim ortaklığa özgü olmayıp, bütün ticaret ortaklıkları, hatta kişi topluluğu olan bütün tüzel kişi statüleri için geçerlidir. Alman hukukunda da bu yönde bkz. Schwennicke, **a.g.e.**, §25 Rn. 34.

89 Holger Fleischer, "Zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen: Notizen aus rechtsdogmatischer und rechtsvergleichender Sicht", **Der Betrieb**, No: 26/27, 2013, s. 1466. Sorunun tüzel kişilik teorileriyle ilişkisi hakkında bu başlık altındaki açıklamaların devamına ve dn. 142 ile bağlı metne bkz.

90 Sorunun anonim ortaklığın tabi olduğu kuruluş sistemleriyle ilişkisi hakkında bkz. Birinci Bölüm, II, A, 1.

91 Sorunun ekonomik yaklaşımla bağlantısı hakkında bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4.

92 Hukuki nitelik sorununun diğer sonuçları için bkz. Schwennicke, **a.g.e.**, §25 Rn. 33. Karş. esas sözleşmenin sözleşme mi, yoksa objektif norm mu teşkil ettiğine dair tartışmanın çözümlenmemiş olmakla beraber, pratik öneminin azaldığı yönünde bkz. Bachmann, **a.g.e.**, §2 Rn. 45.

93 Örneğin, genel kurul kararları bakımından kanunda öngörülenlerden farklı bir butlan sebebine esas sözleşmede yer verilememesi, esas sözleşmenin sözleşmesel niteliğiyle ilişkilidir. Zira sözleşme yoluyla hukuk düzeninin öngördüğü hükümsüzlük rejiminin dışına çıkılması mümkün değildir. Ayrıntılı açıklama için bkz. dn. Üçüncü Bölüm dn. 269 ve bağlı metin. Benzer şekilde, nesnel

Esas sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin tartışmada zıt kutupları temsil eden sözleşme ve norm teorilerine ek olarak, bunlar arasında orta yol izleyen bağdaştırıcı yaklaşımlar da ileri sürülmüştür. Hukuki nitelik incelemesinde seçilen odak noktasının ve kriterin, ulaşılan tespitlere yön verdiği görülmektedir[94]. Nitekim ortaklığın kuruluş aşamasına ağırlık verilmesi halinde, esas sözleşme kurucuların irade özerkliğine dayanan bir hukuki işlem (sözleşme) temelinde açıklanmaktadır. Ancak tescille beraber genişleyen etki alanına, düzenleyici işlevine ve değiştirilme yöntemine bakıldığında, esas sözleşme hükümleri, bizzat ortaklığa tanınmış olan hukuk yaratma yetkisine (tüzel özerkliği - *Verbandsautonomie*[95]) dayanan objektif normlar olarak görülmektedir. Esas sözleşmenin farklı yönlerini birlikte değerlendiren bağdaştırıcı görüşler ise sözleşme ve norm teorilerinin arasında konumlanmaktadır. Ne var ki bu görüşlerin de kendi içinde önemli farkların olduğu; hatta bir kısmının son tahlilde esas sözleşmeyi objektif norm, bir kısmının ise sözleşme olarak nitelediği görülmektedir. Öğretide ihmal edildiği gözlemlenen söz konusu ayrımların da bu çalışmada belirginleştirilmesi amaçlanmıştır.

Hukuki nitelik sorununun dogmatik derinliği, özellikle meselenin tüzel kişilik teorileriyle bağlantısından kaynaklanmaktadır. Hatta tüzel kişilik teorilerinin, esas sözleşmenin hukuki niteliği tartışmasında başlangıç noktası teşkil ettiği dahi ileri sürülmüştür[96]. Bu tespit anonim ortaklık bakımından kısmen isabetli olmakla beraber, esas sözleşmenin hukuki niteliğinin, benimsenecek tüzel kişilik teorisiyle doğrudan bağlantılı olmadığı şimdiden vurgulanmalıdır. Öncelikle tüzel kişilik teorileri ile esas sözleşmenin hukuki niteliği arasında kurulan mantık zincirinde bazı kopukluklar olduğu görülmektedir[97]. Ayrıca belirli bir tüzel kişilik teorisi çerçevesinde hem sözleşme hem de norm teorisini farklı gerekçelerle savunmak

---

hukuk normlarının aksine, esas sözleşmede idari veya cezai yaptırım öngörülmesi de mümkün değildir.

94 Wiedemann, **GesR**, s. 161-162; Karsten Schmidt, **Gesellschaftsrecht**, 4. bs., Köln, Carl Heymanns Verlag, 2002, s. 77; Limmer, **Spindler/Stilz AktG**, §23 Rn. 3; Noack, **a.g.e.**, s. 17.

95 Kavram hakkında bkz. dn. 113, 141 ve bunlara bağlı metinler.

96 Werner von Steiger, (Patry, Robert), **Schweizerisches Privatrecht**, Ed. Werner von Steiger, C: VIII/1 Grundlagen des Handelsrechts, Basel, Helbing Lichtenhahn, 1976, s. 273; Frey, **a.g.e.**, s. 5. *Frey*'i takiben bu çerçevede bir inceleme için bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 15-19.

97 Fleischer, **Auslegung**, s. 1472.

mümkündür[98]. Başka bir anlatımla, belirli bir tüzel kişilik teorisini benimsemek, esas sözleşmenin hukuki niteliğini peşinen belirlememektedir. Kaldı ki *von Gierke'*nin gerçeklik teorisi çerçevesinde, tüzel kişiliği haiz ortaklıkların statüsünün (esas sözleşme), hukuki işlem sahası dışında bir "sosyal toplu işlem"e dayandığı yönündeki sav günümüzde etkisini tamamen yitirmiştir[99]. Üstelik söz konusu yaklaşımın etkili olduğu dönemde dahi, sözleşme teorisi farklı gerekçelerle öğretideki hakim konumunu korumuştur.

Hukuki nitelik tartışmasında önceki yüzyılın tüzel kişilik teorilerine bağlı kalmak yerine, artık çoğunlukla sözleşmenin ve objektif normun unsurlarını esas sözleşme kapsamında aramaya yönelik kavramsal argümanlara ya da sonuç odaklı, pragmatik gerekçelere başvurulduğu görülmektedir. Öte yandan ulaşılacak sonucun teorik zeminle uyum içinde olmasının gerektiği izahtan varestedir. Açıklanan nedenlerle, inceleme yalnızca tüzel kişilik teorileri ekseninde yürütülmeyip, bunlarla bağlantılı tespitler, diğer gerekçelerin yanında ele alımıştır. Böylelikle anonim ortaklıklar hukukunun ezberlerinden biri haline gelmiş olan, "*kuruluşta sözleşme teşkil eden esas sözleşmenin, tescilden sonra objektif norma dönüştüğü*" yönündeki kulağa cazip gelen kabulün dayandığı varsayımların ve yargıların ögelerine ayrılarak âdeta sağlaması yapılmıştır.

1. Sözleşmesel Nitelik Sorunu

a. Sözleşme Teorisi

"Sözleşme teorisi"[100] çerçevesinde esas sözleşmenin hukuki anlamda sözleşme niteliğini haiz olduğu ileri sürülmektedir[101]. Anılan teoriyi destekleyenlerin

---

[98] Tüzel kişiliği "gerçeklik teorisi" çerçevesinde açıklayan ve esas sözleşmenin objektif norm teşkil ettiğini savunan yazarların, aynı zamanda esas sözleşmenin tüzel kişi ile pay sahipleri arasında bir borç ilişkisi doğurduğunu ileri sürdüğü görülmektedir (Otto Gierke, **Das Wesen der Menschlichen Verbände**, Berlin, Buchdruckerei von Gustav Schade, 1902, s. 27-28; Zumstein, **a.g.e.**, s. 15 dn. 4). Oysa bu durum esas sözleşmenin, en azından ortaklık ve pay sahipleri arasında sözleşme teşkil ettiğinin kabulü anlamına gelir (**a.e.**, s. 14-15). Diğer taraftan ise tüzel kişiliğe dair "varsayım teorisinin" benimsenmesine rağmen, farklı gerekçelerle norm teorisini desteklemek pekâlâ amümkündür. Bu kapsamda esas sözleşmenin taraflarını aşan etki alanı ve değiştirilmesi için oy birliğinin aranmaması, sıklıkla başvurulan argümanlar arasındadır.

[99] Frey, **a.g.e.**, s. 8; Noack, **a.g.e.**, s. 106; Fleischer, **Auslegung**, s. 1471. Norm teorisi ile gerçeklik teorisi arasındaki ilişki ve "sosyal kurucu işlem teorisi" hakkında bkz. dn. 142-150 ve bağlı metin.

[100] Bunun yerine, "irade özerkliği teorisi" kavramı da kullanılmaktadır (Frey, **a.g.e.**, s. 10 dn. 20).

genellikle anonim ortaklığın ve esas sözleşmenin kuruluş aşamasına odaklandığı görülmektedir. Nitekim esas sözleşme hukuki işlem[102] temelinde kurulur; dolayısıyla hukuki dayanağını kurucuların irade özerkliğinden alır[103]. Esas sözleşmenin,

---

[101] İsviçre hukukunda sözleşme teorisini destekleyen yazarlar için bkz. Andreas Binder, **Die Verfassung der Aktiengesellschaft**, Grüsch, Verlag Rüegger, 1987, s. 51; August Egger, **İsviçre Medeni Kanunu Şerhi**, Çev. Volf Çernis, C: I Giriş ve Kişinin Hukuku Mad. 1-10 ve 11-89, 2. bs., Ankara, Adalet Bakanlığı Yayınları, 1947, m. 60 N. 17; Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, C: I-II, Çev. Cevat Edege, Ankara, Olgaç Matbaası, 1983, s. 138; Alman hukukunda bkz. von Tuhr, **BGB**, s. 503-505; Flume, **Juristische Person**, 315-32; Theodor Soergel, Walther Hadding, **Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, C: I Allgemeiner Teil 1 (§§ 1-103 BGB), 13. bs., Stuttgart, Kohlhammer, 2000, § 25 Rn. 11; Rudolf Müller-Erzbach, **Das Private Recht Der Mitgliederschaft Als Prüfstein Eines Kausalen Rechtsdenkens**, Weimar, Hermann Böhlaus Nachfolger, 1948, s. 181-184; Günter Weick, **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, C: I Allgemeiner Teil §§ 21-103, Berlin, Sellier - De Gruyter, 1995, § 25 Rn. 15; Lutter, **a.g.m.**, s. 95; Wiedemann, **GesR**, s. 162; Eduard Bötticher, "Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle", **Zeitschrift für Arbeitsrecht**, C: I, 1970, s. 3 vd.; Walther Hadding, "Korporationsrechtlice oder rechtsgeschaftliche Grundlagen des Vereinsrechts", **Festschrift für Robert Fischer**, Ed. Marcus Lutter, Walter Stimpel, Herbert Wiedemann, Berlin, De Gruyter, 1979, s. 188-192; Oliver C. Brändel, **Aktiengesetz Großkommentar**, Ed. Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann, C: I Einleitung §§1-53, 4. bs., De Gruyter, Berlin 2004, § 2 Rn. 49 dn. 90'da anılanlar; Hey, **a.g.e.**, s. 30-31; Schwennicke, **a.g.e.**, §25 Rn. 34. Sözleşme teorisinin benimsenmiş olduğu İngiliz hukukunda kanun koyucunun CA 2006'nın hazırlık aşamasına yansıyan görüşü için bkz. Company Law Reform Steering Group, **Modern Company Law for a Competitive Economy: Completing the Structure**, London, y.y., November 2000, N. 5.68, (Çevrimiçi) www.berr.gov.uk/whatwedo/businesslaw/co-act-2006/clr-review/page25080.html, 07.08.2020. İçtihat hukukunda bkz. *Bratton Seymour Service Co Ltd v Oxborough* [1992] BCLC 693. Türk hukukunda bkz. Kemal Şükrü Onsun, **Ticaret Şirketleri**, Ankara, Türkiye Matbaacılık ve Gazetecilik, 1949, s. 103; Arslanlı, **AŞ I**, s. 26, 57-58. Yazar esas sözleşmenin katılıma açık bir adi şirket teşkil ettiği görüşündedir. eTK döneminde hem ani, hem de tedricî kuruluş bakımından sözleşme teorisinin geçerli olduğunu ve bunun öğretide hakim görüş konumunda olduğunu ifade eden *Arslanlı,* şirket sözleşmesinin, ayrıca karşılıklı ve çok taraflı bir sözleşme olduğu görüşündedir (Arslanlı, **Kollektif**, s. 37, 40). Ayrıca bkz. Ansay, **a.g.e.**, s. 58 dn. 11a; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 56-70; Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 10-10; Erdem, **Contrat**, s. 222; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 486b. TK m. 354/1'de sayılan ticaret sicilinin olumlu etkisinden yararlanan hükümler haricinde, esas sözleşmenin sözleşmesel niteliğini tescilden sonra da koruduğu yönünde bkz. Manavgat, (Kırca, Şehirali Çelik), **AŞ**, s. 299. Karş. Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 11. *Moroğlu* ortaklığın tescilinden sonra esas sözleşmenin objektif hukuk kurallarına dönüştüğünü ileri sürmesine karşılık, sonradan pay iktisap edenlerin esas sözleşmeye tabi olmalarını iltihakî sözleşme niteliğiyle açıklamıştır. *Bahtiyar* esas sözleşmenin, ortaklığın tescilinden önce olduğu gibi, sonrasında da iltihakî sözleşme niteliğini muhafaza ettiğini belirtmiştir (Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 10-11). Bununla birlikte yazar esas sözleşmenin "*karma ve kendine özgü nitelikte*" olduğunu; zira "*hem norm, hem sözleşme*" özelliklerini haiz olduğu görüşündedir (**a.e.**, s. 31, 68).

[102] Kavram için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 38: "*Hukuk düzeni hukukî bir sonucu, ancak bu sonuca yönelen bir irade açıklamasına bağladığı ve bu açıklamanın içeriğine uygun olarak gerçekleştirdiği takdirdedir ki bir hukukî işlem söz konusu olur*". Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 605: "*İrade açıklaması belirli bir hukukî sonucun doğması arzu edilerek yapılmışsa ve hukuk düzeni de bu arzuya o hukuîî sonucu bağlamışsa ortada bir 'hukukî işlem' var demektir*".

[103] İsviçre hukukunda Hüppi, **a.g.e.**, s. 1; Frey, **a.g.e.**, s. 5; Bartlomé, **a.g.e.**, s. 40; von Steiger, **SA**, s. 41. Alman hukukunda bkz. von Tuhr, **BGB**, s. 503; Flume, **Juristische Person**, s. 317;

kurucuların tamamının irade beyanlarının uyuşmasıyla kurulması nedeniyle, burada sözü edilen hukuki işlemin bir sözleşme olduğu açıktır[104].

Teori çerçevesinde esas sözleşmenin sözleşmesel niteliğini, şirketin tescilinden sonra da koruduğu ifade edilmektedir[105]. Zira yalnızca kuruluş esas sözleşmesi değil, esas sözleşme değişiklikleri de hukuki işlem yoluyla gerçekleştirilir[106]. Ancak şirketin tescilinden sonra esas sözleşmenin kurucuları aşan bir etkiye kavuştuğu, bu bağlamda şirket ve pay sahipleri bakımından bağlayıcı kurallar getirdiği dikkate alınarak, esas sözleşme hükümleri "taraflarca kararlaştırılmış normlar" (*vereinbarte Normen*) olarak nitelendirilir[107]. Ne var ki bu durum, esas sözleşmenin nihayetinde bir sözleşme olduğu gerçeğini değiştirmemekte ve esas sözleşmenin, kurucuları aşan etkisi hukuki işlem çerçevesinde açıklanmaktadır. Nitekim kurucular ve ortaklığa sonradan katılan pay sahipleri bakımından söz konusu etki, ortaklığı kurma ve ortaklığa katılma iradesine dayandırılmaktadır[108].

Sözleşme teorisini destekleyenlerin aynı zamanda dernek tüzüğünün hukuki niteliği bağlamında dile getirilen gerekçelere de başvurduğu dikkat çekmektedir. Nitekim Alman ve İsviçre hukukunda şahıs şirketleri tüzel kişiliği haiz olmayıp, adi şirket temelinde açıklanmakta; sermaye şirketlerine ise dernek temelinde

---

Wiedemann, **GesR**, 162; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 7. Karş. esas sözleşmenin hukuki dayanağını doğrudan tüzel kişi özerkliğinden aldığı yönünde bkz. dn. 142 ve bağlı metin.

[104] Bartlomé, **a.g.e.**, s. 40; Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §2 N. 125; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 10. Kurucuların şirket kurma yönündeki ortak amaca yönelen irade açıklamalarının karşılıklı olmayıp, paralellik arz ettiği ve şirket kuruluşunun sözleşme değil "toplu hukuki işlem" (*Gesamtakt*) teşkil ettiği yönündeki açıklama için bkz. dn. 197.

[105] Schwennicke, **a.g.e.**, §25 Rn. 32; Lars Leuschner, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Ed. Franz-Jürgen Säcker et. al., C: I Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. bs., München, C.H. Beck, 2018, §25 Rn. 15.

[106] Frey, **a.g.e.**, s. 40 dn. 2; Leuschner, **a.g.e.**, §25 Rn. 15.

[107] Binder, **a.g.e.**, s. 54. Belirtilmelidir ki yazar burada "norm" kavramını, objektif hukuk kuralı anlamında kullanmayıp, ortaklık düzeninde geçerli olan genel ve soyut kuralları ifade etmektedir.

[108] von Tuhr, **BGB**, s 505; Bötticher, **a.g.m.**, s. 27-28; Wiedemann, **GesR**, 162; Lutter, **a.g.m.**, s. 95; Hadding, **a.g.m.** s. 188-191; Noack, **a.g.e.**, s. 107; Zöllner, **a.g.m.**, s. 30-31; Leuschner, **a.g.e.**, §25 Rn. 15; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 7; von Greyerz, (Wohlmann), **a.g.e.**, s. 102; Lombardini, **a.g.e.**, Art. 626 N. 3; Arslanlı, **AŞ I**, s. 58; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 11, 13. Dernekler yönünden bkz. Baki İlkay Engin, **Dernek Üyeliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi**, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1995, s. 32.

yaklaşılmaktadır[109]. Bu ikileşimin bir uzantısı olarak, kanun boşluğu bulunması halinde şahıs şirketlerine adi şirket hükümleri, sermaye şirketlerine ise derneğe ilişkin hükümler uygulanmaktadır[110]. Anonim ortaklık ve dernek arasındaki bu dogmatik bağlantı nedeniyle, dernek tüzüğünün hukuki niteliği hakkındaki tartışma ve birikim, anonim ortaklıklar hukukuna aktarılmıştır[111].

Bu kapsamda derneğin kuruluşu sözleşme temelinde açıklanmakta[112] ve derneğin tüzel kişilik kazanmasından sonra da tüzüğün sözleşmesel niteliğini koruduğu belirtilmaktadır[113]. Ayrıca derneğin bizzat tabi olacağı kuralları koyma, böylelikle kendi hukukunu yaratma konusundaki yetkisini ifade eden dernek özerkliği (*Vereinsautonomi*e[114]), esasında dernek üyelerinin irade özerkliğinin bir uzantısı olarak görülür[115]. Bu hususu açıklamaya elverişli olan yegâne yaklaşım ise

---

[109] Derneğin, tüzel kişilerin temel formu (*Grundform*) olarak kabul edilmesine bağlı olarak bu yönde bkz. Baumbach, Hueck, Hueck, **a.g.e.**, §1 Rn. 3; Eckardt Ulrich, **Aktiengesetz**, Ed. Geßler, Ernst et. al., C: I §§1-75, München, Franz Vahlen, 1984, §1 Rn. 50; Brändel, **GroßK 2004**, §1 Rn. 3; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 11; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 18. İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. Bartlomé, **a.g.e.**, s. 43.

[110] Eckardt, **a.g.e.**, §1 Rn. 50; Christine Windbichler, **Gesellschaftsrecht**, 24. bs., München, C.H. Beck, 2017, s. 23; Adolf Baumbach, Alfred Hueck, Götz Hueck, **Aktiengesetz**, 13. bs., München, C.H. Beck, 1968, §1 Rn. 3; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 18. Alman hukukunda adi şirket (*Gesellschaft des Bürgerlischen Rechts*) BGB § 705-740 hükümlerinde, dernek (*Verein*) ise BGB § 21-79a hükümlerinde düzenlenmektedir. İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. Bartlomé, **a.g.e.**, s. 43. Ayrımın Türk hukuku açısından değerlendirilmesi için bkz. İkinci Bölüm, II, C, 1, d, (2), viii.

[111] Pentz, **MüKoAktG,** §23 Rn. 38; Bachmann, **a.g.e.**, §2 Rn. 45. Esasında dernek tüzüğü ve anonim ortaklık esas sözleşmesi bağlamındaki tartışmaların etkileşim içinde olduğunu söylemek daha isabetli olur. Nitekim dernek tüzüğünün hukuki niteliği kapsamında da esas sözleşme yönünden dile getirilen gerekçelere başvurulduğu; bu sebeple ilişkinin tek taraflı olmadığı görülmektedir. Örn. bkz. Schwennicke, **a.g.e.**, §25 Rn. 25-34.

[112] Flume, **Juristische Person**, s. 317-319; Hadding, **a.g.m.**, s. 188-190; von Tuhr, **OR**, s. 138; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 96; Engin, **a.g.e.**, s. 26-27 ve dn. 27'de anılan eserler; Dural, Öğüz, **a.g.e.**, N. 1254. Anılan son yazarlar dernek kuruluşunu, adi ortaklık sözleşmesinin bir görünümü olarak, çok taraflı kendine özgü bir sözleşme olarak nitelemektedirler.

[113] Wiedemann, **GesR**, s. 161, dn. 4'te anılan eserler; Leuschner, **a.g.e.**, §25 Rn. 13-15. Aksi yönde bkz. Dieter Reuter, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Ed. Franz-Jürgen Säcker et. al., C: I Allgemeiner Teil §§ 1-240 ProstG, AGG, 7. bs., München, C.H. Beck, 2015, §25 Rn. 19. Karş. Engin, **a.g.e.**, s. 27-28.

[114] Leuschner, **a.g.e.**, §25 Rn. 13; Schwennicke, **a.g.e.**, § 25 Rn. 5; Engin, **a.g.e.**, s. 21 Özel hukuk tüzel kişilerinin kendi hukukunu yaratma konusunda sahip olduğu özerkliği ifade etmek üzere "*körperschaftliche Privatautonomie"* (Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 38; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 3) veya "*Verbandsautonomie*" (Wiedemann, **GesR**, s. 161; Schwennicke, **a.g.e.**, § 25 Rn. 26) kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Bu kavramları "tüzel kişi özerkliği" olarak isimlendirmek mümkündür. Tüzel kişi özerkliğine dair bilgi için bkz. dn. 142-148 ve bağlı metin.

[115] Leuschner, **a.g.e.**, §25 Rn. 13; Flume, **Juristische Person**, s. 317; Lutter, **a.g.m.**, s. 94-95; Hadding, **a.g.m.**, s. 192; Soergel, Hadding, **a.g.e.**, §25 Rn. 17. Derneğin kendi tüzüğü aracılığıyla

sözleşme teorisidir[116]. Aksi halde dernek üyelerinin objektif norm ihdas etme yetkisine sahip olduklarını kabul etmek gerekecek; fakat bu yetkinin hukuki dayanağını tespit etmek hiç de kolay olmayacaktır[117]. Aynı şekilde anonim ortaklığın esas sözleşme aracılığıyla kendi hukukunu yaratma hususunda sahip olduğu yetki (esas sözleşme özerkliği - *Satzungsautonomie*[118]), pay sahiplerinin irade özerkliğine dayandırılmaktadır[119].

Şirketin tescilinden itibaren esas sözleşme, kural olarak oybirliğiyle değil, çoğunluğun iradesiyle değiştirilebilir ve söz konusu değişiklikler tüm pay sahiplerini bağlar. Dolayısıyla bazı pay sahiplerinin, kendi iradelerinin hilafına olacak şekilde, değiştirilen kurallarla bağlı olduğu düşünülebilir. Ancak bu durum da esas sözleşmenin sözleşmesel niteliğine halel getirmez. Nitekim çoğunluk ilkesinin geçerli olduğu bir ortaklığa katılan kişi, aynı zamanda çoğunluk ilkesine de baştan rıza göstemiş olur[120].

Esas sözleşmenin sözleşmesel niteliğinin, kanun koyucunun kavramsal tercihiyle de teyit edildiği ifade edilmektedir. Nitekim Alman hukukunda anonim ortaklığa ilişkin genel hükümlerde yer alan AktG §2'de "esas sözleşme" (*Satzung*) ve "şirket sözleşmesi" (*Gesellschaftsvertrag*) terimleri bir arada ve eş anlamlı olarak

---

kendi hukukunu yaratma konusunda sahip olduğu yetkiyi ifade eden "tüzük özerkliğinin" (*Satzungsautonomie*) de irade özerkliği ilkesinin özel bir görünümü olduğu yönünde bkz. Schwennicke, **a.g.e.**, §25 Rn. 10.

[116] Bu bağlamda sözleşme teorisi ile tüzel kişiliğin doğasına dair varsayım teorisi arasındaki bağlantı hakkında bkz. Frey, **a.g.e.**, s. 8-9.

[117] Leuschner, **a.g.e.**, §25 Rn. 13.

[118] Kavram için bkz. Arnold, **KK**, §23 Rn. 9. Ayrıca bkz. Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §2 N. 125. Yazarlar esas sözleşmeyi ortaklığın "özerk anayasası" ("*une constitution, une charte fondamentale autonome"*) olarak nitelendirmektedirler.

[119] Kunz, **a.g.m.**, s. 59.

[120] Alman hukukunda bkz. von Tuhr, **BGB**, s. 505; Hadding, **a.g.m.**, s. 191; Wiedemann, **GesR**, s. 162; Leuschner, **a.g.e.**, §25 Rn. 15; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 7. Detaylı açıklama için bkz. Eduard Bötticher, **Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht**, Berlin, De Gruyter, 1964, s. 28-33. İsviçre hukukunda bkz. Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, a.g.e., §39 Rn. 24; Druey, Druey, Glanzmann, **a.g.e.**, s. 124. Bu yöndeki Federal Mahkeme kararları için bkz. BGE 95 II 157, s. 163; 99 II 55, s. 62; 102 II 265, s. 269 [kararların metni için bkz. (Çevrimiçi) www.bger.ch, 20.08.2020]. Fransız hukukunda bkz. Gaillard, **a.g.e.**, s. 16. Türk hukukunda birçoğu yerine bkz. Arslanlı, **AŞ I**, s. 252. Dernekler için bu yönde bkz. Engin, **a.g.e.**, s. 41.

kullanılmaktadır[121]. Buradan hareketle esas sözleşme anonim ortaklığın kuruluşu ve kuruluşa bağlı olarak ortaya çıkan hak ve yükümlülükler bakımından kurucular arasında akdedilen bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir[122]. Benzer şekilde OR 1881'in 615. maddesinde anonim ortaklık esas sözleşmesi için "esas sözleşme" (*Statuten*) ve "şirket sözleşmesi" (*Gesellschaftsvertrag*) terimleri eş anlamlı olarak kullanılmış[123]; öğretide bu husus sözleşmesel niteliğin kanun koyucu tarafından da desteklenmesi olarak yorumlanmıştır[124].

b. Norm Teorisi

"Norm teorisi"[125] uyarınca esas sözleşme bir hukuki işlem olmayıp, objektif hukuk normu niteliğini haizdir[126]. Anılan teori çerçevesinde özellikle esas sözleşmenin konusuna, etki alanına, düzenleyici işlevine ve değiştirilme yöntemine odaklanıldığı görülmektedir. Nitekim esas sözleşme önceden belirli olmayan durumlarda ve kişiler arasında uygulanmak üzere öngörülen genel ve soyut nitelikli hükümlerden oluşur[127]. Ayrıca geniş bir etki alanına ve bağlayıcılık gücüne sahiptir.

---

[121] Müller-Erzbach, **a.g.e.**, s. 181; Arnold, **KK**, §23 Rn. 8; Bachmann, **a.g.e.**, §2 Rn. 44; Limmer, **Spindler/Stilz AktG**, §23 Rn. 3.

[122] Arnold, **KK**, §23 Rn. 8. Aksi yönde bkz. Eckardt, **a.g.e.**, §2 Rn. 7.

[123] OR 1881 Art. 615'in Fransızca versiyonunda ise esas sözleşme için yalnızca "*Statuts*" terimine yer verilmiştir.

[124] Bartlomé, **a.g.e.**, s. 41. Öte yandan OR 1936 ve OR 1991'nin Almanca versiyonunda esas sözleşme için yalnızca "*Statuten*" terimine başvurulduğu görülmektedir. Bu değişikliğin esas sözleşmenin hukuki niteliği tartışmasına yansıması hakkında bkz. dn. 157-158.

[125] Bunun yerine, Alman anayasasını ifade eden "*Grundgesetz*" terimini esas alan "temel kanun teorisi" (*Grundgesetztheorie*) veya "esas sözleşme özerkliği teorisi" (*Theorie der Satzungsautonomie*) kavramları da kullanılmaktadır. Bkz. Frey, **a.g.e.**, s. 11; Bartlomé, **a.g.e.**, s. 42.

[126] İsviçre hukukunda norm teorisini destekleyen yazarlar için bkz. Landolt, **a.g.e.**, s. 23; Burckhardt, s. 311; König, **a.g.e.**, s 14; Müller, **a.g.e.**, s. 35; Fridolin Allemann, **Das Verhältnis des Reglementes zu den Statuten der Aktiengesellschaft**, Zürich, Brunner & Bodmer, 1951, s. 24 vd. Karş. Bartlomé, **a.g.e.**, s. 41-44. *Bartlomé* tescil öncesinde imzalanan esas sözleşme metni ile tescil sonrasında yürürlüğe giren esas sözleşmeyi hem kavramsal, hem de hukuki olarak birbirinden ayırmış; fakat esas sözleşme taslağının tescille birlikte "esas sözleşme" mertebesine yükseldiğini ve esas sözleşmenin objektif norm teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Bu bakımdan yazarın yaklaşımı "değiştirilmiş norm teorisi" [bkz. İkinci Bölüm, II, C, 1, c, (1)] kapsamında da değerlendirilmeye müsaittir. Alman hukukunda bkz. Meyer-Cording, **a.g.e.**, s. 43-47; Wiedemann, **GesR**, s. 161, dn.4'te anılan eserler; Würdinger, **Aktienrecht**, s. 33 vd. Dernek tüzüğü bakımından Reuter, **a.g.e.**, §25 Rn. 19.

[127] Meyer-Cording, **a.g.e.**, s. 46; Baudenbacher, **BSK**, Vor. Art. 620 N. 7. Karş. Wiedemann, **GesR**, s. 162. Yazar esas sözleşme gibi, genel işlem şartları ve toplu iş sözleşmelerinin de genel ve soyut

Bu kapsamda yalnızca esas sözleşmenin tarafları (kurucular) değil, şirkete sonradan katılan pay sahipleri de esas sözleşmeye kendiliğinden tabi olurlar. Teoriyi destekleyenler, şirkete sonradan katılan kişinin açık veya zımni rızası olmaksızın esas sözleşmeyle bağlı olmasını sözleşmesel temelde açıklamanın mümkün olmadığını ifade ederler[128]. Zira tabi olacağı esas sözleşme hükümlerinden haberdar olması bile gerekmeyen yeni pay sahibinin, esas sözleşmenin tarafı olduğu söylenemeyecektir. Kaldı ki bu kişinin esas sözleşmeye taraf olması için kendi rızası yeterli olmamakta; esas sözleşmenin hâlihazırdaki taraflarının tamamının bu işleme onay vermesi gerekmektedir[129]. Görüldüğü üzere şirkete katılmayı sağlayan pay iktisabı işlemi, aynı zamanda esas sözleşmeye taraf olmak anlamına gelmez[130].

Meseleye halka açık veya kapalı olmakla birlikte yaygın pay sahipliği yapısını haiz anonim ortaklıklar açısından bakılacak olursa, kendi aralarında "anonim" kalabilen[131], dolayısıyla birbirlerini tanımayan ve sürekli değişebilen pay sahiplerinin arasında sözleşme ilişkisi olmaması daha kolay anlaşılabilir[132]. Halbuki anonim ortaklıklar hukukuna göre, pay iktisap ederek şirkete katılan kişi, pay sahipliği sıfatını edinir ve bizatihi buna bağlı olarak, tıpkı kanun hükümleri veya genel işlem şartlarında olduğu gibi, esas sözleşme hükümleri kendisine karşı geçerli olur[133]. Tüzel kişiyi oluşturan kişilere karşı ve onların iradelerinden ayrı bir

---

nitelikli hükümler öngördüğünü; ancak bu hususun sözleşmesel niteliği etkilemediğini vurgulamaktadır.

[128] Frey, **a.g.e.**, s. 11; Bartlomé, **a.g.e.**, s. 41. K.g. Wiedemann, **GesR**, s. 162; Leuschner, **a.g.e.**, §25 Rn. 15; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 7; Arslanlı, **AŞ I**, s. 58; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 11.

[129] Bartlomé, **a.g.e.**, s. 41.

[130] Pay iktisap etmek suretiyle anonim ortaklığa katılmak ile esas sözleşmeye taraf olmak arasındaki fark hakkındaki değerlendirme ve tespitler için bkz. İkinci Bölüm, II, D.

[131] Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §39 N. 7. Anonim ortaklığın "anonim" olma özelliği hakkında detaylı bilgi için bkz. Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §16 N. 141; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 88-94.

[132] Bartlomé, **a.g.e.**, s. 41; İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s. 106-107; Ripert, Roblot, **a.g.e.**, s. 283.

[133] Frey, **a.g.e.**, s. 11; Bartlomé, **a.g.e.**, s. 41. Aynı yönde bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 21. Benzer şekilde esas sözleşme ile toplu iş sözleşmesi arasında da koşutluk kurulmaktadır (Reuter, **a.g.e.**, § 25 Rn. 18). Kanımca kişinin pazarlık yapma imkânı olmaksızın akdettiği bir sözleşmede yer alan şartlar ile esas sözleşme hükümleri arasında benzerlik kurmak, norm teorisini değil, sözleşme teorisini destekler. Zira yeni pay sahibinin esas sözleşme hükümlerini pazarlık konusu etmeksizin, bu hükümlerle bağlı olması, ilgili kuralların sözleşmesel mahiyetini değiştirmez. Nitekim genel işlem şartlarının, toplu iş sözleşmesinin ve esas sözleşmenin içeriği ile etki alanı bakımından özellikli konumuna dikkat çeken *Wiedemann*, bunların objektif hukuk normundan farkını

bağlayıcılık gücüne sahip olması nedeniyle, esas sözleşme hükümleri objektif hukuk normu olarak görülmektedir[134].

Esas sözleşmenin taraflarını aşan bir etki alanını haiz olması, sözleşmelerin nispiliği ilkesiyle bağdaşmadığı gibi; tam aksine, kanun hükümleri bakımından geçerli olan *ignorantia juris non excusat* ("kanunu bilmemek mazeret değildir") kuralının esas sözleşme bakımından da geçerli olduğu ileri sürülmüştür[135]. Dolayısıyla sözleşme teorisinden farklı olarak, norm teorisine göre esas sözleşmenin bağlayıcı kuvveti, ortaklığa katılanların esas sözleşme hükümlerini bildiği ve kabul ettiği varsayımına dayanmaz. Esas sözleşme bu kişilerin bilgi durumundan ve iradelerinden bağımsız olarak, kanun hükmü gibi sonuçlarını doğurur.

Geniş etki alanının yanında, ortaklık içindeki düzenleyici işlevi de gözetilerek, esas sözleşme anonim ortaklığın "anayasası" olarak nitelendirilmiştir[136]. Nitekim devletin anayasası gibi, esas sözleşme de şirket organlarının yetkilerini ve işlevlerini tayin eder[137]. Başlı başına bir hukuk düzeni gibi görülen ortaklık düzeni içindeki normlar hiyerarşisinin tepesine esas sözleşme yerleştirilmiş ve ortaklığın anayasasını düzenleme yetkisine sahip olan genel kurul da ortaklığın yasama organı olarak görülmüştür[138]. Üstelik dernek ve anonim ortaklık arasındaki dogmatik

---

vurgulamaktadır (Wiedemann, **GesR**, s. 162). Belirtilmelidir ki bir dönem dogmatik gerçeklerden koparak sosyolojik perspektife bağlı kalan Alman yazarlar ve -1955 yılına kadar- Alman Federal Mahkemesi, genel işlem şartlarını devletin yarattığı nesnel hukuk normlarına eş değer kabul etmiş; ancak daha sonra bu görüş önemini yitirmiştir. Genel işlem şartları ile hukuk normu arasındaki farklara dair bkz. Atamer, **GİŞ**, s. 77-80.

[134] Frey, **a.g.e.**, s. 21; Leuschner, **a.g.e.**, §25 Rn. 14; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, § 23 Rn. 6. Esas sözleşmenin "*sübjektif amaçları haiz objektif normlardan*" oluştuğu yönünde bkz. Burckhardt, **a.g.e.**, s. 311. Norm ve hukuki işlem arasındaki ayrımın kriteri olarak, yalnızca ilgili kuralın etki alanı dikkate alınacak olursa, esas sözleşmenin geniş, hatta belirsiz bir çevre üzerindeki bağlayıcılığı nedeniyle objektif norm olarak değerlendirilebileceği yönünde bkz. Wiedemann, **GesR**, s. 162.

[135] Bartlomé, **a.g.e.**, s. 43. Aynı yönde bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 13. Yazarın aynı sonuca "*pacta sunt servanda*" (ahde vefa ilkesi) yoluyla da ulaşması, esas sözleşmenin karma niteliği (norm ve sözleşme) haiz olduğu görüşüyle uyum içindedir. Bununla birlikte *ignorantia juris non excusat* kuralının esas sözleşme bakımından geçerli olmadığı peşinen belirtilmelidir [bkz. İkinci Bölüm, II, C, 1, d, (2), vii].

[136] Esas sözleşme için "anayasa" benzetmesi yapılan eserler ile bunun sebebine ilişkin bkz. dn. 43-44.

[137] von Tuhr, **BGB**, s. 502; Jean Nicholas Druey, (Guhl et. al.), **Das schweizerische Obligationenrecht: mit einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. bs., Zürich, Schulthess Verlag, 2000, s. 657-658; Müller, **a.g.e.**, s. 35; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 9.

[138] Bartlomé, **a.g.e.**, s. 44; von Greyerz, (Wohlmann), **a.g.e.**, s. 101.

bağlantı[139] dikkate alınarak, dernek tüzüğünün BGB § 25 hükmünde "*anayasa*" (*Verfassung*) olarak isimlendirilmiş olması bu metaforu pekiştirmiştir.

Esas sözleşme ile anayasa koşutluğunun benzetme düzeyinde kalmadığı ve normatif yansımalarının olduğu görülmektedir. Her şeyden önce esas sözleşmenin, kamu hukukuna ait bir kavramla anılması norm teorisine güç kazandırmıştır[140]. Ayrıca dernek tüzüğünün hukuki niteliğine dair argümanlar anonim ortaklıklar hukukuna taşınmış; bu kapsamda esas sözleşmenin hukuki dayanağını kurucuların veya pay sahiplerinin irade özerkliğinden değil, doğrudan tüzel kişi özerkliğinden aldığı ileri sürülmüştür. Norm teorisine göre anonim şirket, kendi hukuki statüsünü (esas sözleşme düzenini) kendisi belirler[141]. Söz konusu yetki ortaklığa kendi hukukunu yaratma konusunda devlet tarafından tanınan ve sınırları çizilen tüzel kişi özerkliğine dayandırılır[142]. Tüzel kişiye sağlanan kural koyma yetkisi -otonomi- nedeniyle, esas sözleşmenin objektif hukuk kurallarından oluştuğu ileri sürülmüştür.

Tüzel kişi özerkliği düşüncesi, *Renaud* tarafından ortaya atılan ve *von Gierke'*nin geliştirdiği toplu işlem teorisi (*die Gesamtaktstheorie*) [143] ile bunun kaynağını teşkil eden gerçeklik teorisi çerçevesinde geliştirilmiştir[144]. Gerçeklik teorisine göre tüzel kişinin kuruluş işlemi, taraflar arasında bir hukuki ilişki

---

[139] Bkz. dn. 108 ve bağlı metin.

[140] Frey, **a.g.e.**, s. 3-4. *Cramer*, "anayasa" kavramının esas sözleşmenin özel hukuk karakterini arka plana ittiğine dikkat çekmektedir (Cramer, **ZK**, Art. 626 N. 5)

[141] von Greyerz, (Wohlmann), **a.g.e.**, s. 100; Landolt, **a.g.e.**, s. 23; Siegwart, **a.g.e.**, Art. 626 N. 1; Bartlomé, **a.g.e.**, s. 7, 42-44; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §7 N3; Reuter, **a.g.e.**, §25 Rn. 19.

[142] Gierke, **Genossenschaftstheorie**, s. 132 vd.; Otto Gierke, **Deutsches Privatrecht**, C: I Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig, Verlag von Duncker &Humblot, 1895, s. 142-143, 150-151; Gierke, **Verbände**, s. 29 ve takiben von Tuhr, **BGB**, s. 503 dn. 34'te anılan eserler. Tüzel kişi özerkliğinin hukuk normu ihdas etme hususunda aslî bir yetki olmayıp, devlet tarafından delege edilmiş türev bir yetki olduğu yönünde bkz. Meyer-Cording, **a.g.e.**, s. 35, 47-49. Takiben bkz. Reuter, **a.g.e.**, §25 Rn. 18. *Gierke* derneklerden yola çıkarak, özel hukuk tüzel kişilerinin statüleri bağlamında tüzel kişi özerkliğini açıklamıştır. Söz konusu özerklik, farklı tüzel kişi türleri açısından ayrı kavramlarla ifade edilmektedir (bkz. dn. 113). Tıpkı "dernek özerkliği" (bkz. Engin, **a.g.e.**, s. 21) gibi, anonim şirketin kendi hukukunu yaratma yetkisi de "şirket özerkliği" olarak anılabilir.

[143] Teori hakkında bkz. Renaud, **a.g.e.**, s. 239-248, 301; Gierke, **Genossenschaftstheorie**, s. 133-136; Gierke, **Privatrecht**, s. 150-151, 485-486; Gierke, **Verbände**, s. 29 vd. Söz konusu teori, alternatif olarak, "sosyal hukuka özgü kurucu işlem teorisi" (*Theorie des sozialen Konstitutivaktes*) şeklinde de anılmaktadır.

[144] Wiedemann, **GesR**, s. 161; Engin, **a.g.e.**, s. 28; Corbisier, **a.g.e.**, s. 562.

yaratmayıp hak öznesi meydana getirdiği için, bireysel hukuk alanında örneği olmayan ve herhangi bir hukuki işlem türüne girmeyen, sosyal hukuka özgü "kurucu toplu işleme" (*schöpferischer Gesamtakt)* dayandırılır[145]. Benzer şekilde tüzel kişiliği haiz şirketlerin statüsü de, sözleşme teşkil etmeyip, tüzel kişi özerkliğine dayanan ve "sosyal hukuka özgü toplu işlem" (*socialrechtlicher Gesamtakt)* aracılığıyla öngörülen objektif normlardan oluşur[146] [147]. Söz konusu normların hukuki dayanağı bizzat tüzel kişiye tanınmış olan hukuk yaratma yetkisi olup, pay sahipleri kendilerini, "statü işlemi" (*Statusakt*) niteliğindeki esas sözleşmeye ve tüzel kişi özerkliğine "tabi" kılmaktadırlar[148].

---

[145] Gierke, **Genossenschaftstheorie**, 133-135; Gierke, **Privatrecht**, s. 486. Aynı kavramlar "tek taraflı toplu işlem" (*einseitigen Gesamtakt, l'acte collectif*), "sosyal hukuka özgü kurucu işlem" (*sozialrechtlichen Konstitutivakt*) veya "kendine özgü kurucu işlem" (*eigenartigen Schöpfungsakt*) terimleriyle de ifade edilmektedir (Müller-Erzbach, **a.g.e.**, s. 181). *Gierke*'yi takiben bkz. Meyer-Cording, **a.g.e.**, s. 34; Cramer, **ZK**, Art. 629 N. 4. Türk hukukunda bkz. Köprülü, **a.g.e.**, s. 445; Özsunay, **a.g.e.**, s. 140; Akünal, **a.g.e.**, s. 64. K.g. bkz. Flume, **Juristische Person**, s. 317. *Flume* tüzel kişiliğin kuruluşunun şüphesiz "kurucu toplu işleme" dayandığını, ancak bunun kendine özgü bir hukuki işlem olduğunu belirtmiştir. Ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 95; Eren, **a.g.e.**, s. 247; Serozan, **a.g.e.**, s. 328; Engin, **a.g.e.**, s. 27; Dural, Öğüz, **a.g.e.**, N. 1254.

[146] Gierke, **Privatrecht**, s. 142-143; Wiedemann, **GesR**, s. 160-161; Schmidt, **GesR**, s. 77. Gerçeklik teorisine göre, tüzel kişiliği olan ve olmayan ortaklıklar arasında bir ayrım yapılmaktadır. Alman ve İsviçre hukukunda, sermaye ortaklıklarının aksine, şahıs ortaklıklarının tüzel kişiliği bulunmadığından dolayı, sermaye şirketlerinin statüsü objektif norm; şahıs şirketlerinin statüsü ise sözleşme olarak görülür [von Greyerz, (Wohlmann), **a.g.e.**, s. 88].

[147] Kanımca esas sözleşmenin hukuki dayanağını tüzel kişi özerkliğinde aramak ve esas sözleşmenin arkasındaki iradenin -genel kurul vasıtasıyla- bizzat tüzel kişiye ait olduğunu tespit etmek için hukuki işlem dışı bir kavrama başvurmaya gerek yoktur. Nitekim esas sözleşme hükümlerinin tüzel kişi özerkliğine dayanan objektif normlardan oluştuğu yönündeki görüşün özellikle Alman hukukunda taraftar toplamış olmasına karşılık; esas sözleşmenin dayanağının, sosyal toplu işlem olduğu yönündeki sav günümüzde tamamen terk edilmiştir (Schmidt, **GesR**, s. 76; Engin, **a.g.e.**, s. 26; Fleischer, **Auslegung**, s. 1471). *Fleischer*, sosyal kurucu işlem teorisinin Alman şirketler hukukunda bir dönem oldukça etkili olduğunu; ancak bu metaforik ve gizemli anlatının hukuk dogmasına ve uygulamasına pek az katkısı olduğunu ifade etmektedir.

[148] Wiedemann, **GesR**, s. 160-161. Pay sahiplerinin kendilerini esas sözleşmeye tabi kılma yönündeki açıklamaları (kurucu açıklama - *Konstitutiverklärungen*) hukuki işlem niteliğinde görülmektedir. Ancak şirket ve pay sahipleri arasında hiyerarşik bir ilişki kuran bu "tabi olma" durumunu sözleşme temelinde açıklamak mümkün değildir. Bkz. Schwennicke, **a.g.e.**, § 25 Rn. 26, 30. Fransız hukuku kaynaklı kurum teorisi (*la théorie de l'institution*) çerçevesinde de benzer bir anlatı benimsenmiştir. Bu kapsamda aslen veya devren pay iktisabı işleminin, kendisi tarafından tanzim edilmemiş olan bir (esas) sözleşmeye "tabi olma" iradesini içerdiği; bu durumun ise devlet memuru olan bir kişinin kendisini belirli bir statüye tabi kılmasına benzediği ileri sürülmüştür. Zira katılım işlemi, sözleşme gibi "hukuk yaratmayı" değil, mevcut bir düzene tabi olmayı içerir. Üstelik bu yaklaşım tedricî kuruluş ve sermaye artırımındaki iştirak taahhüdünde olduğu gibi, ani kuruluşta ve pay devrinde de aynen benimsenmiştir (Gaillard, **a.g.e.**, s. 52). Kanımca Fransız hukukunda ani kuruluşta dahi esas sözleşmeyi hazırlayanlar ile sermaye taahhüt edenlerin farklı kişiler olabilmesi, bu yaklaşıma geçit vermiştir. Son olarak önemle belirtilmelidir ki, kurum

Tüzel kişi özerkliği, esasında kendisini oluşturanların kolektif iradesini yansıtmakla beraber, bu kişilerin münferit iradelerinden bağımsızdır[149]. Öte yandan özel hukuk tüzel kişilerine tanınmış olan norm ihdas etme yetkisi, kamu tüzel kişilerinin sahip olduğu yetkiye nazaran daha kısıtlıdır. Nitekim kamu tüzel kişileri herkese karşı ileri sürülebilen, genel ve objektif hukuk kuralları oluşturabilirken, özel hukuk tüzel kişileri yalnızca belirli bir çevreye karşı ileri sürülebilen normlar öngörebilir[150]. Meseleye anonim şirket açısından bakılacak olursa, "şirket özerkliği" yalnızca ilgili şirketin esas sözleşmesini kapsarken, bu bağlamda öngörülen kurallar da yalnızca şirket ilgililerini bağlayan normlardır[151].

Esas sözleşmenin hukuki dayanağını pay sahiplerinin irade özerkliğinden değil, devlet tarafından tüzel kişiye tanınan özerklikten aldığı yönündeki düşünce, anonim ortaklığın tabi olduğu kuruluş sistemleriyle[152] de yakından ilgilidir. Nitekim devletin ortaklık tüzel kişisine kendi hukukunu yaratma hususunda özerklik tanıması, ilgili ortaklığın kuruluşu için imtiyaz veya izin alınması gerekliliğiyle uyumlu bir görüntü sergilemektedir [153] . Normatif kuruluş sistemi çerçevesinde de, esas sözleşmenin akdedilmesi neticesinde anonim ortaklığın kurulmasına karşılık, ortaklığın tüzel kişilik kazanması için ticaret siciline tescili şarttır[154]. Her ne kadar anılan sistemde, gerekli şartlara uymak ve kuruluş işlemlerini gerçekleştirmek kaydıyla, kurucuların ortaklığın tescilini talep etme hakları bulunsa da, nihayetinde tüzel kişiliğin vücut bulması için tescil işlemi zorunlu ve kurucu niteliktedir[155]. Bu nedenle devletin katılımı, anonim ortaklığın kuruluşunun ayrılmaz bir parçası olarak

---

teorisinin bu tespitleri esas sözleşmenin nesnel hukuk kuralı olmasından değil, "iltihakî sözleşme" niteliğine bağlı olarak yapılmaktadır.

149 Gierke, **Genossenschaftstheorie**, s. 133. Karş. tüzel kişi özerkliği olarak isimlendirilen serbestinin, esasında kişi birliğini oluşturanların sözleşme özgürlüğünün uzantısı olduğu yönünde bkz. von Tuhr, **BGB**, s. 503; Leuschner, **a.g.e.**, § 25 Rn. 13.

150 Gierke, **Privatrecht**, s. 151; Bartlomé, **a.g.e.**, s. 42

151 Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §2 N. 125.

152 Anonim ortaklığın tabi olduğu kuruluş sistemleri hakkında bkz. Birinci Bölüm, II, A, 1.

153 Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 8.

154 Bkz. TK m. 335/1, 355/1; OR Art. 629/1, 643/1; AktG § 29, 41.

155 Baudenbacher, **BSK**, Vor Art. 620 N. 6.

görülmektedir [156] . Dolayısıyla anonim ortaklık, devlet sayesinde tüzel kişilik kazanarak kendisini oluşturan kişilerden bağımsızlaşmakta ve kendi hukuk normlarını belirleme imkânına kavuşmaktadır.

Norm teorisi çerçevesinde ileri sürülen bir başka gerekçe ise esas sözleşmenin, kural olarak pay sahiplerinin çoğunluğunun kararıyla değiştirilebilmesi ve değişikliğin tüm pay sahiplerini bağlamasıdır. Anonim ortaklıkta kolektif iradenin oluşumuna ve esas sözleşmenin değiştirilme yöntemine odaklanan bu gerekçeye göre, çoğunluk ilkesi sözleşme kavramıyla bağdaşmamaktadır[157].

Son olarak İsviçre hukukunda kanunda yer verilen kavramlardan yola çıkarak, kanun koyucunun da esas sözleşmeyi objektif norm olarak nitelediği ileri sürülmüştür. Nitekim OR 1881'in 615. maddesinde anonim ortaklık esas sözleşmesi için "esas sözleşme" (*Statuten*) ve "şirket sözleşmesi" (*Gesellschaftsvertrag*) terimleri eş anlamlı olarak kullanılmışken; OR 1936 ve OR 1991'in ilgili maddelerinde "şirket sözleşmesi" (*Gesellschaftsvertrag*) kavramına yer verilmemiştir. Her ne kadar OR 1936'nın kanun gerekçesinde esas sözleşmenin hukuki niteliğini belirlemenin kanun koyucunun görevi olmadığı açıkça belirtilmiş[158] olsa da, bu durumun norm teorisini desteklediğini dile getirenler de olmuştur[159]. Benzer şekilde Alman hukukunda AktG §2'de "*Gesellschaftsvertrag"* yanında ayrıca

---

[156] Gierke, **Genossenschaftstheorie**, s. 122; Bartlomé, **a.g.e.**, s. 43. Ticaret siciline tescil işleminin, devletin kurucu işleminin güncel görünümü olduğu yönünde bkz. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 8.

[157] Frey, **a.g.e.**, s. 12; Kratz, **a.g.e.**, s. 61; Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §2 N. 124; Lombardini, **a.g.e.**, Art. 626 N. 2; Brändel, **GroßK 2004**, §2 Rn. 50; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 29-30. *İmregün* ayrıca anonim ortaklığın sözleşmesel bir temele dayanmakla beraber, sözleşmeden ibaret olmadığını ifade etmiştir. Yazar anonim ortaklığı, kurum teorisine uygun bir anlatımla, "*menşei bir akid olan bir müessese*" ve "*müstakil bir varlık*" olarak tarif etmiştir. Esasında bizzat anonim ortaklığın hukuki niteliğine odaklanan yazar, aynı zamanda çoğunluk ilkesinin sözleşmesel nitelikle bağdaşmadığını da vurgulamıştır (Oğuz İmregün, **Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumî Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilâfları ve Bunları Telif Çareleri**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1962, s. 106).

[158] Frey, **a.g.e.**, s. 9-10.

[159] Bu yönde bkz. Bartlomé, **a.g.e.**, s. 41. Buna karşın, söz konusu kavramsal tercihin esas sözleşmenin hukuki niteliğine dair herhangi bir işaret vermediği ve yalnızca tüzel kişilerin statüleri bağlamında yeknesaklık sağlama amacını taşıdığı yönünde bkz. Frey, **a.g.e.**, s. 9-10. Yazar ayrıca OR 1936'nın farklı hükümlerinden hareketle, esas sözleşmenin tescil öncesinde sözleşme; tescil sonrasında ise ortaklığın anayasası olma özelliğinin kanunda vurgulandığını ifade etmektedir.

"*Satzung*" kavramına yer verilmesini, esas sözleşmenin sözleşme olmadığını vurgulamayı amaçladığını ileri sürenler olmıştur[160].

c. Bağdaştırıcı Yaklaşımlar

Esas sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin tartışmada karşılıklı konumlanan sözleşme ve norm teorileri artık günümüzde taraftar toplayamamaktadır [161] . Kapsayıcı, çok yönlü ve esnek bir bakış açısıyla esas sözleşmenin farklı özellikleri bir arada değerlendirilmekte; bunun neticesinde bağdaştırıcı ve daha gerçekçi yaklaşımlar geliştirilmektedir[162].

Öğretide henüz dikkat çekilmemiş olsa da, esas sözleşmenin hukuki niteliği bakımından benimsenen güncel teorilerin de kendi içinde önemli farklılıklar bulunmaktadır. Ayrıca esas sözleşmeyi nitelendirmek için başvurulan "karma", "kendine özgü" veya "çifte karakter" kavramlarının farklı anlamlarda kullanılmış olduğu gözden kaçırılabilmektedir. Bu durum ise bağdaştırıcı görüşlerin kendi arasındaki ayrımları silikleştirmektedir. Nitekim anılan kavramlara, kimi zaman sözleşme niteliğindeki kuruluş esas sözleşmesinin ortaklığın tescilinden sonra objektif norma dönüştüğünü; kimi zaman ise esas sözleşmenin aynı zamanda hem sözleşme hem objektif norm özelliklerini haiz olduğunu belirtmek için başvurulmaktadır. Hatta aynı kavramlar, esas sözleşmenin hem borç hem organizasyon sözleşmesi özelliklerini birlikte içerdiğini ifade etmek üzere; böylelikle objektif norm anlayışını tamamen dışlayan bir yaklaşım çerçevesinde de kullanılmaktadır.

Kavramsal boyutun ötesine geçen bir incelemeyle, bağdaştırıcı görüşler arasındaki farkları ortaya koymak, esas sözleşmenin hukuki niteliğine dair tartışmanın ulaştığı son noktaya da ışık tutabilecektir. Bu doğrultuda güncel yaklaşımlar, norm teorisinden sözleşme teorisine uzanan bir yelpazede, anılan teorilere yakınlıklarına göre sıralandırılmış ve açıklanmıştır.

---

[160] Hans Wilhelmi, **Aktiengesetz vom 6. September 1965 Kommentar**, Ed. Freiherr von Godin, Hans Wilhelmi, C: I §§ 1-178, 4. bs., Berlin-New York, De Gruyter, 1971, §2 Rn. 2.

[161] Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 7; Arnold, **KK**, §23 Rn. 9.

[162] Frey, **a.g.e.**, s. 13.

(1) Değiştirilmiş Norm Teorisi

Norm teorisine en yakın yaklaşım olan "değiştirilmiş norm teorisi" (*modifizierte Normentheorie*), bugün Alman içtihat hukukunda [163] ve İsviçre öğretisinde hâkim görüş olarak kabul edilmektedir[164]. Anılan teoriye göre, kurucular arasında akdedilen esas sözleşme, ortaklığın ticaret siciline tesciline kadar sözleşme niteliğini haizdir. Tescille birlikte ortaklığın tüzel kişilik kazanması neticesinde, esas sözleşme kuruculardan bağımsızlaşarak ayrı bir hukuki varlık kazanır. Bu andan itibaren esas sözleşme artık tüzel kişinin anayasasını teşkil eden ve üçüncü kişilere (örn. şirkete sonradan katılan pay sahipleri) karşı ileri sürülebilen objektif normlar bütününe dönüşür. Böylelikle tescil işlemiyle beraber esas sözleşmenin sözleşmesel niteliğini yitirdiği ileri sürülmektedir.

Değiştirilmiş norm teorisini, norm teorisinden ayıran yönü, kuruluş esas sözleşmesinin dayanağını kurucuların irade özerkliğinden aldığını; dolayısıyla esas sözleşmenin -en azından- tescile kadar sözleşme teşkil ettiğini göz ardı etmemesidir.

---

[163] Alman içtihat hukukunda değiştirilmiş norm teorisi benimsenmekle beraber, öğretide sözleşme teorisinin genel kabul gördüğü yönünde bkz. Leuschner, **a.g.e.**, §25 Rn. 13; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 6; Limmer, **Spindler/Stilz AktG,** §23 Rn. 3. Yazarlar "sözleşme teorisi" ile aşağıda [İkinci Bölüm, II, C, 1, c, (3)] incelenen, esas sözleşmenin borç ve organizasyon sözleşmesi teşkil eden bir şirketler hukuku sözleşmesi olduğu yönündeki bağdaştırıcı görüşe işaret etmektedirler.

[164] İsviçre hukukunda bkz. Bartlomé, **a.g.e.**, s. 42-44. *Bartlomé*'nin yaklaşımı, esas sözleşme taslağını ve esas sözleşmeyi ayrı ayrı ele almakla beraber (bkz. dn. 239-242) sözleşme niteliğindeki esas sözleşme taslağının, objektif norm niteliğindeki esas sözleşmeye dönüştüğünü savunmakla, kanımca değiştirilmiş norm teorisi içinde kalmaktadır. Frey, **a.g.e.**, s. 11-13; Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §2 N. 125; Kratz, **a.g.e.**, s. 61; Lombardini, **a.g.e.**, Art. 626 N. 2; Schenker, **BSK**, Art. 626 N. 1. Alman hukukunda bkz. Eckardt, **a.g.e.**, §23 Rn. 32a; Schmidt, **GesR**, s. 76-77; Karl C. Vedder, **Aktiengesetz Kommentar**, Ed. Hans Christoph Grigoleit, 2. bs., München, C.H. Beck, 2020, § 23 Rn. 2; Dauner-Lieb, **KK**, §2 Rn. 16; Lutter, **Schmidt/Lutter AktG**, §2 Rn. 10; Drescher, **Spindler/Stilz AktG**, §2 Rn. 5; Heider, **MüKoAktG**, §2 Rn. 36; Torsten Körber, **Heidelberger Kommentar: Aktiengesetz**, Ed. Tobias Bürgers, Torsten Körber, 4. bs., C.F. Müller, 2017, §23 Rn. 4; Thomas Wachter, **Kommentar zum Aktiengesetz**, 3. bs., Köln, RWS Verlag, 2018, §23 Rn. 5; Leuschner, **a.g.e.**, § 25 Rn. 13 dn. 33'te anılan eserler. Aksi görüş ve eleştiriler için bkz. Noack, **a.g.e.**, s. 106-107. Alman Federal Mahkemesi'nin değiştirilmiş norm teorisini benimseyen ilke kararları için bkz. BGH 04.10.1956 - II ZR 121/55, BGHZ 21, 370, s. 373; BGH 06.03.1967 - II ZR 231/64, BGHZ 47, 172, s. 179. Dernek tüzüğüne ilişkin bu kararların sermaye şirketleri için de geçerli olduğu yönünde bkz. Wiedemann, **GesR**, s. 160. Türk hukukunda bkz. Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 19; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 89-90; Yüksel, **Paysahipleri**, s. 29; Altay, **a.g.e.**, s. 267; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 280-281; Karasu, **a.g.e.**, s. 30; Ayoğlu, **Tahkim**, s. 50. Karş. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 29-31. Anılan son yazar esas sözleşmenin objektif normlara benzerliğini ortaya koymakla beraber, tescilden sonra da sözleşmesel niteliğinin devam ettiğini açıkça kabul etmektedir (**a.e.**, s. 11, 31 dn. 90, 67-68). Dernekler açısından değiştirilmiş norm teorisini benimseyen Engin, **a.g.e.**, s. 28.

Her ne kadar bu görüşü destekleyen bazı yazarlar tarafından esas sözleşmenin, sözleşme ve norm olmak üzere, "çifte karakter" taşıdığı ileri sürülse de[165], anılan yaklaşıma göre, aslında esas sözleşme hiçbir zaman iki özelliği birden haiz olmamaktadır. Nitekim esas sözleşme tescil öncesinde sözleşme ve tescil sonrasında objektif norm olmak üzere, aynı anda yalnızca tek bir niteliğe sahip olur.

(2) Karma Görüşler

Esas sözleşmenin aynı zamanda sözleşme ve objektif norm benzeri özellikler taşımasından hareketle, "çift karakterli", "*sui generis*" veya "karma" nitelikli bir hukuki kurum olduğu ileri sürülmüştür. Karma görüşlerin ortak özelliği, esas sözleşmeyi, ortaklığın tescili sonrasında yalnızca ne objektif norm ne sözleşme kalıbına oturtmuş olmalarıdır. Bu yönü, karma görüşleri diğer bağdaştırıcı görüşlerden ayırır ve İsviçre öğretisinin pragmatist bakış açısını yansıtır. Zira karma görüşü savunan yazarlar, bizatihi hukuki nitelik sorununun uygulama açısından bir ihtiyaca cevap vermediğini; uygulamanın sorunlarına bu meseleden bağımsız olarak yaklaşılabileceğini ileri sürerler[166].

Karma görüşlerin kendi arasındaki farklılıkların tamamen teorik seviyede kalması sebebiyle, incelemede bunlar ayrı ayrı kavramsallaştırılmaksızın, topluca "karma" olarak isimlendirilmiş; "çifte karakter" ve "*sui generis*" nitelikleri ise bizatihi esas sözleşme bakımından kullanılmıştır.

İlk olarak esas sözleşmenin hem sözleşme hem objektif norm özelliklerini göstermesi nedeniyle, "çift yönlü" veya "*sui generis*" bir yapıya sahip olduğu ileri sürülmektedir[167]. Zira bir taraftan esas sözleşmenin geçerliliği, irade özerkliği temelinde bir hukuki işleme dayanır ve bağlayıcı gücünü muhataplarının (örn. yeni

---

[165] Frey, **a.g.e.**, s. 13; Dauner Lieb, **KK**, §2 Rn. 16; Vedder, **Grigoleit AktG**, § 23 Rn. 2; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 24, ayrıca bkz. 31 dn. 90.

[166] Bu yönde bkz. von Greyerz, (Wohlmann), **a.g.e.**, s. 102-103; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §7 N. 5.

[167] Siegwart, **a.g.e.**, Art. 626 N. 1, 11; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §7 N. 2-5, 33; Forstmoser, Küchler, **a.g.e.**, §3 N. 130; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 31 dn. 90, ayrıca bkz. 68. *Bahtiyar* esas sözleşmenin karma veya kendine özgü nitelikte olduğunu, "*buradaki 'karma' ve 'kendine özgü' kavramları[nın] ... anasözleşmenin hem norm, hem sözleşme özellikleri gösterdiğini, yani çift yönlü karakterini belirtmeyi amaçla[dığını]*" ifade etmiştir. *Bahtiyar*'ı takiben, esas sözleşmenin mevcut sözleşme türlerininden birisine altlanamaması nedeniyle, "*sui generis bir kavram*" olduğu yönünde bkz. Yüksel, **Paysahipleri**, s. 29.

pay sahipleri) irade açıklamalarından alır. Bu itibarla esas sözleşme, sözleşmesel özellikler gösterir. Diğer taraftan ise esas sözleşme, tüzel kişinin anayasasını teşkil eder ve bizzat tüzel kişi tarafından belirlenir. Üstelik yalnızca pay sahiplerini değil, ortaklığın organlarını da bağlar. Açıklanan sebeplerle esas sözleşme hükümleri objektif normlara da benzetilmektedir.

Karma görüşler arasında sayılabilecek bir başka yaklaşım çerçevesinde, esas sözleşmenin ne sözleşme ne kanun niteliğini haiz olduğu; dolayısıyla bu tasnifin dışında kalan "*sui generis* bir şirketler hukuku kurumu" olduğu ileri sürülmektedir[168]. Anılan yaklaşıma göre esas sözleşme, anonim ortaklığın kanuni düzeninin irade özerkliği çerçevesinde somutlaştırılması, tamamlanması ve uyarlanmasından ibarettir. Öğretide ve içitihatta sıklıkla dile getirilen "anayasa" benzetmesi, esas sözleşmenin özel hukuk karakterli bir kurum olduğunu arka plana atması bakımından yanıltıcıdır. Ancak esas sözleşmenin özel hukuka ait olması, sözleşme niteliği taşıdığı anlamına da gelmez. Her ne kadar kurucular kuruluş esas sözleşmesinin içeriği hakkında mutabık kalmış olsalar da, bu kişiler esas sözleşme hükümleriyle sözleşmesel anlamda bağlanmazlar. Zira esas sözleşme hükümleri ortaklık düzeninde sonuç doğurmak üzere yaratılmış olup, kuruculardan bağımsız şekilde, yalnızca ortaklık düzenini belirler. Bu sebeple -hakim öğretinin[169] aksine- kuruluş esas sözleşmesi, ancak ortaklığın ticaret siciline tescil edilip tüzel kişilik kazanması şartıyla geçerlilik kazanabilir[170]. Tescile kadarki dönemde ise üzerinde

---

[168] İsviçre hukukunda bkz. Cramer, **ZK**, Art. 616 N. 5. Avusturya hukukunda esas sözleşmenin, kuruluşu sözleşmeye dayanan, ancak mevcut tasniflerin dışında bir şirketler hukuku işlemi olduğu yönünde bkz. Kalss (Nowotny, Schauer), **a.g.e.**, N. 3/28.

[169] Esas sözleşmenin imzalanmasıyla birlikte kuruluş ortaklığından (*Gründungsgesellschaft*) ön anonim ortaklığa (*Vorgesellschaft - VorAG*) geçildiği ve kurucular arasındaki iç ilişkiye esas sözleşme ile anonim ortaklıklar hukuku kurallarının uygulanacağı yönündeki açıklamalar için bkz. dn. 192 ve bağlı metin.

[170] Cramer, **ZK**, Art. 626 N. 11, 23. Tedricî kuruluş bağlamında aynı yönde bkz. Siegwart, **a.g.e.**, Art. 629 N. 4. Belirtilmelidir ki OR 1936 kapsamında "esas sözleşme" için kanunun muhtelif maddelerinde "*Statuten*" ifadesi kullanılmışken, tedricî kuruluşun düzenlendiği m. 629/2'de kurucuların üzerinde mutabık kaldıkları esas sözleşme içeriği için "*Statutenentwurf*" (esas sözleşme taslağı) ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle esas sözleşme taslağının, anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanması şartıyla yürürlüğe gireceğinin ileri sürülmesi -tartışmalı olmakla beraber (nitekim aksi yönde bkz. Bartlomé, **a.g.e.**, s. 42-44 ve aşağıda dn. 239'a bağlı metindeki açıklamalar)- tedricî kuruluş kapsamında bu gerekçeyle savunulmaktaydı. Ne var ki *Cramer*, bu görüşü yürürlükteki OR çerçevesinde ani kuruluş bakımından da benimsemiş görünmektedir. Zira yazar, esas sözleşmenin ortaklığın tesciline kadar yürürlüğe girmediğini; ayrıca kurucuların esas sözleşme metni üzerindeki mutabakatının "kuruluş genel kurulu" niteliğini taşıdığını ileri

anlaşılmış olan esas sözleşme metni yalnızca kurucular arasındaki adi ortaklık ilişkisinin içeriğini somutlaştırma işlevi görebilir[171].

(3) Borç ve Organizasyon Sözleşmesi

Sözleşme teorisine en yakın görüş, esas sözleşmeyi borç ve organizasyon sözleşmesi özelliklerini birlikte barındıran *sui generis* bir sözleşme olarak nitelendirmektedir[172]. Alman şirketler hukuku öğretisinde hakim konumda[173] olan bu yaklaşım, esas sözleşme hükümlerinin içerik yönünden tasnifiyle de uyumludur. Nitekim esas sözleşme bir taraftan ortaklığın kurumsal yapısını belirleyen tüzel kişiliğe özgü hükümleri, diğer taraftan ortaklık içi ilişkilere dair hükümleri içerir[174].

---

sürmektedir (Cramer, **ZK**, Art. 629 N. 4, 22). Ani kuruluşta kurucuların bir araya gelip esas sözleşmeyi akdetmesini kuruluş genel kurulu olarak nitelendirip, esas sözleşmenin tescilden sonra hüküm ifade edeceğini savunmak kanımca mümkün değildir.

171 Cramer, **ZK**, Art. 629 N. 4, 23.

172 Alman hukukunda bkz. Wiedemann, **GesR**, s. 165; Noack, **a.g.e.**, s 106-17; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 7; Brändel, **GroßK** 2004, § 2 Rn. 48; Leuschner, **a.g.e.**, §25 Rn. 15. Esas sözleşmenin borçlar hukuku ve tüzel kişiler hukuku sözleşmesi olmak üzere çift nitelikli sözleşme (*Vertrag mit schuldrechtlicher und korporationsrechtlicher Doppelnatur*) olduğu yönünde bkz. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 11. Esas sözleşmenin borçlar hukuku ve korporatif unsurlar içeren bir sözleşme teşkil ettiği yönünde bkz. Tobias A. Heinrich, **NomosKommentar: Aktienrecht und Kapitalmarktrecht**, Ed. Thomas Heidel, 4. bs., Baden-Baden, Nomos, 2014, §23 Rn. 2; Braunfels, **a.g.e.**, §23 Rn. 2. Esas sözleşmenin kurucular arasındaki sübjektif hak ve borçları düzenleyen hükümlerden ve objektif normlardan oluştuğu; bu nedenle borç ve organizasyon sözleşmesi niteliklerini haiz sui generis bir sözleşme olduğu yönünde bkz. Joachim Meyer-Landrut, **Aktiengesetz Großkommentar**, C: I/1 §§1-75, 3. bs., Berlin/New York, De Gruyter, 1973, §2 Rn. 2; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 10, 38; Limmer, **Spindler/Stilz AktG**, §23 Rn. 3; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 3; Arnold, **KK**, §23 Rn. 8-9; Lutz Englisch, Dirk Solveen, **Aktiengesetz Kommentar**, Ed. Wolfgang Hölters, 3. bs., München, C.H. Beck, 2017, § 23 Rn. 3; Körber, **a.g.e.**, §23 Rn. 4. İsviçre hukukunda bkz. Frey, **a.g.e.**, s. 13. Frey bir yandan değiştirilmiş norm teorisini benimsemiş; diğer yandan ise esas sözleşmenin kısmen organizasyon sözleşmesi kapsamında hukuki işlem nitelikli hükümlerden, kısmen objektif normlardan oluştuğunu, bu sebeple *sui generis* bir hukuki kavram olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca bkz. Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §13 N. 17. Türk hukukunda bkz. İrfan Baştuğ, "Şirket ve Şirket Akdinin Hukuki Mahiyeti", **İzmir İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Dergisi**, C: I, No: 1, 1966, s. 66-67; Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **AŞ**, s. 50; Nomer, **Sadakat**, s. 60 dn. 252 ve s. 62; Nami Barlas, **Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 4. bs. İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, N. 121, 129; Serozan, **a.g.e.**, s. 360. Karş. organizasyon sözleşmesi kavramına başvurmaksızın benzer yönde bkz. H. Ercüment Erdem, "Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK'nın Çözümleri", **Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Makaleler (2009-2016)**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 275-276

173 Bu yönde bkz. Leuschner, **a.g.e.**, §25 Rn. 13; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 6; Limmer, **Spindler/Stilz AktG**, §23 Rn. 3.

174 Esas sözleşme hükümlerinin konusu bakımından bu şekilde ikiye ayrılması hakkında bkz. dn. 62 ve bağlı metin. Ancak bu görüşü destekleyen yazarlardan bazıları esas sözleşmenin borç sözleşmesi teşkil eden kısmının kurucular arasında sübjektif hak ve borç doğuran akdî (bireysel hukuka özgü - *individualrechtlicher*) hükümlerden oluştuğunu; organizasyon sözleşmesi niteliğini

Bu görüşü diğerlerinden ayıran ve sözleşme teorisine yaklaştıran yönü, esas sözleşmenin ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından sonra sözleşmesel niteliğini yitirmediğinin ileri sürülmesidir[175]. Burada bahsi geçen sözleşme s*ui generis* ve çifte karakterlidir. Zira esas sözleşme hem borç hem organizasyon sözleşmesi özelliklerini bir arada bulundurur. Borç sözleşmelerinden farklı olarak, kuruluş ve organizasyon sözleşmesi özelliklerini de haiz olan esas sözleşme aracılığıyla hukuk aleminde bir tüzel kişilik vücut bulmakta; tüzel kişinin ve şirket ilgililerinin tabi olacağı bir kurumsal/örgütsel düzen kurgulanmakta; ayrıca esas sözleşmede öngörülen hak ve borçların pek çoğu sözleşmenin tarafları (kurucular) arasında değil, tüzel kişi ile şirket ilgilileri arasında doğmaktadır[176] [177].

Ortaklığın tescili sonrasında esas sözleşmenin etki alanının genişlediği ve bu sebeple objektif norm benzeri bir etkiye kavuştuğu göz ardı edilmemektedir. Fakat sözleşme niteliğindeki bir hukuki işlemin, objektif norma dönüştüğü yönündeki

---

haiz kısmının ise objektif normlardan oluştuğunu ileri sürmektedirler (Arnold, **KK**, §23 Rn. 9; Limmer, **Spindler/Stilz AktG**, §23 Rn. 3; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 38; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 3; Solveen, **Hölters AktG**, § 23 Rn. 3; Frey, **a.g.e.**, s. 5; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 280-281). Kanımca ayrımın bu şekilde kabul edilmesi halinde, bu görüşün değiştirilmiş norm teorisinden bir farkı kalmamaktadır. Nitekim bu doğrultuda ortaklığın tesciliyle beraber kurucular arasındaki karşılıklı borçların sona ermesinden dolayı, esas sözleşmenin yalnızca objektif normlardan oluştuğunu kabul etmek gerekecektir; meğerki şeklî esas sözleşme hükümleri öngörülmüş olsun. Halbuki esas sözleşmede yer alan nakdî sermaye taahhütlerinin, şirketin tesciliyle beraber sona ermemesinden hareketle, esas sözleşmenin borç sözleşmesi özelliğini muhafaza ettiği söylenebilir. Gördüldüğü üzere esas sözleşmenin borç sözleşmesi yönü, yalnızca şeklî esas sözleşme hükümlerine özgü değil, borç ilişkisi doğurmakla beraber korporatif niteliği haiz hükümlerini de kapsamaktadır.

[175] Wiedemann, **GesR**, s. 165; Noack, **a.g.e.**, s 106-17; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 11. Esas sözleşmeyi organizasyon sözleşmesi olarak niteleyen bazı yazarlar ise ortaklığın tesciliyle birlikte esas sözleşmenin objektif normlar bütününe dönüştüğünü ileri sürmektedirler (Brändel, **GroßK 2004**, § 2 Rn. 48; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 7; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 37; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 94; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 281, 284). Belirtilmelidir ki esasen bu görüş değiştirilmiş norm teorisini kabul etmekte; bunun yanında esas sözleşmenin tescil öncesindeki sözleşmesel niteliğini açıklamakta ve detaylandırmaktadır.

[176] Kuruluş esas sözleşmesinde öngörülen bazı hükümler ise tüzel kişiyi bağlamayıp, yalnızca kurucular arasında hüküm ifade eder. Kurucuların anonim ortaklık kurma yönündeki taahhütleri ve şeklî esas sözleşme hükümleri bu kapsamdadır.

[177] Bu bakımdan iktisadi şirket teorileri arasında yer alan sözleşme teorisinde olduğu gibi, ortaklığın, "sözleşmesel ilişkiler için bir bağlantı noktası" (*nexus for contracting relationships*) teşkil ettiğini söylemek mümkündür. Benzer bir anlatı çerçevesinde ortaklığın tüzel kişiliğini "referans noktası" (*Bezugspunkt*) olarak niteleyen Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 11. Benzer yönde bkz. Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 10, 37.

anlayışa açıkça itiraz edilmektedir[178]. Değiştirilmiş norm teorisine benzer şekilde, esas sözleşmenin tescilden önce belirgin olan sözleşmesel yönünün, tescille beraber geriye çekildiği belirtilmekte; fakat esas sözleşmenin niteliğinin değişmediği, yalnızca saf borçlar hukuku alanını aşarak tüzel kişiliğe özgü bir karakter de kazandığı vurgulanmaktadır[179].

d. Değerlendirme: Esas Sözleşmenin Objektif Norm Teşkil Etmemesi

(1) Ortaklığın Tüzel Kişilik Kazanmasından Önce

Esas sözleşmenin hukuki niteliğinin anlaşılması için anonim ortaklığın kuruluşunun ve esas sözleşmenin oluşumunun yakından incelenmesinde fayda vardır. Kuruluşu üç aşamaya ayırmak mümkündür[180]. Şirket kurmak üzere bir araya gelen kişiler arasında henüz bağlayıcı bir hukuki ilişkinin bulunmadığı "ön aşamada" [181] (*Vorphase*) kuruluş müzakareleri yürütülür. Bu dönemde taraflar yalnızca esas sözleşme görüşmelerini dürüstlük kuralına uygun şekilde yürütme borcu altındadırlar[182]. Tarafların anonim şirket kurmak üzere anlaşmaya varmaları ile esas sözleşmenin imzalanması arasındaki dönem ise "kuruluş aşaması"

---

[178] Wiedemann, **GesR**, s. 162; Noack, **a.g.e.**, s 106-17; Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 997; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 12; Schwennicke, **a.g.e.**, §25 Rn. 34.

[179] Wiedemann, **GesR**, s. 165; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 12.

[180] Tek kurucunun olduğu anonim ortaklıklarda kuruluşu üç aşamada incelemeye gerek yoktur. Zira kurucunun hazırlamış olduğu esas sözleşmeyle birlikte, diğer kuruluş işlemlerini tamamlaması halinde anonim şirket tüzel kişilik kazanır. Genel kabul gören düşünceye göre, tek kişi ortaklığının tescili öncesinde, esas sözleşme tek taraflı bir hukuki işlem niteliği arz eder. Birçoğu yerine Türk hukukunda bkz. Fatih Aydoğan, **Tek Kişi Ortaklığı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 104 ve orada dn. 340'ta anılan eserler. Karş. Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 50: "*tek taraflı irade beyanına dayalı organizasyon işlemi*". İsviçre hukukunda bkz. Cramer, **ZK**, Art. 629 N. 4. Alman hukukunda bkz. Dauner-Lieb, **KK**, § 2 Rn 15. Tescil sonrasında ise esas sözleşmenin tek kişi ortaklığına özgü bir yönü yoktur. Dolayısıyla pay sahibi sayısına göre, borç ve organizasyon unsurlarını barından tek taraflı hukuki işlem veya sözleşme kimliğinde varlığını sürdürebilir. İşlemin hukuki niteliğini göz önüne alarak "esas taahhütname" kavramının tercih edilmesi gerektiği yönünde bkz. Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 10-10.

[181] Eliane E. Ganz, "Der Gründervertrag", **Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht**, No: 4, 2017, s. 437. "*Vorerrischtungsstadium*" (kuruluş öncesi aşama) terimi için bkz. Jung, **ZK**, Art. 620 N. 80.

[182] Söz konusu yükümlülüğün ihlali halinde, *culpa in contrahndo* sorumluluk gündeme gelebilir (Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §13 N. 27).

(*Errichtungsphase*) olarak anılır[183]. Bu evrede şirket kurma yönündeki irade açıklamaları birbiriyle uyuşan kişiler arasında "kuruluş ortaklığı"[184] (*Gründungsgesellschaft*) olarak isimlendirilen bir adi ortaklık meydana gelir[185]. Kuruluş ortaklığı, şirketin kurulması amacını taşıyan bir adi ortaklık olduğundan, esas sözleşmenin imzalanmasıyla, amacın gerçekleşmesi nedeniyle sona erer[186].

Anonim ortaklığın kurucu işlemi[187] olan esas sözleşmenin imzalanması ile ortaklığın tescil edilip tüzel kişilik kazanması arasındaki dönem ise ortaklığın "doğum aşamasıdır" (*Entstehungsphase*)[188]. Nitekim esas sözleşmenin imzalanmasıyla kurulmuş bulunan şirketin[189] ticaret siciline tescil edilmesi neticesinde, kuruculardan bağımsız bir hukuk öznesi doğacaktır. Tüzel kişiliğe uzanan bu yolda, esas sözleşmeyi imzalayarak "kurucu" sıfatını kazanan (TK m.

---

[183] Ganz, **a.g.m.**, s. 437. Aynı anlama gelen "*Errichtungsstadium*" terimini için bkz. Walter Fellmann, Karin Müller, **Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, C: VI/2/8 Die einfache Gesellschaft Art. 530-544 OR, Berne, Stämpfli Verlag, 2006, Art. 530 N. 152; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §13 N. 28.

[184] Kuruluş ortaklığı hakkında bilgi için bkz. von Steiger, (Patry), **a.g.e.**, s. 339; Fellmann, Müller, **a.g.e.**, Art. 530 N. 148; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 33-44; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 5-13. Söz konusu hukuki ilişkiyi ifade etmek üzere, ayrıca, "ön kuruluş ortaklığı" veya "kuruluş öncesi ortaklık" anlamına gelen "*Vorgründungsgesellschaft*" (Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §29 Rn. 4) veya "*Vorerrichtungsgesellschaft*" (Jung, **ZK**, Art. 620 N. 84) terimleri de kullanılmaktadır.

[185] Alman hukukunda bkz. Arnold, **KK**, §23 Rn. 54; Heidinger, **Spindler/Stilz AktG**, §41 Rn. 21; Pentz, **MüKoAktG**, §41 Rn. 17; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §41 Rn. 3. İsviçre hukukunda OR Art. 530/2 hükmünden hareketle bkz. von Greyerz, (Wohlmann), **a.g.e.**, s. 81; Schucany, **a.g.e.**, Art. 643 N. 1; Siegwart, **a.g.e.**, Art. 645 N. 14; Baudenbacher, **BSK**, Vor Art. 620 N. 6; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, § 13 N. 25; Cramer, **ZK**, Art. 629 N. 34. Aynı şekilde Türk hukukunda BK m. 620'den hareketle, birçokları yerine bkz. Barlas, **a.g.e.**, N. 339 ve dn. 457'de anılanlar. Karş. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 37-38. Adi ortaklığa ilişkin hükümlere ek olarak, anonim ortaklığın tescilinden önceki aşamayı düzenleyen TK m. 355/2 ve 553 hükümleri, esas sözleşmenin imzalanıp imzalanmadığına bakılmaksızın uygulama alanı bulabilir (Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, § 13 N. 29).

[186] Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, § 13 N. 23. Bu nedenle kuruluş ortaklığı "geçici ortaklık" (*Gelegenheitsgesellschaft*) niteliğindedir **(**Fellmann, Müller, **a.g.e.**, Art. 530 N. 148; Baudenbacher, **BSK**, Vor Art. 620 N. 6).

[187] "*Kurucu işlem*" kenar başlıklı TK m. 335/1 ile bu hükmün mehazı olan OR Art. 629 arasındaki farklar için bkz. dn. 199'a bağlı metin. Alman hukukunda "*Şirketin kuruluşu*" kenar başlıklı AktG §29 hakkında bkz. dn. 202'ye bağlı metin.

[188] Ganz, **a.g.m.**, s. 438.

[189] TK m. 335/1: "*Şirket, kurucuların, kanuna uygun olarak düzenlenmiş bulunan, ... imzaladığı esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur*". Esas sözleşmenin imzalanmasıyla kurulan şirketin niteliğine ilişkin tartışma için bkz. dn. 190.

337/1) kişiler arasında oluşan "ön ortaklık"[190] (*Vorgesellschaft*), atipik bir adi ortaklık ilişkisidir[191]. Söz konusu adi ortaklığın "atipik" olarak nitelendirilmesinin sebebi, kurucular arasındaki iç ilişkide[192] esas sözleşme hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesidir[193]. Nitekim adi ortaklığa ilişkin BK m. 620-645 arasında düzenlenen hükümlerin çoğu yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğundan, kurucuların imzaladığı esas sözleşmenin, uygun düştüğü ölçüde, adi ortaklık hükümlerine nazaran öncelikli olarak uygulanması gerekir[194].

---

[190] Anonim ortaklık bakımından "ön anonim ortaklık" (*Vor-AG*) terimi kullanılmaktadır (Baudenbacher, **BSK**, Vor Art. 620 N. 6; Pentz, **MüKoAktG**, §29 Rn. 2). Kimi zaman "ön ortaklık" ile "kuruluş ortaklığı" kavramları eş anlamlı olarak veya birbirlerinin yerine kullanılmakla beraber (örn. bkz. Fellmann, Müller, **a.g.e.**, Art. 530 N. 148; Lukas Handschin, Reto Vonzun, **Zürcher Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht**, C: V/4a Die einfache Gesellschaft, Art. 530-551 OR, 4. bs., Zürich, Schulthess Verlag, 2009, Art. 530 N. 113), esasında bunlar farklı kavramlardır. Zira esas sözleşmenin imzalanmasıyla birlikte kuruluş ortaklığı sona erer ve ön ortaklık ilişkisi kurulur. Ne var ki kuruluş ortaklığı ile meydana gelen adi ortaklık ilişkisinin esas sözleşmenin imzalanmasıyla sona ermeyip, içerik değiştirdiği kabul edilecek olursa, söz konusu kavram farklılığına da gerek bulunmayacaktır.

[191] von Greyerz, (Wohlmann), **a.g.e.**, s. 83; Baudenbacher, **BSK**, Vor Art. 620 N. 6; Ganz, **a.g.m.**, s. 438. Ön ortaklığın hukuki niteliği ve bu ilişkiye uygulanacak hükümler öğretide oldukça tartışmalıdır. Söz konusu tartışmanın, esas sözleşmenin sözleşmesel niteliğine ilişkin incelemeye bir katkısı olmadığından, burada yalnızca tartışmaya dikkat çekmekle yetinilmiştir. Konu hakkında İsviçre hukukunda bkz. Jung, **ZK**, Art. 620 N. 84-89. Alman hukukunda bkz. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §29 Rn. 3-6; Drygala, **Schmidt/Lutter AktG**, § 41 Rn. 4; Arnold, **KK**, § 41 Rn. 17-22; Pentz, **MüKoAktG**, § 41 Rn. 24-27; Heidinger, **Spindler/Stilz AktG**, § 41 Rn. 27-32. Türk hukukundaki tartışmaya ilişkin Arslanlı, **AŞ I**, s. 26; Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 18; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 45-49; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 93; Paslı, **Kuruluş II**, 151-156; Hasan Pulaşlı, "Alman Federal Mahkemesinin Ön Şirkete İlişkin 23.10.2006 Tarihli Kararı ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Bakımından Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 484 vd.; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 29-49.

[192] Ön anonim ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığı için dış ilişkide adi ortaklık hükümleri uygulanır (Baudenbacher, **BSK**, Vor Art. 620 N. 6). Öte yandan esas sözleşmede belirlenen ilk yönetim kurulu üyelerinin, ön anonim ortaklık adına üçüncü kişilerle işlem yapabilmesi (Röhricht, Schall, **a.g.e.**, § 29 Rn. 2), esas sözleşme hükümlerinin dış ilişkiye teşmili olarak değerlendirilebilir. Nitekim anonim şirketin ticaret siciline tescil başvurusu da esas sözleşme ile belirlenen yönetim kurulu veya temsil yetkisi verilen üye ya da üyeler tarafından yapılmaktadır [TSYön m. 22/2-(d).1]. İsviçre hukukunda da benzer şekilde, yönetim kurulu üyelerinden herhangi ikisi veya – varsa- şirketi tek başına temsile yetkili kişinin tescil talebinde bulunması gerekmektedir [İsvTST m. 17/1-(c)].

[193] Fellmann, Müller, **a.g.e.**, Art. 530 N. 153; Barlas, **a.g.e.**, N. 351-353; Bahtiyar, **Tasarı**, s. 198. Ön anonim ortaklık ilişkisine, esas sözleşme hükümlerinin yanında, anonim ortaklıklara ilişkin kanun hükümlerinin de uygulanması gerektiği yönünde bkz. Handschin, Vonzun, **a.g.e.**, Art. 530 N. 113; Baudenbacher, **BSK**, Vor Art. 620 N. 6; Barlas, **a.g.e.**, N. 354.

[194] Esas sözleşme hükümlerinin, kurucular arasındaki adi ortaklık ilişkisinin içeriğini somutlaştırma ve değiştirme işlevi gördüğü yönünde bkz. Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, § 13 N. 29; Cramer, **ZK**, Art. 629 N. 23.

Yukarıda açıklanan kuruluş aşamaları dikkate alındığında, anonim ortaklık kurma yönünde ortak bir amaç için bir araya kişilerin, birbirine uygun irade açıklamalarıyla sözleşme ilişkisine girdiği görülmektedir. Nitekim esas sözleşmenin imzalanmasından önce ortaya çıkan "kuruluş ortaklığı" bir adi şirket sözleşmesine vücut verir. Anonim şirket kurma yolundaki bir sonraki adım ise kurucuların, esas sözleşme hükümleri üzerinde mutabık kalmaları ve esas sözleşmeyi imzalamalarıdır. Esas sözleşme, kurucuların karşılıklı[195] ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulduğuna göre, söz konusu hukuki işlemin bir sözleşme olduğu açıktır[196]. Kuruluş aşamasında esas sözleşmenin taraflarını kurucular oluşturduğundan, esas sözleşme hukuki dayanağını kurucuların sözleşme özgürlüğünden alır.

Bu noktada önemli bir ayrıma dikkat çekmekte fayda vardır. Alman ve İsviçre hukukunda azınlıkta kalan bir görüş çerçevesinde, kurucuların şirket kurma yönündeki irade açıklamalarının karşılıklı olmayıp, ortak bir amaca yönelmiş olması sebebiyle, şirket kuruluşunun sözleşme yerine, "toplu işleme"[197] (*Gesamtakt*)

---

[195] Burada söz edilen "karşılıklı" kavramı, yalnızca sözleşmenin kuruluş yöntemine ilişkin olup, irade beyanlarının yönelimini nitelemektedir. Şirket sözleşmesi karşılıklı irade beyanlarının uyuşmasıyla kurulmakla birlikte, tarafların edimleri ve menfaatleri arasında karşılıklılık bulunmamaktadır. Nitekim Alman hukukunda adi şirketin tanımını veren BGB §705 hükmündeki "*karşılıklı olarak borçlanırlar*" (*verpflichten sich gegenseitig*) ifadesi de irade beyanlarının karşılıklılığını ortaya koymakta olup, sözleşmenin karşılıklı (tam iki tarafa borç yükleyen) olmasıyla ilgili değildir (Müller, **a.g.e.**, s. 56; Carsten Schäfer, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Ed. Franz-Jürgen Säcker et. al., C: VI Schuldrecht Besonderer Teil IV, §§ 705-853, 7. bs., München, C.H. Beck, 2017, 2017, § 705 Rn. 162). Türk hukuku bakımından aynı yönde bkz. Barlas, **a.g.e.**, N. 116 ve 131-132. Edimler arasındaki ilişki bakımından esas sözleşmenin "birleşme sözleşmesi" teşkil etmesine dair açıklama için bkz. İkinci Bölüm, II, C, 2, d.

[196] Bartlomé, **a.g.e.**, s. 40; Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §2 N. 124; von Tuhr, **BGB**, s. 504; Wiedemann, **GesR**, s. 162; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 10; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 45; Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 18; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 77; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 82. Esas sözleşmenin hukuki işlem yoluyla kurulmasına karşılık, ortaklığın tescilinden önce yürürlüğe girmediği; tescilden sonra ise ne sözleşme ne objektif norm teşkil eden *sui generis* bir şirketler hukuku kurumu olduğu yönündeki ayrıksı görüş için bkz. Cramer, **ZK**, Art. 626 N. 5.

[197] *von Gierk*e "toplu işlem" kavramını, hukuki işlem sahası dışında sosyal hukuka özgü bir işlem olarak nitelendirmiş (von Gierke, **Privatrecht**, s. 486) olsa da, farklı çalışmalarda toplu işlemin hukuki işlem olarak nitelendiği görülmektedir. Toplu işlemi (*l'acte collectif*), tek taraflı işlemler ve sözleşmelerden ayrı bir kategori teşkil eden hukuki işlem olarak niteleyen Gabriel Roujou de Boubée, **Essai sur l'Acte Juridique Collectif**, Paris, L.G.D.J., 1961, s. 10-17; Meyer-Cording, **a.g.e.**, s. 34. Toplu işlemi tek taraflı hukuki işlem kavramına altlayan Zumstein, **a.g.e.**, s. 43. *Koller* bu işleme, "iki veya çok taraflı işlemler" kategorisinde sözleşme ve kararlardan ayrı bir işlem türü olarak yer vermiştir Koller, **OR-Guhl**, s. 98. "Toplu işleme" hukuki işlemler arasında yer veren eserler için bkz. Oğuzman, Barlas, N. 619; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 18 dn. 49; Engin, **a.g.e.**, s. 26 ve dn. 26'da anılan eserler; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 91-92. Toplu işlem hakkında detaylı bilgi ve kavramın hukuki işlemler karşısındaki konumu için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e**, s. 95 dn. 3'e bağlı metin. Kavramın reddi ve eleştirisi için bkz. von Tuhr, **BGB**, s. 475-476.

dayandığı ileri sürülmüştür[198]. Dolayısıyla şirket kuruluşu ile esas sözleşmenin hukuki niteliklerinin ayrı ayrı değerlendirildiği görülmektedir[199]. Kanımca hukuki nitelik incelemesinde söz konusu ayrımı gözetmeyi gerektiren husus, Alman ve İsviçre hukukunda ilgili kanun hükümlerinde ortaklığın kuruluşu ile esas sözleşmenin kavramsal olarak ve hukuki işlem düzeyinde birbirinden ayrılmış olmasıdır.

İsviçre hukukunda anonim ortaklığın kurucu işlemi, esas sözleşmeyi de kapsayan işlemler bütününden oluşmaktadır[200]. Nitekim TK m. 335'in mehazını teşkil eden "*Errichtungsakt*" (kurucu işlem) kenar başlıklı OR Art. 629'da, esas sözleşme ile kuruluşa ait diğer işlemler ayrı ayrı düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, noterce onaylanan kuruluş senedinde (*öffentliche Urkunde*) (i) kurucuların anonim şirket kurma yönündeki irade açıklamaları; (ii) esas sözleşme hükümleri[201]; (iii) atanacak ilk yönetim kurulu üyeleri ve (iv) kurucuların sermaye taahhütleri[202] yer almalıdır. Bu hususlara ayrıca diğer kuruluş belgeleriyle beraber İsvTST m. 44.(b)-(e) bentleri arasında da açıkça yer verilmiştir.

---

198 Bu görüş dayanağını *von Gierke*'nin tüzel kişiliğe dair gerçeklik teorisi çerçevesinde geliştirdiği "sosyal hukuka özgü kurucu/toplu işlem teorisinde" bulmaktadır (Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §13 N. 15). Detaylı bilgi için bkz. dn. 142-146.

199 İsviçre hukukunda birçoğu yerine bkz. Müller, **a.g.e.**, s. 31-43; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §13 N. 15-21; Cramer, **ZK**, Art. 629 N. 4-22. Alman hukukunda birçoğu yerine bkz. Heider, **MüKoAktG**, §2 Rn. 27-42. Türk hukukunda "toplu işlem" görüşünü, şirket kuruluşu ve esas sözleşme ayrımı yapmaksızın tartışan yazarlar (Arslanlı, **AŞ I**, s. 26 dn. 39; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 91-93) olduğu gibi, söz konusu ayrımı yapanlar da mevcuttur. Bkz. Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 486b; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 18 dn. 49. *Bahtiyar* toplu işlem kavramına yalnızca şirket kuruluşu bağlamında değinip, esas sözleşmenin hukuki niteliğini ayrı olarak, sözleşme ve objektif norm çerçevesinde incelemiştir.

200 OR Art. 629 uyarınca kurucu işlem, anonim şirketin kuruluşuna yönelik iç içe geçmiş çeşitli hukuki işlemlerden oluşur (Böckli, **a.g.e.**, §1 N. 352; Ganz, **a.g.m.**, s. 437). Bu nedenle kenar başlığındaki "kurucu işlem" ifadesinin, bir yandan kuruluşa ilişkin hukuki işlemler silsilesini, diğer yandan söz konusu işlemlerin bir arada bulunduğu noter senedini ifade ettiği yönünde bkz. Cramer, **ZK**, Art. 629 N. 2.

201 OR Art. 629'a göre esas sözleşmenin kurucular tarafından imzalanması gerekmemekte; hatta uygulamada kuruluş senedinde esas sözleşme hükümlerine tek tek yer verilmeyip, ayrı bir belgede yer alan esas sözleme taslağına atıf yapıldığı yönünde bkz. Cramer, **ZK**, Art. 629 N. 4, 22.

202 OR Art. 629/2 uyarınca kuruluş senedinde bu kapsamda ayrıca, (i) payların tamamının geçerli şekilde taahhüt edildiği, (ii) taahhüt edilen sermayenin, payların toplam nominal değerine eşit olduğu, (iii) nakdî sermayenin kanunda veya esas sözleşmede öngörülen asgari tutarının ödendiği belirtilmelidir.

Alman hukukuna göre ise anonim ortaklık yönünden "kurucu işlem", sermayenin tamamının taahhüt edilmesidir (AktG §29)[203]. İsviçre hukukuna benzer şekilde, kurucu işlem ile esas sözleşmenin içeriği ayrı olarak düzenlenmiş[204]; ancak bunların aynı noter senedinde yer alması öngörülmüştür (AktG §23). Bu nedenle AktG §23/3-5 arasında belirtilen esas sözleşme hükümleri, esas sözleşmenin dar anlamda içeriği olarak anılmaktadır[205]. Ancak tedricî kuruluş sisteminin geçerli olduğu dönemde anlam ifade eden bu ayrım[206] artık önemini yitirmiştir[207]. Nitekim ani kuruluş sisteminde kurucuların sermaye taahhüdünü, esas sözleşmenin içeriğinden ayırmak mümkün değildir. Zira sermaye taahhütlerinin, esas sözleşmenin tasdik edildiği noter senedinde yer almasının zorunlu olması nedeniyle, nihayetinde kurucu işlem, esas sözleşmenin yürürlüğe girmesiyle tamamlanmaktadır[208]. Bu nedenle kurucu işlem ile esas sözleşmenin birbirinden ayrılamayacağı ve tek bir hukuki işlem teşkil ettiği belirtilmektedir[209].

Kanımca Türk hukukunda anonim ortaklığın kuruluş işlemi ile esas sözleşme arasında hukuki nitelik yönünden ayrım yapmak mümkün değildir. Zira "*Kurucu işlem*" kenar başlıklı TK m. 335/1, kurucu işlemin bütün unsurlarının esas sözleşmede yer almasını ve esas sözleşmenin imzalanmasını şart koşmaktadır. Alman ve İsviçre hukukundan[210] farklı olarak, kurucuların anonim şirket kurma

---

[203] Baumbach, Hueck, Hueck, **a.g.e.**, Üb vor §23 Rn. 1.

[204] Sermaye taahhüdü için bkz. AktG §23/2; esas sözleşmenin içeriği için bkz. AktG §23/3-5.

[205] Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 2, 56.

[206] Wilhelmi, **a.g.e.**, § 23 Rn. 18.

[207] Röhricht, Schall, **a.g.e.**, § 23 Rn. 2.

[208] Baumbach, Hueck, Hueck, **a.g.e.**, Üb vor §23 Rn. 1; Pentz, **MüKoAktG**, § 29 Rn. 3.

[209] Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 16; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, § 23 Rn. 2; Arnold, **KK**, §23 Rn. 57; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 55.

[210] Benzer şekilde İngiliz hukukunda da kurucuların anonim şirket kurma yönündeki irade açıklamaları ile ortaklık içi düzeni öngören kurallar farklı belgelerde yer almaktadır (bkz. CA 2006 sec. 8 ve 18). Tarihsel açıdan bakıldığında, 1844 tarihli Joint Stock Companies Act'in 3. maddesinde yalnızca anonim ortaklığın kuruluş senedine (*deed of settlement*) yer verildiği ve günümüzde esas sözleşmede yer alan kuralların da bu belgede düzenlendiği görülmektedir. 1862 tarihli Companies Act ise kurucuların şirket kurma yönündeki irade beyanlarından ibaret olan kuruluş beyanını (*memorandum of association*) ve esas sözleşmeyi ayrı ayrı düzenlemiştir. CA 2006'nın yürürlüğe girmesiyle kuruluş beyanı mevcudiyetini korumuş, ancak düzenleyici işlevini tamamen esas sözleşmeye bırakmıştır. Bkz. Len Sealy, Sarah Worthington, **Sealy & Worthington's Cases and Materials in Company Law**, 10. bs., Oxford, Oxford University Press, 2013, s. 25; David Kershaw, **The Foundations of Anglo-American Corporate Fiduciary**

yönündeki irade açıklamaları, sermaye taahhütleri ve esas sözleşme hükümleri, kurucu işlemin ayrı bileşenleri olarak değil; imzalanacak esas sözleşme kapsamında tek bir hukuki işlem olarak kurgulanmıştır[211].

Ayrıca esas sözleşmenin, yalnızca kurucuların anonim şirket kurma yönündeki anlaşmalarından oluşan kısmını "toplu işlem" şeklinde nitelendirerek, esas sözleşmenin geri kalanından ayırmak da mümkün değildir[212]. Öncelikle esas sözleşme bağı tek ve bir bütün olduğuna göre, esas sözleşmenin kurucu yönü, düzenleyici yönünden kopartılamaz. Kaldı ki kurucuların şirket kurma iradeleri müşterek olsa dahi, irade açıklamaları birbirine karşı yöneltilmiştir. Nitekim sözleşmenin kurulması için aranan karşılıklı uyuşma, tarafların iradelerine değil, irade açıklamalarına ilişkindir[213]. Bu nedenle hem şirket kurma yönündeki anlaşma, hem de esas sözleşmenin diğer hükümleri, kurucuların karşılıklı[214] ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulan bir sözleşmenin ayrılmaz parçalarını teşkil eder[215].

Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, s. 409; Timo Holzborn, **Kommentar zum Aktiengesetz**, Ed. Gerald Spindler, Eberhard Stilz, C: II §§ 150-410 AktG, SpruchG, SE-VO, 4. bs., München, C.H. Beck, 2019, §179 Rn. 29.

[211] Esas sözleşmenin içeriğini düzenleyen TK m. 339/2'de kurucuların sermaye taahhütlerine yer verilmiş [bkz. TK m. 339/2-(j)]; ancak anonim şirket kurma yönündeki irade açıklamaları belirtilmemiştir. Bununla birlikte TK m. 335/1'in açık hükmü karşısında, bu hususun esas sözleşmenin zorunlu içeriğine dâhil olduğu anlaşılmaktadır. eTK döneminde kurucuların anonim ortaklık kurma iradelerinin esas sözleşmeden açıkça anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 6.

[212] Alman hukukunda şirket sözleşmeleri bağlamında, sözleşmenin kişi birliği oluşturma ve ortaklık içi düzeni sağlama yönlerini ayrı ayrı ele alanlar olmasına karşılık, bu işlevlerin birbirinden ayrılamayacağı ve sözleşmenin tek bir hukuki işlem olduğu görüşü ağırlıktadır. Bkz. Schäfer, **a.g.e.**, 2017, §705 Rn. 158; Holzborn, **Spindler/Stilz AktG**, §179 Rn. 29.

[213] Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 171.

[214] İsviçre hukukunda bkz. Müller, **a.g.e.**, s. 31; von Greyerz, (Wohlmann), **a.g.e.**, s. 87; Böckli, **a.g.e.**, § 1 N. 351; Fellmann, Müller, **a.g.e.**, Art. 530 N. 414; Ganz, **a.g.m.**, s. 437. Alman hukukunda bkz. Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 10; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §2 Rn. 3; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 336. Türk hukukunda bkz. Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 18; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 77; Yüksel, **Paysahipleri**, s. 28; Barlas, **a.g.e.**, N. 116; Oruç Hami Şener, **Adi Ortaklık**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s.9; Ümit Doğanay, **Adi Şirket Akdi: Akdin Unsurları, Kurulması, Hükümsüzlüğü**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1968, s. 67; Baştuğ, **a.g.m.**, s. 67; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 280. Dernek kuruluşu bakımından bu yönde Engin, **a.g.e.**, s. 27.

[215] Schäfer, **a.g.e.**, §705 Rn. 158. Şirket kuruluşunu sözleşme temelinde açıklayan ve toplu işlem görüşünü reddeden birçok yazar yerine bkz. Arslanlı, **AŞ I**, s. 57-58; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 45; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 482a.

Kurucuların anonim şirket kurma yönündeki irade açıklamalarının karşılıklılık içinde olmayıp, aynı noktaya yöneldiği veya birbirine paralellik arz ettiği kabul edilecek olsa dahi, bu durum sözleşme kavramını terk etmeyi gerektirmez. Nitekim önemli olan tarafların amaçladıkları hukuki sonuç hakkındaki irade beyanlarının uyuşmasıdır[216]. Sözleşme kavramı "*dar anlamıyla karşılıklı ve birbirine uygun tikel irade beyanları trafiğine*" indirgenemez[217]. Nitekim mübadele sözleşmelerini esas alan BK'nın, sözleşmenin kuruluşunda kural olarak "öneri ve kabul" sistemini benimsemesine rağmen, sözleşmelerin "birlikte muvafakat" yoluyla kurulması da pekâlâ mümkündür[218]. Ayrıca BK m. 620/1'de yer alan tanımda "*Adi ortaklık sözleşmesi ... üstlendikleri sözleşmedir*" ifadesiyle adi ortaklık ilişkisinin sözleşme olduğunu açıkça öngörülmektedir[219]. Sözleşmesel niteliği kanunda açıkça düzenlenen adi ortaklık sözleşmesinin ise irade beyanlarının karşılıklı konumu bakımından esas sözleşmeden bir farkı olmadığına göre, bu tespit esas sözleşme için de geçerlidir.

(2) Ortaklığın Tüzel Kişilik Kazanmasından Sonra

Ortaklığın tesciliyle birlikte esas sözleşme hükümlerinin objektif hukuk normuna dönüşüp dönüşmediğini ortaya koymak amacıyla, yukarıda açıklanan farklı görüşler çerçevesinde ileri sürülen gerekçeleri ayrı ayrı ele almakta fayda vardır. Bu bağlamda ulaşılan sonucu şimdiden aktarmak gerekirse, esas sözleşme, ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından sonra sözleşmesel niteliğini yitirmez. Ancak ayrıksı özellikleri sebebiyle, esas sözleşmenin objektif norm benzeri bir görünüme kavuştuğu söylenebilir. Hatta söz konusu özelliklerine işaret etmek üzere, benzerliğin objektif normlarla değil, etkisi kuvvetlendirilmiş nispi haklarla[220] ve

---

[216] Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 93; Doğanay, **a.g.e.**, s. 20-21; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 50. Anonim şirket açısından bu yönde bkz. Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, § 13 N. 20. Bütün şirketler açısından bkz. Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §1 N. 17.

[217] Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s. 11.

[218] Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 168.

[219] Kanunun adi ortaklık sözleşmesini, borç sözleşmesi özelliği taşıma yönünden satış, hizmet ve kira gibi isimli ve tipik borçlar hukuku sözleşmeleri ile aynı seviyede gördüğü yönünde bkz. Müller, **a.g.e.**, s. 32.

[220] eTK döneminde pay üzerinde öncelik veya önalım hakkının korporatif nitelik taşıdığının kabulü halinde, bunların kişisel hak olmaktan çıkıp paya bağlı, payın mülkiyetini sınırlandıran hak niteliği

eşyaya bağlı hak/borçlarla[221] kurulması, kanımca esas sözleşmenin sözleşmesel niteliğine sadık kalmak açısından daha isabetli olur.

Bu nedenle esas sözleşme hükümlerinin tescilden sonra nesnel hukuk kurallarına dönüştüğüne, yahut hem sözleşme hem objektif norm olmak üzere çifte karakter taşıdığına ilişkin görüşlere katılamıyorum. Esas sözleşmenin çifte karakterinden söz edilecekse, buna yalnızca borç ve organizasyon sözleşmesi özelliklerini bir arada içerdiğine işaret etmek için başvurulabileceği kanısındayım.

i. Esas Sözleşme Hükümlerinin Genel ve Soyut Niteliği

Anonim ortaklık, karmaşık ve uzun süreli bir hukuki ilişki teşkil ettiği için, bu ilişkiyi düzenleyen esas sözleşme de belirsiz bir kişi topluluğuna yönelik ve öngörülemeyen durumlara dair genel ve soyut hükümler içerir[222]. Ayrıca bir tüzel kişi olarak anonim ortaklığın kendisini oluşturan kişilerden bağımsızlığı, ortaklık düzenini ihdas eden esas sözleşmenin de kişiler üstü bir içeriğe sahip olmasını gerektirir. Bu noktadan hareketle, esas sözleşme hükümlerinin objektif normlardan oluştuğu ileri sürülmüştür[223].

Gerçekten genellik ve soyutluk nesnel hukuk kuralların tipik özellikleridir[224]. Ne var ki sözleşmeler her zaman belirli kişilerle ve durumlarla ilgili olmayabilir; belirsiz ve geniş bir çevreye yönelebileceği gibi, önceden kestirilemeyen koşulları düzenleyebilir. Örneğin sürekli sözleşmelerde konu bakımından soyut, toplu iş sözleşmelerinde ise kişi bakımından genel nitelikli hükümlerin mevcudiyeti[225]; iltihakî sözleşmelerde çok sayıda birbirini tanımayan tarafların bulunabilmesi veya eşyaya bağlı borçlarda borçlunun belirsizliği söz konusu sözleşmeleri objektif norm haline getirmez[226]. Bu tür sözleşmelerde yer alan düzenlemelerin muhatabı

---

kazanacağını ve âdeta tapuya şerh edilmiş şahsi haklar gibi etki göstereceği yönünde bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 235.

221 Bkz. dn. 380 ve bağlı metin.

222 von Tuhr, **BGB**, s. 502.

223 Meyer-Cording, **a.g.e.**, s. 31-35, 43-50.

224 Serozan, **a.g.e.**, s. 13.

225 von Tuhr, **BGB**, s. 503.

226 Müller, **a.g.e.**, s. 35 dn. 3.

sözleşmenin kurucularıyla sınırlı olmayıp, dar ve belirli bir çevrenin ötesine geçse de, yalnızca kendi rızasıyla sözleşme ilişkisine girenleri bağlar. Dolayısıyla esas sözleşmenin de genel ve soyut nitelikli hükümler ihtiva etmesi, nesnel hukuk normu olduğuna yönelik bir ispat teşkil etmez.

ii. Esas Sözleşmenin Katılıma Açık (İltihakî) Olması

Anonim ortaklık ilişkisinin ve esas sözleşmenin yukarıda anılan özelliklerine bağlı olarak, esas sözleşmenin katılıma açık olmasının üzerinde durulmalıdır[227]. Nitekim ortaklığın tescilinden sonra pay iktisap edenler, ortaklığa katılmakla -korporatif nitelikli- esas sözleşme hükümleriyle bağlı olurlar[228]. Üstelik çoğu zaman esas sözleşme hükümlerini pazarlık konusu yapma imkânı bulamayan bu kişiler, standart sözleşmelere katılanların içinde bulunduğu duruma benzer bir konumda

---

[227] Esas sözleşmenin iltihakî sözleşme olduğu yönünde bkz. Gaillard, **a.g.e.**, s. 52-53. Yazar, *Saleilles*'i takiben, o zamana kadar kamu otoritesiyle akdedilen sözleşmeler için başvurulan "*contrat d'adhésion*" terimini tercih etmiştir. Tüzel kişilerin statüleri bağlamında iltihakî sözleşme teriminin ilk kez kullanımı için bkz. Raymond Saleilles, **De la Personalite Juridique: Histoire et théories**, 2. bs., Paris, Rousseau & Co., 1922, s. 430. Bu tercih kurum teorisi (*la théorie de l'institution*) çerçevesinde anonim ortaklığın hiyerarşik bir yapı, esas sözleşmenin ise kurumsal otorite tahtında verilen buyruklar olarak nitelendirilmesiyle uyum içindedir. Söz konusu terimden esinlenilerek kullanılan "iltihakî sözleşme" kavramı, hukukumuzda ise bu bağlamda kullanılmayıp, müzakaresizliğin vurgulandığı "standart sözleşme" anlamında kullanılmaktadır. Anılan terimler arasındaki farklar için bkz. Atamer, **a.g.e.**, s. 7. Türk hukukunda esas sözleşmenin iltihakî sözleşme olduğu yönünde bkz. Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 11. Ortaklığın tescilinden önce olduğu gibi, sonrasında da esas sözleşmenin bu niteliğinin devam ettiği yönünde bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 11 ve 69; Erdem, **Contrat,** s. 222; Cem Veziroğlu, "Arbitration of Corporate Law Disputes in Joint Stock Companies under Turkish Law: A Comparative Analysis", **European Company and Financial Law Review**, C: XVI, No: 6, 2019, s. 793, 801. K.g. Yüksel, **Paysahipleri**, s. 34. Yazarın şeklî esas sözleşme hükümlerinin sonraki pay müktesiplerine karşı ileri sürülemediğinden hareket ettiği anlaşılmaktadır. Halbuki pay devralan kişilerin, esas sözleşmenin yalnızca korporatif hükümleriyle bağlı olması esas sözleşmenin iltihakî sözleşme niteliğiyle çelişmemektedir. Zira pay müktesibinin esas sözleşmeyle bağlı olmasının hukuki gerekçesini zaten sözleşmeye taraf olma olgusunda değil, pay sahipliğinin hukuki statü teşkil etmesinde ve ortaklığa katılma iradesinin içeriğinde aramak gerekir. Dolayısıyla pay devri neticesinde ortaklığa katılan kişinin esas sözleşmenin şeklî hükümleriyle kendiliğinden bağlı olmaması, esas sözleşmenin iltihakî niteliğinin inkarını gerektirmez.

[228] Bahtiyar, **a.g.e.**, s. 69. Sermaye artırımı ve tedricî kuruluş bağlamında da her bir iştirak taahhüdünün pay sahibi ve anonim ortaklık arasında ayrı bir sözleşme ilişkisi yaratmayıp, aynı ve tek bir esas sözleşmeye katılım iradesini içerdiği yönünde bkz. Gaillard, **a.g.e.**, s. 553; Zumstein, **a.g.e.**, s. 18; Roujou de Boubée, **a.g.e.**, s. 43-44. İştirak taahhüdünün belli bir miktar payın bedelini ödeme ve "ortaklığa katılma iradesini" içerdiği yönünde bkz. Erdoğan Moroğlu, **Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı**, 4. bs., İstanbul, On İk Levha Yayınları, 2018, s. 92. Anonim ortaklık payının iktisabı, ortaklığa katılma ve esas sözleşme hükümlerine tabi olma olguları arasındaki ilişki hakkındaki açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, II, D.

olurlar[229]. Peki ortaklığa sonradan katılalanların esas sözleşme hükümlerini reddetme imkânına sahip olmaması, esas sözleşmenin objektif norm niteliğini gerekçelendirir mi? Bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Zira bu husus esas sözleşmenin sözleşmesel niteliğiyle çelişmeyen ve hâlihazırda birçok sözleşmede gözlemlenen bir özelliktir. Esas sözleşmenin katılıma açık bir sözleşme olması, ne kurucular ne de sonraki pay sahipleri yönünden onu sözleşme olmaktan çıkarır[230]. Aksi halde taraflardan birinin pazarlık imkânı bulamadan tabi olduğu bütün sözleşmesel hükümler yönünden, bunların objektif norm teşkil ettiğini kabul etmek gerekirdi.

iii. Esas Sözleşmenin Hukuki Dayanağı

Esas sözleşmenin hukuki işlem mi, yoksa nesnel norm mu teşkil ettiğini belirlemek üzere esas alınması gereken kriter, esas sözleşmenin hukuki dayanağı olmalıdır[231]. Objektif hukuk normları, söz konusu kurallara tabi olanların rızasına bağlı olmayıp; egemen ve dışsal bir iradeye dayanır[232]. Halbuki hazırlanışı ve kabulü göz önüne alındığında, esas sözleşme hükümleri nesnel hukuk kaynaklarından farklı olarak, irade özerkliğine dayanır[233]. Bu noktada esas sözleşmeyi tescil sonrasında değiştiren iradenin bizzat tüzel kişinin iradesi olduğunu ileri sürerek, normu ihdas eden ve norma muhatap olanların farklı kişiler olduğu da savunulamaz. Zira bu iddianın kabulü halinde dahi, aşağıda ayıntılı olarak açıklandığı üzere, esas sözleşme değişikliklerini pay sahiplerinin kolektif iradesinden ayrı düşünmek mümkün değildir. Kaldı ki pay sahipleri mevcut esas sözleşme hükümlerine, ortaklığa

---

[229] Ortaklığa sonradan katılan kişilerin mevcut pay sahipleriyle masaya oturup esas sözleşme hükümleri üzerinde pazarlık etmesinin önünde pekâlâ hukuki bir engel bulunmamaktadır.

[230] Wiedemann, **GesR**, s. 162-163; Easterbrook, Fischel, **Contract**, s. 1429; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 11. Dernek tüzüğü bakımından aynı yönde bkz. Engin, **a.g.e.**, s. 32. Karş. Frey, **a.g.e.**, s. 11.

[231] Wiedemann, **GesR**, s. 162; Serozan, **a.g.e.**, s. 10.

[232] Wiedemann, **GesR**, s. 162-163. Kuralın, muhataplarından yabancı bir iradeye dayanmasının yaderklik (heteronomi) durumu yarattığı yönünde bkz. Fleischer, **Auslegung**, s. 1472. Hukuki işlem ve nesnel hukuk normu arasındaki ayrımlar için bkz. Flume, **Rechtgeschäft**, s. 3-6.

[233] Şirket sözleşmesi, dernek tüzüğü ve vakıf senedinin yasal hukuk kaynaklarından farklı olarak, kişilerin yarattığı özel ve özerk hukuk kaynakları olduğu yönünde bkz. von Tuhr, **BGB**, s. 503-505; Flume, **Juristische Person**, s. 317; Roujou de Boubée, **a.g.e.**, s. 43-44; Serozan, **a.g.e.**, s. 10. Esas sözleşme hükümlerinin bizzat muhataplarınca oluşturulduğuna; bu sebeple irade özerkliğine dayanan "otonom" nitelikli bir işlem olduğuna dair bkz. Fleischer, **Auslegung**, s. 1472; Kunz, **a.g.m.**, s. 59.

katılmakla rıza göstermiş olurlar. Nihayetinde esas sözleşme hukuki dayanağını kendisine tabi olanların özgür iradesinde bulur[234].

Anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanması için esas sözleşmenin tescil edilmesi zorunluluğu (TK m. 355/1) da esas sözleşmenin egemen veya dışsal bir iradeye dayandığını göstermez. Ticaret siciline tescilin, devletin katılımını gerektiren idari bir işlem olduğu ve bu işlemin anonim ortaklığın kuruluşunun ayrılmaz bir parçası olduğu doğrudur[235]. Zira kurucuların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde birbirine uygun irade açıklamaları, tüzel kişiliğin meydana gelmesi için yeterli değildir. Ancak kuruluşa dair imtiyaz ve izin sistemlerinden farklı olarak, -istisnalı- normatif sistem kapsamında artık kurucuların iradesi ön plandadır. Nitekim esas sözleşmeyi tanzim eden ve ortaklığa tüzel kişilik kazandıran hukuki işlemler devletin değil, kurucuların inisiyatifindedir. Kuruluş şartlarının yerine getirilmesi kaydıyla ortaklığın ticaret siciline tescili, kurucular bakımından bir hak teşkil etmektedir.

Anonim ortaklığın kuruluşunu, bir hukuki işlem[236] (esas sözleşme) temelinde ve resmî bir makamın hukuki fiilinin (tescil) gerçekleştirilmesi şartına bağlı olarak tüzel kişiliğin oluşumu şeklinde tarif etmek mümkündür. Bu durum resmî şekle bağlı sözleşmelerin akdedilmesine veya taşınmaza ilişkin tasarruf işlemlerinin tapuda gerçekleştirilmesine de benzetilebilir. Zira sözleşme ilişkisinin kurulmasında veya ifasında idarenin katılımının gerekliliği, söz konusu ilişkinin hukuki niteliğini belirlemez ve sözleşmeleri objektif norm haline getirmez. Kaldı ki şekle bağlı olmayan sözleşmelerin geçerliliği dahi hukuk düzeninin bu iradeye amaçlanan sonucu bağlamasına tabidir. Fakat bu durum sözleşmenin kaynağını tarafların irade özerkliğinde bulduğu gerçeğini değiştirmez[237].

---

[234] Wiedemann, **GesR**, s. 162.

[235] von Gierke, **Genossenschaftstheorie**, s. 122; Bartlomé, **a.g.e.**, s. 43. Ticaret siciline tescil işlemini, devletin kurucu işleminin güncel görünümü olduğu yönünde bkz. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 8.

[236] Kurucu işlem, sermayenin tamamının taahhüt edildiği, anonim ortaklık kurma iradesini ve kanunen zorunlu hükümleri içeren esas sözleşmenin kurucuların tamamı tarafından imzalanmasını ifade eder (bkz. TK m. 335/1 ve 339).

[237] Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 75 dn. 14; Atamer, **a.g.e.**, s. 6.

iv. Esas Sözleşmenin Objektif Norma "Dönüşmesi" Sorunu

Ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından önce sözleşme teşkil ettiği tartışmasız şekilde kabul edilen esas sözleşmenin, tescille beraber objektif normlar bütününe dönüştüğüne dair yaygın kanaatin eleştirel bir gözle yakından irdelenmesi gerekir. Nitekim edimlerin karşılıklı olmayışı, yeni bir tüzel kişi yaratılması, yönetsel ve örgütsel mekanizmalar ile pay sahipliği haklarının öngörülmesi gibi kendine özgü nitelikleri, esas sözleşmeyi saf borçlar hukuku sözleşmelerinden ayırır. Ne var ki ayrıksı özelliklerinin incelenmesi ve esas sözleşmeye uygulanacak hükümlerin bu şekilde ele alınması yerine, sözleşme kavramından uzaklaşıldığı gözlemlenmektedir.

Öncelikle sözleşme niteliğindeki bir hukuki işlemin nesnel hukuk kaynağına dönüştüğü yönündeki anlatı, benzetmenin ötesine geçen bir tespiti içeriyorsa, söz konusu "dönüşümün" hukuki açıdan izah edilmesi gerekir[238]. Nitekim esas sözleşmenin tescille beraber hukuki bir evrim geçirerek objektif hukuk kuralları bütünü haline gelmesi, bu başkalaşımı (metamorfoz) mümkün kılan bir hukuki dayanağı gerektirir. Halbuki esas sözleşmenin hukuki dayanağında meydana gelen kesintiyi açıklamak mümkün gözükmemektedir[239].

İrade özerkliğine dayanan hukuki bir işlemin objektif norma dönüşmesine yönelik iddianın barındırdığı kuramsal sorunlar karşısında, esas sözleşmenin nesnel hukuk kuralı teşkil etmesine dair alternatif açıklamalar geliştirilmiştir. Örneğin *Bartlomé,* esas sözleşmenin tescil öncesinde ve sonrasında ayrı hukuki işlemler teşkil ettiğini ileri sürmüştür[240]. Şirketin tescilinden önce kurucular tarafından imzalanan "esas sözleşme taslağının"[241] geçerli bir sözleşme teşkil ettiğini; tedricî kuruluş kapsamında kuruluş genel kurulunun onayladığı esas sözleşmenin ise bizzat

---

[238] Wiedemann, **GesR**, s. 162; Schmidt, **GesR**, s. 77; Noack, **a.g.e.**, s. 106; Corbisier, **a.g.e.**, s. 563.

[239] Bötticher, **a.g.m.**, s. 47. Yazar esas sözleşmenin hukuki işlem olmaktan çıkıp objektif norma dönüşmesinin, hukuki dayanağında bir kesinti ortaya çıkması anlamına geldiğini belirtmiştir.

[240] Bartlomé, **a.g.e.**, s. 49. Benzer bir ayrımı esas sözleşmenin akdedilmesi ile esas sözleşmenin kendisi arasında yapan *Schmidt*, birincisinin hukuki işlem, ikincisinin ise hukuki durum (*Rechtszustand*) teşkil ettiğini ileri sürmüş ve açıklamalarının devamında değiştirilmiş norm teorisini benimsemiştir (Schmidt, **GesR**, s. 76-77).

[241] OR 1936 kapsamında "esas sözleşme" için kanunun muhtelif maddelerinde "*Statuten*" ifadesi kullanılmışken, tedricî kuruluşun düzenlendiği OR Art. 629/2'de kurucuların üzerinde mutabık kaldıkları esas sözleşme içeriği için "*Statutenentwurf*" (esas sözleşme taslağı) ifadesi kullanılmıştır.

kurulmakta olan şirketin organı tarafından ihdas edilen objektif normlardan oluştuğunu savunmuştur[242]. Bu doğrultuda esas sözleşme taslağını, esas sözleşmenin kuruluş sebebi ve ön aşaması olarak nitelendirirken, yalnızca kuruluş genel kurulu kararıyla onaylanan metnin esas sözleşme olduğunu vurgulamıştır[243]. Başka bir deyişle, kurulmakta olan şirket kendi esas sözleşmesini, tüzel kişi özerkliği temelinde kendisi oluşturmaktadır. Bu yaklaşımı yürürlükteki OR kapsamında ani kuruluş bakımından da benimsemiş olan *Cramer,* kurucuların esas sözleşme metni üzerindeki mutabakatının kuruluş genel kurulu niteliğini taşıdığını ve esas sözleşmenin ortaklığın tescilinden sonra yürürlüğe girdiğini ileri sürmüştür[244].

Yukarıda açıklanan yaklaşıma göre, henüz hukuk aleminde varlık bulmamış bir tüzel kişinin organı, -her nasılsa bu sıfatla- aldığı bir karar aracılığıyla kendisine varlık kazandıracak olan esas sözleşmeyi oluşturmaktadır[245]. Kanımca kuruluş esas sözleşmesinde öngörülen bir organın, henüz tüzel kişiliğin oluşmasından önce bir karar alarak, nesnel hukuk kuralı niteliğindeki esas sözleşme hükümlerini ihdas etmesi âdeta tavuk-yumurta paradoksu içeren anakronik bir iddiadır. Kuruluş genel kurulunun gerçekten tüzel kişinin organı olduğu kabul edilecek olsa dahi, henüz ortada bir tüzel kişi yokken, alınan karar neticesinde onaylanan esas sözleşmenin hukuki dayanağını tüzel kişi özerkliğine dayandırmak mümkün gözükmemektedir[246]. Açıklanan gerekçeler ışığında, TK'nın yürürlüğe girmesiyle tedricî kuruluşun kaldırılmış olduğunu da göz önüne alarak, kurucular tarafından akdedilmiş olan esas

---

[242] Bartlomé, **a.g.e.**, s. 43. Yazar böylelikle tescil öncesinde imzalanan esas sözleşme metni ile tescil sonrasında yürürlüğe giren esas sözleşmeyi, hem kavramsal hem de hukuki olarak birbirinden ayırmaya çalışmıştır.

[243] Bununla beraber kuruluş genel kurulunun onayı neticesinde, esas sözleşme taslağının esas sözleşme mertebesine yükseldiğini; sermaye taahhüt edenlerin de pay sahibi sıfatını kazandığını belirtmiştir (**a.e.**, s. 43). Kanımca bir sözleşme teşkil eden esas sözleşme taslağının, nesnel hukuk kuralı olan esas sözleşme "mertebesine yükselmesi" şeklindeki anlatı, bu ikisi arasındaki bağlantının yazar tarafından da koparılamadığını göstermektedir.

[244] Cramer, **ZK**, Art. 629 N. 4, 22.

[245] *Bartlomé*'nin bu kronolojik sorunun bilincinde olduğu kendi ifadelerinden anlaşılmaktadır. Bkz. Bartlomé, **a.g.e.**, s. 43.

[246] Bir tüzel kişinin kendi kuruluş işlemine aktif olarak katılamayacağı yönündeki Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH, 29.03.1996 - II ZR 124/95, BGHZ 132, s. 278.

sözleşmenin hukuki dayanağını ve geçerlilik sebebini bizzat kurucuların sözleşme özgürlüğünde aramak yerinde olur[247].

v. Esas Sözleşme Değişikliği Bağlamında İleri Sürülen Gerekçeler

Tescilden sonra esas sözleşmenin kurucuların iradelerinden bağımsızlaşarak objektif normlar bütününe dönüştüğüne dair sav, esas sözleşme değişikliklerinin tescilden itibaren farklı bir hukuki rejime tabi olmasına dayandırılmaktadır. Gerçekten ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından sonra esas sözleşme kurucuların kendi aralarındaki anlaşmayla değil, ancak pay sahiplerinin çoğunluğunun alacağı genel kurul kararıyla değiştirilebilir. Bu farklılığın esas sözleşmenin hukuki niteliği bakımından incelenmesi gereken üç yönü bulunmaktadır: (i) Esas sözleşmenin değiştirilmesini sağlayan işlemin türü, (ii) değişikliğin arkasındaki iradenin sahibi ve (iii) değişikliğin oybirliği gerektirmemesi (çoğunluk ilkesi).

Esas sözleşme değişikliğinin tescilden itibaren sözleşme yerine karar şeklinde bir işlem aracılığıyla gerçekleştirilebilmesi, esas sözleşmenin hukuki niteliğinde herhangi bir fark yaratmaz. Nitekim adi ortaklık sözleşmesi, BK m. 1 uyarınca ortakların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla değiştirilebileceği gibi, BK m. 624 uyarınca ortaklık kararıyla da değiştirilebilir[248]. Üstelik bunun çoğunluk kararıyla gerçekleştirilmesi dahi mümkündür[249]. Bu durum ne adi ortaklık sözleşmesinin ne de esas sözleşmenin hukuki niteliğinde bir dönüşüme yol açar. Tam aksine, esas sözleşmenin ortaklığın tescilinden sonra da hukuki işlem vasıtasıyla değiştirilmesi, hukuki dayanağını hâlen irade özerkliğinden aldığını; dolayısıyla objektif norma dönüşmediğini gösterir[250].

Bu bağlamda incelenmesi gereken bir diğer husus, ortaklığın tesciliyle beraber esas sözleşmenin değiştirilmesi imkânının kurucuların elinden çıkıp, tüzel

---

[247] Esas sözleşmenin hukuki dayanağı hakkında açıklamalar bkz. İkinci Bölüm, II, C, 1, d, (2), iii.

[248] İsviçre ve Alman hukukunda hakim görüşün bu yönde olduğuna ilişkin bkz. Handschin, Vonzun, **a.g.e.**, Art. 534-535, N. 14'te anılan eserler. Türk hukukunda bkz. Şener, **AdiO**, s. 285; Poroy, Tekinalp, (Çamoğlu), **2019/I**, N. 85.

[249] Bkz. dn. 267 ve bağlı metin.

[250] Norm teorisini destekleyen *Reuter* dahi, esas sözleşmeyi "*hukuki işlemle oluşturulan*" objektif norm olarak tarif etmiştir (Reuter, **a.g.e.**, § 25 Rn. 18).

kişinin karar organının (genel kurul) eline geçmesidir. Nitekim esas sözleşmeyi değiştiren iradenin bizzat ortaklık tüzel kişisine ait olduğu ileri sürülerek, esas sözleşmenin kurucuların iradesinden bağımsızlaştığı belirtilmektedir[251]. Üstelik tüzel kişinin tek taraflı iradesiyle değiştirilebilen bu kurallar pay sahiplerini bağladığından dolayı kanun hükümlerine benzetilmiştir[252]. Gerçekten ortaklığın tüzel kişilik kazanmasıyla beraber, kurucuların bireysel iradeleri ve menfaatleri geriye çekilir[253]; bunun yerine, pay sahiplerinin tüzel kişi bünyesinde somutlaşan toplu iradeleri ve menfaatleri ön plana geçer. Ancak esas sözleşme değişiklikleri nihayetinde pay sahiplerinin kolektif iradesini yansıttığından, esas sözleşmenin ortaklığı (kişi birliğini) oluşturanların iradelerinden koptuğu söylenemez[254]. Zira esas sözleşmeyi

[251] Bu duruma dikkan çeken *Moroğlu*, esas sözleşmenin kaderinin tüzel kişinin eline geçtiğini belirterek değiştirilmiş norm teorisini desteklemiştir (Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 20). *Flume* ise esas sözleşmenin kendine özgü bir sözleşme teşkil ettiğini ve tescil öncesinde dahi kurucuların şahsına bağlı olmadığını; dolayısıyla tescilden sonra da bağımsızlaşmasının söz konusu olmadığını vurgulamıştır (Flume, **Juristische Person**, s. 317-318).

[252] Bu iddiayı öğretide ilk defa dile getiren *von Tuhr*, borç sözleşmelerinde de kişinin kendisini, karşı tarafa veya bir üçüncü kişiye tabi kılabileceği gerekçesiyle, bunun sözleşme görüşünü zayıflatmadığını belirtmiştir. Bkz von Tuhr, **BGB**, s. 504.

[253] BGH 06.03.1967 - II ZR 231/64, BGHZ 47, 172, s. 180.

[254] Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §133 Rn. 2-3; Yiğit T. Okur, **L'Action en Annulation des Décisions de l'Assemblée Générale des Actionnaires dans la Société Anonyme**, Neuchatel, Delachaux & Niestle, 1965, s. 11; Erdem, **Contrat**, s. 228. Bir adım ileri giden *Hirsch,* genel kurul kararının "*bizzat şirketin değil, şeriklerin irade beyanı*" olduğunu ifade etmiştir (Hirsch, **a.g.e.**, s. 296). K.g. Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 13-07. Yazar genel kurulun pay sahiplerinin bütününü ifade etmediğini; genel kurulun oluşturduğu iradenin ve bunun neticesinde doğabilecek sorumluluğun pay sahiplerine ait olmadığını belirtmektedir. Kanımca pay sahiplerinin genel kurul toplantısında açıkladıkları bireysel irade açıklamaları (oy) sebebiyle, ortaklığın genel kurul kararından sorumlu olmadıkları yönündeki tespit isabetli olmakla beraber, genel kurul kararının öncelikle pay sahiplerinin kolektif iradesini içerdiği; bunun hukuk düzeni tarafından ayrıca tüzel kişiye izafe edildiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla yazarın işaret ettiği "genel kurul kararı", dn. 256'da ayrı ayrı incelenen kavramlar arasında, tüzel kişiye atfedilen ve tek taraflı hukuki işlem teşkil eden irade beyanına karşılık gelmektedir. Nitekim tüzel kişinin genel kurul kararının, yalnızca münferit pay sahiplerinin irade beyanlarından ayrılığını vurgulayan; ancak kararın pay sahiplerinin kolektif iradesini yansıttığını belirten Brigitte Tanner, **Zürcher Kommentar: Obligationenrecht, Art. 698-726 und 731b OR: Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation**, Ed. Lukas Handschin, 3. bs., Zürich, Schulthess Verlag, 2018, Art. 703 N. 4-6. Bu bağlamda ayrıca, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun ("İPÖK") onamama kararına karşı açılacak iptal davasının, İPÖK toplantısında ilgili genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy veren pay sahiplerine yöneltilmesi gerektiğine dikkat edilmelidir (TK m. 454/8). Bu örnek, Kanun'un tüzel kişinin iradesi ile pay sahiplerinin iradesi arasındaki açık bağlantıyı kabul etmesi açısından ilgi çekicidir.

değiştiren genel kurul kararı, pay sahiplerinin belirli bir usul çerçevesinde beliren kolektif iradesini içerir[255].

Esas sözleşmeyi değiştiren hukuki işleme yakından bakıldığında, değişikliğin arkasındaki iradenin aslında pay sahiplerine ait olduğu söylenebilir. Nitekim pay sahiplerinin genel kurul toplantısında aldıkları "karar" çok taraflı bir hukuki işlem[256] olup, bizzat pay sahiplerinin kolektif iradesini içerir[257] [258]. Genel kurulun aynı

---

[255] Genel kurul kararında beliren iradenin, kişi birliğinin iradesini temsil etmekle beraber, pay sahiplerine ait olduğu yönünde bkz. Saleilles, **a.g.e.**, s. 568-569; Erdem, **Contrat**, s. 230. Üstelik genel kurul kararının hukuki dayanağı ve geçerlilik sebebi, yalnızca olumlu oy veren pay sahiplerinin irade beyanlarına da dayandırılamaz. Zira kanun hükümleri ve ilgili ortaklığın esas sözleşmesinde öngörülen usul ve nisaplar dairesinde toplantıya katılarak veya katılmayarak, katılıp da olumlu veya olumsuz oy vererek genel kurul kararına etkide bulunulmaktadır. Bu yönde bkz. Johannes Baltzer, **Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion m Privatrecht**, Baden-Baden, Erich Pabel, 1965, s. 175-177; Schwennicke, **a.g.e.**, § 37 Rn. 76.

[256] Genel kurul kararının hukuki işlem teşkil edip etmediği eski dönemde tartışmalı bir meseleydi. *von Gierke*'nin sosyal toplu işlem teorisinin taraftarları kararın bir hukuki işlem değil, toplu iradeyi ortaya çıkaran bir sosyal işlem (*Sozialakt*) olduğunu ileri sürmekteydi. Bkz. von Gierke, **Privatrecht**, s. 501. Ne var ki hukuki işlem görüşünün baskın gelmesiyle bu tartışma günümüzde önemini yitirmiştir [Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §133 Rn. 3]. Ayrıntılı bilgi için bkz. Schwennicke, **a.g.e.**, §32 Rn. 74; Christian Betz, **Die Heilung nichtiger Hauptversammlungsbeschlüsse durch Eintragung und Fristablauf**, Baden-Baden, Nomos, 2014, s. 37-40.

[257] Genel kurul kararının ne tür bir hukuki işlem teşkil ettiği hususu ise oldukça tartışmalıdır. Bir taraftan ortaklık tüzel kişisine izafe edildiği için, genel kurul kararını pay sahiplerinin münferit irade beyanlarından (oy) tamamen bağımsız bir hukuki olgu olarak mütalaa edenler bulunmaktadır. Nitekim İsviçre hukukunda genel kurul kararının kolektif irade beyanlarını içermekle beraber, şirkete ait bir hukuki işlem teşkil ettiği yönünde bkz. Dubs, Truffer, **BSK**, Art. 703 N. 4a. Alman hukukunda bkz. Leuschner, **a.g.e.**, § 32 Rn. 27. Türk hukukunda benzer gerekçeyle genel kurul kararının ortaklığa ait tek taraflı hukuki işlem teşkil ettiği yönünde bkz. Ali Paslı, "Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Kullanılan 'Oy'un Hukuki Niteliği", **İÜHFM**, C: LXVII, No: 1-2, 2009, s. 172. Diğer taraftan, kişi birliğinin iradesini, onun kurucu unsurlarından soyutlamanın mümkün olmadığı ve kararın toplantıya katılan pay sahiplerinin irade beyanlarını içermesi sebebiyle, kendine özgü çok taraflı hukuki işlem olduğu hakim öğreti tarafından savunulmaktadır. Alman hukukunda bkz. Baltzer, **a.g.e.**, s. 176-178; Schwennicke, **a.g.e.**, §32 Rn. 73; Soergel, Hadding, **a.g.e.**, §32 Rn. 21; Hadding, **a.g.m.**, s. 190; von Tuhr, **BGB**, s. 514-515; Flume, **Juristische Person**, s. 249; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §119 Rn. 3, §133 Rn. 3. İsviçre hukukunda bkz. Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §2 N. 103; Tanner, **ZK**, Art. 703 N. 8; Moroğlu, **GK**, s. 12 dn. 13'te anılan yazarlar. Türk hukukunda bkz. Hirsch, **a.g.e.**, s. 292; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 117; Poroy, (Tekinalp, Çamoğlu), **2010**, N. 715; Moroğlu, **GK**, s. 13; Halûk N. Nomer, **Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2008, s. 15; İsmail Kırca, (Feyzan Hayal Şehirali Çelik, Çağlar Manavgat), **Anonim Şirketler Hukuku**, C: II/2 Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2014 s. 1; İlhan Yiğit, **Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 260. Genel kurul kararını pay sahiplerinin iradelerinden soyutlamayan bir başka görüş ise bunun pay sahiplerinin birbirine paralel müşterek irade beyanlarından oluşan tek taraflı hukuki işlem olduğu görüşündedir (Weick, **a.g.e.**, §32 Rn. 37; Yahya Deryal, "Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının Hukuki Niteliği", **Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2003, s. 387-388. Karş. çok taraflı olmayan "*ortak hukuki işlem*" olduğu yönünde bkz. Çamoğlu, (Poroy, Tekinalp), **2019/I**, N. 712). Kanımca genel kurul kararını tek taraflı ya da çok taraflı işlem olarak

zamanda tüzel kişinin organını teşkil etmesi nedeniyle, genel kurulda alınan kararın tüzel kişiye atfedilmesi neticesinde ortaya çıkan tek taraflı hukuki işlem ise ortaklığın iradesini yansıtır[259]. Başka bir anlatımla "genel kurul kararı", bir madalyonun iki yüzü gibi, bir tarafta pay sahiplerinin kolektif iradesini, diğer tarafta ise tüzel kişiye izafe edilen iradeyi yansıtır. Bu nedenle esas sözleşmeyi değiştiren hukuki işlemin pay sahiplerinin kolektif iradesini içeren karar mı, yoksa ortaklığa atfedilen iradeyi içeren tek taraflı hukuki işlem mi olduğunun aslında bir önemi bulunmamaktadır. Zira pay sahiplerinin kararı ve tüzel kişinin organının irade beyanı aynı içeriğe sahip olup; nihayetinde pay sahiplerinin irade özerkliği çerçevesinde vücut bulur. Bu nedenle esas sözleşme değişikliğinin ortaklığa izafe edilen irade

niteleyen yaklaşımlar çelişki içinde olmayıp, esasen farklı işlemleri nitelemektedir. Zira ortada "genel kurul kararı" olarak anılan ve tek yumurta ikizi niteliğinde iki hukuki işlem vardır. Bir tarafta pay sahiplerinin münferit oyları neticesinde oluşan genel kurul kararı; diğer tarafta ise söz konusu kararın içerdiği iradenin, hukuk düzeni tarafından tüzel kişiliğe atfedilmesi neticesinde ortaya çıkan tek taraflı hukuki işlem bulunmaktadır. Nitekim farazi bir varlık olan tüzel kişi, gerçek anlamda iradeye sahip olamayacağı için, tüzel kişinin iradesinin oluşumunda gerçek -veya başka tüzel- kişilerden yararlanılır (Baltzer, **a.g.e.**, s. 176-177; Okur, **a.g.e.**, s. 12; Nomer, **Genel Kurul**, s. 8-9). Kişi birliği olan anonim ortaklığın iradesi, karar organını oluşturan pay sahiplerinin münferit irade beyanlarıyla oluşan kolektif iradenin, hukuk düzeni tarafından tüzel kişiye atfedilmesiyle meydana gelir [Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §133 Rn. 2. Tüzel kişiler açısından bkz. Dural, Öğüz, **a.g.e.**, N. 1157; Akünal, **a.g.e.**, s. 35; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 269]. Meseleyi bu şekilde katmanlarına ayırarak incelemenin gerekliliği, genel kurulun tüzel kişinin organı olmasından kaynaklanmaktadır. Zira pay sahiplerinin genel kurulda organ üyesi sıfatıyla oy kullanmaları sebebiyle, sanki ortada yalnızca tüzel kişiye atfedilmiş iradeyi ifade eden tek taraflı hukuki işlem varmış gibi gözükmekte; dolayısıyla oylama neticesinde oluşan "karar" niteliğindeki çok taraflı hukuki işlem göz ardı edilmektedir. Bu noktada önemle vurgulanmalıdır ki, ayrılık ilkesi uyarınca pay sahiplerinin münferit irade beyanları ile tüzel kişinin iradesini oluşturan hukuki işlem birbirinden bağımsızdır (Tanner, **ZK**, Art. 703 N. 6). Dolayısıyla ortaklığın iradesini içeren genel kurul kararının tek taraflı hukuki işlem teşkil ettiği düşüncesine katılıyorum. Ancak genel kurulda Kanun ve esas sözleşme hükümleri çerçevesinde ortaya çıkan ve pay sahiplerinin kolektif iradesini içeren "karar" şeklindeki hukuki işlemi, ortaklığın irade beyanından soyutlamanın mümkün olmadığı kanısındayım. Bu sebeple genel kurul toplantısı kapsamında, ele alınabilecek işlemleri, (i) pay sahiplerinin münferit oyları, (ii) pay sahiplerinin toplu iradesini içeren karar ve (iii) tüzel kişiye izafe edilen irade beyanı olmak üzere üçe ayırarak incelemenin isabetli olduğu kanısındayım.

[258] Tek pay sahibinin olduğu ortaklıklarda ise zaten pay sahiplerinin "oy"larıyla meydana gelen bir karar bulunmayıp, tek kişinin irade beyanı, genel kurul kararına dönüşür ve tüzel kişiye atfedilir.

[259] Dubs, Truffer, **BSK**, Art. 703 N. 4a. Kanımca genel kurul toplantısında alınan karar ve bu kararın içerdiği iradenin tüzel kişiye atfedilmesi sonucunda oluşan tek taraflı hukuki işlem, tüzel kişiliğin kendine ait gerçek anlamda bir iradesi olmaması nedeniyle, iki ayrı hukuki işlem olarak görülmelidir. Yoksa ortada çifte karakterli tek bir işlemin olduğu söylenemez. Zira tek taraflı hukuki işlem ve çok taraflı hukuki işlem nitelikleri birbirini dışlayan özeliklerdir. Dolayısıyla bu özellikler aynı hukuki işlemin farklı yönlerini göstermeyip; olsa olsa birebir aynı içerikte iki işlemden söz edilebilir. *von Tuhr* ve *Okur*'un vurguladığı gibi, bireyin iradesinin oluşumu psikolojik bir olgu iken, tüzel kişinin iradesinin oluşumu hukuki bir işlem teşkil eder (von Tuhr, **BGB**, s. 503; Okur, **a.g.e.**, s. 11). Bu nedenle iradeyi oluşturan işlem ile söz konusu iradenin tüzel kişiye atfedilmiş hali aynı içeriği haiz farklı hukuki işlemlerdir.

neticesinde değiştiği kabul edilecek olsa dahi, söz konusu iradeyi pay sahiplerinin kolektif iradesinden soyutlamak mümkün değildir[260].

Pay sahiplerinin esas sözleşmeyi değiştirme kararının, tescilden önce dahi iç ilişkide hüküm ifade edeceğini öngören TK m. 455/1 c. son hükmü bu tespiti doğrulamakta; pay sahiplerinin iradesi ile esas sözleşme değişikliği arasındaki bağlantıyı pekiştirmektedir. Zira esas sözleşmeyi değiştiren genel kurul kararının tescilinden önce, ortaklığın organlarının "pay sahiplerinin iradesi" hilafına hareket etmeme yükümlülüğü altına girdiği kabul edilmektedir[261]. Görüldüğü üzere hukuk

[260] Kurum teorisi çerçevesinde esas sözleşmeyi sözleşme olarak değil, tüzel kişi tarafından koyulan talimatlar olarak nitelendiren *Zumstein*, kurumların kendine ait iradesi olamayacağından, kolektif iradenin pay sahiplerinden bağımsız düşünülemeyeceğini ifade etmektedir. Öte yandan anonim şirket gibi kurumsal organizasyonların, ortak bir amacın gerçekleştirilmesi hedefiyle yaratılan canlı birer organizma olduklarını; tarafların tüm koşulları öngördüğü sözleşmelerin aksine, bu organizmanın değişen koşullara ayak uydurduğunu belirtmiştir (Zumstein, **a.g.e.**, s. 46-47. Takiben bkz. İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s. 107. TK'nın çeşitli hükümlerinde ve gerekçesinde ön plana çıkan "şirket menfaati" kavramından hareketle kurum teorisine yakınsayan güncel bir yaklaşım için bkz. Mehmet Helvacı, Emin Çamurcu, İsmail Türkyılmaz, "Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı", **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 311-312; Helvacı, Cankat, **a.g.m.**, s. 548-549). Kanımca tüzel kişinin (kurumun) iradesi ile pay sahiplerinin kolektif iradesini birbirinden soyutlamayan bu düşünce yerinde olmakla beraber, tüm koşulların önceden düzenlenmediği gerekçesiyle esas sözleşmenin sözleşme niteliğini reddetmek isabetli değildir. Zira hiçbir sözleşme tam değildir. Ayrıca sözleşmeler yeni şartlara göre taraflarca uyarlanabildiği gibi, sözleşme boşlukları da kanun veya hakim tarafından doldurulabilmektedir. Nitekim esas sözleşmenin değiştirilmesi de böyle bir uyarlamanın yapılmasından ibarettir. Halbuki kurum teorisi uyarınca, esas sözleşme hükümleri, dayanağını "kurumsal otoriteden" (*l'autorité institutonnelle*) alır. Kurum teorisinin ortaya attığı kurumsal otoritenin dayanağı yakından incelendiğinde ise, nihayetinde bunu kişi birliğini oluşturanların rızasına dayandırdıkları görülmektedir (bkz. dn 273). Dolayısıyla teori çerçevesinde esas sözleşme, ortaklığın karar organı tarafından öngörülmekle birlikte, bağlayıcılığını pay sahiplerinin rızasından alır ve içerdiği irade de pay sahiplerinin kolektif iradesidir.

[261] Esas sözleşme değişikliğinin iç ilişkideki sonuçları ve bunun zamanı hakkında bkz. Tanner, **ZK**, Art. 703 N. 7; Cramer, **ZK**, Art. 647 N. 21-28; Schenker, **BSK**, Art. 647 N. 9. İsviçre hukukunda hakim öğreti, Türk hukukunda olduğu gibi, esas sözleşme değişikliğinin genel kurul kararının toplantıda alınmasından itibaren iç ilişkide hüküm ifade edeceğini; dış etkilerinin ise tescil ve ilandan sonra doğacağını kabul etmektedir. Alman hukuku ise esas sözleşme değişikliğinin tescil öncesindeki etkileri bakımından Türk-İsviçre hukukundan kağıt üzerinde ayrışmaktadır. Nitekim AktG §181/3 uyarınca esas sözleşme değişikliğinin tescili kurucu etkiyi haiz olup; değişiklik hem üçüncü kişilere karşı hem de iç ilişkide ancak tescil sonrasında hüküm ifade eder. Anılan hüküm esas sözleşme değişikliğinin tescil öncesinde -iç ilişkide de- yürürlüğe girmediğini öngörmektedir. Öte yandan TK 455/1 c. son hükmüne benzer şekilde, öğretide tadil kararının tescil edilmeden önce dahi bazı hukuki sonuçları olduğu kabul edilmektedir. Bu kapsamda karara karşı iptal davası açılabilmesi ve dava süresinin başlaması; yönetim kurulunun esas sözleşme değişikliğinin tescilini sağlama yükümlülüğü altına girmesi; sermaye artırımı bağlamında rüçhan hakkının doğumu ve özellikle ortaklık organlarının pay sahiplerinin iradesi hilafına hareket etmemesi gerekliliği gibi çeşitli sonuçları vardır. Bkz. Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §181 Rn. 24-25; Holzborn, **Spindler/Stilz AktG**, §182 Rn. 40-41; Ursula Stein, **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz**, Ed. Wulf Goette, Mathias Habersack, Susanne Kalss, C: IV §§ 179-277, 4. bs., München, C.H. Beck, 2016,

düzeni, ortada pay sahiplerinin münferit irade beyanlarından ve ortaklık organının tek taraflı irade beyanından başka, bir de pay sahiplerinin toplu irade beyanını içeren genel kurul kararının varlığını tanımaktadır.

Esas sözleşmeyi değiştiren hukuki işlemin pay sahiplerinin kararı olmayıp, bizzat ortaklık organının bir işlemi olduğu kabul edilse dahi, esas sözleşmeyi akdedenlerin sözleşmenin tadil yöntemini bu şekilde kurguladıkları söylenebilir. Meseleye borçlar hukuku perspektifinden bakıldığında, tarafların akdettikleri sözleşmenin değiştirilme usulünü sözleşmeyle kararlaştırmalarının, hatta bu yetkiyi taraflardan birine veya bir üçüncü kişiye bırakmalarının dahi mümkün olduğu anımsanmalıdır[262]. Bu doğrultuda TK çerçevesinde anonim ortaklık kuran kişilerin, esas sözleşmeyi akdederken bunun tescili sonrasında tabi olacağı değişiklik usulunü de önceden belirlemiş oldukları söylenebilir. Nitekim kurulacak esas sözleşmenin tadil yöntemi TK'da açıkça düzenlenmiş olup, taraflar emredici hükümler çerçevesinde esas sözleşmenin değiştirilme usulünü diledikleri gibi belirleyebilirler (bkz. TK m. 340 ve m. 452 vd.). Üstelik esas sözleşmenin vücut verdiği tüzel kişinin, pay sahiplerinin kolektif iradesini tespit etmeye yarayan bir aygıt olduğu, dolayısıyla sözleşmeye yabancı bir "üçüncü kişi" olmadığı da vurgulanmalıdır. Zira anonim ortaklık kendi esas sözleşmesine borçlar hukuku anlamında taraf olmasa da, esas sözleşme ortaklığın hukuki statüsünü belirleyen temel belgedir.

Esas sözleşmenin kuruluş ve organizasyon sözleşmesi nitelikleri de bu yaklaşımı doğrulamaktadır. Nitekim esas sözleşme, sözleşmenin taraflarından (kurucular) farklı bir hak öznesine vücut verir[263]; ayrıca yarattığı tüzel kişinin karar ve yönetim organlarını, temsil şeklini, bilgi alma ve dava hakları gibi mekanizmalarını içeren organizasyonunu belirler[264]. Zira tarafların esas sözleşmede

---

§181 Rn. 70; Herbert Wiedemann, **Aktiengesetz Großkommentar**, Ed. Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann, C: VI §§150-220, 4. bs., Berlin De Gruyter, 2006, §181, Rn. 42.

[262] von Tuhr, **BGB**, s. 504.

[263] Hukuk düzeninde yeni bir tüzel kişi yaratması nedeniyle, anonim ortaklık esas sözleşmesi "kuruluş sözleşmesi", "kurucu sözleşme" veya "kişiler hukuku sözleşmesi" olarak nitelendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, II, C, 2, c.

[264] Organizasyon sözleşmesi hakkında bilgi için bkz. İkinci Bölüm, II, C, 2, e. Bütün ortaklıklar, bir anlamda kendisini oluşturan kişilerden bağımsız olup, söz konusu bağımsızlık ortaklığın türüne göre farklı yoğunluklarda gözlemlenir. Tüzel kişiliği haiz kişi birliklerinde, tüzel kişinin kendisini oluşturan kişilerden bağımsızlığını sağlamak için şirket sözleşmesinin organizasyon karakteri,

öngördüğü amaçlar, doğrudan tüzel kişi tarafından icra edilecek; ayrıca kişi birliğini oluşturan pay sahiplerinin hak ve borçları, tüzel kişi ile aralarındaki dikey ilişkide sürdürülecektir[265]. Bu şekilde bir organizasyonun oluşturulması neticesinde, esas sözleşme değişikliklerinin de, pay sahiplerinin toplu iradesini yansıtan tüzel kişinin bünyesinde (veya onun tarafından) yapılacağı açıktır. O halde esas sözleşmenin tescil sonrasında değişen tadil yönteminin, esas sözleşmenin kuruluş ve organizasyon sözleşmesi karakterinden kaynaklandığı ve kurucuların bunu baştan öngörmüş oldukları söylenebilir.

Esas sözleşme değişikliği bağlamında ele alınması gereken bir başka husus ise çoğunluk ilkesinin sözleşmesel nitelikle bağdaşıp bağdaşmadığıdır. Tescil sonrasında esas sözleşme genel kurul toplantısında kural olarak oybirliğiyle değil, çoğunluk ilkesi çerçevesinde değiştirilir (örn. TK m. 418, 421). Yapılan değişikliklikler ise muhalif olsun olmasın, bütün pay sahiplerini ve ortaklığı bağlar (TK m. 423). Ancak bu durum sözleşmesel niteliğin dışına çıkılması anlamına gelmez[266]. Nitekim taraflar sözleşme değişikliklerinin çoğunluğun iradesi doğrultusunda gerçekleştirilebileceğini borçlar hukuku sözleşmelerinde de kararlaştırabilirler[267]. Tüm ticaret ortaklıkları gibi anonim ortaklığın da temelini teşkil eden adi ortaklık sözleşmesine bu açıdan bakılacak olursa; şirket sözleşmesinde kararlaştırılmış olması şartıyla, sözleşme değişikliklerinin çoğunluğun alacağı bir ortaklık kararıyla gerçekleştirilebilmesi mümkündür[268]. Ancak bu durum adi ortaklık sözleşmesinin sözleşmesel niteliğini yitirmesine sebep olmamaktadır.

---

borç sözleşmesi yönüne göre daha belirgindir (Müller, **a.g.e.**, s. 36; Barlas, **a.g.e.**, N. 129). Böylelikle ortaklığın kurumsallaşması sağlanarak, kişi birliğini oluşturanların varlığından bağımsızlaşabilmektedir.

[265] Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 7.

[266] Marcel Planiol, Georges Ripert, **Traité Pratique de Droit Civil Français**, 2. bs., C: VI, Paris, L.G.D.J., 1952, N. 26; Mitchell, **a.g.m.**, s. 1493. Karş. İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s. 106. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 29-30.

[267] Bu karar çoğunluğa bırakılabileceği gibi, taraflardan birine veya üçüncü kişiye de bırakılabilir. Bkz. von Tuhr, **BGB**, s. 504. Anonim ortaklığın doğasına ilişkin sözleşme teorisinin kabulü halinde dahi, esas sözleşmede hüküm bulunması halinde çoğunluk kararıyla tadilin mümkün olabileceği yönünde bkz. İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s. 125.

[268] İsviçre ve Alman hukukunda hakim görüşün bu yönde olduğuna dair bkz. Handschin, Vonzun, **a.g.e.**, Art. 534-535 N. 105 ve orada anılan eserler; Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**,§12 N. 47. Türk hukukunda bkz. Şener, **AdiO**, s. 285-286; Poroy, Tekinalp, (Çamoğlu), **2019/I**, N. 86.

Anonim ortaklıklar hukukuna dönülecek olursa, TK hükümleri kimi zaman yedek, kimi zaman emredici hukuk kuralları aracılığıyla, esas sözleşme değişikliği için aranan nisapları düzenlemektedir[269]. Kurucular anonim ortaklık kurma iradesiyle; sonradan pay iktisap edenler ise ortaklığa katılma iradesiyle, çoğunluk ilkesine rıza göstermiş olurlar[270] [271]. Bu nedenle esas sözleşme değişikliğinin tescilden sonra çoğunluk kuralına tabi olması, sözleşmesel niteliğin kaybı veya şirketler hukukuna özgü bir durum değil, irade özerkliğinin bir sonucu olarak değerlendirilmelidir. Esas sözleşme değişikliği bakımından çoğunluk kuralından sapmanın mümkün olmadığı durumlarda ise irade özerkliğini, ticaret ortaklıkları bağlamında tip seçme serbestisi tahtında gerekçelendirmek mümkündür. Zira taraflar kanunda öngördükleri nisabı değiştiremeseler dahi, çoğunluk kuralının geçerli olduğu bir ticaret ortaklığı kurarak veya buna katılarak, irade özerkliğinin uzantısı olan tip seçme özgürlüğü çerçevesinde hareket etmişlerdir.

vi. Objektif Hukuk Normu İhdas Etme Yetkisi

Esas sözleşmeyi tanzim eden kurucular objektif hukuk normu ihdas etme yetkisine sahip olmadığı gibi, esas sözleşmeyi değiştiren pay sahiplerinin de böyle bir yetkisi yoktur[272]. Esas sözleşmenin bizzat tüzel kişi tarafından öngörüldüğü kabul

---

[269] Örn. bkz. TK m. 421, 473/3; SerPK m. 29/6. Çoğunluk kuralının kurucular tarafından esas sözleşmede ayrıca düzenlenmesine gerek bırakmayan bu kurallar, ortaklık bakımından işlem maliyetlerini düşürmektedir. Nitekim oybirliğinin sebep olduğu "kolektif eylem sorunu"ndan kaçınarak ortaklığı verimli şekilde yönetmek isteyen pay sahiplerinin, esas sözleşmede her bir husus bakımından ayrı bir nisap benimsemesine gerek kalmamaktadır. Ancak pay sahipleri dilerlerse, emredici hükümler dairesinde, diledikleri nisapları öngörebilirler.

[270] Bkz. dn. 119.

[271] Anonim ortaklığın doğasını açıklama uğraşında olan sözleşme ve kurum teorilerinin bu noktada karşı karşıya geldikleri görülmektedir. Nitekim *J.J. Rousseau'nun* "sosyal sözleşme" (*contrat social*) kavramından esinlenen bazı sözleşmeciler, anayasayı oluşturan vatandaşların kanunları kabul etmiş olduklarının varsayılması gibi, ortaklığa katılan pay sahiplerinin de çoğunluğun kararlarını kabul etmiş sayılacağını ileri sürmüş; dolayısıyla esas sözleşmeyi (*pacte social*) değiştiren genel kurul kararları bakımından oybirliği faraziyesinden söz etmişlerdir (Gaillard, **a.g.e.**, s. 20). Diğer taraftan kurum teorisini destekleyenler de benzer bir analojiden hareket etmişlerdir. Vatandaş ve pay sahibinin içinde bulunduğu durumların benzeştiğini; nitekim anonim ortaklığın da devlet gibi hiyerarşik bir yapı teşkil ettiğini ve esas sözleşmenin irade özerkliğine dayanan sözleşme değil, kurumsal otoriteye dayanan objektif norm teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir (**a.e.,** s. 38-41; Ripert, Roblot, **a.g.e.**, s. 14). Bu kapsamda ortaklığın esas sözleşmesinin çoğunluk kararıyla değiştirilmesi de sözleşme tadili olarak değil, bir organizmanın yapısının değiştirilmesi olarak görülmüştür (Gaillard, **a.g.e.**, s. 42-44; Zumstein, **a.g.e.**, s. 23). Kurum teorisinin bu yaklaşımına ilişkin değerlendirme için bkz. dn 259 ve 273.

[272] Dernek tüzüğü ve şirket sözleşmeleri bakımından bkz. Flume, **Juristische Person**, s. 318.

edilerek, düzenleyenin ve muhatabın farklı kişiler olduğu sonucuna varılsa dahi, bu durum esas sözleşme hükümlerini objektif hukuk kaynağı haline getirmez[273]. Nitekim öngörülen kuralın hukuki niteliği, bunu öngören kişinin gerçek veya tüzel kişi olmasına göre değişmez. Objektif norm yalnızca Anayasa'da öngörülmüş yetkili makamlar tarafından ihdas edilen, genel ve soyut kurallar olabilir. Bir kişinin objektif norm ihdas edebilmesi için bu hususta bir yetki kuralına ihtiyaç vardır[274]. Halbuki özel hukuk tüzel kişilerinin[275] özel olarak yetkilendirilmedikçe, ne aslî ne de ikincil nitelikte objektif hukuk normu ihdas etme yetkisi vardır[276]. Dolayısıyla esas sözleşmenin doğrudan tüzel kişi özerkliğine dayandığının kabulü halinde dahi, söz konusu serbestiyi, bireylere tanınmış olan irade özerkliğinden ayırmak için bir sebep yoktur[277].

Açıklanan sebeplerle bizzat anonim ortaklığın kendi esas sözleşmesi bağlamında sahip olduğu irade özerkliğinin, aslî veya devlet tarafından delege edilmiş bir nesnel hukuk kuralı yaratma yetkisi içermediği; sözleşme, mülkiyet ve

---

[273] von Tuhr, **BGB**, s. 505.

[274] Serozan, **a.g.e.**, s. 97. *Gierke*'ye göre özel hukuk tüzel kişileri, sahip oluğu aslî hukuk yaratma yetkisine dayanarak objektif norm oluşturur (bkz. dn. 141-147 ve bağlı metin). Bu görüş gerçeklik teorisi uyarınca, tüzel kişiliği bulunan kişi topluluklarının, -devletin tanımasından bağımsız olarak- sosyal bir gerçeklik teşkil ettiği düşüncesiyle uyum içindedir. *Meyer-Cording* ise tüzel kişi özerkliğinin aslî değil, devlet tarafından tüzel kişiye delege edilmiş bir yetki olduğunu ileri sürmüştür (Meyer-Cording, **a.g.e.**, s. 35). Esas sözleşmenin sözleşmesel niteliğini reddeden kurum teorisi destekçileri de anonim ortaklığın hukuk düzeni tarafından tanınmakla birlikte, öncelikle sosyal bir varlık olarak ortaya çıktığını ileri sürmüşlerdir. Ancak gerçeklik teorisi ile kurum teorisi arasındaki benzerlik burada sona ermektedir. Nitekim bir kurum olan anonim ortaklığın sahip olduğu -kural ihdas etme yetkisini içeren- otoriteyi, aslî veya türev bir yetki olarak nitelemeyip; kişi birliğini oluşturanların güttüğü ortak amacın gerçekleştirilmesi için zorunlu bir unsur olarak görmektedirler. Buna göre örgütlenmenin ve kurumsal otoritenin temelinde sosyal gerçeklik yatmakta olup; hukuk düzeni söz konusu otoriteyi yalnızca tanır, açıklar ve güçlendirir. Kurumsal otoritenin asıl kaynağı ise ortak amacı paylaşan kişilerin özerk iradeleridir. Bilgi için bkz. Zumstein, **a.g.e.**, s. 35-39, 44.

[275] Kamusal bir hukuki işlemle kurulan anonim şirketler yönünden ise farklı bir sonuca varmak gerekir. Nitekim bunların kuruluşu ve esas sözleşmesi özel hukuk kişilerinin irade özerkliğinden değil, doğrudan devletin iradesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla kanun veya CBK gibi bir işlemle kurulan anonim şirketler bu kapsamda kalır. Örneğin TCMB'nin esas sözleşmesi Bakanlar Kurulu (13.05.1970 t. ve 7/597 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı); Borsa İstanbul A.Ş.'nin esas sözleşmesi ise SPK tarafından düzenlenmiştir (SerPK m. 138/2).

[276] Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 7. Özel hukuk tüzel kişilerinin, özerk kurumlar gibi düzenleyici işlem yapmaya elverişli normatif gücü olmadığını vurgulayan yazarlar, söz konusu kişilerin imar iznine başvurabileceği, fakat imar planına karar veremeyeceği örneğini vermektedirler.

[277] Bireylerden farklı olarak, tüzel kişinin iradesinin oluşumunun psikolojik bir süreç değil, hukuki işlem teşkil etmesine dikkat çekmekle beraber bu yönde bkz. von Tuhr, **BGB**, s. 503; Flume, **Juristische Person**, s. 318-319; Eren, **a.g.e.**, s. 336 dn. 6.

örgütlenme özgürlüğü gibi, irade özerkliğinin uzantılarından biri olduğu kanısındayım. Esas sözleşmenin, pay sahiplerinin kolektif iradesini yansıtan bir tüzel kişi organı işlemi olması nedeniyle, esas sözleşme özgürlüğünün "hukuki işlem özgürlüğü" çatısı altında değerlendirilmesi gerekir. Bu sebeple "objektif hukuk kuralı" ifadesi ancak esas sözleşmenin tescille beraber genişleyen etki alanına işaret eden bir benzetme olarak kullanıldığında isabetli olabilir[278].

Alman hukukunda özel hukuk kişilerinin nesnel hukuk kuralı öngörme yetkisinin varlığını ispatlamak amacıyla, öğretide toplu iş sözleşmeleriyle paralellik kurulduğu görülmektedir[279]. Ancak toplu iş sözleşmelerinde yer alan hükümlerin, bireysel iş sözleşmelerinin tarafları arasında uygulama alanı bulması, söz konusu hükümlerin objektif hukuk kaynağı olduğu anlamına gelmez. Tam aksine, burada sözleşmesel hükümlerin uygulama alanının genişlemesi, bizzat nesnel bir hukuk normu sayesinde mümkün olmaktadır[280]. Nitekim *Tarifvertragsgesetz* (Toplu İş Sözlemesi Kanunu) §4/1 hükmü, iş ilişkilerinin içeriğini, kurulmasını ve sona ermesini düzenleyen toplu iş sözleşmesi kurallarının, bireysel iş sözleşmelerine doğrudan ve emredici olarak uygulanacağını öngörmektedir. Bu bağlamda sözleşmesel bir hükmün, taraflarını aşan bağlayıcı gücünü, doğrudan kanun hükmünden alması söz konusudur. Kaldı ki toplu iş sözleşmesi nesnel bir hukuk normu olsaydı, böyle bir kanun hükmüne de gerek kalmazdı.

Benzer şekilde KMK m. 28 uyarınca, yönetim planı ve planda yapılan değişiklikler, bütün kat malikleriyle onların külli ve cüzi haleflerini, ayrıca yöneticiyi ve denetçiyi bağlar. Öte yandan aynı hükümde yönetim planının, sayılan kişileri bağlayan bir sözleşme olduğu açıkça düzenlenmiştir. Yine MK m. 689 hükmüne göre taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyet çerevesinde yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda paydaşların yaptıkları sözleşmeler, tapu kütüğüne şerh edilmeleri halinde sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynî hak kazanan

[278] Aynı yönde bkz. Flume, **Juristische Person**, s. 318-319. *Flume*, FrMK m. 1134'te yer alan "*kanuna uygun olarak yapılan sözleşmeler, taraflar için kanun yerine geçer*" hükmünden hareketle, esas sözleşmenin irade özerkliği çerçevesinde öngörülen kurallardan oluştuğuna ve yalnızca anonim ortaklık ilişkisine katılanlara karşı hüküm ifade ettiğine dikkat çekerek, bu kişiler için "*kanun gibi*" geçerli olduğunu ifade etmiştir. Aynı yönde bkz. Corbisier, **a.g.e.**, s. 562.

[279] Reuter, **a.g.e.**, §25 Rn. 18.

[280] Leuschner, **a.g.e.**, §25 Rn. 15.

kimseleri de bağlar. Ancak söz konusu nispi hakların etkisinin güçlendirilmesi, bunları mutlak hakka dönüştürmez[281]. Görüldüğü üzere etki alanının ve bağlayıcılık gücünün geniş olması, toplu iş sözleşmesini, yönetim planını veya paylı mülkiyet ilişkisini nesnel hukuk normu haline getirmediği gibi, esas sözleşmeyi de getirmez.

vii. Esas Sözleşmenin Genişleyen Etki Alanı

Esas sözleşmenin tescil sonrasında genişleyen etki alanının, esas sözleşmeye objektif norm benzeri bir özellik kattığı doğrudur[282]. Ancak sözleşmelerin etki alanının tarafları aşması, sözleşme kurumuna yabancı bir olgu değildir. Bir üst başlıkta anılan toplu iş sözleşmeleri, kat mülkiyetinde yönetim planı ve paylı taşınmazlarda yönetime ilişkin anlaşmalara ek olarak, etkisi güçlendirilmiş diğer nispi haklar, mutlak hak yaratan sözleşmeler, üçüncü kişiye etkili sözleşmeler ve tasarruf sözleşmeleri[283] de bu kapsamda örnek gösterilebilir. Üstelik anonim ortaklığa sonradan katılan pay sahiplerinin esas sözleşme hükümleriyle bağlı olması sözleşmesel temelde açıklanabilmektedir. Zira esas sözleşmenin sonraki pay sahiplerine karşı hüküm ifade etmesi, bir yandan "pay sahipliğinin" paya bağlı hak ve borçların bütünleştiği bir hukuki statü teşkil etmesine[284], diğer yandan pay iktisabında içkin olan anonim ortaklığa katılma iradesine dayanır[285].

Öte yandan esas sözleşme hükümleriyle bağlı olanlar pay sahiplerinden ibaret değildir. Yönetim kurulu üyeleri, denetçi, intifa senedi veya pay edinme hakkı veren borçlanma aracı sahipleri gibi diğer şirket ilgilileri de kendilerini ilgilendirdikleri

---

[281] Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 551-554. Söz konusu düzenlemenin tapu kütüğüne şerh edilmesiyle beraber eşyaya bağlı borç haline gelerek "*ayni etki*" kazandığı yönünde bkz. Zekeriya Kurşat, **Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi**, İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2008, s. 219.

[282] Bu özelliği nedeniyle sözleşme ve objektif norm arasındaki sınırların belirsizleşmekle beraber mevcudiyetini koruduğu yönünde bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 10; Fleischer, **Auslegung**, s. 1472.

[283] Örn. alacağın temliki, borcun ibrası ve ayni hakkın devri bu kapsamda sayılabilir.

[284] Dernek üyeliğine giriş işleminin, şartları önceden belirlenmiş bir "hukuki statüye giriş" olarak kabul edilmesi halinde dahi, bu işlemin hukuki niteliğinin bir sözleşme olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmediği yönünde bkz. Engin, **a.g.e.**, s. 31-32. Benzer şekilde anonim ortaklık payının iktisap edilmesiyle, sınırları kanun ve esas sözleşme hükümleriyle çizilmiş olan pay sahibi statüsü kazanılmaktadır. Ancak ne iktisap işlemi ne de söz konusu statünün önceden belirlenmiş olması, sonraki pay sahibinin esas sözleşme hükümleriyle bağlılığını sözleşmesel temelden uzaklaştırır. Bu hususta ayrıca bkz. dn. 387.

[285] Ortaklığa sonradan katılan pay sahiplerinin esas sözleşme hükümleriyle bağlılığının hukuki gerekçelerine dair ayrıntılı açıklama için bkz. İkinci Bölüm, II, D.

ölçüde[286] söz konusu hükümlerle bağlıdır. Ancak şirket ilgililerini esas sözleşme hükümleriyle bağlı kılan husus da, aynı şekilde bu kişilerin ortaklıkla kurdukları hukuki ilişkilerin kendi iradelerine dayanmasıdır[287]. Bu bağlamda genel kurul tarafından seçilen yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasında kurulan vekalet sözleşmesi ve tescil işleminde aranan görev kabul beyanı, söz konusu ilişkinin iradiliğini ortaya koyar. İntifa senedi veya değiştirilebilir borçlanma aracı iktisap edenin, yahut denetim sözleşmesi imzalayanın durumu da benzer şekilde ortaklıkla sözleşme ilişkisine girilmesi şeklinde açıklanabilir[288].

O halde esas sözleşmenin etki alanı serbest iradesiyle ortaklığı kuranlar, ortaklığa katılanlar ve onunla sözleşmesel yahut ortaklıksal bir hukuki ilişki kuranlarla sınırlıdır. Bu nedenle esas sözleşme hükümleri, kurucuları aşan bir etkiyi haiz olsa dahi nesnel hukuk kaynağı olarak herkese karşı ileri sürülebilen *inter omnes* etkiye sahip değildir[289]. Kaldı ki esas sözleşmenin objektif normlardan oluştuğunu iddia edenler, bunun hukuki dayanağını tüzel kişi özerkliğinde aramalarına karşın, pay sahiplerinin söz konusu özerkliğe ve esas sözleşmeye rıza gösterdikleri için buna tabi olduklarını ifade etmektedirler. Böylelikle normun muhataplarının rızasını arama gayreti içine girmekte ve nihayetinde esas sözleşmenin bağlayıcı gücünü, pay sahiplerinin rızasında bulmaktadırlar[290]. Bağlayıcı gücünü şirket ilgililerinin rızasından -veya rıza varsayımından- alması nedeniyle, esas sözleşme bakımından *ignorantia juris non excusat* kuralının geçerli olmadığı vurgulanmalıdır.

Esas sözleşmenin etki alanına ilişkin üzerinde durulması gereken bir başka husus ise esas sözleşmenin ticaret siciline tescil ve TTSG'de ilan edilmesi

---

[286] Örneğin denetçinin dikkate alması gereken esas sözleşme hükümleri, finansal tablolara ilişkin olanlardır. İntifa senedi ve değiştirilebilir borçlanma aracı sahipleri ise daha çok sahip oldukları hakları ihdas eden ve çerçevesini belirleyen esas sözleşme hükümleriyle (bkz. TK m. 465, 502/1) bağlıdırlar.

[287] von Steiger, **SA**, s. 41. Külli halefiyet hâllerinin genel bir istisna teşkil ettiği unutulmamalıdır.

[288] Esas sözleşmede üçüncü kişilere tanınan hakların hukuki niteliği ve söz konusu düzenlemelerin korporatif-şeklî niteliği hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, F, 3, f.

[289] Ayrıca bkz. dn. 150, 388 ve bağlı metin ile İkinci Bölüm, II, F, 4 altındaki açıklamalar.

[290] Bu şekilde bkz. Bartlomé, **a.g.e.**, s 43; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, § 23 Rn. 2; Engin, **a.g.e.**, s. 32, 40-41; Karasu, **a.g.e.**, s. 30. *Karasu* şirkete sonradan katılan kişinin, esas sözleşme içeriğini de kabul etmiş sayılacağını belirtmektedir. Ortaklığa katılma iradesi ile esas sözleşmeye taraf olmak arasındaki farka ilişkin açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, II, D.

neticesinde, TK m. 354/1-(a) ilâ (h) bentlerinde sayılan hususların üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesidir. Kanımca hükümde belirtilen esas sözleşme hükümlerinin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi de bunları nesnel hukuk kuralı haline getirmez. Nitekim söz konusu hükümlerin üçüncü kişileri bağlaması, esas sözleşmenin normatif karakterinden değil, doğrudan kanun hükmünden kaynaklanır[291]. Aksi halde bu hususların ticaret sicilinin olumlu etkisinden (TK m. 36) yararlanmasını öngören bir kanun hükmüne gerek duyulmazdı. Üstelik yalnızca etki alanının genişlemesi nedeniyle esas sözleşmenin objektif hukuk normuna dönüştüğü kabul edilecek olursa, özel hukuk alanında tarafları aşan bir etkiyi haiz olan her türlü sözleşmesel hüküm bakımından aynı sonuca varmak gerekirdi. Örneğin etkisi güçlendirilmiş nispi hakların[292], kat mülkiyeti bağlamında yönetim planının (KMK m. 28), toplu iş sözleşmelerinin[293] veya ticaret sicilinin olumu etkisinin devreye girdiği (TK m. 36) diğer hükümlerin nesnel hukuk normu olduğunu kabul etmek gerekirdi.

Bundan başka, TK m. 455/1 c. son'un zıt anlamından yola çıkarak, esas sözleşme değişikliğinin tescilden önce iç ilişkide hüküm ifade edeceği sonucuna varılmaktadır. Halbuki nesnel bir hukuk normunun ihdası için gereken şartların tamamlanması ve aleniyet kazanmasından önce, yalnızca bunu gerçekleştirenler arasında hüküm ifade etmesi gibi bir durum söz konusu olamaz.

Esas sözleşmenin (i) sonraki pay sahipleri; (ii) yönetim kurulu üyeleri, denetçi ve intifa senedi sahipleri gibi şirket ilgilileri ile (iii) sicilin olumu etkisi nedeniyle üçüncü kişiler üzerindeki bağlayıcı etkisini açıkladıktan sonra, son olarak anonim ortaklık tüzel kişisi üzerindeki bağlayıcılığını da ele almak gerekir. Her ne kadar kişiler hukuku ve şirketler hukuku bakımından, tüzel kişinin kendi statüsüyle bağlılığı âdeta bir aksiyom olarak kabul edilse de[294], bunun hukuki dayanağını

---

[291] Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 19-20. Yazar söz konusu esas sözleşme hükümlerinin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinin hukuki nedeninin, eTK m. 38, 39 ve 300 uyarınca ticaret siciline tescil olduğunu belirtmekle beraber, bunları objektif norm olarak nitelendirmektedir.

[292] Örn. önalım, alım ve geri alım hakları (MK m. 735, 736, 1009; BK m. 238); arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan inşaat hakkı (MK m. 1009); rehinli alacaklının boş dereceye ilerleme hakkı (MK m. 871/2) vb. Diğer örnekler için bkz. Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 550.

[293] 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 36.

[294] BGH, 29.03.1996 - II ZR 124/95, BGHZ 132, s. 278.

yakından incelemekte fayda vardır. Yukarıda *Bartlomé* ve *Cramer*'in kronolojik bir yanılgı içine düştüğü; esasen anonim ortaklığın henüz hukuk düzeninde varlık kazanmasından önce esas sözleşmenin kurucular arasında akdedilmiş olduğu açıklanmıştı. Nitekim kurulmakta olan tüzel kişinin, kendisini meydana getirecek olan esas sözleşmeyi bizzat ihdas ettiği kabul edilemez. Tam aksine, tüzel kişi, kurucular tarafından tanzim edilmiş olan esas sözleşmeye uygun olarak kurulur. Örneğin yönetim kurulunun üye sayısı, organ kararlarının alınış usulü, ticaret unvanı, sermayesi ve merkezi gibi hususlar tüzel kişinin doğumundan önce kurucular tarafından belirlenir ve ortaklık, esas sözleşmede öngörülen kurumsal kimliği ve örgütsel düzeni haiz olarak tüzel kişilik kazanır.

Bu noktada anonim ortaklığın kendi esas sözleşmesiyle bağlı olmasının hukuki dayanağı da belirmektedir. Öncelikle tüzel kişi, kendisini oluşturan esas sözleşmeye borçlar hukuku anlamında taraf olmaz. Zira esas sözleşme ticaret siciline tescil edilmeden önce, ortada esas sözleşmeyi kabul edecek bir tüzel kişi olmadığı gibi, tüzel kişinin daha sonra kendi esas sözleşmesini reddetme ve varlık kazanmamayı tercih etme imkânı da yoktur[295]. Ortaklığın kendi esas sözleşmesiyle bağlılığını sağlayan irade, doğrudan kurucuların "ortaklık kurma iradesinde" (*animus contrehende societatis*) mündemiçtir. Başka bir anlatımla, bir araya gelen kurucuların anlaşmasıyla ortaya çıkan anonim ortaklık tüzel kişisi, kendisi buna rıza gösterdiği için değil, kurucuların iradesi bu yönde olduğu için esas sözleşmesiyle bağlıdır.

viii. Anonim Ortaklık ile Dernek Arasında Dogmatik Bağlantı Bulunmaması

Anımsanacağı üzere Alman ve İsviçre hukukunda şahıs ortaklıklarının tüzel kişiliği bulunmayıp, bunlar adi ortaklık ekseninde açıklanırken; sermaye ortaklıklarının temeline ise tüzel kişiliğin temel formu olarak kabul edilen dernek yerleştirilmektedir[296]. Bu doğrultuda esas sözleşmenin nesnel hukuk kurallarından

---

[295] Ortaklığın kuruluş aşamasındaki iştirak taahhüdünün hukuki niteliği tartışması bağlamında benzer tespitler için bkz. Tolga Ayoğlu, **Sermaye Piyasası Hukukunda Halka Arz Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmeleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 84-85.

[296] Bkz. dn. 108.

oluştuğu iddiasını desteklemek üzere, dernek tüzüğünün hukuki niteliğine ilişkin tartışma anonim ortaklıklar hukukuna aktarılmıştır. Böylelikle bütün tüzel kişilerin statüleri bakımından koşutluk sağlanabileceği düşünülmektedir[297]. Ancak söz konusu yaklaşımın anonim ortaklık esas sözleşmesi açısından kayda değer bir fark yaratmadığı peşinen belirtilmelidir. Zira dernek tüzüğünün hukuki niteliği de oldukça tartışmalı olup, ne sözleşme teorisi ne norm teorisi taraftarları bu başlık altında değerlendirilenlerden farklı bir gerekçe ortaya koymuştur[298].

Önemle belirtilmelidir ki Türk hukukunda şahıs ve sermaye ortaklıkları arasında Alman ve İsviçre hukukuna benzer bir ayrım gözetmek mümkün değildir. Zira anılan hukuk sistemlerinin aksine, Fransız hukukunda olduğu gibi, hukukumuzda bütün ticaret ortaklıkları tüzel kişiliği haizdir. Dolayısıyla derneğe ilişkin düzenlemeler esas alınacak olsaydı, şahıs ortaklıkları bakımından da bunun yapılması gerekirdi. Ne var ki TK m. 126 uyarınca ticaret şirketlerine ilişkin TK'da hüküm bulunmaması halinde, öncelikle MK'nın tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri (MK m. 47-55), burada hüküm bulunmayan hususlarda ise adi şirkete ilişkin hükümler (BK m. 620-645) ilgili şirket türünün niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulanmalıdır. Hukukumuzda anonim ortaklıklara uygulanacak hükümlerin sırasının kanunda açıkça düzenlenmiş olması karşısında, derneklere ilişkin hükümlerin boşluk doldurucu şekilde uygulanmasının hukuki bir dayanağı bulunmamaktadır.

Bu doğrultuda bütün ticaret ortaklıklarının temelinin adi ortaklık sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir[299]. Kaldı ki Alman hukukunda dahi anonim ortaklığı dernek temelinde açıklama geleneğinin, ortaklıkların tarihsel gelişimini karanlıkta

---

[297] Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 7.

[298] Dernek tüzüğünün hukuki niteliği bağlamında ileri sürülen gerekçeler için bkz. Engin, **a.g.e.**, s. 25-28. Dn. 110'da belirtildiği üzere, dernek tüzüğü ve esas sözleşme bağlamındaki hukuki nitelik tartışmaları etkileşim içinde olup, zaman içinde başvurulan gerekçeler de benzer hale gelmiştir.

[299] Müller, **a.g.e.**, s. 27; Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §13 N. 25; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 56-57; Baştuğ, **a.g.m.**, s. 58; Poroy, Tekinalp, (Çamoğlu), **2019/I**, N. 46; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 83. eBK'dan farklı olarak, BK m. 620'de "*şirket*" yerine, "*adi şirket*" teriminin kullanılmış olması, adi şirket sözleşmesini bütün ticaret ortaklıklarının temeli olmaktan çıkarmaz. Söz konusu değişikliğe öğretide farklı anlamlar verilmekle beraber [Paslı, **Kuruluş II**, s. 158 dn. 45; Poroy, Tekinalp, (Çamoğlu), **2019/I**, N. 42], BK m. 620'de tanımlanan şirket sözleşmesi, ticaret ortaklıklarının da temelini oluşturan unsurları içerir. Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **AŞ**, s. 45 dn. 199.

bırakması sebebiyle talihsiz bir yaklaşım olduğu belirtilmektedir. Ortaklıkların bir kısmını dernek, bir kısmını adi şirket zemininde açıklamanın suni bir ayrım olduğu; halbuki anonim ortaklık dâhil bütün ticaret ortaklıklarının (adi) şirket sözleşmesine dayandığı ifade edilmektedir[300].

Dernek tüzüğü ile esas sözleşme arasında kurulan paralelliğin, esas sözleşmenin hukuki niteliği tartışması üzerindeki bir başka sonucu da esas sözleşmenin ortaklığın "anayasası" olarak anılmasıdır. Nitekim yukarıda açıklandığı üzere kaynağını BGB §25'te bulan bu analoji, özel hukuka ait olan esas sözleşmenin kamu hukukuna ait bir kavramla anılması nedeniyle[301], norm teorisini -hukuki anlamda olmasa da en azından algısal olarak- güçlendirmektedir. Dolayısıyla bu benzetme esas sözleşmenin özel hukuk karakterini aşındırmaktadır[302]. Öte yandan esas sözleşmenin anonim ortaklık açısından merkezî önemini anlatmak haricinde, bu benzetmeyi Türk hukukunda destekleyen bir hüküm bulunmamaktadır[303].

ix. Esas Sözleşme Özgürlüğüne Müdahalenin Yoğunluğu

Esas sözleşme özgürlüğüne emredici hükümler vasıtasıyla sıkı bir şekilde müdahale edilmesi, esas sözleşmenin objektif norma benzetilmesinin bir başka sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır[304]. Öğretide esas sözleşmenin "normatif" niteliğinin emredici hükümler ilkesine (TK m. 340) dayandırıldığı dahi görülmektedir[305]. Buna paralel olarak kurum teorisi çerçevesinde de, anonim ortaklığın "sözleşmeyle kurulan bir kurum" olarak nitelendiği[306]; kanun koyucunun

---

[300] Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 10.

[301] Frey, **a.g.e.**, s. 3-4.

[302] Cramer, **ZK**, Art. 626 N. 5.

[303] MK m. 58 dernek tüzüğünü anayasa olarak nitelemeyip, yalnızca yedek hukuk kuralları ile dernek tüzüğü arasındaki ilişkiyi kurmaktadır.

[304] Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 30; Karasu, **a.g.e.**, s. 30 dn 20.

[305] Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 9-45. *Tekinalp,* esas sözleşmeyi "*kanuni yapısal unsurlar da taşıyan, ortak[lık]lar hukuku kurallarına tabi, borçlar hukukuna ilişkin unsurlar da içeren bir kurumlaştırma sözleşmesi*" olarak tanımlamıştır. Yazar esas sözleşmenin normatif niteliğini TK m. 340'tan aldığını ifade ederken, bu özelliğin "*kanuni yapısal unsurlara*" karşılık geldiği sonucuna varılmaktadır.

[306] Kurum teorisinin, anonim ortaklığın sözleşme temelinde kurulduğunu inkar etmediği; ancak bu sözleşmenin bir kurum meydana getirdiği yönünde bkz. Gaillard, **a.g.e.**, s. 38. Fransız hukukunda hakim öğretinin kurum teorisini desteklediğine dair bkz. Corbisier, **a.g.e.**, s. 197 dn. 835. Kurum

bu kurumsal düzeni korumak amacıyla sözleşme özgürlüğüne oldukça kısıtlı bir alan bıraktığına dikkat çekilmektedir[307].

Öncelikle esas sözleşmenin ve anonim ortaklığın hukuki niteliklerinin birbirinden ayrı şekilde değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Anonim ortaklığın bir tüzel kişi olarak sözleşme teşkil etmediği açıktır. Esas sözleşme ise anonim ortaklığın "kurum" niteliğinden bağımsız olarak sözleşme teşkil edebilir. Nitekim kurum teorisi uyarınca anonim ortaklık, kaynağı sözleşme olan bir kurum olarak nitelendirilse dahi, esas sözleşme iltihakî sözleşme olarak görülmektedir[308].

Bundan başka, hukuki nitelik incelemesinde esas alınması gereken husus, sözleşme serbestisinin ölçüsü değil, hukuki ilişkiyi ortaya çıkaran irade olmalıdır. Esas sözleşme serbestisine ne kadar müdahale edilirse edilsin, nihayetinde esas sözleşmeyi kuran, değiştiren ve sona erdiren irade kanun koyucuya ait olmadığından, esas sözleşmenin nesnel hukuk normu olduğu söylenemez[309]. Aksi halde emredici hükümlerin yoğun şekilde müdahale ettiği tüketici işlemi niteliğindeki sözleşmeler ve kefalet sözleşmesi gibi hukuki ilişkileri de aynı gerekçeyle sözleşmesel düzlemden ayrı düşünmek gerekirdi.

x. Genel Kurul Kararları Bakımından Esas Sözleşmenin İhlalinin İptal Sebebi Teşkil Etmesi

Esas sözleşme hükümlerine aykırılığın genel kurul kararları bakımından iptal sebebi teşkil etmesinden hareketle, esas sözleşmenin yaptırım yönünden kanunla eş tutulduğu ifade edilmektedir[310]. Ancak belirli esas sözleşme hükümlerinin üçüncü

---

teorisini Türk hukukunda destekleyen yazarlar için bkz. Sait Kemal Mimaroğlu, **Ticaret Hukuku, İkinci Cilt: İşletme Hukuku - Ticaret Ortaklıkları Hukuku**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1972, s. 55-56; İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s. 106. *İmregün* anonim şirketi "*menşei akit olan bir müessese*" , hatta "*akid olmaktan çok, bir müessese vasfını haiz müstakil bir varlık*" olarak nitelemiştir. Ayrıca bkz. Tekil**, a.g.e.**, s. 42-46.

307 Gaillard, **a.g.e.**, s. 53

308 **a.e.**, s. 52-53;

309 Bu ifadeyle esas sözleşmenin yalnızca kurucuların iradelerine bağlı olduğu da kastedilmemektedir. Hukuki işlemlerin geçerliliği, tek başına ne tarafların serbest iradelerine ne hukuk düzeninin söz konusu geçerliliği tanımasına bağlıdır. Belirli bir hukuki sonuca yönelen irade beyanları ile bunlara hüküm bağlayan hukuk düzeni, birbirinden ayrılamaz biçimde hukuki işlemlerin dayanağını teşkil eder (Flume, **Rechtgeschäft**, s. 2; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 75 dn. 14).

310 Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 7; Corbisier, **a.g.e.**, s. 562.

kişilere karşı ileri sürülebilir olmasına benzer şekilde, iptal yaptırımı da esas sözleşmenin normatif karakterine değil, açık bir kanun hükmüne (TK m. 445) dayanır. Eğer esas sözleşme, örneğin BK m. 28 gibi bozulabilir geçerlilik durumu yaratan türden bir iptal edilebilirlik[311] yaptırımını kendiliğinden barındırsaydı, TK m. 445'e gerek olmazdı. Bunun yerine, aynı hükümde öngörülen "kanuna aykırılık" sebebine dayanarak esas sözleşmeyi ihlal eden genel kurul kararlarının zaten kabil-i iptal olduğunu kabul etmek gerekirdi. Nitekim öğretide kamu tüzel kişilerinin esas sözleşmelerinin genel kurul kararlarının iptali bakımından "kanuna aykırılık" kapsamına girdiği belirtilmektedir[312]. Hatta bu durumda esas sözleşme hükmü objektif hukuk kuralı sayıldığından dolayı, esas sözleşmeyi ihlal eden genel kurul kararlarının BK m. 27 çerçevesinde batıl olup olmadığının da ayrıca incelenmesi gerekirdi. Zira emredici hukuk kurallarının mutlaka BK'da yer alması gerekmez[313].

Esas sözleşme hükümlerine aykırı genel kurul kararlarının iptal yaptırımına bağlanmış olması, esas sözleşmenin değil, anonim ortaklığın hukuki niteliğinden kaynaklanmaktadır. Nitekim tüzel kişinin hukuki statüsünü ihlal eden genel kurul kararları bakımından böyle bir yaptırım öngörülmemiş olsaydı, organların ortaklık içi düzene uygun çalışmasını sağlayacak bir mekanizma olmazdı[314]. Dolayısıyla iptal yaptırımını, tüzel kişiler hukukuna özgü bir yaptırım türü olarak değerlendirmek gerekir. Nasıl ki satış sözleşmesinde onarım veya değişim gibi, ilgili sözleşme ilişkisine özgü ve ayrıksı yaptırımlar öngörülmüşse, genel kurul kararlarının iptali de anonim ortaklık ilişkisine özgü bir yaptırım türü olarak karşımıza çıkmaktadır[315]. Bu

---

311 Tartışmalı olmakla birlikte, bozulabilir geçerlilik yaratan bir iptal edilebilirlik yaptırımı öngören BK m. 28, sömürüye maruz kalan kişinin istemesi halinde, başlangıçta hüküm doğuran hukuki işlemi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır (Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 765). Anonim ortaklık genel kurul kararlarının iptalinde de başlangıçtan itiraben sonuç doğuran kararın iptal kararının kesinleşmesiyle beraber, kural olarak, baştan itibaren hükümsüz kalacağına dair bkz. Moroğlu, **GK**, s. 341-343; Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **GK**, s. 255-258.

312 Alman hukukunda AktG §243/1 bakımından bu yönde bkz. Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 5.

313 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 273; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 535.

314 Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi'nin, üç kişinin taraf olduğu bir mirasın taksimi sözleşmesinin bunlardan ikisi tarafından üçüncü taraf aleyhine ihlal edilmesine, yalnızca taraflar arasında olmak üzere hükümsüzlük yaptırımı bağladığı istisnai bir karar için bkz. BGE 114 II 329, (Çevrimiçi) www.bger.ch, 20.08.2020. Karar hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 532-533.

315 Esas sözleşmenin kanun hükümlerinden farkını ortaya koyan *von Steiger*, esas sözleşmede idari veya cezai yaptırımların öngörülemeyeceğini, yalnızca sözleşme cezası öngörülebileceğini ifade

bağlamda bir başka örnek, sermaye taahhüdü borcunu ifa etmeyen pay sahibinin ıskat edilmesidir. Zira ıskat da anonim ortaklıklar hukukuna özgü bir yaptırım olarak borçlu temerrüdünün özel bir görünümünü teşkil eder[316].

xi. Pragmatik Gerekçeler

BK'nın genel hükümleri karşılıklı borç doğuran sözleşmeleri esas almasına karşılık[317], esas sözleşme birleşme, kuruluş ve organizasyon sözleşmesi niteliklerini haizdir[318]. Bu nedenle, örneğin irade sakatlıklarına, aşırı yararlanmaya veya ödemezlik def'ine dair hükümler gibi, özellikle sözleşmelerin kuruluşuna ve geçerliliğine ilişkin BK'nın genel hükümlerinin esas sözleşmeye uygulanmasına ihtiyatla yaklaşılmaktadır[319]. Bu bağlamda esas sözleşmenin tescil sonrasında sözleşmesel niteliğini reddeden yaklaşımların, BK'nın genel hükümlerinin esas sözleşmeye uygulanmasını engelleme saikiyle hareket ettiğine dikkat çekilmektedir[320]. Nitekim esas sözleşmenin objektif normlardan oluştuğu kabul edildiğinde, esas sözleşme, örneğin, BK m. 28 ve 30-39'un uygulama alanından kolaylıkla çıkarılabilmektedir[321]. Ne var ki karşılıklı borç doğuran sözleşmelerden farklı olması, esas sözleşmenin sözleşme olmadığı anlamına gelmez[322].

Esas sözleşmenin tescil sonrasında nesnel hukuk kuralı teşkil ettiğine dair sonuç odaklı bir başka gerekçe ise esas sözleşmenin yorumu hakkındadır. Buna göre esas sözleşme geniş bir çevreye uygulandığından dolayı nesnel hukuk kuralları gibi

---

etmektedir (von Steiger, **SA**, s. 41). Başlı başına bu tespit dahi, esas sözleşmenin yaptırım yönünden kanunla eş tutulamayacağını ortaya koymaktadır.

316 Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/II**, N. 1061; Ali Murat Sevi, **Anonim Ortaklıkta Payın Devri**, 4. bs., Ankara, Seçkin, 2018, s. 333. Öğretide önceden savunulan ve azınlıkta kalan bir başka görüş ise ıskatı sözleşme cezasının özel bir türü olarak nitelendirmekteydi (**a.e.**).

317 Karayalçın, **a.g.e.**, s 41; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 64, 79. İsviçre hukukunda bkz. Müller, **a.g.e.**, s. 43-44.

318 Anılan nitelikler hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, C, 2.

319 Karayalçın, **a.g.e.**, s 41; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 148. İrade sakatlığına dair hükümlerin esas sözleşmeye ve iştirak taahhüdüne uygulanması hakkındaki tartışma için bkz. Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 20 dn. 11.

320 Leuschner, **a.g.e.**, §25 Rn. 15. Örneğin dernek tüzüğünün objektif norm niteliği bu husus bağlamında değerlendirilmektedir. Bkz. Dural, Öğüz, **a.g.e.**, N. 1255.

321 Wiedemann, **GesR**, 161; Schwennicke, **a.g.e.**, §25 Rn. 26.

322 Leuschner, **a.g.e.**, §25 Rn. 13-15. Şirket sözleşmelerinin karşılıklı borç doğuran sözleşmelerden farklı hakkında bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 64-67.

yorumlanmalıdır[323]. Kural olarak bu tespite katılmakla beraber, benimsenecek yorum kuralından hareketle, esas sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi kanımca isabetli değildir. Hatta bunun tam tersinin yapılması da, yani sadece hukuki nitelikten yola çıkarak yorum metodunun belirlenmesi de kimi zaman isabetli sonuçlar ortaya koymayabilir. Nitekim toplu iş sözleşmeleri ve genel işlem koşulları gibi genel nitelikli hükümler içeren sözleşmelerin yorumu ile kanun hükümlerinin yorumu arasındaki fark silikleşmektedir[324]. Zira uygulanacak yorum yönteminde esas alınması gereken kriter, hüküm ifade edeceği çevrenin genişliği olmalıdır[325]. Üstelik bir normun kanunlaştıktan sonra kanun koyucunun iradesinden tamamen koptuğu ve bağımsız bir varlık kazandığını savunan "objektif güncel yorum metodu", maruz kaldığı eleştiriler doğrultusunda ağırlığını gittikçe yitirmektedir[326]. Dolayısıyla kanun hükümlerinin yorumunda dahi kanun koyucunun iradesini aramaya daha yakın olan yöntemlerin önem kazandığı dikkate alındığında, esas sözleşmenin kurucuların iradasinden bağımsızlaşması nedeniyle kanun gibi yorumlanmasını sağlamak amacıyla objektif norm olduğunu ifade etmek isabetli değildir.

Halbuki BK'nın genel hükümlerinin esas sözleşmeye uygun düştüğü ölçüde uygulanması veya esas sözleşmenin yorumunda ilgili hükümlerin etki alanının dikkate alınması için esas sözleşmenin sözleşme niteliğini inkar etmeye gerek yoktur. Bunun için esas sözleşmenin kendine özgü niteliklerini; bu kapsamda edimlerin karşılıklı konumunu, meydana gelen tüzel kişiliğin üçüncü kişiler nezdinde oluşturduğu hukuki güveni ve esas sözleşmenin yaygın etki alanını dikkate alarak

---

[323] Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 20. Ayrıca bkz. dn. 472'ye bağlı metin. Dernek tüzüğü açısından bu yönde bkz. Dural, Öğüz, **a.g.e.**, N. 1255.

[324] Serozan, **a.g.e.**, s. 144.

[325] Yorumda esas sözleşme hükmünün hukuki niteliğinin değil, geçerli olduğu kişi çevresinin esas alınması gerektiği yönünde bkz. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 39; Arnold, **KK**, §23 Rn. 20. *Akyol*'un da sözleşme ve kanun yorumunda esas aldığı kriter, ilgili metnin sonuç doğuracağı çevrenin genişliğidir (Şener Akyol, **Sözleşmenin Yorumu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 13). Kanunun yorumu ve sözleşmenin yorumu arasındaki farkları ortaya koyan *Sarıkaya* da, ilgili nomların düzenleme alanı/çevresinden hareket etmektedir. Bkz. Murat Sarıkaya, **Sözleşmenin Yorumu**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, s. 12.

[326] Bu yönde bkz. Fleischer, **Auslegung**, s. 472. Yöntem hakkındaki eleştiriler için bkz. Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 240.

BK'nın genel hükümlerinin amaca uygun sınırlandırılması (teleolojik redüksiyon) gerekli ve yeterlidir[327].

Kaldı ki yorumun bir adım ötesine geçildiğinde, esas sözleşmedeki boşluğun doldurulması meselesinde, esas sözleşmenin kanun normlarından farkı iyice belirgin hale gelmektedir. Zira kanun boşluğunun doldurulmasında, kıyas yoluyla kanunun başka fakat benzer bir hükmü uygulama alanı bulabilirken; hukuki işlem teşkil eden esas sözleşmede boşluk olması halinde -kanunda yedek hüküm bulunmaması halinde- pay sahiplerinin farazi iradesi esas alınır[328].

xii. Kanuni Terimin Sözleşmesel Niteliği Teyit Etmesi

TK'nın başta 339. maddesi olmak üzere pek çok hükümde anonim ortaklığın şirket sözleşmesini "esas sözleşme" olarak anması, sözleşmesel niteliğin kanun koyucu tarafından da teyit edilmesi olarak yorumlanabilir. Zira esas sözleşmenin şeklini ve içeriğini düzenleyen TK m. 339'un gerekçesinde "*[b]irinci fıkra, anonim şirketin sözleşmesel niteliğini vurgulamakta, Tasarının 335 inci maddesi anlamında kurucu işlemin belirleyici ve tanımlayıcı belgesinin asgarî kanunî içeriğini belirlemekte ve sözleşmenin kurulmasının şeklî şartını göstermektedir*" ifadesi yer almaktadır. Benzer şekilde Alman hukukunda anonim ortaklığa ilişkin genel hükümlerde yer alan AktG §2'de "*Satzung*" (esas sözleşme) terimi, "*Gesellschaftsvertrag*" (şirket sözleşmesi) ifadesinin yanında parantez içinde yer almaktadır. Bu kavramların eş anlamlı[329] olarak kullanılmasından hareketle, öğretide kanun koyucunun esas sözleşmenin sözleşmesel niteliğini kabul ettiği ileri sürülmektedir[330].

---

[327] Wiedemann, **GesR**, s. 162; Serozan, **a.g.e.**, s. 360. Bu bağlamda ZGB Art. 7 (MK m. 5) hükmünün rolüne dair bkz. Müller, **a.g.e.**, s. 52-54.

[328] Serozan, **a.g.e.**, s. 144. Öte yandan belirtilmelidir ki TK'nın anonim ortaklıklara ilişkin çok sayıda hüküm içermesi nedeniyle, esas sözleşmedeki boşluğun farazi iradeyle doldurulması pek sık rastlanılacak bir olgu değildir.

[329] Bu yönde bkz. Arnold, **KK**, §23 Rn. 8; Bachmann, **a.g.e.**, §2 Rn. 44; Limmer, **Spindler/Stilz AktG**, §23 Rn. 3.

[330] Brändel, **GroßK 2004**, §2 Rn. 50; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 7; Arnold, **KK**, §23 Rn. 8. K.g. Eckardt, **a.g.e.**, §2 Rn. 7.

2. Sözleşmelerin Tasnifi Açısından Esas Sözleşmenin Ayrıksı Özellikleri

Ortaklığın tescilinden önce olduğu gibi, sonrasında da sözleşme olduğu tespit edilen esas sözleşmenin kendine özgü niteliklerini ve sözleşmeler arasındaki konumunu belirlemek gerekir. Nitekim esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarını tespit ederken ve bu sınırları aşan hükümlerin akıbetini incelerken, esas sözleşmenin ayrıksı niteliklerinin dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu bağlamda edimler arasındaki ilişki, yeni bir hak öznesi yaratılması, bunun işleyişi için çeşitli mekanizmaların ve statülerin öngörülmesi gibi, esas sözleşmenin ayrıksı nitelikleri bu çalışma açısından önem arz etmektedir.

Anılan bu özellikler aşağıda ayrı başlıklar hâlinde incelemeye tabi tutulmuştur. Bu noktada varılan sonucu baştan belirtmek gerekirse, esas sözleşme "kendine özgü bir şirketler hukuku sözleşmesi" olarak nitelendirilebilir.

a. Şirketler Hukuku Sözleşmesi

Sözleşmeler hukuki sonuçlarını doğurduğu alan açısından borçlar hukuku, aile hukuku, kişiler hukuku, eşya hukuku, miras hukuku veya kambiyo hukuku sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir[331]. Her bir hukuk dalının kendine özgü özellikleri çerçevesinde farklı nitelikler sergileyebilen ve sonuçları -büyük oranda- ait olduğu alanda gözlemlenen sözleşmeler, ilgili oldukları alanla anılır. Örneğin dernek kuruluşu kişiler hukuku, satış sözleşmesi borçlar hukuku, aynî sözleşmeler eşya hukuku, evlenme aile hukuku, miras sözleşmesi miras hukuku ve kambiyo sözleşmesi kıymetli evrak hukuku sözleşmesi olarak görülmektedir[332]. O halde hüküm ve sonuçlarını büyük oranda şirketler hukukunda doğuran esas sözleşme de "şirketler hukukuna özgü"[333] bir sözleşme şeklinde nitelendirilebilir[334].

---

[331] Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 152-155; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 96; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 40.

[332] Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 96. Kambiyo sözleşmesi için bkz. Hüseyin Ülgen, (Mehmet Helvacı, Arslan Kaya, N. Füsun Nomer Ertan), **Kıymetli Evrak Hukuku**, 12. bs., İstanbul, Vedat Kitabevi, 2019, s. 94.

[333] Bu çalışmada diğer ticaret ortaklıklarının şirket sözleşmeleri ile esas sözleşme arasında hukuki nitelik açısından bir ayrım yapılmadığı için, nitelemeyi "anonim şirketler hukuku sözleşmesi" olarak ifade etmenin de gereği yoktur. Zira bütün ticaret ortaklıkları tüzel kişiliğe sahip olduğundan, aşağıda ele alınan özelliklerin tamamı, farklı derece ve yoğunluklarda olmak üzere, diğer ticaret ortaklıklarında da bulunmaktadır (Corbisier, **a.g.e.**, s. 556). Adi ortaklık sözleşmesi de

Bu niteliği, aynı zamanda aşağıda ayrı ayrı ele alınan özelliklerin esas sözleşme bünyesinde topluca bulunduğuna da işaret eder. Zira esas sözleşme aynı zamanda "kuruluş sözleşmesi", "birleşme sözleşmesi", "organizasyon sözleşmesi" ve "sosyal hukuk (statü) sözleşmesi" özelliklerini taşıması nedeniyle bir şirketler hukuku sözleşmesi olarak belirir[335]. Anılan bu özellikler birbirleriyle yakından bağlantılı olmasına karşılık, aslında esas sözleşmenin farklı yönlerine ışık tutar. Fakat pek çok incelemede bu vasıfların yalnızca bir kısmına değinildiği; yahut belirli bir kavramın farklı nitelikleri kapsayacak şekilde kullanıldığı görülmektedir[336].

b. Borç Sözleşmesi

Hukuki etkileri açısından incelendiğinde, borç ilişkisi kuran sözleşmeler "borç sözleşmeleri" olarak anılır[337]. Esas sözleşme de bir yönüyle borç sözleşmesidir[338]. Öncelikle tarafların anonim şirket kurma yönündeki anlaşmalarını ve buna bağlı karşılıklı hakları ve borçları içerir[339]. Nakdî ve ayni sermaye taahhütleri ile bunlara bağlı borçlara[340] ek olarak, ortaklığın ve esas sözleşmenin

---

diğer şirket sözleşmeleri gibi, hem borç hem organizasyon sözleşmesi niteliklerini barındırmakla beraber, adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından borç sözleşmesi yönü ön plandadır. Bilgi için bkz. Barlas, **a.g.e.**, N. 125-130.

334 Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 11; Holzborn, **Spindler/Stilz AktG**, §179 Rn. 29; Stein, **MüKoAktG**, §179, Rn. 5; Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 9-45.

335 Habersack, **Privatrechtsdogmatik**, s. 814-815.

336 "Birleşme akdi" bakımından bu duruma dikkat çeken Barlas, **a.g.e.**, N. 128 dn. 175. Bununla birlikte yazar "organizasyon sözleşmesi" kavramını, hak öznesi yaratma fonksiyonuna işaret eden "kişiler hukuku/kuruluş sözleşmesi" özelliğini de içerecek şekilde kullanmaktadır. Bkz. **a.e.**, N. 124 dn. 172; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 94. Belirtilmelidir ki şirket sözleşmelerinde (tüzel kişi) yaratma fonksiyonu, düzenleme ve örgütleme işlevlerine her zaman eşlik etmeyebilir. Örneğin adi ortaklık sözleşmesi de bir organizasyon sözleşmesi olarak nitelendirilmekte; fakat kuruluş sözleşmesi özelliği bulunmamaktadır. Zira sözleşme, ortaya yeni bir hak öznesi çıkarmamaktadır.

337 Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 152; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 95.

338 Müller, **a.g.e.**, s. 31-32; Limmer, **Spindler/Stilz AktG**, §23 Rn. 3; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 10; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 7; Arnold, **KK**, §23 Rn. 9. Türk hukukunda esas sözleşmenin tescil öncesinde yalnızca borçlar hukuku sözleşmesi olduğu yönünde bkz. Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 18. Esas sözleşmenin bir yönüyle borç sözleşmesi olduğu yönünde bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 66-67; Bahtiyar, **Tasarı**, s. 70-71; Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 9-45; Manavgat, (Kırca, Şehirali Çelik), **AŞ**, s. 298; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 280.

339 Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 7; Arnold, **KK**, §23 Rn. 8; Ganz, **a.g.m.**, s. 436.

340 Bu kapsamda nakdî sermaye taahhüdünün en az yüzde yirmi beşi ile -varsa- çıkarma priminin tamamının şirketin tescilinden önce, kalanının ise tescili izleyen yirmi dört ay içinde ödenmesi gerekir. Ayni sermaye taahhüdü bakımından TK m. 128/2 uyarınca ilgili sicillere şerh ve/veya kayıt işlemlerinin yapılması, taşınırların ise güvenilir bir kişiye tevdi edilmesi gerekir. Ayrıca ayni

ticaret siciline tescilini ve ilanını talep etme yükümlülüğü de bu kapsamda sayılabilir[341]. Ayrıca şirketin kurulmasında hizmeti geçenlere ödeme yapılması [TK m. 339/2-(e)], kuruculara, yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere şirket kârından menfaat sağlanması [TK m. 339/2-(f), 348] veya pay sahiplerine hazırlık dönemi faizi ödenmesi (TK m. 510) de kuruluş esas sözleşmesinde öngörülebilir. Bunlardan başka, pay sahiplerinin kendi aralarındaki ortaklıksal olmayan ilişkileri düzenleyen şeklî esas sözleşme hükümleri de esas sözleşmenin borç sözleşmesi yönüne ilişkindir[342].

Görüldüğü üzere esas sözleşmede düzenlenen borçların bir kısmı tüzel kişiliğin meydana gelmesiyle sona ererken, bir kısmı ise ortaklığın tescilinden sonra da varlığını sürdürmektedir. Örneğin kurucuların ortaklığın tescilini sağlama yükümlülüğü tescille beraber sona ererken, nakdi sermaye taahhütlerinin ödenmemiş olan kısmı, tescilden sonra, üstelik paya bağlı olarak (TK m. 501), varlığını sürdürmektedir. Bundan başka, TK m. 421/2 ve 480/4 çerçevesinde öngörülmüş olan ek veya ikincil yükümlülükler de ortaklığın tüzel kişilik kazanmasından sonra geçerliliğini korurlar.

c. Kuruluş Sözleşmesi

Hukuki etkileri açısından bakıldığında, esas sözleşmenin yalnızca taraflar arasında borç ilişkileri kurmadığı, ayrıca hukuk düzeninde bir kişi topluluğu meydana getirdiği görülür [343] . Bu tür sözleşmeler "kuruluş sözleşmesi" (*Gründungsvertrag*) olarak nitelendirilir[344]. Üstelik esas sözleşmenin vücut verdiği

---

sermaye teşkil eden malvarlığı unsurlarının mahkeme aracılığıyla değerlemeye tabi tutulması gerekir (TK m. 343).

[341] Müller, **a.g.e.**, s. 32. Burada TK m. 215'te öngörülen kollektif ortaklık ve komandit ortaklıktakine benzer şekilde kanuni bir tescil zorunluluğundan değil; ancak kurucuların birbirlerine karşı tescili sağlama yükümlülüğünden söz edilebilir. Zira kurucular tescile kadar daima şirketi kurmaktan vazgeçebilirler. Ön anonim ortaklığın esas sözleşme hükümlerinin de uygulandığı bir adi ortaklık olması ve tescilden vazgeçme kararının iç ilişkiye yönelik olması nedeniyle, bu aşamada tescilden vageçme kararının çoğunluk kararına bağlanabilmesi mümkündür.

[342] Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 12. Şeklî esas sözleşme hükümleri hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, F, 3.

[343] Müller, **a.g.e.**, s. 31; Serozan, **a.g.e.**, s. 359. Adi şirket sözleşmesi bağlamında bkz. Schäfer, **a.g.e.**, 2017, § 705 Rn. 158.

[344] Ganz, **a.g.m.**, s. 436. Öğretide kişi topluluğu kuran sözleşmeler için farklı kavramlar kullanılmaktadır. Bkz. von Gierke, **Privatrecht**, s. 486: "Sosyal hukuka özgü kurucu işlem"

kişi topluluğu olan anonim ortaklık, taraflardan bağımsız bir hak öznesi olarak varlık kazanır. Tüzel kişiliği haiz bir kişi topluluğu (korporasyon[345]) oluşturması sebebiyle, esas sözleşmenin "kişiler hukuku sözleşmesi" (*personenrechtlicher Vertrag*) olduğu ifade edilebilir[346].

d. Birleşme Sözleşmesi

Edimlerin ve menfaatlerin birbirleriyle ilişkisi bakımından yapılan ayrımda, sözleşmeler "değişim sözleşmeleri", "iş görme sözleşmeleri" ve "birleşme sözleşmeleri" olarak üçe ayrılır[347]. Esas sözleşme, kurucuların ortak amaç uğruna edimlerini bir araya getirdiği bir birleşme sözleşmesidir[348]. Bu nedenle tarafların edimlerini mübadele etmeyi amaçladığı ve menfaatlerin karşılıklı konumlandığı sözleşmelerden, yahut taraflardan birinin diğeri için iş görmeyi taahhüt ettiği sözleşmelerden farklıdır. Birleşme sözleşmelerinde ortak amacın gerçekleştirilmesi

---

(*sozialrechtlicher Konstitutivakt*). Alfred Hueck, **Das Recht der offenen Handelsgesellschaft**, 4. bs., Berlin De Gruyter, 1971, s. 50; Baştuğ, **a.g.m.**, s. 66; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 20 dn. 28'de anılan eserler: "Birlik kurucu sözleşme" (*gemeinschaftsbegründender Vertrag*). Mathias Habersack, Carsten Schäfer, **Das Recht der OHG: Kommentierung der §§ 105 bis 160 HGB**, Berlin/New York, De Gruyter, 2010, § 105 Rn. 138: "Topluluk sözleşmesi" (*Gemeinschaftsvertrag*).

[345] Esas sözleşmenin korporatif ve şeklî hükümleri ayrımı bağlamında "korporatif" kavramına "korporasyona özgü" olmaktan daha geniş ve farklı bir anlam verildiği görülmektedir. İkinci Bölüm, II, F, 3, a ve İkinci Bölüm, II, F, 3, e, (1).

[346] Bu yönde bkz. Habersack, Schäfer, **a.g.e.**, § 105 Rn. 138; Baştuğ, **a.g.m.**, s. 67; Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 19 dn. 10'da anılan eserler; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 97. Dernek tüzüğü bakımından "borçlandırıcı sözleşme" ve "kişiler hukuku sözleşmesi" ayrımları için bkz. Akünal, **a.g.e.**, s. 73-74; Engin, **a.g.e.**, s. 27.

[347] Ayrıntılı bilgi için bkz. Hirsch, **a.g.e.**, s. 184; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 6 dn. 5a; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 41; Serozan, **a.g.e.**, s. 359-361; Schäfer, **a.g.e.**, § 705 Rn. 162.

[348] Ganz, **a.g.m.**, s. 6; Hirsch, **a.g.e.**, s. 198; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 41; Serozan, **a.g.e.**, s. 359; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 50. Adi ortaklık sözleşmesi bakımından bkz. Fellmann, Müller, **a.g.e.**, Art. 530 N. 417; Barlas, **a.g.e.**, N. 131. Şirket sözleşmelerinin "tam iki taraflı sözleşme" teşkil ettiği yönündeki görüş savunulmuşsa da, bu yaklaşım öğreti ve içtihat hukukunda tutunamamıştır. Bkz. Salamon Kaniti, **Akdin İfa Edilmediği Def'i**, İstanbul, İÜHFM Yayınları, 1962, s. 65; Arslanlı, **Kollektif**, 39-40. Yazarlar "karşılıklılık" olgusunu edimler arası ilişkide değil, taahhütlerin birbirine bağlılığında bulmaktadır. Ancak *Arslanlı* önceki tarihli bir başka eserinde şirket sözleşmesinin mübadele sözleşmelerinden farkını ortaya koyarak, bunun birleşme sözleşmesi olduğunu savunmuştur (Halil Arslanlı, "Şirket Mukaveleleri ile Cemiyetler ve İki Tarafa Borç Yükleyen Akitler Arasındaki Ayrılıklar ve Bunları Tefrika Yarayan Ölçüler", **İHFM**, C: XI, No: 3-4, 1945, s. 133-135). Edimler arasında karşılıklılık (sinallagma) ilişkisi olmamakla beraber, her bir ortağın taahhüdü diğerlerinin taahhüdünün varlığına bağlı olduğundan, şirket sözleşmesinin "geniş anlamda karşılıklı sözleşme" olduğu yönünde bkz. Baştuğ, **a.g.m.**, s. 68-69.

hedeflendiğinden, tarafların menfaatleri ve edimleri de birleşmiş durumdadır[349]. Satış, kira ve hizmet sözleşmelerinin aksine, bir ortağın taahhüdü, diğer ortakların edimlerinin "karşılığında" değil, ortak amaca ulaşılması uğruna verilmektedir.

e. Organizasyon Sözleşmesi

Bir araya gelen kişilerin kaynaklarını birleştirmeleri çoğunlukla ortak amacın gerçekleştirilmesi için yeterli olmaz. Oluşturulan kişi birliğinin müşterek amaca uygun şekilde ve kişi birliğini oluşturanların kolektif iradesi doğrultusunda hareket edebilmesi de gerekir. Zira ortaklığın faaliyeti boyunca meydana gelen yeni durumlar karşısında, pay sahiplerinin her defasında bir araya gelip anlaşmaya varması ne mümkündür ne ekonomik anlamda verimlidir. Bunun yerine pay sahiplerinin kontrolünde, fakat onlardan bağımsız olarak hareket edebilen bir organizasyona ihtiyaç vardır[350].

O halde kaynaklarını ortak amaç etrafında birleştiren kişilerin kolektif iradesini ortaya çıkaran bir karar organına; birleştirilen kaynakları idare eden ve üçüncü kişilerle çeşitli işlemler gerçekleştiren bir yönetim ve temsil organına; söz konusu yetkilerin devredilmesine karşılık, pay sahiplerine bilgi, denetim, kontrol ve dava hakları sağlayan; böylelikle hem münferit menfaatleri, hem de müşterek menfaatleri (şirket menfaati) korumayı amaçlayan mekanizmalara ihtiyaç duyulmaktadır. Kısacası ortak amaca ulaşılabilmesi için birleşmenin ve işbirliğinin yanında, bir de örgütlenmeye gerek vardır[351]. Bu örgütlenme ticaret ortaklıklarında kuruculardan bağımsız bir tüzel kişiliğin yaratılması yoluyla; adi ortaklıkta ise tüzel kişi olmaksızın sağlanır[352]. Bu çerçevede anonim ortaklığın esas sözleşmesi "organizasyon sözleşmesi" (örgütlenme sözleşmesi) olarak nitelendirilmektedir[353].

---

[349] Hirsch, **a.g.e.**, s. 184-185; Habersack, Schäfer, **a.g.e.**, § 105 Rn. 138. Menfaatlerin ortak bir amaçta birleşmesi nedeniyle, öğretide birleşme sözleşmeleri "*Interessenvergemeinschaftungsvertrag*" (menfaat ortaklığı sözleşmesi) olarak da anılmaktadır (Müller-Erzbach, **a.g.e.**, s. 149; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §13 N. 17).

[350] Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 689.

[351] Benzer yönde bkz. Müller, **a.g.e.**, s. 33.

[352] Kuruluş sözleşmesi niteliği, esas sözleşmenin kurucu işlevine odaklanmakta ve taraflardan ayrı bir hak öznesinin yaratılmasını açıklamaktadır. Organizasyon sözleşmesi niteliği ise tüzel kişilikten bağımsız olarak, kişi topluluğunun örgütlenmesine, yani esas sözleşmenin düzenleyici yönüne ilişkindir. Dolayısıyla organizasyon sözleşmesi niteliği bütün şirket sözleşmelerinde görülürken,

Bu noktada ekonomik ve hukuki yaklaşımların, özellikle şirket sözleşmeleri bağlamında çok yakın bir temas içinde olduğu gözlemlenmektedir. Şirket sözleşmesinin ekonomik açıdan varoluş sebepleri ve işlevleri, hukuki açıdan unsurlarını ve niteliklerini ortaya koymaktadır. Nitekim müşterek ekonomik amaçların gerçekleştirilmesi için kaynakların birleştirildiği; bunların kontrol ve denetim mekanizmaları içeren bir organizasyon çerçevesinde idare edildiği yapı, hem ekonomik, hem de hukuki anlayışla örtüşmektedir. Meseleye anonim ortaklık açısından yaklaşıldığında, söz konusu yapıya vücut veren sözleşme esas sözleşmedir[354].

---

kuruluş sözlemesi niteliği ticaret şirketlerine özgüdür (Benzer yönde bkz. Corbisier, **a.g.e.**, s. 555-556). Ayrıca tüzel kişiliği haiz olan, özellikle sermaye şirketlerinde, şirket sözleşmesinin organizasyon unsuru ön plandadır. Bkz. Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**,§2 N. 124; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 53-54; Barlas, **a.g.e.**, N. 129. *Barlas* adi ortaklık açısından borç sözleşmesi unsurunun ağır basmasına karşılık, ticaret ortaklıkları bakımından borç ve organizasyon karakterinin eşit önemde olduğunu belirtmektedir.

353 "Organizasyon sözleşmesi" kavramı ilk olarak *Würdinger* tarafından ortaya atılmış olup (Hans Würdinger, **Gesellschaften, Erster Teil: Recht der Personengsellschaften**, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1937, s. 42; Würdinger, **Aktienrecht**, s. 39 vd.), Alman hukukunda bu görüşü destekleyenler için bkz. Peter Ulmer, "Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH?", **Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984: Handelsrecht ud Wirtschaftsrecht in der Bankpraxis**, Ed. Walther Hadding et. al., Berlin/New York, De Gruyter, 1984, s. 912; Wiedemann, **GesR**, s. 159; Schmidt, **GesR**, s. 76-77; Schäfer, **a.g.e.**, § 705 Rn. 158; Habersack, Schäfer, **a.g.e.**, § 105 Rn. 139; Limmer, **Spindler/Stilz AktG**, §23 Rn. 3; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 10; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 7; Arnold, **KK**, §23 Rn. 9. İsviçre hukukunda bkz. von Greyerz, (Wohlmann), **a.g.e.**, s. 88; Fellmann, Müller, **a.g.e.**, Art. 530 N. 422-424; Ganz, **a.g.m.**, s. 437. Türk hukukunda Baştuğ, **a.g.e.**, s. 22; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 66-67; Barlas, **a.g.e.**, N. 123-130; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 94; Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 9-45; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 53-54; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 280-281. Anılan son yazar bir taraftan esas sözleşmenin organizasyon sözleşmesi karakterinin tescilden sonra ortaya çıktığını; diğer taraftan değiştirilmiş norm teorisini benimseyerek esas sözleşme hükümlerinin sözleşmesel temelden uzaklaştığını ve objektifleştiğini ileri sürmüştür. Bu tespit "sözleşme olmayan bir organizasyon sözleşmesi" gibi kabulü mümkün olmayan bir kavrama yol açmaktadır. Kanımca esas sözleşme tescilden önce olduğuğu gibi, sonra da -bir yönüyle- organizasyon sözleşmesi niteliğini korur. Esas sözleşmenin tescille beraber genişleyen bağlayıcı etkisi ve düzenleyici işlevi, sözleşmesel niteliğin kaybını gerektirmez.

354 Esas sözleşmenin örgütlü ve özerk bir yapıya vücut vermesi, esasında kurum teorisi çerçevesinde anonim ortaklığın "sözleşmeyle meydana gelen bir kurum" olarak açıklanmasıyla da örtüşmektedir. Nitekim kurum teorisi de, temeline sözleşmeyi yerleştirdiği anonim ortaklığı yaşayan otonom bir organizma olarak görür. Ancak kurum teorisi anonim ortaklığı hiyerarşik bir yapı, esas sözleşmeyi de kurumsal otoriteye dayanan buyruklar olarak görmektedir. Halbuki anonim şirket, kişiler üstü bir organizma değil, kişiler arası bir işbirliği olarak görülmelidir [Wiedemann, **GesR**, s. 8-10; Habersack, **Privatrechtsdogmatik**, s. 814. Yazarlar şirket sözleşmelerini "işbirliği ilişkisi" (*Kooperationsverhältnis*) olarak nitelendirmektedirler]. Bu işbirliği, ortak bir amacın gerçekleştirilmesini hedefleyen kişilerin, kaynaklarını bir organizasyon çerçevesinde birleştirmesiyle ortaya çıkar. Nasıl ki piyasada kaynakların belirli amaçlar için tahsisi mübadele sözleşmeleri aracılığıyla gerçekleştiriliyorsa, şirket de kaynakların ortak bir amaç için birleştirilmesini ve koordinasyonunu sağlayan bir sözleşmeye (esas sözleşme) dayanır (Schäfer,

f. Sosyal Hukuk (Statü) Sözleşmesi

Ortak amaca ulaşmak isteyen kişileri bir anonim şirket çatısı altında birleştiren esas sözleşme, buna bağlı olarak bireysel değil kolektivist bir karaktere sahiptir. Zira esas sözleşme, kurucuları bir topluluk içine yerleştirir ve onları bu kişi topluluğunun üyeleri haline getirir[355]. Bu çerçevede bireysel hukuk ve sosyal hukuk arasında ayrım yapılarak, esas sözleşme "sosyal boyutlu" bir sözleşme yahut "sosyal hukuk sözleşmesi" olarak nitelendirilmektedir[356]. Bunun anlamı, esas sözleşmenin meydana getirdiği kişi topluluğu içindeki statüleri ve bu statülere bağlı yetki ve sorumluluk düzenini belirlemesidir[357]. Sürekli bir sosyal ilişkinin kurulması, değiştirilmesi ve sona erdirilmesi amacıyla yapılan sözleşmeler, öğretide, "statü sözleşmesi" kavramıyla da ifade edilmektedir[358]. Esas sözleşmenin bu yönü, kuruluş ve organizasyon sözleşmesi niteliklerinden bağımsız değildir. Zira örgütlenmiş bir kişi topluluğunun organlarını oluşturan kişiler, topluluk çatısı altında organ üyesi (yönetim kurulu üyesi veya pay sahibi) sıfatını alırlar ve bu sıfata bağlı yetki ve sorumluluklarla donatılırlar.

Esas sözleşmenin eşyaya bağlı hak ve borçlara benzer şekilde, "paya bağlı hak ve borç" yaratan bir statü sözleşmesi teşkil etmesi; bu durumun pay müktesipleri yönünden esas sözleşmenin bağlayıcı gücü üzerindeki etkileri "İkinci Bölüm, II, D" başlığında ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Ott, **a.g.e.**, 697 vd.; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 5; Serozan, **a.g.e.**, s. 360-361). Bu gerekçelerle, anonim ortaklık ve esas sözleşme ilişkisini, dogmatik teoriler arasında yer alan kurum teorisi yerine, yeni kurumsal ekonomi temelinde yükselen mülkiyet teorisi ve sözleşme teorisi çerçevesinde açıklamanın dogmatik açıdan da daha gerçekçi olduğu kanısındayım. Anılan teoriler hakkında bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4, b ve c.

355 Baştuğ, **a.g.m.**, s. 66.

356 "Sosyal hukuk" kavramı esasında *von Gierke*'nin sosyal hukuka özgü toplu işlem teorisiyle bağlantılıdır. Ancak buradaki "sosyal boyutlu olma" ve "sosyal hukuk sözleşmesi" ifadeleri, esas sözleşmeyi hukuki işlemler sahası dışına iten bir anlamı içermeyip, kişi birliği içinde statüler ve mevkiler oluşturma yönüne dikkat çekmektedir. Şirket sözleşmelerinin borçlar hukuku ve sosyal hukuk özelliklerini bir arada taşıması nedeniyle çifte karakterli olduğu yönünde bkz. Müller, **a.g.e.**, s. 31; Fellmann, Müller, **a.g.e.**, Art. 530 N. 414 ve orada anılanlar. Türk hukukunda bkz. Hirsch, **a.g.e.**, s. 184; Baştuğ, **a.g.m.**, s. 66; Serozan, **a.g.e.**, s. 360; Barlas, **a.g.e.**, N. 128.

357 Müller, **a.g.e.**, s. 33; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 22; Serozan, **a.g.e.**, s. 360. *Wiedemann* esas sözleşmenin hukuki konumlar (statü) öngören ve bunlara bağlı yetkileri düzenleyen yönünü organizasyon sözleşmesi niteliği kapsamında ele almıştır (Wiedemann, **GesR**, s. 159).

358 Eren, **a.g.e.**, s. 216. "Durum (statü) borçları" kavramı için bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 247.

g. Çok Taraflı Sözleşme

Kurucu sayısının ikiden fazla olması halinde, esas sözleşme "çok taraflı sözleşme" olarak nitelendirilmektedir[359]. Ancak öğretide şirket sözleşmelerinin tam veya eksik iki taraflı sözleşme olmadığının vurgulanması için "çok taraflı sözleşme" kavramına başvurmanın gerekli olmadığı; bunun borç sözleşmelerinin tasnifinde yer almaması gereken suni bir kavram olduğu ifade edilmiştir[360]. Bu eleştiriye katılmakla beraber, esas sözleşmenin borç sözleşmesinden ibaret olmadığı dikkate alındığında, çok taraflı sözleşme kavramının farklı bir gerekçeye dayandığı kanısındayım[361].

Öncelikle esas sözleşme bir mübadele sözleşmesi olmaması nedeniyle, tek taraflı, eksik iki taraflı veya tam iki taraflı sözleşme olarak nitelendirilemez[362]. Ayrıca birden fazla kişinin müşterek irade beyanıyla sözleşmenin bir tarafını teşkil ettiği borç sözleşmelerinden farklı olarak, şirket sözleşmesinde ortak amaç için bir araya gelen kurucuların, esasında tek veya iki taraf teşkil ettiği de söylenemez[363]. Nitekim kurucular ortak amaca bağlı kolektif menfaatler bakımından taraf ilişkisi içinde değildirler. Buna karşılık, her birinin münferit menfaatleri bakımından ayrı ayrı taraf teşkil ettiği doğrudur. Zira şirketin oluşumundan önce kolektif menfaatten bahsedilemeyeceğinden dolayı, kurucuların ayrı ayrı şirket kurma iradeleri, esasında bireysel menfaatleri doğrultusunda oluşur ve açıklanır. Dolayısıyla esas sözleşmenin birleşme sözleşmesi vasfı taşıdığı göz önüne alınarak "çok taraflı sözleşme"

---

[359] von Steiger, (Patry), **a.g.e.**, s. 272; Müller, **a.g.e.**, s. 5; Noack, **a.g.e.**, s. 106; Ganz, **a.g.m.**, s. 437; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 148; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 54; Eren, **a.g.e.**, s. 225; Arslanlı, **Kollektif**, s. 43; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 20-21; Baştuğ, **a.g.m.**, s. 69; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 40; Oğuz İmregün, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri: Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak)**, 12. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 154-155; Arslan Kaya, "Müktesep Haklar", **40. Yılında Türk Ticaret Kanunu**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1997, s. 148. Poroy, (Tekinalp, Çamoğlu), **2010**, N. 50; Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 11; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s 64; Yüksel, **Paysahipleri**, s. 28; Erdem, **Contrat**, s. 222; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 50, 298; Poroy, Tekinalp, (Çamoğlu), **2019/I**, N. 50. Dernek bakımından bkz. Dural, Öğüz, **a.g.e.**, N. 1254.

[360] Barlas, **a.g.e.**, N. 134. Diğer taraftan yazar şirket sözleşmelerinin borç sözleşmesinden ibaret olmadığını ve organizasyon sözleşmesi vasfını da taşıdığını kabul etmektedir (**a.e.**, N. 129-130).

[361] "Çok taraflı sözleşme" kavramını, esas sözleşmenin akdedilmesi için gereken irade beyanı sayısıyla açıklayan *Bahtiyar*, aynı zamanda esas sözleşmeyi "çok tarafa borç yükleyen bir sözleşme" olarak nitelemektedir. Bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 64 dn. 22.

[362] Barlas, **a.g.e.**, N. 132-133. Taraflardan her birinin borç altına girdiği, fakat bunların karşılıklılık ilişkisinde olmadığı yönünde bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 63.

[363] Serozan, **a.g.e.**, s. 360.

kavramına bütün şirket sözleşmeleri için başvurulabileceği kanısındayım[364]. Hatta iki kurucunun bulunduğu durumda dahi esas sözleşmenin "iki taraflı sözleşme" teşkil etmesine ihtiyatla yaklaşmak gerekir. Zira böyle bir durumda dahi, aynı gerekçeler ışığında esas sözleşme, eksik veya tam iki taraflı sözleşme niteliği taşımayacaktır.

h. İsimli ve Tipik Sözleşme

Kanunda düzenlenip düzenlenmediğine göre yapılan ayrımda, esas sözleşmenin isimli sözleşme olduğu söylenebilir. Nitekim TK esas sözleşmeyi yalnızca ismen belirtmeyip, ayrıca bunun esaslı unsurlarını da düzenlemiştir (TK m. 335, 339)[365]. Ayrıca tipleşmiş olup olmaması bakımından, esas sözleşmenin kategorik olarak tipik ya da atipik bir sözleşme olduğu söylenemez[366]. Zira içerdiği bireysel özellikler doğrultusunda kanuni modelden uzaklaşabilen esas sözleşmenin atipikleşmesi mümkündür[367].

Ancak emredici hükümler ilkesinin (TK m. 340) kabulüyle beraber anonim ortaklık bakımından "tipin açık olma özelliği"nin kısıtlandırılmış olması nedeniyle, esas sözleşmenin atipikleşme imkânı da daraltılmıştır. Uygulamada kanuni modelden sapan esas sözleşmelerin bu nedenle azalacağından hareketle, esas sözleşmelerin genellikle tipik sözleşme görünümünde olacağı belirtilmektedir[368]. Aslında emredici hükümler ilkesinin kabulünden önce dahi, uygulamada kişiselleştirilmiş hükümler

---

[364] "Çok tarafa borç yükleyen sözleşme" niteliğinin yegâne örneğinin ortaklık sözleşmeleri olduğu yönünde bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 63. Sözleşme görüşünün kabulü halinde, dernek tüzüğü ve kat mülkiyeti yönetim planı da çok taraflı sözleşme kapsamında ele alınabilir.

[365] Kanunda yalnızca ismi geçen ve esaslı unsurları düzenlenmemiş olan sözleşmeler "isimli sözleşme" teşkil etmezler. Hakkında çok az hüküm bulunan sözleşmeler "mırıldanma sözleşmeleri" olarak anılmaktadır [Erden Kuntalp, **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)**, 2. bs., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013, s. 4-6].

[366] "Tipik-atipik" sözleşme nitelikleri ile bunun "isimli-isimsiz" sözleşme ayrımından farklarına ilişkin bkz. **a.e.**, s. 7-9. Karş. Barlas, **a.g.e.**, N. 121. *Barlas* bütün ortaklık sözleşmelerinin "tipik" özellikte olduğunu belirtmekle beraber, kanımca burada "tipik" ibaresini isimli sözleşme anlamında kullanmaktadır. Kavramın farklı anlamlarda kullanılmasına dair ayrıntılı bilgi için bkz. Kuntalp, **a.g.e.**, s. 7-13.

[367] Emredici hükümler ilkesinin yürürlüğe girmesinden önce, şirketler hukukunda içerik serbestisi sayesinde atipik şirket uygulamalarına dikkat çekilmiştir (**a.e.**, s. 12). Esas sözleşme özgürlüğünü ilke olarak benimseyen İsviçre hukukunda, atipik şirket yapılanmaları ve tipoloji öğretisinin yansımaları hakkında geniş bir literatür birikimi mevcuttur (bkz. Üçüncü Bölüm'de dn. 333'te anılanlar).

[368] TK m. 340'ın yürürlüğe girmesiyle beraber artık tip sözleşmelerin hazırlanacağı ve tekdüze bir anonim ortaklık düzeninin yaratılacağı yönünde bkz. Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 128.

yerine model esas sözleşmelerin kullanımı oldukça yaygın olduğundan[369], bu tespitin hem eTK hem de TK bakımından geçerli olduğunu söylemek mümkündür.

D. Esas Sözleşmenin Pay Müktesipleri Üzerindeki Bağlayıcılığının Hukuki Dayanağı

Esas sözleşmenin kurucular, sonraki pay sahipleri, ortaklık (ortaklığın organları), organ üyeleri ve şirket ilgilileri (örn. denetçi, intifa senedi ve değiştirme veya alım veren borçlanma aracı sahipleri) üzerindeki bağlayıcı etkisi yukarıda "II, C, 1, d, (2), VII" başlığı altında açıklanmıştır. Kuruluştan sonra pay iktisap edenlerin esas sözleşmeyi imzalamamasına rağmen, esas sözleşmeyle bağlı olmalarının hukuki dayanağının ayrıca ele alınmasında fayda vardır. Zira esas sözleşmenin bu kişiler üzerindeki bağlayıcı gücünün kaynağının açıklanması, esas sözleşme serbestisine ve esas sözleşme hükümlerinin etkileri bakımından tasnifine (korporatif-şeklî hükümler ayrımı) de ışık tutabilecektir.

Söz konusu inceleme bağlamında, pay iktisabının ve ortaklığa katılmanın esas sözleşmeye taraf olunması anlamına gelmediği ortaya koyulmuştur. Esas sözleşmenin sonraki pay sahiplerine karşı hüküm ifade etmesi, bir taraftan "pay sahipliğinin" paya bağlı hakların ve borçların bütünleştiği bir hukuki statü teşkil etmesiyle, diğer taraftan pay iktisabında içkin olan anonim ortaklığa katılma iradesiyle açıklanmıştır. Bu kapsamda esas sözleşmenin, eşyaya bağlı haklar/borçlar gibi, "paya bağlı hak/borç" yaratan bir statü sözleşmesi teşkil ettiği ortaya koyulmuştur.

1. Hukuki Durum ve Hukuki İlişki Olarak "Pay Sahipliği"

Esas sözleşmeyi imzalayan taraflar (kurucular), tüzel kişiliğin oluşmasıyla beraber pay sahibi sıfatını kazanırlar. Bir "hukuki durum"[370] (*Rechtsstellung*) teşkil

[369] Türkiye ve diğer hukuk sistemleri açısından bu yönde bkz. Birinci Bölüm'de dn. 482'de anılan eserler.

[370] Öğretide aynı anlama gelmek üzere farklı kavramlara başvurulduğu görülmektdir. Arslanlı, **AŞ I**, s. 143: "Hissedarlık mevki". İmregün, **AO**, 273: "Soyut bir ortaklık mevkii". Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 9-08: "Pay mevki". Poroy, (Tekinalp, Çamoğlu), **2010**, N. 760: "Paysahipliği mevkii". Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 97, 100: Pay sahibinin "üyelik konumu". Schmidt, **GesR**, s. 76: "Hukuki statü" (*Rechtszustand*). Dernek üyeliği bağlamında "hukuki konum" (*Rechtsposition*) kavramı için bkz. Engin, **a.g.e.**, s. 23 ve dn. 13'te anılan eserler.

eden pay sahipliği, pay sahibi sıfatına bağlı hakların ve borçların bütünleşmesi ve tecessüm etmesi olarak tanımlanabilir[371]. Bu nedenle pay sahipliği mevkiine geçen kişi, söz konusu hukuki statünün içerdiği hakları, yetkileri, borçları ve külfetleri edinir[372]. O halde pay sahipliği, hem bir hukuki statü hem de ortaklık nezdinde sahip olunan hak ve borçların toplamından oluşan bir hukuki ilişkidir. Anılan bu nitelikler farklı hukuki sonuçlar içermeyip, tercih edilen bakış açısının ürünüdür. Zira pay sahibinin şirket ve şirket ilgililerıyle ilişkisine bakıldığında bir hukuki ilişki olarak beliren pay sahipliği, pay sahibinin ortaklık içindeki konumu açısından ise bir hukuki statü olarak karşımıza çıkar[373].

Bu noktada esas sözleşmenin "tarafı" olmak ile anonim ortaklığın "pay sahibi" konumunda bulunmak arasında bir fark olup olmadığına; varsa bunun sonuçlarına değinmek yararlı olur. Adi ortaklık sözleşmesi bakımından, borçlar hukuku anlamında sözleşmenin tarafı olmanın, şirketler hukuku anlamında ortak statüsünü elde etmekten bir farkı yoktur[374]. Anonim ortaklık esas sözleşmesi bakımından ise durum böyle değildir[375]. Söz konusu farklılık anonim ortaklıkta pay sahipliğinin elde edilme yönteminden ve anonim ortaklıklar hukukunun emredici karakterinden kaynaklanır. Nitekim anonim ortaklığa katılmak için gereken hukuki işlem, borçlar hukuku anlamında esas sözleşmeye taraf olunması değil, ortaklık payının iktisap edilmesidir. Pay müktesibi, böylelikle "pay" bünyesinde bütünleşmiş

---

[371] Turgut Öz, "Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri", **İÜHFM, Özel Sayı: Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan**, C: LII, No: 1-4, 1987, s. 348; Poroy, (Tekinalp, Çamoğlu), **2010**, N. 760; Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 2-12; Habersack, Schäfer, **a.g.e.**, § 105 Rn. 204 ve orada dn. 645'te anılan eserler.

[372] Birçokları yerine bkz. Arslanlı, **AŞ I**, s. 143; İmregün, **AO**, s. 370; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 13, 228-229; Arnold, **KK**, §23 Rn. 58; Müller-Erzbach, **a.g.e.**, s. 178; Habersack, Schäfer, **a.g.e.**, § 105 Rn. 139.

[373] Müller-Erzbach, **a.g.e.**, s. 23; Lutter, **a.g.m.**, s. 86; Nomer, **Sadakat**, s. 49. Dernek üyeliği bakımından benzer tespitler için bkz. Akünal, **a.g.e.**, s. 69; Engin, **a.g.e.**, s. 23.

[374] Habersack, Schäfer, **a.g.e.**, § 105 Rn. 139.

[375] Pay müktesibinin "ortaklıklar hukukuna özgü nitelikteki" esas sözleşme hükümleriyle bağlı olacağını vurgulayan bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 228. K.g. aslen veya devren pay iktisabının, anonim ortaklığa katılma ve esas sözleşmenin kabulü anlamına geldiği yönünde bkz. Gaillard, **a.g.e.**, s. 52; Ömer Teoman, **Öncelik**, s. 149, 163: "*... bir anonim ortaklığın ana sözleşmesi içerdiği bütün hükümler itibarı ile gerek ilk kuruluşta ana sözleşmeyi imzalayan gerek sonradan devren pay iktisap ederek bu sıfatı kazanan üçüncü kişileri bağlar*". Karasu, **a.g.e.**, s. 30 dn 21: "*Şirkete sonradan katılan kimse, esas sözleşme içeriğini de kabul etmiş sayılır*". Yazar korporatif-şeklî hükümler ayrımını benimsemekle beraber, bunların yalnızca yaptırım boyutundaki farkına değinmektedir (**a.e.**, s. 33).

olan hak ve borçlardan oluşan pay sahibi konumuna geçer[376] [377]. Başka bir anlatımla, pay iktisabı neticesinde pay sahibi sıfatını kazanan kişi, yalnızca paya bağlı hak ve borçları edinmiş olur. Bu noktada dikkat edilmelidir ki pay iktisabıyla birlikte, anonim ortaklık ve pay sahibi arasındaki ilişkide değil, yalnızca pay sahibinin şahsında bir değişiklik olmaktadır. Dolayısıyla aslında intikal edenin, pay sahipliğine bağlı hak ve borçlar değil, paya bağlı bulunan pay sahipliği statüsü olduğunu söylemek mümkündür[378]. Paya yahut pay sahipliği konumuna bağlı hak ve borçları belirleyen ise anonim ortaklıklar hukuku kuralları ile bunun sınırları içinde kalmak şartıyla esas sözleşme hükümleri ve organ kararlarıdır[379].

Özetle, anonim ortaklıkta payın iktisabı, pay sahipliği statüsünün kazanılması anlamına gelir. Bir hukuki durum teşkil eden pay sahipliği konumunun kapsadığı

---

[376] Payın farklı anlamlarından birinin, pay sahipliğinin içerdiği hak ve borçları ifade eden "pay sahibinin hukuki durumu" olduğu yönde bkz. von Steiger, **SA**, s. 17-20; Arslanlı, **AŞ I**, s. 143; İmregün, **Ticaret Hukuku**, s. 373; Poroy, (Tekinalp, Çamoğlu), **2010**, N. 760; Tekil, **a.g.e.**, s. 375; Öz, **a.g.m.**, s. 348 Sevi, **Pay Devri**, s. 29-35. *Sevi*, esasında aynı içeriğe sahip olmakla beraber, "pay sahipliği mevkii olarak pay" ile "hakların ve borçların kaynağı olarak payı" kavramlarını ayrı ayrı incelemektedir.

[377] Pay sahipliğinden doğan hakların (ve yükümlülüklerin) bütünleşmesi ve âdeta tekleşmesinden hareketle, payın hak niteliğinde olduğu ileri sürülebilir (bkz. Nomer, **Sadakat**, s. 56 ve orada dn. 232'de anılanlar). Gerçekten anonim ortaklık payı bağımsız bir malvarlığı değeri olmasının yanında, pay sahipliğine bağlı bütünleşik hak ve borçlardan oluşan bir hukuki ilişki teşkil eder (von Steiger, **SA**, s. 19; Arslanlı, **AŞ I**, s. 145). Pay sahipliği haklarının ve borçlarının birbirinden ayrılarak bağımsız hale getirilemeyeceğinden (payın bölünmezliği ilkesi) hareketle, bunun hukuki bir kül olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Hirsch, **a.g.e.**, s. 279; Arslanlı, **AŞ I**, s. 145; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 771. Fakat payın içerdiği hakların ve borçların birbirinden ayrılamaz nitelikte olması, payın sadece hak olduğu anlamına gelmez. Dernekler bakımından bizatihi üyeliğin hak olmayıp, hak ve borçlara kaynak olan bir hukuki ilişki olduğu yönünde bkz. Engin, **a.g.e.**, 23-24. Paylı ortaklık bakımından benzer yönde bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 25-28. Yazara göre pay, ne eşya ne de hak olarak nitelendirilebilir. Ancak bünyesinde bütünleşik haklar ve borçlar barındıran kendine özgü bir malvarlığı unsurudur.

[378] *Arnold*, ödenmemiş olan sermaye taahhüdü borcunun, pay müktesibine devrini "pay sahibi konumunun" intikaliyle açıklamaktadır (Arnold, **KK**, §23 Rn. 58). Benzer yönde bkz Hasan Pulaşlı, "Anonim Şirketlerde Yönetimde İmtiyaz ve Buna İlişkin Esas Sözleşme Düzenlemelerinin Anlam ve Etkisi", **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, 2. Tıpkı Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2001, s. 564. Eşyaya bağlı borçların intikali bağlamında bu yönde bkz. Şafak N. Erel, **Eşyaya Bağlı Borç**, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1982, s. 168; Serozan, **a.g.e.**, s. 247.

[379] Peter Ulmer, "Verletzung schuldrechtlicher Nebenabreden als Anfechtungsgrund im GmbH-Recht?", **Neue Juristische Wochenschrift**, C: XL, No: 31, 1987, s. 1850-1851; Noack, **a.g.e.**, s. 62. Paya bağlı hak ve borç yaratan esas sözleşme hükümleri (korporatif hükümler) hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, F, 3. Şirkete sonradan katılanların esas sözleşme hükümleri yanında, o âna kadar alınmış genel kurul kararlarıyla da bağlı olacağı yönünde bkz. Englisch, **Hölters AktG**, §241 Rn. 65; Kırca, (Şehirali Çelik, Mavgat), **AŞ**, s. 51 dn 117. Bunlara ek olarak yönetim kurulu kararlarını da saymak gerekir. Örneğin ödenmemiş sermaye borcunun vadesini belirleyen yönetim kurulu kararı, sonradan pay iktisap edenleri de bağlar.

hakları, yetkileri, borçları ve külfetleri ise anonim ortaklıklar hukuku belirler. Buradan hareketle "durum borçları"[380] (*Zustandsobligationen*) kavramına altlanan eşyaya bağlı borçlara[381] benzer şekilde, pay sahipliğine bağlı hakları ve borçları da "paya bağlı haklar ve borçlar" olarak görmek mümkündür[382]. Başka bir anlatımla anonim ortaklıklar hukukuna göre paya bağlanabilen haklar ve borçlar, "durum borcu" teşkil eder. Bu bakımdan esas sözleşme, anonim ortaklıklar hukukunun sınırları dâhilinde paya bağlı haklar ve borçlar yaratabilen bir sözleşme olarak görülmelidir.

Anonim ortaklık pay sahipleri açısından durum borcunun mevcudiyetini, tüzel kişiliğin devamlılığını sağlama ihtiyacıyla açıklamak mümkündür. Zira tüzel kişinin, kendisini oluşturan kişilerden bağımsızlığı, yalnızca ayrı malvarlığına ve hak ehliyetine sahip olmasını değil, kendisini oluşturan kişilerin değişiminden etkilenmemeyi de gerektirir. Görüldüğü üzere ortaklık içi hak ve borçların paya veya pay sahipliği konumuna bağlılığı, tüzel kişilere hakim olan devamlılık ilkesinin zorunlu bir uzantısıdır[383].

Esas sözleşmenin bu niteliği münferit kanun hükümlerinde ve özellikle TK m. 480/1'de bir önkabul olarak teyit edilmiştir. Nitekim "*Kanunda öngörülen istisnalar dışında, esas sözleşmeyle pay sahibine, pay bedelini veya payın itibarî değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez*" hükmündeki "*pay sahibi*" ibaresi soyut ve genel nitelikli olup, yalnızca mevcut pay sahiplerini değil, müstakbel pay sahiplerini de kapsar. Nasıl ki kıymetli evrak hukukunda temlik cirosu, devralanı, devredenin haklarına değil de senette mündemiç olan haklara sahip kılıyorsa[384], anonim ortaklık payının devri de yeni pay sahibini yalnızca paya bağlı hak ve

---

380 Erel, **a.g.e.**, s. 6, 51; Serozan, **a.g.e.**, s. 247.

381 Kavram hakkında bkz. Erel, **a.g.e.**, s. 37-87; M. Kemal Oğuzman, "Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar", **İÜHFM**, C: XXXI, No: 1-4, 1965, s. 209-219.

382 Durum borcu vasıflandırması yapmaksızın bu yöndeki açıklamalar için bkz. Poroy, (Tekinalp, Çamoğlu), **2010**, N. 760; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 235; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 100.

383 Derneklerde ve ortaklıklarda durum borçları hakkında bkz. Erel, **a.g.e.**, s. 241-245. *Serozan* bu tür hak ve borçların, kişinin şahsına değil de eşyaya düğümlenerek "halefiyet koruması" yoluyla güçlendirildiğini ifade etmektedir (Serozan, **a.g.e.**, s. 247).

384 Ülgen, (Helvacı, Kaya, Nomer Ertan), **Kıymetli Evrak**, s. 185.

borçlara tabi kılar[385]. Sürat ve işlem güvenliği gerekçesiyle kambiyo senedinin üzerine yazılabilen hükümlerin sınırlandırılması gibi, anonim ortaklık paylarının serbestçe devredilebilmesi ve böylece tedavül gücünün korunabilmesi amacıyla, esas sözleşme aracılığıyla paya bağlanabilen hakların ve borçların çerçevesi emredici hükümlerle çizilmiştir[386]. Bu nedenle TK m. 480/1'de düzenlenen tek borç ilkesinin, muhtemel pay sahipleri bakımından hukuki güvenlik ve belirlilik sağlamak suretiyle, nihai olarak anonim ortaklık paylarının serbestçe devredilebilmesini garanti altına aldığı söylenebilir[387]. Görüldüğü üzere esas sözleşmenin hukuki niteliği ve bağlayıcı etkisi ile esas sözleşme özgürlüğü yakın temas içindedir.

Bu noktada önemle vurgulanması gereken husus, pay sahibinin söz konusu haklara ve borçlara tabi olmasının kendi rızasına (ortaklığa katılma iradesine) bağlı olmasıdır. Dolayısıyla pay sahipliği mevkiine yapılan vurgu ve esas sözleşmenin bağlayıcı etkisini "paya bağlı hak ve borç" kavramıyla açıklamak, hukuki işlem (sözleşme) temelinden uzaklaşıldığı anlamına gelmez[388]. Bu durum esas sözleşmenin şirketler hukuku sözleşmesi ve özellikle sosyal hukuk sözleşmesi niteliğinden kaynaklanmaktadır. Borç sözleşmelerinin şahıs yönünden (*ratione personae*) kapsamı çoğu zaman baştan itibaren somutlaştırılmıştır. Esas sözleşmeyle bağlı olan çevre ise geniş ve belirsizdir. Ancak bu yönü, sözleşmelerin nispiliğinin aksine, esas sözleşmenin *inter omnes* etkiye sahip olduğu anlamına gelmez[389]. Zira esas sözleşme

---

[385] Şeklî esas sözleşme hükümleri ise paya değil, payını devreden kişinin şahsına bağlı hak ve borçları düzenlemektedir (Arnold, **KK**, §23 Rn. 11).

[386] Anonim ortaklıklar hukuku kurallarının emrediciliğini payın tedavül gücü, hukuki belirlilik, işlem maliyetleri ve pay müktesibinin korunması ekseninde gerekçelendiren açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2, c.

[387] Tek borç ilkesi hakkındaki açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm dn. 381.

[388] Ortaklığa sonradan katılan pay sahiplerinin esas sözleşme hükümleriyle bağlı olmalarının, ortak sıfatına ve ahde vefa ilkesine dayandığı yönünde bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 13. Dernek üyeliğinin bir hukuki statüye girme olduğu kabul edilse dahi sözleşmesel temele dayandığı yönünde bkz. Engin, **a.g.e.**, s. 31-32.

[389] *Bahtiyar* esas sözleşmenin sonraki pay sahiplerini ve istisnai olarak üçüncü kişileri de bağlaması nedeniyle, nispilik ilkesinin geçerli olduğu karşılıklı sözleşmelerden ayrıldığını ifade etmiştir (Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 66.). Kanımca TK m. 354/1'de belirtilen sınırlı sayıdaki istisnai hususlar, hukuki dayanağını doğrudan açık kanun hükmünden ve ticaret sicilinin olumlu etkisinden (TK m. 36) aldığı için bizatihi esas sözleşmenin herkese karşı etkili olduğu savına mesafeyle yaklaşılmalıdır.

yalnızca ortaklık ilişkisine kendi iradesi doğrultusunda katılanları bağlar[390]. Esas sözleşme hükümlerinin, TK m. 354/1'de anılan hususlar haricinde, herkese karşı ileri sürülebilir (mutlak etkili) olmaması, esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarının çizilmesinde hareket noktası teşkil edebilir. Nitekim esas sözleşmenin üçüncü kişiler üzerinde borçlandırıcı bir gücü olmadığı gibi, yalnızca ortaklık ilişkisine katılanların esas sözleşme hükümleriyle bağlı olduğu anımsanmalıdır.

2. Anonim Ortaklığa Katılma İradesi

Ortaklığa sonradan katılan pay sahiplerinin esas sözleşme hükümleriyle bağlı olmasını farklı bir yoldan gerekçelendirmek de mümkündür[391]. Ortaklık payının iktisabına bakılırken pay sahipliği statüsü yerine, müktesibin anonim ortaklığa katılma iradesine odaklanılması halinde, aynı sonuca ulaşılabilmektedir. Nitekim bağımsız bir malvarlığı unsuru[392] olan payın edinilmesi işleminde, ilgili ortaklığa katılma iradesi bulunur[393].

---

[390] Pay sahipleri gibi, esas sözleşme hükümleriyle -kendilerini ilgilendirdiği ölçüde- bağlı olan intifa senedi sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ve denetçi gibi diğer kişiler de ortaklıkla aralarındaki hukuki ilişkiyi kendi iradeleriyle oluştururlar.

[391] Esas sözleşmenin bağlayıcılığını, "paya bağlı hak/borç" ve "ortaklığa katılma iradesi" gerekçelerinden başka, anonim ortaklık payını temsil eden hisse senetlerinin el değiştirmesi çerçevesinde kıymetli evrak hukuku düzleminde açıklayan bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 114 II 57, 62 [(Çevrimiçi) www.bger.ch, 20.08.2020]: "*Esas sözleşmenin içeriği, söz konusu hükümler hakkında bilgi edinmiş olup olmadığına bakılmaksızın bütün pay müktesipleri bakımından bağlayıcıdır; bu husus, payın anonim ortaklıklar hukukuna ait kıymetli evrak olmasından kaynaklanır*". Almanca aslı: "*Dieser Statuteninhalt ist wegen der Kausalität des aktienrechtlichen Wertpapieres für jeden Erwerber verbindlich, unbesehen darum, ob er sich damit vertraut gemacht hat oder nicht*". Öte yandan bu açıklamanın yalnızca senede bağlanmış olan paylar açısından geçerli olabileceği unutulmamalıdır. Üstelik nama yazılı payların kıymetli evraka bağlanması durumunda bile senet dışında bir temlik beyanıyla devredilebilmesi nedeniyle, esas sözleşmenin bağlayıcı etkisini kıymetli evrak hukuku ekseninde temellendirmek isabetli olmayabilir. Türk hukukunda nama yazılı pay senetlerinin, senet dışında temlik beyanıyla devredilebileceği öğreti ve içtihatta kabul görmekle birlikte bu hususta aksi görüşler de bulunmaktadır. Tartışmalara ve değerlendirmelere topluca yer veren Sevi, **a.g.e.**, s. 234-237.

[392] Pay yalnızca anonim ortaklığa katılmayı sağlayan bir anahtar değil, aynı zamanda pay sahiplerinin birbirlerinden ayrı olarak hukuki işleme konu edebildikleri ve üzerinde tasarruf edebildikleri bağımsız bir malvarlığı unsurudur. Bkz. Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 9-02; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 100. Anonim ortaklığın esas sözleşmesinde pay devir sınırlaması olması payın bu niteliğini değiştirmez.

[393] Paylı mülkiyet bağlamında payın, hem eşyaya sahip olmaktan hem de paylı mülkiyet ilişkisine ortak olmaktan kaynaklanan hak ve borçları içeren bir simge olduğuna yönelik bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 26. Benzer şekilde anonim ortaklık payı, hem bağımsız bir malvarlığı unsuru olan pay üzerindeki mülkiyeti hem de pay sahibi konumuna bağlı hak ve borçları içeren bir bütündür.

Öncelikle anonim ortaklığa katılma iradesi, esas sözleşmeye taraf olma iradesinden ayrı düşünülmelidir. Zira bir ortaklığın payını aslen veya devren edinen kişinin iradesi, ilgili ortaklığın esas sözleşmesine taraf olmak değil, ortaklığa katılmaktır. Ortaklığa katılma iradesi pekâlâ "ortaklık ilişkisini düzenleyen" esas sözleşme hükümlerini de kapsar[394]. Bunun konu bakımından (*ratione materiae*) kapsamına, korporatif nitelik arz eden "tüzel kişiliğe özgü hükümler" ve yine bu nitelikteki "ortaklık içi ilişkilere özgü" hükümler girer[395]. Borçlar hukuku zemininde yalnızca tarafları bağlayan şeklî esas sözleşme hükümleri ise anonim ortaklık ilişkisini düzenleyen hükümlerden olmadığından, ortaklığa katılma iradesinin kapsamda değerlendirilemez. Bu nedenle ortaklığa katılma iradesi, kural olarak, şeklî esas sözleşme hükümlerini kapsamaz; meğerki katılanın söz konusu hükümlere yönelik açık veya zımnî rızası bulunsun[396].

Yukarıdaki açıklamalar ışığında pay müktesibinin ortaklığa katılma iradesinin kendisini esas sözleşmeye tabi kıldığı anlaşılmaktadır. Bu noktada bir soru akla gelmektedir: Pay müktesibinin esas sözleşme ilişkisine katılması ve esas sözleşmesel haklardan yararlanabilmesi için mevcut pay sahiplerinin de rızasına aranmalı mıdır? Bu soruya olumlu cevap verilmekle beraber, anonim ortaklığı kurma ve ortaklığa katılma iradesi, katılıma açık (iltihakî) olan esas sözleşmenin bu özelliğinin de kabulü anlamına gelir. Böylelikle kurucular veya sonradan pay sahibi olanlar, kendilerinden sonra ortaklığa katılacak olan kişilerin esas sözleşme ilişkisine

---

[394] von Steiger, **SA**, s. 41, 150; Bartlomé, **a.g.e.**, s. 44; Wiedemann, **GesR**, s. 162-163; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 7; Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 11; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 13, 228.

[395] "Tüzel kişiliğe özgü hükümler" ortaklığın kurumsal düzenini ve organizasyonunu belirlerken, "ortaklık içi ilişkilere özgü hükümler" şirket ilgililerinin ortaklıkla ve birbirleriyle aralarındaki hukuki ilişkileri düzenler. Bilgi için bkz. İkinci Bölüm, II, A, 2.

[396] Arnold, **KK**, §23 Rn. 11. Anonim ortaklığa katılan kişinin iradesinin kapsamı değerlendirilirken, kişinin şeklî hükümlere yönelik bilgi durumu ve açık yahut zımni iradesinin varlığı araştırılmalıdır. Bu yönde bkz. von Steiger, **SA**, 156. Pay sahipleri sözleşmeleri bağlamında aynı yönde bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 281. Zımni rıza, kişinin kabul iradesini gösteren hareketlerde (*factum concludens*) bulunması veya beyan iradesine sahip olmayıp, doğrudan söz konusu hükmün ifasına yönelmesi (irade faaliyeti) halinde kabul edilebilir (Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 144-146). Örneğin, muhtemel bir pay devrinden sonra yapılması planan esas sözleşme tadillerinin müzakere edilmesi ve pay müktesibinin, "tadilini istediği maddeler haricinde, metne herhangi bir müdahalesi olmayacağını" belirtmesi, şeklî hükümlere yönelik zımni rıza yerine geçmelidir. Ancak esas sözleşme metnini bilip de susma, zımnî rıza olarak kabul görmemelidir. Pay sahipleri sözleşmesi bakımından bu yönde bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 282. Korporatif-şeklî hükümler ayrımı hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, F, 3.

dâhil olmasına önceden rıza göstermiş olurlar. Dolayısıyla sonradan pay sahibi olanlar bakımından her bir katılım için mevcut pay sahiplerinin rızası ayrıca aranmaz.

Bu soruyu şeklî esas sözleşme hükümleri yönünden de cevaplandırmak gerekir. Nitekim mevcut bir borçlar hukuku sözleşmesine katılım bakımından kişinin kendi rızası, kural olarak yalnızca kendisini borçlandırmaya yeterli olabilirken; hak edinmesi için sözleşmenin taraflarının da rızası gerekir. Ancak şeklî hükümlerin haricî bir sözleşme yerine esas sözleşmeye dercedilmiş olmasının, söz konusu düzenlemelerin katılıma açık olduğuna yönelik karine teşkil ettiği söylenebilir. Ne var ki şeklî esas sözleşme hükümleri bakımından pay müktesibinin, özel olarak söz konusu hükümlere yönelik rızasının aranması gerektiği anımsanmalıdır.

E. Esas Sözleşmenin Şekli

Esas sözleşme özgürlüğünü ve bunun sınırlarını incelerken, esas sözleşmenin şekil şartlarını da ele almak gerekir. Zira sözleşme serbestisi, sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğünü de içerdiğinden dolayı, bu şartlar esas sözleşme bağlamında şekil özgürlüğünün sınırlarını çizmektedir.

TK m. 339'un birinci fıkrası esas sözleşmenin şeklini, ikinci ve üçüncü fıkraları ise içeriğini belirlemektedir. Dolayısıyla maddenin kenar başlığının "*İçerik*" olması eksik ve yanıltıcıdır[397]. Anılan maddenin ilk fıkrasına göre esas sözleşmenin "*yazılı şekilde yapılması ve bütün kurucuların imzalarının noterce onaylanması veya esas sözleşmenin ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzalanması şarttır*". Ayrıca TK m. 335/1 ve 345/2'de de öngörülen bu şekil, esas sözleşme bakımından bir geçerlilik şartıdır[398]. Aksi halde esas sözleşme geçersiz olacağı gibi, bu şekle uyulmaksızın düzenlenen esas sözleşmeye -izne tabi şirketler bakımından- Ticaret Bakanlığı tarafından izin verilmesi [TK m. 333; İzin Tebliği m. 6/1-(a)] ve ticaret siciline tescil edilmesi mümkün olmaz [TSYön m. 69/1-(a)].

---

[397] Maddenin kenar başlığının "*Şekil ve içerik*" olması gerektiği yönünde bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 228.

[398] BK m. 12: "*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*".

Sözleşmenin "*yazılı şekilde yapılması*", borç altına girenlerin imzalarının[399] bulunması anlamına gelir (BK m. 14). Dolayısıyla esas sözleşmenin taraflarını teşkil eden ve borç altına giren kurucuların veya temsilcilerinin[400] tamamının esas sözleşmeyi imzalaması zorunludur. Bundan başka kurucuların imzalarının resmî bir makam tarafından onaylanması da gereklidir. Nitekim Kanun'da ve ikincil mevzuatta esas sözleşmedeki imzaların noter tarafından onaylanması ya da imzaların ticaret sicili müdürü veya yardımcısı huzurunda imzalanması öngörülmüştür[401].

NoterK m. 90/1 uyarınca, noter tarafından yapılan imza onayı, esas sözleşmenin altındaki imzaların kuruculara veya yetkili temsilcilerine ait olduğunun bir şerhle belgelendirilmesi şeklinde yapılır. Böylelikle esas sözleşmedeki imzalar ve tarih, sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli kabul edildiğinden (NoterK m. 82/3), sonradan imza inkârının da önüne geçilebilmesi sağlanmış olur[402]. Ancak noter tarafından yapılan imza onayı, yalnızca onaylanan imzanın ilgiliye ait olduğunu belgelendirir; yoksa esas sözleşmenin içeriğini kapsamaz[403]. Yani esas sözleşmenin içerik yönünden hukuka uygunluğuna ilişkin bir etkisi yoktur.

Şirketlerin kuruluşundaki bürokratik işlemlerin ve maliyetlerin azaltılması amacıyla TK m. 335/1, 339/1 ve 345 hükümlerine yapılan eklemeler neticesinde,

---

399 Esas sözleşmenin güvenli elektronik imzayla düzenlenebilmesi de mümkündür. Bkz. BK m. 15/1; 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 5/1; TK m. 1526/3; TSYön m. 13/5, 21/2, 23. Ticaret ortaklıklarının ticaret siciline tescil başvurusunun elektronik ortamda yapılmasına dair uygulama hakkında bkz. Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 219-223.

400 Esas sözleşmenin yetkili temsilci tarafından imzalanması halinde, temsil belgesinin noter onaylı olması gerekip gerekmediğine ilişkin TK'da bir hüküm yer almamaktadır. Ancak esas sözleşmenin ticaret sicili müdürlüğünde vekaleten imzalanması halinde, Kuruluş Tebliği m. 5/10 uyarınca, vekâletname düzenlemeye yetkili makam veya noterce onanmış vekâletnamenin aslının ibraz edilmesi gerekir. Bu hususta Alman hukukunda AktG §23/1 hükmünde, esas sözleşmeyi imzalamaya yetkili kılınan kişinin temsil belgesinin noter onaylı olması gerektiği öngörülmektedir. İsviçre hukukunda ise OR'de esas sözleşmenin imzalanması gerektiğine ilişkin bir ifade yer almadığından, temsil hususunda da bir hükme yer verilmemiştir.

401 Bkz. TK m. 335/1, 339/1; TSYön m. 69/1-(a); Kuruluş Yönetmeliği m. 8/1. Bununla birlikte TSYön m. 13/5 uyarınca, noter onayı şartı aranan belgelerin güvenli elektronik imza ile imzalanması halinde ayrıca noter onayı aranmaz.

402 Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 58.

403 Karş. esas sözleşmenin tescilinin yanında noter tarafından onaylanmasının da şirkete sonradan katılan ortaklar ve alacaklıların esas sözleşmenin içeriğinin doğruluğuna olan güvenini artırdığı yönünde bkz. Karasu, **a.g.e.**, s. 30.

noter onayına alternatif olarak, kurucuların veya temsilcilerinin[404] esas sözleşmeyi ticaret sicili müdürü veya yardımcısı huzurunda imzalamalarına imkân tanınmıştır[405]. Böylelikle esas sözleşmedeki imzaların noter tarafından onaylanması zorunluluğu kaldırılmıştır. Kuruluş Tebliği m. 8 uyarınca, kurucuların imzalamış oldukları esas sözleşme nüshalarının her sayfası müdür veya müdür yardımcısı tarafından imzalanarak mühürlenir; nüshaların son sayfasına işlem tarihi yazılır veya tarih kaşesi basılır. Ayrıca imza onay belgesi hazırlanarak müdür veya müdür yardımcısı tarafından imzalanır. Söz konusu belge mühürlenir ve esas sözleşmenin arkasına eklenir. Noter onayına benzer şekilde, esas sözleşmenin huzurda imzalanmasının hukuki etkisi de, atılan imzaların kuruculara veya yetkili temsilcilerine aidiyetinin tasdikinden ibarettir. Dolayısıyla esas sözleşmenin içeriğine ilişkin bir onaylama işlemi olmadığı gibi, sicil müdürünün TK m. 32'de yer alan inceleme görevini yerine getirdiği anlamına da gelmez (Kuruluş Tebliği m. 8/4).

6728 sayılı kanunla getirilen huzurda imza imkânı, diğer ticaret ortaklıklarının şirket sözleşmeleri bakımından da öngörülmüştür[406]. Ancak daha sonra TK m. 575 ve 585 hükümlerinde yapılan değişikliklerle[407], limited şirket sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve kurucular tarafından ticaret sicili müdürlüğünde yetkilendirilmiş personelin huzurunda imzalanması öngörülmüştür. Kanunun genel gerekçesinde "*süre, maliyet ve prosedür sayısı anlamında yatırımcıların karşılaştığı idari ve bürokratik süreçlerin iyileştirilmesi*" ve bu kapsamda "*şirket kuruluşu işlemlerindeki maliyet ve sürenin azaltılması*" amaçlarına yer verilmiştir. Ancak 7099 sayılı kanunun TK m. 575 ve 585 hükümlerinde

[404] Kuruluş Tebliği m. 5/2 uyarınca esas sözleşmenin ticaret sicili müdürü veya yardımcısı huzurunda imzalanması halinde, kurucuların bizzat kendileri veya temsilcileri tarafından imzalanabileceği öngörülmüştür.

[405] Bkz. 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (09.08.2016 t. ve 29796 sayılı RG) m. 67. Ayrıca anılan kanunun genel gerekçesi ve ilgili değişiklikleri öngören 67. maddenin gerekçesi için kanun tasarısı ile plan ve bütçe komisyonu raporunun 6. ve 30. sayfalarına bkz. (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss404.pdf, 02.08.2020.

[406] Bkz. kollektif şirket (TK m. 212); komandit şirket (TK m. 315); sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket (TK m. 566) ve limited şirket (TK m. 575).

[407] Bkz. 7099 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (10.03.2018 t. ve 30356 sayılı RG) m. 24, 25; İç Ticaret 2010/1 sayılı Merkezi Tüzel Kişilik Bilgi Sisteminin Ticaret Sicili Memurluklarında Uygulanması Hakkında Tebliğ m. 6.

değişiklik yapan 24. ve 25. maddeleri kanun tasarısında bulunmayıp, TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından eklenmiştir. Anılan maddelerin gerekçesinde ise limited şirket kurucularının şirket sözleşmesindeki imzalarının noterce onaylanması uygulamasının kaldırıldığı ve şirket sözleşmesinin ticaret sicil müdürlüğünde yetkilendirilmiş personelin huzurunda imzalamasının öngörüldüğü ifade edilmiştir. Böylelikle diğer ticaret ortaklıklarının şirket sözleşmelerinin aksine, limited şirket kurucularının şirket sözleşmesini ticaret sicil müdürü veya yardımcısı huzurunda imzalamaları zorunlu olmayıp, bu amaçla görevlendirilen personel huzurunda da imzalayabilmeleri mümkün hale gelmiştir. Ancak noter onayı imkânının kaldırılması, kurucuların başvurabileceği seçeneklerin azaltılması anlamına geldiğinden, kanımca şirket kuruluş sürecinin iyileştirilmesi amacıyla bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklanan şekil şartı, öğretide, "resmi onamaya bağlı yazılı şekil" olarak nitelendirilmektedir[408]. Zira kurucuların esas sözleşmeyi imzalamaları yeterli olmamakla beraber, noterlik veya ticaret sicili müdürlüğü tarafından yapılan onaylama işlemi yalnızca imzaların aidiyetine ilişkindir.

F. Esas Sözleşme Hükümlerinin Tasnifi

Esas sözleşme hükümleri farklı ölçütlere göre sınıflandırılabilir. Öğretide klasik olarak benimsenen "zorunlu", "şarta bağlı zorunlu" ve "ihtiyari" hükümler ayrımı, pay sahiplerinin esas sözleşmeyi düzenleme serbestisinden hareket etmektedir. Bundan başka, esas sözleşme hükümlerini konularına, hukuki etkilerine, işlevlerine veya ileri sürülebileceği çevreye göre tasnif etmek de mümkündür. Esas sözleşme özgürlüğünün sınırları ve sınırı aşan hükümlerin akıbetiyle yakın ilişkisi nedeniyle, bu çalışmada esas sözleşme hükümleri klasik tasnife ek olarak, konularına, hukuki etkilerine ve ileri sürülebileceği çevreye göre incelenmiştir.

[408] Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 121. Yazarlar ticaret ortaklıklarının şirket sözleşmelerinde bu şartın aranmasını üçüncü kişileri koruma amacına dayandırmışlardır. Şekil şartını bu şekilde nitelendirmekle beraber, korunan çevrenin daha geniş olduğu yönünde bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 58-59. Anılan yazarların eTK dönemine ilişkin bu tespitinin, TK döneminde de geçerli olduğu belirtilmelidir. Karş. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 302. Esas sözleşmenin özel şekil şartına bağlanmasının amaçları hakkında bkz. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 62; Arnold, **KK**, §23 Rn. 6. Bu kapsamda özetle, pay sahiplerini uyarma, açıklık ve ispat vesikası sağlama, içerik yönünden kontrol ve denetim imkânı yaratma işlevleri vurgulanmaktadır.

1. İçerik Özgürlüğü Açısından

Pay sahiplerinin esas sözleşmeyi düzenleme özgürlüğü bakımından öğretide yaygın olarak benimsenmiş olan klasik ayrım, esas sözleşme hükümlerini üç grupta ele alır[409]. Buna göre (i) mutlak zorunlu (*absolut notwendig*), (ii) şarta bağlı zorunlu (*bedingt notwendig*) ve (iii) ihtiyari (*fakultativ, freiwillig*) kayıtlar olarak esas sözleşme hükümleri üçe ayrılır[410]. Dikkat edilmelidir ki bu tasnif yalnızca esas sözleşmede yer alabilen hükümleri ilgilendirir. Ancak benimsenen ölçüt gereği, bir de esas sözleşmede hiçbir şekilde yer alması mümkün olmayan kayıtlara değinilmelidir. Bunlar kanun koyucu tarafından açıkça veya dolaylı olarak yasaklanmış olduklarından, ne maddi ne de şeklî esas sözleşme hükmü olarak hüküm ifade ederler. Bu nedenle aşağıda klasik üçlü ayrıma ek olarak, ayrıca "yasak hükümler" de ele alınmış bulunmaktadır[411].

a. Mutlak Zorunlu Hükümler

Mutlak zorunlu hükümler, anonim ortaklığın kurulabilmesi için esas sözleşmede kesinlikle bulunması gereken hususlardır[412]. Her anonim ortaklığın esas sözleşmesinde bu hususlara yer verilmesi gerektiğinden, bunlar esas sözleşmenin

---

[409] Bu ayrımı benimseyen yazarlar için birçoğu yerine bkz. Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §8 N. 3 vd.; Schenker, **BSK**, Art. 626 N. 2. Türk hukukunda bkz. İmregün, AO, s. 37; Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 12; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 103. *Arslanlı* açıkça tasnif yapmamakla beraber, esas sözleşme kayıtlarını bu şekilde nitelemiştir (Arslanlı, **AŞ I**, s. 27). Öğretide yapılan diğer ayrımlara ilişkin bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 103 dn. 12'de anılanlar; Karş. Karasu, **a.g.e.**, s. 32. *Karasu* içeriği bakımından esas sözleşme hükümlerini zorunlu ve ihtiyari olmak üzere ikiye ayırmakta; fakat zorunlu hükümlere yalnızca TK m. 339'daki mutlak zorunlu hükümleri dâhil etmektedir. Yazar anılan madde dışındaki mutlak zorunlu hükümlerden bahsetmezken, şarta bağlı zorunlu hükümlere ise ne zorunlu ne de ihtiyari hükümler kapsamında değinmektedir. *Domaniç* zorunlu, mümkün ve yasak hükümler olmak üzere üçlü bir ayrım benimsemiştir (Domaniç, **a.g.m.**, s. 310). Yazarın şarta bağlı zorunlu kayıtları, "*icabında anonim şirket ana mukavelesine yazılması mecburi unsurlar*" olarak zorunlu kayıtlar altında ele aldığı anlaşılmaktadır (**a.e.**, s. 402-404).

[410] Limited şirket sözleşmesi bakımından, kanunda "zorunlu kayıtlar" ve "öngörülmeleri şartıyla bağlayıcı olan hükümler" olarak iki gruba yer verilmektedir (TK m. 576, 577). Ancak anonim ortaklık esas sözleşmesi açısından herhangi bir tasnife yer verilmeyip, esas sözleşmenin içeriği temel olarak TK m. 339'da düzenenmektedir.

[411] Bu grupta yer alan düzenlemeler, *Domaniç* tarafından "*ana mukaveleye konamayacak veya konsa da hüküm doğurmayacak hususlar*" adı altında incelenmiştir (Domaniç, **a.g.m.**, s. 406).

[412] Birçoğu yerine bkz. Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §8 N. 4; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 107, 263; Arnold, **KK**, §23 Rn. 67.

"asgari içeriği" olarak da anılır[413]. Aksi halde esas sözleşme imzalanmış ve imzalar onaylanmış olsa dahi, söz konusu hükümlerin eksikliği nedeniyle esas sözleşmenin ticaret siciline tescil edilmesi ve kuruluşu izne bağlı ortaklıklarda Bakanlığın izninin alınması mümkün değildir[414].

Öğretide ayrıca mutlak zorunlu hususlardan birini dahi içermeyen esas sözleşmenin emredici hükümlere aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olacağı belirtilmektedir[415]. Zorunlu unsurlardan birinin eksikliğinin TK bağlamında kuruluş engeli teşkil edeceğine şüphe yoktur. Ancak esas sözleşmenin asgari içeriğine dâhil olan bir hususun aynı zamanda sözleşmenin kurulması bakımından "esaslı nokta" sayılması halinde, esas sözleşmenin hükümsüzlüğü değil, hiç kurulmamış olduğu kabul edilmelidir. Zira kurucular arasında sözleşmenin esaslı noktaları bakımından bir irade beyanı uyuşması yoksa, sözleşmenin kurulmadığı kabul edilir (BK m. 2/1)[416]. Nitekim esas sözleşmenin kurulmuş sayılması için tarafların yalnızca anonim ortaklık kurma yönündeki irade beyanları yeterli olmaz; kurulması planlanan

---

413 Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §8 N. 7; Arnold, **KK**, §23 Rn. 67; Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 10-12. TK m. 339'un gerekçesinde "asgarî kanunî içerik" ve "asgarî zorunlu içerikten" söz edilmektedir. Esas sözleşmenin asgari içeriğine ilişkin TK hükümleriyle bağlı olmayan değişken sermayeli anonim ortaklıkların bu anlamda istisna teşkil ettiği söylenebilir (bkz. SerPK m. 51).

414 Tescil için bkz. TK m. 32/2; TSYön m. 34/1-(e). İzin talebi yönünden bkz. TK m. 333/1 c. 3.

415 Alman hukukunda AktG §23/2-3'te düzenlenen kayıtlar bakımından bu yönde bkz. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 269. Türk hukukunda bkz. Arslanlı, **AŞ I**, s. 28; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 103, 107; Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 134; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 294. İsviçre hukukunda ise esas sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü değil, mümkünse boşluklarının kanun tarafından doldurması veya esaslı eksiklikler nedeniyle ortaklığın butlanı hakkında bkz. Schenker, **BSK**, Art. 626 N. 3. Sözleşmenin kuruluşunda irade açıklamalarındaki uyuşmanın kapsamını daraltma eğiliminde olan ve öğretide destek toplayan bir görüş ise, sözleşmenin "objektif esaslı noktaları" ile "asgari içeriği"/"işlemin çekirdeği" kavramları arasında fark gözetmektedir. Buna göre objektif esaslı noktalar (*essentialia negotii*), sözleşmeye tipini veren kavramsal unsurları içerirken; asgari içerik ise taraf iradeleri haricindeki araçlarla doldurulamayacak bir boşluk bırakan noktaları ifade eder. Bilgi için bkz. Peter Gauch, "Von den wesentlichen Vertragspunkten", **Recht**, C: IX, No: 1, 1991, s. 46; Haluk N. Nomer, "Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?", **Yaşar Üniversitesi Dergisi**, C: VIII, Özel Sayı, 2013, s. 2063-2065; Zeynep Damla Taşkın, **Sözleşmenin Kurulması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 204-208.

416 Birçoğu yerine bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 176-177. Şirket sözleşmeleri bakımından bu yönde bkz. Arslanlı, **Kollektif**, s. 37. İsviçe hukukunda esas sözleşme bakımından asgari içeriğe dahil olup, yalnızca esaslı noktalardaki eksikliğin ortaklığın butlanına sebep olabileceği yönünde bkz. Schenker, **BSK**, Art. 626 N. 3. Türk hukukunda anonim ortaklığın butlanına veya yokluğuna karar verilmesi mümkün olmadığından, söz konusu eksikliğin ortaklığın TK m. 210/3 veya m. 353 uyarınca feshine sebep teşkil edebileceği söylenebilir. Bu hususta bkz. İkinci Bölüm, II, A, 2, (f), (2) altındaki açıklamalar.

ortaklığın ticaret unvanı, merkezi, işletme konusu, sermayesi gibi esaslı noktalarında da anlaşmış olmaları gerekir[417].

Öte yandan eksikliğinin anonim ortaklık yönünden kuruluş engeli sayıldığı "mutlak zorunlu kayıtlar" ile esas sözleşmenin akdedilmesi için aranan "esaslı noktalar" kavramları tam olarak örtüşmemektedir. Örneğin TK m. 339/2-(c) ve 354/1-(d) hükümlerinde yer verilmek suretiyle zorunlu içeriğe dâhil edilen sermaye borcunun ödenmesinin şekil ve şartlarına dair düzenlemenin[418] yer almadığı bir esas sözleşmenin, sadece bu sebeple kurulmamış olduğu söylenemez. Buna karşılık, söz konusu eksiklik ortaklığın tescil edilmesinin önünde engel teşkil edecektir. Bu örtüşmeme durumunun sebebi, kavramların ilgili oldukları hususlara bakılarak anlaşılabilir. Nitekim "esaslı nokta" kavramı esas sözleşmenin kuruluşunda tarafların irade açıklamalarındaki uyuşmanın kapsamına ilişkin olmasına karşılık[419], "zorunlu

---

[417] Bu kapsamda hem objektif hem de sübjektif esaslı noktalar bakımından aynı sonuca varmanın gerektiği yönünde bkz. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 269. Tescille beraber varlık kazanmış olan olan tüzel kişilik karşısında üçüncü kişileri korumak uğruna, esas sözleşme özelinde akla yalnızca objektif esaslı noktaların dikkate alınması gerektiği gelebilir. Ancak Türk hukukunda anonim ortaklığın butlanına veya yokluğuna karar verilmesinin mümkün olmaması sebebiyle, üçüncü kişiler zaten bu anlamda koruma altındadır. Dolayısıyla kanımca ortaklığın feshi davası açısından, sübjektif esaslı noktaları dışlamak için bir sebep bulunmamaktadır.

[418] Mutlak zorunlu kayıtlar arasında olduğu yönünde bkz. Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 132; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 303-304. *Akdağ Güney,* İsviçre ve Alman hukukunda yer almayan bu düzenlemenin TK m. 344/1 ve 481/1 hükümleriyle uyumsuz olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre bu hükümler, sermaye borcunun ödenmesinin şartlarının esas sözleşmede yer almasının zorunlu olmadığı izlenimini yarattığından dolayı karmaşaya sebep olmaktadır. Bu hususun esas sözleşmenin mutlak zorunlu içeriğine dâhil edilmesinin yerinde olup olmadığını tartışmaksızın, kanımca anılan hükümler bu konuda bir karmaşaya sebep olmamaktadır. Nitekim TK m. 344/1 esas sözleşmeden hiç bahsetmeyip, yalnızca nakdî sermaye borcunun tescil öncesinde ödenmesi gereken asgari oranını ve tescil sonrasında bakiyenin ödenmesi gereken azami süreyi belirler. Dolayısıyla TK m. 344/1, esas sözleşmede öngörülmesi zorunlu olan bir düzenlemenin yalnızca çerçevesini çizer. Eğer kastedilmek istenen hüküm TK m. 345/1 ise, bu hükümde yer alan "*veya esas sözleşmede*" ibaresi, sermaye borcunun ödenmesine dair esas sözleşmede hüküm öngörülmesini seçimlik hale getirmez. Anılan hüküm yalnızca tescil öncesinde nakdi sermaye borcunun yüzde yirmi beşinden daha yüksek bir kısmının ödenmesinin esas sözleşmede öngörülmesi haline işaret etmektedir. Zira esas sözleşmede yüzde yirmi beşten daha düşük bir oran belirlenemeyeceği gibi, yüzde yirmi beş yazılması halinde ise kanunda yer alan kural (TK m. 344/1) yalnızca tekrar edilmiş olur; bu durum ise kuralın kanun hükmü olma niteliğini değiştirmez (Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 15). "*Ödemeye çağrı*" kenar başlıklı TK m. 481/1 ise yönetim kurulunun yapacağı ödeme çağrısına ve bunun şekline ilişkin olup, hükümdeki "*esas sözleşmede başkaca hüküm bulunmadığı takdirde*" ibaresi yalnızca bu kapsamda bir serbesti tanır. Açıklanan nedenlerle esas sözleşmede sermaye borcunun ödenmesinin şekil ve şartlarına yer verilmesinin zorunlu olduğu hususunda şüpheye yer olmadığı kanısındayım.

[419] Bu bağlamda sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı unsurları hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, 172-177.

kayıtlar" yaratılan tüzel kişinin üçüncü kişiler üzerindeki etkilerinden hareketle kanun koyucunun şeffaflık sağlamak istediği hususlara ilişkindir[420].

Zorunlu unsurlardan birinin eksikliğine rağmen, esas sözleşmenin bir şekilde tescil edilmesi halinde ise tüzel kişilik hukuk düzeninde varlık kazanır. Ticaret siciline tescilin tüzel kişiliğin mevcudiyeti yönünden iyileştirici etkisi vardır[421]. Zira üçüncü kişiler nezdinde yaratılan haklı güvenin korunması gerekir. Ancak bu durum esas sözleşmenin hukuka aykırılığının giderilmesi gerekmediği anlamına gelmez. Söz konusu hukuka aykırılığın ise -kısmi- hükümsüzlük davası (BK m. 27, TK m. 445-447), kuruluştan sonra fesih davası (TK m. 353) veya Ticaret Bakanlığının açacağı fesih davası (TK m. 210) yoluyla giderilmesi mümkündür[422].

Esas sözleşmenin içeriğine ilişkin temel düzenleme TK m. 339/2-3 hükümlerinde yer alır. Anılan madde büyük ölçüde eTK m. 279'un tekrarı niteliğindeki olup, maddenin mehazını OR Art. 626-628 ve AktG §23/3-4, 26, 27 hükümleri oluşturur[423]. İlk aşamada tespit edilmesi gereken nokta, maddede sayılan hususların mutlak zorunlu kayıtlardan ibaret olmadığıdır[424]. Ne var ki TK m. 339/2'de yer alan "*[e]sas sözleşmeye aşağıdaki hususlar yazılır*" ifadesi mutlak zorunlu hükümleri işaret ettiği izlenimini uyandırmaktadır. Üstelik hükme verilebilecek bu anlam, gerekçede de açıkça teyit edilmektedir[425]. Halbuki maddede

---

[420] Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §8 N. 7; Arnold, **KK**, §23 Rn. 67; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 108. Zorunlu kayıtların kamuyu aydınlatma işlevi ayrıca TK m. 339'un gerekçesinde de vurgulanmıştır.

[421] Arnold, **KK**, §23 Rn. 164; Paslı, **Kuruluş I**, s. 192; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 294.

[422] Bu hususta bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2, f, (2) altındaki açıklamalar.

[423] AktG §23'ün mevcut hali AB Yönergesi m. 3 ve 4'e dayandığından, ilgili yönergenin dolaylı olarak mehaz niteliğinde olduğu söylenebilir. Bkz. ilgili yönergenin önceki versiyonlarına işaret eden Arnold, **KK**, §23 Rn. 4, 7; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 6. Üstelik TK'nın genel gerekçesinde, anılan yönergenin önceki versiyonlarına işaret edilmiş ve TK'nın hazırlanmasında dikkate alındığı vurgulanmıştır. Bkz. TK Genel Gerekçe, N. 34, 57, 60, 65 ve özellikle 221.

[424] eTK m. 279/2 hakkında aynı yönde bkz. Domaniç, **a.g.m.**, s. 309; Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 12; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 101. TK m. 339 hakkında bkz. Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 128; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 295; Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 228.

[425] Bkz. TK m. 339'un gerekçesinden: "*Bu fıkra esas sözleşmenin asgarî zorunlu içeriğini göstermektedir*". Her ne kadar gerekçede ayrıca "mutlak zorunlu hüküm" kavramı kullanılmış olsa da, TK m. 339/2'de anılan bütün hususların bu kapsamda değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Zira söz konusu unsurlardan birinin esas sözleşmede düzenlenmemesi halinde tescil talebinin reddedileceği açık olarak belirtilmiştir. Buna karşılık bkz. TK m. 354'ün gerekçesinden: "*Anılan hükümler aynı zamanda esas sözleşmede bulunması gerekli asgarî kayıtları da gösterir. 354 üncü*

yer almakla birlikte TK m. 339/2-(d)'de belirtilen imtiyazlar ve pay devir sınırlamaları ile TK m. 339/2-(e), (f) ve (ı) bentlerinde sayılan hususlar şarta bağlı zorunlu hüküm niteliğindedir.

Madde hakkında vurgulanması gereken bir başka husus, mutlak zorunlu kayıtların maddede sayılanlardan ibaret olmadığıdır[426]. Nitekim TK m. 354'te esas sözleşmenin asgari içeriğini oluşturan diğer kayıtlara da yer verilmiştir[427]. Esas sözleşmenin tarihi[428]; ortaklığın ne şekilde temsil edileceği ve ilk yönetim kurulu üyeleri ile şirketi temsile yetkili diğer kişilerin ad ve soyadları, unvanları, yerleşme yerleri ve vatandaşlıkları[429] bu kapsamda sayılabilir. Her ne kadar TK m. 339/2-

madde bu yönden 339 uncu maddeden ayrılır. 339 uncu madde hem asgarî içeriğe ilişkin olanları hem de esas sözleşmeye girerek bağlayıcılık kazanan hükümleri gösterir". Görüldüğü üzere TK m. 339'un gerekçesiyle açıkça çelişen TK m. 354'ün gerekçesi, isabetli bir şekilde TK m. 339'un mutlak zorunlu hükümlerden ibaret olmadığını belirtmektedir. Ancak gerekçe TK m. 354'ün de bunlardan ibaret olmadığını göz ardı etmiştir. Örneğin şirketin süresi, imtiyazlar ve yönetim kurulu kararlarının pay sahiplerine bildirilme usulüne ilişkin kayıtlar şarta bağlı zorunlu hükümlerdendir.

[426] eTK m. 279 bakımından bu yönde bkz. Domaniç, **a.g.m.**, s. 309; Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 12; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 101. Alman hukukunda AktG §23 bakımından aynı yönde bkz. Arnold, **KK**, §23 Rn. 67; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 107. İsviçre hukukunda ise OR Art. 626 hükmünde mutlak zorunlu hükümlerin tam listesi verilmekte olup, özel kanunlara tabi anonim ortaklıklar haricinde, başkaca bu tür bir hükmün bulunmadığı yönünde bkz. Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §8 N. 7; Kunz, **a.g.m.**, s. 63.

[427] Ticaret siciline tescili gereken ve esas sözleşmede bulunması gereken hususlar arasındaki ayrıma dikkat çeken *Akdağ Güney*, TK m. 354'ün hatalı olarak kaleme alınması nedeniyle, mehaz hukuklardaki bu ayrımın Türk hukukunda ortadan kaldırılmış olduğunu ifade etmektedir (Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 296).

[428] Esas sözleşmedeki imzalar, noterlik veya ticaret sicili müdürlüğü tarafından onaylanacağı için TK m. 354'te belirtilmeseydi dahi esas sözleşmedeki imzaların onaylandığı tarih mutlaka esas sözleşmede yer alırdı (Bkz. NoterK m. 92/1 ve Kuruluş Tebliği m. 8/2). Ancak bu hususun TK'da mutlak zorunlu kayıt olarak nitelendirilmesi nedeniyle, tarih taşımayan esas sözleşmenin tescilinin reddedilmesi gerekir.

[429] TK m. 339/2-(g) uyarınca yönetim kurulu üyelerinin sayıları ve bunlardan şirket adına imza koymaya yetkili olanların belirtilmesi gerekir. Ancak TK m. 354/1-(f) ve (g) bentleri bundan daha geniş bir bilginin esas sözleşmeye eklenmesini zorunlu kılmaktadır. Zira ortaklığın temsil şekli, yalnızca temsile yetkili yönetim kurulu üyelerinin sayısını değil, birlikte veya münferit imza kuralı gibi diğer hususları da içerir. Ayrıca ilk yönetim kurulu üyelerine ve yönetim kurulu üyesi olmayan temsilcilere ilişkin aranan bilgiler de TK m. 339'da yer almamaktadır. Her ne kadar TK m. 339 ve 354'te yönetim kurulu üyelerinin ve diğer temsilcilerin, şirketin kuruluşu sırasında "ilk" kez yetkilendirilen kişiler olduğu açıkça belirtilmese de, hükmün amaca uygun daraltıcı yoruma tabi tutularak bu şekilde uygulanması gerekir. Aksi halde her yönetim kurulu üyesi ve temsilci değişikliğinde esas sözleşmenin de değiştirilmesi gerekeceğinden, kabulü ve uygulanması mümkün olmayan bir durum ortaya çıkar. Bu soruna eTK m. 279/2-(6) bakımdan dikkat çeken *Domaniç*, yalnızca ilk yönetim kurulu üyelerinin esas sözleşmede belirtilmesinin yeterli olduğu görüşündedir (Domaniç, **a.g.m.**, s. 392). TK bakımından aynı yönde bkz. Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **AŞ**, s. 627 dn. 643; Özlem Karaman Coşgun, **Şirketler Hukuku**, Ed. Sami Karahan, 2. bs., İstanbul, Mimoza Yayıncılık, 2015, s. 365). Soruna değinmekle birlikte TK m. 340

(j)'de pay sahiplerinin ayrı ayrı taahhüt ettikleri sermaye miktarının yazılması öngörülmüş olsa da, TK m. 332/1 ve 335/1 hükümlerinde sermayenin tamamının taahhüt edildiğinin esas sözleşmeden anlaşılması gerektiği ayrıca vurgulanmaktadır.

Mutlak zorunlu kayıtlara yalnızca TK hükümlerinde değil, özel kanunlara tabi ortaklıklar bakımından ilgili kanunda ve ikinci mevzuatta da yer verilmektedir. Bu bağlamda örneğin SerPK m. 19/2 uyarınca halka açık anonim ortaklıkların kâr dağıtım oranına[430]; SerPK m. 50/3'e göre değişken sermayeli yatırım ortaklıklarının payların itfasına ilişkin usul ve esaslara esas sözleşmede yer vermesi zorunludur[431]. Bundan başka BankK gibi özel kanunlar ve bunlara bağlı ikinci mevzuatta da mutlak zorunlu kayıtlara rastlamak mümkündür[432]. TK dışında öngörülen mutlak zorunlu kayıtlara esas sözleşmede yer verilmemesi halinde, ilgili mevzuatta düzenlenen yaptırımların gündeme gelmesinin söz konusu olabileceği unutulmamalıdır. Bu bağlamda düzenleyici ve denetleyici özerk kuruluşların faaliyet izni, lisans iptali veya izin vermeme gibi yaptırımları gündeme gelebilecektir.

Diğer taraftan TK m. 339'da öngörülen genel kurulların toplantıya çağrılma usulü ve pay sahiplerinin oy hakları [TK m. 339/2-(h)], şirkete ait ilanların şekli [TK m. 339/2-(i)] TK'nın ilgili hükümlerinde; şirketin hesap dönemi [TK m. 339/2-(k)] ise VUK 174/2'de zaten düzenlendiği için bu hususların esas sözleşmede ayrıca

---

sebebiyle lafzi yorumun benimsenmesi gerektiği yönünde bkz. Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 320. Kanımca TK m. 340 anonim ortaklıklar hukuku hükümlerini kural olarak emredici hale getirmekle beraber, ilgili normun amaca uygun daraltıcı veya genişletici yorumunu engellemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2.

[430] Öte yandan Kâr Payı Tebliği (II-19.1) m. 5/3'te dağıtılması öngörülen kâr payı oranının esas sözleşmede "veya" kar payı dağıtım politikasında belirlenebileceği düzenlenmiştir. Kanun uyarınca esas sözleşmeye yazılması zorunlu bir hususun, ikincil mevzuat aracılığıyla ihtiyari hüküm haline getirilmesi normlar hiyerarşisine aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle halka açık şirketlerin esas sözleşmelerinde kâr dağıtım oranı bulunmaması, ilgili tebliğe uygun olmakla birlikte kanuna aykırılık teşkil edecektir.

[431] SerPK m. 18 ve 19/5'in mutlak zorunlu kayıt olduğu yönünde bkz. Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 132. Kanımca anılan hükümlerde yer alan kayıtlar mutlak değil, şarta bağlı zorunlu esas sözleşme hükümleri niteliğindedir. Zira SerPK m. 18 uyarınca kayıtlı sermaye sisteminden yararlanmayacak veya SerPK m. 19/5'e göre bağış veya pay sahibi dışındakilere kârdan pay dağıtmayacak olan halka açık ortaklıkların esas sözleşmesinde bu yönde hükümlerin bulunması zorunlu değildir. Yazar anılan hükümlere, ayrıca şarta bağlı zorunlu kayıtlar arasında da yer vermiştir (**a.e.**, s. 135).

[432] Örn. BankK m. 7, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği m. 4, 6; Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik m. 4.

öngörülmesine ihtiyaç bulunmadığı akla gelebilir[433]. Ne var ki söz konusu bilgilere TK m. 339/2'de esas sözleşmenin asgari içeriği kapsamında yer verilmesinin temel sebebi aleniyetin ve şeffaflığın sağlanmasıdır. Dolayısıyla bu hususlarda kanuni düzenin aynen benimsenecek olması halinde, ilgili kanun hükmüne atıf yapılması veya maddenin esas sözleşmeye aynen aktarılması mümkündür[434].

b. Şarta Bağlı Zorunlu Hükümler

Esas sözleşmenin şarta bağlı zorunlu hükümleri, pay sahiplerinin öngörmek istemeleri halinde, esas sözleşmede yer vermeleri gereken hususlardan oluşur. Bunların mutlak zorunlu kayıtlardan farkı, her anonim ortaklığın esas sözleşmesinde bulunmasının gerekmemesi ve eksikliğinin ortaklığın tescil veya izin talebinin reddine yol açmamasıdır. Öte yandan bunlar ihtiyari hükümlerden de farklıdır. Zira söz konusu hususların ortaklık düzeninde hüküm ifade edebilmesi esas sözleşmede düzenlenmelerine bağlıdır[435].

Şarta bağlı zorunlu bir hususun esas sözleşme dışında bir ortaklıksal işleme, örneğin iç yönergeye, genel kurul kararına veya yönetim kurulu kararına konu edilmesi halinde ilgili düzenleme hüküm doğurmaz. Diğer taraftan bunlara esas sözleşme yerine pay sahipleri sözleşmesinde yer verilmesi halinde, bazı hükümler yalnızca ortaklık düzeninde hüküm doğurmazken, bazı hükümler ise taraflar arasında dahi geçerlilik kazanamaz. Örneğin pay devir sınırlamaları veya ek yükümlülükler birinci grupta yer alırken; organların karar nisaplarına, ayni sermaye getirilmesine, imtiyazlara veya kayıtlı sermaye sistemine ilişkin hükümler ikinci grupta yer alır[436].

---

[433] Nitekim genel kurulu toplantıya çağırma usulünün mutlak zorunlu kayıt olmadığı yönünde bkz. Özlem Karaman Coşgun, **a.g.e.,** s. 376. Pay sahiplerinin oy haklarının şarta bağlı zorunlu husus olduğu yönünde bkz. Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 134.

[434] Bu durumda ilgili kanun normunun değişmesi veya yürürlükten kalkmasının etkileri hakkında bkz. dn. 454 ve bağlı metin.

[435] Bu tür hükümlerin esas sözleşme dışında bir hukuki işleme konu edilmesi halinde ortaklığı bağlamayacağı yönünde bkz. Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §8 N. 65; Kunz, **a.g.m.**, s. 63 dn. 59; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 104, 152.

[436] Ayrıca bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 152, dn. 171 ve 172'deki örnekler; Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 135'teki örnekler. Yazar sermaye borcunun ödenmesinde temerrüde düşülmesi durumunda cezai şart ödeneceğine dair hükmün, esas sözleşmede yer almaması halinde geçersiz olduğunu ileri sürmektedir (Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 189). Kanımca böyle bir cezai şarta iştirak taahhütnamesinde veya şirketle yapılacak ayrı bir sözleşmede yer verilmesi halinde, bunun taraflar

Zira birinci gruptaki düzenlemeler ortaklığı bağlamasa dahi taraflar açısından borçlar hukuku zemininde geçerli olabilir. İkinci gruptaki hükümler ise, esas sözleşme haricinde bir belgede yer alması halinde, ne ortaklık içinde ne de dışında sonuç doğurur.

İsviçre hukukunda şarta bağlı zorunlu hükümleri öngören OR'nin 627. ve 628. maddeleri eksik bir liste sunmaktadır[437]. OR Tasarısı'nın 2007 tarihli ilk halinde, bu eksiklik vurgulanmış ve özellikle 627. maddenin kapsamı genişletilerek şarta bağlı zorunlu kayıtların listesi tamamlanmaya çalışılmıştır[438]. Ancak hükmün on dört bentten yirmi beş bente çıkarılmasına rağmen, listenin gerçekten tamamlanması için elliden fazla bentten oluşması gerektiğine dikkat çekilerek, OR Tasarısı'nın 2017 tarihli versiyonunda ilgili maddenin tamamen kaldırılması önerilmiştir[439]. İlgili kanun hükümlerinde düzenlenen hususların zaten esas sözleşmede yer alması gerektiği belirtildiğinden dolayı, bunlara topluca yer veren OR Art. 627'nin pek de önem arz etmediği ifade edilmiştir. Nihayetinde 19 Haziran 2020 tarihinde tasarı kanunlaşmış olup, yürürlük tarihi ihtiyari referandum sürecinden sonra kesinleşecektir[440].

Türk hukukunda ise esas sözleşmenin şarta bağlı zorunlu hükümleri, başta TK m. 339/2 ve 354 olmak üzere münferit TK hükümlerinde, diğer kanunlarda ve ikincil mevzuatta yer almaktadır. TK'da öngörülenlerin toplu listesi şu şekildedir: TK m. 128/2, 131/2, 334/1, 339/2-(d) (yalnızca imtiyazlar ve pay devir sınırlamaları), 339/2-(e), (f) ve (ı), 346/1, 347/1[441], 348, 354/1-(c), 354/1-(d)

---

arasında geçerli olduğu kabul edilmelidir. Ancak esas sözleşmede yer alması durumunda, bu kayıt paya bağlı olarak devrolan hak ve borçlar arasına dâhil olur ve sonraki pay sahiplerini de bağlar.

437 Kunz, **a.g.m.**, s. 64. OR Tasarısı'nın gerekçesinde, kanunun mevcut halinin şarta bağlı esas sözleşme içeriğini eksik olarak kaleme aldığı belirtilmektedir. Bkz. **Message concernant la révision du code des obligations du 27 Décembre 2007**, FF 2008 1407, s. 1456, (Çevrimiçi) https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2008/1407.pdf, 20.08.2020).

438 **OR 2007 Gerekçe**, s. 1456.

439 **Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 Novembre 2016**, FF 2017 353, s. 437-438, (Çevrimiçi) https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2017/353.pdf, 20.08.2020.

440 Kanun tasarısının İsviçre Federal Parlamentosu tarafından onaylanmış metni için bkz. (Çevrimiçi), https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2020/5573.pdf, (14.10.2020.)

441 Esas sözleşmede hüküm bulunması primli pay ihraç etmek anlamına gelmeyip, esas sözleşmede öngörülecek bir kayıtla genel kurul bu hususta yetkili kılınabilir. Primli pay ihracı yetkisi esas

(yalnızca imtiyazlar), 354/1-(h) (yalnızca yönetim kurulu kararlarının pay sahiplerine bildirilme şekli), 360/1, 362/1, 363/2, 366/1[442], 367/1, 370/1, 371/1, 374/1, 390/1, 392/6, 403/5, 408/1, 409/3, 411/1, 414/1, 418/1, 419/1, 421/1, 421/5, 434/2, 435/1, 437/6, 452/1, 460, 463/1, 465, 467/1, 478/1, 480/2, 480/4, 481, 482/3, 485/1, 490/1, 492/1, 493/1-2, 495/1, 502/1, 504/1, 507/1-2, 508/1, 510/1, 521/1, 522/1, 529/1-(a), 529/1-(c), 543/1, 548/1, 1527/1, 1527/5[443].

Bunlardan başka ikincil mevzuatta da, örneğin, Birikimli Oy Tebliği m. 5; GK Yön m. 22/9, 22/11, 22/16; eGK Yön m. 5; Kâr Avansı Tebliğ m. 8'de de şarta bağlı zorunlu esas sözleşme hükümlerine yer verilmiştir. Benzer şekilde özel kanunlara tabi anonim ortaklıklar bakımından da ilgili kanunlarda ve ikincil mevzuatta söz konusu hükümler bulunmaktadır. Bu bağlamda halka açık şirketlerde kayıtlı sermaye sistemi (SerPK m. 18/2); bu şirketlerin bağış yapabilmesi veya pay sahibi dışındaki kişilere kârdan pay dağıtabilmesi (SerPK m. 19/5); genel kurul karar nisapları (SerPK m. 29/3, 6); borçlanma aracı ihraç yetkisi (SerPK m. 31/3); yatırım kuruluşunun portföy yönetim şirketinden hizmet alabilmesi (SerPK m. 49/4); yatırım fonu veya değişken sermayeli yatırım ortaklığı birim katılma payı veya birim pay değerinin değerleme esasları [SerPK m. 56/1-(c)] ve kolektif yatırım kuruluşlarının

---

sözleşmede yazmasa da genel kurula ait olduğundan dolayı, bu hükmün ihtiyari kayıt olarak nitelendirilmesi düşünülebilir. Nitekim bu yönde bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 221. Fakat şarta bağlı zorunlu hükümlerin ve ihtiyari hükümlerin tanımında benimsenen kriter çerçevesinde TK m. 347/1'de öngörülen hususun şarta bağlı zorunlu kayıt olduğu kanısındayım. Zira genel kurula bu konuda yetki verilmesi, alternatif bir hukuki işleme konu edilemez. Bu tespit organlara belirli bir konuda yetki veren, fakat bizatihi bu yetkiyi kullanarak işlemi gerçekleştirmeyen her türlü esas sözleşme hükmü için geçerlidir.

[442] Yönetim kurulu başkan ve/veya başkan vekilinin, yönetim kurulu yerine genel kurul tarafından seçilebilmesine imkân veren esas sözleşme hükmüne ihtiyari kayıtlar arasında yer veren *Bahtiyar*'ın, başkan veya başkan vekili seçimi işlemini esas aldığı anlaşılmaktadır (Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 136). Primli pay ihracında olduğu gibi, burada da genel kurula yetki veren esas sözleşme hükmünün nitelendirilmesi söz konusudur ve bu yetki esas sözleşme dışında bir hukuki işlemle sağlanamayacağı için, ilgili hüküm şarta bağlı zorunlu kayıtlar arasında değerlendirilmelidir.

[443] Anılan hüküm eGK Yön m. 5'ten aynen aktarılacak olan esas sözleşme maddesinde hiçbir değişiklik yapılamayacağını öngörmektedir. TK m. 1527'de belirtilen hususlar yalnızca elektronik ortamda genel kurul toplantısı imkânından faydalanmak isteyen ortaklıklar bakımından gerekli olduğu için, buna mutlak zorunlu kayıtlar arasında yer verilmesi isabetli değildir. Kg. Karaman Coşgun, **a.g.e.**, s. 372.

gelirlerinin kullanımı [SerPK m. 56/1-(e)] hakkındaki kayıtlar da şarta bağlı zorunlu esas sözleşme hükümleri arasındadır[444].

c. İhtiyari Hükümler

Esas sözleşmenin ihtiyari hükümleri anonim ortaklıklar hukukuna aykırı olmamak koşuluyla, pay sahiplerinin serbest iradeleri doğrultusunda esas sözleşmede yer verebilecekleri hükümleri kapsar[445]. Ancak bu kriter ihtiyari hükümleri belirlemek için yeterli değildir. Nitekim kanunda yer alan bir kuralı tekrarlayan, tamamlayan, değiştiren veya kanunda öngörülmemiş olan bir hususta düzenleme getiren esas sözleşme hükümleri bu tanım kapsamında kalmakla birlikte, pek çoğu ihtiyari hüküm niteliği taşımaz. Zira esas sözleşmede yer almaması halinde ortaklık düzeninde sonuç doğurmayan hükümler şarta bağlı zorunlu kayıt niteliği taşır.

İhtiyari hükümlerin tanımı ve kapsamı hakkındaki muğlaklık sebebiyle, kimi zaman şarta bağlı zorunlu hükümlerle karıştırıldığı gözlenmektedir[446]. Örneğin bir üst başlıkta açıklandığı üzere pay sahiplerine tanınan imtiyazlara veya ortaklığın süresine ilişkin esas sözleşme hükümlerinin ihtiyari hükümler kategorisinde değerlendirilmesi mümkün değildir[447]. Anılan düzenlemeler pay sahiplerinin esas

---

[444] SerPK'ya bağlı ikincil mevzuatta da çok sayıda bu tür hükme yer verilmektedir. Örneğin, Hisse Senetlerinin Şekil Şartlarına İlişkin Tebliğ (I-5) m. 11; Varantlar ve Yatırım Kuruluşu Sertifikaları Tebliği m. 10, 12,16 ; Borçlanma Araçları Tebliği (VII-128.8) m. 5, 16; Kurumsal Yönetim İlkeleri m. 1.3.11, 1.5.2, 3.2.1, 4.2.5; Kayıtlı Sermaye Sistemi Tebliği (II-18.1) m. 5/2; Kâr Payı Tebliği (II-19.1) m. 5/4, 6/1, 9/2; Geri Alınan Paylar Tebliği (II-22.1) m. 5/3; Önemli Nitelikteli İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği (II-23.2) m. 7/1.

[445] İmregün, **AO**, s. 50. Karş. Moroğlu, **Anasözleşme**, 14. Yazar ihtiyari kayıtların, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka ve adaba aykırı veya imkânsız olmamak koşuluyla, kanunu tamamlayan, değiştiren veya özel düzenleme öngören esas sözleşme hükümleri olduğunu ifade etmektedir. İhtiyari hükümlerin sözleşme serbestisine dayandığı vurgulanırken çizilen sınır anonim ortaklıklar hukukundan başladığından dolayı, burada anonim ortaklıklara hakim olan temel ilkeleri de anmak gerekir. İlkeler hakkında bkz. Üçüncü Bölüm, II, B.

[446] İhtiyari hükümleri yalnızca pay sahiplerinin irade serbestisiyle esas sözleşmeye aktardıkları hükümler olarak gören *Karasu*'nun şarta bağlı zorunlu hükümleri de bu kapsamda değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Zira yazar zorunlu ve ihtiyari olmak üzere ikili tasnifi benimsemekte; zorunlu hükümler kapsamına ise yalnızca TK m. 339'da öngörülen asgari içeriği (mutlak zorunlu kayıtları) almaktadır. Bkz. Karasu, **a.g.e.,** s. 31.

[447] Aksi yönde bkz. İmregün, **AO**, s. 51. Ancak yazarın benimsediği ihtiyari hüküm tanımının yalnızca irade özerkliğine odaklandığı; bu nedenle esas sözleşmede öngörülmemesi durumunda ortaklığı bağlamayan kayıtları (örn. hazırlık dönemi faizi) dahi bu kapsamda değerlendirdiği belirtilmelidir. Ayrıca bkz. Moroğlu, **Anasözleşme,** s. 15. *Moroğlu* imtiyazlara ek olarak yönetim kurulu üyelerinin görev süresine; ortaklığın temsilinde çift imza kuralının değiştirilmesine; yönetim kurulu üyelerine kazanç payı verilmesine; intifa senedi sahipleri, çalışanlar ve yardım

sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünün ürünü olmasına karşılık, öngörülmeleri koşuluyla esas sözleşmede bulunması zorunludur.

O halde ihtiyari hükümlerin pay sahiplerinin tercihlerine bağlı olarak esas sözleşmeye girmesi, bunları mutlak zorunlu kayıtlardan ayırırken; iç yönerge, yönetim kurulu kararı, genel kurul kararı veya borçlar hukuku sözleşmesi gibi farklı bir hukuki işleme de konu edilebilmeleri ise bunların şarta bağlı zorunlu hükümlerden farkını ortaya koyar[448]. Bu nedenle esas sözleşmenin ihtiyari hükümlerinin tanımı şu şekilde ifade edilebilir: Esas sözleşmeye yazılması pay sahiplerinin iradelerine tabi olup, başka bir hukuki işlem aracılığıyla öngörülmeleri halinde de pekâlâ geçerli olabilen hükümlerdir.

Bu noktada borçlar hukuku sözleşmesinde de öngörülmesi mümkün olan ihtiyari esas sözleşme hükümlerini, zorunlu şarta bağlı kayıtlardan ayırmak gerekir. Örneğin pay sahipleri sözleşmesinde öngörülmesi halinde yalnızca tarafları bağlayan bir düzenleme, esas sözleşmeye taşındığında korporatif nitelik kazanıyorsa bunun şarta bağlı zorunlu kayıt olduğu; fakat bu özelliği haiz olmayıp şeklî esas sözleşme vasfını koruyorsa ihtiyari kayıt olduğu sonucuna varılmalıdır[449]. Başka bir anlatımla, bir husus ancak esas sözleşmede düzenlenmesi halinde ortaklığı bağlayacak, paya bağlı olarak devrolacak veya şirketler hukuku yaptırımlarından faydalanacaksa, bu demektir ki ortaklık düzeninde sonuç doğurabilmesi için bu hususun esas sözleşmeye yazılması zorunludur. Ancak esas sözleşmede yer verilmesi durumunda dahi bu özellikleri haiz olmayan bir düzenleme, ister esas sözleşmede ister pay sahipleri sözleşmesinde yer alsın, aynı etkiyi haiz olur. Bunlar esas sözleşmenin içinde de dışında da aynı etkiyi haiz olacağından, esas sözleşmeye aktarılmaları tamamen pay sahiplerinin takdirindedir. Bu sebeple esas sözleşmenin ihtiyari içeriğine ait

---

sandıkları lehine kâr payı ödenmesine ilişkin hükümleri ve şeklî esas sözleşme hükümlerini ihtiyari hükümlerden sayar. Belirtilenler arasında şeklî esas sözleşme hükümleri haricindekilerin hiçbirinin ihtiyari hüküm teşkil etmediği ve şarta bağlı zorunluk hüküm niteliği taşıdığı yönündeki haklı tespit için bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 104 dn. 14.

[448] Bkz. Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §8 N. 89; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 104, 217; Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 136.

[449] Bu ayrımı gözeterek ihtiyari hükümleri kendi içinde ikiye ayıran bir tasnif için bkz. Domaniç, **a.g.m.**, s. 404-406. Pratikte ihtiyari kayıtların büyük bir bölümünü, şeklî esas sözleşme hükümlerinin oluşturduğu yönünde bkz. Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 14-15.

sayılmalıdır. Kanunda öngörülmeyen ve borçlar hukuku sözleşmesine konu olabilecek hususların (şeklî esas sözleşme hükümleri) esas sözleşmeye yazılmasına TK m. 340'ın engel oluşturduğu yönündeki iddiaya[450] ise ihtiyatla yaklaşmak gerekir. Zira anılan hüküm yalnızca esas sözleşmede öngörülen bir kaydın ortaklıksal nitelik kazanmasına engel teşkil eder ve şeklî hükümler bakımından doğrudan uygulama alanı bulmaz[451].

Bu başlık altında ayrıca esas sözleşmeye aynen aktarılan kanun hükümlerinin ihtiyari hüküm teşkil edip etmediği özel olarak incelenmelidir[452]. Kanunda öngörülen bir kuralın esas sözleşmeye taşınması halinde, kanunda yer alan hükmün nesnel hukuk kuralı olma niteliği değişmez[453]. Ancak bu durum ilgili kuralın aynı zamanda esas sözleşmesel niteliğe kavuşmasına da engel teşkil etmez[454]. Anılan niteliklerin bir arada bulunduğu süre boyunca esas sözleşmeye aktarılan kuralın etkisini gözlemlemek mümkün olmayabilir. Ancak ilgili kanun hükmünün değişmesi veya yürürlükten kalkması neticesinde bu birliktelik sona erer ve artık ilgili kuralın baştan itibaren mevcut olan esas sözleşmesel niteliği görünür hale gelir. Zira esas sözleşme hükmü, emredici hükümlere aykırı olmamak koşuluyla geçerliliğini korur[455].

---

[450] Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 138.

[451] Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm'de dn. 192 ve 291.

[452] İhtiyari hüküm olduğu yönünde bkz. Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §8 N. 88; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 218. Buna karşılık söz konusu hükümleri klasik üçlü ayrımın dışında tutan *Moroğlu*, kanundan esas sözleşmeye taşınan kuralların, ilgili kanun hükmü değiştirilene kadar kanun normu olma niteliğini koruduğunu ifade etmiştir (Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 15-16).

[453] **a.e.**, s. 15-16.

[454] Karş. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 218. Yazar esas sözleşmesel niteliğin, ilgili kanun hükmünün değişmesinden sonra kazanılabileceğini ileri sürmektedir. Kanımca kanunda ve esas sözleşmede yer alan kurallar, içeriği aynı olmakla beraber, baştan itibaren kendilerine özgü vasıfları korurlar.

[455] Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §8 N. 88; Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 16. Esas sözleşmede eTK m. 388'deki nisaplara yapılan atıflara ilişkin tartışmada Yarg. 11. HD'nin müstakar içtihadı ile öğretideki hakim yaklaşım, kanun hükmünü esas sözleşmeye aynen taşıyan veya ilgili maddeye açık atıf yapan kayıtların, kanun değişikliğinden sonra esas sözleşmesel nisap olarak uygulanmaya devam edeceği yönündeydi. Kararlar ve tartışma için bkz. Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 16-17. Ancak YürK m. 7'de genel olarak esas sözleşmede eTK'ya yapılan yollamaların TK'ya yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Genel kurul nisapları hakkında özel düzenleme getiren YürK m. 26 ise esas sözleşmede madde numarası belirtilerek veya belirtilmeksizin TK'ya yapılan atıfların, TK'nın yürürlüğe girmesinden itibaren on iki ay boyunca uygulanmaya devam edeceğini; bu sürenin sonunda ise -esas sözleşme hâlen TK'ya uyarlanmamışsa- ilgili TK hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür. Diğer taraftan YürK m. 26/3, esas sözleşme değişikliklerine ilişkin olarak eTK m. 388'den daha ağır nisaplar öngören ve TK m. 421/1'dekilerden de ağır olan nisapların uygulanmaya devam edeceğini; ancak bunlar TK m. 421'dekilere göre daha hafifse, bu

Öte yandan kanunda yer alan kuralları tekrarlayan esas sözleşme hükümlerinin kategorik olarak ihtiyari veya şarta bağlı zorunlu kayıtlar kapsamında ele alınması kanımca mümkün değildir. Örneğin TK m. 523/3 uyarınca yardım ve hayır amaçlarına hizmet etmek üzere bilanço kârından yedek akçe ayrılması mümkündür. Söz konusu işlem doğrudan genel kurul kararına konu edilebileceğinden dolayı, esas sözleşmeye bu hükmün aynen aktarılmış olması halinde, ilgili hüküm ihtiyari nitelik taşırdı. Üstelik TK m. 523/3'ün yürürlükten kaldırılması halinde dahi, genel kurul bu hususta hala yetkili olacağından (bkz. TK m. 523/2) esas sözleşme hükmü ihtiyari niteliğini korurdu. Buna karşılık, örneğin yönetim kurulunun toplantı ve karar nisaplarının TK m. 390/1'i tekrar edecek şekilde esas sözleşmede öngörülmesi halinde, bu defa ilgili hükmün şarta bağlı zorunlu kayıt olarak nitelendirilmesi gerekirdi; çünkü bu hususun esas sözleşmeden başka bir hukuki işlemle düzenlenmesi mümkün değildir[456]. TK m. 390/1'de öngörülen nisabın değiştirilmesi ve esas sözleşmedeki kaydın geçerliliğini koruması durumunda ise, bu defa öngörülen nisap kuralı esas sözleşme hükmü olarak uygulanırdı.

İhtiyari esas sözleşme hükümlerine TK'nın muhtelif hükümlerinde rastlamak mümkündür. Örneğin yönetim kurulu üyelerine şirketin kuruluşundan sonra sağlanan menfaatler[457] (TK m. 394), sermaye artırımında iştirak taahhüdü (TK m. 459/1) ve

---

defa TK m. 421'in uygulanacağını hükme bağlamıştır. Görüldüğü üzere YürK'nın ne 7. ne de 26. maddesinde kanunda yer alan bir kuralı -yollama yapmaksızın- tekrarlayan esas sözleşme hükümlerine ilişkin bir düzenleme öngörülmüştür. Bu nedenle kanuni düzenin değil, esas sözleşmede açıkça yer verilen kuralın benimsendiğini; dolayısıyla emredici hükümlere aykırı olmamak koşuluyla, esas sözleşme hükmünün kanun değişikliğinden sonra da uygulanacağını kabul etmek pay sahiplerinin iradesine uygun bir çözümdür. Kanunla aynı içeriğe sahip bir esas sözleşme hükmünün, baştan itibaren esas sözleşmesel nitelik taşıdığı; hatta bu husus farklı bir hukuki işleme konu edilemiyorsa, baştan itibaren şarta bağlı zorunlu kayıt olduğu söylenmelidir. Zira ilgili kuralın kanunun değiştirilmesinden sonra da geçerli olacağı baştan itibaren bellidir. Ancak aynı senaryoda değişik kanun hükmünün uygulanacağı kabul edilecek olursa, ilgili esas sözleşme hükmünün daima ihtiyari nitelik taşıyacağı kabul edilmelidir. Zira ilgili kural hiçbir zaman esas sözleşme hükmü olarak uygulanmayacağından, yalnızca pay sahipleri bu şekilde tercih ettiği için esas sözleşmede de bulunmaktadır.

[456] İhtiyari esas sözleşme hükmünün tanımında benimsenen kriter, "farklı bir hukuki işlem aracılığıyla da düzenlenebilme imkânı" olup, kanun hükmünü tekrar eden bir kaydın, esas sözleşmeden farklı bir hukuki işleme konu edilemediği her durumda ilgili hükmün şarta bağlı zorunlu kayıt özelliği taşıdığı kabul edilmelidir.

[457] TK m. 339/2-(f) uyarınca, kuruluş aşamasında yöneticilere şirket kârından aktarılacak menfaatlerin esas sözleşmede yer alması zorunludur. Şeffaflık sağlama ve şirket alacaklılarını koruma amacıyla öngörülen bu şekil şartı, söz konusu düzenlemeler açısından geçerlilik şartıdır. Öte yandan kuruluştan sonra sağlanan menfaatler açısında bu şart öngörülmemiştir (bkz. TK 394,

tasfiye sürecine ilişkin bazı işlemler (TK m. 536/1, 539/3, 543/3) esas sözleşmede düzenlenebileceği gibi diğer ortaklıksal işlemlere yahut borçlar hukuku sözleşmelerine konu edilebilir. Bundan başka TK'ya bağlı ikincil mevzuatta da, örneğin GK Yön m. 8, 13/1-(ğ), 14 ve 20 hükümlerinde de ihtiyari esas sözleşme hükümlerine rastlamak mümkündür.

Bunlardan başka İsviçre hukukunda kanunda düzenlenmemekle beraber danışma kurulu ve denetim komitesi gibi özel kurulların ihdasını ve tahkim şartını öngören kayıtların da ihtiyari nitelik taşıdığı kabul edilmektedir[458]. TK m. 366 komite ve komisyon oluşturma yetkisini yönetim kuruluna vermekle beraber, bu yetki devredilmez nitelikte olmadığından, TK m. 374/1 ve 408/1 uyarınca, genel kurulun söz konusu özel kurulları esas sözleşmede öngörmesi mümkündür. Diğer taraftan tahkim şartının esas sözleşmede öngörülmesi mümkündür; ancak dercedilen kaydın ortaklıksal niteliği haiz olduğu durumlarda bunu ihtiyari değil, şarta bağlı zorunlu hüküm olarak nitelemek gerekir[459]. Zira tahkim şartının konu bakımından kapsamına ortaklıksal uyuşmazlıkları dâhil etmek mümkün olsa da, esas sözleşmede düzenlenmediği müddetçe sonraki pay sahiplerini bağlaması mümkün olmaz.

408/2-(d), 409, 511). Söz konusu hükümlerin hukuki niteliği ve etkisi hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, F, 3, f.

458 Kunz, **a.g.m.**, s. 69-70.

459 Tahkim şartının esas sözleşmede öngörülebileceği yönünde bkz. Domaniç, **a.g.e.**, s. 280; Poroy, (Tekinalp, Çamoğlu), **2010**, N. 731; Arslan Kaya, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 331-332; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 209-211; Burak Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 292-310; Burçin Yıldırım, "Anonim Ortaklıklarda Şirket İçi Uyuşmazlıkların Milletlerarası Tahkim Yoluyla Çözümlenmesi", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s. 29-39; Karasu, **a.g.e.**, s. 173-174 Esas sözleşmede öngörülen tahkim şartının korporatif niteliği haiz olabileceği yönünde bkz. Mehmet Helvacı, "Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler", **II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", 14 Şubat 2009 Konuşmalar Tartışmalar Bildiriler**, Ed. Erol Ulusoy, Aslı Yıldırım, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, s. 187, 190. Yazarın sonraki pay sahiplerinin de esas sözleşmede yer alan tahkim şartıyla bağlı olacağını belirtmesi nedeniyle, hükmün ortaklıksal nitelik kazanabileceği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönde bkz. Veziroğlu, **Arbitration**, s. 799-802. Esas sözleşmesel tahkim şartının ancak şeklî nitelik taşıyabileceği yönünde bkz. Ayoğlu, **Tahkim**, s. 45-46. Alman hukukunda tahkim şartının korporatif niteliği haiz olabileceği yönünde bkz. Hans-Joachim Mertens, "Satzungs- und Organisationsautonomie im Aktien- und Konzernrecht", **ZGR**, C: XXIII, No: 3, 1994, s. 438; Arnold, **KK**, §23 Rn. 18; Röhröcht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 33; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 8. İsviçre hukukunda bkz. Benjamin Büchler, Hans Caspar von der Crone, "Die Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln", **Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht**, No: 3, 2010, s. 261; **OR 2017 Gerekçe**, s. 494.

d. Yasak Hükümler

Son olarak esas sözleşmede hiçbir şekilde yer alması mümkün olmayan "yasak kayıtlara" değinilmelidir. Bunlar anonim ortaklıklar hukukuna ait yazılı veya yazılı olmayan normlar aracılığıyla açıkça veya dolaylı olarak yasaklanmış olduklarından, esas sözleşmenin şeklî nitelikli hükmü olma imkânından dahi yoksundurlar. Bu tür hükümler, şarta bağlı zorunlu kayıtlar kapsamında kalan ve esas sözleşmede yer almaması halinde hiçbir şekilde hüküm doğurmayan düzenlemelerden kolaylıkla ayrılabilir. Zira bahsi geçen hükümler esas sözleşmede öngörülmedikleri için sonuç doğuramazken, yasak hükümler hiçbir hukuki işleme konu edilemez.

Bu kapsamda örneğin[460], çağrısız toplanan genel kurulda gündeme oy çokluğuyla madde eklenmesi (TK m. 416/2); şirketi kurdukları sırada harcadıkları emeğe karşılık olarak kuruculara, para ve bedelsiz pay senedi vermek gibi menfaatler tanınması (TK m. 348/1); TK m. 421/1'deki nisapların düşürülmesi; genel kurula pay sahibi adına katılacak olan temsilcinin pay sahibi olmasının öngörülmesi (TK m. 425); pay sahibinin asgari oy hakkının ihlal edilmesi (TK m. 434/2); nakdî sermayenin peşin ödenmesi gereken kısmının azaltılması (TK m. 344/1); pay sahiplerinin bilgi alma haklarının sınırlandırılması (TK m. 437/6) gibi hususlar sayılabilir[461].

2. Konuları Açısından

Esas sözleşme hükümlerini düzenlediği konu bakımından "tüzel kişiliğe özgü" (kurumsal, örgütsel) ve "ortaklık içi ilişkilere özgü" (sözleşmesel, ilişkisel) hükümler olarak ikiye ayırmak mümkündür. Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklama esas sözleşmenin tanımı hakkında "I, A, 2" başlığı altında bulunmaktadır.

---

[460] Diğer örnekler için bkz. Guyon, **a.g.e.,** N. 198; Domaniç, **a.g.m.**, s. 406; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 105-106; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 118-120, 161-165.

[461] TK dışındaki yasal düzenlemelere bağlı örnekler için bkz. SerPK m. 40/2, 41/2; Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ (II-13.1) Geçici m. 2; Oy Hakkına ve Yönetim Kurulunda Temsil Edilmeye İlişkin İmtiyazların Kaldırılmasına İlişkin Esaslar Tebliği (II-28.1) m. 7; Ortaklıkların Kanun Kapsamından Çıkarılması ve Paylarının Borsada İşlem Görmesi Zorunluluğuna İlişkin Esaslar Tebliği (II-16.1) m. 13/4-(a); Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği (III-35/A.1) m. 5/1-(d).

3. Hukuki Etkileri Açısından

a. Korporatif-Şeklî Hükümler Ayrımı

Biçimsel bir tanımdan hareket edilecek olursa, esas sözleşme metninde yer verilen bütün hükümler esas sözleşme kapsamında değerlendirilebilir[462]. Zira kurucular söz konusu hükümleri esas sözleşmede düzenlemeyi ve alenileştirmeyi[463] tercih etmişlerdir. Ancak öğretide ve içtihatta neredeyse istisnasız olarak kabul edildiği üzere, esas sözleşme hükümlerinin tamamı aynı hukuki etkiyi haiz olmayıp; esas sözleşmenin korporatif ve şeklî hükümleri arasında ayrım yapılmaktadır[464].

Korporatif (*korporativ*) hükümleri ifade etmek üzere, öğretide alternatif olarak, "korporasyonel", "ortaklıksal" (*gesellschaftlich*), "ortaksal" (*mitgliedschaftlich*), "gerçek" (*echt*), "maddi" (*materiell*), "tüzel kişiliğe özgü"[465] (*körperschaftlich*), "sosyal hukuka özgü" (*sozialrechtlich*), "normatif" (*normativ*), "statüye bağlı" (*statutaire*), "kurumsal" (*institutionnel*); şeklî (*formell*) hükümler için

---

[462] Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 2; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 15.

[463] TK m. 354/1 uyarınca esas sözleşmenin tamamı ticaret siciline tescil ve TTSG'de ilan edilir.

[464] Korporatif-şeklî hükümler ayrımının kaynağı olan Alman hukukunda bkz. Hans-Joachim Priester, "Nichtkorporative Satzungsbestimmungen bei Kapitalgesellschaften -Begriff, Abgrenzung, Behandlung-", **Der Betrieb**, C: XXVII, No: 1, 1979, s. 681; Wiedemann, **GesR**, s. 166-167; Noack, **a.g.e.**, s. 63; Fleischer, **Auslegung**, s. 1467; Arnold, **KK**, § 23 Rn. 10 vd.; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 39; Röhricht, Schall, **a.g.e.** §23 Rn. 15; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 2; Braunfels, **a.g.e.**, §23 Rn. 8. Bu yöndeki içtihat için bkz. BGH 19.09.1955 - II ZR 225/54, BGHZ 18, 205, s. 207; BGH 11. 10. 1993 - II ZR 155/92, BGHZ 123, 347, s. 350. İsviçre hukukunda bkz. Klaus W. Herren, **Statutarische Berechtigungen zum Erwerb von Aktien und GmbH-Anteilen**, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1973, s. 87-89; Frey, **a.g.e.**, s. 59-63; Forstmoser, Küchler, **a.g.e.**, s. 44-46. İçtihat için bkz. BGE 25 II 14, s. 21 [(Çevrimiçi) www.bger.ch, 20.08.2020]. Türk hukukunda bkz. Arslanlı, **Kollektif**, s. 38. Yazar emredici hükme aykırı olan şirket sözleşmesi hükümlerinin, iç ilişkide geçerli olduğunu ifade etmekle korporatif-şeklî hükümler ayrımına kapı aralamıştır. Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 17-21; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 235-238; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 95-96; Yüksel, **Paysahipleri**, s. 32-33; Erdem, **Contrat**, s. 222; Altay, **a.g.e.**, s. 267; Pulaşlı, **İmtiyaz**, s. 569; Murat Yusuf Akın, **Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, 2. Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 219; Abuzer Kendigelen, "Öneride Bulunma Zorunluluğu/Bağlam", **Hukukî Mütalâalar (Mahkeme Kararları İle Birlikte)**, C: XI 2010-2011, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 98, 109; Erdem, **Yeni TTK**, s. 275; Karasu, **a.g.e.**, s. 32; Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **GK**, s. 88 dn. 205. Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD, T. 23.02.1995, E. 1994/7138, K. 1995/1522 (karar metni için bkz. Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 22-26); 11. HD., T. 21.03.2017, E. 2016/3020, K. 2017/1692 [bkz. (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 10.10.2020; 11. HD, T. 01.07.2019, E. 2018/3255, K. 2019/5014 [(Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 12.10.2020].

[465] Esas sözleşme hükümlerinin konu bakımından tasnifinde açıklandığı üzere, korporatif hükümlerin tamamı "tüzel kişiliğe özgü" olmayıp, bir kısmı ortaklık içi ilişkileri düzenlediğinden dolayı, bu terimin yanıltıcı olabileceği kanısındayım.

ise "korporatif/ortaklıksal/gerçek olmayan", "bireysel hukuka özgü" (*individuelrechtlich*) veya "tesadüfi" (*zufällig*) terimlerine de başvurulmaktadır[466].

Korporatif hükümler anonim ortaklıklar hukukunun esas sözleşmeye bağladığı özel hukuki rejime tabi olurken, şeklen esas sözleşme metninde yer almakla birlikte maddi anlamda bu niteliği haiz olmayan şeklî hükümler ise genel hükümlere tabi borçlar hukuku karakterli düzenlemelerdir. Bu nedenle korporatif hükümler, *inter alia*, hukuki sonuçları, etki alanı, yaptırım gücü, değiştirilme yöntemi, irade sakatlıklarına ilişkin genel hükümlere ve sözleşmesel yorum kurallarına tabi olma bakımından şeklî hükümlere göre farklılıklar arz eder.

Korporatif hükümlerin ortaklık düzeninde hüküm ifade etmesine karşın, şeklî hükümler borçlar hukuku zemininde sonuç doğurur. Bir esas sözleşme hükmünün ortaklık düzeninde hüküm ifade etmesinden anlaşılması gereken, ilgili düzenlemenin sonuçlarının doğrudan ortaklığın organlarında ve iç işleyişinde meydana gelmesidir. Bu kapsamda örneğin, kanunda düzenlenen pay sahipliği haklarını TK m. 340 çerçevesinde tamamlayan veya belirli paylara imtiyaz tanıyan bir esas sözleşme hükmü, söz konusu hakların ortaklık organlarında kullanılabilmesi nedeniyle, sonuçlarını doğrudan ortaklık düzeninde doğurmuş olur.

Örneğin iki pay sahibi bulunan bir anonim ortaklıkta, paylar (A) ve (B) olmak üzere iki gruba ayrılır ve (A) grubu payların sahiplerine yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu belirleme hakkı tanınırsa, bu bir imtiyaz teşkil eder (TK m. 360/2). Söz konusu imtiyaz, ortaklığın organı olan genel kurulda kullanılabilir. Dolayısıyla imtiyaza aykırı olarak alınan genel kurul kararları iptal edilebilir (TK m. 445/1). Ayrıca söz konusu imtiyazın sınırlandırılması halinde, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun onayı aranır. Aksi halde ilgili sınırlamaya neden olan esas sözleşme değişikliği uygulanamaz (TK m. 454/1). Ancak pay sahiplerinden birinin, diğerinin göstereceği yönetim kurulu üyesi adayı lehine oy kullanacağına dair taahhüdün esas

[466] Anılan kavramlar için bkz. Priester, **Nichtkorporative**, s. 681; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 2; Arnold, **KK**, §23 Rn. 10; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 15; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 39; Zumstein, **a.g.e.**, s. 45 dn. 10; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 235-236; Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 9-137f; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 869.

sözleşmeye yazılmış olması halinde dahi, ilgili hüküm ortaklık düzeninde herhangi bir sonuç doğurmaz[467].

Etki alanı bağlamında korporatif hükümler, esas sözleşmeyi imzalayan kuruculara ek olarak, ortaklık tüzel kişisini, dolayısıyla ortaklığın organlarını ve organ üyelerini; kuruluştan sonra pay iktisap ederek ortaklığa sonradan katılanları[468] ve TK m. 354/2'de sayılan tescil ve ilana tabi hususlarla sınırlı olmak üzere üçüncü kişileri bağlar. Şeklî hükümler ise yalnızca taraflar arasında geçerlidir. Bu tür hükümler kuruluş esas sözleşmesini imzalamış olan kurucular ve ortaklıkla aralarındaki sözleşme ilişkisinin dayanağını esas sözleşmenin belirlediği şirket ilgilileri[469] haricinde, yukarıda sayılan ve ilgili düzenlemeye yönelik rızası[470] bulunmayan kişileri bağlamaz[471].

Korporatif hükümleri şeklî hükümlerden ayıran bir başka yönü, tabi olduğu yorum kurallarıdır. Sahip olduğu geniş etki alanı dolayısıyla, korporatif hükümler yorumlanırken, kural olarak, kurucuların sözleşmenin akdedilmesi sırasındaki gerçek iradelerinin araştırılması (BK m. 19/1) yerine, objektif yorum yöntemi esas alınır[472].

---

[467] Bu hususta ayrıca bkz. İkinci Bölüm, II, F, 3, f.

[468] Arnold, **KK**, §23 Rn. 11.Yazar pay devriyle beraber korporatif hükümlerin devralanı bağladığını; buna karşılık, şeklî esas sözleşme hükümlerinin, payını devreden kişinin şahsına ait hak ve borçları düzenlediğini vurgulamaktadır.

[469] Bu gruba kurucu veya adi intifa senedi sahipleri [TK m. 339/2-(f), 348/1, 502/1]; hazırlık dönemi faizi alan pay sahipleri (TK m. 510); ücret, ödenek veya ödül verilen kuruluşta hizmeti görülen kişiler [TK m. 339/2-(e)] ve kazanç payı tanınan yönetim kurulu üyeleri (TK m. 511) gibi şirket ilgilileri girmektedir. İntifa senedi ve borçlanma aracı sahipleri bakımından bu yönde bkz. Siegwart, **a.g.e.**, Art. 626 N. 14; Frey, **a.g.e.**, s. 47. Anılan kişilerin ortaklıkla aralarındaki -ortaklıksal olmayan- hukuki ilişkinin dayanağını esas sözleşme teşkil eder. Zira bu kişilere sağlanan hakkın ortaklığı bağlaması, söz konusu haklara esas sözleşmede yer verilmesine bağlıdır. Aralarında pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri de bulunmasına rağmen, bu kişiler söz konusu haklar bakımından ortaklık karşısında "üçüncü kişi" konumundadırlar. Bu tür hakların hukuki nitelikleri ve esas sözleşmesel dayanağının şeklî niteliği hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, F, 3, f.

[470] İlgili düzenlemeye yönelik rızanın yeterli olmadığı ve özel şekil şartı gibi başkaca koşulların arandığı hükümler ise rızanın varlığına rağmen ilgilileri bağlamaz.

[471] Karş. esas sözleşmesel tahkim şartının şeklî nitelik taşımasına rağmen ortaklık tüzel kişisini bağlayacağı yönünde bkz. Ayoğlu, **Tahkim**, s. 38, 61.

[472] Wiedemann, **GesR**, s. 166-167; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 49; Arnold, **KK**, §23 Rn. 20-22; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 38-39 ve dn. 52'de anılan eserler. Alman Federal Mahkemesi'nin bu hususta vermiş olduğu birçok karar bulunmaktadır. Limited ortaklıkta şeklî esas sözleşme hükümlerinin sözleşmesel yoruma tabi olduğu yönünde bkz. BGH 29.09.1954 - II ZR 331/53, BeckRS 1954, 31207258. Limited ortaklıkta korporatif hükümlerin objektif yoruma tabi olduğu yönündeki birçok karar yerine bkz. BGH 28.06.1999 - II ZR 272/98, BGHZ 142, 116, s. 125 vd. Anonim ortaklıkta aynı yönde bkz. BGH 29.01.1962 - II ZR 1/61, BGHZ 36, 296, s. 314; BGH

Zira esas sözleşme hükümlerinin uygulanacağı kişiler ve koşullar, sözleşmenin akdedilmesi aşamasında diğer sözleşmelere nazaran belirsizlik arz eder[473]. Öte yandan bu hususta kanunların yorumuyla benzerlik kurulmasındansa, etki alanı geniş ve ilgililer çevresi belirsiz olan diğer sözleşme ilişkileriyle, örneğin kat malikleri yönetim planı, toplu iş sözleşmesi veya tip sözleşmelerle paralellik kurulması daha isabetli olur.

Genel olarak esas sözleşmeye aykırılığın genel kurul kararları bakımından iptal sebebi teşkil etmesinden hareketle, esas sözleşme hükümlerinin yaptırım yönünden borçlar hukuku sözleşmelerine göre güçlendirilmiş olduğu görülmektedir. İptal yaptırımını, tüzel kişinin organlarının ortaklık içi düzene uygun çalışmasını sağlayacak bir mekanizma olarak görmek gerekir. Ortaklık içi düzeni belirleyen kayıtlar ise esas sözleşmenin korporatif hükümleridir. Bu nedenle şirketler hukukuna (tüzel kişilere) özgü bu ayrıksı yaptırım, yalnızca esas sözleşmenin korporatif hükümlerini ihlal eden genel kurul kararları bakımından devreye girebilir[474]. O halde korporatif hükümler şirketler hukuku yaptırımlarından faydalanırken, şeklî hükümerin ihlali halinde ise ancak borçlar hukuku yaptırımları devreye girebilir.

Tüzel kişinin mevcudiyetiyle bağlantılı olarak, sözleşmelerin kuruluşuna ve geçerliliğine ilişkin genel hükümlerin, korporatif hükümlere uygulanmasına da ihtiyatla yaklaşılmaktadır. Bu bağlamda özellikle BK'nın genel hükümleri çerçevesinde irade sakatlıklarına ilişkin hükümler daha dar bir uygulama alanı bulabilmektedir[475].

28.11.1988 – II ZR 96/88, BGHZ 106, 67, s. 71; BGH 16.12.1991 – II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, s. 366; BGH 11.10.1993 - II ZR 155/92, BGHZ 123, 347, s. 350. Karş. üçüncü kişilerin menfaatlerini etkilemeyen korporatif hükümlerin de kural olarak sübjektif yorum yöntemine tabi olması gerektiği yönünde bkz. Barbara Grunewald, "Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen", **ZGR**, C: XXIV, No: 1, 1995, s. 84; Fleischer, **Auslegung**, s. 1466.

[473] Esas sözleşme hükümlerinin genel ve soyut niteliği hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, C, 1, d, (2), i.

[474] Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 15; Wolfgang Zöllner, **Kölner Kommentar zum Aktiengesetz**, Ed. Wolfgang Zöllner, C: V/1 §§179-220, 2. bs., Köln, Carl Heymanns, 1990, §179 Rn. 50.

[475] Bu hususta bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 70-93.

Bundan başka, TK'da düzenlenen esas sözleşme değişikliklerinin tabi olduğu hukuki rejim yalnızca korporatif hükümler bakımından uygulanabilir[476]. Bu kapsamda genel kurulun toplantıya çağrılması; değiştirilmesi öngörülen mevcut hükmün, yönetim kurulunca karara bağlanmış olan değişiklik taslağıyla birlikte ilan edilmesi; toplantı nisabının oluşması; değişiklik önerisinin oylanması; ilgili hususta karar nisabının oluştuğunun tespit edilerek toplantı tutanağına geçirilmesi ve genel kurul kararının tescili ve ilanı gibi usuller korporatif hükümlerin değiştirilmesi için gerekli ve yeterlidir. Ancak esas sözleşme metninde yer alan şeklî hükümler, kural olarak, TK'da düzenlenen bu özel rejime tabi değildir[477] ve oy birliğiyle değiştirilebilir[478]. Yalnızca esas sözleşme metninde yer alması ve tescil edilmiş olması nedeniyle, TK'nın esas sözleşmeye ilişkin özel hükümleri şeklî hükümlere uygulanmaz. Zira bunlar tıpkı esas sözleşme dışında, örneğin, pay sahipleri sözleşmesinde yer alan kayıtlar gibi muamele görür.

Buna paralel olarak, şeklî esas sözleşme hükümlerinin, esas sözleşme değişikliği usulüne uyulmadan tarafların anlaşmasıyla tadil edilmesi halinde, üçüncü kişinin sicilde kayıtlı bulunan esas sözleşmenin değişiklikten önceki metnine yönelik

---

[476] Schmidt, **GesR**, s. 78; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 15; Arnold, **KK**, §23 Rn. 11; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 4; Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 21; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 238; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 97.

[477] Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 21. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 15. *Röhricht* ve *Schall*, şeklî hükümler bakımından çoğunluk kuralı yerine, oybirliğinin gerektiğini, fakat bu tür hükümleri de esas sözleşme değişikliğine dair özel kurallara tabi kılmanın mümkün olduğunu haklı olarak belirtmektedirler. Ancak bu ihtimalde dahi tarafların yalnızca ilgili düzenlemelerin değiştirilme usulünü düzenlemiş olduğu; yoksa bunlara korporatif nitelik kazandıramayacakları vurgulanmalıdır. Örneğin, esas sözleşmede üçüncü kişilere tanınan hakların pek çoğu [örn. TK m. 339/2-(e) ve (f), 348/1, 502/1, 510, 511] alacak hakkı içermesine rağmen, şeffaflık sağlama amacıyla esas sözleşmede düzenlenmesi zorunlu kılınmıştır. Bu tür hükümlerin ortaklığı bağlamasına rağmen, ortaklık düzeninde sonuç doğurmaması ve paya bağlı olarak devrolmaması sebebiyle korporatif olmadığı; ancak esas sözleşmenin tadili usulüne tabi kılınan şeklî hükümler olduğu söylenebilir. Öte yandan söz konusu hükümlerin akdî hak sağlaması nedeniyle, yalnızca ortaklık içinde esas sözleşme tadili prosedürü yeterli olmamakta; ayrıca menfaat sahibinin de rızası gerekmektedir. Esas sözleşmede üçüncü kişilere tanınan haklara dair ayrıntılı açıklama için bkz. İkinci Bölüm, II, F, 3, f.

[478] Hemen belirtilmelidir ki, esas sözleşmeye eklenecek düzenlemenin oy birliğine tabi olması da onu korporatif nitelik taşımaktan alıkoymaz. Örneğin TK m. 421/2 kapsamında şirket merkezinin yurt dışına taşınması oybirliği gerektiren korporatif bir düzenlemedir. Kanımca esas sözleşmeye eklenecek tahkim şartının da oybirliği gerektirmesine rağmen, sonraki pay sahiplerini ve ortaklığı bağlaması karşısında, korporatif nitelikte olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Zira anılan düzenlemelerin öngörülme şekli -sözleşmenin kuruluşu gibi- bütün pay sahiplerinin rızasını gerektirse de, ortaklıksal etkileri sayesinde şeklî hükümlerden ayrılırlar.

güveninin korunmayacağı belirtilmektedir[479]. Başka bir anlatımla, esas sözleşme değişikliğinin bağlı olduğu usule uygun olmayan tadil, buna rağmen yürürlüğe girecektir. Örneğin şirketin kurulmasında hizmeti görülenlere verilecek ücretin, şirketin yetkili temsilcisi ve menfaat sahibi üçüncü kişi arasında yapılan ayrı bir sözleşmeyle azaltılması veya kaldırılması halinde, üçüncü kişi esas sözleşmedeki hükme dayanarak bir alacak talebinde bulunamaz. Aynı tespiti intifa senedi sahipleri ile TK m. 502, 510 ve 511 kapsamında sağlanan menfaatlere bağlı olarak şirket karşısında üçüncü kişi sıfatıyla bulunan yönetim kurulu üyeleri ve pay sahipleri için de paylaşmak mümkündür[480].

b. Esas Sözleşme Hükümlerinin Hukuki Niteliği, Konuları ve Etkileri Açısından Yapılan Ayrımlar Arasındaki İlişki

Esas sözleşme hükümlerinin hukuki niteliği, konuları ve etkileri bakımından yapılan ayrımlar arasındaki ilişkinin bu aşamada açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır. Nitekim ayrı ayrı incelenen, muğlak ve tartışmalı hususlar arasındaki temas noktalarının belirginleştirilmesi, çalışmanın tutarlılığına da katkı sağlayabilecektir. Söz konusu tasnifler hakkında ulaşılan tespitler arasında âdeta mekik dokumak suretiyle, korporatif-şeklî hükümler ayrımında benimsenmesi gereken kritere de ışık tutulabilecektir.

Anımsanacağı üzere esas sözleşme hükümleri, konuları bakımından "tüzel kişiliğe" ve "ortaklık içi ilişkilere" özgü olarak ikiye ayrılırken[481]; hukuki nitelik açısından esas sözleşme, borç ve organizasyon sözleşmesi olmak üzere çifte karakter taşıyan bir şirketler hukuku sözleşmesi teşkil etmektedir[482] . Öncelikle söz konusu ölçütler bakımından benimsenen ikili yaklaşımların birbiriyle örtüştüğü tespit

[479] Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 97.

[480] Üçüncü kişilere ortaklığa karşı hak ihdas eden esas sözleşme hükümlerinden bazıları Kanun'da açıkça düzenlenmektedir. Örneğin, TK m. 339/2-(e) ve (f), 348, 502, 510 ve 511 bunlar arasındadır. Söz konusu hükümlerin esas sözleşmede düzenlenmesi, bunlar açısından geçerlilik şartıdır. Sözleşmelerin kurulması için aranan şekil şartı, kural olarak, sözleşmenin değiştirilmesi için de geçerli olduğundan dolayı, esas sözleşmenin tadil usulüne uyulmaksızın yapılan değişiklikler de şekil şartına aykırı olacaktır. Fakat bu durumun üçüncü kişi menfaat sahibi tarafından ortaklığa karşı ileri sürülmesi de bu defa dürüstlük kuralına (MK m. 2) aykırılık teşkil edebilecektir.

[481] Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 2.

[482] Bkz. İkinci Bölüm, II, C, 2.

edilmelidir. Nitekim ortaklığın kurumsal ve örgütsel yapısını belirleyen tüzel kişiliğe özgü hükümler, esas sözleşmenin organizasyon sözleşmesi yönüne; ortaklık içi ilişkileri düzenleyen hükümler ise borç sözleşmesi yönüne aittir.

Esas sözleşme hükümlerinin hukuki etkileri bakımından benimsenen ayrım ise yukarıdaki ikili yaklaşıma bire bir oturmamaktadır. Tüzel kişiliğe özgü esas sözleşme hükümlerinin tamamı korporatif niteliği haiz olmasına karşılık; ortaklık içi ilişkileri düzenleyen hükümlerin bir kısmı korporatif, bir kısmı ise -öngörülmüşse- şeklî nitelik arz edebilir. Başka bir anlatımla, esas sözleşmenin organizasyon sözleşmesi vasfını korporatif hükümlerle; borç sözleşmesi yönünü ise şeklî hükümlerle eşleştirmek hatalı olur. Zira içeriği bakımından kurumsal kimliğin veya örgütsel yapının tasarlanmasıyla ilgisi bulunmayıp, ortaklık içinde borç ilişkisi yaratan bir hüküm pekâlâ korporatif niteliği haiz olabilir. Pay sahiplerinin ortaklıkla aralarındaki hakları ve borçları düzenleyen, fakat yeni pay sahiplerini de bağlayan veya ihlali halinde şirketler hukuku yaptırımlarından faydalanan hükümler bu özelliktedir. Örneğin pay sahiplerinin nakdi sermaye taahhüdü, esas sözleşmenin borç sözleşmesi yönüne ait olup, ortaklık ve pay sahipleri arasındaki hak ve borçları ilgilendirir. Ancak bu borç paya bağlı olarak devrolur (TK m. 501) ve ihlali halinde şirketler hukukuna özgü ıskat yaptırımı uygulanır (TK m. 482-483). Bu sebeple esas sözleşmede yer alan sermaye taahhüdünün ve bunun şartlarını gösteren hükümlerin, esas sözleşmenin borç sözleşmesi yönüne ait olmakla beraber, korporatif nitelik taşıdığı anlaşılmaktadır[483].

Görüldüğü üzere tüzel kişiliğe özgü hükümlerin dışında kalan, ortaklık içi ilişkileri düzenleyen esas sözleşme hükümleri şeklî hükümlerden ibaret değildir. Bu sebeple Alman hukukunda öğretide[484] ileri sürüldüğünün aksine, esas sözleşmenin borç sözleşmesi yönünün, kurucuların tescil öncesindeki bireysel hak ve borçlarından

[483] Alman hukukunda bu hususta oybirliği bulunduğu yönünde bkz. Arnold, **KK**, §23 Rn. 57-58; Körber, **a.g.e.**, §23 Rn. 5; Götze, **MüKoAktG**, §54 Rn. 13; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 5. Yargıtay da limited ortaklık bağlamında sermaye taahhüdünün korporatif niteliğini teyit etmiştir. Bkz. Yarg. 11. HD., E. 2015/6741 K. 2015/13814 T. 23.12.2015 [(Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 20.08.2020].

[484] Bkz. dn. 173. Ayrıca bkz. Arnold, **KK**, §23 Rn. 14 ve dn. 34'te anılan eserler.

ve şeklî hükümlerden ibaret olmadığı; pekâlâ tescil sonrasında korporatif nitelikli hükümlerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği görülmektedir[485].

c. Korporatif-Şeklî Hükümler Ayrımının Sebepleri ve Doğurduğu Sorunlar

Alman hukukunu takiben hukukumuzda da benimsenmiş olan "korporatif-şeklî" hükümler ayrımını bir aksiyom olarak kabul etmeden, bunun sebep ve sonuçlarını ortaya koymakta fayda vardır. Zira söz konusu hükümleri tespit etmek için uygulanacak kriterleri bu bakış açısıyla belirlemek isabetli ve gerçekçi olur.

Esas sözleşmede yer verilen bazı hükümlerin korporatif etkiyi haiz olmaması, pekâlâ kurucuların iradesinden kaynaklanabilir[486]. Kurucular esas sözleşmede öngördükleri belirli kuralların yalnızca taraflar arasında ve borçlar hukuku zemininde geçerli olmasını tercih edebilirler. Öte yandan esas sözleşme hükümlerini hukuki etkileri bakımından ayrıştırmanın temelinde, çoğunlukla pay sahiplerinin tercihi değil, anonim ortaklıklar hukukunda irade özerkliğinin borçlar hukuku sözleşmelerine göre daha sınırlı olması yatar.

---

[485] Esas sözleşmenin borç ve organizasyon sözleşmesi şeklinde çift niteliği haiz olmasının sebebi, hem kurumsal ve örgütsel düzene hem de ortaklıksal (ve öngörülmüşse şeklî) hak ve borçlara dair hükümler içermesidir. Benzer yönde bkz. Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 7. *Koch*, kurucuların birbirlerine karşı anonim şirket kurma ve şirkete karşı sermaye taahhütlerinin esas sözleşmenin borç sözleşmesi yönünü teşkil ettiğini belirtmektedir. Pay sahibinin sermaye taahhüdü şeklî esas sözleşme hükmü niteliğinde olmadığına göre, esas sözleşmeye borç sözleşmesi özelliğini kazandıran hükümlerin de şeklî hükümlerden ibaret olmadığını kabul etmiş olmaktadır.

[486] Pay sahiplerinin, esas sözleşme serbestisi kapsamında kalmak şartıyla, belirli hususları ister korporatif ister şeklî nitelikte düzenleyebilecekleri yönünde bkz. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 34; Arnold, **KK**, §23 Rn. 12, 18-20; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 8; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 5. Bazı hükümlerin ise şeklî nitelik taşımasına imkân yoktur. Örneğin organların toplantı ve karar nisaplarına dair hükümlerin hukuki sonucu yalnızca ortaklık düzeninde doğabilir. Bunların taraflar arasında hüküm ifade etmesi mümkün olamaz. Dolayısıyla söz konusu hükümler "zorunlu gerçek hükümler" (*notwendige echte Bestimungen*) olarak anılmaktadır. Tam aksine, korporatif etkiyi haiz olması mümkün olmayan hükümler "zorunlu şeklî hükümler" (*notwendige formelle Bestimungen*) olarak anılmaktadır. Alman hukukunda korporatif ya da şeklî nitelik taşıması pay sahiplerinin tercihine bağlı olan esas sözleşme hükümlerinin ise "nötr hükümler" (*indifferente Bestimmungen*) başlığı altında üçüncü grupta ele alındığı gözlemlenmektedir. Kanımca bu ayrımın yapılmasına ihtiyaç yoktur. Zira esas sözleşmede düzenlenen bir hüküm, kaçınılmaz olarak ya korporatif ya da şeklî niteliğe sahip olur. Soyut olarak iki özellikten birine sahip olabilme imkânı bulunanları ayrıca tasnif etmenin ise herhangi bir katkısı bulunmamaktadır. Tıpkı kapalı kutunun içindeki "*Schrödinger'in kedisi*"nin gözlemlenene kadar ne canlı ne ölü olduğunun söylenebileceği gibi, henüz esas sözleşmeye aktarılmamış bir düzenlemenin niteliği de önceden tespit edilemez. Ancak hukukun uğraşı soyut vasıflandırmalar ve tasnifler yapmak yerine, esas sözleşmede öngörülen düzenlemeyi nitelemek ve buna sonuç bağlamaktır.

Anonim ortaklıklar hukukunun esas sözleşme özgürlüğüne kısıtlı bir alan tanımasına rağmen, söz konusu sınırı aşan hükümler bir şekilde esas sözleşme metninde yer alabilmektedir. Ortaklığın kuruluş aşamasındaki Bakanlık izni ve ticaret siciline tescil gibi idari kontrol mekanizmalarını aşan bu tür hükümler, esas sözleşmenin tescil ve ilan edilen içeriğine dâhil olabilmektedir. Dolayısıyla şeklî esas sözleşme hükümlerinin varlığı çoğu zaman irade özerkliğiyle değil; tam aksine, anonim ortaklıklar hukukunun esas sözleşme özgürlüğüne müdahalesiyle açıklanabilir. Zira bunlar anonim ortaklıklar hukuku kurallarına "rağmen" esas sözleşmeye girmiş, fakat söz konusu kurallar nedeniyle ortaklıksal etki kazanamamış olan kayıtlardır.

Anonim ortaklığın kuruluşunda izne tabi şirketlerin esas sözleşmeleri Bakanlığın ve SPK, BDDK gibi ilgili özerk kurumların[487]; ayrıca ticaret sicili müdürlüğünün denetiminden geçmektedir. Bakanlığın inceleme görevinin kapsamı, esas sözleşmenin TK'nın emredici hükümlerine uygunluğunun denetiminden ibarettir[488]. Ticaret sicili müdürü ise öncelikle ortaklığın kuruluşunda kanuni şartların yerine getirilmiş olup olmadığını kontrol eder (TK m. 32/1). Ayrıca esas sözleşmenin mutlak zorunlu kayıtlarının mevcudiyetini ve esas sözleşme hükümlerinin TK'nın emredici hükümlere aykırı olup olmadığını inceler [TK m. 32/2; TSYön m. 34/1-(e)] [489]. Ancak anılan aşamalarda inceleme görevinin yeterli ölçüde yerine getirilememesi[490], Bakanlığın veya ticaret sicil müdürünün (veya personelinin)

[487] TK m. 333 c. sonda yer alan *"[b]unun dışında hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri herhangi bir makamın iznine bağlanamaz*" hükmü ile TK m. 330, diğer kamu kurumlarını bu hususta yetkili kılan özel kanunların ilgili maddeleri (örn. SerPK m. 33/2, BankK m. 6), TSYön m. 69/1-(ğ) ve İzin Tebliği m. 6/1-(b), 6/2-(c) hükümleri arasındaki çelişkiye dair bkz. Birinci Bölüm'de dn. 268.

[488] Bu konuda tarihi gelişim ve ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, II, A, 2, d. ve orada dn. 270.

[489] Karş. sicil müdürünün inceleme yetkisinin mutlak zorunlu kayıtların varlığını tespitle sınırlı olup, bunun dışında bir takdir yetkisi bulunmadığı yönünde bkz. Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 67.

[490] 12.12.2019 tarihinde TSYön m. 6/1'de yapılan değişiklik uyarınca, tescil işlemleri müdür, müdür yardımcısı veya diğer personel arasından atanacak olan tescile yetkili personel tarafından yapılır. TSYön m. 8 uyarınca anılan kişilerde aranan şartlar da aynı tarihte değiştirilmiş olup, (i) asgari yaş sınırı; (ii) hukuk, siyasal bilgiler, iktisadi ve idari bilimler, işletme veya iktisat fakültelerinden birinden mezun olma koşulu ve (iii) Kamu Personeli Seçme Sınavı'nda (KPSS) başarılı olma şartları kaldırılmıştır. Böylelikle ilgili maddede aranan diğer şartları sağlayan otuz beş yaşının altında, herhangi bir dört yıllık lisans programından mezun olan bir kişi KPSS'ye girmeden de ticaret sicilinde "tescile yetkili personel" olabilmektedir. Bütün şirket ilgilileri ve üçüncü kişiler

yorumunun hakimi bağlamaması ve tescilin esas sözleşmenin münferit hükümleri yönünden sağlığa kavuşturucu etkiyi haiz olmaması[491] dikkate alındığında, tescil ve ilan edilmiş olsa dahi, esas sözleşmede yer alan bir hüküm ortaklık düzeninde sonuç doğurmayabilir.

Buna bağlı olarak esas sözleşmede yer alan bazı hükümler korporatif, bazıları şeklî nitelik taşımalarına, hatta bir kısmı hiç hüküm doğurmamasına rağmen, bu durum ancak -belki de yıllar sonra- bir uyuşmazlık çıktığında anlaşılabilmektedir. Esas sözleşmenin tescil edilmiş olmasına güvenen pay sahipleri ve diğer şirket ilgilileri, bazı hükümlerin korporatif etkiden yoksun olduğunu öngörememektedirler. Belirli bir hükmün sonraki pay sahiplerini de bağlayacağını düşünen kişiler, işlerini buna göre yürütebilmekte; yahut tam tersi durumlar ortaya çıkabilmektedir.

Örneğin, esas sözleşmede düzenlenen pay devir sınırlamasının yalnızca tarafları borçlar hukuku zemininde bağladığını düşünen bir pay sahibi, söz konusu sınırlamanın ortaklık düzeninde hüküm ifade etmediğine inanarak -ve sözleşmesel yaptırımları hesaba katarak- paylarını üçüncü kişiye satmış olabilir. Aksi düşüncedeki yönetim kurulu ise pay devrini onaylamadığını bildirerek, yeni pay sahibini pay defterine kaydetmekten imtina etmiş olabilir. Yönetim kurulunun ret kararını dayandırdığı esas sözleşme hükmünün ortaklık düzeninde hüküm ifade edip etmediği uzun süren bir yargılama neticesinde kesinleşecektir. Nihayetinde hükmün korporatif etkiyi haiz olmadığı anlaşıldığında ise alıcının ilgili payları iktisap etmiş olduğuna yönelik kesinleşen ilamın geçmişe etkili olduğu kabul edilecek olsa dahi, en başta bu süreçte kullanılamamış olan pay sahipliği hakları olmak üzere, telafisi mümkün olmayan zararlar ortaya çıkabilecektir.

---

nezdinde bir hukuki güven yaratan ticaret siciline tescil olgusuna daha yüksek bir özen ve ciddiyetle yaklaşılmalı; bu görev tekrar ticaret mahkemelerinin uhdesine alınmayacak olsa dahi, tescile yetkili personelde aranan formasyon ve deneyim şartları ile meslek içi eğitimler sıkılaştırılmalıdır. Sicil memuruna verilen hukuka uygunluk denetimi görevi nedeniyle, bu hususların bağımsız, tarafsız ve hukuki konularda bilgili kişiler taafından incelenmesi gerektiği; hatta eski düzende olduğu gibi sicilin yine mahkemeler nezdinde tutulması gerektiği yönünde bkz. Gül Okutan, "Ticaret Sicili", **40. Yılında Türk Ticaret Kanunu**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1997, s. 9.

[491] Alman hukukunda ticaret sicilinin, hukuka aykırı esas sözleşme hükümleri üzerindeki sağlığa kavuşturucu etkisi hakkında bkz. AktG §242/2 c. 1. Ayrıca bkz. Betz, **a.g.e.**, 80-285; Matthias Casper, **Die Heilung nichtiger Beschlüsse im Kapitalgesellschaftsrecht**, Köln, Dr.OttoSchmidt, 1998, s. 83-297.

Üstelik taraflar arasında ayrı bir pay sahipleri sözleşmesi akdedilmiş olduğu senaryoda, bir taraftan şirketin davalı olduğu pay defterine kayıt talepli dava; diğer taraftan ise pay sahipleri arasında, pay sahipleri sözleşmesine dayanan aynen ifa veya tazminat taleplerinin görüldüğü ayrı bir dava yürüyebilecektir. Pay sahipleri sözleşmesinde tahkim şartının öngörülmüş olduğu bir varsayımda ise yerel mahkemede ve hakem heyeti önünde birleştirilmesi mümkün olmayan davalar paralel olarak görülmeye devam edecek ve çatışan kararların çıkması mümkün olabilecektir.

Görüldüğü üzere korporatif ve şeklî hükümler arasındaki ayrımın belirsizliği, hukuk güvenliğinin ve öngörülebilirliğin oldukça önem arz ettiği anonim ortaklık ilişkisinde yüksek risklere sebep olabilmektedir. Bu belirsizlik kimi zaman tescil ve ilan edilmiş olan bir esas sözleşme hükmünün şeklî niteliğinin sonradan anlaşılması biçiminde, kimi zaman ise esas sözleşmenin tescil talebinin haksız yere reddedilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır[492].

Bu hukuki belirsizlik ve öngörülemezlik durumu, yatırımcıların *ex ante* davranışlarını, dolayısıyla yatırım kararlarını etkileyebilmektedir. Nitekim belirsizliğin mevcut olduğu durumlarda taraflar, ilgili hususa atfettikleri öneme bağlı

[492] Dava süresi içinde aleyhine iptal davası açılmamış olan genel kurul kararlarının tescil istemlerinin sicil müdürünce reddi mümkün değildir. Yok hükmündeki veya batıl kararların ise tescil talebinin reddi gerekir. Ancak iptal edilebilir genel kurul kararlarının tescili meselesi öğretide tartışmalı olup, Yarg. 11. HD, 1989 yılında vermiş olduğu bir kararda, ticaret sicili memurunun inceleme "... *yetkisi, emredici hükümlere aykırılık olup olmadığı hususuyla sınırlı bulunmaktadır. Bunun dışında iptal davasına konu teşkil edecek aykırılıklar bakımından sicil memurlarının resen hareketle tescilden imtina etmeleri bahse konu değildir*" ifadelerine yer vermiştir [Yarg. 11. HD, T. 24.04.1989, E. 88/9611 K. 89/2486. Karar metni için bkz (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 20.08.2020]. Öğretide ağırlıklı görüşün Yargıtay'ın bu kararını benimsediği görülmektedir. TK m. 449 uyarınca yürütmenin geri bırakılması kararı verilmedikçe, kabil-i iptali genel kurul kararının tescilinden imtina edilemeyeceği yönünde bkz. Ömer Teoman, "Ticaret Sicili Müdürü Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İptal Edilebilir Bir Kararını Tescilden Kaçınabilir Mi?", **Tüm Makalelerim**, C: III: 2002-2010, İstanbul 2010, s. 246-249; Nomer Ertan (Ülgen, Helvacı, Kaya), **Ticari İşletme**, s. 374. Aksi görüşü savunan *Moroğlu* ise iptal davası açılmış veya henüz dava süresi geçmemiş olan iptal edilebilir kararlar bakımından, sicil müdürünün kişisel takdiri çerçevesinde tescilden imtina edebileceğini ifade etmiştir. Buna göre sicil müdürü, ilgili kararın kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kurallarına uygunluğuna bakmalı; ayrıca tescilin kabulü veya reddi halinde ilgililerin uğrayabileceği zararı tartmalıdır. Görüldüğü üzere *Moroğlu,* kişisel takdirin, hukuka uygunluk ve menfaat dengesi ekseninde kullanılması gerektiği ifade etmiştir. Bkz. Moroğlu, **GK**, s. 386. *İmregün* ise hakkında iptal davası açılmış bir kararın icrası geri bırakılmamışsa, sicil memurunun geçici tescil yapabileceğini belirtmiştir (İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s. 162). İsviçre hukukunda Ticaret sicil müdürünün kanuna açıkça aykırı olan esas sözleşme hükümlerini tescil etmekten imtina etmesi; ancak yoruma açık olan hususları tescil etmesi gerektiği yönünde bkz. von Steiger, **SA**, s. 36.

olarak, ya ortaklık ilişkisine hiç girmemek ya da kendilerini güvence altına almak amacıyla detaylı sözleşmesel mekanizmalar öngörmek durumunda kalırlar. Dolayısıyla esas sözleşmede yer alması halinde geçerliliği ve etkisi öngörülemeyen her türlü husus, yatırımcılar bakımından işlem maliyetlerini yükseltir[493].

Bu noktada önemle vurgulanması gereken husus, üzerinde durulan sorunun esas sözleşme özgürlüğünün sınırlı olmasından çok, söz konusu sınırların belirsizliğinden kaynaklanmasıdır. Diğer taraftan ortaklık düzenine koşut olarak varlığını sürdüren bir sözleşmesel düzenin ortaya çıkması ise, aşağıda ele alınan "ortaklık düzeninin tekliği-ikiliği sorunu"nu beraberinde getirmektedir.

d. Ortaklık Düzeninin Tekliği-İkiliği Sorunu

Esas sözleşme hükümlerinin bir kısmının ortaklıksal, bir kısmının ise borçlar hukuku zemininde sonuç doğurması, ortaklıklar hukukunun temel tartışma alanlarından birini teşkil eden "ortaklık düzeninin tekliği-ikiliği" [494] meselesini gündeme getirmektedir. Esasında bu husus, ilk olarak pay sahipleri sözleşmeleri ile esas sözleşme arasındaki ilişki bağlamında tartışma konusu yapılmıştır[495]. Ancak şeklî esas sözleşme hükümlerinin de pay sahipleri sözleşmelerinde yer alan kayıtlardan bu anlamda bir farkı olmadığı için, aslında "*ayın görünmeyen yüzünün*" bir parçasını oluşturduğuna şüphe yoktur.

(1) Tek Boyutlu Ortaklık Düzenine Ulaşmak Mümkün Müdür?

Şeklî hükümlerin ve pay sahipleri sözleşmelerinin, anonim ortaklıklar hukukunun dışında, buna paralel bir ortaklık düzeni teşkil etmesi çeşitli sorunlara yol açabilmektedir[496]. Üstelik bazı esas sözleşme hükümlerinin korporatif etkiyi haiz

---

[493] Görüldüğü üzere ortaklık teorileri ekseninde yürütülen ekonomik analizin dogmatik hukuka yansımalarından birini bu sorun teşkil eder ve TK m. 340 hükmünde düzenlenen emredici hükümler ilkesinin uygulanmasına yön verir. TK m. 340 bağlamında ekonomik analizin rolü için bkz. Üçüncü Bölüm, II, 2, c.

[494] Ayrıca bkz. dn. 33 ve bağlı metin.

[495] Bkz. Forstmoser, **Schnittstelle**, s. 386 vd.

[496] Korporatif ve şeklî hükümler arasındaki farklar İkinci Bölüm, II, F, 3, a başlığı altında açıklanmıştır. Örneğin şeklî esas sözleşme hükümlerinin, esas sözleşmenin geri kalanından farklı şekilde değiştirilmesi ve yorumlanması, yahut benzer taleplere yönelik yarışan yargılama süreçlerinin ortaya çıkması şirketler hukuku pratiğinde karmaşa yaratabilmektedir. Somut bir uyuşmazlık bağlamında bu soruna "*bir anonim ortaklığın pay sahiplerinin farklı uygulamalara*

olup olmadığı ancak yargılama neticesinde anlaşılabileceğinden dolayı, pay sahipleri çoğunlukla "ay"ın hangi yüzüne baktıklarını dahi bilememektedirler. Dolayısıyla öğretide tek bir ortaklık düzenine ulaşma, yahut iki düzen arasındaki etkileşimi berraklaştırma çalışmaları gözlemlenmektedir.

Meseleye bu açıdan yaklaşıldığında, esas sözleşmede yer verilen tüm kayıtların ortaklık düzeninde sonuç doğuracak olması halinde, gerçekten tek bir ortaklık düzeninden bahsedilebilirdi. Bu varsayımda esas sözleşme hükümlerini hukuki etkilerine göre ayırmak ne gerekli ne de mümkün olurdu; zira bütün kayıtlar ortaklıksal etki kazanırdı. Ancak pay sahiplerinin dilediği kayıtlara esas sözleşmede yer verebilmesi anonim ortaklıklar hukukuna göre mümkün olmadığından, ortaklık düzeninin tekliğine bu şekilde ulaşmanın dogmatik bir temeli bulunmadığı açıktır.

Aynı sonuca esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarını ihlal eden düzenlemelerin, taraflar arasında şeklî hüküm olarak dahi geçerli olmayacağının kabul edilmesi halinde de ulaşmak mümkün olurdu. Nitekim anonim ortaklıklar hukukunun sınırlarını aşan esas sözleşme hükümlerinin, borçlar hukuku zemininde geçerli olduğunun kabul edilmesi, ortaklık düzenin farklı boyutlarına kapı aralamakta; âdeta paralel bir düzen yaratmaktadır[497]. Söz konusu düzenlemeler sayesinde taraflar anonim ortaklıklar hukuku normlarından ari olarak ortaklık içi ilişkileri şekillendirebilmekte; hatta aynen ifa taleplerinin icrası kapsamında ortaklık düzenine dolaylı müdahalelerde bulunulması mümkün olabilmektedir. Halbuki esas sözleşme özgürlüğünün sınırını aşan kayıtların, ne ortaklık düzeninde ne de borçlar hukuku alanında geçerli olabileceği kabul edilseydi, gerçek anlamda ortaklık düzeninin tekliğinden bahsedilebilirdi. Bu varsayımda borçlar hukuku sözleşmeleri, anonim ortaklıklar hukuku kurallarından ve esas sözleşmeden ayrı bir düzlemde ele

---

tabi olması gibi kabulü gerçekten güç, giderek imkânsız, çelişkili sonuçlara yol açacağı" ifadesiyle dikkat çeken Teoman, **Öncelik**, s. 161. Bununla beraber belirtmek gerekir ki yazarın, esas sözleşmede düzenlenen öneride bulunma zorunluluğunun, sonraki pay sahiplerini de kendiliğinden bağlayacağı yönündeki tespitine katılmam mümkün değildir.

[497] Esas sözleşme düzeniyle bir arada varlığını sürdürdüğü için Alman hukukunda söz konusu düzenlemeler "yan düzen" (*Nebenordnung*) olarak anılmaktadır (Westermann, **Nebenordnung**, s. 25; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 107). "Esas sözleşmeyi tamamlayan yan anlaşmalar" („*satzungsergänzende Nebenabreden*") için bkz. Horst Baumann, Wilhelm Reiss, "Satzungsergänzende Vereinbarungen - Nebenverträge im Gesellschaftsrecht", **ZGR**, C: XVI, No: 2, 1989, s. 158. Ayrıca bkz. TK m. 480'in gerekçesinde de aynı terim kullanılmaktadır.

alınmayıp, bunlar arasında âdeta bir hiyerarşi olduğu kabul edilmesi gerekirdi[498]. Böylelikle söz konusu normlara aykırı olan şeklî hükümler veya pay sahipleri sözleşmesi hükümleri, ayrı bir boyutta varlığını korumayıp, geçersiz kabul edilebilirdi.

Ne var ki borçlar hukuku sözleşmesi niteliğindeki hükümlerin, yalnızca anonim ortaklıklar hukuku kurallarını ihlal etmesi nedeniyle kesin hükümsüz olduğunu ileri sürmenin de bir hukuki temeli bulunmamaktadır. Zira karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları uyuşan tarafların (kurucular), aralarındaki anlaşmalara farklı bir metinde değil de esas sözleşmede yer vermiş olmaları, bu anlaşmaların sözleşmesel anlamda geçerliliğine halel getirmez.

(2) Şeklî Esas Sözleşme Hükümlerinin Ayakta Tutulmasının Hukuki Dayanakları

Esas sözleşme serbestisinin sınırlarını aşan düzenlemelerin şeklî hüküm olarak ayakta tutulmasının hukuki dayanağını (i) tahvil, (ii) yorum veya (iii) kesin hükümsüzlük yaptırımının teleolojik redüksiyon yoluyla daraltılması yöntemlerinde bulmak mümkündür. Öğretide çoğunlukla ileri sürüldüğü üzere, anonim ortaklıklar hukukunun izin vermediği bir esas sözleşme hükmünün kesin hükümsüz sayılması halinde, söz konusu düzenleme tahvil yoluyla borçlar hukuku zemininde ve taraflar arasında ayakta tutulabilir[499].

---

[498] Fransız Temyiz Mahkemesi (*Cour de Cassation*) 13.02.1996 tarihli kararında, pay sahipleri sözleşmelerinin, ortaklık düzenine, esas sözleşmenin emredici hükümlerine ve şirket menfaatine aykırı olmaması koşuluyla geçerli olabileceğini karara bağlamış (naklen: Guyon, **a.g.e.**, N. 201 dn. 18) ve bu içtihadını 07.01.2004 tarihli sayılı kararında da aynen sürdürmüştür. Karar metni için bkz. Cass. com., 07.01.2004, 00-11692, (Çevrimiçi) https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007472179, 03.07.2020. Anılan içtihat doğrultusunda esas sözleşme ve pay sahipleri sözleşmelerinin ayrı düzlemlerde geçerliliğinden söz edilemeyeceği; esas sözleşme hükümlerinin pay sahipleri sözleşmelerine göre normlar hiyerarşisinde üstün konumda bulunduğu yönünde bkz. Leroy, **a.g.e.**, s. 12. Karş. *Guyon,* Fransız Temyiz Mahkemesi'nin ortaya koyduğu kriteri ve esas sözleşmenin üstünlüğünü kabul etmekle beraber, esas sözleşmeye aykırı pay sahipleri sözleşmelerinin yalnızca taraflar arasında uygulanabileceği görüşündedir (Guyon, **a.g.e.**, N. 202).

[499] Tahvilin şartları hakkında bkz. Selim Kaneti, **Hukukî İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972, s. 107-160; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 614-619; Anonim ortaklıklar hukuku bağlamında bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 102-104; Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **GK**, s. 89 dn. 205. Yargıtay, limited şirket sözleşmesindeki rekabet yasağına ilişkin düzenlemenin, emredici hükümler ilkesine (TK m. 579) ve TK m. 613/2'ye aykırı şekilde kaleme alınması nedeniyle geçersiz olduğuna; fakat hükmün şirketi bağlamasa da şirket sözleşmesini imzalayan ortakları bağlayıp bağlamadığının değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz. Yarg. 11.

Bunun haricinde, ilgili hükmün yorum yoluyla kesin hükümsüzlük yaptırımına uğramadan, doğrudan şeklî hüküm olarak vasıflandırılması da mümkündür. Bunun istisnai bir durum olduğu peşinen vurgulanmalıdır. Zira pay sahiplerinin belirli bir düzenlemeye esas sözleşmede yer vermekle, söz konusu hükme korporatif etki tanıma iradesini gösterdikleri, en azından bir karine olarak kabul edilebilir[500]. Ancak somut olayda tarafların (pay sahipleri) ilgili düzenlemenin korporatif olması yönünde bir iradeye sahip olmadıkları ortaya koyulabilirse, esas sözleşmedeki düzenlemenin yorum yoluyla ortaklık düzeninin dışında hüküm ifade ettiği sonucuna varmak mümkündür. Şeklî esas sözleşme hükümlerini ayakta tutma amacını gütmemesine rağmen, TK 340/1 c. 2 hükmünün bu yönteme dayanak sağladığı görülmektedir[501]. Anılan hüküm uyarınca "*diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar*". Görüldüğü üzere bu hüküm, BK çerçevesinde öngörülebilecek düzenlemelerin borçlar hukuku zemininde hüküm doğurabileceğini teyit etmektedir.

Son olarak, kesin hükümsüzlük yaptırımının anonim şirketler hukukundaki sonuçlarının, ilgili esas sözleşme hükmünün "ortaklık düzeninde hüküm ifade etmemesi" şeklinde ayrıksı bir sonucu olduğu da pekâlâ savunulabilir[502]. Bunu ortaklıklar hukukuna özgü ve yeni bir hükümsüzlük türü olarak nitelemeye de gerek yoktur. Zira mevcut hükümsüzlük rejiminin dışına çıkarak yeni bir hükümsüzlük türü yaratmaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Mevcut kesin hükümsüzlük yaptırımının sonuçlarının, anonim ortaklıklar hukuku bağlamında teleolojik redüksiyon

---

HD, T. 01.07.2019, E. 2018/3255, K. 2019/5014 [(Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 12.10.2020]. İsviçre hukukunda bkz. Salzgeber-Dürig, **a.g.e.**, s. 297-302; Bürgi, **a.g.e.**, Art. 680 N. 14; Forstmoser, **Schnittstelle**, s. 401-402; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, § 44 N. 268; Martin, **a.g.e.**, s. 279. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki kararı için bkz. BGE 25 II 14, s. 21 [(Çevrimiçi) www.bger.ch, 20.08.2020]. Alman hukukunda bkz. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 27. Ayrıca bkz. dn. 547.

[500] Bkz. dn. 564 ve bağlı metin.

[501] Şeklî esas sözleşme hükümlerinin yorum yoluyla ayakta tutulması bağlamında TK m. 340/1 c. 2'nin dayanak teşkil edebileceği hakkındaki bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2, e, (2), iii.

[502] Bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm'de dn. 7 ve bağlı metin ile dn. 271.

yöntemiyle daraltılması bu işlevi zaten görebilir[503]. Kaldı ki *sui generis* hükümsüzlük türlerinin hukukumuza hiç de yabancı olmadığı anımsanmalıdır. Farklı hukuk dallarının kendine özgü hükümsüzlük türleri geliştirmesi, ilgili hukuk dalının ayrıksı özellikleri karşısında olağan bir durumdur. Aile hukukuna ilişkin hükümsüzlük çeşitleri bu kapsamda en somut örnekleri haizdir[504].

Yukarıda belirtilen hukuki yöntemlerin her biri kendine has şartlara ve uygulama alanına sahip olup, esas sözleşme özgürlüğünü ve sınırlarını inceleyen bu çalışmanın kapsamı gereği, söz konusu şartlar ayrıca incelenmemiştir. Somut olay bazında tahvil, yorum faaliyeti ve kesin hükümsüzlüğün sonuçlarının amaca uygun sınırlanması yöntemlerinden hangisi uygulanacaksa, ilgili kurumun kendi şartları dairesinde çözüm aranmalıdır. Bununla birlikte kuruluş esas sözleşmesinde yer alan bir hükmün ayakta tutulmasının önünde yalnızca emredici normların ve BK 27'de sayılan diğer sebeplerin bulunduğu belirtilebilir. Ancak özellikle bütün pay sahiplerinin onaylamadığı esas sözleşme tadili yoluyla öngörülen düzenlemelerin, sözleşmelerin kuruluşu ve hata hükümleri bakımından da ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

(3) Hukukun Bütünselliği Karşısında Anonim Ortaklık Düzeni ve Sözleşmesel Düzen Arasındaki Etkileşim

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde anonim ortaklıklar bakımından ortaklık düzeninin gerçek anlamda ve dış müdahalelerden yalıtılmış biçimde tekliğini savunmanın hukuki bir dayanağı bulunmadığı anlaşılmaktadır. Her şeyden önce şeklî esas sözleşme hükümlerinin varlığını kabul etmek hukuki bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla şeklî hükümlerin ve pay sahipleri sözleşmelerinin ortaklık düzeni üzerindeki etkilerini sınırlama yönündeki yaklaşımları, ortaklık düzeninin (kaçınılmaz olan) ikiliğinin yarattığı karmaşayı asgari düzeye indirme çabası olarak değerlendirmek gerekir.

---

[503] Bu yöntemin tahvilden farkları, şartları ve uygulama alanı hakkında bilgi için bkz. Akbulut, **a.g.e.**, s. 120-130.

[504] Örnekler için bkz. Mustafa Dural, Tufan Öğüz, Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku**, C: III Aile Hukuku, 14. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, N. 371-550.

Bu çerçevede ortaklık düzenini sözleşmesel düzenden sert bir şekilde ayırma yönündeki yaklaşım, geniş bir perspektiften bakıldığında, esasında şirketler hukukunun borçlar hukuku karşısındaki bağımsızlığını savunmak anlamına gelmektedir. Bu görüşün önceliği, kanunun öngördüğü anonim ortaklık modelini korumaktır. Öte yandan ortaklık düzeni ve sözleşmesel düzen arasındaki keskin ayrılığın kabulü, şirketler hukukunu tecrit edilmiş şekilde ele alan bir anlayışa sebep olmamalıdır. Aksi halde bu durum kimi zaman adaletsiz sonuçlara ve suni ayrımlara yol açabilmektedir[505]. Üstelik şirketler hukukunun bağımsızlığını savunmak ve borçlar hukukunun ortaklık düzenine müdahalesini önlemek uğruna, bu defa şirketler hukukunun borçlar hukuku alanına müdahalesine yeşil ışık yakılabilmektedir. Örneğin, kuruluş esas sözleşmesinde yer verilecek oy sözleşmesi ortaklığı bağlamamakla birlikte, tüzel kişinin egemenliği veya payın bölünmezliği ilkesi ileri sürülerek, bunun taraflar arasında da geçerli olmadığını savunmak, kanımca borçlar hukuku alanına müdahale anlamına gelir[506].

"Klasik veya direnen görüş" olarak anılan katı tutumun "açılımcı yeni anlayış" tarafından yumuşatılması çalışmalarına Alman hukukunda rastlamak mümkündür[507]. Bu bağlamda korporatif esas sözleşme hükümlerinin yanında, şeklî hükümleri ve pay sahipleri sözleşmelerini de kapsayacak şekilde "geniş anlamda ortaklık düzeni" kavramı ileri sürülmüştür[508]. Öte yandan pay sahipleri sözleşmeleri ve şeklî esas sözleşme hükümleri, ortaklıklar hukuku yaptırımlarını harekete geçirememesi ve sonraki pay sahiplerini bağlamaması nedeniyle kimi durumlarda etkili bir çözüm sunamamaktadır. Dolayısıyla anılan kavram, yukarıda açıklandığı

---

505 Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 45. Tekinalp, **Önsöz**, s. VI.

506 Oy sözleşmelerinin geçerliliği hakkında bkz. Arnold, **KK**, §23 Rn. 182; Moroğlu, **Oy Sözleşmeleri**, s. 21-31; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 172-178. *Moroğlu,* TK m. 340 c. 1 nedeniyle esas sözleşmede yer verilecek oy sözleşmesinin geçersiz olacağını belirtmiştir. Ayrıca yazar, TK m. 340 c. 2'nin *"[d]iğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar*" ifadesine dayanarak, oy sözleşmelerini AY m. 48/1 ve BK m. 26 temelinde bir taahhüt olarak nitelemenin de oldukça zor olduğunu dile getirmiştir (Moroğlu, **Oy Sözleşmeleri**, s. 33). TK m. 340 c. 1 yalnızca esas sözleşmede yer alabilecek korporatif hükümlerin çerçevesini çizdiğinden dolayı yazarın bu çekincesine katılamıyorum. Nitekim esas sözleşmede yer verilen oy sözleşmesinin şeklî hüküm olarak tarafları borçlar hukuku anlamında bağlayacağı yönünde bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 225.

507 Tekinalp, **Önsöz**, s. VI.

508 Bkz. dn. 31'de anılan eserler.

şekliyle "ortaklık düzeninin tekliği" iddiasında olmayıp, yalnızca sert ayrılık ilkesi yerine, sözleşmesel ve ortaklıksal düzenin karşılıklı etkileşimini ve iletişimini kabul anlamına gelir.

Meseleye Türk hukuku açısından bakılacak olursa, kanun koyucunun bu konuya yaklaşımını TK'nın 336. ve 480. maddelerinin gerekçesinden tespit etmek mümkündür. Nitekim TK m. 336'nın gerekçesine göre hükmün amacı, *"... aleniliği sağlamak, gizli sözleşme yapılmasını olabildiğince önlemek ve paysahipleri sözleşmesini (shareholders agreement) kuruluşun ve şirketler hukukunun saçağının dışında tutmaktır*". Ayrıca TK m. 480'in gerekçesine göre de hüküm,

> "... anonim şirketlerde, Tasarı ile ona dayalı esas sözleşme düzenini egemen kılmayı, borçlar hukuku sözleşmeleriyle oluşturulabilecek yan düzenin esas sözleşme düzenini ortadan kaldırmasına sınırsız bir şekilde izin vermemeyi amaçlamaktadır. 'Paysahipleri sözleşmesi' ... esas sözleşme düzeni yanında, çoğu kez ona ve kanuna hükmeden veya ikisini de birden bertaraf eden bir 'yan düzen' yaratmıştır. Ulusal hukukun uygun görmediği ve bu sebeple emredici hükümlerle koruma altına aldığı hemen hemen her menfaat veya hak (çoğu kez) yan düzenle ya zedelenmekte ya da sınırlandırılmaktadır. Bu yan düzen güçlüye, hukukunu getirmek, hakimiyet kurmak, istediği an istediği fiyatla karşı tarafın paylarını almak veya paylarını satmak hakkını sağlamaktadır. ... Kara Avrupası hukukları olabildiği oranda bu yan düzeni sınırlamaya çaba harcamaktadır. ... Bu hüküm, yan düzenin esas sözleşmeyle düzenlenmesine engel olduğu kadar emredici niteliği sebebiyle yan düzenin bazı hükümlerini sorgulanabilir konuma getirmektedir. Hüküm başka kanunlara engel olucu bir aracı içermemekte, bu görevi sınırlı bir şekilde 340 ıncı maddenin son cümlesi üstlenmiş bulunmaktadır."

Kanun koyucunun bu ifadelerini, emredici hükümler ilkesinin (TK m. 340) hukukumuza ithal edilmesi, tek borç ilkesinin (TK m. 480/1) kapsamının genişletilmesi [509] ve pay devir sınırlamalarının kısıtlanması (TK m. 493) gibi düzenlemelerle birlikte okumak gerekir. Mimarisi bu perspektifle kurgulanmış olan TK'nın, ortaklık düzeninin çok boyutlu olmasına karşı net bir tutum aldığı; hatta şeklî esas sözleşme hükümlerini ve pay sahipleri sözleşmelerini mümkün olduğunca dışlamaya çalıştığı anlaşılmaktadır. Fakat esas sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması yalnızca korporatif hükümlerin çerçevesini daraltabilir. Bunun doğal sonucu ise şeklî esas sözleşme hükümlerinin ve pay sahipleri sözleşmelerinin alanının genişlemesidir. Üstelik ortaklık düzenini sözleşmesel düzenden ayrı tutmanın, özel hukukun

[509] Tek borç ilkesinin kapsamına dair açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm'de dn. 367 ve 381.

bütünselliğinden kaynaklanan doğal bir sınırı olup, bunları mutlak şekilde birbirinden ayırmak mümkün değildir.

Her şeyden önce şeklî esas sözleşme hükümlerinin sözleşmesel olsa da tarafları bağlayan geçerli bir taahhüt teşkil ettiği akılda tutulmalıdır. Ayrıca karşılaştırmalı hukukta bütün pay sahiplerinin taraf olduğu sözleşme hükümlerine ortaklık düzeninde özel bir konum atfedildiği gözlemlenmektedir. Bu bağlamda Alman Federal Mahkemesi limited şirket ortaklarının tamamının[510] akdettiği bir sözleşmeye âdeta esas sözleşmesel bir statü tanıyarak, bunu ihlal eden genel kurul kararının iptal edilebileceğine karar vermiştir[511]. Hakim öğreti tarafından sözleşmesel düzenin ve ortaklık düzeninin ayrılığı nedeniyle eleştiriye uğrayan bu kararın istisnai niteliği vurgulanmakla[512] beraber, Federal Mahkeme bu içtihadından dönmediğinden[513] dolayı, mevcut durumda sözleşmesel düzen ve ortaklık düzeni arasında hukuki bağlantı kurmaya elverişlidir.

Benzer şekilde İngiliz hukukunda, sermaye şirketlerinin pay sahiplerinin tamamının akdettiği bir sözleşmenin ortaklık düzenindeki özellikli yeri kanunda açıkça kabul edilmektedir. Nitekim CA 2006 sec. 17 hükmünde şirketlerin "anayasasının" (*constitution*) esas sözleşme hükümlerinden, ağırlaştırılmış nisaba

---

[510] Öğretide bazı borçlar hukuku sözleşmelerinin, tüm pay sahiplerinin taraf olmadığı durumlarda da ortaklık düzeninde kısmen hüküm ifade edebileceği yönünde bkz. Noack, **a.g.e.**, s. 167; Hirte, **a.g.m.**, s. 70 dn 45'te anılanlar.

[511] BGH 20.01.1983 – II ZR 243/81, NJW 1983, 1910, s. 1911. Kararda pay sahiplerinin tamamının taraf olduğu sözleşmenin, pay sahipliği yapısının korunduğu sürece, "*ortaklığa ait bir düzenleme*" *("[Regelung] als eine solche der Gesellschaft zu behandeln*") gibi muamele görmesi gerektiği belirtilmiştir. Bununla beraber kararda sözleşmenin aynen ifasını sağlamak üzere, davaya konu genel kurul kararının aksi yönünde yeni bir karar alınması için pay sahiplerini eda davası açmak zorunda bırakmak yerine, aynı sonuca kısa yoldan iptal davasıyla da ulaşılabileceği belirtilmiştir. Mahkemenin burada pragmatik bir tutumla, sözleşmesel yaptırım yerine ortaklıksal bir yaptırıma izin verdiği anlaşılmaktadır. Aynı yönde bkz. BGH 27.10.1986 – II ZR 240/85, NJW 1987, 1890, s. 1892. Anılan kararlara ilişkin açıklama için bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 289 dn. 37; Lorenz Fastrich, **Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung**, Ed. Adolf Baumbach, Alfred Hueck, C.H. Beck, 22. bs., 2019, §3 Rn. 58; Ventoruzzo et al., s. 425-426. Söz konusu kararın anonim ortaklığa teşmil edilebileceği yönünde bkz. BGH 25.09.1986 - II ZR 272/85, NJW 1987, 890. Bu yönde ayrıca bkz. Noack, a.g.e, s. 168; Spindler, **Deregulierung**, s. 57 dn. 36; Hirte, **a.g.e.**, s. 69. Aksi yönde bkz. OLG Stuttgart 07.02.2001, NZG 2001, s. 416. İsviçe hukukunda ise bu yaklaşım ne doktrinde ne de içtihat hukukunda kabul görmektedir. Birçoğu yerine bkz. Bloch, **a.g.e.**, s. 168-170.

[512] Bkz. Fastrich, **Baumbach/Hueck GmbHG**, §3 Rn. 58'de dn. 223'te anılan ve Pentz, **MüKoAktG**, § 23 Rn. 202'de dn. 611'de anılan eserler.

[513] Pentz, **MüKoAktG**, § 23 Rn. 202; Ventoruzzo et al., **a.g.e.**, s. 425-426.

bağlı genel kurul kararlarından ve bütün pay sahiplerinin taraf olduğu sözleşmelerden oluştuğu öngörülmektedir[514].

Fransız hukukunda da bu tür borç sözleşmelerinin esas sözleşmeden ayrı düşünülemeyeceği kabul edilmektedir[515]. Nitekim esas sözleşmenin dışında olsa da bütün pay sahipleri tarafından akdedilen sözleşme hükümlerinin ortaklık düzeninde özel bir güce (*caractére fondamental*) sahip olduğu vurgulanmaktadır[516]. Bu kapsamda örneğin, esas sözleşmeyle çelişen bu tür bir sözleşme hükmünün, resmî olmayan bir esas sözleşme değişikliği teşkil ettiği; ancak söz konusu değişikliğin yalnızca üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir[517].

Bütün pay sahiplerinin taraf olduğu borçlar hukuku sözleşmelerine atfedilen -yarı ortaklıksal- güç bakımından farklı hukuk sistemleri arasında kurulan bu paralellik, kuruluş esas sözleşmesinde öngörülen şeklî esas sözleşme hükümleri bakımından da evleviyetle geçerli olmalıdır.

e. Korporatif-Şeklî Hükümler Ayrımında Başvurulması Gereken Kriter

(1) Yaklaşım

Korporatif ve şeklî hükümler arasındaki farklılıklardan hareketle, "gerçek anlamda" esas sözleşmeyi belirlemek için biçimsel tanımla yetinilmeyip, içeriksel ölçütler kullanılmalıdır[518]. Ancak söz konusu hükümleri birbirinden ayırmak için başvurulması gereken kriterler üzerinde bir görüş birliği olmadığı gibi, önerilen ölçütlerin muğlaklığı ve karmaşıklığı, belirsizlikleri daha da artırmaktadır. Hukuki öngörülebilirliğin sağlanması, risklerin ve buna bağlı işlem maliyetlerinin asgari düzeye indirilebilmesi için korporatif ve şeklî hükümler arasındaki sınırın netleştirilmesi gereklidir. Bu nedenle benimsenecek kriterin dogmatik temele uygun ve tutarlı olmasının yanında, karmaşık olmaması da gerekir. Zira önemli olan husus,

---

514 Ayrıca bkz. Davies, Worthington, **a.g.e.**, N. 3-16.

515 Guyon, **a.g.e.**, N. 202.

516 **a.e.**, N. 202; Leroy, **a.g.e.**, s. 39.

517 Guyon, **a.g.e.**, N. 202. Yazar yalnızca üçüncü kişileri dışlayarak, söz konusu değişikliğin ortaklığı bağlayacağını kabul etmektedir.

518 Noack, **a.g.e.**, s. 63.

uyuşmazlık konusu hükmün korporatif veya şeklî nitelik taşıyıp taşımadığının yıllar sonra ortaya çıkan uyuşmazlık üzerine yargılamanın kesinleşmesiyle değil, ortaklığın kuruluşu veya ortaklığa katılım işlemlerinden önce taraflarca öngörülebilmesidir.

Yalnızca bir başlangıç noktası olarak sözlük anlamına bakıldığında, korporatif, "*korporasyonla ilgili*"; korporasyon ise "*belli bir iş kolunda usta, kalfa ve çırakları içine alan dernek, lonca*" manasına gelmektedir[519]. Kelime "*tüzel kişilik, cemiyet*" anlamındaki Fransızca "*corporation*" kelimesinden alınmış olup, bunun etimolojik kökeni ise Latince "*vücut*" anlamına gelen "*corpus*"tan türetilen ve "*vücut verme, ete kemiğe büründürme*" manasındaki "*corporare"* kelimesidir [520] . Korporasyonun tarihî kökeni ise orta çağda Alman hukukunda meslek birliği veya üniversite şeklinde ortaya çıkan tüzel kişilere (*Körperschaft*) dayanır[521]. Günümüzde bu kavram genel olarak tüzel kişiliği haiz kişi topluluklarını ifade etmektedir[522]. Nitekim şirketler hukukunda "korporatif" kavramıyla, esas sözleşme hükmünün tüzel kişiye özgü olma vasfı ifade edilmektedir. Ancak korporatif nitelikteki kayıtların, esas sözleşme hükümlerinin konu bakımından tasnifinde yer alan "tüzel kişiye özgü" hükümlerden ibaret olmadığı şimdiden vurgulanmalıdır. Zira korporatif hükümler aynı zamanda şirket ilgililerinin ortaklık düzeninde hüküm ifade eden hak ve borçlarını da içerir. Örneğin, ortaklığın yönetim kurulu üye sayısı doğrudan tüzel kişiye özgü hükümdür; fakat pay sahibine kâr payı hakkında tanınan imtiyaz tüzel kişinin örgütsel yapısına dair olmayıp, pay sahipliği hakkına ilişkindir. Dolayısıyla "korporatif" vasfı, pay sahibinin şahsen sahip olduğu hak ve borçların aksini ifade etmek üzere; kişi birliği içinde statü olarak pay sahipliğine bağlı hak ve borçları nitelendirmek için de kullanılmaktadır[523].

Öğretide ve içtihatta ileri sürülen ölçütleri değerlendirmeden önce, bu meseleye yalnızca kavramsal açıdan yaklaşmanın sakıncalarına dikkat çekmek

---

519 Türkçede Batı Kökenli Kelimeler Sözlüğü, (Çevrimiçi) https://sozluk.gov.tr/, 16.06.2020.

520 Robert Ainsworth, John Carey, Thomas Morell, **Ainsworth's Latin Dictionary**, 2. ed., London, C. & J. Rivington, 1823, (Çevrimiçi) https://archive.org/details/ainsworthslatind00ains, 27.08.2020.

521 Hirsch, **a.g.e.**, s. 35; Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §10 N. 15.

522 Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §2 N. 8.

523 Zumstein, **a.g.e.**, s. 26 dn. 3; Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 8.

gerekir. Hukuk dogmatiğinde kavramsallaştırma, belirli özellikler gösteren hukuki olayların daha kolay anlaşılması amacıyla sistemleştirilmesi ve soyutlanmasından ibarettir. Hukukçu kendi yarattığı kavramların kurucu (tanım) unsurlarını tümevarım tekniğiyle oluşturur. Yoksa hukuki kavramları *a priori* ve kendiliğinden belirli özelliklere sahip, bağımsız organizmalar olarak düşünmemek gerekir. Aksi halde kişi, hukuku anlaşılır kılmak uğruna yarattığı kavramların içine sıkışır. Zira uygulanacak kuralları saptarken kendi yarattığı kavramlardan türettiği "kapalı devre" bir kurallar ve kavramlar sistemine hapsolur[524]. Nitekim *Serozan,* kavram hukukçusunun kendi yarattığı kavramlara, baştan mevcut ve kendi başına buyruk yaşayan özerk ve değişmez kalıplar gözüyle bakmasını "*kavram fetişizminin tutsaklığı*" olarak nitelemiştir[525]. Gerçekten kimi zaman icat edilen kavramların, kolaylık sağlama amacının tersine işlediği görülmektedir[526].

İşte korporatif ve şeklî hükümler ayrımında esas alınacak kriterleri, söz konusu kavramların içine hapsolmadan, işlevsel bir yaklaşımla değerlendirmek gerekir. Kavramsallaştırmanın risklerine dikkat çekmekle beraber, bu konuda sağladığı kolaylığın da altının çizilmesinde fayda vardır. Bir esas sözleşme hükmünün korporatif nitelik taşıdığı belirtildiğinde, esasında ilgili düzenlemenin içinde bir veya birden çok özelliği barındırdığına işaret edilmiş olmaktadır[527]. Gerçekten esas sözleşme hükmünün "korporatif" niteliği, ilgili düzenlemenin (i) ortaklık düzeninde sonuç doğurduğunu veya (ii) geniş bir etki alanına sahip olduğunu ifade eder. Bu vasıfları tekraren kısaca açıklamak gerekirse, "ortaklık düzeninde sonuç doğurma", ilgili hükmün etkilerinin doğrudan ortaklığın

---

[524] Serozan, **a.g.e.**, s. 123. Karışık muhtevalı akdin tanımı bağlamında, fakat hukukta kavramsallaştırma açısından genel geçerliliği bulunan benzer tespitler için bkz. Kuntalp, **a.g.e.**, s. 37, 61.

[525] Serozan, **a.g.e.**, s. 123.

[526] Örneğin şirket kuruluşunun, hukuki işlemler sahası dışında kalan "sosyal hukuka özgü toplu işlem" (*sozialrechtlicher Gesamtakt*) şeklinde nitelendirilmesine rağmen, buna uygulanacak hükümler, yine -teleolojik redüksiyona tabi olmakla beraber- hukuki işlemlere uygulanan genel hükümlerdir. Dolayısıyla bunu hukuki işlemler tasnifinin dışına çıkararak tartışmak bir fark yaratmamaktadır.

[527] "Tüzel kişilik" kavramı da bileşenlerine ayrılarak incelendiğinde, bazı özellikleri bir araya getiren bir paket işlevi gördüğü yönünde bkz. Armour et al., **Anatomy**, s. 8. Benzer tespiti eşya üzerinde sağlanan yetki, doğrudan hakimiyet ve herkese karşı ileri sürülebilirlik unsurlarını bir arada içeren "aynî hak" kavramı için de yapmak mümkündür.

organlarında meydana gelmesi ve ihlali halinde şirketler hukuku yaptırımlarından faydalanmasını; "geniş etki alanı" ise ilgili hükmün -kurucuların ötesinde- ortaklığı, sonraki pay sahiplerini veya diğer şirket ilgililerini bağlamasını ifade etmektedir. Anılan özelliklerin kısaca "korporatif" kavramıyla ifade edilebilmesi nedeniyle, bu hususta kavramsallaştırma bizatihi bir sorun teşkil etmemektedir.

Korporatif niteliğin tespiti bakımından yukarıda anılan unsurların kümülatif değil, alternatif olarak aranmasının yeterli olduğu kanısındayım. Nitekim paya bağlanabilen bir hakkın etki alanı, esas sözleşmede belirli bir kişi çevresiyle (örn. mevcut pay sahipleri), süreyle veya farklı bir yöntemle (örn. belirli bir genel kurul toplantısında kullanılmak üzere) sınırlandırılabilir. Söz konusu düzenlemenin geçerli olduğu çevrede ve zamanda ortaklık düzeninde sonuç doğurması halinde, korporatif nitelik taşıdığı sonucuna varılmalıdır. Örneğin esas sözleşmesi uyarınca tamamı nama yazılı olan bir anonim ortaklığın payları, (A) ve (B) olmak üzere iki gruba ayrılmış olsun. (A) grubu her bir payın 5; (B) grubu her bir payın ise 1 oy hakkı verdiği; ancak (A) grubu paylara tanınmış olan oy hakkında imtiyazın, halihazırda pay sahibi olmayan üçüncü bir kişinin bu paylardan edinmesi halinde kendiliğinden etkisizleşeceği öngörülmüş olsun. (A) grubu pay sahiplerinin imtiyazı ortaklık düzeninde sonuç doğurmakla beraber, bunun kullanımı belirli bir kişi çevresiyle sınırlandırılmış olacaktır[528]. Bu örnekte paya tanınan üstün oy hakkının ortaklık düzeninde sonuç doğuracağı hususunda bir şüphe bulunmamakla beraber, etki alanı daraltılmıştır[529].

---

[528] Öte yandan imtiyazın ne zaman etkisizleşeceğinin öngörülebilmesi için, aleniyetin sağlanmasına yönelik mekanizmalara da esas sözleşmede yer verilmesi gerekir. Zira hamiline yazılı pay senetlerinin devrinin takibi mümkün olmadığı gibi, nama yazılı senetlerin de pay defterinden takip edilmesi güvenli bir yol değildir. Zira pay defteri kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir ve pay sahiplerinin diledikleri zaman pay defterini incelemesi mümkün değildir. Bu sebeple söz konusu hakkın tanınacağı payların devredilmesi halinde, bu olgunun derhal ticaret sicilinde tescil ettirilmesi ve/veya yönetim kurulu aracılığıyla pay sahiplerine bildirilmesi şartı öngörülmelidir. İmtiyazın kullanımının bu şekilde sınırlandırılabilmesi için öngörülecek bildirim veya tescil yükümlülüğünün ise TK m. 480/1 anlamında "borç" teşkil etmeyeceği kanısındayım. Bunun imtiyaz hakkına sahip olabilmek için katlanılması gereken bir "külfet" (*incombance, Obliegenheit*) olduğundan hareketle, tek borç ilkesinin ihlal edilmeyeceği söylenebilir.

[529] Tanınacak imtiyazın geçerliliğini "pay sahipliği yapısının aynen korunması" veya "(A) grubu payların devredilmesi" şartına bağlayarak, etki alanını daha da daraltmak mümkündür. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus; esas sözleşmede düzenlenen bu hak belirli bir kişiye ismen tanınmayıp paya bağlanmaktadır. Ancak hakkın kullanımının belirli şartlara tabi kılınması sayesinde, etki alanı daraltılmış olmaktadır.

Görüldüğü üzere anonim ortaklıklar hukuku uyarınca paya bağlanabilen bir hakkın etki alanının kısıtlanmış olması, ilgili esas sözleşme hükmünü korporatif olmaktan çıkarmaz. Zira etkilerini ortaklığın organlarında doğurması ve şirketler hukuku yaptırımlarından faydalanması nedeniyle ortaklık düzeninde hüküm ifade eder. Pekâlâ bunun tersini söylemek de mümkündür. Esas sözleşme hükmünün ortaklıklar hukukuna özgü bir sonucu olmamasına veya ihlal edilmesi halinde ortaklıksal bir yaptırımı harekete geçirmemesine rağmen, paya bağlanabilen bir hak veya borç yaratıyorsa, ilgili hükmün korporatif nitelik taşıdığı kabul edilmelidir.

Bu bakımdan hareket noktası olarak TK m. 421/2-(a) ve 480/4 hükümleri çerçevesinde öngörülebilen ikincil yükümlülüklerden faydalanmak mümkündür. Nitekim esas sözleşmede, anılan hükümlere uygun şekilde ikincil yükümlülük öngörülmesi halinde, söz konusu borç, esas sözleşmenin borç sözleşmesi yönüne ait olur. Pay sahibinin ikincil yükümlülüğü ortaklık lehine bir alacak hakkı teşkil etmekte olup, ortaklıksal herhangi bir sonuç doğurmadığı gibi; ihlal edilmesi durumunda şirketler hukuku yaptırımlarının uygulanması da mümkün değildir. Ancak söz konusu borç, TK m. 480/1'de öngörülen tek borç ilkesinin istisnası olarak, esas sözleşme aracılığıyla paya bağlanabilen bir borç olmasından dolayı, esas sözleşmede ikincil yükümlülük öngören hükmün korporatif olduğu sonucuna varılmalıdır[530]. Aksi halde bunun şeklî hüküm olduğunun kabulü, pay devralarak ortaklığa katılan kişilerin söz konusu yükümlülükle bağlı olmadığı anlamına gelirdi.

(2) Öğretide İleri Sürülen Kriterler

Korporatif ve şeklî hükümleri birbirinden ayırmak amacıyla, öğretide ileri sürülen ölçütlerin genellikle esas sözleşme hükümlerinin (i) muhataplarına ve etki alanına, (ii) amacına ve konusuna, (iii) taraflarına veya (iv) esas sözleşme

[530] TK m. 480/4'ün mehazını teşkil eden AktG §55 bakımından bu yönde bkz. Arnold, **KK**, §23 Rn. 17; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 44; Stein, **MüKoAktG**, §180 Rn. 7; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 25. Aynı paragrafta belirtilen Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH 08.02.993 - II ZR 24/92, WM 1993, 641, s. 642. Türk hukukunda eTK m. 405 bakımından, ikincil yükümlülüğün paya bağlı olduğu yönünde bkz. Arslanlı, **AŞ**, s. 143; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 38-39. TK döneminde ikincil yükümlülüğün paya bağlı bir borç olduğu ve yeni pay sahibinin pay defterine kaydedilmekle söz konusu borcu üzerine almış olacağı yönünde bkz. Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 434. Esas sözleşmede öngörülen ikincil yükümlülüğün, paya değil de pay sahiplerine şahsen yükletilmesi halinde ise şeklî hüküm teşkil edeceğine şüphe yoktur.

özgürlüğüne odaklandığı gözlemlenmektedir. Söz konusu kriterler aşağıda ayrı ayrı açıklanmış ve değerlendirilmiştir.

Alman Federal Mahkemesi tarafından benimsenen yaklaşım, esas sözleşme hükmünün muhataplarına ve etki alanına yoğunlaşmaktadır. Buna göre yalnızca mevcut pay sahiplerini (veya bir kısmını) değil, gelecekteki pay sahiplerini ve/veya alacaklıları[531] da kapsayan belirsiz bir kişi çevresi için geçerli olan esas sözleşme hükümleri korporatif niteliktedir[532]. Zira söz konusu hükümler belirli bir zamanda ortaklığın payına sahip olan kişilere değil, statü olarak pay sahipliği konumuna yönelir[533]. Fakat yalnızca bu ölçüte başvurulması, kaçınılmaz olarak bir kısır döngüye sebep olur[534]. Nitekim mevcut pay sahiplerini aşan bir etki alanına sahip olma, korporatif hüküm olmanın hem bir sonucu hem de kriteri olursa, esas sözleşmeye bu amaçla yazılan bütün hükümleri korporatif kabul etmek gerekir[535]. O halde kurucuların veya pay sahiplerinin esas sözleşmedeki irade açıklamalarına odaklanan öznel (veya içeriksel) bir yorum faaliyeti tek başına yeterli değildir.

Öğretide ileri sürülen bir başka ölçüt ise esas sözleşme hükmünün amacını ve konusunu esas almaktadır. Doğrudan tüzel kişiyi ve onun iç ve dış ilişkilerini düzenleyen esas sözleşme hükümleri korporatif nitelikli kabul edilmektedir[536]. Bu kapsamda tüzel kişiliğin kurumsal yapısına, ortaklığın temel ve normatif düzenine,

---

[531] Federal Mahkeme'nin kararlarında ve temel eserlerde söz konusu çevreye "alacaklıların" da dâhil edilmesini yalnızca ticaret sicilinin olumlu etkisinden yararlanan esas sözleşme hükümleri açısından kabul etmek mümkündür. Aksi halde esas sözleşmeyle üçüncü kişilere borç yükletilmesi mümkün değildir. Esas sözleşme hükümlerinin alacaklıların bir kısmını teşkil eden şirket çalışanlarına karşı ileri sürülebilmesi hakkında bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 232-234.

[532] BGH 11.10.1993 - II ZR 155/92, BGHZ 123, 347, s. 350 vd.; BGH 09.06.1954 - II ZR 70/53, BGHZ 14, 25, s. 36 vd.; BGH 19.09.1955 – II ZR 225/54, BGHZ 18, 205, s. 207 vd.; BGH 16.12.1991 – II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, s. 364; BGH 29.03.1973 - II ZR 139/70, WM 1973, s. 510; BGH 24.01.1974 - II ZR 65/72, WM 1974, 372, s. 373. Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin (*Oberste Gerichtshof* - OGH) bu kriteri esas aldığı kararı için bkz. OGH 16.6.2011, wbl 2011/248, 671, s. 674. Öğretide bu görüşü takiben bkz. Priester, **Nichtkorporative**, s. 681; Fleischer, **Auslegung**, s. 1467; Limmer, **Spindler/Stilz AktG**, §2 Rn. 4-5; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 16; Arnold, **KK**, §23 Rn. 13; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 5; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 3; Vedder, **Grigoleit AktG**, §23 Rn. 4; Körber, **a.g.e.**, §23 Rn. 18; Wachter, **a.g.e.**, §23 Rn. 6.

[533] Priester, **Nichtkorporative**, s. 681.

[534] Braunfels, **a.g.e.**, §23 Rn. 8.

[535] Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 17; Arnold, **KK**, §23 Rn. 13.

[536] Alman hukukunda bkz. **a.e.**, §23 Rn. 13, 15; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 40. Türk hukukunda bkz. Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 19-20; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 233 ve 235-236; Akın, **a.g.e.**, s 219 dn. 798.

organizasyonuna ve işleyişine ilişkin hükümlerin korporatif olduğunu ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu çalışmada "tüzel kişiliğe özgü" hükümler olarak anılan, tüzel kişinin kurumsal ve örgütsel yapısını belirleyen hükümlere korporatif nitelik atfedilmektedir. Diğer taraftan kurucuların kendi arasında, yahut kurucularla şirket veya üçüncü kişiler arasındaki borçlar hukukuna dair ilişkileri düzenleyen hükümler ise şeklî nitelik taşırlar[537].

Amaç, konu ve etki alanınına dair ölçütleri bir arada arayan *Frey*, esas sözleşme hükmünün (i) ortaklıksal ilişkileri düzenlemesi, (ii) nihai amacının ortaklık ilişkilerine dair olması ve (iii) muhataplarının yalnızca ortaklık ve ortaklığa katılanlardan ibaret olması gerektiğini vurgulamıştır[538]. Meseleye öngörülecek hükmün konusu ve düzenlendiği kanun açısından yaklaşan *Pulaşlı*, örneğin imtiyaza, kâr payına veya oy hakkına ilişkin hükümlerin TK'da düzenlendiğinden dolayı korporatif; buna karşın BK'nın genel hükümlerinde öngörülen ve ismen pay sahiplerine kişisel hak veya borç bahşeden düzenlemelerin sözleşmesel nitelik arz edeceğini ifade etmiştir[539]. Konu, etki alanı ve hukuka uygunluk kriterlerini kümülatif olarak aradığı anlaşılan *Okutan Nilsson* ise "*ortaklığın örgütüne, iç düzenine, organların yetki ve görevlerine, paysahipliği mevkiine bağlı olarak tanınmasına kanunun izin verdiği hak ve yükümlülüklere dair olmayan, ortaklık ile özel bireyler arasındaki veya paysahiplerinin kendi aralarındaki ilişkileri düzenleyen, genel ve soyut nitelik taşımayan (veya böyle bir nitelik taşıması halinde kanuna aykırı düşecek olan)*" hükümlerin şeklî esas sözleşme hükmü olduğunu ifade etmiştir[540]. Diğer taraftan *Karasu*'nun, konu ve hukuka uygunluk kriterleri yanında, zorunlu-ihtiyari hüküm ayrımını toplu olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır[541].

---

[537] Arnold, **KK**, §23 Rn. 16. *Arnold*, ortaklık içi ilişkileri düzenleyen korporatif hükümlerin, hem kurucuların hem de sonraki pay sahiplerinin ortaklıkla arasındaki ilişkileri düzenlemesi gerektiğini vurgulamaktadır (**a.e.**, §23 Rn. 13). Benzer yönde bkz. Moroğlu, **Anasözleşme**, s. 19-20. Yazar pay sahipleri ile üçüncü kişilerin ortaklığa karşı ve pay sahiplerinin birbirine karşı alacak haklarını içeren hükümleri şeklî olarak nitelemektedir.

[538] Frey, **a.g.e.**, s. 60. Yazar, belirleyici ölçüt olarak birinci sıraya koyduğu kriteri benimsemekte ve ilgili hükmün ortaklığın temel yapısını düzenleyip düzenlemediğine bakılması gerektiğini ileri sürmektedir.

[539] Pulaşlı, **İmtiyaz**, s. 569.

[540] Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 100.

[541] Karasu, **a.g.e.**, s. 32.

Yazarın yaklaşımına göre, anonim ortaklıklar hukukunun, ilgili esas sözleşme hükmünün korporatif nitelik taşımasına izin verip vermediğine bakılmalıdır. Ancak bunun yanında, şirkete özgü ilişkileri düzenleyen, mevki olarak pay sahipliğine yönelen, ortaklığın örgütsel yapısını belirleyen ve esas sözleşmenin zorunlu kayıtlarına dâhil olan hususlar korporatif niteliklidir.

Diğer taraftan Alman hukukunda öğretide, ilgili hükmün konusunu esas alan kritere, alternatif veya kümülatif bir rol verilmediği; buna ikincil bir önem atfedildiği görülmektedir. Nitekim incelenen hükmün yöneldiği muhatapların ve etkili olduğu kişi çevresinin hükmün içeriğinden anlaşılamadığı durumlarda, düzenlemenin konusuna bakılmaktadır [542] . Bu kapsamda doğrudan tüzel kişiyi, ortaklığın organizasyonunu, mevcut ve muhtemel pay sahipleriyle ilişkilerini düzenliyorsa, ilgili hükmün korporatif olabileceği sonucuna varılmaktadır.

Esas sözleşme hükmünün düzenlediği ilişkinin taraflarından hareket eden yaklaşım ise ortaklığın pay sahipleriyle ilişkilerini düzenleyen hükümleri korporatif; pay sahiplerinin kendi aralarındaki ilişkileri ilgilendirenleri ise şeklî nitelikte görür [543] . Bu bağlamda esas sözleşmenin bireysel değil, topluluk içi ilişkileri düzenlediğinden yola çıkarak, sosyal hukuka özgü bir sözleşme olduğu vurgulanmaktadır[544]. Dolayısıyla korporatif hükümlerin yalnızca tüzel kişi ile pay sahipleri arasındaki ilişkileri düzenleyebileceği; buna karşılık pay sahipleri arasındaki hak ve borçların ise yalnızca borçlar hukuku sözleşmelerinin konusu olabileceği ileri sürülür. Ancak pay sahipleri arasındaki hukuki ilişkiler, yalnızca borçlar hukuku sözleşmeleri veya şeklî hükümler aracılığıyla değil, esas sözleşmenin korporatif hükümleriyle de düzenlenebileceğinden, bu ayrımın her zaman isabetli

---

[542] Braunfels, **a.g.e.**, §23 Rn. 8; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 17; Arnold, **KK**, §23 Rn. 13. Karş. Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 3.

[543] Kläy, **a.g.e.**, s. 471 ve orada dn. 54'te anılanlar; Jürgen Dohm, **Les accords sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire: etude de droit suisse et Allemand**, Genève, Librairie de l'Université, 1971, s. 198; Okur, **a.g.e.**, s. 97; Martin, **a.g.e.**, s. 278. Anılan son yazarın yalnızca hükmün taraflarını değil, konusunu da dikkate aldığı vurgulanmalıdır. Türk hukukunda taraf ölçütünü esas alan Bahtiyar, **Anasözleşme**, 224-225; Yüksel, **Paysahipleri**, s. 33; Akın, **a.g.e.**, s. 219; Kendigelen, **Mütalaa-Bağlam**, s. 286.

[544] Kläy, **a.g.e.**, s. 471.

sonuçlar veremeyeceği kanısındayım[545]. Örneğin TK m. 202/2 veya 208'de öngörülen hakları somutlaştıran veya tamamlayan hükümler, yahut esas sözleşmesel tahkim şartı korporatif nitelik taşımakla birlikte, pekâlâ doğrudan pay sahipleri arasındaki ortaklıksal ilişkileri düzenleyebilir[546].

Önerilen bir başka ölçüt ise yukarıda açıklanan hususlardan bağımsız olarak, yalnızca ilgili düzenlemenin esas sözleşme özgürlüğünün kapsamında kalıp kalmadığına odaklanır. Buna göre anonim ortaklıklar hukukunun izin verdiği esas sözleşme hükümleri korporatif nitelik taşır. Bu sınırın ötesine geçen hükümler ise, kural olarak geçersiz sayılmayıp, şeklî hüküm olarak nitelendirilmelidir[547]. Bu anlayış taraf iradelerinin, işlemi ayakta tutacak şekilde (*favor negotii*) yorumlanması[548] kuralıyla da uyumludur. Zira tarafların geçerli bir işlem yapmayı arzu ettikleri genel bir ilke olarak kabul edilir[549]. Kurucuların esas sözleşmede yer verdikleri bütün hükümleri, sonuç doğurmak üzere kararlaştırdıkları varsayılabilir. Bu kabul, hukuki işlemlerin ayakta tutulmasını sağlayan yoruma öncelik tanınmasına ve -ikinci sırada olmak üzere- tahvilin uygulanmasına da kapı aralar[550].

Ancak yalnızca bu kriterin uygulanması halinde, esas sözleşme özgürlüğünün sınırları içinde kalan, fakat korporatif etkiyi haiz olmayan hükümleri açıklamak mümkün olmamaktadır. Bu bağlamda şarta bağlı zorunlu hüküm olmakla beraber, (i) şirketin kurulmasında hizmeti görülenlere sağlanan menfaatlere [TK m. 339/2-(e)];

---

[545] Nitekim esas sözleşmesel bağlam gibi bazı hükümler bakımından bu yönde bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 224-225. Yazarın işaret ettiği bağlam hükümleri eTK zamanında bu alandaki geniş serbesti ışığında düşünülmelidir. Gerçekten eTK m. 416 uyarınca bağlam sistemi çerçevesinde geçerli bir pay devir sınırlaması teşkil eden esas sözleşme hükmünün (örn. teklifte veya icapta öncelik hakkı) aynı zamanda doğrudan pay sahipleri arasındaki ilişkiyi düzenlediği söylenebilir. Esas sözleşmenin düzenlediği ilişkilerin tarafları hakkında açıklama için bkz. dn. 71 ve bağlı metin.

[546] Pay sahipleri arasındaki ortaklıksal ilişkiler bakımından diğer örnekler için bkz. Noack, **a.g.e.**, s. 102-104

[547] Alman hukukunda bkz. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 18, 28. İsviçre hukukunda bkz. Wieland, **a.g.m.**, s. 154-155; Forstmoser, Küchler, **a.g.e.**, §3 N. 131.

[548] Hukuki işlemi ayakta tutan ve ona makul bir anlam veren yorum kuralı hakkında bkz. Gauch, Schluep, Schmidt, **a.g.e.**, s. 312; Kaneti, **a.g.e.**, s. 22; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **a.g.e.**, s. 151; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 338.

[549] Kaneti, **a.g.e.**, s. 22-23

[550] Kaneti, **a.g.e.**, s. 22-23; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 102 dn. 106. Esas sözleşmede yer alan düzenlemelerin tahvili hakkında ayrıca bkz. dn. 497.

(ii) kuruculara, yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere şirket kârından sağlanan menfaatlere [TK m. 339/2-(f)][551] ve (iii) pay sahipleri lehine tanınan hazırlık dönemi faizine (TK m. 510) ilişkin esas sözleşme hükümleri sayılabilir. Anılan düzenlemelerin, ortaklığa karşı yalnızca alacak hakkı içermesine rağmen, şeffaflık sağlama amacıyla esas sözleşmede düzenlenmesi zorunlu kılınmıştır. Bundan başka anonim ortaklıklar hukukunun korporatif nitelik taşımasına izin verdiği, fakat pay sahiplerinin iradeleri doğrultusunda ortaklıksal etkiden yoksun olan düzenlemeleri de dikkate almak gerekir. Örneğin paya bağlanabilen bir hakkın pay sahiplerinin şahsına tanınması veya TK m. 529/1-(c) kapsamında öngörülebilecek bir sona erme sebebinin, yalnızca pay sahipleri arasında bu yönde bir genel kurul kararı almak üzere oy sözleşmesi şeklinde düzenlenmesi bu kapsamdadır.

(3) Çalışmada Önerilen Kriter

Korporatif ve şeklî hükümler arasındaki sınırı çizerken, pay sahiplerinin iradelerinden ve esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarından hareket etmek gerekir. Bu doğrultuda yorum faaliyeti ve geçerlilik denetiminden oluşan iki adımlı bir testin uygulanması önerilmektedir. İlk adımda yapılan içeriksel (öznel) değerlendirmeyi, ikinci adımda dışsal (nesnel) bir sağlama takip etmelidir. Önerilen ölçütün aşamaları arasındaki sıranın bir önemi bulunmadığı şimdiden belirtilmelidir. Nitekim öngörülen hükmün korporatif nitelik taşıması için, anonim ortaklıklar hukukuna uygunluğunun pekâlâ bir ön şart olduğu da söylenebilir[552].

İlk aşamada esas sözleşmede yer verilen düzenlemenin korporatif nitelik taşımasının pay sahipleri tarafından amaçlanıp amaçlanmadığı değerlendirilmelidir. Bunun için ilgili hükmün (i) ortaklık düzeninde hüküm ifade etmesinin veya (ii) geniş etki alanına sahip olmasının öngörülüp öngörülmediği tespit edilmelidir[553].

---

[551] Kurucu intifa senetleri (TK m. 348), adi intifa senetleri (TK m. 502), halka açık ortaklıklarda katılma intifa senetleri (SerPK m. 19/2; Pay Tebliği m. 36-43), yönetim kurulu üyelerine tanınan kazanç payları (TK m. 511) bu kapsamda düşünülebilir. Belirtilmelidir ki adi ve katılma intifa senetleri bağlamında kâr payı haricinde, tasfiye bakiyesine katılma veya rüçhan hakkı da tanınabilmektedir (bkz. TK m. 503, Pay Tebliği m. 36/1).

[552] Aynı yönde bkz. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 17. Benzer açıklamalar için bkz. Kırca (Şehirali Çelik, Manavgat), **GK**, s. 88 dn. 205.

[553] Bu özelliklerin anlamına dair açıklama için bkz. dn. 525 ve bağlı metin, ayrıca bkz. İkinci Bölüm, II, F, 3, a başlığı altındaki açıklamalar. Alman hukukunda ise çoğunlukla bu bağlamda yalnızca

İlgili hükmün içeriğinin yorumlanmasında öncelikle hükmün lafzına bakılmalıdır. Lafzından anlaşılamaması halinde hükmün amacına, konusuna, yöneldiği kişi çevresine, öngörülen hukuki sonuçlara ve düzenlediği ilişkinin taraflarına bakılmalıdır. Bundan başka hükmün bağlamından ve sistematik yorum çerçevesinde esas sözleşmenin bütününden çıkarılacak anlam da araştırılmalıdır[554]. Görüldüğü üzere burada benimsenen kriter kapsamındaki ilk aşamada amaç, konu ve hükmün muhatapları gibi unsurlara yalnızca pay sahiplerinin iradesini tespit etmek bakımından başvurulmaktadır. Yoksa bunlar bağımsız birer ölçüt olarak ele alınmamaktadır.

Korporatif-şeklî hükümler ayrımına ilişkin belirsizliği azaltmak amacıyla, ilk aşamadaki yorum faaliyetini basitleştirmek; böylelikle önerilen kriteri kolaylıkla uygulanabilir hale getirmek önemlidir[555].

Bu çerçevede "tüzel kişiliğe özgü" hükümlerin korporatif nitelik taşımak üzere öngörüldüğü peşinen söylenebilir[556]. Nitekim söz konusu kayıtlar amaç ve konu bakımından doğrudan tüzel kişiyi ve onun organizasyonunu, işleyişini ilgilendirmekte olup; hukuki sonuçları da yalnızca ortaklık düzeninde ortaya çıkabilir. Örneğin şirketin işletme konusuna ve sermayesine, organların oluşumuna ve yetki paylaşımına, organ kararlarına ilişkin toplantı ve karar nisaplarına, bunların elektronik ortamda yapılabilmesine, kayıtlı sermaye sistemine geçilmesine veya yönetim yetkilerinin yönetim kurulu üyesi olan veya olmayan kişilere devredilebilmesine dair kayıtlar bu kapsamdadır.

İncelemeyi kolaylaştırmak üzere dikkate alınması gereken bir başka husus, ilgili hükmün esas sözleşmenin "mutlak zorunlu kayıtları" arasında yer alıp

---

ilgili hükmün gelecekteki pay sahiplerini de kapsayan belirsiz bir kişi çevresine yönelip yönelmediğine ağırlık verildiği görülmektedir. Öte yandan yalnızca kişi çevresine odaklanan kriterin sorunlu olduğu yönündeki eleştiriler için bkz. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 34; Arnold, **KK**, §23 Rn. 20; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 8.

554 Lafzına, bağlamına, anlamına ve amacına işaret eden bkz. Arnold, **KK**, §23 Rn. 12; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 34.

555 Nitekim pay sahiplerinin iradelerinin, ilgili düzenlemeye korporatif etki tanıma yönünde olup olmadığının tespitinin hiç de kolay olmadığı yönünde bkz. Kırca (Şehirali Çelik, Manavgat), **GK**, s. 88 dn. 205.

556 Arnold, **KK**, §23 Rn. 15; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23Rn. 20;

almadığıdır. Zira mutlak zorunlu kayıtlar tartışmasız olarak bu kapsamda kalır ve korporatif nitelik taşır[557].

Şarta bağlı zorunlu hükümlere ise ihtiyatla yaklaşmak gerekir[558]. Nitekim söz konusu hükümlerin bir kısmı tüzel kişiliğe özgü düzenlemeleri veya paya bağlı hakları içerirken, bir kısmı ise yalnızca üçüncü kişilere menfaat sağlamayı hedefler. İlk grupta yer alan hükümlerin, geçerlilik denetiminden de geçmesi şartıyla, korporatif niteliği haiz olacağı söylenebilir. Örneğin, ortaklığın belirli bir süre ile sınırlandırılmasına veya sona erme sebebi öngörülmesine [TK m. 339/2-(ı), 529/1-(a) ilâ (c)], yıllık kârın yüzde beşinden fazlasının yedek akçeye ayrılmasına (TK m. 521), imtiyaz yaratılmasına (TK m. 360, 478), kayıtlı sermaye sisteminin benimsenmesine (TK m. 332) veya genel kurul kararlarına ilişkin nisapların artırılmasına (418, 421) ilişkin esas sözleşme hükümleri bu kapsamdadır[559]. Fakat üçüncü kişilere ortaklığa karşı hak tanımayı konu edinen esas sözleşme hükümleri ise TK'da öngörülen şarta bağlı esas sözleşme hükümleri arasında olmalarına karşın, çoğunlukla şeklî niteliktedir[560].

Kanunda düzenlenen bir hususa ilişkin olup, TK m. 340 uyarınca kanundan sapan hükümler için de aynı sonuca varılmalıdır[561]. Bu kapsamda örneğin, azınlığın genel kurulu toplantıya çağırma hakkının daha az sayıda pay sahibine tanınması (TK m. 411/1), kâr ve tasfiye payının hesaplama biçiminde kıst-el yevm kuralının

---

[557] AktG §23/3-4 bakımından aynı yönde bkz. Priester, **Nichtkorporative**, s. 681-682; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 3; Arnold, **KK**, §23 Rn. 14; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 20. İsviçre ve Türk hukukunda bkz. Frey, **a.g.e.**, s. 61; Karasu, **a.g.e.**, s. 31.

[558] Frey, **a.g.e.**, s. 61. Yazar konusu bakımından tüzel kişiye özgü olan şarta bağlı zorunlu kayıtların da, mutlak zorunlu kayıtlarla birlikte "esas sözleşmenin çekirdeğini" teşkil ettiğini ve korporatif nitelikte olduğunu ifade etmektedir . Öte yandan OR Art. 628/2 [TK m. 339/2-(e)] kapsamında ayni sermayeye veya üçüncü kişilere menfaat sağlayan düzenlemelerin korporatif nitelik arz etmediğini belirtmektedir (**a.e.**, s. 63, 94).

[559] Şarta bağlı zorunlu kayıtlar kapsamında pek çok korporatif hüküm örneği için bkz. Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 3. TK'da öngörülen ve öngörülmeyen "şarta bağlı zorunlu kayıtların" listesi için bkz. İkinci Bölüm, II, F, 1, b.

[560] Üçüncü kişilere ortaklığa karşı hak tanıyan esas sözleşme hükümlerinin hukuki niteliği ve bunların müktesep haklardan farkları için bkz. İkinci Bölüm, II, F, 3, f.

[561] Birçoğu yerine bkz. Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 3; Arnold, **KK**, §23 Rn. 14; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 23; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 40; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 5. TK m. 340 anlamında "kanundan sapma" ve "kanunu tamamlama" kavramları hakkında bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2, e,

benimsenmesi veya dışlanması[562], yahut söz konusu hakların sermaye taahhüdü için ortaklığa yapılan ödemelerle ilişkisinin kesilmesi (TK m. 508/1) öngörülebilir. TK m. 340 anlamında Kanun'u tamamlayan esas sözleşme hükümleri de kural olarak korporatif niteliktedir[563]. Şirketler hukuku uyuşmazlıkları hakkında esas sözleşmesel tahkim şartına[564]; yönetim kurulu üyesi olabilmek için Kanun'da arananlardan farklı niteliklere[565]; yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkının genişletilmesine yönelik düzenlemeler bu kapsamda örnek olarak sayılabilir.

"Ortaklık içi ilişkilere özgü" hükümler açısından ise ilgili düzenlemenin pay sahiplerinin hak ve borçlarını, pay sahipliği statüsüne (dolayısıyla paya) bağlı olacak şekilde öngörmesi şartıyla aynı sonuca varılabilir[566]. Belirli bir anda paya sahip olan kişilere şahsen yönelmeyip, soyut olarak pay sahipliği mevkiine yönelmiş olan düzenlemeler bu kapsamda değerlendirilmelidir. Örneğin, paya imtiyaz tanınması (TK m. 360, 478), nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması (TK m. 493), oy hakkının doğumu için ödenmesi gereken asgari miktarın artırılması (TK m. 435), ikincil yükümlülük öngörülmesi (TK m. 480/4), sermaye taahhüt borcunda temerrüt halinde sözleşme cezası önögrülmesi (TK m. 482/3) pay sahiplerine şahsen değil, pay sahipliği statüsüne bağlanabilen düzenlemelerdendir.

Yukarıda sayılan hususların bağımsız birer ölçüt olmadığı; yalnızca ilgili düzenlemenin korporatif nitelik taşımasının pay sahipleri tarafından amaçlandığına işaret eden destek noktaları olduğu vurgulanmalıdır.

---

[562] Paslı, Veziroğlu, **a.g.m.**, s. 269-270.

[563] Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 8. Kanun'dan sapan hükümlerden farklı olarak, tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin, pay sahiplerinin iradesi doğrultusunda şeklî hüküm olarak tasarlanması da mümkündür. Örneğin ikincil yükümlülüğün veya tahkim şartının yalnızca mevcut pay sahiplerini bağlayacak şekilde öngörülmeleri mümkündür. Bu sebeple bu tür hükümlerin "nötr hükümler" olarak anıldığı anımsanmalıdır.

[564] Bkz. dn. 458.

[565] Öngörülebilecek koşullara dair örnekler için bkz. Üçüncü Bölüm dn. 259-264 ve bağlı metin.

[566] Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 20, 24. İsviçre hukukunda bkz. Herren, **a.g.e.**, s. 88; Forstmoser, Küchler, **a.g.e.**, §3 N. 133. İsviçre Federal Mahkemesi'nin aynı yöndeki kararı için bkz. BGE 25 II 14, s. 20 [(Çevrimiçi) www.bger.ch, 20.08.2020]. Kararda ilgili esas sözleşme hükmünün pay sahibini bu sıfatına bağlı olarak mı, yoksa şahsen mi bağladığına bakılması gerektiği ifade edilmektedir. Türk hukukunda bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 100; Karasu, **a.g.e.**, s. 32.

İncelenen hükmün içeriğinden, bağlamından ve esas sözleşmenin bütününden kesin bir sonuca varılamaması halinde ise, esas sözleşmede düzenlenen bir hükmün korporatif nitelik taşımasının amaçlandığı karine olarak kabul edilebilir[567]. Tarafların kararlaştırdıkları bir düzenlemeyi harici bir sözleşmeye değil de esas sözleşmeye aktarmakla, buna ortaklık düzeninde sonuç bağlamayı istediklerini karine olarak kabul etmek, bu hususdaki belirsizliği azaltmaya yarar. Ancak bu karinenin, ilgili hükmün yorumundan bir sonuca varılamaması halinde devreye girmesi gerektiği vurgulanmalıdır.

İkinci aşamada ise korporatif nitelik taşıması amaçlanan esas sözleşme hükmünün, anonim ortaklıklar hukukuna göre bu etkiye sahip olup olamayacağı araştırılmalıdır. Başka bir anlatımla, yorum yoluyla açıklığa kavuşturulan pay sahiplerinin ortak iradesine, amaçladıkları hukuki sonucun bağlanıp bağlanmayacağı değerlendirilmeldir. Bu nedenle ilk aşama yorum faaliyeti; ikinci aşama ise esas sözleşme özgürlüğü bakımından geçerlilik denetimi olarak nitelendirilebilir.

Sonuç olarak korporatif etkiyi haiz olması amaçlanan ve esas sözleşme özgürlüğünün sınırları içinde kalan düzenlemelerin bu niteliği taşıdığı söylenebilir[568]. Birinci veya ikinci aşamaya takılan hükümlerin ise şeklen esas sözleşmede yer almakla birlikte, ya hiç hüküm ifade etmediği ya da şeklî esas sözleşme hükmü olarak borçlar hukuku zemininde geçerli olduğu söylenebilecektir[569]. Örneğin tek borç ilkesini, pay devir serbestisini veya başka bir normu ihlal etmesi nedeniyle oy sözleşmelerinin; pay üzerinde alım, satım, önalım veya geri alım gibi hakların[570];

---

567 Bu yönde bkz. Priester, **Nichtkorporative**, s. 684; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 25, 35; Arnold, **KK**, §23 Rn. 12; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 45; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 8; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 5; Vedder, Grigoleit AktG, §23 Rn. 8.

568 Benzer yönde bkz. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 21; Arnold, **KK**, §23 Rn. 17.

569 Şekli esas sözleşme hükümlerinin ayakta tutulmasının hukuki dayankları hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, F, 3, d, (2).

570 eTK döneminde teklifte ve icapta öncelik haklarının esas sözleşmede düzenlenebileceği, fakat önalım, alım ve satım haklarının düzenlense de korporatif etki kazanamayacağı yönünde bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 249. TK döneminde bkz. Ünal Tekinalp, **Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları: Pay Defteri Hukuku İle**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, N. 9-05. Yukarıda anılan düzenlemelerin korporatif etki kazanamayacağı hususunda, öğretide neredeyse oybirliği bulunmaktadır. Nitekim söz konusu düzenlemeler bakımından TK m. 480/1'de öngörülen tek borç ilkesi, payların serbestçe devredilebilirliği ilkesi, TK m. 493/7 ve TK m. 340 hükümleri engel teşkil eder. Ancak *Tekinalp* öncelik hakları arasında bulunan, "öncelikle önerilmeye

yahut şirkete kaynak sağlama yükümlülüğünün esas sözleşmede yer alması halinde, -bunların ayakta tutulmaları durumunda dahi- korporatif etkiyi haiz olmayacakları peşinen söylenebilir.

Korporatif-şeklî hükümler ayrımındaki belirsizliği azaltmak üzere, testin bu aşamasında da dikkat edilmesi gereken bazı hususlar mevcuttur. Başta emredici hükümler ilkesi (TK m. 340) olmak üzere, tek borç ilkesini öngören TK m. 480/1, yönetim kurulu üyelerinin ve pay sahiplerinin bilgi alma haklarının sınırını çizen TK m. 392/6 ve 437/6 ile pay devir serbestisini koruyan TK m. 493/7, bu incelemede önemli roller üstlenmektedir. Nitekim anılan normlar yalnızca esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarını daraltmakla kalmayıp, bu sınırları belirginleştirmeyi de amaçlamaktadır. Kanun koyucu bu amacı TK m. 340'ın gerekçesinde "*esas sözleşme hükümlerinin geçerliliğine ilişkin davaların sayısını azaltmak*" şeklinde açıkça ifade etmiştir. Bu bağlamda TK m. 340 uyarınca, esas sözleşme hükümlerinin TK'dan sapabilmesi için "açık izin" aranması; TK m. 480/1 uyarınca, kanunda öngörülen istisnalar dışında, pay sahibine sermaye taahhüdünü (ve varsa prim borcunu) aşan bir borç yükletilememesi ve esas sözleşmesel bağlam hükümlerinin kanunun çizdiği çerçevenin dışına çıkamamasının (TK m. 493/7) dikkate alınması gerekmektedir. Esas sözleşme özgürlüğüne yansımaları aşağıda ayrıntılı olarak ele alınan bu normların yorumlanmasında, korporatif-şeklî hükümler ayrımının belirginleştirilmesi amacı daima akılda tutulmalıdır. Zira benimsenecek yaklaşımın, bir yandan esas sözleşme serbestisini gereksiz yere daraltmamasına, diğer yandan ise bu hususstaki belirsizliği artırmamasına özen gösterilmelidir.

f. Üçüncü Kişilerin Ortaklığa Karşı Haklarını Düzenleyen Esas Sözleşme Hükümlerinin Özellikli Konumu

Esas sözleşmede üçüncü kişilere çeşitli haklar tanıyan düzenlemelerin korporatif-şeklî hükümler ayrımı bakımından ayrıca ele alınması gerekir. Zira bu tür hükümler, tüzel kişi ile üçüncü kişi arasında ortaklıksal olmayan bir hukuki ilişki doğurmasına rağmen, söz konusu ilişkinin dayanağını ortaklığın yetkili temsilcisinin akdettiği alelade bir sözleşme değil, bizzat esas sözleşme teşkil eder.

---

muhatap olma hakkının" esas sözleşmede düzenlenmesi halinde korporatif nitelik taşıyacağını ileri sürmektedir (**a.e.**, N. 9-10).

Örneğin, şirketin kurulmasında hizmeti görülenlere sağlanan menfaatlere [TK m. 339/2-(e)]; kuruculara, yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere şirket kârından sağlanan menfaatlere [TK m. 339/2-(f)] [örn. kurucu intifa senetleri (TK m. 348), adi intifa senetleri (TK m. 502), halka açık ortaklıklarda katılma intifa senetleri (SerPK m. 19/2; Pay Tebliği m. 36-43), yönetim kurulu üyelerine tanınan kazanç payları[571] (TK m. 511)] ve pay sahipleri lehine tanınan hazırlık dönemi faizine (TK m. 510) ilişkin esas sözleşme hükümleri bu kapsamda sayılabilir [572].

Esas sözleşmede üçüncü kişilere tanınan hakların dayanağını teşkil eden ve içeriğini belirleyen pek çok düzenleme şeklî hüküm niteliğindedir[573]. Nitekim bu

[571] Şeklî hüküm olduğu yönünde İsviçre hukukunda bkz. Frey, **a.g.e.**, s. 62. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki kararı için bkz. BGE 75 II 149, s. 153 [(Çevrimiçi) https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2075149.pdf, 19.10.2020] Alman Federal Mahkemesi'nin aynı yöndeki kararı için bkz. BGH 19.09.1955 – II ZR 225/54, BGHZ 18, 205, s. 207.

[572] Tartışmalı hususlardan biri de ayni sermaye koyulması, yahut kuruluşta işletme veya ayın devralınması halinde esas sözleşmede yer alması gereken kayıtlara ilişkindir (bkz. TK m. 339/2-(e); AktG §27). Tartışma hakkında Alman hukukunda bkz. Zöllner, Noack, **Baumbach/Hueck GmbHG**, § 53 Rn. 10. Alman öğretisinde ağırlıklı yaklaşım, söz konusu kayıtların, üçüncü kişiyle yapılan borçlar hukuku sözleşmesine dayanmasına rağmen, nihayetinde ortaklığı bağlaması için esas sözlemede yer alması gerektiğinden hareketle, korporatif karakter taşıdığı yönündedir. Bkz. Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 3; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 40; Arnold, **KK**, §23 Rn. 14; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 5. Aksi görüşte bkz. Priester, **Nichtkorporative**, s. 682. İsviçre hukukunda da ayni sermayeye ilişkin esas sözleşme hükmünün (OR Art. 628/2) hukuki niteliği tartışmalıdır. Esas sözleşmede düzenlenmesi nedeniyle ortaklıksal bir mekanizmayı harekete geçirmekle birlikte, nihayetinde ortaklık ve sermayedar arasında tam iki taraflı sözleşme teşkil etmesi nedeniyle, ilgili hükmün "yarı-şeklî" (*quasi-unechte*) özellik taşıdığı yönünde bkz. Siegwart, **a.g.e.**, Art. 628 N. 47; Frey, **a.g.e.**, s. 94. Kanımca bu başlık altında açıklanan aynı gerekçelerle, bu tür kayıtların da şeklî esas sözleşme hükmü olduğu savunulabilir. Söz konusu düzenlemelerin ortaklığı bağlaması için esas sözleşmede düzenlenmesi gereği ise aleniyet sağlama yoluyla şirket alacaklılarını koruma amacına dayanır. Bu zorunluluğu, kanunun öngördüğü özel bir şekil şartı olarak değerlendirmek gerekir. Kaldı ki esas sözleşmede düzenleme zorunluluğuna bağlı olarak "ortaklık içi mekanizmayı harekete geçirmek" başlı başına korporatif olmanın bir sonucu olsaydı, TK m. 408/2-(f) kapsamında genel kurul kararını gerektiren her türlü önemli malvarlığı satışını da ortaklıksal bir işlem olarak nitelemek gerekirdi.

[573] Alman hukukunda kuruluşta emeği görülenlere sağlanan menfaatler (*Gründungsaufwand*) ile pay sahiplerine veya üçüncü kişilere sağlanan menfaatlere (*Sondervorteile*) ilişkin hükümlerin, borçlar hukuku anlamında alacak hakkı doğurması nedeniyle şeklî nitelikte olduğu hakim öğreti tarafından kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 30. Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 42; Arnold, **KK**, §23 Rn. 16; Limmer, **Spindler/Stilz AktG**, §23 Rn. 4; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 4; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 7; Priester, **Nichtkorporative**, s. 682. İsviçre hukukunda "katılma intifa senetleri" (*Partizipationsscheinen*) haricinde bu yönde bkz. Frey, **a.g.e.**, s. 63, 95; Herren, **a.g.e.**, s. 88. Belirtilmelidir ki katılma intifa senetlerinin hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte buna ortaklıksal olmayan nitelik atfeden yazarlar çoğunluktadır [bkz. Ünal Tekinalp, "Katılma İntifa Senetleri ('Partizipationsschein')", **BATİDER**, C: VI, No: 2, 1971, s. s. 310]. Türk hukukunda bkz. İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s. 129. Yazar "*Bu vaziyette akid şirket mukavelesinin bir hükmü şeklinde olmakla beraber, hakikatı halde müstakil bir akid vasfındadır* …". Aynı yönde bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 233, 238; Karasu, **a.g.e.**, s. 32. Kurucu menfaatleri bakımından bu yönde bkz. Hazıroğlu, **a.g.e.**, s. 58.

düzenlemeler ortaklıksal bir ilişki yaratmayıp, yalnızca ortaklığa karşı alacak hakkı içerir[574]. Söz konusu hükümlerin sağladığı haklar "ortaklık dolayısıyla" değil, "ortaklığa karşı" haklardır[575]. Bunlar sonuçlarını ortaklık düzeninde doğurmaz ve ihlal edilmeleri halinde şirketler hukuku yaptırımlarından faylanamaz. Ayrıca bu kapsamda üçüncü kişiye sağlanabilecek malvarlıksal haklar, pay sahipliği sıfatına veya paya bağlı olarak ihdas edilmez[576]. Hatta bu haklar, pay sahibine tanınmış olsa da paya bağlı hak teşkil etmez. Zira pay sahibi, kendisine tanınmış olan bu tür bir hakla bağlantılı olarak ortaklık karşısında "üçüncü kişi" konumunda olur[577].

---

[574] Arslanlı, **AŞ I**, s. 259; İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s. 129. İntifa senetleri hakkında bu hususta öğretide oybirliği bulunduğu gibi, Yargıtay'ın müstakar içtihadı aynı yönde gelişmiştir. eTK döneminde bkz. Arslanlı, **AŞ I**, s. 162; Ömer Teoman, **Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Kitabevi, 1978, s. 83-85; Tekinalp, **İntifa** s. 310; Oğuz İmregün, "Anonim Ortaklıkta Kurucu Senetleri", **İÜHFM**, **Özel Sayı: Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan**, C: XLV, No: 1-4, 1981, s. 478, 486; İmregün, **AO**, s. 391; Erdoğan Moroğlu, "Kurucu İntifa Senetleri Sahiplerinin Kâr Payı Talep Hakları ve Yargıtay Kararları", **Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1998, s. 400; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2010**, N. 1217a-1218; Kendigelen, **Kuruluş**, s. 98-99; Abuzer Kendigelen, "Kurucu İntifa Senetlerinin İtfası", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 1068. Yargıtay içtihadı için bkz. Yarg. 11. HD., T. 27.12.1976, E. 1976/4169, K. 1976/5656; 11. HD., T. 04.12.1997, E. 1997/7206, K. 1997/882. Anılan ve aynı yöndeki diğer kararların metni için bkz. Erdoğan Moroğlu, Abuzer Kendigelen, **İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 10. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 251. Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD., T. 31.05.2001, E. 2001/3163, K. 2001/4878; 11. HD., T. 26.09.2006, E. 2005/8273, K. 2006/9282 [kararların metinleri için bkz. (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 20.08.2020]. TK döneminde bkz. Kendigelen, **İntifa Senetleri**, s. 62; Ömer Teoman, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Pay Senetlerini Halka Arzeden Bir Anonim Ortaklığın Kurucu İntifa Senetlerinin İptal Edilmesini Öngören Düzenlemesi", **BATİDER**, C: XXVII, No: 5, 2011, s. 7; Ali Paslı, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (III) YTK Kitap 2 - Kısım 4 - Bölüm 1 'Kuruluşun Hükümleri'", **BATİDER**, C: XXVIII, No: 3, 2012, s. 215; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/II**, N. 1217.

[575] Kurucu intifa senetleri bağlamında bkz. İmregün, **Kurucu Senetleri**, s. 486.

[576] Bu noktada yönetim kurulu üyelerine tanınan kazanç payı ile intifa senedi sahiplerinin haklarını düzenleyen esas sözleşme hükümlerini, yukarıda sayılan diğer şeklî hükümlerden ayrı tutmak gerekir. Nitekim anılan kişiler lehine esas sözleşmede öngörülen haklar, şahsa değil statüye tanınmaktadır. Örneğin, kuruluşta hizmeti görülenlere menfaat tanınması için söz konusu kişinin esas sözleşmede ismen belirtilmesi gerekirken; yönetim kurulu üyelerine kazanç payı sağlanması halinde, üyeliğe seçilen herkes söz konusu haktan faydalanabilecektir. Aynısı intifa senedinin hamilleri için de geçerlidir. Fakat kanımca bu durum ne kazanç payını ne de intifa senedini düzenleyen esas sözleşme hükümlerine korporatif etki kazandırabilir. Zira bu haklar "pay sahipliği sıfatına veya paya bağlı olarak" ihdas edilmemektedir. Bununla birlikte söz konusu hakları düzenleyen esas sözleşme hükümleri hem Kanun'da öngörülmüş olmaları hem de statüye bağlı hak yaratmaları sebebiyle "yarı şekli" nitelik atfedilebilir.

[577] Frey, **a.g.e.**, s. 58, 87; İmregün, **Kurucu Senetleri**, s. 486; Moroğlu, **İntifa**, s. 401. Bununla birlikte önemle belirtilmelidir ki söz konusu hakların pay sahiplerine tanınmış olması ihtimalinde, üçüncü kişi ile pay sahibi sıfatı aynı kişide birleştiğinden dolayı, anılan haklar ve bunların dayandığı esas sözleşme hükümleri korporatif görünüm arz edebilmektedir. Oysa esas sözleşmesel hakkın kullanılması amacıyla, fakat yalnızca pay sahipliği sıfatına bağlı olarak kullanılabilen

Görüldüğü üzere bu tür hükümler "korporatif" olma özelliklerinden hiçbirine sahip değildir. Ne var ki anonim ortaklık adına üçüncü kişiyle akdedilen sözleşmelerden farklı olarak, söz konusu düzenlemelerin ortaklığa karşı hüküm ifade etmesi için esas sözleşmede öngörülmeleri ve tescil edilmeleri şarttır[578]. Ancak esas sözleşmede yer alma zorunluluğu, tescil ve ilan yoluyla aleniyetin sağlanarak şirket alacaklıları gibi ilgililerin korunması amacına dayanır[579]. Dolayısıyla bunları, kanunun özel şekil şartı aradığı sözleşme hükümleri olarak görmek mümkündür[580]. Ayrıca bu tür düzenlemelerin ilgilinin rızası olmadan değiştirilememesi[581],

---

ortaklıksal yetkilerin mevcudiyeti (örn. genel kurul kararının iptali davası), ilgili hakkın ve esas sözleşme hükmünün korporatif nitelik arz ettiği anlamına gelmez.

[578] Bkz. TK m. 339/2-(e) ve (f) ve TK m. 354/1. Ayrıca bkz. Böckli, **a.g.e.**, §5 N. 79; Rampini, Spilmann, **BSK**, Art. 657 N. 3; Moroğlu, **İntifa**, s. 400; Bahtiyar, **Anasözleşme**, s. 233; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/II**, N. 1216. Yönetim kurulu üyelerine ortaklığın kuruluşundan sonra tanınacak kazanç payının ise esas sözleşmede yer alması şart olmayıp, bu hususta genel kurul kararı alınması yeterlidir [bkz. TK m. 339/2-(f), 394 ve 511].

[579] Böckli, **a.g.e.**, §5 N. 85; Pentz, **MüKoAktG**, §26 Rn. 9; Braunfels, **a.g.e.**, §26 Rn. 1.

[580] AktG §26 bakımından bu yönde bkz. Limmer, **Spindler/Stilz AktG**, §26 Rn. 5; Vedder, **Grigoleit AktG**, §26 Rn. 1; Braunfels, **a.g.e.**, §26 Rn. 1. Söz konusu haklar şeklî nitelik arz etmekle beraber, esas sözleşmenin değiştirilme usulüne tabidir. Ancak sözleşmesel niteliği gereği, hak sahibi üçüncü kişinin rızası da gerekir (İmregün, **AO**, s. 392). Her ne kadar Yarg. İBGK'nın 30.09.1988 t. ve E. 1987/2, K. 1988/2 sayılı kararı uyarınca, MK m. 2'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı, sözleşmelerin şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğini ileri sürmenin sınırını teşkil etse de, söz konusu içtihadın TK'nın esas sözleşmede düzenlenmesini şart kıldığı hususlar hakkında işletilmesi pek de mümkün görünmemektedir. Zira Kanun'da öngörülen bu tür düzenlemelerin esas sözleşme dışında yalnızca üçüncü kişiyle ortaklık arasında akdedilen bir sözleşmeye konu edilmesi halinde, ortaklığın böyle bir sözleşmeyle bağlı olmadığının ileri sürülebilmesi, yalnızca ortaklığı değil, ortaklık alacaklılarını ve çalışanları da kapsayan geniş bir menfaat çevresinin korunması ve ortaklık düzeninde şeffaflığın sağlanması için gereklidir. Bu durumda, örneğin TK m. 339/2-(e) ve (f), 348/1, 502/1, 510 veya 511'de öngörülen haklardan birinin, kendisine esas sözleşme dışında tanınmış olduğuna güvenen kişinin menfaati ise ilgili yönetim kurulu üyelerine veya temsilciye açacağı dava ile korunabilecektir. TK m. 371/4'ün de burada uygulama alanı bulması mümkün değildir. Zira anılan hüküm temsil yetkisini kısıtlayan esas sözleşme hükümlerinin dış ilişkideki etkisini ortaya koymaktadır. Halbuki burada esas sözleşmede herhangi bir temsil yetkisi kısıtlaması bulumamakta; sorun, kanunun aradığı özel şekil şartı eksikliğinden kaynaklanmaktadır.

[581] Pay Tebliği m. 39 uyarınca esas sözleşmede katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu öngörülmüşse, bu kişilerin haklarında değişiklik yapılması için oybirliği aranmaz. Ancak bu ihtimalde ortaya çıkan ayrıksı duruma dikkat edilmelidir. Nitekim Pay Tebliği m. 39 çerçevesinde esas sözleşmede katılma intifa senedi sahipleri özel kurulu öngörülmüşse, söz konusu hakları kaldıran veya sınırlandıran esas sözleşme değişikliklerinin geçerli olabilmesi için özel kurulun onayı gerekir. Bu durum ise korporatif etkinin görünümlerinden biridir. Dolayısıyla bu ihtimale özgü olmak kaydıyla, katılma intifa senetlerine ilişkin hükümler de "yarı-şeklî" görünüm arz eder.

ortaklıklar hukuku zemininde müktesep hak (bkz. TK m. 452) olma özelliğinden değil, akdî niteliğinden kaynaklanır[582].

Müktesep hak yaratan esas sözleşme hükümleri ise şeklî değil, korporatif nitelikli hükümlerdir. Esas sözleşmesel müktesep haklar ile akdî haklar arasındaki en önemli farklardan biri, müktesep hakların şahsa değil de pay sahipliği sıfatına bağlı olarak tanınabilmesidir[583]. Aksi halde esas sözleşmede şahsa tanınan her türlü hakkı müktesep hak olarak nitelemek gerekirdi. Örneğin pay sahiplerinin tamamına kanundan daha geniş bilgi alma hakkı tanıyan bir düzenleme müktesep hak niteliğinde olur. Fakat söz konusu hakkın yalnızca belirli pay(lar)a veya pay grubuna tanınması halinde imtiyazdan[584]; pay sahibi sıfatından bağımsız olarak ismen belirlenmiş kişilere tanınması halinde -ve geçerli- ise akdî haktan söz etmek gerekir. Esas sözleşmede öngörülen müktesep hakları, akdî haklardan ayıran bir başka özellik ise müktesep hakların borçlar hukuku değil ortaklıklar hukuku karakterli

[582] Frey, **a.g.e.**, s. 62; Arslanlı, **AŞ I**, s. 259; Teoman, **İntifa**, s. 296; Moroğlu, **İntifa**, s. 401; Kendigelen, **Kuruluş**, s. 99; Paslı, **Tanıtım III**, s. 215; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/II**, N. 1217; Hazıroğlu, **a.g.e.**, s. 58 ve yukarıda dn. 571'de anılan Yargıtay kararları. Karş. İmregün, **Kurucu Senetleri**, s. 487; İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s. 129-130. *İmregün* "müktesep hakkı" anonim ortaklıklar hukukundan daha geniş bir bağlamda, genel anlamıyla ele almış olduğundan, kavrama verdiği anlam; "bir sözleşme neticesinde elde edilmiş ve sahiplerinin malvarlığına girmiş bulunan, dolayısıyla sahibinin rızası olmadan ihlal edilemeyen haklar" şeklinde özetlenebilir (aynı yönde bkz. Kaya, **a.g.m.**, s. 147-148). Dolayısıyla *İmregün*, esas sözleşmede üçüncü kişilere tanınan hakların -genel anlamda- müktesep hak teşkil ettiği kanısındadır. Bununla birlikte esas sözleşmenin bu tür hükümlerinin "*müstakil bir akid*" vasfında olduğunu belirtmekle şeklî nitelik taşıdığını kabul ettikten sonra, bu görüşüyle tutarlı şekilde, söz konusu hükme aykırılığın genel kurul kararının iptali davasını harekete geçirmeyeceğini ve genel hükümler dairesinde korunacağını ifade etmiştir.

[583] Arslanlı, **AŞ I**, s. 257-259; İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s. 127; Ünal Tekinalp, "Esas Sözleşmesel Müktesep Hak", **İktisat ve Maliye Dergisi**, C: XXX, No: 1, 1983, s. 24-25. Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 789; Kaya, **a.g.m.**, s. 147-151. Yazar müktesep hak kavramını pay sahiplerinin "paya bağlı" haklarının genel kurul kararlarına karşı korunması bağlamında ele almaktadır. "Müktesep haklar teorisi"nin tarihsel gelişimi ve karşılaştırmalı hukuk ışığında "müktesep hak" kavramına dair ayrıntılı bilgi için bkz. Arslanlı, **AŞ I**, s. 252-267; İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s. 106-132.

[584] Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 786. Karş. bilgi alma hakkının Kanun'da öngörülen asgari içeriğinin sınırlandırılamayacağı ve TK m. 437/2 c. 4 uyarınca pay sahipleri arasındaki eşitlik nedeniyle, genel kurul dışında kullanılabilecek inceleme hakkı bakımından imtiyaz tanınamayacağı yönünde bkz. Fatih Arıcı, "İmtiyazlı Paylar", **Yürürlüğünün 7. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu -III- (Tebliğle ve Tartışmalar) 18 Ekim 2019**, yay. haz. Arslan Kaya et. al., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 158.

olmasıdır[585]. Nitekim müktesep hakkı ihlal eden genel kurul kararlarının hükümsüz sayılacağı doğrudan Kanun'da öngörülmüştür (TK m. 452).

Yukarıdaki değerlendirmeyi takiben, anonim ortaklıklarda pay sahiplerine şahsen tanınan hakların geçerliliğine ve sonuçlarına yönelik Yargıtay içtihadının zaman içinde geçirdiği değişimi ele almak faydalı olur. Bu bağlamda özellikle yönetim kurulunda temsil edilmeye dair hakkın esas sözleşmede belirli bir pay sahibine şahsen tanındığı durumlar ilgi çekicidir. Zira öğretide TK m. 360'ın, imtiyazın paya tanınabileceği kuralının istisnası olduğu ileri sürülse dahi[586], kanımca söz konusu imtiyazın pay sahibine ismen tanınması mümkün olmayıp[587], -şirkete karşı geçerli olduğu takdirde- ancak akdî nitelikte bir hak sayılır[588].

---

585 Arslanlı, **AŞ I**, s. 259; İmregün, **AO**, s. 101-102; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 789; Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **GK**, s. 32 dn. 74. Karş. İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s. 129-130 ve bkz. yukarıda dn. 578'deki açıklama.

586 TK m. 360'ın, imtiyazın ancak paya bağlanabileceği kuralının istisnasını teşkil edip etmediği hakkındaki tartışmaya topluca değinen Bilge Aytuğar, **Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz**, İstanbul On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 142-143 dn. 412; Arıcı, **a.g.m.**, s. 154 dn. 8.

587 Wernli, Rizzi, **BSK**, Art. 709 N. 26; Böckli, **a.g.e.**, §13 N. 76; Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **AŞ**, s. 428; Rauf Karasu, "Anonim Şiret Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı", **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, C: II, No: 1, 2016, s. 34; Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C: II, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, §41 N. 75; Arıcı, **a.g.m.**, s. 156. TK m. 360 imtiyazının şahsa tanınmasının güçlüklerin işaret eden Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 252. K.g. Çamoğlu, (Poroy, Tekinalp), **2019/I**, N. 587. *Çamoğlu*, TK 360 imtiyazının şahsa tanınması halinde, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının bu kişinin hayatıyla sınırlı olmak üzere geçerli olacağı kanaatindedir. Hakim öğretiyi kabul eden Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 11. HD., T. 22.6.2015, E. 2014/19135 K. 2015/8578 [(Çevrimiçi), https://www.lexpera.com.tr, 10.10.2020].

588 İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s. 68; Tekil, **a.g.e.**, s. 407; Ünal Tekinalp, "İmtiyazlı Paylara İlişkin Bazı Sorunlar", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar XIII (5-6 Nisan 1996)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996, s. 12; Abuzer Kendigelen, **Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1999, s. 26, 229; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 789; Pulaşlı, **Şerh II**, §41 N. 81. Aksi görüşte bkz. Arıcı, **a.g.m.**, s. 168. Yazarın, söz konusu hakların akdî olarak nitelendirilmesine karşı, bunu ihlal eden genel kurul kararlarının Yargıtay uygulamasında geçersizlik yaptırımıyla karşılaşmasından hareket ettiği anlaşılmaktadır. Kanımca yazar, sözleşmesel hakkın ihlaline korporatif bir yaptırım bağlanması nedeniyle ortaya çıkan çelişkili durumu eleştirmekte haklıdır. Ancak eleştirinin adresi esas sözleşmesel hakkın hukuki niteliği değil, Yargıtay'ın bunun ihlaline bağladığı yaptırımın türü olmalıdır. Zira söz konusu düzenlemenin, pay sahipleri tarafından esas sözleşmenin dışında bir sözleşmeye de konu edilebilmesi mümkündür. Bu noktada yazarın bir başka argümanına bağlı olarak değinilmesi gereken bir husus daha karşımıza çıkmaktadır. Nitekim yazar, şahsa tanınmış olması nedeniyle korporatif nitelik taşımayan bu tür sözleşmelerin tahvil yoluyla ayakta tutularak şirkete karşı ileri sürülemeyeceğini belirtmektedir. Bu tespitin haklı olduğu varsayımında; ilgili esas sözleşme maddesinin tahvil yoluyla borçlar hukuku zemininde ayakta tutulması halinde, bunun (i) pay sahipleri arasında kurulmuş "üçüncü kişi lehine sözleşme" ya da (ii) doğrudan pay sahipleri ile menfaat sahibi arasında kurulmuş bir sözleşme olarak kabul edilmesi gerekir. Menfaat sahibinin

Yargıtay 11. HD, 25.12.1987 tarihli ve E. 1987/3565, K. 1987/7565 sayılı kararında aşağıdaki ifadelere yer vermiştir:

> "*Ana sözleşme ile paya değil de, sadece ortaklara ismen tanınan haklar ise imtiyaz olmayıp akdi haktır. Bu akdi hak ancak genel hükümler çerçevesinde değerlendirilir ve akdin taraflarınca karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle değiştirilebilir veya kaldırılabilir. (Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklar Hukuku C.1, Genişletilmiş 2. baskı,İst.1975, s. 422 vd.) ... Davacıya tanınan bu haklar imtiyaz olmadığı için TTK. nun 401. ve imtiyaz ile ilgili hükümleri bu davada uygulanamaz. Davacı ortağa ana sözleşme ile tanınan bu kişisel haklar ancak karşılıklı muvafakat ile değiştirilebilir veya tamamen kaldırılabilir. Bu değişiklik için Türk Ticaret Kanunu'nun getirdiği ilkeler değil, Borçlar Kanunu'nun öngördüğü kurallar uygulanır*"[589].

Benzer şekilde, Yargıtay 11. HD., 12.11.1992 tarihli ve E. 1992/3211, K. 1992/10546 sayılı kararında aşağıdaki ifadelere yer vermiştir:

> *"Anasözleşmenin 12 ve 13. maddelerindeki düzenlemelerin yorumu suretiyle kişiye imtiyaz tanıma sonucunu doğuracak bir benimseme TTK.'nun temel esaslarına açıkça aykırılık teşkil eder. ... Bu maddelerin, yabancı ortağın yönetime seçilmesi halinde uygulanacak hükümler şeklinde yorumlanması gerekirken ve bu durumda davanın tümden reddi yerine aksi görüşle davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bozulması icabetmiştir*".

Yargıtay yukarıda anılan kararlarda, esas sözleşmede paya değil de pay sahiplerine ismen tanınmış olan hakların akdî niteliği haiz olduğunu; dolayısıyla bunların sonuçları ve değiştirilmelerinin borçlar hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini isabetle tespit etmiştir. Nitekim esas sözleşmede düzenlenen bir hakkın ortaklıksal olmaması, bunu ihlal eden organ kararının şirketler hukuku yaptırımıyla karşılaşmamasını gerektirir[590]. Nasıl ki borç sözleşmelerinin ihlali halinde butlan yaptırımı değil de sözleşmesel yaptırımlar uygulanıyorsa, esas sözleşmede yer alan bir akdî hakkın ihlal edilmesi veya haksız olarak ortadan

---

pay sahibi olmaması halinde çoğunlukla birinci ihtimalin; pay sahibi olması durumunda ise ikinci ihtimalin gerçekleşeceği söylenebilir. Zira pay sahibinin kuruluş esas sözleşmesindeki imzası vyea esas sözleşmenin tadili aşamasındaki olumlu oyu, ilgili düzenlemeye yönelik kabul beyanı anlamaına gelecektir. Bu açıklamalar ışığında, ortaklığa karşı ileri sürülemeyecek olsa dahi esas sözleşmede şahsa tanınan hakların akdî nitelik taşıdığı görülmektedir.

589 Karar için bkz. Tekinalp, **İmtiyaz**, s. 8-10.

590 Tekinalp, **İmtiyaz**, s. 12. Aksi görüşte bkz. Arıcı, **a.g.m.**, s. 168. Yazar esas sözleşmede öngörülen akdî nitelikte bir hakkı ihlal eden genel kurul kararının batıl olması gerektiği görüşündedir.

kaldırıldığının iddia edilmesi halinde de aynı yaptırımlar devreye girmelidir[591]. Zira ilgili hakkı düzenleyen esas sözleşme maddesinin genel kurul kararıyla değiştirilmesi veya kaldırılması, söz konusu hakkı ortadan kaldırmaz. Sinallagmatik bir sözleşmenin taraflarından birinin, tek taraflı olarak sözleşmeyi ortadan kaldırdığını beyan etmesi halinde uygulanması mümkün olan yaptırımlar neler ise, genel kurul tarafından esas sözleşmenin ilgili maddesinin değiştirilmesi halinde de aynı yaptırımlar söz konusu olmalıdır. Aradaki yegâne fark, tüzel kişinin iradesini oluşturan genel kurul kararının da bir hukuki işlem teşkil etmesidir. Ancak bu işlemin sonuçları yalnızca ortaklık içinde doğabileceği için, bizzat organ kararının hükümsüz kılınmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira esas sözleşme tadilinden sonra dahi, üçüncü kişinin ortaklığa karşı hakları mevcuttur ve ortaklıktan talep edilebilmelidir. Üstelik HMK m. 106/2 uyarınca tespit davası açılması için aranan güncel hukuki menfaat şartının, edâ davası açılabilecek hallerde bulunmadığı kabul edilmektedir[592].

Ancak Yargıtay 11. HD., 13.02.2013 tarihli ve E. 2011/15478, K. 2013/2491 sayılı kararında, benzer şekilde ilgili düzenlemenin "akdî" niteliğini ortaya koyduktan sonra, bu defa esas sözleşmeyi değiştiren genel kurul kararının hükümsüzlüğüne ilişkin talebin ilk derece mahkemesi tarafından redddilmesini yanlış bularak, bu kararı bozmuştur. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

> "*Paya değil de "kişi"ye veya "sıfat"a veya "makam"a bağlanan haklar, üstünlükler ve imkanlar, 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanununa göre imtiyaz değildir. Mesela pay sahibi (A)'ya ömür boyu murahhas üyelik tanıyan veya veto hakkı veren esas sözleşme hükümleri -geçerli oldukları sonucuna varılan durumlarda- imtiyaz olarak nitelendirilemezler. Çünkü, üstün hak tanınan "pay" veya "paylar" değil, pay sahibi (A)'dır. Bu tür haklar "akdi hak"lar diye anılır ve genel hükümler çerçevesinde değerlendirilir ve sözleşmenin taraflarca karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle değiştirilmesi mümkündür. ... Sözleşmesel bir hakkın hak sahibinin izni olmadan ortadan kaldırılması da mümkün değildir. Mahkemece, davacıya tanınan hakkın sözleşmesel bir hak olduğu kabul edilerek davacının davadaki taleplerinin buna göre değerlendirilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün temyiz eden davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir".*

[591] Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 75 II 149, s. 153. Kararın metni için bkz. (Çevrimiçi) https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2075149.pdf, 19.10.2020.

[592] Yargıtay HGK, 7.11.1962 tarihli, 98-58 sayılı kararı (naklen: Moroğlu, **GK**, s. 181) Ayrıca bkz. dn. 597'de yer alan Yargıtay kararı.

Görüldüğü üzere kararda, esas sözleşmede şahsa bağlı olarak tanınan hakkın geçerli olduğunun kabulü halinde, ancak akdî nitelik taşıyacağı isabetli olarak vurgulanmıştır. Bununla birlikte, esas sözleşmeyi değiştiren genel kurul kararının hükümsüzlüğüne yönelik talebi reddeden ilk derece mahkemesinin bu kararının, karşı tarafın rızasının bulunmaması gerekçe gösterilerek bozulması ise sözleşmesel yaptırımın ortaklıksal boyuta taşırılması anlamına gelmektedir. Üstelik Yargıtay'ın bu içtihadı doğrultusunda tanzim edilen Bakanlık muktezalarının, şirketler hukuku pratiğine yön verdiği görülmektedir[593].

Yargıtay 11. HD.'nin 30.06.2015 tarihli ve E. 2015/893, K. 2015/8774 sayılı kararında da 2013 yılındaki içtihadını sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Nitekim esas sözleşmede pay sahibine ismen tanınmış olan bir hakkı kaldıran genel kurul kararı hakkında açılan hükümsüzlüğün tespiti davasında, ilk derece mahkemesinin iptal kararı vermesi gerektiğini belirtmiştir . Üstelik Yargıtay, bir adım ileri giderek esas sözleşmede ismen tanınan bir hakkın "müktesep hak" teşkil ettiğini de belirtmiştir[594]. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

> "*İptali istenen genel kurul kararı ile değiştirilen anasözleşmenin 10. maddesinde davacıya tanınan hak, paya tanınmayıp ortağa tanındığı için imtiyaz olarak kabul edilemez, ancak pay sahibinin rızası olmadan değişiklik yapılamayan anasözleşme ile tanınan müktesep haklardandır. Anasözleşme ile davacıya tanınan bu müktesep hak onun rızası olmadan değiştirilemeyeceğinden bu hususstaki anasözleşme hükmü davacının rızası olmadan olağan genel kurul kararı ile kaldırılamaz (TTK 452, 6762 sayılı, TTK 385/1). Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 5. maddesinde de kazanılmış hakların korunacağının öngörüldüğü gözetildiğinde anasözleşmenin bahsi geçen değişikliğe ilişkin genel kurul kararının iptali gerektiği sonucuna varılmıştır. Açıklanan bu nedenlerle iptali istenen genel kurulunda davacıya ait sözleşmesel müktesep hakkı ihlal eder biçimde anasözleşmede değişiklik yapılmasına dair gündemin 2. sırasında alınan kararın iptaline karar vermek gerekirken davanın reddine karar verilmesi doğru olmadığı...*".

---

[593] Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü, Sayı: 50035491-431.04. Belgenin elektronik imzalı suretine "https://e-belge.gtb.gov.tr" adresinden "2b6e6971-9d6a-430b-b4ce-f33394723534" kodu ile erişilebilir.

[594] Bu bağlamda müktesep hak uygulamasının eTK döneminde yerleşik içtihat olduğu yönünde bkz. Karasu, **a.g.m.**, s. 34 dn. 20; Arıcı, **a.g.m.**, s. 170.

Genel kurul kararının hükümsüzlüğünün tespiti talebiyle açılmış olan yukarıdaki ilk iki davada 11. HD.'nin yaklaşımı yerindedir. Zira imtiyaz veya müktesep hak teşkil etmeyen, akdî niteliği tespit edilen düzenlemelerin ihlalinin şirketler hukuku değil, borçlar hukuku çerçevesinde çözülmesi gerekir. Fakat 2013 yılındaki kararda yer verilen tespitler önceki kararlara uygun olmakla beraber, 11. HD. bu defa sözleşmesel hakkın tek taraflı olarak değiştirilemeyeceğinden hareketle, genel kurul kararının hükümsüzlüğünün tespitine dair talebin reddine hükmedilmesini doğru bulmamıştır. Bu yaklaşım Yargıtay'ın önceki tarihli kararlarıyla ve öğretinin genel tutumuyla çelişki içindedir. Çünkü sözleşmesel bir hakka ortaklıksal etki tanımıştır. 2015 senesindeki kararda ise 11. HD. bir adım daha atarak, daha önce akdî nitelik tanıdığı bir hakka bu defa "müktesep hak" niteliği atfetmiş ve buna aykırı esas sözleşme değişikliğinin iptaline karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu karar, 2013 yılındaki karar gibi, sözleşmesel ve ortaklıksal karakter arasındaki farkı göz ardı etmekte; üstelik müktesep hak kavramına da aykırılık teşkil etmektedir[595].

Ayrıca Yargıtay'ın müktesep hak nitelendirmesini YürK m. 5'e dayandırmış olması da isabetli değildir. Zira bu hususu özel olarak düzenleyen YürK m. 28/2, eTK uyarınca "*esas sözleşme hükmü ile bazı pay gruplarına tanınmış olan yönetim kurulu üyeliği için aday gösterme hakkı*" TK m. 360'ın sınırını aşsa bile müktesep hak sayılacağını öngörmektedir. Görüldüğü üzere esas sözleşmede öngörülen yönetim kurulunda temsil edilme hakkının TK m. 360'ın çizdiği çerçevenin dışına çıkması halinde "müktesep hak" olarak nitelendirilebilmesi için pay sahibine değil, pay gruplarına bağlanmış olması zorunludur.

Bu noktada üçüncü kişilere ortaklığa karşı alacak hakkı sağlamakla beraber korporatif niteliği haiz olan istisnai iki düzenlemenin belirtilmesinde yarar vardır. İlk olarak TK m. 463 vd. uyarınca şarta bağlı sermaye artırımı kapsamında "değiştirme veya alım hakkı veren borçlanma araçlarının" çıkarılmasına ilişkin esas sözleşme hükümlerinin korporatif nitelik taşıdığı söylenebilir. Zira TK m. 465 uyarınca söz

[595] 11. HD.'nin 2013 ve 2015 yıllarında vermiş olduğu kararların, Alman hukukunda bütün pay sahiplerinin imzaladığı pay sahipleri sözleşmesi hükümlerine esas sözleşmesel nitelik atfeden içtihada (bkz. dn. 509) yakınsadığı gözlenmektedir.

konusu hakların dayanağını oluşturan esas sözleşme hükmünün ortaklık düzeninde sonuç doğurduğu görülmektedir. Burada kastedilen husus, değiştirme veya alım hakkının kullanılması neticesinde, bu haktan yararlananların ortaklığa dâhil olması veya ortaklığın sermayesinin artması değildir. Bir kere TK m. 465'te öngörülen "esas sözleşmedeki dayanak" öyle hükümler içermektedir ki, bunlar ancak ortaklık düzeninde işlerlik kazanabilen kayıtlardır. Daha önemlisi ise TK m. 467/2 uyarınca, esas sözleşmesel dayanağa aykırılığın şirketler hukuku yaptırımlarından faydalanıyor olmasıdır. Anılan hüküm, değiştirme veya alım haklarının sermaye artırımı yapılması, yeni değiştirme veya alım hakları tanınması veya başka bir yolla kayba uğratılamayacağını öngörmektedir[596]. Değiştirme veya alım hakkı veren borçlanma araçlarına ilişkin esas sözleşme hükümlerinin, TK'da öngörülen spesifik hükümlerle korunması nedeniyle, korporatif yapıya dâhil edildiği söylenebilir. Nitekim öğretide, esas sözleşmede öngörülen bu tür bir hakka zarar veren bir genel kurul kararının batıl olacağı belirtilmektedir[597]. Sonuç olarak TK m. 463 uyarınca sağlanan değiştirme veya alım hakkının, ortaklığa karşı alacak hakkı teşkil ettiği; fakat bunun dayanağını teşkil eden esas sözleşme hükmünün korporatif nitelik taşıdığı sonucuna ulaşılmaktadır.

---

[596] Bu tür özel bir koruma hükmü, yukarıda sayılan diğer "üçüncü kişiye sağlanan menfaatler" kapsamında öngörülmemiştir. Dolayısıyla genel kurulun sermaye artırımı, birleşme veya başkaca menfaatler tanınması yoluyla, söz konusu hak sahiplerinin menfaatlerini dolaylı yoldan etkilemelerinin önündeki yegâne engel dürüstlük kuralının uzantısı olan "hakların sakınılarak kullanılması ilkesidir". Bu yönde bkz. Teoman, **İntifa**, s. 259 vd.; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/II**, N. 1223.

[597] Karasu, **a.g.e.**, s. 82; Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **GK**, s. 52. TK m. 467/2'de "değiştirme fiyatının indirilmesi" veya "hak sahiplerine denkleştirme sağlanmış olması", hukuka uygunluk sebebi olarak öngörülmüştür. Kanımca buradan hareketle, ancak tazminat talebinin ileri sürülebileceği, dolayısıyla değiştirme veya alım hakkı veren esas sözleşme hükmünün şeklî hüküm olduğu savunulamaz. Zira söz konusu imkân TK m. 201/1'e benzer şekilde, yalnızca bir hukuka uygunluk sebebidir ve ortaklıksal yaptırımları devre dışı bırakmaz. Ancak TK m. 467/2'deki gibi özel bir koruma hükmünün öngörülmüş olmaması halinde ise değiştirme veya alım hakkı zarara uğratılan kişinin aynen ifa veya tazminat gibi sözleşmesel taleplerle yetinmesi gerekeceğinden, ilgili esas sözleşme hükümlerinin de şeklî nitelik taşıdığı söylenebilirdi. Nitekim intifa senedi veya tahvil sahipleri bakımından durum böyledir. Bkz. Moroğlu, **GK**, s. 187-188. Kurucu intifa senedi sahipleri hakkında bu yönde bkz. Yarg. 11. HD., T. 31.05.2001, E. 2001/3163, K. 2001/4878 [(Çevrimiçi) www.lexpera.com, 20.08.2020]: "*Sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmenin akidi sıfatıyla kendi iç yapısı içinde aldığı bir kararla diğer tarafın haklarını etkileyebileceği düşünülemeyeceğinden, davacı söz konusu genel kurul kararının iptalini istemeden, varolan sözleşme gereğince kâr payı alacağının tahsilini her zaman talep edilebilir*."

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, aynı tespiti TK m. 334 uyarınca kamu tüzel kişilerine yönetim kurulunda temsilci bulundurma hakkı veren esas sözleşme hükmü için de paylaşmak mümkündür. Her ne kadar anılan düzenleme TK m. 360 dolayısıyla imtiyazı çağrıştırsa da, esasında burada pay sahibi sıfatından bağımsız olarak üçüncü kişiye, sonuçlarını ortaklık düzeninde doğuran bir esas sözleşme hükmü aracılığıyla ortaklığa karşı talep hakkı sağlanmaktadır[598].

4. İleri Sürülebileceği Çevre Açısından

Esas sözleşme hükümlerini ileri sürülebileceği kişi çevresi bakımından üç grupta ele almak mümkündür. Bunlar etki alanı dar olandan geniş olana doğru, (i) şeklî esas sözleşme hükümleri, (ii) korporatif esas sözleşme hükümleri ve (iii) ticaret sicilinin olumlu etkisinden faydalanan hükümler olarak sıralanabilir.

Şeklî hükümler yalnızca taraflar arasında geçerli olduğundan dolayı, kuruluş esas sözleşmesinde yer alan bu tür bir hüküm, kural olarak, ne ortaklığı (ve organlarını) ne de sonraki pay sahiplerini bağlar. Bunlar yalnızca kurucuların birbirlerine karşı ileri sürebileceği düzenlemelerdir. Ayrıca kuruculardan başka, esas sözleşmede üçüncü kişilere sağlanan haklara ilişkin hükümler de menfaat sahipleri ile ortaklık arasında sözleşme ilişkisi teşkil etmesi nedeniyle bağlayıcıdır. Bunlar arasında kuruluşta hizmet gören kişiler [TK m. 339/2-(e)], kurucu ve adi intifa senedi sahipleri (TK m. 348, 502), hazırlık dönemi faizi sağlanan pay sahipleri (TK m. 510) ve kazanç payı tanınan yönetim kurulu üyeleri (TK m. 511) sayılabilir. Korporatif hükümler ise esas sözleşmeyi akdeden kurucular ve esas sözleşmede kendisine menfaat sağlananlar haricinde, ortaklık tüzel kişisini, sonradan pay sahibi olanları ve diğer şirket ilgililerini (örn. denetçi) de bağlar. Yine korporatif hükümler kapsamında olmakla birlikte, ticaret sicilinin olumlu etkisinden faydalanan hükümler ise üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir.

TK m. 354/1 uyarınca, esas sözleşmenin tamamının ticaret siciline tescil ve TTSG'de ilan edilmesine karşılık, sicilin olumlu etkisinin yalnızca TK m. 354/1-(a) ilâ (h) bentleri arasında belirtilen hususlara uygulanacağı öngörülmüştür. Ancak TK

[598] Kamu tüzel kişisine verilen hakkın hukuki niteliği ile esas sözleşmesel dayanağın ortaklık içi etkileri hakkında bkz. Tekinalp, **YK**, s. 62-63.

m. 354'te yalnızca TK m. 36/1'e atıf yapılmış olması yetersizdir. Zira TK m. 36/1 tescilin üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edeceği zamanı belirlemekte olup, sicilinin olumlu etkisini düzenleyen hüküm ise TK m. 36/3'tür. Nitekim anılan hükme göre "*üçüncü kişilerin, kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiaları dinlenmez*".

Son olarak sicilin olumlu etkisinden faydalanan hükümler ile korporatif hükümler arasındaki etki alanına dair farkı belirginleştirmekte fayda görülmektedir. Korporatif hükümlerin ileri sürülebileceği çevreye ortaklık (ve ortaklık organları), yönetim kurulu üyeleri, sonradan ortaklığa katılan pay sahipleri ile değiştirme veya alım hakkı tanınan borçlanma aracı sahipleri (TK m. 463 vd.) dâhildir.

Görüldüğü üzere bu kişiler ortaklıkla iradi olarak hukuki ilişkiye giren kişileri kapsamaktadır. Nitekim ortaklıkla bu kişiler arasında vekalet, pay sahipliği veya diğer ortaklıksal ya da sözleşmesel ilişkiler kurulmaktadır. Söz konusu hukuki ilişkilerden birini kurma iradesi olmayan kişiler esas sözleşmenin korpoartif hükümleriyle bağlı değildir. Dolayısıyla bunların *erga omnes* etkisinden söz edilemez. Ancak sicilin olumlu etkisinden faydalanan esas sözleşme hükümleri, şirket ilgilisi olmayan, ortaklık ilişkisine tamamen yabancı üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. Örneğin ortaklığın temsil şeklini düzenleyen esas sözleşme hükmünde, TK m. 370/1 uyarınca çift imza kuralından sapılarak üç imza zorunluluğunun öngörülmesi halinde, buna aykırı olarak akdedilen bir sözleşmenin geçersizliği üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA ESAS SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

I. Esas Sözleşme Özgürlüğünün Genel Hükümler Çerçevesindeki Sınırları

Hukuki işlemlere dair genel hükümler, kendisi de bir hukuki işlem teşkil eden anonim ortaklık esas sözleşmesi bakımından da uygulama alanır bulur. Nitekim MK m. 1, MK'nın sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanacağını; MK m. 5 de, MK'nın ve BK'nın genel nitelikli hükümlerinin, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağını öngörür[1]. Esas sözleşme bakımından bu husus, ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verileceğini düzenleyen TK m. 1'de ayrıca teyit edilmektedir[2]. Anılan hükümlere ek olarak, TK ile MK ve BK arasındaki bağlantıyı kuran BK m. 646 ve TK m. 1 hükümleri de bu durumu pekiştirmektedir.

Esas sözleşme özgürlüğünün, normatif dayanağını AY m. 48, BK m. 26 ve TK m. 340 hükümlerinden aldığı yukarıda açıklanmıştı[3]. Esas sözleşme özgürlüğünün genel hükümler çerçevesindeki sınırlarını çizen temel norm ise BK m. 27'dir[4]. Sözleşmelerin hangi hallerde kesin hükümsüz sayılacağını gösteren bu hüküm, yalnızca borçlar hukuku sözleşmeleri değil, MK m. 5 uyarınca niteliğine uygun düştüğü ölçüde her türlü hukuki işlem bakımından uygulama alanı bulur[5].

---

1 Esas sözleşme bakımından İsviçre hukukunda ZGB 7 (=MK 5) hükmünden hareketle aynı yönde bkz. Koller, **a.g.e.**, s. 107-108; Schucany, **a.g.e.**, Art. 706 N. 2; Kramer, **BK-OR**, Art. 19-20 N. 10; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §25 N. 91. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki kararı için bkz. BGE 95 II 555, s. 559 [(Çevrimiçi) www.bger.ch, 20.08.2020].

2 Bu noktada TK m. 3 uyarınca, esas sözleşme akdedilmesinin ve anonim ortaklık kurulmasının ticari iş niteliğinde olduğu tespitini paylaşmak gerekir. Nitekim söz konusu işlemler TK'da düzenlenen hususları ilgilendiren hukuki işlemlerdir.

3 Bkz. İkinci Bölüm, I, B.

4 İsviçre hukukunda OR Art. 19-20 bakımından bu yönde bkz. Kramer, **BK-OR**, Art. 19-20, N. 10; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §25 N91; Lombardini, **a.g.e.**, Art. 626 N. 8. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki kararları için bkz. BGE 80 II 123, s. 134. Esas sözleşme değişikliği bağlamında bkz. BGE 93 II 30 s. 33. Anılan kararların metni için bkz. (Çevrimiçi) www.bger.ch, 20.08.2020.

5 Kramer, **BK-OR**, Art. 19-20 N. 9; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 128; Akbulut, **a.g.e.**, s. 151.

Anılan hükmün birinci fıkrasına göre, "*[k]anunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*". Hükümde sayılan her bir kavram, ayrı ayrı esas sözleşme özgürlüğünün sınırını teşkil eder. Dolayısıyla kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı (ayrıca bkz. MK m. 23/2), yahut konusu imkânsız olan düzenlemeler, esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarının dışında kalır.

BK m. 27'de anılan "kanunun emredici hükümleri" yalnızca BK'da değil, diğer kanunlardaki emredici hükümleri de içerir. Dolayısıyla SerPK, BankK ve TK'da öngörülen anonim ortaklıklara dair emredici hükümler de BK m. 27 kapsamında değerlendirilmelidir. TK'da yer alan hükümlerin emrediciliğinin tespitinde ise kanunların yorumlanmasında başvurulan klasik yöntemler yerine, TK m. 340'ta öngörülen emredici hükümler ilkesine uygun bir inceleme devreye girer. Dolayısıyla aşağıda ayrıntılı olarak açıklanan emredici hükümler ilkesi uyarınca, anonim ortaklığa ilişkin TK hükümlerinin kural olarak emredici olduğu peşinen söylenebilir[6].

Öte yandan esas sözleşmede yer alan bir düzenlemenin TK'nın emredici bir hükmünü ihlal etmesi, ilgili düzenlemenin taraflar arasında borçlar hukuku zemininde dahi geçerli olamayacağı anlamına gelmez. Nitekim TK'nın emredici hükümlerinin BK m. 27 kapsamında değerlendirilmesine karşılık, kesin hükümsüzlüğün sonuçları kanunda düzenlenmiş değildir[7]. Dolayısıyla uygulanacak kesin hükümsüzlük yaptırımının sonuçlarını, ihlal edilen normun amacını göz önüne alarak tespit etmek gerekir[8]. Bu bağlamda ilgili kanun normu, kararlaştırılan hükmün yalnızca ortaklık düzeninde sonuç doğurmasını veya içerdiği hakkın veya borcun paya bağlı olarak devrolmasını engellemeyi amaçlıyor olabilir. Söz konusu emredici kurala aykırı bir esas sözleşme hükmünün BK m. 27'ye dayanarak kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşacağını; fakat kesin hükümsüzlüğün sonucunun,

---

6 Bkz. dn. 187 ve bağlı metin.

7 Akbulut, **a.g.e.**, s. 36-37.

8 Bu hususta açıklama için bkz. İkinci Bölüm, II, F, 3, d, (2).

ilgili esas sözleşme hükmünün "ortaklık düzeninde hüküm ifade etmemesi" olduğu sonucuna varılabilir.

BK 27'de sayılan diğer kesin hükümsüzlük sebepleri arasındaki "kamu düzenine" aykırılıklar, anonim ortaklıklar hukuku bakımından özel bir önemi haizdir. Nitekim anonim ortaklık düzeni, kamu düzeni kavramının ekonomik boyut kazanmış hali olan "ekonomik kamu düzeninin" en önemli parçalarından biridir[9]. Burada kast edilen, anonim ortaklık düzeninin yalnızca emredici kural ve ilkelerinden oluşan kısmıdır. Ortaklık düzeninin değiştirilmesi mümkün olmayan bu kısmı "kamusal ortaklık düzeni" (*ordre public sociétaire*) olarak da anılır[10]. Bu kapsamda başta TK m. 391/1-(b) ve 447/1-(c)'de anılan anonim ortaklığın temel düzeni akla gelmelidir. Anılan hükümlerde yer alan kavramlar, BK m. 27'ye altlanabilen fakat anonim ortaklıklar hukukuna özgü butlan sebepleridir[11]. Bunun gibi, anonim ortaklığın tanım unsurları ve anonim ortaklıklar hukukuna hakim olan ilkeler de "kamu düzeni" kavramı altında ele alınabilir. BK m. 27 anlamında kamu düzeni yalnızca pozitif hukuk kurallarından oluşmadığı gibi[12], kavramın anonim ortaklıklar hukukundaki yansımaları da yazılı kurallardan ibaret değildir[13]. Zira anılan kuralların büyük

---

9 Anonim ortaklık düzeni ile ekonomik kamu düzeni ve anayasal ekonomik düzen arasındaki ilişki hakkında bkz. Üçüncü Bölüm, I ve Üçüncü Bölüm, II, A, 1, a, (1). Bkz. Tan, **a.g.e.**, s. 52.

10 Yves Guyon, "Liberté Contractuelle et Droit des Sociétés", **Revue de Jurisprudence Commercial, Conférence Association de Droit et Commerce - Tribunal de Commerce de Paris - 27 Janvier 2003**, No: 1, 2003, s. 8; Erdem, **Contrat**, s. 225; Schiller, **a.g.e.**, s. 20-21.

11 Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **GK**, s. 14; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), **2019/I**, N. 722d.

12 Bu yönde bkz. Flume, **Rechtgeschäft**, s. 366; Bucher, **OR**, s. 250; Kramer, **BK-OR**, Art. 19-20, N155; Meise, Huguenin, **a.g.e.**, Art. 19/20 N. 25-26; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, N. 278; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 548. Karş. Akbulut, **a.g.e.**, s. 159 ve orada dn. 518'de anılanlar.

13 Hukuki belirsizliğe yol açabileceği gerekçesiyle aksi görüşte bkz. Karasu, **a.g.e.**, s. 37. Öte yandan yazar, anonim şirketler hukukunun yazılı olmayan ilkelerinin esas sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturduğunu belirtmektedir. Ne var ki anonim şirketlere hakim ilkelerin tamamı, "ekonomik kamu düzeninin" parçası olduğundan, kamu düzeninin anonim şirketler hukukuna yansımasıdır. Dolayısıyla bir yandan BK m. 27'de yer alan "kamu düzeni" kavramını kanun hükümleriyle sınırlamak, diğer yandan anonim şirketler hukukunun yazılı olmayan kurallarının esas sözleşme özgürlüğünü sınırladığını kabul etmek çelişkilidir. Kanımca kamu düzeninin, en azından anonim ortaklıklar hukukunda, yazılı kuralları aşan bir kapsama sahip olduğunu kabul etmek gerekir.

çoğunluğu yazılı olmakla birlikte, anonim ortaklık düzeninin yazılı olması gerekmeyen kuralları da mevcuttur[14].

Bunlardan başka "ahlaka", "kişilik haklarına" aykırı veya konusu "imkânsız" olan kayıtlar da BK m. 27 ve MK m. 23/2 uyarınca esas sözleşme özgürlüğünün dışında kalmaktadır. Emredici hükümlere ve kamu düzenine aykırılıkta olduğu gibi, anonim ortaklıklar hukukuna özgü hükümsüzlük hallerini, söz konusu kavramlara altlamak mümkündür. Bu noktada önemle vurgulanmalıdır ki, BK m. 27'de öngörülen kavramlar birbirlerinden tam olarak ayrılması mümkün olmayan; dolayısıyla kimi zaman kesişen veya örtüşen sınırlamalardır[15]. Dolayısıyla bunların anonim ortaklıklar hukukundaki görünümlerini ayrıştırmak mümkün olmadığı gibi, gerekli de değildir.

II. Esas Sözleşme Özgürlüğünün Anonim Ortaklıklar Hukukuna Özgü Sınırları

A. Anonim Ortaklıklar Hukukunun Emredici Hükümleri

Borçlar hukukunun "*irade özerkliği ilkesinin kol gezdiği bir yedek hukuk kuralları cenneti*" [16] olarak tanımlanmasına ve bu cennette kuralları bireylerin koymasına karşılık; anonim ortaklıklar hukuku, emredici hukuk kurallarının hüküm sürdüğü ve oyunun kurallarını çoğunlukla kanun koyucunun belirlediği bir alan olarak tarif edilebilir. Nitekim anonim ortaklıklar bir taraftan emredici nitelikteki hükümlerle çevrelenmiş; diğer taraftan kamunun gözetimine ve denetimine tabi kılınmıştır[17]. Üstelik özel hukukta sözleşme özgürlüğü ilkesi kabul edilmişken; esas sözleşmenin Kanun'un anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak buna açıkça izin verilmişse sapabileceğini öngören TK m. 340, sözleşme özgrlüğünü istisna haline getirerek emredici hükümler ilkesini benimsemiştir.

---

[14] Fransız hukukunda söz konusu normlar anonim ortaklık düzeninin yazılı olmayan kuralları (*régles non écrits de l'ordre public sociétaire*) olarak anılmaktadır (Leroy, **a.g.e.**, s. 218). Anonim ortaklıklar hukukunun yazılı olması gerekmeyen kuralları hakkında bkz. Üçüncü Bölüm, II, B.

[15] Kramer, **BK-OR**, Art. 19/20 N. 128; Meise, Huguenin, **a.g.e.**, Art 19/20 N. 12.

[16] Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s. 61.

[17] Cosack, **a.g.e.**, s. 130-132; Hirsch, **a.g.e.**, s. 197 ve 202-203; Arslanlı, **AŞ I**, s. 27; İmregün, **AO**, s. 6; Ansay, **a.g.e.**, s. 15-19, 135-141; Göle, **a.g.m.**, s. 445-446; Poroy, (Tekinalp, Çamoğlu), **2010**, N. 447. İsviçre anonim ortaklıklar hukukunun da kural olarak emredici karakterde olduğu, irade özerkliğinin ise istisna olduğu yönünde bkz. Druey, Druey, Glanzmann, **a.g.e.**, s. 92.

Bu başlık altında öncelikle anonim ortaklıklar hukukunun emredici karaktere sahip olmasının gerekçeleri ve devletin ortaklık düzenine müdahale imkânları; ardından TK'da öngörülen hükümlerin emrediciliğinin tespitinde devreye giren emredici hükümler ilkesi açıklanmıştır.

1. Anonim Ortaklıklar Hukukunun Emredici Karakteri ile Kamunun Gözetimi ve Denetimi

a. Anonim Ortaklıklar Hukukunun Emredici Karakterinin Gerekçeleri

Anonim ortaklıklar hukukunun emredici karakterinin başlıca sebepleri arasında (i) anonim ortaklığın ekonomik düzen içindeki rolü, (ii) geniş bir etki alanına sahip olması ve (iii) organizasyonel yapısına özgü menfaat ihtilafları bulunmaktadır. Bu sebepleri sırasıyla açıklamakta fayda vardır.

(1) Anonim Ortaklığın Ekonomik Sistem Açısından Önemi

Toplumsal üretim araçları üzerinde özel mülkiyeti ve girişim özgürlüğünü tanıyan kapitalist ekonomik sistemin lokomotifi, kural olarak, özel teşebbüslerdir. Büyük iktisadi işletmeler çoğunlukla gerçek kişiler veya şahıs şirketleri eliyle işletilmeyip, anonim veya limited şirket çatısı altında örgütlenir[18]. Çalışmada incelenen anonim ortaklık ise sınırlı toplumsal kaynakların verimli şekilde kullanılması; böylece sosyal refahın sağlanması bakımından, en önemli icatlardan biri olarak kabul edilir[19]. Üstelik ulaştıkları güç ve etki alanı dolayısıyla, anonim

---

[18] Karayalçın, **a.g.e.**, s. 5-6; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §3 N. 86. 2019 yılında Türkiye'de 85.263 ticaret şirketi kurulmuşken, tescil edilen gerçek kişi tacirlerin işlettiği ticari işletmelerin sayısı 24.459 olmuştur. Yeni kurulan anonim ve limited şirketlerin toplam sermayesinin, aynı dönemde kurulan bütün ticaret şirketlerinin sermayesine oranı ise %99,98 olarak gerçekleşmiştir. Bilgi için bkz. TOBB, 2019 Aralık Ayına Ait Kurulan ve Kapanan Şirket İstatistiklerin Haber Bülteni, S. 2019/12, 24.1.2020, (Çevrimiçi) www.tobb.org.tr/resmi-istatistik, 5 Nisan 2020.

[19] Columbia Üniversitesi'nin eski rektörü olan iktisatçı *Nicholas Murray Butler* 1911 yılında New York Ticaret Odası'nın yıl sonu yemeğindeki konuşmasında anonim ortaklığı, buhar ve elektrik gücünden bile daha önemli bir icat olarak nitelemiştir. *Butler*'ın sıklıkla atıf yapılan sözleri şu şekildedir: "*Anonim şirket gerek sosyal, ahlaki ve endüstriyel, gerek uzun vadede -[şirketi] anlayacağımız ve kullanabileceğimiz zaman- siyasi etkileri bakımından değerlendirildiğinde modern zamanların en büyük icadıdır. Buhar ve elektrik dahi anonim şirketten çok daha önemsizdir ve şirket olmaksızın bunların görece zayıflığı ortaya çıkmaktadır*". İngilizce aslı: "*... the limited liability corporation is the greatest single discovery of modern times, whether you judge it by its social, by its ethical, by its industrial or, in the long run -after we understand it and*

ortaklıklar ekonomik düzenin en önemli aktörü ve aynı zamanda düzenleyicisi konumuna geçmiştir[20].

Anonim ortaklık düzeninin etkin bir işleyişe sahip olması ile sosyal refahın sağlanması arasında yakın bir ilişki bulunur[21]. Söz konusu ilişki, aynı zamanda anonim ortaklıklar hukuku kurallarının ulusal ekonomik düzen içindeki işlevini ve önemini kavramak açısından mühimdir. Gerçekten anonim ortaklığın ekonomik kamu düzeninin önemli bir unsuru ve korunması gereken bir hukuki kurum[22] olarak ele alındığı görülmektedir[23]. Anonim ortaklığın irade özerkliği temelinde bir hukuki işlemle kurulmasına karşılık, ekonomik sistem içindeki konumundan hareketle, kamusal önemi haiz olduğu dahi ileri sürülmüştür[24]. Bu nedenle kamusal menfaatlerin de söz konusu olduğu anonim ortaklık düzeni emredici hükümlerle

---

know how to use it—by its political, effects. Even steam and electricity are far less important than the limited liability corporation, and they would be reduced to comparative impotence without it". Bkz. Nicholas M. Butler, "Politics and Business", **CXLIII. Annual Banquet of the Chamber of Commerce of the State of New York**, Ed. New York Chamber of Commerce, New York, Press of the Chamber of Commerce, 1911, s. 47.

[20] Anonim ortaklıkların ekonomik işlevleri ve önemi hakkında bkz. Arslanlı, **AŞ I**, s. 3-7; İmregün, **AO**, s. 1-3; Ansay, **a.g.e.**, s. 2-3; Baştuğ, **a.g.e.**, s. 281. vd; Göle, **a.g.m.**, s. 445 vd.; Poroy, (Tekinalp, Çamoğlu), **2019/I**, N. 441.

[21] Birçoğu yerine bkz. Williamson, **Corporation**, s. 1543.

[22] Bu aşamada belirtilmelidir ki anonim ortaklığa ilişkin kurum teorisinin karşısında yer alan sözleşmeci görüşün hakim olduğu ülkelerde (örn. Birleşik Krallık, ABD) dahi anonim ortaklıklar hukuku genellikle emredici niteliktedir. Üstelik anonim ortaklıklar hukukunda irade özerkliğinin sınırlandırılması, sözleşme teorisi çerçevesinde piyasa aksaklıkları temelinde geliştirilen argümanlarla savunulabilmektedir [bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4, b, (4), 2]. Bu sebeple anonim ortaklıklar hukukunun emredici karakterini ve kamunun ortaklık düzenine müdahalesini savunmak için kurum teorisini benimsemek gerekmeyip; sözleşme teorisi çerçevesinde de müdahaleci bir tutum geliştirilebilmektedir. Ekonomi temelli anonim ortaklık teorileri ve teorilerin esas sözleşme özgürlüğüne etkileri hakkında bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4.

[23] Ülke ekonomisinde önemli yeri bulunan anonim ortaklık kurumunun mümkün olduğu kadar toplum yararına işletilmesi gerektiği yönünde bkz. Ansay, **a.g.e.**, s. 15. Karşılaştırmalı hukukta benzer tespitler için bkz. İmregün, **AO**, s. 6 dn. 3. Anonim ortaklıkların ekonomi politikasının en önemli kuruluşu olması nedeniyle, kuruluş ve faaliyetlerinin denetim altına alındığı yönünde bkz. Göle, **a.g.m.**, s. 445. Anonim ortaklıklar hukukunun birincil amacının ekonomik kurumların/birimlerin sağlıklı işleyişini temin etmek ve ekonomik mülkiyet sahiplerinin (pay sahiplerinin) menfaatlerini korumak olduğu yönünde bkz. Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §10 N. 227. Ayrıca anonim ortaklıklar hukukunu, -özel teşebbüs öncülüğünde işleyen- ekonominin bir parçası olduğu yönünde bkz Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §3 N. 89.

[24] Anonim ortaklığın modern kapitalist düzenin temel direği ve düzenleyicisi konumuna geçerek, âdeta kamu kurumu haline geldiği yönünde bkz. İmregün, **AO**, s. 6; Ansay, **a.g.e.**, s. 17-18; Göle, **a.g.m.**, s. 447.

düzenlenmiş; hatta ekonomik yapıyı etkileyebilecek faaliyetlerde bulunan, yahut paylarını halka arz eden ortaklıklar özel kanunlara tabi kılınmıştır[25].

(2) Anonim Ortaklığın Geniş Etki Alanı

Anonim ortaklığın işleyişinden etkilenen menfaat sahipleri çevresi oldukça geniş olup, bunlar arasında pay sahipleri ve yönetim kurulu üyelerinden başka, şirket çalışanları, tedarikçiler, alacaklılar (örn. bankalar ve tahvil sahipleri), müşteriler, çevre ve genel anlamda kamu bulunur[26]. Pay sahipleriyle birlikte bütün şirket ilgililerinin menfaatlerinin, bu kişilerden bağımsız bir gerçeklik olan şirket bünyesinde düğümlendiği, kristalleştiği ve harmanlandığı söylenebilir[27]. Üstelik kredi kuruluşları ve finansal kuruluşları (bkz. BankK m. 3) gibi sistemik önemi haiz ortaklıklar, anılan kişilerin menfaatlerinin ötesinde, ekonomik sistemin bütünü üzerinde etkili olabilmektedir[28]. Dolayısıyla anonim ortaklığın işleyişindeki aksaklıklar ve suistimaller yalnızca şirkete değil, azınlık pay sahiplerine, şirket alacaklılarına, diğer kurumlara ve ekonomik düzene zarar verme riski taşımaktadır[29].

---

[25] Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §3 N. 95; İmregün, **AO**, s. 11.

[26] *Koller*, anonim ortaklığı "*birbirinden farklı birçok menfaatin kesiştiği bir nirengi noktası*" olarak tarif etmiştir. Bkz. Koller, **a.g.e.**, s. 130: *"Gesellschaften sind Bezugspunkt verschiedenster Interessen: Gesellschafter, Gläubiger, oft auch Arbeitnehmer, ja sogar die Allgemeinheit nehmen an ihnen teil"*. Anonim ortaklığın tüzel kişiliğinden ziyade, şirket ilgililerinin arasındaki ilişkilere odaklanan iktisat temelli sözleşmeci yaklaşım da benzer şekilde, şirketi sözleşmesel ilişkilerden oluşan bir bağlantı noktası olarak mütalaa etmektedir (Jensen, Meckling, **a.g.m.**, s. 310). Sözleşme teorisi hakkında bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4, b.

[27] Şirket menfaati kavramı için bkz. Helvacı, Cankat, **a.g.m.**, s. 521. Belirtilmelidir ki yazarlar, şirket menfaatinin, kendisini oluşturan unsurların toplamından oluştuğunu değil, bunları birleştiren ancak bunlardan da ayrı düşünülmesi gereken bağımsız bir yapıda olduğunu ileri sürmektedirler. Şirket menfaatinin, azınlık ve imtiyazlı pay sahiplerinin menfaatlerini dengeleme işlevi görmesi nedeniyle, kavrama özellikle kapalı anonim ortaklıklarda bu kişilerin haklarını ihlal etme amacıyla başvurulduğuna dikkat çeken Wolfhart F. Bürgi, "Bedeutung und Grenzen der Interessenabwägung bei der Beurteilung gesellschaftsrechtlicher Probleme", **Études de droit commercial: en l'honneur de Paul Carry**, Genève, Georg & Cie, 1964, s. 20.

[28] Türkiye'de sistemik önemi haiz bankalar hakkında bkz. Sistemik Önemli Bankalar Hakkında Yönetmelik (23.02.2016 t. ve 29633 sayılı RG). Küresel ölçekte sistemik önem taşıyan bankaların listesi her yıl Finansal İstikrar Kurulu (*Financial Stability Board* - FSB) ve Basel Bankacılık Denetim Komitesi (*Basel Committee on Banking Supervision*) tarafından yayımlanırken; sistemik önemi haiz sigorta şirketlerinin listesi, FSB ve Uluslararası Sigorta Denetçileri Birliği (*International Association of Insurance Supervisors*) tarafından yayımlanmaktadır. Bkz. (Çevrimiçi) https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/policy-development/addressing-sifis/global-systemically-important-financial-institutions-g-sifis/, 03.12.2019.

[29] *Rudolf von Jhering* anonim ortaklık formunun kötüye kullanılarak kamunun menfaatlerinin zarar görmesinden hareketle, anonim ortaklığı hukuk düzeninin en talihsiz kurumlarından biri olarak

Görüldüğü üzere anonim ortaklık düzeni yalnızca toplumsal kaynakların verimli kullanımı bağlamında değil, ortaklığın geniş etki alanı nedeniyle de sosyal refahı yakından ilgilendirir. Anonim ortaklığın etki alanının bu denli kapsamlı olması, anonim ortaklıklar hukuku normlarının da koruma alanının genişlemesine sebep olmuştur. Gerçekten anonim ortaklıklar hukukuna ait kuralların birçoğu mevcut pay sahiplerini korumanın ötesinde, müstakbel pay sahiplerini ve/veya üçüncü kişileri (örn. şirket alacaklıları) emredici hükümlerle korumayı amaçlar[30].

(3) Anonim Ortaklığa Özgü Menfaat İhtilafları

Anonim ortaklıklar hukukunun emredici niteliğini temellendiren bir başka gerekçe ise anonim ortaklığa özgü menfaat ihtilafları ve dışsallıkların mevcudiyetidir. Bütün kişi topluluklarında ortakların/üyelerin menfaatleri arasında belirli ölçüde çatışma olabilmekle beraber, anonim ortaklığın örgütsel yapısı itibarıyla bu durum yoğun bir şekilde gözlenmektedir[31]. Anonim ortaklık yapısı, *inter alia,* tüzel kişilik, sınırlı sorumluluk, hakların sermayeye katılım oranına göre kullanılması (oransallık), payların serbestçe devredilebilmesi ve pay sahiplerinden ayrı bir yönetim kurulunun varlığı (organsallık) gibi temel özelliklere sahiptir[32]. Bu

---

değerlendirmiştir (naklen: Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §3 N. 88). *Katharina Pistor* 2019'da yayımlanan ve popülaritesi hukuk çevrelerinin dışına yayılan "*The Code of Capital*" başlıklı kitabında, anonim ortaklık eliyle toplumsal kaynakların etkin biçimde kullanılabileceğini; fakat tüzel kişiliğin ve sınırlı sorumluluğun suistimal edilerek toplumsal zararlara yol açabileceğini, ABD'de 2008 küresel finans krizinde iflas eden *Lehman Brothers* örneğiyle açıklamaktadır (Pistor, **a.g.e.**, s. 47-51.).

30 Koller, **a.g.e.**, s. 131. Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §3 N. 88; Druey, Druey, Glanzmann, **a.g.e.**, s. 92. *Hirsch* bir kanun hükmünün emredici olup olmadığı araştırılırken, ortaklığın iç ilişkisini mi, yoksa dış ilişkisini mi düzenlediğinin esas alınması gerektiğini belirtmiştir. Yazar ortaklığın iç ilişkilerine özgü hükümlerin, kural olarak, yedek hüküm niteliğinde olduğu görüşündedir (Hirsch, **a.g.e.**, s. 203). Keza genel kurul kararlarının emredici hükümlere aykırı olması halinde, iptal ve butlan yaptırımları bakımından, öğretide ve Yargıtay içtihadında benimsenen "nispi" ve "mutlak" emredici hükümler ayrımı, ilgili normun koruduğu menfaat çevresine dayandırılır. Bu bağlamda mevcut pay sahiplerinden başka, gelecekteki pay sahiplerini ve/veya üçüncü kişileri koruyan (mutlak) emredici hükümlerin ihlalinde, ilgili kararın iptali değil, butlanı söz konusu olur. Birçoğu yerine bkz. Moroğlu, **GK**, s. 69-75.

31 Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §3 N. 3.

32 Bütün hukuk sistemlerinde anonim ortaklığın anılan beş temel özelliğe sahip olduğu yönünde bkz. Armour et al, **Anatomy**, s. 1; Bachmann et. al., **a.g.e.**, s. 5. Oransallık haricindeki dört temel özelliğin üzerinde duran eserler için bkz. Gerner-Beuerle, Schillig, **a.g.e.**, s. 28; Jesse H. Choper, John C. Coffee, Ronald J. Gilson, **Cases and Materials on Corporations**, 6. bs., New York, Aspen, 2004, s. 1-3; William A. Klein, John C. Coffee, Frank Partnoy, **Business Organization and Finance: Legal and Economic Principles**, New York, Foundation Press, 2010, s. 106-110; Davies, Worthington, **a.g.e.**, N. 2.1-2.33.

bakımdan anonim ortaklıklar hukuku, iktisadi işletmelere, söz konusu özellikleri topluca içeren hukuki bir organizasyon ve yönetim yapısı altında örgütlenme imkânı tanır[33]. Ekonomik faaliyetlerin, bu temel özellikleri haiz bir tüzel kişi aracılığıyla gerçekleştirilmesi ise işlem maliyetlerini azaltır[34]. Nitekim anonim ortaklığın büyük iktisadi işletmeler bakımından tercihe şayan olmasının sebebi, belirtilen nitelikleri bir arada barındırmasıdır[35]. O halde anonim ortaklıklar hukukunun esas amaçlarından birinin, anonim ortaklığa temel yapısını tahsis ederek, ekonomik faaliyetlerin yürütülmesinde işlem maliyetlerini düşürmek olduğu anlaşılmaktadır[36].

Ne var ki işletmenin organizasyonel yapısını verimli hale getiren bu özellikler, aynı zamanda anonim ortaklığın doğasına özgü menfaat ihtilaflarına ve olumsuz dışsallıklara kapı aralamaktadır. Anonim ortaklıklarda menfaat ihtilaflarını (i) pay sahipleri ile yöneticiler, (ii) alacaklılar ile şirket (ve pay sahipleri) ve (iii) azınlık pay sahipleri ile çoğunluk pay sahipleri arasındaki ilişkilerde gözlemlemek mümkündür[37]. Örneğin, genel kurulun oy birliği olmaksızın karar alabilmesine olanak sağlayan çoğunluk ilkesi, azınlık karşısında, çoğunluk pay sahiplerine fırsatçı davranışlarda bulunma imkânı verir. Benzer şekilde şirketin uzman kişiler tarafından yönetilmesini mümkün kılan organsallık ilkesi, özellikle dağınık pay sahipliği yapısının görüldüğü ortaklıklarda yönetim kurulunu pay sahipleri karşısında bağımsız ve güçlü konuma getirir. Tasarruf sahiplerini anonim ortaklığa yatırım yapmaya teşvik eden sınırlı sorumluluk ilkesi ise şirket (ve pay sahipleri) karşısında, şirket alacaklılarını sömürüye açık hale getirebilir[38]. Sayılan risklerden hareketle,

---

[33] Günümüzde sermaye ortaklıkları bakımından "kişi birliği" unsurunun yerine, pay sahipleri, alacaklılar, çalışanlar, tedarikçiler ve müşteriler gibi bütün menfaat sahiplerinin koordinasyonunu ifade eden "ekonomik organizasyon" unsurunun ön plana çıktığı vurgulanmaktadır. Bkz. Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 2-08.

[34] Armour et al, **Anatomy**, s. 1; Pistor, **a.g.e.**, s. 47-48. Ekonomik faaliyetlerin şirket bünyesinde yürütülmesinin, piyasada birbirinden bağımsız olarak akdedilen sözleşmelere göre daha verimli olduğu yönündeki ilk çalışma için bkz. Coase, **Firm**, s. 392. Ayrıntılı açıklama için bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4, a, (2).

[35] Göle, **a.g.m.**, s. 445

[36] Armour et al., **Anatomy**, s. 1-4; Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §11 N. 5 vd.

[37] Menfaat ihtilafları ve anonim ortaklığa özgü sakıncalar hakkında bkz. Cosack, **a.g.e.**, s. 130-131; Hirsch, **a.g.e.**, s. 197; İmregün, **AO**, s. 5-6.

[38] Mali durumu kötüleşen şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünün içeriğinin değiştiğine; öncelikli olarak korunması gereken menfaat sahiplerinin pay sahipleri olmayıp, alacaklılar olduğu yönündeki çalışmalar için bkz. Kristin van Zwieten, "Director Liability in

anonim ortaklıklar hukukunun bir başka amacı, şirket ilgilileri arasındaki menfaat ihtilaflarını azaltmak ve koordinasyonu kolaylaştırmaktır[39]. Söz konusu menfaat ihtilafları bağlamında zayıf konumdakileri korumak ise emredici hukuk kurallarıyla sağlanabilmektedir.

b. Devletin Anonim Ortaklık Üzerindeki Gözetimi, Denetimi ve Müdahalesi

Devlet ekonomik düzenin altyapısını oluşturmakla yetinmeyip, bu düzenin sağlıklı işleyişini temin etmek amacıyla, onu gözetimi ve denetimi altında tutar; gerekli gördüğünde ona müdahale eder. Benzer şekilde, anonim ortaklıklar da yalnızca emredici hükümlerle düzenlenmemiş ve kamunun sürekli gözetimi altına alınmıştır[40]. Bu kapsamda devletin anonim ortaklıklar üzerindeki gözetim, denetim ve müdahale yetkileri, ortaklığın kuruluşundan sona ermesine kadar uzanmaktadır[41].

Anonim ortaklığın kuruluş aşamasında kamunun müdahalesine imkân sağlayan mekanizmalar arasında; (i) belirli anonim ortaklıkların kuruluşunun Bakanlığın iznine tabi olması [TK m. 333; İzin Tebliği m. 6/1-(b), 6/2-(c); SerPK m. 39, 49, 65; BankK m. 6]; (ii) anonim ortaklığın kuruluş işlemlerinin ve esas sözleşmesinin, Bakanlığın gözetimi ve denetimindeki ticaret sicili müdürü tarafından

---

Insolvency and Its Vicinity", **Oxford Journal of Legal Studies**, C: XXXVIII, No: 2, 2018, s. 388-391; Paul Davies, "Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency", **European Business Organization Law Review**, C: VII, No: 1, 2006, s. 309-310.

39 Anonim ortaklıklar hukukunun amaçlarının; anonim ortaklığa yukarıda anılan beş temel özelliği vererek işlem maliyetlerini düşürmek, şirket ilgilileri arasındaki koordinasyonu kolaylaştırmak ve menfaat ihtilaflarını azaltmak olduğu yönünde. bkz. Armour et al, **Anatomy**, s. 1-4. Benzer yönde bkz. Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §3 N. 3 ve 88, §11 N. 5 vd. İktisadi yaklaşımın etkisiyle, şirketler hukuku kurallarının, şirket sözleşmesindeki (ortaklık ilişkisindeki) boşlukları doldurmak suretiyle işlem maliyetlerini azaltmasının ön plana çıktığı; böylelikle şirketler hukukunun "kolaylaştırıcı" yönünün (*enabling law*) vurgulandığı gözlenmektedir. Bu yönde bkz. Bachmann et. al., **a.g.e.**, s. 16; Habersack, **Privatrechtsdogmatik**, 823; Fleischer, **Vertrag**, s. 707; Hart, **Firm**, s. 1764; **High Level Report**, s. 29-30; Hacımahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 154.

40 Hirsh, **Ticaret Hukuku**, s. 197; Poroy, (Tekinalp, Çamoğlu), **2019/I**, N. 447; Göle, **a.g.m.**, s. 445-446; Cosack, **a.g.e.**, s. 132.

41 Anonim ortaklıkların gözetimi ve denetimi, kural olarak, Ticaret Bakanlığı tarafından yapılsa da özel kanunlara tabi anonim ortaklıkların kuruluşunda, faaliyete başlamasında, esas sözleşme değişikliğinde, ortaklığın kontrolünün değişmesinde ve başkaca işlemlerinde ayrıca SPK, BDDK ve Rekabet Kurumu gibi bağımsız düzenleyici ve denetleyici kurumdan izin veya onay alma zorunluluğu da bulunmaktadır. Bu hususta TK m. 210/2, 330 ve 333 c. son arasındaki ilişkiye dair açıklama için bkz. Birinci Bölüm, II, A, 2, d.

incelenmesi [TK m. 32, 355/1; TSYön m. 34/1-(e)] ve (iii) Bakanlığın kuruluş sonrasında ortaklığın feshini talep edebilmesi (TK m. 353/1) bulunur. Devlete ortaklığın faaliyeti sırasında gözetim ve denetim imkânı veren yetkiler arasında ise; (i) ortaklıkların TK kapsamındaki işlemlerinin Bakanlık tarafından denetlenebilmesi (TK m. 210/1); (ii) kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsilci bulundurabilmesi (TK m. 334); (iii) belirli genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunluluğu (TK m. 407/3, 422/1; GK Yön m. 32); (iv) ortaklıkların kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemleri yahut muvazaalı faaliyetleri sebebiyle Bakanlığın ortaklığın feshini talep edebilmesi (TK m. 210/3); (v) belirli esas sözleşme değişikliklerinin Bakanlık iznine tabi olması (TK m. 333, 453. Ayrıca bkz. SerPK m. 33/2; BankK m. 16) ve (vi) ticaret sicili müdürünün esas sözleşme değişikliğinin tescili aşamasında inceleme görevi (TK m. 32, 455) bulunur[42].

2. Emredici Hükümler İlkesi (TK m. 340)

a. Genel Tespitler ve *De Lege Ferenda* Öneriler

Emredici hükümler ilkesini düzenleyen TK m. 340 uyarınca, esas sözleşme TK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanun'da buna açıkça izin verilmişse sapabilir. İlkenin tarihçesini, amaçlarını, kapsamını ve yaptırımını da kapsayan pek çok meseleye ilişkin ayrıntılı inceleme alt başlıklarda yapıldığından, burada yalnızca genel tespitlere ve olması gereken hukuk açısından önerilere yer verilmiştir. Bu bağlamda (i) TK m. 340'ın mevcut bir ilkeyi yazılı hukuka (*lex scripta*) aktarmayıp, devlet eliyle bir ilke yarattığı; (ii) bununla birlikte ilkenin esas sözleşmenin çevresine örmeye çalıştığı kalın duvarda delikler açılmaya çalışıldığı; (iii) anonim ortaklıklara olan ilginin azalmasının, emredici hükümler ilkesinin benimsenmesine eşlik ettiği ve (iv) kanun koyucunun çözmeyi amaçladığı

[42] Yukarıda sayılan mekanizmalara ek olarak, bağımsız denetime tabi anonim ortaklıklar bakımından (TK m. 397), denetim faaliyetini yürüten bağımsız denetçilerin ve denetim kuruluşlarının da kamu gözetimine ve denetimine tabi olduğu belirtilmelidir. Bkz. 2.11.2011 t. ve 28103 sayılı RG'de yayımlanan 660 sayılı Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 9/1-(d); 26.12.2012 t. ve 28508 sayılı RG'de yayımlanan Bağımsız Denetim Yön m. 39.

sorunlardan daha fazlasına yol açtığı tespitleri paylaşılmıştır. Son olarak kanun koyucuya çağrı niteliğinde bazı önerilere yer verilmiştir.

"*Emredici hükümler*" kenar başlıklı TK m. 340'ın mehazı, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, Alman hukukunda emredici hükümler ilkesini (*Grundsatz der Satzungsstrenge*[43]) düzenleyen AktG §23/5 hükmüdür. Anılan hükmün 1901 ilâ 1928 yılları arasında verilen Alman İmparatorluk Mahkemesi (*Reichsgericht*) kararlarına dayanması ve sonraki tarihsel gelişimi[44] dikkate alındığında, Alman hukukunda tartışmalı da olsa en azından mevcut olan bir ilkeyi kanuna aktardığı söylenebilir[45]. Ancak bu tespiti Türk hukuku bakımından paylaşmak mümkün değildir. Nitekim TK'nın 2012'de yürürlüğe girmesinden önce, hukukumuzda TK m. 340'a benzer bir kural bulunmamaktaydı[46]. Dolayısıyla anılan hüküm, örneğin TK m. 357'de düzenlenen eşit işlem ilkesinden farklı olarak, hukukumuzdaki mevcut bir ilkenin kodifikasyonu olarak nitelendirilemez.

Alman hukukunda 120 yıl öncesinin içtihatlarına dayanan ve AktG'nin hazırlık aşamasında dahi öğretinin çoğunluğu tarafından kabul görmeyen emredici hükümler ilkesi, Türk hukukunda hiçbir tarihsel izi olmamasına rağmen ithal edilmiştir. TK'nın yürürlüğe girmesine kadar, İsviçre hukukuna benzer şekilde, esas sözleşmenin emredici hukuk kuralları çerçevesinde özgürce düzenlenebileceğinin kabul edilmesine karşılık, TK m. 340'ın kabulüyle anonim ortaklıklar hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesinin bertaraf edildiği görülmektedir. Bu durumu mevcut bir

---

[43] Alman hukukunda öğretide ve içtihatta "tip sıkılığı" kavramına benzer şekilde "esas sözleşmenin sıkılığı/katılığı" anlamına gelen *Satzungsstrenge* terimi tercih edilmekle birlikte, "*Satzungsautonomie"* (esas sözleşme özgürlüğü) kavramının zıt anlamı olan "*Satzungsheteronomie*" terimine de rastlanmaktadır. Bkz. Hopt, **ZGR**, s. 144.

[44] Bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2, b, (1).

[45] AktG 1965'in kabulü aşamasında ilkenin öğretideki hakim görüşü yansıtmaması nedeniyle, AktG §23/5'in mevcut bir ilkenin kodifikasyonundan ibaret sayılamayacağı yönündeki itirazlar hakkında bkz. dn. 89 ve bağlı metin.

[46] TK'nın yürürlüğe girmesinden önce anonim ortaklık esas sözleşmesi bağlamında sözleşme özgürlüğü ilkesini bertaraf eden bir kurala Yargıtay kararlarında da yer verilmemiştir. Öte yandan öğretide anonim ortaklıklar hukuku normlarının çoğunluğunun emredici nitelikte olduğu kabul edilmekteydi. Bkz. dn 17'de anılan eserler. Ayrıca bkz. Temyiz Mahkemesi (Yargıtay) Ticaret Dairesi T. 13.06.1962, E. 3541, K. 1671: "*Şirketlere taallûk edip de âmir hüküm olup olmadığında tereddüt edilen hükümlerin mahiyetinin tesbitinde evvelâ o hükmün şirketin iç veya dış münasebetlerinden hangisini ilgilendirdiği araştırılmalıdır. İç münasebetle ilgili hükümler aksine sarahat yoksa müfessir, dış münasebetle ilgili olanlar âmirdir*". (İmregün, **AO**, s. 158 dn 105'ten naklen). Ayrıca bkz. dn. 30'da *Hirsch* tarafından ortaya koyulmuş olan emredicilik ölçütü.

ilkenin kanuna aktarılmayıp, araçsal bir yaklaşımla (*legal instrumentalism*) devlet eliyle ilke yaratılması olarak tarif etmek mümkündür[47].

TK'da yer alan maddelerin kenar başlıklarının metne dâhil olduğunun açıkça düzenlenmesi (TK m. 1534) karşısında, TK m. 340'ın kenar başlığının yalnızca "*Emredici hükümler*" olması[48] ve anılan hükme TK m. 357 vd.'da düzenlenen "*D) Temel İlkeler*" arasında yer verilmemesi dikkat çekmektedir. Ancak TK m. 340'ın, hukukumuza yabancı da olsa, nihayetinde Alman hukukunda yerleşmiş olan emredici hükümler ilkesini benimsemiş olduğu ortadadır. Normun anonim ortaklıklar hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesini bertaraf ettiği ve TK'nın anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerini emredici hale getirdiği dikkate alındığında, bunu sözleşme özgürlüğü ilkesinin karşısında konumlandırmak mümkündür. O halde TK m. 340'ın uygulanmasında yalnızca mevcut düzenlemenin lafzı ve amaçlarının değil, özellikle AktG §23/5'ten ayrışmadığı noktalarda, mehaz hukukta emredici hükümler ilkesi hakkındaki müktesebatın da dikkate alınması gerekir.

Pay sahiplerinin sözleşme özgürlüğünü fazlaca kısıtlamasına ve esas sözleşmeleri tek tip hale getirmesine yönelik eleştiriler bağlamında, emredici hükümler ilkesinin anonim ortaklığa giydirilen bir "*çelik korse*"ye[49] veya "*Prokrustes'in yatağı"*na[50] benzetildiği görülmektedir[51]. Ne var ki ilkenin esas

---

47 Hirsch, **a.g.e.**, s. 12: "*Kaideden hukuk çıkarılmaz, olan hukuktan kaide çıkar. Bütün hukukî müesseseler ... devletten ve devlet kanunlarından arî olarak cemiyetin toplumsal hayatından doğmuştur*".

48 TK m. 340'ın kenar başlığın yanıltıcı olduğu ve "*emredici hükümler ilkesi*" olması gerektiği yönünde bkz. Karasu, **a.g.e.**, s. 45.

49 Bu analojiyi ilk kez kullanan, bkz. Mertens, **a.g.m.**, s. 426. Takiben bkz. Hirte, **a.g.m.**, s. 69; Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1026; Kalss, Fleischer, **a.g.m.**, s. 693; Moroğlu, **Tasarı 2016**, s. 151. Ayrıca ilkenin "*beton bloklarla çevrili esas sözleşme*" yaratacağını ifadesi için bkz. Pulaşlı, **Şerh I**, §29 N. 35.

50 Fleischer, **Vertrag**, s. 687. Yunan mitolojisinde *Prokrustes*, konuk ettiği misafirlerini yatağına sığdırmak için, boyu kısa gelirse kol ve bacaklarını mengene ile gererek uzatan; uzun gelirse dışa taşan kısımlarını kesen bir dev olarak betimlenir. Dolayısıyla *Prokrustes*'in yatağı, belirli kalıplar dışına taşan her şeyin standart bir yapıya sahip olması gerektiğini savunan görüşün sembolüdür.

51 Aynı gerekçeyle *Mertens*, geleceğin iktisat tarihçilerinin AktG §23/5 hükmünün Sovyet rejimi altındaki Doğu Almanya (Almanya Demokratik Cumhuriyeti) ürünü bir düzenleme olabileceği konusunda şüpheye düşebileceklerini ironik bir şekilde ifade etmiştir (Mertens, **a.g.m.**, s. 427). Esas sözleşme özgürlüğünün TK m. 340 aracılığıyla sınırlandırılmasına yönelik diğer eleştiriler için bkz. Karasu, **a.g.e.**, s. 127-129 (yalnızca halka açık olmayan anonim ortaklıklar açısından); Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 229; Bahtiyar, **Tasarı 2016**, s. 71; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 177; Akdağ Güney, **a.g.e.**, s. 286.

sözleşme özgürlüğü üzerindeki kısıtlayıcı etkisini yumuşatmak adına, öğretide daraltıcı yorumdan teleolojik redüksiyona, hatta düzeltici yorum adı altında *contra legem* yorumlara varan görüşlerin ileri sürüldüğü gözlemlenmektir. Hukuk metodolojisinin sınırlarını zorlayan bazı yaklaşımların TK m. 340'ı budaması karşısında, *Prokrustes'in yatağı'*na yatırılanın bizzat emredici hükümler ilkesi olduğu görülmektedir.

İlkenin esas sözleşme serbestisi üzerindeki kısıtlayıcı etkisinin, ülkemizdeki ortaklık türü tercihini etkileyip etkilemeyeceği merak konusu olmuştur[52]. Nitekim İsviçre'nin aksine, Almanya'da limited ortaklığın anonim ortaklığa göre daha sık tercih edilmesi emredici hükümler ilkesine bağlı olarak esas sözleşme özgürlüğünün sınırlılığıyla da açıklanmaktadır[53]. Hatta emredici hükümlerin yoğunlaşmasına bağlı olarak anonim ortaklıkların daha az tercih edilir olması 1990'ların başında "*anonim ortaklığın krizi*" olarak anılmıştır[54]. Türk hukukunda ise emredici hükümler ilkesi yalnızca anonim ortaklıklara değil, limited ortaklıklara da uygulanmaktadır (TK m. 579). Ancak TK'nın limited ortaklıklara ilişkin hükümlerinde şirket sözleşmesinde düzenlenebilecek çok sayıda hükme açıkça izin verilmiştir (örn. TK m. 577, 603, 606)[55]. Dolayısıyla ilkenin kabulünün, anonim ortaklık esas sözleşmesi bağlamında irade özerkliğini, limited ortaklık sözleşmesine göre daha fazla kısıtlamış olduğu söylenebilir. O halde Türkiye'de yeni kurulan anonim ve limited ortaklık sayıları bu gözlükle karşılaştırılarak, TK m. 340'ın uygulama üzerindeki etkileri hakkında en azından bir fikir edinmek mümkün olabilir.

Elbette şirket kuruluşu sayıları ile emredici hükümler ilkesi arasında doğrudan bir nedensellik bağı kurulamaz. Zira vergisel teşviklerin şirket türüne göre farklılaşabilmesi, sermayenin korunmasına ilişkin kurallar gibi TK'da şirket türleri açısından öngörülen farklı düzenlemeler ve limited şirketlerin ekonomik krizlerden

---

[52] Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 6.

[53] Eddy Wymeersch, "Gesellschaftsrecht im Wandel: Ursachen und Entwicklungslinien", **ZGR**, C: XXX, No: 2, 2001, s. 306.

[54] Assmann, **GroßK 2004**, Einl. Rn. 291; Hopt, **ZGR**, s. 125.

[55] Esas sözleşme hükümleri bakımından kazuistik kanun yapma tekniğine en yakın olan düzenlemeler arasında TK'nın limited şirketlere ilişkin hükümlerinden başka, ABD'de DGCL ve *Model Business Corporation Act* (MBCA) sayılabilir. Bunlar hakkında bkz. dn. 180 ve 208.

daha çabuk etkilenmeleri[56] gibi değişkenler de mevcuttur. Ayrıca TK'nın 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girmesinden sonra, anonim ortaklıkların esas sözleşmelerini Kanun'la uyumlu hale getirmeleri için 1 Temmuz 2014'e kadar süre tanınmış olması [57] ve emredici hükümler ilkesinin etkilerinin uygulayıcılar tarafından anlaşılmasının zaman alması gibi hususları da dikkate almak gerekir.

En azından anılan son etkiden arındırılmış bir veriye ulaşabilmek adına, 2015 ilâ 2019 yılları arasındaki beş yıllık dönemde yeni kurulan anonim ortaklıkların limited ortaklıklara oranına bakılabilir. Bu oran 2015 yılında yaklaşık %24,2 iken, her yıl istikrarlı bir düşüş göstererek sırasıyla %23,8; % 21,4; %16,4[58] ve %15,7 olarak gerçekleşmiştir[59]. Halbuki TK'nın 2012'de yürürlüğe girmesinden önce, 2007 ilâ 2011 arasındaki 5 yıllık dönemde yeni kurulan anonim ortaklıkların limited ortaklıklara oranında yıldan yıla bir azalış yaşanmamıştır [60]. Açıklanan veriler doğrultusunda anonim ortaklıklar hukukunda esas sözleşme özgürlüğünün daraltılması ile ilginin limited ortaklıklara kayması arasında, doğrudan bir nedensellik olmasa da bir bağıntı olduğu söylenebilir.

---

[56] Şirket kuruluşu sayısındaki artış daima ekonomik büyümenin göstergesi olmadığından, ilgili şirket türüne olan ilginin sebebi bakımından yanıltıcı olabilir. Başka bir ifadeyle, şirketlerin iflası, iflas riski veya ticari işletmelerin farklı saikler ve yollarla kabuk değiştirmeleri sebebiyle de şirket kuruluş (ve kapanış) sayılarında geçici artışlar yaşanabilmektedir. Örneğin ülkemizde pandeminin ekonomik etkilerinin yakından hissedildiği 2020 yılının Haziran ayında, pandemiye karşı alınan idari tedbirlerin hafifletilmesiyle şirket kuruluşu sayısı bir önceki aya göre %179,12, bir önceki yılın aynı ayına göre ise %109,34 artmışken, kapanan şirket sayılarında da benzer oranlarda artışlar yaşanmıştır.

[57] Bkz. YürK m. 22 ve Anonim ve Limited Şirketlerin Sözleşmelerinin Türk Ticaret Kanununa Uyumlu Hale Getirilme Süresinin Uzatılmasına İlişkin Tebliğ (29.06.2013 t. ve 28692 sayılı RG).

[58] 2017'de %21,4 olan bu oranın 2018'de ani bir düşüşle %16,4 olarak gerçekleşmesinin arkasında, limited şirketlerin kuruluşunun kolaylaştırılması amacıyla, nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesi şartının kaldırılmasının bulunması muhtemeldir. Söz konusu değişiklik 7099 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (10.03.2018 t. ve 30356 sayılı RG) m. 25'in 15.03.2018'de yürürlüğe girmesiyle gerçekleşmiştir.

[59] Veri için bkz. https://www.tobb.org.tr/BilgiErisimMudurlugu/Sayfalar/KurulanKapananSirketistatistikleri.php (Çevrimiçi), 22.07.2020.

[60] Bu oran 2007 ve 2011 yılları arasında, sırasıyla, yaklaşık %6,7; %5,3; %4,5; %5,9 ve %5,8 olarak gerçekleşmiştir. 2010 ve sonraki yıllara ait veriler için bkz. https://www.tobb.org.tr/BilgiErisimMudurlugu/Sayfalar/KurulanKapananSirketistatistikleri.php, (Çevrimiçi), 22.07.2020. 2010'dan önceki yıllara ait veriler için bkz. http://www.tuik.gov.tr/PreTabloArama.do?metod=search&araType=hb_x, (Çevrimiçi), 22.07.2020.

TK 340'a ilişkin değinilmesi gereken bir başka husus da, hükmün çözmeyi vadettiği sorunlardan daha fazlasına yol açmış olmasıdır. Nitekim hükmün içerdiği "sapma" ve "tamamlama" kavramlarının ayrıştırılması; kanunun sessiz kaldığı konuların esas sözleşmede düzenlenip düzenlenemeyeceği; ayrıca kanundan sapmak için "açık" iznin tespitinde ilgilini normun lafzının ötesine geçilebilmesinin mümkün olup olmadığı sorunlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Hükmün mehazdan ayrılan ikinci cümlesinin anlamlandırılması ise kendi içinde başkaca sorunları barındırmaktadır. Örneğin, TK hükümlerini tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin öngörülüp öngörülemeyeceği ve "*o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar*" ifadesinin ne anlama geldiği bunlar arasında sayılabilir.

TK 340'ın kapsamı, etkileri ve yol açtığı yeni sorunlar dikkate alındığında, mehaz hukukta tarihsel bir kalıntı olarak görülen bu hükmün hukukumuza aktarılmış olmasının isabetsiz olduğu ve en kısa zamanda TK'dan çıkarılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta, Alman hukukunun diğer kurum ve kuralları gibi etkili olmayıp özgün bir norm olarak kalması nedeniyle, ilke "*uluslararası alanda değersiz bir tektaş*"a benzetilmektedir[61]. Mehaz hukukta dahi şiddetle eleştirilen ve karşılaştırmalı hukukta kabul görmemiş bir ilkenin Türk anonim ortaklıklar hukukunun gelişimini yavaşlatmasına izin verilmemelidir.

Şayet maddenin korunması tercih edilecekse, ya birinci cümlede yer alan "açıkça" ibaresi kaldırılmalı[62] ya da TK'nın sapılmasına izin verdiği münferit hükümlere bu hususun açıkça anlaşılacağı ifadeler eklenmelidir[63]. Ayrıca TK m. 330 ve TK'nın diğer kanunları saklı tutan hükümleriyle çelişen TK m. 340 c. 2'nin maddeden tamamen çıkarılması gerekir. Söz konusu değişiklikler sayesinde en

---

[61] Holger Fleischer, Der Einfluß der Societas Europaea auf die Dogmatik des deutschen Gesellschaftsrechts, **Archiv für die civilistische Praxis**, C: CCIV, No: 3/4, 2004, s. 517. Karşılaştırmalı hukuk açısından inceleme için bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2, d.

[62] AktG §23/5 bakımından bu yönde bkz. Hopt, **ZGR**, s. 145; Kalss, Fleischer, **a.g.m.**, s. 702.

[63] Alman hukukunda bu yönde bkz. Walter Bayer, "Unterschiede im Aktienrecht zwischen börsennotierten und nichtbörsennotierten Gesellschaften", **Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010: Unternehmen, Markt und Verantwortung**, Berlin, De Gruyter, 2010, s. 388; Thomas Raiser, Rüdiger Veil, **Recht der Kapitalgesellschaften**, 5. bs., München, Verlag Franz Vahlen, 2010, s. §11 Rn. 3. Ancak her bir kanun hükmünün ayrı ayrı emrediciliğini tespit etmenin ve sapmanın sınırlarını belirlemenin kapsamlı bir çalışma gerektireceği peşinen belirtilmelidir.

azından hükmün doğurduğu yeni sorunlar büyük ölçüde ortadan kaldıracaktır. Hükmün uygulama alanının halka açık anonim ortaklıklarla sınırlandırılması yönündeki çağrıların ise hâlihazırda sermaye piyasalarındaki kapsamlı ve nispeten daha etkin kontrol mekanizmalarını dikkat almaması gerekçesiyle yüzeysel kaldığı söylenebilir[64].

b. İlkenin Tarihçesi ve Alman Hukukundaki Güncel Gelişmeler

(1) İlkenin Tarihçesi

Emredici hükümler ilkesi Alman hukukuna özgü olup, kaynağını AB veya farklı bir ülke hukukundan değil, Alman İmparatorluk Mahkemesi içtihadından alır. İlkenin tarihsel kökeninin izi sürüldüğünde, karşımıza 25 Eylül 1901 tarihli İmparatorluk Mahkemesi kararı çıkmaktadır[65]. Davaya konu uyuşmazlıkta pay sahibi, kuruluş esas sözleşmesindeki bir düzenlemeye dayanarak alınan genel kurul kararıyla kendisinin şirketten çıkarılmasına karşı dava açmıştır. İlgili esas sözleşme hükmünde tarım birliği üyeliği sona eren pay sahibinin ortaklıktan çıkarılabileceği öngörülmüştür. Ayrıca hükümde, çıkarılan pay sahibine paylarının itibari değerinin ödeneceği ve paylarını gözetim kurulu (*Aufsichtsrat*) veya genel kurul tarafından belirlenecek üçüncü kişiye devredeceği öngörülmüştür. Pay sahibi kendisinin ortaklıktan çıkarılmasına dair genel kurul kararının butlanının tespitini istemiş; bu talebini ise HGB §211-212'de[66] öngörülen tek borç ilkesine dayandırmıştır[67]. İmparatorluk Mahkemesi davacıyı haklı bulduğu kararında, gerekçesini şu şekilde ifade etmiştir:

> "Ne eski ne de yeni HGB'de ..., anonim ortaklıklar bakımından, pay sahiplerinin ortaklıkla ilişkilerinde şirket sözleşmesinin öncelikli olduğuna dair bir düzenleme bulunmaktadır. Pay sahipleri ile ortaklık arasındaki ilişkilere dair hükümler, yalnızca

---

[64] Emredici hükümler ilkesinin halka açık anonim ortaklıklardaki rolüne dair kapsamlı bir analiz yapan *Hirte*, ilkenin bu bağlamda temellendirilemeyeceğini ortaya koymuştur (Hirte, **a.g.m.**, s. 71-96). Aynı yönde bkz. Hopt, **ZGR**, s. 144 ve orada dn. 103'te anılanlar.

[65] RGZ 49, 77. Bu yönde bkz. Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1006.

[66] AktG 1937'den önce anonim ortaklıklar HGB'de düzenlenmekteydi. 1896 tarihli HGB §211'de düzenlenen tek borç ilkesi ve §212'de düzenlenen ikincil yükümlülükler daha sonra AktG §54-55'e taşınmıştır.

[67] Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1006.

> kanun buna açıkça izin verdiği ölçüde yedek hukuk kuralı niteliğindedir (bkz. eski HGB §216-226, yeni HGB §210-230)"[68].

Emredici hükümler ilkesinin âdeta tohumunu atan bu kararın, ilkeyi pay sahipleri ve ortaklık arasındaki ilişkilerle sınırlı olarak ortaya koyduğu görülmektedir. 12 Ocak 1907 tarihli ikinci kararında[69] ise İmparatorluk Mahkemesi emredici hükümler ilkesini bu defa anonim ortaklıklar hukukunun tamamına teşmil etmiştir[70]. Davanın konusu, yeni bir üretim tesisi kurulmasına ilişkin alınan genel kurul kararının şekle aykırılık dolayısıyla hükümsüzlüğüne ilişkindir. Zira ilgili genel kurul kararının yer aldığı toplantı tutanağı, esas sözleşmede öngörüldüğü gibi üç pay sahibinin değil, fakat HGB §259'a uygun şekilde iki pay sahibinin imzasını taşımaktaydı. Mahkeme davacıyı haksız bularak, kanundan sapan esas sözleşme kaydının hüküm ifade etmediğine karar vermiştir. Mahkeme, kararın gerekçesinde şu ifadelere yer vermiştir:

> "Bilakis anonim ortaklık hakkında ilk sırada kanun uygulanır, esas sözleşme ise yalnızca kanunun ona atıf yaptığı, yahut ona [kanunu] değiştirme veya tamamlama imkanı tanıdığı ölçüde uygulanabilir. ... Anonim ortaklığa ilişkin hükümlerde, şirket sözleşmesine [kanunu] tamamlama veya değiştirme imkanının tanınmadığı durumlarda, bu kısım hükümleri şirket sözleşmesiyle tamamlanamayan ve değiştirilemeyen mutlak hükümler olarak görülmelidir"[71].

Alman hukukunda emredici hükümler ilkesinin temel taşını koyan İmparatorluk Mahkemesi'nin bu içtihadı neticesinde, anonim ortaklıklar hukukunda özel hukukta geçerli olan irade özerkliği ilkesinden sapılmıştır[72]. Böylesine keskin bir sapmanın önemli pratik sonuçları olmasına rağmen, hem ilgili kararlarda dişe dokunur bir gerekçeye yer verilmemesinin hem de dönemin öğretisinde buna karşı

---

[68] RGZ 49, 77, s. 80.

[69] RGZ 65, 91.

[70] Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1007; Kuntz, **a.g.e.**, s. 433.

[71] RGZ 65, 91, s. 92

[72] Barz, **GroßK 1973**, §23 Rn. 18. İmparatorluk Mahkemesi'nin bu yaklaşımı, ilk derece mahkemelerinin verdiği birçok karara yansımış ve öğretide de kısmen benimsenmiştir. Bkz. Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1008'de dn. 80'de anılan kararlar ve eserler.

yöneltilen eleştirilerin sınırlı kalmasının şaşırtıcı olduğu dile getirilmiştir [73]. Münferiden dile getirilen eleştiriler arasında ise (i) sıradan esas sözleşme hükümlerinin bile bu içtihat nedeniyle geçersizlik yaptırımı tehdidi altına girdiği; (ii) kanun koyucunun inşa etmek istediği anonim ortaklık modeline ulaşmak için emredici hükümler ilkesine gerek bulunmadığı; (iii) özellikle organlar arası yetki paylaşımının kanunda yetersiz şekilde düzenlenmiş olmasının sorunlara yol açabileceği ve (iv) ilkenin anonim ortaklıklar hukukunun gelişmesine ket vuracağı dile getirilmiştir[74].

Bu noktada önemle vurgulanması gereken husus, AktG §23/5 ve TK m. 340'ta yer alan düzenlemeden farklı olarak, 1901 ve 1907 yıllarındaki kararlarda, hem kanundan "sapan", hem de onu "tamamlayan" esas sözleşme hükümleri bakımından kanunun açık izninin aranmasıdır. Ne var ki anılan kararlar, öğretide tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri açısından kanunda açık izin aramaya gerek olmadığı şeklinde yorumlanmıştır[75]. İmparatorluk Mahkemesi 17 Şubat 1928 tarihli kararında ise tamamlayıcı esas sözleşme değişiklikleri bakımından öğretide savunulan bu yaklaşımı zımnen benimsemiştir[76]. Ancak bu hususta yerel ve bölge yüksek mahkeme kararları istikrarlı bir çizgiyi takip etmemiş; pek çok kararda 1901 ve 1907 yıllarındaki içtihada bağlı kalındığı görülmüştür. Örneğin, Dresden Bölge Yüksek Mahkemesi tamamlayıcı hükümler için kanunda açık izne gerek olmadığına karar vermişken, Berlin Yüksek Mahkemesi 1901 ve 1907 içtihatlarını takip etmiştir[77].

---

[73] **a.e.**, s. 1007; Walter Brugger, "Aktuelles zur Satzungsstrenge nach OGH 6 Ob 28/13f", **Österreichische Notariatszeitung**, C: LIII, 2014, s. 145.

[74] Heinz Pinner, "Die Zulässigkeit dr Ausgestaltung des Aktienrechts durch die Satzung", **Zentralblatt für Handelsrecht**, C: V, 1930, s. 307; Oscar Netter, "Zur Frage der Nichtigkeit befriesteter Kapitalerhöhungsbeschlüsse einer Aktiengesellschaft", **Juristische Wochenschrift**, C: IX, 1939, s. 3694; Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1008; Kuntz, **a.g.e.**, s. 434.

[75] Tek borç ilkesini ihlal etmeyip, anonim ortaklığın yasal düzenini açıklayan ve tamamlayan hükümler bakımından bu yönde bkz. Friedrich Goldschmit II, "D", **Juristische Wochenschrift**, C: LVII, No: 42, 1928, s. 2619; Pinner, **a.g.m.**, s. 307-308.

[76] RGZ 120, 177, s. 179 – II 275/27.

[77] Arnold, **KK**, § 23 Rn. 129. Anılan bölge yüksek mahkemesi kararları ve tamamlayıcı hükümler yönünden katı tutumu benimseyen yerel mahkeme kararları için bkz. bkz. Spindler, **Satzungsfreiheit,** s. 1009.

Diğer taraftan Weimar Cumhuriyeti döneminde 1920'lerin başından itibaren, emredici hükümler ilkesine karşı eleştirilerin şiddetinin arttığı söylenebilir. Öyle ki hakim öğretinin, anılan ilkeyi tamamen reddettiği ve bunun yerine, geniş bir esas sözleşme özgürlüğünü savunduğu belirtilmektedir[78]. Bu kapsamda sözleşme özgürlüğünün istisna değil, kural olması; dolayısıyla kanundan sapan veya onu tamamlayan esas sözleşme hükümlerinin, emredici bir normu ihlal etmediği sürece geçerli olması gerektiği ileri sürülmüştür[79]. İlkeye karşı eleştirilerin artmasının arkasında ise anonim ortaklık ilişkilerinin ekonomik gerçekliği ile hukuki kalıbı arasındaki ayrışmanın belirgin hale gelmiş olması yatmaktadır. Başka bir anlatımla, *de facto* ortaklık yapılarının, kanunda öngörülen anonim ortaklık modelinden uzaklaşmış olması, esas sözleşme serbestisinin daraltılmasına karşı yöneltilen eleştirilerin temel sebebi olarak gösterilmektedir[80]. Kanun hükümlerinin, anonim ortaklıkların ihtiyaçlarının gerisinde kaldığı için, esas sözleşme serbestisini dar bir alana hapsettiği ifade edilmiştir[81]. İlkeye karşı günümüzde yöneltilen eleştirilerin temel sebepleri arasında da aynı argümanın bulunması şaşırtıcı değildir.

30 Ocak 1937 tarihli AktG'de ("AktG 1937") emredici hükümler ilkesine veya esas sözleşme özgürlüğünü etkileyen benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak İmparatorluk Mahkemesi'nin içtihadı çerçevesinde, anonim ortaklıklar hukuku normları kural olarak emredici sayıldığından dolayı, esas sözleşme özgürlüğünün oldukça daraldığı söylenebilir. Zira anonim ortaklıklar hukukuna ilişkin ayrıntılı hükümler içermeyen 1897 tarihli HGB'den farklı olarak, AktG 1937'de anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerin sayısı oldukça artmıştır[82]. Emredici

---

[78] Dönemin yazarları arasında *Brodmann*, *Fischer*, *Goldschmit II*, *Ring, Pinner ve Wenck* tarafından emredici hükümler ilkesinin reddedildiği yönünde bkz. **a.e.**, s. 1010 ve orada dn. 88'de anılanlar.

[79] Netter, **a.g.m.**, s. 3694; Pinner, **a.g.m.**, s. 308. İmparatorluk Mahkemesi'nin benimsediği içtihadı reddeden bu yaklaşım çerçevesinde, ilgili hükmün emrediciliği amaca uygun yorum faaliyeti sonucunda açıkça anlaşılmalıydı (**a.e.**, s. 1011).

[80] **a.e.**, s. 1011.

[81] Reform tartışmaları bağlamında anonim ortaklıklar hukukunun yeni gelişmelere ayak uydurmasını ifade etmek amacıyla, "yaşayan anonim ortaklıklar hukuku" (*lebenden Aktienrecht*) kavramına başvurulmuştur (**a.e.**, s. 1012).

[82] İmparatorluk Mahkemesi'nin 1901 ve 1907 yıllarındaki kararlarına karşı, öğretideki eleştirilerin cılız kalmasının sebebinin, 1897 tarihli HGB'de anonim ortaklıkları düzenleyen hükümlerin sayısının az olduğu yönünde bkz. **a.e.**, s. 1007. İlgnç bir şekilde aynı tespitin, AktG 1965'e göre

hükümler ilkesi çerçevesinde, AktG 1937'de öngörülen yeni kuralların emredici olduğu kabul edildiği için, pay sahiplerinin ortaklık düzenini şekillendirme hususunda sahip oldukları alan da kendiliğinden daralmıştır.

Bu dönemde öğretideki hakim görüş ise bugünkü AktG §23/5 ve TK m. 340 hükümlerinin içeriğiyle örtüşmekteydi. Nitekim tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin anonim ortaklığın doğasını[83] ve emredici hükümleri ihlal etmediği sürece geçerli olduğu; kanunun açık izninin ise yalnızca kanundan sapan hükümler için aranması gerektiği savunulmuştur[84]. Öğretideki bu yaklaşım, o dönemde yargı kararlarına yansımamış olsa da 6 Eylül 1965 tarihli AktG'de emredici hükümler ilkesini düzenleyen §23/4'ün[85] kaleme alınışı üzerinde oldukça etkili olmuştur[86]. Nitekim yürürlüğe giren AktG §23/4 uyarınca, "*[e]sas sözleşme, bu Kanun'un hükümlerinden, ancak buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Esas sözleşmede tamamlayıcı hükümler öngörülebilir, meğerki bu Kanun tahdidi bir düzenleme içersin*".

Emredici hükümler ilkesini ilk defa yazılı hukuka aktaran AktG §23/5'in öngörülme amacı, öğretideki hakim görüşü yasal dayanağa kavuşturmak ve İmparatorluk Mahkemesi'nin tamamlayıcı hükümler hakkındaki katı içtihadını düzeltmek olarak açıklanmıştır[87]. AktG §23'ün madde gerekçesinde de hükmün amacı şu şekilde belirtilmektedir:

> "Yeni 4. fıkra öğretideki hakim görüşle uyumludur. Ancak tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin geçerliliğine ilişkin içtihat, yeknesak bir görüntü

çok daha az madde içeren AktG 1937 bakımından da ileri sürüldüğü görülmektedir (bkz. Kuntz, **a.g.e., s.** 436).

83 Bu kapsamda başvurulan "*Wesen der Aktiengesellschaft*" (anonim ortaklığın doğası/niteliği/özü) kavramı, anonim ortaklık genel kurul kararlarının hükümsüzlüğünü düzenleyen AktG §241/3 hükmünde butlan sebebi olarak öngörülmüştür.

84 Geßler, **§23/5**, s. 70-71'de dn 13 ve 14; Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1014 dn. 114 ve 155'te anılanlar; Kalss, Fleischer, **a.g.m.**, s. 695 ve dn. 36'da anılanlar.

85 Emredici hükümler ilkesi, AktG'de ilk olarak §23/4 hükmünde öngörülmüş; ancak maddeye daha sonra eklenen bir fıkra sebebiyle 5. fıkraya alınmıştır.

86 Öğretide ileri sürülen görüşler ile AktG §23/4 arasındaki koşutluğu gösteren örnekler için bkz. Luther, **a.g.m.**, s. 169; Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1014.

87 Barz, **GroßK 1973**, §23 Rn. 28; Eckardt, **a.g.e.**, §23 Rn. 105; Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1016; Arnold, **KK**, §23 Rn. 129.

> sergilemekten uzaktır. Bu hüküm, kanundan sapan ve kanunu tamamlayan esas sözleşme hükümleri bağlamında, şirketler hukuku anlamında oldukça önemli olan kanun ve esas sözleşme arasındaki ilişkiye dair açıklık getirmektedir"[88].

Görüldüğü üzere anılan hükmün yeni bir norm yaratmadığı, ancak mevcut bir ilkeyi kodifikasyona tabi tutarak açıklığa kavuşturduğu dile getirilmiştir. Öte yandan madde gerekçesindeki bu ifadelere öğretide ihtiyatla yaklaşıldığı belirtilmelidir. Zira hakim görüş olarak nitelenebilecek bu yönde bir yaklaşımın mevcut olmadığı ve ilkenin pek çokları tarafından eleştirildiği dile getirilmiştir[89].

Gerek kanunlaşma sürecinde, gerek sonrasında ekonomi çevrelerinde ve öğretide oldukça fazla eleştiri toplayan AktG §23/5 hükmünün, anonim ortaklıklara ilişkin yaklaşık 300 maddeyi emredici hale getirdiği dile getirilmiştir[90]. Tıpkı 1897 tarihli HGB'den AktG 1937'ye geçişte olduğu gibi, AktG 1965'te de sayısı gittikçe artan anonim ortaklıklar hukuku normları karşısında, emredici hükümler ilkesinin varlığını koruması, esas sözleşme özgürlüğünün daralmasına sebep olmuştur[91]. Nitekim AktG 1937'nin sessiz kaldığı pek çok husus AktG 1965'te düzenlendiği için, eskiden "tamamlayıcı" hüküm olarak öngörülebilen düzenlemeler artık kanundan "sapan" hüküm haline gelmiş; ancak kanundan sapmaya açıkça izin veren normların sayısı aynı ölçüde artmamıştır[92]. Bu durumun ise anonim ortaklıklar hukuku uygulamalarının ve içtihadının gelişim imkânını kısıtladığı vurgulanmıştır[93]. Ayrıca ilkenin kanunlaştırılmasıyla hedeflenen hukuki belirliliğe ve öngörülebilirliğe ulaşmanın mümkün olmadığı belirtilmiştir. Nitekim ilkenin kodifikasyonundan önce

---

88 Madde gerekçesi için bkz. Kropff, **a.g.e.**, s. 44.

89 AktG 1965'in kanunlaşmasından önce emredici hükümler ilkesinin öğretide *Geßler, Schlegelherger* ve *Hefermehl* tarafından savunulduğu yönünde bkz. Mertens, **a.g.m.**, s. 432. AktG §23/5'in öğretideki hakim görüşü kısmen yansıttığı ve hükmün kabulünden önce çokça eleştirildiği yönünde bkz. Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1017; Kalss, Fleischer, **a.g.m.**, s. 693 ve dn. 4. Anılan hükmün öğretiyi yansıttığı tespitinin yanıltıcı olduğu yönünde bkz. Pleßke, **a.g.e.**, s. 45. Benzer şekilde hükmün kabulüyle birlikte, AktG 1937'de geçerli olan esas sözleşme özgürlüğü ilkesinden vazgeçildiğini yönünde bkz. Wilhelmi, **a.g.e.**, §23 Rn. 13.

90 Her iki aşamadaki eleştiriler hakkında bkz. Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1016. Ayrıca bkz. Bayer, **a.g.e.**, s. 29-32; Luther, **a.g.m.**, s. 168-170.

91 Arnold, **KK**, §23 Rn. 129. AktG 1965'in, AktG 1937'de mevcut olmayan 106 yeni madde içermesine bağlı olarak aynı yönde bkz. Kuntz, **a.g.e.**, s. 436.

92 Luther, **a.g.m.**, s. 169; Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1016.

93 Luther, **a.g.m.**, s. 170; Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1017; Kalss, Fleischer, **a.g.m.**, s. 700.

muğlak olan husus, tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin geçerliliği değil, bunlar ile kanundan sapan hükümler arasındaki ayrım olup[94], AktG §23/5'te bu belirsizliği giderecek bir açıklık bulunmamaktadır.

(2) Alman Hukukundaki Güncel Gelişmeler

Yaklaşık 30 yıllık bir uygulamaya ve müktesebata erişen AktG §23/5 hükmü, 1990'lı yıllarda esen liberalleşme ve deregülasyon rüzgarından nasibini almış; ilkenin Alman hukukundaki varlığı sorgulanır hale gelmiştir. Özellikle 1994'te kabul edilen *Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts* (Küçük Anonim Ortaklıklar ve Alman Paylı Ortaklıklar Hukukunun Esnetilmesine Dair Kanun), özgürlükçü yaklaşımların ağırlığının artmasında etkili olmuştur[95]. Bu bağlamda halka açık olan ve olmayan ortaklıkların aynı kefeye koyulmaması gerektiğine ve kapalı ortaklıklar bakımından esas sözleşme özgürlüğünün genişletilmesine yönelik çağrılar yoğunlaşmıştır[96]. *De lege ferenda* önerilerin haricinde, AktG §23/5'in teleolojik redüksiyona tabi tutularak halka açık olmayan şirketler bakımından daha esnek şekilde uygulanması veya azınlık pay sahipleri ile alacaklılar lehine yorumlanması gerektiğini ileri sürenler de olmuştur[97].

---

94 Wilhelmi, **a.g.e.**, §23 Rn. 14

95 Arnold, **KK**, §23 Rn. 129; Bu yönde ve takip eden süreçte anonim ortaklıklara ilişkin mevzuatın esnetilmesine ilişkin örnekler hakkında bkz. Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1025; Mathias Habersack, "Wandlungen des Aktienrechts", **Die Aktiengesellschaft**, C: LIV, No: 1, 2009, s. 2-6.

96 Birçoğu yerine bkz. Mertens, **a.g.m.**, s. 431-432; Hirte, **a.g.m.**, s. 72, 96. Karş. ilkenin korunması gerektiği yönünde bkz. Habersack, **AG**, s. 7. Yazar anonim ortaklıkların halka açıldıktan sonra tabi olacağı farklı kurallar nedeniyle zorluk yaşamaması için, halka açık olmayan anonim ortaklıklar ile limited ortaklıklar arasındaki farklılığın korunması gerektiğini belirtmektedir. Kanımca bu gerekçenin, emredici hükümler ilkesinin gerekliliğini teyit eden bir yanı bulunmamaktadır. Halka açık olan ve olmayan ortaklıkların tabi olduğu hukuki rejimin farklılaştırılmaması amacı isabetli olmadığı gibi, aksinin kabulü halinde dahi, bunun yolunun emredici hükümler ilkesinden geçip geçmediği izaha muhtaçtır. Yazar ayrıca 2157/2001/EC sayılı Avrupa Şirketi Tüzüğü Hakkında Yönerge'nin (Avrupa Şirketi Yönergesi) 9. maddesinde, Avrupa Şirketi'nin esas sözleşmesi hakkında emredici hükümler ilkesinin kabul edildiğini de gerekçe olarak göstermiştir. Ne var ki AB'ye üye devletlerin tamamına ait müşterek bir tüzel kişi formu oluşturulması için hukukun yeknesaklaştırılması amacıyla, esas sözleşmenin doğrudan Yönerge'de düzenlenmesi anlaşılabilir bir durumdur. Ayrıca Avrupa Şirketi Yönergesi m. 9/2-(b)'de öngörülen kuralın AktG §23/5 ve TK m. 340'a benzerliği bulunmakla birlikte, esasında farklı bir kuralı içerdiği kolaylıkça anlaşılmaktadır. En azından, ilgili hüküm kanundan sapma veya kanunu tamamlama gibi kavramları içermemektedir.

97 *De lege lata* öneriler hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2, g.

Emredici hükümler ilkesinin anlamını, amaçlarını ve varlığını sorgulayan tartışmalara topluca ışık tutması bakımından birkaç örnek vermekte fayda vardır. Almanya'nın ortaklıklar hukuku alanında en itibarlı süreli yayınlarından olan *Zeitschrift für Unternehmens– und Gesellschaftsrecht*'in kuruluşunun 25. yıl dönümü vesilesiyle 5-6 Eylül 1996 tarihlerinde Bonn Üniversitesi'nde düzenlenen 11. ZGR Sempozyumu bu konuya hasredilmiştir. 1988 yılında Columbia Üniversitesi'nde gerçekleştirilen "*Contractual Freedom in Corporate Law"* başlıklı sempozyumdan hareketle[98], "*Gestaltungsfreihet im Gesellschaftsrecht*" başlıklı bu toplantıda, mesele pek çok ülke hukuku bakımından karşılaştırmalı olarak tartışılmıştır[99] [100]. 2004 yılında bu defa kurumsal yönetim ilkelerinin (*Deutscher Corporate Governance Kodex*) oluşturulması sırasında esas sözleşme serbestisi tekrar tartışmaların merkezi haline gelmiştir[101].

Emredici hükümler ilkesine yönelik eleştirilerin doruk noktasına ulaşması ise 2008 yılında gerçekleştirilen 67. DJT[102] kapsamında, *Walter Bayer* tarafından sunulan tebliğ ve bunu takip eden tartışmalar ekseninde olmuştur[103]. "*Borsa Şirketleri ve Kapalı Şirketler İçin Özel Düzenlemelere İhtiyaç Var Mıdır?*" başlıklı tebliğinde *Bayer*, özellikle 1994'ten itibaren esnetilen anonim ortaklıklara ilişkin mevzuatın gelişimine ışık tutmuş; buradan hareketle, halka açık ve kapalı olmak üzere âdeta iki ayrı anonim ortaklıklar hukukunun ortaya çıkmış bulunduğunu tespit etmiştir. Bu çerçevede emredici hükümler ilkesinin özellikle halka açık olmayan anonim ortaklıklar bakımından kaldırılması yönünde kanun koyucuya çağrı

---

98 Bu yönde bkz. Wiedemann, **Gestaltungsfreiheit**, s. 5.

99 Bkz. Giriş'te dn. 3.

100 Konu hakkında daha önce yayımlanan kapsamlı bir çalışma için bkz. Günter H. Roth, **Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch - ein internationaler Vergleich**, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1990, b.s.

101 Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 1026.

102 Bkz. Giriş'te dn. 5.

103 Kalss, Fleishcer, **a.g.m.**, s. 694. Tebliğ için bkz. Bayer, **a.g.e.**, s. 1-129.

yapılması önerisinde bulunmuştur[104]. Ancak önerinin oylanması neticesinde, çok az bir farkla da olsa, çoğunluk görüşü ilkenin korunması yönünde olmuştur[105].

Alman hukukunda AktG §23/5'i esnetme yönündeki uğraşların hukuk metodolojisinin sınırlarını fazlasıyla zorladığı ve hukuk politikası yönünden yapılan çağrıların henüz kanun koyucu nezdinde karşılık bulmadığı görülmektedir. DJT toplantısındaki yoğun tartışmalar neticesinde bu meselenin öğretide fazlaca pişirilmiş olduğu ve artık yorgunluk yarattığı dile getirilmiştir[106]. Alman hukukundaki bu çabaların meyvesini -emredici hükümler ilkesini içtihat yoluyla kabul etmiş olan- Avusturya hukukunda vermesi[107] neticesinde, *Fleischer* ve *Kalss* meseleyi 2013'te kaleme aldıkları bir incelemede yeniden değerlendirmişlerdir. Ancak yazarlar iki ülke mevzuatındaki farklar nedeniyle, Alman hukukunda hükmün uygulama alanının daraltılması konusundaki takdir yetkisinin kanun koyucuda olduğunu tespit etmişlerdir[108].

Esas sözleşme özgürlüğünün takip ettiği tarihsel çizgiye bakıldığında, sözleşme hukukunun tarihine benzer bir şekilde, öncelikle özgürlük arayışının, daha sonra bulunan özgürlüğün sınırlarını belirleme çabasının; ardından ise bu eğilimin de sınırlarını tespit etme ihtiyacının belirdiği gözlemlenmektedir[109]. Nitekim ilk aşamada imtiyaz sisteminden izin sistemine ve daha sonra normatif sisteme geçiş, özgürlük arayışını; İmparatorluk Mahkemesi'nin 1901 ve 1907 içtihatlarıyla temeli atılan emredici hükümler ilkesi, özgürlüğün sınırlarını belirleme çabasını; 1990'lı yıllardan itibaren anonim ortaklığa giydirilen bu "*çelik korseyi*" esnetme arayışı ise bunun da sınırlarının arayışını temsil etmektedir.

---

[104] **a.e.**, s. 126-129.

[105] Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, **Verhandlungen des siebenundsechzigsten Deutschen Juristentages Erfurt 2008**, C: II/1 Sitzungsberichte – Referate und Besclüsse, München, C.H. Beck, 2008, s. 103.

[106] Kalss, Fleischer, **a.g.m.**, s. 694.

[107] Avusturya Yüksek Mahkmesi (*Oberste Gerichtshof* - OHG) 8 Mayıs 2013 tarihli kararında halka açık olmayan anonim ortaklıklar bakımından emredici hükümler ilkesini teleolojik redüksiyona tabi tutarak uygulama alanını daraltmıştır. Karar hakkında bkz. dn. 168.

[108] Kalss, Fleischer, **a.g.m.**, s. 701.

[109] Sözleşme hukuku tarihi açısından bu yönde bkz. Atamer, **a.g.e.**, s. 26.

c. İlkenin Amaçları ve İlkeye Yönelik Eleştiriler

Emredici hükümler ilkesinin tarihsel gelişimine bakıldığında, ilkenin amaçlarına dair yeterli veriye ulaşılamamaktadır. Nitekim İmparatorluk Mahkemesi 1901, 1907 ve 1928 tarihli kararlarında esas sözleşme serbestisinin reddedilmesinin arkasındaki gerekçeleri ortaya koymamıştır. İlkeyi yazılı hukuka aktaran AktG §23/5 hükmünün gerekçesinde ise amacın, İmparatorluk Mahkemesi içtihadındaki dağınıklığı toparlamak ve -tam olarak gerçeği yansıtmamakla birlikte- öğretideki hakim görüşe yasal dayanak sağlamak olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla ilkenin, mehaz hukuktaki *ratio legis*'ini araştırırken tarihsel yorum yöntemi sınırlı bir katkı sunabilmektedir. Bu duruma bağlı olarak öğretide ilkenin amaçlarının belirsizliği sıklıkla vurgulanmakta[110] ve ilkeye çeşitli amaçlar atfedilmektedir.

Öğretide dile getirilen amaçları üç ana başlık altında toplamak mümkündür: (i) esas sözleşme hükümleri bakımından hukuk güvenliğinin ve belirliliğin artırılması; (ii) esas sözleşmelerin yeknesak hale getirilerek yatırımcıların korunması ve sermaye piyasalarının işleyişinin temin edilmesi ve (iii) ortaklık ilişkisinde zayıf konumdakilere asgari koruma sağlanması.

Emredici hükümler ilkesini Türk hukukuna aktaran TK m. 340'ın gerekçesinde de, yukarıda sayılanlardan (i) ve (iii) numaralı amaçlara açıkça yer verilmiş ve ilkenin başkaca amaçlarının da olduğu belirtilmiştir. Öte yandan esas sözleşmelerin yeknesak hale getirilmesi amacı kanun koyucu tarafından reddedilmiştir. Zira gerekçede emredici hükümler ilkesine karşı öne sürülen "*bütün esas sözleşmelerin bir örnek hâle gelmesine sebep olacağı*" eleştirisine yer verilmiş; ancak buna karşı, kanunda çok sayıda yedek hüküm bulunduğu belirtilerek bu itirazın önü kesilmek istenmiştir.

(1) Hukuk Güvenliğinin ve Belirliliğin Artırılması

Emredici hükümler ilkesine atfedilen amaçların başında, esas sözleşme hükümlerinin geçerliliği bakımından hukuki güvenliğin, öngörülebilirliğin ve

[110] Birçoğu yerine bkz. Arnold, **KK**, §23 Rn. 130.

belirliliğin sağlanması gelmektedir[111]. Anılan ilke sayesinde, anonim ortaklıklara ilişkin her bir kanun hükmünün ayrı ayrı emredici olup olmadığına yönelik araştırma zorunluluğunun ortadan kalkacağı belirtilmektedir[112]. Böylelikle pay sahiplerinin esas sözleşmede yer verdikleri düzenlemelerin geçerli olup olmadığına; yahut korporatif etkiyi haiz olup olmadığına dair bilgileri ve öngörüleri de artırılmış olacaktır. Nitekim pay sahiplerinin esas sözleşmeye aktardıkları düzenlemelerin geçerliliğinin ve sonuçlarının yıllar sonra ortaya çıkan bir uyuşmazlık neticesinde anlaşılmasındansa, henüz esas sözleşmenin tanzimi veya tadili aşamasında, *ex ante,* belirlilik sağlanabilecektir[113]. Ayrıca esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarının belirginleştirilmesi sayesinde, esas sözleşmesel kayıtların geçerliliğine dair davaların sayısının azaltılabileceği de vurgulanmaktadır[114]. Buna bağlı olarak, mahkemelere kanun koyucudan daha az güvenilen hukuk sistemlerinde, emredici hükümlerin yargılama faaliyeti açısından da öngörülebilirlik ve kesinlik sağlayacağı ileri sürülmektedir[115].

Öte yandan hukuki öngörülebilirliğin ve belirliliğin artırılmasının bedeli, pay sahiplerinin sözleşme özgürlüğünün kısıtlanmasıdır. Zira anonim ortaklıklara ilişkin kanun hükümlerinin emredici niteliğinin münferiden incelenmesi zorunluluğunu kaldırmak uğruna, tamamı emredici hale getirilmektedir. Aralarında ters yönlü bir ilişki bulunan esas sözleşme özgürlüğü ile hukuki belirliliği artırma amacı, etki odaklı bir yaklaşımla karşılaştırılmalıdır. Bu kapsamda esas sözleşme özgürlüğüne daha fazla alan açılmasının sağlayacağı faydanın, hukuki belirsizliğin artmasına bağlı

---

[111] Söz konusu amaca birincil konumda yer veren başlıca yazarlar için bkz. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 174; Spindler, **Deregulierung**, s. 59. Hükmün amaçları arasında yer veren bkz. Bayer, **a.g.e.**, s. 85; Bendfeld, **a.g.e.**, s. 42; Peter Hommelhoff, "'Kleine Aktiengesellschaften' im System des deutschen Rechts", Die Aktiengesellschaft, C: XL, 1995, s. 531; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 34; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 150; Karasu, **a.g.e.**, s. 46.

[112] Arnold, **KK**, §23 Rn. 130; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 174; Detlef Kleindiek, "Bericht über die Diskussion", **Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europea und USA 11. ZGR-Symposion "25. Jahre ZGR"**, Ed. Marcus Lutter, Herbert Wiedemann, Berlin/New York, De Gruyter, 1998, s. 101. Ekonomik mülkiyet teorisi çerçevesinde burada söz edilen amaç ile sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkelerinin ilişkisi hakkında bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4, c, (4), iii.

[113] Hirte, **a.g.m.**, s. 77; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 704.

[114] Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 174. TK m. 340'ın madde gerekçesinde de *"... esas sözleşme hükümlerinin geçerliliğine ilişkin davaların sayısını azaltmak gibi bir yararı da beraberinde getirdiği*" ifade edilmektedir.

[115] Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 704.

kayıptan fazla olup olmayacağı sorusu araştırılmalıdır. İkinci planda ise esas sözleşmelerin yeknesaklaştırılmasının yegâne yolunun emredici hükümlerden geçip geçmediği sorusu sorulmalıdır[116].

Ne var ki sorunun oldukça karmaşık ve kapsamlı olması; cevapların ampirik veriyi gerektirmesi ve nihayet esas sözleşmede düzenlenebilecek her konuyu içeren genelleyici bir sonuca varmanın imkânsızlığına dikkat çekilmelidir. Bu gerekçelere bağlı olarak, öğretide bahsi geçen karşılaştırmaya dair verilen cevapların fazlaca ihtiyatlı ve soyut olduğu gözlemlenmektedir[117]. Üstelik yapılan genellemelerin halka açık ve kapalı anonim ortaklıklar bakımından farklılaştığı görülmektedir[118]. En azından sorunun karmaşıklığını dikkate alarak, anonim ortaklıklar hukukuna ait hükümlerin tamamen emredici olması gerektiğini ileri sürmenin toptancı bir yaklaşım olduğu söylenebilir[119].

(2) Esas Sözleşmelerin Yeknesak Hâle Getirilerek Yatırımcının ve Piyasanın Korunması

Emredici hükümler ilkesine atfedilen bir başka amaç, esas sözleşme hükümlerinin yeknesaklaştırılmasıdır. İlkenin esas sözleşmeleri standart hale getirmesi sayesinde, anonim ortaklık yapısının şeffaflaştırılması ve paylarının tedavül gücünün artırılması hedeflenmektedir[120]. Böylelikle piyasada tedavül eden anonim ortaklık paylarının âdeta seri imalat ürününe dönüşeceği belirtilmektedir[121]. Bunun nihai hedefi ise anonim ortaklığa iştirak edecek olan kişilerin, özellikle küçük yatırımcıların korunmasıdır[122].

---

[116] Bu mesele hakkında bilgi için bkz. dn. 138 ve bağlı metin.

[117] Spindler, Deregulierung, s. 59-60; Kalss, Fleischer, **a.g.m.**, s. 703; Hirte, **a.g.m.**, s. 74-75 Bayer, **a.g.m.**, s. 377.

[118] Nitekim meseleye fayda-zarar analizi açısından yaklaşan yazarlar daha çok ilkenin halka açık ortaklıklardaki faydalarından söz etmektedirler. Bkz. **a.e.**, s. 377.

[119] Hopt, **ZGR**, s. 144. Emredici hükümlerin de sanıldığı ölçüde belirlilik sağlayamadığı; zira aynı kuralın farklı bağlamlarda yargı tarafından değişik şekilde yorumlanabildiği vurgulanmaktadır (Coffee, **Balance**, s. 1677; Gordon, **a.g.m.**, s. 1565; Spindler, **Deregulierung**, s. 59).

[120] Kuntz, **a.g.e.**, s. 345.

[121] Arnold, **KK**, §23 Rn. 130; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 34; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 53; Hirte, **a.g.m.**, s. 65; Mertens, **a.g.m.**, s. 428.

[122] Raiser, Veil, **a.g.e.**, § 11 Rn. 2; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 34; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 704.

Sermaye piyasalarında yatırım kararını belirleyen faktörler arasında hisse fiyatlamaları, temettü beklentileri ile ekonomik ve politik gelişmeler gibi hususlar bulunur. Hisseleri alınıp satılan ortaklıkların esas sözleşmelerinin içeriği ise çoğunlukla bu değişkenler arasında bulunmaz[123]. Gerçekten riskini farklı şirketlere yatırım yaparak dağıtan rasyonel yatırımcı, hisse alım kararını verirken ilgili ortaklıkların esas sözleşmesini neredeyse hiçbir zaman incelemez[124]. Halbuki esas sözleşme hükümleri ortaklığın örgütsel yapısını, işleyişini, pay sahiplerinin hak ve borçlarını düzenlediğinden dolayı, yatırım kararı ve hisse fiyatı üzerinde etkili olması kaçınılmazdır. Ancak küçük yatırımcının söz konusu inceleme için ne vakti ne de uzmanlığı bulunur. Üstelik yatırım yapacağı her bir ortaklığın esas sözleşmesinde yer alan hükümlerin geçerliliğini ve muhtemel etkilerini değerlendirmeye kaynak ayırması finansal açıdan da rasyonel değildir[125].

Bu noktada emredici hükümler ilkesi devreye girerek, yatırımcıyı, kendi menfaatleri doğrultusunda esas sözleşmeyi inceleme yükümlülüğünden kurtarır[126]. Esas sözleşmelerin yeknesak hale getirilmesi sayesinde, yatırımcının, iştirak ettiği ortaklığın esas sözleşmesinde kendisi açısından olağan dışı etkiler yaratan hükümler bulunmadığına yönelik güveni korunabilmektedir. Bu olgu bir yandan yatırımcının esas sözleşmenin içeriğini inceleme külfeti bakımından işlem maliyetlerini azaltır; diğer taraftan, yatırımcıyı, emeğini ve vaktini ayırsa dahi farkına varamayacağı sürpriz hükümlerden korur[127]. Esas sözleşme özgürlüğünün genişletilmesi halinde yatırımcının, hisselerini satın almayı düşündüğü ortaklığın esas sözleşmesini inceleme zorunluluğu altında kalacağı; bu durumun ise yatırım kararını etkileyen değişkenlerin sayısını artırarak, durumu daha karmaşık hale getireceği

---

123 Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 174

124 Hans-Joachim Priester, "Die kleine AG - ein neuer Star unter den Rechtformen?", **Betriebs-Berater**, C: LI, No: 7, 1996, s. 333; Braunfels, **a.g.e.**, §23 Rn. 40; Arnold, **KK**, §23 Rn. 130: Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 174.

125 Bu durum rasyonel bilgisizlik (*rational ignorance*) olarak anılmaktadır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm'de dn. 479 ve bağlı metin.

126 Arnold, **KK**, §23 Rn. 130; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 34.

127 Eckardt, **a.g.e.**, §23 Rn. 106; Hirte, **a.g.m.**, s. 65; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 53; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 174; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 34; Spindler, **Deregulierung**, s. 59; Romano, **Mandatory**, s. 1603.

belirtilmektedir[128]. Üstelik tip seçme özgürlüğüyle birlikte değerlendirildiğinde, emredici hükümlerin işlem maliyetleri üzerindeki etkisinden hareketle, sözleşme özgürlüğünü genişletici bir işlev gördüğü dahi ileri sürülmektedir[129].

Yatırımcı yönünden açıklanan bu amaca piyasa perspektifinden bakıldığında ise anonim ortaklık hisselerinin tedavül gücünün artırılması sayesinde sermaye piyasalarının işleyişinin teminat altına alındığı ileri sürülmektedir[130]. Bu nedenle emredici hükümler ilkesinin, bireysel olarak yatırımcıyı korurken, aynı zamanda şirketlerin finansman sağladığı sermaye piyasalarını bir bütün olarak koruduğu ileri sürülmektedir. Başka bir anlatımla ilke, hukuki kurum olarak anonim ortaklığın yapısını koruması sayesinde sermaye piyasalarının işleyişini de sağlar[131].

Öte yandan standardizasyon amacına karşı farklı yönlerden eleştiriler getirilmektedir. Öncelikle sermaye piyasalarında pay sahiplerinin korunması bağlamında piyasa dinamiklerinin devrede olduğu unutulmamalıdır[132] [133]. Bunlar

---

[128] Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 174

[129] Armour, Whincop, **Property**, s. 988-989; Armour et. al., **Anatomy**, s. 19.

[130] Kalss, Fleischer, **a.g.m.**, s. 694; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 174; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 704. Bireysel olarak pay sahibinin hisse devri bağlamında korunması amacı, soyut olarak yatırımcının ve piyasanın korunması anlamına da gelir. Zira pay sahibi, hem bir kişi topluluğunun üyesi hem de sermayedar sıfatlarını haizdir. Dolayısıyla anonim ortaklıklar hukukunun emredici hükümleri pay sahibini, sermayedar sıfatıyla da korur (Hopt, **ZGR**, s. 129). Bununla birlikte *Hopt*, AktG §23/5 hükmünün halka açık ortaklıklar bakımından da gereksiz olduğu kanaatindedir (**a.e.**, s. 144)

[131] Wiedemann, **GesR**, s. 472-488 (genel anlamda sermaye piyasası hukukunun emredici hükümleri bağlamında); Bendfeld, **a.g.e.**, s. 64; Peter Hommelhoff, "Jetzt die 'Kleine' und dann noch eine 'AnlegerAG'", **Reformbedarf im Aktienrecht: 4. Deutsch-Österreichisches Symposion zum Gesellschaftsrecht vom 22. und 23. Oktober 1993 auf dem Lämmerbruckel**, Ed. Johannes Semler et. al., 1994, Berlin, De Gruyter, s. 66. Karş. Mertens, **a.g.m.**, s. 428. Anılan son yazar ABD'de sermaye piyasalarındaki ürün çeşitliliğine rağmen, piyasanın Kıta Avrupası'na nazaran daha derin ve sofistike olduğuna dikkat çekmektedir.

[132] İktisat temelli şirket teorilerinden "sözleşme teorisi" kapsamında başvurulan piyasa dinamikleri arasında "esas sözleşme piyasası" (*market for charters)*, "etkin piyasa teorisi" (*efficient capital markets hypothesis*), "ortaklığın kontrolü pazarı teorisi" (*theory of the market for corporate control*) ve "yöneticilerin iş gücü pazarı" (*market for managerial labour*) bulunmaktadır. Piyasa dinamikleri ve bunların esas sözleşme özgürlüğü üzerindeki etkileri hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4, b, (4), i. Piyasa dinamiklerinin Türk anonim ortaklıklar hukuku açısından değerlendirilmesi için bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4, d.

[133] AktG §23/5'e karşı söz konusu piyasa dinamiklerini ileri süren *Hirte*, ABD'de, İsviçre'de ve Almanya'da gerçekleştirilen dört ampirik çalışmayı örnek göstermiş; bir yandan yatırımcıların menfaatine olmayan esas sözleşme hükümlerinin daha düşük fiyatlandığını, diğer yandan piyasanın düzenleyici etkisinden hareketle, emredici kurallara ihtiyaç bulunmadığını ileri sürmüştür (Hirte, **a.g.m.**, s. 74-75). Aynı yönde bkz. Spindler, **Deregulierung**, s. 58-62; Hopt, **ZGR**, s. 144. Karş. Kleindiek, **a.g.m.**, s. 102.

arasında örneğin, "esas sözleşme piyasası" (*market for charters*) çerçevesinde, ekonomik anlamda verimli ve yatırımcı açısından arzu edilebilir esas sözleşme hükümlerine sahip olan şirketlerin hisselerinin daha fazla talep göreceği ileri sürülmektedir. Buradan hareketle, paylarını halka arz eden şirketler arasındaki esas sözleşme eksenli rekabet sayesinde, zararlı veya verimsiz esas sözleşme hükümlerinin zaten piyasa tarafından eleneceği varsayılmaktadır. "Etkin piyasa teorisi" ise yatırımcının hisselerini satın alacağı şirketin esas sözleşmesini incelemesine gerek bulunmadığını; bu hususta gerekli bilginin zaten hisselerin piyasa fiyatına yansımış olduğunu ileri sürer. Dolayısıyla yatırımcının ikincil piyasada hisse alım/satım kararını veya halka arz edilen hisseye biçeceği fiyatı etkileyen piyasa dinamikleri varken, bütün şirketlerin üzerinden âdeta çim biçme makinesiyle[134] geçercesinde tek tip bir anonim şirket modeli yaratan bu ilkeye yer verilmesinin isabetli olmadığı vurgulanmalıdır. Kaldı ki her sektördeki, büyüklükteki ve pay sahipliği yapısındaki anonim şirkete uyabilecek ortak bir kalıp yaratma anlayışının (*one-size-fits-all approach*) ekonomik açıdan verimli olmadığı da ortadadır[135].

İlkesel olarak bu eleştirilere katılmakla birlikte, yatırımcıların korunması meselesinin tamamen piyasa dinamiklerine terk edilemeyeceği de ortadadır. Fakat Türkiye gibi sermaye piyasalarının yeterince derinleşmemiş ve anonim ortaklıkların halka açıklık oranının yetersiz olduğu; daha önemlisi şirketlerin finansman kaynağının halka arz yerine, banka kredilerine dayandığı ekonomilerde, söz konusu piyasa dinamiklerinin kendilerinden beklenen işlevleri göstermesini beklemek gerçekçi değildir. Nitekim piyasa dinamiklerinin esas sözleşme hükümleri bağlamında düzenleyici ve denetleyici etkisini gösterebilmesi için sermaye piyasalarının etkin şekilde işlemesi gerekir. Üstelik çeşitli hipotezlere ve varsayımlara dayanan bu dinamikler, ampirik açıdan test edilen ve doğruluğu tam olarak kanıtlanan teoriler de değildir. Zira yukarıda sayılan ekonomik şartların aksini içeren ABD ve İngiltere'de dahi teorilere karşı ciddi eleştiriler getirilmiştir[136]. Bunun

[134] Hirte, **a.g.m.**, s. 76.

[135] Gordon, **a.g.m.**, s. 1553; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 704.

[136] Ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4, b, (4), ii.

aksini iddia edenler dahi, en azından esas sözleşmesel düzenlemelerin hisse fiyatlamasına tam ve isabetli olarak yansıtılamayacağını kabul etmektedirler[137].

Ancak standardizasyon amacının tamamen piyasa dinamiklerine bırakılması ile doğrudan devlet tarafından emredici hükümlerle sağlanması seçenekleri arasında, bir de piyasa eksenli kurumsal araçlardan söz edilmelidir. Söz konusu araçlar devletin yaptırım gücünden faydalanabilen, ancak piyasanın kontrolünde işleyen bir ara formül olarak tarif edilebilir. Kamusal yaptırım gücünün ve yönlendirmenin varlığına ve yoğunluğuna göre, piyasa aktörlerinin irade özerkliğine farklı derecelerde yer verilebilmektedir[138]. Örneğin, kurumsal yönetim ilkelerinin emredici olmayan hükümleri[139], BİAŞ Kotasyon Yönergesi[140], BİST Kurumsal Yönetim Endeksi'nin yayınlanması, Uluslararası Muhasebe Standartları'yla uyumlu Türkiye Muhasebe Standartları'nın uygulanması, kurumsal yatırımcıların şirketler üzerinde denetleyici güç icra edebilmeleri ve ticaret ve/veya sanayi odaları tarafından yayımlanan esas sözleşme taslakları[141] başlıca örnekler arasında sayılabilir. Devletin

---

[137] Bkz. Birinci Bölüm dn. 483-485. Piyasa dinamiklerine tam olarak güvenilemeyeceği gerekçesiyle AktG §23/5'in uygulama alanının sınırlandırılamayacağı yönünde bkz. Arnold, **KK**, §23 Rn. 135; Habersack, **AG**, s. 8.

[138] Regülasyon teorisi kapsamında kuralların ve yaptırımların doğrudan piyasa tarafından belirlendiği yöntem "kendi kendini/öz düzenleme" (*self-regulation, autorégulation*); kuralların piyasa aktörleri tarafından oluşturulduğu, ancak bunun çerçevesinin devlet tarafından çizildiği ve devletin gözetimi ile yaptırım gücünün devreye girebildiği yöntemler "yaptırımla güçlendirilmiş öz düzenleme" (*forced self-regulation*), "piyasa kontrollü düzenleme" (*market-controlled regulation)* veya *"*güçlendirilmiş piyasa odaklı düzenleme*"* kavramlarıyla ifade edilmektedir. Şirketler hukukunda piyasa eksenli düzenleme yöntemleri hakkında İngiliz ve ABD hukukunda bkz. David Kershaw, "Corporate Law and Self-Regulation", **The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance**, Ed. Jeffrey Gordon, Wolf-Georg Ringe, Oxford, Oxford University Press, 2018, s. 869-877. İsviçre hukukunda bkz. Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, 175-184. Alman hukukunda bkz. Spindler, **Deregulierung**, s. 59; Hopt, **ZGR**, s. 131; Bayer, **a.g.e.**, s. 83. Türk hukukunda bkz. Manavgat, **Kurumsal Yönetim**, s. 473-475; Karşılaştırmalı hukukta bkz. Corbisier, **a.g.e.**, s. 554; Eidenmüller, **a.g.m.**, s. 488-490.

[139] Söz konusu kurallara ne ölçüde uyulduğunun ve uyulmayan hükümler bakımından uymama gerekçesinin açıklandığı kurumsal yönetim raporları piyasaya bu hususta mesaj vermekte ve potansiyel yatırımcıları bilgilendirmektedir.

[140] Örneğin paylarını BİST Yıldız Pazar'a veya Ana Pazar'a kote etmek isteyen anonim ortaklıkların esas sözleşmelerinde pay devir sınırlaması bulunmaması gerektiği düzenlenmektedir [BİAŞ Kotasyon Yönergesi m. 8/1-(ç)]. Gerçi BİAŞ Kotasyon Yönergesi'nin bir kanun hükmü olmaması, etkisi ve sonuçları bakımından fark yaratmamaktadır. Nihayetinde paylarını ilgili pazarlara kote etmek isteyen ortaklıkların bu kurallara uymaması mümkün değildir.

[141] Söz konusu esas sözleşme örneklerinin uygulamada oldukça yaygın şekilde kullanılması nedeniyle piyasanın standardizasyonu kendi iradesiyle gerçekleştirdiği yönünde bkz. Hopt, **ZGR**, s. 139. Bu olgunun ABD, İngiltere, Belçika, Fransa, Almanya, İsviçre ve Türkiye'de geçerli olduğuna ilişkin

tek taraflı belirlediği yasakların yerine, bu tür ara formüllerin ekonomik açıdan daha verimli olduğu söylenebilir. Zira bir taraftan kuralların piyasanın ihtiyaçlarına uygun şekilde belirlenebilmesi, diğer taraftan bu kurallara icra kabiliyeti tanınması mümkün olabilmektedir. O halde halka açık ortaklıklarda esas sözleşmenin düzenlenmesi ve denetlenmesi hususunda tamamen piyasa dinamiklerine güvenilmemesi, meselenin yalnızca kanun koyucunun öngördüğü emredici hükümlere bırakılması anlamına da gelmemelidir.

Üstelik emredici hükümler ilkesi, yatırımcının ve piyasanın korunması amacına uygun bir araç değildir. Halka açık anonim ortaklıkların halihazırda kapsamlı ve özel bir mevzuata tabi olduğu unutulmamalıdır. Nitekim SerPK ve buna bağlı ikincil mevzuatta spesifik olarak yatırımcının ve piyasanın korunmasını amaçlayan hükümlere yer verilmektedir. Bu durum nedeniyle halka açık anonim ortaklıklar hukukunun, kapalı ortaklıklardan bağımsız bir hukuk dalı olarak görülmeye başlandığı vurgulanmalıdır[142]. Özel mevzuatın yanında, halka açık şirketler bakımından düzenleyici ve denetleyici özerk bir kuruluş olan SPK'nın varlık nedeni yatırımcıyı ve piyasayı korumaktır. Bu bağlamda SPK'nın, emredici hükümler ilkesine nazaran daha etkili, verimli ve dinamik araçlara sahip olduğu kuşkusuzdur. Kaldı ki halka açık anonim ortaklıkların esas sözleşme tadilleri SPK'nın "uygun görüşü" olmaksızın gerçekleştirilememektedir. O halde TK m. 340'ta düzenlenen emredici hükümler ilkesine, küçük yatırımcının korunması gerekçesiyle özellikle halka açık şirketler bakımından ihtiyaç duyulduğu yönündeki görüşlere[143], -sermaye piyasası hukuku ve bu kapsamdaki hukuki araçların varlığında- katılmak mümkün değildir[144].

---

bkz. Birinci Bölüm'de dn. 482'de anılan eserler. Piyasadaki esas sözleşmelerin iradi şekilde yeknesaklamasının arkasındaki gerekçeler hakkında bkz. Hansmann, **a.g.m.**, s. 5-8.

142 Spindler, **Deregulierung**, s. 59; Bayer, **a.g.e.**, s. 58; Holger Fleischer, "Das Aktiengesetz von 1965 und das neue Kapitalmarktrecht", **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**, C: XXVII, No: 1, 2006, s. 454. SerPK'nın geniş kapsamı nedeniyle hukukumuzda da "*Halka Açık Anonim Ortaklıklar Hukuku*"nun ortaya çıkacağının kaçınılmaz hale geleceğine ve sakıncalarına 1997 yılında dikkat çeken bkz. Erdoğan Moroğlu, "Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu", **40. Yılında Türk Ticaret Kanunu**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1997, s. 62.

143 Birçoğu yerine bkz. Arnold, **KK**, §23 Rn. 130; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 34.

144 Aynı yönde bkz. Brugger, **a.g.m.**, s. 147; Kalss (Nowotny, Schauer), **a.g.e.**, N. 3.49; Hirte, **a.g.m.**, s. 72-84; Spindler, **Dereguleirung**, s. 59; Hopt, **ZGR**, s. 144 ve dn 103'te anılanlar.

Halka açık olmayan anonim ortaklıklar bakımından ise yatırımcıyı (mevcut ve müstakbel pay sahiplerini) korumak için esas sözleşmelerin yeknesak hale getirilmesine gerek bulunmamaktadır[145]. Nitekim anonim ortaklığa katılan kişinin, ilgili ortaklığın esas sözleşmesinin içeriği hakkında, borsada hisse satın alan yatırımcıya nazaran daha bilgili olması beklenir[146]. Dolayısıyla bu tür ortaklıkların, pay sahiplerinin ihtiyaçlarına göre şekillendirilememesinin maliyeti, kuvvetle muhtemeldir ki yeknesaklaştırmanın sağlayabileceği faydadan fazla olur. Türkiye'de kurulu anonim şirketlerin büyük çoğunluğunu halka açık olmayan şirketlerin teşkil ettiği dikkate alındığında, ilkenin uygulama alanının bu tür şirketleri de kapsaması sorgulanmaya muhtaçtır[147]. Mehaz Alman hukukunda ilkenin temellerinin atıldığı dönemde anonim ortaklıkların büyük çoğunluğunun paylarının borsaya kote edilmiş olmasına karşılık[148], 2018 sonu itibarıyla Türkiye'de kurulu toplam 126.546 anonim şirketten yalnızca 415'ini borsa şirketlerinin oluşturduğu göz önüne alındığında emredici hükümler ilkesinin sermaye piyasası ekseninde gerekçelendirilmesi isabetli görünmemektedir[149].

Meseleye işlem maliyetleri açısından bakıldığında da emredici hükümler ilkesinin, özellikle halka açık olmayan ortaklıkların pay sahipleri bakımından yüksek maliyetlere sebep olacağı söylenebilir. Tarafların mutabık kaldıkları mekanizmalar aracılığıyla kendilerini teminat altına alma ihtiyacının, yalnızca emredici hükümler

---

[145] Bu başlıkta ele alınan amaçların zaten halka açık olmayan anonim ortaklıklarda hiçbir rol oynamadığı yönünde bkz. Bayer, **a.g.e.**, s. 82.

[146] Halka açık olmayan anonim ortaklıklar bakımından piyasa dinamiklerinin işleyişi hakkında bkz. Birinci Bölüm'de dn. 464-470 ve bağlı metin ile dn. 488-495 ve bağlı metin. Ayrıca Türk hukuku bakımından değerlendirme için bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4, d.

[147] Alman hukukunda aynı yönde bkz. Hopt, **ZGR**, s. 143-145; Fleischer, **Vertrag**, s. 687.

[148] Bayer, **a.g.m.**, s. 378.

[149] Halka açık şirketlerin verileri için bkz. https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/AylikIstatistikBultenleri, (Çevrimiçi), 22.07.2020. Türkiye'de toplam faal anonim şirket sayısı için bkz. Gelir İdaresi Başkanlığı 2018 Yılı Faaliyet Raporu, Şubat 2019, s. 150. 24 Temmuz 2020 itibarıyla halka açık şirket sayısı 508 olup, payları borsada işlem gören anonim şirket sayısı ise 398'e düşmüştür. Bkz. https://www.spk.gov.tr/SiteApps/EVeri, (Çevrimiçi), 24.07.2020. Ancak bu dönemde faal anonim ortaklıkların toplam sayısına ilişkin veri henüz yayımlanmadığı için karşılaştırma yapmak mümkün olmamıştır.

ilkesinin varlığı nedeniyle sona ereceği düşünülemez[150]. Nitekim ilke, TK'nın anonim şirketlere dair hükümlerini emredici hale getirse de, pek çok kuralın esas sözleşmede alternatif kurgularla/formüllerle veya borçlar hukuku sözleşmeleriyle aşılması mümkün olmaktadır[151]. Zira bir kuralın emredici niteliği haiz olması, yasaklanan sonuca –kanuna karşı hile teşkil etmemek kaydıyla- asla ulaşılamayacağı anlamına gelmez[152]. Örneğin pay alım/satım hakları ile bunların komşu hakları (örn. önalım, öncelik, satışa katılma/sürükleme hakları) veya sermaye taahhüdünü aşacak şekilde şirkete kaynak sağlama borcunun pay sahipleri sözleşmelerinde öngörülmesi mümkündür[153]. Bundan başka doğrudan esas sözleşmede öngörülmesi mümkün olmayan bir düzenlemeyle varılmak istenen sonuca, ortaklık içinde ödül/teşvik mekanizmaları yaratarak ulaşmak da mümkündür[154]. Örneğin imtiyazın paya bağlanabilmesi kuralı nedeniyle belirli pay sahiplerine kâr payında imtiyaz tanınamasa da, bu kişilere verilecek intifa senetleri veya değiştirilebilir borçlanma araçları sayesinde ortaklığın getirilerinden daha fazla yararlanmaları mümkün kılınabilir. Bu nedenle TK m. 340'ın aşılamaz bir engel olmayıp, pek çok durumda yalnızca ayak bağı olduğu söylenebilir[155].

---

[150] Mertens, **a.g.m.**, s. 436. Hirsch, **a.g.e.**, s. 13: "*Devlet içtimai inkişafa yol açamayacağı gibi onu durduramaz da. Kanun koyucu ne emrederse emretsin, toplumsal kurumlar ve ilişkiler her gün yeniden doğar, ölür ve değişir. ... Şu halde kuralları tespit ederken, yazılı kanunlardan ziyade, ekonomik hayatta önemli olan hukuki ilişkileri ve kurumları göz önünde tutmalıyız*".

[151] AktG §23/5 bakımından bu yönde bkz. Mertens, **a.g.m.**, s. 433; Hopt, **ZGR**, s. 133; Forstmoser, **ZGR**, s. 263; Wymeersch, **ZGR**, s. 179-180. İsviçre hukukunda emredici hükümler bakımından aynı yönde bkz. Forsmoser, Küchler, **a.g.e.**, §2 N. 17-62.

[152] Bir hukuki işlemin kanunun dolanılması anlamına gelmesi için, geçerli bir işlemin yapılmış olması ve şeklen hukuka uygun olan bu işlemle, kanunun amacının ihlal edilmesi, onun yasakladığı sonuca dolaylı yoldan ulaşılması gerekir. Fakat kanun, başlı başına bir sonucu değil, sadece o sonuca ulaşmayı sağlayan vasıtalardan birini veya bir kısmını yasaklamışsa, farklı bir yoldan aynı sonuca ulaşmak kanuna karşı hile değildir (Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 386).

[153] Birçok yazar yerine bkz. Forstmoser, **Schnittstelle**, s. 381-386.

[154] Örnekler için bkz. Forstmoser, **Schnittstelle**, s. 379-381; Hopt, **ZGR**, s. 134. Sermayenin korunması ilkesine ilişkin hükümlerin intifa senedi ihracı yoluyla aşılabilmesi nedeniyle bunların Hollanda'da popülaritesinin yükseldiği yönünde bkz. Levinus Timmerman, "Gestaltungsfreiheit im niederländischen Gesellschaftsrecht", **Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europea und USA 11. ZGR-Symposion "25. Jahre ZGR"**, Ed. Marcus Lutter, Herbert Wiedemann, Berlin/New York, De Gruyter, 1998, s. 224.

[155] Önemle vurgulanmalıdır ki, her türlü emredici normun pratikte bir şekilde aşılabileceği gerekçesiyle emredici hukuk kurallarına karşı kategorik olarak bu tür bir argüman geliştirmek ne mümkün ne de doğru olur. Ancak ekonomik açıdan değer yaratan ve tarafların ihtiyaçlarına cevap veren hukuki işlemlerin yasaklanmasının işlem maliyetlerini artırması karşısında, en azından ilgili norma işlem maliyetleri ekseninde atfedilen amacın gerçekçi olmadığını göstermektedir. Nitekim

Ancak alternatif sözleşmelerin veya esas sözleşme hükümlerinin hazırlanması, müzakere edilmesi ve icra edilmesi aşamalarında ek işlem maliyetleri ortaya çıkmaktadır. Üstelik pay sahipleri sözleşmeleri ortaklıksal yaptırımlardan faydalanmadığından ve aynen ifa kapsamındaki güçlüklerden dolayı, taraflar sözleşmesel yaptırımları güçlendirici ek tedbirlere ihtiyaç duymaktadırlar [156]. Görüldüğü üzere özellikle halka açık olmayan ortaklıklarda pay sahiplerinin, TK m. 340'ın daraltmış olduğu sınırları aşmak amacıyla alternatif, fakat daha maliyetli yollara başvurmak; ayrıca bunun gerektirdiği danışmanlık hizmetleri nedeniyle ek masraflara katlanmak zorunda kalacağı söylenebilir. TK m. 340 hükmünün getirdiği belirsizlikler dolayısıyla, esas sözleşmede öngörülecek alternatif düzenlemelerin geçerli olarak kurgulanmasının, zaman ve uzmanlık gerektiren bir işlem olması kaçınılmazdır. Dolayısıyla TK m. 340, özellikle halka açık olmayan ortaklıklar bakımından orantısız ve fazla maliyetli bir kuraldır.

Ayrıca anonim ortaklıklara ilişkin bütün hükümlerin emredici olduğunu ifade eden bu kural, pay sahipleri açısından zararsız olan, hatta değer yaratabilecek işlemleri de engelleyebilecektir. Ortaklık düzenini şekillendiren pek çok hükmün esas sözleşmeden dışlanarak pay sahipleri sözleşmelerine aktarılması ise ortaklık düzeninin tek bir belgede tespit edilmesi imkânını ortadan kaldırılmaktadır. Bu durum esas sözleşmenin düzenleyici işlevini zayıflatırken, ortaklık düzenine dair kuralların farklı belgelerde bulunması, pay sahipleri bakımından hukuki belirsizliğin azaltılması amacına da hizmet etmemektedir.

(3) Ortaklık İlişkisinde Zayıf Konumdakilerin Korunması

Emredici hükümler ilkesinin bir başka amacı ise anonim ortaklık bünyesinde zayıf konumda olanların korunmasıdır. Öğretide genellikle bu kapsamda yalnızca azınlık veya müstakbel pay sahipleri ile başta şirket çalışanları olmak üzere

---

TK m. 380'de düzenlenen finansal yardım yasağının ekonomik analizi neticesinde de aynı gerekçelerle bu sonuca ulaşılmaktadır (Arıcı, Veziroğlu, **a.g.e.**, s. 128-129).

[156] Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 265. Ek tedbirler arasında cezai şart, genel kurul toplantısında temsil yetkisi verilmesi, hisselerin yed-i emine teslimi, yahut payların inançlı devir işlemine, ortak mülkiyete veya rehne konu edilmesi, pay üzerinde intifa hakkı kurulması sayılabilir. Bilgi için bkz. Bloch, **a.g.e.**, s. 109-134.

alacaklılar sayılmaktadır[157]. TK m. 340'ın gerekçesinde de hükmün *"... açıkça geçersiz olan[158], paysahipleriyle alacaklıların haklarını zedeleyen veya sınırlayan düzenlemelerin esas sözleşmelere girmesine engel olduğu, bazı kurum ve kuruluşların şirketlere istedikleri esas sözleşme hükümlerini dayatmaları yolunu kapattığı, bu yararın da Ülkemiz açısından küçümsenmeyecek derecede önem taşıdığı ve hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanmasında etkin bir rol oynayacağı"* ifade edilmiştir. Ancak yukarıda sayılanlardan başka, anonim ortaklıkta çoğunluk pay sahibi/sahipleri karşısında imtiyazlı pay sahiplerinin; hakim teşebbüs karşısında topluluk dışı menfaat sahiplerinin; dağınık pay sahipliği yapısının bulunduğu ortaklıklarda yönetim kurulu karşısında pay sahiplerinin tamamının; pay sahipleri karşısında ise intifa senedi sahipleri ve borçlanma aracı sahipleri gibi şirket alacaklılarının da zayıf konumda olduğu anımsanmalıdır.

Anonim ortaklık bünyesinde zayıf konumdaki şirket ilgililerinin menfaatlerini korumayı amaçlayan TK hükümlerinin neredeyse tamamının zaten emredici nitelikte olduğunun genel kabul görmesi karşısında, TK m. 340'ın getirdiği ikinci filtrenin bu tür düzenlemeler açısından sağlayacağı katkının sınırlı olduğu söylenebilir. Bu bağlamda örneğin, pay sahiplerinin bilgi alma haklarını (TK m. 437/6), pay devir serbestisini (TK m. 493/7), nisapları (TK m. 418/1, 421/1 c. son), azınlık haklarını (örn. TK m. 411/1 c. son), değiştirme veya alım haklarını (TK m. 467) veya sermayenin korunmasını [TK m. 391/1-(b), 447/1-(c), 480/3] düzenleyen hükümlerde zaten zayıf konumdakilerin haklarının sınırlandırılamayacağı veya sınırlandırmanın ölçüsü kanun koyucu tarafından çizilmiştir[159]. Kaldı ki gerekçede işaret edildiğinin aksine, pazarlık gücü yüksek olan kişilerin zayıf konumdaki pay sahiplerine belirli hükümleri dayatmalarını engellemenin yolu TK m. 340'tan geçmemektedir. Zira bankalar ve yabancı yatırımcılar, kredi tahsis etmeden veya

---

[157] Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 34; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 53; Kalss, Fleischer, **a.g.m.**, s. 703. Karş. Hirte, **a.g.m.**, s. 65. Yazar bu kapsamda müstakbel pay sahiplerinin anılmaması gerektiğini belirtmektedir.

[158] Halihazırda TK çerçevesinde zaten geçersiz olduğu açıkça anlaşılan esas sözleşme hükümleri bakımından emredici hükümler ilkesinin ne gibi bir katkı sunacağı anlaşılmamaktadır.

[159] Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz Mertens, **a.g.m.**, s. 432; Hopt, **ZGR**, s. 143. Yazarlar koruyucu mekanizmalar arasında aleniyeti ve şeffaflığı, sorumluluk davalarını, derecelendirme kuruluşlarını, menfaat çatışmasını engelleyici kuralları (örn. TK m. 393), bağımsız denetimi, SPK gibi özerk otoriteleri ve küresel rekabeti de saymaktadır.

yatırım yapmadan önce kendilerini koruma altına almak amacıyla sözleşmesel tedbirleri zaten almaktadırlar.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, TK m. 340'ın dar yorumlanmasına yönelik çağrıların da kabul görmesi halinde, emredici hükümler ilkesiyle sağlanmak istenen ek korumanın etkisiz kalacağı söylenebilir. Üstelik bütün anonim ortaklıkların hem kuruluşunda hem de esas sözleşme değişikliklerinde uygulama alanı bulacak şekilde geniş kapsamlı ve maliyetli bir kuralın ihdas edilmesi, ortaklık bünyesinde zayıf konumdakiler bakımından sahte bir güvenlik hissi yaratacak; bu ilke âdeta anonim ortaklığın *Maginot Hattı*'na dönüşebilecektir.

Diğer taraftan ise TK m. 340'ın katı şekilde uygulanması ihtimalinin, "*pay sahibi için, pay sahibine rağmen*" anlayışına yol açma tehlikesine dikkat çekilmelidir. Zira anonim ortaklık kuran veya halka açık olmayan bir anonim ortaklığa katılan kişinin söz konusu ortaklığın esas sözleşmesi hakkındaki bilgisi ve bunu müzakere gücü, borsadaki küçük yatırımcıyla karşılaştırılamaz. Ne var ki konumu gereği hukuk düzeni tarafından özel bir korumaya tabi kılınmış olan kiracının, kefilin, tüketicinin, sigortalının ve işçinin yanına, -TK 340 aracılığıyla- anonim ortaklık pay sahibinin de eklendiği görülmektedir. Pay sahiplerinin, içinde bulunduğu koşullar veya bilişsel yetersizlikleri sebebiyle kendilerini koruyamayacakları varsayımından hareket eden bu paternalist bakış açısı, "*pay sahibinin kendisine karşı korunması*" olarak nitelendirilebilir[160].

d. Karşılaştırmalı Hukukta Emredici Hükümler İlkesi ve Esas Sözleşme Özgürlüğü

Emredici hükümler ilkesinin yabancı hukuk sistemleri üzerindeki etkisinin, Alman hukukunun diğer kurum ve kuralları kadar güçlü olmadığı peşinen söylenebilir. Nitekim ilke Türk hukuku haricinde yalnızca Avusturya, Hollanda ve Polonya hukuklarında geçerlidir. Ancak Avrupa'da hiçbir ülkede AktG §23/5 kadar katı ve genel bir kurala yer verilmezken[161], bunun yegâne örneğini TK'nın 340.

[160] Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §10 N155.

[161] Avrupa ülkeleri bakımından karşılaştırmalı bir inceleme için bkz. Eddy Wymeersch, "Referat", **Verhandlungen des siebenundsechzigsten Deutschen Juristentages Erfurt 2008**, Ed. Ständige

maddesinin teşkil ettiği söylenebilir. Aşağıda emredici hükümler ilkesinin anılan ülkelerdeki durumu kısaca açıklanmış; bunu takiben, esas sözleşme özgürlüğünü en liberal şekilde benimsemiş olan ABD, İngiliz ve İsviçre hukuk sistemlerine değinilmiştir.

Anılan ilke Avusturya hukukunda kanunda düzenlenmemiş olmakla beraber, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin içtihadını takiben, hem öğretide[162] hem de Yüksek Mahkeme (*Oberste Gerichtshof - OGH*) kararlarında[163] benimsenmiştir. AktG §23/5'te düzenlendiği şekliyle benimsenen ilke, esas sözleşme özgürlüğü bakımından liberal bir sistemi takip eden İsviçre, İngiltere ve ABD gibi ülkelerin de etkisiyle, öncelikle öğretide esnetilmeye çalışılmıştır[164]. Bu kapsamda halka açık olmayan anonim ortaklıkların esas sözleşmesinde, pay üzerinde önalım veya teklifte öncelik haklarının tanınabileceği[165]; yönetim kurulu üyeliği bakımından ek koşullar ve şahsi nitelikler öngörülebileceği; eşit işlem ilkesi dairesinde pay sahiplerinin bilgi alma haklarının genişletilebileceği veya belirli bir pay sahibine genel kurulda veto hakkı tanınabileceği ileri sürülmüştür[166]. Üstelik Alman hukukunun aksine, Avusturya hukukunda ilkeyi bütün anonim ortaklıklara uygulamayı zorunlu kılan bir pozitif hukuk kuralı bulunmadığından, bu görüşü *de lege lata* savunmak mümkün olmuştur[167]. Bu doğrultuda OHG, 8 Mayıs 2013 tarihli ilke kararıyla[168] önemli bir

---

Deputation des Deutschen Juristentages, C: II/1 Sitzungsberichte – Referate und Besclüsse, München, C.H. Beck, 2008, N. 81.

[162] Birçoğu yerine bkz. Kalss (Nowotny, Schauer), **a.g.e.**, N. 3/48 ve orada dn. 172'de anılanlar; Brugger, **a.g.m.**, s. 147 dn. 10 ve 11'de anılanlar.

[163] OGH, 30.08.2000 t., 6Ob167/00b, (SZ 73/131). Karara konu uyuşmazlıkta, sermayenin %5'inden fazla pay edinen kişinin ortaklığa bu hususta bildirimde bulunmadığı takdirde, iktisap ettiği paylardan doğan oy haklarını kullanamayacağı düzenlenmiştir. OGH ise esas sözleşmede bildirim yükümlülüğünün öngörülebilmesine karşılık, bunun pay sahiplerinin oy hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle hükümsüzlüğüne karar vermiştir. Kararda Alman hukukuna atıf yapılarak emredici hükümler ilkesi açıkça benimsenmiştir.

[164] Brugger, **a.g.m.**, s. 146; Kalss (Nowotny, Schauer), **a.g.e.**, N. 3/48-3/50.

[165] Christian Nowotny, "Satzungsstrenge im Österreichischen Aktienrecht?", **Festschrift Peter Doralt zum 65. Geburtstag**, Ed. Susanne Kalss, Christian Nowotny, Martin Schauer, Wien, Manzche Verlag, 2004, s. 417-418.

[166] Kalss (Nowotny, Schauer), **a.g.e.**, N3/48.

[167] Bu yönde bkz. Susanne Kalss, (Martin Schauer), **Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht**, Wien, Manzche Verlag, 2006 s. 51-60; Kalss, Fleischer, **a.g.m.**, s. 696.

[168] OGH, 08.05.2013 t., 6Ob28/13f. Kararın çevirisi için bkz. Harun Keskin, "Emredici Hükümler İlkesinin Borsaya Kote Edilmemiş Anonim Şirketlerde Daha Esnek Yorumlanmasına İlişkin

içtihat değişikliğine gitmiştir. Mahkeme emredici hükümler ilkesinin kanunda düzenlenmemesinden, Avusturya AktG'nin halka açık anonim şirket modelini esas almasından ve öğretide yaygınlaşan serbestleşme yanlısı eğilimden güç alarak, kapalı anonim ortaklıklar bakımından ilkenin aynı katılıkta yorumlanmaması gerektiğini karara bağlamıştır[169].

Hollanda hukukunda AktG §23/5'e tekabül eden düzenleme Hollanda Medeni Kanunu'nun (*Burgerlijk Wetboek*) tüzel kişileri düzenleyen ikinci kitabının 25. maddesinde bulunmaktadır. "Emredici Hükümler" kenar başlıklı madde, "*[b]u kitapta yer alan hükümlerden, ancak kanunda buna izin verildiği ölçüde sapılabilir*" ifadesini içermektedir[170]. Anılan hüküm uyarınca, kanunun tüzel kişilere ilişkin hükümlerinden sapılabilmesi için bunun kanundan anlaşılması gerekir. Ancak kanunda aranacak izin bakımından "açıkça" ibaresine yer verilmemesi nedeniyle, Hollanda hukukunda Alman veya Türk hukukundaki gibi katı bir emredici hükümler ilkesinin varlığından söz edilmemektedir[171].

Emredici hükümler ilkesini benimseyen bir başka ülke ise Polonya'dır. Polonya Ticaret Şirketleri Kanunu (*Kodeks spółek handlowych*) § 304/3 uyarınca, anonim şirket esas sözleşmesinin, ancak kanunda buna izin verildiği sürece kanundan sapan hükümler içerebileceği öngörülmüştür. Aynı maddenin 4. paragrafında ise kanunun tahdidi olarak düzenlemediği hususlarda, anonim şirketin temel düzeniyle çelişmemek kaydıyla, tamamlayıcı hükümler öngörülebileceği düzenlenmektedir.

Esas sözleşme özgürlüğü tartışmasında genellikle Alman hukuku muhafazakâr kanadı temsil ederken, Delaware başta olmak üzere ABD hukuku ise liberal kanadın temsilcisi olarak konumlandırılır[172]. Öte yandan Delaware hukukunda

---

Avusturya Yüksek Mahkemesi (OGH) Kararı – Önalım, Alım ve Önerilmeye Muhatap Olma Gibi hakların Esas Sözleşmeye Konulması Üzerine Kısa Bir Değerlendirme-", **BATİDER**, C: XXXI, No: 4, 2015, s. 200-219.

169 Karara konu esas sözleşme hükmünde düzenlenen "önerilmeye muhatap olma hakkının" emredici hükümler ilkesini ihlal etmediği sonucuna varılmıştır.

170 Hükmün Hollandaca metni şu şekildedir: "*Van de bepalingen van dit boek kan slechts worden afgeweken, voor zover dat uit de wet blijkt*".

171 Timermann, **a.g.m.**, s. 218; Hopt, **ZGR**, s. 133.

172 Spindler, **Satzungsfreiheit,** s. 997; Schäfer, Ott, **a.g.e.**, s. 704; Wymeersch, **Wandel**, s. 305-306.

DGCL'de emredici hükümler ilkesine benzer bir kural yer almamakla beraber, sözleşme özgürlüğünün anonim şirketler hukukunun ilkeleri arasında yer aldığını söylemek isabetli olmayabilir.

İçtihat hukukunun geçerli olduğu ABD hukukunda, Delaware Temyiz Mahkemesi (*Delaware Supreme Court*), 1940 yılında vermiş olduğu bir kararda, anonim şirketin kontrolüne ilişkin ortaklık düzeninin kanun koyucu tarafından belirlendiğini; esas sözleşmede belirli bir pay grubuna yönetim kurulu üyelerini seçme hususunda veto yetkisi tanınabilmesi için kanunda buna "açıkça izin" verilmesi gerektiğine hükmetmiştir[173]. Delaware Temyiz Mahkemesi'nin, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 1901 ve 1907 tarihli içtihatlarını andıran bu yaklaşımı, öğretide aşırı korumacı bulunarak eleştirilmiştir[174].

Şirketler hukuku kurallarının engelleyici değil, kolaylaştırıcı (*enabling*) olması gerektiğine dair öğretide yaygınlaşan anlayış, kısa süre içinde içtihat hukukuna yansımıştır. Nitekim Delaware Temyiz Mahkemesi 1952'de vermiş olduğu kararda, bu defa kanunun emredici hükümlerine veya kamu düzenine aykırı olmadıkça pay sahiplerinin esas sözleşmeyi diledikleri gibi düzenleyebileceğine hükmetmiştir[175]. Mahkeme yönetim kurulu üyesinin, şirketle arasında menfaat çatışması bulunan işlemlerle ilgili yönetim kurulunda müzakereye katılma ve oy

---

[173] *Aldridge v. Franco Wyoming Oil Company*, 24 Del. Ch. 349, 14 A.2d 380 (1940), s. 381: "*Gücün kaynağı yasama organıdır. Hükümetin bu kanadı şirketlerin kontrolüne ilişkin devletin kamu politikalarını belirler. A grubu paylara tanınan bu olağanüstü yetkilerin geçerli addedilebilmesi için, söz konusu yetkilere açık lafzıyla veya ruhuyla izin veren bir kanun hükmünün bulunması gerekir. Oysa somut olayda özel kategori paylara oy hakkı kisvesi altında sağlanan yetkilerin, kanunun (mevcut yazılı haliyle) amacı kapsamında olmadığını belirtmek yeterlidir*". İngilizce aslı: "*The Legislature is the source of power. That branch of the Government defines the public policy of the State with respect to corporate control. If the extraordinary power conferred on the Class A stock is to be upheld, some provision of the law must be found which, either by express words or necessary intendment, authorizes the creation of the power. It is sufficient to say that the right conferred on the special class of stock, in the guise of a voting right, is not within the intendment of the law as it is now written*". Karara konu esas sözleşme hükmünde, genel kurulun kararıyla belirlenen yönetim kurulu üyesinin, ayrıca A grubu pay sahipleri tarafından onaylanması gerektiği; ancak A grubu pay sahiplerinin %40'ının olumsuz oy verdiği kişilerin yönetim kuruluna seçilemeyeceği düzenlenmiştir.

[174] Coffee, **Balance**, s. 1632. 1886 yılında Kansas ve 1905 yılında New Jersey eyaletlerinde verilen benzer kararlar için sırasıyla bkz. *First Nat'l Bank v. Drake*, 35 Kan. 564, 11 P. 445 (1886); *Audenried v. East Coast Milling Co*., 68 NJ. Eq. 450, 59 A. 577.

[175] *Sterling v. Mayflower Hotel Corp*., 33 Del. Ch. 293, 93 A.2d 107 (1952), s. 118. Benzer yöndeki bir başka karar için bkz. *Martin Found., Inc. v. North Am. Rayon Corp*., 31 Del. Ch. 195, 202, 68 A.2d 313, 316 (1949).

kullanma yasağını kaldıran bir esas sözleşme hükmünün geçerli olduğuna karar vermiştir. Bu kararla birlikte Delaware hukukunda anonim ortaklık esas sözleşmesi bağlamında sözleşme özgürlüğü ilkesinin benimsendiği belirtilmektedir[176].

Ne var ki *Delaware Court of Chancery* 23 Mart 2009 tarihli kararında, limited şirketler (*limited liability company*) bakımından sözleşme özgürlüğünün temel ve yol gösterici bir ilke olmasına karşın, anonim şirketler bakımından aynısının söylenemeyeceğini ifade etmiştir[177] [178]. Karara konu esas sözleşme hükmünde, Delaware Temyiz Mahkemesi'nin yukarıdaki 1952 tarihli içtihadına konu olan düzenlemenin benzeri yer almıştır. Yüksek Mahkeme, söz konusu hükmün Temyiz Mahkemesi'nin kararı doğrultusunda geçerli olduğuna; fakat yapılacak işlemin, ilişkili üyelerin katılımıyla alınacak bir yönetim kurulu kararıyla onaylanmasının, söz konusu işlemler dolayısıyla ilgili üyelerin sorumluluğunu bertaraf etmeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme, dava konusu esas sözleşme hükmünün, ilgili yönetim kurulu üyelerini bağımsız üye konumuna getirmeyeceğini; aksi halde yönetim kurulu üyelerinin şirkete karşı sadakat yükümlülüğünün içinin boşaltılacağını vurgulamıştır.

Öte yandan DGCL kazuistik kanun yapma tekniğinin tipik bir örneği olarak görülebilir. Zira DGCL anonim ortaklık esas sözleşmesinde yer verilebilecek düzenlemeleri ayrıntılı olarak listelemektedir. Üstelik bu listenin, kanun koyucunun tercihinden ziyade, şirketler hukuku pratiğinden ve birikiminden süzülen kayıtlar olduğuna dikkat çekilmektedir[179]. "Esas sözleşmenin içeriği" kenar başlıklı DGCL §102'nin (b) bendinde, örneğin, organlar arası yetki paylaşımına, rüçhan haklarına, bazı işlemler bakımından yönetim kurulunun veya genel kurulunun onayının aranmasına, pay sahiplerinin belirli koşullar altında şirket alacaklılarına karşı sorumlu olabilmelerine, yönetim kurulu üyelerinin şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumluğunun kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına dair hükümlerin öngörülmesine izin verilmiştir. Aynı şekilde 2020 yılı itibarıyla ABD'de 30'dan

---

[176] Coffee, **Balance**, s. 1632.

[177] *Sutherland v. Sutherland*, 2009 WL 750287, 4 (Del. Ch. March 23, 2009).

[178] Kuntz, **a.g.e.**, s. 29.

[179] James D. Cox, Thomas L. Hazen, F. Hodge O'Neal, **Corporations**, New York, Aspen, 1997, N. 2.6; Bainbridge, **Economics**, s. 39-41.

fazla eyalet tarafından benimsenmiş olan Amerikan Barolar Birliği tarafından hazırlanan Model Ticaret Şirketleri Kanunu (*Model Business Corporation Act* - MBCA) §2.02.(b) ve 2.06.(b) uyarınca, esas sözleşmede ve iç yönergede (*bylaws*) öngörülebilecek düzenlemeler DGCL'de olduğu gibi ayrıntılı olarak belirtilmektedir[180].

Türk şirketler hukukunun en çok etkilendiği İsviçre hukukuna bakıldığında ise anonim ortaklıklar hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesinin geçerli olduğu görülmektedir. Emredici hükümler ilkesine benzer bir kurala ne kanunda ne de Federal Mahkeme kararlarında yer verilmiştir[181]. Dolayısıyla anonim ortaklıklar hukukuna ilişkin bir hukuk normunun emredici olup olmadığı hususunda şüpheye düşülmesi halinde, ilgili kuralın yedek hukuk kuralı olduğu kabul edilir[182]. Borsa şirketlerindeki yatırımcılar istisna olmak üzere, anonim ortaklıklar hukukunun esnek ve liberal yapısının korunmasına İsviçre'de özel bir önem atfedildiği vurgulanmalıdır[183]. Zira anonim ortaklık yapısı, İsviçre'de yalnızca büyük işletmeler ve halka açık ortaklıklar için değil, küçük işletmeler için de tercihe şayan bir model olarak korunmak istenmektedir. Bu nedenle anonim ortaklığın her türlü faaliyeti gerçekleştirmeye uygun olduğunu ifade eden "*bonne à tout faire*" ibaresi yaygın olarak kullanılmaktadır.

İsviçre hukukuna benzer şekilde, İngiliz hukukunda da anonim ortaklık esas sözleşmesi bakımından sözleşme özgürlüğü ilkesi mevcuttur. Pay sahiplerinin esas esas sözleşme aracılığıyla anonim ortaklığı şekillendirme imkânının oldukça geniş olduğu, CA 2006'nın hazırlık çalışmaları kapsamında bizzat kanun koyucu tarafından vurgulanmıştır[184]. Nitekim CA 2006 sec. 33'e göre esas sözleşmenin, şirket ve pay sahipleri, ayrıca pay sahiplerinin kendi arasında akdedilmiş bir

---

[180] (Çevrimiçi), https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbca.authcheckdam.pdf, 09.07.2020.

[181] Forstmoser, **ZGR**, s. 256.

[182] **a.e.**, s. 256; Kunz, **a.g.m.**, s. 57.

[183] Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §10 N. 164.

[184] **White Paper**, s. 33.

sözleşme hükmünde olduğu öngörülmektedir[185]. Aynı tespiti Fransız anonim ortaklıklar hukuku bakımından da paylaşmak mümkündür[186].

e. İlkenin Anlamı ve Kapsamı

TK 340'ta düzenlenen emredici hükümler ilkesine dair paylaşılması gereken ilk tespit, TK'nın anonim şirketlere dair hükümlerini kural olarak emredici hale getirmiş olmasıdır[187]. Nitekim TK m. 340 c. 1 uyarınca esas sözleşme, TK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Öte yandan maddenin 2. cümlesi, diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin ilgili kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğurduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla esas sözleşme özgürlüğüne bırakılan alan, -kanunun açıkça izin vermesi şartıyla- kanundan sapan hükümler ile kanunu tamamlayan esas sözleşme hükümlerinden ibarettir.

Anılan hüküm normlar hiyerarşisinde esas sözleşmenin, emredici ve tahdidi kanun hükümlerinin altındaki konumunu teyit etmekte[188]; ayrıca anonim ortaklık esas sözleşmesi bakımından sözleşme özgürlüğü ilkesinin geçerli olmadığını belirtmektedir[189]. Dolayısıyla anonim ortaklığın, ortaklığı kuran ve ona sermaye sağlayan kişiler tarafından değil, daha çok devlet tarafından şekillendirilen bir tüzel kişilik olduğunu ortaya koymaktadır.

TK m. 340 her ne kadar "*B) Kuruluş*" başlığı altında öngörülen TK m. 335 ilâ 355 hükümleri arasında düzenlenmiş olsa da, sistematik yorumdan hareketle,

---

[185] Anılan hükmün kökeni *1862 Companies Act*'in 11. maddesine dayanır. Hükmün ilk halinde o dönemde esas sözleşme yerine geçen "kuruluş beyanı"nın (*memorandum of association*) pay sahipleri arasında bir sözleşme olduğu ve tescille birlikte bu sözleşmenin ortaklığı da bağlayacağı öngörülmüştür (Kershaw, **Fiduciary**, s. 409 dn. 38). Ayrıca içtihat hukukunda bkz. *Wood v Odessa Waterworks Co* [1889] 42 Ch. D. 636; *Hickman v Kent or Romney Marsh Sheep-Breeders' Association* [1915] 1 Ch 881 (Chancery Division).

[186] Fransız anonim ortaklıklar hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesinin nispeten daha güçlü olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. Guyon, **a.g.m.**, s. 4-10; Schiller, **a.g.e.**, s. 9.

[187] Karasu, **a.g.e.**, s. 45; Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 229; Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 10-41; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 501a; Çamoğlu, (Poroy, Tekinalp), **2019/I**, d; Paslı, **Kuruluş II**, s. 169-170.

[188] Anonim ortaklık düzeninde normlar hiyerarşisi ve TK m. 340'ın buradaki işlevi hakkında bkz. İkinci Bölüm, I, A.

[189] Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 173; Karasu, **a.g.e.**, s. 45. Karş. Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 9-45: "*Esas sözleşme TK m. 340'ın koyduğu sınırlar içinde sözleşme serbestisi ilkesine tabidir*".

emredici hükümler ilkesinin yalnızca kuruluşa ait bir kural olduğu şeklinde bir yanılgıya düşülmemelidir. Nitekim hükmün uygulama alanı kuruluş esas sözleşmesinden ibaret olmayıp, esas sözleşme değişikliklerini de kapsamaktadır[190].

Emredici hükümler ilkesini hukukumuza aktaran kanun koyucunun, ilkenin yukarıda açıklanan etkilerinin bilincinde olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim madde gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir:

> "Alm. POK 23 (5) paragrafından esinlenerek kaleme alınmış bulunan bu hükmün, Alman öğretisinde bir çok karşıtı vardır; Türkiye'de de hükmün eleştirileceğinden şüphe edilmemiş, bu husus da hesaba katılarak hüküm öngörülmüştür. Maddeyi eleştirenler, hükmün, esas sözleşmenin düzenlenmesinde paysahiplerinin iradelerine pek az yer bıraktığını, bütün esas sözleşmelerin bir örnek hâle gelmesine sebep olacağını; emredici olmayan hükümlerin belirlenmesi tartışmasını yaratacağını; ticaret sicili müdürüne geniş takdir yetkisi verilmiş olduğunu ileri sürerler."

Kanunkoyucunun hem maddenin lafzından hem de gerekçesinden anlaşılan iradesini bir kenara bırakarak, yorum veya kanun boşluğu doldurma faaliyetinin ötesine geçerek, pozitif hukukun dışına çıkılması söz konusu olmamalıdır. Başka bir ifadeyle esas sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan TK m. 340'ın daraltıcı yoruma veya şartları varsa teleolojik redüksiyona tabi tutulması mümkün olmakla birlikte, kanuna aykırı yorumlardan kaçınılması gerekir. Zira emredici hükümler ilkesini eleştirerek *de lege ferenda* önerilerde bulunmak yerine, kimi zaman öğretide, "sapma" ve "tamamlama" kavramları arasındaki sınırın belirsizliğinden hareketle veya "açıkça" ibaresinin varlığını göz ardı ederek, ilkenin uygulama alanı pozitif hukuka aykırı şekilde sınırlandırılabilmektedir[191]. Zira esas sözleşmede düzenlenen hükmün Kanun'dan sapmayıp, onu tamamladığının kabul edilmesi halinde "açık" izin arama zorunluluğu ortadan kalkmaktadır.

---

[190] Hirte, **a.g.m.**, s. 77; Paslı, **Kuruluş II**, s. 170; Çamoğlu, (Poroy, Tekinalp), **2019/I**, N. 722d.

[191] Alman hukukunda da iki kavram arasındaki belirsizlik ve "açıkça" (*ausdrücklich*) ibaresinin, ilkenin uygulamasındaki en tartışmalı hususlar olduğu görülmektedir. Bu duruma dikkat çekerek kanun koyucunun iradesini vurgulayan bkz. Friedewald, **a.g.e.**, s. 118-119; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 161; Arnold, **KK**, §23 Rn. 138; Limmer, **Spindler/Stilz AktG**, §23 Rn. 28a; Luther, **a.g.m.**, s. 170; Geßler, **§23/5**, s. 73; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, § 23 Rn. 174. TK m. 340'ın uygulama alanının sınırlandırılması amacıyla ileri sürülen *de lege lata* önerilerin ayrı ayrı değerlendirilmesi hakkında bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2, g.

TK 340 hükmünün anlaşılabilmesi için maddede yer verilen ifadelerin ayrı ayrı ele alınmasında fayda vardır. Bu kapsamda "*kanundan sapma*", "*açık izin*", "*tamamlayıcı hükümler*" ve "*ilgili kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğurma*" ifadeleri aşağıda açıklanmıştır.

(1) Esas Sözleşmenin Kanundan Sapması (TK m. 340 c. 1)

i. Kanundan Sapma

Esas sözleşmenin [192] belirli bir hususu, kanundan farklı bir şekilde düzenlemesi halinde sapmadan söz edilebilir [193]. Dolayısıyla esas sözleşmenin kanundan sapması için, öncelikle esas sözleşmede düzenlenen konu hakkında kanunda hüküm bulunmalıdır. Kanunun sessiz kaldığı bir konuya ilişkin öngörülen esas sözleşme hükümlerinin kanundan saptığı ileri sürülemeyeceğinden, bunun için açık izin aramaya da gerek bulunmamaktadır[194]. Nitekim bu ihtimalde kanundan

---

[192] TK m. 340'ın yalnızca korporatif nitelikli esas sözleşme hükümleri bakımından bir sınırlama getirebileceğini tekraren vurgulamakta fayda vardır. Anılan hüküm ortaklık düzeninde hüküm ifade eden esas sözleşme hükümlerinin sınırlarını belirler. Yalnızca borçlar hukuku zemininde ve taraflar arasında sonuç doğurabilen şeklî hükümlerin emredici hükümler ilkesine tabi olmadığını hükmün ikinci cümlesi de teyit etmektedir. Bu yönde ve TK m. 340 c. 2 hakkında bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2, e, (2), iii.

[193] Arnold, **KK**, §23 Rn. 137; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 176; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 152; Limmer, **Spindler/Stilz AktG**, §23 Rn. 29; Kalss, Fleischer, **a.g.m.**, s. 701.

[194] Kanunun sessiz kaldığı hususlarda esas sözleşmede hüküm öngörülmesinin "kanundan sapma" değil, "kanunu tamamlama" kavramı altında ele alınması gerektiği yönünde bkz. Luther, **a.g.m.**, s. 171; May, **a.g.e.**, s. 66; Pleßke, **a.g.e.**, s. 27; Bendfeld, **a.g.e.**, s. 61; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 37; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 176, 178; Kalss, Fleischer, **a.g.m.**, s. 701. Aksi görüşte bkz Hans-Joachim Mertens, **Kölner Kommentar zum Aktiengesetz**, C: II §§ 76-117 AktG und Mitbestimmung im Aufsichtsrat, Ed. Wolfgang Zöllner, Carsten P. Claussen, Kurt H. Biedenkopf, 2. bs., Köln, Carl Heymanns, 1996, Vorb.§76 Rn. 11. Ancak yazarın, eserin *Cahn* ile birlikte kaleme aldığı sonraki basısından itibaren görüş değiştirdiği anlaşılmaktadır (bkz. Hans-Joachim Mertens, Andreas Cahn, **Kölner Kommentar zum Aktiengesetz**, C: II/1 §§ 76-94 AktG, Ed. Wolfgang Zöllner, Ulrich Noack, 3. bs., Köln, Carl Heymanns, 2010, Vorb.§76 Rn. 9. Esas sözleşmesel tahkim klozu bakımından bu yönde bkz. Mertens, **a.g.m.**, s. 438). Bazı eserlerde (örn. Arnold, **KK**, §23 Rn. 138) *Geßler*'in de *Mertens*'in terk ettiği görüşüne benzer bir noktada durduğu belirtilse de bu doğru değildir. Nitekim *Geßler*, kanunun sessiz kaldığı hususlarda sapmadan söz edilemeyeceğini açıklıkla ortaya koymuş; bununla birlikte kanunun düzenlediği konular bakımından her hüküm içi boşluğun (sessizliğin) tamamlayıcı hükümlere izin verildiği anlamına gelmediğini ifade etmiştir (bkz. Geßler, **§23/5**, s. 74). Alman hukukundaki hakim görüşü takiben Türk hukukunda bkz. Karasu, **a.g.e.**, s. 57; Paslı, **Kuruluş II**, s. 172. Karş. Pulaşlı, **Şerh I**, §29 N. 28. Yazar "sapma"nın, ancak esas sözleşmenin kanunda öngörülenin aksine başka bir düzenleme içermesi halinde mevcut olduğunu belirtmesine rağmen, devam eden ifadelerinde ise kanunun suskun olduğu, yani konuya ilişkin hiçbir hüküm öngörmediği durumlarda esas sözleşmenin kanundan sapamayacağını belirtmektedir.

sapılması değil, kanunun tamamlanması söz konusudur[195]. Madde gerekçesinde yer alan "*[k]anunun somut olay hakkında sustuğu hallerde kanunî boşluğun doldurulmasına ilişkin metodoloji kurallarının uygulanacağı*" yönündeki ifade de bu tespitle örtüşmektedir.

Burada bahsi geçen "*kanun*" TK'dır. Zira TK m. 340 c. 1'de "*bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden*" ibaresine yer verilmiştir. Bu çerçevede emredici hükümler ilkesi, esas sözleşmenin yalnızca TK'nın ikinci kitabının "*Anonim Şirket*" başlıklı dördüncü kısmında yer alan (TK m. 329-561) ve anonim ortaklıklara ilişkin diğer TK hükümleri (örn. TK m. 39/2, 43, 64, 562, 1521 vd.) bakımından uygulama alanı bulabilir. TK'dan farklı bir kanunun düzenlediği bir konuda esas sözleşmede söz konusu düzenden sapan bir hükme yer verilmesi halinde ise TK m. 340 uyarınca "*açık izin*" aramaya gerek yoktur. Emredici hükümler ilkesinin istisnai niteliği nedeniyle, TK haricindeki kanunların düzenlediği hususlarda TK m. 340'ın kıyasen dahi uygulanamayacağı söylenebilir[196]. Örneğin, SerPK veya BankK'daki anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerden ayrılan esas sözleşme kayıtları bakımından ilgili kanunda açık izin aranması gerekli değildir.

Öğretide ayrıca TK m. 340'ın anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerden sapılmasına ancak esas sözleşme yoluyla izin verdiği; dolayısıyla iç yönerge veya genel kurul kararı aracılığıyla kanundan sapılmasının artık mümkün olmadığı görüşü ileri sürülmüştür[197]. Kanımca TK m. 340'ın bu şekilde okunması, kapsamını amacına aykırı şekilde genişletir. Nitekim emredici hükümler ilkesi, yalnızca esas sözleşme aracılığıyla kanundan sapılması halinde devreye girer. Yoksa kendi yetki sahasını aşmaması kaydıyla, kanundan ayrılan iç yönerge hükümleri ve genel kurul kararları TK m. 340'ın uygulama alanına girmez. Örneğin, ihtiyari esas sözleşme hükümleri bağlamında "İkinci Bölüm, II, F, 1, c"de belirtilen düzenlemeler veya kanundan sapan esas sözleşme maddesini somutlaştıran iç yönerge hükümleri bu kapsamdadır. Bu noktada şeklen iç yönerge veya genel kurul kararı olan, fakat fiilen esas

---

[195] Tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri hakkında bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2, e, (2), ii.

[196] AktG §23/5 bakımından aynı yönde bkz. Luther, **a.g.m.**, s 171; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 180; Arnold, **KK**, §23 Rn. 136.

[197] Karasu, **a.g.e.**, s. 58.

sözleşmeyi değiştiren işlemlerin "fiili esas sözleşme değişikliği" (*faktische Satzungsänderung*) teşkil ettiği ileri sürülmüştür[198]. Kanımca fiili esas sözleşme değişikliği olarak anılan işlemler de emredici hükümler ilkesinin uygulama alanına girmez. Zira söz konusu işlemlerin esas sözleşmeyi *de jure* veya *de facto* değiştirmesi söz konusu olmayıp; bunlar süreklilik arz etse dahi, nihayetinde esas sözleşmenin ihlali anlamına geldiğinden dolayı -TK m. 340'a takılmaksızın- TK m. 445 kapsamında hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşmalıdır.

ii. Açık İzin

TK m. 340 c. 1 uyarınca, esas sözleşmenin kanundan sapabilmesi için, kanunda buna açıkça izin verilmiş olmalıdır. "Açık izin" ibaresine yüklenebilecek anlamlar, kanundan sapan ve kanunu tamamlayan hükümler arasındaki ayrım gibi, TK m. 340'ın en muğlak noktalarından biridir. Nitekim, öğretide, bir taraftan kanundan sapma izninin, yalnızca ilgili kuralın lafzına bağlı kalınarak tespit edilmesi gerektiği; diğer taraftan, ilgili normun *ratio legis*'ine de bakılması gerektiği ileri sürülmektedir. Dolayısıyla "açık izin" bağlamındaki tartışmanın, kanundan sapma izninin aranacağı yer ekseninde cereyan ettiği görülmektedir.

Genel olarak bir hukuk kuralının emredici nitelikte olup olmadığı, lafzına ve amacına bakılarak tespit edilir[199]. Normun korumayı amaçladığı menfaatler, emredici karakterini belirleyen asıl unsur olarak karşımıza çıkar. Temelinde toplumun menfaatlerini, bu kapsamda kamu düzenini, genel ahlakı veya kişilik değerlerini koruma amacı yatan hükümler, "kamu düzenine ilişkin hükümler" olarak anılır ve emredici nitelik taşır. Benzer şekilde ekonomik, sosyal veya fizikî durumu nedeniyle

---

[198] Sürekli olarak şirketin işletme konusu dışında işlemlerin yapılması nedeniyle "fiili esas sözleşme değişikliği" yaratan yönetim kurulu kararları için bkz. Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §22 N. 72, 78; Ehmann, **Grigoleit AktG**, §179 Rn. 32; Stein, **MüKoAktG**, §179 Rn. 32. Fiili esas sözleşme değişikliği kavramına genellikle yönetim kurulu kararları bakımından başvurulmasına karşın, diğer organların karar ve işlemleri yönünden de kullanılabileceğinin işaretini veren Andreas Austmann, **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts**, C: IV Aktiengesellschaft, Ed. Michael Hoffman-Becking, 5. bs., München, C.H. Beck, 2020, §40 Rn. 78. Karş. Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §179 Rn. 9. Yazar "fiili esas sözleşme değişikliği" kavramının yanıltıcı olabileceğini, nihayetinde ortada esas sözleşmenin ihlalinden söz edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca ihlalin süreklilik arz etmesinin bu durumu değiştirmediğini ifade etmektedir. Aynı yönde bkz. Holzborn, **Spindler/Stilz AktG**, § 179 Rn. 55.

[199] Ayrıntılı bilgi için bkz. Kramer, **BK-OR**, Art. 19-20, N. 146; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 534; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 290-294; Serozan, **a.g.e.**, s. 137-145.

zayıf konumda olanları korumayı amaçlayan "sosyal koruma normları" da, kamu düzeni ve genel ahlakla ilgili olup, emredici niteliği haizdir.

Emredici hükümler ilkesiyle varılmak istenen en önemli hedeflerden biri ise anonim ortaklıklar hukukuna ilişkin kuralların emredici olup olmadığına dair incelemeyi basitleştirmektir. Nitekim esas sözleşmede yer alan hükümlerin geçerliliği hususundaki belirsizlikleri ve bu konudaki uyuşmazlıkları azaltma amacıyla yola çıkan kanun koyucu, her bir TK hükmünün emredici olup olmadığının münferiden incelenmesi ihtiyacını ortadan kaldırma yönünde bir irade ortaya koymuştur. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin geçerli olduğu alanlarda, taraflarca devre dışı bırakılmak istenen normun emredici olup olmadığının incelenmesi gereğine karşılık, anonim ortaklıklar hukukunda emredici hükümler ilkesi benimsenmiştir. Böylelikle anonim ortaklığa ilişkin TK kurallarının kural olarak emredici olduğu; yalnızca ilgili hükümden açıkça anlaşılması halinde, esas sözleşmede kanundan farklı bir düzenlemeye yer verilebileceği sonucu çıkmaktadır.

Gerçek anlamda hukuki öngörülebilirliğin ve *ex ante* belirliliğin sağlanması amacına, ilgili normun lafzının ve kanunun sistematiğinin ötesine geçmeyen "şekli" bir incelemeyle yetinilmesi halinde ulaşılabilir. Bu çerçevede, esas sözleşmede düzenlenen hususa ilişkin TK hükümlerinin emredici olup olmadığının belirlenmesinde, kural olarak, ilgili hükmün *ratio legis*'ini de ele alan "maddi" (teleolojik) bir değerlendirmeye girişilmemesi gerekir[200]. Öte yandan en sarih metnin dahi yorum gerektirdiği; sarahatin kendisinin dahi yoruma açık olduğu akılda tutulmalıdır[201]. Nitekim biçimsel ve tek yanlı bir tümdengelim mantığıyla hukuk uygulamasını âdeta mekanik bir algoritma işlemine indirgemek, kanunun bütün ihtimalleri düzenlediğine inanan aşırı pozitivist bir tutumun ve kavram hukukçuluğunun yaklaşımıdır[202]. Buna karşılık TK m. 340'ın amacı hakimi altlama otomatına dönüştürmek değil, pay sahiplerinin esas sözleşmesel düzenlemelerin geçerliliğine yönelik öngörüsünü kuvvetlendirmektir. Kaldı ki emredici hükümler

[200] Geßler, **§23/5**, s. 72; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 177. Karş. "açıkça" ifadesine özel bir anlam atfedilmemesi gerektiği yönünde bkz. Barz, **GroßK 1973**, §23 Rn. 28. Yazar AktG §23/5 hükmünün "*yeni bir şey söylemediğini*" ifade etmiştir.

[201] Serozan, **a.g.e.**, s. 136

[202] **a.e.**, s. 123.

ilkesinin, kanunun tüm maddi olgulara sözüyle ve özüyle uygulanması gerektiğini ortaya koyan MK m. 1'i esas sözleşme bakımından bertaraf etmeye ne niyeti vardır ne de buna gücü yetebilir.

TK'da esas sözleşmenin kanundan sapmasına izin veren hükümler tipik olarak şu ifadeleri veya benzerlerini içermektedir: "*Aksine esas sözleşmede hüküm yoksa*", "*esas sözleşmede ... öngörülebilir*"[203]. Ancak bunun gibi bir ifadeye yer vermemesine rağmen, ilgili hükümde yasal düzenden sapmaya açıkça izin verilmiş olabilir. İşte bu tür ibarelerin yokluğunda veya kanunun lafzının muğlak olması durumunda, sapmaya açıkça izin verilmiş olduğu sonucuna, hükmün yorumlanması sayesinde ulaşılabilir[204]. Ancak burada sözü edilen yorum faaliyeti, ilgili hükmün *ratio legis*'ini kapsamayıp, yalnızca sapmaya izin verip vermediğinin anlaşılması için lafzî ve sistematik yorum sınırında kalmaktadır.

Örneğin yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkının esas sözleşmeyle genişletilebileceği TK m. 392/6'da açıkça öngörülmesine karşılık, pay sahipleri bakımından TK m. 437/6'nın lafzında bu yönde bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte pay sahiplerinin de bilgi alma ve inceleme hakkının, esas sözleşmede öngörülebilecek bir hükümle genişletilmesi mümkündür. Zira TK m. 437/6 söz konusu hakların, esas sözleşmeyle veya şirket organlarından birinin kararıyla sınırlandırılamayacağını; TK m. 447/1-(b) de bunları kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran genel kurul kararlarının batıl sayılacağını öngörmektedir. Anılan hükümlerde, TK m. 392/6'ya benzer şekilde kanundan sapmaya açıkça izin veren bir ifade yer almasa da söz konusu hakların genişletilmesine açıkça izin verildiği anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda, örneğin, paylarının önemli bir kısmı yabancılar tarafından edinilmiş olan bir anonim ortaklığın finansal tablolarının ve yıllık faaliyet raporunun İngilizce ve Türkçe olarak bütün pay sahiplerinin şirketçe bilinen adreslerine gönderileceği; ilgili genel kurul

---

[203] Anılan ifadelere yer veren TK hükümleri için bkz.: TK m. 129/1, 131/2, 345/1, 362/1, 366/1, 370/1, 390/1, 392/6, 403/5, 409/3, 411/1, 418/1, 419/1, 421/1, 421/5, 434/2, 435/1, 437/6, 452/1, 460, 467/1, 480/4, 482/3 85/1, 490/1, 504/1, 507/1, 508/1, 511/1, 536/1, 539/3, 543/1, 548/1.

[204] Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 178; Arnold, **KK**, §23 Rn. 138; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 161; Körber, **a.g.e.**, §23 Rn. 41. K.g. bkz. Eckardt, **a.g.e.**, §23 Rn. 108.

toplantısından 15 gün önce değil, 1 ay önce incelemeye hazır tutulacağı; yahut pay sahiplerince ulaşılabilir şekilde şirketin internet sitesine yükleneceği öngörülebilir[205].

Benzer şekilde TK m. 371/1'de de kanundan sapılabileceğine yönelik açık bir ifade olmamakla birlikte, bu fıkra kapsamındaki temsilcilerin temsil yetkilerinin esas sözleşmeyle sınırlandırılması mümkündür. Zira TK m. 371/1 c. son ve 371/4 hükümleri, söz konusu esas sözleşmesel sınırlamaların iç ilişkide ve -iyi niyetli olmayan üçüncü kişilere karşı- dış ilişkide hüküm ifade edeceğini öngörmektedir. Bu hususta olumsuz bir örnek vermek gerekirse, esas sözleşmede yönetim kurulu üyelerinin özen ve sadakat yükümlülüğünün ölçütünün, konusunun veya sorumluluğun sınırlanması yönlerinden daraltılamayacağı izahtan varestedir. Aynı şekilde söz konusu yükümlülüğün, her ne kadar pay sahiplerinin menfaatine olsa da, TK m. 340 nedeniyle ağırlaştırılamayacağı sonucuna da varılmalıdır. Zira ne şirkete karşı özen ve bağlılık yükümlülüğünü düzenleyen TK m. 369 ne de sorumluluğu düzenleyen TK m. 553 aksine yorumu mümkün kılan bir anlam içermektedir.

Açık izin bağlamındaki en tartışmalı husus ise lafzî ve sistematik yorum neticesinde ilgili hükmün sapmaya açıkça izin vermiş olup olmadığının anlaşılamaması durumunda amaçsal (teleolojik) yorumun devreye girmesi hakkındadır. TK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümleri, TK m. 340 c. 1'de aranan izin bakımından üç grupta el alınabilir. Bazı hükümler esas sözleşmenin kanundan sapabileceğini açıkça ifade etmekte (bkz. dn. 203'te sayılanlar); bazıları ise esas sözleşmede kanundan farklı bir düzenleme öngörülemeyeceğini belirtmektedir (örn. TK m. 348/1, 416/2, 425/1). Üçüncü grupta kalan hükümlerde ise bu hususta olumlu veya yasaklayıcı bir ibareye yer verilmemektedir (örn. TK m. 531). Bu durumda

[205] Söz konusu esas sözleşme hükmünün "müktesep hak" yaratacağı söylenebilir. Bu görüşte bkz. Tekinalp, **Müktesep Hak**, s. 23; Ömer Teoman, "Bir Anonim Ortaklıkta Payların Tümüne Yasada Öngörülenden Daha Fazla Hak Tanınması Ayrıcalık Yaratmak Anlamına Gelir Mi?", **BATİDER**, C: XVIII, No: 3, 1996, s. 6. İlk olarak söz konusu hak, esas sözleşmede pay sahiplerine şahsen tanınmış olan akdî nitelikli haklardan ayrılmaktadır. Zira bilgi alma hakkı pay sahipliği mevkiine veya paya tanınmış ortaklıksal nitelikte bir haktır. Hakkın imtiyaz teşkil ettiği de ileri sürülemez; çünkü TK m. 479 anlamında "bazı paylara tanınmış" bir hak değil, bütün paylara tanınmıştır. İmtiyaz yaratılmasında "*kanuna nazaran üstünlük*" ve "*diğer paylara nazaran üstünlük*" ölçütlerine dair tartışma hakkında bilgi için bkz. Tekinalp, **İmtiyaz**, s. 5-7; Teoman, **İmtiyaz**, s. 1-6; Kendigelen, **İmtiyaz**, s. 27-32; Aytuğar, **a.g.e.**, 137-140; Arıcı, **a.g.m.**, s. 159-158. O halde esas sözleşmede oybirliği aranan nisaplara ek olarak, bütün pay sahiplerine tanınan ve kanuna nazaran üstün olan ortaklıksal hakların TK m. 452 anlamında müktesep hak teşkil ettiği söylenebilir. Esas sözleşmesel müktesep ve akdî haklara dair açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, II, F, 3, f.

anılan son kategoride yer alan normların, esas sözleşmenin kanundan sapabilmesine yönelik "açık izin" içerip içermediği ne şekilde tespit edilmelidir? Bir taraftan, TK m. 340'ın hukuki belirlilik sağlama amacı ve kanundan sapma izninin "açıkça" verilmiş olması gerektiği gözetilerek, emredicilik incelemesinin ilgili hükmün metniyle sınırlandırılması gerektiği savunulmaktadır[206]. Diğer taraftan ise, hakim öğetide, kanundan sapma izninin tespitinde, ilgili hükmün lafzına ek olarak, gerektiğinde hükmün *ratio legis*'inin de dikkate alınabileceği ileri sürülmektedir[207].

TK m. 340'ın gerekçesinde ise şu ifadelere yer verilmiştir: "*Hükümdeki 'kanunda açıkça izin verilmişse' ibaresi, maddenin lafzından 'sapabilme' imkânının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözeten bir yorumla 'sapabilme'nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsamaktadır*". Öncelikle gerekçede yer alan bu ifadelerin TK m. 340'ın, esas sözleşme hükümlerinin geçerliliğine ilişkin davaların sayısını azaltma amacıyla çeliştiği belirtilmelidir. Nitekim kanundan sapabilme imkânının, maddenin lafzından açıkça anlaşılamadığı durumlarda ilgili hükmün "amacı", "metodoloji öğretisi",

---

[206] Eckardt, **a.g.e.**, §23 Rn. 108; Bendfeld, **a.g.e.**, s. 103-105. Yorum faaliyetini dışlamamakla beraber benzer yönde bkz. Körber, **a.g.e.**, §23 Rdn 41. *Seibt* ise bu tartışmada açık tavır almamasına rağmen, açık iznin ilgili normun metninde aranması gerektiğini ifade etmektedir (Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 54). Türk hukukunda bkz. Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 160; Cafer Eminoğlu, **Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 136-137; Bahtiyar, **Tasarı**, s. 70; Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 132. Yazar TK m. 340'ın gerekçesinin "*sapabilmenin kanunun açık iznine bağlı olduğunu öngören madde metnine aykırı olup, açıkça izin verilmeyen sapmalar da yapılabileceğini göstermekte*" olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla yazarın, TK m. 340'ın kanundan sapma iznini ilgili madde metninde aramaya mecbur kıldığı yaklaşımını benimsediği anlaşılmaktadır. Ancak azınlık haklarını düzenleyen hükümlerdeki nisapların, kanunun lafzında bu yönde bir açıklık olmamasına rağmen, azınlık lehine değiştirilebileceği görüşünde olması nedeniyle, esasen "açık izni" ilgili hükmün metninin ötesinde aramayı mümkün gördüğü anlaşılmaktadır. Nitekim yazar aksi takdirde kanun hükmünün sözüne fazlaca bağlı bir yorum yapılmış olacağını belirtmektedir (**a.e.**, s. 316-317).

[207] Alman hukukunda bkz. Geßler, **§23/5**, s. 71; Luther, **a.g.m.**, s. 171; Arnold, **KK**, §23 Rn. 138; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 35; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 161; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 174; Limmer, **Spindler/Stilz AktG**, §23 Rn. 29. Karş. Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 57. Bir adım ileri giden *Barz*,"açıkça" ifadesine özel bir anlam atfedilmemesi gerektiğini savunmuştur (Barz, **GroßK 1973**, §23 Rn. 18). Türk hukukunda bu yönde bkz. Pulaşlı, **Şerh I**, §29 N. 28; Paslı, **Kuruluş II**, s. 170; Ömer Korkut, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı**, Adana, Karahan Kitabevi, 2012, s. 91 vd.; Karasu **a.g.e.**, s. 50-51; Oruç H. Şener, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, 4. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 306-307; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, **Şirketler Hukuku**, Bursa, Dora, 2013, s. 233-234; Ayoğlu, **Tahkim**, s. 28-29.

"tatmin edici gerekçeler", "adil sonuçlar" ve "menfaatler dengesi" gibi kavramlara başvurmayı salık vermektedir. Görüldüğü üzere gerekçe, ilkenin hukuki belirlilik sağlama amacına ulaşmasına imkân veren etkisini zayıflatmakta; hatta yeni uyuşmazlıklara kapı aralamaktadır. Dolayısıyla bu tartışmada benimsenecek yaklaşımın, bizatihi hükmün amaçlarıyla çelişen ve bağlayıcı olmayan gerekçesine dayandırılmaması gerekir.

Ancak TK'nın anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerinin bütün olasılıkları içerecek şekilde kazuistik kanun yapma tekniğiyle düzenlenmemiş olması[208], kimi zaman lafzın ötesine geçmeyi kaçınılmaz hale getirmektedir[209]. Nitekim anonim ortaklıklara ilişkin Kanun hükümlerinin, TK m. 340'ta tasarlanan mimariye uygun şekilde kaleme alınmadığı ortadadır. Halbuki TK m. 340'ta öngörülen mekanizmanın sağlıklı şekilde işleyebilmesi için, kanundan sapmaya izin veren ve vermeyen hükümler olarak iki kategori normdan söz etmek gerekirdi. Ayrıca kanundan sapılmasında bir sakınca olmayan hususlarda, ilgili hükmün lafzında "aksine esas sözleşmede düzenleme yoksa" gibi bir ifadeye yer vermek gerekirdi. Ne var ki kanun koyucu, esas sözleşmenin yasal düzenden ayrılmasını istemediği hususlarda, bunu açıkça yasaklamıştır. O halde kanundan sapmaya açıkça izin veren ve açıkça yasaklayan hükümler olduğu gibi, bu hususta sessiz kalan hükümler olmasından hareketle, yorum faaliyetinin istisnai olarak kanunun sözünü aşması gerektiği ortadadır. Aksi yönde bir tutum, MK m. 1'in anonim ortaklık esas sözleşmesi açısından tamamen devre dışı bırakılması sonucunu doğurur.

Ayrıca hakimlerin anayasaya, hukuka ve vicdani kanaatine göre hüküm vermesi gerektiğini ortaya koyan AY m. 138 de daima kanun maddelerinin sözcüklerine saplanıp kalınmaması gerektiğini gösterir[210]. TK m. 340 hukuki belirlilik sağlamak uğruna, MK m. 1 ve AY m. 148'de benimsenen bu anlayışı

---

[208] Öte yandan limited şirket sözleşmesinde düzenlenebilecek hükümleri sıralayan TK m. 577; Delaware hukukunda anonim şirket esas sözleşmesinde ve iç yönergesinde öngörülebilecek kayıtları belirten DGCL §102 ve §109; ayrıca ABD'de birçok eyalet tarafından kabul edilmiş olan MBCA §2.02.(b) ve 2.06.(b) hükümleri kazuistik kanun yapma tekniğine en yakın örneklerdir.

[209] Kanundan sapılabilmesi için buna açıkça izin verilmesi şartının, kazuistik kanun yapma tekniğini akla getirdiği; kanu koyucunun her olasılığı düşünmüş ve ona göre kanundan sapmaya izin vermiş olmasını gerektirdiği yönünde bkz. Bahtiyar, **Tasarı**, s. 71.

[210] Serozan, **a.g.e.**, s. 135.

olabildiğince zayıflatmaya çalışmıştır. Ancak tereddüt halinde kanun maddelerinin anayasaya uygun şekilde yorumlanması gerektiği de unutulmamalıdır[211]. Bu sebeple TK m. 340 hükmünün AY m. 148'e uygun şekilde yorumlanması, bu tartışmada benimsenecek yaklaşımın destek noktalarından biri olmalıdır.

Öte yandan açık izni ilgili kanun hükmünün lafzının ötesinde aramak, TK m. 340'ın belirsizlikleri ve potansiyel davaları azaltma amacını erozyona uğratmaktadır. Dolayısıyla bu yaklaşımın emredici hükümler ilkesinin amaçlarına ters düşmemesi ve "açıkça" ibaresini inkar etmek anlamına gelmemesi için bir hususun vurgulanmasında fayda vardır. Söz konusu değerlendirme neticesinde emredici olmadığı hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılan kanun hükümlerinin sapmaya açıkça izin verdiği kabul edilmelidir[212]. Sözleşme serbestisinin yerini emredici hükümler ilkesinin almış olması nedeniyle, yorum faaliyeti neticesinde yedek hüküm olup olmadığı hususunda duraksanan normların ise emredici olduğu kabul edilmelidir. Aynı gerekçeyle, emredicilik değerlendirmesinde kıyas yoluna başvurulmamalı, incelenen kanun hükmünden başka fakat benzer bir hükümden hareketle, kanundan sapmaya izin verildiği sonucuna ulaşılmamalıdır[213].

Örneğin yönetim kurulu toplantısında başkana (veya başka bir üyeye) üstün oy tanınıp tanınamayacağı sorusu, TK m. 390'da bu yönde açık izin bulunmadığı gerekçesiyle olumsuz cevaplanmalıdır[214]. Anılan hükmün lafzında sapmaya izin veren bir ifade olmadığı gibi, TK m. 390/3'te oyların eşit olduğu takdirde konunun

---

[211] Anayasaya uygun yorum yöntemi hakkında bkz. Birinci Bölüm'de dn. 114. Emredici hükümler ilkesi bağlamında bu yönde bkz. Michael Becker, "Der Ausschluß aus der Aktiengesellschaft", **ZGR**, C: XV, No: 3, 1986, s. 393 dn 30.

[212] AktG §23/5 bakımından bu yönde bkz. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 182; Luther, **a.g.m.**, s. 171; Geßler, **§23/5**, s. 73-74; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 35; Arnold, **KK**, §23 Rn. 138; Limmer, **Spindler/Stilz AktG**, §23 Rn. 29. Türk hukukunda bkz. Karasu, **a.g.e.**, s. 51-52. Karş. Pulaşlı, **Şerh I**, §29 N. 28; Şener, **Ortaklıklar**, s. 307; Bilgili, Demirkapı, **a.g.e.**, s. 234. *Pulaşlı, Şener, Bilgili* ve *Demirkapı,* emredicilik karinesini ortaya koymaksızın ve madde gerekçesine uygun olarak, "*hakkaniyet ilkesi veya menfaatler dengesi dikkate alındığında*" Kanun'dan sapabilmenin mümkün olduğunu ileri sürmektedirler.

[213] Karasu, **a.g.e.**, s. 51. Aksi yöndeki bir örnek için bkz. Bilgili, Demirkapı, **a.g.e.**, s. 234. Yazarlar limited ortaklıklara ilişkin hükümlerden kıyas yoluyla faydalanabileceğini; bu bağlamda TK m. 525 hükmünden hareketle yönetim kurulunun yetki alanında bulunan bazı kararların genel kurulun onayına tabi kılınabileceğini ileri sürmektedirler.

[214] eTK döneminde bu soru olumlu cevaplanmaktayken, TK m. 340 sebebiyle söz konusu imkânın ortadan kalktığı yönünde bkz. Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 223; Karasu, **a.g.e.**, s. 55.

gelecek toplantıya bırakılacağı; ikinci toplantıda da eşitlik olursa önerinin reddedilmiş sayılacağı öngörülmektedir. Dolayısıyla kanun koyucunun üstün oy tanınabilmesine yönelik izin vermiş olduğu amaçsal yorum neticesinde tereddütsüz biçimde anlaşılmamaktadır. Üstelik bu hususta limited şirketlere ilişkin TK m. 624/3'ün kıyasen uygulanması da mümkün değildir; zira ortada bir kanun boşluğu yoktur.

"Açık izni" ilgili kanun metninin anlam ve amacında aramanın pozitif hukukun dışına taşan *contra legem* bir tespit olmadığı belirtilmelidir. Hatta bu bağlamda bir örtülü boşluk bulunmadığı için TK m. 340'ı -bu yönden- teleolojik redüksiyona tabi tutmaya dahi ihtiyaç bulunmamaktadır. Yapılan işlem, "açıkça" ibaresinin daraltıcı şekilde yorumlanmasından ibarettir[215]. Zira TK m. 340'ta bunu engelleyen bir ifade bulunmamaktadır. Anılan hüküm, kanundan sapmaya açıkça izin verilmesini şart koşmakta; fakat söz konusu izni yalnızca ilgili normun sözünde aramayı zorunlu kılmamaktadır. Öte yandan emredici hükümler ilkesinin amaçları, lafzın ötesine geçen emredicilik incelemesini yalnızca istisnai durumlara hasredilmesini gerekli kılmaktadır. Bu nedenle her durumda "açıkça" ibaresinin daraltıca yoruma tabi tutulması ve ilgili kanun hükmü bakımından amaçsal yoruma başvurulması doğru değildir. Açık iznin, kural olarak kanunun sözünde aranması gerekir; ancak istisnai durumlarda kanunun özüne de bakılabilmelidir. Daraltıcı yorumun istisnai olarak benimsenmesi hukuk tekniği açısından bir sorun teşkil etmemektedir. Zira özel hukukta aynı kavramın kimi zaman geniş, kimi zaman ise dar yorumlanması şaşırtıcı ve yeni bir olgu değildir[216].

Amaçsal yorumun devreye girebileceği istisnaları peşinen sıralamak kolay olmamakla beraber, TK m. 340'ın amaçları doğrultusunda bu hususta bir genelleme yapılması mümkündür. Öncelikle düzenlenmesi planlanan esas sözleşme hükmünden etkilenmesi muhtemel menfaatler dikkate alınmaksızın, amaçsal yorumun doğrudan devreye girmemesi gerektiği söylenebilir. Bu bağlamda azınlık pay sahiplerinin, üçüncü kişilerin veya halka açık şirketlerde yatırımcıların aleyhine getirilen

[215] AktG §23/5 bakımından aynı yönde bkz. Hopt, **ZGR**, s. 145.

[216] Bu kapsamda diğer örnekler için bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 143-144.

düzenlemeler bakımından amaçsal yoruma hiç başvurulmaması gerekir[217]. Başka bir anlatımla, ortaklık ilişkisinde zayıf konumda olanların menfaatlerini olumsuz yönde etkileyecek olan esas sözleşme hükümleri bakımından, kanundan sapma izninin yalnızca ilgili normun lafzında aranması gerekir[218]. Öngörülen düzenlemeden etkilenebilecek menfaatlerin tespitinden hareketle, bu yaklaşımı, amaçsal yorumu arka kapıdan kabul ettiği şeklinde değerlendirmemek gerekir. Burada ilgili kanun normunun amaçsal yorumuna geçilebilmesi için âdeta bir turnike yerleştirilmektedir. Üstelik ilk aşamada yapılan yorum faaliyetinin konusunu, doğrudan esas sözleşmede düzenlenmek istenen konuya ilişkin Kanun kuralları değil, öngörülen esas sözleşme hükmü teşkil etmektedir.

Örneğin, ortaklığın haklı sebeplerle feshi davasını açabilmek için sermayenin en az %20'sini temsil eden paylara sahip olma şartını öngören bir esas sözleşme hükmü bakımından TK m. 531 hükmü amaçsal yoruma tabi tutulmamalıdır. Zira esas sözleşmeye eklenmek istenen düzenlemenin kendisi azınlık haklarının kullanımını kısıtlamaktadır. Bu ise TK'nın genel gerekçesinde belirtilen, kanunun temel dinamiklerine ve özellikle TK m. 340'ın amaçlarına ters bir düzenlemedir. Ancak söz konusu pay oranının azaltılmasını öngören bir hükmün esas sözleşmeye eklenecek olması durumunda, TK m. 531'i amaçsal yoruma tabi tutmak gerekecektir.

---

[217] Alman hukukunda TK m. 340'ın amacından hareketle, ortaklık bünyesinde zayıf konumdakilerin haklarını genişleten esas sözleşme hükümlerinin emredici hükümler ilkesine takılmayacağını savunan bir yaklaşım mevcuttur. Bkz. Hirte, **a.g.m.**, s. 86. Ancak dikkat edilecek olursa, bu çalışmada benimsenen yaklaşımda bu kriterin işlevi farklıdır. Nitekim anonim ortaklıkta zayıf konumdakilerin menfaatlerini olumsuz yönde etkilemeyen esas sözleşme değişiklikleri otomatik olarak TK m. 340 süzgecinden geçmemekte; yalnızca sapma izninin, ilgili kanun normunun amacında da aranabilmesi için vize almaktadır.

[218] TK m. 340'ın tekrarı olan TK m. 579 uyarınca, emredici hükümler ilkesi limited şirketler bakımından da geçerlidir. Yargıtay 11. HD'nin vermiş olduğu 01.07.2019 tarihli ve E. 2018/3255, K. 2019/5014 sayılı karara konu uyuşmazlıkta, limited şirket ortaklarının şirketin faaliyet alanıyla ilgisi olmayan ve şirket sözleşmesinde sayılan alanlarda faaliyet göstermeleri, şirketin onayına tabi kılınmıştır. Yargıtay, söz konusu düzenlemenin emredici hükümler ilkesine (TK m. 579) aykırı olduğu ve ortakların rekabet yasağını öngören TK m. 613/2 hükmünde bu düzenlemeye açıkça cevaz verilmemesi gerekçesiyle, anılan hükmün amaçsal yorumuna girmeksizin, ilgili esas sözleşme hükmünün geçersizliğine hükmetmiştir. Kanımca 11. HD'nin TK m. 340 açısından da benzer bir tutumu benimseyeceği tahminiyle, azınlık pay sahiplerinin menfaatlerini olumsuz yönde etkileyen bu düzenlemenin emredici hükümler karşısındaki durumunu amaçsal yoruma girmeksizin değerlendirmesi yerindedir. Bununla birlikte, ilgili düzenlemenin şeklî hüküm niteliği arz ederek yalnızca tarafları bağlayabileceğinin, ilk derece mahkemesi ve bölge adliye mahkemesi tarafından değerlendirilmemiş olması sebebiyle ve isabetle, kararı bozmuştur. Karar metni için bkz. (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 12.10.2020.

Ne var ki amaçsal yorum neticesinde de, TK m. 531'den bu şekilde sapılamayacağı sonucuna ulaşılabilir[219]. Zira anılan hüküm -bu haliyle- çoğunluğun gücünü, ağır bir yaptırım olan fesih tehdidi aracılığıyla frenlemeyi hedeflemektedir[220]. Bu silahı bireysel pay sahibinin eline vermek ise kanun koyucunun sağlamaya çalıştığı dengeyi sarsabilecektir.

Ulaşılan sonuçları özetlemek gerekirse; kanun metninde sapmaya izin veren bir ibarenin bulunmadığı veya sözel anlamının muğlak olduğu durumlarda, sırasıyla, sistematik ve -istisnaen- amaçsal yorum yöntemlerine başvurulabilmeli; ancak ilgili hükmün yedek hukuk kuralı olduğu, yalnızca bunun açıkça anlaşıldığı durumlarda kabul edilebilmelidir.

Bu çalışmada benimsenen yaklaşımın hakim öğretiden ayrıldığı nokta, ilgili kanun hükmünün sapmaya izin verip vermediğinin lafzi ve sistematik yorumdan anlaşılamaması halinde amaçsal yoruma başvurma imkânını kısıtlayan ek bir mekanizma öngörmesidir. Bu mekanizmanın alametifarikası ise ilgili kanun normlarından yalıtılmış bir yorum faaliyetini içermesidir. Böylelikle esas sözleşmeyi düzenleyenler nezdinde öngörülebilirliği ve belirliliği artıran ilk nokta, amaçsal yoruma başvuru imkânının kısıtlanması; ikinci nokta ise amaçsal yorum neticesinde tereddüt halinde ilgili hükmün emredici olduğunu kabul zorunluluğudur. Bunun emredici hükümler ilkesinin amaçlarını ve varoluş nedenini ortadan kaldırmayan[221];

---

[219] Bu yönde bkz. Moroğlu, **Tasarı 2016**, s. 330; Karasu, **a.g.e.**, s. 53; Oruç, **a.g.m.**, s. 218; Eminoğlu, **a.g.e.**, s. 95, 113; Bilgili, Demirkapı, **a.g.e.**, s. 534; Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 14-10; Nomer Ertan, **Fesih**, s. 424, s. 423-424; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/II**, N. 1563a; K.g. bkz. Şükrü Yıldız, "TTK Tasarısına Göre Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi", **Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul, Çizgi Basım Yayın, 2007, s. 1197; Sumer, **a.g.m.**, s. 176; Şahin, **a.g.e.**, s. 72, 315; Aytekin Çelik, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi", **BATİDER**, C: XXV, No: 4, 2009, s. 587; Ayoğlu, **a.g.m.**, s. 8; Erdem, **a.g.e.**, s. 176-178. Bununla birlikte *Erdem*, hükümde yer alan "en az" ifadesi nedeniyle pekâlâ aksi görüşün de savunulabileceğini ifade etmektedir.

[220] Birçoğu yerine bkz. Şahin, **a.g.e.**, s. 51. Ekonomik analiz çerçevesinde TK m. 531'in mevcut yapısının taktiksel dava süreçlerine, belirsizliğe ve başkaca maliyetlere yol açabileceği yönünde bkz. Veziroğlu, **Buy-out**, s. 533. Bununla birlikte fesih talebinin ve alternatif çözümlerin birbirinden ayrı davalar kapsamında ileri sürülmesi mümkün olsaydı, alternatif çözümlerin talep edilebileceği davada pay sahipliği oranının düşürülmesi pekâlâ mümkün olurdu.

[221] TK m. 340'ın "açıkça" ifadesine rağmen, kanunun sessiz kaldığı "ara sınıfı" oluşturan hükümlerin emredici olup olmadığının tespitinde, her durumda amaçsal yoruma başvurmanın, hükmün varoluş nedenini ortadan kaldıracağı yönündeki haklı eleştiri için bkz. Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 161.

aynı zamanda TK'nın anonim ortaklığa ilişkin diğer hükümlerinin TK m. 340'ın tasarımına uymayan ve bütün ihtimalleri düzenlemeyen yapısına en uygun yaklaşım olduğu kanısındayım.

TK m. 340'ın bu yönüyle bir tercih kuralı olduğu söylenebilir[222]. Tıpkı kanundan aksi anlaşılmadıkça kefilin, BK m. 581-603 kapsamında kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemeyeceğini öngören BK m. 582/3 gibi, TK m. 340 da anonim şirketlere ilişkin TK hükümlerine ilişkin bir tercih kuralı getirmektedir[223]. Zira ilgili normun yorumu neticesinde, emredici olup olmadığına ilişkin farklı sonuçlara ulaşılması halinde, emredici hükümler ilkesine uygun olanın tercih edilmesi gerekmektedir. Bu itibarla yalnızca yöntemlerin hukuku değil, hukukun da yöntemleri belirleyebildiğine ilişkin tespit haklılık kazanmaktadır[224].

Değinilmesi gereken bir başka husus da, kanundan sapma izninin bulunduğu durumlarda esas sözleşmenin kanunda öngörülen düzenlemeden ne ölçüde ayrılabileceğine ilişkindir. Esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarını, kuşkusuz öncelikle kendisinden sapılmasına izin veren kanun normu belirler. Bununla birlikte anonim ortaklıklara hakim olan ilkelerin ve diğer TK hükümlerinin söz konusu serbestinin dış duvarlarını teşkil ettiği anımsanmalıdır[225]. Bu kapsamda örneğin, TK m. 347/1 uyarınca primli pay ihracına dair esas sözleşmeye hüküm eklenebilmekte; fakat bu hususstaki esas sözleşme serbestisi yalnızca primli pay ihraç etme imkânını tanımaktan ibaret kalmaktadır. Benzer şekilde TK m. 366/1 çerçevesinde yönetim kurulu başkanı ve başkan vekilini seçme yetkisi yönetim kurulundan alınıp genel

---

222 Yorum kuralı ve tercih kuralı arasındaki kuramsal farka ilişkin bkz. Oder, **a.g.e.**, s. 143.

223 İş hukukunda "işçi lehine", ceza hukukunda "sanık lehine", genel işlem şartları bağlamında "düzenleyen aleyhine" ve tüketici hukukunda "tüketici lehine" yorum kurallarında olduğu gibi, TK m. 340'ın da "emredici hükümler lehine yorum ilkesi" getirdiği yönünde bkz. Karasu, **a.g.e.**, s. 52. Burada yorum değil, tercih kuralından söz etmek teknik olarak daha isabetli olur.

224 Oder, **a.g.e.**, s. 137.

225 Arslanlı, **AŞ I**, s. 27: "*Yalnız Ticaret Kanununun açık bıraktığı veya hilâfını tanzime selâhiyet verdiği hallerde kanun hükümlerinden inhiaf mümkündür. İnhiraf veya itmama cevaz olduğu yerlerde de şerikler arasındaki münasebetler anonim şirketin bünyesine uyduğu nisbette tanzim edilebilir*". AktG §23/5 bağlamında aynı görüşte bkz. Arnold, **KK**, §23 Rn. 150. Aksi görüşte bkz. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 179. Yazarlar kanunun sapmaya izin verdiği durumlarda ortaklıklar hukukunun yazılı olmayan kurallarının esas sözleşme özgürlüğünü kısıtlamadığı görüşündedirler.

kurula devredilebilmektedir. Öte yandan bu hususiaki yetki devrinin ötesine geçen bir düzenlemeye esas sözleşmede yer verilememektedir.

Bir başka örnek ise pay sahibinin genel kurul toplantısına temsilci aracılığıyla katılabilmesini öngören TK m. 425/1 çerçevesinde getirilebilecek sınırlamalara ilişkindir. Öğretide, temsilci olarak yalnızca mesleği gereği sır saklamakla yükümlü kişilerin seçilebileceğini öngören bir esas sözleşme hükmünün TK m. 340 nedeniyle geçersiz sayılacağı ileri sürülmektedir[226]. Kanun koyucunun TK m. 425'te öngörmediği sınırlamayı emredici hükümler ilkesi vasıtasıyla ihdas etmek kanımca mümkün değildir. Zira anılan hükmün son cümlesi uyarınca, temsilcinin yalnızca "*pay sahibi olmasını*" öngören esas sözleşme hükümleri geçersiz sayılmıştır. Kanun koyucu, düzenlediği bir konuda esas sözleşmede öngörülmesini istemediği hususu da özellikle belirtmiştir. Ancak bu cümlenin mefhum-u muhalifinden, pay sahibi olma zorunluluğu haricindeki her türlü sınırlamanın esas sözleşmede öngörülebileceği de anlaşılmamalıdır. Nitekim genel kurula katılmak, pay sahibinin devredilmez yetkileri arasındadır. Pay sahiplerinin ve organların devredilmez yetkileri ise anonim ortaklığın temel düzeninin tuğlalarıdır. O halde TK m. 425/1'de belirtilmese de pay sahibinin devredilmez nitelikteki genel kurula katılma hakkını, TK m. 447/1-(a) anlamında sınırlayan bir kaydın öngörülmesi mümkün olmamalıdır. Bu çerçevede temsilcinin, mesleği gereği sır saklamakla yükümlü olan bir kişi, örneğin yeminli mali müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir veya avukat olabileceğini öngören bir esas sözleşme hükmü TK m. 425/1'e göre izin verilen bir sapma teşkil etmelidir[227]. Üstelik TK'nın başka bir normunu, pay sahiplerinin devredilmez

[226] Karasu, **a.g.e.**, s. 56. Yazar aile şirketlerinde ise temsilcinin pay sahipleri, pay sahiplerinin aile yakınları veya mesleği gereği sır saklamakla yükümlü olan kişiler arasından seçilmesi gerektiği yönündeki düzenlemenin geçerli olacağını ifade etmektedir. Yazara göre kanunun lafzından sapma izni olduğu sonucu çıkmasa da TK m. 425'in amacı ve menfaatler dengesi gözetilerek bu sonuca tereddütsüz bir şekilde varılabilir. Kanımca emredici hükümler ilkesinin uygulama alanını aile şirketleri bakımından bu şekilde sınırlandırmak mümkün değildir. Halka açık anonim ortaklıklar yönünden TK m. 425'te, SerPK m. 30/4'te veya Vekaleten Oy Kullanılması ve Çağrı Yoluyla Vekalet Toplanması Tebliği'nde (II-30.1) aksine yorum yapmaya imkân veren bir düzenleme de bulunmamaktadır. TK m. 340'ın halka açık olmayan anonim ortaklıklar bakımından uygulama alanının sınırlandırılması hakkında bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2, g, (1).

[227] TK m. 425'in yalnızca temsilcinin "pay sahibi olmasını" zorunlu kılan esas sözleşme hükümlerini yasaklaması nedeniyle, farklı şartlar öngören düzenlemelerin kanundan sapmadığı, fakat kanunu tamamladığı da ileri sürülebilir. Ancak bu fark teorik olmaktan öteye geçmemektedir. Zira kanunun izin verdiği sapma halinde de, tamamlama halinde de "açık izin" arama yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır.

haklarını, yahut anonim ortaklıklara hakim ilkelerden birini ihlal etmemektedir. Ancak pay sahibi olma zorunluluğu getirmemekle beraber, temsilcine aranan şartları fazlaca kısıtlayan hükümler, bu defa pay sahibinin genel kurula katılma hakkını sınırlandıracağı için batıl sayılmalıdır.

(2) Esas Sözleşmenin Kanunu Tamamlaması (TK m. 340 c. 2)

TK 340 c. 2 uyarınca "*diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar*". Bu başlık altında öncelikle TK'yı tamamlayan esas sözleşme hükümlerine izin verilip verilmediği ele alınmış; ardından "*tamamlayıcı hüküm*" ve "*ilgili kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğurma*" ifadeleri açıklanmıştır. Bu kapsamda hükmün, mehazı (AktG §23/5 c. 2) ile arasındaki farklar da ortaya koyulmuştur.

i. Diğer Kanunlar

TK 340 c. 2 uyarınca, "*diğer kanunların*" öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri ilgili kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğurur. Madde gerekçesinde bu cümlenin SerPK, BankK ve FKK gibi anonim şirketlere ilişkin özel hükümler öngören kanunları işaret ettiği belirtilmektedir. Ancak TK m. 340 bu noktada mehaz metinden ayrılarak, TK'nın anonim şirketlere ilişkin kurallarını tamamlayan esas sözleşme hükümlerine yer verilebileceğini açıkça düzenlememiştir. Nitekim AktG §23/5 c. 2'nin "*[e]sas sözleşmede tamamlayıcı hükümler öngörülebilir, meğerki bu Kanun tahdidi bir düzenleme içersin*" ifadesi nedeniyle Alman hukukunda esas sözleşmenin AktG hükümlerini tamamlayabilmesi hususunda bir tartışma bulunmamaktadır[228]. TK m. 340 c. 2'de TK'nın anılmaması ve yalnızca diğer kanunların izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinden söz edilmesi nedeniyle, TK hükümlerini tamamlayan esas sözleşme hükümlerinin öngörülemeyebileceği fikri akla gelebilir. Ancak bu sonuç isabetli olmaz. TK'nın

[228] Hatta AktG §23/5 c. 2'de "bu Kanun" ifadesi kullanıldığı için, madde yalnızca AktG hükümlerini tamamlayan esas sözleşme hükümlerine ilişkindir (Arnold, **KK**, §23 Rn. 149).

tahdidi olarak düzenlemediği hususlarda esas sözleşmede tamamlayıcı hükümlere yer verilmesi pekâlâ mümkündür[229].

Öncelikle TK m. 340 c. 1 tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerini değil, yalnızca kanundan sapan hükümleri sınırlamaktadır. TK'nın öngördüğü yasal düzenden ayrılmayan esas sözleşme hükümleri bakımından ise herhangi bir kısıtlama zaten bulunmamaktadır. Dolayısıyla TK'nın sınırlamadığı bir alan için kanunda ayrıca izin aramaya gerek yoktur. Ayrıca diğer kanunların izin verdiği esas sözleşme hükümlerinin caiz olması karşısında, TK'nın izin verdiği tamamlayıcı hükümlerin *evleviyetle* öngörülebileceği söylenebilir. Kaldı ki TK m. 340'ın gerekçesinde de "*340 ıncı madde, bu Kanunun herhangi bir hükmünden açıkça anlaşılmasa bile, esas sözleşme ile, yönetim kurulu üyeleri başta olmak üzere yöneticiler, denetçiler, işlem denetçileri ve benzeri kişiler için yaş, ek meslekî nitelikler ve kişisel şartlar konulmasına; komisyonlar ve kurullar oluşturulmasına; şeref başkanlıkları ve danışma konseyleri ihdas olunmasına, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına engel değildir*" ifadesi bu görüşü teyit etmektedir. Zira gerekçede sayılan örneklerin tamamı TK hükümlerini tamamlayıcı niteliktedir.

ii. Tamamlayıcı Hükümler

Tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri, kanunun düzenlediği bir konu hakkında öngörülebileceği gibi, kanunun suskun kaldığı hususlarda da olabilir. İlk olarak kanunun hiçbir şekilde düzenlemediği hususlarda öngörülen esas sözleşme hükümleri "tamamlayıcı hüküm" kavramı kapsamında kalır[230]. Böyle bir durumda kanun boşluğu bulunmaktadır ve söz konusu boşluk, esas sözleşmeyle doldurulmaktadır. Kanun boşluğunun bilinçli[231] veya bilinçsiz, açık veya örtülü

---

[229] Karasu, **a.g.e.**, s. 61; Paslı, **Kuruluş II**, s. 172; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 165; Eminoğlu, **a.g.e.**, s. 134.

[230] Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 242; Arnold, **KK**, §23 Rn. 149 ve yukarıda dn. 194'te anılanlar.

[231] Karş. Karasu, **a.g.e.**, s. 57. Yazar bir konu hakkında kanunda herhangi bir hüküm bulunmaması ve kanun koyucunun bu konuyu bilinçli olarak düzenlememiş olması halinde, bu hususta öngörülecek esas sözleşme hükümlerini geçersiz kabul etmektedir. Öncelikle kanun koyucunun bir meseleyi bilinçli olarak düzenlememiş olması, o konuyu daima menfi yönde çözmesi anlamına gelmez. Nitekim "bilinçli kanun boşluğu" ve "bilinçli susma" ayrı kavramlardır. "Bilinçli kanun boşluğu" halinde kanundaki boşluk esas sözleşmeyle tamamlanabilirken; "bilinçli susma" halinde zaten ortada tamamlanacak bir kanun boşluğu yoktur. Ayrım hakkında bkz. Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 327.

olmasının bir önemi yoktur[232]. Öte yandan bazı yazarlar tarafından "gerçek olmayan boşluk" olarak anılan, esasında hukuk politikasındaki yanlışlık sebebiyle, ilgili hükümde öngörülen çözümün tatmin edici veya ihtiyaçlara uygun olmaması durumu ise bir kanun boşluğu değildir[233]. Dolayısıyla lafzı ile amacı bağdaşan, başka bir hükümle de çelişmeyen bir TK hükmünün düzenlediği konuda, sırf hukuk politikasındaki aksaklık sebebiyle, kanun boşluğu bulunduğu kabul edilemeyecektir.

Bu kapsamda (i) kanun boşluğunu, (ii) gerçek olmayan kanun boşluğunu ve (iii) kanunda zikredilmekle birlikte ana hatlarıyla düzenlenmeyen hususları örneklendirmekte yarar vardır. Örneğin TK'da şirketler hukuku uyuşmazlıkları bakımından esas sözleşmede tahkim şartı öngörülebilmesi hususunda hiçbir düzenleme bulunmamaktadır[234]. Burada bir kanun boşluğu olduğu açıktır. Dolayısıyla mesele kanundan sapma değil, kanunu tamamlama çerçevesinde tartışılmalıdır[235]. Buna karşılık TK m. 479/1 uyarınca oy hakkında imtiyazın yalnızca "*eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilerek*" tanınabileceğine yönelik düzenleme, maddenin gerekçesi de dikkate alındığında farklı itibari değerdeki paylara eşit oy hakkı tanınarak (örtülü) imtiyaz yaratılmasının önünü kapamaktadır. Bu düzenlemenin hukuk politikası açısından isabetli olmamasından[236] hareketle, kanun boşluğu bulunduğu iddia edilemez[237]. Anılan hükmün açık lafzı ve gerekçesi karşısında, burada "gerçek olmayan" bir kanun boşluğu olduğu kabul

---

[232] Kanun boşluklarının çeşitleri hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Susan Emmenegger, Axel Tschentscher, **Berner Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht**, C: I/1 Einleitung Art. 1-9 ZGB, Berne, Stämpfli Verlag, 2012, Art. 1 N. 344-354; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 327-345; Serozan, **a.g.e.**, 145-176.

[233] Emmenegger, Tschentscher, **a.g.e.**, Art. 1 N. 361-363. Türk hukukunda gerçek olmayan boşluk kavramı hakkındaki farklı görüşler topluca ele alan Akbulut, **a.g.e.**, s. 84-94.

[234] TK m. 561'in gerekçesinde, TK m. 549 vd.'da düzenlenen sorumluluk davaları bakımından tahkim ve yetki sözleşmesi yapılabileceğinin belirtilmesine karşılık, kanunda buna benzer olumlu veya olumsuz yönde bir hükme yer verilmemiştir.

[235] Esas sözleşmesel tahkim şartı hakkında bkz. İkinci Bölüm'de dn. 458.

[236] Bu yönde bkz. Ömer Teoman, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 1983, s. 9-10; Mustafa Çeker, **Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2000, s. 56; Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 385.

[237] Bu şekilde örtülü imtiyaz öngören esas sözleşme hükmüne dair alınan genel kurul kararının TK m. 447/1-(a) uyarınca batıl sayılacağı yönünde bkz. Hakan Bilgeç, **Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 138; Aytuğar, **a.g.e.**, s. 295 dn 926. Ayrıca bkz. Çamoğlu, (Poroy, Tekinalp), **2019/I**, N. 696b.

edilmeli ve esas sözleşmede öngörülecek imtiyazın yöntemine dair bu yönde bir hükme yer verilememelidir.

Ayrıca Kanun'da kavramsal olarak geçen, fakat esaslı unsurları düzenlenmemiş olan hususlarda da esas sözleşme tamamlayıcı işleve sahip olabilir. Bu bağlamda akla TK m. 478/1 uyarınca "*kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkının*" imtiyaz teşkil edeceği kuralı gelmektedir. TK'da yalnızca yeni bir pay sahipliği hakkı yaratılmasına izin verilmiş olmasından hareketle, esas sözleşmede öngörülen bu nitelikteki bir hakkın TK'da düzenlenmiş olduğu kabul edilemez. Bu tür esas sözleşme hükümlerini, kanunda ismen zikredilen veya hakkında çok az hüküm öngörülen "*mırıldanma sözleşmelerine*" benzetmek mümkündür[238]. Örneğin genel kurul kararlarına ilişkin veto hakkı tanınması bu kapsamdadır[239]. Zira TK m. 478/1 yeni pay sahipliği haklarının ihdasına izin verdiği gibi, Geçici m. 4/3'te de veto hakkına işaret edilmiştir. TK m. 340 bakımından burada kanun boşluğu bulunup bulunmadığının tespiti bir fark yaratmamaktadır. Nihayetinde hem kanunun sessiz kaldığı, hem de düzenlemekle beraber hüküm içi boşluk (*lücken intra legem*) bıraktığı durumlarda TK m. 340 anlamında "tamamlayıcı" esas sözleşme hükümlerinden bahsedilmelidir.

Diğer yandan kanunda yer alan mevcut kuralları açıklayan, somutlaştıran veya detaylandıran esas sözleşme hükümleri de tamamlayıcı hüküm sayılır[240]. Bu tür kayıtlar, TK'nın anonim ortaklıklara ilişkin öngördüğü düzenden ayrılmaz, onu bertaraf etmez, değiştirmez veya onunla çelişmez. Esasında bu durumda bir hüküm içi boşluğun esas sözleşmeyle doldurulması söz konusudur. Zira mesele kanunda düzenlenmiştir; fakat kanundaki düzenleme esas sözleşme ile tamamlanmaktadır.

Ancak esas sözleşmede mevcut kanun normunu tamamlayan bir hüküm öngörülebilmesi için, kanunun bu hususu her yönüyle, kesin ve nihai olarak düzenlememiş olması gerekir[241]. Bu noktada esas sözleşmede öngörülmek istenen

---

[238] Kuntalp, **a.g.e.**, s. 6.

[239] Anonim ortaklık genel kurul kararları bakımından esas sözleşmede veto hakkı tanınması imkânı bu başlık altında son paragraflarda açıklanmaktadır.

[240] Friedewald, **a.g.e.**, s. 118-119; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 242; Arnold, **KK**, §23 Rn. 149.

[241] Arnold, **KK**, §23 Rn. 149; Karasu, **a.g.e.**, s. 60.

konuya ilişkin kanun hükümlerinin tahdidi (*abschließend*) niteliği haiz olup olmadığını araştırmak gerekir. Eğer kanun koyucu, bir hükmün düz veya zıt anlamıyla (*argumentum e contrario*), yani bilinçli susma yoluyla o meselede esas sözleşmesel hükümlere alan bırakmadıysa; hüküm içi boşluk bulunmuyorsa, ilgili kanun hükmünün tahdidi karakter taşıdığı söylenebilir. Bunun için çoğunlukla dikkat edilmesi gereken nokta ise ilgili hukuk normunun "olgular bütünü" (koşul olgu) içinde yer alan unsurların sınırlayıcı veya tüketici şekilde mi, yoksa örnekleyici veya asgari şekilde mi öngörülmüş olduğudur[242].

TK 340 c. 2 çerçevesinde ilgili kanun hükmünün tahdidi olup olmadığının, dolayısıyla bu hususta tamamlayıcı esas sözleşme hükmü öngörmenin mümkün olup olmadığının tespiti, kanundan sapma izninin aksine, şeklî bir incelemeyle yetinmeyi zorunlu kılmaz[243]. Nitekim TK m. 340 c. 1, esas sözleşmenin kanundan sapabilmesi için "açık izin" ararken, c. 2'de tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri bakımından böyle bir ibare yer almamaktadır. Gerekçede yer verilen ifadeler de bu durumu teyit etmektedir[244]. Dolayısıyla genel hükümler çerçevesinde gerçekleştirilecek yorum faaliyeti, ilgili hükmün lafzını ve amacını gözetmelidir[245]. O halde tamamlayıcı nitelikte bir esas sözleşme hükmünü düzenleme imkânının araştırılması sırasında, genel hükümler dairesinde her türlü yorum yöntemine başvurmak mümkündür. AktG

---

[242] Hukuk normunun yapısal özellikleri ve anatomisi hakkında bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 13; Işıktaç, Metin, **a.g.e.**, s. 55-103.

[243] Öğretide aksi görüşteki -tespit edebildiğim- tek yazar olan *Mertens*'in (Mertens, **a.g.e.**, Vorb.§76 Rn. 11), eserin sonraki basısından itibaren bu görüşünde ısrarcı olmadığı anlaşılmaktadır (Mertens, Cahn, **a.g.e.**, Vorb.§76 Rn. 9).

[244] TK m. 340'ın gerekçesinden: "*340 ıncı madde, bu Kanunun herhangi bir hükmünden açıkça anlaşılmasa bile, esas sözleşme ile, yönetim kurulu üyeleri başta olmak üzere yöneticiler, denetçiler, işlem denetçileri ve benzeri kişiler için yaş, ek meslekî nitelikler ve kişisel şartlar konulmasına; komisyonlar ve kurullar oluşturulmasına; şeref başkanlıkları ve danışma konseyleri ihdas olunmasına, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına engel değildir. Çünkü, her anonim şirket, yöneticilerinde Kanunda öngörülenlere ek olarak nitelikler aramak, yaş sınırları koymak ve danışma kurulları kurmak hakkına sahiptir*".

[245] May, **a.g.e.**, s. 67-68; Geßler, **§23/5**, s. 76; Arnold, **KK**, §23 Rn. 150; Zöllner, **a.g.e**., §179 Rn. 69-70; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 37; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 165; Bendfeld, **a.g.e.**, s. 63; Limmer, **Spindler/Stilz AktG**, §23 Rn. 30; Körber, **a.g.e.**, §23 Rn. 42; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 245. *Röhricht* ve *Schall* anonim ortaklıklar hukukunun yazılı olmayan kurallarını, kanundan sapan esas sözleşme hükümleri bakımından bir sınırlama olarak görmezken, kanun hükümlerinin tahdidi niteliğinin tespitinde ise bu kurallara başvurulması gerektiğini belirtmektedirler (**a.e.**, §23 Rn. 248). Türk hukukunda bkz. Karasu, **a.g.e.**, s. 60; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 167.

§23/5 ve TK m. 340'ın bu hususta benimsediği tutumun, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 1928 yılında verdiği kararla paralellik arz ettiği söylenebilir[246].

Tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin öngörülebileceği yönünde açıklık bulunan TK hükümleri arasında TK m. 334/1, 339/2-(h) (=414/1, 474/1, 482/2, 483/1, 541/1), 333/2-(i), 354/1-(h), 348/1, 362/1, 363/2, 366/1, 367/1, 374/1 (=408/1), 375/1-(e), 392/6, 398/1 [=402/4-(a)], 435/1, 437/6, 452/1, 460, 465, 478/1, 480/2 ve 4, 481, 482/3, 493/1-2, 495/1, 502/1, 507/1, 511/1, 529/1-(a) ve (c), 548/1 ve 1527/1 bulunmaktadır.

İlgili kanun hükmünün amaca uygun yorumu neticesinde, tahdidi nitelikte olmadığı tespit edilebileceğine göre, örneğin, TK m. 360'ın lafzında bu yönde bir açıklık bulunmamakla beraber, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının belirli bir süreye bağlanması veya belirli bir seçime özgülenmesi mümkün olmalıdır. Ayrıca yönetim kurulu üyelerinin seçileceği genel kurul toplantısından önce, imtiyazlı pay sahiplerinin gösterecekleri aday(lar)ı belirlemeleri için kendi aralarında bir toplantının yapılması ve bu toplantıya ilişkin kurallar da esas sözleşmede düzenlenebilir[247]. Bunlardan başka, imtiyazlı pay sahiplerinin yönetim kurulu üyesi seçimi yapılacak genel kurul toplantısında aday önermemesinin sonuçlarının da, imtiyazı düzenleyen esas sözleşme hükmünde öngörülmesi mümkündür[248]. Bu kapsamda ayrıca yönetim kurulu başkanı ve vekilini seçme yetkisinin genel kurula devredilmesi halinde bunun için aranacak nisapların belirlenmesi (TK m. 366/1); ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesi bağlamında uyulması gereken ek tedbirlerin veya koşulların öngörülmesi (TK m. 379); asgari kâr dağıtım oranının belirlenmesi,

---

[246] Karar hakkında bkz. dn. 76 ve bağlı metin.

[247] Bu yönde bkz. Böckli, **a.g.e.**, §5 N. 48; Bühler, **ZK**, Art. 709 N. 14; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, § 27 N. 89 vd.; Wernli, Rizzi, **BSK**, Art. 709 N. 27.

[248] Luther, **a.g.m.**, s. 173-174; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 258. TK m. 360 kapsamında öngörülebilecek diğer geçerlilik ve uygulama şartları hakkında bkz. Arıcı, **a.g.m.**, s. 155. Örneğin yazar, belirli bir pay grubuna tanınan yönetim kurulunda temsil edilme hakkının, belirli bir pay sahipliği oranını koruma yahut bir meslek grubuna veya aileye mensup olma şartlarından birine bağlanabileceğini belirtmektedir. Kanımca bunlardan başka, şirket çalışanlarına özgülenen bir pay grubu yaratarak, söz konusu paylara sahip olan ve şirkette hâlen çalışan kişilere de yönetim kurulunda temsil edilme hakkı sağlanabilmelidir. Böylelikle çalışanların şirkette pay sahibi olmasının ve yönetime katılmalarının sağlanmasına yönelik TK'nın esas aldığı sosyal amaçlara da hizmet eden bir yapı ortaya çıkarılabilir.

yahut tam tersi, ortaklığın amacıyla ve işletme konusuyla bağlantılandırmak suretiyle kâr dağıtımının sınırlandırılması[249] (TK m. 507/1) da mümkündür[250].

Alman hukukunda ayrıca tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri bakımından emredici hükümler ilkesinin değil, sözleşme özgürlüğü ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir[251]. Dolayısıyla yorum faaliyeti neticesinde ilgili kanun hükmünün tahdidi bir düzenleme getirip getirmediği hususunda şüphe duyulması halinde, bunun tahdidi olmadığı kabul edilmektedir. Bu yaklaşım, özellikle AktG §23/5 c. 2'de yer alan "*meğerki bu Kanun tahdidi bir düzenleme içersin*" (*es sei denn, daß dieses Gesetz eine abschließende Regelung enthält*) ifadesine dayandırılmaktadır. Söz konusu ifade dolayısıyla esas sözleşmede tamamlayıcı hüküm öngörülebilmesi bakımından kanunda izin arama gerekliliğinin bulunmadığı; tam aksine bunun mümkün olmadığının bir kanun hükmüne dayandırılması gerekliliğinin altı çizilmektedir[252]. TK m. 340 c. 2 ise mehaz metinden ayrılarak *"... öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri*" ifadesini içermektedir. Dolayısıyla tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri bakımından "açıkça" olmasa da kanunda izin aramanın gerekli olduğu söylenebilir. Ne var ki bu durum, yorum

[249] Türkiye'de sosyal girişimin finansmanı bağlamında özellikle kamusal hibe ve destek programlarına yapılan başvurularda, girişimcilerden belirli bir süre boyunca ya hiç kâr dağıtmaması ya da dağıtımın kararlaştırılan sınırı aşmaması; ayrıca esas sözleşmelerine bu hususta hüküm eklenmesi talep edilmektedir. Ancak esas sözleşmedeki bu tür kayıtların geçerliliği hususundaki belirsizlik sebebiyle başvuru aşamasında veya sonrasında bazı sorunlar yaşanabilmektedir [Z. Derya Tarman et. al., **Türkiye'de Sosyal Girişimciliğin Hukuki Statüsü: İhtiyaçlar ve Öneriler**, 2020, (Çevrimiçi) https://kusif.ku.edu.tr/yayinlar/sosyal-girisimcilik-serisi/, 20.08.2020]. Sosyal girişimcilere finansman sağlayan kişilere/kurumlara hukuki güvenlik sağlanması bakımından, esas sözleşmede yer verilen bu tür kayıtların korporatif etki taşıması önemlidir. Sosyal girişim amacı, yalnızca hayırsever bir faaliyet olmayıp, ticari işletmenin kazancıyla sürdürülebilir bir iş modeli sunmasından dolayı TK m. 331 anlamında "ekonomik amaç" kapsamına girer. O halde ortaklığın amacı ve işletme konusuyla ilişki kurulmak suretiyle, en azından kâr dağıtımına azami sınır koyulmasına ilişkin hükümler, kuruluş esas sözleşmesinde veya oybirliğiyle esas sözleşme tadiliyle öngörülebilmelidir. Belirli bir süre için de olsa esas sözleşmede hiç kâr dağıtılmayacağı yönündeki düzenlemenin *de lege ferenda* mümkün olması gerektiği savunulabilirse de, pay sahibinin kâr payı hakkının özüne dokunulamayacağı gerekçesiyle korporatif etkiyi haiz olmayacaktır.

[250] Kâr dağıtımı bakımından bkz. Kalss, Fleischer, **a.g.m.**, s 699. Yazarlar asgari veya azami oran belirlenebileceği gibi, kâr dağıtımının belirli şartların gerçekleşmesi durumunda mümkün olacağının da öngörülebileceğini belirtmektedirler. Diğer örnekler için bkz. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 246; Karasu, **a.g.e.**, s. 52-62; Bahtiyar, **Ortaklıklar**, s. 313-315.

[251] Zöllner, **a.g.e**, §179 Rn. 69; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 166; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 245; Arnold, **KK**, §23 Rn. 149; Spindler, **Satzungsfreiheit**, s. 998; Bendfeld, **a.g.e.**, s. 65.

[252] Bu yönde bkz. Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 165; Arnold, **KK**, §23 Rn. 149; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 245.

faaliyeti neticesinde, tahdidi olup olmadığında tereddüt edilen kanun hükmünün tahdidi olmadığının kabul edilmesi gereğini değiştirmemelidir. Zira TK m. 340 c. 2, tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerine "açıkça" izin verilmesini aramadığından, buradaki yorum kuralının kanundan sapmaya ilişkin 1. cümleden ayrıştığı kabul edilmelidir. O halde Alman hukukunda ileri sürüldüğü gibi, Türk hukukunda da tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri bakımından sözleşme serbestisi ilkesinin geçerli olduğu yönündeki tespite farklı bir gerekçeyle katılmak mümkündür. Üstelik anayasal sözleşme ve örgütlenme özgürlüğü karşısında, anayasaya uygun yorum yöntemi de bu tespiti desteklemektedir[253].

Örneğin TK m. 452 uyarınca, aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde, kanundaki şartlara uyularak esas sözleşmenin bütün hükümlerinin değiştirebileceği öngörülmektedir. "*Aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde*" ifadesi, öğretide çoğunlukla "*kanunda öngörülen şartlara*" sözüyle ilişkilendirilmekte ve bazı hükümlerin değiştirilmesinin oybirliğine tabi kılınabileceği belirtilmektedir[254]. Ayrıca söz konusu ifadenin, esas sözleşmenin belirli hükümlerinin değiştirilemeyeceği şeklinde anlaşılması halinde dahi, böyle bir düzenlemeyi TK m. 447/1-(c) uyarınca batıl saymak yerine, ilgili hususta oybirliği arandığı sonucuna varılmaktadır[255].

Yukarıdaki tespitlere katılmakla birlikte esas sözleşme değişikliğinin tabi olduğu koşulları ağırlaştıran başka düzenlemelere de cevaz verildiği söylenebilir. Zira tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri bakımından sözleşme serbestisi ilkesi geçerli olduğundan dolayı; TK m. 452'nin amacına, TK'nın diğer hükümlerine ve anonim ortaklıklar hukukunun temel ilkelerine aykırı olmadığı sürece, esas sözleşme

---

[253] Becker, **a.g.m.**, s. 393 dn 30.

[254] İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s. 126; Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 9-46; Pulaşlı, **Şerh II**, §54 N. 8; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/II**, N. 1304. Karş. *Arslanlı* eTK m. 385'te de yer alan bu ifadeyi hem "*kanunda öngörülen şartlara"*, hem de "*esas sözleşmenin bütün hükümlerini değiştirebilir*" ifadeleriyle ilişkilendirmiştir. Dolayısıyla esas sözleşmenin belirli hükümlerinin "*gayri kabili tadil olduğunun*" veya "*mevsuf bir müzakare yahut karar nisabının*" öngörülebileceğini belirtmiştir (Arslanlı, **AŞ I**, s. 261).

[255] Bu yönde bkz. **a.e.**, s. 261; Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **GK**, s. 33-34. Esas sözleşmede öngörülen oybirliği şartının anonim ortaklık bünyesine yabancı ve arızi olduğu yönünde bkz. Mehmet Helvacı, "Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı", **Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1998, s. 297 dn. 2.

değişikliğinin şartlarını ağırlaştıran tamamlayıcı hükümlerin en azından TK m. 340'a aykırı olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Örneğin belirli bir konuda esas sözleşme değişikliğinin gerçekleşmiş sayılması için aynı toplantıda iki kez oylama yapılması gerektiği öngörülebilir[256]. Böylelikle pay sahiplerinin ilk oylama neticesinde ortaya çıkan iradeye göre yeniden pozisyon almasına olanak sağlanabilir. Özellikle yönetim kurulu üyelerinin seçiminde âdeta iki turlu seçime benzeyen bir kurgu yaratılması sayesinde, azınlık pay sahiplerinin birlikte hareket edebilmesine de fırsat tanınmış olur[257].

Tamamlayıcı hükümler hakkında değinilmesi gereken bir başka husus da, kanun hükmünün tahdidi olmadığının ilgili normun lafzından anlaşıldığı durumlar ile kanundan sapmaya açıkça izin verildiği durumlar arasındaki farkın belirsizleşmesidir. Örneğin TK m. 523/1 uyarınca kanuni yedek akçeden başka, esas sözleşmede yedek akçe ayrılması öngörülebilir. Burada yasal düzenin öngörmediği bir yedek akçenin yaratılması dolayısıyla şirketin bağlı malvarlığının artırılması, kanundan sapma olarak değerlendirilebilirken; esas sözleşmenin kanunun tahdidi olmayan hükümlerini tamamladığı da pekâlâ ileri sürülebilir. Aynı tespiti, pay sahiplerinin bilgi alma haklarını genişleten (TK m. 437/6), dağıtılması zorunlu olan asgari kâr payını yükselten [TK m. 348/1, 511/1, 519/2-(c)] veya pay sahiplerine ikincil borç yükleyen (TK m. 480/4) esas sözleşme hükümleri için de söylemek mümkündür. Söz konusu ayrımın kuramsal açıdan anlamı olmakla beraber, pratik zeminde bir etkisi bulunmamaktadır. Zira kanunun, kendi düzenlediği bir hususta

---

[256] Belirli esas sözleşme değişikliklerinin arka arkaya yapılacak iki genel kurul toplantısında onaylanması gerektiğinin ve değişikliğin ancak ikinci oylama neticesinde yürürlüğe girmesinin öngörülebilceği yönünde bkz. Easterbrook, Fischel, **Contract**, s. 1444; Romano, **Mandatory**, s. 1613-1615. Alman hukukunda AktG §179/2'den hareketle bu yönde bkz. Stein, **MüKoAktG**, §179 Rn. 155; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §179 Rn. 33. İlk genel kurul toplantısında oylanıp kabul edilmiş olan esas sözleşme değişiklik taslağının, sicil uygulamasında gözden kaçırılarak, sanki esas sözleşme değişikliği gerçekleşmiş gibi tescil edilmesi riskine karşı bu yöntemi önermek kanımca isabetli değildir. Zira esas sözleşmede, tadil tasarısının ikinci toplantıda da onaylanması halinde kabul edilmiş sayılacağının düzenlenmesine karşılık, tutanaktaki oylama neticesinden hareketle değişikliğin tescil edilmesi ve bunun üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi (TK m. 455 c. son), istenmeyen sonuçlara yol açabilir. Halbuki öyle bir durumda ilk genel kurul toplantısındaki karar, tadilin iç ilişkide bile hüküm ifade etmesi anlamına gelmeyecek, yalnızca değişikliğin ilk (hazırlık) aşamasını teşkil edecektir. Dolayısıyla aynı toplantıda peş peşe yapılacak iki oylama şartı, sicil uygulamasını da gözeten gerçekçi bir öneri olabilir.

[257] Anonim ortaklıklarda "kolektif eylem sorununa" (*collective action problem*) ve bunun esas sözleşme özgürlüğü üzerindeki yansımalarına dair bkz. Birinci Bölüm'de dn. 507 ve bağlı metin.

esas sözleşmede de hüküm öngörülmesine yeşil ışık yaktığı açıktır. Daha önemlisi ise açıkça izin verilen bir sapma ve tamamlama hallerinde esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarını aynı normlar çizmektedir.

Gerçekten esas sözleşmenin kanunu tamamlaması halinde de, -izin verilen- sapmada olduğu gibi, esas sözleşmesel özgürlüğün sınırlarını tespit etmek için öncelikle ilgili kanun hükmüne, daha sonra diğer TK hükümlerine ve temel ilkelere bakmak gerekir[258]. Örneğin, TK m. 363/2 uyarınca, esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için TK m. 359'da arananlardan başkaca nitelikler öngörülebilir. Bu kapsamda pay sahibi sıfatına veya asgari bir pay oranına sahip olma zorunluluğu[259], mesleki deneyim veya uzmanlık[260], akademik unvan şartı[261], asgari veya azami yaş sınırlaması [262], belirli bir vatandaşlık [263] veya ikametgah, gerçek kişi olma zorunluluğu[264] veya özellikle ülkemiz için önemli olan kadın kotası belirlenebilir.

---

[258] Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 159; Arnold, **KK**, §23 Rn. 150; Kalss, (Nowotny, Schauer), **a.g.e.**, N. 3.48.

[259] Yarg. 11. HD, E. 2014/15813, K. 2015/8851, T. 7.7.2015 [(Çevrimiçi) www.lexpera.com, 20.08.2020]: "*[TK] m.359 tahdidi hüküm niteliğinde değildir. Bir konu tahdidi bir şekilde düzenlenmediği sürece, konu hakkında tamamlayıcı nitelikte esas sözleşme hükümleri kararlaştırılabilir. Bu nedenle yönetim kuruluna seçilecek kişilerde esas sözleşme ile Kanun'un aradığı nitelikler dışında başka nitelikler de aranabilir. Örneğin pay sahibi veya asgari belli bir paya sahip olma gibi. Bu niteliklere ilişkin esas sözleşme hükümleri TTK'nın 359. maddesini tamamlayan sözleşme hükümleri olarak değerlendirilmelidir. Bu düzenlemeler TTK'nın 340. maddesine de aykırılık oluşturmaz*". Kararda ulaşılan sonuç isabetli olsa dahi, yönetim kurulu üyeliği için esas sözleşmede belirli niteliklerin öngörülmesi için TK m. 359'un tahdidi niteliği haiz olmadığına yorum yoluyla ulaşmaya ihtiyaç yoktur. Zira TK m. 363/2'de bu hususta tamamlayıcı hüküm öngörülebileceği zaten açıkça düzenlenmektedir. Ancak bu karar, kanun normlarının tahdidi olup olmadığı hususunda şeklî yorumun ötesine geçilebileceğini ortaya koyması bakımından değerlidir. Zira TK m. 359'un lafzında açık izin yer almamakla beraber, Yargıtay anılan hükmün tahdidi olmadığına yorum yoluyla ulaşmıştır. Kararda atıf yapılan eserde de, TK m. 363/2'deki açık izni dikkat almaksızın, TK m. 359'un tahdidi olmadığı gerekçesine amaçsal yorum yoluyla ulaşılmış olması dikkat çekicidir (bkz. Karasu, **a.g.e.**, s. 150).

[260] Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 246.

[261] Paslı, **Kuruluş II**, s. 172. Öte yandan yazar TK m. 340'ın lafzının, pay sahibi olma veya akademik unvan zorunluluğu öngören esas sözleşme hükümlerini geçersiz kılmaya elverişli olduğunu belirtmektedir. Kanımca TK m. 363/2'nin tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerine açıkça izin vermesi karşısında, TK m. 340'ın lafzının dahi anılan düzenlemelerin geçerliliğini etkileme imkânı bulunmamaktadır.

[262] Koch, (Hüffer), §23 Rn. 38; Limmer, **Spindler/Stilz AktG**, §23 Rn. 30; Friedewald, **a.g.e.**, s. 86; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 246.

[263] **a.e.**, §23 Rn. 246.

[264] Finansal durumu kötüleşen şirketlerle müzakere yürüten güçlü alacaklıların, kimi zaman borçlu şirketin yönetim kuruluna kendi menfaatlerini gözeten (inançlı) üye seçtirdikleri görülmektedir. Böylelikle borçluyu içeriden izleme ve önemli işlemlere zamanında müdahale etme imkânına

Ancak esas sözleşmede aranan şartların genel kurulun yönetim kurulu üyesi seçme hususunda sahip olduğu devredilmez yetkiyi [TK m. 408/2-(b)] bertaraf etmemesi gerekir[265]. Yönetim kurulu üyeliği için pay sahipleri çevresinden yalnızca belirli bir kısmının haiz olduğu özellikleri arayan; böylelikle hem genel kurulun takdir yetkisine temelden müdahale eden, hem de imtiyaz benzeri bir durum yaratan esas sözleşme hükümlerinin geçerliliği sorgulanabilir. Örneğin "10 yıldan uzun süredir kesintisiz şekilde pay sahibi olma" ve "50 yaş üzerinde olma" şartlarını kümülatif olarak arayan bir esas sözleşme hükmü, muhtemelen tek bir kişi için dikilmiş bir elbisedir. Dolayısıyla TK m. 363/2'ye dayanarak, genel kurulun devredilmez yetkisinin elinden alınması ya da imtiyaz tanınması için aranan maddi ve usuli şartlara uymaksızın yönetim kurulunda temsil edilme konusunda ayrıcalık tanınması mümkün olmamalıdır. Bu bakımdan örneğin, iki aile tarafından %50-%50 olmak üzere eşit şekilde kontrol edilen bir anonim ortaklığın esas sözleşmesinde, yönetim kurulu üyelerinin yalnızca ailelerden birinin fertleri arasından seçileceğinin öngörülmesi kanımca TK m. 363/2'yi tamamlayan bir esas sözleşme olmanın ötesinde, pay sahiplerinden birine fiili imtiyaz tanımak anlamına gelir[266].

Organlar arasındaki yetki paylaşımının tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin özgürlük alanını belirlediği bir başka örnek ise TK m. 367 bağlamında düşünülebilir. Ancak bu defa genel kurulun yetkileri değil, yönetim kurulunun yetkileri mahfuz alanı oluşturmaktadır. Nitekim anılan hüküm uyarınca yönetim kurulu, esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, düzenleyeceği bir iç yönergeye

---

kavuşmaktadırlar. Ancak üye olarak, kontrol ettikleri ve belki de yurt dışında bulunan tüzel kişileri seçtirmeyi; böylelikle gerçek kişileri, borçlu şirketin muhtemel zararları sebebiyle yönetim kurulu üyesinin sorumluluğundan uzak tutmayı hedeflemektedirler. Ancak bu durum fiiliyatta, ilgili üyeye, borçlu şirkete karşı özen ve sadakat borcunu yerine getirmek yerine, alacaklı lehine davranma serbestisi sağlamaktadır. Dolayısıyla borçlu şirketin esas sözleşmesinde yönetim kurulu üyeliği için gerçek kişi olma zorunluluğunun öngörülmesi, çoğu zaman pazarlık gücü yüksek olan alacaklıları bu imkândan yoksun kılarken, kendisini sözleşmesel mekanizmalarla koruma imkânından yoksun olan diğer alacaklıların menfaatine olacaktır. Bu sayede güçlü alacaklıların, borçlu şirket ve zayıf konumdaki alacaklılar aleyhine avantaj elde edememesi nedeniyle söz konusu kaydın öngörülebilmesi imkânının ekonomik açıdan verimli olduğu söylenebilir.

[265] Alman hukukunda bu gerekçeye dayanan Philipp Möhring et. al., **Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung**, 2. bs., Berlin, Verlag Franz Vahlen, 1966, s. 68; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 246. Türk hukukunda bkz. Oğuz İmregün, "Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesi Sıfatının Kazanılması ve Ortaklık Sözleşmesi İle Bu Konuda Getirilebilecek Düzenlemeler", **Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan**, C: I, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 185.

[266] Aksi görüşte bkz. Karasu, **a.g.e.**, s. 150.

göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Ancak genel kurulun yetkisi, yönetim kuruluna yetki delegasyonu yapabilmek için esas sözleşmesel dayanak sağlamaktan ibarettir. Yoksa yönetim kurulunun yetkilendirildiği alana müdahale ederek, örneğin yetkilerin devredileceği isimleri belirlemesi veya iç yönergeyi öncelikle kendi onayına tabi tutması mümkün değildir[267]. Aksi halde genel kurul, kanun uyarınca yönetim kuruluna ait olan "yönetsel yetkileri" üzerine almış olur ve bu durum yönetim kurulunun genel kurul karşısındaki özerkliğine zarar verir [bkz. TK m. 365/1, 374, 375/1-(b)][268].

Bu kapsamda bir başka örnek ise esas sözleşmede genel kurul kararları bakımından, kanunun öngördüklerinden başka butlan sebeplerine yer verilememesidir[269]. Nitekim Kanun esas sözleşmenin ihlaline iptal yaptırımı bağlamıştır (TK m. 445). Ayrıca esas sözleşme, kişiler arasında hukuki işlemle kurulan bir şirketler hukuku sözleşmesidir. Dolayısıyla kanunun öngördüğü hükümsüzlük rejimine müdahale etmek anlamına gelecek şekilde, esas sözleşmede TK m. 447, BK m. 27 veya başkaca bir kanun hükmünde yer almayan bir butlan sebebi yaratılamaz[270]. Bu sonuca farklı yollardan ulaşılması da kanımca mümkün değildir. Nitekim iptal davasının usûli şartlarını esnetmek yoluyla, bu yaptırımı pratik anlamda butlana yaklaştırmanın mümkün olmaması gerekir. Örneğin esas sözleşme aracılığıyla, iptal davası açabilecek kişilerin kapsamını genişletmek ve dava açma süresini uzatmak suretiyle, iptal davasını âdeta butlan davasına dönüştürmek, TK m. 445 ve 446'nın tahdidi niteliği karşısında mümkün olmamalıdır. Ancak tamamlayıcı hükümler vasıtasıyla genel kurul kararları

---

[267] Gerekçedeki sorunlu ifadeye rağmen yetki devrinin ve iç yönergenin genel kurulun onayına bağlanamayacağı yönünde bkz. Mehmet Helvacı, "Yönetim Kurulunun Anonim Şirketi İdare ve Temsili, Özellikle Devredilmez Görev ve Yetkileri", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: IX, No: 117-118, 2014, s. 126.

[268] Kaşak, **Yetki**, s. 241-245.

[269] Bu yönde bkz. Geßler, **§23/5**, s. 77. Karş. Moroğlu, **GK**, s. 31; Karasu, **a.g.e.**, s. 62. *Karasu* tamamlayıcı esas sözleşme hükmü olarak "*TTK'nın 447. maddesinde sayılan sebeplere benzer başka butlan nedenlerinin*" öngörülebileceğini belirtmektedir. Kanımca TK m. 447'de sayılanlardan farklı bir butlan sebebinin esas sözleşmede öngörülmesi, ancak BK m. 27'de sayılan kavramlara altlanabildiği ölçüde mümkündür.

[270] Bu yönde ve esas sözleşmede öngörülebilecek farklı yaptırımlara ilişkin bkz. Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 256-257.

bakımından iptal sebebi oluşturmak mümkün olduğu gibi, ıskat veya yönetim kurulu üyeliğinin kendiliğinden sona ermesi gibi diğer şirketler hukuku yaptırımlarını düzenleyen kanun hükümlerinin esas sözleşme vasıtasıyla tamamlanması mümkündür.

Son olarak anonim ortaklık genel kurul kararlarına ilişkin esas sözleşmede veto hakkı tanınmasının mümkün olup olmadığı; bu mümkünse hangi sınırlamalara tabi olacağının ortaya koyulması faydalı olur. Bunun için öncelikle veto hakkına yönelik kanundaki düzenlemelerin tespit edilmesi gerekir. Meselenin ana hatlarıyla TK'da düzenlenmemiş olmasına karşılık, veto hakkının çeşitli hükümlerin kapsamına girdiği söylenebilir. İlk olarak imtiyazlı paylara ilişkin esasları düzenleyen TK m. 478/1-2 çerçevesinde, "*kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı*"nın esas sözleşmede düzenlenmesi mümkündür. Her ne kadar Geçici m. 4/3'ün içerdiği "*... esas sözleşmede ... yer alan bir veto hakkı, bu madde hükümlerine göre verilecek tür değiştirme kararlarında geçerli olmaz*" hükmü, veto hakkının varlığını kabul etse de, anılan hükmün "geçici madde" statüsünde olması, kanun koyucunun TK döneminden kalan haklara ilişkin bir düzenleme getirdiğini ortaya koymaktadır. Yoksa söz konusu hakka TK bakımından da geçerlilik kazandırma iradesi yalnızca bu maddeye dayandırılamaz. Ayrıca TK m. 434 ve 480'in gerekçelerinde anonim ortaklık genel kurulunda veto hakkının öngörülmesine dair ifadelere rastlamak mümkündür. Bu çerçevede kanun koyucunun, genel kurulda veto hakkını açıkça düzenlememesine rağmen, esas sözleşme serbestisini çeşitli yönlerden sınırlayan hükümler yoluyla söz konusu mekanizmayı sistem içinde tutmak istediği anlaşılmaktadır. O halde esas sözleşmede veto hakkının tanınabileceğinin kabulü halinde dahi, bunun, TK'nın öngördüğü oy hakkı ve nisaplara dair temelleri ve imtiyaz sistemini bozmayacak şekilde düzenlenmesi gerektiği bu aşamada belirtilmelidir.

Meseleye öncelikle vetonun tanınma şeklinden hareketle yaklaşmak isabetli olur. Eğer söz konusu hak esas sözleşmede belirli bir pay sahibine veya pay sahiplerine şahsen tanınmışsa, burada olsa olsa yorum veya tahvil yoluyla ayakta

tutulabilecek bir oy sözleşmesinden söz edilebilir[271]. Başka bir anlatımla, imtiyazın sadece paya bağlanabilmesi kuralı gereği, söz konusu düzenlemenin korporatif etki kazanması mümkün olmayıp, -geçerli olduğunun kabulü halinde- akdî niteliği haiz olur[272]. Ancak şeklî hüküm olarak ayakta tutulan düzenlemenin, "genel kurul kararının geçerliliğinin belirli pay sahiplerinin irade beyanına bağlanması" şeklinde anlaşılması ve uygulanması mümkün değildir. Zira böyle bir uygulama, şeklî esas sözleşme hükmünün sonuçlarını doğrudan ortaklık düzeninde doğurması anlamına gelir. O halde esas sözleşmede şahsa tanınmış bir veto hakkının, ancak genel kurulda hak sahibinin reddettiği bir öneriye, bu taahhütle bağlı olan diğer kişilerin "olumlu yönde oy vermemesi" şeklinde bir yapmama edimini içerdiği kabul edilebilir.

Esas sözleşmede belirli pay(lar)a veya pay grubuna/gruplarına veto hakkı tanınmış ise öncelikle söz konusu hakkın nisap ve imtiyaz düzenlemeleri karşısındaki durumunu ele almak gerekir. Burada genel kurul kararları bakımından aranan nisapları etkileyen (ağırlaştıran)[273], olumsuz bir kontrol hakkı yaratıldığına şüphe yoktur. Ancak nisabı etkileme imkânının yalnızca belirli paylar yönünden ayrıcalık sağlama şeklinde tanınmış olması ve bunun Kanun'da öngörülmeyen bir pay sahipliği hakkı teşkil etmesi nedeniyle, veto hakkının TK m. 478 uyarınca imtiyaz

---

[271] Esas sözleşmedeki düzenlemenin öncelikle kesin hükümsüz olduğunun tespit edilmesi; daha sonra tahvil yoluyla borçlar hukuku zemininde ayakta tutulması mümkündür. Ancak somut olayda öngörülen hükmün anlamına göre, tahvile başvurmaksızın doğrudan yorum yoluyla ve TK m. 340 c. 2 yardımıyla, ilgili düzenlemenin şeklî hüküm olduğunun kabul edilmesi de mümkündür. Bunlardan başka, kesin hükümsüzlük yaptırımının anonim şirketler hukukundaki sonuçlarının, ilgili esas sözleşme hükmünün "ortaklık düzeninde hüküm ifade etmemesi" şeklinde ayrıksı bir hükümsüzlük hali teşkil ettiği de pekâlâ savunulabilir. Son ihtimalin kabulü, TK'nın anonim şirketlere ilişkin pek çok hükmünün amacından yola çıkarak, BK m. 27'nin teleolojik redüksiyona tabi tutulması anlamına gelmektedir. Bu hususta bilgi ve diğer örnekler için bkz. Akbulut, **a.g.e.**, s. 74-77. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm, II, F, 3, d, (2) ve Üçüncü Bölüm, I.

[272] Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 789; Pulaşlı, **İmtiyaz**, s. 564. Esas sözleşme ile kişilere ismen tanınan üstün haklar bakımından bkz. Çeker, **a.g.e.**, s. 63-65. eTK'nın uygulandığı bir uyuşmazlık bağlamında bu yönde bkz. Yarg. 11. HD., T. 13.02.2013, E. 2011/15478 ve K. 2013/2491: "*Paya değil de 'kişi'ye veya 'sıfat'a veya 'makam'a bağlanan haklar, üstünlükler ve imkanlar, ... imtiyaz değildir. Mesela pay sahibi (A)'ya ömür boyu murahhas üyelik tanıyan veya veto hakkı veren esas sözleşme hükümleri -geçerli oldukları sonucuna varılan durumlarda- imtiyaz olarak nitelendirilemezler. Çünkü, üstün hak tanınan "pay" veya "paylar" değil, pay sahibi (A)'dır. Bu tür haklar "akdi hak"lar diye anılır ve genel hükümler çerçevesinde değerlendirilir* ...". Karar metni için bkz. (Çevrimiçi), www.lexpera.com.tr, 10.10.2020.

[273] Bu yönde bkz. Kendigelen, **İmtiyaz**, s. 302.

niteliğinde olduğu kanaatindeyim[274]. Örneğin, payları A ve B grubuna bölünen bir ortaklıkta A grubu paylara veto hakkını tanınması[275] halinde, yalnızca A grubu pay sahipleri belirli genel kurul kararlarının alınmasını engelleyebilme gücüne sahip olacaktır. Paylar arasında görece üstünlük yaratılmış olması sebebiyle bu düzenlemeyi, "nisabı, yalnızca belirli payların sahipleri yönünden ve fiilen etkileyen bir imtiyaz" olarak nitelemek mümkündür[276]. Dolayısıyla veto hakkına ilişkin esas

[274] eTK m. 401'den (TK m. 478/2) hareketle, ortaklığın yaşamını sürdürebilmesi için gerekli kararlarla, azınlığı koruma amacı taşıyan kararlar haricinde, belirli grup paylara toplantı nisabının oluşturulmasında "imtiyaz" tanınabileceği yönünde bkz. Oğuz İmregün, "Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yetersayılarının Esas Sözleşme İle Düzenlenmesi", **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan**, C: I, yay. haz. Hüseyin Ülgen, Arslan Kaya, Gül Okutan Nilsson, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2003, s. 447; Ömer Teoman, "Karar İncelemesi (Yargıtay Ticaret Dairesi, 25.1.1972 Gün, E. 1971/4843. K. 1972/356)", **BATİDER**, C: VII, No: 4, 1974, s. 951-952; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2010**, N. 806; Altay, **a.g.e.**, s. 497. Ayrıca 272. dipnotta anılan Yargıtay kararının zıt anlamından, veto hakkının paya tanıması halinde imtiyaz teşkil edeceği sonucuna varıldığı anlaşılmaktadır. K.g. Kendigelen, **İmtiyaz**, s. 302; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 131. *Okutan*, esas sözleşmeye yansıtılan veto hakkını genel kurul toplantı ve karar nisapları başlığı altında ele almaktadır. Karş. Yüksel, **Paysahipleri**, s. 101. *Yüksel*, veto hakkının "dolaylı" bir nisap düzenlemesi teşkil ettiği görüşündedir. TK döneminde veto hakkının imtiyaz teşkil edeceği yönünde bkz. Altay, **a.g.e.**, s. 498 (yazar görüşünü hem eTK hem de TK yönünden gerekçelendirmiştir); Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 789, 821; Zühtü Aytaç, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Pay Sahipliği Haklarının Değerlendirilmesi", **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu: Makaleler, Tebliğler**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 339; Çiğdem Yatağan Özkan, **Anonim Şirketlerde Altın Paylar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 115-116. Esas sözleşmede veto hakkının düzenlenemeyeceği yönünde bkz. Karasu, **a.g.e.**, s. 184-185; Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **GK**, s. 46 [TK m. 447/1-(c) uyarınca "temel yapı"dan hareketle]; Aytuğar, **a.g.e.**,s. 311 [TK m. 408/2-(a) uyarınca genel kurulun devredilemez yetkileri ve TK m. 340 nedeniyle]. Kanımca burada genel kurulun devredilmez yetkisini ihlal eden bir durum bulunmamaktadır. Zira genel kurul, karar alma yetkisini devretmemekte; yine kararı kendisi almaktadır. Üstelik karar alma yetkisini pay sahiplerinden birine veya bir kısmına devrettiği de söylenemez. Çünkü sahiplerinin pozitif değil, negatif kontrol yetkisine sahip olmalarının anlamı, yalnızca karar alınmasını engelleyebilmeleri olup, genel kurul yerine geçerek karar almaları söz konusu değildir. Diğer gerekçeler hakkındaki açıklamalar için metnin devamına bakınız.

[275] Veto hakkı grup imtiyazı şeklinde öngörülebileceği gibi, ilgili pay grubuna ait her bir paya müstakil şekilde kullanılmak üzere de tanınabilir. Grup imtiyazı hakkında bilgi için bkz. Teoman, **Karar İncelemesi**, s. 952-953; Kendigelen, **İmtiyaz**, s. 237; Pulaşlı, **İmtiyaz**, s. 566-580; Çeker, **a.g.e.**, s. 69-73; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), **2019/I**, N. 587; Tekinalp (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 790. Veto hakkının grup imtiyazı şeklinde öngörülmesi halinde, A grubu pay sahiplerinin, tıpkı TK 360 çerçevesinde yönetim kurulunda temsil edilme hakkında olduğu gibi, söz konusu hakkı kendi içinde belirli bir nisaba uygun şekilde alacağı kararla kolektif olarak kullanması gerekir. Ancak hakkın A grubu her bir paya bağımsız olarak tanınması halinde, bunun bireysel olarak kullanılması mümkün olur. Dolayısıyla bir adet A grubu paydan doğan oy hakkının olumsuz yönde kullanılması halinde dahi, ilgili genel kurul kararının veto edilmiş olacağı söylenebilecektir. Kanımca esas sözleşmede yer verilecek düzenlemede bu hususta bir açıklık olmaması halinde, veto hakkının grup imtiyazı şeklinde tanınmış olduğunu kabul etmek ortaklık menfaatine daha uygun bir çözümdür. Zira TK'nın öngördüğü ortaklık modelinden uzaklaşmak mümkün olmakla beraber, belirsizlik halinde anonim ortaklığın yasal düzenine uygun olan yorum tercih edilmelidir.

[276] Veto hakkını nisap düzenlemesi yerine, imtiyaz çerçevesinde nitelendirmenin, söz konusu hakkın korunması rejimine ilişkin iki önemli sonucu vardır. İlk olarak yeterli nisapları sağlamakla birlikte

veto hakkı sahibinin/sahiplerinin muhalafetine rağmen alınan genel kurul kararlarının akıbetinin ne olacağı sorusunu cevaplandırmak gerekir. Genel kurul toplantısında kullanılan veto hakkının dikkate alınmaması halinde, TK m. 445 uyarınca esas sözleşmeye aykırılık nedeniyle ilgili kararın kabil-i iptal olacağını söylemek gerekir. Halbuki veto hakkının nisap kuralları tahtında değerlendirilmesi durumunda, bu hakkı ihlal eden genel kurul kararının karar nisabına aykırı olacağı, dolayısıyla yok hükmünde olacağını tespit etmek gerekirdi. Nitekim ister kanunda ister esas sözleşmede öngörülsün, gerekli nisaplara aykırı genel kurul kararları öğreti ve Yargıtay'ın müstakar içtihadı çerçevesinde yok hükmünde sayılmaktadır. Halil Arslanlı, **Anonim Şirketler II-III: Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960, s. 71; Çamoğlu, (Tekinalp, Poroy), **2019/I**, N. 722a; Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **GK**, s. 10. Yarg. 11. HD., T. 24.09.1993, E. 1992/5419, K. 1993/5826; 11. HD, T. 20.10.1995, E. 1995/4655, K. 1995/7789; 11. HD., T. 21.01.1997, E. 1996/8720, K. 1997/136 [(Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 20.08.2020]; 11. HD, T. 01.10.2001, E. 2001/7442, K. 2001/7269; 11. HD, T. 09.10.2001, E. 2001/5691, K. 2001/7567; HGK. 20.11.2002, E. 2002/11-825, K. 2002/998; 11. HD., T. 21.03.2016, E. 2015/15625, K. 2016/3083 [(Çevrimiçi) www.lexpera.com, 20.08.2020]. K.g. Moroğlu, **GK**, s. 145. Yazar, hem yasal hem de esas sözleşmede öngörülen nisaplara aykırı genel kurul kararlarının batıl olmayıp, iptal edilebilir olduğu görüşündedir. Karş. İmregün, **Nisaplar 2003**, s. 453. Yazar, yasal karar nisabına uygun fakat esas sözleşme ile öngörülen (ağırlaştırılmış) karar nisabına uymayan kararların kabil-i iptal olduğu görüşünü savunmuştur.

İkinci husus ise bizzat veto hakkının sınırlandırılmasında veya kaldırılmasında devreye girecek koruma rejimine ilişkindir. Veto hakkının imtiyaz teşkil ettiğinin kabulü halinde, söz konusu imtiyazı sınırlandıran esas sözleşme değişikliğinin uygulanabilmesi için, ayrıca TK m. 454 uyarınca imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu ("İPÖK") tarafından onanması gerekir. Aksi halde esas sözleşme değişikliğinin tescil edilmesi mümkün değildir (Kendigelen, **İlk Tespitler**, s. 354). Bu noktada konusu bakımından esas sözleşme değişikliklerini de kapsayan veto hakkının sahibinin, veto hakkını kaldıran esas sözleşme değişikliğine itiraz etmesi halinde ortaya çıkabilecek yaptırım sorunun incelenmesi gerekir. Nitekim veto hakkının grup imtiyazı şeklinde değil de, her bir paya bağımsız olarak tanınmış olması, TK m. 454'ün öngördüğü koruma mekanizmasının işleyişinde bir fark yaratmaz. Başka bir deyişle, veto hakkının grup imtiyazı olarak öngörülmemiş olduğu durumda dahi, bunun sınırlandırılabilmesi için imtiyazlı pay sahiplerinin tamamının rızası aranmayacaktır. Grup imtiyazı olarak öngörülmeyen imtiyaz haklarının (örn. kâr payında imtiyaz) kullanım şekli ile koruma rejimi arasındaki bu genel farklılık, doğrudan veto hakkını sınırlandıran genel kurul kararları bağlamında özel bir görünüm arz etmektedir. Zira veto hakkını sınırlayan genel kurul kararının, veto hakkı tanınmış olan bir adet paya sahip bir kişi tarafından bile veto edilebilmesine karşılık, söz konusu değişikliğin onanmasına dair İPÖK kararının imtiyazlı payları temsil eden sermayenin %60'ının olumlu oyuyla alınması mümkündür; meğerki TK m. 454/3'te öngörülen nisap ağırlaştırılmış olsun. Bu durum ilk bakışta veto hakkının, bu hakkı sınırlandıran genel kurul kararları yönünden etkisizleştiği ve hakkın anlamını yitireceği izlenimini yaratsa da, esasında burada İPÖK'ün toplanmasına ve veto hakkı ihlal edilen pay sahibinin açabileceği iptal davasına ilişkin süreçler bir arada yürüyebilecektir. Zira veto hakkını sınırlandıran/kaldıran genel kurul kararı, bu hakkın ihlal edilmesi yoluyla alınmışsa, ilgili genel kurul ve takiben İPÖK toplantılarında olumlu yönde oy kullanmamış olan veto hakkı sahibi tarafından, TK m. 445-446 uyarınca diğer şartları da sağlaması halinde, esas sözleşmeyi değiştiren karara karşı iptal davası açılması mümkündür. Bu noktada veto hakkını haiz tek bir payın sahibinin itirazının dahi ilgili esas sözleşme değişikliğini engelleyebilmesi karşısında, İPÖK sürecinin işletilmesindeki menfaat sorgulanabilir. Ne var ki TK m. 454 uyarınca toplanan İPÖK'ün ilgili değişikliği onamaması, veto hakkını kaldıran esas sözleşme değişikliğinin yürürlüğe girmesini (tescilini) dahi engelleyeceğinden dolayı, iptal davasının sağladığı yaptırımdan daha güvenceli bir koruma sağlamaktadır. Diğer taraftan muhalif pay sahibinin iptal davası açma imkânının gerekçesi ise daha belirgindir. Zira bir ay içinde toplanan İPÖK'te onama kararı alınmış ve esas sözleşme değişikliği tescil edilmiş olsa dahi, TK m. 446'daki şartları sağlayan veto hakkı sahibinin üç ay içinde iptal davası açmasında menfaati olabilecektir.

sözleşme hükümlerinin geçerliliğini hem nisaba ilişkin kurallar hem de imtiyaz sistemi çerçevesinde ele almak gerekir[277].

Esas sözleşmesel veto hakkının emredici hükümler ilkesi karşısındaki durumunu, ayrıca ilkenin geçerli olduğu Alman hukukunda AktG §179/2 c. son ve §182/1 c. 3 hükümleriyle birlikte değerlendirmek gerekir[278]. Nitekim öğretide, anılan hükümlere benzer kuralların Türk hukukunda yer almamasından dolayı, emredici hükümler ilkesi çerçevesinde Kanun'dan sapılması konusunda açık bir iznin bulunmadığı ileri sürülmüştür[279]. Öncelikle esas sözleşmede veto hakkının düzenlenmesi halinde, "kanundan sapılması" değil "kanunun tamamlanması" söz konusu olur. Zira TK, veto hakkını olumlu veya olumsuz anlamda düzenlememiştir. Bu hususta Kanun'un sessiz kaldığı ya da TK m. 478/2 ve Geçici m. 4/3 uyarınca hüküm içi boşluk bıraktığı kabul edilmelidir. Başka bir ifadeyle, pay sahibine genel kurulda veto hakkı veren düzenlemeler, TK m. 340 c. 2 anlamında Kanun'u "tamamlayan" esas sözleşme hükümleri olarak görülmelidir. Esas sözleşmenin Kanun'dan sapmadığı bir durumda, açık izin arama zorunluluğu da bulunmamaktadır. Üstelik AktG §179/2 ve §182/1, öğretide ileri sürüldüğünün aksine[280], genel kurul kararları bakımından başkaca şartlar öngörülmesine izin veren hükümler değildir. AktG §179/2 esas sözleşme değişiklikleri, AktG §182/1 ise yalnızca sermaye artırımı bakımından kanunda öngörülenlere ilave şartlar

---

[277] Meselenin nisap kuralları çerçevesinde de değerlendirilmesinin sebebi, veto hakkının nisap düzenlemesi teşkil etmesi olmayıp, yalnızca nisapları etkilemesidir. Bu ayrımı netleştirmek adına bir başka örnek vermek faydalı olur. Pay oranları %20, %20 ve %60 olan üç pay sahibinin, sırasıyla A, B ve C grubu paylara sahip olduğunu; A grubu paylara sermaye artırımı bakımından veto hakkı tanındığını varsayalım. Veto hakkı tanınması ile karar nisabının oybirliğine bağlanması arasındaki fark bu örnekte daha belirgin hale gelmektedir. Zira karar nisabının oybirliğine yükseltilmesi halinde, herhangi bir pay sahibinin olumsuz oy kullanması sermaye atırımını engellemeye yeterli olurdu. Fakat A grubu paylara veto hakkı tanınması halinde, (diğer azınlık pay sahibi olan) B grubu payların sahibinin muhalefetine rağmen sermayenin artırılması mümkün olur.

[278] Esas sözleşme değişiklikleri bakımından, esas sözleşmede yasal koşullara ek şartlar düzenlenebileceğini öngören AktG §179/2 c. 3 hükmü, bu bağlamda veto hakkının dayanağı olarak gösterilmektedir. Bkz. Wiedemann, **GroßK 2006**, §179 Rn. 133; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §179 Rn. 23; Stein, **MüKoAktG**, §179 Rn. 142.

[279] Aytuğar, **a.g.e.**, s. 311. Yazar AktG §179/2 ve §182/1 hükümlerinin benzerinin TK'da olmamasına bağlı olarak, "*emredici hükümler ilkesinden sapılması konusunda açık bir iznin verilmediğini*" ifade etmektedir. Yazarın "emredici hükümler ilkesinden" değil, emredici hükümler ilkesi uyarınca "kanundan" sapılmasını kast ettiği düşünülmektedir.

[280] **A.y.**

düzenlenmesine izin vermektedir. Ayrıca söz konusu düzenlemenin muadili TK m. 452/1 hükmünde bulunmaktadır. Nitekim TK m. 452/1, "*aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde, kanunda öngörülen şartlara uyarak*" esas sözleşme değişikliği yapılabileceğini düzenlemektedir [281] . Görüldüğü üzere sermaye artırımlarını da kapsayacak şekilde her türlü esas sözleşme değişikliği bakımından, Kanun'un aradığı şartlara ilave koşulların öngörülmesi Türk hukukunda da mümkündür.

Bununla birlikte oy hakkı bağlamında orantılılık ilkesini öngören TK m. 434/1'in istisnası, yine kanunun muhtelif hükümlerinde düzenlenmektedir. Dolayısıyla veto hakkını, TK'nın oy hakkı bakımından ortaya koyduğu esaslar çerçevesinde, bu sistemi bozmayacak şekilde değerlendirmek gerekir. Bunların başlıcaları oy hakkının sınırlandırılması (TK m. 434/2), birikimli oy (TK m. 434/4) ve oy hakkında imtiyazdır (TK m. 479). Bu nedenle veto hakkını, TK m. 478/2 çerçevesinde "*kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı*" olarak görmek ve TK m. 340 anlamında "*tamamlayıcı*" esas sözleşme hükümleriyle düzenlenebileceğini kabul etmekle birlikte, orantılılık ilkesinden ancak Kanun'un izin verdiği ölçüde ayrılmak mümkün olabilmelidir. Bunun sınırlarını ise özellikle TK m. 479/2 uyarınca bir paya en çok on beş oy hakkı tanınabilmesi ve oy hakkının TK m. 434 çerçevesinde sınırlandırılabilmesi belirler.

Bu noktada akla şu soru gelmektedir: Genel kurulda veto hakkı tanınması yoluyla orantılılık ilkesinden uzaklaşmanın ölçüsü ile oy hakkında imtiyaz sağlanması ve/veya oy hakkının sınırlandırılması yoluyla orantılılık ilkesinden ayrılmanın ölçüsü eş tutulmalı mıdır?

Bu soruya olumlu yanıt verilecek olursa; örneğin, oy haklarının sınırlandırılmamış olduğu bir ortaklıkta[282], sermayenin % 5'ini temsil eden paylara sahip olan bir kişinin veto hakkı, en fazla kendisinin on beş katına denk gelen olumlu oyla kabul edilen bir kararı etkisiz bırakabilmelidir. Zira TK m. 479/2 uyarınca bir

[281] TK m. 452'nin bu şekilde yorumlanması hakkında bkz. dn. 254 ve bağlı metin.

[282] Veto hakkının tanındığı ortaklıkta, birden fazla paya sahip olanların oy hakkı esas sözleşmeyle sınırlandırılmışsa (TK m. 434), veto hakkının fiili durumda "bir paya en çok on beş oy" sınırının ötesine geçmesi mümkün olabilecektir.

paya en fazla on beş oy hakkı tanınabilmektedir. Bu durumda bütün pay sahiplerinin bulunduğu bir genel kurul toplantısında %75 olumlu oya karşılık, veto hakkı sahibinin de içinde bulunduğu %25 olumsuz oy, ilgili önerinin veto edilmesini sağlayabilecek; ancak oyların %86'ya %14 olması halinde ise öneri kabul edilmiş olacaktır. Bu doğrultuda veto hakkının ancak TK m. 479 çerçevesinde işlerlik kazanabilmesi halinde, maddenin 2. fıkrasının da dikkate alınmasının gerekeceği unutulmamalıdır. Dolayısıyla ilgili şirket bakımından bir paya en çok on beş oy hakkı tanınabileceğine ilişkin sınır kaldırılmışsa, bu sınırın veto hakkı için de kaldırılmış olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Ancak veto hakkı ile oy hakkında imtiyaz arasındaki farklara yakından bakıldığında, yukarıdaki soruya olumsuz yanıt verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır. Zira TK m. 478 uyarınca yeni bir pay sahipliği hakkı veren veto hakkının etki ve sonuçları, TK m. 479'da düzenlenen oy hakkında imtiyazdan farklıdır. Oy hakkında imtiyaz orantılılık ilkesine aykırı şekilde olumlu bir kontrol hakkı vermektedir. Başka bir ifadeyle, oy hakkında imtiyaz sahibi, sermaye bakımından çoğunluğun iradesine rağmen, genel kurulda belirli bir kararın alınmasını sağlayabilmektedir. Ne var ki veto hakkı sahibinin, çoğunluğun iradesine rağmen karar alma imkânı olmayıp, yalnızca karar alınmasını engelleme gücü vardır[283]. Bu nedenle veto hakkının verdiği olumsuz kontrol hakkı, oy hakkında imtiyaza göre daha zayıftır.

O halde orantılılık ilkesinden ancak Kanun'un izin verdiği ölçüde ayrılmak mümkün olsa dahi, veto hakkının doğası gereği oy hakkından daha zayıf bir kontrol gücü sağlaması dolayısıyla, TK m. 479/2 ve 434'ün çizdiği sınırların ötesine geçmesi mümkün olabilmelidir. Bu çerçevede veto hakkının esas sözleşme değişikliği veya ibra ve sorumluluk davası açılmasını öngören kararlarda da kullanılması mümkün olmalıdır (bkz. TK m. 479/3). Zira söz konusu kısıtlama, çoğunluğun esas sözleşme değişikliği veya kendi seçtirdiği yönetim kurulu üyelerini sorumluluktan bağışık kılarak azınlık üzerinde tahakküm kurmasını engellemeyi amaçlayan hükümlerdir.

[283] Veto hakkının, sahibine iradesiyle belirli bir hukuki işlemin gerçekleştirilmesi imkânını bahşetmediği; bilakis söz konusu hukuki işlemin yapılmasını önleme imkânı tanıdığı yönünde bkz. Altay, **a.g.e.**, s. 492. Aynı gerekçeyle veto hakkını negatif kontrol sağlayan bir araç olarak nitelendiren Yüksel, **Paysahipleri**, s. 102.

Oysa veto hakkı tipik olarak zaten azınlığı koruyan bir hak olduğundan dolayı, söz konusu kararlar bakımından veto hakkının kullanılması mümkün olmalıdır. Veto hakkının doğal sınırını ise TK'nın nisaplara ilişkin düzenlemeleri oluşturmalıdır. Kısaca ifade etmek gerekirse, esas sözleşme yoluyla oybirliğine bağlanması mümkün olan her türlü karar açısından veto hakkı tanınması da mümkün olmalıdır[284]. Zira veto hakkı tanınmasa dahi oybirliği aranan her türlü karar bakımından zaten bütün pay sahiplerine dolaylı bir veto imkânı tanınmış olmaktadır.

iii. İlgili Kanuna Özgülenmiş Olarak Hüküm Doğurma

TK m. 340 c. 2'nin mehazdan ayrılan ve Türk hukukuna özgü olan ifadesine göre, diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri "*o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğurur*". Bu ifadenin olumsuz anlamından, söz konusu tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin TK bakımından

[284] *Arslanlı* ve *İmregün,* esas sözleşmede istisnasız olarak bütün kararlar ve özellikle esas sözleşmenin bütün hükümlerinin değiştirilmesi bakımından oybirliği kuralı öngörülemeyeceğini; zira bunun anonim ortaklığın mahiyet ve bünyesine aykırı olacağını belirtmişlerdir. Anılan yazarlar ayrıca, TK döneminde iki tür karar bakımından ikinci toplantıda toplantı ve karar yeter sayılarının ağırlaştırılamayacağını ileri sürmüşlerdir. Bunlardan birincisi organ üyelerinin seçimi ve ibrası, bilançonun onaylanması ile kârın dağıtımı gibi şirketin faaliyetini sürdürebilmesi için alınması zorunlu olan kararlar olup; ikincisi ise kurucular, yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler aleyhine sorumluluk davası açılması, yönetim kurulu üyelerinin azli ve özel denetçi atanması gibi azınlık haklarını korumaya yönelik kararlardır (bkz. Arslanlı, **AŞ II-III**, s. 59-60; İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s. 53; İmregün, **AO**, s. 133, 148; İmregün, **Nisaplar 2003**, s. 446-448; İmregün, **AO**, s. 148. Takiben bkz. Yiğit, **a.g.e.,** s. 267-268). TK döneminde toplantı ve karar yeter sayıları bakımından oybirliği şartını aramanın, ortaklığın işleyişini felce uğratabileceği gerekçesiyle bu tür hükümlere ihtiyatla yaklaşılması gerektiği yönünde bkz. Mehmet Bahtiyar, "Anonim Şirket Genel Kurulunda Toplantı Yetersayısının 'Toplantı Süresince Korunması' Şartına İlişkin TTK. 418/1 Hükmünün Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 74 dn. 25 (bu endişeyi daha önce dile getiren Oğuz İmregün, "Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yetersayıları", **İÜHFM**, C: L, No: 1-4, 1984, s. 349). K.g. Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/II**, N. 1304. *Tekinalp* esas sözleşmenin tamamının tadilinin oybirliğine bağlanabileceği görüşündedir. TK döneminde hangi konudaki genel kurul kararlarının toplantı ve/veya karar nisabı yönünden oybirliğine tabi kılınamayacağına dair öğretide verilen somut bir örneğe rastlanmamıştır. Öte yandan yönetim kurulu üyelerine karşı ortaklık adına sorumluluk davası açılmasının genel kurulda görüşülmesi halinde, bu hususta oybirliği şartını arayan esas sözleşme hükmünün sakıncalarına dikkat çekilmelidir. Zira ortaklıkta kontrol sahibinin seçtirdiği üyelerin üzerindeki sorumluluk davası tehdidini zayıflatan bir düzenleme azınlığın korunması fikrine aykırıdır. Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davasında genel kurul kararının gerekli olup olmamasına dair ayrıntılı değerlendirme için bkz. Mehmet Helvacı, "Anonim Ortaklık Tarafından Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu –Düşünce ve Değerlendirmeler-", **Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar) 20 Ekim 2017**, yay. haz. Abuzer Kendigelen et. al., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 143-171. Yazar genel kurul kararı alınması gerekliliğinin ortaya çıkabileceği hallerde, aksinin esas sözleşmede öngörülmemesi durumunda kararın basit yetersayıyla alınabileceğini ifade etmektedir (**a.e.,** s. 168).

geçerli olmayacağı sonucu çıkmaktadır[285]. Hükmün bu tür düzenlemelerin ilgili kanuna göre geçerli, TK'ya göre ise geçersiz olacağı şeklinde yorumlanması halinde ne tür hukuki sonuçlar doğurabileceğini kestirmek güçtür. Zira hukuk düzeninin anonim ortaklık düzenine aktarılmasına izin verdiği bir düzenlemenin, yalnızca ilgili kanuna veya alana hasredilmiş olarak hüküm doğurması hukuk mantığıyla bağdaştırılamaz[286].

Örneğin, bir yatırım ortaklığının gelirlerinin kullanım şeklini belirleyen tamamlayıcı esas sözleşme hükmü öngörülmüş olsun [SerPK m. 56/1-(e)]. Söz konusu hükmü ihlal eden bir genel kurul kararının TK uyarınca hükümsüzlüğü, pay sahipleri veya yönetim kurulu üyeleri tarafından talep edilemeyecek ve yalnızca sermaye piyasası hukukuna özgü yaptırımlar (örn. SerPK m. 92, 96/1) mı uygulanabilecektir? SPK'ya, diğer yaptırımlara ek olarak, genel kurul kararına karşı hükümsüzlük davası açma imkânını tanıyıp, pay sahiplerini bu imkândan mahrum bırakmak, herhalde kanun koyucunun amaçladığı bir durum değildir. Bundan başka SerPK m. 18/2, 19/5, 29/3, 31/3, 49/4, 56/1-(c) ve ikincil mevzuatta[287] izin verilen esas sözleşme hükümlerinin birçoğu için benzer örnekler verilebilir.

TK 340'ın gerekçesinde ise 2. cümlenin amacı SerPK, BankK ve FKK gibi, "*anonim şirketlere ilişkin çoğu kez yorum güçlüğü içeren kanunlara kendi konuları çerçevesinde serbesti tanımak*" şeklinde açıklanmış; ayrıca anılan hüküm uyarınca bu kanunların kendi alanlarına özgüleneceği, TK'ya müdahalede bulunamayacağı vurgulanmıştır. Görüldüğü üzere kanun koyucunun amacı, diğer kanunları tamamlayan esas sözleşme hükümlerini TK bakımından geçersiz kılmak değil; özellikle anonim ortaklıklara ilişkin düzenleme ve denetleme yetkisi bağlamında TK'ya üstünlük sağlamaktır. Böylelikle çok başlılığın engellenmesi ve devlet kontrolünde bütünlüğün sağlanması hedeflenmektedir. Nitekim Bakanlığın ticaret şirketlerini düzenleme ve denetleme yetkisine ilişkin TK m. 210/2'de de "*[d]iğer bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşlar, ancak kendilerine kanunla tanınan yetkinin*

[285] Moroğlu, **Tasarı 2016**, s. 151.

[286] Bu durumun aynı taraflar/ortaklar arasında ikili bir yapı oluşturacağı gerekçesiyle, söz konusu hükümlerin TK açısından geçersiz sayılamayacağı yönünde bkz. Paslı, **Kuruluş II**, s. 173.

[287] SerPK'ya bağlı ikincil mevzuatta yer alan çok sayıda bu tür hüküm için bkz. İkinci Bölüm'de dn. 443.

sınırları içinde kalmak şartıyla ve öngörülen amaç, konu ve şekle tabi olarak şirketlere ilişkin düzenlemeler yapabilir" hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu amacın, ayrıca TK m. 210 [288] ve 333'ün [289] madde gerekçelerinde açıklıkla vurgulandığı ve TK m. 340'a bu bağlamda özel bir önem atfedildiği görülmektedir. Dolayısıyla TK m. 340'ın, anonim ortaklıkların düzenlenmesi hususunda TK'ya bağımsızlık, hatta üstünlük sağlama amacıyla alınan önlemler zincirinin bir halkasını teşkil ettiği söylenebilir. Öte yandan TK'nın, normlar hiyerarşisinde aynı seviyede bulunduğu, sonraki tarihli veya özel nitelikli başka bir kanunun uygulama alanını sınırlandırması mümkün değildir[290]. Dolayısıyla TK m. 340 c. 2, TK'nın diğer kanunların özel nitelikli hükümleriyle ilişkisini tanımlayan TK m. 330 hükmüyle ve TK'nın diğer kanunları saklı tutan hükümleriyle (TK m. 460/7, 506/2, 507/3) çelişki içindedir[291].

O halde TK m. 340 c. 2'de yer alan "*o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğurma*" ifadesini, kanun koyucunun yukarıda açıklanan amacı doğrultusunda yorumlamak gerekir. Pay sahiplerinin SerPK, BankK veya anonim ortaklıkları düzenleyen başka bir kanunu tamamlayan esas sözleşme hükmü öngörmeleri halinde, bunun TK açısından da geçerli olduğu söylenebilir. Hükümde diğer kanunların

---

[288] Bkz. TK m. 210'un gerekçesinden: "*Bu fıkra Türk uygulamasının tedavisi güç bir hastalığına çare bulmaya yöneliktir. Şirketler, özellikle anonim şirketler alanında, birçok bakanlık, kurum ve kuruluş ... şirketin kuruluşuna ve esas sözleşme değişikliklerine izin vermek istemekte, izni esas sözleşmeye madde eklenmesi gibi şartlara bağlamaktadırlar. Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkeleri ile bağdaşmayan bu tür uygulamalara karşı Tasarıda birçok hükümle önlem alınmaya çalışılmıştır (madde 340 gibi)*".

[289] Bkz. TK m. 333'ün gerekçesinden: "*Böylece Devlet kontrolünde bütünlük sağlanmış, çok başlılık ve öznellik hukukun üstünlüğüne aykırı kabul edilmiş ve ana sistemin istisnalarla yozlaştırılmasına engel olunmuştur*".

[290] TK Tasarısı'nın Şubat 2005 tarihli ilk halinde TK m. 340'ın 3. ve son cümlesinde yer verilen "*Bu kanun ile diğer bir kanundaki düzenleme çelişirse bu kanunun hükümleri üstün tutulur*" ifadesi, özel hükmün genel hükmü sınırladığı gerekçesiyle eleştirilmiş ve tasarıdan çıkarılmıştır. O dönemde ileri sürülen eleştiri için bkz. Erdoğan Moroğlu, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı: Değerlendirme ve Öneriler**, 2. bs., İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2005 s. 94.

[291] Moroğlu, **Tasarı 2016**, s. 151; Pulaşlı, **Şerh I**, §29 N. 39; Gürbüz Usluel, **a.g.m.**, s. 169-170; Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 169-172. Karş. Manavgat, **Tasarı**, s. 528. *Manavgat*, TK 340'ın yalnızca esas sözleşmeye ilişkin bir düzenleme olması nedeniyle, iki hüküm arasında bir çelişki bulunmadığı sonucuna da varılabileceğini ifade etmektedir. Ayrıca bkz. Karasu, **a.g.e.**, s. 63. Yazar, TK m. 340 c. 2'nin, "özel hüküm genel hükümden önce uygulanır" ilkesini düzenleyen TK m. 330'un gereksiz bir tekrarı olduğunu ileri sürmektedir. Anılan hükmün tekrarın ötesine geçerek, özel kanunların uygulama alanını sınırlaması gerekçesiyle bu tespite katılamıyorum.

öngörülmesine "*izin verdiği*" ifadesi kullanıldığı için, başka bir kanunu tamamlayan esas sözleşme hükümleri için açık izin aramaya gerek bulunmamaktadır.

TK 340 c. 2'de yer alan "*o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğurma*" ifadesini yukarıda açıklanan şekilde anlamlandırırken, esas sözleşmenin tamamladığı diğer kanunların her hâlükârda anonim ortaklıkları düzenleyen bir kanun olması gerektiği vurgulanmalıdır. Nitekim şeklî esas sözleşme hükümlerinin şirketler hukuku zemininde hüküm ifade etmemesi karşısında, TK m. 340 c. 2'yi, TK'nın dışındaki bütün kanunları kapsayacak şekilde uygulamak mümkün değildir. Nitekim şeklî hükümler TK'dan başka bir kanunun (BK) öngörülmesine izin verdiği düzenlemelerdir ve borçlar hukukuna özgülenmiş olarak sonuç doğurur. Bu yorum hükmün birinci cümlesiyle de çelişmemektedir. Zira TK m. 340 c. 1'de yer alan "*esas sözleşme*" ifadesiyle kastedilen, yalnızca esas sözleşmenin korporatif hükümleridir[292]. Buradan hareketle TK m. 340 c. 2'nin şeklî esas sözleşme hükümlerine hukuki dayanak sağlama amacıyla öngörüldüğünü ileri sürmek zorlama bir yorum olur. Ancak hükmün böyle bir sonucu beraberinde getirdiği pekâlâ kabul edilebilir. Zira bu yorum hem TK m. 340'ın TK'nın bağımsızlığını koruma amacıyla hem de lafzıyla uyum içindedir. Ancak bu tespitin, TK m. 340 c. 2'nin yokluğunda şeklî esas sözleşme hükümlerinin hukuki dayanaktan yoksun olduğu şeklinde de anlaşılmaması gerekir. Zira esas sözleşmede yer alan bir hükmün korporatif etkiden yoksun olmasına rağmen tarafları arasında sözleşme teşkil edebilmesini, yorum, tahvil veya kesin hükümsüzlüğün sonuçlarının teleolojik redüksiyon yoluyla sınırlandırılması sayesinde gerekçelendirmek pekâlâ mümkündür[293].

[292] Arnold, **KK**, §23 Rn. 136; Körber, **a.g.e.**, §23 Rn. 40a; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 196. Esas sözleşmede yer alan bir hükmün şeklî niteliği haiz olduğuna daha baştan yorum yoluyla ulaşılıyorsa, zaten TK m. 340 uygulama alanı bulmayacaktır.

[293] Şeklî esas sözleşme hükümlerinin geçerliliğinin hukuki dayanakları hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, F, 3, f.

f. Yaptırım Sorunu

(1) Hükümsüzlük Yaptırımı

i. TK m. 340 ile TK m. 445-447 ve BK m. 27 Arasındaki İlişki

Emredici hükümler ilkesine aykırı şekilde öngörülmüş olan esas sözleşme hükümlerine hangi yaptırım(lar)ın uygulanması gerektiği meselesi oldukça tartışmalıdır. Bir taraftan söz konusu düzenlemelerin doğrudan batıl sayılması gerektiği; diğer taraftan ise ihlal edilen kural göz önüne alınarak meselenin genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne dair hükümler (TK m. 445, 447 ile BK m. 27) çerçevesinde ele alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Tartışma bağlamında dile getirilen argümanları değerlendirmeden önce sorunun kaynağını ve buna dair perspektifi ortaya koymak gerekir.

Bu hususta yapılması gereken ilk tespit TK m. 340 hükmünde herhangi bir yaptırımın öngörülmemiş olduğudur. Bu olguyu, TK m. 340'a aykırı esas sözleşme hükümlerinin, bizatihi emredici hükümler ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle batıl sayılması gerektiğini ileri sürenler dahi kabul etmektedirler[294]. TK m. 340 c. 1'in olumsuz anlamı, esas sözleşmenin TK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden, kanunda buna açıkça izin verilmedikçe sapamayacağı yönündedir. Bununla birlikte sapma halinde hangi yaptırımın uygulanacağını ifade etmediği için, TK m. 340'ın yaptırım yönünden TK m. 391, 445, 447 veya BK m. 27'ye denk bir hüküm olmadığı açıktır.

Benzer şekilde, yönetim kurulu üyelerinin ve pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme haklarının kısıtlanamayacağını (TK m. 392/6, 437/6), pay sahiplerinin bedelsiz pay alma hakkının sınırlandırılamayacağını (TK m. 462/3) ve payların devredilebilirlik şartlarının ağırlaştırılamayacağını (TK m. 493/7) öngören hükümler de belirli düzenlemeleri açıkça yasaklamaktadır; fakat bunlara aykırılığın hangi yaptırıma tabi olduğu TK m. 391, 445, 447 ve BK m. 27 çerçevesinde tespit edilmektedir. Öte yandan kuruculara şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurabilecek bir menfaat tanınmasına (TK m. 348/1), çağrısız genel kurul

[294] AktG §23/5 açısından bu yönde bkz. Arnold, **KK,** §23 Rn. 153; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 259.

toplantısında gündeme madde eklenmesine (TK m. 416/2), esas sözleşme değişikliğine dair nisapların düşürülmesine (TK m. 421/1) ve genel kurul toplantısına katılacak temsilcinin pay sahibi olma zorunluluğuna (TK m. 425/1) ilişkin esas sözleşme hükümleri bakımından ilgili hükümlerde yaptırım açıkça düzenlenmiştir.

TK m. 340'ta herhangi bir yaptırıma yer verilmediği gibi, hükmün genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne dair maddelerle bağlantısı da kurulmamıştır[295]. Bu durum esas sözleşme değişiklikleri bakımından sorun teşkil etmez. Esas sözleşmeyi değiştiren hukuki işlem genel kurul kararı olduğundan, anılan hükümler ilgili karara doğrudan uygulanır. Fakat kuruluş esas sözleşmesi genel kurul kararına değil, kurucular arasındaki sözleşmeye dayanır[296]. Genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne dair kuralların kuruluş esas sözleşmesine uygulanmaması halinde ise esas sözleşme değişikliklerine ve kuruluş esas sözleşmesine uygulanacak yaptırımlar bakımından eş güdüm sorunu çıkma ihtimali belirmektedir. Nitekim anonim ortaklıklar hukukuna aykırı bir düzenlemenin esas sözleşmeye aktarılma zamanı ve şekli, ilgili düzenlemeye uygulanacak yaptırımın türünde bir değişiklik yaratmamalıdır.

Sorunun kaynağını bu şekilde belirledikten sonra, emredici hükümler ilkesinin ihlal edilmesi halinde, ilgili esas sözleşme hükmünün doğrudan batıl addedilmesi gerektiği yönündeki yaklaşımı[297] destekleyen gerekçeleri ele almakta

---

[295] TK m. 340 ve TK m. 445-447 arasındaki uyumsuzluğa dikkat çeken *Çamoğlu*, TK m. 340'ın yalnızca "*aksine [esas] sözleşme ile düzenleme yapılamama*" durumunu ortaya koyduğunu; buna aykırılığın yaptırımını ise TK m. 445-447 ve BK m. 27'nin belirlediğini ifade etmektedir Çamoğlu, (Poroy, Tekinalp), **2019/I**, N. 722e.

[296] Tedrici kuruluşun geçerli olduğu dönemde ilk esas sözleşmenin, kuruluş genel kurulu tarafından onaylanması nedeniyle genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin hükümlerin doğrudan ilk esas sözleşmeye uygulanmasının önünde bir engel olmadığı söylenebilirdi (bkz. Domaniç, **a.g.m.**, s. 391). Ani kuruluş sisteminde de İsviçre'de *Cramer*, kurucuların ilk esas sözleşme üzerindeki anlaşmalarını "kuruluş genel kurulu" olarak nitelendirse de (Cramer, **ZK**, Art. 626 N. 4, 22), kanımca bunun bir benzetmeden öteye geçmemesi gerekir.

[297] Bu yönde bkz. Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 170; Ulrich Huber, "Entstehungsgeschichte und aktuelle Auslegungsprobleme des § 241 Nr. 3 AktG", **Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart: Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag**, C: II, München, C.H. Beck, 1982, s. 167; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 62; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 43; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 260; Körber, **a.g.e.**, §23 Rn. 44; Ernst Geßler, "Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen und Satzungsbestimmungen", **ZGR**, C: IX, No: 4, 1980, s. 444; Georg Wiesner, **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts**, C: IV Aktiengesellschaft, Ed. Michael Hoffman-Becking, 3. bs., München, C.H. Beck, 2007, §6 Rn. 11; Eckardt, **a.g.e.**, §23 Rn. 121. Ancak belirtmek gerekir ki, butlan görüşünü savunan yazarların bir

fayda vardır. İlk olarak TK m. 340'ta açıkça belirtilmese de hükmün anlam ve amacından hareketle, butlan yaptırımını "*zımnen*" içerdiği ileri sürülmektedir[298]. Zira emredici hükümler ilkesi kanunun üstünlüğünü sağlamayı hedeflediğine göre, bu amaca ancak kanuna aykırı düzenlemelerin batıl sayılması halinde ulaşılabileceği savunulmaktadır. Ancak sınırlama, yasaklama veya yaptırım öngören istisnai hükümlerin dar yorumlanması ilkesi (*singularia non sunt extendenda*)[299] ve butlanın ağır sonuçlar içeren bir yaptırım olması karşısında, TK m. 340'ın zımnen bu yaptırımı içerdiği sonucuna varılması mümkün değildir. Dolayısıyla bir tercih kuralı içeren TK m. 340 hükmüne, BK m. 27 gibi bir niteliği zımnen tanımak da mümkün olmamalıdır.

Kaldı ki teknik olarak TK m. 340'ın ihlalinden söz etmek de doğru değildir. Esas sözleşme özgürlüğünün ötesine geçen bir hüküm, TK m. 340'ı değil, ilgili hususu düzenleyen normu ihlal eder. Örneğin payların, ortaklığın kurulmasından itibaren ilk beş yıl boyunca üçüncü kişilere devredilemeyeceğini öngören bir düzenleme, TK m. 493'ün ihlali anlamına gelir. Yahut yapılacak ilk sermaye artırımına katılma zorunluluğu getiren bir düzenleme TK m. 480/1 hükmünde düzenlenen tek borç ilkesini ihlal eder[300]. TK m. 340'ın ihlali ise yalnızca emredici hükümler ilkesini devre dışı bırakmayı amaçlayan bir hükme yer verilmesi halinde mümkün olabilir[301].

Butlan görüşü çerçevesinde ileri sürülen bir başka gerekçe ise genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin hukuki rejimin kuruluş esas sözleşmesine uygulanamamasından kaynaklanan eş güdüm sorunudur. Nitekim TK m. 445 vd.

---

kısmı, aynı zamanda genel kurul kararlarının butlanına ilişkin AktG §241/3 hükmünün de - doğrudan veya kıyasen- uygulanması gerektiğini belirtmektedirler (bkz. dn. 303). İlkeye aykırılığın müeyyidesinin butlan olduğu yönünde Düsseldorf Bölge Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. OLG Düsseldorf 16.11.1967 - 6 U 280/66, AG 1968, s. 22. Türk hukukunda bkz. Paslı, **Kuruluş II**, s. 172 dn 81.

298 Geßler, **Nichtigkeit**, s. 444; Huber, **a.g.m.**, s. 167; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn 43; Wiesner, **a.g.e.**, §6 Rn. 11; Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn 170; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 260-261.

299 Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 248.

300 Ancak söz konusu taahhüdün korporatif etkiden yoksun olmakla birlikte, belirlilik içermesi kaydıyla, şeklî esas sözleşme olarak üçüncü kişi (ortaklık) lehine sözleşme olarak ayakta tutulması mümkün olabilir.

301 Karasu, **a.g.e.**, s. 69. Karş. Paslı, **Kuruluş II**, s. 172. Yazar TK m. 340'a aykırı esas sözleşme hükümlerinin BK m. 27 uyarınca batıl sayılması gerektiğini ifade etmektedir.

hükümlerinde düzenlenen iptal ve butlan davalarının yalnızca genel kurul kararlarına ilişkin olmasından dolayı, kuruluş esas sözleşmesine uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir[302]. Ancak kanuna aykırı bir düzenlemenin esas sözleşmede öngörülme zamanına ve şekline göre farklı yaptırımlara tabi olması da kabul edilemez. Butlan görüşünü destekleyenlerin büyük bir kısmı, bu sorunu TK m. 340'ın içerdiği zımnî butlan yaptırımını hem kuruluş esas sözleşmesine hem de esas sözleşme değişikliklerine uygulayarak aşmayı önermektedirler[303].

Öncelikle yaptırım konusundaki uyumsuzluğa dayanan argümanın pekâlâ butlan görüşünü desteklemeyenler tarafından da kullanılabileceğini vurgulamak gerekir. Zira butlan görüşü çerçevesinde TK m. 445 vd. hükümlerinin kuruluş esas sözleşmesine uygulanmasına karşı çıkıldığı için yaptırımların farklılaşması ihtimalinden söz edilmektedir. Halbuki diğer görüş uyarınca, hem kuruluş esas sözleşmesine hem de esas sözleşme tadiline genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne dair kurallar uygulanabileceğinden dolayı böyle bir sorun zaten ortaya çıkmamaktadır.

Meseleye yalnızca kuruluş ve esas sözleşme tadili aşamalarında uygulanacak yaptırımlar arasındaki senkronizasyon sorunu açısından bakıldığında, iki yaklaşımın da çözüm sağladığı görülmektedir. Ancak bunların hukuki dayanaklarına ve pratik etkilerine bakıldığında butlan görüşünün nispeten zayıf olduğu söylenebilir.

Soruna öncelikle hukuki dayanak açısından yaklaşılacak olursa, TK m. 340'ın zımnen butlan sonucunu içerdiği iddiası, doğrudan emredici hükümler ilkesinin ihlal edildiği ön kabulüne dayanır. Halbuki yukarıda açıklandığı üzere, ihlal edilen norm TK m. 340 değildir. Dolayısıyla bu görüşün, gerçekte ihlal edilen TK hükmünü hiçbir şekilde dikkate almadığı ortadadır. Yaklaşımın -bu yönüyle- dogmatik zayıflığının farkında olanlar ise emredici hükümler ilkesine aykırı bir esas sözleşme hükmünün aynı zamanda TK m. 447/1-(c) anlamında anonim ortaklığın "*temel düzenine*" de aykırı olacağı iddiasıyla bu zayıflığı gidermeye

[302] Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 171; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 261. Türk hukukunda bkz. Paslı, **Kuruluş II**, s. 172 dn 81.

[303] Bkz. dn. 296'da anılanlar. Fakat Türk hukukunda *Paslı*'nın aynı sonuca BK m. 27 aracılığıyla ulaştığı görülmektedir (Paslı, **Kuruluş II**, s. 172 dn 81).

çalışmaktadırlar[304]. Ancak esas sözleşmede yer verilen kanuna aykırı bir düzenleme, her durumda ortaklığın temel düzenine veya TK m. 447'de sayılan diğer butlan sebeplerinden birine girmeyebilir. Zira anonim ortaklıklara ilişkin emredici hükümlerin her biri ortaklığın temel düzenini ortaya koymadığı gibi, her emredici hükme aykırılık da butlan teşkil etmez[305]. Diğer taraftan genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne dair kuralların kuruluş esas sözleşmesine doğrudan uygulanmasına karşı ileri sürülen itirazlar haklıdır[306]. Zira kurucular tarafından imzalanan esas sözleşme bir genel kurul kararına değil, sözleşmeye dayanır. Ancak kanun boşluğu bulunduğunun tespiti halinde, TK m. 445 vd. hükümlerinin kuruluş esas sözleşmesine kıyasen uygulanmasının önünde bir engel yoktur[307].

Mesele sonuç odaklı bir yaklaşımla ele alındığında, TK m. 445'in kuruluş esas sözleşmesine uygulanamayacağının kabulü halinde dahi, aslında kuruluş ve esas sözleşme tadili aşamalarında yaptırım bakımından bir eş güdüm sorununun ortaya çıkmasının pek de mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar öğretide, esas sözleşme hükmünün TK m. 445 uyarınca iptal edilebilir olduğu belirtilse[308] de, bu ihtimal oldukça zayıftır. Nitekim genel kurul kararlarına özgü butlan sebeplerinin

---

[304] Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 171; Geßler, **Nichtkigkeit**, s. 444; Huber, **a.g.m.**, s. 167, 184-185; Eckardt, **a.g.e.**, §23 Rn. 121; Karsten Schmidt, **Aktiengesetz Großkommentar**, Ed. Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann, C: VII/2 §§241-277, 4. bs., Berlin, De Gruyter, 2013, §241 Rn. 56; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 62; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 261. Yazarlar butlan sebeplerini öngören AktG §241'ün 3. fıkrasında yer alan "*Wesen der Aktiengesellschaft*" (ortaklığın doğası/niteliği/özü) kavramına atıf yapmaktadır. Bu kavram TK m. 447/1-(c) anlamında ortaklığın "*temel düzeni*" ve İsviçre hukukunda OR Art. 706b/3 anlamında "*Grundstruktur*" kavramlarına denk düşmektedir.

[305] Hopt, **ZGR**, s. 123 vd.; Mertens, **a.g.m.**, s. 426; Hüffer, Schäfer, **MüKoAktG**, §241 Rn. 51; Arnold, **KK**, §23 Rn. 154; Braunfels, **a.g.e.**, §23 Rn. 50; Solveen, **Hölters AktG**, §23 Rn. 32. Federal Mahkeme'nin bu yöndeki kararı için bkz. BGH WM 1987, s. 207 (naklen: Assmann, **GroßKomm 2004**, §23 Rn. 203 dn. 228).

[306] Karş. Karasu, **a.g.e.**, s. 71: "*TTK'da öngörülen butlan ve iptal nedenleri genel kurul kararlarına ilişkin olmakla birlikte, söz konusu nedenler ilk esas sözleşme hükümleri için de geçerli olmalıdır*". Yazarın TK m. 445 vd. hükümlerinin kuruluş esas sözleşmesine doğrudan mı yoksa kıyasen mi uygulanması hususunda görüş belirtmediği anlaşılmaktadır.

[307] Alman hukukunda genel kurul kararlarının butlanını düzenleyen AktG §241/3'ün kıyasen uygulanması gerektiği yönünde bkz. Braunfels, **a.g.e.**, §23 Rn. 50; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 62 ve Arnold, **KK**, §23 Rn. 154 ve dn. 411'de anılanlar.

[308] Karasu, **a.g.e.**, s. 71, 90-95; Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), **2019/I**, N. 722e. *Karasu*'nun iptal edilebilirliğe dair açıklamalarının tamamı genel kurul kararlarına ilişkin olup, hiçbir esas sözleşme örneğine rastlanmamaktadır. Esas sözleşmeye dair yegâne örnek ise eşit işlem ilkesinin esas sözleşmeyle kaldırılmasına dair olup, bunun "sürekli ihlal" teşkil etmesinden dolayı hem BK m. 27'ye hem de TK m. 447'ye aykırı olduğu ve batıl sayılması gerektiği belirtilmektedir.

öngörülmediği eTK döneminde, İsviçre hukukundan hareketle, öğretide ve içtihatta genel kabul gören anlayışa göre, "mutlak" emredici nitelikteki kanun hükümlerini ihlal eden genel kurul kararları BK m. 27 uyarınca batıl sayılmaktaydı[309]. Aynı şekilde "nispi" emredici nitelikteki kanun hükümlerini sürekli şekilde ihlal eden genel kurul kararları -müstakbel pay sahiplerinin menfaatlerini de ihlal ettiğinden dolayı- BK m. 27 çerçevesinde batıl sayılmaktaydı[310]. Dolayısıyla öngörülen düzenleme, TK'nın yalnızca nispi emredici hükümlerinden sapmış olsa dahi, esas sözleşmeye dâhil edilmekle "sürekli ihlale" yol açtığı gerekçesiyle, BK m. 27 uyarınca batıl sayılmalıdır.

Üstelik genel kurul kararları bakımından butlan sebeplerini özel olarak düzenleyen TK m. 447'nin yürürlüğe girmesinden sonra, esas sözleşmede yer alan bir hükmün iptal edilebilir olma ihtimali daha da azalmış durumdadır. Mutlak-nispi emredici hükümler ayrımının, TK m. 447'nin kabulünden sonra geçerliliğini tamamen yitirmediğini; ancak uygulama alanının TK m. 447'ye takılmayan genel kurul kararlarıyla sınırlandığını kabul etmek gerekir. Zira TK m. 447 kapsamına giren bir genel kurul kararı, ister sürekli ister münferit bir ihlale yol açsın, batıl olacaktır[311].

O halde esas sözleşme hükümleri bakımından iptal yaptırımının gündeme gelebilmesi için bir arada bulunması gereken şartlar şu şekilde belirtilebilir: (i) Esas sözleşmede öngörülen düzenleme TK m. 447'deki kavramlara altlanabilen bir butlan sebebi taşımamalı[312]; (ii) nispi emredici nitelikteki bir kanun hükmünü ihlal etmeli;

---

[309] Emredici TK hükümlerinin "mutlak" ve "nispi" olarak ikiye ayrılmasına dair ayrıntılı bilgi için bkz. Arslanlı, **AŞ II-III**, s. 72-79; İmregün, **AO**, s. 155-161; Moroğlu, **GK,** s. 69-75.

[310] Moroğlu, **GK** s. 72 ve dn. 119'da anılanlar. Eşit işlem ilkesini sürekli şekilde ihlal eden esas sözleşme değişikliklerinin ve genel kurul kararlarının "yok hükmünde" sayılması gerektiği yönünde bkz. Şükrü Yıldız, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 214-214. Bununla birlikte yazar söz konusu işlemlerin aynı zamanda ortaklığın bünye ve mahiyetine aykırı olduğu gerekçesiyle eBK m. 20 uyarınca batıl olduğunu da ileri sürmektedir.

[311] Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **GK**, s. 74. Karş. Moroğlu, **GK**, s. 69-75 ve 160. *Moroğlu* mutlak-nispi emredici hükümler ayrımının eTK döneminde olduğu gibi varlığını koruduğunu ileri sürmektedir. Bu doğrultuda pay sahiplerinin TK m. 447/1-(a) ve (b) bentlerinde sayılan haklarını sınırlamayıp, somut olayda münferiden ihlal eden genel kurul kararlarının batıl değil, iptal edilebilir olduğunu belirtmektedir. Takiben bkz. Karasu, **a.g.e.**, s. 74-75.

[312] TK m. 447'deki sebeplerin sınırlı sayıda olmadığı ve geniş yorumlanmaya müsait olduğu vurgulanmalıdır. Bu hususta bilgi için bkz. Kırca, (Şehrali Çelik, Manavgat), **GK**, s. 13-14, 50.

(iii) sürekli değil, münferit bir ihlale yol açmalıdır[313]. Örneğin, esas sözleşmede ortaklığın yapacağı ilk sermaye artırımında rüçhan haklarının kullanılamayacağını öngören bir düzenlemeye yer verilmiş olsun. Rüçhan hakkının bu şekilde haklı sebep gösterilmeksizin sınırlandırılması TK m. 461'in ihlali anlamına gelir. Söz konusu hüküm nispi emredici hüküm niteliğindedir ve hakkın kullanılamaması tek sefere özgülendiği için sürekli bir ihlalden de söz edilemez. Ayrıca rüçhan hakkına aykırılığın, TK m. 447'de sayılan sebeplerden birine altlanması da mümkün değildir. İşte bu durumda, yapılacak ilk sermaye artırımına kadar pay sahipliği yapısının korunması şartıyla, ilgili esas sözleşme hükmünün batıl değil, kabil-i iptali olduğu kabul edilmelidir. Ancak esas sözleşme değişikliği ile sermaye artırımı arasında şirkete yeni bir pay sahibinin dahil olması halinde, bu kişinin butlan davası açması mümkün olmalıdır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, esas sözleşmede kanundan sapan bir düzenlemeye yer verilmesi halinde iptal yaptırımının neredeyse hiçbir zaman uygulama alanı bulamayacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla TK m. 445'in kuruluş esas sözleşmesine kıyasen bile uygulanamayacağı fikri benimsenecek olsaydı dahi, yaptırım yönünden bir eş güdüm sorununun belirmesinin çoğu zaman kuramsal düzeyde kalacağı söylenebilir.

Ağır ihlallere bağlı olarak ağır sonuçlar öngörmesi itibarıyla, anonim ortaklıklar hukukunda butlan yaptırımının, iptal edilebilirliğe göre ikincil konumda olması genel kabul görmektedir[314]. Bu anlayış, "butlanın ikincilliği ilkesi" olarak anılır. Söz konusu ilkeye TK m. 340 çerçevesinde butlan görüşüne karşı ileri sürülen gerekçeler arasında yer verildiği görülmektedir[315]. Genel esaslar çerçevesinde bu ilkeyi reddetmemekle beraber, yukarıdaki açıklamalar ışığında esas sözleşmede yer

---

[313] Esasında "süreklilik" kriterinin getirilmesindeki nihai amaç, iptal davası açma hakkı olmayan kişilerin menfaatlerinin ihlal edilmesi halinde, butlan davasıyla korunabilmelerini sağlamaktır [Bu yönde bkz. Englisch, **Hölters AktG**, §241 Rn. 65; Hüffer, Schäfer, **MüKoAktG**, §241 Rn. 59; Korkut, **a.g.e.**, s. 151; Karasu, **a.g.e.**, s. 82; Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **GK**, s. 51]. Örneğin esas sözleşmedeki düzenleme, TK'nın mevcut pay sahiplerinin hakkını koruyan (nispi emredici) bir hükmünü ihlal etse de, müstakbel pay sahipleri de bundan etkilenecektir. Bu nedenle esas sözleşmede öngörülecek düzenleme münferit bir ihlale yol açmasa da, yalnızca mevcut pay sahiplerini etkiliyorsa butlana değil, iptal yaptırımına tabi olmalıdır.

[314] Birçoğu yerine bkz. Moroğlu, **GK**, s. 68.

[315] Hüffer, Schäfer, **MüKoAktG**, §241 Rn. 51; Karasu, **a.g.e.**, s. 70.

alan düzenlemeler bağlamında bu ilkenin geçerli olmadığı söylenebilir. Dolayısıyla, yaptırım tartışması bakımından butlan görüşüne karşı butlanın ikincilliği ilkesine başvurulmasının isabetli olmadığı vurgulanmalıdır. Ancak bu tespit, butlan görüşünün desteklendiği anlamına da gelmemektedir.

Ulaşılan sonuçları özetlemek gerekirse, emredici hükümler ilkesine aykırı şekilde esas sözleşmede düzenlenen bir hükmün tabi olduğu yaptırımı, ihlal edilen norma bakarak değerlendirmek gerekir[316]. İster kuruluş esas sözleşmesinde yer alsın ister esas sözleşme tadiliyle öngörülsün, bu tür düzenlemelerin neredeyse daima batıl olacağı belirtilmelidir. Bunun hukuki dayanağını BK m. 27'de ve TK m. 447'de (kıyasen) bulmak mümkündür. Ancak TK m. 447 kapsamında kalmayan ve nispi emredici nitelikte bir TK hükmünü sürekli şekilde ihlal etmeyen -dolayısıyla BK m. 27'nın kapsamına da girmeyen- bir düzenlemenin TK m. 445 uyarınca iptal yaptırımıyla karşılaşması muhtemeldir. Bu koşulları sağlayan bir düzenlemenin kuruluş ve esas sözleşme değişikliği aşamalarında öngörülmesi arasındaki yegâne fark ise, kuruluşta pay sahiplerinin tamamının rıza göstermiş olması nedeniyle iptal davası açamayacak olmalarıdır. TK m. 446/1-(c) ve (d) çerçevesinde yönetim kurulunun veya yönetim kurulu üyelerinin dava açma ihtimali ise hayli düşüktür. Ancak kurucuların irade beyanlarının doğal sonucu olan bu durum, bir eş güdüm sorunu olarak görülmemelidir.

ii. TK m. 340 ile TK m. 1530/1 Arasındaki İlişki

TK m. 1530/1 uyarınca, aksine bir düzenleme bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlem ve şartların batıl olduğu belirtilmiştir. Buradan hareketle öğretide, ilgili kanun hükmünde farklı bir yaptırım öngörülmemişse, Kanun'un emredici hükümlerine aykırı esas sözleşme kayıtlarının batıl olacağı TK m. 1530/1 hükmüne de dayandırılmıştır[317]. Dolayısıyla bu başlık altında TK m. 1530/1 ile TK m. 340 arasındaki ilişki ele alınmış; TK m. 1530/1'in Kanun'a aykırı esas sözleşme hükümlerinin akıbeti üzerindeki etkileri açıklanmıştır.

---

[316] Arnold, **KK**, §23 Rn. 154; Braunfels, **a.g.e.**, §23 Rn. 50; Hüffer, Schäfer, **MüKoAktG**, §241 Rn. 51; Solveen, **Hölters AktG**, §23 Rn. 32; Huber, **a.g.m.**, s. 167.

[317] Paslı, **Kuruluş II**, s. 172 dn 81.

Ulaşılan sonucu peşinen belirtmek gerekirse, TK m. 1530/1 hükmünün kapsamına esas sözleşme hükümleri de girmekle beraber, bunun TK m. 445-447 ve BK m. 27 çerçevesinde yukarıda paylaşılan tespitleri değiştiren herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

Bu bağlamda öncelikle TK m. 1530/1'in *ratio legis*'inin araştırılması gerekir. Maddenin gerekçesinde hükmün, "*6762 sayılı Kanunun 1466 ncı maddesinde öngörülen, ticarî hükümlerde belirlenen sınırların aşılması halinde, yapılan sözleşmelerin tamamının geçersiz kılınması yerine, sınırın aşıldığı tutar veya kısımla ilgili kısmî geçersizlik kavramını*" koruduğu belirtilmektedir. Maddenin 1. cümlesine ilişkin hiçbir açıklama içermeyen bu ifadelerin yerine, TK m. 1530/1'den farklı bir hüküm içermeyen eTK m. 1466/1'in madde gerekçesine bakılması daha isabetli olur. Gerekçe'de:

> "Birtakım akitlerin veya hukuki muamelelerin yapılmalarının caiz olmadığı veya birtakım hukuki muameleleri yapanların şu veya bu cezalara çarptırılacakları şeklinde hükümler derpiş eden kanunların tatbikatında bilhassa ilk zamanlarda birtakım tereddütler hissedilmektedir. Halbuki hususi hükümden aksi anlaşılmadıkça yapılması caiz olmadığı bildirilen veyahut sadece yapanların ceza göreceği bildirilen muamelelerin Borçlar Kanununun 20 ci maddesi hükmünce bâtıl sayılmaları esastır. Birinci cümle bu noktada tereddütleri kaldırmaktadır. Gerçekten ticari olmıyan muameleler hakkında da durum aynıdır ve bu cihet Borçlar Kanununun 20 nci maddesine ait ilmî eserlerden anlaşılmaktadır. Fakat burada sadece ticari hükümlerle konulan yasakların müeyyidesi için açık hüküm konulması kâfi görülmüş ve muhalif mefhum yoliyle ticari olmıyan muameleler sahasında aksi neticeye varılmaması için bu cihet burada belirtilmiştir. Bu itibarla bir kanunun sadece ceza hükümlerini ihtiva ettiği ileri sürülerek ona aykırı olan muameleler hakkında tasarının bu maddesinin tatbik edilemiyeceği ortaya atılamaz."

Görüldüğü üzere anılan hüküm, BK m. 27'nin öngördüğü hükümsüzlük rejimini değiştirmemekte; yalnızca tereddütleri gidermek için bunun ticari hükümler bakımından da geçerli olduğunu vurgulamayı amaçlamaktadır. Söz konusu tereddütler, bir işlemin sırf cezai yaptırıma bağlanmış olmasına dayanarak, emredici hükümlere aykırılık sebebiyle batıl sayılıp sayılmayacağı hakkındadır. Hükmün ikinci cümlesi ise tam iki taraflı sözleşmelerde karşılıklı edimler hakkında olup, zayıf konumdaki kişileri koruma amacıyla BK m. 27/2 c. 2'nin uygulama alanını sınırlandırmaktadır. Böylelikle güçlü konumdaki alacaklının, sözleşmenin tamamının butlanının tespitini talep ederek durumdan yararlanmasının önüne geçilmek

istenmiştir. eTK m. 1466'nın madde gerekçesinde yer alan ifadelerin büyük bir kısmı hükmün ikinci cümlesi hakkındadır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında TK m. 1530/1'in, anonim ortaklıklar hukukunda öngörülen özel hükümsüzlük rejimini (örn. TK m. 192, 391, 445 ve 447) değiştirmeyi; böylelikle butlanı TK hükümlerine aykırılığın yegâne veya birincil yaptırımı haline getirmeyi amaçlamadığı anlaşılmaktadır. Anılan hükmün yalnızca TK'nın "yasaklayıcı" hükümlerinin yaptırımının butlan olduğunu belirtmesi ve TK'nın anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerinin zaten TK m. 340 uyarınca emredici sayılması nedeniyle, burada BK m. 27/1 anlamında "emredici hükümlerin" dışında kalan bir normdan veya farklı bir yaptırımdan söz etmek mümkün değildir. O halde TK m. 1530/1'in, BK m. 27/1'in anonim ortaklıklar hukukunda da uygulanacağını teyit ettiği ve yasaklanan işlemler ile koşullar yönünden hukuki belirlilik sağladığı söylenebilir[318].

Öte yandan bu tespit TK m. 1530/1'in anonim ortaklıklar hukukunda uygulama alanı bulamayacağı anlamına da gelmez. İlgili kanun hükmünde aksine bir düzenleme bulunmadığı müddetçe, anonim ortaklıklara ilişkin hukuki işlemlerin de -TK m. 1530/1 ve BK m. 27 çerçevesinde- batıl olduğu söylenebilir. Bu durum, özellikle yönetim kurulu veya genel kurul kararına dayanmayan, TK'da açıkça yasaklanmış fakat yaptırımı öngörülmemiş olan bir işlemin gerçekleştirilmesi halinde daha belirgin hale gelir. Örneğin, yönetim kurulu kararına dayanmaksızın ve TK m. 358'e aykırı olarak gerçekleştirilen bir işlemle, şirket pay sahibine ödünç vermişse, ortada TK m. 391'in devreye gireceği bir yönetim kurulu kararı da bulunmadığından, işlemin TK m. 1530 ve BK m. 27 uyarınca batıl olacağı söylenebilir[319].

---

[318] TK 1530/1'in, esasen BK 27/2'yi tekrarlayan ve doğrulayan bir hüküm olduğu yönünde bkz. Kaya, (Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan), **Ticari İşletme**, s. 120.

[319] Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **AŞ**, s. 680; Paslı, **Tanıtım I**, s. 161; Serdar Hızır, "Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m. 358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler", **BATİDER**, 2013, C: XXIX, No: 2, s. 284; Emek Toraman Çolgar, **Anonim Ortaklıkta Şirkete Borçlanma Yasağı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 269. Anılan son yazarın, borçlanmaya sebep olan hukuki işlemin dayandığı bir organ kararı olup olmamasından bağımsız şekilde, pay sahibiyle yapılan -TK m. 358'e aykırı- işlemin TK m. 1530/1 uyarınca batıl sayılması gerektiği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. İşlemin yönetim kurulu kararına dayanması durumunda dahi, ilgili kararının TK m. 391 uyarınca butlanının tespiti, pay sahibiyle yapılan borçlanma işlemini kendiliğinden batıl hale getirmeyebileceğinden dolayı bu görüşe katılmak mümkündür.

TK m. 1530/1 ile TK m. 340 arasındaki ilişkiye bu perspektiften bakıldığında esas sözleşme değişiklikleri açısından TK m. 1530/1'in uygulama alanı bulmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Esas sözleşmeyi değiştiren genel kurul kararları hakkında zaten anonim ortaklıklar hukukunun öngördüğü özel hükümsüzlük rejimi uygulanmaktadır. Esas sözleşme değişikliği öngören genel kurul kararının hükümsüzlüğü halinde ise esas sözleşmedeki düzenleme ortadan kalkacağı için TK m. 1530/1'in uygulanabileceği bir işlem de olmayacaktır. Kuruluş esas sözleşmesi bakımından da, -kıyasen- TK m. 445-447 hükümleriyle birlikte BK m. 27'nin de devrede olduğu bilinmektedir. Bu durumda TK m. 1530/1'in esas sözleşme hükümlerinin geçerliliği bağlamındaki görevi, BK m. 27'nin uygulama alanını teyit etmekten ibaret olacaktır. TK m. 1530/1'in ikinci cümlesinin ise tam iki taraflı sözleşme teşkil etmeyen esas sözleşme bakımından bir anlamı yoktur.

(2) Hükümsüzlük Haricindeki Yaptırımlar

Esas sözleşmede TK m. 340'a aykırı şekilde TK hükümlerinden sapan bir düzenlemenin yer alması halinde gündeme gelebilecek yaptırımlar yukarıda belirtilenlerden ibaret değildir[320]. Kuruluşu ve esas sözleşme değişikliği izne tabi şirketler bakımından Bakanlığın TK'nın emredici hükümleri yönünden denetim yetkisi bulunmaktadır (TK m. 333/1). Ayrıca ticaret sicil müdürünün, esas sözleşmede kanuna aykırı bir hükmün yer alması nedeniyle ortaklığın tescili istemini reddetmesi gerekir [TK m. 32/2 TSYön m. 34/1-(e)]. Esas sözleşmenin bu haliyle tescil ve ilan edilmesi halinde ise TSYön m. 37 kapsamında sicil müdürlüğüne veya TK m. 34 kapsamında asliye ticaret mahkemesine itiraz edilmesi[321], yahut TK m. 353 çerçevesinde fesih davası açılması mümkündür[322].

---

[320] TK'da esas sözleşme değişikliklerini farklı bağlamlarda sınırlandıran normlar (örn. TK m. 202/2, 454) bulunmasına karşılık, her biri ayrı bir monografiye konu olabilecek bu yaptırımları değerlendirmek bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Ayrıca burada TK'dan sapan veya TK'nın tahdidi hükümlerini tamamlayan esas sözleşme hükümlerinin akıbeti ele alındığı için, imtiyazlara veya bağlı şirketin pay sahiplerine zarar vermekle beraber kanuna aykırı olmayan esas sözleşme değişikliklerinin burada ele alınmasına ihtiyaç da bulunmamaktadır.

[321] TK m. 34/1 uyarınca ilgililerin, tescil istemleri ile ilgili olarak sicil müdürlüğünce verilecek karara karşı, kararın tebliğinden itibaren sekiz gün içinde, sicilin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine dilekçe ile itiraz edebileceği öngörülmüştür. Anılan hüküm çerçevesinde tescilin kabulü kararına karşı, menfaati etkilenen kişilerin de bu yola başvurabilmesinin önünde bir engel bulunmamalıdır. Fakat TSYön m. 39/1'de mahkeme, "*tescilin gerekli bulunduğu sonucuna varırsa tescilin yapılmasını müdürlüğe emreder, aksi takdirde tescil istemini reddeder*" ifadesine yer

TK m. 353 uyarınca ortaklığın kurulmasında kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri ihlal edilmiş veya önemli bir şekilde[323] tehlikeye düşürülmüş olursa, yönetim kurulu, Bakanlık, ilgili alacaklı veya pay sahibi tarafından ortaklığın tescilinden itibaren üç ay içinde ortaklığın feshi talep edilebilir[324]. Açılan dava kapsamında, esas sözleşmedeki kanuna aykırılığın düzeltilebilmesi için mahkeme tarafından süre verilebilir (TK m. 353/2). Öğretide hükmün uygulama alanına girdiği belirtilen tipik örnekler arasında esas sözleşmenin emredici kanun hükümlerine aykırılığı

---

verilmiş olması nedeniyle, bu yolun yalnızca sicil müdürlüğünce tescilin reddi kararına karşı kullanılabileceği anlaşılmaktadır. Öte yandan normlar kademelenmesinde TK'nın altında bulunan TSYön'ün, kanunun ötesinde bir sınırlama getirmesi mümkün değildir. Dolayısıyla TSYön m. 39'un kanuna uygun şekilde geniş yorumlanarak, itiraz mekanizmasına esas sözleşmenin tescilinin kabulüne dair kararlara karşı da başvurulması mümkün olmalıdır. İtirazın haklı bulunması neticesinde mahkemenin, eğer henüz tescil yapılmamışsa icrayı durdurması; eğer tescil edilmişse tadil veya terkinini emredebilmesi gerekir. eTK döneminde bu yönde bkz. Okutan, **a.g.m.**, s. 13. Belirtilmelidir ki söz konusu eleştirileri dikkate alan kanun koyucu, tescil talebinin kabulünden etkilenen kişilerin korunması amacıyla, TK'da öngörülmeyen bir başvuru imkânını doğrudan TSYön m. 37'de düzenlemiştir. Buna göre üçüncü kişilerin, esas sözleşmenin Kanun'a veya kamu düzenine aykırı veya yanıltıcı olduğu iddiasıyla sicil müdürlüğüne başvurması mümkündür. Başvuru haklı bulunursa henüz yapılmamış olan tescile dair başvuru reddedilir; eğer tescil yapılmışsa TK m. 33 ve TSYön m. 36 çerçevesinde ilgililerin tadil veya terkin talebinde bulunması için kendilerine davet yapılmalıdır. Üstelik TSYön m. 37 çerçevesinde başvuru yapabilecek kişilerin çevresi, TK m. 34 ve TSYön m. 39 kapsamında itiraz edebilecek olan "ilgililer" çevresinden çok daha geniştir. Zira anılan maddelerde yer alan "ilgililer" kavramı, TK m. 28 ve TSYön m. 22'de tescil başvurusu yapabilecek olan "ilgililerle" aynı kişiler olup, bunlar yalnızca yönetim kurulu üyeleri ve temsilcilerden ibarettir. Bu hususun eleştirisi için bkz. **a.e.**, s. 14; Nomer Ertan (Ülgen, Helvacı, Kaya), **Ticari İşletme**, s. 365.

322 TK m. 347'nin gerekçesinde de kuruluş esas sözleşmesinde emredici hükümlere aykırılık bulunması halinde devreye girebilecek mekanizmalar, (i) TK m. 32 çerçevesinde tescil isteminin reddi, (ii) TK m. 353 uyarınca fesih davası; (iii) TK m. 445-447 uyarınca hükümsüzlük davaları ve (iv) TK m. 551 uyarınca sorumluluk davası olarak sayılmıştır. Bu kapsamda TK m. 551'in anılmasına karşılık, kuruluş esas sözleşmesinde yer alan kanuna aykırılıklar yönünden sorumluluk davasının (TK m. 549 vd.) gündeme gelmesi, hata veya hile gibi istisnai durumlar haricinde, mümkün olmayacaktır. Zira esas sözleşmeye yönelik rızası sakatlanmamış bir kişinin, onay verdiği bir hükmün uygulanmasından zarar görmesi halinde açacağı sorumluluk davasında kusurun ispatı yönünden engelle karşılaşması beklenir.

323 Maddenin gerekçesinde yer alan aksi yöndeki ifadeye rağmen, hükümde sayılan kişilerin menfaatlerinin önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş olmasının yeterli görülmesi karşısında, önemli olmayan bir ihlalin de *evleviyetle* yeterli olacağı söylenebilir. Zira menfaatlerin tehlikeye düşürülmesi ne kadar ağır olursa olsun, ihlal edilme riskine işaret eder. Bu durumda ihlal ihtimalinin yüksek olmasını yeterli görürken, önemli olmayan bir ihlali TK m. 353 bakımından yetersiz görmek çelişkili olur. Karş. Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **AŞ**, s. 362. Yazarın madde gerekçesine uygun olarak, ihlalin önemli olmasını aradığı anlaşılmaktadır.

324 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ömer Korkut, "Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksikliklerin Hukuki Sonuçları ve Tescilin Sağlığa Kavuşturucu Etkisi", **MÜHFD-HAD Özel Sayı: 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken (10-11-12 Mayıs 2012, Sempozyum)**, C: XVIII, No: 2, 2012, s. 411-430; Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **AŞ**, s. 358-364; Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 10-73; Paslı, **Tanıtım III**, s. 217-225.

bulunmamakla beraber, hükümde yer alan kişilerin menfaatlerini önemli ölçüde tehlikeye düşürmesi kaydıyla, pekâlâ esas sözleşmenin TK hükümlerini ihlal etmesi nedeniyle bu davaya başvurulması mümkün olmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, TK m. 353 hükmünde düzenlenen fesih davasının uygulama alanı bulabileceği haller, büyük çoğunlukla esas sözleşmenin mutlak zorunlu kayıtlardan birini veya birkaçını içermemesi haline özgü olacaktır[325].

Diğer taraftan TK m. 210/3 uyarınca, kamu düzenine aykırı işlemlerde bulunduğu belirlenen ticaret şirketleri hakkında Bakanlık tarafından da fesih davası açılabilir. Anılan hükümde değişiklik yapan 6335 sayılı Kanun'un madde gerekçesinde, hükümdeki "*işlemler*" kavramının esas sözleşmeyi de kapsadığı belirtilmektedir. Ayrıca TK m. 210'a dayanan Denetim Tebliği'nin 5. maddesinde sayılan denetime konu işlemler arasında kuruluş işlemleri de yer almaktadır. Dolayısıyla kuruluş işlemleri arasındaki esas sözleşme de TK m. 210/3 çerçevesinde denetime tabi bir işlemdir.

g. İlkenin Uygulama Alanının Sınırlandırılmasına Yönelik Öneriler

Son yıllarda emredici hükümler ilkesine yönelik eleştirilerin dozunun artmasıyla[326], kimi zaman pozitif hukukun da dışına taşan önerilerle hükmün esnetilmeye, hatta ilkenin etkisinin ortadan kaldırılmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu başlık altında hükmün uygulama alanının sınırlandırılmasına yönelik Türk ve Alman hukuklarında ileri sürülen *de lege lata* öneriler değerlendirilmiştir. Bunlar arasında (i) ilkenin halka açık olmayan şirketler bakımından uygulama alanının daraltılması; (ii) "kanundan sapma" ve "kanunu tamamlama" kavramları arasındaki geçişkenlikten yararlanılması; (iii) "açıkça" ibaresinin daraltıcı yoruma tabi tutulması

[325] Mutlak zorunlu kayıtların eksikliği durumunda başvurulabilcek hukuki yollara ilişkin açıklama için bkz. İkinci Bölüm, II, F, 1, a.

[326] Alman hukukunda bu konudaki literatür çok kapsamlı olmakla beraber başlıca eserler arasında şunlar sayılabilir: Bayer, **a.g.e.**, s. 27 vd.; Habersack, **AG**, s. 7 vd.; Hirte, **a.g.m.**, s. 61 vd.; Spindler, **Deregulierung**, s. 73; Gerald Spindler, "Regeln für börsennotierte vs. Regeln für geschlossene Gesellschaften – Vollendung des Begonnenen?", **Die Aktiengesellschaft**, C: CIII, 2008, s. 600 vd.; Mertens, **a.g.m.**, s. 440; Hopt, **ZGR**, s. 144 vd.; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 53; Röhricht, Schall, **a.g.e.**, §23 Rn. 174.

ve (iv) hükmün yalnızca zayıf konumdakiler lehine asgari bir koruma sağladığı şeklinde değerlendirilmesine yönelik öneriler bulunmaktadır.

(1) Halka Açık Olmayan Anonim Ortaklıklar Bakımından Sınırlandırılması

İlk olarak halka açık olmayan anonim ortaklıklarda pay sahibinin emredici hükümlerle korunmasına, borsadaki küçük yatırımcı kadar ihtiyacı olmamasından hareketle, ilkenin uygulama alanının kapalı şirketler yönünden sınırlandırılması gerektiği ileri sürülmektedir[327]. Ancak bu sonuca ne TK m. 340'ın daraltıcı yoruma tabi tutulmasıyla ne de teleolojik redüksiyon yoluyla ulaşmak mümkündür[328]. Burada bir hukuk politikası sorunu olması nedeniyle, ancak gerçek olmayan bir kanun boşluğundan söz edilebilir. Nitekim daraltıcı yorum, "hükmün sözünün dışına çıkılmamakla beraber" lafzında yer alan kavramların hükmün *ratio legis*'ine göre okunması anlamına gelir[329]. Halbuki TK m. 340'ın lafzında, hükmün halka açık olmayan şirketlere uygulanmasında farklı bir yol izlenebileceği yönünde yorumlanmaya müsait bir ibare yoktur[330]. Kaldı ki hükmün gerekçesinde de, halka açık olmayan şirketlerin kapsam dışında tutulmak istendiğine dair kanun koyucunun iradesine rastlanmamaktadır.

---

[327] Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 53; Friedewald, **a.g.e.**, 125-131; May, **a.g.e.**, 84; Bayer, **a.g.m.**, s. 378; Hüffer, Schäfer, **MüKoAktG**, §241 Rn. 51. Türk hukukunda bkz. Karasu, **a.g.e.**, s. 179-196. Yazar, emredici hükümler ilkesinin uygulanmasında aile şirketleri ile halka açık şirketler arasında fark gözetmekte ve bunların örneklerini sıralamaktadır. Karş. Hey, **a.g.e.**, s. 183. *Hey*, ilkenin uygulama alanının sınırlandırılmasındaki ayrımın, ortaklığın halka açık olup olmaması ekseninde değil, somut olay bazında zayıf konumdakileri koruyucu mekanizmaların olup olmadığı bakımından yapılması gerektiğini savunmaktadır. Ayrıca bkz. Hopt, **ZGR**, s. 145. Yazar AktG §23/5'in amaçlarını ve mevcut koruyucu hukuksal araçları dikkate alarak, ilkenin uygulama alanının genel anlamda daraltıcı yoruma tabi tutulması gerektiğini ileri sürmektedir.

[328] Kalss, Fleischer, **a.g.m.**, s. 701-702; Arnold, **KK**, §23 Rn. 135; Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §23 Rn. 34.

[329] Emmenegger, Tschentscher, **a.g.e.**, Art. 1 N. 226; Serozan, **a.g.e.**, s. 143-172; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, N. 247; Çiğdem Kırca, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", **AÜHFD**, C: L, No: 1, 2001, s. 107-108; Akbulut, **a.g.e.**, s. 85 dn. 257. Daraltıcı yorumun bir adım ötesinde ise hükmün amaca uygun fakat lafzının dışında yorumlanması anlamına gelen teleolojik redüksiyon bulunur.

[330] Burada TK m. 340'ın içerdiği hiçbir ibarenin daraltıcı yoruma tabi tutulamayacağı iddia edilmeyip, yalnızca hükmün kapsamını, ilgili ortaklığın halka açık olup olmamasına göre değiştirecek bir yoruma varılamayacağı tespiti paylaşılmaktadır. Keza hükümde yer alan "açıkça" ibaresinin, zorunlu ve istisnai durumlarda ilgili normun sözünün ötesine geçmeye izin verdiği yönündeki sav, bu kavramın daraltıcı yoruma tabi tutulmasına dayanmaktadır.

Teleolojik redüksiyon ise ancak örtülü kanun boşluğu bulunduğunun kabulü halinde mümkün olabilir[331]. Hükmün lafzından açıkça anlaşılan sonucun, düzenlemenin amaçlarıyla çelişmesi halinde örtülü kanun boşluğundan söz etmek mümkündür. Bu bağlamda ilgili hükmün amaçları dikkate alındığında, hükmün lafzının geniş tutularak gerekli istisnalara yer verilmemiş olması örtülü boşluk olarak kabul edilir[332]. Zira bu durumlarda kanunda uygulanacak bir kural bulunmasına rağmen, hükmün *ratio legis*'i somut olaya uygulanmasını mümkün kılmamaktadır. Fakat TK m. 340'ın uygulama alanının halka açık anonim ortaklıklarla sınırlandırması bakımından örtülü bir kanun boşluğu yoktur[333]. Zira hükmün amaçları arasında ilk sırada yer alan hukuki güvenliğin ve belirliliğin artırılması ile esas sözleşme hükümlerinin geçerliliğine ilişkin davaların azaltılması halka açık anonim ortaklıklara özgü hedefler değildir. Benzer şekilde zayıf konumdaki şirket ilgililerinin korunması da pekâlâ halka açık olmayan şirketlerde azınlık pay sahipleri ve alacaklılar bakımından geçerli bir amaçtır. İlkeye atfedilen küçük yatırımcıların ve sermaye piyasalarının korunması amacının ise sayılan diğer amaçları ikame eden veya ikincil sıraya iten bir özelliği bulunmamaktadır.

Keza kanun koyucu da madde gerekçesinde, ilkenin "*normatif sistemin zorunlu bir parçası olduğunu*"[334]; ayrıca "*bazı kurum ve kuruluşların şirketlere istedikleri esas sözleşme hükümlerini dayatmaları yolunu kapattığı, bu yararın da Ülkemiz açısından küçümsenmeyecek derecede önem taşıdığını*" belirtmektedir. Bu ifadelerin daha çok halka açık olmayan anonim ortaklıklara ilişkin olması; gerekçede hükmün bu tür şirketlere uygulanacak olmasına bağlı eleştirileri göğüslemeye çalışan

---

[331] Emmenegger, Tschentscher, **a.g.e.**, Art. 1 N. 392; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 613; Akbulut, **a.g.e.**, s. 101.

[332] Emmenegger, Tschentscher, **a.g.e.**, Art. 1 N. 393; Serozan, **a.g.e.**, s. 157-158; Kırca, **a.g.m.**, s. 96; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 613; Akbulut, **a.g.e.**, s. 84-85.

[333] *Hirte* ise tam aksine, AktG §23/5'i halka açık anonim ortaklıklar bakımından teleolojik redüksiyona tabi tutarak, bu tür şirketlere uygulanmaması gerektiği sonucuna ulaşmaktadır (Hirte, **a.g.m.**, s. 95). Aksi yönde bkz. Kleindiek, **a.g.m.**, s. 101.

[334] Bu ifadeye katılmak mümkün değildir. Zira TK gibi, istisnali normatif sistemin geçerli olduğu eTK döneminde emredici hükümler ilkesine benzer bir kural bulunmamakta ve bunun eksikliği hissedilmemekteydi. TK m. 340'ın normatif sistemin ayrılmaz bir parçası olduğu savı izaha muhtaçtır.

başkaca ifadelere yer verilmesi, kanun koyucunun bu hususta herhangi bir tereddüdünün bulunmadığına işaret etmektedir.

Üstelik TK m. 340 c. 2'de, *"[d]iğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm*" doğuracağı belirtilmektedir. Diğer kanunlar arasında akla ilk gelen kanun ise gerekçede de belirtildiği üzere, SerPK'dır. Halbuki TK m. 340 yalnızca halka açık anonim ortaklıklara uygulanacak olsaydı, ikinci cümlesinde bu tür şirketlerin tabi oldukları özel kanuna dışlayıcı bir etki tanınmayıp; hükmün SerPK ile uyumlu şekilde kaleme alınması veya doğrudan SerPK'da düzenlenmesi gerekirdi.

Emredici hükümler ilkesinin halka açık olmayan anonim ortaklıklara uygulanması bağlamında ileri sürülen bir başka gerekçe ise halka açık ortaklıklarla arasındaki ayrımın keskinleşmesine dayanmaktadır. Birçok ülkede anonim ortaklıkları düzenleyen temel kanunların yaygın pay sahipliği yapısının hakim olduğu halka açık ortaklık modelini esas aldığı; fakat bu durumun gerçeklikle örtüşmediği, zira uygulamada anonim ortaklıkların çoğunun halka açık olmadığı ve az sayıda pay sahibinden oluştuğu belirtilmektedir[335]. İsviçre hukukunda kanunun öngördüğü model (*gesetzlicher Typus, Leitbild*) ve pratikte yaygın olan gerçek şirket tipi (*Realtypus*) arasındaki bu ayrışmanın aşılması için öncelikle "tipoloji öğretisine"[336] başvurulmuş; ancak 1991 tarihli OR revizyonunda halka açık olan ve olmayan ortaklıklar bakımından farklılaşan birçok hükmün öngörülmesi sayesinde, kanuni model ile gerçek tip arasındaki makas aralığı daraltılmıştır[337]. ABD, Almanya ve Fransa'da ise küçük ve kapalı anonim ortaklıklar bakımından özel düzenlemelere yer verildiği görülmektedir[338]. Son yirmi yılda bir yandan halka açık ortaklıklara dair

---

[335] Birçoğu yerine İsviçre hukukunda bkz. Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §2 N. 59-63; Baudenbacher, **BSK**, Vor Art. 620 N. 9a; Forstmoser, Küchler, **a.g.e.**, §2 N. 11. Alman hukukunda bkz. Hommelhoff, **Anleger**, s. 65-66; Bayer, **a.g.m.**, s. 374, 378.

[336] Bilgi için bkz. Pierre Jolidon, "Problèmes de Structure dans le Droit des Sociétés: Portée et Limites de la Théorie des Types", **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, C: LXXXVII, No: 2, 1968, s. 533-566; Koller, **a.g.e.**, s. 147-157; Arthur Meier-Hayoz, Walter R. Schluep, Walter Ott, "Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht", **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, C: XC, No: 1, 1971, s. 316-333; Böckli, **a.g.e.**, s. 61-62.

[337] Meier-Hayoz, Forstmoser, **a.g.e.**, §16 N. 23-24.

[338] ABD'de birçok eyalet hukukunda olduğu gibi, Delaware'de de DGCL kapsamında kapalı anonim ortaklıklara ayrı bir bölüm açılarak (Title 8) özel hükümler öngörülmüştür. Bkz. DGCL §341-356.

kuralların yoğunlaşması, diğer yandan kapalı ve küçük ortaklıklara özgü kanun ve/veya hükümlerin ihdas edilmiş olması nedeniyle, mevzuatın bu bakımdan ciddi oranda ayrıştığı görülmektedir. Hatta söz konusu alanların neredeyse birbirinden bağımsız hukuk dalları teşkil ettiği dahi söylenebilir[339].

Bu gelişmelerden hareketle, kanun koyucunun artık halka açık olmayan anonim ortaklığı ayrı bir model olarak tanıdığı, dolayısıyla emredici hükümler ilkesinin kişisel unsurların ağır bastığı aile şirketlerine uygulanmaması veya daraltıcı yoruma tabi tutulması gerektiği ileri sürülmektedir[340]. Görüldüğü üzere halka açık olan ve olmayan anonim ortaklıkların kanun koyucu tarafından bazı açılardan farklı şekilde muamele görmesi, emredici hükümler ilkesinin uygulama alanının tespitinde dogmatik dayanak olarak kullanılmak istenmiştir. Ne var ki kanun koyucunun belirli hususlarda kapalı anonim ortaklıklar bakımından farklı kurallar öngörmüş olması, bu anlayışı anonim ortaklıklar hukuku kurallarının tamamına teşmil etmek için yeterli bir gerekçe değildir. Dolayısıyla şirket tipleri arasındaki bu farklılaşma emredici hükümler ilkesinden geri adım atıldığı anlamına gelmez[341].

Türk hukukuna bu açıdan bakıldığında, eTK döneminde İsviçre hukukundaki tespitlerden hareketle kanunun halka açık ortaklık modeli üzerine kurulu olduğu; uygulamada yaygın olan tipin ise kapalı ve kişisel unsurların ağır bastığı anonim şirket tipi olduğu tespiti benimsenmiştir[342]. Yasal tip ile gerçek tip arasındaki farkın kapatılmasında ise Almanya ve Fransa hukuku gibi kişisel unsurların ağır bastığı aile

---

Bu kapsamda pay sahibi sayısı 30 olan ve §342'deki diğer şartları haiz ortaklıklar "kapalı anonim ortaklık" sayılmaktadır. Fransa'da 1994 yılında FrTK Art. L227-1 vd.'na eklenen hükümlerle esas sözleşme özgürlüğü geniş bir ortaklık yapısı olan *Société par Actions Simplifiée* oluşturulmuştur. Almanya'da da 1995'te benzer özellikleri haiz *Gesetze zur kleinen Aktiengesellschaften* kabul edilmiştir. Ayrıca Almanya'da 1994-2007 yılları arasında borsa anonim ortaklıkları ve halka açık olmayan anonim ortaklıkların tabi olduğu hukuki rejimi değiştiren mevzuata ilişkin bilgi için bkz. Bayer, **a.g.e.**, s. 42-57. İsviçre'de ise anonim ortaklıklar hukukunun bütünlüğü, kanun koyucunun açık tercihinin ürünü olup, küçük veya kapalı anonim ortaklıklar bakımından ayrı bir kanun oluşturulması fikri reddedilmiştir. Bkz. **OR 2007 Gerekçe**, s. 1424.

339 Almanya ve Avusturya hukuku için bkz. Kalss, Fleischer, **a.g.m.**, s. 697. İsviçre hukukunda bkz. Nobel, **a.g.m.**, s. 301.

340 Friedewald, **a.g.e.**, s. 125-128.; May, **a.g.e.**, s. 84; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 53; Karasu, **a.g.e.**, s. 127-129 ve 179-195.

341 Hey, **a.g.e.**, s. 179; Pleßke, **a.g.e.**, s. 104; Hommelhoff, **Kleine**, s. 530; Priester, **kleine AG**, s. 337; Arnold, **KK**, §23 Rn. 135; Kalss, Fleischer, **a.g.m.**, s. 701.

342 Birçoğu yerine bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 478.

şirketlerinin ihtiyaçlarına yönelik özel bir kanun ihdası tercih edilmemiş; İsviçre hukukunu takiben, tipoloji öğretisi öğretide ve yargı kararlarında etkisini hissettirmiştir[343].

TK döneminde ise kanun koyucunun gerekçede yer alan çelişkili ifadelerine[344] rağmen, Kanun'un belirli bir anonim ortaklık tipini esas almayıp, farklı yapılanmalara açık olduğu görülmektedir[345]. Nitekim OR'nin 1991 revizyonuna benzer şekilde TK'da da halka açık olan ve olmayan ortaklıklar için farklı hükümlere yer verilmiştir. Birçok kanun maddesi halka açık veya borsa ortaklıklarına özgülenmiş, yahut bunlar için özel hükümler ihtiva etmiştir[346]. Öte yandan TK m. 340'ın uygulama alanında benzer bir farklılaştırmaya yer verilmemiş; hüküm, halka açık olup olmamasından bağımsız şekilde bütün anonim ortaklıkları kapsamına almıştır. Kanun koyucunun bu hususta kapalı, küçük ve kişisel unsurların ağır bastığı aile şirketleri bakımından bir istisnaya yer vermek istemediği anlaşılmaktadır[347].

Son olarak önemle vurgulanmalıdır ki, TK m. 340'ın uygulama alanının genel anlamda halka açık olmayan şirketler bakımından sınırlandırılmasını reddetmekle birlikte, bu durum esas sözleşmede öngörülen düzenlemelere ilişkin münferit TK hükümlerinin daraltıcı yoruma veya teleolojik redüksiyona tabi tutulamayacağı anlamına gelmemektedir.

---

[343] Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 225. Yargıtayın anonim ortaklığın haklı sebeplerle feshi davasında, ilgili ortaklığın aile şirketi vasfını dikkate alarak pay sahipleri arasındaki kişisel husumetleri de TK m. 531 anlamında haklı sebepler arasında kabul ettiği kararları bulunmaktadır. Bkz. Yarg. 11. HD., T. 3.3.2016, E. 2015/9088, K. 2016/2352; 11. HD., T. 2.6.2014, E. 2014/3669, K. 2014/10238. Aksi yönde bkz. 11. HD., T. 3.12.2015, E. 2015/4504, K. 2015/12980: "*...kardeşlerden oluşan 5 kişilik bir aile şirketi olmakla birlikte bir sermaye şirketidir. Bu nedenle de davacının gerekçesi de davalı anonim şirketin feshi için haklı neden olarak görülemeyecektir*". Anılan kararların metni için bkz. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 20.08.2020.

[344] TK m. 479'un gerekçesinden: "*Tasarı, Türk anonim şirketlerinin yapılanmalarını ve çalışma düzenlerini aile şirketi modelinden çıkarmayı ve kurumlaştırmayı bir hukuk politikası olarak benimsemiştir*". Öte yandan bkz. TK m. 338'in gerekçesinden: "*Bu hüküm açıkça belirli, tanımlanmış bir anonim şirket "tip"inin kanunî tip olarak kabul edilmemiş bulunduğunu, yani esas tipin halka açık veya kapalı anonim şirket olmadığını da belirtmekte, sınırlayıcı bir tür öğretisine bağlı kalınmadığını ortaya koymaktadır*".

[345] Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 224-225.

[346] Bkz. TK m. 142/2, 202/2, 208/1, 332/1, 360/1, 361/1, 378/1, 379/5, 399/4-(b), 411/1, 414/2, 417, 420/1, 421/5, 439/1, 478/4, 495-498, 531/1, 559/1, 1527/5, 1529, 1534/2-(b).

[347] TK m. 340'ın mehazı bakımından aynı yönde bkz. Geßler, **§23/5**, s. 69; Kalss, Fleischer, **a.g.m.**, s. 701.

(2) "Kanundan Sapma" Kavramının Kapsamının "Kanunu Tamamlama" Kavramı Lehine Daraltılması

İkinci olarak "kanundan sapma" ve "kanunu tamamlama" kavramları arasındaki sınırın belirsizliğinden faydalanarak esas sözleşme özgürlüğünün genişletilmeye çalışıldığı görülmektedir[348]. Nitekim kanundan sapılması için "açık" izin aranırken, kanunu tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri bakımından böyle bir şart yoktur[349]. Böylelikle kararlaştırılan düzenlemenin kanunu tamamladığı ortaya koyulabilirse, emredici hükümler ilkesinin egemenliğinden sıyrılmak da mümkün olur. Ancak belirli bir konuda TK'nın öngördüğü düzenden ayrılan, ilgili kanun hükümlerinin uygulama alanını ortadan kaldıran esas sözleşme hükümlerinin "tamamlayıcı hüküm" olarak vasıflandırılmaması gerekir. Kanunun düzenlediği konularda tamamlayıcı esas sözleşme hükmü öngörülebilmesi için hüküm içi boşluk olmalı ve esas sözleşme söz konusu boşluğu, ilgili normla ve anonim ortaklıklar hukukunun temel ilkeleriyle çelişmeyen tarzda düzenlemelidir.

Örneğin, pay devir sınırlaması öngören esas sözleşme hükmünde TK m. 493/2 çerçevesinde belirtilen önemli sebepler "tamamlayıcı hüküm" niteliğindedir. Anılan hüküm uyarınca, pay sahipleri çevresinin bileşimine ilişkin esas sözleşme hükümleri, şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden onayın reddini haklı gösteriyorsa önemli sebep oluşturur. Bu hükmü somutlaştıran veya örnekleyen esas sözleşme hükümleri tamamlayıcı hüküm sayılırken, işletme konusu veya işletmenin bağımsızlığıyla ilişkilendirilmeyen sebepler ise "tamamlayıcı" olmaktan çıkıp, kanundan "sapan" hüküm niteliği kazanırlar. Bu doğrultuda belirli bir ailenin üyesi olmamayı önemli sebep olarak öngören esas sözleşme hükmünün TK m. 340 çerçevesinde tamamlayıcı hüküm olduğu da söylenemeyecektir. Ancak şirketin bir şirketler topluluğuna katılması sonucunu doğuracak pay devirlerinin yönetim kurulu tarafından reddedilebileceği yönündeki hükümler "*işletmenin bağımsızlığıyla*" ilişkilendirilebildiği için tamamlayıcı hüküm olarak nitelendirilmelidir. Benzer şekilde, sırf TK m. 478/2'de "*kanunda*

---

[348] Alman hukukunda pay üzerindeki öncelik hakları bağlamında bkz. **a.e.**, s. 702 dn 127'de ve 130'da anılanlar.

[349] *Barz* anılan kavramlar arasındaki farkın muğlak olmasından hareketle, "açıkça" ibaresine çok da önem verilmemesi gerektiği görüşündedir. Bkz. Barz, **GroßK 1973**, §23 Rn. 18.

öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı" ihdas edilmesine izin veriliyor diye, sermayenin %1'ini bile temsil etmeyen tek bir paya, konusu fark etmeksizin bütün genel kurul kararları bakımından veto hakkı tanınamamalıdır. Zira veto hakkı, kural olarak TK m. 478'i tamamlayan bir düzenleme sayılmasına rağmen, esas sözleşmeyle toplantı veya karar nisabı oybirliğine bağlanamayan kararlar bakımından bu düzenleme Kanun'dan sapma anlamına gelebilecektir[350].

(3) "Açıkça" İbaresinin Etkisinin Yumuşatılması

Üçüncü olarak TK m. 340 c. 1'de yer alan "açıkça" ibaresinin etkisini yumuşatmaya yönelik arayışlara değinilmelidir. Anılan hükmün uygulama üzerindeki en büyük etkisi bu noktaya bağlı olduğundan, pozitif hukukun içinde kalmaya son derece özen göstermek gerekir. Zira bir tarafta ibarenin neredeyse inkar edilmesi nedeniyle TK m. 340'ın varlık nedeni ortadan kalkmakta; diğer tarafta ise TK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin TK m. 340'ın tasarımına uygun olmaması sebebiyle aşırı daraltıcı bir yorum ortaya çıkabilmektedir.

Hükmü esnetme yanlısı yaklaşımlardan en iddialısı *Barz* tarafından ileri sürüldüğü üzere "açıkça" kelimesine özel bir anlam yüklenmemesi gerektiği yönündedir[351]. Bunun bir adım gerisinde ise açık iznin tespitinde, ilgili kanun normunun sözüyle yetinmeyip, amaca göre yorumlanması gerektiğini ileri süren yaklaşım bulunmaktadır. Bu görüşün öğretide hakim konumda bulunduğu anımsanmalıdır. "Açıkça" ibaresini daraltıcı yoruma tabi tutma yönündeki ilk adımın kanun koyucu tarafından atılması nedeniyle, yaklaşımın öğretide kolaylıkla benimsenmesine ön ayak olduğu görülmektedir. Nitekim TK m. 340'ın madde gerekçesinde "[*h]ükümdeki 'kanunda açıkça izin verilmişse' ibaresi, maddenin lafzından 'sapabilme' imkânının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözeten bir yorumla 'sapabilme'nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsamaktadır*" ifadesine yer verilmiştir.

---

[350] Genel kurulda veto hakkına ilişkin açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2, e, (2), ii.

[351] Barz, **GroßK 1973**, §23 Rn. 18.

Öte yandan TK m. 340'ın, hukuk güvenliğinin ve belirliliğin sağlanması amacından uzaklaştırılmaması; aynı zamanda diğer amaçlarının da dikkate alınmak suretiyle anlamlandırılması gerekir. Bu yol ise açık iznin tespitinde yalnızca istisnai durumlarda ilgili normun amacına bakılmasından geçer[352]. Bu nedenle ancak esas sözleşmede yapılacak düzenlemenin zayıf konumdaki şirket ilgililerinin menfaatine aykırı olmaması koşuluyla, "açıkça" ibaresi daraltıcı yoruma tabi tutulabilmelidir.

(4) Azınlık Pay Sahiplerinin ve Alacaklıların Menfaatini Koruyan Esas Sözleşme Hükümlerinin Geçerli Sayılması

Emredici hükümler ilkesinin uygulama alanını daraltmaya çalışan bir başka yaklaşım ise ilkenin "sosyal koruma normu" olmasından ve zayıf konumdaki şirket ilgilileri bakımından asgari bir koruma sağlamasından hareket etmektedir[353]. İlkenin uygulama alanı, özellikle azınlık pay sahipleri ve alacaklıların menfaatlerini zedeleyen esas sözleşme hükümleriyle sınırlandırılmaktadır[354]. Bu çerçevede alacaklıların ve pay sahiplerinin haklarını genişleten esas sözleşme hükümlerinin emredici hükümler ilkesinin filtresinden geçeceği ileri sürülmektedir[355].

Aynı noktadan hareket eden bir başka görüş çerçevesinde ise ilgili normun özüne/temeline (*wesentlichen Grundgedanken*) aykırı olmaması kaydıyla, esas sözleşmenin kanunun öngördüğü düzeni değiştirebileceğini ileri sürmektedir[356]. Bu yaklaşımın Alman hukukunda genel işlem şartlarının içerik denetimine ilişkin BGB §307/1-(1) hükmünde öngörülen kriteri AktG §23/5 bakımından da olduğu gibi

---

[352] Bu hususdaki önerim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2, e, (1), ii.

[353] Bu yönde bkz. Arnold, **KK**, §23 Rn. 132; Seibt, **Schmidt/Lutter AktG**, §23 Rn. 53; Hirte, **a.g.m.**, s. 65, 82. *Hirte* bu yönüyle AktG §23/5'i, genel işlem şartlarına ilişkin kurallara benzetmektedir.

[354] Hirte, **a.g.m.**, s. 83. Benzer yönde bkz. Hopt, **ZGR**, s. 145.

[355] Hirte, **a.g.m.**, s. 83; Aksi yönde bkz. Pentz, **MüKoAktG**, §23 Rn. 164. *Hirte* teleolojik redüksiyon yoluyla AktG §23/5 hükmünün uygulama alanını şu şekilde daraltmaktadır: İlke anonim ortaklık ilişkisinde tipik olarak değil, somut (fiili) durumda zayıf konumdakilerin korunmasına hizmet etmelidir. Bu kapsama giren kişilerin ise azınlık pay sahipleri olduğunu belirtmektedir. Buna göre örneğin, esas sözleşmede rüçhan haklarının kısıtlanmayacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilebilir. Yazarın zayıf konumda bulunan şirket ilgililerinin yalnızca azınlık pay sahipleri olduğu yönündeki savına katılmak mümkün olmadığı gibi, emredici hükümler ilkesinin uygulama alanını bu şekilde daraltmak da mümkün olmamalıdır. Kanımca bu yaklaşım teleolojik redüksiyon ile *contra legem* yorum arasındaki bulanık çizgiyi geçmektedir. Aksi halde kanunda açık izin olup olmadığına bakılmaksızın, azınlık haklarını genişleten her düzenlemenin TK m. 340'a uygun olduğunu kabul etmek gerekirdi.

[356] Hirte, **a.g.m.**, s. 87.

benimsendiği anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda esas sözleşme hükmünün ilgili kanun normuyla özdeş olmasının gerekmediği ve denkliğin (*Gleichwärtigkeit*) yeterli olduğu ifade edilmektedir[357]. Bu kapsamda, örneğin, esas sözleşmede genel kurul kararlarına karşı iptal davası hakkının, buna denk bir koruma sağlayan katılım ve aleniyet bazlı bir mekanizmayla ikame edilebileceği belirtilmektedir[358]. Ayrıca genel işlem şartlarıyla esas sözleşme hükümleri arasında kurulan koşutluğun bir başka uzantısı olarak, BGB §305c'te öngörülen, sözleşmenin ve işin niteliğine yabancı olan "şaşırtıcı hükümlerin" de geçersiz sayılması gerektiği ilave edilmektedir.

Bu yaklaşımın oldukça liberal bir noktada konumlandığını söylemek mümkündür. Nitekim AktG §23/5 hükmünü esnetmek için teleolojik redüksiyona bile başvurmadan, kanunun sözünü doğrudan bir kenara bırakmaktadır. Ancak emredici hükümler ilkesinin yegâne amacı azınlık pay sahiplerini ve alacaklıları korumak olmadığından, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Ayrıca ne AktG §23/5 ne de TK m. 340, anonim ortaklıklara ilişkin hükümleri "nispi emredici" hale getirmektedir. Dolayısıyla anılan hükümlerin, zayıf konumdakiler lehine kanundan sapılabileceğine yönelik genel bir izin içerdiği söylenemez. Kaldı ki anonim ortaklıklara ilişkin münferit kanun hükümlerinin de yalnızca azınlığı veya alacaklıları korumak gibi tek bir amacı bulunmamakta; bunun yerine çatışan menfaatleri dengelemektedir[359]. Örneğin, TK m. 531'in yalnızca azınlığı koruyan bir hüküm olduğunun benimsenmesi halinde, 1 adet paya sahip olmanın dahi dava açmak için yeterli olduğu esas sözleşmede öngörülebilirdi. Ne var ki anılan hüküm bir tarafta azınlığı korurken diğer tarafta şirket menfaatini korumaktadır. Bu çerçevede fesih çözümünün ikincilliğinden ve dava açma şartının %10 pay sahipliği eşiğine bağlandığından söz edilmektedir.

Yukarıda açıklanan esaslar çerçevesinde, azınlık pay sahiplerinin ve alacaklıların menfaatlerini koruyan esas sözleşme hükümlerinin TK m. 340'ın denetiminden muaf olmadığı vurgulanmalıdır.

---

[357] Hopt, **ZGR**, s. 143-145; Hirte, **a.g.m.**, s. 87.

[358] Mertens, **a.g.m.**, s. 438; Hirte, **a.g.m.**, s. 88.

[359] İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s. 82.

B. Anonim Ortaklıklar Hukukunun Yazılı Olması Gerekmeyen Kuralları

1. Yazılı, Yazılı Olmayan ve Yazılı Olması Gerekmeyen Anonim Ortaklıklar Hukuku

Anonim ortaklıklar hukuku büyük oranda yazılı kurallardan oluşur. TK'nın ikinci kitabının "*Genel Hükümler*" başlıklı birinci kısmında yer alan hükümler (TK m. 124-210), "*Anonim Şirket*" başlıklı dördüncü kısmında düzenlenen hükümler (TK m. 329-561) ve anonim ortaklıklara ilişkin diğer TK hükümleri (örn. TK m. 39/2, 43, 64, 562, 1521 vd.) dikkate alındığında, yalnızca TK'da yaklaşık üç yüz elli madde doğrudan anonim ortaklıklar bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Bunlara ek olarak özel kanunlarla (örn. SerPK, BankK, FKK) düzenlenen anonim ortaklıkların tabi olduğu kapsamlı mevzuatı da topluca "*yazılı anonim ortaklıklar hukuku*" olarak isimlendirmek mümkündür.

Bununla birlikte anonim ortaklıkların tabi olduğu yazılı olmayan kurallar da mevcuttur. Söz konusu normlar yazılı kalıplara dökülmediği halde yürürlükte sayıldığından[360], bir bütün olarak "*yazılı olmayan anonim ortaklıklar hukuku*" şeklinde anılabilir. Varlığı tereddütsüz şekilde kabul edilmekle birlikte[361], anonim ortaklıkların tabi olduğu yazısız kuralların hangi normlardan oluştuğunu sistematik şekilde incelemek mümkün değildir. Söz konusu normlara çeşitli kavramlar ve kurumlar bağlamında rastlamak mümkündür. Bu kapsamda en çarpıcı örnek, organlar arasındaki yetki paylaşımına ilişkin yazılı olmayan kurallardır. Nitekim TK m. 374, 375 ve 408 hükümlerinden hareketle, genel kurulun yalnızca Kanun'da ve esas sözleşmede öngörülmüş olan yetkilere sahip olduğu; bunun haricindeki bütün yetkilerin ise yönetim kuruluna ait olduğu öğretide çoğunlukla benimsenmesine

---

[360] Serozan, **a.g.e.**, s. 9.

[361] Alman hukukunda bkz. Kalss, Fleischer, **a.g.m.**, s. 702 dn. 125. TK m. 445 anlamında "kanuna aykırılık" kapsamına hukukun yazısız kaynaklarının da girdiği yönüde bkz. Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **GK**, s. 65; Necla Akdağ Güney, "Anonim Şirketlerde Hakların Sakınılarak Kullanılması İlkesi ve Uygulaması", **Prof. Dr. Himet Sami Türk'e Armağan**, yay. haz. Asuman Turanboy et. al., Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 48-57. Ayrıca kanun koyucu TK m. 439/2'nin gerekçesinde, özel denetim talebi kapsamında "*anonim şirketler hukukunun yazısız kurallarına aykırılığın*" da kanuna aykırılık kapsamında düşünülmesi gerektiğini belimektedir. İsviçre hukukunda genel kurul kararlarının iptali bağlamında aynı yönde bkz. Okur, **a.g.e.**, s. 81.

karşılık[362]; Alman hukukunda *Holzmüller*[363] kararı sonrasında geliştirilen "genel kurulun yazılı olmayan yetkileri doktrini" Türk hukukunda da kabul görmeye başlamıştır[364]. Anılan düşünceye göre TK m. 374/1 ve 408/1'e rağmen, genel kurulun Kanun'da ve esas sözleşmede öngörülenlerden başka yetkileri de bulunur. Bu çerçevede özellikle yönetimsel yetkileri aşan ve pay sahiplerinin menfaatlerini önemli şekilde etkileyen hususlarda yetkinin genel kurulda olması gerektiği savunulmaktadır. Meseleye yönetim kurulunun devredilmez yetkileri açısından bakıldığında ise TK m. 375'te ve diğer hükümlerde öngörülmemekle birlikte, yönetsel yetkilerin esas sözleşmeyle genel kurula devredilemeyeceği kabul edilir[365].

Bir başka örnek ise, mehaz İsviçre hukukunda öğreti ve Federal Mahkeme'ye göre, genel kurul kararlarının ve esas sözleşme hükümlerinin anonim ortaklıklar hukukunun yazılı olmayan kurallarına ve genel ilkelerine aykırı olmaması gerektiği düşüncesidir[366]. Benzer şekilde Türk hukukunda da genel kurul kararlarının iptali

---

[362] OR Art. 698 ve 716a hükümlerinden hareketle İsviçre'de de hakim görüş bu yöndedir (Dubs-Truffer, **BSK**, Art.698 N. 8b). Karş. Böckli, **a.g.e.**, §12 N. 42-44.

[363] BGH 25.02.1982 - II ZR 174/80, BGHZ 83, s. 122. Federal Mahkeme 2004 yılında verdiği *Gelatine* kararıyla, "yazılı olmayan yetkiler" doktrinini teyit ederek, bunun amaçlarını ve dogmatik temellerini açıklamıştır. Karar için bkz. BGH 26.04.2004 - II ZR 155/02, BGHZ 159, 30, s. 43.

[364] Yazılı olmayan yetkiler doktrini hakkında bilgi için bkz. Spindler, **Schmidt/Lutter AktG**, §119 Rn. 26-29. Türk hukukunda doktrinin değerlendirmesi ve bu yönde bkz. Harun Keskin, "Anonim Şirket Genel Kurulu ile Yönetim Kurulu Arasındaki İlişkinin Tarihsel Süreçte Geçirdiği Değişim ve Organların Yetkilerine Genel Bir Bakış", **BATİDER**, C: XXXIV, No: 3, 2018, s. 260-270; Kaşak, **Yetki**, s. 259-264. Söz konusu doktrini açıkça telaffuz etmemekle birlikte, hakimiyet sözleşmelerinin geçerli olarak kurulabilmesi için hem bağlı hem de hakim şirketin genel kurulu tarafından onaylanması gerektiği yönünde bkz. Veliye Yanlı, Hakimiyet Sözleşmeleri (Dominion Agreements), **REGESTA**, C: III, No: 1, 2013, s. 11-15. Belirtilmelidir ki TK'da düzenlenmeyen bu yetkiye, TSYön m. 106/2'de ve GK Yön m. 30/1'de yer verilmiştir. İsviçre hukukunda *Holzmüller*' içtihadına veya "yazılı olmayan yetkileri doktrini"ne atıf yapmaksızın yönetsel yetkilerin sınırını açıkça aşan önemli kararların genel kurulun onayına tabi olması gerektiği yönünde bkz. Böckli, **a.g.e.**, s. §12 N. 43; Lombardini, **a.g.e.**, Art. 626 N. 7. *Böckli*'nin, ilişkili taraf işlemlerinin de genel kurul onayına sunulması gerektiği yönündeki görüşü, *Dubs* ve *Truffer* tarafından da desteklenmektedir (Dubs, Truffer, **BSK**, Art.698 N. 8d). Ayrıca Federal Mahkeme, şirketin organ yokluğunda, kilitlenme halinde, ilişkili taraf işlemlerinde ve menfaat çatışmalarında bazı yönetsel yetkilerin genel kurula kaymasına izin vermektedir (kararlar için bkz. **a.y.**)

[365] Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 12-28b. Yazar "*şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan iş ve işlemler hakkında alınması gerekli kararar*" şeklinde formüle ettiği kurala dayanarak, TK'da öngörülmeyen fakat yönetime ilişkin olan bazı yetkilerin esas sözleşmeyle genel kurula bırakılamayacağını ifade etmektedir. Benzer yönde bkz. Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **AŞ**, s. 534-546.

[366] Kanunda düzenlenmemesine rağmen eşit işlem ilkesine aykırı genel kurul kararının OR Art. 706/1 uyarınca iptali yönünde bkz. BGE 102 II 265. Genel kurul kararlarının iptalinde yazılı olmayan ilkelere dayanılabileceği yönünde bkz. BGE 95 II 157, s. 162: "*Federal Mahkeme'nin içtihadı*

bağlamında, ortaklıklar hukukunun yazılı olmayan kurallarının ihlalinin, TK m. 445 anlamında kanuna aykırılık teşkil ettiği kabul edilmektedir[367]. Buradan hareketle, tıpkı BK m. 27 kapsamında "kamu düzeni" kavramının yazılı hukuk kurallarını aşması gibi, esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarını belirlerken anonim ortaklıklar hukukunun yazılı olmayan kurallarına dikkat etmek gerektiği söylenebilir.

Anonim ortaklıkların tabi olduğu yazılı kuralların bir kısmı ise Kanun'da düzenlenmese dahi pozitif hukukun parçası olarak kabul edilir. Bu tür normlar, yazılı olmayan kurallarla birlikte ele alındığında, karşımıza "*anonim ortaklıklar hukukunun yazılı olması gerekmeyen kuralları*" çıkar. Söz konusu normlara yasal dayanak sağlayan kanun hükümleri, ilgili norm bakımından genellikle açıklayıcı etkiye sahip olmaktadır. Örneğin TK m. 357'de ve rüçhan hakkı bağlamında SerPK m. 18/5'te düzenlenen "eşit işlem ilkesi", kanuna aktarılmadan önce de anonim ortaklıklar hukukunda öğreti ve Yargıtay tarafından tartışmasız şekilde kabul görmekteydi[368]. TK'da bu hususta açık bir düzenlemenin yapılması, ilkeyi teyit etmiş ve kanuni dayanağa kavuşturmuştur.

Öte yandan kanunun yazılı olmayan kurallara dayanak sağlayan hükümleri, kimi zaman mevcut bir ilkeyi açıklamanın veya teyit etmenin ötesine geçmektedir. Bunlar arasında "*Emredici hükümler*" kenar başlıklı TK m. 340'ın, hukukumuzda daha önce mevcut olmayan bir ilkeyi doğrudan Devlet eliyle ihdas ettiği "Üçüncü Bölüm, A, 2, a" başlığı altında açıklanmıştı. Kimi hükümler ise mevcut bir ilkenin

---

uyarınca, genel kurul kararı yalnızca açık kanun hükmünü ihlal ettiğinde değil, anonim ortaklıklar hukukunun yazılı olmayan genel bir ilkesini ihlal ettiğinde de 'kanuna' aykırı sayılır". Almanca aslı: "*Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes verstösst ein Generalversammlungsbeschluss nicht nur dann gegen das Gesetz, wenn er eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift verletzt, sondern auch dann, wenn er einem allgemeinen ungeschriebenen Grundsatz des Aktienrechts zuwiderläuft.*" Aynı yönde bkz. BGE 100 II 386, s. 387; BGE 117 II 290, s. 308 [anılan kararların metni için bkz. (Çevrimiçi) www.bger.ch, 20.08.2020]. Öğretide bu yönde bkz. Okur, **a.g.e.**, s. 81; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, s. 250; Lombardini, **a.g.e.**, Art. 626 N. 7. *Lombardini*, şirketin günlük yönetsel işlerine dair hususların esas sözleşme hükmüyle genel kurula devredilmesini bu kapsamda örnek olarak göstermektedir. Alman hukukunda AktG §243/1 bağlamında aynı yönde bkz. Koch, (Hüffer), **a.g.e.**, §243 Rn. 5.

[367] Arslanlı, **AŞ II-III**, s. 79; Moroğlu, **GK**, s. 228; Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **GK**, s. 65.

[368] Arslanlı, **AŞ I**, s. 263; İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s. 86; Domaniç, **a.g.e.**, s. 1118; Ansay, **a.g.e.**, s. 263; Tekil, **a.g.e.**, s. 66-69; N. Füsun Nomer, "Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi", **Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1998, s. 471-476; Yıldız, **a.g.e.**, s. 55-56; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **a.g.e.**, 2010, N. 887. Sermaye borcunun ödenmesi bağlamında bkz. Yarg. 11. HD., T. 28.12.1984, E. 1984/6507, K. 1984/6608. Limited ortaklıkta sermaye artırımı bağlamında bkz. Yarg. 11. HD., E. 2008/8424 K. 2010/3843 T. 06.04.2010 [kararların metni için bkz. (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 20.08.2020].

kapsamını genişleten veya daraltan bir işlev görebilmektedir. Örneğin anonim ortaklıkta "payların serbestçe devredilebilmesi ilkesi", eTK döneminde de benimsenen ve kanunda düzenlenen (eTK m. 416/1) bir ilkeydi. Ancak TK m. 490 söz konusu ilkeyi teyit etmekle beraber, ilkenin kapsamı, başta TK m. 493/7 olmak üzere, TK m. 490-499 hükümleri aracılığıyla genişletilmiştir. Benzer şekilde "tek borç ilkesi"ni düzenleyen eTK m. 405'teki "*ödemeye*" ibaresi nedeniyle hükmün kapsamı hakkında öğretideki tartışma, TK m. 480/1'de "*borç*" kavramının tercih edilmesiyle ilkenin geniş yorumlanması lehine sona erdirilmiştir[369]. Aksi yöndeki bir örnek ise "*D) Temel ilkeler*" altında "*Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı*" kenar başlığını taşıyan TK m. 358 hükmünün, henüz yürürlüğe girme fırsatı bulamadan 6335 sayılı Kanun ile budanmış olmasıdır[370].

Anonim ortaklıklar hukukunun ilkelerinin kanunda düzenlenmesinin bir başka sonucu ise söz konusu ilkelere aykırılığın "kanuna aykırılık" hüviyetine bürünmesidir. İlgili hükümde özel bir yaptırıma yer verilmesi halinde ise bu durum yalnızca ihlalin türünü değil, doğrudan yaptırımın türünü de belirlemektedir. Örneğin, TK m. 391 ve 447 çerçevesinde sermayenin korunması ilkesini ihlal eden organ kararlarının batıl sayılacağı açıkça öngörülmüştür.

2. Anonim Ortaklıklar Hukukunun İlkeleri[371]

Yazılı olması gerekmeyen normların çoğunu "anonim ortaklıklar hukukunun ilkeleri" oluşturmaktadır. Söz konusu ilkeler, bizzat normatif karaktere sahip olması itibarıyla, diğer normların yorumlanmasında ve kanun boşluklarının doldurulmasında

---

[369] eTK döneminde ilkenin yorumu hakkındaki tartışma için bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 28-30. TK m. 480'in gerekçesinde de, "*ödeme*" yerine "*borç*" ibaresinin tercih edilmesinin sebebi, ilkenin kapsamı hakkındaki tartışmaya son vermek şeklinde açıklanmaktadır.

[370] Esasında eTK döneminde böyle bir kuralın kabul edilmemiş olması ve TK m. 358'in kapsamının henüz yürürlüğe girmeden önce daraltılmış olması sebebiyle, mevcut bir ilkenin kapsamının kanun eliyle sınırlandırıldığını söylemek tam olarak isabetli olmayabilir. Kanımca TK m. 358'i de TK m. 340 gibi, kanun koyucu tarafından yaratılan bir ilke olarak değerlendirmek gerekir. Hatta söz konusu yasağın gerçekten anonim ortaklıklar hukuka hakim bir "ilke" teşkil edip etmediği, TK'nın buna "*Temel ilkeler*" başlığı altında yer vermesi haricinde, sorgulanmaya muhtaçtır. "İlke" niteliğini tartışmaksızın, yasağa "temel ilkeler" arasında yer verilmesinin, kanun koyucunun bu kurala atfettiği önemi vurguladığı yönünde bkz. Toraman Çolgar, **a.g.e.**, s. 115.

[371] Bu çalışmada anonim ortaklıkların tabi olduğu ilkelerin "temel", "genel" gibi sıfatlarla anılmamasının yegâne gerekçesi söz konusu vasıfların "ilke" kavramında içkin olmasıdır.

işlev görür. Ancak bu ilkelerin tespiti ve tasnifi hususunda öğretinin yeknesak bir görüntü vermediği söylenebilir.

Nitekim "*anonim ortaklıklara hakim (egemen) ilkeler*" veya "*anonim ortaklıklar hukukunun temel ilkeleri*" kavramları altında incelenen hususlar farklılık göstermektedir. Örneğin, bazı yazarlar[372] "*anonim ortaklıklara hakim ilkeler*"i, TK'da düzenlenen "*temel ilkeler"*den ayrı olarak ele alınmakta ve "*devletin ilgilenmesi*" ile "*yabancı malvarlığını yönetme*" olgularını hakim ilkeler arasına dâhil etmekte; bazı yazarlar ise ilkelere "*anonim ortaklıkların kendine özgü özellikleri*"[373] veya "*anonim ortaklığın unsurları*"[374] kapsamında yer vermektedir. Daha önemlisi "ilke" olarak isimlendirilen bazı kavramların, esasında ilke niteliğinde olmadığı; zira normatif bir yönü bulunmayıp, yalnızca betimsel amaçlarla kullanıldığı görülmektedir.

Anonim ortaklıklar hukukunun ilkelerine ilişkin öğretideki bu karmaşıklıkta kanun koyucunun da payı olduğu söylenebilir. Nitekim kanun koyucu, TK'nın 357. ve 358. maddelerini "*D) Temel İlkeler*" başlığı altında düzenlemiştir. Ancak yukarıdaki açıklamlar ışığında, anonim ortaklıklar hukukunun ilkelerinin, TK'da "*Temel ilkeler*" başlığı altında düzenlenen eşit işlem ilkesi ve pay sahibinin borçlanma yasağından ibaret olmadığı görülmektedir. Bir kere kanun koyucunun TK'da temel ilkeler için ayrı başlık açarak burada iki adet kurala yer vermesi başlı başına eleştiriye açıktır. Zira bu tutumun, anonim ortaklıklar hukukunun yazılı olmayan kurallarını statik hale getirme tehlikesi olduğu gibi, kanunda öngörülmeyen ilkelerin geçerliliği yönünden soru işaretleri yaratmaktadır. Nitekim bu durum anonim ortaklıklar hukukunun ilkelerinin eşit işlem ve pay sahibinin borçlanma yasağından ibaret olduğu izlenimini yaratmaktadır[375]. Oysa anılan kurallara ek olarak, sınırlı sorumluluk, tek borç, çoğunluk, oransallık, emredici hükümler, devamlılık, sermayenin korunması, kamuyu aydınlatma, kurumsal yönetim, dürüst

[372] Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 464a-471b ve 512a-512h; Altay, **a.g.e.**, s. 169.

[373] Şehirali Çelik, (Kırca, Manavgat), **AŞ**, s. 88-218.

[374] Arslanlı, **AŞ I**, s. 15-21; İmregün, **AO**, s. 28.

[375] Paslı, **Tanıtım I**, s. 158.

resim, payların serbestçe devredilebilirliği, devletin ilgilenmesi ve bağımsız denetim de anonim ortaklığa hâkim ilkeler arasında sayılmaktadır.

Anonim ortaklıklar hukukunun ilkelerine ilişkin ileri sürülen çeşitli tasniflere ayrı ayrı yer vererek, aralarındaki uyuşmazlıkları ortaya koymanın bu çalışma bakımından bir faydası bulunmamaktadır. Ancak zikredilen kural ve kavramlardan hangilerinin "anonim ortaklıklar hukukunun ilkeleri" olduğunun tespit edilmesi önemlidir.

Öğretide "*hakim/temel ilke*" olarak nitelenen kavramların incelenmesinde ilk olarak "yabancı malvarlığını yönetme ilkesi"ne değinilmelidir. Söz konusu "ilke"nin esasında anonim ortaklıklar hukukunun bir ilkesi olmayıp, ortaklık bünyesinde uzmanlık ve iş bölümünden faydalanılmasını vurgulayan betimsel bir anlatıdan ibaret olduğu belirtilmelidir. Nitekim ekonomik açıdan bakıldığında anonim ortaklık; müşterek ticari faaliyet çerçevesinde bir araya gelen kişilerin uzmanlığından ve iş bölümünden faydalanmayı mümkün kılan bir organizasyon olarak görülmektedir[376]. Zira şirketin faaliyet alanında bilgili ve yetenekli olan yöneticiler ile tahsis ettikleri sermayenin riskini üstlenebilen pay sahipleri arasındaki iş bölümü sayesinde fayda sağlanabilmektedir. Böylelikle yeterli maddi birikimden veya risk iştahından yoksun olan profesyonel yöneticiler, bilgilerini ve yönetim kabiliyetlerini şirkete getirirken; söz konusu uzmanlıktan yoksun olan pay sahipleri ise malvarlıklarını getirmektedir. Ancak öğretide ileri sürüldüğünün[377] aksine, "yabancı malvarlığını yönetme ilkesi" normatif bir içerikten ve işlevden yoksundur. Bu anlatının anonim ortaklığın, sermaye koymuş kişiler tarafından değil, teknik bilgi sahibi olan bir kadro tarafından yönetilmesi düşüncesine dayandığına şüphe yoktur. Ancak yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmasında sakınca bulunmadığı gibi, esas sözleşmede pay sahibi olma, hatta belirli oranda paya sahip olma zorunluluğu dahi öngörülebilir. Yönetim kurulunun yalnızca pay sahiplerinden oluşması mümkün olduğuna göre, söz konusu ilkenin çizdiği resmin tamamen dışına çıkılması pekâlâ mümkündür. Üstelik kanun hükümlerinin yorumlanmasında da söz konusu "ilke" devreye girmemektedir.

[376] Bkz. Birinci Bölüm, II, B, 4, b, (3) başlığı altındaki açıklamalar.

[377] Anonim ortaklıklara hakim ilkeler arasında "*yönetim kurulunun kendisine yabancı bir malvarlığını yönetmesi ilkesi*"ne yer veren Tekil, **a.g.e.,** s. 58-59; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I,** N. 468; Pulaşlı, **Şerh I**, §29 N. 17-19.

Kendine ait olmayan malvarlığını yöneten kişilerin özen yükümlülüğü ve sorumluluğu Kanun'da açıkça düzenlendiği gibi, halka açık anonim ortaklıklar bakımından bağımsız ve profesyonel yöneticilerin mevcudiyeti ise Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde aranmaktadır.

Benzer şekilde "bağımsız denetim ilkesi" (dışarıdan denetleme ilkesi) de, esasında Türk anonim ortaklıklar hukukunun küresel gelişmeleri takip ederek benimsediği bir sistemi açıklamaktadır. Bununla birlikte söz konusu kavrama anonim ortaklıklar hukukunun ilkeleri arasında yer verilmesi kanımca isabetli değildir. Zira finansal raporlamaya ve bağımsız denetime ilişkin kurallar ayrıntılı şekilde TK'da ve ilgili mevzuatta düzenlenmektedir. Ayrıca söz konusu hükümler, mevcut bir ilkeyi kanuna aktaran kalıplar olmayıp, bizatihi bu hükümlerin bütünü dikkate alınarak "*uluslararası finansal raporlama ve bağımsız denetim ilkesi*"[378]nden söz etmek mümkün olabilmektedir. Ancak bunun başlı başına normatif bir işlevi olmadığı gibi, kanunda ve ikincil mevzuatta yer alan hükümlerin yorumlanmasında da bir rolü yoktur. Normatif içerikten yoksun olan "bağımsız denetim ilkesi"nin, ilgili yazılı kurallar bütününün ortaya koyduğu sistemi tespit ve tasvir ettiği söylenebilir[379].

Bağımsız denetim ilkesine dair yukarıdaki tespitleri, aynı şekilde "devletin ilgilenmesi ilkesi"[380] bakımından da paylaşmak mümkündür.

Öğretide hakim ilkeler arasında yer verilen "devamlılık ilkesi" ise anonim ortaklığa değil, tüzel kişiye özgü bir karakterdir. Bununla kastedilen tüzel kişilik ve pay sahipleri arasındaki bağımsızlık ve ayrılık ilkesidir (*Trennungsprinzip*). Bu ilkeyle, ortaklığın kaderinin kendisini oluşturan kişilerinkinden ayrı olması ifade edilmektedir. Söz konusu ilkenin uzantılarını pek çok düzenlemede görmek mümkün olmakla beraber, eTK döneminde devamlılık ilkesi nedeniyle anonim ortaklığın haklı

---

[378] Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 469

[379] Bu yönde açıklamalarla birlikte "hakim ilkeler" arasında yer veren Tekil, **a.g.e.**, s. 63-66; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 469; Pulaşlı, **Şerh I**, s. §29 N. 16.

[380] Bkz. hakim ilkeler arasında ifade eden Pulaşlı, **Şerh I**, §29 N. 10; Tekil, **a.g.e.**, s. 52-58; Poroy, (Tekinalp, Çamoğlu), **2010**, N. 470. Yazarlar, eserin 13. basısından itibaren söz konusu ilkeye yer vermemişlerdir. Bunun yerine aynı paragrafta yer almak üzere, *Tekinalp* tarafından "emredici hükümler ilkesi" açıklanmıştır.

sebeple feshinin mümkün olmadığının dile getirilmesi ilgi çekicidir[381]. Öte yandan haklı sebeple fesih davasının TK m. 531'de düzenlenmesiyle birlikte "devamlılık ilkesinin" anonim ortaklıklar yönünden zayıfladığı ileri sürülemez. Zira kanun koyucu söz konusu davanın koşullarını ve yaptırımlarını düzenlerken devamlılık ilkesinin ticari işletme ve şirketler yönünden görünümünü teşkil eden "kurulu tezgahı bozmama" (şirketi ayakta tutma) ilkesini gözeterek tasarlamıştır. Bunun en önemli ve somut görünümü ise mahkemenin davayı kabul etmesi halinde fesih çözümünü son çare (*ultima ratio*) olarak kabul ederek, öncelikle alternatif çözüm yollarını benimsemesi gerekliliğidir[382].

Yukarıda açıklananlardan farklı olarak "eşit işlem ilkesi" (TK m. 357), "tek borç ilkesi"[383] (TK m. 480/1), "sınırlı sorumluluk ilkesi" (TK m. 329), "payların serbestçe devredilebilirliği ilkesi" (TK m. 490/1), "sermayenin korunması ilkesi"[384],

---

[381] Tekil, **a.g.e.**, s. 50-51.

[382] Feshin son çare niteliği hakkında birçoğu yerine bkz. Şahin, **a.g.e.**, s. 324-337. Yargıtay'ın, alternatif çözümlerin mümkün olması halinde feshe karar verilemeyeceği yönündeki içtihadı için bkz. Yarg. 11. HD, 02.06.2014, E. 2014/3669, K. 2014/10238; 11. HD., T. 03.03.2016, E. 2015/9088, K. 2016/2352.

[383] İlkenin tarihi gelişimi, kapsamı ve esas sözleşme özgürlüğü üzerindeki etkileri hakkında bilgi için bkz. Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 15-42. Tek borç ilkesinin kapsamına giren edimlerin türüne dair tartışmanın, TK m. 480/1'de tercih edilen "borç" kavramı vasıtasıyla, ilkenin geniş yorumu lehine çözümlendiği yukarıda açıklanmıştı. İlkenin kapsamına dair bir başka tartışma ise kuralın pay sahiplerinin kendi aralarındaki ilişkilerde geçerli olup olmadığı hakkındadır. Nitekim "*Pay Bedelini İfa Borcu ve İfa Etmemenin Sonuçları*" başlığı altında yer alan TK m. 480/1'in, pay sahiplerinin yalnızca ortaklığa karşı borçlarını düzenleyen bir kural olmasından hareketle, hükmün pay sahipleri arasındaki ilişkilerde uygulama alanı bulmayacağı ileri sürülmektedir (Yüksel, **Paysahipleri**, s. 14; İsmail Türkyılmaz, **Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 33-34; Umut Kolcuoğlu, **Sermaye Piyasası Hukukunda Zorunlu Çağrı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 19). Ancak öğretideki hakim görüşün bunun aksi yönünde olduğu, yani tek borç ilkesinin paya bağlı her türlü borç bakımından geçerli olduğu görülmektdir (İmregün, **AO**, s. 283, 434-435; Okutan Nilsson, **a.g.e.**, s. 30, 37; Tekinalp, **Ortaklıklar**, N. 9-137f; Mustafa Çeker, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkma Hakkı (Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Münasebetiyle)", **BATİDER**, C: XXIII, No: 1, 2005, s. 64; İlhan Dinç, **Sermaye Piyasası Hukukunda Çağrı Yoluyla Hisse Senedi Toplanması**, İstanbul, Legal Yayınevi, 2006, s. 235-236; Pulaşlı, **Şerh II**, § 46 N. 4-7). Kanımca TK m. 480/1'in sistematik yorumuyla yetinilmemesi ve esas sözleşmeyle pay sahibine sermaye taahhüdü haricinde, ister şirkete ister başka bir kişiye karşı, -kanundaki istisnalar dışında- paya bağlı borç yükletilememesi gerekir. Anonim ortaklık payların serbestçe devredilebilmesinin en önemli koşullarından birisi de budur.

[384] TK m. 391/1-(b)'de anılan "sermayenin korunması ilkesi"ne verilen en geniş anlam dikkat alındığında, ortaklık malvarlığını koruyan hükümler arasında TK m. 332, 335, 342, 343, 344, 347, 349, 358, 376, 377, 379-388, 397/2, 447, 456/1, 457, 473-476, 480/3, 484/2, 491, 501, 509, 511, 512, 513, 519, 520, 548/1, 549-559 sayılabilir.

"emredici hükümler ilkesi" (TK m. 340), "çoğunluk ilkesi"[385], "oransallık ilkesi" (TK m. 434, 507-508), ve "kamuyu aydınlatma ilkesi"nin normatif içeriğe sahip olduğu; dolayısıyla anonim ortaklıklar hukukuna yön veren ilkeler olduğu söylenebilir. Söz konusu ilkelerin her biri ayrı monografik incelemeye konu olabileceğinden ötürü, bu çalışmada ayrı ayrı ilkelere dair yüzeysel açıklamalara yer vermenin faydası yoktur. Bununla birlikte ilkelerin esas sözleşme özgürlüğüne etkileri hakkında genel tespitleri paylaşmak gerekir.

Öncelikle anılan ilkelerin, pay sahiplerinin ortaklığı şekillendirme özgürlüğü üzerindeki sınırlayıcı etkisi farklı bağlamlarda ve yoğunlukta gözlenebilmektedir. Ancak pay sahiplerinin şirket alacaklılarına karşı sorumluluğunun sınırlarını esas sözleşmeyle genişletmek veya daraltmak mümkün olmadığından "sınırlı sorumluluk ilkesi"ni bunların dışında tutmak mümkündür. Esas sözleşmede öngörülen düzenlemelerin tipik olarak karşılaştığı ilkelerin tek borç, payların serbestçe devredilebilirliği ve sermayenin korunması ilkeleri olduğu söylenebilir. Bu durumu esas sözleşmesel düzenlemelerin geçerliliğine ilişkin akademik çalışmaların ve yargı kararlarının yoğunlaştığı meselelerin tespiti sayesinde teyit etmek mümkündür.

Bu noktada Kanun'da "ilke" olarak anılan bazı normların, yazılı olması gerekmeyen kural niteliğinde olup olmadığının da tespit edilmesine fayda vardır. Nitekim bunlar arasında bazı kuralların Kanun'da düzenlenmemesi halinde yürürlükte olduğu kabul edilemez. Örneğin, bilanço kalemlerine ilişkin ilkelerin düzenlendiği TK m. 72-77 ve değerleme ilkelerine dair TK m. 78-81'de yer alan muhasebesel kurallar bu kapsamda düşünülebilir. Keza TK m. 361 ve 1529'da zikredilen kurumsal yönetim ilkelerinin de kendi içinde ikiye ayrılarak ele alınması

[385] Anonim ortaklık bünyesinde irade oluşumlarının tamamı karar niteliğindeki hukuki işlemler vasıtasıyla gerçekleşir. Kararların geçerli olarak alınabilmesi için Kanun'un öngördüğü toplantı ve karar nisaplarının neredeyse tamamı oybirliğini değil, oy çokluğunu esas alır. Bkz. örn. TK m. 390, 418, 421, 454. Bu nedenle çoğunluk ilkesi ilk bakışta ortaklık organ ve kurullarında geçerli olan çoğunluk kuralını içerir. Ancak bu ilkenin kapsamı, ortaklık içinde çoğunluğun egemenliğini teyit etmekten ibaret değildir. Tam aksine çoğunluğu denge ve fren mekanizmalarıyla terbiye eden kural ve kurumları da içinde barındıran geniş bir ilkedir. Bu nedenle ağırlaştırılmış nisapları, bireysel ve azınlık pay sahipliği haklarını, vazgeçilmez ve müktesep hakların ve imtiyazların korunması sistemini; ayrıca "hakların sakınılarak kullanılması ilkesini" de "çoğunluk ilkesinin" parçası ve tamamlayıcı olarak düşünmek gerekir (Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, **a.g.e.**, §39 N. 103-104). Hakların sakınılarak kullanılması ilkesi hakkında bkz. Ünal Tekinalp, "Hakların En Az Zarar Verecek Şekilde Kullanılması İlkesi (I)", **İktisat ve Maliye Dergisi**, C: XXVI, No: 2, 1979, s. 78-80; Tekinalp, (Poroy, Çamoğlu), **2019/I**, N. 894-897; Akdağ Güney, **a.g.m.**, s. 45-68.

halinde aynı sonuca varılmaktadır. Bu bağlamda halka açık anonim ortaklıkların uygulamak zorunda oldukları ilkeler ile "uygula, uygulamıyorsan açıkla" esasına tabi olanlar arasında fark gözetmek gerekir. II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği m. 5-6 çerçevesinde birinci gruba giren ilkeler, Tebliğ'in anılan maddeleri sebebiyle bağlayıcıdır. İkinci gruba girenler ise yazılı olmalarına rağmen bağlayıcı nitelikten yoksundur. Dolayısıyla kurumsal yönetim ilkeleri, (halka açık) anonim ortaklıklar hukukunun yazılı olması gerekmeyen kuralları içinde görülmemektedir[386].

TK'nın muhtelif maddelerinde zikredilen ve esasında kurumsal yönetim ilkeleri kapsamında kalan "hesap verme ilkesi" (TTK 199, 200, 343, 420/2, 437/2, 457/1, 473/1), "kamuyu aydınlatma ilkesi" (TK m. 460), "dürüst resim ilkesi" (TK m. 398, 515) ve "şeffaflık ilkesi" (TK m. 379/5) için ise aynı tespiti paylaşmak isabetli olmayabilir. Zira anılan kuralların bir kısmını MK m. 2 çerçevesinde dürüstlük kuralının anonim ortaklıklar hukukundaki yansıması veya TK m. 369 uyarınca şirkete karşı özen yükümlülüğünün bir parçası olarak görmek mümkündür. Örneğin, düzenlenmesi gereken raporların hesap verme, dürüst resim veya şeffaflık ilkelerine aykırı olması halinde anılan normların da ihlal edilmiş sayılması muhtemeldir. Dolayısıyla söz konusu ilkeler ile Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin, örneğin, bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin kuralların (m. 4.3.) bir tutulmaması gerekir.

[386] Genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü bağlamında bu yönde bkz. Kırca, (Şehirali Çelik, Manavgat), **GK**, s. 66.

SONUÇ

1. Çalışmanın birinci bölümü, araştırma konusunun kuramsal temellerine; ikinci ve üçüncü bölümleri ise dogmatik hukuk çerçevesinde geliştirilen çözümlere ve hukuk politikası önerilerine ayrılmıştır. Birinci bölümün başlangıcında irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü hakkında kavramsal açıklamalar yapılmıştır. Özel hukukun en temel prensibi olarak kabul edilen irade özerkliğinin, sözleşmeler ve diğer hukuki işlemler bağlamında "sözleşme özgürlüğü" ve "hukuki işlem özgürlüğü" kimliğine büründüğü; *inter alia*, şirket kurma, tip seçme ve -şirket sözleşmesi aracılığıyla- şirketin tabi olacağı kuralları belirleme özgürlüklerini içerdiği tespit edilmiştir. Tarihsel gelişim ve düşünsel arka plan ışığında sözleşme özgürlüğü ilkesinin özel hukuktaki merkezî önemi açıklanmıştır.

2. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin hukuk politikası açısından konumunu belirlemek amacıyla, iktisadi işlevleri ve ahlaki temelleri irdelenmiştir. Böylece esas sözleşme özgürlüğünün önemine dair yapılacak değerlendirmelere zemin oluşturulmuştur. İlkenin, bireylerin özgürlük alanının korunmasındaki, sosyal refahın sağlanmasındaki ve ekonomik sistemin işleyişindeki rolü açıklanmıştır. Bu çerçevede klasik iktisat uyarınca, bireysel ve sosyal refahın temini için yalnızca sözleşme serbestisinin sağlanması yeterli görülmektedir. Klasik iktisadın dayandığı varsayımları ve modelleri geliştiren neoklasik iktisat ise sözleşme özgürlüğünün işlevlerini, tahsis etkinliği ve üretim verimliliği çerçevesinde açıklar. Diğer yandan özgürce akdedilmiş her sözleşmenin, aynı zamanda adil bir sözleşme olduğunun kabulü de sözleşme özgürlüğünü ahlaki bir temele oturtmaktadır.

3. Bütünsel bir yaklaşımın geliştirilmesi amacıyla, sözleşme özgürlüğü ilkesi anayasal ekonomik düzen tahtında ele alınmış ve ilkenin normatif dayanakları açıklanmıştır. Nitekim anonim ortaklıkların tabi olduğu kuralların, anayasal prensipler çerçevesinde oluşturulması ve yorumlanması gerekir. Bu kapsamda irade özerkliği ilkesinin, hem bireysel temel hak ve özgürlüklerin korunması hem de anayasal ekonomik düzenin işleyişi açısından çifte fonksiyon icra ettiği ortaya koyulmuştur. AY m. 48'de öngörülen sözleşme ve girişim özgürlüklerinin yanında, BK m. 12, 17 ve 26 hükümleri, sözleşme özgürlüğünün normatif dayanaklarını oluşturur; kişiliğin geliştirilmesi hakkı (AY m. 17) ve devletin söz konusu hakka

yönelik ödevleri (AY m. 5) de sözleşme özgürlüğünü dolaylı olarak korumaktadır. Bu kısımdaki bulgulardan hareketle, üçüncü bölümde emredici hükümler ilkesinin (TK m. 340) anayasa odaklı yorum ışığında ele alınması mümkün olmuştur.

4. Çalışmanın, esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarına odaklanması nedeniyle, bu bölümde ayrıca, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının iktisadi ve ahlaki gerekçeleri ele alınmıştır. Eşitlik varsayımının gerçeği yansıtmamasının yol açtığı sorunlar üzerine, sözleşme özgürlüğüne bırakılan alan, özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren gitgide daralmıştır. Teorik olarak ekonomik koordinasyonun, tam rekabetçi piyasada sözleşmeler vasıtasıyla kendiliğinden sağlanabilmesine karşılık, bu model gerçeklikle örtüşmediğinden hukuk düzeninin piyasa aksaklıklarına müdahale etmesi gerekir. Buradan hareketle, bireysel özgürlüğün, toplumsal menfaatin ve sözleşme adaletinin sağlanması bakımından sözleşme serbestisinin yalnızca bir başlangıç noktası teşkil edebileceği savunulmuştur. Ancak emredici düzenlemelerin piyasa aksaklıklarını giderme amacıyla sınırlı olarak öngörülmesi gerektiğine; aksi halde, sözleşme özgürlüğünün içinin boşaltılacağına ve hukukun gelişiminin engelleneceğine dikkat çekilmiştir.

5. Özel hukukta sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması kapsamında ayrıca, sosyal koruma normlarının ve kamusal menfaatleri koruyan diğer emredici hükümlerin anayasal ve yasal dayanakları açıklanmıştır. Başta sosyal devlet ilkesi (AY m. 2) ve eşitlik ilkesi (AY m. 10) olmak üzere, sözleşme ve girişim özgürlüklerini düzenleyen AY m. 48'de belirtilen "*milli ekonominin gerekleri*" ve "*sosyal amaçlar*" ile AY m. 167'de devlete yüklenen "*para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini*" sağlama görevi, anılan özgürlükleri anayasal düzeyde sınırlandırmaktadır. Sözleşme özgürlüğünü sınırlayan anayasa altı normların başında ise BK m. 27 gelmektir.

Sözleşme serbestisini sınırlandırma yönündeki eğilimin en keskin biçimde gözlemlendiği alanlardan biri de anonim ortaklıklar hukukunda esas sözleşme özgürlüğüdür. Kuruluş esas sözleşmesi ve esas sözleşme tadiline dair esasları belirleyen hükümlerin yanında, tek borç ilkesine, pay devir serbestisine, pay sahiplerinin vazgeçilmez haklarına ve emredici hükümler ilkesine işaret edilmiştir. Emredici hükümler ilkesinin, hâlihazırda sosyal konumu gereği özel korumaya tabi

kılınmış olan kiracının, kefilin, tüketicinin, sigortalının ve işçinin yanına, anonim ortaklık pay sahibini de eklediği henüz çalışmanın ilk bölümünde ileri sürülmüştür.

6. Özel hukukta sözleşme özgürlüğünün tarihsel değişimi ve bu hususstaki güncel eğilimler araştırılmış olup, esas sözleşme serbestisinin sınırlandırılmasına dair öngörülere ışık tutacak bulgulara ulaşılmıştır. Sözleşme özgürlüğünün tarihsel süreçte doğrusal bir çizgiyi takip etmeyip, döngüsel bir hareket içinde olduğu söylenebilir. Nitekim 18. ve 19. yüzyıllarda altın çağını yaşayan ilkenin, 20. yüzyılın ilk yarısında önemli ölçüde zemin kaybettiği; 1980'lerden itibaren ekonomik faaliyetleri düzenleyen kuralların gevşetilmesine karşılık, 2000'lerden sonra emredici düzenlemelerin tekrar yoğun bir şekilde tercih edildiği görülmektedir. 2008 yılındaki küresel finans krizinden sonra, devletin ekonomiye müdahalesi ve emredici hükümlerin yaygınlaşması yönündeki güncel eğilimin, 2020'ye damgasını vuran pandemi sebebiyle yakın tarihte daha da güçleneceği öngörülmektedir.

7. Birinci bölümün devamı tarihsel, teorik ve ekonomik açıdan ortaklıklar hukukunda sözleşme özgürlüğüne tahsis edilmiştir. Öncelikle esas sözleşme özgürlüğünün Avrupa ve Türk hukukundaki tarihsel seyri, anonim ortaklıkların tabi olduğu kuruluş sistemleri ekseninde incelenmiştir. Sözleşme özgürlüğünün döngüsel hareketine benzer bir örüntü, esas sözleşme özgürlüğünün gelişiminde de gözlemlenmiştir. Bu çerçevede emredici hükümler ilkesinin kabulü, özel hukukta sözleşme özgürlüğünün daraltılması yönündeki güncel eğilimin şirketler hukukuna yansımasının kaçınılmaz olduğunu teyit etmiştir. Ayrıca anonim ortaklıkların Türk hukukunda tabi olduğu güncel kuruluş sistemi açıklanırken, TK m. 333'ün son cümlesi ve TK m. 210/2 hükmünün yarattığı çelişkilere dikkat çekilmiştir

8. Birinci bölümün son kısmı, ortaklık teorileri çerçevesinde esas sözleşme özgürlüğünün ekonomik analizine ayrılmıştır. Ortaklık ve ortaklıklar hukuku teorilerinin düşünsel ve işlevsel değeri pek çok örnek üzerinden açıklanmıştır. Bunu takiben, esas sözleşme özgürlüğü sorununun, ortaklık teorilerinin normatif gücünün somutlaştığı başlıca alanlardan biri olduğu vurgulanmıştır. Dogmatik ve iktisat temelli ortaklık teorilerine geniş bir perspektiften bakılarak, öğretideki kuram bolluğuna dikkat çekilmiş ve incelemenin iktisadi teoriler ekseninde yapılmasının gerekçeleri aktarılmıştır. Son olarak ekonomik analiz yönteminin ortaklıklar hukuku

bakımından işlevleri açıklanmış; ancak ekonomik yaklaşımın indirgeyici yönüne bağlı olarak, ulaşılan bulguların hukuki denetiminin gerekliliğinin altı çizilmiştir.

Kapsamlı olarak incelenen iktisat temelli ortaklık teorileri, özgün bir sistematik içinde aktarılmış ve her birinin esas sözleşme özgürlüğüne yansımaları değerlendirilmiştir. Ortaklık içi ilişkileri sözleşmesel zeminde ele almamış olan "erken dönem iktisadi yaklaşımlar"ın bu hususta yalnızca dolaylı etkileri olduğu kanaatine varılmıştır. Piyasa dinamiklerinin, şirket içi menfaat ihtilafları üzerindeki düzenleyici ve denetleyici etkisinden hareket eden "sözleşme teorisi" ise, esas sözleşme bağlamında özgürlükçü bir tutum geliştirilmesine imkân sağlamıştır. Bu kapsamda "mutlak serbesti görüşü" çerçevesinde, üçüncü kişilerin zarar görmemesi koşuluyla, pay sahiplerinin esas sözleşmeyi diledikleri gibi düzenleyebilmeleri gerektiği ileri sürülmüştür. Yaklaşımın üzerine inşa edildiği piyasa dinamikleri ayrı ayrı iredelenmiştir. Yine sözleşme teorisi çerçevesinde geliştirilen "sınırlı müdahale görüşü" uyarınca, ortaklık içi menfaat ihtilaflarının çözümünde piyasa dinamiklerinin yetersiz kaldığı durumlar (piyasa aksaklıkları) ele alınmıştır.

Ortaklık teorileri bağlamında son olarak, mülkiyet teorisi incelenmiştir. Öncelikle mülkiyet teorisinin, dogmatik hukukla en yakın teması bulunan teori olduğu ve betimsel açıdan gerçekçi bir tablo ortaya koyduğu savunulmuştur. Mülkiyet teorisi çerçevesinde esas sözleşme hükümlerinin, şirketler hukuku kuralları sayesinde nispi etkiyi aşarak aynî etki kazandığı ileri sürülmektedir. "Aynî etki" olarak tarif edilen bu özellik, şirketler hukuku dogmatiğinde hâlihazırda esas sözleşmenin "korporatif" niteliği olarak anılmaktadır. Ekonomik yaklaşım ve hukuk dogmatiği arasında bu bağlantının kurulması sayesinde, esas sözleşmede yer alan hükümlerden hangilerine korporatif nitelik tanınmasının gerektiği sorusuna, ekonomik analiz yardımıyla cevap aranması mümkün hale gelmektedir. Teori çerçevesinde, kural olarak, şirketin iç yapısını düzenleyen ve dışarıya yansımayan hususlarda esas sözleşme özgürlüğünün genişletilmesi savunulmaktadır. Bu kapsamda ayrıca, esas sözleşme hükümlerine ne ölçüde aynî etki tanınması gerektiği sorusuna yönelik çeşitli yöntemler ve kriterler ekonomik açıdan değerlendirilmiştir.

Yapılan değerlendirme neticesinde, sözleşme teorisi çerçevesindeki "sınırlı müdahale yaklaşımı"ndan ve mülkiyet teorisinden, birbirini tamamlayacak şekilde faydalanmanın hukuki açıdan en gerçekçi çözümü sunacağı kanaatine varılmıştır.

Ancak ekonomik analizin hukuki sağlamasını yaparken, ilgili ortaklık tipi, hukuk sistemi ve şirketlerin tipik finansman yapısının göz önüne alınması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Özellikle sözleşme teorisinin Türk hukukuna aktarılmasında gözetilmesi gereken noktaların altı çizilmiştir. Bu çerçevede emredici hükümlerin, piyasa aksaklıklarına cevap verdiği ve ekonomik anlamda verimli oldukları ölçüde kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur. Hem piyasanın hem de hukuk kurallarının kusursuz olmadığı dikkate alınarak, bunlar arasında görece üstün olanın tercih edilmesi; ayrıca, şirketler hukuku kurallarının piyasa mekanizmalarını tamamlayacak şekilde tasarlanması gerektiği kanaatine varılmıştır. Söz konusu tasarımda dikkat edilmesi gereken diğer değişkenlere de değinilmiştir.

9. Çalışmanın ikinci bölümü, anonim ortaklıklar hukukunda sözleşme özgürlüğüne ve esas sözleşmeye tahsis edilmiştir. Öncelikle konunun merkezinde yer alan temel kavramlar tanıtılmıştır. "Anonim ortaklığın kanuni düzeni" ele alınırken ortaklığın tabi olduğu objektif normlar ve bunlar arasındaki hiyerarşik ilişki de tespit edilmiştir. Ayrıca ortaklık içi düzeni oluşturan esas sözleşme, iç yönerge ve genel kurul kararları gibi ortaklıksal nitelikteki hukuki işlemlerle bir arada bulunabilen "sözleşmesel düzen"e ve bunun anonim ortaklık düzeni ile arasındaki yakın ilişkiye değinilmiştir. Bu aşamada, iki düzen arasındaki etkileşim sorununun merkezinde, anonim ortaklık düzeninin tekliği-ikiliği tartışmasının bulunduğu tespit edilmiştir.

10. Anonim ortaklıklar hukukunda esas sözleşme özgürlüğünün anayasal ve yasal dayanakları ortaya koyulmuştur. Esas sözleşme özgürlüğünün anayasal koruma altında olması, söz konusu özgürlüğü engelleyici nitelikteki ekonomik koşulların kaldırılmasını gerektirir ve bu nitelikteki kanuni düzenlemelere anayasal bir sınır getirir. Üstelik bu sınırın yalnızca yasama faaliyetlerinde değil, esas sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan anayasa altı normların yorumunda da gözetilmesi gerekir. Anayasa'nın pay sahipleri arasında doğrudan uygulanma kabiliyetinin bulunmaması nedeniyle, esas sözleşme özgürlüğünün dayandığı anayasa altı normlar, BK m. 26 ve TK m. 340 olarak tespit edilmiştir.

11. İkinci bölümün devamında esas sözleşme çeşitli yönlerden incelenmiş; sözleşmesel nitelik sorunu ve korporatif-şeklî hükümler ayrımı bu kısmın odak noktaları olarak seçilmiştir. Esas sözleşmenin hukuki niteliği tartışmasında zıt kutupları temsil eden sözleşme ve norm teorilerine ek olarak, bunlar arasında orta yol

izleyen bağdaştırıcı yaklaşımlar incelenmiştir. Bağdaştırıcı yaklaşımlar kapsamlı olarak araştırılmış ve bunların kendi içindeki önemli ayrımlar ortaya koyulmuştur. Söz konusu yaklaşımların ve gerekçelerinin aktarılmasını takiben, Türk hukuku bakımından her bir argüman ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

Bu çalışmada esas sözleşmenin, kendine özgü bir şirketler hukuku sözleşmesi olduğu kanaatine varılmıştır. Ortaklığın tescilinden önce sözleşme niteliği arz eden esas sözleşme, tescilden sonra da bu niteliğini kaybetmez. "Şirketler hukuku sözleşmesi" özelliğinin ise iki anlamı vardır. Birinci anlamı, sözleşmenin hukuki sonuçlarını doğurduğu alanla ilişkilidir. İkinci anlamı, aşağıda ele alınan özelliklerin esas sözleşme bünyesinde topluca bulunduğuna işaret eder. Sözleşmelerin tasnifi açısından bakıldığında, esas sözleşmenin (i) içerdiği haklar ve borçlar sebebiyle bir yönüyle "borç sözleşmesi"; (ii) taraflardan bağımsız bir hak öznesi meydana getirmesine bağlı olarak "kuruluş sözleşmesi"; (iii) edimlerin ve menfaatlerin birbirleriyle ilişkisi bakımından "birleşme sözleşmesi"; (iv) kişi birliği bünyesinde yarattığı mekanizmalar sebebiyle "organizasyon sözleşmesi"; (v) ihdas ettiği statülere bağlı yetki ve sorumluluk düzenini belirlemesi nedeniyle "sosyal hukuk (statü) sözleşmesi"; (vi) kurucu sayısının ikiden fazla olması halinde "çok taraflı sözleşme"; son olarak (vii) "isimli sözleşme" ve genellikle "tipik sözleşme" özelliklerini haiz olduğu sonucuna varılmıştır.

12. Esas sözleşmenin, ortaklığa sonradan katılan pay sahipleri üzerindeki bağlayıcılığının hukuki dayanağı sözleşmesel zeminde açıklanmıştır. Böylelikle esas sözleşmenin, ortaklığın tescilinden sonra sözleşme niteliğini koruduğuna yönelik, bu çalışmada ileri sürülen tespitin güçlendirilmesi amaçlanmıştır. Nitekim öğretide, esas sözleşmenin tescilden sonra nesnel norma dönüştüğüne yönelik iddia, çoğunlukla tescille birlikte genişleyen etki alanına dayandırılmaktadır. Esas sözleşmenin pay müktesiplerini bağlaması, bir yandan "pay sahipliğinin" paya bağlı hak ve borçların bütünleştiği bir hukuki statü teşkil etmesine; diğer yandan pay iktisabında içkin olan ortaklığa katılma iradesine dayandırılmıştır.

13. Esas sözleşme hükümleri (i) içerik özgürlüğü, (ii) konu, (iii) hukuki etki ve (iv) ileri sürülebileceği çevre açısından tasnif edilmiştir. Ayrıca söz konusu ayrımların kendi aralarındaki ilişki açıklığa kavuşturulmuştur. Araştırma konusunu en yakından ilgilendiren ayrım, esas sözleşme hükümlerinin hukuki etkilerine göre

“korporatif” ve “şeklî” hükümler olarak sınıflandırılmasıdır. Korporatif ve şeklî hükümler arasındaki farklar ele alındıktan sonra, ayrımın gerekçeleri ve yol açtığı sorunlar irdelenmiştir. Esas sözleşmede yer verilen bir hükmün korporatif etkiyi haiz olmaması, kurucuların bu yöndeki iradesinden veya anonim ortaklıklar hukukunda irade özerkliğinin kısıtlı olmasından kaynaklanır. Esas sözleşme hükmünün hukuki niteliğinin ve etkisinin önceden bilinememesi ise hukuk güvenliğinin ve öngörülebilirliğin oldukça önem arz ettiği anonim ortaklık ilişkisinde yüksek risklere ve maliyetlere sebep olabilmektedir. Dolayısıyla asıl sorun, çoğu zaman esas sözleşme özgürlüğünün sınırlı olmasından ziyade, söz konusu sınırların belirsizliğinden kaynaklanmaktadır.

Şeklî esas sözleşme hükümlerinin -borçlar hukuku alanında- hüküm ifade edebilmesi, ortaklık düzenine paralel bir sözleşmesel düzen ortaya çıkarır. Bu durum, tıpkı esas sözleşme ve pay sahipleri sözleşmesi arasındaki ilişkinin ortaya koyduğu gibi, “ortaklık düzeninin tekliği-ikiliği sorunu”nu beraberinde getirir. Dolayısıyla öncelikle, şirketler hukuku pratiğini karmaşık sorunlardan arındırabilecek olan “ortaklık düzeninin tekliği”ne ulaşmanın yolları tartışılmış; ancak bunun mümkün olmadığı kanaatine varılmıştır. Zira borçlar hukuku sözleşmesi niteliğindeki hükümlerin, yalnızca anonim ortaklıklar hukuku kurallarını ihlal etmesi nedeniyle kesin hükümsüz olduğunu ileri sürmenin bir hukuki temeli yoktur. Şeklî esas sözleşme hükümlerinin borçlar hukuku zemininde sonuç doğurabilmesinin hukuki dayanağını (i) tahvil, (ii) yorum veya (iii) kesin hükümsüzlük yaptırımının teleolojik redüksiyon yoluyla daraltılmasında bulmak mümkündür.

Korporatif-şeklî hükümler ayrımında başvurulmak üzere belirli bir kriter hakkında öğretide görüş birliği olmadığı gibi, ileri sürülen kriterlerin muğlaklığı hukuki belirsizliği daha da artırmaktadır. Hukuk güvenliğinin sağlanması ve buna bağlı risklerin asgari düzeye çekilebilmesi için korporatif ve şeklî hükümler arasındaki sınırın netleştirilmesi gereklidir. Benimsenecek kriterin dogmatik temele uygun ve tutarlı olmasının yanında, basit ve uygulanabilir olmaması da gerekir.

Bu çalışmada esas sözleşme hükmünün “korporatif” niteliği ile kast edilen, ilgili düzenlemenin (i) ortaklık düzeninde sonuç doğurması veya (ii) geniş bir etki alanına sahip olmasıdır. Herhangi bir hükmün korporatif nitelik arz etmesi için bu unsurların kümülatif değil, alternatif olarak aranması yeterlidir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, önce öğretide ileri sürülen ölçütler tematik olarak gruplandırılmış ve irdelenmiştir. Bunu takiben, pay sahiplerinin iradelerinden ve esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarından hareket eden, iki adımlı bir testin uygulanması önerilmiştir. İlk aşamada, esas sözleşmede yer verilen düzenlemenin korporatif nitelik taşımasının amaçlanıp amaçlanmadığı değerlendirilmelidir. Ölçütün uygulanabilir olması adına, bu içeriksel incelemeyi kolaylaştıracak çeşitli yorum kurallarına da yer verilmiştir. Korporatif nitelik taşıması istendiği tespit edilen esas sözleşme hükmünün, ikinci aşamada anonim ortaklıklar hukukuna göre bu etkiye sahip olup olamayacağı araştırılmalıdır. Birinci veya ikinci aşamaya takılan hükümlerin, şeklen esas sözleşmede yer almakla birlikte, şartlara göre ya hiç hüküm ifade etmediği ya da şeklî esas sözleşme hükmü olarak borçlar hukuku zemininde geçerli olduğu söylenebilecektir. Önerilen ölçütün uygulanabilirliğini artırmak için, testin ikinci aşamasında da dikkat edilmesi gereken bazı hususlara yer verilmiştir.

Esas sözleşmede üçüncü kişilere çeşitli haklar tanıyan düzenlemeler, korporatif-şeklî hükümler ayrımı bakımından ayrıca ele alınmıştır. Bu tür hükümlerin özelliği, tüzel kişi ile üçüncü kişi arasında ortaklıksal olmayan bir hukuki ilişki doğurmasına rağmen, ilişkinin dayanağını esas sözleşmenin teşkil etmesidir. Çalışmada, şirketin kurulmasında hizmeti görülenlere sağlanan menfaatlere; kuruculara, yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere şirket kârından sağlanan menfaatlere; pay sahipleri lehine tanınan hazırlık dönemi faizine ilişkin esas sözleşme hükümlerinin şeklî nitelik arz ettiği ileri sürülmüştür.

Müktesep hak yaratan esas sözleşme hükümleri ise korporatif niteliklidir. Esas sözleşmesel müktesep haklar ile akdî haklar arasındaki en önemli farklardan biri, müktesep hakların şahsa değil pay sahipliği sıfatına bağlı olarak tanınabilmesidir. Hakkın pay sahibi sıfatından bağımsız olarak ismen belirlenmiş kişilere tanınması halinde -geçerli olduğu takdirde-, akdî nitelik taşıdığı kabul edilmelidir. Esas sözleşmesel müktesep hakkı imtiyazdan ayırmaya yarayan bir ölçüt ise, imtiyazın -kural olarak- yalnızca belirli paylara veya pay grubuna tanınması, böylece paylar arasında görece üstünlük yaratılmasıdır. Bu kapsamda pay sahiplerine veya üçüncü kişilere şahsen tanınan hakların hukuki niteliğine ve sonuçlarına yönelik Yargıtay içtihadının zaman içinde geçirdiği değişim ortaya koyulmuş ve bazı

yönlerden eleştirilmiştir. İnceleme, yönetim kuruluna seçilme hakkının esas sözleşmede belirli bir pay sahibine şahsen tanınması bağlamında yapılmıştır.

Son olarak, üçüncü kişilere ortaklığa karşı alacak hakkı sağlamakla beraber korporatif niteliği haiz olan istisnai iki düzenlemeye dikkat çekilmelidir. TK m. 463 vd. uyarınca değiştirme veya alım hakkı veren borçlanma araçlarının çıkarılmasına ilişkin esas sözleşme hükümleri, sağlanan hakkın ortaklığa karşı alacak hakkı teşkil etmesine rağmen, korporatif nitelik taşır. Aynı tespit, TK m. 334 uyarınca kamu tüzel kişilerine yönetim kurulunda temsilci bulundurma hakkı veren esas sözleşme hükümleri için de geçerlidir.

14. Çalışmanın üçüncü bölümü, esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarına özgülenmiştir. Bu kapsamda öncelikle, başta BK m. 27 ve MK. m. 23/2 olmak üzere genel hükümler çerçevesindeki sınırlar incelenmiştir. "*Kanunun emredici hükümleri*"nin kapsamına yalnızca BK hükümleri değil, diğer kanunlardaki emredici hükümler de girer. Ancak bir esas sözleşme hükmünün, TK'nın emredici normunu ihlal etmesi, ilgili düzenlemenin taraflar arasında borçlar hukuku zemininde dahi geçerli olamayacağı anlamına gelmez. İhlal edilen normun amacı göz önüne alınarak, kesin hükümsüzlüğün sonucunun, öngörülecek esas sözleşme hükmünün "ortaklık düzeninde hüküm ifade etmemesi" olduğu sonucuna varılabilir.

15. Esas sözleşme özgürlüğünün anonim ortaklıklar hukukuna özgü sınırları bağlamında öncelikle, anonim ortaklıklar hukukunun emredici karaktere sahip olmasının gerekçeleri ve devletin ortaklık düzenine müdahale imkânları açıklanmıştır. Bunu takiben TK'da hükümlerinin emrediciliğinin tespitinde başvurulan emredici hükümler ilkesi açıklanmıştır.

16. Emredici hükümler ilkesini düzenleyen TK m. 340 hakkında, bu çalışmada varılan genel tespitler şu şekildedir: Hüküm, mevcut bir ilkeyi yazılı hukuka aktarmayıp, kanun eliyle bir ilke yaratmıştır; mehaz Alman hukukunda 120 yıl öncesinin içtihatlarına dayanan bir ilkeyi, Türk hukukunda hiçbir tarihsel izi olmamasına rağmen ithal etmiştir; anonim ortaklıklara olan ilginin azalması, emredici hükümler ilkesinin benimsenmesine eşlik etmiştir; hükmün lafzı, çözmeyi vadettiği sorunlardan daha fazlasına yol açmıştır.

TK 340'ın kapsamı, etkileri ve yol açtığı yeni sorunlar dikkate alındığında, mehaz hukukta tarihsel bir kalıntı olarak görülen bu hükmün hukukumuza aktarılmış

olmasının isabetsiz olduğu ve en kısa zamanda TK'dan çıkarılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Şayet maddenin korunması tercih edilecekse, ya birinci cümlede yer alan "açıkça" ibaresi kaldırılmalı ya da TK'nın sapılmasına izin verdiği münferit hükümlere bu hususun açıkça anlaşılacağı ifadeler eklenmelidir. Ayrıca TK m. 330 ve TK'nın diğer kanunları saklı tutan hükümleriyle çelişen TK m. 340 c. 2'nin maddeden tamamen çıkarılması gerekir.

Emredici hükümler ilkesi ekseninde esas sözleşme özgürlüğünün tarihçesine bakıldığında, sözleşme hukukunun tarihine benzer bir şekilde, öncelikle özgürlük arayışının, daha sonra bulunan özgürlüğün sınırlarını belirleme çabasının; ardından ise bu eğilimin de sınırlarını tespit etme ihtiyacının belirdiği gözlemlenmektedir.

İlkenin amaçları üç ana başlık altında incelenmiştir: (i) hukuk güvenliğinin ve belirliliğin artırılması, (ii) esas sözleşmelerin yeknesak hale getirilerek yatırımcıların korunması ve sermaye piyasalarının işleyişinin temin edilmesi ve (iii) ortaklık ilişkisinde zayıf konumdakilere asgari koruma sağlanması. İlkeye yönelik eleştiriler bu başlık altında irdelenmiş ve ilkenin anılan amaçlara ulaşılması için elverişli, verimli ve ölçülü bir araç olmadığı tespit edilmiştir.

Emredici hükümler ilkesi TK'nın anonim şirketlere dair hükümlerini, kural olarak, emredici hale getirmiştir. TK m. 340'ın uygulama alanı kuruluş esas sözleşmesinden ibaret olmayıp, hüküm esas sözleşme değişikliklerini de kapsamaktadır. Esas sözleşmenin belirli bir hususu, kanundan farklı bir şekilde düzenlemesi halinde "*sapma*"dan söz edilebilir. Kanunun sessiz kaldığı bir konuya ilişkin öngörülen esas sözleşme hükümlerinin kanundan saptığı ileri sürülemeyeceğinden, bunun için açık izin aramaya da gerek bulunmamaktadır. Burada bahsi geçen "*kanun*" TK'dır. İlke yalnızca esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarını çizmektedir; iç yönerge ve organ kararları bakımından doğrudan sınırlayıcı bir yönü yoktur. Fiili esas sözleşme değişikliği olarak nitelendirilen işlemler ise emredici hükümler ilkesinin uygulama alanına girmez.

Esas sözleşmenin kanundan sapabilmesi için, kanunda buna açıkça izin verilmiş olmalıdır. "*Açık izin*" ibaresine yüklenebilecek anlamlar, hükmün en muğlak noktalarından biridir. Öğretide, bir taraftan kanundan sapma izninin, yalnızca ilgili kuralın lafzına bağlı kalınarak tespit edilmesi gerektiği; diğer taraftan, ilgili normun *ratio legis*'ine de bakılması gerektiği ileri sürülmektedir. İlkenin amaçları göz önün

alınarak, öğretide hakim konumda bulunan ve amaçsal yoruma doğrudan geçit veren yaklaşım bu çalışmada reddedilmiştir. Kanun metninde sapmaya izin veren bir ibarenin bulunmadığı veya sözel anlamının muğlak olduğu durumlarda, sırasıyla, sistematik ve -istisnaen- amaçsal yorum yöntemlerine başvurulabilmeli; tereddüt halinde ise ilgili hükmün emredici olduğu kabul edilmelidir. Ortaklık ilişkisinde zayıf konumda olanların menfaatlerini olumsuz yönde etkileyebilecek esas sözleşme hükümleri bakımından, kanundan sapma izninin yalnızca ilgili normun lafzında aranması gerekir. Bu çalışmada benimsenen yaklaşımın hakim öğretiden ayrıldığı nokta, ilgili kanun hükmünün sapmaya izin verip vermediğinin lafzi ve sistematik yorumdan anlaşılamaması durumunda, amaçsal yoruma başvurma imkânını kısıtlayan ek bir mekanizma öngörmesidir. Bu mekanizmanın alametifarikası ise ilgili kanun normlarından yalıtılmış bir yorum faaliyetini içermesidir.

TK 340 c. 2 uyarınca, "*diğer kanunların*" öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri ilgili kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğurur. TK'yı tamamlayan esas sözleşme hükümlerine yer verilebileceği açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, bunun mümkün olduğu kanaatine varılmıştır. "*Tamamlayıcı*" esas sözleşme hükümleri, kanunun suskun kaldığı hususlarda öngörülebilir. Bunun yanında, kanunda yer alan kuralları açıklayan, somutlaştıran veya detaylandıran esas sözleşme hükümleri de tamamlayıcı hüküm sayılır. Ancak tamamlayıcı bir hükmün öngörülebilmesi için, kanunun ilgili konuyu her yönüyle ve nihai olarak düzenlememiş olması gerekir. Esas sözleşmede öngörülmek istenen konuya ilişkin kanun hükümlerinin tahdidi niteliği haiz olup olmadığının araştırılması ise genel yorum kuralları çerçevesinde gerçekleştirilebilir.

Kanundan sapma ve kanunu tamamlama başlıkları altında pek çok esas sözleşmesel düzenlemenin geçerliliği değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, örneğin, yönetim kurulu üyelerinin ve pay sahiplerinin bilgi alma hakkına; yönetim kurulu toplantısında üstün oy hakkına; haklı sebeple fesih davasının şartlarına; organlar arasındaki yetki paylaşımına; pay sahibinin genel kurul toplantısına temsilci aracılığıyla katılabilmesinin şartlarına; şirketler hukuku uyuşmazlıkları bakımından tahkim şartına; genel kurul kararları yönünden veto hakkı tanınmasına; yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının şekillendirilmesine; şirketin kendi paylarını iktisabının şartlarına; kâr dağıtım oranına; nisaplara; esas sözleşme değişikliklerinin

koşullarına; yönetim kurulu üyeliği için aranan niteliklere; genel kurul kararları bakımından kanunda öngörülenlerden başka butlan sebeplerine yer verilmesine ve iptal davasının usuli şartlarının esnetilmesine ilişkin düzenlemeler incelenmiştir.

TK m. 340 c. 2'nin mehazdan ayrılan ifadesine göre, diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri "*o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğurur*". Kanun koyucunun amacı, diğer kanunları tamamlayan esas sözleşme hükümlerini TK bakımından geçersiz kılmak değil; anonim ortaklıklara ilişkin düzenleme ve denetleme yetkisi bağlamında TK'ya üstünlük sağlamaktır. Ancak TK'nın, normlar hiyerarşisinde aynı seviyede bulunduğu, sonraki tarihli veya özel nitelikli başka bir kanunun uygulama alanını sınırlandırması mümkün değildir. Dolayısıyla bu hüküm, TK m. 330 hükmüyle ve TK'nın diğer kanunları saklı tutan hükümleriyle çelişki içindedir. Ayrıca TK m. 340 c. 2'nin şeklî esas sözleşme hükümlerine dayanak sağlamayı amaçladığını ileri sürmek mümkün olmasa da, bu sonucu beraberinde getirdiği kabul edilebilir.

Meselenin yaptırım boyutu incelenecek olursa, esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarını aşan hükümlerin tabi olduğu yaptırım, ihlal edilen norm ekseninde değerlendirilmelidir. İster kuruluş esas sözleşmesinde yer alsın ister esas sözleşmeye sonradan eklensin, bu tür düzenlemelerin çoğunlukla batıl olacağı peşinen belirtilmelidir. Bu bakımdan kuruluş esas sözleşmesine de TK m. 445-447 hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Ancak TK m. 447 kapsamında kalmayan ve nispi emredici nitelikte bir TK hükmünü sürekli şekilde ihlal etmeyen -dolayısıyla BK m. 27'nın kapsamına da girmeyen- bir düzenlemenin TK m. 445 uyarınca iptal yaptırımıyla karşılaşması -düşük ihtimalle de olsa- mümkündür. Bu koşulları sağlayan bir düzenlemenin kuruluş ve esas sözleşme değişikliği aşamalarında öngörülmesi arasındaki yegâne fark ise, kuruluşta pay sahiplerinin tamamının rıza göstermiş olması nedeniyle iptal davası açamayacak olmalarıdır. Esas sözleşme özgürlüğünün sınırlarını aşan hükümlerin karşılaşacağı hükümsüzlük dışı yaptırımlar da çalışma kapsamında ele alınmıştır.

Emredici hükümler ilkesi hakkında son olarak, ilkenin uygulama alanının sınırlandırılmasına yönelik, Türk ve mehaz Alman hukuklarında ileri sürülen *de lege lata* öneriler ele alınmıştır. Anılan önerilerin tamamı reddedilerek gerekçeleri ayrı başlıklar altında açıklanmıştır.

17. Üçüncü bölümün son kısmı anonim ortaklıklar hukukunun yazılı olması gerekmeyen kurallarına ayrılmıştır. Bu kapsamda öncelikle yazılı, yazılı olmayan ve yazılı olması gerekmeyen kurallar belirli bir sistematik içinde ele alınmıştır. Yazılı olmayan kurallar bağlamında özellikle, organlar arasında yetki paylaşımına dair kurallara yer ayrılmıştır. Örneğin "genel kurulun yazılı olmayan yetkileri doktrini" bu çerçevede en çarpıcı örnekler arasındadır. Bundan başka, kanunun yazılı olması gerekmeyen kurallara dayanak sağlayan hükümlerinin işlevleri ortaya koyulmuştur. Anonim ortaklıklar hukuku ilkelerinin tespiti ve tasnifi bakımından gözlemlenen karışıklığa dikkat çekilmiş; öğretide ve Kanun'da ilke olduğu ileri sürülen kavramların söz konusu niteliği taşıyıp taşımadığı irdelenmiştir. Öğretide ileri sürüldüğünün aksine, ilke olarak nitelenen bazı kavramların normatif içerikten yoksun olup, betimsel bir anlatıdan ibaret olduğu ortaya koyulmuştur.

Öte yandan "devamlılık", "eşit işlem", "tek borç", "sınırlı sorumluluk", "payların serbestçe devredilebilirliği", "sermayenin korunması" , "emredici hükümler", "çoğunluk" , "oransallık" ve "kamuyu aydınlatma" ilkelerinin normatif içeriğe sahip olduğu tespit edilmiştir. Söz konusu ilkelerin esas sözleşme özgürlüğüne etkileri hakkında genel tespitler paylaşılmıştır.

KAYNAKÇA

Acemoğlu, Daron, Laibson, David, List, John A. : **Microeconomics**, Harlow, Pearson, 2016.

Ainsworth, Robert, Carey, John, Morell, Thomas: **Ainsworth's Latin Dictionary**, 2. ed., London, C. & J. Rivington, 1823, (Çevrimiçi) https://archive.org/details/ainsworthslatind00ains, 27.08.2020.

Akbulut, Pakize Ezgi: **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Akdağ Güney, Necla: **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Kuruluş**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.

Akdağ Güney, Necla: "Anonim Şirketlerde Hakların Sakınılarak Kullanılması İlkesi ve Uygulaması", **Prof. Dr. Himet Sami Türk'e Armağan**, yay. haz. Asuman Turanboy et. al., Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 45-68.

Akgündüz, Ahmet: **İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, Özel Hukuk-II (Miras-Borçlar-Eşya-Ticâret ve Devletler Hususî Hukuku)**, C: III, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2012.

Akın, Murat Yusuf: **Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, 2. Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.

Aktan, Coşkun C.: **Müdahaleci Devletten Sınırlı Devlete**, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, 1999. (Devlet)

Aktan, Coşkun C.: **Yeni İktisat Okulları ve İktisadi Düşünce**, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018. (İktisadi Düşünce)

Akünal Teoman: **Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler**, 2. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1995.

Akyol, Şener: **Sözleşmenin Yorumu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Alchian, Armen A.,

Demsetz, Harold: "Production, Information Costs and Economic Organization", **The American Economic Review**, C: LXII, No: 5, 1972, s. 777-795.

Allemann, Fridolin: **Das Verhältnis des Reglementes zu den Statuten der Aktiengesellschaft**, Zürich, Brunner & Bodmer, 1951.

Alper, Gizem: **Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

Altay, Anlam: **Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.

American Law Institute: **Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Tentative Draft No. 7**, Philadelphia, Meyer Boswell, 1987, § 5.09 ve § 7.17.

Andersen, Paul Krüger et. al.: **European Model Company Act (EMCA) First Edition 2017,** Nordic & European Company Law Working Paper No. 16-26, (Çevrimiçi) https://ssrn.com/abstract=2929348, 31.08.2020.

Anderson, Robert: "A Property Theory of Corporate Law", (June 24, 2020), (Çevrimiçi), https://ssrn.com/abstract=3421009, 30.07.2020.

Ansay, Tuğrul: "Anonim Şirketin Murakabesi Yolları", **BATİDER**, C: I, No: 1, 1961, s. 37-60.

Ansay, Tuğrul: **Anonim Şirketler Hukuku**, 6. bs., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1982.

Antunes, José Engrácia et. al.: **Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law (5 April 2011)**, (Çevrimiçi) www.ssrn.com/abstract=1851654, 31.08.2020.

Arıcı, Fatih: "İmtiyazlı Paylar", **Yürürlüğünün 7. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu –III- (Tebliğle ve Tartışmalar) 18 Ekim 2019**, yay. haz. Arslan Kaya et. al., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 151-194.

Arıcı, Fatih,
Veziroğlu, Cem: **Kaldıraçlı Devralma ve Anonim Şirketin Finansal Yardım Yasağı: Hukukun Ekonomik Analizi**

Perspektifinden Bir Yasağın Anatomisi, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Armour, John et. al.: **The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach**, 3. bs., Oxford, Oxford University Press, 2017. (Yazar, Anatomy, s.)

Armour, John, Cheffins, Brian: "Stock Market Prices and the Market for Corporate Control", **University of Illinois Law Review**, C: III, 2016, s. 761-820.

Armour, John, Whincop, Michael J.: "An Economic Analysis of Shared Property in Partnership and Close Corporations Law", **The Journal of Corporation Law**, C: XXVI, 2001, s. 983-1000. (Property)

Armour, John, Whincop, Michael J.: "The Proprietary Foundations of Corporate Law", **Oxford Journal of Legal Studies**, C: XXVII, No: 3, 2007, s. 429–465. (Foundations)

Arnold, Arnd, Dauner-Lieb, Barbara: **Kölner Kommentar zum Aktiengesetz**, Ed. Wolfgang Zöllner, Ulrich Noack, C: I §§1-75 AktG, 3. bs., Carl Heymanns, Köln 2011. (Yazar, KK, § Rn.)

Arrow, Kenneth J.: "Risk Perception in Psychology and Economics", **Economic Inquiry**, C: XX, No: 1, 1982, s. 1-9.

Arslanlı, Halil: "Şirket Mukaveleleri ile Cemiyetler ve İki Tarafa Borç Yükleyen Akitler Arasındaki Ayrılıklar ve Bunları Tefrika Yarayan Ölçüler", **İHFM**, C: XI, No: 3-4, 1945, s. 128-144.

Arslanlı, Halil: **Kollektif ve Komandit Şirketler**, 2. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960. (Kollektif)

Arslanlı, Halil: **Anonim Şirketler I: Umumi Hükümler**, 3. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960. (AŞ I)

Arslanlı, Halil: **Anonim Şirketler II-III: Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960. (AŞ II-III)

Assmann, Heinz-Dieter,

Brändel Oliver C.: **Aktiengesetz Großkommentar**, Ed. Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann, C: I Einleitung §§1-53, 4. bs., De Gruyter, Berlin 2004. (Yazar, GroßK 2004, § Rn.)

Atamer, Yeşim M.: "Geliri ve Malvarlığı Olmayan Aile Bireylerinin Kefaleti – Sözleşme İçeriğinin Denetlenmesi: Alman Anayasa Mahkemesi'nin 19.10.1993 tarihli kararı", **İÜHFM**, C: LV, No: 3, 1997, s. 419-428.

Atamer, Yeşim M.: **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2001.

Atiyah, Patrick S.: **The Rise and Fall of Freedom of Contract**, 2. Tıpkı Bası, New York, Oxford University Press, 2003.

Austmann, Andreas: **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts**, C: IV Aktiengesellschaft, Ed. Michael Hoffman-Becking, 5. bs., München, C.H. Beck, 2020.

Aydoğan, Fatih: **Tek Kişi Ortaklığı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

Ayoğlu, Tolga: **Sermaye Piyasası Hukukunda Halka Arz Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmeleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008. (Halka Arz)

Ayoğlu, Tolga: "Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu**, No: 2, 2013, s. 219-252.

Ayoğlu, Tolga: **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018. (Tahkim)

Aytaç, Zühtü: "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Pay Sahipliği Haklarının Değerlendirilmesi", **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu: Makaleler, Tebliğler**, yay. haz. Çiğdem Kırca, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 333-345.

Aytuğar, Bilge: **Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz**, İstanbul On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Bachmann, Gregor: "Optionsmodelle im Privatrecht", **JuristenZeitung**, C: LXIII, No: 1, 2008, s. 11-20.

Bachmann, Gregor: **Aktiengesetz Großkommentar**, Ed. Heribert Hirte, Peter O. Mülbert, Markus Roth, C: I Einleitung §§1-22, 5. bs., Berlin, De Gruyter, 2017.

Bachmann, Gregor et. al.: **Regulating the Closed Corporation**, Berlin, De Gruyter, 2014.

Bahtiyar, Mehmet: **Anonim Ortaklık Anasözleşmesi**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2001. (Anasözleşme)

Bahtiyar, Mehmet: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C: LXI, 2005, s. 47-106. (Tasarı)

Bahtiyar, Mehmet: "Anonim Şirket Genel Kurulunda Toplantı Yetersayısının 'Toplantı Süresince Korunması' Şartına İlişkin TTK. 418/1 Hükmünün Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 59-102. (Nisaplar)

Bahtiyar, Mehmet: **Ortaklıklar Hukuku**, 14. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım 2020. (Ortaklıklar)

Bahtiyar, Mehmet, Biçer, Levent: "Anonim Ortaklık Kuruluş Sistemleri ve TTK. 273 Değişikliği", **Makaleler II**, Ed. Mehmet Bahtiyar, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2008, s. 101-122.

Bainbridge, Stephen M.: **Corporation Law and Economics**, New York, Foundation Press, 2002. (Economics)

Bainbridge, Stephen M.: **The New Corporate Governance in Theory and Practice**, Oxford, Oxford University Press, 2008. (Corporate Governance)

Bainbridge, Stephen M., Henderson, Todd M.: **Limited Liability: A Legal and Economic Analysis**, Chelthenham, Edward Elgar, 2016.

Baird, Douglas G.: "Notice Filing and the Problem of Ostensible Ownership", **The Journal of Legal Studies,** C: XII, No: 1, 1983, s. 53-67.

Baltzer, Johannes: **Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion m Privatrecht**, Baden-Baden, Erich Pabel, 1965.

Barlas, Nami: **Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 4. bs. İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.

Bartlomé, Fritz: **Die Statuten der Aktiengesellschaft (Statutenentwurf, Statuten und Statutenänderung)**, Bern, Verlag Paul Haupt, 1949.

Barz, Carl H., Meyer-Landrut, Joachim: **Aktiengesetz Großkommentar**, C: I/1 §§1-75, 3. bs., Berlin/New York, De Gruyter, 1973. (Yazar, GroßK 1973, § Rn.)

Basedow, Jürgen: "Freedom of Contract in the European Union", **European Review of Private Law**, C: VI, 2008, s. 901-923.

Başpınar, Veysel: **Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998.

Baştuğ, İrfan: "Şirket ve Şirket Akdinin Hukuki Mahiyeti", **İzmir İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Dergisi**, C: I, No: 1, 1966, s. 56-72.

Baştuğ, İrfan: **Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri**, İzmir, İstiklal Matbaası, 1974.

Battal, Ahmet: "Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları", **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2008, s. 47-94.

Baumann, Horst, Reiss, Wilhelm: "Satzungsergänzende Vereinbarungen - Nebenverträge im Gesellschaftsrecht", **ZGR**, C: XVI, No: 2, 1989, s. 157-215.

Baumbach, Adolf, Hueck, Alfred, Hueck, Götz: **Aktiengesetz**, 13. auf., München, C.H. Beck, 1968.

Bayer, Walter: **Empfehlen sich besondere Regeln für börsennotierte und für geschlossene Gesellschaften? - Gutachten E für den 67. Deutschen Juristentag**, München, C.H. Beck, 2008.

Bayer, Walter: "Unterschiede im Aktienrecht zwischen börsennotierten und nichtbörsennotierten

Gesellschaften", **Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010: Unternehmen, Markt und Verantwortung**, Berlin, De Gruyter, 2010, s. 373-390.

Baysal, Başak: **Sözleşmenin Uyarlanması**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Bebchuk, Lucian A.: "Freedom of Contract and the Corporation: An Essay on the Mandatory Role of Corporate Law", **Harvard Program in Law and Economics Discussion Paper No. 46**, 1988, s. 1-64, (Çevrimiçi) http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Bebchuk_46.pdf, 24.08.2020. (Mandatory)

Bebchuk, Lucian A.: "Limiting Contractual Freedom in Corporate Law: The Desirable Constraints on Charter Amendments", **Harvard Law Review**, C: CII, No: 8, 1989, s. 1820-1860. (Amendments)

Bebchuk, Lucian A.: "The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1395-1415. (Freedom)

Bebchuk, Lucian A.,
Fried, Jesse M.: **Pay Without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation**, Cambridge, Harvard University Press, 2004.

Beck, Thorsten,
Kotz, Hans-Helmut: "Introduction", **Ordoliberalism: A German Oddity?**, Ed. Thorsten Beck, Hans-Helmut Kotz, London, CEPR Press, 2017.

Becker, Michael: "Der Ausschluß aus der Aktiengesellschaft", **ZGR**, C: XV, No: 3, 1986, s. 383-417.

Beeler, Lukas,
von der Crone, Hans Caspar: "Auflösungsklage nach Art. 736 Abs.4 OR: Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_475/2009 vom 5. Marz 2010 in Sachen X (Beschwerdeführerin/Klägerin) gegen Y SA", **Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht**, 2010, s. 329-339.

Ben-Shahar, Omri,

Schneider, Carl E.: **More Than You Wanted To Know: The Failure of Mandated Disclosure**, Oxford, Princeton University Press, 2014.

Bendfeld, Heiner: **Die Satzungsstrenge im Aktienrecht und ihre Bedeutung für die Rechtssicherheit**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1999.

Bentham, Jeremy: **A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, Ed. Wilfrid Harrison, Oxford, Basil Blackwell, 1948.

Berle Jr., Adolf A., Means, Gardiner C.: **The Modern Corporation and Private Property**, New York, Macmillan, 1932.

Bernoux, Philippe, Livian, Yves-Frédéric: "L'entreprise est-elle toujours une institution?", **Sociologie du Travail**, C: XXXI, No: 2, 1999, s. 179-194.

Betz, Christian: **Die Heilung nichtiger Hauptversammlungsbeschlüsse durch Eintragung und Fristablauf**, Baden-Baden, Nomos, 2014.

Bilgeç, Hakan: **Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.

Bilgili, Fatih, Demirkapı, Ertan: **Şirketler Hukuku**, Bursa, Dora, 2013.

Bilgişin, Şevket Memedali: **Türk Ticaret Hukuku Prensipleri, Birinci Kitap: Ticaret ve Tüccar**, Ankara, Ulus Basımevi, 1936.

Binder, Andreas: **Die Verfassung der Aktiengesellschaft**, Grüsch, Verlag Rüegger, 1987.

Birds, John: **Annotated Companies Legislation**, 3. bs., Oxford, Oxford University Press, 2013.

Blair, Margaret M.: "Locking in Capital: What Corporate Law Achieved for Business Organizers in the Nineteenth Century", **UCLA Law Review**, C: LI, No: 2, 2003, s. 387-455.

Bloch, Olivier: **Les Conventions d'Actionnaires et le Droit de la Société Anonyme en Droit Suisse: avec un apercu du droit boursier**, 2. bs., Zürich, Schulthess, 2001

Bouckaert, Boudewijn, de Geest, Gerrit (ed.): **Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics**, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

Boyacıoğlu, Cumhur: **Konzern Kavramı**, İstanbul, Nobel Yayıncılık, 2006.

Böckli, Peter: **Schweizer Aktienrecht**, 4. bs., Zürich, Schulthess Verlag, 2009.

Böhm, Franz: **Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung**, Berlin, Kohlhammer, 1937.

Bötticher, Eduard: "Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle", **Zeitschrift für Arbeitsrecht**, C: I, 1970, 3-44.

Bötticher, Eduard: **Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht**, Berlin, De Gruyter, 1964.

Bratton, William W.: "The New Economic Theory of the Firm: Critical Perspectives from History", **Stanford Law Review**, C: XLI, 1989, s. 1471-1527. (Economic Theory)

Bratton, William W.: "The "Nexus of Contracts" Corporation: A Critical Appraisal", **Cornell Law Review**, C: LXXIV, 1989, s. 407-465. (Nexus)

Bratton, William W.: "Berle and Means Reconsidered at the Century's Turn", **The Journal of Corporation Law**, C: XXVI, 2001, s. 737-770. (Berle and Means)

Braunfels, Florian: **Aktienrecht und Kapitalmarktrecht**, Ed. Thomas Heidel, 5. bs., Baden-Baden, Nomos, 2020.

Brudney, Victor: "Corporate Governance, Agency Costs, and the Rhetoric of Contract", **CLR**, C: LXXXV, No: 7, 1985, 1403-1444.

Brugger, Walter: "Aktuelles zur Satzungsstrenge nach OGH 6 Ob 28/13f", **Österreichische Notariatszeitung**, C: LIII, 2014, s. 145-154.

Bucher, Eugen: **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. bs., Zürich, Schulthess Verlag, 1988. (OR)

Burckhardt Walter: **Die organisation der rechtsgemeinschaft**, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1927.

Butler, Nicholas M.: "Politics and Business", **CXLIII. Annual Banquet of the Chamber of Commerce of the State of New York**, Ed. New York Chamber of Commerce, New York, Press of the Chamber of Commerce, 1911, s. 43-54.

Butler, Henry N.: "Contractual Theory of the Corporation", **George Mason University Law Review**, C: XI, No: 4, Summer 1989, s. 99-123. (Contractual)

Butler, Henry N.,
Ribstein, Larry E.: "Opting Out of Fiduciary Duties: A Response to the Anti-Contractarians", **Washington Law Review**, C: LXV, No: 1, 1990, s. 1-72.

Buxbaum, Richard M.: "New Owners and Old Managers: Lessons from the Socialist Camp", **Delaware Journal of Corporate Law**, C: XVIII, 1993, s. 867-888.

Büchler, Benjamin,
von der Crone Hans Caspar: "Die Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln", **Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht**, No: 3, 2010, s. 258-266.

Bühler, Christoph B.,
Tanner, Brigitte: **Zürcher Kommentar: Obligationenrecht, Art. 698-726 und 731b OR: Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation,** Ed. Lukas Handschin, 3. bs., Zürich, Schulthess Verlag, 2018. (Yazar, ZK, Art. N.)

Bürgi, F. Wolfhart: **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band: 5 Teil: 5/b Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660-697)**, Zürich, Schulthess Verlag, 1957.

Bürgi, F. Wolfhart: "Bedeutung und Grenzen der Interessenabwägung bei der Beurteilung gesellschaftsrechtlicher Probleme",

Études de droit commercial: en l'honneur de Paul Carry, Genève, Georg & Cie, 1964, s. 1-27.

Can, Osman: "Özelleştirmeler ve Anayasa: Bir liberal dönüşüm serüveni", **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008**, C: IV, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 188-206. (Dönüşüm)

Can, Ozan: "Rekabetin Korunmasına İlişkin Anayasal Düzenlemeler: Yeni Anayasada nasıl bir rekabet?", **BATİDER**, C: XXIX, No: 2, 2013, s . 97-126. (Rekabet)

Can, Ozan, Zabunoğlu, Gökçe: "Ticari Hükümler ve Yeni Anayasa Yer Alması Gereken Ticari Hükümlere İlişkin Bazı Öneriler", **Ankara Barosu Dergisi**, C: LXXI, No: 1, 2013, s. 73-112.

Canaris, Claus-Wilhelm: **Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz**, Berlin, Duncker & Humblot, 1983.

Carlton, Dennis W., Fischel, Daniel R.: "The Regulation of Insider Trading", **Stanford Law Review**, C: XXXV, 1983, s. 857-895.

Carney, William J.: "Section 40.1 of the American Law Institute's Corporate Governance Project: Restatement or Misstatement?", **Washington University Law Review**, C: LXVI, No: 2, 1988, s. 239-293.

Casper, Matthias: **Die Heilung nichtiger Beschlüsse im Kapitalgesellschaftsrecht**, Köln, Dr.OttoSchmidt, 1998.

Chandler Jr., Alfred D.: **The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business**, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

Cheffins, Brian R.: **Company Law: Theory, Structure and Operation**, Oxford, Oxford University Press, 1997. (Company)

Cheffins, Brian R.: "The Trajectory of (Corporate Law) Scholarship", **The Cambridge Law Journal**, C: LXIII, No: 2, 2004, s. 456-506. (Scholarship)

Choper, Jesse H.,

Coffee, John C., Gilson, Ronald J.: **Cases and Materials on Corporations**, 6. bs., New York, Aspen, 2004.

Clark, Robert C.: "Contracts, Elites, and Traditions in the Making of Corporate Law", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1703-1747. (Contracts)

Clark, Robert C.: "Agency Costs Versus Fiduciary Duties", **Principals and Agents: The Structure of Business**, Ed. John W. Pratt, Richard J. Zeckhauser, Boston, Harvard Business School Press, 1991, s. 55-79 (Agency)

Coase, Ronald H.: "The Nature of the Firm", **Economica**, C: IV, No: 16, 1937, s. 386-405. (Firm)

Coase, Ronald H.: "The Problem of Social Cost", **JLE**, C: III, 1960, s. 1-44 (Cost)

Coffee Jr., John C.: "No Exit?: Opting Out, The Contractual Theory of the Corporation, and the Special Case of Remedies", **Brooklyn Law Review**, C: LIII, No: 4, 1988, s. 919-974. (Opting Out)

Coffee, Jr., John C.: "The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1618-1691. (Balance)

Coffee, Jr., John C.: "The Political Economy of Dodd-Frank: Why financial reform tends to be frustrated and systemic risk perpetuated", **The Regulatory Aftermath of the Global Financial Crisis**, Ed. Eilís Ferran et. al., Cambridge, Cambridge University Press, 2012, s. 301-371. (Dodd-Frank)

Company Law Reform Steering Group: **Modern Company Law for a Competitive Economy: The Strategic Framework**, London, y.y., February 1999, (Çevrimiçi) www.dti.gov.uk/bbf/co-act-2006/clr-review/page22794.html, 22.20.2020. (Strategic Framework)

Company Law Reform Steering Group: **Modern Company Law for a Competitive Economy: Developing the Framework**, London, y.y., March 2000, (Çevrimiçi)

http://www.berr.gov.uk/files/file23248.pdf, 08.08.2020. (Developing the Framework)

Company Law Reform Steering Group: **Modern Company Law for a Competitive Economy: Completing the Structure,** London, y.y., November 2000, (Çevrimiçi) www.berr.gov.uk/whatwedo/businesslaw/co-act-2006/clr-review/page25080.html, 07.08.2020. (Completing the Structure)

Cooter, Robert, Ulen, Thomas S: **Law and Economics**, 6. bs., New York, Addison-Wesley, 2012, (Çevrimiçi) https://lawcat.berkeley.edu/record/1127400?ln=en, 30.07.2020.

Corbisier, Isabelle: **La Société: Contrat Ou Institution?: Droits étatsunien, français, belge, néerlandais, allmand et luxembourgeois**, Bruxelles, Larcier, 2011.

Cordes, Albrecht, Jahntz, Katharina: "Aktiengesellschaften vor 1807", **Aktienrecht im Wandel: Band I Entwicklung des Aktienrechts**, Ed. Walter Bayer, Mathias Habersack, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, s. 1-22.

Cosack, Konrad: **Traité de Droit Commercial**, Çev. Léon Mis, C: III, 6. bs., Paris, V. Giard & E. Brière 1907.

Cox, James D., Hazen Thomas L., O'Neal, F. Hodge: **Corporations**, New York, Aspen, 1997.

Cozian, Maurice, Viandier, Alain, Deboissy, Florence: **Droit des Sociétés**, 25. bs., Paris, LexisNexis, 2012.

Çamoğlu, Ersin: **Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması**, Vedat Kitapçılık, Istanbul, 2008. (Kollektif)

Çamoğlu, Ersin: "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde Hakimin Takdir Yetkisi", **BATİDER**, C: XXXI, No: 1, 2015, s. 5-19. (Takdir Yetkisi)

Çeker, Mustafa: **Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2000.

Çeker, Mustafa: "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkma Hakkı (Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Münasebetiyle)", **BATİDER**, C: XXIII, No: 1, 2005, s. 61-73.

Çelik, Aytekin: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi", **BATİDER**, C: XXV, No:4, 2009, s. 559-592.

Çetin, Tamer: "Yeni Kurumsal İktisat", **Sosyoloji Konferansları**, C: XLV, No: 1, 2012, s. 43-73.

Davies, Paul: "Enron and Corporate Law Reform in the UK and the European Community", **Corporate Governance in Context Corporations, States, and Markets in Europe, Japan, and the US**, Ed. Klaus J. Hopt et. al., Oxford, Oxford University Press, 2005, s. 163-190. (Reform)

Davies, Paul: "Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency", **European Business Organization Law Review**, C: VII, No: 1, 2006, s. 301-337. (Duties)

Davies, Paul, Hopt, Klaus J.: "Boards in Europe - Accountability and Convergence", **The American Journal of Comparative Law**, C: LXI, No: 2, 2013, s. 301-375.

Davies, Paul, Worthington, Sarah: **Gower and Davies' Principles of Modern Company Law**, 10. bs., London, Sweet & Maxwell, 2016.

Demsetz, Harold: "Information and Efficiency: Another View Point", **JLE**, C: XII, No: 1, 1969, s. 1-22. (Efficiency)

Demsetz, Harold: "The Structure of Ownership and the Theory of the Firm", **JLE**, C: XXVI, No: 2, 1983, s. 375-390. (Theory)

Demsetz, Harold: "The Theory of the Firm Revisited", **Journal of Law, Economics & Organization**, C: IV, No: 1, 1988, s. 141-161. (Revisited)

Department for Trade and Industry: **Company Law Reform (White Paper)**, Cm6456, 2005, (Çevrimiçi) www.dti.gov.uk/cld/WhitePaper.pdf, 31.08.2020. (White Paper)

Derya, Hülya: "Hukuk Ekonomi İşbirliği: Franz Böhm", **Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi**, C: XVI, No: 3, 2018, s. 105-126.

Deryal, Yahya: "Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının Hukuki Niteliği", **Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2003, s. 377-400.

Deutsch, Andreas: "Die Aktiengesellschaft im Code de Commerce von 1807 und ihre Vorbildfunktion für die Entwicklung in Deutschland", **Aktienrecht im Wandel: Band I Entwicklung des Aktienrechts**, Ed. Walter Bayer, Mathias Habersack, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, s. 46-97.

Dewey, John: "The Historic Background of Corporate Legal Personality", **The Yale Law Journal**, C: XXXV, No: 6, 1926, s. 655-673.

Didier, Pierre: "La Théorie contractualiste de la société", **Revue des sociétés**, 2000, s. 95-99.

Dinç, İlhan: **Sermaye Piyasası Hukukunda Çağrı Yoluyla Hisse Senedi Toplanması**, İstanbul, Legal Yayınevi, 2006.

Doğanay, Ümit: **Adi Şirket Akdi: Akdin Unsurları, Kurulması, Hükümsüzlüğü**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1968.

Dohm, Jürgen: **Les accords sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire: etude de droit suisse et Allemand**, Genève, Librairie de l'Université, 1971.

Domaniç, Hayri: "Anonim Şirket Ana Mukavelelerine Yazılması Gerekli ve Mümkün Unsurlar", **Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 309-406.

Domaniç, Hayri: **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması: TTK Şerhi II**, İstanbul, Temel Yayınları, 1988.

Druey, Jean Nicolas,

Druey, Just Eva,
Glanzmann, Lukas: **Gesellschafts- und Handelsrecht**, **Begründet von Theo Guhl**, 11. bs., Genève/Zürich/Bâle, Schulthess Verlag, 2015.

Drygala, Tim, Lutter, Marcus,
Seibt, Christoph H.,
Spindler, Gerald: **Aktiengesetz Kommentar**, Ed. Karsten Schmidt, Marcus Lutter, C: I §§ 1-149, 4. bs., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2020. (Yazar, Schmidt/Lutter AktG, § Rn.)

Dural, Mustafa,
Öğüz, Tufan: **Türk Özel Hukuku,** C: II Kişiler Hukuku, 20. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019.

Dural, Mustafa,
Öğüz, Tufan,
Gümüş, Alper: **Türk Özel Hukuku**, C: III Aile Hukuku, 14. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019.

Easterbrook, Frank H.,
Fischel, Daniel R.: "The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer", **Harvard Law Review**, C: XCIV, No: 6, 1981, s. 1161-1204. (Management)

Easterbrook, Frank H.,
Fischel, Daniel R.: "Voting in Corporate Law", **JLE**, C: XXVI, No: 2, 1983, s. 395-427. (Voting)

Easterbrook, Frank H.,
Fischel, Daniel R.: "Mandatory Disclosure and the Protection of Investors", **Virginia Law Review**, C: LXX, No: 4, 1984, s. 669-715. (Disclosure)

Easterbrook, Frank H.,
Fischel, Daniel R.: "Close Corporations and Agency Costs", **Stanford Law Review**, C: XXXVIII, 1986, s. 271-299. (Close)

Easterbrook, Frank H.,
Fischel, Daniel R.: "The Corporate Contract", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1416-1448. (Contract)

Easterbrook, Frank H.,

Fischel, Daniel R.: **The Economic Structure of Corporate Law**, Cambridge-London, Harvard University Press, 1996. (Economic Structure)

Eckardt, Ulrich: **Aktiengesetz**, Ed. Geßler, Ernst et. al., C: I §§1-75, München, Franz Vahlen, 1984.

Egger, August: **İsviçre Medeni Kanunu Şerhi**, Çev. Volf Çernis, C: I Giriş ve Kişinin Hukuku Mad. 1-10 ve 11-89, 2. bs., Ankara, Adalet Bakanlığı Yayınları, 1947.

Eğilmez, Mahfi: **Küresel Finans Krizi: Piyasa Sisteminin Eleştirisi**, 9. bs., İstanbul, Remzi Kitabevi, 2008.

Eğilmez, Mahfi: **Ekonominin Temelleri: Kavramlar ve Kurumlar**, İstanbul, Remzi Kitabevi, 2019. (Ekonomi)

Eidenmüller, Horst: **Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts**, 3. bs., Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.

Eidenmüller, Horst: "Forschungsperspektiven im Unternehmensrecht", **ZGR**, C: XXXVI, No: 4, 2007, s. 484-499.

Eisenberg, Melvin A.: "The Structure of Corporation Law", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1461-1525. (Structure)

Eisenberg, Melvin E.: "The Conception That the Corporation Is a Nexus of Contracts, and the Dual Nature of the Firm", **The Journal of Corporation Law**, C: XXIV, 1998, s. 819-836. (Dual)

Eminoğlu, Cafer: **Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014.

Emmenegger, Susan, Tschentscher, Axel: **Berner Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht,** C: I/1 Einleitung Art. 1-9 ZGB, Berne, Stämpfli Verlag, 2012.

Engin, Baki İlkay: **Dernek Üyeliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi**, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1995.

Englisch, Lutz,

Solveen, Dirk: **Aktiengesetz Kommentar**, Ed. Wolfgang Hölters, 3. bs., München, C.H. Beck, 2017. (Yazar, Hölters AktG, § Rn.)

Erdem, H. Ercüment: "Les rapports entre la société et le contrat en droit turc", **Le Contrat, Journées Brésiliennes**, Ed. Société de législation comparée, C: LV, Paris, L.G.D.J., 2005, s. 215-238. (Contrat)

Erdem, H. Ercüment: "Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK'nın Çözümleri", **Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Makaleler (2009-2016)**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 269-304. (Yeni TTK)

Erdem, Nuri: **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, Istanbul, 2019.

Erel, Şafak N.: **Eşyaya Bağlı Borç**, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1982.

Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 24. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.

Ernst, Wolfgang: "Gelehrtes Recht - Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers", **Das Proprium der Rechtswissenschaft**, Ed. Christoph Engel, Wolfgang Schön, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, s. 3-49.

European Commission: **Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - A Plan to Move Forward**, Brussels, 21.05.2003, COM (2003) 284 final, (Çevrimiçi) https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52003DC0284, 31.08.2020.

Facundo Alvaredo et. al.: **World Inequality Report 2018**, World Inequality Lab-Wid World, (Çevrimiçi) https://wir2018.wid.world/, 01.08.2020.

Fama, Eugene F.: "Efficient Capital Markets: A Review Of Theory And Empirical Work", **The Journal of Finance**, C: XXV, No: 2, 1970, s. 383-417. (Efficient Markets)

Fama, Eugene F.: "Agency Problems and the Theory of the Firm", **Journal of Political Economy**, C: LXXXVIII, No: 2, 1980, s. 288-307. (Agency)

Fama, Eugene F., Jensen, Michael C.: "Separation of Ownership and Control", **JLE**, C: XXVI, No: 6, 1983, s. 301-325.

Fastrich, Lorenz, Noack, Ulrich, Zöllner Wolfgang: **Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung**, Ed. Adolf Baumbach, Alfred Hueck, C.H. Beck, 22. bs., 2019. (Yazar, Baumbach/Hueck GmbHG, § Rn.)

Fellmann, Walter, Müller, Karin: **Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, C: VI/2/8 Die einfache Gesellschaft Art. 530-544 OR, Berne, Stämpfli Verlag, 2006.

Ferran, Eilís: "Crisis-driven regulatory reformwhere in the world is the EU going?", **The Regulatory Aftermath of the Global Financial Crisis**, Ed. Eilís Ferran et. al., Cambridge, Cambridge University Press, 2012, s. 1-110.

Fischel, Daniel R.: "The Corporate Governance Movement", **Vanderbilt Law Review**, C: XXXV, No: 6, 1982, s. 1259-1292.

Fleischer, Holger: "Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht", **ZGR**, C: XXX, No: 1, 2001, s. 1-32. (ökonomischen Theorie)

Fleischer, Holger: **Informationsasymmetrie im Vertragsrecht: eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten**, München, C.H. Beck, 2001.

Fleischer, Holger: "Gesetz und Vertrag als alternative Problemlösungsmodelle im Gesellschaftsrecht", **Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht**, C: CLXVIII, No: 6, 2004, s. 673-707. (Vertrag)

Fleischer, Holger: "Der Einfluß der Societas Europaea auf die Dogmatik des deutschen Gesellschaftsrechts", **Archiv für die civilistische Praxis**, C: CCIV, No: 3/4, 2004, s. 502-543. (Einfluß)

Fleischer, Holger: "Das Aktiengesetz von 1965 und das neue Kapitalmarktrecht", **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**, C: XXVII, No: 1, 2006, s. 451-460 (Kapitalmarktrecht)

Fleischer, Holger: "Zur Zukunft der gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Forschung", **ZGR**, C: XXXVI, No: 4, 2007, s. 500-510. (Zukunft)

Fleischer, Holger: "Zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen: Notizen aus rechtsdogmatischer und rechtsvergleichender Sicht", **Der Betrieb**, No: 26/27, 2013, s. 1466-1476. (Auslegung)

Fleischer, Holger, Mock, Sebastian: "Gesellschaftsverträge und Satzungen im Wandel der Zeiten", **Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht**, C: XXIII, No: 5, 2020, s. 161-169.

Fleischer, Holger, Zimmer, Daniel: "Effizienzorientierung im Handels - und Wirtschaftsrecht - Einführung und Überblick -", **Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht**, Ed. Holger Fleischer, Daniel Zimmer, Frankfurt am Main, Verlag Recht und Wirtschaft, 2008, s. 9-42.

Fleischer, Holger, Horn, Konstantin: "Berühmte Gesellschaftsverträge unter dem Brennglas: Das Standard Oil Trust Agreement von 1882", **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**, C: LXXXIII, No: 3, s. 507-543.

Flume, Werner: "Rechtsgeschäft und Privatautonomie", **Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hunderjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960**, Ed. Ernts von Caemmerer et. al., C: I, Karlsruhe, Mueller, 1960, s. 135-238.

Flume, Werner: **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts** C: I/2 Die Juristische Person, Berlin, Springer Verlag, 1983. (Juristische Person)

Flume, Werner: **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,** C: II Das Rechtsgeschäft, 4. bs., Berlin 1992. (Rechtgeschäft)

de Fontenay, Elizabeth: "Individual Autonomy in Corporate Law", **Harvard Business Law Review**, C: VIII, No: 2, 2018, s. 183-225.

Formoy, Ronald R.: **The Historical Foundations of Modern Company Law**, London, Sweet & Maxwell, 1923.

Forstmoser, Peter: "Aktionärbindungsverträge", **Innominatverträge: Festgabe zum 60 Geburtstag von Walter R. Schluep**, Ed. Peter Forstmoser, Pierre Tercier, Roger Zäch, Zürich, Schultess Verlag, 1988, s. 359-382. (FS Schluep)

Forstmoser, Peter: "Gestaltungsfreiheit im schweizerischen Gesellschaftsrecht", **Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europea und USA 11. ZGR-Symposion "25. Jahre ZGR"**, Ed. Marcus Lutter, Herbert Wiedemann, Berlin/New York, De Gruyter, 1998, s. 254-277 (ZGR)

Forstmoser, Peter: "Der Aktionärbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht", **Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts: Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag**, Ed. Heinrich Honsell et. al., Zürich, Schulthess Verlag, 2003, s. 375-407. (Schnittstelle)

Forstmoser, Peter, Küchler, Marcel: **Aktionärbindungsverträge: Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis**, Zürich, Schulthess Verlag, 2015.

Forstmoser, Peter, Meier-Hayoz, Arthur, Nobel, Peter: **Schweizerisches Aktienrecht**, Bern, Stämpfli Verlag, 1996.

Frey, Martin: **Statutarische Drittrechte im Schweizerischen Aktienrecht**, Zürich, Juris Druck, 1979.

Friedewald, Rolf: **Die personalistische Aktiengesellschaft**, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1991.

Friedman, David D.: **Law's Order: What Economics Has To Do With Law And Why It Matters?**, Princeton, Princeton University Press, 2000.

Friedmann, Wolfgang: **Legal Theory**, 2. bs., London, Stevens & Sons Limited, 1967.

Furubotn, Eirik G., Richter, Rudolf: **Institutions & Economic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics**, 2. bs., y.y., The University of Michigan Press, 2005.

Gaillard, Emille: **La Société Anonyme de Demain: La Théorie Institutionnelle et le Fonctionnement de la Société Anonyme**, 11. bs., Paris, Sirey, 1932.

Ganz, Eliane E.: "Der Gründervertrag", **Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht**, No: 4, 2017, s. 436-441.

Garoupa, Nuno, Ulen, Thomas S.: "The Market for Legal Innovation Law and Economics in Europe and the United States", **Alabama Law Review**, C: LIX, No: 5, 2008, 1555-1633

Gauch, Peter: "Vertrag und Parteiwille", **Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht**, Ed. Hans Peter, Emil W. Stark, Pierre Tercier, Freiburg, Universitätsverlag, 1982, s. 343-360. (Parteiwille)

Gauch, Peter: "Von den wesentlichen Vertragspunkten", **Recht**, C: IX, No: 1, 1991, s. 45-52 (Vertragspunkten)

Gauch, Peter, Schluep, Walter R., Schmid, Jörg: **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil**, C: I, 10. bs., Zürich/Basel/Genf, Schulthess Verlag, 2014.

Germain, Michel, Magnier, Véronique: **Les Sociétés Commerciales**, 21. bs., Paris, L.G.D.J., 2014.

Gerner-Beuerle, Carsten, Schillig, Michael: **Comparative Company Law**, Oxford, Oxford University Press, 2019.

Geßler, Ernst: "Bedeutung und Auslegung des §23 Abs. 5 AktG", **Festschrift für Martin Luther zum 70. Geburtstag am 13 Juli 1976**, Ed. Ottoarndt Glossner, Walter Reimers, C.H. Beck, 1976, s. 69-84. (§23/5)

Geßler, Ernst: "Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen und Satzungsbestimmungen", ZGR, C: IX, No: 4, 1980, s. 427-454. (Nichtigkeit)

Gierke, Otto: **Das Deutsche Genossenschaftsrecht**, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1868. (Genossenschaftsrecht)

Gierke, Otto: **Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtssprechung**, Berlin, Wiedmannsche Buchhandlung, 1887. (Genossenschaftstheorie)

Gierke, Otto: **Deutsches Privatrecht**, C: I Allgemeiner Teil und Personenrecht,Leipzig, Verlag von Duncker &Humblot, 1895. (Privatrecht)

Gierke, Otto: **Das Wesen der Menschlichen Verbände**, Berlin, Buchdruckerei von Gustav Schade, 1902. (Verbände)

Gilmore, Grant: **The Death of the Contract**, Columbus, Ohio State University Press, 1974.

Gilson, Ronald J.: "Evaluating Dual Class Common Stock: The Relevance of Substitutes", **Virginia Law Review**, C: LXXIII, No: 5, 1987, s. 807-844.

Gilson, Ronald J., Kraakman, Reinier H.: "The Mechanisms of Market Efficiency", **Virginia Law Review**, C: LXX, 1984, s. 549-644.

Glattfelder, Hans: "Die Aktionärbindungs-Verträge", **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, C: LXXVIII, 1959 s. 144a-355a.

Guhl, Theo et. al.: **Das schweizerische Obligationenrecht: mit einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. bs., Zürich, Schulthess Verlag, 2000. (Yazar, OR-Guhl, s.)

Goffaux-Callebaut, Géraldine: **Du Contrat en Droit de Sociétés**, Paris, L'Harmattan, 2008.

Goldschmit II, Friedrich: "D", **Juristische Wochenschrift**, C: LVII, No: 42, 1928, s. 2618-2619.

Gordon, Jeffrey N.: "The Mandatory Structure of Corporate Law", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1549-1598.

Gorton, Gary, Winton, Andrew: "Financial Intermediation", **Handbook of the Economics of Finance, C:1A Corporate Finance,** Ed. George M. Constantinides, Milton Harris, Rene M. Stulz, Amsterdam, North Holland, 2003, s. 431-552.

Göle, Celal: "Anonim Ortaklıklarda Ticaret Bakanlığının İzni ve Danıştay", **BATİDER**, C. X, No: 2, 1979, s. 439-457.

Gönenç, Fulya İlçin: **Roma Hukukunda Şirket Akdi (Societas)**, İstanbul, Der Yayınları, 2004.

Gözler, Kemal: **Türk Anayasa Hukuku**, 2. bs., Bursa, Ekin Yayınevi, 2018.

Grantham, Ross: "The Doctrinal Basis of the Rights of Company Shareholders", **Cambridge Law Journal**, C: LVII, No: 3, 1998, s. 554-588.

von Greyerz, Christoph, Wohlmann, Herbert: **Schweizerisches Privatrecht,** Ed. Werner von Steiger et. al., C: VIII/2 Die Aktiengesellschaft; Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1982.

Grossman, Sanford J., Hart, Oliver: "The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration", **Journal of Political Economy**, C: XCIV, No: 4, 1986, s. 691-719.

Grunewald, Barbara: "Die in § 23 AGBG vorgesehene Bereichsausnahme für Gesellschaftsrecht", **Festschrift für Johannes Semler zum 70. Geburtstag am 28. April 1993: Unternehmen und Unternehmensführung im Recht**, Ed. Marcus Bierich, Johannes Semler, Peter Hommelhoff, Berlin, De Gruyter, 1993, s. 179-194. (FS Semler)

Grunewald, Barbara: "Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen", **ZGR**, C: XXIV, No: 1, 1995, s. 68-92. (Auslegung)

Guyon, Yves: **Les Sociétés: Aménagements statutaires et conventions entre associés**, 5. bs., Paris, L.G.D.J., 2002.

Guyon, Yves: "Liberté Contractuelle et Droit des Sociétés", **Revue de Jurisprudence Commercial, Conférence Association de Droit et Commerce - Tribunal de Commerce de Paris - 27 Janvier 2003**, No: 1, 2003, s. 1-12.

Gürbüz Usluel, Aslı E.: "Yeni Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Anonim Ortaklıklarda Kamu Denetiminin Değerlendirilmesi", **BATİDER**, C: XVIII, No: 1, 2012, s. 157-190.

Güriz, Adnan: "İrade Hürriyeti", **AÜHFD**, C. XXII-XXIII, No: 1-4, 1965-1966, s. 635-673. (AÜHFD I)

Güriz, Adnan: "İrade Hürriyeti", **AÜHFD**, C. XXIV, No: 1-4, 1967s. 183-219. (AÜHFD II)

Gürzumar, Osman B.: "Rekabet Hukukunun 10 Yılı: Rekabet Kanunundan Rekabet Hukukuna", **Rekabet Kurumu 10. Yıl Sempozyumu**, Ankara, y.y., 2007, s. 81-112.

Gürzumar, Fikri, Gürzumar, Tekin: **Kanûnnaâme-i Ticâret ve Zeyilleri**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1962.

Habersack, Mathias: "Wandlungen des Aktienrechts", **Die Aktiengesellschaft**, C: LIV, No: 1, 2009, s. 1-14. (AG)

Habersack, Mathias: "Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftsrecht", **Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag**, Ed. Claus-Wilhelm Canaris et. al., Berlin/Boston, De Gruyter, 2017, s. 813-839. (Privatrechtsdogmatik)

Habersack, Mathias, Schäfer, Carsten: **Das Recht der OHG: Kommentierung der §§ 105 bis 160 HGB**, Berlin/New York, De Gruyter, 2010.

Hacımahmutoğlu, Sibel: **AT ve Türk Hukukunda Anonim Ortaklığın Karar Alma Sürecinde Yönetim Kurulunun Yapısı ve Çalışanların Katılımı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008.

Hadding, Walther: "Korporationsrechtlice oder rechtsgeschaftliche Grundlagen des Vereinsrechts", **Festschrift für Robert Fischer**, Ed. Marcus Lutter, Walter Stimpel, Herbert Wiedemann, Berlin, De Gruyter, 1979, s. 165-196.

Hanağası, Emel: "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi", **BATİDER**, C: XXXII, No: 1, 2016, s. 199-270.

Handschin, Lukas, Vonzun, Reto: **Zürcher Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht**, C: V/4a Die einfache Gesellschaft, Art. 530-551 OR, 4. bs., Zürich, Schulthess Verlag, 2009.

Hansmann, Henry: "Corporation and Contract", **American Law and Economics Review**, C: VIII, No: 1, 2006, s. 1-19.

Hansmann, Henry, Kraakman, Reinier: "The Essential Role of Organizational Law", **Yale Law Journal**, C: CX, No: 3, 2000, s. 387-440. (Organization)

Hansmann, Henry, Kraakman, Reinier: "Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights", **The Journal of Legal Studies**, C: XXXI, No: 2, 2002, s. 373-420. (Numerus Clausus)

Harris, Ron: "The Bubble Act: Its Passage and Its Effects on Business Organization", **The Journal of Economic History**, C: LIV, No: 3, 1994, s. 610-627. (Bubble Act)

Harris, Ron: "The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business", **Washington and Lee Review**, C: LXIII, No: 4, 2006, s. 1421-1478. (Theories)

Harris, Ron: "Trading with Strangers: The Corporate Form in the Move from Municipal Governance to Overseas Trade", **Research Handbook on the History of Corporate and Company Law**, Ed. Harwell Wells, Cheltenham, Edward Elgar, 2018. (Corporate)

Hart, Oliver: "An Economist's Perspective on the Theory of the Firm", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1757-1774. (Firm)

Hart, Oliver: **Firms, Contracts and Financial Structure**, Oxford, Oxford University Press, 1995. (Contracts)

Hart, Oliver, Moore, John: "Property Rights and the Nature of the Firm", **Journal of Political Economy**, C: XCVIII, No: 6, 1990, s. 1119-1158.

Hayek, Friedrich A.: "The Use of Knowledge in Society", **The American Economic Review**, C: XXXV, No: 4, 1945, s. 519-530.

Hazıroğlu, Elif Cemre: **Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Ortaklıklarda Kurucu Menfaatleri**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018.

Heider, Karsten, Pentz, Andreas: **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz**, Ed. Wulf Goette, Mathias Habersack, Susanne Kalss, C: I §§ 1-75, 5. bs., München, C.H. Beck, 2019. (Yazar, MüKoAktG, § Rn.)

Heinrich, Tobias A.: **NomosKommentar: Aktienrecht und Kapitalmarktrecht**, Ed. Thomas Heidel, 4. bs., , Baden-Baden, Nomos, 2014.

Helvacı, Mehmet: "Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı", **Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1998, s. 297-310. (Azınlık)

Helvacı, Mehmet: "Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler", **II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", 14 Şubat 2009 Konuşmalar Tartışmalar Bildiriler**, Ed. Erol Ulusoy, Aslı Yıldırım, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, s. 179-202. (Tahkim)

Helvacı, Mehmet: "Yönetim Kurulunun Anonim Şirketi İdare ve Temsili, Özellikle Devredilmez Görev ve Yetkileri", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: IX, No: 117-118, 2014, s. 119-132. (İdare)

Helvacı, Mehmet: "Anonim Ortaklık Tarafından Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu –Düşünce ve Değerlendirmeler-", **Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar) 20 Ekim 2017**, yay. haz. Abuzer Kendigelen et. al., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 143-175. (Sorumluluk Davası)

Helvacı, Mehmet, Çamurcu, Emin, Türkyılmaz İsmail: "Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı", **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, yay. haz. Ercüment Erdem et. al., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 309-330.

Helvacı, Mehmet, Cankat, Rifat: "Karşılaştırmalı Hukukta Şirket Menfaati Kavramı", **Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan**, yay. haz. İsmail Kırca et. al., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 521-552.

Hermalin, Benjamin E., Katz, Awery W., Craswell, Richard: "Contract Law", **Handbook of Law and Economics**, C: I, Ed. A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell, Amsterdam, Elsevier, 2007.

Herren, Klaus W.: **Statutarische Berechtigungen zum Erwerb von Aktien und GmbH-Anteilen**, Bern, Verlag Stämpfli & Cie, 1973.

Hessen, Robert: "A New Concept of Corporations: A Contractual and Private Property Model", **Hastings Law Journal**, C: XXX, No: 5, 1979, s. 1327-1350.

Hey, Felix: **Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken**, München, C.H. Beck, 2004.

Hızır, Serdar: "Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m. 358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler", **BATİDER** 2013, C. XXIX, No: 2, s. 227-289.

Hintz-Bühler, Monika: **Aktionärbindungsverträge**, Bern, Stämpfli Verlag, 2001.

Hirsch, Ernst: **Ticaret Hukuku Dersleri**, 3. bs., İstanbul, Hak Kitabevi, 1948.

Hirsch, Ernst: "İkinci Tebliğe Ait Müzakereler", **Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (27 Nisan - 3 Mayıs 1959)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1960, s. 359-360.

Hirte, Heribert: "Die aktienrechtliche Satzungsstrenge: Kapitalmarkt und sonstige Legitimationen versus Gestaltungsfreiheit", **Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europea und USA 11. ZGR-Symposion "25. Jahre ZGR"**, Ed. Marcus Lutter, Herbert Wiedemann, Berlin/New York, De Gruyter, 1998, s. 61-98.

Hohfeld, Wesley N.: **Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning**, New Haven Yale University Press, 1919.

Holmstrom, Bengt, Tirole, Jean: "The Theory of the Firm", **Handbook of Industrial Organization**, C:I, Ed. Richard Schmalensee, Robert Willig, Amsterdam, North Holland, 1989, s. 63-133.

Holzborn, Timo: **Kommentar zum Aktiengesetz**, Ed. Gerald Spindler, Eberhard Stilz, C: II §§ 150-410 AktG, SpruchG, SE-VO, 4. bs., München, C.H. Beck, 2019. (Yazar, Spindler/Stilz AktG, § Rn.)

Hommelhoff, Peter: "Jetzt die 'Kleine' und dann noch eine 'AnlegerAG'", **Reformbedarf im Aktienrecht: 4. Deutsch-Österreichisches Symposion zum Gesellschaftsrecht vom 22. und 23. Oktober 1993 auf dem Lämmerbruckel**, Ed. Johannes Semler et. al., 1994, Berlin, De Gruyter, s. 65-84. (Anleger)

Hommelhoff, Peter: "'Kleine Aktiengesellschaften' im System des deutschen Rechts", **Die Aktiengesellschaft**, C. XL, 1995, s. 529-538. (Kleine)

Honsell, Heinrich: **Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil**, 10. bs., Bern, Stämpfli Verlag, 2017.

Hopt, Klaus J.: "Ideelle und wirtschaftliche Grundlagen der Aktien-, Bank- und Börsenrechtsentwicklung im 19.

Jahrhundert", **Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert**, C. V, Ed. Helmut Coing, Walter Wilhelm, 1980, s. 128-168. (Kodifikation)

Hopt, Klaus J.: "The German Two-Tier Board (Aufsichtsrat) A German View on Corporate Governance", **Comparative Corporate Governance: Essays and Materials**, Ed. Klaus J. Hopt, Eddy Wymeersch, Berlin, De Gruyter, 1997, s. 3-20. (Board)

Hopt, Klaus J.: "Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht in Europa – Generallbericht", **Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europea und USA 11. ZGR-Symposion "25. Jahre ZGR"**, Ed. Marcus Lutter, Herbert Wiedemann, Berlin/New York, De Gruyter, 1998, s. 123-147. (ZGR)

Hopt, Klaus J.: "Directors' Duties and Shareholders' Rights in the European Union: Mandatory and/or Enabling Rules?", **Rivista della Società**, C: LXI, No: 1, 2016, s. 13-32. (Mandatory)

Horwitz, Morton J.: "Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory", **West Virginia Law Review**, C: LXXXVIII, 1985, s. 173-224.

Huber, Hans: **Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit**, Berlin, De Gruyter, 1966.

Huber, Ulrich: "Entstehungsgeschichte und aktuelle Auslegungsprobleme des § 241 Nr. 3 AktG", **Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart: Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag**, C: II, München, C.H. Beck, 1982, s. 167-192.

Hueck, Alfred: **Das Recht der offenen Handelsgesellschaft**, 4. bs., Berlin, De Gruyter, 1971.

Huguenin, Claire: **Obligationenrecht: Allgemeineiner und Besondererteil**, 2. bs., Zürich/Basel/Genf, Schulthess Juristische Medien, 2014.

Huguenin, Claire,

Meise, Barbara: **Basler Kommentar Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)**, Ed. Corinne Widmer L., David Oser, 7. bs., Basel, Helbing Lichtenhahn, 2019.

Huysal, Burak: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Hüffer, Uwe, Koch, Jens: **Aktiengesetz**, 14. bs., München, C.H. Beck, 2020.

Hüffer, Uwe, Schäfer, Carsten, Stein, Ursula: **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz**, Ed. Wulf Goette, Mathias Habersack, Susanne Kalss, C: IV §§ 179-277, 4. bs., München, C.H. Beck, 2016. (Yazar, MüKoAktG, § Rn.)

Hüppi, David: **Die Methode zur Auslegung von Statuten**, Zürich, Schulthess Verlag, 1971.

Immenga, Ulrich: "Economic Order and Company Law", **The Journal of Interdisciplinary Economics**, C: XXII, No: 1-2, 2010, s. 3-15.

Ireland, Paddy: "Defending the Rentier: Corporate Theory and the Re-Privatization of the Public Company", **The Political Economy of the Company**, Ed. John Parkinson, Andrew Gamble, Gavin Kelly, Oxford, Hart, 2001, s. 141-173.

Işıktaç, Yasemin: **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.

Işıktaç, Yasemin, Metin, Sevtap: **Hukuk Metodolojisi**, 5. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.

İmregün, Oğuz: **Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumî Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilâfları ve Bunları Telif Çareleri**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1962. (Menfaat İhtilafları)

İmregün, Oğuz: "Anonim Ortaklıkta Kurucu Senetleri", **İÜHFM**, **Özel Sayı: Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan**, C: XLV, No: 1-4, 1981, s. 477-491. (Kurucu Senetleri)

İmregün, Oğuz: "Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesi Sıfatının Kazanılması ve Ortaklık Sözleşmesi İle Bu

Konuda Getirilebilecek Düzenlemeler", **Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan**, C. I, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 171-185. (YK Üyesi)

İmregün, Oğuz: "Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yetersayıları", **İÜHFM**, C: L, No: 1-4, 1984, s. 349-362. (Nisaplar 1984)

İmregün, Oğuz: **Anonim Ortaklıklar**, 4. bs., İstanbul, Yasa Yayıncılık, 1989. (AO)

İmregün, Oğuz: **Kara Ticareti Hukuku Dersleri: Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak)**, 12. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993. (Ticaret Hukuku)

İmregün, Oğuz: "Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yetersayılarının Esas Sözleşme İle Düzenlenmesi", **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan**, C: I, yay. haz. Hüseyin Ülgen, Arslan Kaya, Gül Okutan Nilsson, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2003, s. 441-454. (Nisaplar 2003)

Jensen, Michael C.: "Organization Theory and Methodology", **The Accounting Review**, C: LVIII, No: 2, 1983, s. 319-339.

Jensen, Michael C., Meckling, William H.: "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", **Journal of Financial Economics**, C: III, No: 4, 1976, s. 305-360.

Jolidon, Pierre: "Problèmes de Structure dans le Droit des Sociétés: Portée et Limites de la Théorie des Types", **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, C: LXXXVII, No: 2, 1968, s. 427-567.

Josserand, Louis: "La publicisation du contrat", **Introduction à l'Etude du Droit Comparé: Recueil d'Etudes en l'Honneur d'Edouard Lambert**, C. V, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1938, s. 143-158.

Jung, Peter, Cramer Conradin: **Zürcher Kommentar: Obligationenrecht, Art. 620-659b OR: Die Aktiengsellschaft - Allgemeine Bestimmungen**, Ed. Lukas Handschin, 2. bs., Zürich/Basel/Genf, Schulthess Verlag, 2016. (Yazar, ZK, Art. N.)

Kaboğlu, İbrahim Ö.: **Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, 6. bs., Ankara, İmge Kitabevi, 2002.

Kahneman, Daniel, Tversky, Amos: "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk", **Econometrica**, C: XLVII, No: 2, 1979, s. 263-291.

Kalss, Suzanne, Fleischer, Holger: "Neues zur Lockerung der Satzungsstrenge bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften: Ein Grundsatzbeschluss des österreichischen OGH und seine Implikationen für das deutsche Recht", **Die Aktiengesellschaft**, C: LVIII, No: 19, 2013, s. 693-704.

Kalss, Susanne, Nowotny, Christian, Schauer, Martin: **Österreichisches Gesellschaftsrecht**, Wien, Manzch Verlag, 2008.

Kalss, Susanne, Schauer, Martin: **Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht**, Wien, Manzche Verlag, 2006.

Kaneti, Selim: **Hukukî İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972.

Kaniti, Salamon: **Akdin İfa Edilmediği Def'i**, İstanbul, İÜHFM Yayınları, 1962.

Karaman Coşgun, Özlem: **Şirketler Hukuku**, Ed. Sami Karahan, 2. bs., İstanbul, Mimoza Yayıncılık, 2015.

Karasu, Rauf: **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, 2. bs, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.

Karasu, Rauf: "Anonim Şiret Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı", **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, C: II, No: 1, 2016, s. 31-40.

Karayalçın, Yaşar: **Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku**, 2. bs., Ankara, Sevinç Matbaası, 1973.

Kaşak, Esra: **Anonim Şirketlerde Genel Kurul İle Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel**

Esaslar, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019. (Yetki)

Kaşak, Fahri Erdem: **Sözleşme Özgürlüğünün Sınır Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019. (Emredici)

Kaya, Arslan: **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001.

Kaya, Arslan: "Müktesep Haklar", **40. Yılında Türk Ticaret Kanunu**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1997, s. 147-154.

Kazgan, Gülten: **İktisadî Düşünce: Politik İktisadın Evrimi**, İstanbul, Remzi Kitabevi, 2018.

Keay, Andrew: "Directors' Duties to Creditors: Contractarian Concerns Relating to Efficiency and Over- Protection of Creditors", **The Modern Law Review**, C: LXVI, No: 5, 2003, s. 665-699.

Kendigelen, Abuzer: "Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığın Kuruluşu", **40. Yılında Türk Ticaret Kanunu**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1997, s. 69-108. (Kuruluş)

Kendigelen, Abuzer: **Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1999. (İmtiyaz)

Kendigelen, Abuzer: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısında İntifa Senetleri", **BATİDER**, C: XXV, No: 2, 2009, s. 57-72. (İntifa Senetleri)

Kendigelen, Abuzer: "Kurucu İntifa Senetlerinin İtfası", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 1063-1076. (İtfa)

Kendigelen, Abuzer: **Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011. (İlk Tespitler 2011)

Kendigelen, Abuzer: "Öneride Bulunma Zorunluluğu / Bağlam", **Hukukî Mütalâalar (Mahkeme Kararları İle Birlikte)**, C: XI 2010-2011, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 87-117. (Mütalaa-Öneri)

Kendigelen, Abuzer: **Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler**, Güncellenmiş 2. Bası'dan 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016. (İlk Tespitler)

Kendigelen, Abuzer: "Pay Devri / Bağlam", **Hukukî Mütalâalar (Mahkeme Kararları İle Birlikte)**, C: XIV 2014-2016, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 280-295. (Mütalaa-Bağlam)

Kershaw, David: "Corporate Law and Self-Regulation", **The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance**, Ed. Jeffrey Gordon, Wolf-Georg Ringe, Oxford, Oxford University Press, 2018, s. 869-906.

Kershaw, David: **The Foundations of Anglo-American Corporate Fiduciary Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2018. (Fiduciary)

Keskin, Harun: "Emredici Hükümler İlkesinin Borsaya Kote Edilmemiş Anonim Şirketlerde Daha Esnek Yorumlanmasına İlişkin Avusturya Yüksek Mahkemesi (OGH) Kararı – Önalım, Alım ve Önerilmeye Muhatap Olma Gibi hakların Esas Sözleşmeye Konulması Üzerine Kısa Bir Değerlendirme-", **BATİDER**, C: XXXI, No: 4, 2015, s. 193-220. (Emredici)

Keskin, Harun: "Anonim Şirket Genel Kurulu ile Yönetim Kurulu Arasındaki İlişkinin Tarihsel Süreçte Geçirdiği Değişim ve Organların Yetkilerine Genel Bir Bakış", **BATİDER**, C: XXXIV, No: 3, 2018, s. 241-274. (Yetki Paylaşımı)

Kırca, Çiğdem: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", **AÜHFD**, C: L, No: 1, 2001, s. 91-119.

Kırca, İsmail,
Şehirali Çelik, Feyzan Hayal,
Manavgat, Çağlar: **Anonim Şirketler Hukuku**, C: I Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013. (AŞ)

Kırca, İsmail,
Şehirali Çelik, Feyzan Hayal,

Manavgat, Çağlar: **Anonim Şirketler Hukuku**, C: II/2 Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2014. (GK)

Klausner, Michael: "Corporations, Corporate Law, and Networks of Contracts", **Virginia Law Review**, C: LXXXI, No: 3, 1995, s. 757-852.

Kläy, Hanspeter: **Die Vinkulierung: Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht**, Basel/Frankfurt-am-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1997.

Klein, William A.: "The Modern Business Organization: Bargaining Under Constraints", **The Yale Law Journal**, C: XLI, No: 8, 1982, s. 1521-1564.

Klein, Benjamin, Crawford, Robert G., Alchian, Armen A.: "Vertical lntegration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process", **JLE**, C: XXI, No: 2, 1978, s. 297-326.

Klein, William A., Coffee, John C., Partnoy, Frank: **Business Organization and Finance: Legal and economic principles**, 11. bs., New York, Foundation Press, 2010.

Kleindiek, Detlef: "Bericht über die Diskussion", **Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europea und USA 11. ZGR-Symposion "25. Jahre ZGR"**, Ed. Marcus Lutter, Herbert Wiedemann, Berlin/New York, De Gruyter, 1998, s. 99-102.

Knobel, Ulrich: **Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit**, Berlin, Duncker & Humblot, 2000.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Borçlar Hukukuna Giriş: Hukukî İşlem - Sözleşme**, 6. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.

Kolcuoğlu, Umut: **Sermaye Piyasası Hukukunda Zorunlu Çağrı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.

Kolev, Stefan: "Ordoliberalism", **Encyclopedia of Law and Economics,** Ed. Ramello G. Marciano A., New York, Springer, 2016.

Koller, Arnold: **Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht**, Freiburg, Universitätsverlag Freiburg, 1967.

Korkut, Ömer: "Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksikliklerin Hukuki Sonuçları ve Tescilin Sağlığa Kavuşturucu Etkisi", **MÜHFD-HAD Özel Sayı: 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken (10-11-12 Mayıs 2012, Sempozyum)**, C: XVIII, No: 2, 2012, s. 411-430.

Korkut, Ömer: **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı**, Adana, Karahan Kitabevi, 2012.

Kornhauser, Lewis A.: "The Nexus of Contracts Approach to Corporations: A Comment on Easterbrook And Fischel", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1449-1460. (Nexus)

Korobkin, Russell B., Ulen, Thomas S.: "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", **California Law Review**, C: LXXXVIII, No: 4, 2000, s. 1051-1144.

König, Walter: **Statut, Reglement, Observanz, Die Formen einer Körperschaftsordnung**, Ferrari-Buchdruck, Zürich 1934.

Köprülü, Bülent: **Medeni Hukuk: Genel Prensipler – Kişinin Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Acar Matbaacılık, 1984.

Körber, Torsten: **Heidelberger Kommentar: Aktiengesetz**, Ed. Tobias Bürgers, Torsten Körber, 4. bs., C.F. Müller, 2017.

Kraakman, Reinier H.: "Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls", **Yale Law Journal**, C: XCIII, 1984, s. 857-898.

Kramer, Ernst A.: **Die "Krise" des liberalen Vertragsdenkens**, München, Wilhelm Fink, 1974. (Krise)

Kramer, Ernst A.: **Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Band/Nr. VI/1/2/1a, Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR**, Bern, Stämpfli Verlag, 1991. (BK-OR)

Kratz, Brigitta: **Die genossenschaftliche Aktiengesellschaft: Möglichkeiten und Grenzen einer atypischen Ausgestaltung der Aktiengesellschaft**, Zürich, Schulthess Verlag, 1996.

Kropff, Bruno: **Aktiengesetz**, Düsseldorf, Rlagsbuchhandlung, 1965.

Kuntalp, Erden: **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)**, 2. bs., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.

Kuntz, Thilo: **Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016.

Kunz, Peter V.: "Statuten - Grundbaustein der Aktiengesellschaften", **Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010**, Ed. Watter Rolf, Zürich, Dike Verlag, 2010, s. 55-79.

Kurşat, Zekeriya: **Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi**, İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2008.

La Porta, Rafael et. al.: "Investor Protection and Corporate Governance", **Journal of Financial Economics**, C: LVIII, No: 1-2, 2000, s. 3-27.

Laibson, David, Zeckhauser, Richard: "Amos Tversky and the Ascent of Behavioral Economics", **Journal of Risk and Uncertainty,** C: XVI, No: 1, 1998, s. 7-47.

Landolt, Emil: **Beiträge zum Rechte der Generalversammlung**, Zürich, Druck von Thomas & Hubert, 1922.

Lang, Theodor: **Die Durchsetzung des Aktionärbindungverträgs**, Zürich/Basel/Genf, Schultess Verlag, 2003.

Larenz, Karl: **Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft**, Berlin, De Gruyter, 1966.

Lehmann, Karl: **Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts bis zum Code de Commerce**, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1895. (Entwicklung)

Lehmann, Karl: **Das Recht der Aktiengesellschaften**, C: I, Aalen, Scientia Verlag, 1964. (Aktiengesellschaften)

Leuschner, Lars: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Ed. Franz-Jürgen Säcker et. al., C: I Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. bs., München, C.H. Beck, 2018.

Levy, Adalbert B.: **Private Corporations and Their Control**, C: I, London, Routledge & Kegan Paul, 1950.

Lévy-Bruhl, Henri: **Histoire Juridique des Sociétés de Commerce en France aux XVII. et XVIII. siècles**, Paris, Les Editions Domat, 1938.

Lewellen, Wilbur G., Huntsman, Blaine: "Managerial Pay and Corporate Performance", **The American Economic Review**, C: LX, No: 4, 1979, s. 710-720.

Libet, Benjamin, et. al.: "Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential): the unconscious initiation of a freely voluntary act", **Brain**, C: CVI, 1983, s. 623–642.

Limmer, Peter, Drescher, Ingo, Heidinger, Andreas: **Kommentar zum Aktiengesetz**, Ed. Gerald Spindler, Eberhard Stilz, C: I §§ 1-149 AktG, 4. bs., München, C.H. Beck, 2019. (Yazar, Spindler/Stilz AktG, § Rn.)

Lombardini, Carlo: **Commentaire Romand: Code des Obligations II, Code des obligations art. 530-1186 avec une introduction à la loi sur la fusion**, Ed. Pierre Tercier, Marc Amstutz, Rita Trigo Trindade, 2. bs., Zürich, Helbing & Lichtenhahn, 2017.

Luther, Martin: "§23 Abs. (5) AktG im Spannungsfeld von Gesetz, Satzung und Einzelentscheidungen der Organe der Aktiengesellschaft", **Freundesgabe für Hans Hengeler zum 70. Geburtstag am 1 Februar 1972**, Ed. Wolfgang Bernhardt, Wolfgang Hefermehl, Wolfgang Schilling, Berlin/Heidelberg/New York, Springer Verlag, 1972, s. 167-190.

Lutter, Marcus: "Theorie der Mitgliedschaft: Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts", **Archiv für die civilistische Praxis**, C: CLXXX, No: 1-2, 1980, s. 84-159.

Lutter, Marcus, Wiedemann, Herbert: "Vorwort", **Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europea und USA 11. ZGR-Symposion "25. Jahre ZGR**", Ed. Marcus Lutter, Herbert Wiedemann, Berlin/New York, De Gruyter, 1998, s. V-VI.

Macey, Jonathan R.: "From Fairness to Contract: The New Direction of the Rules Against Insider Trading", **Hofstra Law Review**, C: XIII, No: 9, 1984, s. 9-56.

Macneil, Ian R.: "Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls And The Need For A Rich Classificatory Apparatus", **Northwestern University Law Review**, C: LXXV, No: 6, 1981, s. 1018-1063. (Economic Analysis)

Macneil, Ian R.: "Relational Contract Theory: Challenges and Queries", **Northwestern University Law Review**, C: XCIV, No: 3, 2000, s. 877-907. (Relational)

Maine, Henry Sumner: **Ancient Law: Its Connections With The Early History Of Society And Its Relations To Modern Ideas**, New York, 5. bs., Henry Holt And Company, 1861.

Manavgat, Çağlar: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: II, No: 1, 2005, s. 523-551. (Tasarı)

Manavgat, Çağlar: "Anonim Ortaklıklarda Kurumsal Yönetimde Kamunun İşlevi", **BATİDER**, C: XXIV, No: 2, 2007, s. 473-498. (Kurumsal Yönetim)

Mankiw, Gregory N.: **Principles of Microeconomics**, 5. bs., Ohio, South-Western, 2009.

Manne, Henry G.: "Mergers and the Market for Corporate Control", **The Journal of Political Economy**, C: LXXIII, No: 2, 1965, s. 110-120.

Manning, Bayless: "The Shareholders's Appraisal Remedy: An Essay for Frank Coker", **Yale Law Journal**, C: LXXII, No: 2, 1962, s. 223-265.

Mäntysaari, Petri: **Organising the Firm: Theories of Commercial Law, Corporate Governance and Corporate Law**, Berlin-Heidelberg, Springer, 2012.

Martin, Françoise: **Sociétés Anonymes de Famille: Structure, maintien et optimization de la detention du capital**, 2. bs., Zürich, Schulthess, 2013.

Mathis, Klaus: **Efficiency Instead of Justice?: Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law**, Çev. Deborah Shannon, Dordrecht, Springer, 2009. (Effciency)

Mathis, Klaus (ed.): **Law and Economics in Europe: Foundations and Applications,** Heidelberg, Springer, 2014.

May, Peter: **Die Sicherung des familieneinflüssesauf die Führung der börsengehandelten Aktiengesellschaft**, Köln, Verlag Dr.Otto Schmidt, 1992.

Mazeaud, Denis: "Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?", **L'Avenir du Droit: Mélanges en Hommage à François Terré**, Ed. François Terré, Dalloz, Paris 1999, s. 603-634.

McChesney, Fred S.: "Economics, Law and Science in the Corporate Field: A Critique of Eisenberg", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1530-1548.

Meier-Hayoz, Arthur, Forstmoser, Peter: **Droit suisse des sociétés**, Çev. Peter Iordanov, Berne, Stämpfli Verlag, 2015.

Meier-Hayoz, Arthur, Schluep, Walter R., Ott, Walter: "Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht", **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, C: XC, No: 1, 1971, s. 293-338.

Mengiardi, Peider: "Statutarische Auflösungsgründe im Recht der Aktiengesellschaft (Art 736, Ziff. 1 OR)", **Lebendiges Aktienrecht: Festgabe zum 70. Geburtstag von Wolfhart Friedrich Bürgi**, Ed. Max Boemle et. al, Zürich, Schultess Verlag, 1971, s. 265-281.

Merrill, Thomas W., Smith, Henry E.: "The Property/Contract Interface", **CLR**, C: CI, No: 4, 2001, s. 773-852.

Mertens, Hans-Joachim: "Satzungs- und Organisationsautonomie im Aktien- und Konzernrecht", **ZGR**, C: XXIII, No: 3, 1994, s. 426-441.

Mertens, Hans-Joachim: **Kölner Kommentar zum Aktiengesetz**, C: II §§ 76-117 AktG und Mitbestimmung im Aufsichtsrat, Ed. Wolfgang Zöllner, Carsten P. Claussen, Kurt H. Biedenkopf, 2. bs., Köln, Carl Heymanns, 1996.

Mertens, Hans-Joachim, Cahn, Andreas: **Kölner Kommentar zum Aktiengesetz**, C: II/1 §§ 76-94 AktG, Ed. Wolfgang Zöllner, Ulrich Noack, 3. bs., Köln, Carl Heymanns, 2010.

Merz, Hans: **Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit**, Karlsruhe, C. F. Müller, 1970, s. 1-21.

Meyer, Max: "Der Aktionärbindungsvertrag als Instrument der juristischen Praxis", **Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins**, C: CXXXVI, 2000, s. 421-426.

Meyer-Cording, Ulrich: **Die Vereinsstrafe**, Tübingen, JCB Mohr, 1957.

Miceli, Thomas M.: **The Economic Approach to Law**, Stanford, Stanford University Press, 2004.

Millon, David: "Theories of the Corporation", **Duke Law Journal**, C: XXXII, No: 2, 1990, s. 201-262.

Mimaroğlu, Sait Kemal: **Ticaret Hukuku, İkinci Cilt: İşletme Hukuku - Ticaret Ortaklıkları Hukuku**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1972.

Mitchell, Lawrence E.: "The Relevance of Corporate Theory to Corporate and Economic Development: Comment on The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories", **Washington & Lee Law Review**, C: LXIII, No: 4, 2006, s. 1489-1502.

Moroğlu, Erdoğan: "Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu", **40. Yılında Türk Ticaret Kanunu**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1997, s. 60-68. (SPK)

Moroğlu, Erdoğan: "Kurucu İntifa Senetleri Sahiplerinin Kâr Payı Talep Hakları ve Yargıtay Kararları", **Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1998, s. 397-467. (İntifa)

Moroğlu, Erdoğan: **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı: Değerlendirme ve Öneriler**, 2. bs., İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2005. (Tasarı 2005)

Moroğlu, Erdoğan: "Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği", **Makaleler II**, İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2006, s. 11-26. (Anasözleşme)

Moroğlu, Erdoğan: **Oy Sözleşmeleri**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015. (Oy Sözleşmeleri)

Moroğlu, Erdoğan: **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanun: Değerlendirme ve Öneriler**, 8. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016. (Tasarı 2016)

Moroğlu, Erdoğan: **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Güncellenmiş 9. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020. (GK)

Moroğlu, Erdoğan: **Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı**, 4. bs., İstanbul, On İk Levha Yayınları, 2018. (Sermaye)

Moroğlu, Erdoğan, Kendigelen, Abuzer: **İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 10. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014

Morrison, Alan D., Wilhelm Jr., William J.: **Investment Banking: Institutions, Politics and Law**, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Möhring, Philipp et. al.: **Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung**, 2. bs., Berlin, Verlag Franz Vahlen, 1966.

Möllers, Thomas M. J.: "Working with Legal Principles – demonstrated using Private Autonomy and Freedom of Contract as Examples", **European Review of Contract Law**, C: XIV, No: 2, 2018, s. 101–137.

Müller, Robert: **Gesellschaftsvertrag und Synallagma**, Zürich, Schulthess Verlag, 1971.

Müller-Erzbach, Rudolf: **Das Private Recht Der Mitgliederschaft Als Prüfstein Eines Kausalen Rechtsdenkens**, Weimar, Hermann Böhlaus Nachfolger, 1948.

Netter, Oscar: "Zur Frage der Nichtigkeit befriesteter Kapitalerhöhungsbeschlüsse einer Aktiengesellschaft", **Juristische Wochenschrift**, C: IX, 1939, s. 3692-3696.

Noack, Ulrich: **Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften**, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1994.

Nobel, Peter: "Börsengesellschaftsrecht?", **Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz zum 70. Geburtstag von Rolf Bär**, Ed. Rolan von Büren, Bern, Stämpfli Verlag, 1998, s. 305-310.

Nobel, Peter: **Berner Kommentar, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung**, Bern, Stämpfli Verlag, 2017.

Nomer, Halûk N.: **Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2008. (Genel Kurul)

Nomer, Haluk N.: "Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?", **Yaşar Üniversitesi Dergisi**, C: VIII, Özel Sayı, 2013, s. 2053 - 2074. (Esaslı Nokta)

Nomer, N. Füsun: "Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi", **Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1998, s. 469-490. (Eşit İşlem)

Nomer, N. Füsun: **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü**, İstanbul Beta Basım Yayım Dağıtım, 1999. (Sadakat)

Nomer Ertan, Füsun: "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davası -TTK m. 531 Üzerine Düşünceler-", **İÜHFM**, C: LXXIII, No: 1, 2015, s. 421-440. (Fesih)

Nowotny, Christian: "Satzungsstrenge im Österreichischen Aktienrecht?", **Festschrift Peter Doralt zum 65. Geburtstag**, Ed. Susanne Kalss, Christian Nowotny, Martin Schauer, Wien, Manzche Verlag, 2004, s. 411-423.

Oder, Bertil Emrah: **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı bir Araştırma**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2010.

Oftinger, Karl: "Die Vertragsfreiheit", **Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht: Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung**, Ed. Juristichen Fakultäten der schweizerichen Universitäten, Zürich, Schulthess Verlag, 1948, s. 315-333.

Oğuz, Fuat, Kent, Bülent: **Anayasadaki Ekonomik ve Ticarî Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler**, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2011.

Oğuzman, M. Kemal: "Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar", **İÜHFM**, C: XXXI, No: 1-4, 1965, s. 209-219.

Oğuzman, M. Kemal, Barlas, Nami: **Medeni Hukuk: Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, 25. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.

Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut: **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, C: I, 17. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.

Oğuzman, Kemal, Seliçi, Özer, Oktay-Özdemir, Saibe: **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 17. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018.

Okutan, Gül: "Ticaret Sicili", **40. Yılında Türk Ticaret Kanunu**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1997, s. 8-18.

Okutan Nilsson, Gül: **Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri**, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı, 2004.

Onsun, Kemal Şükrü: **Ticaret Şirketleri**, Ankara, Türkiye Matbaacılık ve Gazetecilik, 1949.

Ott, Claus: **Recht und Realität der Unternehmenskorporation: Ein Beitrag zur Theorie der juristischen Person**, Tübingen, Mohr Siebeck, 1977.

Ott, Claus: "Allokationseffizienz, Rechtsdogmatik und Rechtsprechung – die immanente ökonomische Rationalität des Zivilrechts", **Allokationseffizienz in der Rechtsordnung**, Ed. Claus Ott, Hans-Bernd Schäfer, Berlin, Springer Verlag, 1989, s. 25-44.

Oruç, Murat: "6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebeple Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma", **BATİDER**, C: XXVII, No:1, 2011, s. 209-233.

Öz, Turgut: "Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri", **İÜHFM, Özel Sayı: Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan**, C: LII, No: 1-4, , s. 345-386.

Özbudun, Ergun: "Anayasa Mahkemesi ve Ekonomik Politika", **Özgürlükler Düzeni Olarak Anayasa-Verfassung als Freiheitsordnung: Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı**, Ankara, Türk-Alman Kamu Hukukçular Forumu Yayını, 2006, s. 319-332.

Özbudun, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, 18. bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2018. (Anayasa)

Özdemir, Semih S: **İş Adamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği**, İstanbul On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Özsunay, Ergun: **Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler**, 4. bs., İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1978.

Paslı, Ali: **Anonim Ortaklığın Devralınması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009. (Devralma)

Paslı, Ali: "Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Kullanılan 'Oy'un Hukuki Niteliği", **İÜHFM**, C: LXVII, No: 1-2, 2009, s. 167-182. (Oy)

Paslı, Ali: "Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (I) YTK Kitap 2 - Kısım 4 - Bölüm 1 Genel Hükümler ve Temel İlkeler", **BATİDER**, C: XXVII, No: 3, 2011, s. 137-167. (Tanıtım I)

Paslı, Ali: "Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (II) YTK Kitap 2- Kısım 4 - Bölüm 1 'Kuruluşa İlişkin Sisteme Yönelik Temel Değişiklikler ve Kuruluş İşlemleri'", **BATİDER**, C: XXVIII, No: 2, 2012, s. 141-199. (Tanıtım II)

Paslı, Ali: "Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (III) YTK Kitap 2 - Kısım 4 - Bölüm 1 'Kuruluşun Hükümleri'", **BATİDER**, C: XXVIII, No: 3, 2012, s. 193-234. (Tanıtım III)

Paslı, Ali, Veziroğlu, Cem: "Hedef Anonim Ortaklığın Kâr Dağıtımı ve Bu Yöndeki Taahhüdü Finansal Yardım Yasağını İhlal Eder Mi?", **İHM**, C: LXXVI, No: 1, 2018, s. 257-275.

Patry, Robert,
von Steiger, Werner: **Schweizerisches Privatrecht**, Ed. Werner von Steiger, C: VIII/1 Grundlagen des Handelsrecht, Basel, Helbing Lichtenhahn, 1976.

Phillips, Michael J.: "Reappraising the Real Entity Theory of the Corporation", **Florida State University Law Review**, C: XXI, No: 4, 1994, s. 1061-1123.

Pichonnaz, Pascal,
Erdem, Ercüment,
Jourabchi, Tannaz Esmailzadeh,
Dural, Ali: "La Force Contraignante des Conventions d'Actionnaires: Quelques acpects de droits suisse et turc", **Schweizerische Juristen-Zeitung**, C: CII, No: 22, 2006, s. 505-513.

Piketty, Thomas: **Capital in the Twenty-First Century**, Çev. Arthur Goldhammer, London, Belknap Press, 2014.

Pinner, Heinz: "Die Zulässigkeit dr Ausgestaltung des Aktienrechts durch die Satzung", **Zentralblatt für Handelsrecht,** C: V, 1930, s. 307-309.

Pistor, Katharina: **The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality**, Oxford, Princeton University Press, 2019.

Planiol, Marcel,
Ripert, Georges: **Traité Pratique de Droit Civil Français**, 2. bs., C: VI, Paris, L.G.D.J., 1952.

Pleßke, Claudia: **Die Satzungsstrenge im Aktienrecht: Mehr Gestaltungsfreiheit für die kapitalmarktferne Aktiengesellschaft**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.

Plüss, Adrian: **Aktienrecht Kommentar: Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VaSR**, Ed. Jeannette K. Wibmer, Zürich, Orell Füssli Verlag, 2016.

Poroy, Reha: "Son Elli Yılda Türkiye'de Kara Ticareti Hukuku Alanındaki Kanunlaştırma Hareketlerinin Genel Teori Açısından Değerlendirilmesi", **50. Yıl Armağanı: Cumhuriyet Döneminde Hukuk**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1973, s. 581-632.

Poroy, Reha, Tekinalp, Ünal, Çamoğlu, Ersin: **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 12. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. (2010)

Poroy, Reha, Tekinalp, Ünal, Çamoğlu, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019. (2019/I)

Poroy, Reha, Tekinalp, Ünal, Çamoğlu, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku II**, 14. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019. (2019/II)

Posner, Richard A.: "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987", **Harvard Law Review**, C: C, 1987, s. 761-780.

Posner, Richard A.: **Economic Analysis of Law**, 9. bs., New York, Wolters Kluwer, 2014.

Posner, Richard A., Landes, William M.: "The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study", **JLE**, C: XXXVI, No: 1, 1993, s. 385-424.

Priester, Hans-Joachim: "Nichtkorporative Satzungsbestimmungen bei Kapitalgesellschaften -Begriff, Abgrenzung, Behandlung-", **Der Betrieb**, C: XXVII, No: 1, 1979, s. 681-687. (Nichtkorporative)

Priester, Hans-Joachim: "Die kleine AG - ein neuer Star unter den Rechtformen?", **Betriebs-Berater**, C: LI, No: 7, 1996, s. 333-338. (kleine AG)

Pulaşlı, Hasan: "Anonim Şirketlerde Yönetimde İmtiyaz ve Buna İlişkin Esas Sözleşme Düzenlemelerinin Anlam ve Etkisi", **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, 2. Tıpkı Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2001, s. 563-592. (İmtiyaz)

Pulaşlı, Hasan: "Alman Federal Mahkemesinin Ön Şirkete İlişkin 23.10.2006 Tarihli Kararı ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Bakımından Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 467-488. (Ön Şirket)

Pulaşlı, Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi**, C: I, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018. (Şerh I)

Pulaşlı, Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi**, C: II, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018. (Şerh II)

Radin, Max: "The Endless Problem of Corporate Personality", **CLR**, C: XXXII, 1932, s. 643-667.

Raiser, Ludwig: "Vertragsfreiheit Heute", **JuristenZeitung**, C: XIII, No: 1, 1958, s. 1-8.

Raiser, Thomas: **Das Unternehmen als Organisation**, Berlin, De Gruyter, 1969. (Organisation)

Raiser, Thomas, Veil, Rüdiger: **Recht der Kapitalgesellschaften**, 5. bs., München, Verlag Franz Vahlen, 2010.

Rajan, Raghuram G., Zingales, Luigi: "Power in a Theory of the Firm", **The Quarterly Journal of Economics**, C: CXIII, No: 2, 1998, s. 387-432.

Rehbinder, Manfred: "Sosyal Devlet Yolunda Hukuk Yapısı Değişmeleri: Statü –Sözleşme – Rol", Çev. Hikmet Sami Türk, **AÜHFD**, C: XXVI, No: 1, 1969, s. 77-106.

Renaud, Achilles: **Das Recht der Actiengesellschaften**, Leipzig, Bernhard Tauchnitz, 1863.

Reuter, Dieter: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Ed. Franz-Jürgen Säcker et. al., C: I Allgemeiner Teil §§ 1-240 ProstG, AGG, 7. bs., München, C.H. Beck, 2015.

Ribstein, Larry E.: "Takeover Defenses and the Corporate Contract", **The Georgetown Law Journal**, C: LXXVIII, No: 1, 1989, s. 71-152. (Takover)

Ripert, George, Roblot, René: **Traité de Droit Commercial, Tome 1 Volume 1: Les sociétés commerciales**, Ed. Michel Germain, 19. bs., Paris, L.G.D.J., 2009.

Romano, Roberta: "Answering The Wrong Question: The Tenuous Case for Mandatory Corporate Laws", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1599-1617. (Mandatory)

Romano, Roberta: **The Genius of American Corporate Law**, Washington, AEI Press, 1993. (Genius)

Roth, Günter H.: "Zur 'economic analysis' der beschränkten Haftung", **ZGR**, C: XV, No: 3, 1986, s. 371-382.

Roth, Günter H. (ed.): **Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch – ein internationaler Vergleich**, Köln, Verlag D.Otto Schmidt, 1990.

Roujou de Boubée, Gabriel: **Essai sur l'Acte Juridique Collectif**, Paris, L.G.D.J., 1961.

Röhricht, Volker, Schall, Alexander: **Aktiengesetz Großkommentar**, Ed. Heribert Hirte, Peter O. Mülbert, Markus Roth, C: II/1 §§23-40, 5. bs., Berlin, De Gruyter, 2016.

Rubin, Edward L.: "Deregulation, Reregulation, and the Myth of the Market", **Washington and Lee Law Review**, C: XLV, No: 4, 1988, s. 1249-1274.

Saleilles, Raymond: **De la Personalite Juridique: Histoire et théories**, 2. bs., Paris, Rousseau & Co., 1922.

Salzgeber-Dürig, Erika: **Das Vorkaufsrechte und verwandte Rechte an Aktien**, Zürich, Verlag Schulthess, 1970.

Sanlı, Kerem C.: **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2007. (Haksız Fiil)

Sanlı, Kerem C.: **Hukuk ve Ekonomik Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017. (Sözleşme)

Sarıkaya, Murat: **Sözleşmenin Yorumu**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019.

Savaş, Vural F.: "Hukuk ve İktisat", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: I, No: 2, 2004, s. 1-14.

Savatier, René: **Les Metamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d'Aujourd'hui**, 3. bs., Paris, Dalloz, 1964.

Schäfer, Carsten: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Ed. Franz-Jürgen Säcker et. al., C: VI Schuldrecht Besonderer Teil IV, §§ 705-853, 7. bs., München, C.H. Beck, 2017.

Schäfer, Hans-Bernd, Ott, Claus: **Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts**, 5. bs., Berlin, Springer Verlag, 2012.

Schenker, Franz et. al.: **Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR inkl. Schlussbstimmungen**, Ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter, 5. bs., Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2016. (Yazar, BSK, Art. N.)

Schiller, Sophie: **Les Limites de la Liberté Contractuelle en Droit des Sociétés: Les Connexions Radicales**, Paris, L.G.D.J., 2002.

Schmidt, Dominique: "Gestaltungsfreiheit im französischen Gesellschaftsrecht", **Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europea und USA 11. ZGR-Symposion "25. Jahre ZGR"**, Ed. Marcus Lutter, Herbert Wiedemann, Berlin/New York, De Gruyter, 1998, s. 291-296.

Schmidt, Karsten: **Gesellschaftsrecht**, 4. bs., Köln, Carl Heymanns Verlag, 2002. (GesR)

Schmidt, Karsten: **Aktiengesetz Großkommentar**, Ed. Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann, C: VII/2 §§241-277, 4. bs., Berlin, De Gruyter, 2013. (GroßK)

Schmitthoff, Maximillian: "The Origin of the Joint-Stock Company", **The University of Toronto Law Journal**, C: III, No: 1, 1939, s. 74-96.

Schucany, Emil: **Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht**, 2. bs., Zürich, Orell Füsli, 1960.

Schwartz, Garry T.: "Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice", **Texas Law Review**, C: LXXV, No: 7, 1997, s. 1801-1834.

Schwennicke, Andreas: **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Buch 1, Allgemeiner Teil: §§ 21-79**, Berlin, Sellier - De Gruyter, 2019.

Schwenzer, Ingeborg: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 7. bs., Bern, Stämpfli Verlag, 2016.

Scott, Kenneth E.: "Corporation Law and the 'American Law Institute Corporate Governance Project", **Stanford Law Review**, C: XXXV, No: 5, 1983, s. 927-948.

Serozan, Rona: "Einschränkung der Vertragsfreiheit durch soziale Schutzgedanke", **Juristische Blätter**, 1983, C: CV, N: 21/22, s. 561-574.

Serozan, Rona: **Medeni Hukuk: Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, 7. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.

Serozan, Rona, Baysal, Başak, Sanlı, Kerem Cem: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 3. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Sevi, Ali Murat: **Anonim Ortaklıkta Payın Devri**, 4. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Shleifer, Andrei: **Inefficient Markets: An Introduction to Behavioral Finance**, Oxford, Oxford University Press, 2000. (Inefficient markets)

Shleifer, Andrei: "Psychologists at the Gate: A Review of Daniel Kahneman's Thinking, Fast and Slow", **Journal of Economic Literature**, C: C, No: 4, 2012, s. 1080-1091. (Kahneman's Thinking)

Siegwart, Alfred: **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Obligationenrecht, Teil 5/a: Die Aktiengesellschaft – Allgemeine Bestimmungen (Art. 620-659)**, Zürich, Schulthess Verlag, 1945.

Simon, Herbert A.: "Organizations and Markets", **Journal of Economic Perspectives**, C: V, No: 2, 1991, s. 25-44. (Organisations)

Simon, Herbert A.: "A Behavioral Model of Rational Choice", **The Quarterly Journal of Economics**, C: LXIX, No: 1, 1955, s. 99-118. (Rational Choice)

Smith, Adam: **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**, Hampshire, Harriman House, 2007.

Soergel, Theodor, Hadding, Walther: **Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, C: I Allgemeiner Teil 1 (§§ 1-103 BGB), 13.bs., Stuttgart, Kohlhammer, 2000.

Spindler, Gerald: "Deregulierung des Aktienrechts?", **Die Aktiengesellschaft**, C: XLII, No: 2, 1998, 53-74. (Deregulierung)

Spindler, Gerald: "Die Entwicklung der Satzungsfreiheit und Satzungsstrenge im deutschen Aktienrecht", **Aktienrecht im Wandel: Band 2 Grundsatzfragen des Aktienrechts**, Ed. Walter Bayer, Mathias Habersack, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, s. 995-1026. (Satzungsfreiheit)

Spindler, Gerald: "Regeln für börsennotierte vs. Regeln für geschlossene Gesellschaften – Vollendung des Begonnenen?", **Die Aktiengesellschaft**, C: CIII, 2008, s. 598-604. (Regeln)

Ständige Deputation des Deutschen Juristentages: **Verhandlungen des siebenundsechzigsten DeutschenJuristentages Erfurt 2008**, C: II/1 Sitzungsberichte –Referate und Besclüsse, München, C.H. Beck, 2008.

von Steiger, Fritz: **Formulare über Gesellschaftsstatuten**, 2. bs., Zürich, Polygraphischer Verlag, 1956. (Formulare)

von Steiger, Fritz: **Le Droit des Sociétés Anonymes en Suisse**, Çev. Jacques Cosandey, Pierre Subilia, Lausanne, Payot, 1973. (SA)

Stirnemann, Alfred: "Die Vertragsparteien des Aktionärbindungsvertrages: zum Beitrag von Dr. Max Meyer in ZBJV 136, S. 421 ff.", **Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins,** C: CXXXVI, 2000, s. 585-586.

Sumer, Ayşe: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Anonim Ortaklıkların Haklı Sebeple Feshi", **Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C: XXVIII, No: 1, 2010, s. 171-181.

Şahin, Ayşe: **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

Şehirali Çelik, Feyzan H.: **Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler,** Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2008.

Şener, Oruç Hami: **Adi Ortaklık**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008. (AdiO)

Şener, Oruç H.: **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, 4. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019. (Ortaklıklar)

Tamer, Ahmet: "Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: 'Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı' (TTK. M. 358)", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C: CII, 2012, s. 93-114.

Tan, Turgut: **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

Tanör, Bülent,
Yüzbaşıoğlu, Necmi: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 17. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2018.

Tekil Fahiman: **Anonim Şirketler Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Alkım Yayınları, 1998.

Tekinalp, Ünal: **Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965. (YK)

Tekinalp, Ünal: "Katılma İntifa Senetleri ('Partizipationsschein')", **BATİDER**, C: VI, No: 2, 1971, s. 297-312. (İntifa)

Tekinalp, Ünal: "Cumhuriyet Döneminin Ekonomi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", **50. Yıl Armağanı: Cumhuriyet Döneminde Hukuk**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1973, s. 633-666. (Ekonomi Hukuku)

Tekinalp, Ünal: "Türk Ticaret Kanunundaki Boşluk: Anonim Ortaklığın Önemli Sebeplerle Feshi, Çoğunluk Gücünün Kötüye Kullanılmasına Karşı Etkili Bir Araç", **İktisat ve Maliye Dergisi**, C: XXI, No: 8, 1974, s. 321-326. (Fesih)

Tekinalp, Ünal: "Halka Açık Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Oluşan Güç Boşluğu Sorununa İlişkin Çeşitli Çözümler, Öneriler ve Eleştiri", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Hüseyin Nail Kubalı'ya Armağan**, C: VIII, No: 11, 1975, s. 467-489. (Güç Boşluğu)

Tekinalp, Ünal: "Esas Sözleşmesel Müktesep Hak", **İktisat ve Maliye Dergisi**, C: XXX, No: 1, 1983, s. 21-31. (Müktesep Hak)

Tekinalp, Ünal: "İmtiyazlı Paylara İlişkin Bazı Sorunlar", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar XIII (5-6 Nisan 1996)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996, s. 3-14. (İmtiyaz)

Tekinalp, Ünal: "Ultra Vires", **40. Yılında Türk Ticaret Kanunu**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1997, s. 45-46. (Ultra Vires)

Tekinalp, Ünal: "Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının Dinamikleri ve Bunlar Arasındaki İlişki", **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s. 227-252. (AO Dinamikleri)

Tekinalp, Ünal: "Önsöz: İlkelerde Farklı Yorumla Açılım", **Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri**, Gül Okutan Nilsson, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı, 2004, s. V-VIII. (Önsöz)

Tekinalp, Ünal: "Türk Ticaret Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı", **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, C: II, İstanbul, Bilgi İletişim Grubu, 2008, s. 635-652. (Tasarı)

Tekinalp, Ünal: **Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları: Pay Defteri Hukuku İle**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012. (Bağlam)

Tekinalp Ünal: "Haklı Sebeplerle Fesih Davasının Bazı Usulî Sorunları", **Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan**, Vedat Kitapçılık, Istanbul, 2013, s. 211-222. (Usul)

Tekinalp, Ünal: **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015. (Ortaklıklar)

Tekinay, Selâhattin Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Halûk, Altop, Atillâ: **Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Teoman, Ömer: "Karar İncelemesi (Yargıtay Ticaret Dairesi, 25.1.1972 Gün, E. 1971/4843. K. 1972/356)", **BATİDER**, C: VII, No: 4, 1974, s. 939-968. (Karar İncelemesi)

Teoman, Ömer: **Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Kitabevi, 1978. (İntifa)

Teoman, Ömer: **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 1983. (Oy Hakkı)

Teoman, Ömer: "Bir Anonim Ortaklıkta Payların Tümüne Yasada Öngörülenden Daha Fazla Hak Tanınması Ayrıcalık Yaratmak Anlamına Gelir Mi?", **BATİDER**, C: XVIII, No: 3, 1996, s. 1-6. (İmtiyaz)

Teoman, Ömer: "Ticaret Sicili Müdürü Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İptal Edilebilir Bir Kararını Tescilden Kaçınabilir Mi?", **Tüm Makalelerim**, C: III: 2002-2010, İstanbul 2010, s. 244-249. (Tescil)

Teoman, Ömer: "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Pay Senetlerini Halka Arzeden Bir Anonim Ortaklığın Kurucu İntifa Senetlerinin İptal Edilmesini Öngören Düzenlemesi", **BATİDER**, C: XXVII, No: 5, 2011, s. 5-12. (YTK İntifa)

Teoman, Ömer: "Payları Öncelikle Alım Hakkı", **Yaşayan Ticaret Hukuku [Hukukî Mütalâalar]**, C: XIV 2010-2011, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 139-166. (Öncelik)

Tercier, Pierre, Pichonnaz Pascal, Murat Develioğlu: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. bs. İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Terré, François, Simler, Philippe, Lequette, Yves: **Droit Civil Les Obligations**, 10. bs., Paris, Dalloz, 2009.

Timmerman, Levinus: "Gestaltungsfreiheit im niederländischen Gesellschaftsrecht", **Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europea und USA 11. ZGR-Symposion "25. Jahre ZGR"**, Ed. Marcus Lutter, Herbert Wiedemann, Berlin/New York, De Gruyter, 1998, s. 215-227.

Tiryaki, Refik: **Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008.

Toraman Çolgar, Emek: **Anonim Ortaklıkta Şirkete Borçlanma Yasağı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Trebilcock, Michael J.: **The Limits of Freedom of Contract**, y.y., Harvard University Press, 1993.

Tribe, Keith: "Historical Schools of Economics: German and English", **A Companion to the History of Economic Thought**, Ed. Warren J. Samuels, Jeff E. Biddle, John B. Davis, Oxford, Blackwell 2003, s. 215-230.

von Tuhr, Andreas: **Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts**, C: I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1910. (BGB)

von Tuhr, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, C: I-II, Çev. Cevat Edege, Ankara, Olgaç Matbaası, 1983. (OR)

Türk, Hikmet Sami: "Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi", **İnsan-İşletme-Toplum ve Sosyal**

Piyasa Ekonomisi, Ed. Cemil Çakmaklı, Ankara, BİAR-Konrad Adenauer Stiftung, 1987, s. 62-102.

Türkbağ, Ahmet U.: "Hukuk ve Ekonomi Anlayışı ya da Hukukun Ekonomik Analizi", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 8. Kitap, Ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, 2003, s. 58-68.

Türkyılmaz, İsmail: **Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Tversky, Amos,
Kahneman, Daniel: "Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases", **Science**, C: CLXXXV, No: 4, 1974, 1124-1131.

Ulmer, Peter: "Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH?", **Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984: Handelsrecht ud Wirtschaftsrecht in der Bankpraxis**, Ed. Walther Hadding et. al., Berlin/New York, De Gruyter, 1984, s. 911-931. (Satzung)

Ulmer, Peter: "Verletzung schuldrechtlicher Nebenabreden als Anfechtungsgrund im GmbH-Recht?", **Neue Juristische Wochenschrift**, C: XL, No: 31, 1987, s. 1849-1855. (Nebenabreden)

Ulmer, Peter, Löbbe, Marc: **Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Großkommentar**, Ed. Mathias Habersack, Mathias Casper, Marc Löbbe, 3. bs., C: I Einleitung, §§1-28, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.

Uyanık, Halit: **Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

Ülgen, Hüseyin: "Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2000, s. 1283-1292.

Ülgen, Hüseyin,
Helvacı, Mehmet,
Kaya, Arslan,
Nomer Ertan, N. Füsun: **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.

Ülgen, Hüseyin, Helvacı, Mehmet, Kaya, Arslan, Nomer Ertan, N. Füsun: **Kıymetli Evrak Hukuku**, 12. bs., İstanbul, Vedat Kitabevi, 2019.

Vedder, Karl C., Ehmann, Erik: **Aktiengesetz Kommentar**, Ed. Hans C. Grigoleit, 2. bs., München, C.H. Beck, 2020. (Yazar, Grigoleit AktG, § Rn.)

Ventoruzzo, Marco et. al.: **Comparative Corporate Law**, St. Paul, West Academic Publishing, 2015.

Veziroğlu, Cem: "Buy-Out of the Oppressed Minority's Shares in Joint Stock Companies: A Comparative Analysis of Turkish, Swiss and English Law", **European Business Organization Law Review**, C: XIX, No: 3, 2018, s. 527-540. (Buy-out)

Veziroğlu, Cem: "Arbitration of Corporate Law Disputes in Joint Stock Companies under Turkish Law: A Comparative Analysis", **European Company and Financial Law Review**, C: XVI, No: 6, 2019, s. 771-806. (Arbitration)

Wachter, Thomas: **Kommentar zum Aktiengesetz**, 3. bs., Köln, RWS Verlag, 2018.

Wagner, Gerhard: "Privatrechtsdogmatik und ökonomische Analyse", **Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag**, Ed. Claus-Wilhelm Canaris et. al., Berlin-Boston, De Gruyter, 2017, s. 281-318.

Wedemann, Frauke: **Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013.

Weick, Günter: **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, C: I Allgemeiner Teil §§ 21-103, Berlin, Sellier - De Gruyter, 1995.

Westermann, Harm Peter: "Das Verhältnis von Satzung und Nebenordnungen in der Kapitalgesellschaft", **Heidelberger Forum Band 90**, Ed. Peter Hommelhoff, Heinz Rowedder, Peter

Ulmer, Heidelberg C.F. Müller, 1994. (Nebenordnungen)

Wiedemann, Herbert: **Gesellschaftsrecht, Band I: Grundlagen**, München, C.H. Beck, 1980. (GesR)

Wiedemann, Herbert: "Erfahrungen mit der Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht", **Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europea und USA 11. ZGR-Symposion "25. Jahre ZGR"**, Ed. Marcus Lutter, Herbert Wiedemann, Berlin/New York, De Gruyter, 1998, s. 5-32. (Gestaltungsfreiheit)

Wiedemann, Herbert: **Aktiengesetz Großkommentar**, Ed. Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann, C: VI §§150-220, 4. bs., Berlin De Gruyter, 2006. (GroßK 2006)

Wieland, Alfred: "Haben statutarische Vorkaufsrechte an Aktien obligatorische oder aktienrechtliche (dingliche) Wirkung?", **Schweizerische Aktiengesellschaft**, C: XXVII, 1954/55 s. 152-158.

Wiesner, Georg: **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts**, C: IV Aktiengesellschaft, Ed. Michael Hoffman-Becking, 3. bs., München, C.H. Beck, 2007.

Wilhelmi, Hans: **Aktiengesetz vom 6. September 1965 Kommentar**, Ed. Freiherr von Godin, Hans Wilhelmi, C: I §§ 1-178, 4. bs., Berlin-New York, De Gruyter, 1971.

Williamson, Oliver E.: "Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations", **JLE**, C: XXII, No: 2, 1979, s. 233-261. (Transaction-Cost)

Williamson, Oliver E.: "The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes", **Journal of Economic Literature**, C: XIX, No: 4, 1981, s. 1537-1568. (Corporation)

Williamson, Oliver E.: **The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting,** New York, The Free Press, 1985. (Institutions)

Windbichler, Christine: **Gesellschaftsrecht**, 23. bs., München, C.H. Beck, 2013.

Winter Jr., Ralph K.: "State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation", **The Journal of Legal Studies**, C: VI, No: 2, 1977, s. 251-292. (Theory)

Winter Jr., Ralph K.: "The 'Race for the Top' Revisited: A Comment on Eisenberg", **CLR**, C: LXXXIX, No: 7, 1989, s. 1526-1529. (Race)

Sealy, Len, Worthington, Sarah: **Sealy & Worthington's Cases and Materials in Company Law**, 10. bs., Oxford, Oxford University Press, 2013.

Würdinger, Hans: **Gesellschaften, Erster Teil: Recht der Personengsellschaften**, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1937. (Gesellschaften)

Würdinger, Hans: **Aktien- und Konzernrecht**, 3. bs., Karlsruhe, C.F. Müller, 1973. (Aktienrecht)

Wymeersch, Eddy: "Gestaltungsfreiheit und Gesellschaftsrecht in Belgien", **Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europea und USA 11. ZGR-Symposion "25. Jahre ZGR"**, Ed. Marcus Lutter, Herbert Wiedemann, Berlin/New York, De Gruyter, 1998, s. 152-186. (ZGR)

Wymeersch, Eddy: "Gesellschaftsrecht im Wandel: Ursachen und Entwicklungslinien", **ZGR**, C: XXX, No: 2, 2001, s. 294–324. (Wandel)

Wymeersch, Eddy: "Referat", **Verhandlungen des siebenundsechzigsten Deutschen Juristentages Erfurt 2008**, Ed. Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, C: II/1 Sitzungsberichte – Referate und Besclüsse, München, C.H. Beck, 2008, s. N79-N101. (DJT)

Yanlı, Veliye: **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2000.

Yanlı, Veliye: "Hakimiyet Sözleşmeleri (Dominion Agreements)", **REGESTA**, C: III, No: 1, 2013, s. 3-17.

Yatağan Özkan, Çiğdem: **Anonim Şirketlerde Altın Paylar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Yıldırım, Burçin: "Anonim Ortaklıklarda Şirket İçi Uyuşmazlıkların Milletlerarası Tahkim Yoluyla Çözümlenmesi", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012.

Yıldız, Şükrü: **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.

Yıldız, Şükrü: "TTK Tasarısına Göre Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi", **Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul, Çizgi Basım Yayın, 2007, s. 1195-1999.

Yiğit, İlhan: **Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.

Yüksel, Sinan: "Paysahipleri Sözleşmeleri", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003.

Yüksel, Sinan H.: "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler", **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 863-881.

Zimmermann, Reinhard: "Juristische Methodenlehre in Deutschland", **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrech**t, C: LXXXIII, No: 2, 2019, s. 241–287.

Zimmermann, Reinhard, Wagner, Gerhard: "Methoden des Privatrechts", **Archiv für die civilistische Praxis**, C: CCXIV, No: 1-2, 2014, s. 1-6.

Zingales, Luigi: "Corporate Governance", **The Palgrave Dictionary of Economics**, Living Edition, Ed. Matias Vernengo, Esteban Perez Caldentey, Barkley J. Rosser Jr, London, Palgrave Macmillan, 2016, s. 1-11.

Zipursky, Benjamin C.: "Philosophy of Private Law", **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Ed. Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma, Scott J. Shapiro, Oxford, Oxford University Press, 2004.

Zöllner, Wolfgang: **Kölner Kommentar zum Aktiengesetz**, Ed. Wolfgang Zöllner, C: V/1 §§179-220, 2. bs., Köln, Carl Heymanns, 1990.

Zöllner, Wolfgang: "Wechselwirkungen zwischen Satzung und schuldrechtlichen Gesellschaftervereinbarungen ohne Satzungscharakter", **Gesellschaftsrecht 1995**, Ed. Hartwig Henze, Wolfram Timm, Harm Peter Westermann, Köln, RWS Verlag, 1996, s. 89-111.

Zumstein, Jaques: **Du Caractere Institutionnel de la Sociétés Anonyme: Etude de Droit Suisse**, Lausanne, H. Jaunin, 1954.

van Zwieten, Kristin: "Director Liability in Insolvency and Its Vicinity", **Oxford Journal of Legal Studies**, C: XXXVIII, No: 2, 2018, s. 382-409.

Hildebrand, Bruno: **Die Nationalökonomie der Gegenwart und Zukunft**, C: I, Frankfurt am Main, y.y., 1848, (Çevrimiçi) https://archive.org/details/dienationalkono00unkngoog/page/n7/mode/2up, 01.08.2020.

Kornhauser, Lewis A.: "The Economic Analysis of Law", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2017 Edition)**, Ed. Edward N. Zalta, (Çevrimiçi) https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/legal-econanalysis/, 30.06.2020. (Economic Analysis)

Leroy, Caroline: **Le Pacte d'Actionnaires dans l'Environnement Sociétaire**, Diss., Université Paris-Est, 2010, (Çevrimiçi) https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00675666/document, 11.04.2020.

Türkiye Cumhuriyeti Ekonomi Bakanlığı: **Senin Kararın(!) mı?: Kamu Politikası Tasarımında Davranışsal Yaklaşım**, 2018, (Çevrimiçi) https://ticaret.gov.tr/data/5b9623ea13b8761ce82c5e34/senin_kararin_mi.pdf, 21.03.2020

Securities and Exchange Commission: **Concept Release on Takeovers and Contests for Corporate Control**, Release No. 34-23486, 31 July1986, s. 3-34, (Çevrimiçi) http://3197d6d14b5f19f2f440-5e13d29c4c016cf96cbbfd197c579b45.r81.cf1.rackcdn.

com/collection/papers/1980/1986_0731_SECTakeovers.pdf, 20.08.2020

The International Bar Association's Task Force on the Financial Crisis: **A Survey of Current Regulatory Trends: October 2010**, (Çevrimiçi), https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=2C72F588-7222-47C9-83E4-7DB0A0A8BF1C, 23.03.2020.

Berksoy, Taner: "Kökten Piyasacılığın Sonu(mu)", **Radikal Gazetesi**, 12.04.2008, (Çevrimiçi) http://www.radikal.com.tr/yazarlar/taner-berksoy/kokten-piyasaciligin-sonu-mu-845625/, 01.07.2020).

Tarman, Z. Derya et. al.: **Türkiye'de Sosyal Girişimciliğin Hukuki Statüsü: İhtiyaçlar ve Öneriler**, 2020, (Çevrimiçi) https://kusif.ku.edu.tr/yayinlar/sosyal-girisimcilik-serisi/, 20.08.2020.

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği: **2019 Aralık Ayına Ait Kurulan ve Kapanan Şirket İstatistiklerin Haber Bülteni**, S. 2019/12, 24.1.2020, (Çevrimiçi) www.tobb.org.tr/resmi-istatistik, 5 Nisan 2020.

Williamson Oliver E.: "Corporate Governance", **Faculty Scholarschip Series No: 4392**, 1984, (Çevrimiçi) http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4392, 31.08.2020. (Governance)

Winter, Jaap et. al.: **Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe**, Brussels, 4 November 2002, (Çevrimiçi) https://ecgi.global/sites/default/files/report_en.pdf, 31.08.2020. (High Level Report, s.)

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekçesi ve Madde Gerekçeleri, (Çevrimiçi) https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=54946&pkanunnumarasi=6102, 31.08.2020.

6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Genel Gerekçesi ve Madde Gerekçeleri, https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=54946&pkanunnumarasi=6335, 31.08.2020.

6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Gerekçeleri, (Çevrimiçi) http://mevzuat.spk.gov.tr/, 31.08.2020.

6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Gerekçeleri, (Çevrimiçi) https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss404.pdf, 02.08.2020.

Message concernant la révision du code des obligations du 27 Décembre 2007, FF 2008 1407, (Çevrimiçi) https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2008/1407.pdf, 20.08.2020. (OR 2007 Gerekçe)

Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 Novembre 2016, FF 2017 353, (Çevrimiçi) https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2017/353.pdf, 20.08.2020. (OR 2017 Gerekçe)

https://www.tobb.org.tr/BilgiErisimMudurlugu/Sayfalar/KurulanKapananSirketistatistikleri.php, 22.07.2020

http://www.tuik.gov.tr/PreTabloArama.do?metod=search&araType=hb_x, 22.07.2020.

https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/AylikIstatistikBultenleri, 22.07.2020.

https://www.spk.gov.tr/SiteApps/EVeri, 24.07.2020.

https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbca.authcheckdam.pdf, 09.07.2020.

https://en.wikipedia.org/wiki/Neuroscience_of_free_will#Libet_experiment, 25.03.2020.

https://en.wikipedia.org/wiki/Neuroscience_of_free_will#Libet_experiment, 25.03.2020.

https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/policy-development/addressing-sifis/global-systemically-important-financial-institutions-g-sifis/, 3 Aralık 201

https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2020/5573.pdf

www.bger.ch

www.lexpera.com.tr

www.kazanci.com.tr

www.beck-online.beck.de

www.juris.de

www.swisslex.ch

www.sozluk.gov.tr/

ÖZGEÇMİŞ

1988 senesinde İstanbul'da doğdum. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2012 yılında mezun olduktan sonra, 2013'te Oxford Üniversitesi'nde yüksek lisans programını (*Magister Juris*) tamamladım. 2013-2014 yılları arasında avukatlık stajımı tamamladım. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde 2013 yılında başladığım Özel Hukuk Doktora Programı'nı sürdürmekteyim. 2016 yılında girdiğim Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı'nda hâlen araştırma görevlisi olarak çalışıyorum. 2020 yılının Eylül ayından beri doktora öğrencisi statüsüyle Koç Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi nezdinde İngilizce ticaret hukuku dersini vermekteyim.